GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA TRIB. BOLOGNA · ISSN 2384-9495 · DICEMBRE 2014

2014/2

GenIUS *Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*

Direzione scientifica
Daniel Borrillo, Gilda Ferrando, Stefano Rodotà, Robert Wintemute

Direzione editoriale
Marco Balboni, Marco Gattuso, Barbara Pezzini

Redazione
Diritto Internazionale: Giacomo Biagioni, Luca Paladini, Pietro Pustorino, Chiara Ragni, Livio Scaffidi, Roberto Virzo
Diritto dell'Unione Europea: Elisabetta Bergamini, Carmelo Danisi, Daniele Gallo, Alexander Schuster
Diritto Costituzionale: Anna Lorenzetti, Francesco Saitto, Angioletta Sperti, Paolo Veronesi, Giacomo Viggiani
Identità di genere: Roberta Dameno
Diritto Penale: Luciana Goisis, Luca Morassutto
Diritto Privato: Stefano Celentano, Ines Corti, Leonardo Lenti, Joelle Long, Giuseppina Palmeri, Anna Maria Tonioni, Monica Velletti, Marika Venuti
Diritto Comparato: Denise Amram, Mia Caielli, Michele Di Bari, Francesca Brunetta d'Usseaux, Elena Falletti, Mathias Moschel, Matteo Winkler
Diritto del Lavoro: Carla Ponterio, Laura Tomasi, Tiziana Vettor

Referees
Rosalba Alessi, Esther Arroyo Amayuelas, Marzia Barbera, Vittoria Barsotti, Maria Caterina Baruffi, Roberto Bin, Nerina Boschiero, Giuditta Brunelli, Ruggiero Cafari Panico, Carlo Casonato, Massimo Cavino, Paolo Cendon, Nicola Cipriani, Roberta Clerici, Giovanni Comandé, Marco Cuniberti, Marilisa D'Amico, Massimo Dogliotti, Emilio Dolcini, Ascensión Elvira, Carla Facchini, Carla Faralli, Vincenzo Ferrari, Alfredo Galasso, Orsetta Giolo, Maurizio Lupoi, Francesco Munari, Silvia Niccolai, Rosanna Pane, Baldassare Pastore, Tamar Pitch, Salvatore Patti, Alessandra Pioggia, Roberto Pucella, Andrea Pugiotto, Roberto Romboli, Giulia Rossolillo, Francesco Salerno, Amedeo Santosuosso, Roberto Toniatti, Alessandra Viviani

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvg 2023 n. 4089/14 cron.
Codice ISSN 2384-9495
Direttore responsabile: Beppe Ramina
Impaginazione: Samuele Cavadini

GenIUS, Bologna 40123, via IV Novembre 7
genius@articolo29.it

Sommario

Focus: Matrimonio, unioni civili e diritti fondamentali

6 ***Giuditta Brunelli:*** Dimensione antidiscriminatoria del principio di eguaglianza e diritto fondamentale di contrarre matrimonio

12 ***Barbara Pezzini:*** Riconoscere, negare o giustificare la discriminazione matrimoniale delle persone omosessuali? A proposito dell'interpretazione sistematico-originalista del matrimonio nell'articolo 29 Cost.

26 ***Gilda Ferrando:*** Le coppie dello stesso sesso in Italia: matrimonio o *partnership?*

35 ***Robert Wintemute:*** Marriage, adoption, and donor insemination for same-sex couples: does European case law impose any obligations on Italy?

42 ***Kees Waaldijk:*** Great diversity and some equality: non-marital legal family formats for same-sex couples in Europe

57 ***Maria Acierno:*** Il ruolo delle Corti nella nozione di famiglia e matrimonio

63 ***Massimo Dogliotti:*** I diritti della coppia omosessuale tra matrimonio e famiglia di fatto

67 ***Elena Sorda:*** Le unioni civili del progetto Cirinnà in prospettiva comparata. Note sulla proposta italiana a confronto con i *Pacs* francesi e la *civil partnership* inglese

Interventi

85 ***Alessandra Pioggia:*** La disciplina in materia di procreazione e la riconquistata legittimità della fecondazione eterologa: un altro passo avanti per una legge che resta indietro

96 ***Anna Maria Lecis Cocco Ortu:*** L'omogenitorialità davanti alla Corte di Strasburgo: il lento ma progressivo riconoscimento delle famiglie con due padri o due madri

109 ***Federico Ferrari:*** Omogenitorialità, eterosessismo e ricerca scientifica

120 ***Chiara Saraceno:*** Dalla coppia alla genitorialità delle persone dello stesso sesso

126 ***Lucilla Conte:*** "Anche nelle situazioni minoritarie e anomale". La sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale e l'istituto matrimoniale tra vecchie resistenze e nuove aperture

135 ***Michele Di Bari:*** La sentenza n.170/2014 della Corte costituzionale: un discorso tutto italiano

143 ***Angioletta Sperti:*** Il matrimonio *same-sex* negli Stati Uniti ad un anno dalla sentenza *Windsor.* Una riflessione sugli sviluppi giurisprudenziali a livello statale e federale

158 ***Graziella Romeo:*** A proposito delle strategie argomentative nelle controversie in tema di discriminazione: il caso del "danno da nascita" tra orientamento sessuale e appartenenza razziale

164 ***Dimitri Dimoulis, Soraya Lunardi:*** Sacralità del testo costituzionale ed eresia interpretativa. La sentenza della Corte suprema brasiliana sulle unioni civili omosessuali

175 ***Angelo Schillaci:*** Dignità umana, comparazione e transizioni di genere. La lezione della Corte suprema dell'India

Commenti

188 ***Francesco Rizzi:*** Nuovi spazi di libertà ed eguaglianza nell'era dei *social network*. Note a margine della decisione del Consiglio di Stato del 21 febbraio 2014

195 ***Giacomo Biagioni:*** La trascrizione dei matrimoni *same-sex* conclusi all'estero nel recente provvedimento del Tribunale di Grosseto

213 ***Daniele Gallo:*** Legge applicabile alle coppie dello stesso sesso e trattamento dei funzionari internazionali nel sistema delle Nazioni Unite: una rivoluzione è in atto?

Osservatorio documenti *a cura di Carmelo Danisi*

222 Bollettino del Segretario Generale delle Nazioni Unite, *Personal Status for purposes of United Nations entitlements*, 26 giugno 2014

223 Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. Schema di testo unificato corretto proposto dalla relatrice per i disegni di legge nn. 14 e connessi, 2 luglio 2014

229 Circolare Ministero dell'Interno in materia di trascrizione dei matrimoni, 7 ottobre 2014

Osservatorio decisioni *a cura di Carmelo Danisi*

232 Corte costituzionale, sentenza dell'11 giugno 2014, n. 170

238 Corte costituzionale, sentenza del 9 aprile 2014, n. 162

253 Tribunale di Grosseto, ordinanza del 3 aprile 2014

255 Corte d'appello di Firenze, prima sezione civile, decreto del 23 settembre 2014

257 Tribunale di Pesaro, decreto del 14 ottobre 2014

259 Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza del 30 luglio 2014

267 Indice per autori

Focus

Matrimonio, unioni civili e diritti fondamentali

*Giuditta Brunelli**

Dimensione antidiscriminatoria del principio di eguaglianza e diritto fondamentale di contrarre matrimonio

Sommario

1. L'esclusione delle persone omosessuali dal diritto fondamentale di contrarre matrimonio è *discriminatoria* – 2. La riconfigurazione della nozione di "matrimonio" derivante dall'appartenenza dell'Italia a un sistema multilivello di tutela dei diritti – 3. L' esclusione delle persone omosessuali dal diritto di contrarre matrimonio è *irragionevole* – 4. La necessità di un intervento della Corte costituzionale – 5. *Postilla*: la (deludente) sentenza costituzionale n. 170 del 2014

Abstract

L'esclusione delle persone omosessuali dal diritto fondamentale di contrarre matrimonio si configura come una violazione del principio di eguaglianza, inteso sia come non discriminazione sia come ragionevolezza, e del principio di tutela delle minoranze sociali. Per questo si auspica un superamento della giurisprudenza costituzionale in materia (sentenze n. 138 del 2010 e n. 170 del 2014), anche sulla base della cornice normativa e giurisprudenziale sovranazionale. Particolare rilievo, a questo fine, assume la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, secondo la quale il sistema della Convenzione europea accoglie una nozione di matrimonio che è anche matrimonio omosessuale.

Banning homosexual persons from the fundamental right to marriage, outlines both a violation of the principle of protection of social minorities and of the principle of equality, qualified as non-discrimination and as reasonability. For this reason, the Author calls for an evolution of the current Italian Constitutional case-law (judgments nr. 138/2010 and 170/2014), in light of the supranational legal framework. From this perspective, the European Court of Human Rights case-law plays an important role, since the European Convention system entails a notion of marriage that includes also the same-sex marriage.

1. L'esclusione delle persone omosessuali dal diritto fondamentale di contrarre matrimonio è *discriminatoria*

L'esclusione delle persone omosessuali dal diritto di contrarre matrimonio si configura come una *discriminazione* vietata ai sensi dell'art. 3, comma primo, Cost., cui è necessario porre tempestivo rimedio. Nell'interpretazione delle norme costituzionali rilevanti in materia, vi è una prevalenza logica di tale disposizione sull'art. 29: è necessario infatti partire dalla considerazione della realtà, delle discriminazioni *in atto* in un una società ormai composita, complessa e plurale, dalla domanda di riconoscimento di un

* Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Ferrara.

diritto che da essa proviene[1], e non dalla definizione di un istituto giuridico che non sarebbe possibile "snaturare" nei suoi caratteri costitutivi tradizionali – e dunque da un presupposto di conservazione.

L'eguaglianza come *divieto di discriminazione*, distinto e diverso dal generale *principio di ragionevolezza*, è del resto ricorrente nella giurisprudenza della Corte costituzionale, nella quale è rintracciabile un vero e proprio "diritto all'eguaglianza soggettiva", che tende a manifestarsi laddove entri in gioco il "nucleo forte" del principio, cioè quei profili che hanno a che fare con la libertà e la dignità della persona, e in particolare con il divieto di discriminare sulla base delle condizioni personali e sociali[2]. Condizioni personali e sociali fra le quali rientra senz'altro l'orientamento sessuale.

L'eguaglianza davanti alla legge, intesa come divieto di discriminazione nel trattamento giuridico delle persone, è, secondo la sentenza n. 163 del 1993, un "*principio avente un valore fondante, e perciò inviolabile*". La stessa pronuncia precisa, altresì, che il principio di eguaglianza sostanziale, enunciato dal secondo comma dell'art. 3 Cost., "esprime un criterio interpretativo che si riflette anche sulla latitudine e l'attuazione da dare al principio di eguaglianza 'formale', nel senso che ne qualifica la garanzia in relazione ai *risultati effettivi* prodotti o producibili nei *concreti rapporti della vita*, grazie al primario imperativo costituzionale di rimuovere i limiti 'di fatto' all'eguaglianza (e alla libertà) e di perseguire l'obiettivo finale della 'piena' *autodeterminazione della persona* e quello della 'effettiva' partecipazione alla vita comunitaria". Affermazioni di estremo rilievo per la definizione dei contenuti del *principio antidiscriminatorio* e attinenti: a) alla natura del legame tra i due commi dell'art. 3 Cost; b) alla necessaria considerazione dei rapporti della vita nella loro concreta conformazione; c) al nesso inscindibile tra garanzia dell'eguaglianza e principio di autodeterminazione personale.

In particolare, risulta evidente il carattere *complementare* dei due significati di eguaglianza desumibili dalla disposizione costituzionale, che trovano il loro elemento di congiunzione in quella nozione di "pari dignità sociale" che apre il primo comma, e il cui nucleo concettuale, nelle sue diverse proiezioni, si specifica proprio nel comma successivo[3]. Quanto al profilo, esaltato nella decisione della Corte, della concretezza dei rapporti, è noto il peculiare significato che rivestono gli elementi di fatto proprio nell'ambito dei diritti fondamentali. Se, in generale, vi è un inserimento dei "*verba legis*" (cioè delle prescrizioni-fonti) nei "*contesti umani*", e da questo incontro nasce poi la *norma*, come "costruzione modale esterna" – anche se non estranea – alla prescrizione-fonte, costruzione effettuata dall'operatore giuridico (applicatore del diritto) per formulare la regola di comportamento[4], è evidente come in questa materia sia sempre presente il rischio della formazione di una norma suscettibile di vanificare o almeno di limitare fortemente la consistenza di un diritto costituzionalmente tutelato. Nel caso qui in discussione, può senz'altro argomentarsi il contrasto con la Costituzione di un complesso normativo dal quale deriva, congiuntamente, la violazione del *diritto individuale all'eguaglianza* e del *diritto fondamentale di contrarre matrimonio*.

2. La riconfigurazione della nozione di "matrimonio" derivante dall'appartenenza dell'Italia a un sistema multilivello di tutela dei diritti

Com'è noto, nella sentenza costituzionale n. 138 del 2010 non si afferma la titolarità di quest'ultimo diritto in capo alle persone omosessuali, alle quali si attribuisce invece il diritto fondamentale di "vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri", escludendo che tale riconoscimento "possa essere realizzato *soltanto* attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio". Si tratta di una decisione criticabile, sia per l'esclusione del profilo antidiscriminatorio sia per l'inver-

1 Per questa prospettiva teorica vedi P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, Giuffrè, 2007.

2 A. Cerri, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 75-76.

3 G. Ferrara, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, II, Milano, Giuffrè, 1973, p. 1104.

4 C. Lavagna, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova, Cedam, 1973, p. 1578.

sione logica, sul piano interpretativo, tra l'art. 3 e l'art. 29 Cost., del quale si propone un'interpretazione fondata sugli argomenti originalista e tradizionalista[5].

Tuttavia, le affermazioni più conservatrici della Corte costituzionale si scontrano con contraddizioni interne alla stessa motivazione e, soprattutto, con un quadro di tutela multilivello dei diritti ormai consolidato, dal quale è impossibile prescindere. Quanto alle contraddizioni interne, nella motivazione si intrecciano due diverse posizioni presenti tra i giudici costituzionali, l'una di apertura (leggibile nella motivazione dell'inammissibilità *ex* art. 2 Cost.) e l'altra di chiusura tradizionalista (laddove il rigetto viene fondato su un'interpretazione dell'art. 29 Cost. che, come dicevo, mette in ombra i profili dell'eguaglianza). Con l'avvertenza, tuttavia, che lo stesso profilo "originalista" sembra perdere consistenza laddove si riconosce che la disposizione costituzionale non "cristallizza" affatto una nozione immutabile di matrimonio.

Vi è poi la cornice normativa sovranazionale, che può rivelarsi assai promettente. Certo, non mi nascondo i pericoli nascenti da un'enfatizzazione del sistema di tutela multilivello dei diritti, e non sottovaluto in alcun modo la necessità che su queste materie si arrivi finalmente ad una *decisione politica*[6] (che è poi quella che la Corte costituzionale auspica, quando rimanda alla discrezionalità legislativa). Ma un punto dev'essere chiaro: i diritti fondamentali hanno ormai una struttura e una dimensione, sia costituzionale che sovranazionale, tale da ottenere tutela anche in assenza di decisioni della politica. Certo, una tutela episodica, legata alle evoluzioni a volte lente, a volta contraddittorie, della giurisprudenza (meglio: delle giurisprudenze). Ma, comunque, una tutela. Di questo, credo, i politici devono cominciare a farsi una ragione. Non possono pretendere, semplicemente non legiferando, semplicemente fuggendo da ogni intervento riformatore, di conservare nella loro immobilità situazioni di palese discriminazione giuridica.

Le affermazioni della Corte costituzionale, infatti, devono oggi essere riconsiderate alla luce della successiva sentenza della Corte europea dei diritti umani, sez. I, 24.6.2010, ric. n. *30141/04*, *Schalk e Kopf c. Austria*, secondo la quale l'art. 12 Cedu, reinterpretato alla luce dell'art. 9 della Carta di Nizza-Strasburgo, si riferisce anche al matrimonio omosessuale (pur riconoscendo il margine di apprezzamento degli Stati circa l'introduzione nel loro ordinamento del *same-sex marriage*). Oggi, dunque, la nozione di matrimonio caratterizzante il sistema della Convenzione europea non esclude dal proprio orizzonte il matrimonio omosessuale, riconosciuto in numerosi Stati membri del Consiglio d'Europa (Belgio, Paesi Bassi, Norvegia, Portogallo, Spagna, Francia, Gran Bretagna, Lussemburgo, Islanda, Svezia). E, com'è noto, a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale, le norme della Cedu, *nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti umani*, integrano, come norme interposte, il parametro espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., entrando così a far parte del *materiale normativo* cui deve conformarsi la legislazione ordinaria, avendo ben presente il principio secondo cui "la tutela dei diritti fondamentali deve essere *sistemica* e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro" (Corte costituzionale, sentenza n. 264 del 2012, e in seguito n. 170 del 2013). Il paradigma eterosessuale del matrimonio comincia in tal modo a sgretolarsi, grazie all'appartenenza dell'Italia ad un sistema multilivello di tutela dei diritti. Com'è stato autorevolmente sostenuto, la Carta di Nizza-Strasburgo e la Cedu possono "offrirsi a letture rinnovate del diritto interno, al di là (…) di ogni possibile sbarramento dettato dalla 'logica' della separazione tra gli ordinamenti su basi materiali", per l'attitudine di queste fonti ad integrarsi nei processi interpretativi[7]. E' stata la stessa Corte costituzionale, del resto, ad affermare che Costituzione e Carte internazionali dei diritti "si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione" (sentenza n. 388 del 1999).

Non è dunque un caso che la Corte di cassazione, sez. I civile, sentenza 15 marzo 2012, n. 4184, leggendo congiuntamente le citate decisioni del 2010 della Corte costituzionale e della Corte di Strasburgo, abbia stabilito che l'intrascrivibilità delle unioni omosessuali non dipende dalla loro "inesistenza" o "invalidità", ma "dalla loro *inidoneità* a produrre, quali atti di matrimonio, qualsiasi effetto giuridico

5 I. Massa Pinto, C. Tripodina, *Sul come per la Corte costituzionale «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio». Ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*, in *Consulta online*, www.dircost.unito.it, 2010, pp. 10 ss. Per un'analisi critica della sentenza n. 138 del 2010 rinvio a G. Brunelli, *Le unioni omosessuali nella sentenza n. 138/2010: un riconoscimento senza garanzia?*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, B. Pezzini e A. Lorenzetti (a cura di), Napoli, Jovene, 2011, pp. 143 ss.

6 Per una critica alla dottrina del c.d. costituzionalismo multilivello, proprio con riferimento alla moltiplicazione delle istanze di protezione dei diritti fondamentali e alle sue conseguenze non sempre positive, vedi M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Rivista AIC*, www.archivio.rivistaaic.it, 2006.

7 A. Ruggeri, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della Cedu e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2011.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

nell'ordinamento italiano", utilizzando una categoria (quella, appunto, della *inidoneità*) che potrebbe alludere ad un futuro superamento della situazione attuale, in una prospettiva di apertura.

Date queste premesse, quando la stessa Corte costituzionale enuncia, in altre decisioni, il *diritto fondamentale al matrimonio*, edificandolo – oltre che sugli artt. 2 e 29 Cost. e sull'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 – sull'art. 12 della Cedu (sentenze n. 445 del 2002 e n. 245 del 2011), non è più possibile ignorare l'attuale interpretazione di tale ultima disposizione nella giurisprudenza di Strasburgo. E, dunque, l'ingresso nel nostro ordinamento di una nozione di matrimonio che è *anche* matrimonio omosessuale.

Oggi il Tribunale di Grosseto (ordinanza 3 aprile 2014) compie un passo ulteriore, ordinando al Comune la registrazione di un matrimonio omosessuale celebrato all'estero. Secondo il giudice il matrimonio omosessuale, dopo la pronuncia *Schalk e Kopf c. Austria*, non può essere considerato contrario all'ordine pubblico; nella normativa nazionale non vi è alcuna disposizione che preveda, quale condizione necessaria per contrarre matrimonio, la diversità di sesso tra i coniugi; infine, il matrimonio contratto all'estero risulta valido, perché soggetto alle forme previste nel luogo di celebrazione e produttivo di effetti giuridici, non essendo ravvisabili impedimenti formali o sostanziali idonei a vietarne la trascrizione nei registri dello stato civile del Comune[8].

Anche la normativa dell'Unione europea determina conseguenze importanti nella giurisprudenza interna: basti ricordare la decisione con cui il 13 febbraio 2012 il Tribunale di Reggio Emilia ha riconosciuto al compagno extracomunitario di un cittadino italiano sposatosi in Spagna la titolarità del diritto al permesso di soggiorno, proprio alla luce della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale e della normativa europea in materia di libertà di movimento, così come recepita dal d.lgs. n. 30 del 2007, modificato dalla legge n. 129 del 2011.

La situazione, dunque, è senza alcun dubbio in movimento. E' proprio la sentenza della Corte costituzionale, del resto, a sollecitare i giudici, laddove sia possibile, ad interpretare le norme vigenti in senso conforme ai princìpi costituzionali (il giudice costituzionale non ha infatti esitato a parlare in questa ipotesi di un vero e proprio *diritto fondamentale*, riconducendo le convivenze omosessuali tra le formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost.), oppure a formulare questioni di legittimità costituzionale sui profili di irragionevolezza del quadro normativo vigente, laddove si renda necessario un trattamento omogeneo della coppia omosessuale rispetto a quella coniugata.

3. L'esclusione delle persone omosessuali dal diritto di contrarre matrimonio è *irragionevole*

Lasciando per un momento da parte il profilo antidiscriminatorio dell'eguaglianza, e soffermandosi soltanto sul principio di ragionevolezza, l'esclusione delle persone omosessuali dall'istituto matrimoniale non trova comunque giustificazione. Nella nostra cultura giuridica, com'è noto, non vi è alcun dubbio sul carattere tassativo dei casi di limitazione dei diritti fondamentali, che possono essere incisi soltanto dalla necessità di tutelare un diverso diritto del medesimo rango o un interesse costituzionale concorrente. Ciò corrisponde al criterio della *proporzionalità* "del trattamento giuridico previsto rispetto alla classificazione operata dal legislatore, tenendo conto del fine obiettivo insito nella disciplina normativa considerata", proporzionalità che va esaminata, ancora una volta, "in relazione agli effetti pratici prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita" (Corte costituzionale, sentenza n. 163 del 1993). Ogni limitazione di diritti fondamentali, in altri termini, deve partire dall'assunto che, in presenza di un diritto inviolabile, "il suo contenuto non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante" (Corte costituzionale, sentenza n. 249 del 2010). Ora, qual è l'interesse costituzionale concorrente che giustificherebbe il divieto di matrimoni *same-sex*? Non ha certo alcun pregio giuridico un presunto "interesse pubblico" a non "snaturare" l'istituto codicistico richiamato dall'art. 29 Cost. Un istituto sul quale il costituente era già intervenuto in profondità, imponendo l'eguaglianza morale e giuridica tra i coniugi, e scardinando così una tradizione non meno consolidata di discriminazione di genere e di subordinazione femminile. E sul quale anche il legislatore ordinario è incisivamente intervenuto nel 1970, con la legge n. 898 sul divorzio, e nel 1975, con la legge n. 151, di riforma del diritto di famiglia. Né la posizione giuridicamente subordinata della donna, né il carattere dell'indissolubilità, dunque,

8 Vedi C.A. Ciaralli, *Il Tribunale di Grosseto ordina al Comune la registrazione di un matrimonio omosessuale. Una pronuncia dal tono costituzionale*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2014.

appartenevano al nucleo caratterizzante, all'*essenza* del matrimonio. Analogamente, l'eliminazione del divieto di contrarre matrimonio tra persone dello stesso sesso non ha altro esito che configurare il matrimonio medesimo come "*union of equals*" (così si è espressa la Corte distrettuale del Nord California nella pronuncia *Perry v. Schwarzenegger* del 4 agosto 2010) e non costituisce affatto l'affermazione di un diritto "nuovo", suscettibile di interferire con altre posizioni soggettive, ma soltanto l'*estensione* di un diritto già esistente, il riconoscimento giuridico formale di una precisa (e diffusa) realtà sociale, il rimedio ad una situazione di discriminazione.

4. La necessità di un intervento della Corte costituzionale

Se si ritiene, tuttavia, che non possa essere il giudice ordinario a compiere tale operazione di estensione interpretativa, nella persistente assenza di un intervento del legislatore, non vi è altra strada che invocare di nuovo una pronuncia di accoglimento di tipo manipolativo della Corte costituzionale sulle disposizioni codicistiche che impediscono di procedere alla pubblicazione di matrimonio tra due persone dello stesso sesso. Una pronuncia che non potrebbe non tener conto delle novità emerse nel diritto europeo dei diritti umani, prima ricordate. Non si tratta di chiedere un intervento impropriamente *creativo*, non consentito al giudice delle leggi, ma di riconoscere che le decisioni manipolative esprimono una funzione *normativa* (che è cosa diversa e più ampia della funzione *legislativa*), la quale dà vita "a norme e frammenti di norme, la cui presenza non era, per l'innanzi, 'avvertita' nell'ordinamento", pur essendo in realtà già implicata nel sistema e ricavabile in via interpretativa dalle disposizioni costituzionali[9]. Nel caso di specie, il riferimento è, come si è detto, alla *dimensione antidiscriminatoria del principio di eguaglianza*, in combinazione con il *diritto fondamentale di contrarre matrimonio*, cui deve aggiungersi il *principio di tutela delle minoranze*, essendo le persone omosessuali, appartenenti ad una minoranza sociale, escluse a causa di una loro condizione personale dalla titolarità e dall'esercizio di un diritto fondamentale.

La funzione del giudice costituzionale emerge in tutto il suo spessore proprio laddove la legge riveli con evidenza il suo carattere di *regola di supremazia*, nella quale si esprime il principio di maggioranza[10], spesso in tensione con chi all'interno dell'ordinamento riveste, appunto, una condizione di minoranza (legata in questo caso all'orientamento sessuale). Accade sovente che le maggioranze titolari della decisione politica non siano in grado di riconoscere pratiche, tradizioni e normative discriminatorie e produttive di diseguaglianze. E' compito del giudice costituzionale anche svelare questi inganni prospettici, realizzando uno dei postulati essenziali del costituzionalismo contemporaneo, e cioè che i diritti fondamentali "siano applicati *anche contro il volere delle maggioranze*", per "assicurare una sfera inviolabile di libertà degli individui e delle minoranze"[11].

5. *Postilla:* la (deludente) sentenza costituzionale n. 170 del 2014

Dopo lo svolgimento di questo Seminario, la Corte ha pronunciato la sentenza n. 170 del 2014, sul c.d. "divorzio imposto", con cui sono stati dichiarati illegittimi gli artt. 2 e 4 della legge n. 164 del 1982 "nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore". Si tratta di una decisione non priva di ambiguità: una pronuncia additiva di principio, che sembra subordinare ad un (futuro ed incerto) intervento legislativo il soddisfacimento dei diritti dei soggetti coinvolti, a meno che non si segua la proposta interpretativa di Barbara Pezzini, secondo cui gli effetti propri dello scioglimento potranno prodursi soltanto quando entrerà in vigore un disciplina legislativa che consenta la conversione

9 V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, Cedam, 1984, p. 407.

10 S. Rodotà, *Il diritto e i diritti nell'epoca dello scontro delle civiltà*, in *Questione giustizia*, 2005, p. 734. Su questi temi rinvio a G. Brunelli, *Minoranze sociali, norme discriminatorie e funzione del giudice costituzionale*, in *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Atti del Seminario di Ferrara, 26 febbraio 2010, R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A.Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), Torino, Giappichelli, 2010 (*e-book*), p. 45.

11 M. Cappelletti, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 67.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

del matrimonio in una convivenza registrata[12]. Una soluzione condivisibile, ragionevole, idonea a tutelare le posizioni soggettive dei coniugi (le quali, come nota giustamente Pezzini, subiscono comunque un deterioramento, derivante dalla dimensione di precarietà giuridica in cui vengono a trovarsi).

Una sentenza, peraltro, assai deludente anche sul piano della motivazione. In sintesi, ci troviamo di fronte ai medesimi argomenti già utilizzati nella pronuncia n. 138 del 2010, per di più riproposti con tono più sbrigativo, meno approfondito e decisamente conservatore: l'insistenza sul modello eterosessuale di matrimonio accolto dall'art. 29 Cost., disposizione della quale si ribadisce l'interpretazione originalista e tradizionalista; l'irrilevanza in cui resta confinato l'art. 3, comma 1, Cost., che corrisponde – come abbiamo visto – all'esclusione del profilo discriminatorio della normativa impugnata, valutata infatti soltanto attraverso il criterio, assai più blando, della ragionevolezza; l'apodittico riferimento ad un presunto *interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio*, in assenza di qualsiasi tentativo di individuare e definire un interesse costituzionale concorrente che possa giustificare il persistente divieto di matrimoni *same-sex*. Impressiona, infine, la sottovalutazione della giurisprudenza della Corte Edu, richiamata soltanto per l'affermazione secondo cui, in assenza di un consenso tra i vari Stati sul tema delle unioni omosessuali, si riconosce agli Stati medesimi un margine di apprezzamento in materia, restando affidate alla discrezionalità del legislatore nazionale le *eventuali* forme di tutela giuridica per le coppie di soggetti appartenenti al medesimo sesso (mentre si ignorano le conseguenze, in termini di messa in discussione del paradigma eterosessuale del matrimonio, della citata sentenza *Schalk e Kopf c. Austria* del 2010)[13].

Una battuta d'arresto, certamente, nella giurisprudenza costituzionale. Ma resto convinta che la forza delle cose (e del diritto) condurrà inevitabilmente in una diversa direzione, più consona alla modernità e ai suoi valori di liberazione dell'individuo.

12 B. Pezzini, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in *Articolo29,* www.articolo29.it, 2014.

13 Per un maggiore approfondimento di questi profili rinvio a G. Brunelli, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. "divorzio imposto"*, in *Articolo29,* www.articolo29.it, 2014.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

*Barbara Pezzini**

Riconoscere, negare o giustificare la discriminazione matrimoniale delle persone omosessuali? A proposito dell'interpretazione sistematico-originalista del matrimonio nell'articolo 29 Cost.

Sommario

1. Riconoscere la discriminazione di genere – 2. Negare la discriminazione, giustificare la differenza di trattamento – 2.1 Se il matrimonio è eterosessuale, le "le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio" – 2.2. Gli argomenti che intendono dimostrare il carattere eterosessuale del matrimonio - 2.2.1. Di che originalismo si tratta? - 2.2.2. Giustificare la differenziazione in nome della discrezionalità del legislatore? - 2.2.3. Cosa indebolisce (ulteriormente) l'argomento sistematico-originalista – 3. Rimuovere la discriminazione – 3.1. Altre strade per rimuovere la discriminazione?

Abstract

L'articolo affronta il problema della discriminazione matrimoniale delle coppie dello stesso sesso e delle loro famiglie, inquadrata come discriminazione di genere. Viene richiamata la sentenza 138/2010 analizzando criticamente l'argomento sistematico originalista utilizzato dalla Corte costituzionale italiana per giustificare una differenza di trattamento, prendendo anche in considerazione la giurisprudenza della Corte di cassazione e la successiva sentenza 170/2014 sul matrimonio del transessuale. Il conclusione, sono discusse le strade possibili per rimuovere la discriminazione.

The paper is devoted to discuss the issue of the discrimination of same-sex couples and their families with reference to marriage. The analysis demonstrates a gender based discrimination and states the need of full equality between different- and same-sex partnerships; the particular kind of "originalism" which supports rulings n. 138/2010 e 170/2014 of the Italian Constitutional Court is critically reviewed and compared with the different reasoning of the Court of Cassazione. Finally, possible ways to remove the discrimination are taken into consideration.

1. Riconoscere la discriminazione di genere

Riflettendo sulla "discriminazione matrimoniale" delle persone gay, lesbiche e delle loro famiglie è indispensabile inquadrare il tema dell'omosessualità all'interno del *rapporto tra sesso e genere*: nella misura in cui il genere definisce i ruoli sociali, la posizione, le aspettative socialmente associate e connesse all'ap-

* Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Bergamo.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

partenenza all'uno o all'altro sesso, proprio l'aspettativa di una proiezione affettiva e sessuale verso il sesso opposto (il *paradigma eterosessuale*) costituisce uno dei contenuti più radicati delle *regole di genere*: l'omosessualità mette in discussione il fatto che l'aspettativa sociale di dualismo e complementarietà tra maschile e femminile costituisca la regola fondativa ed essenziale nella costruzione del genere.

Sullo sfondo, sociale e temporale, delle *questioni di genere*, è più chiaramente apprezzabile l'emergere di una nuova "fase" della contemporaneità, in cui la sfera delle relazioni sessuali transita da una *dimensione retta dalla necessità* apparentemente "naturale" (nel senso di non governabile dalla volontà umana) ad una *dimensione pienamente relazionale*, intessuta di libere opzioni e di correlativa assunzione di nuove responsabilità personali e sociali

Evidenti e già compiute trasformazioni sociali rendono materialmente presente e visibile la condizione *delle persone gay, lesbiche e delle loro famiglie*, nei cui confronti il diritto opera una funzione sociale di regolazione. Agendo entro la sfera più intima della sessualità e delle relazioni affettive, *il diritto costruisce il genere* e svolge *la costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità* muovendo oltre l'ambito della conformazione delle relazioni uomo-donna[1].

2. Negare la discriminazione, giustificare la differenza di trattamento

Nella sentenza 138 del 2010, come è noto, la Corte costituzionale ha esplicitamente negato la sussistenza di una discriminazione matrimoniale delle persone omosessuali, giustificando la differenziazione di trattamento rispetto alle coppie eterosessuali.

2.1 Se il matrimonio è eterosessuale, le "unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio"

Considerata dal punto di vista del principio fondamentale di uguaglianza, la sentenza 138 è stata assolutamente deludente; il paradigma eterosessuale del matrimonio ha invaso il campo e l'uguaglianza è stata ridotta a parametro residuale, anziché essere individuata come il nodo della questione. Il ragionamento sulla definizione eterosessuale del matrimonio è stato risolto con un assai discutibile argomento di tipo originalista e con una ancora più dubbia identificazione di una essenziale ed astratta funzione procreativa del matrimonio, che preclude la comparazione tra due condizioni dell'esistenza considerate disomogenee: la sentenza afferma testualmente che "*le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio*".

Benché le ordinanze di rimessione avessero prospettato come parametri dell'incostituzionalità gli art. 2, 3 e 29 Cost. in un *combinato disposto*[2] fondante la pretesa costituzionalmente tutelata delle coppie *same-sex* di accedere al matrimonio in condizioni di uguaglianza rispetto alle coppie eterosessuali (in quanto lo *status* di persona coniugata e la libertà di sposarsi – art. 29 –, qualificati come diritti fondamentali e inviolabili della persona umana – art. 2 –, non possono tollerare discriminazioni fondate sulla *condizione personale* e sul *sesso* delle persone, in particolare attraverso la limitazione della libera scelta del – sesso del – *partner* coniugale – art. 3 –), la sentenza ha creato due diverse questioni[3], per poter prendere in esame, separatamente, le *unioni omosessuali*, prima alla luce dell'art. 2 Cost., in quanto formazioni sociali idonee a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, poi alla luce dell'art. 29 Cost., in riferimento al matrimonio.

1 Terreno in cui la funzione *costitutiva* del diritto, per quanto non necessariamente consolidata, appare maggiormente riconosciuta, come testimoniano le norme *anti-subordinazione* uomo-donna di cui è ricca la Costituzione italiana: v. B. Pezzini, *Costruzione del genere e costituzione*, in *La costruzione del genere. Norme e regole*, B. Pezzini (a cura di), *Corso di analisi di genere e diritto antidiscriminatorio,* vol. I, *Studi*, Bergamo, Bergamo University Press, 2012.

2 Il "combinato disposto" con il parametro di uguaglianza risulta sempre particolarmente complesso: v. anche M. Bonini Baraldi, *Le famiglie omosessuali nel prisma della realizzazione personale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, p. 885 ss. Per l'analisi delle problematiche introdotte dalle ordinanze di rimessione v. B. Pezzini, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?* in *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), Torino, Giappichelli, 2010. L'ampio volume raccoglie la ricca discussione "preventiva svolta" a Ferrara nell'ambito del seminario *"Amicus curiae"* del 26 febbraio 2010.

3 Sul punto criticamente R. Romboli, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in *AIC*, www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2011; A. Sperti, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle corti costituzionali*, Pisa, Pisa University Press, 2013, p. 150.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Il parametro dell'art. 3 Cost. compare solo *a valle* delle qualificazioni che il legislatore avrebbe compiuto in riferimento all'art. 29 Cost. ovvero potrebbe compiere sulla base dell'art. 2 Cost.: non viene concesso alcuno spazio alla *pretesa di pari dignità coessenziale alla persona umana* in quanto tale – ed, in particolare, senza discriminazioni fondate sul sesso – che, viceversa, avrebbe imposto di giustificare specificamente l'esigenza di un trattamento differenziato in base all'orientamento sessuale, indicando quali siano le esigenze costituzionali che lo rendono indispensabile in una logica di stretta necessità, non semplicemente di non manifesta irragionevolezza.

La dimensione dell'uguaglianza, che avrebbe dovuto costituire la premessa del ragionamento, nella sent. 138 viene ridotta ad una modalità di chiusura del percorso che il legislatore resterebbe libero di impostare definendo le condizioni rilevanti ai fini del confronto[4]: la manipolazione normativa della realtà precede e condiziona il riconoscimento dell'uguaglianza (uguale è, tautologicamente, ciò che il legislatore ha definito tale definendo le condizioni di accesso ad un determinato trattamento).

D'altra parte, che la giurisprudenza costituzionale fatichi ad utilizzare direttamente l'art. 3 Cost. come una situazione soggettiva (pretesa di uguaglianza) è noto; l'uguaglianza comunemente degrada a principio informatore dell'ordinamento e resta confinata nella dimensione del criterio di ragionevolezza applicabile dall'esterno alle scelte del legislatore, risultandone trascurata la dimensione soggettiva (che agisce *direttamente* sulle qualificazioni che la legge compie delle condizioni personali, pretendendo ragioni non solo costituzionalmente fondate, ma anche *stringenti* e *proporzionate*, per ammettere un trattamento differenziato).

Non solo.

Il "divorzio" tra art. 29 e art. 3 Cost., presente nella sentenza 138/2010, non costituisce una novità. È, infatti, nota anche la più generale difficoltà di costruire una consequenzialità netta e rigorosa tra il principio fondamentale di uguaglianza dell'art. 3 e il principio dell'uguaglianza morale e giuridica tra i coniugi nell'art. 29 Cost. (questione che ci rimanda alla natura di genere di quanto stiamo discutendo), di cui offre ampia testimonianza la giurisprudenza costituzionale in materia di famiglia e di rapporti tra i coniugi, che mostra anche la speciale deferenza della Corte costituzionale in questo particolare ambito nei confronti della discrezionalità del legislatore.

2.2 Gli argomenti che intendono dimostrare il carattere eterosessuale del matrimonio

Per sostenere la tesi che vuole il paradigma eterosessuale incorporato nella disciplina costituzionale la sentenza adduce, come già rilevato, una sorta di argomento "originalista"[5]: posto che l'istituto giuridico del matrimonio preso in considerazione nel dibattito costituente è stato quello definito dal codice civile, indubbiamente implicante l'eterosessualità dei coniugi, e rilevato che nell'orizzonte di riferimento dei costituenti è stata considerata la sola relazione uomo-donna (per conformare innovativamente la quale è stata introdotta, dal secondo comma dell'art. 29 Cost., la regola dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi), la Corte costituzionale afferma che il superamento del paradigma eterosessuale che risulta incorporato nel precetto costituzionale non potrebbe avvenire per via ermeneutica, perché si tratterebbe "non di una semplice rilettura del sistema" o dell'abbandono "di una mera prassi interpretativa", ma di compiere una vera e propria "interpretazione creativa".

La sentenza rafforza il legame tra la formulazione dell'art. 29 ed il significato tradizionale dell'istituto del matrimonio richiamando anche l'art. 30 Cost. (benché, come parametro, fosse rimasto estraneo alla questione): dalla successione, che non sarebbe "casuale", delle due disposizioni, la pronuncia ricava un peculiare rilievo costituzionale attribuito alla famiglia legittima e, insieme, "alla (potenziale) finalità procreativa", che considera come ulteriore elemento di differenziazione rispetto all'unione omosessuale.

L'argomento della funzione riproduttiva del matrimonio risulta ancor più fragile di quello originalista: la finalità procreativa non è elemento giuridicamente rilevante del matrimonio né nel diritto civile, né in quello costituzionale, in cui, semmai, l'art. 30 configura il rapporto di filiazione in modo relativamente indipendente dal matrimonio assicurando comunque a tutti i figli, in quanto tali, la pienezza di

4 Già osservava M. Bonini Baraldi 2009, *Le famiglie omosessuali,* cit., p. 889, che un simile approccio conduce a ritenere impraticabile la stessa operazione di raffronto tra relazioni familiari/coniugali e relazioni omosessuali, come peraltro argomenta esplicitamente A. Morrone, *Art. 2*, in *Codice della famiglia*, M. Sesta (a cura di), Milano, Giuffrè, 2009, p. 33 s.

5 L'argomento per cui «a ciascun enunciato normativo deve essere attribuito il significato che corrisponde alla volontà dell'emittente o autore dell'enunciato, cioè del legislatore in concreto, del legislatore storico»: v. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 364.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

tutela giuridica e sociale[6], relativizzando l'articolo 29 e la sua definizione di famiglia (legittima) e precludendo qualsiasi interpretazione che costruisca un nesso rigido tra filiazione, famiglia e matrimonio[7].

L'uso del riferimento psicologico o originalista assume comunque un aspetto particolare, nel momento in cui la sentenza ricostruisce l'intenzione del costituente attraverso il riferimento al codice civile dell'epoca, intrecciando due fonti di rango diverso e intrecciando *norme oggetto* e *norma parametro*[8]. Per interpretare la *norma parametro* – in particolare, individuando il carattere del matrimonio quanto al sesso dei coniugi – utilizza, infatti, la *norma oggetto* – che afferma il carattere esclusivamente eterosessuale del matrimonio, anticipando con questo passaggio non già l'infondatezza, ma l'impossibilità di mettere in dubbio la costituzionalità di tale previsione.

Non passano inosservate le contraddizioni interne all'argomentazione della sentenza stessa.

In particolare, vi è contrasto con i passaggi argomentativi che evidenziano, da un lato, che i concetti di famiglia e matrimonio non possono ritenersi "cristallizzati" con riferimento all'epoca in cui la costituzione è entrata in vigore – e vanno dunque interpretati tenendo conto delle trasformazioni ordinamentali e sociali - e sottolineano, dall'altro, la mancanza di un consolidamento definitivo del significato delle formule dell'art. 29, riferendo di "un vivace confronto dottrinale" in proposito, da cui non può che derivare la necessità di compiere opzioni interpretative[9].

Inoltre, manca una convincente spiegazione del perché proprio in questo caso andrebbe esclusa l'opzione interpretativa estensiva, comunemente praticata nei confronti di tutti i c.d. "nuovi diritti", ed ampiamente usata nella parte della stessa sentenza che "apre" l'art. 2 ad un contenuto assolutamente innovativo[10]: non è sufficiente a questo fine osservare che l'art. 2 sottintende un catalogo – necessariamente da ricavare in via interpretativa –, mentre l'art. 29 muove da una nozione di matrimonio in sé auto-sufficiente e conclusa.

2.2.1 Di che originalismo si tratta?

L'argomentazione è di incerta ricostruzione, ed incerta ne rimane anche la qualificazione.

È stato sottolineato che si tratta di una *interpretazione adeguatrice alla rovescia*, generata dalla costituzionalizzazione della concezione del matrimonio inscritta nell'oggetto stesso del giudizio di costituzionalità[11].

6 La clausola di compatibilità dell'art. 30 Cost. ("Nei casi di incapacità dei genitori la legge provvede a che siano assolti i loro compiti. La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima") riguarda essenzialmente *la coesione* della famiglia legittima, ad evitare che essa debba subire un'integrazione forzata nel suo nucleo di figli nati fuori dal matrimonio; la giurisprudenza costituzionale ne ha affidato al legislatore la definizione di contenuti, riducendone via via la rilevanza; ma anche quando, come nella poco convincente sentenza n. 335/2009, ne ha proposto una "rivitalizzazione", collegando la discrezionalità legislativa al "*divenire della società e del costume*", ha chiaramente mostrato che il "privilegio" della famiglia legittima opera – sotto il vincolo della ragionevolezza – nella concorrenza tra figli legittimi e non, senza con ciò diventare necessario a qualificare la filiazione.

7 Considerano il rapporto coniugale *ex* art. 29 ed il rapporto di filiazione, comunque sorto, *ex* art. 30 come due situazioni familiari elementari e distinte P. Cavaleri, M. Pedrazza Gorlero, G. Sciullo, *Libertà politiche del minore e potestà educativa dei genitori nella dialettica del rapporto educativo familiare*, in M. De Cristoforo, A. Belvedere (a cura di), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 77; E. Lamarque, *Gli articoli costituzionali sulla famiglia: travolti da un insolito (e inesorabile) destino*, in *La "società naturale"*, cit., p. 193. Di contro, parla di uno "stretto rapporto biunivoco tra matrimonio e famiglia legittima" P.A. Capotosti, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza* versus *inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, p. 363; M. Manetti, *Matrimonio fra persone dello stesso sesso e filiazione*, in *La "società naturale"*, cit., p. 231, sottolinea che, senza essere finalizzato alla procreazione, il matrimonio resterebbe il presupposto della filiazione "preferito" dalla Costituzione.

8 F. Mastromartino, *Il matrimonio conteso. Le unioni omosessuali davanti ai giudici delle leggi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013, p. 124: "adattando il parametro all'oggetto mediante interpretazione originalista".

9 B. Pezzini, *Coppie same-sex e matrimonio: quale uguaglianza dopo la sent. 138/2010*, in *Notizie di Politeia*, 2010, n. 100, p. 75.

10 F. Mastromartino, *cit.*, p. 127: osserva che la Corte sembra agitare lo spauracchio dell'interpretazione creativa per stigmatizzare una semplice re-interpretazione estensiva; C. Luzzatti, *Prìncipi e principi. La genericità nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 218, rileva che ci si troverebbe di fronte ad un vuoto che può essere riempito o con un'interpretazione restrittiva che usa l'argomento a contrario (il costituente ha taciuto perché l'ha escluso) o con un'interpretazione estensiva che adegua la norma ai cambiamenti sociali, entrambe comunque creative.

11 C. Luzzatti, *cit.*, p. 215; M. Barberis, *Eguaglianza, ragionevolezza e diritti*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2013, 1, p. 200; F. Mastromartino, *cit.*, p. 124.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Una parte degli interpreti rimarca, più o meno criticamente, l'argomentazione *tradizionalista* che si intreccia con quella originalista o che con essa si confonderebbe[12].

Non manca chi[13] ha considerato che non si tratti di un'interpretazione secondo l'intenzione originaria, bensì che sia volta ad estrarre il significato proprio della locuzione "società naturale" fondata sul matrimonio, di cui sviluppa una versione esplicitamente essenzialista (parlando di una "nozione universale che corrisponde ad una inclinazione dell'uomo come essere razionale"[14]). A tale lettura va obiettato che è la stessa Corte a ricordare che sull'interpretazione di tale locuzione gli studiosi sono divisi e a dare conto dell'esistenza "di un vivace confronto dottrinale tutt'ora aperto", suggerendo la plausibilità di differenti ipotesi di ricostruzione della ratio del primo comma dell'articolo (che, peraltro, usa il matrimonio per definire la "società naturale" corrispondente alla "famiglia legittima", non la "società naturale" per definire il matrimonio). Riferendosi all'espressione "società naturale", la Corte costituzionale ne riconduce espressamente il portato normativo alla relazione tra famiglia e Repubblica[15], nel senso che alla famiglia, per la sua qualità di formazione sociale primaria ed essenziale nella vita degli individui, la Costituzione garantisce uno spazio di autonomia, reso evidente dal legame lessicale e di senso con il principio personalista espresso dall'art. 2 Cost., assumendo, da un lato, la pre-esistenza di un ambito non interamente conformato dal diritto e, dall'altro, l'esistenza di un limite per l'ordinamento stesso. Il riconoscimento alla famiglia di uno spazio di autonomia privata porta con sé la reazione alle concezioni statalista ed alle conseguenti politiche di ingerenza del regime fascista[16], il rifiuto della funzionalizzazione della famiglia e l'assunzione di una visione prospettica che ad essa guardi attraverso la valorizzazione degli interessi individuali e personali dei suoi componenti, non attraverso l'interesse pubblico generale.

Per contro, pare corretto ricostruire l'interpretazione della Corte costituzionale nei termini di un'argomentazione *originalista e sistematica*[17], sottolineando che la Corte costituzionale avrebbe mostrato di voler evitare il ricorso ad una nozione meramente "tradizionale" fondata su argomenti diversi, quali la finalità procreativa o diritto dei figli a crescere in un ambiente ritenuto moralmente consono[18], che sarebbero stati facilmente confutabili.

12 I. Massa Pinto e C. Tripodina, *Sul come per la Corte costituzionale "le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio" ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*, in *Consulta online,* www.dircost.unito.it, 6, leggono in un percorso critico approfondito le motivazioni espresse ed implicite della sentenza, notando che l'argomento storicista si intreccia e si confonde con quello originalista e rimarcano le ambiguità del modello interpretativo adottato dalla Corte, che scaricano sulla comunità degli interpreti l'onere di una "incerta ricostruzione" (anche se ritengono che "l'affermazione per la quale le unioni omosessuali non sono equiparabili a quelle matrimoniali" sia destinata a gravare "come un macigno" sulle possibilità di scelta politica del futuro legislatore); solo apparentemente l'argomento si mostrerebbe come originalista, mentre in realtà si tratterebbe dell'argomento della "natura delle cose" o dell'impotenza del legislatore di fronte alla tradizione.

F. Mastromartino, *cit.*, p. 126, considera epistemologicamente superata la concezione implicita che nella tradizione vede un elemento costitutivo immodificabile del significato delle parole ed obietta alla tesi dell'interpretazione creativa non consentita che essa vorrebbe sottintendere, erroneamente, che il discorso legislativo possa avere un significato proprio indipendente dalle attività interpretative degli utenti.

G. Damele, *Sulle motivazioni della recente sentenza della Corte Costituzionale italiana in materia di matrimonio omosessuale. Con un confronto con la giurisprudenza del Tribunal Constitucional portoghese,* in *Diritto e Questioni Pubbliche*, 2011, 11, p. 5, sostiene che l'argomento psicologico-originalistico, nella misura in cui ricostruisce l'intenzione del legislatore è in realtà impiegato per dissimulare l'argomento naturalistico o del legislatore impotente, riferito alla formula "società naturale", che avrebbe però una "indebolita carica persuasiva" (p.23).

13 A. Renda, *cit.*, p. 217.

14 *Ibidem,* p. 291.

15 Come osservato da Moro nell'Adunanza plenaria del 15 gennaio 1947: "*Non è affatto una definizione anche se ne ha la forma esterna, in quanto si tratta di definire la sfera di competenza dello Stato nei confronti di una formazione sociale*". M. Franco, *Il same-sex marriage tra natura e artificialità*, in *La "società naturale"*, cit., p. 146, osserva in modo convincente che la *naturalità* "non costituisce il *proprium* del matrimonio né della famiglia legittima", appartenendo piuttosto alla procreazione (come qualità necessariamente connessa alla differenza di genere del corpo della donna); la famiglia legittima mutuerebbe, pertanto, il carattere di naturalità dal rapporto di filiazione, non dal matrimonio.

16 Ricorrono frequentemente nel dibattito costituente gli esempi negativi delle politiche fasciste di ingerenza sulla famiglia cui si intende reagire, ma viene anche addotta espressamente una reazione sul piano teorico alla teoria dei diritti riflessi (così La Pira nella seduta del 6 novembre 1946 della Prima Sottocommissione) e la contrapposizione alle concezioni contrattualistiche dell'illuminismo francese (Dossetti, seduta del 30 ottobre 1946 della Prima Sottocommissione).

17 Così A. Sperti, *cit.*, p. 149.

18 A. Sperti, *cit.*, p. 143.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

2.2.2 Giustificare la differenziazione in nome della discrezionalità del legislatore (a proposito del fondamento dell'argomento sistematico-originalista)

Se, al netto delle critiche già evidenziate, spogliamo l'argomentazione di tipo originalista della contaminazione in senso più propriamente *tradizionalista* (in senso *essenzialista*[19]), essa ci appare sostanzialmente volta a ricavare il significato della parola e la nozione giuridica di matrimonio accolti *dal costituente* nell'art. 29 Cost. dal significato – storicizzato – attribuito al matrimonio *dal legislatore* negli anni della *Costituente*: sul solo punto del carattere eterosessuale del matrimonio stesso, però, dal momento che il costituente non ha rinunciato ad intervenire su altri elementi essenziali della disciplina dell'istituto, rinunciando a costituzionalizzare l'indissolubilità e conformando i rapporti familiari all'uguaglianza di genere, "demolendo" quindi le basi della struttura patriarcale della famiglia (in coerenza con la conquistata autonomia come soggetti politici da parte delle donne).

Così ricostruita, la tesi *sistematico-originalista* esprime la tensione ad individuare all'interno della legislazione e delle scelte del legislatore evidenze plausibili e ragionevoli delle differenziazioni delle situazioni fra le quali deve svolgersi il confronto, in modo che il fondamento e la giustificazione del trattamento differenziato ad esse riservato appaiano altrettanto plausibili e ragionevoli (nella misura in cui la differenza di trattamento può essere giustificata, o persino necessaria, la categoria della *discriminazione* resta distinta da quella della *differenziazione*)[20].

Non è detto che l'operazione risulti convincente (a nostro parere in questo caso non lo è), ma va riconosciuto che essa è volta a riconoscere e valorizzare le scelte compiute dal legislatore e la sua capacità di interpretare la costituzione. Infatti, quando riconduce ad una origine identificabile nella opzione compiuta dal legislatore e non intende veicolare pretese di significato universale, l'argomento della discrezionalità del legislatore difende il ruolo non riducibile e non comprimibile dei processi democratici di attuazione dei principi costituzionali. In tal senso esprime anche un'esigenza fortemente sentita da tutte le Corti superiori cui è affidata la tutela multilivello dei diritti fondamentali - che quindi traggono la propria legittimazione dalle Carte dei diritti (ciascuna in forme proprie e su basi di legittimazione e funzionamento specifiche, non riducibili le une alle altre e non sovrapponibili) - e che possiamo ritenere intrinseca ad una, pur aggiornata, dottrina della separazione dei poteri[21].

Si tratta di una esigenza obiettiva, che, nelle sue versioni più attente e meno ideologiche, esprime anche la necessità di interrogarsi sull'alternativa tra (il rischio di) una mera storicizzazione del dato normativo e (la necessità di lasciare spazio ad) una evoluzione del diritto attraverso l'esercizio della scelta secondo procedure democratiche[22]; un interrogativo che sottintende anche la consapevolezza del diverso ruolo di giudice e legislatore di fronte all'attuazione delle norme costituzionali: l'esercizio della funzione giurisdizionale è in grado di interpretare il cambiamento e cogliere nell'applicazione del dato normativo le variazioni indotte dalla trasformazione sociale, e lo deve fare quando ciò è richiesto in funzione della garanzia dei diritti inviolabili; ma è solo l'esercizio della discrezionalità legislativa, e della connessa responsabilità politica, che è in grado di offrire un processo democratico nel quale vengano compiute le scelte di attuazione indispensabili per dare ai principi costituzionali un'attuazione coerente.

Si tratta dunque di chiedersi cosa sia in gioco in questo caso: è vero, come la Corte costituzionale sembra ritenere, che l'interpretazione dell'eterosessualità come carattere essenziale del matrimonio non può essere sottratta alla discrezionalità del legislatore?

Per rispondere affermativamente, dovremmo, innanzitutto, avere la certezza che nella discrezionalità rientri la possibilità di negare il matrimonio *in ragione dell'orientamento affettivo e sessuale dei coniugi*:

19 Esemplare, come visto sopra, Renda, 291, che parla di "*nozione universale che corrisponde ad una inclinazione dell'uomo come essere razionale*".

20 C. Tripodina, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in F. Giuffrè - I. Nicotra (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent del legislatore nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2008, d'altra parte, aveva evidenziato che l'argomento originalista svolge spesso funzione ancillare rispetto all'argomento della discrezionalità del legislatore, con la finalità di garantire che la risposta alla pressione delle domande sociali provenga dalla rappresentanza politica ad esso coeva (p. 18).

21 M. Luciani, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Dalla costituzione "inattuata" alla costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, Per la storia del pensiero giuridico moderno, Milano, Giuffré, 2013, p. 31.

22 L'alternativa è configurata esplicitamente in tal modo da Tripodina, *L'argomento originalista*, cit., ma percorre in particolare anche le riflessioni di A. Ruggeri, v. non solo *"Famiglie" di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?*, in *AIC*, www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2011, ma anche *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in *Diritto e società*, 2000, 567; *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in *Politica del diritto*, 2006, 549.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

domanda alla quale non possiamo che rispondere che si tratta di una classificazione sospetta e che, quindi, le ragioni addotte per la differenziazione debbono subire uno scrutinio stretto (vedi sopra).

In secondo luogo, la difesa della discrezionalità corrisponde alla necessità di riconoscere spazio alle operazioni di bilanciamento e, dunque, richiede di individuare quali siano i principi costituzionali il cui bilanciamento è richiesto in tema di matrimonio; questo è il vero problema: è possibile individuare principi costituzionali che verrebbero sacrificati dall'estensione del matrimonio a tutti? la rilettura del vocabolo – pur riconoscendo la millenaria tradizione – sarebbe impedita dalla lettera della norma costituzionale? è impedita dalla sua *ratio*? Si tratta di domande alle quali ci sembra che le considerazioni svolte nei paragrafi precedenti impongano una risposta negativa: non solo la lettera dell'art. 29 Cost. non menziona espressamente la differenza di sesso tra i coniugi[23], ma la funzione antisubordinazione che caratterizza la tutela del matrimonio risulta addirittura potenziata dal riconoscimento del matrimonio *per tutti* (v. par. 1.2).

In ultima istanza, l'apertura a tutti dell'accesso al matrimonio si limiterebbe a sacrificare una tradizione – intesa in senso storico, non in senso essenzialista – nella quale si riconosce ed identifica una parte significativa e forse maggioritaria della popolazione e la parte sicuramente maggioritaria della sua rappresentanza politica: e qui emerge un altro punto critico della questione, che riguarda la legittimazione sostanziale del legislatore rispetto a questioni di genere e questioni relative a minoranze.

Proprio la logica maggioritaria e *mainstream* che governa il funzionamento delle istituzioni della rappresentanza democratica entra infatti inevitabilmente in tensione quando siano in gioco questioni che richiedono un ripensamento ed una riqualificazione di istituti, concetti, fenomeni sociali che appaiono problematici solo dal punto di vista di una minoranza (talvolta anche molto ristretta) o comunque di gruppi sociali non dominanti.

La stessa possibilità di attestarsi sulla consolidata visione tradizionale del diritto di famiglia come ambito riservato al legislatore in quanto fortemente e specificamente espressivo dell'identità nazionale si scontra con la questione di genere, nella forma specifica in cui essa oggi si manifesta in connessione con identità e orientamento sessuale, ma in realtà non diversamente da come si sia scontrata nel passato con la possibilità di riconoscimento dei diritti delle donne.

Dal momento che la questione del riconoscimento delle unioni omosessuali da tempo compare, senza successo, nell'agenda politica, non possiamo ignorare che il legislatore ha ampiamente dimostrato la propria incapacità ad affrontarla con una disciplina non già generale dei diritti e doveri della coppia, ma neppure con una disciplina purchessia. Un'incapacità probabilmente neppure transitoria, perché non sembrerebbe riconducibile alle contingenze della politica, suscettibili di rapidi mutamenti, ma appartenente ad un dato strutturale del sistema politico italiano – così ieri nella fase della sua faticosa ricerca di una strutturazione maggioritaria, come oggi nella sua strutturazione di "larghe intese" di governo –, in cui la trattazione di temi ad alto tasso di "trasversalità", come tutte le questioni *di genere*, sembra inevitabilmente destinata a fallire.

2.2.3 Cosa indebolisce (ulteriormente) l'argomento sistematico-originalista

Alle critiche che convergono sull'argomento sistematico-originalista, possiamo aggiungere alcuni sviluppi nell'ordinamento successivi alla sentenza 138 che lo indeboliscono ulteriormente.

Il primo deriva dalla considerazione del quadro ordinamentale sovra-nazionale, ed in particolare dall'art. 9 della *Carta europea dei diritti fondamentali* («Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio»): la sua formulazione volutamente *neutra* rispetto al matrimonio omosessuale – che, come chiarisce espressamente la nota di spiegazione redatta dal *Praesidium* della Convenzione, non è vietato, né imposto -, fornisce una base normativa di "legittimazione" in riferimento all'avvenuto superamento del paradigma eterosessuale; la neutralità in materia è già sufficiente a scardinare il paradigma eterosessuale, definendo il matrimonio come un istituto giuridico *potenzialmente indifferente* al sesso dei contraenti (mentre, l'argomento tradizionale associa indissolubilmente il matrimonio al solo irrinunciabile presupposto della diversità di sesso dei coniugi).

La Corte di cassazione lo aveva già, in un certo senso, messo in luce prima della sentenza della Corte costituzionale (sentenza n. 6441/2009, I Sez.), affermando che la formulazione dell'art. 9 "da un lato conferma l'apertura verso forme di relazioni affettive di tipo familiare diverse da quelle fondate sul matrimonio e, dall'altro, *non richiede più come requisito necessario per invocare la garanzia dalla norma stessa prevista la diversità di sesso dei soggetti del rapporto*" (corsivo ns.), ovviamente continuando ad escludere

23 Senza contare che altre Corti – dal Tribunale costituzionale spagnolo, alla Corte di Strasburgo – hanno ritenuto di poter superare anche il dato letterale.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

che da tale norma derivi l'esistenza di un obbligo di adeguamento al pluralismo delle relazioni familiari da parte degli stati membri, ovvero un automatismo negli effetti di riconoscimento delle unioni omosessuali tra uno stato e l'altro.

Dopo la 138, nella decisione *Schalk e Kopf c. Austria* del 24 giugno 2010, la Corte Edu ha espressamente riconosciuto l'influenza dell'art. 9 della Carta europea ai fini della stessa interpretazione dell'art. 12 Cedu (che prevede che «Uomini e donne in età maritale hanno diritto di sposarsi e di formare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto»), che ne risulta orientata nel senso del superamento del paradigma eterosessuale come contenuto necessario.

La sentenza *Schalk e Kopf* ha, a sua volta, influenzato la sentenza 4184/2012 della Corte di cassazione, conducendola ad affermare che la prospettiva di un matrimonio sganciato dal paradigma eterosessuale, quindi indifferentemente aperto alle coppie dello stesso come di diverso sesso, pur restando discrezionalmente disponibile nell'*an* da parte del legislatore, ha trovato le proprie basi giuridiche di riconoscimento – non imposto, ma possibile – nell'art. 12 Cedu riletto alla luce dell'art. 9 della Carta europea dei diritti fondamentali ("essendo stata radicalmente superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile" del matrimonio: e si noti la perentorietà dell'affermazione di un *radicale* abbandono di tale prospettiva). Nel caso di specie, relativo alla trascrizione di un matrimonio *same-sex* contratto all'estero, ciò, come noto, ha portato, pur confermando il divieto di trascrizione, al superamento delle categorie dell'inesistenza e dell'invalidità, sostituite da quella della inidoneità a produrre gli effetti del matrimonio; idoneità che rende però possibile – anzi, necessario – riconoscere al matrimonio *same-sex* celebrato all'estero almeno determinati *specifici effetti analoghi* a quelli di un matrimonio riconosciuto, in applicazione degli art. 2 e 3 Cost..

Questa visione viene successivamente ribadita dalla Cassazione (rimettendo alla Corte costituzionale la questione del divorzio imposto al transessuale): a p. 25 l'ordinanza 14329/13 afferma testualmente: "Alla luce dei nuovi principi stabiliti in queste pronunce si può affermare: *la scelta di estendere il modello matrimoniale anche ad unioni diverse da quella eterosessuale è rimessa al legislatore ordinario. Non sussiste un vincolo costituzionale* (art. 29 Cost.) o proveniente dall'art. 12 della Cedu in ordine all'esclusiva applicabilità del modello matrimoniale alle unioni eterosessuali (Corte costituzionale n. 138 del 2010; Cedu caso Schalk e Kops [sic])." (corsivo nostro)

Ad indebolire l'argomento originalista contribuisce anche la questione di costituzionalità sollevata a proposito del divorzio imposto al transessuale a seguito del mutamento di sesso (Corte di cassazione, ordinanza 14329/13): la questione ha ad oggetto l'automatica cessazione degli effetti del matrimonio del transessuale per effetto della sentenza di rettificazione, senza la necessità di una domanda e di una pronuncia giudiziale, che introduce, da punto di vista sostanziale, la previsione di un *divorzio ex lege* imposto alla coppia coniugata prima della rettificazione di attribuzione di sesso di uno dei coniugi (art. 4 l. 164/1982)[24].

Viene quindi in gioco, dal punto di vista sostanziale, *la protezione dell'unità familiare* – così come vissuta e interpretata dai coniugi – *da interferenze esterne volte alla dissoluzione di tale unità*; detto altrimenti, è in gioco la protezione dei diritti di una famiglia fondata sul matrimonio *da interferenze esterne* volte alla dissoluzione di tale famiglia.

La questione di costituzionalità è argomentata dalla Corte di cassazione contestando l'inadeguato bilanciamento[25] della normativa vigente, volta esclusivamente a garantire l'incorporazione del paradigma

24 Nel caso da cui origina l'ordinanza, il giudice di appello aveva sviluppato fino alle estreme conseguenze la tesi dell'automatismo dello scioglimento del vincolo matrimoniale (Corte d'appello di Bologna, decreto del 18 maggio 2011): poiché attendere la pronuncia di divorzio per lo scioglimento del matrimonio avrebbe significato ammettere, anche solo temporaneamente, il matrimonio fra persone dello stesso sesso e poiché tale istituto sarebbe da ritenersi estraneo al nostro ordinamento che «pretende la diversità di sesso dei coniugi come requisito immancabile», la Corte d'appello configura lo scioglimento come un effetto inderogabile, diretto e immediato della sentenza di rettificazione, autonomamente rilevabile dall'ufficiale di stato civile, degradando la pronuncia giudiziale sullo scioglimento ad un semplice – e neppure indispensabile – accertamento dichiarativo. E la Corte di cassazione conferma e condivide questa lettura della legge, pur sollevando dubbi sulla ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore. Sulle tappe precedenti e sugli sviluppi complessivi del caso Bernaroli, v. A. Lorenzetti, *Il caso Bernaroli. Quali soluzioni per un sistema "incartato"?*, in G. Vidal Marcìlio Pompeu, F. Facury Scaff (org.), *Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional*, Florianopolis/SC, Brazil, Conceito Editorial, 2012, pp. 363-376 e *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, FrancoAngeli, 2013, particolarmente cap. III.

25 La Corte di cassazione a pag. 23 dell'ordinanza afferma che il quesito sottoposto alla Corte riguarda la "valutazione dell'adeguatezza del sacrificio imposto a tali diritti dall'imperatività dello scioglimento del vincolo per entrambi i coniugi" e a pag. 25 riconosce "una compressione del tutto sproporzionata dei diritti della persona legati alla sfera relazione intersoggettiva", parlando del coniuge che sarebbe "ancor più ingiustificatamente colpito" dall'interferenza statuale ed, espressamente, di un "inadeguato bilanciamento d'interessi costituzionalmente rilevanti".

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

nell'istituto del matrimonio. Per realizzare l'interesse statuale a non modificare il modello familiare tradizionale del matrimonio eterosessuale sarebbero stati, infatti, completamente sacrificati diversi diritti fondamentali costituzionalmente tutelati: i diritti fondamentali del transessuale, sotto il profilo del condizionamento della libertà di scelta in ordine al mutamento di sesso e sotto il profilo della conservazione della preesistente dimensione relazionale nel matrimonio, sia sul piano sostanziale che su quello strumentale dell'azione a tutela del vincolo; il diritto del coniuge di scegliere se continuare la relazione coniugale (sul piano sostanziale e strumentale); il diritto alla conservazione dell'unità familiare; il diritto di esistenza della famiglia fondata sul matrimonio (in quanto nata dal matrimonio); il diritto a non essere ingiustificatamente discriminati rispetto a tutte le altre coppie coniugate, alle quali è riconosciuta la possibilità di scelta in ordine al divorzio (che mette in gioco la coerenza normativa riferita all'istituto del divorzio).

Esaminando il caso in rapporto con la sent. 138/2010, un più adeguato bilanciamento di tutti gli interessi costituzionali in gioco (che rimettesse lo scioglimento all'iniziativa dei coniugi) non avrebbe messo necessariamente in discussione il carattere eterosessuale dell'istituto del matrimonio, che potrebbe conservarsi come *principio* nel sistema ordinamentale, ammettendo la sopravvivenza del matrimonio del transessuale nei termini di una mera e circoscritta *eccezione*; mentre il matrimonio *same-sex* fuoriesce dal paradigma, il matrimonio antecedente la rettificazione mantiene la sua radice entro il paradigma (*pretendendo tutela proprio in quanto* si è validamente costituito entro il paradigma) ed aspira ad una *continuità* che non sfida radicalmente il paradigma; o meglio: non richiede la rinuncia al *principio* della eterosessualità del matrimonio, pur mettendone in discussione *il carattere paradigmatico*, (l'eterosessualità degrada da paradigma a semplice principio). È indubbio, tuttavia, che una sentenza di pieno accoglimento avrebbe avuto l'effetto di riconoscere che l'ordinamento interno non è monoliticamente e univocamente orientato a conservare un'associazione necessaria tra matrimonio e eterosessualità e che, dal punto di vista della giustificazione della differenza, ne sarebbe risultata indebolita la plausibilità della distinzione tra unioni etero- ed omosessuali.

Pronunciandosi con la sentenza 170/2014[26], la Corte costituzionale ha adottato una complessa sentenza di accoglimento manipolatoria: l'effetto caducatorio del matrimonio ad opera della sentenza di rettificazione, la cui legittimità era stata messa in dubbio, viene confermato, ma la sua conformità a costituzione risulta legata ad una precisa condizione: che ai coniugi – che subiscono il divorzio coattivo – sia garantita la possibilità di mantenere in vita una "convivenza registrata"; ad essere colpita dalla dichiarazione di incostituzionalità è, infatti, precisamente l'assenza di tale possibilità e gli articoli 2 e 4 della legge sul transessualismo sono dichiarati incostituzionali "nella parte in cui non prevedono che la sentenza consenta di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore".

Le disposizioni contestate escono, di conseguenza, dal giudizio costituzionale con una portata normativa ed un'estensione diverse da quelle originarie: il contenuto nuovo, aggiunto come costituzionalmente dovuto, è rappresentato dalla possibilità di convertire il matrimonio in una "convivenza registrata". La sentenza additiva impone qualcosa che, pur non configurandosi come una regola pienamente auto-applicativa, esprime più di un principio e di un indirizzo di legislazione futura, assegnando al legislatore il compito di individuare i confini ed i contenuti *di un istituto determinato*.

La prospettiva assunta dalla Corte costituzionale presta il fianco a critiche ed obiezioni.

A partire dalla sottovalutazione del profilo del diritto di difesa, del transessuale e del coniuge, ampiamente argomentato nell'ordinanza di rimessione, liquidato in poche battute (par. 5.4); così come in relazione al fatto di sottrarre ai coniugi – che hanno interpretato la situazione determinata dalla rettificazione di sesso di uno di loro come compatibile con la conservazione del legame coniugale - ogni possibilità di autonoma valutazione del perdurare dell'*unità familiare* (escludendo dai "diritti della famiglia fondata sul matrimonio", che l'art. 29 espressamente riconosce, i diritti di autodeterminazione dei coniugi in ordine alle esperienze e possibilità di vita da condividere sul piano della identità sessuale).

26 Tra i primi commenti: A. Ruggeri, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in *Consulta on line*, www.giurcost.org, 2014; F. Biondi, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio "imposto": un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.formuncostituzionale.it, 2014; G. Brunelli, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. "divorzio imposto*, in *Articolo29,* www.articolo29.it, 2014; B. Pezzini, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in *Articolo29,* www.articolo29.it, 2014; M. Winkler, *La Corte costituzionale si pronuncia sul caso del divorzio "imposto": luci e ombre*, in *Articolo29,* www.articolo29.it, 2014; P. Veronesi, *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il "caso Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali,* www.formuncostituzionale.it, 2014; P. Bianchi, *Divorzio imposto: incostituzionale ma non troppo*, in *Forum di Quaderni costituzionali,* www.formuncostituzionale.it, 2014.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Ma anche in riferimento alla disciplina della "convivenza registrata", sulla quale la Corte chiama il legislatore ad intervenire "*con la massima sollecitudine*": la specificità di condizione della coppia coniugata divenuta *same-sex* (rimarcata nel par. 5.6: "in ragione del pregresso vissuto nel contesto di un regolare matrimonio") impone – ed in tal caso in che misura e per quali aspetti - una differenza di trattamento rispetto al precedente regime matrimoniale? potrà e/o dovrà risultare diversa anche dalla convivenza registrata di coppie eterosessuali o di coppie sin dall'origine *same-sex*? in quale punto del *continuum* tra la massima protezione giuridica (matrimonio) e l'assoluta indeterminatezza (situazione riconosciuta incostituzionale) appare ragionevole collocare la condizione dei/delle già coniugi? dal momento che non si può dubitare del fatto che l'imposizione di un passaggio dalla condizione matrimoniale a quella di una convivenza registrata comporta una "degradazione" giuridica, quale quantità e forma di "degradazione giuridica" non metterebbe in discussione la pari dignità sociale?

Ai fini del ragionamento, che qui si sta svolgendo, sulle interpretazioni dell'art. 29 Cost., la sentenza 170 conferma e ribadisce nettamente l'incorporazione del paradigma eterosessuale nella nozione di matrimonio "presupposta dal costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29 Cost.)" (par. 5.2): rinviando ampiamente e testualmente al precedente della sentenza 138/2010, esclude che il parametro di riferimento della fattispecie in esame possa essere l'art. 29 Cost., indirizzando la questione esclusivamente entro i binari della protezione offerta dall'art. 2.

Non pare, tuttavia, che l'interpretazione dell'art. 29 ne risulti indirizzata in senso più nettamente essenzialista e che l'eterosessualità del matrimonio debba essere considerata *un'origine che non può mutare*.

A sostegno dell'eterosessualità del matrimonio non viene aggiunto nessun diverso fondamento rispetto alla sentenza 138/2010, cui la 170/2014 rimanda per tutte le argomentazioni di merito. In particolare, vengono riproposti anche quei passaggi testuali, ampiamente segnalati dai commentatori, che non escludono la possibilità di una diversa regolamentazione di livello legislativo, che possa in futuro equiparare le coppie eterosessuali e quelle *same-sex*; la Corte ribadisce con molta nettezza che tale equiparazione non è dovuta (par. 5.4.), ma, citando testualmente la sent. 138, non modifica le espressioni che autorizzano a ritenerla possibile, purché ciò avvenga per una scelta espressa del legislatore: quando ribadisce che la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29 Cost.) è quella stessa definita dal codice civile del 1942, che "stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso" (par. 5.2.), usa nella parentesi un'espressione che implica che il codice civile avrebbe anche potuto diversamente evolvere ed essere modificato sul punto per stabilire una diversa soluzione; così come quando richiama la tutela che l'art. 2 Cost. offre alla formazione sociale rappresentata dall'unione omosessuale intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso (par. 5.5), riprende testualmente le espressioni con cui nella 138 aveva caratterizzato il diritto fondamentale conseguente e ribadisce che si deve escludere che la tutela possa essere realizzata "*soltanto*" attraverso una equiparazione al matrimonio. Per quanto si escluda di imporre l'estensione del matrimonio come costituzionalmente dovuta, l'apertura *a tutti* del matrimonio resta nell'orizzonte delle scelte possibili per il legislatore. Nessun argomento nuovo o ulteriore viene speso, d'altra parte, a fondamento di un "interesse dello stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio (e a non consentirne, quindi, la prosecuzione, una volta venuto meno il requisito essenziale della diversità di sesso dei coniugi)" (par. 5.6), semplicemente affermato e contrapposto al "sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto" che la coppia divenuta same-sex vorrebbe mantenere in essere.

L'interpretazione dell'art. 29 non diviene nella sent. 170/2014 apertamente tradizionalista, e tantomeno originalista-essenzialista, ma resta quella che molti interpreti e la stessa Corte di cassazione avevano colto nella 138/2010, di tipo *sistematico-originalista* (nel senso ricostruito *supra*, v. par. 2.2.1).

3. Rimuovere la discriminazione

Se si ritiene, come argomentato nel par. 1.2, che il trattamento giuridico del soggetto eterosessuale nell'ambito di una relazione di coppia eterosessuale non possa essere negato al soggetto omosessuale nell'ambito di una relazione di coppia omosessuale se non in base alla obiettiva dimostrazione di una assoluta necessità finalizzata alla tutela di altro diritto costituzionalmente rilevante che risulterebbe altrimenti pregiudicato, *solo il matrimonio per tutti potrebbe garantire effettivamente la rimozione della discriminazione*.

Ma per giungere a questo risultato è necessario che sia il legislatore ad attivarsi, esercitando in questa direzione la propria responsabilità di scelta, che imporrebbe alla giurisprudenza costituzionale (se venisse interpellata sulla costituzionalità della legislazione in materia di *matrimonio per tutti*) di riconsiderare il significato del matrimonio alla luce della nuova definizione che di esso ne avrebbe dato il legislatore sganciandolo dal paradigma eterosessuale.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

E non si tratterebbe di un *revirement*.

La continuità con la visione espressa nella 138/2010 e nella 170/2014 si coglierebbe per il fatto che la definizione del matrimonio dell'art. 29 Cost. spetta al legislatore, coincidendo con quella "originale" – adottata dal legislatore al momento dell'origine della norma costituzionale – solo sino a che il legislatore stesso non si assuma la responsabilità politica di modificarla. Nel caso in cui la Corte intendesse negare la costituzionalità dell'abbandono del paradigma eterosessuale del matrimonio (sostenendo che non rientra nell'ambito della discrezionalità del legislatore, che gli è vietata una così significativa trasformazione dell'istituto) dovrebbe necessariamente ed esplicitamente aderire a quella prospettiva essenzialista in merito alla quale non ha sin qui inteso impegnarsi (mentre non mancano gli spunti che suggeriscono, come sopra ricordato, la poca plausibilità della prospettiva essenzialista agli occhi dello stesso giudice delle leggi: il richiamo alla non cristallizzazione, il riconoscimento della non sufficienza a tal fine della formula intrinsecamente ambigua della società naturale...).

Di *revirement* dovrebbe parlarsi nell'ipotesi in cui la Corte, in assenza di esplicite modifiche legislative, riconsiderasse diversamente la stessa questione sulla quale è stata interrogata con la 138, abbandonando ogni prospettiva originalista e indirizzandosi verso una valorizzazione forte dell'uguaglianza come diritto soggettivo.

Sia l'una che l'altra ipotesi (matrimonio per tutti per via legislativa, *revirement* della giurisprudenza costituzionale), tuttavia, non si vedono plausibilmente all'orizzonte in tempi brevi o medi.

Altri appaiono, allora, gli orizzonti da considerare in una prospettiva realistica ai fini della rimozione della discriminazione che riteniamo esistente.

Quale potrebbe essere la valutazione in termini di legittimità costituzionale di un più limitato intervento legislativo che si limitasse alla disciplina delle unioni registrate?

È possibile soddisfare l'esigenza di uguaglianza in modo alternativo al *matrimonio per tutti* (e diverso dalla completa equiparazione di coppie etero e *same-sex* nel matrimonio)?

L'esercizio della funzione legislativa di per sé va a mutare il quadro entro il quale vanno compiute le comparazioni, che va considerato nella sua effettiva configurazione: lo impone la struttura stessa del giudizio costituzionale di uguaglianza, che si svolge nella forma di un apprezzamento delle condizioni in cui il legislatore definisce le condizioni di accesso ad un determinato trattamento (dal momento che l'uguaglianza non è mai una proprietà assoluta, ma relazionale). La stessa differenza tra le prospettive *forti* e *deboli* dell'uguaglianza, da questo punto di vista, risulta di tipo quantitativo, non qualitativo; anche qualora l'uguaglianza, nel campo in cui viene in gioco un diritto fondamentale, debba essere considerata in termini di un vero e proprio diritto soggettivo, è necessario compiere uno scrutinio delle ragioni della differenza di trattamento (scrutinio "stretto", ma pur sempre scrutinio): le ragioni per giustificare un trattamento differenziato debbono essere stringenti, ma ciò stesso indica che possono esistere ragioni giustificative; la differenza con l'uguaglianza come semplice principio ordinatore consiste nel fatto che, negli ambiti in cui ciò è costituzionalmente consentito o necessario, il controllo (lo scrutinio) sulle scelte del legislatore si allenta, incontrando, però, anche in questo caso, il limite della manifesta irragionevolezza (quando non esistono ragioni plausibili per un trattamento differenziato).

Possiamo, allora, ipotizzare una graduazione progressiva anche della discriminazione.

Al massimo grado della discriminazione sta l'assenza di ogni e qualsivoglia forma di tutela dell'interesse delle coppie *same-sex* al riconoscimento giuridico, che le discrimina oltre ogni tollerabilità e possibilità di giustificazione (alla luce dell'art. 2 e alla luce dell'art. 29).

Parzialmente diversa l'ipotesi dell'istituzione di una forma di *unione registrata* che, pur restando significativamente diversa dal matrimonio nella declinazione dei diritti e doveri reciproci dei *partner*, offrisse una possibilità di realizzazione ad alcuni degli interessi in gioco.

Un profilo di discriminazione, in tal caso, potrebbe sussistere ed essere rilevato in relazione alla rilevanza e specificità degli interessi la cui disciplina resta differenziata. Si consideri, a titolo di esempio, il tema di una stabilità meno garantita, per la presenza di minori formalità per lo scioglimento del vincolo: se tale condizione fosse prevista esclusivamente per le unioni *same-sex* dovremmo chiederci cosa giustifichi regole di maggiore stabilità per coppia eterosessuali (e qualora si intendesse individuarne la *ratio* in relazione all'opportunità di garanzie per la prole, la differenziazione non dovrebbe essere connessa al sesso dei *partner*, ma piuttosto alla presenza di figli[27]). D'altra parte, se si arrivasse alla previsione di una

27 L'esempio segue l'astratta costruzione della generatività della coppia eterosessuale che la giurisprudenza costituzionale indica – si è già osservato, poco persuasivamente – come elemento caratterizzante e distintivo rispetto alla coppia *same-sex*; e, tuttavia, la realtà dei rapporti sociali mostra già oggi scenari molto più complessi: oltre alla presenza di coppie ricostituite *same-sex* all'interno delle quali crescono i figli di precedenti unioni, si veda la recente sentenza del Tribunale dei minori di Roma del 30 luglio 2014, che ha consentito ad una donna l'adozione della figlia biologica della propria compagna (utilizzando la disciplina delle adozioni in casi particolari ex art. 44, lett. d) della legge 184/1983, già applicata in precedenza all'ipotesi di coppie eterosessuali).

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

forma di unione registrata per tutti, aperta sia alle coppie eterosessuali, sia a quelle dello stesso sesso, cosa potrebbe giustificare che le coppie etero abbiamo la possibilità di accedere a due gradi di riconoscimento, mentre le coppie *same-sex* ad uno solo?

Resta anche da chiedersi quale sarebbe lo scenario nel caso della previsione di un istituto diverso dal matrimonio, ma capace di garantire gli effetti essenziali che il matrimonio spiega nei rapporti orizzontali tra i coniugi: una forma di unione registrata *sostanzialmente corrispondente* al matrimonio, ma *formalmente alternativa*, che garantisse il soddisfacimento delle medesime esigenze sostanziali che trovano realizzazione nel matrimonio, sia pure attraverso una diversa forma giuridica.

In tal caso, e nella misura in cui il soddisfacimento fosse effettivo, il riconoscimento e la valorizzazione della "tradizione" (storica) potrebbero fornire una ragione sufficiente per una *quantità "modica" di differenza*, quale quella rappresentata dalla distinzione formale degli istituti.

In sostanza, si vedrebbe "sdoppiata" la funzione antisubordinazione di genere: da un lato il matrimonio, in quanto tale, resterebbe ancorato alla funzione originariamente ad esso associata dal Costituente e di cui va tenuta in conto la perdurante attualità, e conformato dalla regola che impedisce la *subordinazione della donna*; dall'altro lato, a tutela della pari dignità e dell'uguaglianza delle coppie *same-sex*, verrebbe reso disponibile un istituto legale sostanzialmente analogo. Difficilmente, però, la distinzione formale potrebbe protrarsi stabilmente nel tempo, perché risulterebbe progressivamente sempre più difficile liberarla dallo *stigma* di una soluzione di serie B: la "degradazione" da un modello di relazione familiare di prima classe – matrimonio – ad uno di seconda classe – unione registrata –; assicurando gli effetti, ma non l'accesso allo stesso istituto si realizza una differenziazione sulla base di una condizione personale (o sulla base del sesso), si produce una discriminazione di genere.

Ancora più complesso risulta affrontare l'ipotesi di un trattamento analogo dei rapporti orizzontali tra i *partner* della coppia, senza però il riconoscimento di rapporti familiari verticali (intergenerazionali): il riferimento costituzionale dovrebbe necessariamente ampliarsi almeno all'art. 30 Cost., nella misura in cui si deve prendere in considerazione un legame tra matrimonio e filiazione (evidentemente "sociale" nel caso delle coppie dello stesso sesso) che – benché la giurisprudenza costituzionale sembri ritenere il contrario – non appare indispensabile guardando all'art. 29 in quanto tale; inoltre, le due ipotesi di genitorialità sociale alle quali si fa comunemente riferimento (adozione e ricorso alle tecnologie riproduttive) presentano tratti di significativa differenziazione tra di loro e al loro interno (fecondazione eterologa e maternità surrogata). Sul tema potremmo limitarci ad osservare che il parametro costituzionale realmente indispensabile appare quello che garantisce e valorizza, in positivo, l'interesse del minore, apprezzabile solo in concreto; il che, in negativo, esclude di poter assumere modelli astratti di riferimento e che si possa ragionare in termini di inidoneità direttamente riferibile all'orientamento affettivo e sessuale della coppia.

3.1 Altre strade per rimuovere la discriminazione?

Fra gli interventi che tendono al superamento della discriminazione va fatto cenno alla trascrizione del matrimonio celebrato all'estero.

L'approccio tradizionale al tema, incontrastato sino alla sentenza 4184/2012 della Cassazione, incorporava il paradigma eterosessuale nel contenuto *essenziale all'esistenza* del matrimonio[28] (nonostante l'assenza sia di un'espressa definizione del matrimonio come relazione eterosessuale, sia di un'espressa enunciazione della differenza di sesso dei nubendi come condizione di validità o della mancata differenza come impedimento); l'inesistenza impedisce la trascrizione prima ancora che siano *pensabili o prospettabili* le questioni relative alla capacità, all'esistenza di impedimenti dirimenti o all'apprezzamento del limite dell'ordine pubblico (prima e a monte di quelle *sole* questioni che, in presenza di due coniugi di sesso opposto, impedirebbero la trascrizione: in un diretto confronto con un matrimonio contratto all'estero tra due persone di sesso differente, *a parità delle altre condizioni la trascrizione non potrebbe essere negata*[29]).

28 In proposito, la giurisprudenza della Cassazione parla di "requisito minimo indispensabile per la stessa esistenza del matrimonio civile come atto giuridicamente rilevante": v. 1808/1976; 1304/1990; 1739/1999; 7877/2000, citate dalla stessa 4184 (a p. 27); le stesse sono menzionate anche nella sent. 138/2010, al punto 6 C.I.D., che rimarca come si sia sempre trattato di *obiter dicta.* L'inesistenza ha consentito l'invenzione di un vizio radicale e insanabile (più grave della nullità assoluta per mancanza di elemento essenziale che, pure operando *ex tunc,* non impedisce la riconoscibilità dell'atto), consentendo di superare la tassatività dell'elencazione dei vizi e la mancanza di una regola espressa sul requisito della diversità di sesso dei coniugi (ricavabile, come noto, solo in via interpretativa da un insieme di disposizioni civilistiche).

29 Lo afferma testualmente la stessa sentenza 4184 a p.27: così riconoscendo che la sola base per negare la trascrizione risiede nel differente orientamento sessuale dei partner.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

La differenza di sesso dei coniugi viene ricondotta al limite dell'ordine pubblico, senza un approfondimento delle basi normative di tale nozione (la circolare n. 55 del 2007 del Ministero dell'interno, Direzione Centrale Servizi Demografici, Area III Stato civile, invitando gli ufficiali di stato civile a prestare particolare attenzione "alla verifica che i due sposi siano di sesso diverso" afferma semplicemente che "il nostro ordinamento non ammette il matrimonio omosessuale e la richiesta di trascrizione di un simile atto compiuto all'estero deve essere rifiutata perché in contrasto con l'ordine pubblico interno"); il limite dell'ordine pubblico (a prescindere sia dall'interpretazione che si debba dare del contenuto di questa clausola generale, sia dal diverso livello delle fonti che lo richiamano) agisce su due piani: innanzitutto, nei confronti della trascrivibilità dell'atto (condizione di riconoscibilità dell'avvenuta celebrazione del matrimonio); in secondo luogo, nei riguardi della possibilità di riconoscere gli effetti (i singoli specifici effetti) del matrimonio dal punto di vista sostanziale. La trascrizione, infatti, opera come condizione necessaria ma non sufficiente al riconoscimento degli effetti connessi allo *status* di persona coniugata, potendo, a valle della trascrizione e nonostante la stessa, gli effetti essere preclusi dalla clausola dell'ordine pubblico.

Tuttavia, chi mette in dubbio la logica paradigmatica dell'eterosessualità del matrimonio non può accettare scorciatoie argomentative o presupposizioni: in assenza di cause di invalidità, che sono solo quelle tassativamente enunciate, il matrimonio che è stato validamente contratto all'estero dovrebbe essere trascritto nei registri di stato civile. D'altra parte, l'invocazione del limite dell'ordine pubblico rimanda alla necessità di garantire il rispetto di principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento, per evitare che se ne alteri la coerenza interna; ma non sembra che si possa sostenere che la *qualità omoaffettiva della relazione* tra i coniugi stravolga i principi fondamentali dell'ordinamento: sia per l'esistenza di un chiaro divieto di discriminazione per fattori legati all'orientamento sessuale; sia per il pieno riconoscimento della tutela delle relazioni omosessuali come relazioni familiari, alla luce sia dell'art. 2 Cost., sia dell'art. 12 Cedu; sia perché non si potrebbero evidenziare in modo circostanziato e specifico i supposti interessi di ordine generale che impedirebbero di accogliere l'esperienza giuridica straniera.

La trascrizione, di per sé, rende noto e certifica il possesso di uno *status* familiare: nell'ordinamento straniero in cui si è originato, risulterebbe pieno, mentre nell'ordinamento interno potrebbe produrre effetti solo nei limiti dell'art. 65 l. 218/95 (ciascuno dei suoi effetti dovendo sottostare alla verifica del rispetto del limite dell'ordine pubblico: si intende, di un ordine pubblico passato al vaglio critico delle obiezioni sopra argomentate).

La già ricordata sentenza della Cassazione 4184/2012 ha ritenuto che il diniego della trascrizione fosse conforme al diritto, ma erroneamente motivato, correggendone la motivazione ed enunciando un nuovo principio di diritto[30]: la non trascrivibilità dell'atto di matrimonio *same-sex* validamente celebrato all'estero non dipende dall'*inesistenza* del matrimonio stesso, bensì dalla sua *inidoneità* a produrre gli effetti giuridici del matrimonio[31].

Il superamento delle categorie dell'inesistenza e dell'invalidità e la loro sostituzione con quella della inidoneità a produrre gli effetti del matrimonio ha "liberato" la possibilità di riconoscere al matrimonio *same-sex* celebrato all'estero determinati *specifici effetti analoghi* a quelli di un matrimonio riconosciuto, in applicazione degli art. 2 e 3 Cost. (secondo quanto avvenuto in pronunce quali la sentenza del Tribunale di Reggio Emilia del 13 febbraio 2012 e la sentenza 1328/2011 della prima sezione della Cassazione penale).

30 Nelle sentenze pronunciate ex art. 384, co. 4, c.p.c., l'enunciazione del principio opera in funzione nomofilattica senza effetti nel processo *a quo*, in funzione essenzialmente "*preventiva*": così M.R. Morelli, *L'enunciazione del principio di diritto*, in *Il nuovo giudizio di cassazione*, I. Morcavallo (a cura di), Milano, Giuffrè, 2010, p. 501, osservando che "la Corte evita, infatti, che la sentenza di rigetto del ricorso possa veicolare, come implicitamente da essa avallata, non corretti enunciati contenuti nell'iter argomentativo della, comunque esatta, decisione impugnata". Sottolinea G.F. Ricci, *Diritto processuale civile,* II vol., Torino, Giappichelli, 2006, p. 290: "se l'enunciazione del principio di diritto è relativa ad una decisione di cassazione senza rinvio o di rigetto del ricorso, essa assumerà solo il carattere di prescrizione nomofilattica, costituente un precedente da seguire nella risoluzione di questioni analoghe". Anche per F.P. Luiso, *Diritto processuale civile II*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 470, il legislatore con la riforma del 2006 ha voluto favorire la finalizzazione del principio di diritto anche al di fuori del processo in cui è emesso, prendendo atto che la Corte di cassazione, enunciando il principio di diritto "fa una sorta di interpretazione autentica della propria decisione, in quanto enuncia l'effettiva ratio decidendi che sorregge la sentenza", tanto che, a tal fine, "il principio di diritto enunciato quando vi è accoglimento del ricorso vale quanto quello enunciato quando il ricorso è rigettato".

31 La formulazione utilizzata nella conclusione del punto 4.3 della sentenza è particolarmente complessa: "Per tutte le ragioni ora dette, l'intrascrivibilità delle unioni omosessuali dipende – non più dalla loro inesistenza (cfr. supra n. 2.2.2.), e neppure dalla loro "invalidità", ma – dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio appunto, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano" (si noti l'inciso: *quali atti di matrimonio appunto*).

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Una recente decisione del Tribunale di Grosseto (9 aprile 2014) va oltre, ordinando la trascrizione di un matrimonio tra cittadini italiani dello stesso sesso celebrato negli Stati Uniti.

La decisione si ricollega a quella della Cassazione, ma per superarne il limite (permanere dell'intrascrivibilità sia pure per la ragione dell'inidoneità) utilizza l'argomento per cui la differenza di sesso non è esplicitamente menzionata né tra le condizioni inderogabili (artt. 84-88 richiamati dal 115 del codice civile), né tra le altre condizioni per contrarre matrimonio definite dalla legge dei nubendi, e quindi nel caso dalla legge italiana, richiamate dall'art. 27 l. 218/1995 (così il punto 4, lett. b) e lett. c). Sembra però sbrigativamente ignorare l'obiezione per cui sarebbe l'intero impianto dell'istituto matrimoniale a richiedere tale differenza: la giurisprudenza sul punto è costante, condivisa dagli stessi giudici che hanno rimesso la questione conclusa dalla 138/2010 e assunta dalla stessa giurisprudenza costituzionale[32]; ed anche in dottrina, ove anche prima della sent. 4184/2012 erano presenti letture critiche della tesi dell'inesistenza, preferendosi parlare di annullabilità[33], sono rimasti isolati i tentativi di proporne in via diretta una interpretazione che supera e contraddice il significato delle parole (anziché chiedere alla Corte costituzionale di dichiarare l'incostituzionalità di tali previsioni)[34].

Si tratta di una questione che, quantomeno, richiederebbe ben altro sforzo argomentativo rivolto ad influenzare un possibile *revirement* interpretativo (affermare che il matrimonio celebrato all'estero è trascrivibile perché nella legge italiana non vi sarebbero impedimenti espressi o condizioni positive relative al sesso dei nubendi, renderebbe, in realtà, non solo possibile la trascrizione, ma celebrabile il matrimonio in Italia[35]).

Una soluzione più convincente potrebbe indirizzarsi a riconoscere la trascrizione nei soli termini ed ai soli fini della efficacia dichiarativa e di pubblicità della costituzione di *un vincolo*, che è pienamente produttivo di effetti nell'ambito di un diverso ordinamento nazionale – quello in cui è stato validamente celebrato –, ma che, nell'ordinamento italiano in cui viene trascritto, resta privo degli effetti tipici del matrimonio (e della possibilità di riconoscere gli effetti tipici del possesso di *status* di coniugi), in ragione del fatto che l'ordinamento italiano riconosce solo il matrimonio tra due persone di sesso opposto. Anche nell'ordinamento italiano, tuttavia, la trascrizione proverebbe l'esistenza di una stabile unione omosessuale, in un certo senso "rafforzando" o almeno rendendo evidente la necessità di una risposta coerente al riconoscimento del diritto fondamentale, tutelato dall'art. 2 Cost., di vivere liberamente una condizione di coppia con altra persona dello stesso sesso, ottenendone il *riconoscimento giuridico* che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia.

32 Sentenza n. 138/210, par. 6 del *Considerato in diritto*: "Le dette ordinanze muovono entrambe dal presupposto che l'istituto del matrimonio civile, come previsto nel vigente ordinamento italiano, si riferisce soltanto all'unione stabile tra un uomo e una donna. Questo dato emerge non soltanto dalle norme censurate, ma anche dalla disciplina della filiazione legittima (artt. 231 e ss. cod. civ. e, con particolare riguardo all'azione di disconoscimento, artt. 235, 244 e ss. dello stesso codice), e da altre norme, tra le quali, a titolo di esempio, si può menzionare l'art. 5, primo e secondo comma, della legge 1 dicembre 1970, n. 898 (Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio), nonché dalla normativa in materia di ordinamento dello stato civile). In sostanza, l'intera disciplina dell'istituto, contenuta nel codice civile e nella legislazione speciale, postula la diversità di sesso dei coniugi, nel quadro di «una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio», come rileva l'ordinanza del Tribunale veneziano. Nello stesso senso è la dottrina, in maggioranza orientata a ritenere che l'identità di sesso sia causa d'inesistenza del matrimonio, anche se una parte parla di invalidità. La rara giurisprudenza di legittimità, che (peraltro, come *obiter dicta*) si è occupata della questione, ha considerato la diversità di sesso dei coniugi tra i requisiti minimi indispensabili per ravvisare l'esistenza del matrimonio (Corte di cassazione, sentenze n. 7877 del 2000, n. 1304 del 1990 e n. 1808 del 1976)".

33 G. Ferrando, *Il matrimonio gay, il giudice, il legislatore*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, p. 2344.

34 P. Tincani , *Diritto, natura, diritti. L'affaire del matrimonio omosessuale,* in *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto,* cit., p. 173; F. Bilotta, *Matrimonio (gay) all'italiana*; in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006, I, p. 91, si limita ad osservare che non ponendosi espressamente alcun divieto al matrimonio tra persone dello stesso sesso "è ad esse estensibile la relativa disciplina".

35 F. Bilotta, *Questo matrimonio ha da trascriversi!,* in *Diritti comparati,* www.dirittocomparati.it, 2014 osserva che il giudice ridefinisce implicitamente il paradigma eterosessuale del matrimonio ed avrebbe dovuto concludere che se la differenza di sesso non è un presupposto per contrarre matrimonio, tale negozio non solo è esistente e valido, ma è anche efficace, e che l'assenza di tale ulteriore passaggio indebolisce l'argomentazione.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

*Gilda Ferrando**

Le coppie dello stesso sesso in Italia: matrimonio o *partnership?*

Sommario

1. Le unioni *same-sex*: il diritto al riconoscimento della vita familiare – 2. Il diritto al matrimonio: esperienze a confronto – 3. Il paradigma eterosessuale tra codice civile e costituzione – 4. Aspettando il legislatore: quali prospettive per le coppie *same-sex*?

Abstract

L'Italia è ormai fra gli ultimi, in Europa, a non avere dato alcun riconoscimento alle unioni fra persone dello stesso sesso, restando ancora eccentrica rispetto all'evoluzione da tempo inaugurata in ambito europeo, a partire dall'art. 9 della Carta di Nizza col quale non soltanto veniva riconosciuto il diritto di sposarsi in modo disgiunto dal diritto di fondare una famiglia, ma – cadendo anche il riferimento alla differenza di sesso tra gli sposi –, si apriva la via al riconoscimento dello stesso matrimonio *same-sex*. La nostra Corte costituzionale, in linea con altre Corti costituzionali europee (ad esempio, quella francese) ha escluso, per suo verso, che nel testo costituzionale sia ravvisabile un obbligo ad aprire il matrimonio alle coppie dello stesso sesso, spettando «al Parlamento, nell'esercizio della sua discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette». Secondo l'Autrice, sul legislatore ordinario incombe dunque un obbligo costituzionale a stabilire una disciplina di carattere generale per le coppie *same-sex* con la quale dare riconoscimento all'unione e garanzia ai diritti dei suoi componenti. Nell'ambito di una discrezionalità limitata, il Parlamento potrebbe, senza alcun vincolo d'ordine costituzionale, aprire il matrimonio alle persone dello stesso sesso, oppure potrebbe riconoscere l'unione tra persone dello stesso sesso in forme diverse da quella matrimoniale secondo un modello già prescelto da altri Stati europei.

Italy has not recognized same-sex unions yet, laying far away from the legal evolution occurred in the rest of Europe starting from the Nice Charter. According to its Article 9, in fact, the right to marry has been distinguished from the right to found a family. In addition, since the reference to opposite sex is not longer mentioned within the requirements to get married, Article 9 opened to the recognition of same-sex marriage as well. Like other European courts (e.g. the French one), the Italian Constitutional Court excluded the existence of any obligation to recognize same-sex marriage within the Italian Constitution. It states "Parliament holds the discretionary power to provide guarantees and recognition to these unions". Therefore, the Author points out that the Legislative power has a Constitutional obligation to establish a general legal framework for same-sex unions, providing recognition to the couple and protecting its members' rights. Within its limited discretionary power, the Parliament could either open marriage to same-sex unions, without any Constitutional bound, or provide a different legal protection, following a well-established model already set in other European countries.

* Ordinario di Diritto privato nell'Università di Genova. Relazione al convegno *La Costituzione e la discriminazione matrimoniale delle persone gay, lesbiche, e delle loro famiglie*, organizzato da Articolo29, Rete Lenford e Magistratura democratica a Roma, il 30 maggio 2014, presso la Nuova Aula dei Gruppi Parlamentari.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

1. Le unioni *same-sex:* il diritto al riconoscimento della vita familiare

La condizione delle coppie dello stesso sesso in Italia appare eccentrica nell'ambito del panorama europeo: siamo ormai gli ultimi (in compagnia soltanto di Grecia e Croazia) a non prevedere nessun tipo di formalizzazione delle unioni *same-sex*. Un numero crescente di Stati (ultimi la Francia ed il Regno Unito) riconoscono ormai il diritto al matrimonio, altri, come Austria e Germania, prevedono *partnership* formalmente distinte, ma sostanzialmente equivalenti al matrimonio. Da noi si sono succeduti nel tempo progetti di varia ispirazione, ma nonostante i ripetuti annunci, anche recenti, l'approvazione di una legge non sembra prossima.

Il riconoscimento delle unioni si colloca nell'alveo dell'evoluzione da tempo inaugurata in ambito europeo, a partire dalla Carta di Nizza, ormai avente pari dignità dei trattati. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dispone che «Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio» (art. 9)[1]. Non solo il diritto di sposarsi viene riconosciuto in modo disgiunto dal diritto di fondare una famiglia, diritto che viene tutelato anche al di fuori di vincoli formali; ma cade anche il riferimento alla differenza di sesso tra gli sposi, contenuto nell'art. 12 della Convenzione europea[2]. In tal modo, si apre la via al riconoscimento delle coppie omosessuali e dello stesso matrimonio tra omosessuali. La Corte europea di Strasburgo[3] ha riconosciuto anche alle coppie omosessuali il diritto al rispetto della vita familiare (art. 8 Cedu), intendendo in tal modo che la loro unione costituisce una famiglia ai sensi della Convenzione. Ha inoltre offerto un'interpretazione evolutiva dell'art. 12, in relazione all'art. 9 della Carta di Nizza, tale per cui il diritto al matrimonio può essere riconosciuto anche alle coppie *same-sex*. A sentire la Corte, gli Stati hanno un margine di discrezionalità tale per cui possono scegliere le modalità (il matrimonio o altra forma di riconoscimento) in cui assicurare tutela alle coppie *same-sex*, ma non possono sottrarsi agli obblighi imposti dalla Convenzione.

La nostra Corte costituzionale ha escluso che la riserva del matrimonio alle coppie di sesso diverso contenuta – in modo implicito, ma inequivoco – nel codice civile contrasti con i principi costituzionali[4]. Dai principi costituzionali non può essere desunto un obbligo per il legislatore di aprire il matrimonio alle coppie dello stesso sesso. Ciò non toglie che anche le unioni *same-sex* siano meritevoli di tutela, rientrando nell'ambito di protezione dell'art. 2 Cost.

Il legislatore potrebbe, secondo un modello adottato da altri Stati europei, riconoscere l'unione tra persone dello stesso sesso in forme diverse da quella matrimoniale, attraverso un istituto ad esse riservato (come le *partnership* nordiche o inglesi o tedesche) oppure attraverso un istituto aperto alle coppie di sesso diverso o dello stesso sesso (come nei *Pacs* francesi)[5] con l'avvertenza, che ci viene da Strasburgo[6], che nel momento in cui il diritto al riconoscimento dell'unione viene aperto alle coppie etero, non può non essere aperto anche a quelle *same-sex*.

Anzi, il legislatore, ci dice la Corte costituzionale, non solo potrebbe, ma addirittura dovrebbe prevedere una disciplina delle unioni. Infatti, se è vero che sia la Corte costituzionale sia la Corte europea

1 Il diritto di sposarsi viene riconosciuto dalla Carta di Nizza «secondo le leggi nazionali che ne garantiscono l'esercizio», intendendosi in tal modo riservare agli Stati margini di discrezionalità nel conformare la disciplina del matrimonio alle specifiche tradizioni, culture e ideali in ciascuno presenti. Nelle note che accompagnano il testo si precisa, infatti, che l'art. 9 «non vieta né impone la concessione di uno *status* matrimoniale tra persone dello stesso sesso»: resta peraltro fermo che «eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti» dalla Carta «devono essere previsti dalla legge e devono rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà» (art. 52).

2 Secondo quanto dispone l'art. 12 Cedu, «uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia».

3 Corte europea dei diritti umani, sezione I, *Schalk e Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010, ricorso n. *30141/04*. Al riguardo, v. M. Meli, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso. L'incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, II, p. 451 ss.

4 Corte costituzionale, sentenza del 15 aprile 2010, n. 138, in *Famiglia e diritto*, 2010, 653, con nota di M. Gattuso e in *Foro italiano*, 2010, I, 1367, con note di F. Dal Canto e R. Romboli.

5 Per una messa a fuoco dei diversi modelli, cfr. D. Messinetti, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Rivista diritto civile*, 2005, I, 137 ss.; M. Bonini Baraldi, *Le nuove convivenze: profili internazionalprivatistici*, in *Il nuovo diritto di famiglia, Trattato* diretto da Ferrando, vol. II, *Rapporti personali e patrimoniali*, Bologna, Zanichelli, 2008, 1109 ss.; G. Ferrando, *Il matrimonio*, in *Trattato Cicu, Messineo*, 2° ed., Milano, Giuffrè, 2014; M. Gattuso, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, vol. I, *Famiglia e matrimonio*, G. Ferrando, M. Fortino e F. Ruscello (a cura di), 2a ed., Milano, Giuffrè, 2011, 793 ss.; M. Gattuso, *«Matrimonio», «famiglia» e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la "doppia svolta" della Corte europea dei diritti dell'Uomo, Famiglia e diritto*, 2012, 678 ss.

6 Corte europea dei diritti umani, Grande camera, *Vallianatos e altri c. Grecia*, 7 novembre 2012.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

non indicano nel matrimonio un'opzione costituzionalmente necessitata, ed attribuiscono al legislatore ampi spazi di discrezionalità nell'individuare i modi e i tempi in cui garantire la tutela del diritto ad un'unione riconosciuta, è anche vero che la discrezionalità del legislatore non è illimitata. Il legislatore può anche non ammettere il matrimonio, ma deve stabilire una disciplina di carattere generale per le coppie *same-sex* con la quale dare riconoscimento all'unione e garanzia ai diritti dei suoi componenti. Su questo punto la Corte costituzionale è molto esplicita. Le unioni di fatto vengono incluse a pieno titolo tra le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost. Alle coppie di sesso eguale o diverso non importa, spetta «il diritto di vivere liberamente una condizione di coppia ottenendone ... il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri», un riconoscimento che viene sì affidato alla discrezionalità del legislatore quanto a «tempi, modi e limiti», ma che l'art. 2 Cost. rende costituzionalmente obbligato nella sua effettiva attuazione. In questo è la portata profondamente innovativa della sentenza. Al legislatore viene attribuita un'obbligazione positiva di assicurare riconoscimento, dignità e tutela alle unioni non coniugali.

Di più «l'aspirazione a tale riconoscimento» – aggiunge la Corte – «necessariamente postula una disciplina di carattere generale». Anche questo passaggio merita una sottolineatura. La Corte non sembra essere rimasta sorda alle sollecitazioni ripetutamente espresse dal Parlamento europeo[7].

La disciplina generale prefigurata dalla Corte costituzionale deve essere «finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia», anche se non è detto che tale disciplina «possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio». Se è vero, come ha stabilito la Corte costituzionale, che il mancato riconoscimento del matrimonio omosessuale, non contrasta con gli art. 3 e 29 Cost è però anche vero che, «nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette»[8]. In mancanza di un riconoscimento per legge, la Corte riserva a sé il potere di intervento su specifiche situazioni, laddove si riscontrino analogie tali da giustificare un medesimo trattamento giuridico.

La Corte di cassazione[9], a sua volta, ha precisato che le coppie *same-sex* «possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza ... di 'specifiche situazioni', il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni ... applicabili nelle singole fattispecie».

Le pronunce delle supreme magistrature, sia pur ispirate a comprensibile cautela, segnano, rispetto al passato, una svolta che non può essere sottovalutata. Per la prima volta alle coppie dello stesso sesso vengono riconosciuti diritti fondamentali rientranti nell'ambito di protezione dell'art. 2, diritti che si collocano nell'area individuata dal rispetto (non solo della vita privata, ma) della stessa della vita familiare secondo quanto dispone l'art. 8 Cedu. Sussiste dunque un'obbligazione positiva del legislatore a riconoscere e garantire tali diritti, che ha fondamento costituzionale.

2. Il diritto al matrimonio: esperienze a confronto

La nostra Corte costituzionale ha invece escluso che il mancato riconoscimento del diritto di sposarsi integri una violazione degli artt. 3 e 29 Cost. Se è vero, infatti, che l'art. 29 Cost. non «cristallizza» un certo modello di famiglia, è però anche vero che l'art. 29 presuppone il tipo di matrimonio disciplinato dal codice civile, quello tra un uomo e una donna, riflettendosi nella differenza di sessi tra gli sposi il contenuto minimo essenziale del matrimonio secondo il modello al quale i costituenti facevano riferimento.

Questa conclusione allinea la nostra Corte costituzionale ad altre Corti costituzionali europee (ad esempio, quella francese[10]) le quali hanno escluso che nei testi costituzionali sia ravvisabile un vincolo

7 Il riconoscimento del diritto al matrimonio o ad un'unione con questo comparabile è stato sollecitato ripetutamente dal Parlamento europeo, nell'assunto che il diritto di sposarsi costituisce un diritto fondamentale della persona che deve essere garantito a tutti senza discriminazioni di sorta compresa quella dipendente dall'orientamento sessuale: Risoluzioni in data 8 febbraio1994, 16 marzo 2000 e 4 settembre 2003.

8 Corte costituzionale, sentenza del 15 aprile 2010, n. 138, cit.

9 Corte di cassazione, I Sezione civile, sentenza del 15 marzo 2012, n. 4184, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, 588, con nota di D. Ferrari e D. Fiorato.

10 Il Conseil Constitutionnel francese si era espresso con sentenza del 28 gennaio 2011. Al riguardo, v. D. Ferrari, *Lo stato giuridico delle coppie same-sex in Europa*, in Ferrari (a cura di), *Lo status giuridico delle coppie same-sex: una prospettiva multilivello*, Primiceri, Padova, 2014, 91 ss.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

per i legislatori nazionali ad aprire il matrimonio alle coppie dello stesso sesso. Questo non ha impedito alle stesse Corti, chiamate a giudicare della conformità a costituzione delle leggi che avevano riconosciuto il matrimonio *same-sex*, di respingere le obiezioni di legittimità costituzionale delle nuove leggi, nell'assunto che le norme costituzionali, così come non impongono, neppure impediscono di riconoscere il matrimonio *same-sex*[11]. Al legislatore viene così riconosciuta piena discrezionalità in ordine alla scelta se ammettere o no le coppie dello stesso sesso al matrimonio.

E' lo stesso risultato cui giunge anche la Corte europea di Strasburgo. La lettura evolutiva dell'art. 12 Cedu alla luce dell'art. 9 della Carta di Nizza conduce infatti a ritenere che il diritto al matrimonio vada oggi riconosciuto sia alle coppie di sesso diverso, sia a quello dello stesso sesso, ma pur sempre nell'ambito delle leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio, essendo dunque riservato a ciascun legislatore il potere discrezionale di individuare la modalità di riconoscimento adatta alle singole realtà nazionali. Nella stessa direzione il Parlamento europeo ha espresso ripetute raccomandazioni affinché gli Stati garantiscano i diritti delle coppie dello stesso sesso o nel matrimonio o con equivalenti forme di riconoscimento.

Il fatto che alcuni degli Stati che inizialmente avevano optato per un riconoscimento non matrimoniale dell'unione siano poi approdati all'estensione a tutti del modello matrimoniale (da ultimo Francia e Inghilterra), testimonia una maggior sensibilità per l'esigenza di eguale rispetto della dignità delle persone che appare pienamente soddisfatta non solo dal riconoscimento di diritti sostanzialmente eguali (cui mirano le *partnership*) ma anche dalla medesima forma di riconoscimento, quella valida per tutti: il matrimonio, appunto.

La Corte suprema della California aveva centrato il cuore del problema[12]. Pronunciandosi sulla legittimità della legge statuale che riconosce il diritto a formare *partnership* sostanzialmente equiparate al matrimonio, ma non il diritto di sposarsi, aveva ritenuto questa disciplina contraria all'*equal protection clause*, in quanto ingiustificatamente lesiva di un diritto fondamentale. Il fatto che la legge sulle *partnership* attribuisca alle coppie omosessuali praticamente gli stessi diritti che nascono dal matrimonio non è considerato sufficiente, in quanto è il nome stesso "matrimonio" a costituire elemento essenziale del diritto fondamentale delle coppie omosessuali al riconoscimento di pari dignità e rispetto delle coppie da esse costituite. Qualche anno prima la Corte suprema del Massachussets[13], in una sentenza di analogo tenore, aveva notato che "il diritto a contrarre matrimonio significa ben poco se non include il diritto a sposare la persona di propria scelta"[14]. Ora è la Corte suprema degli Stati Uniti a dare un forte segnale dichiarando in contrasto con la costituzione federale il DOMA[15] e restituendo quindi alla piena competenza dei singoli Stati la materia del matrimonio.

Anche la Corte suprema del Sudafrica[16] ha ritenuto incostituzionale il divieto di matrimonio omosessuale riconoscendo che «l'antichità di un pregiudizio non è una buona ragione per la sua sopravvivenza». Vi sono Stati, come il Sudafrica, in cui le Corti costituzionali hanno aperto la strada al legislatore.

11 Per il Belgio, v. Cour d'Arbitrage n. 159/2004 del 20 ottobre 2004; per il Portogallo, v. Tribunal Constitucional, sentenza 359/2009; per la Spagna, v. Tribunal Constitucional, sentenza 121/2010; per la Francia, v. Conseil Constitutionnel, sentenza del 17 maggio 2013, n. 2013-669, in *Foro italiano*, 2014, IV, 49 con nota di G. Casaburi.

12 Corte suprema della California, *In Re Marriage Cases*, 15 maggio 2008. La traduzione dei passi essenziali si legge in *Famiglia e diritto*, 2008, 761, con nota di E. Faletti.

13 *Goodrige v. Department of Public Health,* 18 novembre 2003, sulla quale v. M. Marella, *Il matrimonio gay sbarca sulla East Coast*, in *Infoleges.it,* www.infoleges.it; *Ead, Identità culturali e "differenze". A proposito del saggio di P. Morozzo della Rocca,* in *Rivista critica di diritto privato,* 1992, V, 458 ss.

14 Sull'esperienza americana, v. M. Caliaro, *Il same-sex marriage negli stati Uniti d'America*, Padova, 2006; M. Montalti, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso è un diritto fondamentale? Due recenti pronunce in Massachussets dopo Lawrence v. Texas*, in *Politica del diritto*, 2004, 687 ss.

15 Con sentenza del giugno 2013 (*United States v. Windsor* 570 US, 2013), la Corte suprema federale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del *Defense of Marriage Act* del 1996 secondo il quale, ai fini dell'applicazione delle norme federali, il termine matrimonio doveva riferirsi soltanto alle coppie eterosessuali: al riguardo, v. E. Ceccherini, *Quando l'eguaglianza non basta. Brevi riflessioni sulla giurisprudenza statunitense in tema di same-sex marriage alla luce della sentenza Windsor*, in *Lo status giuridico*, D. Ferrari (a cura di), cit., 155 ss.

16 Corte costituzionale, sentenza del 1 dicembre 2005.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

3. Il paradigma eterosessuale tra codice civile e costituzione

Per quanto riguarda il nostro Paese, se la Corte costituzionale è stata chiara nell'individuare un obbligo del legislatore nel disciplinare le unioni civili tra persone dello stesso sesso, permangono margini di ambiguità riguardo alla lettura dell'art. 29 perché da un lato si afferma che la Costituzione «non cristallizza» un certo modello di famiglia, ma dall'altro si indica nel paradigma eterosessuale il contenuto minimo essenziale della nozione di matrimonio presupposta dal Costituente. Cosicché la domanda alla quale non è facile rispondere è quella se anche il nostro legislatore (come quello spagnolo, francese, belga o portoghese) potrebbe, senza vincoli di ordine costituzionale, aprire il matrimonio alle coppie dello stesso sesso, o se invece non si deve ritenere che l'art. 29 innalzi una barriera superabile solo con procedimento di revisione costituzionale.

E' vero che il matrimonio, secondo il modello consegnatoci dalla tradizione[17], poggia sul paradigma eterosessuale: ma tale paradigma è immodificabile?

Il matrimonio è istituto plasmato dalla storia ed è profondamente mutato a partire dalla seconda metà del secolo scorso, sia nella sua struttura, sia nelle sue finalità.

Oggi è il consenso degli sposi (la loro consapevole e responsabile adesione al comune progetto di vita) l'elemento essenziale del matrimonio e ci colpisce leggere di bambine indiane o pakistane che vengono date in spose a 12 anni. Dimentichiamo che prima del 1975 anche in Italia il requisito di età poteva essere ridotto fino a 12 anni per le femmine e fino a 14 per i maschi. Quello che oggi ci sembra inconcepibile non lo era solo 40 anni fa. Non faceva scandalo un matrimonio non liberamente scelto, ma voluto dal padre per la figlia. Di più, non faceva scandalo neppure l'idea del matrimonio imposto alla donna con la violenza[18], violenza in passato legittimata dallo stesso diritto con l'oscurantista idea che il matrimonio potesse "riparare" l'offesa arrecata alla (famiglia della) donna dallo stupro, dall'annullamento della libertà di scelta[19].

In secondo luogo, siamo poi passati da un matrimonio costruito sul potere dell'uomo sulla donna ad un matrimonio inteso come società di eguali, e non è poco. L'idea che la diseguaglianza tra coniugi fosse essenziale per la sopravvivenza stessa del matrimonio era così radicata anche nelle menti più illuminate che lo stesso Pietro Calamandrei, in Assemblea Costituente, sollevò obiezioni al riconoscimento dell'eguaglianza, proprio sulla base della motivazione che «la disuguaglianza giuridica dei coniugi nella famiglia è un'esigenza di quella unità della famiglia, di questa società che, per poter vivere, ha bisogno di essere rappresentata e diretta da un sola persona». Che cosa avverrebbe «di queste norme del codice, che riassumono la sapienza e l'esperienza dei secoli [...] se accettassimo in pieno l'assoluta parificazione dei diritti dei coniugi? Evidentemente queste norme verrebbero meno. Crollerebbero i cardini della famiglia»[20].

Anche riguardo ai fini il matrimonio non è più lo stesso. Il matrimonio, un tempo istituzionalmente inteso, e positivamente disciplinato, per garantire all'uomo una discendenza certa, nell'evoluzione sociale e normativa che lo ha segnato è ora istituto aperto alla possibilità di abbracciare una pluralità di fini, tra i quali la procreazione non ne costituisce più l'unico e neppure quello principale, oggi da intendersi in riferimento alla realizzazione della comunione di vita, di affetti e solidarietà[21]. L'aspirazione

17 *"Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio"*, secondo la celebre definizione di Modestino (D. 23. 2. 1, *Modestinus 1.1 regularum*). Osserva a questo proposito Arturo Carlo Jemolo (Jemolo, *Il matrimonio,* in Trattato Vassalli, Torino, Utet, 1961, 3): "all'infuori del diritto naturale o della rivelazione religiosa, è estremamente arduo forgiare una nozione universale di matrimonio che vada oltre all'unico presupposto veramente costante, della diversità di sesso tra le persone che contraggono il vincolo, ed altresì alla normalità di una base sessuale del vincolo stesso".

18 Solo a partire dalla legge n. 99 del 1996 (sulla violenza sessuale), la violenza sessuale viene inclusa tra i reati contro la persona. Il contrasto alla violenza prosegue con la l. n. 154/2001 (sulla violenza nelle relazioni familiari), fino alle più recenti l. n. 38/2009 (sugli atti persecutori: *stalking*) e l. n. 119/2013 (sul contrasto della violenza di genere).

19 Il matrimonio riparatore (art. 544 c.p. estinzione del reato in caso di stupro) è stato abrogato dalla l. 5 settembre 1981, n. 442, insieme al delitto d'onore, mentre il ratto a scopo di libidine e a scopo di matrimonio solo nel 1996 con la legge, n. 66, sulla violenza sessuale.

20 P. Calamandrei, *Atti dell'Assemblea Costituente. Commissione per la Costituzione, II, Relazioni e proposte*, 2981.

21 Non è più il matrimonio, in quanto istituzione, a costituire la via attraverso la quale assicurare all'uomo una discendenza. In passato regole del diritto e regole sociali valevano a garantire questa aspirazione. Per la donna il matrimonio costituiva pressoché l'unica prospettiva di vita degna; una volta sposata, la donna era tenuta all'obbedienza, e ad un obbligo di fedeltà, per lei sola, incondizionato, né poteva rifiutare i rapporti sessuali — dato che al marito spettava nei suoi confronti il *ius in corpus* —, o impedire che fossero fecondi — essendo le pratiche contrarie penalmente sanzionate —. Oggi il diritto non offre più questa garanzia: la fedeltà resta il primo tra i doveri coniugali, ma è fondato su basi di reciprocità ed è privo di sanzione

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

alla discendenza può oggi realizzarsi non in forza del diritto ma esclusivamente grazie al consenso, un consenso che non è solo quello iniziale, ma che deve essere attuale[22].

Dunque il matrimonio non è istituto immutabile, ma è plasmato dalla cultura, dalla storia. Il diritto accompagna le trasformazioni sociali e dei valori. La differenza di sesso tra gli sposi, si obietta, è tuttavia immodificabile in quanto integra quel contenuto minimo essenziale del matrimonio che riceve copertura costituzionale dell'art. 29 Cost.[23]

Eppure, lo stesso paradigma eterosessuale ha subito un'incrinatura non da poco nel 1982 con la legge n. 164. La persona la cui percezione dell'identità di genere non coincide con il sesso biologico può adeguare i propri tratti somatici a quelli del genere a cui sente di appartenere e di conseguenza ottenere una rettifica dell'attribuzione di sesso avvenuta alla nascita ed anche contrarre matrimonio con persona di genere diverso da quello acquisito. Il prezzo da pagare è, tuttavia, molto alto: un intervento chirurgico di modifica dei caratteri sessuali primari, un prezzo che alcuni non possono o non si sentono di pagare. Alcune legislazioni straniere ammettono così la rettifica anagrafica anche in assenza di interventi chirurgici demolitori e ricostruttivi accontentandosi, per così dire della modifica dei caratteri sessuali secondari[24]. Anche da noi la giurisprudenza più sensibile ha ammesso questa possibilità: la rettifica di attribuzione di sesso è stata talvolta autorizzata anche in assenza di intervento chirurgico[25].

Nel caso di matrimonio del transessuale, tuttavia, le apparenze sono salve: le due persone che compaiono innanzi all'ufficiale di stato civile sono un uomo e una donna ed il fatto che una delle due abbia modificato i tratti somatici per adeguarli alla propria identità di genere viene messo in secondo piano, anzi, cancellato dalla memoria e dai registri anagrafici (anche se il sesso biologico/cromosomico non può essere modificato e, in mancanza di intervento chirurgico, si può conservare la possibilità di procreare, come nel film di Almodovar, *Todo sobre mi madre*).

Le cose stanno diversamente, invece, nel caso degli omosessuali i quali non hanno problemi di identità di genere. Essi si identificano, al pari degli eterosessuali, nel genere a cui appartengono, ma sono affettivamente e sessualmente orientati verso persone del loro stesso genere. Transessuali ed omosessuali esprimono condizioni profondamente differenti – lo sottolinea anche la Corte costituzionale – eppure, riguardate nel prisma del paradigma eterosessuale, esse si rispecchiano, per così dire, l'una nell'altra. E' per via di quel paradigma che ad una persona che cambia sesso quando è già sposata viene imposto il divorzio. E' per via di quel paradigma che all'omosessuale viene impedito di sposare il proprio compagno o la propria compagna. Nell'uno e nell'altro caso non si ammette che possano essere o restare uniti in matrimonio due uomini o due donne.

Che il paradigma eterosessuale sia l'ostacolo principale per accettare che il matrimonio non venga automaticamente sciolto in seguito al mutamento di sesso lo dice molto chiaramente la Corte di cassazione nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale[26]. La soluzione non era necessitata, la Corte avrebbe potuto optare per una diversa interpretazione – sviluppata da numerosa dottrina[27] – tale per cui, anche nel caso di mutamento di sesso, il divorzio presuppone la domanda dei coniugi (o di uno di

penale; il consenso al matrimonio non autorizza a rapporti sessuali non voluti; il controllo della fertilità non è riprovato, ma promosso in vista di una procreazione responsabile.

22 Per una riprova della diversa considerazione del fine procreativo, si consideri che la stessa impotenza, in passato di per sé causa di nullità del matrimonio, ora lo è solo quando sia materia di errore.

23 In questo senso, ad esempio, F. Dal Canto, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, in *Foro italiano*, 2005, V, 275 ss., Di recente sviluppa questo tipo di argomentazioni A. Renda, *Il matrimonio. Una teoria neoistituzionale*, Milano, 2013, specie 115 ss., ove ulteriori riferimenti dottrinali.

24 Si tratta della cosiddetta "piccola soluzione" (*Kleine Lösung*) dell'ordinamento tedesco che pretende solo il cambiamento dei caratteri sessuali secondari: v. A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2013, 167 ss.

25 Si tratta di un orientamento minoritario: Tribunale di Roma, sentenza del 18 ottobre 1997, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 1998, 1033, con nota di La Barbera; Tribunale di Roma, sentenza del 22 marzo 2011, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, I, 254, con nota di A. Schuster. Per l'opinione prevalente, da ultimo, v. Corte d'appello di Bologna, sentenza del 20 marzo 2013, *ibidem*.

26 Corte di cassazione, ordinanza del 6 giugno 2013, n. 14329, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, I, 21, con nota di A. Schuster.

27 Cfr. G. Palmeri, *Il cambiamento di sesso*, in *Il governo del corpo*, S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2011, 720; A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, cit., 99 ss. In senso contrario, di recente, v. Bonilini, *Rettificazione di attribuzione di sesso e scioglimento automatico del matrimonio ai sensi dell'art. 31 d.lg. n. 150/2011*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2011, 805. Per un'indagine comparata su divorzio e riattribuzione di genere, v. S. Patti, *Il divorzio della persona transessuale in Europa*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2012, 163.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

essi) e dunque l'ufficiale di stato civile non può procedere d'ufficio all'annotazione dell'avvenuto scioglimento del matrimonio. Ha invece preferito far propria l'altra soluzione, l'unica coerente con il principio – a suo dire rispecchiato dalla disciplina vigente – per cui non possono essere legate in matrimonio due persone dello stesso sesso.

Partendo da questo punto, che ritiene di dover mantenere fermo, la Corte tuttavia sviluppa tutta una serie di argomentazioni per dimostrare che il "divorzio imposto" si pone in irrimediabile contrasto con la Costituzione (artt. 2 e 29 e 24) e, come parametro interposto, con la Cedu (artt. 8 e 12), in quanto lesivo di diritti fondamentali della persona – il «diritto di autodeterminarsi nelle scelte relative all'identità sessuale»; il «diritto alla conservazione della preesistente dimensione relazionale»; il «diritto a non essere ingiustificatamente discriminati rispetto a tutte le altre coppie coniugate alle quali è riconosciuta la possibilità di scelta in ordine al divorzio»; il «diritto dell'altro coniuge di scegliere se continuare la relazione coniugale» –. I precedenti di altre Corti costituzionali europee che si sono pronunciate sul punto[28] sviluppano argomenti non dissimili.

La risposta della Corte costituzionale è singolare[29] in quanto da un lato ribadisce il necessario carattere eterosessuale del matrimonio, dall'altro dichiara illegittimo il divorzio imposto nella misura in cui non è previsto che la coppia possa mantenere in vita l'unione in forma di convivenza registrata. Nel solco della precedente n. 138/2010 si ribadisce essere la differenza di sesso tra gli sposi requisito essenziale per il nostro ordinamento, dato che «la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29) è quella stessa definita dal codice civile del 1942», nozione che, come già notato dal precedente del 2010, «stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso»[30]. Con un'inversione logica, la Costituzione viene letta alla luce del codice civile, restando peraltro impregiudicata la questione se il legislatore possa mutare la disciplina del codice civile, offrendo così una nuova nozione "presupposta" dall'art. 29. Ciò non sembrerebbe escluso, sia perché, l'art. 29, notava la Corte nel 2010, «non cristallizza» tale nozione, sia perché, l'art. 8 Cedu, come interpretato dalla Corte europea, pur riservando ai legislatori nazionali ampi margini di discrezionalità nel disciplinare le unioni dello stesso sesso, include tuttavia tra le possibili opzioni, anche quella matrimoniale.

A ciò si aggiunga, ed a mio parere non lo si sottolineerà mai abbastanza, che il senso del riconoscimento dei diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio va ravvisato non nella tutela di un modello naturale ed essenzialmente immutabile di famiglia, ma nella messa al riparo della famiglia – in quanto fenomeno che ha una dimensione pregiuridica – da una eccessiva ingerenza dello Stato al suo interno – come molto bene messo in chiaro da Aldo Moro nel suo intervento in Costituente[31] – e nella stessa direzione indicata dall'art. 8 Cedu con il garantire il "rispetto della vita privata e familiare".

La Corte di cassazione sul punto è stata più esplicita: rileggendo le motivazioni della Corte costituzionale (n. 138/2010) e della Corte europea (*Schalk and Kopf*, 2010) procede ad una progressiva messa a fuoco dei principi. Se la Corte costituzionale afferma che l'art. 29 della Costituzione non "cristallizza" un certo modello di famiglia, è stata la Corte di cassazione nel 2012 a precisare che tocca al "legislatore"

28 Le sentenze citate dalla Corte di cassazione sono: Corte costituzionale tedesca, 1 BvL 10/05 del 2008 con cui è stato dichiarato incostituzionale il prerequisito della dissoluzione del matrimonio per poter accedere alla rettifica degli atti di stato civile; Corte costituzionale austriaca 8 giugno 2006, n. 17849, secondo cui l'attestazione del genere di una persona non può essere ostacolata dal persistere del matrimonio; Corte Edu, *Hämäläinen c. Finlandia,* 13 novembre 2012.

29 Corte costituzionale, sentenza dell'11 giugno 2014, n. 170. Tra i primi commenti, v. L. Balestra, *Sugli effetti della rettificazione dell'attribuzione di sesso sul matrimonio preesistente*, in *Giustizia Civile,* www.giustiziacivile.com, 2014; B. Pezzini, *A prima lettura. (la sentenza 170/214 sul divorzio imposto*, in *Articolo29,* www.articolo29.it, 2014; A. Ruggeri, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte costituzionale n. 170 del 2014*), in *Consulta online,* www.giurcost.org, 2014; D. Fiorato e D. Ferrari, *La Consulta davanti alla nozione giuridica di matrimonio.: il formarsi di un giudicato costituzionale? (osservazioni a prima lettura della sentenza 170/2014),* in *La nuova Giustizia civile*, 2014, 3, pp. 117 ss.. Al tema del "divorzio imposto" è dedicato il primo numero di questa *Rivista*.

30 La Corte dichiara "l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982 n. 164, con riferimento all'art. 2 Cost., nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che comporta lo scioglimento del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, la cui disciplina rimane demandata alla discrezionalità di scelta del legislatore".

31 Aldo Moro, nel corso dell'Adunanza plenaria dell'Assemblea Costituente del 15 gennaio 1947, osservò, in particolare, in relazione alla formula "la famiglia è una società naturale", che "... non è affatto una definizione, anche se ne ha la forma esterna, in quanto si tratta in questo caso di definire la sfera di competenza dello Stato nei confronti di una delle formazioni sociali alle quali la persona umana dà liberamente vita".

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

adeguare il modello normativo e per chi avesse ancora dei dubbi su quale sia il legislatore chiamato in causa, la Corte di cassazione nel 2013 ci dice che è quello "ordinario".

Il legislatore ordinario, dunque, potrebbe senza vincoli di ordine costituzionale aprire il matrimonio alle persone dello stesso sesso[32]. Ma potrebbe anche, secondo un modello prescelto da altri Stati europei, riconoscere l'unione tra persone dello stesso sesso in forme diverse da quella matrimoniale,

4. Aspettando il legislatore: quali prospettive per le coppie *same-sex?*

In assenza di un intervento del legislatore resta aperto il problema del trattamento giuridico del matrimonio *same-sex*. La Corte costituzionale ha condiviso l'assunto secondo cui, pur non essendo espressamente prevista dal codice, la differenza di sesso tra gli sposi costituisce un requisito implicito presupposto dalla complessiva disciplina dei rapporti familiari. E' quanto risulta dalle norme che menzionano espressamente il marito e la moglie, come "attori" della celebrazione (art. 107 c. c.), protagonisti del rapporto coniugale (artt. 143 e segg.), autori della generazione (artt. 232 ss.). La mancanza di tale condizione rendeva il matrimonio, secondo l'opinione prevalente, addirittura "inesistente"[33]. Parte della dottrina aveva contestato tale tesi[34]. Il matrimonio *same-sex* non sarebbe inesistente, ma nullo, né più né meno di come lo sono il matrimonio tra parenti stretti, o quello contratto da persona già coniugata. Si tratterebbe comunque di un matrimonio difforme dal modello normativo, ma non più di quanto lo siano quello tra padre e figlia, o tra persone già coniugate. Il che legittima comunque il rifiuto dell'ufficiale di stato civile di procedere alla pubblicazione e l'impugnativa di quello eventualmente contratto in violazione del divieto.

Resta aperta la via della celebrazione all'estero in uno dei numerosi Paesi europei e non che la ammettono. Ed è proprio affrontando un caso di questo tipo che la Corte di cassazione ha avuto modo di rivedere il proprio orientamento[35]. Come si può parlare di inesistenza a proposito di un matrimonio regolarmente celebrato secondo la legge del luogo ed ivi produttivo di tutti i suoi effetti?[36] Il problema va riguardato nella prospettiva dei rapporti tra diversi ordinamenti. Da questo punto di vista, l'intrascrivibilità di tale atto dipende non già dalla sua contrarietà all'ordine pubblico (art. 18 D.p.r. 396/2000) ma dalla inidoneità del matrimonio contratto all'estero a produrre effetti in Italia per la mancanza di uno dei requisiti previsti dalla legge italiana (artt. 27, l. 218/1995, art. 115 c.c.)[37].

Se tuttavia il matrimonio celebrato all'estero non consente di conseguire in Italia lo *status* di coniuge, questo non impedisce di poter far valere alcuni effetti in applicazione delle norme di diritto europeo: ad esempio di ottenere il riconoscimento del diritto al ricongiungimento familiare, o il permesso di

32 Di diverso avviso R. Romboli, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso ed il diritto ad una vita familiare per le coppie omosessuali*, in *Lo status giuridico*, D. Ferrari (a cura di), cit., pp. 2 ss., il quale ritiene che la Corte costituzionale abbia espresso "un giudizio negativo circa la possibilità che in Italia il matrimonio fra persone dello stesso sesso possa essere approvato attraverso una legge ordinaria del parlamento". Ma aggiunge anche che "andando" la Corte "oltre quanto richiesto e necessario per la soluzione della questione di costituzionalità, tale giudizio assume il significato ed il valore di un *obiter dictum*".

33 In luogo di molti, v. F. Finocchiaro, *Matrimonio*, II, in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1993, 113. In giurisprudenza, di recente v. Tribunale di Latina, sentenza del 25 giugno 2005, in *Famiglia e diritto*, 2005, 411; Corte d'appello di Roma, sentenza del 13 luglio 2006, in *Famiglia e diritto*, 2007, 166; Tribunale di Venezia, ordinanza del 3 aprile 2009, in *Giurisprudenza di merito*, 2009,1839, con nota di D. Fiorillo.

34 In senso difforme dall'opinione prevalente, v. L. Rossi Carleo, *Nullità, separazione e divorzio*, in *Commentario sul divorzio*, diretto da Rescigno, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 95 ss; G. Palmeri, *Le condizioni per contrarre matrimonio*, in *Il nuovo diritto di famiglia, Trattato* diretto da Ferrando, I, Bologna, Zanichelli, 2007, pp. 105 ss.; A. Marini e A. Morace Pinelli, *Della nullità del matrimonio*, in *Codice civile, Commentario* fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 26 ss.

35 Corte di cassazione, I Sezione civile, sentenza del 15 marzo 2012, n. 4184, cit.

36 Specie adottando la nozione di inesistenza utilizzata dalla giurisprudenza e intesa in termini "fattuali", "come mancanza della realtà fenomenica che costituisce la base naturalistica della fattispecie" (a partire da Corte di cassazione, sentenza del 20 maggio 1976 n. 1808, in *Giurisprudenza italiana*, 1977, I, 1378).

37 A sentire la S.C. "l'intrascrivibilità delle unioni omosessuali dipende non più dalla loro inesistenza e neppure dalla loro invalidità ma dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio… , qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano". Si può discutere che cosa abbia voluto intendere la S.C. parlando di inidoneità, (v. A. Schuster, *Lo stato giuridico delle coppie omosessuali. Il diritto alla vita familiare in due recenti pronunce*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, I, 615). Questo mi pare tuttavia secondario di fronte al punto davvero importante, quello di aver messo fuori gioco il giudizio di contrarietà all'ordine pubblico.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

soggiorno per motivi familiari[38]. Né impedisce ad alcune pubbliche amministrazioni di riconoscere il godimento del congedo matrimoniale: è il caso dell'Università di Bologna ed anche di quella di Genova il cui Consiglio di Amministrazione ha di recente deliberato in tal senso[39].

Più problematica la questione se sia ammissibile la trascrizione del matrimonio all'estero. La Corte di cassazione la ha esclusa (n. 4184/2012). Il Tribunale di Grosseto[40], in controtendenza, ordina all'ufficiale di stato civile di trascrivere il matrimonio celebrato all'estero. Gli fanno seguito i provvedimenti numerosi Sindaci di Comuni italiani che ordinano agli ufficiali di stato civile di provvedere alle trascrizioni. Il ragionamento del Tribunale prende le mosse dalla sentenza della Corte di cassazione per portarla a quelle conseguenze alle quali la S.C. non aveva ritenuto di poter approdare. Al di là dell'argomentazione letterale – per cui l'art. 115 c.c. ed indirettamente anche l'art. 27, l. 218 farebbero riferimento solo ai requisiti espressamente previsti dal codice – l'argomento forte è quello basato sul mancato contrasto con l'ordine pubblico. Non vi è dubbio che i principi costituzionali interni ed europei, ad una lettura integrata, come è quella offerta dalle supreme magistrature, indicano che il matrimonio tra persone dello stesso sesso si colloca nella linea evolutiva di ordinamenti sempre più orientati alla tutela dei diritti delle persone, della loro identità, della pari dignità, pur nella diversità delle esperienze individuali, di ordinamenti orientati a contrastare ogni forma di discriminazione fondata sulle condizioni personali dei cittadini, e viceversa a dare dignità e sostegno a quanti incontrano maggiori ostacoli nel conquistarla. In assenza di una modifica legislativa, tale trascrizione – la cui ammissibilità secondo la legge attuale mi pare assai dubbia – non potrebbe tuttavia fare conseguire al matrimonio celebrato all'estero – in assenza delle condizioni richieste dalla legge italiana – gli effetti del matrimonio. La trascrizione potrebbe, eventualmente, dare pubblicità ad un evento verificatosi in un altro Stato, secondo la legge in esso vigente, ed ivi produttivo di effetti.

38 Tribunale di Reggio Emilia, ordinanza del 13 febbraio 2012, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, I, 589, con nota di A. Schuster.

39 La Corte di giustizia Ue 12 dicembre 2013 (C-267), *Hay*, ha riconosciuto al lavoratore dipendente, unito da un *Pacs* con persona dello stesso sesso, i benefici (congedo, altro) riconosciuti alle persone di sesso diverso in occasione del matrimonio.

40 Tribunale di Grosseto, sentenza del 9 aprile 2014, in *Famiglia e diritto*, 2014, 672, con nota di M. Segni.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

*Robert Wintemute**

Marriage, adoption, and donor insemination for same-sex couples: does European case law impose any obligations on Italy?

Summary

1. Introduction – 2. Court of Justice of the European Union – 3. European Court of Human Rights – 4. European obligations for Italy? – 5. Conclusion

Abstract

Across the 47 member states of the Council of Europe, and especially in the 28 member states of the European Union, there is a strong trend towards granting equal rights to same-sex couples, including in some countries the right to marry, and the right to propose becoming a parent through adoption or donor insemination. Italy lags far behind the majority of EU member states, and the majority of countries that joined the Council of Europe before the fall of the Berlin Wall. In what areas can it be argued that the case law of the Court of Justice of the EU and the European Court of Human Rights imposes obligations on Italy, or might impose obligations in the near future? Will Italy legislate equal rights voluntarily before the European Courts require it to act?

Nei 47 stati membri del Consiglio d'Europa, e soprattutto nei 28 stati membri dell'Unione europea, si osserva una forte tendenza verso leggi che offrono uguali diritti alle coppie dello stesso sesso, incluso in alcuni paesi l'accesso al matrimonio ed il diritto di diventare genitore per il tramite dell'adozione o della fecondazione artificiale. L'Italia è rimasta assai indietro rispetto alla maggioranza degli stati membri dell'Unione europea ed alla maggioranza dei paesi che si sono aggiunti al Consiglio d'Europa prima della caduta del Muro di Berlino. In quali campi si può affermare che la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE e della Corte europea dei diritti umani imponga, o possa imporre nei prossimi anni, obblighi all'Italia? Il Legislatore italiano sceglierà spontaneamente l'uguaglianza dei diritti, prima che le Corti europee gli impongano di agire?

* Professor of Human Rights Law, King's College London (*robert.wintemute@kcl.ac.uk*). This article is based on a presentation to the conference *La Costituzione e la discriminazione matrimoniale delle persone gay, lesbiche e delle loro famiglie*, held at the *Nuova Aula dei Gruppi Parlamentari* in Rome on 30 May 2014.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

1. Introduction

In October 2014, Estonia became the 24th of 47 Council of Europe (CoE) member states to pass a law allowing same-sex couples to register their partnership (whether or not it is called a marriage).[1] This means that 51% of CoE member states now have such a law. Of European Union (EU) member states, 19 of 28 or 68% (slightly more than 2/3) now have such a law. In November 2014, Finland became the 12th of 47 member states to pass a law allowing same-sex couples to marry (registered partnership was already possible).[2] This means that 25.5% of CoE member states now have such a law. Of EU member states, 10 of 28 or 36% now have such a law. Given this strong strend towards granting equal rights to same-sex couples, across the CoE and especially within the EU, does EU law or the European Convention on Human Rights (EConHR), as interpreted by the Court of Justice of the European Union (CJEU) and the European Court of Human Rights (ECtHR), impose any obligations on Italy with regard to access to marriage, adoption and donor insemination?

2. Court of Justice of the European Union

2.1 Directive 2004/38 (on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the member states)

Does the Directive require Italy to recognise the same-sex partner of a citizen of another EU member state, at least for the purposes of a residence permit? Of the three categories for partners in the Directive, Article 2(2)(b) (registered partners) does not apply: "the partner with whom the Union citizen has contracted a registered partnership ..., if the legislation of the host Member State [Italy] treats registered partnerships as equivalent to marriage [Italy does not have registered partnerships at all] ..." Two further categories might apply: Article 2(2)(a) ("spouse") and Article 3(2)(b) (durable-relationship partners, ie, "the partner with whom the Union citizen has a durable relationship, duly attested"). However, there is still no case law from the CJEU on whether "spouse" includes a same-sex spouse,[3] on how a durable relationship may be "duly attested" in countries with no registered partnership law for same-sex couples, and on the Article 3(2) obligation to "facilitate entry and residence" (and to "justify any denial of entry or residence"), which seems to have been intended to be less demanding than the obligation arising from the "right of residence" of family members under Articles 7(1)(d) and 7(2). Until there is case law from the CJEU, we cannot know for sure whether Italy's October 2012 recognition (for the purposes of a family-member residence permit) of same-sex couples who have married outside of Italy is required by EU law or is voluntary.[4]

1 The 24 countries are Andorra, Austria, Belgium, Croatia, the Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Hungary, Iceland, Ireland, Liechtenstein, Luxembourg, Malta, the Netherlands, Norway, Portugal, Slovenia, Spain, Sweden, Switzerland, and the United Kingdom.

2 The 12 countries are Belgium, Denmark, Finland, France, Iceland, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Portugal, Spain, Sweden, and the United Kingdom (except Northern Ireland).

3 "Durable partner" outside of marriage must include a same-sex partner, under *Karner* v. *Austria* (ECtHR, 24 July 2003) and *Vallianatos & Others* v. *Greece* (ECtHR, 7 November 2013).

4 A family-member residence permit was issued to a same-sex couple in an "EU situation" (an Italian man had married a Uruguayan man in Spain and returned with him to Italy) in March 2012, following the 13 February 2012 decision of the *Tribunale di Reggio Emilia*. The court's decision was accepted by the *Ministero dell'Interno*, which issued *Circolare* of 26 October 2012 (no. 8996) on "*Unione fra persone dello stesso sesso: Titolo di soggiorno ai sensi del D.Lgs 30/2007*". See *Asgi*, www.asgi.it/home_asgi.php?n=documenti&id=2314&l=it. On 8 April 2014, the non-governmental organisation *Associazione radicale Certi diritti* reported that, as a result of the *Circolare*, 30 family-member residence permits had been issued to non-EU same-sex partners on the basis of a marriage, civil union or registered partnership outside of Italy. See *Certi Diritti*, www.certidiritti.org/2014/04/08/lassociazione-radicale-certi-diritti-festeggia-le-prime-30-carte-di-soggiorno-rilasciate-in-tutta-italia-al-coniuge-dello-stesso-sesso-di-cittadinie-italianie.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

2.2 Directive 2000/78 (establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation)

Does Directive 2000/78 require equal treatment of unmarried same-sex couples and married different-sex couples in Italy, especially with regard to employment-related benefits? It does not do so yet, because the three judgments of the CJEU to date only apply to member states that have passed some form of registered partnership law for same-sex couples. However, if an EU member state introduces such a law voluntarily, and the law imposes on same-sex couples obligations of mutual financial support that are similar to those of married different-sex couples, then the same-sex registered partner of an employee **must** be offered the same employment-related benefits as the different-sex spouse of an employee.

In *Maruko* in 2008, the CJEU ruled that the Directive's prohibition of sexual orientation discrimination in relation to all aspects of employment, including pay, "preclude[s] legislation ... under which, after the death of his life partner, the surviving partner does not receive a survivor's benefit equivalent to that granted to a surviving spouse, even though [if], under national law, **life partnership places persons of the same sex in a situation comparable to that of spouses** so far as concerns that survivor's benefit",[5] despite Recital 22: "This Directive is without prejudice to national laws on marital status and the benefits dependent thereon."[6] In *Römer* in 2011, the CJEU explained that "comparable" in *Maruko* does not mean an "identical" legal situation. It is sufficient that the "relevant" legal rights and obligations of registered partners and spouses are the same. It is not necessary to show that "national law generally and comprehensively treats registered ... partnership as legally equivalent to marriage". Rather it is enough to show that registered partners "have [legal] duties towards each other, to support and care for one another and to contribute adequately to the common needs of the partnership by their work and from their property, as is the case between spouses".[7]

In both *Maruko and Römer,* the CJEU concluded that a difference in treatment between married different-sex spouses and registered same-sex partners (if the registered partnership law places the partners "in a situation comparable to that of spouses") is **direct** discrimination based on sexual orientation.[8] This is true even if the registered partnership law is open to different-sex partners, and even if registered different-sex partners are also excluded from a particular right or benefit that is attached to marriage.[9] In *Hay*, the CJEU observed (emphasis added):

"The fact that the *Pacs*, unlike the registered life partnership at issue in … *Maruko and Römer*, is not restricted only to homosexual couples is irrelevant and, in particular, does not change the nature of the discrimination against homosexual couples who, unlike heterosexual couples, could not … legally enter into marriage. **The difference in treatment based on the employees' marital status and not expressly on their sexual orientation is still direct discrimination because only persons of different sexes may marry and homosexual employees are therefore unable to meet the condition** required for obtaining the benefit claimed."[10]

But is there **indirect** discrimination against same-sex couples in Italy, because the existence of a marriage law for different-sex couples only, but no registered partnership law for same-sex couples ("an apparently neutral provision"), puts same-sex couples who are legally unable to marry "at a particular disadvantage" compared with different-sex couples who are legally able to marry?[11] In his Opinion in *Römer*, Advocate General Jääskinen argued that such a situation is potentially discriminatory, but outside the scope of EU law:

"It is the Member States that must decide whether or not their national legal order allows any form of legal union available to homosexual couples, or whether or not the institution of marriage is only for couples of the opposite sex. In my view, a situation in which a Member State does not allow any form of legally recognised union available to persons of the same sex may be regarded as practising [indirect?] discrimination on the basis of sexual orientation, because it is possible to derive from the principle of

5 Case C-267/06, *Tadao Maruko* v. *Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* (CJEU, 1 April 2008), para. 73.

6 *Maruko*, paras. 58-60.

7 Case C-147/08, *Jürgen Römer* v. *Freie und Hansestadt Hamburg* (10 May 2011), paras. 42-43, 47.

8 *Maruko*, para. 72; *Römer*, para. 52.

9 Case C-267/12, *Frédéric Hay* v. *Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres* (12 December 2013), para. 44.

10 *Hay*, paras. 43-44.

11 Directive 2000/78, Article 2(2)(b). As the CJEU noted in *Hay*, the exclusion of same-sex couples from marriage is not "neutral", and itself involves direct discrimination based on sexual orientation (although marriage laws generally fall outside the scope of EU law and therefore cannot be reviewed by the CJEU).

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

equality, together with the duty to respect the human dignity of homosexuals, an obligation [a positive obligation?] to recognise their right to conduct a stable relationship within a legally recognised commitment. However, in my view, this issue, which concerns legislation on marital status, lies outside the sphere of activity of Union law."[12]

If the absence of a registered partnership law in Italy lies "outside the sphere of activity of [EU] law", does it nonetheless violate Articles 14 (non-discrimination) and 8 (respect for family life) of the EConHR?

3. European Court of Human Rights

3.1 Access to the rights of unmarried different-sex couples

Since *Karner* in 2003, the ECtHR has established a very strong principle that, if a country decides voluntarily to grant rights to unmarried different-sex couples (such as in housing succession), it must grant the same rights to unmarried same-sex couples.[13] All references in Italian law to "*conviventi*" or to persons living "*more uxurio*" must therefore be interpreted as also applying to same-sex couples. In *Schalk & Kopf* in 2010, the ECtHR strengthened *Karner* by finding that "the relationship of the applicants, a cohabiting same-sex couple living in a stable de facto partnership, falls within the notion of 'family life', just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would".[14] In *X & Others* in 2013, the ECtHR extended this principle to access to second-parent adoption (the right to propose to adopt the child of one's partner), in a country where unmarried different-sex couples had been granted access.[15] In *Vallianatos* in 2013, the ECtHR applied the *Karner* principle (equal treatment of unmarried couples) to the introduction of an alternative registration system: whether it is called registered partnership, civil union, common life pact, or another name, it cannot be restricted to unmarried different-sex couples.[16]

3.2 Access to marriage

Articles 14 (non-discrimination) and 12 (right to marry) of the EConHR do not yet require that same-sex couples be granted equal access to legal marriage. In *Schalk & Kopf* in 2010 (when only 6 of 47 CoE member states allowed same-sex couples to marry), the ECtHR concluded that, "as matters stand, the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State".[17] However, the ECtHR did not see the reference to "men and women" in Article 12 as precluding a future obligation to allow same-sex couples to marry, when there is sufficient "European consensus" to support such a conclusion: "Regard being had to Article 9 of the Charter [of Fundamental Rights of the EU, which does not refer to 'men and women'], ... the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. Consequently, it cannot be said that Article 12 is inapplicable to [a same-sex couple's] complaint."[18]

12 Opinion of 15 July 2010, para. 76.

13 *Karner* v. *Austria* (ECtHR, 24 July 2003).

14 *Schalk & Kopf* v. *Austria* (ECtHR, 24 June 2010), para. 94. This statement inspired the reasoning of the *Corte di cassazione* in its *Sentenza* of 15 March 2012 (part 4.2, pp. 72-74).

15 *X & Others* v. *Austria* (ECtHR, Grand Chamber, 19 February 2013).

16 *Vallianatos & Others* v. *Greece* (ECtHR, Grand Chamber, 7 November 2013). It can be restricted to same-sex couples, if it serves as "compensation" to same-sex couples for their exclusion from legal marriage.

17 *Schalk & Kopf* v. *Austria* (ECtHR, 24 June 2010), para. 61.

18 *Schalk*, para. 61. It is not clear whether the Grand Chamber's statement at para. 96 of *Hamalainen* v. *Finland* (ECtHR, 16 July 2014) was intended to contradict *Schalk* regarding the applicability of Article 12: "[Article 12] enshrines the traditional concept of marriage as being between a man and a woman."

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

3.3 Access to particular rights of married different-sex couples (without marrying)

To date, no judgment of the ECtHR has gone beyond *Karner* by requiring access to a right that is restricted to married different-sex couples. The ECtHR made its reluctance to extend *Karner* very clear in *X & Others* in 2013, where it found that Austria's making it "legally impossible" for an unmarried same-sex couple to propose a second-parent adoption, unlike an unmarried different-sex couple, was discrimination violating the EConHR.[19] The Grand Chamber carefully distinguished *Gas & Dubois* (2012),[20] which had found no violation in a similar situation, because France's Civil Code (before the 2013 amendments) restricted second-parent adoption to married different-sex couples.[21] The net effect of *Schalk & Kopf* (2010) and *Gas & Dubois* (2012) is to establish a "Marriage Wall" in Europe. Governments that wish to do so may stay behind the "legal safety" of the "Marriage Wall", knowing that the EConHR permits them to restrict marriage to different-sex couples, and joint and second-parent adoption of children to married different-sex couples. If they venture outside the the "Marriage Wall", by voluntarily granting rights to unmarried different-sex couples, the ECtHR's *Karner* principle will require them to grant the same rights to unmarried same-sex couples.

4. European obligations for Italy?

The obligations of Italy to treat same-sex couples equally will depend on future developments in the case law of the ECtHR, which will in turn be influenced by the level of "European consensus" with regard to the particular right in question.

4.1 Residence permits for non-EU same-sex partners of Italians?

Italian immigration legislation currently makes no provision for Italian citizens living in Italy who have non-EU same-sex partners, and who are unable or unwilling to leave Italy to marry or register their relationship in another country. They cannot marry in Italy, and the legislation contains no category of "unmarried partner" (unlike in the United Kingdom). This gap in Italian law, and its discriminatory impact on same-sex couples, is the subject of a pending application to the ECtHR. In *Taddeucci & McCall*, an Italian man was refused a family-member residence permit for his male partner, who is a citizen of New Zealand.[22] When the non-EU partner's residence in Italy became illegal in 2009, a few months after the judgment of the *Corte di cassazione* rejecting their final appeal,[23] they were forced to move to the Netherlands. "European consensus" is strong in their case. In addition to the 24 CoE member states with registered partnership laws for same-sex couples (see the Introduction), which are likely to grant a same-sex registered partner the same immigration right as a different-sex spouse, it would appear that a residence permit might be granted in at least some circumstances in Greece, Latvia, Poland, Romania and San Marino, as well as in Italy. This would make a total of 28 to 30 member states, or 59.6 to 63.8% of CoE member states.

4.2 A registered partnership (civil union) law for same-sex couples?

Is there a positive obligation under EConHR Articles 14 (non-discrimination) and 8 (respect for family life) to introduce a registered partnership law for same-sex couples, and to recognise the foreign marriages of same-sex couples as registered partnerships in Italy?[24] This is the main issue in two sets of

19 *X & Others* v. *Austria* (ECtHR, Grand Chamber, 19 February 2013), para. 133.

20 *X & Others*, paras. 104-112.

21 *Gas & Dubois* v. *France* (ECtHR, 15 March 2012).

22 *Taddeucci & McCall* v. *Italy* (ECtHR, Application No. 51362/09).

23 *Corte di cassazione*, 17 March 2009.

24 In the United Kingdom, section 215 of the Civil Partnership Act 2004 recognised foreign same-sex marriages as UK civil partnerships from December 2005, the entry into force of the 2004 Act, until March 2014, the entry into force of the Marriage (Same Sex Couples) Act 2013, which now permits recognition of foreign same-sex marriages as UK marriages.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

pending applications:[25] *Oliari* on the right of same-sex couples to get married in Italy,[26] and *Orlandi* on recognition in Italy of the marriages of same-sex couples celebrated outside of Italy.[27] In *Schalk & Kopf*, the majority (4 of 7 judges) left the question open: "Given that [as of June 2010 in Austria] it is open to the applicants to enter into a registered partnership, the Court is not called upon to examine whether the lack of any means of legal recognition for same-sex couples would constitute a violation of Article 14 taken in conjunction with Article 8 if it still obtained today [as it does in Italy]".[28] The minority (3 of 7 judges) found that Austria's failure to introduce the registered partnership law earlier than it did (it entered into force on 1 January 2010) was discrimination violating Article 14 combined with Article 8.[29] The question in *Oliari* and *Orlandi* will be whether the level of "European consensus" (24 CoE member states with registered partnership laws, a majority of 51%, plus any increase prior to the ECtHR's judgment)[30] is sufficient to support imposing a positive obligation to legislate on the minority of member states (including Italy) that have failed to do so.

4.3 Second-parent adoption for same-sex couples?

There are currently 15 CoE member states in which a same-sex couple may propose a second-parent adoption, and in which a child may therefore have two legal mothers or two legal fathers: Austria (as a result of *X & Others*), Belgium, Denmark, Finland, France, Germany, Iceland, Luxembourg, Malta, the Netherlands, Norway, Slovenia, Spain, Sweden, and the United Kingdom. The total would increase if countries that do not yet comply with *X & Others* (by allowing second-parent adoption in an unmarried different-sex couple but not in an unmarried same-sex couple) amended their legislation. These countries include Andorra, Liechtenstein, Portugal, and Romania, as well as parts of Bosnia and Herzegovina, and possibly Ukraine.[31] That would raise the total to 20 member states. The bill recently proposed in Switzerland would make 21.[32] But this number would not be sufficient to persuade the ECtHR to depart from its judgment in *Gas & Dubois*.

4.4 Marriage for same-sex couples?

Although the number of CoE member states allowing same-sex couples to marry has gone from 0 in November 2000 to 12 in November 2014, and a referendum in Ireland could raise the total to 13 in 2015, this is still well short of the level at which the ECtHR would consider departing from its judgment in *Schalk & Kopf*.

4.5 Donor insemination for lesbian couples?

Surprisingly, access to donor insemination for lesbian couples presents the best opportunity to apply the existing case law of the ECtHR to Italian legislation with regard to same-sex couples. This is because the *Corte costituzionale*'s judgment of 9 April 2014 has changed the legal situation dramatically, by invalidating the prohibition on heterologous forms of medically assisted procreation (the only kind that can benefit a lesbian couple). Donor insemination is now available, under Article 5 of *Legge 19 febbraio 2004*, n. 40, to (emphasis added) "*coppie di maggiorenni* ***di sesso diverso****, coniugate o* ***conviventi****, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi*". As in France and Portugal, donor insemination is now available in Italy to unmarried different-sex couples but not to unmarried lesbian couples (the only same-sex couples who can benefit from donor insemination).

25 See the third-party intervention of ILGA-Europe and others at *Ilga Europe,* www.ilga-europe.org/home/how_we_work/litigation/ecthr_litigation/interventions.

26 *Oliari* v. *Italy* (ECtHR, Application No. 18766/11).

27 *Orlandi* v. *Italy* (ECtHR, Application No. 26431/12).

28 *Schalk & Kopf* v. *Austria* (ECtHR, 24 June 2010), para. 103.

29 *Schalk*, Joint Dissenting Opinion.

30 For example, it is possible that Greece will comply with *Vallianatos & Others* by extending the "common life pact" to same-sex couples, or introducing broader legislation.

31 The reference to Russia, in para. 57 of *X & Others*, as having legislation similar to Austria's, would seem to be an error.

32 *Adapter le droit de l'adoption aux nouvelles formes de vie de famille*, *Communiqués*, *Le Conseil fédéral* (28 November 2014), www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2014/2014-11-280.html.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

This is contrary to the principle of *X & Others* (assuming that the majority of countries that have extended donor insemination beyond married different-sex couples have included same-sex couples). Indeed, a similar restriction in Austria was struck down by Austria's Constitutional Court on 10 December 2013.[33] Just as it was difficult to argue in *X & Others* that it is in a child's best interests to be denied the possibility of adding a second legal parent (or, on the facts of the case, replacing one of the child's legal parents), it is difficult to argue that it is in a child's best interests never to be born at all, rather than be born through donor insemination to two lesbian mothers. In *Gas & Dubois*, the ECtHR rejected a comparison between an unmarried lesbian couple and an unmarried different-sex couple with regard to donor insemination, because the different-sex couple is "pathologically" infertile but the lesbian couple is not.[34] Yet there is no obvious difference between "pathological" infertility (a different-sex couple who had expected to be able to have a child without assistance) and "natural" infertility (two women can never have a child without assistance). In both cases, the problem (a fertile woman lacks a partner with fertile sperm) and the remedy (a donation of fertile sperm is provided) are the same. Donor insemination is not a medical treatment that makes an infertile man fertile. Instead, his infertile sperm are replaced. The missing sperm of a proposed lesbian mother's partner can just as easily be replaced by a donation.

5. Conclusion

Italy is lagging behind most Western European countries with regard to its treatment of same-sex couples. Among the 23 never-Communist member states that joined the Council of Europe before 1990 (before the fall of the Iron Curtain), 18 have registered partnership laws, 14 have second-parent adoption, and 12 have marriage, ie, the majority of this group of member states in each case. Italy is part of a shrinking minority in Western Europe, and only slow progress in Eastern Europe shields it from greater obligations under the EConHR. Even taking into account the 47 CoE member states, "European consensus" is growing, and time is running out. It would be better for Italy to take pride in having legislated equal rights for same-sex couples voluntarily, than to wait until it is ordered to do so by the ECtHR.

33 VfGH 10.12.2013, www.menschenrechte.ac.at/dokumentation/2013/VfGH/VfGH_10_12_2013.pdf.

34 *Gas & Dubois* v. *France* (ECtHR, 15 March 2012), paras. 43, 63.

*Kees Waaldijk**

Great diversity and some equality: non-marital legal family formats for same-sex couples in Europe

Summary

1. Introduction – 2. National legislation is extending the range of available legal family formats – 3. Academic literature is trying to classify the new legal family formats – 4. EU legislation is cautiously following some national trends – 5. European courts are gradually giving more guidance – 6. Affirmative eloquence in Strasbourg – 7. Conclusion

Abstract

This article gives an overview of developments in national and European law regarding same-sex partners. New legal family formats such as registered partnership have been made available in more and more countries. The number of countries that have opened up marriage to same-sex couples is also growing. Various classifications of the new legal family formats have been proposed, and an increasing number of EU laws now acknowledge non-marital partners. The European Courts have been asked several times to rule on controversial differentiations between different legal family formats or between same-sex and different-sex partners. The affirmative eloquence in their case law suggests that more steps towards full legal recognition of same-sex families could be expected.

L'articolo fornisce una panoramica degli sviluppi delle legislazioni nazionali ed europee in materia di coppie dello stesso sesso. In un crescente numero di paesi si sono resi accessibili nuovi modelli familiari, quali le unioni registrate, ed è cresciuto inoltre il numero di paesi che ha aperto il matrimonio alle coppie dello stesso sesso. Sono stati proposti diversi sistemi di classificazione di tali nuovi modelli familiari ed un crescente numero di leggi dell'Unione Europea ha riconosciuto gli status non coniugali, così come le corti europee sono state chiamate più volte a decidere sulle controverse distinzioni sia fra i diversi modelli familiari, sia fra le unioni formate da persone di diverso o dello stesso sesso. Le risposte affermative date nei precedenti casi inducono a ritenere che ci si debbano attendere ulteriori passi nella direzione del pieno riconoscimento delle famiglie composte da persone dello stesso sesso.

* Professor of comparative sexual orientation law, Leiden Law School, www.law.leidenuniv.nl/waaldijk. This article has been written for the book *Equality and Human Rights: Nothing but Trouble? – Volume in honour of Titia Loenen* (edited by Marjolein van den Brink, Susanne Burri & Jenny Goldschmidt; to be published in 2015 by the Netherlands Institute of Human Rights, Utrecht, as number 38 in the series SIM Specials). The editors of that book graciously allowed this article to be also published in *GenIUS*, www.articolo29.it/genius. An earlier version of this text appeared as chapter 5 of the report: Olivier Thevenon & Gerda Neyer (eds), *Family Policies and Diversity in Europe: The state-of-the-art regarding fertility, work, care, leave, laws and self-sufficiency*, Stockholm University, Stockholm, 2014 (FamiliesAndSocieties Working Paper Series, nr. 7, p 42-55). I am grateful to José Maria Lorenzo Villaverde for his useful comments, and to Jingshu Zhu for her help in finding the EU materials. The research leading to these results has received funding from the European Union's Seventh Framework Programme (FP7/2007-2013) under grant agreement no. 320116 for the research project FamiliesAndSocieties.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

1. Introduction

The year 2013 marks the completion of a major task, while a new challenge is presenting itself. This was not only true for Titia Loenen, but also for the European Court of Human Rights. From 2003 onwards the Strasbourg court has been developing a body of case law requiring equal treatment of same-sex and different-sex partners *outside* marriage. In 2013 it completed this by ruling that the requirement also applies to the formalisation of family life: through second-parent adoption (*X v Austria*) and through partnership registration (*Vallianatos v Greece*)[1]. While developing this case law the Court simultaneously has been creating a new perspective, by starting to talk very affirmatively about the realities and legal needs of same-sex couples[2]. This perspective could become highly relevant to same-sex partners in all those countries where many rights and benefits are still the exclusive privilege of married different-sex partners.

Meanwhile, the number of European countries that legally recognize same-sex couples is growing, and so is the number of pieces of EU legislation that acknowledge non-marital partners (of any gender combination)[3]. The result is a wide range of legal 'family formats' (other than marriage) that are being used in this process of recognition, each entailing their own more or less limited set of rights and obligations. The terminology used for these new legal family formats is even more varied. Authors of comparative family law have proposed various classifications of these family formats – so far without convincing each other[4]. The European courts in Luxembourg and Strasbourg have now been asked several times to invalidate distinctions made between same-sex and different-sex partners, and between married, registered and cohabiting partners – with mixed results[5].

2. National legislation is extending the range of available legal family formats

For a long time, across Europe, the only available legal family format for a couple was marriage, different-sex marriage. By marrying each other, the partners triggered a range of legal rights and responsibilities, between themselves and in relation to any children and others. However, over the last four decades, new legal family formats have been created and made available to same-sex and/or different-sex couples. Examples are joint household, registered partnership, civil partnership, legal cohabitation, de facto union, etc. This has been happening in a growing number of countries, and recently ten of these countries have also opened up marriage to same-sex couples. In most member states of the European Union, and in a handful of other European countries, now at least one legal family format is available to same-sex couples (see *Table 1*)[6].

In spite of the lack of uniformity between the legislation of different European countries, it seems that the picture of Europe's map is becoming less diverse than a few years ago. After the recent opening

1 See section 5, below.

2 See section 6, below.

3 See section 2, below.

4 See section 3, below.

5 See section 5, below.

6 For sources of most data in *Table 1*, see L. Paoli Itaborahy and J. Zhu, *State-sponsored homophobia: A world survey of laws: Criminalisation, protection and recognition of same-sex love*, International Lesbian Gay Bisexual Trans and Intersex Association, Brussels, 2014 (www.ilga.org); M. Saez, *Same-Sex Marriage, Same-Sex Cohabitation, and Same-Sex Families Around the World: Why "Same" is so Different?*, in *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, vol. 19, 2011, pp. 1-54; K. Waaldijk, *Legal recognition of homosexual orientation in the countries of the world: A chronological overview with footnotes*, Paper for the conference *The Global Arc of Justice – Sexual Orientation Law Around the World*, Los Angeles, 11-14 March 2009, https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/14543); K. Waaldijk, *More or less together: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners – A comparative study of nine European countries*, Institut national d'études démographiques, Paris, 2005 (https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/12585). And for developing latest news, see 'Recognition of same-sex unions in Estonia', 'Recognition of same-sex unions in Finland' and 'LGBT rights in Greenland' in www.wikipedia.org.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Table 1: Chronology of the European countries that have started to legally recognize same-sex couples*

	Is there any legal recognition of *cohabitation* of same-sex couples? If so, since when?	**Can same-sex couples enter into a *registered partnership*? If so, since when?**	**Do same-sex couples have access to *civil marriage*? If so, since when?**
Denmark	1986	no longer (1989-2012)	2012
Norway	1991	no longer (1993-2009)	2009
Sweden	1988	no longer (1995-2009)	2009
Iceland	1994?	no longer (1996-2010)	2010
Greenland (DK)	?	1996	in preparation
Netherlands	1979	1998	2001
France	1993	1999	2013
Belgium	1996	2000	2003
Germany	2001	2001	no
Finland	2001?	2002	in preparation
Luxembourg	?	2004	2015
Spain	1995	no, regionally from 1998	2005
England & Wales (UK)	1999	2005	2014
Scotland (UK)	2000	2005	2014
Northern Ireland (UK)	?	2005	no
Slovenia	?	2006	no
Andorra	?	2006	no
Czech Republic	?	2006	no
Switzerland	2000?	2007, regionally from 2001	no
Hungary	1996	2009	no
Portugal	2001	no	2010
Austria	1998	2010	no
Ireland	1995	2011	in preparation
Liechtenstein	?	2011	no
Jersey (UK)	?	2011	no
Isle of Man (UK)	?	2012	no
Malta	2014	2014	no
Croatia	2003	2014	no
Serbia	2005?	no	no
Estonia	2006?	in preparation	no
Poland	2012	no	no
Italy	2012?	in preparation	no
Cyprus	?	in preparation	no

* The order of countries is based on when either registered partnership or marriage became available nationally.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

up of marriage in France and England and Wales, and soon in Scotland and Luxembourg[7], and with the introduction of registered partnership in Malta and Croatia in 2014, the situation will be as follows.

Almost all countries in Northern, Western and Central Europe (the exceptions are Estonia, Latvia, Lithuania, Poland and Slovakia) allow same-sex couples to enter into a legal format that is either called marriage or that entails most of the legal consequences of marriage. In most countries in Eastern and South-Eastern Europe (including Italy, Romania, Bulgaria and Cyprus) this is not (yet) the case; the exceptions are Malta, Slovenia and Croatia, each of which now has registered partnership for same-sex couples. Since the judgment in the *Vallianatos* case, registered partnership in Greece should also be made available to same-sex couples[8]. Meanwhile it seems that Poland[9], Estonia[10], Italy[11] and Serbia[12] have extended a small degree of legal recognition to same-sex cohabitants.

3. Academic literature is trying to classify the new legal family formats

Authors of comparative law and other disciplines have been struggling to find suitable classifications for this wave of new legal family formats. Several authors speak about registered partnership as a form of (unmarried, non-marital) 'cohabitation'[13]. Others see cohabitation and registered partnership as two distinct alternatives to marriage[14].

7 In Luxembourg the law of 4 July 2014, *Réforme du marriage*, allowing same-sex couples to marry will enter into force on 1 January 2015 (see www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2014/0125/a125.pdf). See also the following four footnotes. The *Marriage and Civil Partnership (Scotland) Act 2014* of 12 March 2014 will enter into force before the end of 2014 (www.scotland.gov.uk/Topics/Justice/law/17867/samesex).

8 On 7 November 2013 the ECtHR decided that it is not acceptable that registered partnership in Greece is only available to different-sex couples: ECtHR, 7 November 2013, *Vallianatos v Greece*, no. 29381/09, 32684/09, par. 92).

9 In Poland the recognition of same-sex couples, since 2012, is limited to rent law. When one of two cohabiting partners is renting an apartment and then dies, the other partner can continue the rental contract. This follows from article 691(1) of the Civil Code ('a person who was in actual cohabitation with the deceased'), as interpreted by the Supreme Court of Poland in a decision of 28 November 2012 (www.sn.pl/Sites/orzecznictwo/Orzeczenia2/III%20CZP%2065-12.pdf; for an English summary of that case see www.hfhr.pl/en/sn-podjal-uchwale-w-sprawie-wstapienia-w-stosunek-najmu-po-zmarlym-partnerze-homoseksualnym). The interpretation given by the Supreme Court is in line with ECtHR, 2 March 2010, *Kozak v Poland*, no. 13102/02.

10 In Estonia, Article 3 of the Citizen of European Union Act of 2006, in its definition of 'family member', speaks of 'any other person who, in the EU citizen's country of origin, is a dependant of the EU citizen or is a member of his/her household', but it is not completely certain that same-sex partners will be included under this definition (see the 'Thematic Study Estonia' for the *Legal Study on Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity*, EU Agency for Fundamental Rights, Vienna, 2001, p 13-15, http://fra.europa.eu/en/national-contribution/2012/country-thematic-studies-homophobia-transphobia-and-discrimination).

11 In Italy same-sex cohabitants may enjoy some recognition because of a judgment of the Court of Cassation of 15 March 2012 (case 4184/12). Two commentators state that 'the Court grants gay couples a right to family life on the basis of the equality/non-discrimination provision, Article 3 of the Italian Constitution, and makes clear that this right can be judicially protected, even absent any action by the Legislature' (M. Fichera and H. Hartnell, *All you need is law: Italian courts break new ground in the treatment of same-sex marriage*, Legal Studies Research Paper Series, Paper no. 22, University of Helsinki, p. 7, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2168326).

12 For the (unconfirmed) applicability to same-sex couples of the legal protection against domestic violence in Serbia, see O. Cvejić Jančić, *The definition of family in modern law and its legal protection*, in *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, no. 1, 2010, pp. 77 at 81.

13 D. Bradley, *Regulation of unmarried cohabitation: Determinants of legal policy*, in *International Journal of Law, Policy & the Family*, vol. 15, 2001, pp. 22-50; A. Barlow, *Regulation of cohabitation, changing family policies and social attitudes: A discussion of Britain within Europe*, in *Law & Policy*, vol. 26, 2004, pp. 57-86; B. Perelli-Harris and N. Sánchez Gassen, *How similar are cohabitation and marriage? Legal approaches to cohabitation across Western Europe*, *Population and Development Review*, vol. 38, 2012, pp. 435-467.

14 R. Wintemute, *Conclusion*, in *Legal recognition of same-sex partnerships*, edited by R. Wintemute and M. Andenaes, Hart Publishing, Oxford – Portland, 2001, pp. 759 at 764; K. Waaldijk, *More or less together*, *supra* fn. 6.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Table 2: Classifications of legal family formats for non-marital couples by academic authors

Authors	**Classifications that they use or propose for non-marital family formats**					
Barlow 2004	cohabitation					
Bradley 2001	unmarried cohabitation					
Perelli-Harris & Sánchez Gassen 2012	cohabitation (unregistered)		cohabitation (registered)			
Forder 2000	cohabitation protection by operation of law		optional co-habitation protection	enrolled contract	partnership registration	
Fulchiron 2000	'unions libres'		'partenariats-cadres'		'partenariats-statuts'	
Kessler 2004			'partenariats contrats'		'partenariats institutions'	
Coester 2002	piecemeal regulation	domestic partnership (cohabitants) legislation	registered partnership			
Scherpe 2005	simple partnership (for specific purpose(s))	simple partnership (for 'bundle' of purposes)	formalized partnership ('formalisierte Lebensgemeinschaft')			
Kollman 2007	unregistered partnership		registered partnership			
Waaldijk 2005	informal cohabitation		registered partnership			
Waaldijk 2004	para-marriage		semi-marriage			quasi-marriage
Wintemute 2001	unregistered cohabitation		registered cohabitation			registered partnership
Bell 2004	cohabitation		legally recognized partnership			registered partnership
Curry-Sumner 2005	unregistered forms of cohabitation		non-marital registered relationships (weak registration)			non-marital registered relationships (strong registration)
Curry-Sumner 2012	unregistered relationship forms		registered partnership (weak registration)			registered partnership (strong registration)
Paoli Itaborahy & Zhu 2014	some rights of marriage					most or all rights of marriage
Waaldijk now	*cohabitation*			*registered partnership*		
Examples of countries with family formats in the various categories	Netherlands Denmark Iceland Hungary etc.	Sweden Croatia Portugal Slovenia** parts of Spain etc.	Iceland parts of Spain etc.	Belgium France Greece** parts of Spain etc.	Czech Republic* Slovenia* [*initially:* Germany*]	Netherlands Finland* UK* Switzerland* Hungary* Austria* Ireland* Croatia* *now:* Germany*

* For same-sex couples only.

** For different-sex couples only.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

The main problem in the many classifications that have so far been proposed (see *Table 2*) is that different criteria are being used – often simultaneously. These criteria include: the legal name used for a format ('marriage'), the procedure that is required to use the format ('registration', 'enrolled', 'formalized'), the place in legal doctrine that the format has been given ('contract', 'civil status'), the level of legal consequences that is attached to a format ('strong' or 'weak' registration, 'some' or 'most' rights of marriage), and the degree of similarity to marriage ('non-marital', 'quasi-marriage', 'semi-marriage').

The 'life partnership' in Germany is a good example of the difficulties of classification. Introduced in 2001, it was at first mostly classified as 'registered cohabitation', 'semi-marriage' or 'weak registration'. However, after more legal consequences had been attached to it, by legislation and by case law[15], it is now mostly seen as a 'strong' form of registered partnership entailing most rights of marriage.

The challenge of classification is also highlighted by Scherpe, who points out that in some jurisdictions a mix of 'simple' and 'formalized' partnership has been created[16]. In some regions of Spain the legal recognition applies automatically after living together for two or three years or having a child together, but it is also possible for the couple to 'enter the institution through a private contract recorded in a public deed'[17].

It is clear from *Table 2* that no consensus on classification has been reached in (legal) literature[18] (in fact, some authors may not agree with how I have used their classification to group the countries at the bottom of *Table 2*). Nevertheless, it seems that for formats not involving registration the words used most frequently are 'cohabitation' and 'unregistered'. Because the word 'cohabitation' is easy to understand, and because 'unregistered' is somewhat confusing in its suggestion of a previous registration that has been un-done, I will continue to speak of 'cohabitation'.

However, I have come to realize that the phrase 'informal cohabitation' that I used in 2005[19], is not always correct, because in some jurisdictions certain legal consequences are only attached to cohabitation if that cohabitation has been formalized in a specific way: by contract and/or with a public notary and/or in a procedure that results in registration. If the registration does not require any period of previous cohabitation, and remains valid when the couple stop living together, one can speak of 'registered partnership' (see below), but if not, it would still remain a (formalized) form of cohabitation[20].

I now propose to use 'cohabitation' as the umbrella term for informal and formalized forms of cohabitation[21].

For formats that do involve registration, the phrase 'registered partnership' is used most frequently, and I will continue to do so (except if a period of previous cohabitation is a condition for registration, or if the registration extinguishes automatically when the couple stop living together). It should be borne in mind that the use of this phrase covers a very wide range of legal formats across Europe. Therefore it will often be useful (for example, when conducting demographic or sociological research) to distinguish between strong and weak forms of registered partnership. Curry-Sumner has proposed to call registration 'strong' when there is a 'near assimilation of the legal effects attributed to registered partners and

15 See J.M. Scherpe, *The Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe and the Role of the European Court of Human Rights*, in *The Equal Rights Review*, vol. 10, 2013, pp. 83 at 92.

16 J.M. Scherpe, *Rechtsvergleichende Gesamtwürdigung und Empfehlungen zur Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften*, in *Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften: The Legal Status of Cohabitants*, edited by J.M. Scherpe and N. Yassari, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, pp. 571 at 582.

17 C. González Beilfuss, *All or nothing: The dilemma of southern jurisdictions*, in *Legal recognition of same-sex couples in Europe*, edited by K. Boeli-Woelki and A. Fuchs, Intersentia, Antwerp – Oxford – New York, 2012, pp. 41 at 47.

18 In addition to the authors mentioned in the previous five footnotes and in the following five footnotes, *Table 2* also refers to: M. Bell, *Holding back the tide? Cross-border recognition of same-sex partnerships within the European Union*, in *European Review of Private Law*, no. 5, 2004, pp. 613-632; M. Coester, *Same-sex relationships: A comparative assessment of legal developments across Europe*, in *European Journal of Law Reform*, no. 4, 2002, pp. 4585-601; C. Forder, *European models of domestic partnership laws: The field of choice*, in *Canadian Journal of Family Law*, vol. 17, 2000, pp. 371-454; H. Fulchiron, *Réflexions sur les unions hors marriage en droit international privé*, in *Journal du Droit International*, vol. 127, 2000, pp. 889-914; G. Kessler, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, L.G.D.J., Paris, 2004; K. Kollman, *Same-sex unions: The globalization of an idea*, in *International Studies Quarterly*, vol. 51, 2007, pp. 329-357.

19 K. Waaldijk, *More or less together*, *supra* fn. 6.

20 Of course there are also informal *non-cohabiting* relationships, but neither the literature nor national legislations give much attention to these.

21 Within this category it will only rarely be necessary to distinguish between piecemeal recognition, and situations where there is one general law on informal cohabitation.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

spouses'[22]. In other words, a 'strong' registration can be characterized as a 'quasi-marriage'[23]. Typically, such a registration would also be very much like marriage in two other dimensions: the conditions and procedures to enter into it and the procedures to get out of it. A weak form of registered partnership, on the other hand, would entail only a limited selection of the legal consequences attached to marriage[24]. Typically the conditions and procedures for entering into such a weak registration (a 'semi-marriage') would be different from those for marriage, and it would also be easier to get out of it. Occasionally (as the example of Germany has shown) it may be difficult to decide whether the form of registered partnership enacted by a particular jurisdiction should be classified as strong or as weak[25]. When the level of legal consequences attached to it is somewhere between 'a limited selection' and 'near assimilation', then regard can be had to how closely the formalities resemble those of marriage.

4. EU legislation is cautiously following some national trends

Just like national lawmakers and legal scholars, the institutions of the European Union have not found it easy to deal with new forms and formats of family life. Family law as such is not a field in which the EU plays an important role. However, in quite a number of its fields of operation (ranging from free movement to accounting standards) family relationships do play a small or greater part. At EUR-lex.europa.eu, a search for the words 'marriage', 'spouse' and/or 'child' generates a list of more than 500 EU regulations and directives in force today. Only some of these also make reference to non-marital partnerships.

The overview in *Table 3* makes it very clear that the EU has not yet found one consistent approach to the topic; it uses at least ten different phrases, and these show little overlap with the categories used by scholars (see *Table 2*)[26]. The overview also shows that – unlike national legislation in some countries – EU legislation does not distinguish between same-sex and different-sex non-marital relationships[27]. This is not surprising, because such a distinction would have been contrary to the well-established case law of the European Court of Human Rights (see *Table 5*). Some of the directives use the phrase 'registered partnership', but interestingly, none of the examples in *Table 3* is limited to registered partnership: forms of cohabitation are also covered, provided all substantive and formal conditions are met[28]. Some of the directives and regulations do indeed require some formality, but the way these are phrased ('duly attested' and 'document … of a member state acknowledging their status') suggests that a later declaratory document is sufficient. The word 'cohabitation', however, does not appear in the phrases used (only the regulation on accounting standards speaks of 'domestic partner'), but some require the relationship to be similar to marriage, 'intimate', stable or 'long-term'.

Finally, it is important to point out that the listed directives and regulations hardly oblige unwilling member states to start to recognize unmarried partners[29]. The obligation typically only applies when the

22 I. Curry-Sumner, *A patchwork of partnerships: Comparative overview of registration schemes in Europe*, in *Legal recognition of same-sex couples in Europe*, *supra* fn. 17, pp. 71 at 82.

23 K. Waaldijk, *Others may follow: The introduction of marriage, quasi-marriage, and semi-marriage for same-sex couples in European Countries*, in *New England Law Review*, vol. 38, 2004, pp. 569 at 570.

24 *Idem*, at p. 571.

25 See the critical remarks of I. Curry-Sumner, *All's Well That Ends Registered? The Substantive and Private International Law Aspects of Non-Marital Registered Relationships in Europe*, Intersentia, Antwerp – Oxford – New York, 2005, at pp. 308-309.

26 The list includes three pieces of legislation that speak of 'dependants' (Directive 2004/38/EC, Regulation 632/2010, Directive 2012/29/EU). That word is capable of including partners, but it is also possible to clearly distinguish between partners and dependants. The EU Court of First Instance has suggested that the word 'dependants' does not include partners in a 'union between two persons' (5 October 2009, *Commission v Roodhuijzen*, Case T-58/08 P, at 84).

27 Whether it is still permissible in EU law to distinguish between same-sex and different-sex marriages that have lawfully been entered into, is a question that has not yet been decided by the Court of Justice of the EU. However, it seems to follow from the *Maruko*, *Romer* and *Hay* cases that such a distinction would be unlawful in the field of spousal benefits in employment (see *Table 6*).

28 This is reflected in the major case interpreting the notion of 'unmarried partner' in article 72 of the EU Staff Regulations: EU Court of First Instance, 5 October 2009, *Commission v Roodhuijzen*, Case T-58/08 P, at 77, 90, 96, 98.

29 The Staff Regulations and the Statute for Members of the European Parliament, however, do contain such an obligation for the relevant institutions of the European Union.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Table 3: Main examples of EU legislation on non-marital partners*

Area & legislative text	Article	Terms used	Restrictions
Free movement – Directive 2004/38/EC	art. 2(2)	'*registered* partnership on the basis of the legislation of a MS'	'if … *host* MS treats registered partnerships as *equivalent* to marriage'
	art. 3(2)(a)	'any other family members … who … are dependants or members of the household'	MS only have a duty to '*facilitate* entry and residence'
	art. 3(2)(b)	'*durable* relationship, duly attested'	
Family reunification for third country nationals – Directive 2003/86/EC	art. 4(3)	'duly attested *stable long-term* relationship' or '*registered* partnership'	'MS *may* … authorize entry and residence'
Asylum seekers – Directive 2011/95/EU	art. 2(j)	'unmarried partner in a *stable* relationship'	'where … *MS concerned* treats unmarried couples in a way *comparable* to married couples under its law relating to third country nationals'
Jurisdiction etc. in matters relating to maintenance obligations – Regulation 4/2009	Annex VII, par. 4	'Certificate of marriage or *similar* relationship'	
	Annex VII, par. 9.3.1.7	'*Analogous* relationship to marriage'	
Staff Regulations of Officials of the EU, as amended by Regulation 723/2004	art. 72(1) & Annex V, art. 6	'unmarried partner'	'legal document … of a MS, acknowledging their status as non-marital partners'
	art. 1d	'non-marital partnerships'	'legal document … of a MS, acknowledging their status as non-marital partners' & 'no access to legal marriage in a MS'
	Annex VII, art. 1(2)(c)	'registered as a *stable* non-marital partner'	
Statute for Members of the European Parliament – Decision 2005/684/EC	art. 17(9)	'partners from relationships recognized in the member states'	
Implementing measures for Statute Members European Parliament – Decision of 19 May & 9 July 2008	art. 3(1)(a) & 58(2)	'*stable* non-marital partners'	'official document … of a MS acknowledging their status as non-marital partners'
Equal treatment of men and women in self-employment – Directive 2010/41/EU	art. 2	'*life partners*'	'when and in so far as recognized by *national law*'
Accounting standards – Regulation 632/2010	art. 9	'*domestic partner*' and 'dependants'	
Victims of crime – Directive 2012/29/EU	art. 2	'the person who is living with the victim in a *committed intimate* relationship … and the dependants of the victim'	'in a joint household and on a *stable and continuous* basis'

* MS = member state

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

member state concerned already recognizes such partners. The only example where all member states are being forced to provide some substantial recognition is the recent Victims of Crime Directive[30]. The unease surrounding this novelty becomes apparent in the fact that the relationship not only needs to have a 'stable and continuous basis' and a 'joint household', but that it must also be both 'committed' and 'intimate'.

5. European courts are gradually giving more guidance

The European Court of Human Rights (ECtHR) and the Court of Justice of the European Union (CJEU, previously CJEC) have been asked several times to rule on (denied) access to certain legal family formats (*Table 4*), or to rule on controversial differentiations that have been made between same-sex and different-sex partners (*Table 5*) and between different legal family formats (*Tables 6-8*)[31].

As regards access for same-sex couples to civil marriage, the ECtHR has ruled that it is up to the individual countries to decide whether or not to give such access[32]. Even when married partners have become 'same-sex' through a sex change of one of them, the ECtHR does not (yet) consider it a human rights violation if national law forces them out of their marriage (and into a registered partnership)[33].

As regards access to a form of registered partnership or other form of legal recognition of same-sex couples, the ECtHR has ruled that each country enjoys a margin of appreciation 'in the timing of the introduction of legislative changes', and that the United Kingdom could not be criticized for not doing so until 2005, nor Austria for not doing so until 2010[34]. However, the ECtHR does not consider it acceptable to introduce a form of registered partnership for different-sex couples only[35].

There have been many court challenges claiming that it is discriminatory to distinguish in law between same-sex and different-sex unmarried cohabitants. The only challenge so far at the CJEU was unsuccessful (*Grant*), but that outcome is no longer valid since the entry into force in 2003 of the Employment Equality Directive (2000/78/EC, confusingly also known as the 'Framework Directive'). Also since 2003, the other European court (ECtHR) and the UN Human Rights Committee (UN HRC) have consistently held that to distinguish between same-sex and different-sex cohabitants is incompatible with the right to non-discrimination (see *Table 5*). In these cases (unlike the ones listed in *Table 8*) the ECtHR has no difficulty in finding that same-sex partners are 'in a relevantly similar situation to a different-sex couple'[36].

Until now, the European courts have only in very specific circumstances been willing to declare differentiations between marriage and cohabitation to be discriminatory (see *Table 6* and *Table 7*). The *Petrov* judgment of the ECtHR on phone calls from prison suggests that this court may be willing to entertain further challenges to rules that exclude unmarried partners, provided there are no strong counter-arguments of the type acknowledged in the *Van der Heijden* case on giving evidence. And the *Roodhuijzen* judgment of the EU's Court of First Instance indicates that the concept of 'unmarried partners' as used in the EU staff regulations should not be interpreted restrictively: apart from the formal requirement of a 'legal document recognised by a Member State', a couple already qualifies if their 'cohabitation is characterised by a certain stability'; it is not necessary that rights and obligations are similar to marriage, nor that their relationship is registered[37].

30 Directive 2012/29/EU, establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime.

31 The few relevant cases decided by the UN Human Rights Committee have also been included in the following tables.

32 ECtHR, 24 June 2010, *Schalk & Kopf v Austria*, no. 30141/04. The UN Human Rights Committee had reached a similar conclusion, by holding that marriage of a homosexual couple falls outside the scope of the right to marry as guaranteed in article 23 of the International Covenant on Civil and Political Rights (UN HRC, 17 July 2002, *Joslin v New Zealand*, Comm 902/1999).

33 ECtHR, 28 November 2006, *Parry v United Kingdom*, no. 42971/05; ECtHR, 16 July 2014, *Hämäläinen v Finland*, no. 37359/09. It is established case law that transsexuals should not be excluded from the right to enter into a different-gender marriage (ECtHR, 11 July 2002, *Goodwin v United Kingdom*, no. 28957/95).

34 ECtHR, 4 November 2009, *Courten v United Kingdom*, no. 4479/06; ECtHR, 24 June 2010, *Schalk & Kopf v Austria*, no. 30141/04, par. 105-106.

35 ECtHR, 7 November 2013, *Vallianatos v Greece*, no. 29381/09, 32684/09, par. 73 and 92.

36 See for example ECtHR, 19 February 2013, *X v Austria*, no. 19010/07, par. 112.

37 EU Court of First Instance, 5 October 2009, *Commission v Roodhuijzen*, Case T-58/08 P, par. 77, 90, 96, 98.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Table 4: Challenges to the exclusion of same-sex couples from marriage or registered partnership

Court/body	Case	Area	Finding of discrimination?
UN HRC 17.7.2002	*Joslin v New Zealand* 902/1999	access to marriage	No, words 'men and women' mean that only 'a man and a woman' have right to marry.
ECtHR 28.11.2006	*Parry v United Kingdom* 42971/05	continuation of marriage after change of gender	No, states have margin of appreciation in regulating effects of change of gender in context of marriage.
ECtHR 4.11.2009	*Courten v United Kingdom* 4479/06	introduction of registered partnership	No, states enjoy margin of appreciation in timing of legislative changes.
ECtHR 24.6.2010	*Schalk & Kopf v Austria* 30141/04	access to marriage (and introduction of registered partnership)	No, opening up of marriage to same-sex couples is left to regulation 'according to the national laws' (and states have margin of appreciation in timing of any partnership legislation).
ECtHR 7.11.2013	*Vallianatos v Greece* 29381/09 & 32684/09	access to registered partnership	Yes, exclusion of same-sex couples from civil union amounts to discrimination in relation to family life.
ECtHR 16.07.2014	*Hämäläinen v Finland* 37359/09	continuation of marriage after change of gender	No, effects of not being able to remain married after legal change of gender are not disproportionate.

Table 5: Challenges to differentiations between same-sex and different-sex cohabitants

Court/body	Case	Area	Finding of discrimination?
CJEU 17.2.1998	*Grant v SW Trains* C-249/96	partner benefits in employment	No, sexual orientation is not covered by prohibition of sex discrimination.
ECtHR 24.7.2003	*Karner v Austria* 40016/98	succession to tenancy after death of partner	Yes, sexual orientation discrimination with respect to home.
UN HRC 6.8.2003	*Young v Australia* 941/2000	survivor's pension	Yes.
UN HRC 30.3.2007	*X v Colombia* 1361/2005	survivor's pension	Yes.
ECtHR 2.3.2010	*Kozak v Poland* 13102/02	succession to tenancy after death of partner	Yes, with respect to home.
ECtHR 22.7.2010	*PB & JS v Austria* 18984/02	sickness insurance	Yes, with respect to family life.
ECtHR 28.9.2010	*JM v United Kingdom* 37060/06	calculation of level of child maintenance	Yes, with respect to property.
ECtHR 19.2.2013	*X v Austria* 19010/07	second-parent adoption	Yes, with respect to family life, in comparison with different-sex cohabitants (but not in comparison with married couples).

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Table 6: Challenges to differentiations between different-sex cohabitation and marriage

Court	Case	Area	Finding of discrimination?
CJEC 17.4.1986	*Netherlands v Reed* C-59/85	right to residence for partner of EC worker	No, in comparison with spouses. Yes, against unmarried partner of British worker, in comparison with unmarried partners of Dutch workers.
ECtHR 22.5.2008	*Petrov v Bulgaria* 15197/02	right to use prison phone to call partner	Yes, with respect to family life.
EU Court of First Instance 5.10.2009	*Commission v Roodhuijzen* T-58/08 P	sickness insurance cover for partner of EC worker	Yes, against couples who formalized their stable cohabitation by contract, in comparison with couples who did so by marriage or partnership registration.
ECtHR 3.4.2012	*Van der Heijden v Netherlands* 42857/05	right not to give evidence in criminal proceedings against partner	No, differentiation is justified for the prevention of crime.

Table 7: Challenges to differentiations between same-sex cohabitation and marriage

Court	Case	Area	Finding of discrimination?
ECtHR 10.5.2001	*Estevez v Spain* 56501/00	survivor's pension	No, differentiation is justified for protection of family based on marriage.
ECtHR 29.4.2008	*Burden v United Kingdom* 13378/05	inheritance tax	No, situation of cohabiting sisters is not analogous with marriage.
ECtHR 4.11.2008	*Courten v United Kingdom* 4479/06	inheritance tax	No, situation of gay cohabitants is not analogous with marriage.
ECtHR 23.6.2009	*MW v United Kingdom* 11313/02	bereavement payment	No, situation of gay cohabitants is not analogous with marriage.
EU Civil Service Tribunal 14.10.2010	*W v Commission* F-86/09	household allowance for EU official	Yes, the fact that W and his Moroccan partner are not married should not be used against them, because situation regarding homosexuality in Morocco makes it unrealistic for them to marry in Belgium.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Table 8: Challenges to differentiations between (same-sex) registered partnership and marriage

Court	Case	Area	Finding of discrimination?
CJEC 31.5.2001	*D & Sweden v Council* C-122/99 & C-125/99	household allowance for EU official	No, Swedish registered partnership is distinct from marriage.
CJEU 1.4.2008	*Maruko v Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* C-267/06	survivor's pension	Yes, assuming situation of registered partners is comparable to marriage in Germany, their exclusion from pensions amounts to direct sexual orientation discrimination.
ECtHR 21.9.2010	*Manenc v France* 66686/09	survivor's pension	No, *Pacs* in France is not analogous with marriage.
CJEU 10.5.2011	*Römer v Hamburg* C-147/08	retirement pension	Yes, situation of registered partners in Germany is comparable to marriage.
ECtHR 15.3.2012	*Gas & Dubois v France* 25951/07	second-parent adoption	No, legal situation of lesbian couple in *Pacs* is not comparable to marriage.
CJEU 6.12.2012	*Dittrich and others* C-124/11, C-125/11 and C-143/11	assistance for public servants in case of illness	Yes, situation of registered partners in Germany is comparable to marriage (that point was already decided by the referring German court; CJEU was only asked if the assistance was covered by the notion of 'pay' in Directive 2000/78/EC).
ECtHR 7.5.2013	*Boeckel & Geesink-Boeckel v Germany* 8017/11	registration as parents on birth certificate of child born during partnership	No, as regards birth certificates, two women in registered partnership are not in relevantly similar situation as a married different-sex couple.
CJEU 12.12.2013	*Hay v Credit agricole mutuel* C-267/12	special leave and bonus for partnership registration	Yes, as regards pay or working conditions, situation of same-sex partners who cannot marry in France and therefore conclude a *Pacs*, is comparable to married couples.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

In the case law of the ECtHR there is no full recognition, as yet, for the fact that in many countries same-sex couples cannot marry (or even register as partners) and that therefore the exclusion of unmarried partners from certain rights and benefits has a disparate impact on same-sex partners (i.e. is indirectly discriminatory on grounds of sexual orientation)[38]. The latter argument has been tried several times. In one older case, *Estevez*, the Court responded by saying that the differentiation in question was justified by the legitimate aim of protecting the family based on marriage (see *Table 7*). In more recent cases, the typical response of the Court is that in law cohabitation is not similar to marriage (and that therefore the right to non-discrimination is not affected).

The only case (*W v Commission*) where a European court has honoured the challenge of an unmarried *same-sex* couple concerning a marital privilege (*Table 7)* must be read in the context of the fairly generously worded provision in the EU Staff Rules (see *Table 3*).

Finally, there is a growing number of cases in which same-sex registered partners have demanded to be treated in the same way as married spouses (see *Table 8*). In the first of these cases (*D & Sweden*) the Court of Justice still emphasized the incomparability of marriage and registered partnership (even in Sweden, where registered partnership was rather strong and quasi-marital). In more recent cases (*Maruko*, *Römer*), however, this Court has emphasized that it depends on whether the actual legal situation of registered partners and married spouses is comparable, and it suggested that – in the context of pensions law – the situation of German registered life partners should indeed be considered as comparable to that of spouses. It seems that this is also the approach of the ECtHR, but the first cases that this Court has had to decide (*Manenc*, *Gas & Dubois*) concerned France, and the Court concluded that – as regards pensions and as regards adoption – the legal situation of people in French civil partnership (*Pacs*, *pacte civil de solidarité*) is not similar to marriage[39]. And in a case concerning Germany, the ECtHR came to the conclusion that – as regards birth certificates – same-sex registered partners are not in a similar situation as different-sex spouses (*Boeckel*). The CJEU, in the recent *Hay* case came to a different conclusion concerning *Pacs* – as regards benefits in terms of pay or working conditions. It held that *Pacs* and marriage are comparable. So it seems that when the comparison is with a *married* different-sex couple, the court in Luxembourg is more inclined to find comparability than the court in Strasbourg.

All in all, the main European courts have only provided little concrete recognition of same-sex and non-marital relationships. And the recognition they have so far offered mostly depends on whether the national legislation in question already provides some recognition of non-marital couples.

Both courts use all kinds of terms for registered forms of partnership. The Strasbourg court mostly uses 'civil partnership' to refer to the French *pacte civil de solidarité*, mostly 'registered partnership' to refer to the Austrian *Eingetragene Partnerschaft*, and mostly 'civil union' to refer to the Greek variety, while the Luxembourg court mostly uses 'life partnership' to refer to the German *Eingetragene Lebenspartnerschaft*, and mostly *Pacs* or 'civil solidarity pact' to refer to the French *pacte civil de solidarité*.

6. Affirmative eloquence in Strasbourg

This somewhat limited judicial harvest (listed in section 5) echoes the often slow, hesitant or limited developments in national and EU legislation (listed in sections 2 and 4). It seems to contrast, however, with the eloquent and inclusive language that is often used by the European Court of Human Rights in the very same judgments, albeit mostly *obiter*.

The Court has repeatedly recognized, for example, that the right to respect for private life encompasses the 'right to establish and develop relationships with other human beings'[40]. It has ruled that non-marital partnerships are also covered by the right to respect for family life[41], and that this includes same-sex partnerships[42]. It has mentioned 'the fact that there is not just one way or one choice

38 P. Johnson, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, Routledge, Abingdon, 2013, at p. 139; K. Waaldijk, *Same-sex partnership, international protection*, in *Max Planck encyclopedia of public international law*, edited by R. Wolfrum, Oxford University Press, Oxford, 2012, Vol. VIII, p. 1125-1134, par. 10, 22, 31.

39 See P. Johnson, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, *supra* fn. 38, at p. 138.

40 See for example ECtHR, 22 January 2008, *EB v France*, no. 43546/02, par. 43 and 49; on this right in general, see K. Waaldijk, *The right to relate: A lecture on the importance of "orientation" in comparative sexual orientation law*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 24, 2013, pp. 161-199.

41 ECtHR, 18 December 1986, *Johnston v Ireland*, no. 9697/82, par. 55-56.

42 ECtHR, 24 June 2010, *Schalk & Kopf v Austria*, no. 30141/04, par. 94.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

when it comes to leading one's family or private life'[43]. It has shown itself to be aware of the 'rapid evolution of social attitudes towards same-sex couples'[44], and has acknowledged that 'the consensus among European States in favour of assimilating same-sex relationships to heterosexual relationships has undoubtedly strengthened'[45], and that a 'growing tendency to include same-sex couples in the notion of "family"' is also reflected in EU legislation[46].

The Court has stressed the 'importance of granting legal recognition to *de facto* family life'[47], and it has held that '*same-sex couples are just as capable as different-sex couples of entering into stable committed relationships*' and that consequently they are '*in a relevantly similar situation to a different-sex couple as regards their need for legal recognition and protection of their relationship*'[48]. The Court acknowledged that for a same-sex couple 'an officially recognised alternative to marriage (would) have an intrinsic value', irrespective of its legal effects, and that '*(s)amesex couples sharing their lives have the same needs in terms of mutual support and assistance as different-sex couples*'[49]. Furthermore, it has consistently held that 'differences based on sexual orientation require particularly serious reasons by way of justification'[50], and that the exclusion must be shown to be 'necessary' in order to achieve the legitimate aim[51]. And it ruled that '*a blanket exclusion of persons living in a homosexual relationship (…) cannot be accepted (…) as necessary for the protection of the family viewed in its traditional sense*'[52].

All this may be seen as an indication that the European Court of Human Rights is contemplating taking more steps towards full legal recognition of same-sex and non-marital families than it has taken so far. The Court also seems to be encouraging lawmakers to extend greater legal protection and recognition to new forms of family life, and to provide access to legal family formats that meet the needs of the couples and children concerned. Recently the Court's *Grand Chamber* has implied that countries that have not enacted 'a genuine option which provides legal protection for same-sex couples' may be violating the right to respect for private and family life of married spouses one of whom is needing legal recognition of an acquired gender[53]. That case involved a couple that would become same-sex through a legal change of the gender of one of them, but the same reasoning could apply to other same-sex couples – if the Court would take seriously what it has said about the needs of same-sex couples for legal recognition and protection[54].

7. Conclusion

On the one hand, there is a clear trend of more equality and more diversity, in both national and European law. And this is accompanied in Strasbourg by a whole vocabulary that validates same-sex and non-marital family life, thereby encouraging lawmakers to extend greater legal protection and recognition. On the other hand, same-sex partners have mostly been unsuccessful in winning cases in the European

43 ECtHR, 19 February 2013, *X v Austria*, no. 19010/07, par. 139; see also ECtHR, 2 March 2010, *Kozak v Poland*, no. 13102/02, par. 98; and ECtHR, 7 November 2013, *Vallianatos v Greece*, no. 29381/09, 32684/09, par. 84.

44 ECtHR, 22 July 2010, *PB & JS v Austria*, no. 18984/02, par. 29.

45 ECtHR, 28 September 2010, *JM v United Kingdom*, no. 37060/06, par. 50.

46 ECtHR, 24 June 2010, *Schalk & Kopf v Austria*, no. 30141/04, par. 93.

47 ECtHR, 19 February 2013, *X v Austria*, no. 19010/07, par. 145.

48 ECtHR, 24 June 2010, *Schalk & Kopf v Austria*, no. 30141/04, par. 99; see also ECtHR, 15 January 2013, *Eweida v United Kingdom*, no. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, par. 105; and ECtHR, 7 November 2013, *Vallianatos v Greece*, no. 29381/09, 32684/09, par. 78.

49 ECtHR, 7 November 2013, *Vallianatos v Greece*, no. 29381/09, 32684/09, par. 81.

50 ECtHR 24 July 2003, *Karner v Austria*, no. 40016/98, par. 37.

51 *Idem*, par. 41.

52 ECtHR, 2 March 2010, *Kozak v Poland*, no. 13102/02, par. 99.

53 ECtHR, 16 July 2014, *Hämäläinen v Finland*, no. 37359/09, par. 87.

54 See ECtHR, 24 June 2010, *Schalk & Kopf v Austria*, no. 30141/04, par. 99; see also ECtHR, 15 January 2013, *Eweida v United Kingdom*, no. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, par. 105; and ECtHR, 7 November 2013, *Vallianatos v Greece*, no. 29381/09, 32684/09, par. 78.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

courts (or in being included in EU legislation that has an impact on the member states), unless national law already offers some recognition to family life outside marriage.

Whenever national law does recognize different-sex couples outside marriage, the European Court of Human Rights finds it increasingly easy to use non-discrimination arguments to include same-sex partners in this recognition, even when it is about access to registered partnership (*Vallianatos*) or adoption (*X v Austria*)[55]. In this respect the principle of equality has been very effective – both judicially and politically – in helping to realize the human rights of same-sex couples. Here the comparability test does not create a stumbling-block, so the court could move quickly to the question of justification. And in none of these cases, where the comparator is an unmarried different-sex couple, was a sufficient justification found.

Where national law does *not* yet recognize unmarried different-sex couples, both European courts have put a lot of emphasis on the test of comparability: is the situation of unmarried same-sex couples similar to that of married different-sex couples? All cases of this type that made it to the Court of Justice of the EU involved a same-sex couple in a registered partnership claiming a material benefit related to employment, and this probably made it easier for this court to find comparability with marriage. However, in such same-sex cases that made it to the European Court of Human Rights, the comparability test has until now meant *nothing but trouble*, even if the partners had entered into a registered partnership and the case involved some material benefit[56]. In fact, the court in Strasbourg has invoked the lack of comparability so often in these cases that it has never had to go into an assessment of the justification of a distinction.

The most recent of these cases involved the acquisition of parenting (*Gas & Dubois*; *Boeckel*), and clearly the Strasbourg court was not ready – as regards legal parental status – to see enough similarities between a married heterosexual couple with a child and a registered lesbian couple with a child. Perhaps the Court would find it easier to see such similarities when other aspects of parenting are involved, or when it is about 'mutual support and assistance' between the partners or about 'legal recognition and protection of their relationship', the equal need for which the court has now recognized (most recently in *Vallianatos*). If so, then the disappointing rulings in the cases of *Courten*, *MW* and *Manenc* are already out of date. And then the court can start to translate its affirmative eloquence into real equality for same-sex couples in all those jurisdictions and situations where no legal family format is available to them.

55 Presumably, the Court of Justice of the EU would do the same, but in the field of EU law such equality is already mostly given in the few relevant directives and regulations.

56 But see also the one and only case where the court found that the exclusion of *all* unmarried partners (in this case of different sex) amounted to discrimination: ECtHR, 22 May 2008, *Petrov v Bulgaria*, no. 15197/02.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

*Maria Acierno**

Il ruolo delle Corti nella nozione di famiglia e matrimonio

Sommario

1. Campo d'indagine – 2. Il ruolo delle Corti nell'ordinamento italiano – 2.1. La Corte Edu e la Corte di giustizia – 2.2. La Corte costituzionale – 2.3. La Corte di cassazione – 3. La discrezionalità limitata del legislatore

Abstract

La Corte europea dei diritti umani, la Corte di giustizia e le Corti costituzionali hanno disegnato uno statuto dei diritti delle coppie omoaffettive e delle famiglie omogenitoriali notevolmente avanzato. La qualità delle risposte non è sempre uniforme ma, l'atteggiamento prevalente delle Corti, finora, si è mostrato tendenzialmente "accogliente" rispetto alle pressanti richieste di adeguamento delle nuove realtà affettive e familiari ai modelli preesistenti, salvo il margine di discrezionalità legislativa variamente individuato. Nei paesi in cui manca un riconoscimento legale alle unioni tra persone dello stesso sesso, la rete dei diritti fondamentali tessuta dalle Corti dei diritti costituisce l'unico sistema legale di riferimento. Il legislatore, di conseguenza, dovrà assumere i principi elaborati in sede giurisdizionale come fondamento inderogabile dell'intervento normativo non più rinviabile.

The European Court of Human Rights, the European Court of Justice and the Constitutional Courts elaborated a very advanced statute for same-sex couples and homoparental families. Even if the quality of the answers is not always homogeneous, the prevailing approach of the Courts seems to grant the pressing requests regarding the necessity to fit the new affective and familiar realities into the existing models. This is true unless the legislative margin of appreciation which is variously identified. In the countries where same-sex couples are not legally recognized, the mentioned Courts elaborated a system of fundamental rights, which constitutes the only legal frame of reference. As a consequence, the national legislator should apply these jurisprudential principles as the fundamental basis of the legislative initiative, which cannot be procrastinated anymore.

1. Campo d'indagine

L'ampiezza del tema impone la delimitazione del campo d'indagine al rapporto molto fecondo che si è instaurato, e si va ulteriormente sviluppando, tra la richiesta sempre più urgente e pressante del pieno riconoscimento di nuovi modelli familiari, caratterizzati dall'unione affettiva tra persone dello stesso sesso, come polo di attrazione ed attuazione dei diritti fondamentali della persona e la risposta delle Corti che svolgono principalmente se non esclusivamente la funzione di rendere effettivo l'esercizio di

* Magistrato presso la Corte di cassazione.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

tali diritti, assumendo un ruolo, anche nella pluralità delle risposte, unificante, rispetto alla frammentazione e diversificazione delle legislazioni dei singoli stati. L'esame sarebbe, tuttavia, troppo riduttivo senza accennare, anche se in forma estremamente sintetica, alla giurisprudenza di merito che, rivolgendo lo sguardo prevalentemente rivolto alla giurisdizione italiana, ha mostrato, specie in tempi molto recenti, forte attitudine ad "accogliere" all'interno dell'ampia ed aperta rete dei diritti fondamentali, anche se non sempre con la piena consapevolezza del dibattito culturale e giuridico in atto[1], le richieste delle coppie formate da persone dello stesso sesso[2] e delle famiglie omogenitoriali[3], quanto meno riconoscendo ad esse un "bagaglio" di diritti da esercitare anche nei confronti delle autorità pubbliche equiparabili a quelli goduti dai nuclei affettivi e familiari eterosessuali, pur se con qualche battuta d'arresto[4].

2. Il ruolo delle Corti nell'ordinamento italiano

La centralità del ruolo delle Corti, nel riconoscimento e realizzazione pratica dei diritti fondamentali all'interno delle relazioni fondanti lo sviluppo della personalità, assume nel nostro ordinamento interno e nel nostro paese, ed in particolare nell'ambito delle relazioni omoaffettive, un valore esclusivo. In mancanza di qualsiasi regola normativa, l'accesso alla giurisdizione costituisce l'unico strumento effettivo di attuazione, sia pure nella limitata forma atomistica che è propria della risposta giudiziale, di uno statuto dei diritti della persona coerente con la rappresentazione diversificata delle relazioni affettive nella contemporaneità, così come elaborato dal complesso sistema di diritti costituzionali attualmente vigente. La complessità deriva dalla pluralità delle fonti che costituiscono i principi costituzionali applicabili.

1 Ci si riferisce al recente provvedimento del Tribunale di Grosseto del 9 aprile 2014 (in *Persona e danno* www.personaedanno.it e *Articolo29,* www.articolo29.it con nota di M. Gattuso) con il quale è stata riconosciuta la trascrivibilità del matrimonio contratto all'estero da due persone dello stesso sesso sul rilievo che tale unione non è contraria al canone dell'ordine pubblico non essendo né costituzionalizzata, né codificata nel nostro ordinamento la diversità di genere per contrarre matrimonio. Il provvedimento è stato riformato dalla Corte d'appello di Firenze con provvedimento del 19 settembre 2014. (su *Questione Giustizia on line* www.questionegiustizia.it ampi richiami del provvedimento nella nota di V. Montaruli). Nel provvedimento del Tribunale di Grosseto non viene adeguatamente considerata la duplice esclusione di efficacia dei matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso stabilmente affermata da Corte costituzionale nella sentenza n. 138 del 2010 e Corte di cassazione nella pronuncia n. 4184 del 2012.

2 Ci si riferisce al pressoché unanime orientamento della giurisprudenza di merito in ordine al riconoscimento del diritto al ricongiungimento familiare o all'ottenimento di un titolo di soggiorno fondato sulla coesione familiare da parte di coppie di persone dello stesso sesso che abbiano conseguito all'estero un titolo matrimoniale o una diversa forma di registrazione dell'unione civile contratta; cfr. Tribunale di Pescara, sentenza del 15 gennaio 2013 in *Famiglia e diritto*, 2013, 790 con nota di G. Genova, Tribunale di Reggio Emilia, ordinanza del 13 febbraio 2012 in *Articolo29,* www.articolo29.it.

3 Il richiamo è alle numerose pronunce del giudice minorile, fondate su una ben più ampia consapevolezza della complessità delle questioni in campo, tra le quali si segnalano Tribunale per i minorenni Roma sentenza del 30 giugno 2014 n. 299 in *Articolo29,* www.articolo29.it, con la quale è stato riconosciuto il diritto ad ottenere un provvedimento di adozione ex art. 44 lettera d) l. n. 184 del 1983 al coniuge o partner del genitore naturale del minore, sul duplice rilievo della necessità inderogabile d'interpretare la normazione interna alla luce del *best interest* per il minore nonché della necessità dell'accertamento concreto, senza pregiudizi verso l'omogenitorialità, dell'adeguatezza dei requisiti del richiedente, con richiamo, in particolare, alla sentenza Cedu, *X ed altri contro Austria* del 19 febbraio 2013. In argomento cfr. l'analisi di R. Conti, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dei giudici di merito,* in *Questione giustizia online,* www.questionegiustizia.it, 2014; Tribunale per i minorenni di Bologna, ordinanza del 10 novembre 2014 con la quale è stata rimessa alla Corte costituzionale la questione della trascrivibilità dei riconoscimenti di figli di genitori dello stesso sesso regolarmente eseguiti all'estero, sul rilievo dell'insussistenza attuale della contrarietà all'ordine pubblico di tali relazioni filiali e della lesione costituzionale conseguente al regime normativo contrastante con tale apertura.

4 Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sentenza del 23 ottobre 2013 nella quale si nega al coniuge dello stesso sesso di diplomatico italiano il passaporto "diplomatico" sul rilievo, del tutto errato della natura non fondamentale dei diritti in gioco e della non omogeneità delle situazioni rispetto al matrimonio eterosessuale. La pronuncia è consultabile in *Articolo29* www.articolo29.it con nota critica di A. Bausone, nella quale si sottolinea la contrarietà alla soluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia (sentenza CGCE, 1 aprile 2008, Causa C-267/06, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Buhnen,* in *Giurisprudenza italiana,* 2009, 3, p. 56; *CGUE* sentenza 12 dicembre 2013, causa C-267/12, *Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres,* su cui cfr. V. Valenti, *Verso l'europeizzazione del diritto nazionale di famiglia? (Brevi osservazioni a margine del caso Hay, Corte di Giustizia UE C-267/12, sent. 12 dicembre 2013)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2014.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

2.1 La Corte Edu e la Corte di giustizia

Com'è noto[5] i parametri costituzionali interni non esauriscono lo spettro d'indagine per il giudice dei diritti delle persone. Il canone antidiscriminatorio contenuto nell'art. 3 Cost. ed il catalogo aperto dei diritti che compongono la vita di relazione alla luce del paradigma della dignità e della effettività, derivanti dalla "luce abbagliante"[6] della lettura integrata degli artt. 2 e 3 Cost., si fondono con il diritto alla vita privata e familiare (art. 8 Cedu), così come realizzato dalla giurisprudenza "normativa" della Corte di Strasburgo; con il divieto di discriminazioni contenuto nell'art. 14 Cedu; con il diritto al matrimonio (art. 12 Cedu), così come vivificato dalla più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo, fortemente innovativa in ordine ai modelli matrimoniali compatibili con il modello matrimoniale Cedu. Il quadro integrato delle fonti contiene anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che include direttamente, con l'art. 9, nel diritto a sposarsi anche le unioni matrimoniali tra persone dello stesso sesso. Il pluralismo delle fonti che ha condotto al processo, ancora in atto, della "internazionalizzazione dei diritti costituzionali" o di "costituzionalizzazione del diritto internazionale"[7] costituisce una risorsa inesauribile (perché dialetticamente incrementata dalle linee interpretative e dal diritto vivente delle Corti) che, tuttavia, richiede un'attenta valutazione della conoscenza dei confini tra le fonti stesse. La collocazione dei diritti della Convenzione europea dei diritti umani all'interno della nostra gerarchia delle fonti è noto e tendenzialmente stabile[8]. Per quanto riguarda la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea il grado di vincolatività nelle materie assoggettate al diritto dell'Unione Europea è quanto meno assimilabile a quello riguardante le norme Cedu. Il regime giuridico dei modelli matrimoniali e familiari non è di competenza del diritto dell'Unione Europea ma tale estraneità non determina l'esclusione in via generale dei parametri di attuazione dei diritti fondamentali indicati nella Carta. Il sistema costituzionale integrato così come illustrato ha un rilievo assiologico e valoriale che costituisce un riferimento non eludibile nel riconoscimento giurisdizionale dei diritti fondamentali. Il superamento dell'esclusività del matrimonio eterosessuale sancito nella Carta, determina il riconoscimento di una diversa cultura dei diritti delle relazioni affettive che si va affermando e che acquista sempre più consenso negli Stati europei. La Corte Edu[9] ha ritenuto che l'art. 12 della Convenzione possa contenere il riconoscimento del diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso, pur non imponendo ai singoli Stati l'assunzione di un modello plurale di unioni matrimoniali. L'inclusione è stata giustificata, oltre che dal notevole incremento, sia sul piano quantitativo che qualitativo, del consenso negli stati membri, anche dalla evoluzione dei modelli matrimoniali contenuta nell'art. 9 della Carta, quale indicatore di tale linea di sviluppo. Tale operazione ermeneutica incide direttamente sull'attuazione dei diritti fondamentali così come realizzata mediante la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, adeguandone l'estensione alle "evoluzioni della società e i cambiamenti nella percezione delle questioni sociali e relative allo stato civile e alle relazioni, compreso il fatto che non vi è solo un modo o una scelta per condurre la propria vita familiare o privata"[10].

5 Dell'amplissimo panorama dottrinario si richiama: S. Ninatti, *Ai confini dell'identità costituzionale. Dinamiche familiari e integrazione europea* Torino, Giappichelli, 2012; V. Scalisi, *"Famiglia" e "famiglie" in Europa*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, pp. 7 ss.; S. Patti, *Il principio famiglia e il diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia e matrimonio*, I, *Relazioni familiari,matrimonio, famiglia di fatto*, G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello (a cura di), Milano. Giuffrè, 2011, pp. 71 ss.; M.G. Cubeddu, *La dimensione europea della famiglia*, in *Famiglia e matrimonio*, tomo I, cit., pp. 83 ss.; id. *I principi di diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia e matrimonio*, tomo I, cit., pp. 105 ss.; A. Gorgoni, *Famiglie e matrimoni: i profili evolutivi del diritto europeo*, in *Persona e mercato*, 2013, pp. 241 ss.; A. Ruggeri, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, in *Consulta Online*, www.giurcost.org, 2014.

6 L'espressione molto efficace è di A. Ruggeri. Si veda al riguardo A. Ruggeri, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali* in *Diritti Comparati*, www.diritticomparati.it, 2013.

7 A. Ruggeri, ult. cit.

8 Cfr. Corte costituzionale, sentenze n. 348 e 349 del 2007 su cui D. Tega, *Le sentenze della Corte Costituzionale n. 348 e 349 del 2007. La Cedu da fonte ordinaria a fonte sub costituzionale del diritto* in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2007. Sull'obbligo di rimettere alla Corte costituzionale i contrasti non sanabili in via interpretativa tra norma Cedu e norma interna, v. Corte costituzionale n. 83 e 196 del 2010; 113 e 303 del 2011.

9 Corte europea dei diritti umani, sezione I, *Schalk e Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010, ricorso n. *30141/04*, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

10 La citazione è tratta dalla sentenza Cedu 19 febbraio 2013, *X and Others contro Austria* in *Questione Giustizia online*, www.questionegiustizia.it con nota di R. Conti.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

2.2 La Corte costituzionale

L'attuazione dei diritti fondamentali, nel nuovo sistema integrato di fonti costituzionali, costituisce, tuttavia, il compito primario anche della Corte costituzionale e della Corte di cassazione. La prima è impegnata sul fronte della rimozione degli ostacoli, principalmente di natura discriminatoria frapposti dal sistema normativo interno al trattamento effettivamente paritario di tutte le formazioni sociali rientranti nell'alveo dell'art. 2, qualora non sia possibile un'interpretazione costituzionalmente orientata verso la concreta attuazione del principio di uguaglianza nel riconoscimento dei diritti "relazionali" delle coppie omoaffettive, la seconda, in linea di coerente continuità, è impegnata sul versante della diretta conformazione degli istituti civilistici verso l'obiettivo della omogeneità di regime giuridico di tutti i modelli relazionali aventi la dignità costituzionale derivante dal citato art. 2.

In questo ambito, la Corte costituzionale con la sentenza n. 138 del 2010[11] ha stabilito in via definitiva un solido fondamento costituzionale alle unioni tra persone dello stesso sesso proprio in virtù dell'ancoraggio all'art. 2 Cost. Alla luce di questa inclusione, non è più la sola condizione personale individuale ad essere protetta attraverso l'attuazione del principio di uguaglianza formale e sostanziale declinato nell'art. 3 ma anche la relazione omoaffettiva che costituisce al pari di quella matrimoniale un fondamento primario dello sviluppo della personalità umana. Perché questa omogeneità non abbia un valore soltanto simbolico, afferma la Corte che è possibile, in concreto, attraverso il canone della ragionevolezza equiparare in concreto, e volta per volta, le situazioni di squilibrio per convergere verso un'omogeneità sostanziale. Nella sentenza n. 138 del 2010 non viene ritenuto rilevante il richiamo ai parametri interposti provenienti dalla giurisprudenza di Strasburgo sul diritto alla vita privata e familiare, ritenendo che sia integralmente rimesso alla discrezionalità del legislatore riconoscere il diritto ad unirsi in matrimonio tra le persone dello stesso sesso. Tale esclusione, tuttavia, non riguarda tutte le altre situazioni d'irragionevolezza e deficit di tutela che possono sorgere dalla comparazione tra il sistema di protezione e garanzie proprio delle unioni matrimoniali e quello del tutto assente relativo alle relazioni omoaffettive, rispetto alle quali l'esigenza di equiparazione del godimento dei diritti conseguenti alla stabilità della relazione deriva dalla preclusione attuale all'accesso al modello matrimoniale.

Deve, tuttavia, osservarsi che la stessa Corte con la sentenza n. 150 del 2012 ha espressamente imposto al giudice di verificare la costituzionalità di una norma anche alla luce del parametro interposto dettato dai principi Cedu così come vivificati dalla Corte di Strasburgo e di adottare un'interpretazione convenzionalmente orientata delle norme interne, disponendo la rimessione al giudice delle leggi solo in caso di effettiva incompatibilità delle medesime con il nostro ordito costituzionale. Con questa puntuale indicazione interpretativa la Corte costituzionale ha direttamente incluso i principi Cedu nell'ambito dei parametri costituzionali sulla base dei quali scrutinare l'attuazione di un sistema effettivo di tutela dei diritti fondamentali[12].

La più recente pronuncia n. 170 del 2014[13], costituisce un'ulteriore applicazione del parametro costituzionale contenuto nell'art. 2 utilizzato in questo caso al fine di dichiarare l'illegittimità costituzionale

11 In *Foro italiano*, 2010, I, 1361 con note di R. Romboli e F. Dal Canto; per un'ampia disamina dei commenti alla sentenza si rinvia a *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza n. 138 del 2010: quali prospettive?*, B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), Napoli, Jovene, 2011.

12 Nella pronuncia la Corte chiamata a pronunciarsi sul divieto di fecondazione eterologa stabilito dalla l. n. 40 del 2004 ha rimesso gli atti al giudice *a quo* essendo intervenuta nel frattempo la sentenza Cedu del 3 novembre 2011, *S. e H. contro Austria* affermando: "Poiché il giudice comune deve avere riguardo alle norme della CEDU come interpretate dalla Corte di Strasburgo, la diversa pronuncia della Grande Camera in ordine all'interpretazione accolta dalla sentenza della Prima Sezione incide sul significato delle norme convenzionali considerate dai giudici *a quibus* e costituisce un *novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale proposta. Siffatta conclusione si impone: in primo luogo, perché costituisce l'ineludibile corollario logico-giuridico del valore delle sentenze del giudice europeo nell'interpretazione delle norme della CEDU che i rimettenti hanno correttamente considerato al fine di formulare le censure; in secondo luogo, in quanto una valutazione dell'incidenza sulle questioni di legittimità costituzionale del *novum* costituito dalla sentenza della Grande Camera spetta anzitutto ai rimettenti, pena altrimenti un'alterazione dello schema dell'incidentalità del giudizio di costituzionalità".

13 In *Foro italiano*, 2014, I, 2674, con nota di R. Romboli e S. Patti. La sentenza ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (*Norme in materia di rettificazione di attribuzione del sesso*), nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti e gli obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore. La pronuncia ha creato notevoli difficoltà interpretative in particolare in ordine alla natura del vincolo per il giudice *a quo*, in quanto additiva di principio. Vedi per una diversa lettura del *dictum* della pronuncia G. Brunelli, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. "divorzio*

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

della disciplina normativa relativa alle conseguenze, (cessazione degli effetti civili o scioglimento del matrimonio operanti *ex lege*) della rettificazione di sesso di uno dei due coniugi sul preesistente vincolo matrimoniale. La Corte ha ritenuto sussistente la violazione del citato art. 2 perché l'unione tra le due persone divenute dello stesso sesso risulta priva di alcuna protezione giuridica e tale è destinata a rimanere fino a che lo Stato italiano non si sarà munito di una legge sulle unioni civili che "consenta ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione di assoluta indeterminatezza, per il profilo dell'attuale deficit di tutela dei diritti dei soggetti coinvolti". La pronuncia contiene un forte monito al legislatore in ordine all'urgenza d'introdurre forme di riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso anche diverse dal modello matrimoniale che siano tuttavia adeguate all'obiettivo di non riproporre condizioni di discriminazione e differenze ingiustificate a fronte di una condizione relazionale costituzionalmente protetta del tutto omogenea.

2.3 La Corte di cassazione

In mancanza dell'intervento legislativo anche la nostra corte di legittimità ha partecipato al fecondo processo di riconoscimento e promozione dei diritti scaturenti da una relazione omoaffettiva con la sentenza n. 4184 del 2012[14]. Nella pronuncia è stato in primo luogo escluso che la diversità di sesso sia un presupposto pregiuridico o "naturalistico" dell'unione matrimoniale. Il paradigma eterosessuale non costituisce neanche un parametro di ordine pubblico interno alla luce del riconoscimento costituzionale delle unioni tra persone dello stesso sesso come luogo primario di sviluppo e realizzazione della personalità. Il corollario di questa rilevante affermazione, compiuta anche grazie all'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo sopra illustrata, può indicarsi nel positivo riconoscimento di un canone di ordine pubblico costituzionale che impone di valutare gli atti esteri relativi ad unioni registrate tra persone dello stesso sesso od a matrimoni contratti all'estero quanto meno come attestanti l'esistenza di relazioni aventi dignità costituzionale e necessità di trattamento omogeneo a quelle coniugali. In ordine all'obbligo di adeguamento concreto di situazioni ingiustificatamente disomogenee, ritiene la Corte, il consenso è molto esteso e il margine di apprezzamento dei singoli Stati decresce. Permane tuttavia[15] esclusivamente in ordine all'insussistenza di un obbligo convenzionale relativo al riconoscimento del diritto al matrimonio.

Il secondo e ben più incisivo corollario per il giudice comune riguarda la diretta possibilità di compiere l'adeguamento tra situazioni omogenee sottoposte a trattamenti ingiustificatamente diversi, mediante un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, così come indicato anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 150 del 2012, limitando la scelta della rimessione alla Corte costituzionale alle sole situazioni in cui il processo di omogeneizzazione sia del tutto incompatibile con il regime giuridico applicabile, arricchito delle norme interposte desumibili dai rilevanti principi di omogeneizzazione indicati dalla giurisprudenza Cedu e dal corredo antidiscriminatorio proveniente dalle sentenze della Corte di giustizia[16].

Il processo di doveroso adeguamento imposto dalla mancanza di modelli legislativi, deve necessariamente essere compiuto assumendo come primo termine di paragone il complesso di diritti ed obblighi propri dell'unione matrimoniale. Questa comparazione non ha il fine di estendere per via giurisprudenziale la condizione coniugale ad unioni legislativamente prive di questo status in quanto, come

imposto", in *Articolo29,* www.articolo29.it, 2014; B. Pezzini, *A prima lettura (la sentenza n. 170 del 2014 sul divorzio imposto)* in *Articolo29* www.articolo29.it, 2014.

14 In *Famiglia e diritto*, 2012, 678, con nota di M. Gattuso; in dottrina si rinvia a F. Chiovini, M. Winkler, *Dopo la Consulta e la Corte di Strasburgo, anche la Cassazione riconosce i diritti delle coppie omosessuali* in *Giustizia Civile*, 2012, I, 1671; F. Angelini, *La Corte di cassazione su unioni e matrimoni omosessuali: nell'inerzia del legislatore la realtà giuridica si apre alla realtà sociale,* in *Giurisprudenza costituzionale,* 2012, 1498; L. Marotti, *La tutela delle unioni omosessuali nel dialogo tra Corti interne e Corte europea dei diritti umani,* in *Giurisprudenza Italiana,* 2013, 229.

15 Nella sentenza Corte europea dei diritti umani, sezione I, *Schalk e Kopf c. Austria,* 24 giugno 2010, ricorso n. *30141/04*, su cui cfr., tra gli altri, G. Repetto, *Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione "virtuosa" di un diritto*, in *Rivista AIC*, www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2010; M. Castellaneta, *Il divieto di matrimonio tra coppie dello stesso sesso non viola la Convenzione*, in *Famiglia e minori*, 2010, pp. 86 ss. Nel senso che la Cedu non impone agli Stati di riconoscere il matrimonio fra persone dello stesso sesso cfr. anche la sentenza del 15 marzo 2012, nel caso *Gas e Dubois c. Francia* (ric. n. 25951/07) di recente, sia pure sotto il diverso profilo del diritto di mantenere una relazione giuridicamente tutelata da parte di una coppia, divenuta dello stesso sesso dopo la rettificazione del sesso da parte di uno dei componenti, Corte europea dei diritti umani, Grande camera, 16 luglio 2014, *Hämäläinen c. Finlandia,* ricorso n. 37309/09, in *Articolo29* www.articolo29.it, con nota di P. Pustorino.

16 Per indicazioni sulle sentenze della Corte di giustizia si rinvia alla nota n. 4.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

appena osservato, non imposto dalla giurisprudenza di Strasburgo ed escluso dal giudice costituzionale e dalla Corte di cassazione ma è dettata dalla necessità di assumere lo statuto matrimoniale come necessario parametro valutativo al fine di verificare l'esistenza di discriminazioni ingiustificate nella titolarità e nell'esercizio di diritti connessi o conseguenti alla scelta di formare un'unione stabile, di tipo familiare, da parte di persone dello stesso sesso.

3. La discrezionalità limitata del legislatore

Alle unioni tra persone dello stesso sesso, di conseguenza, deve riconoscersi uno statuto di diritti omogeneo ed equiparabile a quello delle relazioni matrimoniali, anche nei paesi nei quali non è stato ancora compiuto il processo di riconoscimento legislativo di tali relazioni. Al riguardo deve essere evidenziato con fermezza che lo statuto normativo che s'intenda adottare per via legislativa, per superare la situazione di grave discriminazione esistente tra unioni che possono ottenere un riconoscimento legislativo ed unioni che a tale risultato ancora non possono aspirare, non può che essere modellato sul nucleo di diritti e doveri che caratterizzano le unioni matrimoniali.

L'iscrizione delle relazioni omoaffettive nel sistema di tutela costituzionale integrato dagli artt. 2, 3 Cost, 8 Cedu e 9 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, così come delineato, definisce il perimetro della discrezionalità legislativa dei singoli Stati, da valutarsi rigorosamente in sede di scrutinio di costituzionalità, soprattutto per gli Stati che non ritengono di estendere il modello matrimoniale alle unioni omoaffettive. Anche in quest'ultima ipotesi il legislatore è tenuto a porre in essere un sistema di diritti effettivamente omogeneo a quello che consegue al vincolo matrimoniale, vuoi sotto il profilo dell'assistenza e solidarietà in vita, vuoi in ordine ai diritti successori, vuoi in ordine ai diritti di codecisione o, in casi estremi, di decisione esclusiva, in tema di salute e di cura, vuoi in ordine ai diritti "sociali" estesi al partner stabile secondo un paradigma recentemente affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Hay* del 12 dicembre 2013. In questa decisione il procedimento comparativo è stato condotto non più esclusivamente sulla base di situazioni identiche, ma esteso a quelle compatibili e si è concluso con il riconoscimento di *benefit* al partner del lavoratore, previsti *ex lege* soltanto per il coniuge. Le due situazioni comparabili, il *Pacs* e il matrimonio, sono state ritenute fondate su condizioni affettive e relazionali uniformi, con la conseguenza che la disparità di trattamento non è risultata giustificabile, rimanendo connessa esclusivamente all'orientamento sessuale ed alle condizioni personali. Particolare cura dovrà essere rivolta all'interesse del minore, soprattutto nell'attuale sistema riformato della filiazione[17], fortemente caratterizzato dal riconoscimento della preminenza del diritto allo status filiale o ad una condizione ad esso omogenea, secondo il parametro della pari dignità. Il grado avanzato del rilievo costituzionale delle relazioni omoaffettive già attuato dalla giurisprudenza italiana nelle sue diverse articolazioni, in conclusione, costituisce per il legislatore la cartina di tornasole dell'adeguatezza del proprio intervento normativo. Un riconoscimento legislativo delle unioni tra persone dello stesso sesso "al ribasso" contrasterebbe insanabilmente con l'attuale evoluzione del sistema costituzionale integrato, sommariamente delineato, ed imporrebbe nuovamente di ricorrere alla frammentaria risposta adeguatrice della giurisdizione, tanto rilevante e solida in ordine all'affermazione e riconoscimento dei diritti quanto "fragile" e discriminante, sotto il profilo dell'effettività della tutela, in quanto assoggettata a variabili soggettive e temporali non più tollerabili.

17 Introdotto con la l. n. 219 del 2012 e con il D.lgs n. 154 del 2013.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

*Massimo Dogliotti**

I diritti della coppia omosessuale tra matrimonio e famiglia di fatto

Abstract

In mancanza di una disciplina delle unioni civili, il giudice è costretto spesso a riferirsi all'analogia, all'interpretazione estensiva, ai principi generali, perché egli, di fronte ad una controversia, portata alla sua conoscenza, deve comunque decidere anche se non c'è la legge. In questo breve saggio l'A. ripercorre sinteticamente l'evoluzione della nozione di famiglia di fatto riferita alle coppie dello stesso sesso, rammentando i passi compiuti dalla giurisprudenza e segnalando alcune delle questioni ancora sul tappetto che potranno consentire, con ogni probabilità, ulteriori evoluzioni.

Since there is no legislation on civil partnerships, the judge should often state either by the way of analogy, or through the extensive interpretation, or applying general principles. In fact, the judge cannot avoid from deciding a dispute even if there is no statutory law on the matter. In this short essay, the Author briefly illustrates the evolution of the notion of "de facto family" respect to same-sex couples, considering both the improvements made by the case-law and the open issues which could probably affect future evolutions.

1.

Il nostro è uno dei pochi Paesi in cui la disciplina delle unioni civili (preferisco chiamarle famiglie di fatto, dando maggior rilevanza ai rapporti familiari – veri e propri – al suo interno) non è stata ancora attivata, e il giudice è costretto spesso a riferirsi all'analogia, all'interpretazione estensiva, ai principi generali, perché egli, di fronte ad una controversia, portata alla sua conoscenza, deve comunque decidere anche se non c'è la legge.

Si sono fatti molti passi avanti: una volta si parlava di convivenza *more uxorio* o addirittura di concubinato, e solo con riferimento, ovviamente, alla convivenza eterosessuale; negli anni '50 – '60 nessun riferimento vi era alla famiglia omosessuale, e la convivenza veniva in considerazione soprattutto come concubinato, quindi come una situazione di "peccato" che dava luogo anche a ipotesi di reato, con discriminazione tra uomo e donna, perché come si sa, la donna poteva essere accusata del reato di adulterio e l'uomo soltanto di concubinato, un adulterio continuato.

Successivamente la situazione cambiò, si cominciò a parlare di convivenza *more uxorio* ma in una prospettiva in cui il fenomeno era assolutamente ai margini dell'ordinamento giuridico: esso poteva essere tollerato, ma non aveva sostanzialmente rilevanza giuridica.

La riforma del diritto di famiglia del 1975 non trattava di famiglia di fatto, ma da tutto il complesso della riforma stessa, che adeguava ai principi costituzionali la disciplina del codice civile, emergeva una preminenza della realtà degli affetti sui vincoli formali e coercitivi, e addirittura l'art. 317 bis c.c. attribuiva qualche rilevanza alla famiglia di fatto, là dove precisava che i genitori "naturali" conviventi, esercitavano congiuntamente la potestà sui figli.

* Ordinario di diritto di famiglia, Università di Genova, magistrato presso la Corte di cassazione.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Si manifestava, anche linguisticamente, un'evoluzione di termini, concubinato, convivenza *more uxorio*, famiglia di fatto: famiglia di fatto, come immagine della famiglia fondata sul matrimonio in cui c'erano sostanzialmente gli stessi caratteri (potenziamento e sviluppo della personalità ed educazione dei figli). La riforma del 1975 aveva eliminato le più vistose differenze tra figli nati dentro e fuori dal matrimonio, ma qualche discriminazione era rimasta, e ciò ha evidenziato la riforma del 2012 e del 2013 che ha superato ogni distinzione.

2.

Certo all'epoca non si parlava di unione civile omosessuale: se ne è cominciato a parlare all'inizio degli anni '80 con qualche pronuncia dei giudici di merito; curiosamente peraltro la convivenza *more uxorio*, la famiglia di fatto omosessuale, veniva considerata soprattutto sottoforma di obblighi più che di diritti. Si ricorda un provvedimento di merito (Tribunale di Firenze 11.08.1986, *Nuovo dir.* 1988, 321): vi era stata convivenza tra due uomini, uno era morto di Aids (purtroppo era il momento di quel terribile flagello, all'ora molto diffuso) e non essendoci ovviamente nessuna rilevanza giuridica di tale convivenza, nessuna possibilità di costituzione di rapporti ereditari tra conviventi, tranne un testamento che evidentemente mancava. L'ex convivente chiedeva alla famiglia legittima un compenso per l'attività che aveva svolto di assistenza alla persona che era deceduta. E qui si assisteva ad un paradossale capovolgimento di posizioni, perché l'ex convivente non accettava l'impostazione della famiglia di fatto, invece i parenti legittimi la accoglievano, sostenendo che i conviventi avevano formato una famiglia (omosessuale), per cui c'era una sorta di dare-avere, e non poteva esservi compenso alcuno per l'opera prestata, dimenticando che in una famiglia, a immagine di quella fondata sul matrimonio, la persona avrebbe anche avuto una quota di diritti successori. Da allora si è cominciato a parlare anche di famiglia, di convivenza omosessuale. Fino alle recenti sentenze cui già si è fatto ampiamente riferimento e che volevo evidenziare sotto una luce possibilmente diversa: la sentenza della Corte costituzionale 15.04.2010, n. 138, la sentenza Cedu 24.06.2010 (ric. n. 30141/04), Corte di cassazione 15.03.2012, n. 4184.

3.

La sentenza della Consulta costituisce un *revirement*, con riguardo alla famiglia di fatto, pur avendo concluso per l'infondatezza della questione di costituzionalità della disciplina del matrimonio, che non ne ammette la possibilità tra coppie dello stesso sesso, essendo semmai necessario l'intervento del legislatore. Né si potrebbe affermare che il matrimonio omosessuale sarebbe ammissibile, perché, tra le condizioni per contrarre matrimonio, non c'è esplicitamente il riferimento al sesso diverso. Ma da tutto il contesto normativo emerge che il sesso è diverso. Ciò accade pure per il cognome paterno e per l'individuazione della madre nella donna che porta a termine la gravidanza. Il legislatore era talmente convinto di tali presupposti, che non ha ritenuto necessario indicarli esplicitamente. Atteggiamenti provocatori magari utili ma che non possono avere ingresso in un'argomentazione razionale.

La Corte costituzionale non aveva mai avuto una posizione particolarmente favorevole verso la famiglia di fatto, eterosessuale od omosessuale, e molto spesso aveva ritenuto infondate questioni di legittimità sollevate al riguardo (penso ad es. all'impresa familiare) sostenendo proprio che si trattava di situazioni diverse rispetto alla famiglia fondata sul matrimonio (l'art. 29 Cost. privilegia questo tipo di famiglia, e non la famiglia di fatto che può trovare tutela, ma solo indiretta, nell'art. 2 Cost.). Era l'atteggiamento della Corte costituzionale che si è modificato con questa sentenza. Davanti alla Consulta si imponeva la questione della possibilità di matrimonio tra persone dello stesso sesso nel nostro ordinamento, richiamandosi l'art. 2 della Costituzione, quindi tutela dei diritti fondamentali nelle formazioni sociali in cui si svolge la personalità, e l'art. 3, non discriminazione in base al sesso.

Riguardo invece al matrimonio, la Corte costituzionale sembra recuperarne una nozione tradizionale, sostenendo che la Costituzione aveva preso a modello il matrimonio civile come emergeva dal codice civile dell'epoca (ma è la stessa Corte costituzionale che ci ha insegnato l'interpretazione evolutiva delle norme, anche perché all'epoca il matrimonio era per di più indissolubile); dice la Corte che tale normativa non è in contrasto con la Costituzione, ma neppure precisa tassativamente che una legge sul matrimonio omosessuale sarebbe in contrasto con essa.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

4.

Vi è poi la sentenza della Cedu. Parlo dell'una e dell'altra, perché la sentenza della Cassazione, molto ampia ed articolata, ampiamente si riferisce ai due precedenti: una sorta di filo ideale si muove dalla sentenza della Corte costituzionale a quella della Corte dei diritti umani, e arriva alla sentenza della Cassazione. Tali sentenze in realtà hanno rigettato le domande, però tutte in qualche modo aprono scenari nuovi.

La sentenza della Cedu richiama alcuni articoli della Convenzione europea dei diritti umani: l'art. 12 tratta di uomini e donne che hanno diritto alla famiglia, e questo sembra proprio un ostacolo insormontabile, perché non possiamo dire che uomini e donne hanno diritto alla famiglia, ecc., e cioè anche uomini con uomini e donne con donne. Qui evidentemente l'indicazione della Convenzione europea, del resto siamo nel 1950, era quella relativa ad un matrimonio tra persone di sesso diverso. Però correttamente la Cedu ci dà un'interpretazione evolutiva, collegandola all'art. 8 che si riferisce al diritto alla vita privata e familiare, senza eccezioni. Dunque un diritto anche ad un'unione di fatto, ma pure ad una famiglia fondata sul matrimonio – si potrebbe ipotizzare – anche tra persone dello stesso sesso. La Cedu peraltro scinde il profilo del riconoscimento da quello della garanzia. Nella nostra Costituzione, parliamo di riconoscimento e di garanzia strettamente collegate, un'endiadi dei diritti; la Convenzione europea riconosce il diritto alla vita familiare ma la garanzia invece è lasciata ai singoli Stati che sono liberi di garantire o no questi rapporti.

5.

Veniamo alla sentenza della Cassazione, la n. 4184 del 2012, come dicevo, molto ampia ed articolata, che pure fa riferimento alle predette sentenze della Corte costituzionale e della Corte europea. Fa pure riferimento alla Carta di Nizza che però richiama i diritti di matrimonio e famiglia, che sono garantiti dalle leggi dei singoli Stati. Vi è anche un riferimento alla discriminazione, che peraltro non aiuta molto in questo senso. La sentenza della Corte di cassazione mantiene fermo il divieto dell'Ufficiale dello Stato civile di trascrivere il matrimonio tra persone dello stesso sesso coniugate all'estero, e tuttavia – gli *obiter dicta* sono molto più rilevanti della decisione in sé – si richiama alla sentenza della Cedu con riguardo a quel diritto alla vita familiare che fuoriesce, non riguarda soltanto la famiglia eterosessuale; aggiunge che non di inesistenza si potrebbe parlare per questi matrimoni ma semmai di inefficacia, e questo è un elemento assai rilevante, perché sembra dirci che un matrimonio omosessuale non sarebbe in contrasto con la Costituzione e con l'ordine pubblico internazionale, ma forse anche interno.

La prassi della Cassazione è di non fare salti molto audaci, si cerca di muovere piccoli passi, che spesso scontentano tutti. E in effetti i tradizionalisti hanno gridato allo scandalo e i superprogressisti hanno detto che la sentenza era troppo cauta. Ma la Cassazione afferma – profilo assai interessante – che la coppia anche omosessuale, eterosessuale od omosessuale, potrebbe in determinati casi chiedere ed ottenere un trattamento omogeneo a quello della coppia sposata.

6.

Recentemente la Corte costituzionale (Corte costituzionale 11.06.2014, n. 170), affrontando la differente questione della transessualità in corso di matrimonio, e dichiarando l'incostituzionalità degli artt. 2 e 4 L. n. 164 del 1982 nonché 31, comma 6, D.lgs. n. 150 del 2011, sembra da un lato affermare (ma sul punto rimane alquanto ambigua), la costituzionalità del solo matrimonio tra un uomo e una donna, dall'altro ulteriormente incoraggia (… forse come male minore) la famiglia di fatto tra persone dello stesso sesso.

7.

I profili, enunciati dalla predetta sentenza della Cassazione, sono stati tenuti presenti dalla giurisprudenza di merito, estremamente rilevante, perché è quella che ha l'impatto immediato con le nuove leggi appena entrate in vigore. Si ricordano le pronunce dei Tribunali di Grosseto e di Reggio Emilia: in

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

particolare quest'ultima, di fronte a un matrimonio tra persone dello stesso sesso, una extracomunitaria e una italiana che si trasferiscono in Italia, ha attribuito la Carta di soggiorno alla persona extracomunitaria. Si richiama l'insegnamento della Cassazione, come pure fa un provvedimento del Tribunale di Grosseto che per la prima volta di fronte al rifiuto dell'Ufficiale dello Stato civile, che del resto ha le mani legate perché ci sono circolari del Ministero in quel senso, e quindi non può fare altrimenti, ha fornito un'interpretazione particolare della sentenza della Cassazione richiamando la legge sul diritto internazionale privato e il suo art. 28, validità del matrimonio quanto alla forma secondo la legge del luogo, ed ha ammesso la possibilità di trascrizione.

8.

Molte sono le questioni sul tappeto: ad esempio il matrimonio di due coniugi stranieri, residenti in Italia, che può essere trascritto, e potrebbe esservi giurisdizione italiana per l'opposizione al rifiuto dell'Ufficiale dello Stato civile. In tal caso alcune preoccupazioni della sentenza della Corte di cassazione forse non sussisterebbero.

Un altro aspetto potrebbe essere quello della libera circolazione delle sentenze di separazione e divorzio, soprattutto di divorzio perché la separazione è poco conosciuta fuori Italia, in diretta applicabilità dei regolamenti UE, e che appunto potrebbero essere pronunce di divorzio di un matrimonio omosessuale.

Un ulteriore profilo: la possibilità per i coniugi italiani di scegliere una legge diversa ai fini del divorzio, fondata su un'autonomia negoziale, prevista da un recente regolamento.

Vi è infine la questione relativa al rapporto genitori-figli, quindi l'affidamento, l'adozione. L'adozione di minori, come si sa, a differenza dell'affidamento eterofamiliare, prevede per gli adottanti requisiti assai rigorosi, per cui finora era previsto il matrimonio da tre anni, ecc., per richiedere l'adozione c.d. legittimante, oggi potremmo dire l'adozione di minori perché lo *status* sostanzialmente è identico tra minori dentro e fuori del matrimonio. Una delle ragioni per cui si riteneva di privilegiare le coppie sposate, nasceva dal fatto che permaneva una discriminazione tra figli nati dentro e fuori del matrimonio. Ma adesso la discriminazione è completamente o quasi eliminata, dopo la riforma del 2012 e 2013, e allora la preoccupazione principale che faceva pensare anche a chi era favorevole alla famiglia di fatto di prevedere l'adozione solo per coppie sposate, perché i figli sarebbero stati maggiormente tutelati, oggi si rivela un limite del tutto inadeguato, quindi potrebbe anche ipotizzarsi una questione di legittimità costituzionale proprio sull'aspetto sopra indicato.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

*Elena Sorda**

Le unioni civili del progetto Cirinnà in prospettiva comparata. Note sulla proposta italiana a confronto con i *Pacs* francesi e la *civil partnership* inglese

Sommario

1. Introduzione – 2. Riconoscimento delle unioni omosessuali, diritto alla vita familiare e lacune normative nell'opera della giurisprudenza – 3. Le proposte del progetto Cirinnà fra unioni civili per le coppie omosessuali, convivenza "semplice" e convivenza "registrata" – 4. I modelli di Francia e Regno Unito a confronto con la proposta italiana – 5. Brevi note conclusive

Abstract

Il contributo si propone di analizzare il testo del disegno di legge relativo al "Regolamento delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze" presentato dalla senatrice Cirinnà nel luglio del 2014. L'analisi viene preceduta dall'esame di alcune importanti pronunce della giurisprudenza europea e italiana, al fine di individuare i principi fondamentali enucleati dai giudici in materia di unioni omosessuali. Infine viene realizzata una comparazione fra il disegno di legge, i *Pacs* francesi e il *Civil Partnership Act* inglese per individuare analogie e differenze della la proposta italiana con alcuni istituti introdotti con successo all'interno di ordinamenti stranieri.

This study aims to analyse the bill on "Regulation of same-sex civil unions and cohabitations", submitted on July 2014 by Senator Cirinnà. Before focusing on the bill, the Author will examine some relevant decisions on same-sex relationships made by the ECtHR and the major Italian Courts. Finally, the Bill will be compared with the French Pacs and the English Civil Partnership to find similarities and differences between the Italian proposal and the institutions typical of those foreigner systems.

1. Introduzione

Recenti sentenze della Corte costituzionale[1] hanno indotto il legislatore ad ascoltare con maggiore attenzione le voci di coloro che, anche in Italia, da lungo tempo sostengono la necessità di disciplinare le unioni omosessuali introducendo una disciplina *ad hoc*.

* Dottoressa di ricerca in Diritto pubblico comparato – Università di Siena. Si ringrazia il Dott. Andrea Perelli dell'Università di Genova per i preziosi consigli.

1 Corte costituzionale, sentenze n. 138/2010 e 170/2014.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Se si osserva il quadro offerto dall'area europea emerge che, dei ventotto Paesi membri dell'UE, solo nove[2] riconoscono il matrimonio omosessuale e – in tutti questi casi – la disciplina sul coniugio è stata preceduta dall'introduzione di istituti giuridici alternativi al matrimonio e riservati alle coppie dello stesso sesso. Gli Stati che prevedono solo le unioni civili (o altre forme di unione diverse dal matrimonio, come la coabitazione) attualmente sono nove[3], mentre i restanti dieci non dispongono di nessuna delle due discipline[4]. Spicca altresì che, fra questi ultimi, gli unici Paesi dell'area europea occidentale sono Italia e Grecia, a dimostrazione della maggiore attenzione che le restanti "vecchie democrazie" europee hanno accordato alla tutela delle coppie omosessuali.

In Italia le prime proposte di legge sulle unioni civili omosessuali risalgono al 1986 e vanno ricondotte all'iniziativa di Arcigay e Interparlamentare donne comuniste. Successivamente, nel corso degli anni, sono state depositate altre proposte, nessuna delle quali ha avuto esito positivo. Fra le ultime si possono ricordare i D.d.l. depositati nel 2013 dai senatori Lo Giudice (n. 15), Alberti Casellati (n. 197), De Petris (n. 204), Giovanardi (n. 239), Barani e Mussolini (n. 314) e Orellana (n. 393): dal loro esame in sede referente presso la seconda Commissione Permanente (Giustizia) è poi derivato il testo base depositato – presso la medesima Commissione – dalla senatrice Monica Cirinnà all'inizio del mese di luglio.

I destini del disegno Cirinnà sono poco chiari, dato che in alcune occasioni il Presidente del Consiglio Renzi ha dichiarato di auspicare la stesura di un nuovo progetto di legge, questa volta dietro iniziativa del Governo[5]. Appare in ogni caso utile ricostruire per sommi capi gli eventi e i passaggi giuridici che hanno portato all'elaborazione della proposta di legge presentata a luglio, analizzandone altresì il contenuto e non mancando di confrontarlo per sommi capi con il britannico *Civil Partnership Act* del 2004 e con i *Pacs* francesi del 1999.

2. Riconoscimento delle unioni omosessuali, diritto alla vita familiare e lacune normative nell'opera della giurisprudenza

Come noto l'ordinamento italiano attualmente è privo di una disciplina che riconosca in modo espresso le coppie omosessuali. Tale assenza costituisce senza dubbio una grave lacuna giuridica che denota l'inadeguatezza del nostro legislatore innanzi alla necessità di dare riconoscimento ufficiale a una fascia rilevante della popolazione, così come omette di farsi garante effettivo dei diritti e doveri corrispondenti alle "formazioni sociali" in cui quest'ultima si esprime.

Negli ultimi anni, tuttavia, la giurisprudenza nostrana ha ricordato in più occasioni al Parlamento la necessità di offrire garanzie concrete anche alle coppie dello stesso sesso. Così facendo il riconoscimento delle unioni *same-sex* – da tempo oggetto di dibattito politico – ha ricevuto un nuovo impulso. Tuttavia, prima di esaminare alcune recenti sentenze del giudice costituzionale e della Corte di legittimità italiani, appare utile porre l'attenzione su alcune pronunce emesse dalla Corte europea dei diritti umani. In particolare si vogliono richiamare in questa sede le sentenze *Schalk e Kopf contro Austria* (del 2010) e *Vallianatos e altri contro Grecia* (del 2013).

Di pochi mesi successiva alla sentenza della Corte costituzionale n. 138/2010 (su cui si tornerà a breve) è la nota sentenza della Corte Edu *Schalk e Kopf c. Austria*[6]. Il giudice europeo è stato adito da

2 I Paesi diventano dieci se si include la Norvegia, che pur non essendo membro dell'Unione europea, va inserito fra gli Stati dell'Europa occidentale intesa come area geografica (e non giuridica). I restanti sono Belgio, Danimarca, Francia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Regno Unito, Spagna e Svezia. Si osservi che in Lussemburgo la legge sui matrimoni omosessuali risale al giugno 2014, ma entrerà in vigore nel gennaio del 2015.

3 Le sole unioni civili fra omosessuali (o istituti alternativi) sono previste in Austria, Finlandia, Germania, Irlanda, Malta, Repubblica Ceca, Slovenia, Croazia e Ungheria. Quest'ultima, nella Costituzione del 2012, ha espressamente vietato il matrimonio omosessuale, pur ammettendo il contratto registrato di associazione per le coppie *same-sex*.

4 Si tratta di Bulgaria, Cipro, Estonia, Grecia, Italia, Lettonia, Lituania, Polonia, Romania e Slovacchia.

5 Si veda, in proposito, l'intervista pubblicata in data 27 luglio 2014 sul quotidiano *Avvenire*, a sua volta richiamata da vari siti web, così come il discorso fatto alla Camera in data 17 settembre 2014 o ancora l'articolo pubblicato su *Repubblica.it* in data 19 ottobre (www.repubblica.it/politica/2014/10/19/news/renzi_nozze_gay-98510850/).

6 Corte europea dei diritti umani, sezione I, *Schalk e Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010, ricorso n. *30141/04*. Per un commento, *ex multis*, si vedano G. Repetto, *La Corte di Strasburgo si confronta per la prima volta con il matrimonio omosessuale*, in *Diritti, Costituzione e CEDU*, www.diritti-cedu.unipg.it, 2010 (l'A. fa un parallelismo fra la sentenza della Corte Edu e la sentenza della Corte costituzionale n. 138/2010, di qualche mese anteriore); C. Ragni, *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Schalk e Kopf*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, 3, pp. 639 ss.;

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

due cittadini austriaci del medesimo sesso che desideravano unirsi in matrimonio e ritenevano illegittimo che il loro ordinamento ammettesse solo le unioni civili omosessuali e non il coniugio. I ricorrenti hanno sostenuto che l'impossibilità di contrarre matrimonio dovesse essere ricondotta a una violazione dell'art. 12 (diritto al matrimonio), nonché dell'art. 14 (divieto di discriminazione) letto in combinato disposto con l'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della Cedu.

La Corte di Strasburgo ha rigettato le allegazioni dei ricorrenti, ma ha comunque aperto qualche spiraglio verso la tutela delle coppie omosessuali, superando parzialmente la sua giurisprudenza pregressa. Infatti, pur osservando che l'art. 12 Cedu chiaramente tuteli il solo matrimonio eterosessuale, il giudice di Strasburgo ha ammesso e giustificato la tutela giuridica accordata da taluni ordinamenti alle coppie omosessuali. Si riconosce, altresì, che la Convenzione europea è compatibile con il matrimonio omosessuale, ma non lo impone, rilevando – in questo frangente – la discrezionalità degli Stati e il loro modo di affrontare il tema alla luce della propria cultura, storia e sensibilità politica[7].

Diverso è il discorso da farsi rispetto alla violazione dell'art 14 Cedu, letto in combinato disposto con l'art. 8[8]. In merito a quest'ultimo la Corte per la prima volta ammette che sia possibile definire le relazioni e la convivenza delle coppie omosessuali come "vita familiare", a prescindere dal fatto che non ci sia un consenso trasversale su questo punto da parte degli Stati aderenti alla Convenzione[9]. Al tempo stesso, però, la Corte Edu ha dichiarato che attualmente i Paesi aderenti non hanno l'obbligo di disciplinare giuridicamente le coppie omosessuali: anche se in Europa c'è un'innegabile tendenza a riconoscere le posizioni giuridiche di tali unioni, questa non può essere tradotta in un dovere di immediato intervento da parte degli Stati[10]. Si afferma altresì che non costituisce discriminazione nemmeno la decisione di riconoscere le unioni civili *same-sex* anziché il matrimonio, giacché siffatta scelta va ricondotta alla discrezionalità degli Stati.

Di particolare rilevanza pare essere, in questo contesto, il punto 99 della pronuncia, laddove si legge che le coppie dello stesso sesso sono "*in a relevantly similar situation to a different-sex couple, as regards their need for legal recognition and protection of their relationship*". Il giudice di Strasburgo, pertanto, ammette che esistano analogie fra coppie omosessuali ed eterosessuali, e che sarebbe opportuno riconoscere e tutelare espressamente le prime.

Un'eco in questo senso può essere riscontrata già nella recente sentenza *Vallianatos e altri c. Grecia*[11]. Nel caso di specie i ricorrenti avevano adito lo Stato ellenico reputando discriminatoria la decisione di quest'ultimo di introdurre il riconoscimento delle unioni civili a solo beneficio delle coppie eterosessuali, escludendo quelle dello stesso sesso. La Corte di Strasburgo ha accolto il ricorso: pur ammettendo che

M. Winkler, *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, 1, pp. 1137 ss.; E. Crivelli , *Il matrimonio e le coppie omosessuali*, in *Dieci casi sui diritti in Europa*, M. Cartabia (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2011, pp. 61 ss.; nello stesso volume si veda anche D. Kretzmer, Same sex *marriage e i limiti delle Corti internazionali*, pp. 71 ss.; L. Paladini, *Le coppie dello stesso sesso tra la sentenza della Corte costituzionale n.138 del 14 aprile 2010 e la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 giugno 2010 nel caso Schalk and Kopf v. Austria*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2011, 1, pp. 137 ss.

7 Si vedano in particolare i punti 55-61, facendo particolare riferimento a quest'ultimo laddove si afferma "*Regard being had to Article 9 of the Charter, therefore, the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. Consequently, it cannot be said that Article 12 is inapplicable to the applicants' complaint. However, as matters stand, the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State*".

8 Si vedano i paragrafi 96-110.

9 Si noti che in precedenza la Corte Edu aveva ricondotto le relazioni omosessuali alla "vita privata", mentre aveva tentennato a collegarle alla "vita familiare" a causa dell'eterogeneo approccio degli ordinamenti nazionali aderenti alla Convenzione. In alcune pronunce, tuttavia, in precedenza aveva ammesso che la famiglia non potesse essere connessa esclusivamente alle unioni fondate sul matrimonio, ma dovesse essere interpretata in termini estensivi, così da ricondurvi anche altri nuclei sociali. Per questa ricostruzione si vedano in particolare i punti 91-95 della sentenza in esame.

10 Su questo punto così si esprime la Corte Edu, nel paragrafo n. 150: "*The Court cannot but note that there is an emerging European consensus towards legal recognition of same-sex couples. Moreover, this tendency has developed rapidly over the past decade. Nevertheless, there is not yet a majority of States providing for legal recognition of same-sex couples. The area in question must therefore still be regarded as one of evolving rights with no established consensus, where States must also enjoy a margin of appreciation in the timing of the introduction of legislative changes*". Il ragionamento del giudice di Strasburgo fa perno, in particolar modo, sull'assenza di *consensus* da parte della maggioranza degli Stati membri: infatti, poiché la Convenzione non tutela in modo diretto le coppie *same-sex* (pur riconoscendole in via interpretativa), tale dovere di protezione potrebbe essere imposto solo qualora la maggioranza dei Pesi aderenti mostrassero di avere un'uniformità di visione in materia (c.d. principio del consenso). Poiché, però, quest'ultima ancora non è ravvisabile, gli ordinamenti nazionali possono valutare come agire restando entro il margine di apprezzamento loro riconosciuto.

11 Corte europea dei diritti umani, Grande camera, *Vallianatos e altri c. Grecia,* 7 novembre 2012.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

gli Stati non hanno il dovere di riconoscere le unioni (o i matrimoni) omosessuali, la Corte Edu ha osservato che già nella sentenza *Schalk e Kopf* si era evidenziata la necessità di tutelare le coppie dello stesso sesso. Viene inoltre dedotto il principio del consenso: anche se fra gli Stati aderenti alla Convenzione non c'è accordo in merito alla necessità di riconoscere le coppie *same-sex*, tuttavia esiste un consenso fra gli ordinamenti che hanno deciso di introdurre delle unioni civili alternative al matrimonio, giacché tutti le applicano alle coppie omosessuali, con la sola eccezione di Grecia e Lituania.

Vista, in termini molto sommari e sintetici, la giurisprudenza europea, è bene concentrarsi ora su quella italiana al fine di evidenziare la sua evoluzione degli ultimi anni e i principi che sono stati enucleati. Punto di partenza necessario è la sentenza della Corte costituzionale n. 138/2010[12]. Si tratta senza dubbio di una pronuncia di centrale importanza anche se, come sottolineato in più occasioni dalla dottrina, non costituisce un esempio di chiarezza e coerenza argomentativa. In estrema sintesi il giudice costituzionale è stato adito per verificare se la mancata previsione del matrimonio omosessuale potesse essere qualificata come una violazione degli artt. 3 e 29 Cost.

In tale occasione, la Corte da un lato ha preliminarmente preso in considerazione l'art. 2 Cost., riconoscendo che le coppie dello stesso sesso devono essere considerate come "formazioni sociali" meritevoli di tutela e riconoscimento giuridico; ha quindi evidenziato la necessità di introdurre una normativa atta a disciplinare i loro diritti e doveri[13]. Nell'esaminare il testo dell'art. 29 Cost. si abbraccia un'interpretazione originalista: viene così osservato che l'Assemblea costituente, nel redigere la disposizione, non aveva certo pensato al matrimonio in termini di unione omosessuale. Pertanto ricondurre a siffatta disposizione tale applicazione estensiva equivarrebbe a stravolgere l'originario significato dell'articolo: questo principio è stato qualificato come "paradigma eterosessuale del matrimonio".

Insomma, anche se si riconosce che gli omosessuali hanno "diritto a vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone il riconoscimento giuridico", la Corte osserva che tale aspirazione non può essere realizzata tramite l'estensione dell'istituto matrimoniale: spetterà pertanto al Parlamento il compito di introdurre una disciplina alternativa al coniugio per fare sì che anche le coppie dello stesso sesso ottengano la tutela che spetta loro[14]. Quest'ultimo elemento appare condivisibile, giacché il giudice sceglie di privilegiare il ruolo naturale del legislatore, salvo però doversi scontrare con l'inerzia di quest'ultimo.

Nel 2012 è giunta a pronunciarsi sul tema dei matrimoni omosessuali la Corte di cassazione[15]. Il giudice di legittimità è stato adito da una coppia di cittadini italiani che, dopo aver contratto matrimonio nei Paesi Bassi, ha fatto istanza di iscrizione dello stesso presso gli Uffici del registro civile, vedendosi però negare la richiesta poiché "contraria all'ordine pubblico".

Vediamo alcuni punti salienti delle conclusioni cui giunge il giudice di legittimità. In primo luogo, si dichiara che il matrimonio omosessuale contratto all'estero non può essere registrato in Italia non

12 Questa sentenza è stata oggetto di moltissimi commenti. Se ne richiamano alcuni, senza pretesa alcuna di esaustività e senza fare una cernita per "valore" degli stessi. F. Angelini, *I 'compromessi' sposi: la Corte costituzionale fa il punto su matrimoni e unioni fra omosessuali*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2010; F. Calzaretti, *Coppie di persone dello stesso sesso: quali prospettive?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2010; B. Pezzini, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2010; A. Pugiotto, *Una lettura non reticente della sentenza n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Aa.Vv., Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, pp. 2697 ss., il contributo può essere reperito anche in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it; sempre nei volumi in onore di Franco Modugno si vedano P. Chiassoni, *La grande elusione. Tecnica e cultura nella giurisprudenza sul matrimonio omosessuale*, pp. 863 ss.; e F. Dal Canto, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla "aspirazione al matrimonio al "diritto" alla convivenza*, pp. 1195 ss., nonché su *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2010; I. Massa Pinto, C. Tripodina, *Sul come per la Corte costituzionale le «unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio». Ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*, in *Archivio di diritto e storia costituzionali*, in *Consulta online*, www.dircost.unito.it, 2010; R. Romboli, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio omosessuale e le sue interpretazioni*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010. Quali prospettive?*, B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), Napoli, Jovene, 2011, pp. 3 ss.; F. Mastromarino, *Il matrimonio conteso*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, spec. pp. 1 ss.; D. Ferrari (a cura di), *Lo status giuridico delle coppie same sex: una prospettiva multilivello*, Padova, Primiceri Editore, 2014.

13 Punti 5 e 7 dei *Considerato in diritto*.

14 Punto 8 dei *Considerato in diritto*.

15 Corte di cassazione, I Sezione civile, sentenza del 15 marzo 2012, n. 4184. M. Winkler, F. Chiovini, *Dopo la Consulta e la Corte di Strasburgo, anche la Cassazione riconosce i diritti sulle coppie omosessuali*, in *Giustizia Civile*, 2012, 7-8, pp. 1691 e ss.; M. Di Bari, *Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di cassazione: la Cassazione prende atto di un* trend *europeo consolidato nel contesto delle coppie* same-sex *anche alla luce della sentenza 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2012; A. Schuster, *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2012.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

perché è contrario all'ordine pubblico, bensì perché non presenta uno dei requisiti essenziali indicati dal legislatore (ex art. 107, c. 1 c.c.), cioè la diversità di sesso dei nubendi. Viene altresì aggiunto che, per l'ordinamento italiano, esso non è inesistente, bensì è inidoneo a produrre effetti[16]. Inoltre, prendendo in considerazione il ragionamento fatto dal giudice costituzionale rispetto all'art. 2 Cost., la Corte cassazione dice che, pur essendo necessaria una più puntuale disciplina legislativa sulle coppie omosessuali, queste possono comunque rivolgersi ai giudici (incluso quello costituzionale) per ottenere in via giurisprudenziale il riconoscimenti di specifici diritti ed evitare così trattamenti ingiustificatamente discriminatori[17]. Si noti, inoltre, che la Corte di cassazione, pur restando nell'alveo di quanto tracciato dalla Corte costituzionale e dalla giurisprudenza della Corte Edu, ha sottolineato il fatto che le coppie dello stesso sesso costituiscano una famiglia (definizione, questa, non espressamente menzionata dalla Corte costituzionale del 2010).

Infine deve essere menzionata la più recente sentenza della Corte costituzionale n. 170/2014, emessa pochi mesi fa. La questione oggetto della pronuncia (il c.d. "caso Bernaroli") riguardava la legittimità dell'imposizione del divorzio a una coppia coniugata all'interno della quale un membro – transessuale – aveva cambiato genere[18]. Alla luce della sentenza del 2010 si sarebbe potuto ipotizzare che il giudice costituzionale intraprendesse due vie alternative: o che abbracciasse la soluzione adottata in Germania su un caso analogo, cioè che – pur escludendo il matrimonio *same-sex* – ritenesse l'interesse della coppia e l'eccezionalità dell'evento meritevoli di una tutela maggiore rispetto all'interesse dello Stato di attuare in modo rigido le regole sul coniugio[19]; oppure che rigettasse in modo netto la questione, richiamando il paradigma eterosessuale del matrimonio cui aveva fatto riferimento nel 2010. Nella sostanza, invece, decide di percorrere una "terza via" che, però, nella pratica pare foriera di una portata più "politica", che "giuridica".

In questa occasione, come accaduto anche nella sentenza del 2010, la Corte richiama l'art. 2 Cost. e il fatto che nella nozione di "formazione sociale" sia da annoverare anche l'unione delle persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto di vivere liberamente la propria unione, ottenendo altresì il riconoscimento giuridico dei corrispondenti diritti e doveri[20]; al tempo stesso, però, viene menzionato l'interesse dello Stato a mantenere l'eterosessualità come requisito indispensabile dell'istituto matrimoniale[21]. Il giudice costituzionale, pertanto, da un lato rileva il *vulnus* subito dai soggetti interessati nel non poter

16 Punto 4.3 dei *Considerato in diritto*.

17 Si veda, in materia, il punto 3.2 dei *Considerato in diritto*. Rileva a tal fine richiamare anche quanto si può leggere nel successivo punto 4.2, laddove la cassazione afferma che "i componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, se – secondo la legislazione italiana – non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero, tuttavia – a prescindere dall'intervento del legislatore in materia –, quali titolari del diritto alla "vita familiare" e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di "specifiche situazioni", il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza".

18 La questione è stata approfonditamente esaminata, anche in prospettiva comparata nel n. 1 di questa *Rivista*. Per un commento sulla pronuncia si vedano, fra gli altri, B. Pezzini, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in Articolo29 *www.articolo29.it*, 2014; M. Winkler, *La Corte costituzionale si pronuncia sul caso del divorzio "imposto"*, in Articolo29 *www.articolo29.it*, 2014; G. Brunelli, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. "divorzio imposto"*, in Articolo29 *www.articolo29.it*, 2014; F. Biondi, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio "imposto": un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.formuncostituzionale.it, 2014; M. Di Bari, *Commento "a caldo" della sentenza 170/2014 della Corte costituzionale: quali prospettive?*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2014; P. Bianchi, *Divorzio imposto: incostituzionale, ma non troppo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.formuncostituzionale.it, 2014; sulla medesima rivista si veda anche P. Veronesi, *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il "caso Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2014; A. Ruggeri, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro* ex *coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014*, in *Consulta online*, www.giurcost.it, 2014; F. Saitto, *Rettificazione di sesso e "paradigma eterosessuale" del matrimonio: commento a prima lettura della sent. n. 170 del 2014 in materia di "divorzio imposto"*, in *Diritti comparati*, www.dirittocomparati.it, 2014.

19 F. Saitto, *"Particolare tutela" del matrimonio, principio di uguaglianza e garanzia di istituto: le unioni civili davanti al Tribunale Federale tedesco*, in *Ianus*, www3.unisi.it/ianus/, 2012, 4, pp. 109 ss.

20 Si veda il punto 5.5 della sentenza 170/2014.

21 La Corte in questo caso rinvia alle scelte di Austria e Germania che, pur riconoscendo le unioni civili omosessuali, hanno però ritenuto che il matrimonio fosse un istituto necessariamente eterosessuale e che, pertanto, alle coppie dello stesso sesso dovesse essere riservata una differente disciplina, elaborata *ad hoc*.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

usufruire di un'apposita disciplina che ne riconosca lo *status* di coppia omosessuale; dall'altro riscontra l'impossibilità di estendere attraverso la propria opera giurisprudenziale il matrimonio ai partner dello stesso sesso, giacché così facendo si determinerebbe un'ingerenza nelle competenze del legislatore[22]. Insomma anche in questo caso si conferma che – stante l'attuale formulazione costituzionale – il matrimonio possa essere solo eterosessuale; viene però ribadita la necessità di introdurre una disciplina che riconosca in modo adeguato le coppie dello stesso sesso, compito che "il legislatore è chiamato ad assolvere con la massima sollecitudine"[23]. Proprio rispetto a questo profilo, in connessione con lo specifico caso oggetto della questione sollevata, viene riscontrata un'illegittimità costituzionale: si afferma infatti che la normativa sul cambiamento di genere del transessuale sia illegittima nella parte in cui la sentenza che impone lo scioglimento del vincolo matrimoniale non permetta alla coppia di mantenere un rapporto giuridicamente riconosciuto attraverso forme alternative di convivenza registrata.

La sentenza, pertanto, si colloca a metà fra una pronuncia monitoria e un'additiva di principio. Da un lato, infatti, rivolge al legislatore una sorta di "invito rinforzato" a legiferare (anzi, in un certo senso glielo ordina); dall'altro lato individua la necessità costituzionale di riconoscere diritti e doveri delle coppie omosessuali, ma lo fa introducendo un principio che non è direttamente applicabile e abbisogna dell'intervento del legislatore. Insomma, a parere di chi scrive, il principale obiettivo della Corte costituzionale è da ricondurre a una "politica del diritto": si è, cioè, rivolta al legislatore (rimasto inerte dopo la sentenza del 2010) per ribadirgli la necessità di un suo intervento, e, per farlo, ha optato per una pronuncia che avesse un *quid pluris* rispetto a quella monitoria di quattro anni fa. Questa scelta, però, si è rivelata tecnicamente problematica non solo perché nel nostro ordinamento non esiste l'incostituzionalità per omissione[24], ma anche perché pone le due ricorrenti in una posizione di grave incertezza giuridica, non essendo per nulla chiara la portata della sentenza. Spetterà in ogni caso alla Corte di cassazione, giudice remittente della questione di legittimità, pronunciarsi sul punto e, purtroppo, il contenuto interlocutorio della sentenza costituzionale non faciliterà il suo compito.

Il quadro che emerge dalle pronunce sinteticamente richiamate porta, in primo luogo, a riscontrare una progressiva presa di coscienza da parte della giurisprudenza (sia nazionale, che europea) circa l'evoluzione sociale e giuridica relativa alle coppie dello stesso sesso. In secondo luogo è stato sottolineato in più occasioni la titolarità di diritti e doveri delle coppie *same-sex*, che – pertanto – devono ottenere il debito riconoscimento giuridico attraverso un'apposita disciplina.

C'è un altro aspetto, maggiormente complesso, che va evidenziato: come devono essere qualificate le coppie omosessuali? Da un lato la Corte Edu è chiara nel dire che la nozione di vita familiare debba essere estesa anche alle coppie dello stesso sesso che convivono stabilmente[25] e, similmente, la Corte di cassazione riprende a fare proprio questo principio[26]. Per converso, invece, la Corte costituzionale, che pure afferma che la nozione di famiglia non può essere cristallizzata nel tempo, tutela le coppie omosessuali in quanto "formazioni sociali" e non "famiglia". Certo, la ragione di questa scelta è facile da individuare: poiché l'art. 29 Cost. afferma che "la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio", attribuire alle coppie *same-sex* tale qualifica le avrebbe imposto di interpretare l'art. 29 in modo differente, senza poter giungere ad affermare il paradigma eterosessuale del matrimonio. Tuttavia l'interpretazione originalista proposta dal giudice delle leggi nel 2010 (e confermata nel 2014) si sta rivelando miope e foriera di problemi, più che di soluzioni: non solo si allontana dal riconoscimento della "vita familiare" individuato dalla Corte Edu e dal *trend* abbracciato dalla maggior parte degli Stati comunitari, ma, a giudizio di chi scrive, sta rendendo anche più complessa la possibilità di riconoscere una tutela effettiva alle coppie omosessuali, imponendo altresì al legislatore che voglia – eventualmente – introdurre il matrimonio *same-sex* di riformare la Costituzione. Sarebbe stato molto più "semplice" e lineare se il giudice costituzionale nel 2010 avesse optato per un *iter* logico analogo a quello adottato dal suo collega portoghese[27] che, lungi dal ritenere che il coniugio

22 Si legge nella sentenza che "non è possibile una *reductio a legitimitatem* mediante una pronuncia manipolativa, poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost." (punto 5.6).

23 Punto 5.6 della sentenza.

24 Il che implica che l'aver individuato una lacuna normativa, non altrimenti colmabile dal giudice, non comporta nessun vero vincolo per il legislatore italiano.

25 Sul punto Corte europea dei diritti umani, sezione I, *Schalk e Kopf c. Austria,* 24 giugno 2010, ricorso n. *30141/04*, punti 91-95 (spec. 94). Si noti che la Corte riconosce che anche alle coppie omosessuali debba essere ricondotta la nozione di "diritto alla vita familiare", pur affermando, come visto, che spetterà poi agli Stati decidere se e come disciplinarne le unioni.

26 Si vedano i punti 3.3.3 B) e 4.2 della sentenza della Corte di cassazione, I Sez. Civile, n. 4184/2012.

27 Si veda in proposito E. Sorda, *Same-sex marriage: il caso portoghese*, in *Ianus*, www3.unisi.it/ianus/, 2011, 4, pp. 173 e ss.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

omosessuale potesse essere introdotto per via giurisprudenziale, ha però affermato che lo stesso non era vietato dalla Costituzione e che sarebbe spettato al legislatore valutare se e come disciplinare le unioni fra persone del medesimo sesso.

3. Le proposte del progetto Cirinnà fra unioni civili per le coppie omosessuali, convivenza "semplice" e convivenza "registrata"

Come evidenziato prima, negli ultimi quattro anni l'autorità giurisdizionale ha in più occasioni affermato che le coppie omosessuali sono soggetti riconosciuti dalla Costituzione e, pertanto, meritevoli di una disciplina giuridica atta ad enuclearne diritti e doveri. Risulta quindi doveroso vedere quale risposta ha dato il Parlamento a quanto ingiuntogli dai giudici.

Nell'introduzione si è già avuto modo di ricordare che, in passato, molti sono stati i disegni di legge sulle unioni *same-sex* presentati in Parlamento, nessuno dei quali, però, è giunto in fondo all'*iter legis*. Nel 2013, invece, sono stati presentati cinque diversi disegni di legge (il cui contenuto fra loro è molto eterogeneo) e – visto il mutato (e maturato) contesto giurisprudenziale e sociale – sono stati oggetto di una più complessa discussione che ha portato all'elaborazione di un'ulteriore proposta di legge atta a fungere da raccordo fra i testi depositati.

Così, il 4 luglio 2014, la senatrice del PD Monica Cirinnà, nominata – insieme al senatore del gruppo FI-PDL Ciro Falanga – relatrice dei progetti di legge sulle unioni civili o sull'introduzione del matrimonio omosessuale proposti dai colleghi Giovanardi[28], Barani e Mussolini[29], Orellana[30], De Petris[31], Lo Giudice[32] e Alberti Casellati[33], ha depositato presso la Seconda Commissione Permanente una proposta di legge elaborata in seguito all'esame dei sopra menzionati testi[34].

Appare interessante esaminare il contenuto di quanto depositato dalla senatrice Cirinnà, ipotizzando altresì un confronto con la disciplina di altri Paesi europei che abbiano introdotto (almeno in una fase iniziale) degli istituti giuridici diversi dal matrimonio per disciplinare le unioni *same-sex*. Qualora questo progetto di legge dovesse cedere il passo in favore dell'iniziativa governativa (come dichiarato dal Presidente del Consiglio Renzi) sarebbe in ogni caso utile confrontare quest'ultimo con il testo proposto dalla senatrice al fine di individuare analogie, differenze e peculiarità, nonché per valutare quale disegno appaia essere maggiormente garantista rispetto alla tutela delle coppie dello stesso sesso, anche alla luce di quanto evidenziato dalla giurisprudenza Cedu e nazionale.

Il progetto di legge depositato è formato da ventidue articoli ed è composto da due titoli: nel primo si propone di introdurre le unioni civili (di esclusivo appannaggio delle coppie dello stesso sesso), mentre nel secondo si disciplinano le convivenze, cui possono accedere tutte le coppie, eterosessuali e omosessuali.

Si noti che, seppure siano presenti alcune proposte (come quelle avanzate dai senatori Lo Giudice, De Petris e Orellana) volte a estendere il matrimonio alle coppie dello stesso sesso, il titolo primo del testo avanzato dalla senatrice Cirinnà prevede – riservandole a queste ultime – l'introduzione di unioni civili la cui disciplina presenta differenze minime rispetto al coniugio. Viceversa, nel titolo secondo si propone di regolamentare le convivenze (registrate[35] o meno), delle coppie, sia eterosessuali che *same-sex*.

28 D.d.l. n. 239, presentato il 20 marzo 2013 e rubricato "Introduzione nel codice civile del contratto di convivenza e solidarietà".

29 D.d.l. n. 314, presentato il 25 marzo 2013 e rubricato "Disciplina dei diritti e dei doveri di reciprocità dei conviventi".

30 D.d.l. n. 393, presentato il 5 aprile 2013 e rubricato "Modifiche al codice civile in materia di uguaglianza di accesso al matrimonio in favore delle coppie formate da persone dello stesso sesso".

31 D.d.l. n. 204, presentato il 15 marzo 2013 e rubricato "Disposizioni in materia di eguaglianza nell'accesso al matrimonio da parte delle coppie formate da persone dello stesso sesso".

32 D.d.l. n. 15, presentato il 15 marzo 2013 e rubricato "Norme contro la discriminazione matrimoniale".

33 D.d.l. n. 197, presentato il 15 marzo 2013 e rubricato "Modifica al codice civile in materia di disciplina del patto di convivenza".

34 Il progetto, che viene letteralmente qualificato come "Schema di testo unificato proposto dalla relatrice per i disegni di legge nn. 14 e connessi" è stato depositato il 2 luglio 2014 ed è rubricato come "Regolamento delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze".

35 Si ritiene opportuno fare qua una precisazione terminologia. Nel presente contributo si troverà in più occasioni la distinzione fra convivenze "semplici" e "registrate". Il primo termine si riferisce alle convivenze che, pur producendo effetti giuridici,

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Per quanto concerne le unioni civili – a cui è dedicato il titolo primo, composto da sette articoli – spicca la volontà di equiparare le stesse al matrimonio eterosessuale, pur mantenendo alcune differenze. In particolare viene espressamente esclusa l'adozione legittimante[36] (art. 3, c.1), anche se nel documento che attesta l'unione civile devono essere indicati anche "i dati anagrafici di eventuali figli minori dell'unione civile […] nonché dei figli di ciascuna delle parti"[37]. Nelle more delle discussioni relative al contenuto da dare alla proposta si era ipotizzato di poter sciogliere le unioni civili tramite la semplice trascrizione della decisione (unilaterale o condivisa dalle parti) presso l'apposito registro nazionale delle unioni civili, da istituire presso ogni comune italiano. Questa parte è stata modificata nella versione depositata a luglio: pur restando il riferimento alla decisione di natura unilaterale o condivisa, si fa un espresso rinvio alla disciplina del Capo V, Titolo VI, Libro I del codice civile, relativo a scioglimento del matrimonio e separazione dei coniugi[38].

L'unione viene contratta presso l'ufficiale di stato civile, alla presenza di due testimoni, e viene trascritta nel registro nazionale delle unioni civili (art. 1, c. 1 e 2); i due devono altresì individuare il cognome da dare alla famiglia, che potrà essere conservato anche dopo la morte di uno dei contraenti (art. 2). Il legame può essere contratto da una coppia composta da persone dello stesso sesso, maggiorenni e legate da un vincolo affettivo. La proposta individua anche alcune cause impeditive (art. 1, c. 2 e 3) che, in caso di contrazione dell'unione civile, sono causa di nullità della stessa: fra esse rientrano l'esistenza di un pregresso vincolo (non ancora sciolto) derivante da matrimonio o da un'altra unione civile, la minore età dei contraenti (salvo l'ipotesi del minore emancipato), l'interdizione per incapacità mentale di uno dei due, la presenza di vincoli di parentela e affinità o l'ipotesi di delitto prevista dall'art. 88 del codice civile.

Il testo precisa altresì che le unioni civili costituiscono una forma di famiglia. Si legge, infatti, che "la parte dell'unione civile [...] è familiare dell'altra parte ed è equiparata al coniuge per ogni effetto" (art. 3, c. 2), così come il fatto che le disposizioni in cui ricorrano – nell'ordinamento italiano – i termini "coniuge", "marito" e "moglie" devono essere estese anche alle parti delle unioni civili (salvo i limiti cui si è accennato sopra). Altri riferimenti espressi che equiparano i contraenti ai coniugi[39], altre al sopra menzionato art. 3, c.1, si possono trovare nell'art. 4.2 (norme sulla successione legittima), o nell'art. 5 (diritti e doveri in ordine all'assistenza sanitaria e penitenziaria). Questi ultimi riferimenti, contenuti negli artt. 4, 5 e 6, destano alcune perplessità, non tanto per il loro contenuto intrinseco, quanto per la loro ridondanza: se infatti, come disposto nell'art. 3, i componenti dell'unione civile sono equiparati ai coniugi (con l'unico espresso limite dell'adozione legittimante), non si comprende la necessità di ribadire siffatto concetto – senza peraltro aggiungere una disciplina differente da quella prevista per il coniugio – in riferimento ai doveri di assistenza morale e materiale, alla successione legittima e all'assistenza sanitaria e penitenziaria.

Infine, nell'art. 7, si dispone una delega in favore del Governo perché entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge proposta adotti un Decreto legislativo con cui disciplini aspetti quali la modifica di alcune disposizioni sull'ordinamento dello stato civile, l'armonizzazione di altre disposizioni dell'ordinamento con la nuova disciplina, nonché la modifica delle norme di diritto internazionale privato per regolamentare il riconoscimento di unioni e matrimoni omosessuali stipulati all'estero.

non sono tenute all'adempimento di alcun onere formale (né per l'inizio, né per lo scioglimento del legame), facendo fede la semplice coabitazione, come previsto dagli artt. 4 e 33 del D.P.R. n. 223/1989. Viceversa, con il secondo termine si è scelto di riferirsi alle convivenze che vengono disciplinate in modo puntuale dalla coppia attraverso un contratto ulteriore, risultante (a pena di nullità) da atto scritto ricevuto da notaio in forma pubblica e iscritto da questi presso l'anagrafe (art. 14, c. 2 e 3). Si noti altresì che il testo della senatrice Cirinnà non prevede l'introduzione di uno specifico registro per le coppie conviventi e che, pertanto, l'uso della parola "registrate" – in riferimento a certe convivenze – è dovuto ad altre ragioni, di cui si è dato conto sopra.

36 La disciplina dell'adozione è, notoriamente, un tema piuttosto delicato rispetto a ogni forma di unione *same-sex*. Si pensi al caso portoghese, dove è stato introdotto il coniugio fra persone dello stesso sesso, escludendo però la possibilità di adottare. Nel caso di specie, il testo fa riferimento solo all'art. 6 della l. n. 184/1983, ovvero all'adozione legittimante, che richiede – fra gli altri requisiti – la stabilità della coppia (sposata da almeno tre anni) e una differenza minima (diciotto anni) e massima (quarantacinque anni) fra adottante e adottato. Vista l'assenza di espressa esclusione delle altre disposizioni, si deve ritenere che trovino applicazione – ove applicabili – i casi particolari di adozione, ex art. 44 della medesima legge, compresa l'ipotesi in cui il minore sia figlio di uno dei due componenti della coppia, rendendo così possibile l'adozione da parte dell'altro (lett. b). Quest'ultima disposizione è stata applicata per la prima volta a una coppia omosessuale dal Tribunale dei minori di Roma, che così si è espresso l'estate scorsa con la sentenza n. 299/2014.

37 Art. 1, c. 4.

38 Art. 6, c. 2 della proposta della senatrice Cirinnà.

39 Detti rifermenti paiono un po' ridondanti, visto il principio espresso nel primo comma dell'art. 3.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Il Titolo II del D.d.l. Cirinnà (artt. 8 – 22) è dedicato alla "disciplina delle convivenze". Obiettivo è pertanto quello di introdurre una terza forma di unione, che dovrebbe affiancare il matrimonio e le unioni civili. Una proposta dal contenuto simile era stata avanzata in prima battuta dal D.d.l. Barani-Mussolini, che precisava altresì nel primo articolo che l'unica famiglia possibile e meritevole di "agevolazioni e prevvidenze di natura economia e sociale che comportino oneri per la finanza pubblica" fosse quella fondata sul matrimonio. Siffatta affermazione non è stata ripresa nello schema del testo di legge proposto; scelta che è condivisa da chi scrive dato che negare il diritto alla vita familiare delle coppie dello stesso sesso appare essere difforme da quanto affermato in modo espresso dalla Corte Edu in sentenze quali *Schalk e Kopf c. Austria* e *Vallianatos e altri c. Grecia*[40], oltre che dalla sentenza della Corte di cassazione n. 4184/2012[41].

Come si vedrà meglio più avanti, il testo individua due forme di convivenza: una "registrata" e disciplinata da uno specifico contratto (quindi sorretta da maggiori formalità), l'altra "semplice" e non sorretta da formalità alcuna[42]. Si noti, tuttavia, che le due tipologie presentano molti elementi in comune, primi fra tutti quelli necessari per la qualifica stessa del rapporto come "convivenza": a tal fine è sufficiente essere maggiorenni, coabitare (da almeno tre anni, oppure da almeno un anno qualora ci siano figli in comune) e non essere legati da matrimonio o unione civile precedentemente contratti; i soggetti conviventi, inoltre, hanno legami affettivi e di solidarietà, finalizzati all'assistenza reciproca, sia morale che materiale (art. 8).

Per quanto concerne la convivenza "semplice" (o *de facto*) non è necessario adempiere a specifiche formalità (né per la costituzione, né per lo scioglimento) e neppure è prevista l'istituzione di un registro apposito. Negli articoli 9-13 sono indicate le conseguenze principali relative a questo legame e, a parere di chi scrive, vista l'assenza di una diversa indicazione in tal senso, esse vanno applicate sia alla convivenza "semplice", che a quella "registrata". In particolare si tratta di diritto/dovere di dare assistenza sanitaria al partner (in ogni caso in ossequio al regolamento della struttura clinica ospitante), obbligo alimentare, inserimento nelle graduatorie per l'accesso all'edilizia popolare, diritto di successione nel contratto di locazione e possibilità che l'altro convivente conferisca poteri di decisione in materia clinica o funeraria in caso di sopravvenuta incapacità di intendere e di volere o di morte di quest'ultimo.

Particolarmente interessante appare il contratto di convivenza, da collegare alla convivenza "registrata". Suggerito in prima istanza nei D.d.l. Giovanardi e Alberti Casellati, è stato poi recepito anche nel testo depositato dalla senatrice Cirinnà negli artt. 14 e seguenti. Con esso si lascia alle parti la facoltà di disciplinare in modo puntuale alcuni aspetti della vita di coppia aggiungendo un *quid pluris* alla regolamentazione generale prevista negli articoli precedenti.

Le disposizioni forse più interessanti sono quelle presenti negli artt. 14, 15 e 18, con cui si introduce e disciplina il contratto di convivenza (art. 14), la sua risoluzione (art. 18), così come le cause che ne impediscono la stipula. Si tratta di un accordo specifico che i conviventi hanno la facoltà di concludere al fine di disciplinare in modo puntuale alcuni elementi della loro vita in comune. Il contratto di convivenza deve essere stipulato con atto pubblico e il notaio entro dieci giorni deve trasmetterne una copia al comune di residenza affinché lo stesso sia registrato presso l'anagrafe e diventi così opponibile anche ai terzi. Fra le cause impeditive (da cui deriva la nullità del contratto), l'art. 15 menziona l'esistenza di un precedente vincolo sorto in seguito a matrimonio, unione civile o da un altro contratto di convivenza[43]. L'art. 18, invece, disciplina la risoluzione dello stesso, che può avvenire per espressione della volontà di una o entrambe le parti, morte oppure sopravvenuto matrimonio o unione civile di uno dei contraenti.

Infine l'art. 17 ammette la successione del convivente sopravvivente nella locazione dell'abitazione comune in caso di decesso del titolare del contratto, mentre l'art. 16 (relativo a "assistenza sanitaria e penitenziaria") ammette che nel contratto di convivenza possano essere riconosciute alle parti, in caso

40 Sentenze emesse, rispettivamente, il 24 giugno 2010 e il 7 novembre 2013.

41 Si noti che la Corte costituzionale, riferendosi alle coppie omosessuali, non parla espressamente di famiglia né nella sentenza n. 138/2010, né nella n. 170/2014; come visto, infatti, si limita a parlare di "formazioni sociali". Tuttavia la stessa fa dei riferimenti alla necessità di non "cristallizzare" il significato del termine, che è soggetto a evolversi in base alla modifica dei costumi e della società. Come si osserverà anche più avanti, la decisione (non condivisa da chi scrive) di parlare solo di "formazioni sociali" pare dovuta alla volontà del giudice costituzionale di leggere l'art. 29 Cost. alla luce di un'interpretazione originalista. È invece auspicabile che la Corte, qualora nuovamente adita, abbracci un diverso criterio, volto ad abbandonare l'attuale interpretazione dell'art. 29, optando piuttosto per sviluppare il ragionamento relativo alla "non cristalizzazione" della famiglia e all'estensione di questa categoria anche alle coppie omosessuali, come già fatto da Corte Edu e Corte di cassazione.

42 Si rinvia alla nota 35 per la scelta dei termini "semplice" e "registrata" in relazione ai tipi di convivenza.

43 Si noti che il diverso contratto di convivenza stipulato in precedenza da una delle parti è opponibile alla coppia solo se registrato presso l'anagrafe in un momento anteriore alla sottoscrizione dell'altro.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

di sopravvenuta incapacità o morte del compagno, il potere di prendere decisioni riguardanti quest'ultimo in materia di salute e di servizi funebri[44].

In questo contesto è utile un breve rinvio ai c.d. DICO[45], ovvero alla proposta di legge su "Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi", risalente al 2007. In tale occasione si era ipotizzato di introdurre una disciplina delle convivenze per coppie eterosessuali o omosessuali e, a parte alcune disposizioni, emerge che molte delle norme allora suggerite sono state riprese dal Titolo II del progetto Cirinnà. Fra le analogie relative alla convivenza "semplice" emergono la possibilità di assistere un malato solo in ossequio alle regole della struttura clinica ospitante, la possibilità di riconoscere poteri specifici in caso di incapacità o morte sopravvenute, il diritto ad accedere ad alloggi dell'edilizia pubblica in qualità di nucleo familiare, il diritto di succedere nel contratto di locazione stipulato dall'altro convivente, nonché l'obbligo alimentare. Viceversa ritroviamo nella disciplina sul contratto di convivenza la disposizione relativa alla partecipazione agli utili dell'impresa di una parte qualora l'altra vi partecipi (art. 19 del D.d.l. Cirinnà) e, almeno parzialmente, la registrazione presso l'anagrafe[46]. Sono invece rimaste peculiarità della proposta sui DICO il rilascio del permesso di soggiorno al convivente extracomunitario, il riconoscimento di diritti previdenziali/assistenziali[47], nonché di agevolazioni in materia di lavoro per il riavvicinamento familiare.

Come visto nel paragrafo precedente, il giudice costituzionale ha deciso (con una scelta poco condivisibile) di qualificare le coppie omosessuali come semplici "formazioni sociali" – senza spingersi a definirle "famiglia" – al fine di giustificare l'applicazione di un'interpretazione originalista atta a individuare il paradigma eterosessuale del matrimonio ex art. 29 Cost. Questa decisione non solo si pone in contrasto con la nozione di "vita familiare" individuata da Corte Edu e accolta dalla Corte di cassazione, ma crea non pochi problemi anche a livello normativo nel momento in cui si chiede (e, in un certo senso, si ordina[48]) al legislatore di disciplinare le unioni *same-sex*. Nel caso del testo di legge proposto dalla senatrice Cirinnà, per esempio, si è scelto di precisare che ciascuna parte delle unioni civili omosessuali è familiare dell'altra: questa decisione appare logica e condivisibile, se non – addirittura – inevitabile, visto che il testo proposto equipara (salvo poche eccezioni) la disciplina della coppia unita civilmente a quella dei coniugi. Al tempo stesso, però, la medesima scelta rischia di essere incompatibile con la poco lungimirante interpretazione della Costituzione offerta dalla Corte. Interpretazione che, ancora una volta, si dimostra essere una fonte più di problemi, che di chiarezza rispetto all'assetto dell'ordinamento italiano e che induce a sperare in un *revirement* nella giurisprudenza del giudice costituzionale, qualora lo stesso sia nuovamente adito.

Guardando l'insieme del testo proposto dalla senatrice Cirinnà emerge che in esso vengono, nella sostanza, introdotti tre diversi istituti: le unioni civili fra persone dello stesso sesso e due tipi di convivenza, in questo caso accessibili a ogni tipo di coppia: quelle "semplici" e quelle registrate – disciplinate dal "contratto di convivenza". La proposta desta qualche perplessità sotto due profili; in primo luogo appare ridondante – nella parte relativa al Titolo I, laddove ribadisce alcuni diritti e doveri della coppia che contrae un'unione civile, pur avendo già precisato che le parti sono equiparate ai coniugi e che il loro legame è retto dalla disciplina sul matrimonio (fatto salvo quanto precisato per l'adozione legittimante). In secondo luogo si ritiene poco condivisibile la decisione di rinviare a un D.lgs. successivo l'individuazione dei criteri necessari per riconoscere nell'ordinamento italiano i matrimoni e le unioni civili contratte all'estero; infatti, si sarebbe potuto affrontare tale scelta all'interno del progetto in esame. Al tempo stesso, però, esso nel complesso appare essere un testo idoneo a costituire quel primo, neces-

44 Poteri che sarebbero comunque riconosciuti al convivente qualora l'altro fosse privo di ascendenti o discendenti.

45 Per un commento sulla proposta dei DICO si possono consultare, fra gli altri, E. Rossi, *La costituzionalità dei DICO, ovvero della difficoltà di una disciplina legislativa per le convivenze*, in *Politica del diritto*, 2008, 1, pp. 107 e ss.; oppure i contributi presenti sul sito di *Forum di Quaderni costituzionali,* www.forumcostituzionale.it: R. Alesse, *Quando i "dico" non trovano "pacs"*, 2007; L. Violini, *Il riconoscimento delle coppie di fatto:* praeter o contra constitutionem*?*, 2007; D. Cabras, *Le ragioni dei DICO*, 2007; I. Massa Pinto, *Diritto costituzionale e tradizioni: a proposito della famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio"*, 2008.

46 Più precisamente, nell'art. 1 dei DICO si precisa che i partner sono tenuti a registrare congiuntamente presso l'anagrafe il luogo in cui convivono (ai sensi del D.p.r. 223/1989, artt. 4, 13 c. 1 lett. b), 21 e 33). Qualora questo atto sia compiuto solo da uno dei due membri, l'effettiva coabitazione viene dimostrata dalla ricezione di una raccomandata con ricevuta di ritorno intestata all'altra parte e avente come indirizzo la residenza comune indicata. Non si arriva però, ad avere un atto analogo al contratto di convivenza registrato.

47 Pur riconoscendo in termini generali il diritto a una sorta di pensione di reversibilità, il disegno sui DICO (art. 10) rinviava a una futura disciplina della materia che avrebbe dovuto tenere conto della durata della convivenza e delle condizioni economiche e patrimoniali della parte sopravvivente.

48 Si pensi, in questo senso, al contenuto della sentenza della Corte costituzionale n. 170/2014 che risulta essere una via di mezzo fra una sentenza monitoria "rinforzata" e un'additiva.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

sario, passo per il riconoscimento di diritti e doveri delle coppie dello stesso sesso, ferma restando la possibilità di intervenire in un secondo momento per specificarne ed incrementarne la tutela.

Chi ha elaborato la proposta di legge ha affermato di aver preso come modello la disciplina tedesca (specialmente per il titolo primo); tuttavia, considerando il panorama europeo, appare interessante porre a confronto il testo italiano con le soluzioni adottate da altri due ordinamenti, ovvero il Regno Unito e la Francia. Per quanto concerne quest'ultima è verosimile ritenere che la disciplina di *Pacs* e *concubinage* sia stata un diretto punto di riferimento per la disciplina del titolo secondo della proposta Cirinnà. Tuttavia, appare interessante sotto molteplici punti di vista anche il modello del Regno Unito poiché, seppure sia probabile che non abbia costituito uno dei modelli presi in considerazione dal proponente, tuttavia presenta molteplici analogie e punti di contatto con il testo italiano.

4. I modelli di Francia e Regno Unito a confronto con la proposta italiana

Come visto nel paragrafo introduttivo, i Paesi membri dell'Unione europea hanno mostrato di muoversi verso il riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali: diciotto Stati su ventotto disciplinano le unioni fra persone dello stesso sesso, vuoi tramite l'estensione del matrimonio, vuoi attraverso la previsione di istituti alternativi quali le unioni civili o il riconoscimento di particolari forme di convivenza.

In questo contesto appare utile realizzare una sintetica comparazione fra il testo italiano recentemente proposto e la normativa di Francia e Regno Unito in materia di unioni civili[49]. Entrambi gli ordinamenti hanno inizialmente optato per la previsione di un istituto giuridico aperto alle coppie omosessuali e diverso dal matrimonio, salvo poi estendere loro quest'ultimo in tempi recenti[50]. Come si avrà modo di vedere a breve, la disciplina britannica del *Civil Partnership Act 2004*, accessibile alle sole coppie dello stesso sesso, presenta molte analogie con il matrimonio inglese e – pertanto – ricorda le scelte italiane in materia di unioni civili; viceversa i *Pacs* (o Patti civili di solidarietà) possono essere contratti da coppie etero oppure omosessuali e, data la loro struttura, ricordano quanto proposto in Italia per le convivenze e il relativo contratto. Seppure il testo avanzato dalla senatrice Cirinnà si sia probabilmente ispirato in larga misura anche alla disciplina tedesca, in questa sede si è scelto di non includere l'esame di quest'ultima: la ragione di ciò va ricondotta non solo al fatto che essa sia già stata oggetto di analisi approfondita da parte della dottrina italiana, ma anche perché per certi versi – in particolar modo per l'evoluzione giurisprudenziale – la normativa di Berlino appare differenziarsi dalla proposta italiana più di quanto non accada con quella di Inghilterra e Galles. Si noti, infatti, che nel caso della Germania la disciplina inizialmente prevedeva molte differenze fra *Lebenspartnerschaft* e matrimonio (quest'ultimo riservato alle coppie di sesso diverso in virtù della relativa garanzia di istituto[51]); differenze che sono state via via erose in virtù di una massiccia opera giurisprudenziale[52].

49 Per una ricognizione sintetica di materiale legislativo e un breve commento si rinvia al dossier di R. Ibrido, A. Romano, A. Schillaci, *Same sex marriage e riconoscimento delle unioni fra persone dello stesso sesso: materiale di diritto comparato*, in *Osservatorio AIC* www.osservatorioaic.it, 2013, maggio.

50 Sia Francia che Regno Unito hanno recentemente introdotto il matrimonio per le coppie omosessuali. Del Regno Unito si parlerà più diffusamente a breve, mentre per quanto concerne l'ordinamento d'oltralpe va ricordata la volontà del legislatore di mantenere l'istituto dei *Pacs*, che affiancano ora il matrimonio (eterosessuale ed omosessuale). Si veda a tal fine la L. n. 404 del 17 maggio 2013. Si noti che, nel caso della Francia, fondamentale è stata la pronuncia del 28 gennaio 2011 del *Conseil Constitutionnel* (n. 2010-92 QPC), in occasione della quale il giudice costituzionale d'oltralpe ha affermato che non fosse incostituzionale la disciplina dei soli *Pacs* e che, pertanto, la Costituzione non imponesse il riconoscimento del matrimonio omosessuale. Ha però aggiunto anche che quest'ultimo era – almeno in astratto – compatibile con il testo costituzionale e che la decisione circa la sua introduzione nell'ordinamento spettava alla discrezionalità del legislatore, mentre non poteva essere introdotta tramite la semplice opera giurisprudenziale. Per un commento si vedano, fra gli altri, A. M. Lecis Cocco Ortu, *Le unioni di persone dello stesso sesso in Francia: dai pacs, alla sentenza sul mariage homosexuel*, in *Ianus*, www3.unisi.it/ianus/, 2011, 4, pp. 213 ss.; R. Torino, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 77 ss.

51 Sul punto si veda, fra gli altri, F. Saitto, *"Particolare tutela" del matrimonio, principio di uguaglianza e garanzia di istituto: le unioni civili davanti al tribunale costituzionale federale* tedesco, *ivi*.

52 Si vedano, fra gli altri, F. Brunetta d'Usseaux, *Germania*, in *Il diritto di famiglia nell'Unione europea*; F. Brunetta d'Usseaux (a cura di), Padova, Cedam, 2005, pp. 93 ss.; M. Bonini Baraldi, *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 72 ss.; M. Röig, *Germania*, in *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso in alcuni Stati europei*, P. Passaglia (a cura di), www.cortecostituzionale.it, 2010; F. Saitto, *"Particolare tutela" del matrimonio, principio di uguaglianza e garanzia di istituto:*

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

La disciplina francese dei *Pacs* (o *Pacte Civil de Solidarité*) è stata introdotta con la legge 99-944, del 15 novembre 1999, con cui si modifica il codice civile aggiungendo al Libro I un nuovo Titolo (il XII), contenente sette nuovi articoli (da 515-1 a 515-7)[53].

I patti civili di solidarietà sono un contratto di natura privatistica stipulato fra i componenti di una coppia (a prescindere dal genere dei due), che decidono così di disciplinare la propria vita comune regolamentandone alcuni aspetti. Come nell'ipotesi suggerita dal testo italiano relativo alla convivenza "registrata", anche nel caso francese l'unione produce i suoi effetti dal momento in cui viene sottoscritta dalle parti, ma per essere opponibile ai terzi deve essere realizzata una pubblicità dichiarativa registrandola presso la cancelleria del Tribunale del luogo di residenza[54]. Nella medesima sede dovrà darsi conto anche di eventuali modifiche apportate al testo dell'accordo.

Per la disciplina francese i conviventi sono tenuti al reciproco aiuto morale e materiale e risultano obbligati in solido per eventuali debiti contratti da uno di loro (art. 515-4). Si osservi che nella proposta italiana l'obbligo alimentare è disposto nell'art. 13 e, data la sua posizione sistematica, trova applicazione tanto rispetto alle convivenze "semplici", che rispetto a quelle regolamentate da apposito contratto. Queste ultime, comunque, vedono reiterato il medesimo obbligo anche nell'art 14, c. 4, punto 5), che regola il contratto di convivenza. La norma sul contratto di convivenza prevede anche che quest'ultimo possa disciplinare le modalità con cui ogni parte partecipa alla vita comune, il regime dei beni (non solo mobili come accade per i *Pacs*, ma anche immobili), nonché gli effetti conseguenti alla cessazione del rapporto per cause diverse dalla morte. Più in generale appare peculiare il fatto che, sebbene sia la normativa francese che quella italiana del D.d.l. Cirinnà riconoscano alle parti una generica libertà per quanto concerne il contenuto del relativo contratto di convivenza, nel caso dei *Pacs* il legislatore detta solo alcuni obblighi di carattere generale, mentre quello italiano negli artt. 14, 15 e 18 dà una disciplina di maggiore dettaglio. Pare comunque che si debba ritenere che le indicazioni date dal D.d.l. negli articoli appena menzionati siano da ritenersi esemplificative e non esaustive; tale idea è suffragata principalmente dal testo dell'art. 14, c. 1 e al generico riferimento alla possibilità di "disciplinare i reciproci rapporti patrimoniali relativi alla vita in comune".

Altre due analogie (almeno parziali) fra i patti civili di solidarietà e le convivenze "registrate" del D.d.l. Cirinnà sono ravvisabili, da un lato, nella possibilità di sciogliere il legame sia per decisione condivisa delle parti, che per volontà unilaterale di una di esse[55], dall'altro nella disciplina della filiazione. Più precisamente, in Francia la coppia "pacsata" non può adottare, anche se è ammessa l'adozione da parte del *single*. In tal caso, però, anche qualora il genitore sia legato da un patto civile di solidarietà, solo questi potrà esercitare la responsabilità genitoriale sul figlio, senza che la stessa possa essere estesa al partner. Tale eventualità, invece, non si pone nemmeno in termini generali nell'ordinamento italiano, laddove l'adozione è possibile solo per le coppie sposate[56]. Qualora ci siano dei figli naturali della cop-

le unioni civili davanti al tribunale costituzionale federale tedesco, *ivi*.; A. Sanders, *Marriage, Same-Sex Partnership and the German Constitution*, in *German Law Journal*, www.germanlawjournal.com, 2012, XIII, 8, pp. 911 ss.; R. Torino, *ivi*., pp. 77 e pp. 122 ss.

53 Rilevano anche altri interventi normativi del legislatore francese, fra cui possono essere ricordati la L. n. 2006-1806 del 23 giugno 2006, la L. n. 2007-1223 del 21 agosto 2007, la L. n. 2009-526 del 12 maggio 2009 e, lo stesso anno, la L. n. 2009-1436. Infine si ricordi la L. n. 2011-331 del 2011. Per una ricognizione completa dei testi si può vedere il sito www.legifrance.gouv.fr. Per un commento si vedano, *ex multis*, L. M. Díez-Picazo, *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso*, in *I diritti in azione*, M. Cartabia (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 319 ss.; C. Bontemps di Sturco, *Francia*, in *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso in alcuni Stati europei*, P. Passaglia (a cura di), su www.cortecostituzionale.it, 2010; A. M. Lecis Cocco Ortu, *ivi*; R. Torino, *ivi*, pp. 131 ss.; D. Ferrari, *La Corte costituzionale e il Conseil Constitutionnel davanti ai matrimoni omosessuali*, in *Politica del diritto*, 2012, 2-3, pp. 495 ss. Per un commento sull'ordinamento francese precedente all'entrata in vigore dei *Pacs* si veda D. Borrillo (a cura di), *Homosexualités et droit*, Parigi, PUF, 1998.

54 Si veda in proposito il testo dell'art. 515-3 del codice civile. La conclusione della convenzione deve essere comunicata anche al Comune del luogo di nascita affinché se ne prenda nota nel registro delle nascite. La convenzione deve essere già redatta in duplice copia e, in seguito alla registrazione, ogni parte ne riceve una debitamente timbrata. Con la riforma del 2012 è stata altresì prevista la registrazione della convenzione di solidarietà presso un notaio, incaricato poi di adempiere ai relativi oneri formali. Un'altra differenza fra disciplina italiana e francese è data dalla forma richiesta per la stipula del relativo contratto: in Francia è sufficiente la forma scritta fra privati, in Italia serve – a pena di nullità – "l'atto scritto [...] ricevuto dal notaio in forma pubblica" (art. 14, c.2 del D.d.l. Cirinnà).

55 Nel caso dei *Pacs* si deve fare riferimento all'art. 515-7 del codice civile, in quello italiano invece all'art. 18.

56 Esistono in realtà alcune marginali eccezioni, quali la possibilità di adottare un bambino con gravi *handicap* oppure l'eventualità in cui il minore avesse già instaurato un rapporto stabile e duraturo con l'adottante prima di essere orfano, o ancora qualora, data la particolare situazione del minore non sia possibile instaurare un affidamento preadottivo. Si vedano, a tal fine, la L. n. 104, del 5 febbraio 1992 e l'ordinanza della Corte costituzionale n. 347/2005. Qualora la proposta Cirinnà diventi legge mantenendo il suo contenuto attuale, si dovranno inoltre considerare i casi previsti dall'art. 44, l. n. 184/1983 la cui applicazione, come visto in precedenza, deve ritenersi estesa anche alle coppie omosessuali legate da un'unione civile.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

pia (o di uno solo dei conviventi), in entrambi gli ordinamenti vengono applicate le norme sui figli nati fuori dal matrimonio[57].

Un elemento della disciplina francese assente nella proposta italiana è dato dall'introduzione di specifiche regole in materia contributiva per le coppie "pacsate". In particolare in seguito all'entrata in vigore della L. n. 2004-1484, del 30 dicembre 2004, esse possono fare una dichiarazione dei redditi congiunta fin dal primo anno di unione, disciplina particolarmente vantaggiosa qualora fra i due contraenti esista una differenza di reddito rilevante[58].

Infine né i *Pacs*, né la proposta italiana sul riconoscimento delle convivenze prevedono la pensione di reversibilità per i contraenti. Particolarità che, come visto prima, si distingue da quanto previsto nel D.d.l. del 2006 sui DICO.

Rileva altresì la distinzione fra *Pacs* e *concubinage*[59]. Il primo si riferisce all'unione contrattuale fra due persone e, per poter venire in essere, ha bisogno di una particolare formalizzazione. Il secondo, invece, è caratterizzato dalla vita in comune di due persone (anche in questo caso, come nei *Pacs*, non rileva il genere dei contraenti), contraddistinta da stabilità e continuità. A differenza dei "patti di solidarietà", però, questa unione non ha bisogno di essere registrata poiché si basa su una situazione *de facto* e, analogamente, non è disciplinata da alcuna convenzione tramite la quale la coppia regola degli aspetti della vita in comune, né prevede specifici vincoli di fedeltà[60]. Conseguenze ulteriori dei punti appena esposti sono che nel *concubinage* non esistono oneri risarcitori, né di collaborazione e ripartizione delle spese e nemmeno esistono responsabilità in solido all'interno della coppia. Infine, ogni parte viene tassata indipendentemente dall'altra e non esistono particolari conseguenze a livello previdenziale.

Se si pensa alla disciplina italiana proposta dal D.d.l. Cirinnà emerge che le convivenze di fatto riconosciute nelle prime disposizioni del Titolo II (artt. 8-13) ricordano in modo spiccato il *concubinage* francese poiché entrambe costituiscono semplici unioni *de facto* che, pur essendo ammesse per ogni tipo di coppia e riconosciute dall'ordinamento, non necessitano di particolari formalizzazioni né per la loro costituzione, né per lo scioglimento. A differenza della disciplina francese, tuttavia, quella proposta in Italia prevede l'obbligo alimentare, la possibilità di essere inseriti nelle graduatorie per accedere ad abitazioni di edilizia popolare, nonché il diritto di abitazione e di successione nel contratto di locazione. Infine peculiarità italiana è la facoltà di attribuire al coniuge particolari poteri in caso di incapacità sopravvenuta o morte del convivente.

Appurate le analogie fra *Pacs* e convivenze "registrate", nonché fra *concubinage* e convivenze "semplici", chi scrive è portato a reputare che la normativa francese abbia costituito un modello di sicuro riferimento per i senatori italiani. Interessante sarà ora rilevare come anche la normativa inglese, che pure non è stata espressamente individuata come uno dei modelli di riferimento per la stesura del titolo primo della proposta italiana, pure presenti molte analogie con quest'ultimo.

Prima di approfondire la disciplina inglese, però, è opportuno fare alcune precisazioni. In prima istanza si deve osservare che il *Civil Partnership Act 2004* (di seguito *CPA*) è diviso in parti. La prima si applica a tutti gli Stati, la seconda trova applicazione solo in Inghilterra e in Galles, la terza in Scozia e la quarta in Irlanda del Nord[61]. Seguono altre quattro sezioni che disciplinano il riconoscimento delle unioni stipulate all'estero e la regolazione di norme di chiusura. Come accennato sopra, ciò che induce chi scrive a comparare il progetto italiano (in particolare per quanto concerne le unioni civili fra persone del medesimo sesso) con il *CPA* (con particolare attenzione alla disciplina di Inghilterra e Galles), piuttosto che con la disciplina tedesca, è che mentre quest'ultima ha finito per avvicinarsi all'istituto matrimoniale a causa dell'imponente opera della giurisprudenza, nel caso inglese la "vicinanza" degli istituti è stata prevista dal legislatore *ab origine*.

57 In Italia, in ogni caso, con la L. 219/2012 del 10 dicembre, lo *status* dei figli naturali è stato totalmente equiparato a quello dei figli legittimi, così che risulta giuridicamente irrilevante la differenza esistente fra i due.

58 In base al testo del 1999, invece, questo regime fiscale scattava a partire dal terzo anno di unione.

59 Si veda in particolare la definizione data dall'art. 515-8 del codice civile francese, secondo cui "il *concubinage* è un'unione di fatto, caratterizzata da una vita comune caratterizzata da stabilità e continuità, fra due persone, di sesso differente o del medesimo sesso, che vivono in coppia".

60 Il *Conseil constitutionnel* con la sentenza n. 99-419 DC del 9 novembre 1999 ha definito i *Pacs* come un istituto a cavallo fra il matrimonio e il *concubinage*. A differenza del matrimonio, in essi la relazione sessuale è presunta, ma non costituisce un presupposto per la validità del legame, inoltre non esiste un vincolo di fedeltà fra i contraenti; viceversa a differenza del *concubinage*, i *Pacs* prevedono alcuni obblighi per le parti, fra cui spicca quello di collaborazione morale e materiale.

61 Sebbene il *CPA* differenzi la disciplina da applicarsi in Scozia e Irlanda da quella prevista per Inghilterra e Galles, non sono presenti grosse peculiarità. Si è comunque deciso, al fine di garantire una maggiore organicità del discorso, di concentrare l'attenzione sulla disciplina individuata per Galles e Inghilterra.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Il *CPA* è stato promulgato – tramite il *Royal Assent* – il 18 novembre 2004 ed è entrato in vigore circa un anno dopo, il 5 dicembre 2005[62]. La volontà del legislatore è stata da subito quella di individuare una disciplina che fosse riservata alle coppie omosessuali, ma che – al tempo stesso – fosse il più vicino possibile a quella del matrimonio. Inoltre, come si evince dal dettagliato testo del *CPA*, si è deciso di enucleare con precisione la disciplina delle unioni civili anche laddove essa coincideva con quanto previsto per il matrimonio. È pertanto evidente una prima differenza con il D.d.l. Cirinnà, laddove quest'ultimo ha fatto la scelta opposta, optando per una regolamentazione sintetica che, salvo la previsione di specifiche eccezioni, opera un generico rinvio alla disciplina matrimoniale.

Le coppie che intendano costituire una *civil partnership* sono tenute a depositare un'apposita domanda presso l'ufficiale dei pubblici registri e, dopo avere realizzato una pubblicità notizia relativa all'intenzione di contrarre l'unione, quest'ultima deve essere celebrata alla presenza di due testimoni, presso i medesimi uffici sopra menzionati, dopo almeno quindici giorni ed entro massimo un anno dal deposito dell'istanza[63]. Si noti che, pur essendo prevista una qualche celebrazione, non sono però individuate formule di rito, né possono essere inserite preghiere o simboli religiosi; l'unione si ritiene formalmente contratta nel momento in cui entrambe le parti firmano l'atto pubblico e non quando pronunciano i voti. Tuttavia dal 17 febbraio 2011, in conseguenza dell'entrata in vigore dell'*Equality Act 2010*, alle comunità religiose che lo desiderino è riconosciuta la facoltà di celebrare le unioni civili all'interno di luoghi sacri. Come nel D.d.l. italiano, anche in questo caso possono accedere alle unioni civili solo i maggiorenni (o i minori emancipati[64]), non legati da matrimonio o da una precedente unione civile.

Per quanto concerne il profilo dello scioglimento dell'unione (artt. 44 e ss.) – che può essere richiesto solo dopo che sia trascorso un anno dalla conclusione di questa – rilevano grosso modo le medesime cause previste per il divorzio, con alcune differenze. In particolare lo scioglimento deve essere disposto da un giudice ed è sufficiente l'iniziativa unilaterale di una sola parte; fra le cause per la *dissolution* sono contemplati l'abbandono del tetto coniugale e la separazione di fatto (di almeno due anni se c'è accordo fra le parti, o di cinque se l'istanza è unilaterale). A differenza di quanto previsto per il divorzio, in questo caso l'adulterio non rileva fra le cause di scioglimento dell'unione, mentre si afferma semplicemente che il convivente deve aver tenuto un comportamento che faccia ritenere irragionevole la prosecuzione del rapporto, lasciando così una maggior discrezionalità al giudice circa la valutazione della richiesta. Per quanto concerne l'annullamento (artt. 49 e ss.), che può essere richiesto entro tre anni dalla contrazione dell'unione, si possono menzionare il vizio del consenso, l'infermità mentale o – per le coppie lesbiche – l'ignoranza dello stato di gravidanza della compagna al momento della stipula; non vengono invece menzionate l'assenza di rapporti sessuali o la presenza di una malattia sessualmente trasmissibile, previsti invece per l'annullamento del matrimonio.

La proposta Cirinnà sotto questo profilo si presenta estremamente sintetica: si limita a disporre che la decisione circa lo scioglimento del vincolo possa essere presa unilateralmente o bilateralmente (salvo che sia conseguenza della morte di una parte), per poi rinviare al Capo V, Titolo VI, Libro I del codice civile, che si occupa "dello scioglimento del matrimonio e della separazione dei coniugi".

Come si è osservato in precedenza, la proposta italiana precisa che la disciplina riservata ai coniugi in materia di adozione[65] non trova applicazione nelle fattispecie in esame, determinando così quella che appare essere la differenza più rilevante fra il regime delle unioni civili e quello matrimoniale. Diverso è invece il discorso fatto, nella medesima materia, dal *CPA* inglese che – come detto prima – punta su un deciso allineamento delle unioni civili al matrimonio. Premettendo che già dal 2002, grazie all'*Adoption and Children Act*, non si richiede che l'adottante sia una coppia coniugata (ammettendo pertanto anche

62 *Ex plurimis* B. Hale, *Homosexual Rights*, in *Child and Family Law Quarterly*, 2004, 16, pp. 125 ss.; M. Bonini Baraldi, *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, Milano, Giuffrè, p. 80 ss.; N. Gray – D. Branzil, *The Civil Partnership Act 2004*, Oxford University Press, 2005; K. Puttick, *Legislating for Equality?*, in *Family Law Journal*, 2005, 51, p. 7 ss.; S. Cretney, *Same Sex Relationships: From "Odious Cirme" to "Gay Marriage"*, Oxford, Oxford University Press, 2006; F. Viglione, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia in Inghilterra: il "Civil Partnership Act 2004"*, in *Rivista Critica di Diritto Privato*, 2007, 3, pp. 405 ss.; S. Pasetto, *Regno Unito*, in *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso in alcuni Stati europei*, P. Passaglia (a cura di), su www.cortecostituzionale.it, 2010; R. Torino, *ivi*, pp. 127 ss.; F. Fairbrain, O. Hawkins, N. Roberts, D. Pyper, D. Thurley, *Marriage (Same Sex Couples) Bill 2013*, Research Paper 13/08 commissionato dalla *House of Commons*, www.parliaments.uk, gennaio 2013.

63 È altresì necessario che entrambe le parti risiedano da almeno sette giorni nel territorio britannico (più precisamente in Inghilterra, Galles o Irlanda del Nord). Inoltre, qualora ricorrano particolari presupposti, quali infermità, malattia grave, detenzione, sono previsti *iter* semplificati e più rapidi.

64 Si noti, tuttavia, che nella fattispecie inglese è sufficiente che il minorenne sia autorizzato dai genitori o dal tutore legale, mentre nel D.d.l. è necessaria l'autorizzazione del tribunale ex art. 84 del codice civile.

65 Salvo quanto osservato sull'applicabilità dell'art. 44, l. n. 184/1983, relativo ai casi particolari di adozione.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

i *single*), il *Civil Partnership Act* ha introdotto ulteriori modifiche. In particolare si ammette che il convivente possa adottare o esercitare la responsabilità genitoriale sul figlio del partner[66], così come si estende alle coppie unite da una *civil partnership* la possibilità di avanzare domanda di adozione.

Sotto il profilo dell'assistenza sanitaria, invece, spicca una netta differenza fra le due discipline in esame. La proposta italiana dichiara espressamente che al compagno spettano i medesimi diritti e doveri tipici del coniuge. Viceversa la disciplina inglese non si esprime sul punto, portando così a rinviare al *Enduring Powers of Attorney Act 1985* (tramite cui rileva la persona che il degente a suo tempo ha autorizzato a prendere decisioni in sua vece); in mancanza, spetterà alle strutture ospedaliere individuare, secondo i propri criteri, il c.d. *next of kin* (cioè la persona più prossima), anche se la scelta presumibilmente cadrà sul partner dell'unione civile. In materia successoria il *CPA* ha realizzato una sostanziale equiparazione fra partner e coniuge attraverso una disciplina dettagliata della materia, mentre la proposta Cirinnà nell'art. 4 dispone che i diritti della parte dell'unione civile siano equiparati a quelli del coniuge nella successione legittima.

Si osservi, infine, la maggiore attenzione che il legislatore inglese ha posto rispetto alla disciplina delle unioni (civili o matrimoniali) fra persone dello stesso sesso che sono state concluse o sciolte fuori dalla Gran Bretagna, a differenza di quanto invece fatto nel D.d.l. italiano, laddove nell'art. 7 si delega a un decreto legislativo il compito di disciplinare, fra le altre cose, le norme in materia di diritto internazionale privato riguardanti i criteri per applicare la disciplina italiana sulle unioni civili alle coppie dello stesso sesso che hanno contratto il vincolo (tramite matrimonio, unione civile o altro istituto) all'estero.

Come accaduto in Francia, anche Inghilterra e Galles hanno recentemente esteso il matrimonio alle coppie dello stesso sesso[67]. Il *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013*, promulgato attraverso *Royal Assent* il 17 luglio 2013 ed entrato in vigore il 13 marzo dell'anno successivo, estende il coniugio alle coppie omosessuali, anche se ancora non esiste una totale analogia rispetto al matrimonio eterosessuale. Alcune distinzioni permangono, per esempio, rispetto allo scioglimento del legame giacché l'adulterio continua a non essere inserito fra le cause di separazione. In ogni caso le coppie che, a tempo debito, si erano unite tramite la *civil partnership* possono ora chiedere di vedere trasformato il loro rapporto in matrimonio senza dover preliminarmente sciogliere il vincolo precedentemente contratto.

Diverso è il discorso da farsi per la Scozia, il cui Parlamento gode di un'autonoma competenza in materia matrimoniale. Lo Stato ha recentemente modificato il *Marriage (Scotland) Act 1977* al fine di introdurre una propria disciplina delle unioni civili e di estendere il matrimonio anche alle coppie dello stesso sesso. Così facendo il *Marriage and Civil Partnership (Scotland) Act 2014* è stato promulgato il 12 marzo 2014 attraverso il *Royal Assent* e dovrebbe entrare in vigore fra la fine del 2014 e l'inizio del 2015.

A livello più generale emerge che l'analogia più rilevante che può essere riscontrata fra il *CPA* e il progetto Cirinnà è data dalla volontà di dotare le coppie omosessuali di un istituto molto simile al matrimonio, pur prevedendo alcune puntuali differenze. Nel caso inglese, tuttavia, sembra doversi affermare che queste ultime siano di minor entità, potendo essere ravvisate in alcuni elementi "marginali" della disciplina. Diversa è invece la scelta italiana, che rifiuta la decisione inglese di introdurre una disciplina di dettaglio e preferisce, invece, regolare le unioni civili in soli sette articoli. Dette disposizioni introducono alcune regole specifiche e rinviano alla disciplina civilistica del matrimonio, che trova applicazione tranne che per il divieto di adozione legittimante. Un punto che è stato incluso espressamente nella proposta italiana (e di cui la normativa inglese non fa menzione) è dato dal riferimento ai diritti e doveri in materia di assistenza sanitaria e penitenziaria anche se, l'equiparazione delle unioni civili al matrimonio rende superflua questa e altre disposizioni.

Le analogie presenti fra il D.d.l. nostrano e la disciplina di Inghilterra e Francia non mancano, così come innegabili le differenze. Ciò che appare innegabile, tuttavia, è che la proposta italiana si sia ispirata ai modelli stranieri soprattutto per quanto concerne la scelta degli istituti alternativi al matrimonio e il macro-criterio da adottare per la loro disciplina. Emerge così che – come in Inghilterra – le unioni civili sono molto simili al coniugio, pur mantenendo alcune specificità atte a rendere impossibile la piena

66 Qualora il partner sia l'unico dotato di patria potestà sarà sufficiente il suo consenso, viceversa, qualora ne sia titolare anche l'altro genitore, sarà necessario ottenere anche il consenso di quest'ultimo. La disciplina è collocata nel *Chapter* V, art. 75 e ss. del *CPA*.

67 La decisione è giunta dopo aver realizzato delle consultazioni popolari al fine di verificare l'opinione della popolazione in merito all'estensione del matrimonio alle coppie dello stesso sesso. I risultati dell'indagine possono essere consultati presso il sito internet www.gov.uk/government/consultations/equal-marriage-consultation. Allorché il matrimonio è stato esteso alle coppie dello stesso sesso, il Governo ha indetto una nuova consultazione per verificare se la popolazione ritenesse superflua l'esistenza delle *civil partnerships* (suffragandone l'abrogazione), oppure se considerasse ancora utile l'istituto: le risposte ottenute non sono state concludenti e si è quindi deciso di non abrogare la disciplina sulle unioni civili. Il risultato della consultazione può essere consultato presso il sito internet www.gov.uk/government/consultations/consultation-on-the-future-of-civil-partnership-in-england-and-wales.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

sovrapposizione fra i due istituti; viceversa, come in Francia, le convivenze "registrate" sono aperte a tutte le coppie che desiderino formalizzare il proprio legame senza però sottometterlo ai più stringenti vincoli tipici di matrimonio e unioni civili; infine, come per il *concubinage*, le convivenze "semplici" equivalgono al riconoscimento giuridico delle relazioni "*more uxorio*", la cui esistenza in Italia fino ad ora è stata data per acquisita, ma mai formalizzata dal legislatore.

5. Brevi note conclusive

La tutela delle unioni fra persone dello stesso sesso rappresenta senza dubbio alcuno uno dei temi di maggior rilevanza nell'odierno panorama giuridico e politico italiano. Come ha evidenziato anche la Corte costituzionale, l'assenza di disciplina rispetto a siffatta materia costituisce una lacuna normativa che incide sulla posizione giuridica di una larga fascia della popolazione, priva del riconoscimento di alcuni diritti fondamentali. Data la gravità di questo vuoto normativo, appaiono riprovevoli non solo l'inerzia del legislatore, ma anche l'insufficiente presenza di questi temi all'interno del programma dei Governi che in Italia si sono succeduti negli ultimi anni.

Il testo della proposta di legge recentemente depositato è il frutto del tentativo di raccordare le diverse voci presenti nel Parlamento in questo momento e, nel complesso, appare un buon testo, che trae ispirazione da esperienze straniere dall'esito sicuramente positivo. Altrettanto positiva è, a giudizio di chi scrive, la scelta di introdurre tre diversi istituti, così da venire incontro alle molteplici esigenze delle coppie di oggi, non solo omosessuali, ma anche eterosessuali che, pur volendo dare una qualche forma alla propria unione, possono non essere interessati al matrimonio e ai vincoli che esso impone. Anche sotto questo profilo, pertanto, risulta condivisibile la decisione di non fare riferimento a un solo ordinamento di diritto straniero, preferendo il confronto con più realtà estere. Si aggiunga che, qualora il Presidente del Consiglio decida di esercitare l'iniziativa legislativa governativa (come recentemente dichiarato), sarebbe auspicabile che anch'esso optasse per l'introduzione dei tre istituti disciplinati dal progetto Cirinnà, proprio alla luce della loro capacità di rappresentare le diverse esigenze attualmente presenti nella società.

Al tempo stesso, però, il testo proposto avrebbe potuto essere il frutto di un lavoro più accurato e puntuale, prestando maggior attenzione a certi aspetti che sono stati, invece, volutamente ignorati. Si pensi, per esempio, al rinvio fatto a un futuro decreto legislativo che sviluppi e precisi la disciplina, in particolare sotto il profilo del riconoscimento di matrimoni e unioni civili contratti all'estero: se già ci sono voluti anni per arrivare a un qualche consenso su questa materia, siamo sicuri che si rispetterà il termine dei sei mesi dall'entrata in vigore della legge per l'introduzione del decreto? Si rischia, così facendo, di introdurre da subito una disciplina parziale e inadeguata a rispondere a tutti i bisogni posti dalla materia in oggetto. In aggiunta emerge che l'unica vera differenza fra unioni civili e matrimonio è data dall'adozione legittimante: questo elemento, desumibile in modo inequivocabile dall'art. 3 del testo proposto, rende nella sostanza superflue la maggior parte delle disposizioni contenute nel titolo I.

Di centrale importanza è, in ogni caso, riconoscere che non è più possibile ipotizzare l'esistenza di un solo modello di famiglia, a base eterosessuale, essendo invece necessario accogliere la lettura offerta dalla Corte Edu rispetto all'estensione della portata del diritto alla vita familiare. Prospettiva che, da un lato, è stata parzialmente accolta dalla Corte costituzionale tanto nel 2010, quanto nel 2014, laddove è stato ribadito che, poiché la "famiglia" costituisce un concetto duttile (soggetto all'evoluzione della società e dei costumi), non le può essere ricondotto un unico significato, cristallizzato nel tempo e unicamente sovrapponibile all'idea propria della Costituente; ma che, dall'altro, è stata di fatto negata – se non contraddetta – dalla medesima Corte, ove si è limitata ad affermare che le coppie omosessuali siano meritevoli di tutela in quanto "formazioni sociali"[68], senza però giungere a qualificarle espressamente come "famiglia". Come visto, questo passaggio costituisce uno degli aspetti maggiormente problematici della giurisprudenza costituzionale, laddove si consideri che è stata data tale lettura interpretativa sia per garantire il paradigma eterosessuale del matrimonio, sia per riconoscere una qualche tutela alternativa, ma pur sempre di rango costituzionale, alle coppie *same-sex*. Insomma, se si permette in questo contesto l'uso di un'espressione popolare, il giudice costituzionale ha cercato di avere "la botta piena e la moglie ubriaca", finendo però per generare una sentenza tecnicamente poco chiara e poco condivisibile, le cui incertezze avrebbero potuto essere evitate ammettendo da subito che il testo costituzionale è compatibile con il matrimonio omosessuale e lasciando poi al legislatore le debite valutazioni in merito alla disciplina da introdurre.

68 Si veda, in questo senso, il punto 9 dei Considerando in diritto.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Visto il tenore letterale dell'art. 29 Cost., così come l'interpretazione sostanzialmente originalista che la Corte costituzionale ha dato del matrimonio negli ultimi anni, in questo momento a chi scrive sembrerebbe difficile poter superare il paradigma eterosessuale del coniugio senza passare per una riforma ex art. 138 Cost.[69] e, considerando le diverse visioni presenti in Parlamento rispetto a questo tema, siffatta eventualità appare – sfortunatamente – lontana. Tuttavia è altrettanto indubbio che, come ripetuto più volte, sia necessario colmare la lacuna normativa relativa alla disciplina delle coppie dello stesso sesso, considerando anche che l'introduzione di tale regolamentazione potrebbe costituire un passo indispensabile per approdare, fra qualche di anno, all'estensione del matrimonio a questa categoria di soggetti[70].

Resta, nel frattempo, da sciogliere il problema principale, il cui contenuto è squisitamente politico: il progetto Cirinnà andrà avanti lungo l'*iter legis* o sarà destinato a naufragare nel dimenticatoio dei lavori parlamentari, magari cedendo il passo ad altri disegni di legge sulla disciplina delle unioni omosessuali? E il Presidente del Consiglio Renzi eserciterà effettivamente l'iniziativa governativa oggetto delle sue dichiarazioni, o lascerà che le stesse restino un mero manifesto?

Dinnanzi a questi interrogativi nulla può il giurista, se non augurarsi, ancora una volta, che il Parlamento ricordi le proprie responsabilità di legislatore e si faccia carico dei diritti fondamentali di una fascia di popolazione che è stata, fino ad ora, irragionevolmente e illegittimamente trascurata.

69 È indubbio che il testo dell'art. 29 Cost. non faccia un testuale riferimento all'eterosessualità dell'istituto matrimoniale, tuttavia, considerando la giurisprudenza del giudice delle leggi del 2010 e 2014, così come l'improbabile (e infrequente) ricorso a un *overruling* da parte sua nel prossimo futuro, la revisione costituzionale sembra essere l'unico modo per superare in modo netto il principio del "paradigma eterosessuale del matrimonio", come enucleato dalla Corte costituzionale stessa. Quanto detto ovviamente non esclude che il giudice delle leggi possa essere adito in un futuro prossimo e, in tale occasione, opti per modificare la propria giurisprudenza pregressa, accogliendo una diversa lettura dell'art. 29 Cost.; tuttavia, alla luce delle pronunce prima menzionate, non pare corretto fare affidamento diretto su questa eventualità, che pure sarebbe sicuramente auspicabile rispetto alla materia in esame.

70 Come del resto avvenuto in tutti gli ordinamenti europei che oggi prevedono il matrimonio omosessuale. In tutti i casi, infatti, tale disciplina era stata preceduta dall'introduzione di unioni civili o altri istituti alternativi a quello matrimoniale.

GenIUS *anno I, numero 2: dicembre 2014* · · ·

Interventi

*Alessandra Pioggia**

La disciplina in materia di procreazione e la riconquistata legittimità della fecondazione eterologa: un altro passo avanti per una legge che resta indietro

"...una è più autentica quanto più somiglia all'idea che ha sognato di se stessa"
Agrado
Todo sobre mi madre, regia di Pedro Almodovar,
Spagna, 1999

Sommario

1. Premessa – 2. L'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa – 3. Quale disciplina per la fecondazione eterologa? – 4. Una legge che resta "arretrata" – 5. Quali prospettive per la procreazione nell'ambito della coppia omosessuale?

Abstract

La Corte costituzionale ha recentemente dichiarato l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa sancito dalla legge n. 40 del 2004. Si tratta certamente di un importante passo avanti. La legge tuttavia resta una legge arretrata che svaluta la specificità del ruolo femminile nel processo procreativo. Ad essere protagonista della riproduzione assistita è sempre e soltanto la coppia eterosessuale e il corpo della donna rischia di essere unicamente uno strumento per la realizzazione di questo progetto genitoriale. Soltanto valorizzando la dimensione individuale e la differenza dei ruoli di uomo e donna nella disciplina della procreazione assistita si possono aprire nuove prospettive di regolazione. In mancanza di questo passaggio il discorso sulla procreazione assistita nell'ambito della relazione omosessuale non potrà nemmeno iniziare.

The Italian Constitutional Court recently declared the prohibition of heterologous fertilization provided by law 40/2004 unconstitutional. This is certainly an important step forward. The law, however, remains a backward law that devalues the specificity of women's role in the procreation process. The central characters in the assisted reproduction process continue to be solely heterosexual couples, and the risk is that women's bodies become simply an instrument for the implementation of this parenting project. Only by valuing the individual and the differences in the roles of men and women in the regulation of assisted reproduction can it be possible to open new regulation prospects. Without this step, the discourse on assisted procreation in the context of homosexual relationships cannot even begin.

* Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Perugia.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

1. Premessa

Con la sentenza n. 162 del 2014 la Corte costituzionale sancisce finalmente e con nettezza l'incostituzionalità della scelta formulata dal legislatore della legge 40 del 2004 di vietare la tecnica di fecondazione assistita attraverso gameti provenienti da donatori esterni alla coppia: la cosiddetta fecondazione eterologa[1].

Si tratta, come è noto, dell'ultima tappa, in senso temporale, del processo di reazione dell'ordinamento, attraverso le pronunce dei suoi giudici, ad una legge che è apparsa ben presto come un "corpo estraneo", perché pensata indipendentemente da, e in parte in contrasto con, le regole e i principi che informano il sistema nel quale si è inserita[2].

In questo senso non si può non considerare come il nostro ordinamento abbia mostrato, più della sensibilità collettiva che nel 2005 non consentì al referendum di sortire l'effetto abrogativo che si auguravano i suoi promotori, di saper resistere ad un intervento normativo che oggi possiamo a ragione definire in molte sue parti ingiusto, nel senso di contrario al sistema del diritto, innanzi tutto costituzionale[3]. È infatti grazie al confronto costante con la Costituzione che i giudici hanno potuto eliminare molti di quegli obblighi e quei divieti che rendevano la legge incompatibile con l'ordinamento. Sono così caduti, grazie alla sentenza della Corte costituzionale 151 del 2009, l'obbligo di formazione di un numero di embrioni non superiore a tre, quello del loro necessario contemporaneo impianto nell'utero della donna, nonché, conseguentemente, il divieto di crioconservazione degli embrioni formati *in vitro*[4]. Parallelamente la giurisprudenza di merito, sulla base di una interpretazione conforme a Costituzione, ha riconosciuto in molti casi la liceità della diagnosi preimpianto sugli embrioni, fino a ritenere in alcuni casi consentito a coppie non sterili né infertili, ma portatrici di gravi malattie geneticamente trasmissibili, l'accesso alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita[5], proprio allo scopo di permettere l'esame diagnostico dello stato di salute degli embrioni e l'eventuale rinuncia all'impianto di quelli in cui si fosse manifestata la patologia genetica[6].

1 Fra i primi commenti alla sentenza si vedano A. Ruggeri, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte Edu (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2014; S. Penasa, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, ivi; A. Pioggia, *Un divieto sproporzionato e irragionevole. la Corte costituzionale e la fecondazione eterologa nella sentenza n. 162 del 2014*, in *Astrid*, www.astrid-online.it, 2014; V. Tigano, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2014; G. Sorrenti, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Consulta online*, www.giurcost.org, 2014. Da ultimo si segnala l'interessante e ricca riflessione contenuta in M. D'Amico, M.P. Costantini (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto della "fecondazione eterologa"*, Milano, Franco Angeli, 2014.

2 C. Casonato, *Legge 40 e principio di non contraddizione. Una valutazione d'impatto normativo*, in E. Camassa, C. Casonato (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Ombre e luci*, Trento, Università di Trento, 2005, p. 13.

3 P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 151 ss.; M. Manetti, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione assistita*, in *Politica del diritto*, 2004, p. 453; C. Tripodina, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della Legge 40/2004, recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, in *Diritto pubblico*, 2004, p. 501; F. Modugno, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in *Rassegna parlamentare*, 2005, p. 361.

4 L. Trucco, *Procreazione assistita: la Consulta questa volta decide di (almeno in parte) decidere*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, p. 281; D. Chinni, *La procreazione medicalmente assistita tra "detto" e "non detto". Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla Legge n. 40/2004*, ivi, p. 289; S. Agosta, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2010; M. Manetti, *La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, in *Costituzionalismo.it*, www.costituzionalismo.it, 2009; Id., *Procreazione medicalmente assistita: una* political question *disinnescata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, p. 1688; C. Tripodina, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la «Costituzione che non vale più la pena difendere»?, (Commento alla sentenza della Corte costituzionale 151/2009)*, ivi, p. 1696.

5 Tribunale di Salerno, ordinanza del 13 gennaio 2010, n. 12474, che, tuttavia, stante il vigente dettato legislativo, opera una, invero criticabile, forzatura dell'interpretazione costituzionalmente orientata. In tema v. C. Tripodina, *Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in *Costituzionalismo.it*, www.costituzionalismo.it, 2010.

6 Tribunale di Cagliari, ordinanza del 9 novembre 2012; Tribunale di Roma, ordinanza del 23 settembre 2013. In proposito si veda P. Veronesi, *Tra diagnosi genetiche, numero di embrioni e obbligo d'impianto: la legge n. 40 sempre sotto la lente*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P.Veronesi (a cura di), *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 222.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Attualmente tali ultime questioni attendono una ulteriore pronuncia da parte dei giudici della consulta[7], ed è quindi possibile una ulteriore tappa nella riscrittura costituzionale della legge 40[8].

In questo percorso la sentenza 162 del 2014 si pone come particolarmente significativa, dal momento che, oltre ad eliminare un ennesimo divieto, quello di fecondazione eterologa, mette di nuovo ben in evidenza l'irragionevolezza di fondo di una legge formalmente introdotta per «rimuovere le cause di sterilità o infertilità»[9] e contenente in realtà obblighi e limiti volti, da un lato, a rendere particolarmente oneroso in termini di salute il trattamento necessario per farlo, e, dall'altro, ad impedire del tutto il trattamento dei casi più gravi quali quelli di sterilità assoluta. Questa volta il paradosso è quello di una cura per i malati lievi, proibita ai malati gravi, che ha fatto provocatoriamente riqualificare la legge come rivolta alla disciplina della "procreazione giuridicamente ostacolata"[10]: una formula che efficacemente sintetizza la *ratio* di un intervento con il quale il legislatore ha inteso frenare un processo piuttosto che disciplinarlo. Del resto, come è ben messo in evidenza dalla Corte in un significativo passaggio della sentenza da ultimo citata, prima dell'avvento della legge 40, le tecniche di fecondazione medicalmente assistita erano largamente ammesse, senza limiti né soggettivi, né oggettivi. L'operazione legislativa del 2004 è, quindi, evidentemente un chiaro tentativo di far retrocedere la pratica attraverso una disciplina particolarmente restrittiva che ha posto l'Italia in una posizione minoritaria, perlomeno in Europa[11].

La sentenza della Corte che dichiara incostituzionale il divieto assoluto di fecondazione eterologa rappresenta un importante passo avanti, ma non c'è dubbio che l'impianto complessivo della legge risenta ancora dell'impostazione di fondo e, nonostante la parziale "riscrittura", mantenga aspetti che continuano a rivelarne la genesi per così dire "controtendenziale"e la sua natura di corpo estraneo rispetto ad un ordinamento largamente informato ad una logica diversa da quella che ispira la legge stessa.

2. L'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa

L'impianto della pronuncia si regge su tre pilastri che fondano altrettanti profili di incostituzionalità: l'irragionevolezza del divieto posto per evitare i rischi di una genitorialità che non contempli anche la piena condivisione del patrimonio genetico; l'irrazionalità dell'impedimento all'utilizzo di pratiche terapeutiche che la scienza medica ritiene idonee alla tutela della salute; la disparità di trattamento che le coppie affette da sterilità assoluta riceverebbero rispetto a coloro che presentano una patologia più lieve[12].

Sul primo profilo la Corte si sofferma con particolare attenzione individuando, prima, la natura della aspirazione a diventare genitori e, poi, il tipo di tutela che deve essere assicurata al nato. Successivamente si interroga sulla ragionevolezza del bilanciamento fra le due situazioni individuate.

L'aspirazione di una coppia ad avere dei figli è qualificata dalla Corte come espressione di una libertà, una libertà fondamentale ed essenziale nel nostro sistema costituzionale: quella di autodeterminarsi e conseguentemente di realizzare se stessi nel modo in cui la propria personalità lo esige per potersi pienamente sviluppare. Il fondamento costituzionale che regge la tutela della scelta di diventare

7 Le ordinanze di rimessione sono Tribunale di Roma, ordinanza del 14 gennaio 2014 e Tribunale di Roma, ordinanza del 28 febbraio 2014.

8 G. Ferrando, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Famiglia e diritto*, 5, 2011, p. 520; nello stesso senso S. Agosta, *Bioetica e Costituzione. Le scelte esistenziali di inizio vita*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 181 ss.

9 Come previsto nel suo primo articolo.

10 C. Casonato, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronti costituzionali*, www.confronticostituzionali.eu, 2014.

11 Con riferimento alla fecondazione eterologa, ad esempio, il divieto assoluto vige, oltre che in Italia fino a poco fa, unicamente in Lituania e Turchia, essendo permessa, se pur in diversi modi e con qualche limitazione nella donazione di gameti femminili, nel resto d'Europa. Si vedano comunque in proposito C. Casonato, T.E. Frosini (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2006; A. Piga, *Leggi e norme sulla PMA: il panorama legislativo europeo*, in L. Lombardi, S. De Zorzo (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita e le sue tecnologie. Generi, tecnologie e disuguaglianze*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 111.

12 Per una ricostruzione del ragionamento della Corte si veda anche ampiamente M. D'Amico, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. "fecondazione eterologa"*, in M. D'Amico, M.P. Costantini (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto della "fecondazione eterologa"*, cit., pp. 13 ss.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

genitori si basa, quindi, prima ancora che sulla protezione della famiglia (articolo 31) e sulla tutela giuridica delle pretese che ne derivano, sul riconoscimento dei diritti fondamentali della persona umana e sulla tutela offerta al suo pieno sviluppo come individuo (articoli 2 e 3)[13].

L'ancoraggio della scelta di diventare genitori alla garanzia costituzionale della sfera più intima e intangibile della persona non comporta che tale scelta debba esplicarsi senza limiti, ma fa sì che la legittimità di questi ultimi debba essere sottoposta, già di per se stessa, ad uno scrutinio particolarmente rigoroso. In questa prospettiva la previsione di un divieto assoluto, come quello relativo alle pratiche di fecondazione eterologa, è ammissibile soltanto laddove rappresenti l'unica modalità per assicurare adeguata tutela ad un diritto meritevole di analoga garanzia[14]. Diviene quindi importante comprendere quale sia la situazione giuridica soggettiva che si contrappone alla scelta di divenire genitori tramite fecondazione eterologa.

La Corte non accoglie le considerazioni dell'Avvocatura dello Stato sulla presunta esistenza di un rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale, rischio che discenderebbe dal possibile disagio della persona nata attraverso una fecondazione eterologa nell'apprendere che i suoi genitori non gli hanno trasmesso il proprio patrimonio genetico. Si tratta di una evenienza che, pur possibile, per la Corte non giustifica un esito del bilanciamento fra diritti che esiti nel completo sacrificio della scelta di genitorialità delle persone con sterilità assoluta.

Sia consentito qui aggiungere un'ulteriore considerazione a proposito di come l'irragionevolezza del modo in cui si vuole tutelare il nato da una peraltro solo eventuale sofferenza psicologica si manifesti non solo attraverso l'eccesso della totale compressione di un diritto fondamentale, ma anche e soprattutto attraverso l'impedire lo stesso venir ad esistenza di chi dalle modalità del proprio concepimento potrebbe ricevere un turbamento. Per evitare che i nati da fecondazione eterologa possano un giorno provare un eventuale disagio dalla mancata condivisione del proprio patrimonio genetico con quello dei genitori, si impedisce ad essi di esistere, proibendo l'unica modalità che consentirebbe loro di nascere. Tutto ciò senza voler considerare poi che tale potenziale disagio è in buona parte frutto proprio del modo in cui si sostiene di volerlo evitare. La stigmatizzazione della fecondazione eterologa nell'ambito del discorso giuridico alimenta inevitabilmente la diffidenza della collettività nei confronti delle pratiche che la consentono e rende complessa anche la accettazione di questa modalità di costituzione dei legami genitoriali. È il paradosso spesso trascurato da chi condannando certe scelte di vita che coinvolgono i genitori con l'intento di proteggerne i figli da certe forme di sofferenza psicologica, finisce per alimentare, o peggio, per creare le condizioni che a quella sofferenza danno origine.

Altra questione è quella del diritto alla conoscenza della propria identità genetica. A questo proposito la Corte considera come le soluzioni prospettabili siano diverse ed abbiano trovato varie applicazioni nelle ipotesi dell'adozione e della mancata menzione della madre nell'atto di nascita. Al tempo stesso i giudici si dimostrano però anche consapevoli della specificità del caso della donazione di gameti, probabilmente più simile ad una donazione di cellule che alla rottura (volontaria o meno) del legame genitoriale con la propria prole. In questa prospettiva ritengono che l'attuale disciplina concernente la donazione di cellule e tessuti umani, pur non riguardando espressamente il caso della donazione di gameti, contenga principi generali che, in assenza di una apposita regolazione, possono ritenersi applicabili anche alla donazione a fini riproduttivi. Come è noto, la cessione di cellule e tessuti umani è coperta dalla previsione dell'anonimato del donatore, un anonimato che la Corte ammette implicitamente essere compatibile con la Costituzione anche nel caso di specie, senza quindi costituire ostacolo ad una pronuncia che elimini il divieto dell'impiego a fini riproduttivi dei gameti donati.

Il secondo e il terzo ordine di argomenti su cui si basa la pronuncia in esame sono legati entrambi al fondamentale diritto alla salute della coppia[15]. Un primo significativo elemento da sottolineare a

13 In tema di "diritto alla procreazione" si vedano A. D'Aloia, P. Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, in S. Rodotà, P. Zatti, (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 1342; G. Baldini, *Libertà procreativa e fecondazione artificiale. Riflessioni a margine delle prime applicazioni giurisprudenziali*, Napoli, ESI, 2006; F. Mannella, *La difficile elaborazione del "diritto ad avere un figlio" tra bilanciamenti legislativi e giurisprudenziali*, in *Federalismi*, www.federalismi.it, 2012 e, da ultimo, proprio con riferimento alla sentenza qui commentata, B. Liberali, *Il diritto alla procreazione: quale fondamento costituzionale?*, in M. D'Amico, M.P. Costantini (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto della "fecondazione eterologa"*, cit., pp. 65 ss.

14 In questo senso v. anche Corte costituzionale, sentenza del 12-24 luglio 2000, n. 332.

15 G. Repetto, *"Non di sola CEDU..." La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa*, in *Diritto pubblico*, 2013, *passim*, spec. pp. 158 ss., ha segnalato lucidamente come l'impiego dell'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, conseguentemente, del diritto alla vita privata e familiare, nel dibattito nazionale sulla fecondazione assistita abbia troppo spesso lasciato in ombra il fatto che il parametro fondamentale per affrontare la questione riposa inevitabilmente sull'articolo 32 della Costituzione e quindi sul diritto alla salute. Un diritto di "più robusta tessitura" rispetto a quello europeo alla vita privata e familiare, in quanto rappresentativo della "cristallizzazione, al tempo stesso, di un profilo di libertà e di una matrice sociale, da cui il collegamento preferenziale con l'art. 3, co. 2 e l'art. 13 Cost.".

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

questo proposito è quello dell'ancoraggio della scelta di divenire genitori al raggiungimento di quel benessere psicofisico in cui si sostanzia la salute. Per la Corte non si tratta, quindi, soltanto di garantire la realizzazione di una aspirazione che concretizza il diritto alla propria autodeterminazione, ma anche di consentire a delle persone di raggiungere uno stato di salute e comunque di evitare il disagio psichico che discenderebbe dall'impedire loro di conseguirlo.

L'impiego del parametro dell'articolo 32 della Costituzione è funzionale innanzi tutto a ridimensionare la discrezionalità del legislatore, che non può, in materia di salute, far prevalere in via assoluta le proprie valutazioni politiche sugli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali. In altre parole, la scelta legislativa deve prendere in seria considerazione l'esistenza di pratiche terapeutiche che mirano a risolvere problemi di salute, assumendosi la responsabilità di vietarne l'impiego solo laddove questo sia l'unico modo per garantire diritti costituzionali altrettanto fondamentali. Diversamente la proibizione si traduce in una lesione del diritto alla salute[16].

In questo modo la Corte aggancia la propria pronuncia alla precedente sentenza sulla medesima legge, la già citata 151 del 2009. In quest'ultima occasione i giudici non avevano infatti mancato di sottolineare come, fermo restando il potere del legislatore di intervenire in modo conforme ai precetti costituzionali, «in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali»,.

L'altra conseguenza che la Corte trae dal richiamo al diritto costituzionale alla salute è l'irrazionale disparità di trattamento di una patologia riproduttiva rispetto ad un'altra. Come sopra già segnalato la proibizione relativa all'impiego di tecniche di assistenza alla fecondazione che utilizzano gameti donati opera in danno alle coppie affette da patologie più gravi, permettendo unicamente la soluzione di problemi di sterilità di coppia più lievi. La irrazionalità deriva quindi anche dalla considerazione della finalità terapeutica dei trattamenti in discussione, finalità che impone al giudice chiamato a verificarne la costituzionalità di confrontarli con quanto risulti terapeuticamente possibile in casi simili[17]. I giudici nell'esporre siffatto argomento si preoccupano anche di rispondere in anticipo alla possibile obiezione di chi volesse porre l'accento sul fatto che le due situazioni, quella di chi ha bisogno di gameti esterni alla coppia e quella di chi invece non ne ha bisogno, non siano del tutto assimilabili. Per la Corte una norma che tratti in modo radicalmente differenziato fattispecie che, pur diverse, sono ragionevolmente analoghe è comunque intrinsecamente irrazionale e con ciò lesiva del principio costituzionale di eguaglianza[18].

A mettere in crisi il rispetto di tale principio secondo i giudici c'è anche un elemento di fatto, di certo non disponibile al legislatore nazionale, ma del quale questi non può non tenere debito conto. Ci si riferisce qui alla circostanza per cui la pratica della fecondazione eterologa è consentita già nella quasi totalità degli altri Paesi europei e questo permette alle coppie con sufficiente capacità economica di usufruire di tali trattamenti all'estero. Ciò evidentemente discrimina le coppie che, non disponendo dei mezzi necessari, non possono a tal fine che rivolgersi alla sanità italiana. In tale argomento, a dire invero piuttosto inconsueto nella giurisprudenza costituzionale, si coglie tutta la forza delle conseguenze che derivano dall'aggancio della scelta della coppia di avere figli al diritto alla salute. Se, infatti, fosse mancato il riferimento a tale fondamentale diritto, si può plausibilmente ritenere che la Corte non avrebbe ritenuto rilevante, ai fini dell'integrazione della violazione del principio di eguaglianza, il diverso trattamento riservato in materia da legislazioni di Stati diversi dal nostro. Nel caso della salute, invece, le soluzioni terapeutiche che soddisfano il diritto sono sviluppate nell'ambito di una comunità scientifica che ha una inevitabile dimensione internazionale, se non globale, e quindi quanto previsto in Paesi diversi può divenire rilevante nella considerazione complessiva della legittimità delle scelte effettuate dal nostro.

16 A. Morrone, *Ubi scientia, ibi iura,* in *Consulta on line*, www.giurcost.org, 2014, considera a questo proposito come i diritti della persona finiscano per dipendere sempre più dalla scienza che non è più solo strumentale ad essi, ma anche loro creatrice. Per l'autore "questo ruolo cruciale della scienza nella definizione della persona e dei suoi diritti pare neutralizzare anche il contenuto morale del diritto costituzionale che invece rappresenta l'essenza dello stato costituzionale". Non si condivide tale posizione, che non pare tenere sufficientemente conto del fatto che la Corte non slega mai dall'idea costituzionale di salute il diritto all'impiego dei mezzi che la scienza mette a disposizione dell'uomo. Lo dimostrano, infatti, i diversi limiti all'impiego delle tecnologie per la riproduzione umana che la Corte stessa non manca di richiamare, come ad esempio quello che impedisce la clonazione. Del resto non può non considerarsi anche come la quasi totalità delle pretese garantite collegate al diritto alla salute sorga in corrispondenza della individuazione da parte della scienza delle corrispondenti soluzioni terapeutiche, senza che questo necessariamente capovolga il rapporto di strumentalità della scienza rispetto al benessere della persona.

17 M.P. Costantini, *Il diritto alla salute e la tutela del nato nella pronuncia costituzionale*, in M. D'Amico, M.P. Costantini (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto della "fecondazione eterologa"*, cit., pp. 41 ss.

18 La Corte richiama qui la propria sentenza del 26 ottobre - 3 novembre 1988, n. 1009.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

3. Quale disciplina per la fecondazione eterologa?

Dopo aver riconosciuto l'incostituzionalità del divieto di ricorrere a tecniche di fecondazione che utilizzino gameti esterni alla coppia, i giudici costituzionali si fanno carico di dimostrare come, una volta eliminato tale divieto, non si realizzi quel paventato vuoto normativo che secondo alcuni esporrebbe la salute delle coppie e quella dei nati ai pericoli derivanti dall'incertezza delle relazioni in questo modo costituitesi, nonché dai possibili abusi della pratica fecondativa.

La Corte esclude che possano rivivere le norme originariamente abrogate dalla legge 40, ma dimostra, al tempo stesso, come quelle che restano vigenti siano in larga misura sufficienti alla disciplina della fecondazione eterologa.

In parte ciò dipende dalla circostanza per cui il legislatore della legge 40, consapevole del fatto che ciò che vietava in Italia era possibile in quasi tutto il resto d'Europa, si era già preoccupato di regolare l'ipotesi in cui una coppia, recatasi all'estero a questo fine, avesse effettivamente concepito un bambino utilizzando gameti donati. Quindi risultano oggi regolati dalla stessa legge oggetto di scrutinio di costituzionalità molti degli aspetti che riguardano la genitorialità eterologa.

In primo luogo la certezza "giuridica" di paternità e maternità del figlio nato a seguito di una fecondazione con gameti esterni alla coppia, a garanzia del figlio stesso e a protezione della famiglia in questo modo costituita. Ai sensi dell'articolo 9 della legge 40, il ricorso alla fecondazione eterologa non consente al coniuge o al convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti di esercitare l'azione di disconoscimento di paternità e la madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata nell'atto di nascita del figlio. Il quadro è completato dalla previsione, anch'essa vigente, in base alla quale il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto, né essere titolare di obblighi.

Non è possibile non notare qui la particolare tutela che viene offerta alla relazione di genitorialità con coloro che anche la legge considera il padre e la madre del figlio nato da fecondazione eterologa, una tutela che appare molto più stringente di quanto accada nel caso di concepimento cosiddetto "naturale". In questo caso il bilanciamento fra i diritti del figlio concepito attraverso una donazione di gameti e i diritti del padre e della madre sposta l'ago verso i primi, proteggendo il nato ed assicurando ad esso un legame giuridicamente indissolubile con i genitori.

Per quanto concerne la pratica di fecondazione, la Corte ritiene correttamente che la disciplina dettata dalla legge con limitato riferimento all'unica prevista come possibile, quella cosiddetta omologa, valga ora anche per quella eterologa. Basterà allora far riferimento alle disposizioni della legge 40 per sapere chi può accedervi: coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi, in cui uno od entrambi i partner siano affetti da sterilità o infertilità assolute; in che modo debba svolgersi il procedimento terapeutico: gradualità delle tecniche e consenso informato della coppia che vi si sottopone; presso quali strutture: pubbliche e private autorizzate dalle regioni e iscritte al relativo registro nazionale; e, infine, ciò che resta vietato: la commercializzazione di gameti ed embrioni e la surrogazione nella gestazione.

Per ciò che non è ricavabile dalla legge 40, la Corte ritiene possano valere alcuni principi discendenti da altre leggi vigenti. In particolare la disciplina sulla donazione di cellule e tessuti umani[19] che prevede la gratuità e volontarietà della donazione, disciplina le modalità del consenso del donatore, ne prevede, come già considerato, l' anonimato e, infine, regola le esigenze di tutela del donatore e del ricevente sotto il profilo sanitario.

Per quanto sempre possibile, i giudici costituzionali mostrano quindi di ritenere che un nuovo intervento legislativo che disciplini organicamente la materia non è necessario per rendere praticabili sin da subito i trattamenti di fecondazione con gameti donati anche nel nostro Paese. Nella sentenza ci si limita a richiamare la necessità di un aggiornamento delle linee guida del Ministero, con riferimento, peraltro, alla sola questione del numero delle donazioni possibili da parte del medesimo donatore di gameti.

L'approccio del Governo alla questione è tuttavia ben diverso. Nel mese di agosto, prima della pausa estiva, il Ministro della salute ha indirizzato ai capigruppo delle camere una comunicazione in cui esprime l'avviso, condiviso in Consiglio dei Ministri, di procedere in via legislativa all'introduzione della procreazione eterologa nel nostro ordinamento. La rinuncia a completare subito le regole già esistenti in materia con un intervento sulle linee guida, e quindi la scelta di procrastinare gli effetti della sentenza, non ha tuttavia impedito ad alcune regioni di adottare provvedimenti che mirano a rendere

19 Decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 191.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

immediatamente operative le pratiche di fecondazione eterologa[20]. Non sono mancate neanche le prime pronunce di giudici che, alla luce della sentenza della Corte, dichiarano l'obbligo delle strutture in cui si pratica la fecondazione assistita di procedere con trattamenti che prevedono l'impiego di gameti donati, laddove questo sia richiesto dalla coppia e rappresenti l'unica modalità per rimuovere gli effetti della sterilità[21].

4. Una legge che resta "arretrata"

Come anticipato in premessa, per quanto ampiamente ridimensionata rispetto al suo dettato originario, la disciplina italiana sulla riproduzione medicalmente assistita resta debitrice della impostazione "repressiva" che ha portato alla sua adozione. Questo comporta che, nonostante i tentativi di adeguamento del suo dettato alla Costituzione, la legge 40 sia condannata ad essere sempre, per così dire, un passo indietro rispetto ad una lettura ricca dei diritti che la nostra carta fondamentale contiene.

Il dato principale che consente di cogliere tutto questo riguarda l'arretramento della tutela della donna nel processo procreativo.

L'autonomia e la specificità dell'esperienza femminile nella procreazione appaiono dissolte dal legislatore all'ombra dei due nuovi protagonisti: il concepito e la coppia.

Le conseguenze sono diverse: più dirompenti quelle che derivano dalla scelta di porre l'ovocita fecondato su un piano di assoluta parità con i soggetti di diritto coinvolti nelle pratiche di procreazione assistita[22], compresa colei che lo porterà in grembo[23], meno evidenti, ma proprio per questo più difficili da rimuovere, quelle che discendono dal protagonismo unico e assoluto della coppia nel percorso riproduttivo.

Quanto alle prime, possiamo constatare come buona parte di esse siano state finalmente rimosse grazie all'opera dei giudici.

È il caso della previsione che poneva un limite al numero degli embrioni da creare, imponendone il contemporaneo impianto e non richiedendo il previo consenso informato della ricevente, immaginata proprio come modalità di garanzia di ogni embrione formato ad avere una *chance* di nascita e dettata in spregio alla necessaria tutela anche della salute della donna.

Altre conseguenze restano da superare, come quella dell'impossibilità di ricorrere alla fecondazione in vitro, e quindi alla diagnosi preimpianto, per le persone non sterili, ma affette da gravi malat-

20 È il caso della Toscana che il 28 luglio 2014 ha adottato una delibera (pubblicata il 6 agosto 2014) contenente "Direttive sulla procreazione medicalmente assistita eterologa" e che mira a rendere immediatamente operativa la possibilità di procedere a tali trattamenti nell'ambito dei centri che in Toscana praticano la procreazione medicalmente assistita. Anche la regione Emilia Romagna ha preannunciato iniziative per rendere operativo il quadro normativo che emerge dalla pronuncia della Corte. Da ultimo il Governatore del Piemonte ha dichiarato che la propria regione si appresta ad adottare una decisione analoga a quella già assunta in Toscana.

21 Così il Tribunale di Bologna con due ordinanze del 14 agosto 2014.

22 Si vedano in materia le considerazioni di M.R. Marella, *La logica e i limiti del diritto nella procreazione medicalmente assistita*, in *Costituzionalismo.it*, www.costituzionalismo.it, 2005; ad interrogarsi e far riflettere su come tutto ciò in realtà abbia radici ben più lontane e approfondite del dibattito sulla procreazione assistita è S. Niccolai, *La legge sulla fecondazione assistita e l'eredità dell'aborto*, ivi. Sull'approccio del nostro ordinamento rispetto alla tutela del concepito si veda ampiamente A. Valongo, *Il concepito come soggetto dell'ordinamento*, Iseg, Perugia, 2011.

23 Nella nostra Costituzione sarebbe difficile se non impossibile rintracciare un divieto di attribuzione di soggettività all'embrione da parte di una legge. Ma una decisione del genere, se pur non astrattamente in contrasto con il testo costituzionale, fa retrocedere l'ordinamento rispetto alla direzione di sviluppo dei diritti della donna in materia di procreazione, così come si sono andati articolando e consolidando fino ad oggi. Per cogliere la portata di tutto questo è sufficiente ricordare la storica pronuncia n. 27 del 18 febbraio 1975, con la quale la Corte costituzionale, aprendo la strada alla disciplina legislativa dell'interruzione volontaria di gravidanza, ebbe a chiarire come "non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare". Un passaggio, questo, in cui, significativamente, la questione del rapporto fra madre e concepito non viene proposta nella prospettiva del bilanciamento fra diritti, ma nell'ottica della relazione fra un diritto: quello della donna gestante, e una protezione (la salvaguardia) che l'ordinamento assicura all'embrione. Anche in tempi più recenti tale impostazione è stata ribadita dalla Cassazione con la sentenza, 2 ottobre 2012, n. 16754 che, nel riconoscere tutela risarcitoria anche al bambino nato con malformazioni congenite non rilevate per mancata indicazione da parte del medico dei test diagnostici prenatali idonei a metterle in evidenza, ha ricordato come, prima della nascita, l'embrione e poi il feto siano destinatari di protezione giuridica, ma non soggetti di diritto.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

tie geneticamente trasmissibili[24]. La condanna subita dall'Italia in proposito[25] ha trovato ragione per i giudici di Strasburgo proprio nell'irragionevolezza che deriva dall'impedire ad una donna di accedere a tecniche che consentono di verificare lo stato di salute di un embrione prima di impiantarlo, consentendole invece di effettuare esami diagnostici durante la gravidanza e di interromperla in conseguenza dell'esito di questi sulla propria salute[26].

Degli effetti della soggettivizzazione dell'ovocita fecondato sull'impianto della legge 40 molto si è scritto[27], sottolineando, in particolare, come si trattasse di un evidente tentativo di rimettere in discussione l'impostazione gradualistica della tutela della vita nascente che, anche nella lettura che ne ha dato la Corte costituzionale, non può essere posta sul medesimo piano di quella della donna gestante, pur condizionandone le scelte e la tutela della salute. Il confronto con la legge sull'interruzione volontaria di gravidanza è stato inevitabile ed ha consentito di cogliere con immediatezza i punti nei quali la disciplina sacrificava proprio la salute della donna occultandola dietro l'immagine di un corpo funzionale alla gestazione del soggetto embrione. Il dibattito giurisdizionale non ha dovuto far altro che riprendere gli argomenti già sviluppati con riferimento alla necessaria tutela della salute femminile per evitare che sul punto l'ordinamento "tornasse indietro".

Una questione solo in parte diversa è quella che riguarda la scomparsa della specificità dell'esperienza femminile nella procreazione all'ombra della coppia eterosessuale coniugata o convivente. Nella legge 40 la donna subisce una sorta di scomposizione: è membro della coppia e corpo strumentale alla realizzazione del progetto genitoriale di questa stessa coppia. Ma non si tratta di una moltiplicazione di ruoli, ovviamente, quanto di una sottrazione, che deriva dalla separazione della funzione riproduttiva dalla persona e, quindi, dalla attenuazione delle conseguenze in termini di salute e autodeterminazione che derivano dalla unicità di corpo e individuo.

Se anche a questo proposito si fa un confronto con la disciplina dell'interruzione volontaria della gravidanza, la distanza è evidente. In quest'ultima la relazione del medico, del consultorio e della struttura sanitaria con il "padre del concepito" è prevista soltanto laddove "la donna lo consenta"; nella legge 40 tutti gli aspetti, dall'informazione, al consenso, fino agli interventi medici e alle conseguenze giuridiche sono presentanti sempre e soltanto come relativi alla coppia. Non si ignorano le differenze fra la richiesta di una interruzione di gravidanze e quella di accedere ad una fecondazione assistita, ma piuttosto si considera la sproporzione fra una disciplina, quella relativa al primo caso, in cui la centralità della donna, che pure potrebbe aver concepito all'interno di un matrimonio, si concretizza nella protezione della sua autodeterminazione anche rispetto all'altro genitore e una regolazione, quella sulla procreazione assistita, in cui persino l'informazione, che evidentemente riguarda anche aspetti medici che coinvolgono solo la donna, sia per così dire "di coppia".

La mancata considerazione per la specificità femminile salta agli occhi, anche confrontando la nostra legislazione con discipline adottate in paesi diversi, quali ad esempio la Spagna[28] in cui ad essere destinataria delle pratiche mediche relative alla fecondazione assistita è innanzi tutto la donna. Il ruolo femminile qui resta nettamente distinto da quello degli altri partecipanti al processo procreativo, ivi compreso l'eventuale marito o compagno. Il tipo di consenso e l'informazione medica richiesta ai fini dell'impianto e della futura eventuale gestazione, ad esempio, sono pensati come specificamente rivolti alla donna, il corpo, la salute e l'autodeterminazione della quale sono coinvolti in maniera diversa da quanto avvenga nel caso del partner.

Nella nostra legislazione anche il consenso è espresso dalla coppia che viene previamente informata delle condizioni mediche, oltre che psicologiche, del trattamento, come se queste fossero identiche e, di nuovo, inseparabili per uomo e donna. In questo quadro la donna è corpo recettore dell'embrione soggetto e strumento del progetto genitoriale della coppia, ma mai individuo.

24 A. Di Stefano, *Tutela del corpo femminile e diritti riproduttivi: biopotere e biodiritto nella vicenda italiana in tema di diagnosi preimpianto*, in *La comunità internazionale*, 2013, p. 745.

25 Corte europea dei diritti umani, sentenza del 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*, n. 54270/10, su cui C. Nardocci, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in *Rivista AIC*, 2013, www.rivistaaic.it, e da ultimo, A. Iannuzzi, V. Zambrano, *Sentenza Costa e Pavan: il giorno dopo. L'emersione del "desiderio" di concepire un figlio sano come paradigma delle interazioni tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Costituzionalismo.it*, www.costituzionalismo.it, 2014.

26 Sulla praticabilità della fecondazione assistita da parte di persone non sterili, a fini di diagnosi preimpianto, come già accennato, si attende una pronuncia di costituzionalità da parte della Corte.

27 Si vedano in proposito le significative considerazioni di T. Pitch, *L'embrione e il corpo femminile*, in *Costituzionalismo.it*, www.costituzionalismo.it, 2005 e M. Manetti, *La questione dell'embrione nel quadro dei principi costituzionali*, ivi.

28 Ley 26 maggio 2006, n. 14.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Il peso di questa impostazione si riflette inevitabilmente anche nel discorso giuridico, compreso quello dei giudici della consulta[29]. In questo senso e con riferimento alla sentenza in esame è significativo che i due diritti costituzionali sui quali si fonda la pronuncia, autodeterminazione e salute, siano sempre declinati come diritti della coppia senza distinguerne la possibile diversa articolazione con riferimento all'uomo e alla donna.

Nel caso della salute l'occultamento della donna dietro il protagonismo della coppia negli argomenti della Corte colpisce particolarmente: l'accento è posto esclusivamente sulla salute psicologica e si trascura la dimensione corporea del benessere in cui essa consiste. Questo è l'unico modo per non scindere fra membri della coppia, accomunati nel disagio psicologico che deriva dal non poter essere genitori, ma inevitabilmente soggetti di esperienze diverse, e quindi di un diverso rapporto con la salute fisica, nel momento in cui entra in gioco la corporeità. Quando questa fa la sua fugace comparsa negli argomenti della Corte, non c'è alcuna specifica considerazione per la specificità femminile ed è così che il richiamo alla "legittimità degli atti dispositivi del proprio corpo quando rivolti alla tutela della salute" rimanda all'inquietante immagine di una fisicità separata dalla personalità individuale e disciplinata per essere strumento di un progetto che in parte è anche di altri. Il fatto che questo altro da sé sia il partner che si è scelto per costruire una famiglia non vale a rendere meno scioccante il rischio di perdita di dominio sulla propria corporeità da parte della donna che appare insito nel discorso giuridico sulla procreazione medicalmente assistita[30].

5. Quali prospettive per la procreazione nell'ambito della coppia omosessuale?

Le conseguenze dell'occultamento del ruolo femminile nel processo procreativo dietro l'onnipresente coppia si colgono anche in relazione alle prospettive di evoluzione della disciplina della procreazione assistita nella direzione della realizzazione di un scelta genitoriale che si ambienti in una relazione fra persone dello stesso sesso[31].

Naturalmente la genitorialità omosessuale passa, innanzi tutto, per il previo riconoscimento e garanzia anche giuridica delle relazioni familiari che due persone dello stesso sesso intendano creare e per la rimozione della discriminazione che si realizza limitando l'accesso alle tecniche di assistenza medica alla procreazione alle sole coppie eterosessuali. Non c'è dubbio, tuttavia, che un ruolo importante nel processo di pieno riconoscimento del diritto delle persone omosessuali a realizzare la propria aspirazione genitoriale lo abbia anche la valorizzazione dell'autodeterminazione individuale nel percorso della procreazione assistita, con particolare riferimento al ruolo della donna.

29 Ma i nostri giudici costituzionali non sono gli unici a trascurare la specificità del ruolo femminile nella procreazione. Non si può non citare a questo proposito la sentenza della Corte europea dei diritti umani, *Dickson c. Regno Unito*, 4 dicembre 2007, n. 44362, in cui la compatibilità con l'articolo 8 della Convenzione del diniego di accesso alla procreazione assistita per una coppia, il cui coniuge maschile si trova in carcere, è tutta argomentata in considerazione degli interessi dello Stato e dell'ammissibilità delle limitazioni poste ai diritti fondamentali del carcerato, dimenticando completamente il diritto della donna, non incarcerata ma coniugata con un uomo in carcere, a procreare. In questo senso, si vedano le significative considerazioni di A. Ciervo, *Che fine ha fatto la signora Dickinson? La Corte di Strasburgo e "the forgotten person"*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2006.

30 Se pure il riferimento alla "perdita di dominio sulla propria corporeità" possa apparire ad alcuni eccessivo nel momento in cui si tratta dell'approccio dell'ordinamento alla procreazione assistita, resta per chi scrive efficace nel descrivere una situazione in cui la mancata considerazione per l'autodeterminazione della donna in maniera specifica e distinta e, quindi, l'assoluto protagonismo dei diritti del concepito, da un lato, e della coppia, dall'altro, comporta il rischio di aprire la strada all'idea di una strumentalità del corpo femminile nel bilanciamento fra le diverse posizioni. Del resto non c'è dubbio che un pericolo del genere si fosse già concretizzato nella previsione dell'obbligo di un unico e contemporaneo impianto degli embrioni formati in vitro, immaginato dal legislatore come soluzione di incontro fra il diritto della coppia alla realizzazione del proprio progetto genitoriale e il diritto del concepito.

31 In materia ampiamente A. Schuster (a cura di), *Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano-Udine, Mimesis, 2011. Sul quadro italiano, A. Lorenzetti, *Filiazione e omogenitorialità: necessità di trattamento omogeneo o persistenza del paradigma eterosessuale?*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *Unioni e matrimoni* same-sex *dopo la dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, Jovene, 2011, p. 241. Più di recente A. Sperti, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali e il dialogo globale delle corti costituzionali*, Pisa, Pisa University Press, 2013, pp. 115 ss.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

In Italia la via per giungere ad una disciplina delle relazioni familiari createsi all'interno dell'unione omosessuale è ancora lunga[32]. Anche a questo proposito la coppia eterosessuale resta dominante nella regolazione delle relazioni affettive e parentali e il riferimento non solo al matrimonio, ma anche alla famiglia è riservato unicamente a tale tipo di rapporto[33].

In materia riproduttiva, la dissoluzione all'interno di questo modello di coppia dell'autonomia della donna chiude anche il più piccolo spiraglio verso una procreazione che si ambienti nell'ambito di una relazione omosessuale, impedendo persino un inizio di ragionamento su ciò che in molte realtà è preliminare alla genitorialità nell'unione di persone dello stesso sesso, ovvero l'accessibilità alla procreazione assistita tramite donazione di gameti da parte della donna *single* e la surrogazione della gestazione da parte di una donna che accetti di portare avanti una gravidanza per la realizzazione della genitorialità di altri[34].

In questi ambiti[35] qualche prima apertura anche in Italia potrebbe aversi soltanto percorrendo preliminarmente la via del riconoscimento della dimensione anche personale del processo procreativo e valorizzando la specificità delle esperienze, nonché il modo in cui queste realizzano la personalità di ciascuno. L'individualizzazione della considerazione giuridica attinente la riproduzione con riferimento separato a ciascuno dei due partner, infatti, è un passaggio fondamentale per consentire al principio personalistico che sorregge il nostro impianto costituzionale di innescare quel fruttuoso rapporto fra disciplina delle vicende che coinvolgono i diritti individuali e garanzia della possibilità che ciascuno attraverso di essi possa perseguire la propria piena realizzazione come persona. Solo in tale prospettiva possono aprirsi spiragli di sviluppo della regolazione in materia di procreazione assistita in direzioni che amplino le ipotesi in cui questa è legittima e in questo modo dischiudano perlomeno la possibilità di affrontare dal punto di vista giuridico la questione della realizzazione dell'aspirazione alla genitorialità delle persone omosessuali.

32 B. Pezzini (a cura di), *Genere e diritto. Come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere*, II, Bergamo, Bergamo University Press, 2012.

33 Il tema è ampiamente trattato anche nel numero 1 del 2014 di questa rivista e di recente è stato ripreso da molti commentatori in occasione della pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale, sentenza dell'11 giugno 2014, n. 170. Su quest'ultima v. le considerazioni di P. Veronesi, *Una anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il "caso Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2014. Mette bene in evidenza le conseguenze, anche fortemente discriminatorie, del legame fra eterosessualità e matrimonio anche A. Pugiotto, *Una lettura non reticente della sentenza 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, ivi. Si veda anche R. Romboli, *Il diritto "consentito" al matrimonio e il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 1629 ss.; M. Segni, *Matrimonio omosessuale: novità dall'Europa?*, in *Famiglia e diritto*, 2014, p. 673, che segnala anche come l'incidenza del diritto europeo in materia di diritti familiari delle coppie omosessuali non possa non arrivare a riflettersi, se pure in prospettiva futura, sulla libertà procreativa, aprendo la strada perlomeno alla donazione di gameti per consentire la maternità anche nell'ambito di una unione fra donne. La Corte costituzionale, invece, nelle pronunce in cui si è occupata della legittimità della mancata previsione della possibilità di stringere un legame matrimoniale da parte delle persone omosessuali ha implicitamente ritenuto legittima anche l'impossibilità di considerare l'unione sentimentale fra individui dello stesso sesso come costitutiva di un rapporto qualificabile come familiare. Anche nella sentenza in commento si ripropone il rapporto fra eterosessualità e famiglia. I giudici, infatti fanno riferimento al concetto di famiglia per osservare come la Costituzione non ponga una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli e richiamano due precedenti sentenze in cui si dichiarava l'incostituzionalità di normative che prevedevano determinati requisiti di durata del matrimonio contratto in tarda età (e quindi senza la prospettiva della filiazione) per riconoscere al coniuge la pensione di reversibilità. È interessante, se pur di passaggio, considerare come in questa occasione la Corte riconosca espressamente come il legame matrimoniale possa avere come legittimo scopo quello di "affrontare, nelle migliori reciproche condizioni di vita, le quotidiane esigenze". Uno scopo che ben può essere conseguito anche da chi scelga come compagna o compagno di vita una persona del proprio stesso sesso.

34 Nel primo caso la scelta di una donna di divenire madre grazie alla donazione di gameti maschili e la successiva adozione del di lei figlio da parte della compagna è il modo in cui in diversi Paesi europei si realizza già oggi un progetto di genitorialità condivisa all'interno di una coppia omosessuale femminile. È l'ipotesi appena verificatasi anche in Italia con la pronuncia del Tribunale di Roma del 30 luglio di quest'anno, che ha consentito l'adozione, ai sensi del titolo IV della legge 184 del 1983 (adozione in casi particolari), della figlia della compagna da parte di una donna che con essa ha condiviso un progetto comune di genitorialità sin dal concepimento, avvenuto tramite fecondazione eterologa all'estero. Per una ricognizione dell'evoluzione della giurisprudenza europea in merito ad adozione e orientamento sessuale dell'adottante si veda E. Lamarque, *Adozione da parte dei single omo e eterosessuali: i paesi del Consiglio d'Europa stanno perdendo il loro margine di apprezzamento?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2012. La surrogazione di gestazione, unita alla donazione di gameti femminili, rappresenta invece un modo in cui, per ora e soltanto al di fuori dell'Europa, una coppia omosessuale maschile può realizzare l'aspirazione ad un figlio.

35 Genitorialità della donna single e gestazione per altri.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Un esempio di come la distinta considerazione per i partner e per i diritti individuali di ciascuno possa aprire interrogativi sulle scelte fatte dall'ordinamento in una nuova e diversa prospettiva può essere utile. È il caso della riconquistata fecondazione eterologa che, se rimette su un piano di eguaglianza le coppie: quelle con problemi di sterilità risolvibili tramite l'uso di gameti propri e quelle che invece necessitano di gameti donati, evidenzia nuove forme di disparità. Grazie alla ripristinata possibilità di tale pratica, infatti, le donne legate ad una persona che, pur incapace di procreare, sia di sesso maschile possono veder pienamente realizzata la propria aspirazione a vivere anche fisicamente gravidanza e maternità, intesa anche quest'ultima sul piano fisico come possibilità di instaurare il primo legame con il nato e come possibilità di allattamento. Coloro che invece non siano affettivamente unite ad una persona dell'altro sesso non hanno alcuna possibilità di realizzarsi in questo senso, vedendosi preclusa la possibilità di ricorrere alla donazione di gameti maschili, consentita solo a coppie eterosessuali.

Ma anche all'interno dell'onnipresente coppia eterosessuale, laddove non si guardi alla coppia come unità indissolubile, ma si prendano in considerazione i diritti delle persone che la compongono è possibile intravedere nuove forme di diseguaglianza fra uomo e donna. La fisica impossibilità procreativa dell'uomo, grazie alla fecondazione eterologa, diviene infatti sempre risolvibile, mentre la fisica impossibilità della gestazione impedisce ancora oggi ad alcune donne di divenire madri, stante il vigente divieto di surrogazione gestatoria. Una disparità di trattamento che sacrifica la donna che desidera diventare madre, ma che viene giustificata dai più con l'argomento della necessaria tutela di un'altra donna, quella che potrebbe essere indotta a mettere a disposizione la propria capacità di sostenere una gravidanza da condizioni di disagio economico e sociale e quindi in stato di "sfruttamento". Anche questo argomento, apparentemente orientato a proteggere il ruolo femminile nella procreazione, è, perlomeno in parte, frutto della stessa separazione fra autodeterminazione della donna e sua corporeità in materia riproduttiva, che discende dal monopolio della coppia. In questo caso il corpo della donna, attraverso il divieto della surrogazione nella gestazione, viene protetto dagli effetti delle scelte che questa potrebbe fare mettendolo a disposizione per la realizzazione di una genitorialità altrui. L'ipotesi che la donna come persona, e non come membro di una coppia, compia di un atto libero, frutto di autodeterminazione nella disposizione del proprio corpo, per scopi solidaristici e senza alcun interesse economico non è nemmeno presa in considerazione[36].

Naturalmente il discorso qui avviato potrebbe proseguire con la considerazione dei diritti legati alla aspirazione dell'uomo a veder realizzata la propria personalità attraverso l'esperienza della paternità, ma quel che interessava mettere in evidenza è come fino a che il quadro di riferimento del discorso giuridico sulla procreazione assistita resta dominato dalla coppia eterosessuale, nell'ambito della quale si saldano e si confondono i diritti e l'autodeterminazione dell'uomo e della donna, forme diverse di genitorialità, da quella single, fino a quella omosessuale non sono nemmeno prospettabili in termini di possibile sviluppo della disciplina.

36 In tale questa prospettiva si consideri quanto emerso dalla ricerca condotta in 11 Paesi europei presso 1423 donatrici dalla *European Society of Human Reproduction and Embryology*, humrep.oxfordjournals.org/content/28/suppl_1/i18.abstract. Dalla rilevazione compiuta emergerebbe che la maggioranza delle donatrici agisce per scopi solidaristici con punte al di sopra dell'ottanta per cento in Francia, Belgio e Finlandia.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

*Anna Maria Lecis Cocco Ortu**

L'omogenitorialità davanti alla Corte di Strasburgo: il lento ma progressivo riconoscimento delle famiglie con due padri o due madri

Sommario

1. Introduzione – 2. La tutela della vita familiare delle coppie di persone dello stesso sesso e delle famiglie omogenitoriali – 2.1. La tutela delle coppie di persone dello stesso sesso – 2.2. La tutela delle famiglie omogenitoriali – 3. Il caso *X. e al. c. Austria* e l'illegittimità della presunzione di inidoneità delle coppie omosessuali a crescere dei figli – 4. Le tendenze della giurisprudenza in materia – 4.1. Una costante nella tutela dei diritti: la progressiva erosione del margine di apprezzamento – 4.2. Un nuovo principio guida nella materia: il superamento della presunzione di inidoneità delle coppie omosessuali ad essere genitori – 5. Possibili evoluzioni future.

Abstract

Il presente contributo ripercorre brevemente la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di omogenitorialità, con l'obiettivo, da un lato, di mettere in luce i principi vincolanti in materia di famiglie omogenitoriali e, dall'altro, di delineare i principali tratti dell'evoluzione giurisprudenziale sul punto, specialmente alla luce del *leading case* in tema di adozione in seno ad una coppia di persone dello stesso, *X. e al. C. Austria* del 2013. In conclusione, vengono avanzate alcune riflessioni sulle prospettive future della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e sulle sue possibili ripercussioni su alcune discipline nazionali.

The article briefly examines the European Court of Human Rights case law on same-sex parenting and "gay families". It aims to outline, on the one hand, the bounding principles concerning the subject and, on the other, the main traits and features in the jurisprudential evolution, especially in the light of the leading case X. and Others v. Austria *of 2013. In the end, some concluding remarks are drawn on the foreseeable evolutions of the jurisprudence and on its possible consequences on some national laws.*

* Dottore di ricerca in Diritto pubblico comparato nelle Università di Siena e Aix-Marseille, ATER (*Attachée temporaire d'enseignement et recherche*) all'*Institut d'études politiques* (IEP) d'Aix-en-Provence. Relazione al convegno *La Costituzione e la discriminazione matrimoniale delle persone gay, lesbiche, e delle loro famiglie*, organizzato da Articolo29, Rete Lenford e Magistratura democratica a Roma, il 30 maggio 2014, presso la Nuova Aula dei Gruppi Parlamentari.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

1. Introduzione

Si parla di omogenitorialità con riferimento a «tutte le situazioni familiari nelle quali almeno un adulto si definisce omosessuale ed è il genitore di almeno un figlio»[1]. L'evoluzione dei modelli familiari e il graduale riconoscimento, sociale prima ancora che legale, delle coppie di persone dello stesso sesso suggerisce di declinare al plurale tale neologismo, a dispetto dell'invariabilità del termine nella lingua italiana, dal momento che oggigiorno si può parlare di "*homoparentalités*" – ovvero di distinte forme di omogenitorialità – con riferimento all'esercizio della funzione di genitore in diverse situazioni: quando il genitore legale e biologico, poi dichiaratosi omosessuale, ha avuto il figlio da una precedente relazione eterosessuale; quando una persona omosessuale diviene genitore tramite adozione o procreazione medicalmente assistita (PMA), negli ordinamenti in cui ciò è consentito ai *single*; quando entrambi i *partner* di una coppia di persone dello stesso sesso diventano genitori attraverso l'adozione o la PMA.

Per descrivere quest'ultimo modello, è spesso utilizzata l'approssimativa definizione di "famiglie omosessuali"[2], che individuerebbe appunto le famiglie formate da coppie di persone dello stesso sesso e dagli eventuali figli che con esse vanno a comporre il nucleo familiare. Ed è su quest'ultima ipotesi che ci si soffermerà particolarmente nel presente contributo, in considerazione del fatto che essa, più delle altre, consente di affrontare le questioni attinenti alla tutela dell'omogenitorialità all'interno del più ampio tema del riconoscimento delle coppie di persone dello stesso sesso e delle loro famiglie.

Trattare della protezione accordata dalla giurisprudenza europea alle famiglie omoparentali nelle quali due persone dello stesso sesso aspirano a diventare congiuntamente genitori in quanto coppia ci riconduce infatti al tema centrale del convegno, la discriminazione matrimoniale, sotto una duplice prospettiva: da un lato, com'è noto, il matrimonio è stato tradizionalmente, ed è tuttora considerato in molti ordinamenti, quale precondizione necessaria per la costituzione di rapporti di filiazione mediante l'adozione, la PMA e le presunzioni di maternità e paternità, con la conseguenza che l'impossibilità di accedere al matrimonio comporta per molte coppie omosessuali – o per uno dei *partner* della coppia – l'impossibilità di essere legalmente riconosciuti genitori; d'altro canto, la discriminazione dell'omogenitorialità è altresì la causa, oltre che la conseguenza, della discriminazione matrimoniale, in quanto proprio il timore di riconoscere giuridicamente quello che è ancora percepito come un tabù, un mostro giuridico contrario a presunte leggi di natura – il riconoscimento legale di due padri o due madri –, ha suggerito a molti legislatori di procedere al riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso mediante l'introduzione delle cosiddette unioni civili, istituti alternativi al matrimonio talvolta riservati alle sole coppie omosessuali e che si propongono spesso come la declinazione senza figli dello stesso[3].

Ciò ha prodotto quel quadro variegato che oggi osserviamo all'interno dei Paesi membri del Consiglio d'Europa e della Cedu, all'interno del quale la Corte europea dei diritti umani (di seguito anche Corte Edu o Corte) si trova a dover garantire uno *standard* minimo comune di tutela della vita familiare tra 47 Paesi dalla legislazione differente in materia.

La Corte Edu si è occupata della tutela delle famiglie omogenitoriali sotto il profilo del diritto al matrimonio, del diritto alla vita familiare e del divieto di discriminazione, sanciti rispettivamente dagli articoli 12, 8 e 14 della Convenzione e, pur senza arrivare a soluzione nette e definitive sull'accesso delle

1 Il neologismo, traduzione dal francese *homoparentalité*, sembrerebbe essere stato coniato nel 1997 dall'APGL (*Association des parents et futurs parents gay et lesbiennes*). La paternità del termine è rivendicata dall'associazione all'interno del "Piccolo glossario sull'omogenitorialità" contenuto nel sito www.apgl.fr. Sulle origini e le definizioni del concetto si veda altresì M. Grass, *L'homoparentalité*, coll. Que sais-je?, Paris, PUF, 2003.

2 L'espressione "famiglie omosessuali", utilizzata per comodità espositive, si riferisce ai nuclei familiari formati da una coppia di persone dello stesso sesso e dagli eventuali figli che con essa vadano a formare una famiglia. Si tratta indubbiamente di una definizione imprecisa, dal momento che l'orientamento sessuale dei due *partner* della coppia, impropriamente chiamato in causa per identificare questo modello familiare, non si estende ovviamente alla "famiglia". Si perdoni tuttavia in questo frangente l'impiego del termine, per distinguere le famiglie omogenitoriali dove entrambi i *partner* di una coppia omosessuale sono genitori, dalle famiglie dove solo uno dei genitori è omosessuale. Di seguito, parleremo preferibilmente di famiglie omogenitoriali per riferirci a questo modello.

3 Come fa notare A. Schuster, è soprattutto lo stretto legame tra il matrimonio religioso finalizzato alla procreazione e l'istituto giuridico per il riconoscimento legale delle coppie che vogliano instaurare una comunione di vita a rendere quella dell'omogenitorialità "una sfida notevole": così in A. Schuster, *L'abbandono del dualismo eteronormativo della famiglia*, in Id. (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano-Udine, Mimesis, 2011, p. 35. Nello stesso senso, sottolinea Francesco Bilotta come quest'approccio culturale e sociale che ricollega l'idea di matrimonio alla funzione procreativa *e quindi* genitoriale, così escludendone necessariamente le coppie omosessuali, fa parte di quell'"omonegatività" che tutt'oggi influenza fortemente le posizioni del dibattito sui diritti degli omosessuali e delle loro famiglie: F. Bilotta, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in A. Schuster (a cura di) *Omogenitorialità*, cit., p. 163 ss.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

coppie di persone dello stesso sesso all'adozione e sul riconoscimento di "due padri" e "due madri", ha formulato dei principi molto importanti.

Nella presente relazione, si intende dapprima dare brevemente conto dello stato attuale della giurisprudenza della Corte Edu e dei principi vincolanti in materia di "famiglie omosessuali" e omogenitorialità; quindi, in un secondo momento, si cercherà di delineare i principali tratti dell'evoluzione giurisprudenziale sul punto per cercare, in conclusione, di avanzare alcune riflessioni sulle prospettive future e sulle possibili ripercussioni di questa giurisprudenza su alcune discipline nazionali.

2. La tutela della vita familiare delle coppie di persone dello stesso sesso e delle famiglie omogenitoriali

2.1 La tutela delle coppie di persone dello stesso sesso

La Cedu riconosce il diritto al matrimonio all'articolo 12, che prevede il diritto di donne e uomini «di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto». Tutela altresì il diritto alla vita familiare, all'articolo 8, quale diritto di ogni persona al rispetto della propria vita privata e familiare. A queste disposizioni è stata data applicazione, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in combinato disposto con il divieto di discriminazione, sancito dall'articolo 14[4].

Ovviamente ognuno di questi articoli è stato scritto senza avere in mente coppie omosessuali e famiglie omogenitoriali o, quanto meno, senza l'intenzione di volerle espressamente includere (ma nemmeno espressamente escludere) dall'ambito di applicazione delle norme da essi stabilite: si trattava di situazioni semplicemente ignorate dal diritto, in nome di quell'eteronormatività che ha caratterizzato, e che fortemente marca tuttora, i nostri ordinamenti[5]. D'altronde, l'intero complesso delle norme in materia di diritto di famiglia in Europa, strettamente ancorato a nozioni tradizionali, è stato costruito su una "legittimazione e istituzionalizzazione delle ineguaglianze"[6]: tra marito e moglie, tra padre e figli, tra coppie sposate e conviventi, tra figli legittimi e "naturali" e, ovviamente, tra coppie di persone dello stesso sesso e di sesso differente[7].

Tuttavia, le lotte per la pari dignità giuridica dei componenti della famiglia e la presa di coscienza dell'esistenza di molteplici modelli familiari hanno portato, anche attraverso l'influenza degli ordinamenti europei[8], ad una "civilizzazione" del diritto delle persone e dello stato civile[9] che, per quanto

4 La lettera dell'art. 14 non fa menzione dell'orientamento sessuale, ma vieta ogni discriminazione, "*in particolare* quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita *od ogni altra condizione*"; sull'orientamento sessuale come categoria "protetta" si veda R. Wintemute, *Sexual Orientation and Human Rights: The United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

5 L'espressione, che si deve a M. Warner (*Introduction: Fear of a Queer Planet*, in *Social Text*, 1991, 29, p. 3), indica l'insieme delle «*institutions, structures of understanding and practical orientations that make heterosexuality seem not only coherent ... but also privileged*»: così L. Berlant, M. Warner, *Sex in Public*, in *Critical Inquiry*, vol. 24, 1998, 2, p. 547. Sul punto si vedano P. Johnson, *Challenging the Heteronormativity of Marriage: The Role of Judicial Interpretation and Authority*, in *Social and Legal Studies*, n° 20, 2011, p. 349; A. Schuster, *L'abbandono del dualismo eteronormativo della famiglia*, cit., spec. p. 35.

6 L. Bourgogue-Larsen, *La jurisprudence des cours constitutionnelles européennes en droit des personnes et de la famille*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 39, 2013, p. 229.

7 Tacendo poi della triste parentesi conosciuta in taluni ordinamenti, tra cui il nostro, nella quale fu legalizzata la discriminazione nell'accesso al matrimonio in ragione della "razza" di appartenenza, attraverso il divieto dei matrimoni cosiddetti misti.

8 Con quello che è stato definito un effetto "sovversivo" del diritto europeo sugli ordinamenti nazionali: così A. Schuster, *L'abbandono del dualismo eteronormativo della famiglia*, cit., p. 53.

9 Si veda L. Bourgogue-Larsen, *cit.*, p. 229, che parla di una *"métamorphose civilisationnelle"* del diritto di famiglia in Europa, segnata dal passaggio da una prospettiva strettamente comunitarista della famiglia, dove i familiari erano soggetti all'autorità di un *pater familias* in nome della tutela del nucleo familiare, ad una individualista, dove ogni componente della famiglia è titolare di diritti e perciò autonomamente e personalmente degno di tutela.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

riguarda strettamente il tema qui trattato, ha prodotto un'incrinazione del paradigma eterosessuale del matrimonio[10] e l'elaborazione di una nozione "*gender neutral*" di famiglia.

Per lungo tempo le coppie di persone dello stesso sesso hanno potuto beneficiare soltanto della tutela della vita privata, che sostanzialmente si opponeva alle ingerenze legislative che vietassero le condotte omosessuali[11]. Solo in tempi più recenti la Corte di Strasburgo è giunta a considerare le relazioni tra omosessuali nell'alveo della protezione della "vita familiare": ciò è avvenuto nella nota sentenza *Schalk e Kopf c. Austria*, nella quale la relazione tra due persone dello stesso sesso che vivono in un'unione di fatto è stata qualificata "vita familiare", proprio come la relazione tra coppie di sesso differente nella stessa situazione[12]. Una vita familiare che gode dunque della protezione dell'art. 8, ma la cui garanzia sembra depauperata dal fatto che la Corte non si spinge fino a pronunciare una condanna per la mancata previsione dell'accesso delle coppie di persone dello stesso sesso al matrimonio o ad un istituto analogo[13].

Per quanto attiene all'eventuale violazione del diritto al matrimonio, com'è noto, la Corte afferma infatti che la Cedu non impone né vieta l'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso, in ragione dell'assenza di uno *standard* comune in materia. Nonostante la lettera dell'art. 12[14], la Corte riconosce che la nozione di matrimonio protetta dalla convenzione non include esclusivamente il matrimonio eterosessuale, ma abbraccia anche il matrimonio *same-sex* ove legislativamente introdotto. Tuttavia quest'interpretazione evolutiva, cui la Corte perviene anche alla luce dell'art. 9 della Carta dei diritti dell'Unione Europea che adotta una definizione egalitaria di matrimonio, non consente ancora di pervenire alla definizione di un obbligo convenzionale di introduzione del matrimonio omosessuale, in assenza di un consenso europeo[15].

I giudici di Strasburgo hanno però dato prova di maggiore attivismo sul terreno delle unioni civili, nonostante la mancata condanna dell'Austria. Da un lato, infatti, è vero che la Corte delibera con una seppur risicata maggioranza di quattro giudici su sette che l'Austria non ha violato la Convenzione non adottando le unioni civili prima del 2010; dall'altro lato, però, dalla motivazione si desume che un obbligo di riconoscimento giuridico delle coppie di persone dello stesso sesso è già sancito nell'*an* e che tale obbligo è soggetto al margine di apprezzamento statale solo per quanto riguarda il *quando*[16].

10 B. Pezzini, *Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale del matrimonio secondo la Costituzione italiana*, in Ead. (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto*, Napoli, Jovene, 2008, p. 91.

11 La bibliografia è ad oggi molto vasta. Si segnalano in particolare P. Johnson, *'An Essentially Private Manifestation Of Human Personality': Construction Of Homosexuality In European Court Of Human Rights*, Human Rights Law Review, 2010, p. 67; R. Wintemute (a cura di), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law.* Hart Publishing, Oxford, Oxford, 2011, in particolare il capitolo redatto dallo stesso autore, *Strasbourg to the Rescue? Same-Sex Partners and Parents under the European Convention*, p. 713; M. Levinet, *Couple et vie familiale*, in F. Sudre (a cura di), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 107-160. Si veda anche il documento del Consiglio d'Europa, *Key Case-Law Issues. The Concepts of "Private and Family Life"* del 24 gennaio 2007, reperibile all'indirizzo www.echr.coe.int.

12 La Corte osserva che «una rapida evoluzione di atteggiamenti sociali nei confronti delle coppie dello stesso sesso c'è stata in molti Stati membri. Da allora un considerevole numero di Stati membri ha accordato riconoscimento legale alle coppie dello stesso sesso [...] Talune disposizioni della normativa UE riflettono anche una crescente tendenza a includere coppie dello stesso sesso nel concetto di "famiglia" [...]. Alla luce di questa evoluzione, la Corte ritiene artificiale mantenere l'opinione che, a differenza di una coppia di sesso diverso, una coppia dello stesso sesso non può godere di "vita familiare" ai sensi dell'art. 8. Di conseguenza, il rapporto dei ricorrenti, una coppia dello stesso sesso convivente in una stabile relazione di fatto, rientra nella nozione di "vita familiare", così come vi rientrerebbe il rapporto di una coppia di sesso diverso nella stessa situazione». Su tale giurisprudenza si vedano C. Danisi, *La Corte di Strasburgo e i matrimoni omosessuali: vita familiare e difesa dell'unione tradizionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2010, p. 867; S. Sileoni, *La Corte di Strasburgo e i matrimoni omosessuali: il consenso europeo, un criterio fragile ma necessario*, *ibidem*; M. Gattuso, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in P. Zatti (a cura di), *Trattato di Diritto di famiglia*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 793, spec. 808 ss.; M. Winkler, *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo*, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, 11, p. 1148; L. Paladini, *Le coppie dello stesso sesso tra la sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 14 aprile 2010 e la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 giugno 2010 nel caso Schalk e Kopf c. Austria*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2011, 1, p. 137.

13 Nel caso di specie la Corte non condanna l'Austria, che peraltro nelle more del procedimento aveva introdotto una legislazione sulle unioni civili omosessuali.

14 Che parla del diritto de "l'uomo e la donna".

15 Lasciando perciò intendere che anche il largo margine riconosciuto in materia di matrimonio si possa restringere davanti alla constatazione di un consenso europeo.

16 «What remains to be examined ... is whether the respondent State should have provided the applicants with an alternative means of legal recognition of their partnership any earlier than it did. The Court cannot but note that there is an emerging European consensus towards legal recognition of same-sex couplet ... Nevertheless, there is not yet a majority of States

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

La discrezionalità riconosciuta «*in the timing of the introduction*» di una riforma normativa, è pertanto da ritenersi accordata agli Stati in un momento di transizione, fintanto che non vi è una maggioranza di Stati europei che consenta il riconoscimento legale delle coppie di persone dello stesso sesso, ma non può ritenersi una rimessione in termini a tempo indeterminato[17].

Ciò viene confermato anche dalla più recente *Valliantos e altri c. Grecia*, nella quale la Corte ha condannato lo Stato greco per aver violato la Convenzione introducendo un modello di unioni civili riservato alle sole coppie eterosessuali. La Corte, applicando la propria giurisprudenza in materia di non discriminazione tra coppie eterosessuali e omosessuali[18], ha affermato che, laddove vi sia un istituto per il legale riconoscimento delle coppie in alternativa al matrimonio, esso deve essere aperto anche alle coppie di persone dello stesso sesso. Qui comprendiamo tutta la portata di quell'affermazione sulla discrezionalità riconosciuta agli Stati «*in the timing of the introduction*»: i legislatori nazionali sono liberi, per il momento e fino alla constatazione di un netto consenso europeo sul punto, di decidere quando pervenire all'emanazione di una legge sulle unioni civili, ma una volta che una tale legge è emanata, non rientra nel margine di apprezzamento statale la possibilità di escludere le coppie di persone dello stesso sesso dalla sua applicazione.

Il principio di cui fa applicazione la Corte nella sua giurisprudenza sulle unioni civili, che sarà rilevante anche in tema di omogenitorialità, postula che gli Stati conservano il loro margine di apprezzamento sulle condizioni di accesso e sulle prerogative esclusive del matrimonio, nonché sul momento dell'introduzione di un istituto alternativo ad esso per il riconoscimento legale della vita in comune, ma – al di fuori dell'intangibile roccaforte della legislazione matrimoniale – non possono effettuare discriminazioni tra coppie eterosessuali e omosessuali.

2.2 La tutela delle famiglie omogenitoriali

Venendo alla giurisprudenza in tema di omogenitorialità, la Corte finora ha avuto modo di pronunciarsi solo su questioni attinenti all'adozione (e non ancora sull'accesso alla procreazione assistita da parte di coppie omosessuali[19]) e, distinguendo tra le diverse ipotesi nelle quali le persone omosessuali possono adottare, ad oggi ha conosciuto solo casi concernenti l'adozione da parte del *single* – eventualmente convivente con un *partner* dello stesso sesso – e l'adozione cosiddetta coparentale, o *step-parent adoption*, cioè da parte del *partner* del genitore biologico o legale (anche detta *step-child adoption*, se definita dalla prospettiva dell'adottando), mentre a tutt'oggi non si è mai occupata dell'adozione congiunta da parte di una coppia di persone dello stesso.

Nei più recenti casi da essa decisi, la Corte ha affermato che il divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale impone agli Stati di non poter escludere l'adozione da parte di *single* omosessuali né da parte del *partner* dello stesso sesso laddove l'adozione sia consentita al *single* o al *partner* eterosessuale. Si tratta di progressi registrati di recente, negli ultimi sei anni, e che hanno rovesciato le posizioni diametralmente opposte da cui era partita la Corte.

providing for legal recognition of same-sex couples. The area in question must therefore still be regarded as one of evolving rights with no established consensus, where States must also enjoy *a margin of appreciation in the timing of the introduction of legislative changes* ... [T]he Austrian legislator cannot be reproached for not having introduced the Registered Partnership Act any earlier» Par. 104-106.

17 In proposito giova ricordare che sono già passati quattro anni, nel corso dei quali il numero delle legislazioni europee che prevedono un istituto per il riconoscimento delle coppie dello stesso sesso è cresciuto ulteriormente, raggiungendo quasi la maggioranza, e che sono attualmente pendenti dei casi contro l'Italia (*Oliari e al. c. Italia*; *Felicetti e al. c. Italia*, nn. 18766/11 e 36030/11, sull'accesso al matrimonio o a un istituto analogo, e *Orlandi e al. c. Italia*, n. 26431/12 sulla trascrizione del matrimonio celebrato all'estero).

18 *Karner c. Austria*, 24 luglio 2003, *Kozak c. Polonia*, 2 marzo 2010.

19 La Corte Edu si è però pronunciata su due casi concernenti la surrogazione di maternità, *Labassee* e *Menesson c. Francia*, a seguito dei ricorsi di due coppie eterosessuali che lamentavano il rifiuto di trascrizione in Francia degli atti di nascita delle figlie avute negli Stati Uniti mediante GPA e che riportavano il padre biologico e la madre intenzionale quali genitori legali. La Corte ha condannato la Francia per violazione del diritto alla vita privata delle figlie. Questa giurisprudenza – che nulla dice sul diritto di accesso a tale pratica ma si pronuncia sul diritto del minore al riconoscimento legale del suo rapporto di filiazione con il genitore biologico, legalmente riconosciuto nel luogo di nascita – ci sembra destinata ad applicarsi anche ai figli nati all'interno del progetto parentale di una coppia di persone dello stesso sesso. Per un commento alle sentenze si veda C. Danisi, *Superiore interesse del fanciullo, vita familiare o diritto all'identità personale per il figlio nato da una gestazione per altri all'estero? L'arte del compromesso a Strasburgo*, in *Articolo29* www.articolo29.it, 2014.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

La decisione di riferimento per quanto riguarda l'adozione da parte dei *single* di orientamento omosessuale è *E. B. c. Francia*[20], decisione della Grande Camera del 2008 con cui la Corte, effettuando un *revirement* rispetto al precedente *Fretté* di 6 anni prima, sempre contro lo Stato francese[21], ha affermato che laddove sia ammessa l'adozione da parte dei *single*, l'orientamento sessuale dell'adottante non può rilevare ai fini della valutazione dell'idoneità ad adottare, nemmeno con riferimento all'argomento della conseguente mancanza di una figura di riferimento di sesso opposto per il minore, argomento che invece era stato tenuto in considerazione nel caso *Fretté*[22].

La *ratio* è chiara: se l'ordinamento ammette che un bambino possa crescere con un solo genitore, non fa nessuna differenza con chi questi abbia una relazione sentimentale e sessuale, posto che riempia le condizioni per essere un buon genitore. La Corte si limita dunque a fare applicazione del divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale[23].

Di maggior interesse per il tema qui trattato è la giurisprudenza in materia di adozione coparentale, e in particolare il più recente caso in materia, *X. e al. C. Austria* del 2013[24], dove invece la Corte fonda il proprio ragionamento sulla tutela della vita familiare della coppia e dell'adottando, ponendo al centro del proprio ragionamento non il divieto di discriminazione, bensì il principio chiave dell'interesse superiore del minore. Questo è infatti l'elemento di maggior differenziazione nelle istanze di riconoscimento dei rapporti omogenitoriali rispetto a quelle aventi ad oggetto la tutela legale delle coppie omosessuali: quando si parla di riconoscimento della coppia, quello che rileva è solo il diritto di due persone adulte alla tutela della propria vita familiare nel rispetto del proprio orientamento sessuale, mentre quando si parla di omogenitorialità, in particolare all'interno di una coppia in quella che abbiamo impropriamente definito "famiglia omosessuale", entra in gioco un altro interesse fondamentale che l'ordinamento deve tutelare e che, alla luce delle convenzioni internazionali che vanno a integrare la dimensione costituzionale ed europea della tutela dei diritti, deve ritenersi prevalente: l'interesse del minore.

Ed è proprio su questo punto che si registra un'evoluzione giurisprudenziale importante nella sentenza *X. e al. c. Austria*, dove la Corte arriva per la prima volta a mettere in discussione la presunzione secondo cui risponderebbe sempre e in ogni caso all'interesse del minore vietarne l'adozione in seno ad una coppia di persone dello stesso sesso.

20 Corte Edu (GC), *E.B. c. Francia*, 22 gennaio 2008, su cui si vedano in particolare E. Falletti, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'adozione da parte del single omosessuale*, in *Famiglia e Diritto*, 2008, 3, p. 224; C. Vitucci, *Orientamento sessuale e adozione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 481.

21 Corte Edu, *Fretté c. Francia*, 26 maggio 2002.

22 In quel caso va notato peraltro che l'aspirante adottante era un uomo, circostanza forse non irrilevante nel ragionamento della Corte alla luce del possibile impatto sociale della decisione...

23 Ad analoghe conclusioni la Corte Edu era già giunta svariati anni prima in una decisione in tema di affidamento del minore a seguito di separazione dei genitori, nel caso *Salgueiro da Silva Mouta*, n. 33290/96, deciso il 21 dicembre 1999. Si segnala che di recente anche la Corte interamericana dei diritti umani si è pronunciata nello stesso senso nella sentenza *Atala Riffo e al. c. Cile*, del 24 febbraio 2012, nella quale ha deciso in favore della ricorrente, madre separata convivente con un'altra donna, contro il provvedimento che le negava l'affidamento dei figli proprio a causa della sua relazione omosessuale. La sentenza della Corte d'oltreoceano è ricca di riferimenti alla giurisprudenza europea, in particolare alla sentenza *Schalk*, che testimoniano di un dialogo virtuoso nella costruzione di uno *standard* comune internazionale in tema di tutela della vita familiare.

Trattandosi di affidamento dei figli in situazioni di non-convivenza dei genitori (legge n. 54/2006) o dell'affidamento familiare o extra-familiare (ai sensi dell'art. 2 della l. n° 184/83), anche i giudici di merito del nostro ordinamento hanno confermato questa posizione, avallata di recente anche dal giudice di legittimità (Corte di cassazione I sez.civ., n. 601/2013), secondo cui l'omosessualità è una condizione giuridicamente neutra nella valutazione dell'idoneità dell'affidatario. Sulla prima ipotesi si vedano E. Falletti, *Genitore omosessuale e affidamento condiviso*, *Giurisprudenza italiana*, 2009, p. 5 e F. Bilotta, *Omogenitorialità, adozione ed affidamento famigliare*, cit., p. 199 ss.; sull'affido extra-familiare si vedano R. Conti, *Sull'affidamento di minore ad una coppia dello stesso sesso. Prime note a margine delle decisioni del G.T.Parma, 3 luglio 2013 e del Tribunale per i minorenni di Bologna, 31 ottobre 2013*, in *Questione giustizia online*, www.questionegiustizia.it, 2013; I. Grimaldi, *Affido dei minori a coppie gay e lesbiche: le recenti evoluzioni della giurisprudenza italiana*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2014; A. Ruggeri, *Noterelle in tema di affido di minori a coppie di omosessuali*, in *Diritti comparati*, www.dirittocomparati.it, 2013.

24 Corte Edu (GC), 19 febbraio 2013, *X. e al. C. Austria*, n. 19010/07.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

3. Il caso *X. e al. c. Austria* e l'illegittimità della presunzione di inidoneità delle coppie omosessuali a crescere dei figli[25]

Nel caso in questione i ricorrenti, una coppia di fatto composta da due donne e il figlio di una delle due, si erano rivolti alla Corte Edu lamentando di essere vittime di una discriminazione per il fatto che la legge austriaca non consentisse la *step-parent adoption* da parte del *partner* omosessuale, pur consentendola invece da parte del *partner* eterosessuale ancorché non sposato.

La Corte si era già occupata di adozione coparentale in seno ad una coppia di persone dello stesso sesso nel caso *Gas e Dubois c. Francia*, nel quale aveva però potuto aggirare la questione dell'omogenitorialità, constatando come la discriminazione effettuata dalla legge francese non riguardasse le coppie eterosessuali e quelle omosessuali, bensì le coppie sposate e non[26]. Nel ricorso concernente la legislazione austriaca la questione è tuttavia differente, poiché la legge austriaca consentiva l'adozione anche alle coppie non sposate, limitandola però alle sole coppie di persone di sesso opposto. I giudici di Strasburgo non possono che rilevare in questo una discriminazione, dal momento che la differenza di trattamento è operata proprio tra coppie di fatto eterosessuali e omosessuali, e non in funzione di uno statuto giuridico. La decisione che ne scaturisce non costituisce perciò un *overruling*, ma un *distinguishing* rispetto al precedente *Gas e Dubois*.

Constatata una disparità di trattamento, la Corte Edu applica quindi il suo controllo di proporzionalità secondo uno *strict scrutiny*, verificando come di consueto la legittimità dell'obiettivo perseguito dal legislatore, la necessarietà della misura nel perseguimento dell'obiettivo e la c.d. proporzionalità in senso stretto. Appurato che la *ratio* della legislazione austriaca, così come interpretata dalle giurisdizioni nazionali e secondo quanto ribadito dal governo nelle proprie osservazioni, è quella di salvaguardare la "famiglia tradizionale", in funzione dell'interesse del minore, impedendo che «questi abbia due padri o due madri dal punto di vista giuridico», la Corte afferma che se è vero che l'obiettivo di «proteggere la famiglia nel senso tradizionale del termine costituisce in principio un motivo importante e legittimo idoneo a giustificare una differenza di trattamento», bisogna tener conto dell'evoluzione del concetto di famiglia, che obbliga ogni Stato ad adottare le misure a protezione della famiglia nel rispetto dell'art. 8 della Convenzione, senza andare a discapito della garanzia minima di tutela di "altri tipi" di famiglia e quindi entro i limiti della necessareità della misura per perseguire l'obiettivo[27].

La Corte ricorda quindi che, poiché il margine di apprezzamento in materia di disparità di trattamento nel godimento di diritti fondamentali è particolarmente stretto, grava sullo Stato l'onere di provare la necessarietà della misura discriminatoria. E qui si arriva al cuore del ragionamento, dove la Corte afferma che, dal momento che il Governo non ha addotto «elementi di prova in grado di dimostrare che le famiglie omoparentali non possono in alcun caso occuparsi di un figlio», la supposta inidoneità delle coppie omosessuali a crescere un figlio non può essere legittimamente avanzata come giustificazione della disparità di trattamento tra coppie eterosessuali e omosessuali nell'accesso all'adozione, in nome della tutela della famiglia tradizionale e dell'interesse del minore[28].

La Corte dichiara dunque contraria alla Convenzione la presunzione assoluta che in molti ordinamenti fa da ostacolo all'adozione in seno ad una coppia omosessuale, secondo la quale l'interesse superiore del minore richiede in ogni caso che questi abbia due genitori di sesso differente (o anche un solo genitore, ove previsto, piuttosto che due dello stesso sesso).

Si tratta di un'evoluzione giurisprudenziale che risponde fedelmente alla dottrina della Convenzione come "strumento vivo" e che tiene perciò conto dei mutamenti sociali in corso, in particolare nella concezione di famiglia.

La Corte perviene a quest'evoluzione incastonandola all'interno di un ragionamento che combina diversi principi già di per loro consolidati, arrivando così a trarne un corollario che ha tanto di nuovo, ma che entra in punta di piedi nella giurisprudenza europea, senza entrare in collisione con le tradizioni sociali che i legislatori nazionali vogliano legittimamente perpetrare nella tutela della loro specificità

25 Nel presente paragrafo e nel successivo si ripropongono parte delle considerazioni già avanzate in un breve commento alla sentenza, *La Corte europea pone un altro mattone nella costruzione dello statuto delle unioni omosessuali: le coppie di persone dello stesso sesso non possono essere ritenute inidonee a crescere un figlio*, in *Rassegna di Forum dei Quaderni costituzionali*, n. 3/2013.

26 La legislazione francese consente infatti l'adozione del figlio del partner solo all'interno di coppie sposate, e non di coppie cd "*Pacsées*". La Corte ha considerato una discriminazione meramente indiretta, e comunque rientrante nel margine di apprezzamento statale, la circostanza che le sole coppie eterosessuali potessero di fatto accedere all'istituto dell'adozione coparentale, essendo ad esse riservato l'accesso al matrimonio.

27 Par. 138-139.

28 Par. 142 e 146.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

identitaria. Da un lato, infatti, viene ribadita la giurisprudenza secondo cui la tutela della famiglia tradizionale è un obiettivo legittimo; dall'altro, tuttavia, con un elegante espediente argomentativo, viene affiancato a questa affermazione un *obiter dictum* che ha il vago sapore di *overruling*: non è legittimo tutelare la famiglia tradizionale a discapito di "altre famiglie", riconosciute e tutelate dall'art. 8 della Convenzione secondo la sua interpretazione evolutiva.

4. Le tendenze della giurisprudenza in materia

Questa pronuncia permette di mettere in luce i due elementi degni di nota nell'evoluzione giurisprudenziale in materia, l'uno sistematico e ricorrente in materia di diritti, l'altro specificamente afferente al tema dell'omogenitorialità.

4.1 Una costante nella tutela dei diritti: la progressiva erosione del margine di apprezzamento

Quanto al primo, si tratta di una tendenza generale della giurisprudenza della Corte Edu nella determinazione degli *standard* di tutela, e che in particolare ha caratterizzato le pronunce in materia di c.d. "nuovi diritti": la progressiva erosione del margine di apprezzamento statale.

La discrezionalità accordata agli Stati nell'attuazione delle norme della Convenzione, strumento chiave della giurisprudenza europea per combinare armonizzazione e tutela delle specificità nazionali, subisce di regola una compressione in funzione della formazione di un "consenso": laddove sia delineabile tra gli Stati membri un *idem* sentire sul livello di tutela da accordare ad un diritto, sull'interpretazione di una nozione, sulle modalità di applicazione di una delle garanzie convenzionali, allora tale consenso vale a limitare la discrezionalità degli Stati nell'attuazione di quelle norme.[29] Tuttavia, anche in assenza di un consenso maggioritario, la Corte ha spesso affermato la riduzione di tale discrezionalità, e applicato dunque un margine ristretto, in funzione dell'evoluzione della società e dell'importanza del diritto in questione[30].

Il rifiuto dell'argomento del consenso secondo la mera conta dei Paesi che prevedono un determinato *standard* di tutela è una costante nel progressivo riconoscimento dei diritti LGBTI[31].

Così è avvenuto nella celebre sentenza *Christine Goodwin c. Regno Unito* dove, pur in assenza di un consenso europeo nelle legislazioni in materia di rettificazione del sesso anagrafico e di accesso dei transessuali al matrimonio, la Corte osserva che «la situazione insoddisfacente dei transessuali operati, che vivono tra due mondi perché non appartengono né a l'uno né a l'altro, non può più durare»[32].

Così, ancora, è avvenuto in *Schalk*, dove la Corte – come è stato ricordato – riconosce sì un margine di apprezzamento agli Stati in materia di matrimonio per la mancanza di un consenso, ma ritiene invece che non sia necessario un consenso maggioritario per riconoscere il profilarsi di un obbligo al riconoscimento giuridico delle coppie di persone dello stesso sesso, che è infatti implicitamente sancito (e ribadito in *Valliantos*), lasciando una discrezionalità agli stati solo "*in the timing of the introduction*".

29 Non si evince, dalla giurisprudenza europea, un metodo univoco di determinazione del consenso europeo. Anche se di regola il criterio adottato dalla Corte sembra coincidere con il criterio maggioritario, questa regola è stata talvolta smentita, o perché si è constatato un consenso anche in assenza di una maggioranza tra le legislazioni europee, o perché questa non è stata ritenuta sufficiente. Sul vago concetto di consenso europeo e i diversi criteri per la sua determinazione si veda L.R. Helfer, *Consensus,Coherence and the European Convention on Human Rights,* in *Cornell International Law Journal,* 26, 1993, p. 133.

30 La Corte afferma oramai in maniera costante che il margine di apprezzamento statale deve ritenersi di regola ristretto quando «*a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake*» *Dickson v. The United Kingdom,* 4 dicembre 2007, par. 78.

31 Per un *excursus* della giurisprudenza sul punto si rinvia a G. Repetto, *Figli irriconoscibili. Le adozioni omoparentali davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo* in A. Schillaci (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti. Desiderio e riconoscimento*, Roma, Carocci, 2014, p. 153 ss.; L. Cooper, *Marriage, Family, Discrimination & Contradiction: An Evaluation of the Legacy and Future of the European Court of Human Rights' Jurisprudence on LGBT Rights*, in *German Law Journal*, 2011, p. 1746. Sull'impiego della dottrina del margine d'apprezzamento e del calcolo del consenso in materia di diritto alla vita familiare delle persone LGBTI, sia consentito altresì rinviare a A. M. Lecis Cocco Ortu, *La comparaison en tant que méthode de determination du standard de protection des droits dans le système CEDH*, in *Rivista AIC*, 2011, 4.

32 Corte Edu, *Christine Goodwin c. Regno Unito,* Ric. n. 28957/95, 2002.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Ed anche in *X e al. c. Austria* la Corte respinge l'argomento della mancanza di consenso maggioritario, sostenuto dal governo austriaco e dalle ONG di orientamento cattolico intervenute[33]. Questi ultimi invocavano infatti un ampio margine di apprezzamento, in ragione dell'assenza di un consenso europeo in materia di unioni omosessuali e di adozioni in seno a coppie di persone dello stesso sesso. Ma la Corte respinge tale tesi con due argomenti. Innanzitutto, essa ricorda la duttilità dello strumento del margine di apprezzamento, la cui ampiezza è legata a molteplici fattori, di cui il consenso è solo uno, non l'unico né il principale; in particolare, come abbiamo ricordato, il margine è da considerarsi ristretto «quando un aspetto particolarmente importante dell'esistenza o dell'identità di un individuo si trova in gioco». Inoltre, accogliendo così il calcolo proposto dalle ONG intervenute in favore dei ricorrenti, la Corte osserva come il consenso rilevante ai fini della determinazione del margine nel caso in questione vada ricercato non sulla questione generale dell'ammissione dell'adozione da parte di coppie omosessuali nella totalità degli Stati del Consiglio d'Europa, ma sull'ipotesi analoga a quella all'esame della Corte, ovvero la disparità di trattamento tra coppie omosessuali e eterosessuali nell'accesso all'adozione coparentale laddove l'adozione sia consentita anche alle coppie non sposate. Il consenso non può perciò essere ricercato che all'interno dei soli dieci Paesi che ammettono l'adozione coparentale in seno a coppie di fatto: di questi, sei equiparano coppie omosessuali e eterosessuali, mentre altri tre, oltre all'Austria, escludono le coppie omosessuali dall'adozione. Una seppur esigua maggioranza, dunque, depone in favore della posizione opposta a quella sostenuta dal governo austriaco; eppure, osserva la Corte, si tratta di un campione troppo ristretto per essere significativo. Il consenso europeo non può dunque venire in aiuto nella determinazione del margine secondo la Corte, che si lascia perciò guidare dai soli criteri dell'importanza del diritto in questione e della presenza di una discriminazione per trarre la conseguenza che lo Stato debba godere di un margine di apprezzamento ristretto, con le conseguenze sopra prospettate in termini di onere della prova della necessarietà e proporzionalità della misura.

4.2 Un nuovo principio guida nella materia: il superamento della presunzione di inidoneità delle coppie omosessuali ad essere genitori

Dalla sentenza *X. e al. c. Austria* emerge soprattutto un principio sostanziale destinato a segnare una pietra miliare nell'evoluzione della giurisprudenza in materia di omogenitorialità: il rovesciamento di una presunzione assoluta che faceva da ostacolo all'adozione in seno ad una coppia omosessuale, secondo la quale l'interesse superiore del minore richiederebbe sempre e in ogni caso che questi abbia due genitori di sesso differente (o anche un solo genitore, ove previsto, piuttosto che due dello stesso sesso).

La constatazione di incompatibilità convenzionale di questa presunzione è il nodo fondamentale della decisione, poiché con essa la Corte si lascia andare ad un'affermazione netta, che segna una svolta decisiva nella tutela dell'omoparentalità: le coppie omosessuali, salvo prova contraria – il cui onere grava sullo Stato che ponga in essere la legislazione discriminatrice – devono essere riconosciute idonee a crescere un figlio.

Val la pena di insistere ulteriormente sul fatto che al centro di questa pronuncia non vi è il diritto *della coppia* alla non discriminazione nell'accesso all'adozione, ma il diritto alla vita familiare della coppia *e dell'adottando* che con essi va a comporre il nucleo familiare, dove proprio la tutela di quest'ultimo deve prevalere, in ossequio al principio del superiore interesse del minore. Proprio sotto questo profilo la pronuncia in esame è rivoluzionaria, in quanto afferma che giustappunto nell'interesse del minore non si può escludere a priori la possibilità di adozione in seno ad una coppia formata da due persone dello stesso sesso.

La Corte smonta così quella "presunzione di inidoneità ad adottare" delle coppie omosessuali in funzione dell'interesse superiore del minore, che ha fondato e continua a fondare la maggior parte delle scelte legislative in materia di unioni omosessuali e possibilità di avere dei figli, secondo un principio di precauzione che vedeva nell'*imitatio naturae* – e quindi nella necessaria previsione di un padre e di una madre – l'unica via per non rischiare di compromettere il benessere del minore.

Pur senza imporre agli Stati membri l'apertura dell'adozione congiunta alle coppie di persone dello stesso sesso, la Corte si allinea alle posizioni di chi esclude l'alterità di sesso tra i genitori come requisito indispensabile per la tutela dell'interesse del minore. Com'è stato osservato, la condizione richiesta dalla legge della necessaria presenza di due figure, paterna e materna, riconducibili a due persone di sesso differente, per quanto possa apparire ammissibile in un ottica di adeguamento dei paradigmi della genitorialità legale alla natura, non può essere stabilita come regola inderogabile: piuttosto, dovrebbe

33 Si vedano per es. le osservazioni presentate da G. Puppinck per conto del ECLJ – European Centre for Law and Justice, reperibile su eclj.org/pdf/cedh-x-c-autriche-adoption-homosexuelle-observations-eclj.pdf.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

essere considerata come «uno schema base, a cui i metodi alternativi derogano o quantomeno possono derogare», tanto più laddove sia ammessa l'adozione da parte di una persona sola[34].

Sembra d'altronde questa l'unica conseguenza compatibile con una giurisprudenza che prenda davvero sul serio il superiore interesse del minore: se, come la Corte ha sempre affermato, l'adozione non fa l'oggetto di un diritto delle coppie, ma risponde al diritto del minore ad avere una famiglia[35], ogni legislazione in materia di adozione – e *a fortiori* se si tratta di adozione coparentale, che risponde all'esigenza di adeguare la genitorialità legale alla genitorialità sociale che il minore già vive nella sua realtà familiare – dovrebbe essere valutata sotto il prisma dell'interesse del minore più che alla luce dello *status* della relazione che lega i suoi genitori, pena il rischio di tradurre in una discriminazione ai danni del minore la diversità di trattamento accordata alla coppia[36].

Ciò porta non solo a censurare ogni discriminazione tra coppie omosessuali e eterosessuali versanti nella stessa situazione giuridica, come la Corte ha sancito in *X. e al. c. Austria*, ma anche a rimettere in discussione la stessa differenza di trattamento tra coppie sposate e non[37].

Se può essere legittimo che un ordinamento riservi alle coppie sposate un trattamento diverso e privilegiato rispetto a quello accordato alle coppie di fatto o che abbiano deciso di essere riconosciute attraverso istituti alternativi al matrimonio, la garanzia del *best interest of the child* non può invece tollerare che ciò si rifletta in una discriminazione patita dal minore in ragione delle scelte dei suoi genitori[38]. Questo è tanto più vero, poi, con riferimento ai minori conviventi con genitori (sociali, uno solo dei quali riconosciuto come genitore legale) dello stesso sesso, in ragione della discriminazione indiretta da essi subita negli ordinamenti che non consentono il matrimonio omosessuale, con la conseguenza che essi sono privati della possibilità di vedere legalmente riconosciuto il loro legame genitoriale con due genitori. Mettere al centro il superiore interesse del minore significa sottoporre tutte le situazioni concernenti i rapporti di filiazione al vaglio del controllo antidiscriminatorio partendo dal presupposto che i minori devono essere posti tra loro in condizioni di uguaglianza a prescindere dalle condizioni legali che regolano i rapporti della famiglia nella quale sono nati.

34 In questo senso A. Lorenzetti, *La tutela della genitorialità omosessuale*, in A. Schuster (a cura di), *Omogenitorialità*, cit., p. 90-91. Nello stesso senso si veda M. F. Moscati, *Tre motivi empirici e legali per dire sì al matrimonio tra persone dello stesso sesso in Italia*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio. Atti del Seminario, Ferrara, 26 febbraio* 2010, Torino, Giappichelli, 2010, p. 285.

35 Anche se, in senso contrario, si veda l'analisi della giurisprudenza di Strasburgo proposta da N. Bettio, *Le « Droit à l'enfant », nouveau droit de l'Homme?*, in *Revue du Droit Public*, 2010, 2, p. 473, che si interroga, in maniera critica, sull'emergere di un diritto al figlio.

36 In linea con queste considerazioni, chi scrive non può che accogliere con grande favore la pronuncia del Tribunale dei Minori di Roma del 30/07/2014 che per la prima volta dispone l'adozione coparentale di un minore da parte della compagna della madre biologica. La sentenza, pubblicata quando questo lavoro era oramai concluso, poggia proprio su un'interpretazione delle norme sull'"adozione in casi particolari" (art. 44 della l. n. 184/83) secondo il *favor minoris*, per il quale «Non si può non tenere conto delle situazioni che sono da tempo esistenti e cristallizzate» del caso di specie, nel quale la minore «è nata e cresciuta con la ricorrente e la sua compagna ... instaurando con loro un legame inscindibile che, a prescindere da qualsiasi classificazione giuridica nulla ha di diverso rispetto a un vero e proprio vincolo genitoriale», con la conseguenza che «[n]egare alla bambina i diritti e i vantaggi che derivano da questo tipo di rapporto costituirebbe certamente una scelta non corrispondente all'interesse del minore».

37 Come la Corte ha invece negato nella sentenza con cui ha deciso il caso *Gas e Dubois* ricordato prima, dove peraltro va segnalata, nel senso delle nostre affermazioni, l'opinione dissenziente del giudice Villiger.

38 Un simile ragionamento, fondato sull'idea che i figli devono essere tutti uguali nel godimento dei diritti della filiazione a prescindere dalle vicende legali o di fatto che hanno portato alla nascita, ha guidato l'evoluzione, nel nostro ordinamento come in quello europeo, dello *status* dei figli nati fuori dal matrimonio, che ha portato ad equipararli ai figli nati da genitori coniugati. Lo aveva ricordato il giudice Villiger nell'opinione dissenziente da lui sottoscritta nel caso *Gas e Dubois*, richiamando la decisione *Mazurek c. Francia* (n. 34406/97 del 1° febbraio 2000, nella quale la Corte aveva affermato che «il figlio nato fuori dal matrimonio non potrebbe certo vedersi rimproverare dei fatti che non gli sono imputabili: eppure bisogna constatare che il ricorrente per il suo *status* ... viene penalizzato».

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

5. Possibili evoluzioni future

È interessante a questo punto domandarci quali conseguenze possa avere questa giurisprudenza su ordinamenti diversi da quello austriaco, a cominciare dal nostro.

La Corte, nelle decisioni richiamate, non sancisce in alcun modo che esiste un diritto delle coppie omosessuali di accedere all'adozione, coparentale né tantomeno congiunta, né di avere altrimenti un figlio. Tuttavia, dalla pronuncia nel caso *X e al. C. Austria* deriva che ogni discriminazione legislativa fondata esclusivamente sull'inammissibilità di "due padri" o "due madri" debba ritenersi illegittima, si tratti di adozione o di procreazione assistita.

Sembra allora che gli echi della decisione possano arrivare ben oltre i confini dell'ordinamento austriaco, per quanto la Corte si sforzi di limitare gli effetti della decisione, invocandone il carattere di concretezza e sottolineando che perciò «la Corte non è chiamata a pronunciarsi sulla questione dell'adozione coparentale di per sé, e tanto meno su quella dell'adozione da parte delle coppie omosessuali in generale»[39].

Innanzitutto, con riferimento all'ordinamento italiano, questa giurisprudenza va a confermare quell'interpretazione del principio del superiore interesse del minore in armonia con la Convenzione fatta propria dai giudici nostrani nelle sentenze in tema di affido familiare o extra-familiare ad una coppia di persone dello stesso sesso[40]. Inoltre, pur in assenza di una normativa specifica sull'adozione coparentale all'interno di coppie di fatto[41], essa offre un fondamento per interpretare anche le disposizioni in materia di adozione alla luce dell'interesse del minore, prendendo sul serio il diritto dei figli di genitori omosessuali ad avere il riconoscimento legale del loro legame di genitorialità sociale. Ciò è avvenuto nella recente sentenza del Tribunale dei minori di Roma che ha permesso per la prima volta nel nostro ordinamento un'adozione coparentale in seno ad una coppia di persone dello stesso sesso[42].

Spostandoci al di là dei confini italiani, questa giurisprudenza può avere delle ripercussioni anche sull'ordinamento francese a seguito dell'approvazione della legge sul *mariage pour tous*. L'emanazione della legge che apre il matrimonio alle coppie di persone dello stesso sesso ha eliminato la discriminazione in materia di adozione, coparentale o di coppia, che aveva portato al caso *Gas e Dubois*. Tuttavia, una disparità di trattamento permane nell'accesso alla procreazione assistita, in quanto la legge non consente il ricorso alla PMA da parte di donne sole né all'interno del progetto genitoriale di coppie di donne sposate, benché la consenta anche alle coppie eterosessuali non coniugate che possano dimostrare la stabilità dell'unione da almeno due anni. Questa limitazione si ripercuote inevitabilmente in una discriminazione dei figli di coppie di donne che nascano a seguito di un trattamento di PMA all'estero, che, a differenza dei figli nati all'interno di coppie eterosessuali, che siano o meno sposate, non vedranno riconosciuto alla nascita che un solo legame di filiazione, quello con la madre che li ha partoriti. Alla seconda madre, benché coinvolta nel progetto genitoriale e eventualmente anche madre biologica, resta solo la possibilità dell'adozione coparentale qualora le due donne siano unite in matrimonio, mentre nessun riconoscimento legale del rapporto di filiazione sarà possibile finché permangono nello *status* di coppia di fatto o unita in un *Pacs*[43].

39 Par. 134. Sugli effetti della giurisprudenza europea negli ordinamenti nazionali e, in particolare, nell'interpretazione giudiziale delle corti interne si rinvia alla relazione della dott.ssa Acierno, in questo numero della rivista.

40 Tra le altre, G.T. Parma, decreto del 3 luglio 2013, Tribunale per i minorenni di Bologna, decreto del 31 ottobre 2013. Per alcuni commenti di dottrina a tali decisioni, si vedano i riferimenti indicati *supra*, nota 23.

41 La disciplina sulle adozioni in casi particolari regolamenta espressamente un'ipotesi di adozione coparentale da parte del coniuge del genitore biologico o adottivo (art. 44, comma 1, lett. b), della legge n. 184 del 1983), nonché altre ipotesi di adozione da parte di persona sola, e perciò anche eventualmente legata in una coppia di fatto, in condizioni particolari, tra le quali è indicata l'ipotesi di impossibilità di pronunciare l'affido preadottivo. Quest'ultima ipotesi ha dato luogo alla pronuncia del Tribunale per i minorenni di Roma del 30 luglio 2014 citata *supra*, nota 36.

42 Tale sentenza non sarà oggetto del presente contributo. Per un commento alla pronuncia si rinvia a M. Gattuso, *Tribunale per i minorenni di Roma: sì all'adozione del figlio del partner ed al doppio cognome, l'omogenitorialitá è "sana e meritevole d'essere riconosciuta"*, in *Articolo29* www.articolo29.it, 2014.

43 Si veda il rapporto *Filiation, origines, parentalité – le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, commissionato dal Ministro francese della famiglia M.me Bertinotti nell'ottobre 2013 per preparare il disegno di legge sulla riforma del diritto di famiglia, reperibile all'indirizzo: www.justice.gouv.fr/include_htm/etat_des_savoirs/eds_thery-rapport-filiation-origines-parentalite-2014.pdf. Parte della dottrina francese ha già messo in luce come questa disparità di trattamento possa difficilmente essere giustificata alla luce della giurisprudenza di Strasburgo: si vedano sul punto J. Ferrero, *L'homoparentalité devant la CEDH : éventuelles répercussions de la loi française ouvrant le mariage aux couples de même sexe*, in *Recueil Dalloz*, 2013, p.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Com'è possibile giustificare questa disparità di trattamento, davanti alle situazioni analoghe di due coppie, sposate o conviventi, l'una eterosessuale, l'altra omosessuale, alla luce del principio che vieta le discriminazioni sulla base della presunzione di inidoneità di due genitori dello stesso sesso ad essere genitori?

Inoltre, lo scenario sopra prospettato è aggravato dal fatto che la pronuncia giudiziale di adozione non è mai automatica e, benché la lettera della legge sia chiara sul punto, consentendo l'adozione coparentale all'interno delle coppie sposate, davanti alla legittima richiesta da parte di una donna di adozione coparentale del figlio della moglie avuto tramite PMA, qualche tribunale ha risposto con un diniego[44].

La legge francese, inoltre, vieta la surrogazione di maternità (GPA) e, per costante giurisprudenza consacrata dalla Corte di cassazione, non ha per lungo tempo permesso la trascrizione del certificato di nascita del figlio nato all'estero a seguito di GPA. Tuttavia, a seguito della recente pronuncia della Corte Edu sopra ricordata che ha condannato la Francia per tale prassi[45], il rapporto di filiazione con il genitore biologico dovrà necessariamente essere riconosciuto, con l'inevitabile conseguenza che anche l'eventuale adozione coparentale da parte del coniuge non potrà essere rifiutata[46]. Permane anche in questo caso, invece, salvo superamento in via ermeneutica grazie ad un interpretazione secondo il *favor minoris*, la discriminazione operata nei confronti dei figli nati all'interno del progetto genitoriale di due persone non sposate.

Ed anche su questo punto la giurisprudenza europea qui evocata può essere d'aiuto per raggiungere un più elevato grado di tutela delle famiglie omoparentali e soprattutto dei figli in esse viventi, poiché – come abbiamo accennato – mettere al centro di ogni giudizio sulla portata discriminatoria delle discipline in materia di rapporti di filiazione l'interesse del minore porta a rimettere in discussione la stessa legittimità della distinzione tra coppie sposate e non nell'accesso all'adozione.

La Corte continua a sostenere la giurisprudenza secondo cui al matrimonio si possono legittimamente ricondurre effetti diversi da quelli previsti per altri tipi di unioni, in particolare per quel che riguarda i diritti e doveri connessi con la filiazione, l'adozione e la procreazione medicalmente assistita.

Ma, anche ammesso che possa essere ritenuta legittima una disparità di trattamento in relazione a coppie di adulti sulla base dello *status* giuridico del legame (seppur con più di qualche riserva da parte di chi scrive per il fatto che le coppie dello stesso sesso risultano discriminate dal momento che non possono scegliere a quale istituto ricondurre la loro relazione), come giustificarne invece gli effetti se li si guarda dal punto di vista del minore, che si ritrova così discriminato rispetto al figlio di genitori sposati, a causa di scelte obbligate compiute dai suoi genitori in ragione dell'orientamento sessuale e delle preclusioni che questo comporta per loro nell'accesso al matrimonio?

E ancora, volgendo lo sguardo altrove, come conciliare la legittimità della differenziazione davanti ad istituti che si propongano come la declinazione "senza figli" del matrimonio, riservata alle sole coppie omosessuali? Penso a quegli ordinamenti – come la stessa Austria, in seguito all'emanazione della legge sulle unioni civili riservate alle coppie omosessuali che tuttora vieta l'adozione congiunta, o alla

1286; B. de Boysson, *L'assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuels : quelles perspectives ?*, in *Droit de la famille*, 2013, 7.

44 Mentre dall'entrata in vigore della legge sul *mariage pour tous* e fino al 30 maggio, secondo i dati reperiti da APGL, sono state regolarmente pronunciate almeno una ventina di adozioni coparentali di figli nati mediante PMA (a cominciare dal TGI di Lille il 14 ottobre 2013, seguito dai tribunali di Marsiglia, Tolosa, etc.), il 29 aprile 2014 il Tribunale di Versailles ha invece opposto un diniego all'adozione, ritenendola in frode alla legge che vieta il ricorso alla PMA alle coppie di donne. Il 30 giugno, anche a Aix-en-Provence si è avuta una pronuncia dello stesso tenore, con un secondo rifiuto. In questo clima di incertezza giuridica, la Cassazione ha avuto modo di pronunciarsi a seguito della richiesta di un parere da parte dei tribunali di Poitiers e Avignone. In due pareri del 22 settembre (nn. 15010 e 15011) la Suprema istanza francese ha affermato che «il ricorso alla procreazione assistita, nella forma dell'inseminazione artificiale con donatore anonimo, all'estero non costituisce un ostacolo alla pronuncia dell'adozione, da parte della coniuge della madre, del figlio nato da tale procreazione». Questo parere dovrebbe mettere fine all'incertezza sul punto poiché, sebbene i pareri della Cassazione in sede consultiva non siano vincolanti, né per i giudici rimettenti né tantomeno per gli altri, essi possono difficilmente essere ignorati nell'interpretazione giudiziaria. Rimane aperta, invece, la questione dell'adozione a seguito di GPA dal momento che la pronuncia richiamata si limita alla procreazione «nella forma dell'inseminazione artificiale».

45 Si tratta dei casi *Labassee* e *Menesson c. Francia*, citati *supra*, nota 19.

46 Davanti al cosiddetto "turismo procreativo" (*melius*, "esilio procreativo", per eliminare ogni impropria accezione di svago nel riferirsi ad una pratica vissuta sempre con difficoltà e ostacoli da parte delle persone che vi fanno ricorso), si pone quindi inevitabilmente il problema, di ardua risoluzione da parte del diritto, della discriminazione tra coloro che hanno la possibilità e i mezzi per recarsi all'estero e coloro che ne sono sprovvisti...

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Germania, dov'è possibile la sola adozione coparentale del figlio biologico o adottivo, o ancora al Portogallo, dove non è possibile l'adozione – che hanno introdotto un istituto analogo al matrimonio per le sole coppie omosessuali, che è andato poi a ricalcare sempre più il modello dell'unione matrimoniale, con l'unica differenza sostanziale nel regime dell'adozione e della procreazione assistita. È legittima la scelta del legislatore di escludere le coppie omosessuali dal matrimonio con il solo obiettivo di non consentire la crescita di un figlio con due padri o due madri, dopo che la Corte ha stabilito che le coppie omosessuali non possono essere ritenute inidonee e che pertanto la loro supposta inidoneità a crescere dei figli non può costituire un legittimo motivo di discriminazione? Ed è legittima, nell'interesse superiore del minore, la scelta di escludere le coppie registrate dall'accesso all'adozione, specialmente laddove l'adozione da parte dei *single* sia invece ammessa, preferendo così riconoscere al minore un solo genitore piuttosto che due genitori dello stesso sesso?

Vediamo dunque che molti interrogativi rimangono ancora aperti e che la giurisprudenza di Strasburgo potrebbe andare a colpire una serie di situazioni normative che oggi sembrano poter escludere legittimamente le coppie omosessuali dal loro ambito di applicazione, ma che domani chissà...

Difficile dire quando (e, si badi, più che *se*, dico *quando*) ci saranno ulteriori evoluzioni nel senso di una più forte tutela delle coppie omosessuali e delle loro famiglie, poiché la Corte ha costruito la sua legittimazione su un oculato uso del margine di apprezzamento, che la porta a oscillare tra *self restraint* e attivismo. Tuttavia, nella tutela delle persone omosessuali ha già dimostrato di non dover necessariamente attendere la formazione di un consenso maggioritario tra gli Stati per elevare l'asticella della tutela imposta dalla Convenzione e anzi spesso, dopo prime pronunce prudenti ma che aprivano ad *overruling* futuri, ha dato prova di saper fare da traino, piuttosto che di doversi adeguare alle evoluzioni già registrate nella maggior parte degli ordinamenti nazionali. È questo d'altronde tutto il senso del sistema convenzionale europeo di tutela dei diritti che, all'interno di un sistema multilivello[47], è improntato ad un'integrazione sul piano ermeneutico tra tutele nazionali e sovranazionali che sia orientata al rialzo, non al ribasso.

La Corte è stata in grado di adempiere questa funzione finora, seppur coi tempi suggeriti dall'opportunismo politico, e c'è da aspettarsi che continui a farlo. Pertanto, con riferimento all'ordinamento italiano, davanti all'insuperabile stato di inerzia del legislatore sul piano dei diritti civili, c'è da attendersi che forti innovazioni possano aversi proprio dietro l'impulso di Strasburgo, oltre che grazie all'operato dei giudici nazionali a garanzia dei cosiddetti diritti derivati.

Al termine di questa relazione, non si intende offrire un quadro eccessivamente idilliaco e ottimista sulla giurisprudenza della Corte Edu, che faccia intendere che tutte le soluzioni per la tutela delle famiglie omosessuali sono lì, a portata di mano, come le cartucce in canna di una Corte pronta a spararle contro gli ordinamenti nazionali, incurante del limite che dovrebbe incontrare nel potere discrezionale dei parlamenti nazionali, come talvolta tuonano alcuni commentatori particolarmente critici nei confronti dei giudici di Strasburgo.

Tuttavia, mi sembra che la Corte abbia piantato i semi per floride evoluzioni future e, soprattutto, mi sembra che offra già una serie di strumenti utili agli attori giuridici – dalle parti, agli avvocati, agli stessi giudici nazionali – per cercare di mettere in atto tali evoluzioni, o quanto meno per arrivare a bussare alle sue porte con validi argomenti.

47 O, secondo una definizione che ci sentiamo di preferire, "interlivello": così L. D'Andrea, *Diritto costituzionale e processi interculturali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.formuncostituzionale.it, 2009; A. Ruggeri, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in *Rivista AIC*, 2013, 4.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

*Federico Ferrari**

Omogenitorialità, eterosessismo e ricerca scientifica

Sommario

1. Le famiglie omogenitoriali e il sistema rappresentativo eterosessista – 2. Omogenitorialità e ricerca scientifica – 2.1. L'evoluzione della ricerca e della concezione dell'omogenitorialità – 2.2. I principali dati emersi dalla ricerca sui figli di lesbiche e gay – 3. I dati della ricerca e l'invalidazione delle premesse eterosessiste.

Abstract

Le evidenze scientifiche sull'omogenitorialità emerse negli ultimi 40 anni, illustrate brevemente nell'articolo corredato da amplia bibliografia, oltre a falsificare l'ipotesi di una disfunzionalità delle famiglie di lesbiche e gay, hanno un effetto dirompente a livello rappresentativo, poiché minano il primato della norma genderista-eterosessista che informa lo schema di riferimento della nostra cultura nel pensare la famiglia. Il buon funzionamento delle famiglie omogenitoriali, che emerge dai dati sullo sviluppo dei figli, ci invita ad un cambiamento di paradigma nella concezione delle relazioni familiari (anche eterogenitoriali), emancipandole dalle categorie definitore del sangue e del genere, cui ancora oggi, anche quando non ne siano definite, come nel caso dell'adozione, risultano subordinate dal principio normativo dell'"*imitatio naturae*".

Last 40-year scientific evidence about gay and lesbian parenting is briefly reviewed in the article with an ample bibliography. Such research, besides falsifying the hypothesis of gay and lesbian parented family being dysfunctional, has a subverting effect on a representational level. That is because the emerging evidence undermines the supremacy of the gender-heterosexist norm, which sets up our cultural schemas of the family. The good functioning of lesbian and gay parented families, apparent from the data about their children's development, invites us to a change of paradigm in our conception of family relations (of heterosexual parented family as well). Such a conception needs to be emancipated from the categories of "blood" and "gender", to which it is still subordinated by the normative principle of "imitatio naturae", even when, as it is the case of adoption, these categories do not define it.

1. Le famiglie omogenitoriali e il sistema rappresentativo eterosessista

Dopo quarant'anni di ricerca scientifica sull'omogenitorialità, più di un centinaio di studi, ed una straordinaria omogeneità dei dati che testimoniano la perfetta normalità dei figli e delle figlie cresciuti nelle famiglie di lesbiche e gay, ancora una parte dell'opinione pubblica, e dei professionisti della relazione con essa[1], continua a nutrire dubbi e preoccupazioni, avanzando ipotesi di disfunzionalità sullo svi-

* Psicologo, psicoterapeuta familiare, Centro Milanese di Terapia della Famiglia, referente per la ricerca scientifica di Famiglie Arcobaleno, Milano.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

luppo di queste ragazze e ragazzi. Se dovessimo cercare una spiegazione a questa resistenza nell'acquisizione delle evidenze scientifiche, che non ha pari in nessun altro ambito scientifico, il riferimento all'omofobia sociale verrebbe certo spontaneo e tuttavia sarebbe estremamente riduttivo.

Ben al di là dei sentimenti di negatività e avversione verso l'omosessualità, il turbamento suscitato dall'omogenitorialità riguarda il sovvertimento di schemi rappresentativi e valoriali complessi, intrecciati, e articolati in quello che viene considerato "la norma", e che regola le comuni aspettative rispetto alla vita delle persone. La genitorialità omosessuale mette in discussione la rappresentazione tradizionale del genere: non a caso il tema viene costantemente accostato alla cosiddetta "teoria del *gender*", meglio definibile come l'insieme degli studi *sul* genere, che in realtà non rappresentano altro che la problematizzazione dell'ideologia alla base della norma genderista ed eterosessista. Quest'ultima è una modalità di pensiero che rappresenta i sessi come due monoliti (in cui ogni livello dell'identità e dell'esistenza risulta univocamente saldato agli altri, "coerentemente" alla categoria di genere data), non comunicanti (ciò che è maschile non è femminile e viceversa), con caratteri rigidamente complementari (il maschile e il femminile si definiscono per l'essere polarità opposte che si declinano su ogni dimensione di vita), attratti l'uno all'altro per fondare una genitorialità basata sulla procreazione, sulla genealogia del sangue e l'appartenenza della "stirpe". La norma genderista dunque considera la separazione di genere come un tratto fondamentale per una corretta decodificazione della realtà, l'unica lente antropologica corretta, in assenza della quale il disagio della civiltà si propaga.

Se nella riflessione sull'identità sessuale, sulle sue diverse dimensioni e sulla normale variabilità cui queste possono andare incontro, tale schematismo è sempre più direttamente decostruito e marginalizzato dalla sessuologia, le implicazioni del genderismo sulle teorie dello sviluppo individuale e delle dinamiche familiari rimangono un patrimonio spesso condiviso in modo implicito nelle aspettative normative e negli allarmi di possibili disfunzionalità che si attivano di fronte alle situazioni che ne violano la norma.

È certamente vero che le emanazioni più dirette del pensiero genderista-eterosessista sulle teorie dello sviluppo familiare (come la teorizzazione formale dell'Edipo, per cui i figli si "innamorano" delle madri e le figlie dei padri, per poi identificarsi con il genitore del proprio sesso) appaiono oggi in parte superate[2]. Tuttavia, interrogate dal fenomeno dell'omogenitorialità, divengono evidenti alcune implicazioni di tale pensiero che risultano fortemente pervasive del sistema di rappresentazioni sociali della famiglia. In particolare si pensi a:

- le rappresentazioni della complementarietà e incommensurabilità tra maternità e paternità,
- le rappresentazioni del legame biologico tra genitore e figlio,
- le rappresentazioni della sovrapponibilità tra procreazione, filiazione, e generatività,
- le rappresentazioni dell'affettività e della sessualità all'interno della famiglia.

Tutti questi temi di fronte all'omogenitorialità devono essere ripensati e messi in discussione, cosa che può creare un senso di inquietudine legato al sovvertimento del familiare (inteso come ciò che è conosciuto e rassicurante) di cui si scopre un lato nuovo e sconosciuto.

Questo chiaramente ci spiega perché non basta semplicemente superare i pregiudizi sull'omosessualità per poter accogliere l'omogenitorialità. Per poter arrivare alla piena accoglienza dobbiamo rimettere in discussione quello che viene definito "eterosessismo": un sistema di rappresentazioni valoriali estremamente rigido in cui la finalità procreativa del sesso, la rappresentazione complementare dei generi e la genitorialità come frutto della procreazione, rappresentano l'uno la causa necessaria dell'altro, in un sistema che è tautologico, in cui semplicemente la realtà concreta che incontriamo in queste famiglie viene lasciata fuori, diventa, come dice Lingiardi, "inconcepibile"[3].

Da questo essere "fuori" dal sistema rappresentativo (chiuso) eterosessista, deriva però, ad un livello più psicosociale e "politico", un altro aspetto della sovversività omogenitoriale, che potrebbe giocare un ruolo nelle dinamiche di resistenza e diffidenza nei confronti del fenomeno.

Infatti, se la normalità delle famiglie oggi è certamente connotata da una straordinaria diversità (ormai, per lo più, accettata positivamente), tale diversità poteva generalmente essere ricondotta al sistema rappresentativo genderista-eterosessista in quanto "surrogato" della sua norma ideale. È con questo ideale infatti che devono continuamente misurarsi tutte le famiglie non conformi al prototipo, assumendo il ruolo di "seconda scelta", approssimazione sufficiente di una forma ottimale per qualche ragione irraggiungibile. Così i genitori "single" ancora sembrano implicitamente definiti da una "mancanza"

1 V. Cigoli, e E. Scabini, *Sul paradosso dell'omogenitorialità* in *Vita e pensiero,* 3, 2013, pp.101- 112; S. Vegetti Finzi, *I problemi dell'identificazione sessuale nei figli delle coppie omogenitoriali,* in *Conflitt*i, 4, 2014, p. 9.

2 M. Francesconi, D. Scotto di Fasano, *Eros e Psiche: un coming out*? *Una riflessione psicoanalitica sull'omogenitorialità*, in *Quaderni de Gli argonauti*, anno XIV, 27, 2014, pp. 61 ss.

3 V. Lingiardi, *La famiglia "inconcepibile"*, in *Infanzia e Adolescenza*, 12, 2, 2013, pp. 74 ss.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

(una madre "e basta" è quella sposata ad un padre, e viceversa), mentre i genitori adottivi sono scelti per le loro caratteristiche di quasi perfetta compatibilità con l'imitazione dello schema della "famiglia naturale"[4], le famiglie ricomposte continuano a non avere un nome per "la compagna del papà" o "il compagno della mamma" (anche volendo evitare "patrigno" e "matrigna", connotati in modo negativo, in italiano gli *step-parent* continuano a non avere un altro nome ufficiale), etc.

La famiglia omogenitoriale, certo, è oggi possibile anche perché le altre forme di famiglia hanno marginalizzato il valore del sangue e contraddetto la necessità di due figure genitoriali diverse, ma a differenza delle precedenti forme familiari alternative, essa si pone come unica e prima scelta possibile di genitorialità omosessuale, rompendo, a livello rappresentativo, il riferimento all'ideale in modo definitivo e irrimediabile. Abbandonata la complementarietà di genere, abbandonata l'affettività e la procreazione eterosessuale, abbandonato il complesso di Edipo nella sua forma "classica", l'omogenitorialità propone una forma familiare alternativa, che non aspira (né potrebbe farlo) ad essere "surrogato" di quello schema normativo, proponendosi invece chiaramente e sovversivamente per ciò che è. Di più, essa finisce per riscattare le altre forme di "diversa normalità" familiare (adottive, monoparentali, etc.), di cui ha fatto proprio il valore funzionale (la capacità di essere famiglie *di fatto*), che viene però una volta per tutte liberato dall'"essere famiglie *nonostante*", per affermare invece il loro essere "famiglie e basta". Per rivendicare il proprio essere famiglia, nella propria incommensurabilità con lo schema eterosessista, l'omogenitorialità afferma l'idea che la "vera" genitorialità è quella del cuore, anche quando il legame di sangue è presente, e che la funzione genitoriale è legata alla responsività verso i bisogni dei figli indipendentemente dal numero e dal sesso dei genitori, anche quando i genitori sono due di sesso diverso: l'omogenitorialità mina dunque il primato della famiglia tradizionale, esigendo da essa la stessa prova di essere famiglia di fatto prima che una struttura conforme ad una norma formale. Sottrae alla costruzione della realtà la possibilità di appoggiarsi a questi schemi strutturali preordinati, priva del senso di garanzia dato dalle forme predefinite, per riconoscere invece fondante l'impegno delle relazioni, e per trovare le proprie conferme nei contenuti affettivi e nei fatti delle interazioni familiari.

2. La ricerca scientifica sull'omogenitorialità

In Italia l'omogenitorialità è divenuta popolare solo nell'ultima decina di anni: la prime pubblicazioni nel nostro Paese sull'argomento sono quella di Monica Bonaccorso (1994) e quella di Daniela Ciriello (2000) sulle lesbiche e i gay genitori da precedente unione eterosessuale[5], e tuttavia non sarà che dopo la pubblicazione del terzo report da parte dell'*American Psychological Association*[6] e la nascita nel 2005 di Famiglie Arcobaleno, l'associazione italiana di genitori omosessuali, che si comincerà a sviluppare un dibattito scientifico[7]. Ciononostante, la ricerca scientifica sulle famiglie dei genitori omosessuali ha avuto inizio negli anni '70 negli Stati Uniti, e ha compiuto da poco i suoi 40 anni. Può dunque essere utile, prima di proseguire il discorso su come l'omosessualità si ponga nel panorama rappresentativo eterosessista, riprendere qui quale sia la solidità dei dati scientifici accumulati in questo quasi mezzo secolo, e quali lineamenti emergano del fenomeno omogenitoriale.

4 Il principio spesso ribadito della "*imitatio naturae*", cui fanno eccezione le adozioni interrazziali, che producono un legame visibilmente non genetico, ma ancora una volta saldamente nello schema eterogenitoriale. A livello rappresentativo, in quest'ottica, l'adozione finisce per rappresentare non più un dispositivo di garanzia dei bisogni del minore, quanto un tentativo intrinsecamente fallace di riparazione della sua perdita dei genitori biologici, cosa che collude su un altro piano con l'idea dei genitori di ricorrervi per riparare alla propria infertilità, invece che come coronamento positivo e primario della propria generatività.

5 M. Bonaccorso, *Mamme e papà omosessuali*, Roma, Editori Riuniti, 1994; D. Ciriello, *Oltre il pregiudizio. Madri lesbiche e padri gay*, Milano, Il Dito e la Luna, 2000.

6 C.J. Patterson, *Lesbian and gay parenting*, Washington, APA, 2005.

7 F. Guida e C. Guerra, *Paternità e maternità nelle coppie omosessuali: quando i genitori sono dello stesso sesso*, in *Rivista di Sessuologia*, 31, 1, 2007, pp. 38 ss; R. Lelleri, G. Prati e L. Pietrantoni, *Omogenitorialità: i risultati di una ricerca italiana*, in *Difesa Sociale*, 4, 2008, pp. 71 e ss.; V. Scaramozza, *Omogenitorialità: differenza non implica deficit*, in *Rivista di sessuologia* 33, 3, 2009, pp. 172 ss.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

2.1 L'evoluzione della ricerca e della concezione dell'omogenitorialità

I primi studi sull'omogenitorialità riguardano gay e lesbiche che avevano avuto figli in relazioni eterosessuali. Il primo studio psicologico (Osman, 1972[8]) è il report di un caso di ricomposizione familiare lesbica, il cui titolo ("*My stepfather is a she*" tr. "Il mio patrigno è una lei") esemplifica chiaramente lo sguardo eterosessista-genderista con cui l'autore guarda al nuovo nucleo familiare. Dello stesso anno è però anche il libro di Martin e Lyon (1972) "*Lesbian/woman*", che rappresenta il primo studio etnografico-sociologico sulla realtà lesbica della San Francisco di quegli anni, e che riporta la maternità omosessuale nell'alveo di una visione del lesbismo non come negazione del genere femminile, ma come sua espressione indipendente da quello maschile. L'anno successivo l'omosessualità viene depennata dal Manuale Diagnostico Statistico dei disturbi mentali dell'*American Psychiatric Association*, e gli studi sull'omosessualità godono di un'accelerazione così come di uno sguardo nuovo e depatologizzante.

Per tutti gli anni '70 l'identità sociale omosessuale diviene più forte, l'omosessualità diviene più visibile, molti omosessuali si riconoscono ed identificano come tali avendo già fondato famiglie eterosessuali, sono quindi numerosi i divorzi e le separazioni nell'ambito dei quali l'omosessualità viene addotta dalla controparte come ragione di incompetenza genitoriale. I primi studi sono dunque soprattutto volti a valutare le competenze di questi individui per decidere degli affidi[9]. Si tratta in molti casi di ricerche che si focalizzano sui genitori[10] e che, anche quando compiono valutazioni dirette dello sviluppo dei figli[11], lo fanno per interrogare l'assunto implicito che se il genitore ne è "affetto" essa potrebbe pesare sulle sue capacità genitoriali e attraverso queste sullo sviluppo dei figli.

Negli anni '80 sono diverse le pubblicazioni sui padri gay, e tuttavia si tratta ancora di una genitorialità nata in una precedente coppia eterosessuale. Quello che cambia nell'approccio è l'interesse per i vissuti relazionali, i processi di *coming out* che coinvolgono tanto i genitori quanto i figli[12].

Parallelamente negli stessi anni, in seguito allo sviluppo delle tecniche di fecondazione medicalmente assistita accessibili a donne single, le famiglie a conduzione lesbica aumentano notevolmente, e si moltiplicano gli studi sulle famiglie con madri "single" o "lesbiche"[13], che risultano tuttavia ancora come sinonimi. Questo è sintomo chiaramente di una visione ancora imperniata sul modello eterosessista della famiglia: se nella pubblicazione di Osman si riconosceva la presenza genitoriale della nuova compagna della madre definendola come "paterna", in questi studi essa sembra non essere nemmeno presa in considerazione. Essere una "madre lesbica" significa da un lato "non avere accanto a sé un padre" (e quindi essere paragonabile a qualunque altra madre "single") e dall'altro "avere partorito il

8 S. Osman, *My stepfather is a she* in *Family Process*, 11, 1972, pp. 209–218.

9 C.J. Patterson, *Children of Lesbian and Gay Parents*, in *Current Directions in Psychological Science*, 15, 5, 2006, pp. 241 ss.

10 D. Mager, *Faggot father*, in *After you're out*, K. Jay e A. Young (Eds.), New York, Links Books, 1975, pp. 128 ss; J. Perreault, *Lesbian mother*, in *After you're out*, K. Jay e A. Young (Eds.), New York, Links Books, 1975, pp. 125 ss; R. B. Weeks, A. P. Derdeyn, e M. Langman, *Two cases of children of homosexuals*, in *Child Psychiatry and Human Development*, 6, 1975, pp. 26 ss; B.M. Mucklow, e G.K. Phelan, *Lesbian and traditional mothers' responses to adult responses to child behavior and self concept*, in *Psychological Reports*, 44, 1979, pp. 880 ss.

11 Green, *Sexual identity of 37 children raised by homosexual or transsexual parents*, in *American Journal of Psychiatry*, 135, 1978, pp. 692 ss; R.L. Rees, *A comparison of children of lesbian and single heterosexual mothers on three measures of socialization*. Unpublished doctoral dissertation, California School of Professional Psychology, Berkeley, CA. 1979; B. Miller, *Gay fathers and their children*, in *Family Coordinator*, 28, 1979, pp. 544 ss.

12 J.J. Bigner, e R.B. Jacobsen, *The value of children to gay and heterosexual fathers*, in *Homosexuality and the family,* F. W. Bozett (Ed.), New York, Harrington Park Press, 1989, pp. 163 ss.; J.J. Bigner, e R.B. Jacobsen, *Parenting behaviors of homosexual and heterosexual fathers*. in *Homosexuality and the family,* F. W. Bozett (Ed.), New York, Harrington Park Press, 1989, pp. 173 ss; F.W. Bozett, *Gay fathers: How and why they disclose their homosexuality to their children*, in *Family Relations*, 29, 1980, pp. 173 ss; F.W. Bozett, *Children of gay fathers*, in F.W. Bozett (Ed.), *Gay and lesbian parents*, New York, Praeger, 1987, pp.39 ss; M.B. Harris, e P.H. Turner, *Gay and lesbian parents*, in *Journal of Homosexuality*, 12, 1985, pp. 101 ss.

13 R. Green, J.B. Mandel, M.E. Hotvedt, J. Gray, e L. Smith, *Lesbian mothers and their children: A comparison with solo parent heterosexual mothers and their children*, in *Archives of Sexual Behavior*, 7, 1986, pp. 175 ss; Harris e Turner, 1985, *ibidem*; B. Hoeffer, *Children's acquisition of sex-role behavior in lesbian-mother families*, in *American Journal of Orthopsychiatry*, 5, 1981, pp. 536 ss; S.L. Huggins, *A comparative study of selfesteem of adolescent children of divorced lesbian mothers and divorced heterosexual mothers*, in *Homosexuality and the family,* F. W. Bozett (Ed.), New York, Harrington Park Press, 1989, pp. 123 ss; M. Kirkpatrick, C. Smith, e R. Roy, *Lesbian mothers and their children: A comparative survey*, in *American Journal of Orthopsychiatry*, 51, 1981, pp. 545 ss; S.L. Kweskin, e A.S. Cook, *Heterosexual and homosexual mothers' self-described sex-role behavior and ideal sex-role behavior in children*, in *Sex Roles*, 8, 1982, pp.967 ss; J.A. Miller, R.B. Jacobsen, e J.J. Bigner, J. J., *The child's home environment for lesbian versus heterosexual mothers: A neglected area of research*, in *Journal of Homosexuality*, 7, 1981, pp. 49 ss; M.D. Pagelow, *Heterosexual and lesbian single mothers: A comparison of problems, coping, and solutions*, in *Journal of Homosexuality*, 5, 1980, pp. 198 ss.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

figlio". Ancora non è rilevante per i ricercatori l'esistenza di una coppia omogenitoriale e nella definizione dell'oggetto si studio non c'è spazio per la maternità sociale della compagna della madre biologica. Ciò che questi studi sono dunque in grado di analizzare è soprattutto lo sviluppo dei figli nella totale assenza di padri: che le madri incluse nei campioni siano single o in coppia, questa è infatti la caratteristica che hanno in comune.

È inoltre di questi anni la prima pubblicazione dello studio longitudinale di Golombok, Spencer e Rutter (1983)[14] che compara i figli di lesbiche con quelli di madri single eterosessuali.

Solo a partire dagli anni '90, decennio dell'affermarsi delle teorie *queer* e di un'evoluzione del concetto di parentela[15], si afferma l'idea del nucleo familiare omogenitoriale come oggetto di studio complessivo. Sono ancora una volta le "*lesbian mother families*" (in cui *lesbian mother* è singolare in quanto aggettivato, ma si riferisce a famiglie con due madri che hanno avuto i figli tramite inseminazione artificiale) a rappresentare il principale oggetto di studio, mentre gli studi sulle famiglie di padri di prima costituzione[16] rimangono marginali, essendo ancora più numerose le ricerche sui padri gay da precedente relazione eterosessuale[17]. La ricerca sui nuclei lesbici, invece, si articola in diversi filoni, riguardando da un lato le dimensioni della genitorialità e della cogenitorialità[18], e dall'altro lo sviluppo dei figli[19] anche con la pubblicazione dei primi *follow up* degli studi longitudinali[20].

Grazie alla sempre maggiore visibilità dei nuclei a fondazione omogenitoriale, si concepisce finalmente la ricerca in relazione ai figli di due genitori dello stesso sesso, potendo finalmente valutare, in modo coerente con la concezione dell'oggetto di studio, non solo bambini che mancano della figura genitoriale di uno dei due sessi, com'era stato negli anni '80, ma più specificamente che hanno due genitori dello stesso sesso e un modello di coppia genitoriale omosessuale.

Anche la metodologia della ricerca chiaramente evolve: da una prevalenza di casi singoli e studi qualitativi si arriva ad una maggioranza di disegni di ricerca con gruppo di controllo (che è già la norma per la maggior parte delle ricerche degli anni '80 e '90) o all'utilizzo di scale di valutazione standardiz-

14 S. Golombok, A. Spencer, e M. Rutter, *Children in lesbian and single-parent households: Psychosexual and psychiatric appraisal*, in *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 24, 1983, pp. 551 ss.

15 J. Butler, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, New York, Routledge, 1990; *Undoing Gender*, London, Routledge, 2004; K. Weston, *Families we choose: Lesbians, gays, kinship*, New York, Columbia University Press, 1991.

16 D. Mc Pherson, *Gay parenting couples: Parenting arrangements, arrangements satisfaction, and relationship satisfaction,* Unpublished doctoral dissertation, Palo Alto, CA: Pacific Graduate School of Psychology, 1993.

17 J.J. Bigner e F.W. Bozett, *Parenting by gay fathers*, in *Homosexuality and family relations* F. W. Bozett & M. B. Sussman (Eds.), New York, Harrington Park Press, 1990, pp.155 ss; R.L. Barret, e B.E. Robinson, *Gay fathers*, Lexington MA, Lexington Books, 1990; J.J. Bigner e R.B. Jacobsen, *Adult Responses to Child Behavior and Attitudes toward Fathering: Gay and Nongay Fathers*, in *Journal of Homosexuality*, 23, 1992, pp. 99 ss; J.M. Bailey, D. Bobrow, M. Wolfe, e S. Mikach, *Sexual orientation of adult sons of gay fathers*. In *Developmental Psychology*, 31, 1995, pp. 124 ss.

18 L. Koepke, J. Hare, e P.B. Moran, *Relationship quality in a sample of lesbian couples with children and child-free lesbian couples* in *Family Relations*, 41, 1992, pp. 224 ss; M. Sullivan, *Rozzie and Harriet? Gender and family patterns of lesbian coparents*, in *Gender and Society*, 10, 1996, pp. 747 ss; N. Gartrell, J. Hamilton, A. Banks, et al., *The National Lesbian Family Study: 1. Interviews with prospective mothers*, in *American Journal of Orthopsychiatry*, 66, 1996, pp. 272 ss; N. Gartrell, A. Banks, J. Hamilton, et al., *The National Lesbian Family Study: 2. Interviews with mothers of toddlers*, in *American Journal of Orthopsychiatry*, 69, 1999, pp. 362 ss.; A. Brewaeys, e E.V. van Hall, *Lesbian motherhood: The impact on child development and family functioning*, in *Journal of Psychosomatic Obstetrics and Gynecology*, 18, 1997, pp. 1 ss; F. Tasker, e S. Golombok, *The role of comothers in planned lesbian-led families*, in *Journal of Lesbian Studies*, 2, 1998, pp. 49 ss.

19 C.J. Patterson, *Children of the lesbian baby boom: Behavioral adjustment, self-concepts, and sex-role identity*, in *Contemporary perspectives on lesbian and gay psychology: Theory, research and application*, B. Greene e G. Herek (Eds.), Beverly Hills, CA: Sage, 1994, pp. 156 ss; C.J. Patterson, *Families of the lesbian baby boom: Parents' division of labor and children's adjustment*, in *Developmental Psychology*, 31, 1995, pp. 115 ss; C.J. Patterson, e R.W. Chan, *Gay fathers and their children*, in *Textbook of Homosexuality and Mental Health*, R. P. Cabaj e T. S. Stein (Eds.), Washington, D. C., American Psychiatric Press, 1996, pp. 371 ss.; C.J. Patterson, *Children of lesbian and gay parents*, in *Advances in clinical child psychology*, T. Ollendick e R. Prinz (Eds.), vol. 19, 1997, pp. 235 ss; D. Flaks, I. Ficher, F. Masterpasqua e G. Joseph, *Lesbians choosing motherhood: A comparative study of lesbian and heterosexual parents and their children*, in *Developmental Psychology*, 31, 1995, pp. 104 ss; F. Tasker e S. Golombok, *Adults raised as children in lesbian families*, in *American Journal of Orthopsychiatry*, 65, 1995, pp. 203 ss; R.W. Chan, R.C. Brooks, B. Raboy, e C.J. Patterson, *Division of labor among lesbian and heterosexual parents: Associations with children's adjustment*, in *Journal of Family Psychology*, 12, 1998, pp. 402 ss; R.W. Chan, B. Raboy, e C.J. Patterson, *Psychosocial adjustment among children conceived via donor insemination by lesbian and heterosexual mothers*, in *Child Development*, 69, 1998, pp. 443 ss.

20 N. Gartrell, A. Banks, J. Hamilton, et al., *The National Lesbian Family Study: 2. Interviews with mothers of toddlers*, in *American Journal of Orthopsychiatry*. 69, 1999, pp. 362 ss; S. Golombok, e F. Tasker, *Do parents influence the sexual orientation of their children? Findings from a longitudinal study of lesbian families*, in *Developmental Psychology*, 32, 1996, pp. 3 ss; F. Tasker, e S. Golombok, *Growing up in a lesbian family*. New York, Guilford Press, 1997.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

zate che permettono un confronto con i campioni normativi della popolazione generale. Come si accennava sono stati portati avanti ben due studi longitudinali che hanno seguito i figli di madri lesbiche fino all'età adulta: uno di questi, il *National Longitudinal Lesbian Family Study*, ha cominciato la sua raccolta dati nel 1986 per continuarla per ben 25 anni[21].

Se è vero che i campioni del secolo scorso erano per lo più non statisticamente significativi (avendo un *range* che andava dai 10 agli 80 individui per gruppo sperimentale) e composti tramite metodologie "di convenienza" (e quindi non casuali), a partire dagli anni 2000 hanno fatto la loro comparsa anche studi su campioni più vasti (per esempio la ricerca di Bos e van Balen[22] su 100 nuclei a fondazione lesbica e un corrispettivo gruppo di controllo di famiglie tradizionali) e altri su campioni identificati in modo casuale all'interno di più ampi bacini di dati relativi alla popolazione generale (come le 14.000 famiglie dell'*Avon Longitudinal Study of Parents and Children*[23], o i 12.105 adolescenti dell'*Add Health Study* [24]).

Con l'aumento dei dati quantitativi relativi all'adolescenza[25] dei figli di madri lesbiche, si moltiplicano anche gli studi qualitativi che si interessano ad approfondire questioni specifiche emerse come

21 Gartrell et al., 1996, *ibidem*; Gartrell et al., 1999, *ibidem*; N. Gartrell, A. Banks, N. Reed, J. Hamilton, et al., *The National Lesbian Family Study: 3. Interviews with mothers of five-year-olds*, in *American Journal of Orthopsychiatry*, 70, 2000, pp. 542 ss; N. Gartrell, C. Rodas, A. Deck, H. Peyser, e A. Banks, *The National Lesbian Family Study: 4. Interviews with the 10-year-old children*, in *The American Journal of Orthopsychiatry*, 75, 2005, pp. 518 ss.; N. Gartrell, C. Rodas, A. Deck, et al., *The USA national lesbian family study: 5. Interviews with mothers of ten-year-olds*, in *Feminism & Psychology*. 16(2), 2006, pp.175 ss; H.M.W. Bos, N.K. Gartrell, F. van Balen, H. Peyser, e T.G.M. Sandfort, *Children in Planned Lesbian Families: A Cross-Cultural Comparison Between the United States and the Natherlands*, in *American Journal of Orthopsychiatry*, 78 (2), 2008, pp. 211 ss; L. van Gelderen, N. Gartrell, H. Bos, e J. Hermanns, *Stigmatization and Resilience in Adolescent Children of Lesbian Mothers*, in *Journal of GLBT Family Studies*, 5, 3, 2009, pp. 268 ss; N. Gartrell e H.M.W. Bos, *The U.S. National Longitudinal Lesbian Family Study: Psychological adjustment of 17-year-old adolescents*, in *Psychiatry*, 126, 2010, pp. 1 ss; H.M.W. Bos e N.K. Gartrell, *Adolescents of the USA National Longitudinal Lesbian Family Study: Can Family Characteristics Counteract the Negative Effects of Stigmatization?* in *Family Process*, 49, 2010, pp. 559 ss; H.M.W. Bos e N.K. Gartrell, *Adolescents of the US National Longitudinal Lesbian Family Study: the impact of having a known or an unknown donor on the stability of psychological adjustment*, in *Human Reproduction*, 0, 0, 2010, 1 ss; N.K. Gartrell, H.M.W. Bos, e N.G. Goldberg, *Adolescents of the U.S. National Longitudinal Lesbian Family Study: Sexual Orientation, Sexual Behavior, and Sexual Risk Exposure*, in *Archives of Sexual Behavior*, 40(6), 2011, pp. 1199 ss; N.K. Gartrell, H. Bos, H. Peyser, A. Deck e C. Rodas, *Family Characteristics, Custody Arrangements, and Adolescent Psychological Well-being after Lesbian Mothers Break Up*, in *Family Relations* 60, December 2011, pp. 572 ss; N.K. Gartrell, H. Bos, H. Peyser, A. Deck, C. Rodas, *Adolescents with Lesbian Mothers Describe Their Own Lives*, in *Journal of Homosexuality*, 59, 9, 2012, pp. 1211 ss; N.G. Goldberg, H.M.W. Bos, e N.K. Gartrell, *Substance use by adolescents of the USA National Longitudinal Lesbian Family Study*, in *Journal of Health Psychology,* 16 (8), 2011, pp. 1231 ss; L. Van Gelderen, H. Bos, N. Gartrell e J. Hermanns J., *Quality of Life of Adolescents Raised from Birth by Lesbian Mothers: The US National Longitudinal Family Study*, in *Journal of Developmental & Behavioral Pediatrics*, 33, 1, 2012, pp. 1 ss; L. Van Gelderen, N. Gartrell, H.M.W. Bos, F.B. van Rooij, J.M.A. Hermanns, *Stigmatization associated with growing up in a lesbian-parented family: What do adolescents experience and how do they deal with it?*, in *Children and Youth Services Review,* doi:10.1016/j.childyouth.2012.01.048, 2012; L. Van Gelderen, N. Gartrell, H. Bos, e J. Hermanns, *Stigmatization and Promotive Factors in Relation to Psychological Health and Life Satisfaction of Adolescents in Planned Lesbian Families*, in *Journal of Family Issues*, 34(6), 2013, pp. 809 ss; H.M.W. Bos, N. Goldberg, L. van Gelderen, e N. Gartrell, *Adolescents of the U.S. National Longitudinal Lesbian Family Study: Male Role Models, Gender Role Traits, and Psychological Adjustment*, in *Gender e Society*, publ. online 1 June 2012, DOI: 10.1177/0891243212445465; H.M.W. Bos, N.K. Gartrell, e L. van Gelderen, *Adolescents in Lesbian Families: DSM Oriented Scale Scores and Stigmatization*, in *Journal of Gay & Lesbian Social Services*, 25 (2), 2013, pp. 121 ss.

22 H.M.W. Bos, F. van Balen, e D.C. van den Boom, *Planned lesbian families: Their desire and motivation to have children*, in *Human Reproduction*, 10, 2003, pp. 2216 ss; H.M.W. Bos, F. van Balen e D.C. van den Boom, *Experience of parenthood, couple relationship, social support, and child-rearing goals in planned lesbian mother families*, in *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 45, 2004, pp. 755 ss; H. Bos, F. van Balen, D. van den Boom, e T. Sandfort, *Minority stress, experience of parenthood and child adjustment in lesbian families*, in *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, 22(4), 2004, pp. 1 ss; H. Bos, F. van Balen, e D. van den Boom, *Child adjustment and parenting in planned lesbian parent families*, in *American Journal of Orthopsychiatry*, 77(1), 2007, pp. 38 ss.

23 S. Golombok, B. Perry, A. Burston, C. Murray, J. Mooney-Somers, M. Stevens, e J. Golding, *Children with lesbian parents: A community study*, in *Developmental Psychology*, 39, 2003, pp. 20 ss.

24 J.L. Wainright, S.T. Russell, e C.J. Patterson, *Psychosocial Adjustment, School Outcomes, and Romantic Relationships of Adolescents With Same-Sex Parents*, in *Child Development*, 75, 6, Nov/Dec 2004, pp. 1886 ss; J.L. Wainright, e C.J. Patterson, *Delinquency, Victimization, and Substance Use Among Adolescents With Female Same-Sex Parents*, in *Journal of Family Psychology*, 20 (3), 2006, pp. 526 ss; J.L. Wainright, e C.J. Patterson, *Peer Relations Among Adolescents With Female Same-Sex Parents*, in *Developmental Psychology*, 44,(1), 2008, pp. 117 ss.

25 Van Gelderen et al. 2009; 2012a; 2012b; 2013 *ibidem*; Gartrell e Bos, 2010 *ibidem*; Bos e Gartrell, 2010a; 2010b *ibidem*; Gartrell et al., 2010; 2011; 2012 *ibidem*; Goldberg et al, 2011 *ibidem*; Bos et al., 2012 *ibidem*; 2013 *ibidem*. Wainright e Patterson, 2004; 2006; 2008 *ibidem*.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

enigmatiche negli studi più vasti: è il caso della costruzione delle narrazioni interne alle famiglie sull'origine e sull'apporto di "terzi" nella procreazione, quindi la figura del donatore[26].

Negli anni 2000 inoltre si svolgono diversi studi sulle famiglie gay e lesbiche adottive, il che ci offre dei dati supplementari anche sulla paternità gay e sullo sviluppo dei figli in famiglie senza madre[27]. Sono degli ultimi anni infine, anche se su piccoli campioni e più concentrati sul processo di transizione alla genitorialità che non sullo sviluppo dei figli, le prime ricerche sui padri da *surrogacy*[28]. D'altra parte, sembra che i ricercatori considerino ormai ampiamente superata la questione della funzionalità di queste famiglie rispetto allo sviluppo dei figli, trovando finalmente molto più interesse nella loro specificità.

In Italia per esempio il recentissimo fiorire di ricerche psicologiche sull'omogenitorialità sembra privilegiare in particolare il processo della cogenitorialità e del coordinamento familiare[29].

2.2 I principali dati emersi dalla ricerca sui figli di lesbiche gay

Nonostante le differenze nella concezione dell'omogenitorialità, nella formulazione dei quesiti di ricerca e nel rigore metodologico, i risultati degli studi appaiono straordinariamente coerenti. Essi vanno sempre nella stessa direzione: quello che oggi sappiamo è che non esiste pregiudizio per questi ragazzi

26 A.E. Goldberg, e K.R. Allen, *Donor, Dad, or...? Young Adults with Lesbian Parents' Experiences with Known Donors*, in *Family Process*, Pub. on-line 2013 doi: 10.1111/famp.12029; M.K. Nelson, R. Hertz, e W. Kramer, *Making Sense of Donors and Donor Siblings: A comparison of the Perceptions of Donor-conceived Offspring in Lesbian-parent and Heterosexual-parent Families*, in *Visions of 21st Century Family: Transforming Structures and Identities* P.N. Claster e S.L. Blair (Eds). *Contemporary Perspectives in Family Research*, 7, 2013, pp.1 ss.; E. Wyverkens, V. Provoost, A. Ravelingien, P. De Sutter, et al., *Beyond sperm cells: a qualitative study on constructed meanings of the sperm donor in lesbian families*, in *Human Reproduction*, 29(6), 2014, pp. 1248 ss.

27 S.M. Johnson e E. O'Connor, *The gay baby boom: The psychology of gay parenthood*, New York, New York University Press, 2002; P. Kindle, e S. Erich, *Perceptions of social support among heterosexual and homosexual adopters*, in *Families in Society*, (86)4, 2005, pp. 541 ss; A.E. Goldberg, J.B. Downing, e A.M. Moyer, *Why Parenthood, and Why Now? Gay Men's Motivations for Pursuing Parenthood*, in *Family Relations*, 61, 1, 2012, pp. 157 ss; S. Erich, P. Leung, P. Kindle e S. Carter, *Gay and lesbian adoptive families: An exploratory study of family functioning, adoptive child's behavior, and familial support networks*, in *Journal of Family Social Work*, 9, 2005, pp.17 ss; S. Erich, P. Leung, e P. Kindle, *A comparative analysis of adoptive family functioning with gay, lesbian and heterosexual parents and their children*, in *Journal of GLBT Family Studies*, 1(4), 2005, pp. 43 ss.; S. Erich, H. Kanenberg, H. Case, T. Allen, e T. Bogdanos, *An empirical analysis of factors affecting adolescent attachment in adoptive families with homosexual and straight parents*, in *Children and Youth Services Review*, 31, 2009, pp. 398 ss; R.H. Farr, S.L. Forsell, e C.J. Patterson, *Parenting and Child Development in Adoptive Families: Does Parental Sexual Orientation Matter?*, in *Applied Developmental Science*, 14 (3), 2010, pp. 164 ss; L. Mellish, S. Jennings, F. Tasker, M. Lamb e S. Golombok, *Gay, Lesbian and Heterosexual Adoptive Families*, British Association for Adoption & Fostering (BAAF), London, 2013; P. Leung, S. Erich, e H. Kanenberg, *A comparison of family functions in gay/lesbian, heterosexual and special needs adoptions*, in *Children and Youth Services Review*, 27, 2005, pp. 1031 ss; S. Golombok, L. Mellish, F. Tusker, S. Jennings, P. Casey, e M.E. Lamb, *Adoptive Gay Father Families: Parent–Child Relationships and Children's Psychological Adjustment*, in *Child Development*, 85, 2, 2014, pp. 456 ss.

28 G.N. Allahbadia, K.S. Kadam, G.N. Gandhi, P. Tambe, S. Arora, A.S. Joshi, *Surrogacy for same-sex couples: a 3-year experience*, in *Reproductive BioMedicine Online*, 17, 2, 2008 23 s.; D.A. Greenfeld, e E. Seli, *Gay men choosing parenthood through assisted reproduction: medical and psychosocial considerations*, in *Fertility and Sterility*, 95, 2011, pp. 225 ss; I.B. Ressler, D. Bessett, J.M. Sroga, S. Rompola, M.A. Thomas, e S.R. Lindheim, *Perspectives among gay male couples choosing fatherhood using assisted reproduction*, in *Fertility and Sterility*, 96, 3, Supplement, 2011, pp. 15s; K. Bergman, R.J. Rubio, R-J. Green, e E. Padrón, *Gay Men Who Become Fathers via Surrogacy: The Transition to Parenthood*, in *Journal of GLBT Family Studies*, 6, 2, 2010, pp. 111 ss; S.A. Grover, Z. Shmorgun, J. Christensen, A. Sojecki, S.I. Moskovtsev, e C.L. Librach, *Analysis of a cohort of gay men seeking help with third-party reproduction*, in *Fertility and Sterility*, 98, 3, 2012, 48 ss; J. Tuazon-McCheyne, *Two Dads: Gay Male Parenting and its Politicisation — A Cooperative Inquiry Action Research Study*, in *Australian and New Zealand Journal of Family Therapy*, 31, 4, 2013, pp. 311 ss; J. Power, A. Perlesz, R. McNair, M. Schofield, M. Pitts, R. Brown e A. Bickerdike, *Gay and Bisexual Dads and Diversity: Fathers in the Work, Love, Play Study*, in *Journal of Family Studies* , 18, 2012, *Fatherhood in the early 21st Century*, pp. 143 ss; D. Berkowitz e W. Marsiglio, *Gay Men: Negotiating Procreative, Father, and Family Identities*, in *Journal of Marriage and Family*, 69, 2, 2007, pp. 366 ss..

29 R. Baiocco e F. Laghi, *Sexual orientation and the desires and intentions to become parents*, in *Journal of Family Studies*, 19, 1, 2013, pp. 90-98; R. Baiocco, F. Santamaria, S. Ioverno, C. Petracca, P. Biondi, F. Laghi e S. Mazzoni, *Famiglie composte da genitori gay e lesbiche e famiglie composte da genitori eterosessuali: benessere dei bambini, impegno nella relazione e soddisfazione disdica*, in *Infanzia e Adolescenza*, 12 (2), 2013, pp. 99 ss; S. D'Amore, A. Simonelli e M. Miscioscia, *La qualità delle interazioni triadiche nelle famiglie lesbo-genitoriali: uno studio pilota con la procedura del Lausanne Trilogue Play*, in *Infanzia e Adolescenza*, 12 (2), 2013, pp. 113 ss; P. Bastianoni e C. Baiamonte, *Genitorialità e famiglie: due costrutti al plurale per superare il pregiudizio omofobico*, paper presentato alla giornata di studi *Le famiglie omogenitoriali nella scuola e nei servizi educativi*, Istituto degli Innocenti, Firenze, 5 aprile, 2014.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

dovuto alla loro appartenenza familiare, né rispetto all'identità sessuale, né riguardo al benessere psico-affettivo, né rispetto alla socializzazione con i pari[30].

Partendo da una premessa massimamente eterosessista, la prima preoccupazione dei detrattori dell'omogenitorialità è rappresentata dall'idea che i figli possano sviluppare un'identità sessuale non eterosessuale: paradossalmente, anche avendo accettato che l'omosessualità non è una malattia né un arresto dello sviluppo, l'idea che lesbiche e gay possano avere figli omosessuali o trangender sarebbe usato comunque come un indice di disfunzionalità.

Sul piano dunque dello sviluppo sessuale dei figli sono stati raccolti moltissimi dati, ed emergono alcune specificità. I figli di famiglie omogenitoriali si sviluppano in modo assolutamente analogo a tutti gli altri per quel che riguarda le dimensioni nucleari dell'identità sessuale (identità di genere e orientamento sessuale), mentre mostrano una maggiore apertura per quel che riguarda le dimensioni più "attitudinali" e culturali (i ruoli di genere, ovvero il rapporto con gli stereotipi e le rappresentazioni del maschile e del femminile, e l'identità di orientamento sessuale, ovvero il rapporto con l'idea della propria sessualità).

Sul piano dei ruoli di genere, ciò che emerge dalle ricerche su infanzia e preadolescenza è una maggiore libertà nella scelta dei giochi genere-atipici e nella rappresentazione del proprio futuro professionale, i maschi inoltre mostrano in media un livello minore di aggressività.

Quanto all'identità di orientamento sessuale, si tratta di un concetto spesso confuso con l'orientamento sessuale in sé, ma che a maggior ragione in questo caso deve esserne distinto per poter rendere conto di dati altrimenti contraddittori. Mentre l'orientamento sessuale si riferisce alla predisposizione "strutturale" dell'individuo a provare attrazione romantica ed erotica verso l'uno, l'altro od entrambi i sessi, l'identità di orientamento corrisponde alla concezione e alla definizione che l'individuo ha di sé rispetto a tale struttura. Essa dunque dipende da molti fattori: 1. le occasioni di esplorazione delle proprie disposizioni e l'esperienza effettiva che l'individuo ha avuto nel corso della sua vita, 2. le categorie culturali disponibili per descrivere tale struttura relazionale di desiderio, 3. i valori, gli atteggiamenti e le premesse ideologiche verso di essa. Non a caso l'identità di orientamento sessuale (cui talvolta in letteratura ci si riferisce semplicisticamente con l'espressione "*sexual identity*") è considerata qualcosa di "fluido" e soggetto a cambiamenti durante l'arco di vita, mentre l'orientamento sessuale in sé si mostra costante e resistente al cambiamento.

I dati sui figli di genitori omosessuali evidenziano una discrasia tra questi due livelli. Da parte di questi giovani emerge una maggiore apertura alla possibilità di scoprirsi non eterosessuali, ed una disposizione, in particolare da parte delle ragazze, a comportamenti esplorativi che testimoniano una concezione non eterosessista della sessualità. Tuttavia, quando si va a valutare il loro orientamento sessuale a partire da una visione complessiva dei comportamenti e delle preferenze sull'arco di vita, si nota che i comportamenti esplorativi non hanno tenuta nel tempo, e le percentuali di non-eterosessualità risultano perfettamente comparabili con la popolazione generale.

Sul piano psico-affettivo, le ricerche non rilevano alcuna rilevanza di sintomi ansioso-depressivi, né di comportamenti problematici tendenti all'esteriorizzazione dei problemi o al ritiro sociale. I dati longitudinali di Golombok e colleghe, evidenziano come questi ragazzi intorno ai 6 anni possano andare incontro a un momento di insicurezza e minore autostima, legata forse al fatto di trovarsi in media con maggiori strumenti di comprensione dei livelli coinvolti nello sviluppo familiare rispetto a quelli dei compagni, il che può creare un senso di differenza e di solitudine. Lo stesso studio però mostra come a 12 anni questa insicurezza sia svanita, mentre a 19 anni gli stessi ragazzi si trovino ad avere un'autostima superiore a quella dei compagni, minore ostilità ed ansia e minori tassi di comportamenti problematici. Questo dunque fa pensare, sul lungo termine, ad una maggiore competenza sociale, dovuta probabilmente proprio all'aver dovuto imparare ad essere parte di una minoranza, dovendo fare i conti con una maggioranza, a cui è necessario spiegare chi si è, come si funziona e in che modo si è differenti dalle sue aspettative.

30 I detrattori dell'omogenitorialità spesso citano tre studi (S. Sarantakos, *Children in three contexts: Family, education, and social development*, in *Children Australia*, 21(3), 1996, pp. 23 ss; M. Regnerus, *How different are the adult children of parents who have same-sex relationships? Findings from the New Family Structures Study*, in *Social Science Research*, 41 (4), 2012, pp. 752 ss; D.W. Allen, *High school graduation rates among children of same-sex households*, in *Review of Economics of the Household*, 11(4), 2013, pp. 635 ss.) come prova di risultati contrastanti, tuttavia, mentre lo studio di Sarantakos rileva verosimilemente gli effetti preoccupanti della discriminazione omofobica in certi contesti (e non dell'omogenitorialità in sé), quello di Regnerus e quello di Allen presentano difetti metodologici talmente macroscopici nell'operazionalizzazione dei costrutti e nella selezione del campione, da avere suscitato la reazione compatta della comunità scientifica. Per una disamina approfondita si veda F. Ferrari, *La ricerca scientifica sull'omogenitorialità*, in *Famiglie omogenitoriali. Il diritto dei bambini al riconoscimento delle loro relazioni familiari* (titolo provvisorio), P. Bastianoni e C. Baiamonte, Edizioni Junior, Bergamo, in corso di stampa.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Questo per altro rimanda direttamente ai dati relativi al rapporto dei figli di famiglie omogenitoriali con la società e con il pregiudizio sociale. A questo livello si evidenzia chiaramente che i figli di persone omosessuali vanno incontro a discriminazione sulla base della loro appartenenza familiare e che questa discriminazione fa loro del male, correlando, laddove è presente, con maggiori livelli di ansia e di comportamenti problematici.

Ciononostante, il dato che questi ragazzi, pur subendo atti di discriminazione e soffrendone, non stiano peggio della popolazione generale dei loro compagni, indica la presenza di fattori di protezione. Primo fra tutti, deve essere considerato il fatto che queste famiglie sono estremamente consapevoli dello stigma cui i figli possono andare incontro, e hanno così modo di mettere in atto, sin dalla scuola dell'infanzia, una serie di buone prassi che permettono di allertare il contesto e gli operatori della socializzazione. Si tratta dunque, perlopiù, di famiglie visibili con gli insegnanti e gli educatori, e che si preoccupano di far sì che l'istituzione non ne ignori la specificità e l'esposizione allo stigma. Appare chiaro infatti come in un contesto fortemente eterosessista e genderista, in cui mancano pressoché totalmente rappresentazioni della specificità minoritaria di queste famiglie, rinunciare ad una pedagogia realmente inclusiva significa ignorare completamente questa specificità, e lasciare questi bambini privi di un riferimento nel confronto con il mondo esterno. Il rischio infatti di una pedagogia standardizzata che non si preoccupi di vegliare sulle differenze e le specificità culturali e familiari dei bambini, dialogando con loro su di esse, ma si limiti a socializzare una rappresentazione della realtà di massima (e in particolare eterosessista) è quello perpetrare una disconferma sociale delle realtà minoritarie. La disconferma (che veicola il messaggio "tu non esisti") è un tipo di comunicazione molto più pericolosa e psicopatogena anche del rifiuto, che deriva dal pregiudizio, ma che può essere affrontato e neutralizzato nella reciproca conoscenza. La disconferma invece può essere il focolare di un disagio molto più difficile da gestire, perché lascia il bambino senza strumenti per capire la relazione.

Si tratta inoltre spesso di genitori connessi con le associazioni e la comunità delle famiglie omogenitoriali, che possono quindi trovare in queste, così come nella propria esperienza di omosessuali, una competenza specifica rispetto alla gestione dello stigma omofobico. Tutto ciò permette quindi di offrire ai figli un ascolto su questi temi e la possibilità di mettere a loro disposizione delle risorse per fare fronte al possibile stigma, prevenirlo o risolverlo.

Rispetto al rapporto con la figura del donatore nelle famiglie a fondazione lesbica che ricorrono alla procreazione medicalmente assistita eterologa, possiamo contare su dati interessanti sia sul piano quantitativo che qualitativo.

In generale, i dati del *National Longitudinal Lesbian Family Study* ci suggeriscono che la curiosità verso il donatore sia maggiore quando effettivamente ci sia la possibilità di contattarlo e conoscerlo al raggiungimento dei 18 anni, mentre cala drasticamente laddove il donatore sia chiuso e tale opportunità non sia mai stata presente. Questo suggerisce che un ruolo importante sia da attribuire alla costruzione, all'interno della famiglia, del significato del ruolo del donatore, anche attraverso la scelta iniziale di una donazione aperta o chiusa (per quanto tale costruzione si riprovi proteiforme ed imprevedibile, emergente da interazioni tra storie e non riducibile agli effetti di una singola decisione).

Altri studi più qualitativi e in profondità sulle famiglie con donatore aperto hanno suggerito come la curiosità sia legata ad un processo di "personificazione" del donatore nel discorso familiare, laddove il disinteresse è più legato ad una costruzione della sua figura nel discorso in termini "strumentali" (come quella di un donatore di sangue). Questi atteggiamenti possono evolvere in rapporto alla crescita del figlio e al dialogo con lui, in particolare sulle sue somiglianze fisiche con il donatore sconosciuto: da questo si può sviluppare anche nelle madri una curiosità inizialmente assente. In ogni caso i processi di costruzione del rapporto dei figli con la figura del donatore rappresentano uno degli elementi di maggior interesse della ricerca contemporanea sulle famiglie omogenitoriali e possiamo aspettarci ulteriori sfaccettature dell'argomento emergeranno in questi anni dalle ricerche in corso.

Questi dati, ormai ampiamente consolidati, ribadiscono la completa "normalità" delle famiglie omogenitoriali, che si trovano però a costruire una propria specificità in relazione ad un discorso sociale che non le prevede e il confronto intracomunitario deve supplire nella creazione di buone prassi, modelli identitari e rappresentazioni di sé.

3. I dati della ricerca e l'invalidazione delle premesse eterosessiste

I dati sullo sviluppo dei figli di famiglie omogenitoriali contraddicono dunque una serie di postulati eteronormativi che prescrivono una struttura familiare eterosessuale come matrice necessaria di uno sviluppo eterosessuale e genere-conforme, considerato implicitamente come modello di salute mentale. Questo modello eterosessista parte da una norma statistica (la distribuzione normale dell'eterosessua-

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

lità nella campana gaussiana degli orientamenti sessuali) e la prescrive come regola comportamentale (considerando "normale" l'eterosessualità e "deviante" l'omosessualità), sostenendo l'idea che tale regola sia necessaria al mantenimento della "normalità" e alla non proliferazione della "devianza": in questo consiste l'argomento di prudenza che i figli di omosessuali avrebbero "problemi di identità sessuale". Si considera dunque il modello eteronormativo (la famiglia eterogenitoriale) come causa necessaria a quella "norma eterosessuale", che è considerata come "normalità", e poi si trova in tale rapporto di causalità la ragione della propria normatività e del rifiuto delle famiglie omogenitoriali: esse non sarebbero in grado di offrire un modello necessario allo sviluppo normale dei figli.

I dati sullo sviluppo dei figli di famiglie omogenitoriali falsificano il rapporto di causalità tra modello familiare e distribuzione normale dell'eterosessualità, perché ribadiscono la stessa distribuzione in famiglie in cui tale modello è sostituito da uno omosessuale. Di conseguenza minano la necessità di una regola comportamentale eterosessista finalizzata al mantenimento della maggioranza eterosessuale.

Se il discorso eteronormativo mostra una logica circolare e autoreferenziale quando riferito allo sviluppo dell'identità sessuale dei figli, esso perde anche di nesso logico quando si spinge fino a sostenere che i figli di lesbiche e gay potrebbero avere un danno psico-emotivo a causa della loro famiglia. Non si capisce infatti che cosa nel genitore omosessuale, a parte il suo essere omosessuale, dovrebbe avere un simile effetto dannoso sui figli: a meno che non si stia ancora pescando negli stereotipi patologizzanti dell'omosessualità come disturbo personologico, non si faccia ancora il rozzo e strumentale accostamento tra di essa e la pedofilia, o non ci si riferisca agli effetti dello stigma verso la minoranza, che sono però esattamente l'effetto del comportamento di rifiuto verso l'omosessualità. Attraverso quindi tutti questi pregiudizi suggestivi e socialmente diffusi, si supplisce alla mancanza di una ragione razionale dietro un quesito scientifico privo di fondamenti. Si postula il disagio psicologico dei figli di genitori omosessuali come giustificazione ultima dell'equiparazione eterosessista della norma statistica eterosessuale con l'idea di "funzionamento normale", di "fisiologia" e di "salute mentale".

Ancora una volta i dati della ricerca falsificano questi pregiudizi privi di un fondamento razionale.

Infatti, a ben vedere, già la depatologizzazione dell'omosessualità dovrebbe essere sufficiente a eliminare ogni tipo di pregiudizio anche verso l'omogenitorialità, ma perché ciò sia realmente effettivo nel discorso sociale, tale affermazione negativa ("l'omosessualità non è una malattia") deve essere realizzata culturalmente anche nel suo corollario positivo ("la normalità è anche omosessuale"), il che significa un cambiamento di tutte le rappresentazioni di normalità sociale, che può avvenire però solo laddove la società e il diritto permettano a tale normalità omosessuale di esistere, essere vista, riconosciuta e rappresentata. Così in Italia, la famiglia omogenitoriale sta acquisendo riconoscimento oggi che comincia ad essere presente nei media da una decina di anni, ma ancora il suo status sovversivo ostacola la sua rappresentazione come "normalità". Il riconoscimento giuridico è ciò che può cambiare tale status rendendola da minoranza "sovversiva" a minoranza "civile". Fino a quel punto continueremo ad assistere ad un discorso dissociato, in cui l'omosessualità non è un problema, ma i genitori omosessuali sì, perché potrebbero avere figli omosessuali o infelici perché figli di omosessuali (anche se essere omosessuali non doveva essere un problema!). Tale discorso però ha l'effetto di ritardare il cambiamento sociale e giuridico che è necessario a generare immagini di normalità che possano compiere l'evoluzione dal paradigma eterosessista a quello pluralista.

Coerentemente a questo discorso, dati rassicuranti che emergono dalla ricerca sull'omogenitorialità possono avere una forte rilevanza anche nella riflessione sulle specificità che hanno in comune con altre forme familiari eterogenitoriali. Si pensi per esempio alle famiglie che hanno generato tramite fecondazione medicalmente assistita eterologa o a quelle adottive che, seppur riconosciute nella loro validità, continuano a confrontarsi con il principio di "*imitatio naturae*" e con il dubbio conseguente sulla comunicazione ai figli della verità delle loro origini. Sempre più decisamente nel contesto delle adozioni si afferma una prassi della sincerità, e tuttavia non si può negare un frequente e dannoso imbarazzo sul come e sul quando tale verità debba essere svelata. Le recenti ricerche comparative sulle famiglie adottive gay, lesbiche ed eterosessuali (Mellish et al. 2013; Golombok et al. 2014) suggeriscono che la qualità della genitorialità adottiva tra i padri gay, che riescono più di ogni altro gruppo ad essere felici del proprio compito, sia addirittura migliore che quella delle famiglie eterosessuali, correlando con una minore quantità di problemi nei figli adottivi. Nel caso dell'inseminazione eterologa, ancor peggio, sono talvolta ancora gli stessi professionisti a suggerire di mantenere il segreto e il mimetismo con la "normalità". L'idea è quella di fingere l'adesione al modello eteronormativo di genitorialità come "procreazione frutto della sessualità". La genitorialità omosessuale non può ricorrere a tale mimetismo, e fa della sincerità sul proprio percorso procreativo la marca principale della relazione con i figli sin dalle prime comunicazioni sulla storia della famiglia. I dati che emergono, sempre più confermati, sullo sviluppo dell'identità dei figli di madri lesbiche in adolescenza e in età adulta e sul loro rapporto con la figura del donatore, si discostano dai racconti di quei ragazzi e ragazze che scoprono di essere figli dell'eterologa a 18, 20 o 30 anni e che ne riportano una ferita identitaria profonda. Quella sofferenza è dunque in genere legata all'inganno, all'investimento che è stato fatto fino a quel momento su una rappresentazione della

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

relazione padre-figlio che si basa sul sangue, sull'idea costruita socialmente che in quel sangue ci sia un valore che viene poi perduto d'un colpo quando si scopre che quel legame di sangue non esiste.

I dati della ricerca sull'omogenitorialità ci invitano dunque a dissipare ogni timore di inferiorità di un processo di fondazione familiare rispetto ad un altro, e a diffidare dei danni che questo stesso timore può provocare alle relazioni e allo sviluppo dei componenti di ogni famiglia.

Parlare della proposta culturale rappresentata dall'omogenitorialità, significa mettere in discussione un modello culturale locale, nostro, di parentela. Per Sahlins la parentela è una categoria culturale che definisce, intorno ad alcuni elementi simbolici, la reciprocità delle relazioni: i parenti sono coloro che vivono la vita gli uni degli altri e che muoiono la morte gli uni degli altri, quali elementi definiscano questa reciprocità cambia in ogni cultura. Nella nostra cultura per molto tempo sono stati il sangue e il genere a definire la reciprocità delle relazioni di parentela, negli ultimi decenni il valore della cura e dell'attaccamento sono diventati un altro vettore potente di questa reciprocità, ma sempre in termini di sudditanza rispetto a quelli del sangue e del genere. Oggi l'omogenitorialità rappresenta un cardine di emancipazione della parentela degli affetti e della cura reciproca nel panorama simbolico occidentale, che propone di mescolare e di complessificare gli elementi definitori della relazione di genitorialità. Si tratta però di una sfida complessa che solo una definizione legislativa può sancire in modo definitivo.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

*Chiara Saraceno**

Dalla coppia alla genitorialità delle persone dello stesso sesso

Sommario

1. Coppie come le altre? – 2. Dalla coppia alla famiglia: diventare genitori omosessuali

Abstract

Le innovazioni giuridiche che in molti paesi hanno portato al riconoscimento giuridico della coppie omosessuali, ed i dibattiti che le hanno accompagnate, sono la prova di quanto la definizione di famiglia e di coppia siano un costrutto insieme culturale e legale, basato sul sentire condiviso. Sono le trasformazioni culturali intervenute rispetto alla concezione di individuo, di coppia e di matrimonio che consentono oggi di pensare l'apertura di quest'ultimo anche agli omosessuali e l'accesso delle coppie dello stesso sesso alla genitorialità. L'Autrice analizza allora le concrete modalità di accesso alla filiazione, svolgendo anche le proprie valutazioni critiche con riguardo al caso della riproduzione assistita ed in particolare della gestazione per altri (cd. maternità surrogata).

The legal innovations, which led to the legal recognition of homosexual couples, prove together with the related debates that "family" and "couple" notions are cultural and juridical constructions based on common sense. Cultural changes towards the concepts of individual, couple and marriage brought to consider marriage as an institution open to homosexual persons and parenthood as granted also to same-sex couples. Therefore, the Author analyses the practical methods to access to filiation, including a critical assessment of the case of the assisted reproduction and surrogacy.

1. Coppie come le altre?

Le innovazioni giuridiche che in molti paesi hanno portato al riconoscimento giuridico della coppie omosessuali, ed i dibattiti che le hanno accompagnate in tutti i paesi, sono la prova di quanto la definizione di famiglia e di coppia siano un costrutto insieme culturale e legale, basato sul sentire condiviso circa ciò che è buono e accettabile nei rapporti interpersonali insieme più intimi e socialmente rilevanti, un "comune sentire" che cambia da una società e da un'epoca all'altra. Se non ci fossero stati cambiamenti in questo comune sentire, nessun legislatore avrebbe potuto far passare innovazioni di questo tipo. I cambiamenti hanno investito in primo luogo la concezione della coppia eterosessuale e della filiazione, trasformando profondamente dall'interno una istituzione che solo formalmente sembra rimasta la stessa nel tempo.

* *Honory Fellow* al Collegio Carlo Alberto, Moncalieri/Torino.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Come osserva anche Elisabetta Galeotti[1], il modo in cui nel passato il matrimonio è stato pensato e costruito non può essere univocamente un limite a ciò che può essere fatto qui ed ora. Al contrario, sono le trasformazioni culturali intervenute rispetto alla concezione di individuo, coppia e matrimonio che consentono di pensare l'apertura di quest'ultimo anche agli omosessuali. [2] Né la procreazione, né l'appropriazione dei figli della donna da parte del marito di questa costituiscono oggi le basi legali e culturali del matrimonio. Almeno nei paesi democratici sviluppati, alla base del matrimonio è la libera scelta di intraprendere una vita comune, orientata al sostegno e ben-essere reciproco, culturalmente legittimata dall'esistenza di un rapporto d'amore. La stessa introduzione, in tutti i sistemi legislativi democratici, del divorzio consensuale è figlia di questa trasformazione del contenuto del matrimonio. Quando uno, o entrambi i coniugi non sperimentano più il loro matrimonio come portatore di ben-essere, quando si sentono più in un rapporto di reciprocità, è considerato legittimo che possano sciogliere il loro vincolo. L'importanza dello stare bene insieme, dello scambiarsi affetto e solidarietà, della relazione di coppia in quanto tale a prescindere dagli scopi riproduttivi, per altro è diventata una caratteristica fondativi del matrimonio anche per la Chiesa Cattolica, almeno a partire dalla *Gaudium et Spes* del 1965 (a differenza di quanto sostenuto nella *Casti Connubi* del 1930).

Proprio questo cambiamento dello scopo e dei fondamenti culturali e sociali del matrimonio, l'accentuazione delle dimensioni di libera scelta amorosa e solidale, ha aperto, appunto, la via ad una riconsiderazione della impossibilità di aprirlo anche alle coppie dello stesso sesso. Anche in Italia, dove queste coppie continuano a mancare di ogni tipo di riconoscimento legale, a livello di opinione comune l'esplicitazione della dimensione amorosa e reciprocamente solidale delle coppie omosessuali contribuisce a farne riconoscere l'esistenza e il valore anche da parte di chi pure continua a considerare l'omosessualità un comportamento e un modo di essere disturbante. La prima indagine sulla omosessualità effettuata dall'ISTAT[3], ad esempio, ha rilevato che i rapporti tra persone dello stesso sesso sono percepiti come più accettabili, anche da parte di chi ha più resistenze ad accettare l'omosessualità come una forma di sessualità normale, quando sono all'interno di un rapporto d'amore. Di più, la maggioranza ritiene che le coppie omosessuali, proprio perché amorose, abbiano diritto al riconoscimento giuridico e sociale, anche se non tutti sono d'accordo che possano accedere al matrimonio.

Rimane aperta la questione se il matrimonio possa/debba essere l'unica opzione per chi, etero o omosessuale, con un partner di sesso diverso o dello stesso sesso, voglia dare forma sociale al proprio rapporto. A mio modesto parere, per gli omosessuali come per gli eterosessuali, il matrimonio dovrebbe rimanere una opportunità, una opzione possibile, non l'unica forma di relazione affettiva e solidale socialmente riconosciuta. E' curioso, da questo punto di vista, che in alcuni paesi l'istituto dell'unione civile, diverso dal matrimonio, è aperto solo a gay e lebische e non anche a coppie eterosessuali. E' il caso del Regno Unito (fino alla recente introduzione del matrimonio anche per le coppie dello stesso sesso) e Germania, dove le pur diffusissime convivenze eterosessuali rimangono fatti puramente privati. Solo in pochi paesi, come ad esempio l'Olanda, la Spagna e la Francia, la doppia opzione è aperta ad entrambi i tipi di coppia. Si tratta, in ogni modo, di una situazione in continua evoluzione. Il che fa apparire la situazione italiana ancora più eccezionale nel panorama dei paesi sviluppati democratici e in particolare rispetto ai paesi europei occidentali.

2. Dalla coppia alla famiglia: diventare genitori omosessuali

Se il matrimonio oggi non è più solo o principalmente lo strumento per dare luogo ad una filiazione legittima, il desiderio di avere un figlio rimane potente. Viene, anzi, acuito dal fatto che la generazione è diventata sempre più oggetto di scelta. Se è culturalmente e socialmente legittimo non desiderare di avere figli, appare soggettivamente difficile da accettare non potervi dar corso quando il desiderio viceversa c'è, per le persone e le coppie di sesso diverso come per quelle dello stesso sesso. Come e più che per il matrimonio, il desiderio di genitorialità di una persona e soprattutto di una coppia di persone di sesso diverso che non riesce, o non può, darvi corso "naturalmente" appare tuttavia più legittimo di quello di persone omosessuali e coppie dello stesso sesso. Anche se la situazione, come per il matrimo-

1 E. Galeotti, *Toleration as Recognition*, Cambridge University Press, 2002, cap.6.

2 Per una riflessione più distesa su questo punto rimando al mio *Coppie e famiglie, Non è questione di natura*, Milano, Feltrinelli, 2012..Cfr. anche F. Remotti, *Contro natura. Una lettera al papa*, Bari, Laterza, 2010 e id., *Cultura. Dalla complessità all'impoverimento*, Bari, Laterza, 2011

3 Cfr. ISTAT, *La popolazione omosessuale nella società italiana*. Anno 2011, Statistiche Report, 17 maggio 2012

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

nio, appare variegata e in movimento sul piano giuridico. Si tratta di un campo normativamente e socialmente più complesso della regolazione dei rapporti di coppia. A differenza del matrimonio, infatti, la filiazione – implica sempre responsabilità e diritti che vanno oltre il singolo e la coppia, coinvolgendo *in primis* i figli, ma anche le parentele e, nel caso di riproduzione assistita, ed in particolare di maternità surrogata, altre persone.

L'accesso alla genitorialità da parte delle persone omosessuali e coppie dello stesso sesso avviene, come è noto, per più vie[4]. Innanzitutto, dato che la consapevolezza e l'accettazione della propria omosessualità talvolta avviene in età adulta ed anche dopo aver avuto esperienze eterosessuali, lesbiche e gay possono avere figli nel "modo standard", entro un rapporto di coppia eterosessuale. A differenza di un tempo, quando l'omosessualità era considerata una grave devianza morale, nelle democrazie occidentali contemporanee in linea di principio essa non può essere presa a criterio per non concedere l'affidamento di un figlio, esclusivo o condiviso, dopo la separazione dei genitori. Anche la Corte europea si è pronunciata in questo senso[5]. Ciò non garantisce del tutto che l'omosessualità non venga usata surrettiziamente come arma nei conflitti post-separazione, come indicatore di irresponsabilità o cattive frequentazioni, o che non vi sia la richiesta che il compagno/a non sia presente quando i figli sono con il genitore omosessuale (come può avvenire, per altro, anche quando viene instaurata una nuova relazione eterosessuale). Il principio, tuttavia, che l'omosessualità non osta alla continuità del rapporto e della responsabilità genitoriale è ormai legalmente radicato in tutti i paesi democratici, inclusa l'Italia. L'omosessualità non può essere utilizzata come un indicatore di cessazione della capacità genitoriale, nel senso non esclusivamente biologico, ma sociale, relazionale, educativa, del termine. Dal punto di vista dei figli, la situazione non è in linea di principio e di fatto diversa da quella di tutti gli altri figli di genitori separati, che continuano, a sperimentare una coincidenza tra genitori biologici (o adottivi) e genitori legali, facendo parte, se tutto va bene, di bi-famiglie, una per genitore e ad appartenere ad entrambe le linee di parentela.

Più problematico, dal punto di vista normativo e dell'accettazione sociale, appare l'accesso alla filiazione e alla genitorialità in quanto singoli omosessuali, e ancora di più in quanto coppia dello stesso sesso. Diventare legalmente genitori come coppia dello stesso sesso rimane un passaggio difficile a tutti i livelli: biologico, ovviamente, legale, ma anche del sistema di relazioni in cui si colloca, rispetto sia alla procreazione sia alle parentele.

Le ragioni avanzate per giustificare gli ostacoli e i divieti alla genitorialità omosessuale – per via adottiva, o tramite le tecniche di riproduzione assistita – sono di vario tipo e consistenza. La più ovvia, ma anche la più superficiale, è che, avendo "scelto" di avere una sessualità per definizione non riproduttiva, gli omosessuali non avrebbero diritto alla filiazione. Questo ragionamento si basa su due assunti, uno falso, l'altro discutibile. Il primo è che l'omosessualità sia frutto di una scelta e non una conformazione fisico-psichica esattamente come l'eterosessualità. Il secondo assunto è che alla sterilità di una coppia non ci sia rimedio possibile. In realtà, le società umane hanno sviluppato diversi istituti per aggirare la sterilità di una coppia eterosessuale: *in primis* l'adozione (che un tempo aveva precisamente lo scopo di ottenere un figlio/a che non si riusciva ad avere per via "naturale") e più recentemente la riproduzione assistita con donatore/donatrice. In altri termini, la sterilità, ostacolo alla riproduzione per via biologica, non lo è necessariamente alla filiazione in quanto tale, nel suo significato relazionale, sociale ed anche legale. Lo stesso cambiamento avvenuto nella concezione dell'adozione, che privilegia la disposizione alla genitorialità per colmarne la mancanza nell'esperienza dei bambini adottabili, per altro, sposta l'attenzione dalla sterilità di coppia alla capacità di essere generativi. Una capacità che nulla ha a che fare con l'orientamento sessuale.

Più complesse sono le obiezioni "dalla parte dei figli", che muovono dalla preoccupazione per uno sviluppo equilibrato della personalità di questi ultimi, se dovessero crescere in un mondo ove le figure genitoriali appartengono entrambe allo stesso sesso. Non si tratta solo del timore che in questo modo i figli di omosessuali diventerebbero omosessuali essi stessi/e. Questo timore, per altro, non trova conferma in nessuna evidenza empirica ed è, di nuovo, basato sull'idea che l'omosessualità, a differenza della eterosessualità, sia non solo una caratteristica che si apprende, ma anche che, una volta appresa, indebolirebbe l'eterosessualità. A prescindere dalla questione dei possibili rischi per la formazione dell'identità sessuale dei figli di genitori omosessuali, è la sottrazione di esperienza dell'essere umano come duale, maschio e femmina, che è vista come un pericolo per lo sviluppo di bambini che conoscono solo genitori dello stesso sesso. A sua volta, questa preoccupazione può avere due diverse origini. Può scaturire da una concezione che fonde insieme le distinte dimensioni dell'identità, dell'orientamento e dei ruoli sessuali. Si tratta della stessa preoccupazione che fa guardare con timore ai "padri accudenti" e

4 Oltre a *Coppie e famiglie*, cit., si veda anche il mio *Non è questione di tolleranza*, "Iride", 26 (68), 2013, pp. 85-99

5 Cfr. a. Cadoret, *Genitori come gli altri. Omosessualità e genitorialità*, Milano, Feltrinelli, 2008

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

alle "madri lavoratrici", confondendo identità sessuali e identità di genere, predisposizioni "naturali" e norme sociali. Oppure può nascere dall'idea che le persone omosessuali vivano in un modo relazionale ed affettivo chiuso, omosessuale e monosesso – gay con gay e lesbiche con lesbiche – impedendo quindi al bambino/a di osservare e interagire con persone dell'altro sesso in contesti relazionali significativi per una formazione armoniosa della personalità.

Non esistono molte ricerche su bambini e ragazzi cresciuti con genitori omosessuali, anche perché è difficile – praticamente, ma soprattutto da un punto di vista etico – costruire un campione di questi soggetti. I dati esistenti[6] suggeriscono che questi bambini e ragazzi in realtà crescono in un mondo di relazioni articolate, ove esistono importanti figure di riferimento dell'altro sesso rispetto a quello dei genitori (nonni/e, zii/e, amici/e). Non mostrano particolari difficoltà o squilibri sul piano psicologico e di sviluppo della personalità. Le difficoltà maggiori derivano dalla percezione dell'ostilità e disprezzo nei confronti degli omosessuali che essi sperimentano al di fuori del loro ambiente familiare. E' la stigmatizzazione della omosessualità dei genitori che è pesante da portare ed elaborare da parte di un figlio/a – non diversamente, verrebbe da dire, da quella che un tempo colpiva gli orfani e talvolta ancora oggi tocca i figli di genitori separati, o gli adottati, o coloro che hanno caratteristiche somatiche fortemente diverse da quelle prevalenti.

Anche nei paesi che riconoscono le coppie omosessuali, specialmente se ciò avviene solo nella forma dell'unione civile e non del matrimonio, non è sempre riconosciuto vuoi il diritto all'adozione in quanto coppia vuoi quello alla riproduzione assistita, vuoi entrambi. Dal punto di vista legale, quindi, nei paesi che non riconoscono la filiazione di una coppia dello stesso sesso, i bambini nati in seguito ad una scelta intenzionale di coppia, o adottati da uno dei due partner, sono orfani di un genitore, anche se all'atto pratico ne hanno due a tutti gli altri effetti ed anche se sono diventati figli nello stesso modo dei figli adottivi, o per riproduzione assistita con donatore/donatrici, di molte coppie eterosessuali. In Italia solo da pochissimo un tribunale (a Roma) ha concesso l'adozione di un bambino da parte della compagna della madre biologica e legale, riconoscendo il valore della continuità affettiva in vita, senza aspettare, come avveniva finora, la morte del genitore naturale. E' una decisione che apre la strada anche in Italia all'adozione da parte dei genitori non biologici ed anche in assenza di matrimonio, anche se richiede che passi un certo tempo tra la nascita e la richiesta di adozione, per dimostrare, appunto, la continuità affettiva. Rimane, quindi, un periodo in cui il figlio/a ha un solo genitore legale, con tutti i rischi connessi a questa situazione.

Naturalmente, è più facile per le lesbiche che non per i gay accedere alla filiazione biologica non mediata da un rapporto eterosessuale, stante la diversa posizione dei due sessi nel processo riproduttivo; ma non è impossibile neppure per i gay. Una donna può ricorrere al seme di donatore. Se nel suo paese non è permesso, può recarsi in uno in cui invece lo è. Non solo, una coppia di donne può, se lo desidera, collaborare alla generazione, con una che fornisce l'ovulo e l'altra che porta avanti la gravidanza, anche se dal punto di vista legale madre è solo quella che partorisce e nessun esame del DNA garantisce il riconoscimento alla "madre biologica". Al contrario, per il modo in cui si intersecano norme legali e diversa posizione di uomini e donne nel processo riproduttivo, un uomo può riconoscere come proprio un bambino nato tramite inseminazione artificiale del suo seme (ottenuto certo con molta minor fatica e intrusione medica di un ovulo) su ovulo di donatrice e messo al mondo da madre portatrice/gestante, analogamente a quanto può fare un uomo eterosessuale che riconosce un figlio naturale. In altri termini, la norma eterosessuale, formulata in un contesto culturale e sociale che prevede la sessualità (maschile) fuori dal matrimonio, ma non la donazione di materiale genetico a fini riproduttivi, produce una disuguaglianza tra uomini e donne in merito al riconoscimento della rilevanza dell'apporto biologico alla filiazione. Nel caso delle donne conta la gestazione, in quanto si continua a far finta che essa coincida anche con maternità genetica. Nel caso degli uomini, basta aver prodotto il seme e rivendicarne la proprietà, anche se per arrivare alla filiazione occorrono molti più passaggi e soprattutto il ricorso ad una donna disponibile a fare da gestante[7].

6 Cfr. ad esempio L. Saffron, *What about the children? Sons and daughters of lesbian and gay parents talk about their lives*, London, Cassel, 1996, e i dati di diverse ricerche, anche quantitative, presentate nel numero di *Infanzia e Società* (2, 12, 2013) dedicato alla omogenitorialità

7 Questa asimmetria ha conseguenze impreviste anche per le coppie eterosessuali, come testimonia il drammatico caso delle due coppie vittime di uno scambio di embrioni in un ospedale romano, che si sono confrontate in tribunale e fuori sulla titolarità genitoriale sui gemelli nati da uno, e uno solo, dei due set di embrioni scambiati. Al momento un tribunale, pronunciatosi dopo la nascita dei bambini, a norma di legge ha riconosciuto la titolarità alla madre gestante, e di conseguenza al marito, quello dei quattro che aveva una titolarità più debole, rafforzata tuttavia dal legame matrimoniale con la gestante, che lo ha reso automaticamente padre dei figli da lei messi al mondo. Viceversa non è stata riconosciuta nessuna titolarità alla coppia di genitori genetici: non alla madre, perché non gestante e partoriente, non al padre (per ora), perché preceduto nel riconoscimento dal marito della madre gestante.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Se il ricorso ad un donatore/donatrice anonimo è la via normale per accedere alla riproduzione assistita da parte delle coppie eterosessuali che ricorrono, appunto, ad un donatore/donatrice, non è sempre così per le/i singoli e le coppie omosessuali. Forse proprio perché la rottura tra concepimento, relazione sessuale, filiazione è più radicale, ed insieme la necessità dei due sessi nel concepimento non può essere negata, in molti casi c'è tra le persone omosessuali sia il desiderio di conoscere l'altro genitore biologico, sia, in diversi casi, di riconoscergli/le uno statuto. E' difficile tuttavia individuare un unico modello di comportamento. Come emerge anche dalla ricerca di Cadoret sulla Francia,[8] può succedere che una donna (o una coppia di lesbiche) chieda ad un amico di donarle il proprio seme, senza coinvolgerlo ulteriormente (ed anzi chiedendogli esplicitamente garanzie di non coinvolgimento); in altri casi, al padre biologico può essere chiesto di essere una presenza, periferica ma costante; o invece può succedere che due persone, o due coppie, o una coppia e una persona sola, tutti omosessuali, ma di sesso diverso, si mettano d'accordo per avere un figlio comune. In questo caso, sia la filiazione biologica che quella legale disegnano appartenenze e confini che non sono quelli che definiscono i rapporti di tutti coloro che si definiscono genitori e ancor più quelli delle parentele. Un bambino, nato come tutti da due genitori biologici e spesso anche con solo due genitori legali (che non sono mai stati una coppia, neppure solo sessualmente), può avere due madri e due padri effettivi, appaiati per sesso e residenti in case diverse, e fino ad otto nonni che lo reclamano come nipote, anche se consanguineità ed alleanza possono convivere in equilibri fragili e non del tutto risolti, dato che la prima e la seconda rimangono nettamente separate. I consanguinei del genitore non biologico non possono diventare consanguinei del figlio che questi ha con il suo compagno/a. Si tratta di "cespugli genealogici", per riprendere una suggestiva metafora di Giani Gallino,[9] ben più complessi di quelli che si sviluppano nelle famiglie ricomposte, e che ancor meno trovano rappresentazioni adeguate nel vocabolario della famiglia in uso.E' vero che, come succede nelle famiglie ricomposte, nella vita quotidiana e nelle relazioni interpersonali per lo più si trovano accomodamenti più o meno sostenibili e soddisfacenti. Si tratta, tuttavia, di soluzioni fragili, nella misura in cui sono affidate esclusivamente al consenso di tutti i soggetti coinvolti.

Non sorprende, da questo punto di vista, che la strada del donatore anonimo rimanga la più frequentata dalle lesbiche (così come dalle coppie di sesso diverso che ricorrono a un donatore/donatrice). Essa è tuttavia meno, o per nulla, aperta ai gay, dato che il loro desiderio di paternità biologica deve obbligatoriamente passare dalla disponibilità di un corpo femminile di farsi, almeno temporaneamente, materno. Se la donazione di ovociti può essere equiparata a quella di seme (dal punto di vista del ricevente, anche se non del donatore/donatrice, almeno sul piano fisico), la maternità surrogata rimane radicalmente diversa, meno facilmente anonimizzabile, sia nella pratica dei padri sia, sospetto, nell'immaginario dei bambini che nascono in questo modo, sia nelle donne che si prestano a fare da gestanti.

Comunque venga gestita – ricorrendo a due donne diverse rispettivamente per la donazione di ovociti e per la gestazione, mantenendo la cosa sul piano di una stretta transazione commerciale che termina con la nascita del bambino/a, o viceversa mantenendo un qualche tipo di rapporto con una o entrambe le donne che hanno concorso alla produzione di un figlio – l'esternalizzazione della gravidanza a donna non considerata/che non si considera madre del bambino di cui è incinta e che porta alla vita è, almeno a mio parere, il passaggio più problematico nell'evoluzione dei processi di generazione consentiti dalle tecniche di riproduzione assistita. Mi sembra, infatti, che neghi del tutto la rilevanza psico-sociale della gravidanza, non solo per la donna gestante, ma anche per il nascituro. Non occorre pensare che vi sia un'unica modalità di vivere la gravidanza, e tanto meno assumere una visione idealizzata della maternità occidentale, per ritenere che l'esperienza della gravidanza non sia neutra né per chi la porta a termine, né per chi da essa viene al mondo. Se si ignora questo, la "madre surrogata", o meglio la donna portatrice/gestante, rischia di essere considerata esclusivamente come contenitore, come ambiente fisiologico per il nascituro. Lo stesso termine "utero in affitto", che viene spesso utilizzato nel linguaggio comune, segnala questa immagine di una gravidanza priva di relazione tra gestante e nascituro e di una donna concepita solo come portatrice di quell'ambiente indispensabile – appunto l'utero – al formarsi e venire al mondo di un essere umano. E' una questione che non riguarda, ovviamente, solo i committenti omosessuali, ma anche quelli/e eterosessuali che ricorrono a questa pratica. Va segnalato, a questo proposito, che il Comitato del Consiglio d'Europa sulle scienze bioetiche, chiamato a formulare un parere sulla maternità surrogata, ha raccomandato che alla "madre in affitto" sia consentito di tenere il bambino e non consegnarlo ai genitori biologici, se cambia idea. Ma non esiste ancora una normativa precisa e vincolante a livello internazionale.

8 Cfr. Cadoret, op. cit; si veda anche Dempsey D., *Donor, Father or parent? Conceiving paternity in the Australian family court*, in *International journal of law, policy and the family*, 2004, 18, pp. 6 ss.

9 T. Giani Gallino, *Cespugli genealogici,* in *Psicologia contemporanea,* 1997, 24, 141, pp. 6 ss.; si veda anche A. Campbell, *Conceiving parents through law,* in *International journal of law, policy and the family,* 2007, 21, pp. 242 ss.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

La maternità surrogata apre anche nuove possibilità di sfruttamento del corpo femminile entro rapporti di potere squilibrati tra committenti abbienti e donne "fattrici" povere. Non è forse un caso che alcuni paesi ex socialisti ove la povertà è diffusa siano diventati la Mecca di chi è alla ricerca di donne disposte a diventare "fattrici" per conto altrui, come è agevole riscontrare da un rapido giro sul web. Anche l'India, in particolare lo stato del Gujarat, è stata definita da qualcuno il Far West dell'utero in affitto, dove per qualche migliaio di euro – preziosissimi per i loro bilanci famigliari – donne povere, spesso sposate e con figli, si sottopongono anche più volte a questa pratica, senza alcuna garanzia neppure in termini di salute ed economici: se il feto è malformato sono costrette ad abortire e non ricevono alcun compenso; lo stesso se abortiscono spontaneamente[10]. Si tratta di un radicale "salto di qualità" rispetto al tradizionale ricorso al baliatico, che vedeva una donna povera allattare – quindi prestare sia il proprio corpo sia la propria capacità di accudimento – il figlio di una coppia abbiente anche a scapito del proprio. Proprio per evitare queste forme di sfruttamento molte coppie di uomini preferiscono rivolgersi a paesi come il Canada, dove le donne che si prestano a fare le gestanti hanno maggiori garanzie e potere contrattuale.

La concezione di gravidanza e di donna implicita in queste pratiche, anche quando non configurano vere e proprie forme di sfruttamento, anche quando avvengono entro rapporti più simmetrici tra committenti e donne gestanti, pone questioni su cui credo occorra riflettere, quando ci si avventura per queste vie in nome del diritto a "fare un figlio". E' una questione su cui, fin dal famoso caso Baby M. negli Stati Uniti, si è aperto un intenso dibattito, non solo di tipo legale, che attraversa anche il femminismo, esplicitando le tensioni che possono esserci tra l'auspicata capacità di essere in controllo del proprio corpo e l'essere ridotte a puro corpo riproduttivo[11]. Mi sembra, tuttavia, che gran parte del dibattito riguardi la relazione – giuridica, emotiva, psicologica – tra la coppia "committente" e la donna portatrice, o tra la madre committente e quella portatrice[12], molto meno la relazione e l'immaginario messi in moto quando è una coppia maschile, o un singolo maschio, a "commissionare" un figlio. Nelle legislazioni che permettono questa pratica, la questione è risolta, per così dire "gordianamente": i contratti che vengono stipulati prevedono una rinuncia della madre "portatrice" a far valere qualsiasi tipo di diritto relazionale sul bambino che nasce. Come ho detto più sopra, questa non è tuttavia la posizione del Consiglio d'Europa.

E' un dibattito, nei suoi vari aspetti e livelli, poco conosciuto e praticato in Italia, dove, come in altri paesi, la legge proibisce la pratica, senza tuttavia essere in grado di fermare questa, come altre, forme di turismo riproduttivo. Temo anzi che, nella mercificazione globalizzata in cui è entrata ormai questa pratica, la riflessività critica sia lasciata esclusivamente alla sensibilità individuale.

10 Cfr. ad esempio www.salutefemminile.it/Template/detailArticoli.asp?IDFolder=176&IDOggetto=7121; la trasmissione radio Rai "Pianeta dimenticato" del 19 giugno 2011

11 Cfr. ad esempio L. B. Andrews, *Surrogate motherhood. The challenge for feminists*, in *The journal of law, medicine and ethics*, 1988 , 16, 1-2, pp. 72 ss.; L. S. Cahill, *The ethics of surrogate motherhood. Biology, freedom and moral obligation*, in *The journal of law, medicine and ethics*, 1988, 16, 1-2, pp. 65 ss.: H.L. Nelson, J. L. Nelson, *Cutting motherhood in two. Some suspicions concerning surrogacy*, in *Hypathia*, 1989, 4, 3, pp. 85 ss..

12 Si veda, ad esempio, la suggestiva ricerca di E. Teman, *Embodying surrogate motherhood: Pregnancy as a dyadic Project*, in *Body & society*, 2009, 15, 3, pp. 47 ss..

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

*Lucilla Conte**

"Anche nelle situazioni minoritarie e anomale". La sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale e l'istituto matrimoniale tra vecchie resistenze e nuove aperture

Sommario

1. La vicenda (ormai nota) – 2. La pronuncia della Corte – 3. È possibile leggere la sentenza n.170 come l'esito di un (pur faticoso) percorso giurisprudenziale da parte della Corte costituzionale? – 4. Interpreti e legislatore di fronte a questa sentenza.

Abstract

La sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità degli articoli 2 e 4 della L. n. 164/1982 nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei due coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio, consenta comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, nelle modalità stabilite dal legislatore. L'articolo si sofferma sulla difficile realizzazione del dispositivo della sentenza, che ricollega l'incostituzionalità della norma all'omissione legislativa, collocandolo nel complesso delle precedenti pronunce costituzionali che hanno messo in connessione il fenomeno del transessualismo con il paradigma eterosessuale del matrimonio.

The ruling no.170/2014 has declared the articles 2 and 4 of Law no.164/1982 unconstitutional as they don't establish that the judgement of sex-reassignment, which determines marriage dissolution, could allow (if the spouses are asking fot it), to have their relationship regulated in another form as a registered partnership. The article discusses the difficult realization of the ruling, which binds the unconstitutionality of the rule to the legislative omission, placing it in the complex of previous constitutional judgements which connected transexualism to the heterosexual paradigma of marriage.

1. La vicenda (ormai nota)

Con la sentenza n. 170 del 2014 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità degli articoli 2 e 4 della Legge 14 aprile 1982, n. 164 (*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*) nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei due coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili che conseguono alla trascrizione di questo, consenta – laddove entrambi i coniugi lo richiedano- di mantenere in vita un rapporto

* Dottore di ricerca in Diritto Costituzionale. Assegnista di ricerca in Diritto Costituzionale, Università del Piemonte Orientale.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata (in grado di tutelare in modo adeguato i diritti e gli obblighi di tale coppia, disciplinati secondo le modalità in futuro stabilite dal legislatore).

È un dispositivo indubbiamente complesso, risultante da una serie di argomentazioni (condivisibili o meno, come si avrà modo di vedere *infra*), la cui concreta operatività è rimessa ad un deciso appello al legislatore futuro al quale soltanto pare spettare la possibilità di porre in essere la condizione affinché si realizzi un bilanciamento tra l'esigenza della prosecuzione di una adeguatamente tutelata vita in comune, che dia un senso al pregresso vissuto della coppia in origine coniugata, e la persistenza del carattere eterosessuale che assume il matrimonio nel nostro ordinamento.

Si tratta, tecnicamente, di una sentenza additiva di principio, in cui «la parte ablativa della decisione deve accompagnarsi a una parte ricostruttiva». In sostanza, «la dichiarazione di incostituzionalità non è seguita dall'addizione di norma (o di frammento di norma) idonea a colmare direttamente la lacuna, ma dall'indicazione di principio o dei principi costituzionali cui la soluzione normativa prescelta dovrà conformarsi»[1].

Sembrerebbe dunque logico che, in tale tipologia di pronunce, ve ne sia una parte, per così dire "rivolta al futuro", proiettata alle successive determinazioni del Legislatore, non potendo la Corte, in quella sede, procedere "a rime obbligate". Tuttavia, questa pronuncia, applicata al caso concreto, non sembra risultare soddisfacente per i margini di incertezza che la caratterizzano e per alcune affermazioni distoniche che emergono dal suo impianto argomentativo[2].

La vicenda, ormai nota, riguarda due coniugi, dei quali uno successivamente si sottopone ad operazione chirurgica demolitiva – modificativa dei caratteri sessuali, ottenendo in seguito ad essa la rettificazione anagrafica del sesso.

Sugli effetti della sentenza di rettificazione del sesso in relazione al matrimonio contratto precedentemente, la dottrina aveva avuto modo di confrontarsi in seguito all'introduzione, nel 1987, nel contesto dell'art.3, numero 2) della legge sul divorzio (L. n. 898/1970), della lettera g) la quale prevedeva, tra le cause in cui il divorzio può essere domandato, la pronuncia della sentenza di rettificazione del sesso di uno dei due coniugi. Il dato testuale dell'articolo sembrava infatti contenere un'apertura "possibilista" rispetto allo scioglimento automatico previsto dall'art.4 della L. n.164 del 1982 (Norme in materia di rettificazione di sesso), consentendo il permanere del vincolo matrimoniale tra soggetti anagraficamente non più eterosessuali che intendessero proseguire la loro vita in comune[3].

Tale caso, come puntualmente la Corte osserva, «sul piano fattuale innegabilmente infrequente, ma che, nella realtà, si è comunque verificato», nella sua originalità, impone alla Corte costituzionale di riprendere il filo del discorso dopo la celebre sentenza n. 138 del 2010 sul matrimonio omosessuale.

Come si è giunti alla Corte costituzionale? Anche qui, la vicenda è nota: la coppia ricorre avverso l'annotazione, effettuata in automatico dall'ufficiale dello stato civile, avente ad oggetto la cessazione degli effetti civili del matrimonio, apposta a margine della sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso. A fronteggiarsi sono, dunque, proprio le due diverse impostazioni delineate dalla dottrina valorizzando ora esclusivamente il dettato dell'art.4 della Legge n. 164 del 1982 (scioglimento automatico del vincolo coniugale), ora l'inserzione del passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso tra i casi in cui il divorzio può essere richiesto a da uno dei coniugi (art. 3, n.2), lettera g) della L. n. 898/1970, aggiunta dalla L. n. 74/1987). Il Tribunale di Modena accoglie il ricorso, mentre la Corte d'appello di Bologna aderisce all'impostazione che privilegia lo scioglimento automatico del

1 G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 403.

2 Numerosi sono i commenti a prima lettura della sentenza n. 170/2014, che, come la sentenza n. 138/2010, si appresta ad attivare un vivace e plurale dibattito. Tra questi si segnalano, in *Articolo29*, www.articolo29.it: B. Pezzini, *A prima lettura (la sentenza n.170/2014 sul divorzio imposto)*, 2014; G. Brunelli, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n.170/2014 sul c.d. "divorzio imposto"*, 2014, M. Winkler, *La Corte costituzionale si pronuncia sul caso del "divorzio imposto": luci e ombre*, 2014; C. Salazar, *Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento* in *Confronti costituzionali*, www.confronticostituzionali.it, 2014; A. Ruggeri, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n.170/2014*, in *Consulta online*, www.giurcost.org, 2014; F. Biondi, *La sentenza additiva di principio sul c.d. "divorzio imposto": un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.formuncostituzionale.it, 2014; M. Di Bari, *Commento a caldo della sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale: quali prospettive?* in *Osservatorio AIC* www.osservatorioaic.it, 2014, P. Bianchi, *Divorzio imposto: incostituzionale ma non troppo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.formuncostituzionale.it, 2014 e P. Veronesi, *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il "caso Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.formuncostituzionale.it, 2014, in corso di pubblicazione in *Studium Iuris*, 2014.

3 Su questo tema, si vedano i contributi di A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, Franco Angeli, 2013, p. 102 e ss. e P. Veronesi, *Il "caso Bernaroli" alla Corte costituzionale: ancora un bivio sul tema dell'eterosessualità del matrimonio*, in questa *Rivista*, 2014, 1, pp. 51-52.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

vincolo, ritenendo che l'ufficiale dello stato civile abbia agito correttamente. Il caso arriva davanti alla Corte di cassazione, prima sezione civile, che con ordinanza di rimessione n.14329 (dep. 6 giugno 2013) ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli articoli 2 e 4 della L. n.164/1982 in relazione agli articoli 2, 3, 24 e 29 della Costituzione e, in qualità di norme interposte ai sensi degli art. 10, comma 1, e 117 Cost., degli artt. 8 e 12 della Convenzione europea dei diritti umani[4].

La Corte di cassazione, invero, non dubita del fatto che la L. n. 164/1982 (indipendentemente dalla modifica operata dalla L. n. 74/1987 sulla L. n. 898/1970, e da quella successiva con D.lgs. n.150/2011[5]) configuri una fattispecie di divorzio "imposto" *ex lege*, che dunque non richiede, per produrre i suoi effetti, una pronuncia giudiziale *ad hoc* (salva la tutela giurisdizionale relativa alle decisioni concernenti i figli minori, ove presenti).

La questione, pertanto, abbandonata la via interpretativa che paventava un divorzio a domanda di parte, si incentra proprio sull'impostazione più rigorosa del divorzio imposto, ritenuta l'unica accettabile sulla base del dato testuale della Legge del 1982, la quale ha inteso sancire un limite definito «provo di ambiguità» all'esercizio del «diritto all'identità di genere del soggetto che desidera rettificare il sesso che gli è stato attribuito dalla nascita»: limite che risulta dal bilanciamento «tra il diritto al riconoscimento della propria identità di genere e l'interesse statuale a non modificare i modelli familiari»[6].

La Corte di cassazione individua una serie di profili di incompatibilità costituzionale di tale disciplina, che va ad incidere pesantemente sul diritto ad autodeterminarsi nelle scelte relative all'identità personale comprensive, come è ovvio, anche della sfera sessuale. Tali scelte hanno un inevitabile impatto sulla dimensione relazionale eventualmente preesistente: impatto che tuttavia, secondo il giudice rimettente, non può valutarsi a priori come demolitorio o distruttivo, potendo la coppia di (ex) coniugi, divenuta *same sex* "*ex post*"[7], desiderare la prosecuzione della propria esistenza in comune, senza essere ingiustamente discriminata rispetto alle altre coppie coniugate[8].

Il profilo discriminatorio (art. 3 Cost.) appare quello maggiormente valorizzato dalla Corte di cassazione nell'ordinanza di rinvio: è proprio con riferimento ad esso che vengono richiamati gli artt. 29 e 24 Cost. La coppia di coniugi *same sex ex post*, infatti, subisce, in seguito alla sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso, l'automatica cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso. Inoltre, gli artt. 2 e 4 della L. n. 164 del 1982 non permettono che il coniuge cui sia stato notificato il ricorso per rettificazione di attribuzione di sesso dell'altro coniuge possa opporsi allo scioglimento del vincolo coniugale. Si delinea quindi un'ipotesi di scioglimento automatico *ex lege*, diversa dalle altre ipotesi di scioglimento su domanda di parte previste all'art.3 della L. n. 898/1970, che incide automaticamente sul vincolo matrimoniale preesistente ed impedisce alla persona transessuale e al suo coniuge di agire in giudizio a tutela dei propri diritti.

La questione fondamentale posta dalla Corte di cassazione è, dunque, relativa all'adeguatezza del sacrificio imposto ai due coniugi (che vogliano rimanere tali) derivante dallo scioglimento *ex lege* del vincolo matrimoniale in seguito alla sentenza di rettificazione del sesso.

La vicenda è dunque collocabile tra quelle "situazioni minoritarie e anomale"[9] cui, tuttavia, il giudice costituzionale non dovrebbe restare indifferente. Esse, nella loro singolarità e specificità, sono po-

4 Sull'ordinanza n. 14329/2013 della Corte di cassazione, si veda A. Lorenzetti, *Diritti in transito, ivi*, p.117 ss. e, in questa *Rivista*, 2014, 1, i contributi di B. Pezzini, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio di nuovo davanti alla Corte costituzionale: la questione del divorzio imposto ex lege a seguito della rettificazione di sesso (ordinanza n.14329/2013 della Corte di cassazione)*, p. 21 e ss. e di P. Veronesi, *Il "caso Bernaroli alla Corte costituzionale: ancora un bivio sul tema dell'eterosessualità del matrimonio*, cit., in particolare pp. 52-55.

5 La riforma del rito di cui alla L. n. 164/1982, operata dall'art. 31 del D.lgs, n. 150/2011 (non applicabile al caso *ratione temporis*), confermerebbe la tesi dello scioglimento automatico del matrimonio: «vi si legge infatti che la sentenza di rettificazione "determina" (non più "provoca") lo scioglimento del matrimonio: la nuova espressione rafforzerebbe ancor di più – ritengono alcuni – l'interpretazione favorevole allo scioglimento automatico», come sottolinea P. Veronesi, *Il "caso Bernaroli" alla Corte costituzionale: ancora un bivio sul tema dell'eterosessualità del matrimonio, ivi.*

6 Cfr. A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, ivi, p. 119.

7 Secondo la definizione adottata da M. Di Bari, *Commento "a caldo" della sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale: quali prospettive?*, *ivi*, p.2.

8 Il caso, in questo senso, non è del tutto nuovo come ricorda M. Winkler, *La Corte costituzionale si pronuncia sul caso del divorzio "imposto": luci e ombre*, *ivi*, il quale sottolinea come su un caso «pressoché identico» a quello di Alessandra Bernaroli, oggetto di esame da parte della Corte costituzionale, si siano in precedenza pronunciate due corti straniere: la Corte costituzionale austriaca e la Corte costituzionale federale tedesca.

9 Secondo la formula contenuta in Corte costituzionale, n. 161/1985, punto n. 4 del *Considerato in Diritto*, per cui «La legge n. 164 del 1982 si colloca (nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che *ricerca* e *tutela* anche nelle situazioni minoritarie e anomale» (corsivo aggiunto).

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

tenzialmente in grado di coinvolgere temi più ampi e rivelare, se pure *in nuce* e con qualche incertezza, possibili futuri sviluppi giurisprudenziali.

2. La pronuncia della Corte

La Corte costituzionale accoglie la questione di legittimità posta dalla Corte di cassazione, seguendo un *iter* argomentativo piuttosto prudente e talvolta distonico, volto alla "demolizione"[10] dei parametri costituzionali evocati (eccezion fatta per l'art. 2 Cost., decisamente valorizzato sulla scorta delle argomentazioni a suo tempo sviluppate dalla stessa Corte nella sentenza n.138 del 2010[11]), senza tuttavia svalutare la *quaestio* ad essa sottoposta.

Vale la pena segnalare le argomentazioni addotte dall'Avvocatura generale dello Stato che, richiedendo alla Corte costituzionale di pronunciarsi in termini di non fondatezza della questione (richiesta non esaudita), non sono tuttavia escluse da quest'ultima, che per così dire le rielabora, facendo in particolare riferimento alla «non superabilità» del paradigma eterosessuale del matrimonio da un lato e, dall'altro, all'opportunità che «l'ordinamento riconosca il permanere del vincolo di comunanza affettiva con una adeguata e diversa tutela»[12].

L'intento non svalutativo della Corte nel trattare la questione è da essa esplicitato nel lucido inquadramento del caso «sul piano fattuale innegabilmente infrequente», ma che nella vicenda al centro del giudizio in via principale si è puntualmente verificato. Si tratta di una situazione che, venuto meno «il requisito, per il nostro ordinamento essenziale, della eterosessualità» dei coniugi, a giudizio della Corte, «si pone, evidentemente, fuori dal modello del matrimonio»[13] e che, però, non può essere «semplicisticamente equiparabile ad una unione di soggetti dello stesso sesso». In questo modo, infatti, verrebbe meno il pregresso vissuto, giuridicamente rilevante, della coppia che ha contratto validamente matrimonio maturando reciproci diritti e doveri costituzionalmente rilevanti.

Inquadrato correttamente il caso concreto da cui si è originato il giudizio, il giudice costituzionale esamina sbrigativamente i parametri richiamati dalla Corte di cassazione (compreso l'art. 29 Cost., invocato in via principale) per poi concentrarsi, in via strategica, sull'art. 2 Cost.

E così l'art. 29 Cost. non risulta conferente in quanto tutelerebbe il solo matrimonio eterosessuale, la cui nozione, a giudizio della Corte, fu dai Costituenti presupposta in riferimento a quella contenuta nel Codice civile del 1942. Ritorna pertanto, nelle parole della Corte, l'argomentazione di stampo originalista già a suo tempo spesa nella sentenza n. 138/2010.

Anche gli articoli della Cedu in tema di diritto al rispetto della via familiare (art.8) e diritto di sposarsi e formare una famiglia (art.12), invocati come norme interposte, (la cui violazione dovrebbe riverberarsi in un contrasto con gli articoli 10, comma 1, e 117, comma 1, Cost.) sono giudicati non pertinenti in ragione dell'assenza di un *consensus* europeo sulla materia delle unioni omosessuali: tale assenza, infatti, legittima l'esistenza di un margine di apprezzamento sul tema da parte dei legislatori degli Stati membri. La Corte costituzionale, in particolare, richiama la sentenza *Schalk e Kopf c. Austria* del 22 novembre 2010, ove pur nel quadro di una significativa interpretazione dell'art.12 della Conven-

10 Sul punto, cfr. P. Veronesi, *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il "Caso Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014*, *ivi*, § 2, il quale rileva come, nell'avvicinarsi alla soluzione della quaestio, «la Corte tolga progressivamente rilievo ai diversi parametri costituzionali messi a frutto dalla rimettente» e che «vengono (…) abbattuti come soldatini sottoposti ad un irresistibile fuoco di fila».

11 Nella celebre sentenza n. 138/2010 in tema di matrimonio omosessuale, la Corte costituzionale, al punto n.8 del *Considerato in diritto* sottolinea come: «L'art. 2 Cost. dispone che la Repubblica riconosc[a] e garantisc[a] i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richied[a] l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». Per "formazione sociale" «deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. Si deve escludere, tuttavia, che l'aspirazione a tale riconoscimento – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia – possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio».

12 Corte costituzionale, n. 170/2014, punto n. 3 del *Considerato in Diritto*.

13 Corte costituzionale, n. 170/2014, punto n. 5.1 del *Considerato in Diritto*.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

zione, esteso anche alle unioni *same-sex*, è ribadito che su questo tema – proprio in assenza del consenso anzidetto- nulla è imposto agli Stati membri.

I parametri di cui agli articoli 24 Cost. e 3 Cost. sono "liquidati" ancora più sbrigativamente: con riferimento all'art.24: il giudice costituzionale dichiara in modo perentorio che il diritto di difesa non è violato in quanto non sussiste un diritto della coppia non più eterosessuale a restare unita nel vincolo del matrimonio. L'articolo 3 Cost. è, invece, giudicato inconferente «poiché la diversità della peculiare fattispecie di scioglimento a causa del mutamento di sesso di uno dei coniugi rispetto alle altre cause di scioglimento del matrimonio ne giustifica la differente disciplina»[14].

Ancora una volta, così come nella sentenza cost. n. 138/2010, l'articolo 3 della Costituzione non risulta adeguatamente valorizzato dalla Corte costituzionale che "silenzia" la sua carica dirompente in funzione antidiscriminatoria, preferendo ad esso l'art.2 Cost.[15].

Con riferimento a questo articolo, sono richiamati alcuni passaggi contenuti nella sentenza n. 138/2010 in cui si riconosceva che anche la stabile convivenza tra persone dello stesso sesso costituisce una "formazione sociale" in cui la persona umana trova occasione di sviluppo e realizzazione; che il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia postula il riconoscimento giuridico di quest'ultima, con definizione dei connessi diritti e doveri; che l'esigenza di tale riconoscimento non impone la piena equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio. Da ultimo, viene sottolineato quel passaggio della sentenza n. 138/2010 in cui, pur specificando che spetta al Parlamento nell'esercizio della sua discrezionalità, l'individuazione di forme di garanzia e riconoscimento di tali unioni, la Corte costituzionale si riserva «la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni »[16] laddove, sulla base di un controllo di ragionevolezza, sia necessario procedere ad una equiparazione tra la disciplina di tali unioni (omosessuali) e quella del matrimonio (riservato alle sole coppie eterosessuali).

Il controllo di ragionevolezza, dunque, si rende necessario in relazione all'esigenza di operare un bilanciamento tra l'interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio (attraverso la sua prosecuzione tra due coniugi divenuti anagraficamente *same-sex*) e l'esigenza di non sacrificare oltre misura la dimensione giuridica e relazionale derivante dal presistente rapporto, che costituisce quella «forma di comunità»[17] meritevole di essere preservata.

L'incostituzionalità della normativa censurata risiede dunque nell'aver sbilanciato l'assetto degli interessi tutto a favore della permanenza del paradigma eterosessuale del matrimonio, svilendo la funzione – costituzionalmente tutelata ai sensi dell'art.2 Cost. come già a suo tempo precisato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 138/2010- di formazione sociale esercitata dalla stabile convivenza tra due persone (omo o eterosessuali che siano).

Individuati in questo modo i termini della questione, la Corte si sofferma sulle possibili pronunce che potrebbe adottare: esclude in primo luogo una pronuncia manipolativa che sostituisca il divorzio automatico con un divorzio a domanda. E questo perché si determinerebbe il perdurare del vincolo matrimoniale tra persone divenute dello stesso sesso (in contrasto con il presupposto paradigma eterosessuale del matrimonio, che nella presente sentenza assurge a "interesse dello Stato").

La Corte, pertanto, opta per una sentenza additiva di principio, che le permette di non sottrarsi al giudizio, ma neppure di invadere la discrezionalità del legislatore.

A quest'ultimo spetta il compito (in ciò risiede il monito ad esso rivolto dalla Corte costituzionale) di introdurre, con forma alternativa e diversa dal matrimonio, una disciplina giuridica che sottragga la coppia divenuta *same –sex* all'indeterminatezza giuridica derivante dal regime giuridico del "divorzio imposto".

La trama ordita dalla Corte costituzionale nel dispositivo della pronuncia è dunque singolare o quantomeno "anomala".

La dottrina più attenta ha sottolineato come questa pronuncia, se pure qualificabile come "additiva di principio", sia priva dell'effetto demolitorio «che deve sempre seguire qualsiasi dichiarazione di incostituzionalità». Anzi, «la norma impugnata dovrebbe continuare ad essere applicata, in quanto non solo non incostituzionale, ma addirittura costituzionalmente necessaria, perché la introduzione, nei

14 Corte costituzionale, n. 170/2014, punto n. 5.4 del *Considerato in Diritto*.

15 G. Brunelli sottolinea proprio come, tra gli aspetti insoddisfacenti della motivazione, vi sia «l'irrilevanza in cui è confinato l'art. 3, comma 1, Cost., che corrisponde all'esclusione del profilo antidiscriminatorio della normativa impugnata, valutata infatti soltanto attraverso il criterio, indubbiamente più blando, della ragionevolezza, intesa come coerenza dell'ordinamento nel disciplinare fattispecie tra loro non assimilabili», *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. "divorzio imposto"*, *ivi*, § 1.

16 Corte costituzionale, n. 138/2010, punto n. 8 del *Considerato in Diritto*.

17 Corte costituzionale, n. 170/2014, punto n. 5.6 del *Considerato in Diritto*.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

casi quali quello in esame, di un divorzio a domanda "equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost."»[18].

Un tale anomalo dispositivo, se chiaramente contiene un monito rivolto al legislatore, risulta di più difficile comprensione con riferimento alle sue possibili applicazioni al caso concreto (su cui, *infra*, § 4), e mostra, nel suo carattere complesso, l'apice della difficoltà incontrata dal giudice costituzionale nell'esercizio del proprio ruolo all'interno di una società ispirata al pluralismo sociale ed istituzionale, che tuttavia spesso deve scontrarsi con l'inerzia del legislatore pur sollecitato da inedite istanze[19].

3. È possibile leggere la sentenza n. 170 come l'esito di un (pur faticoso) percorso giurisprudenziale da parte della Corte costituzionale?

Ci si potrebbe chiedere se la pronuncia della Corte possa essere, senza forzature, inserita in un percorso giurisprudenziale che ha radici lontane e che coinvolge ed intreccia la vicenda del transessualismo con il più ampio tema del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

A parere di chi scrive, questo è possibile: il fenomeno del transessualismo costituisce un imprescindibile punto di riferimento, o pietra di paragone, nell'analisi delle "condizioni costituzionali" per l'esistenza di una disciplina (anche non necessariamente, in prima battuta, riconducibile all'istituto matrimoniale) delle unioni *same sex*.

Una sentenza piuttosto risalente (la n. 98 del 1979) intercetta il tema del transessualismo nell'ambito di un giudizio di costituzionalità in via incidentale, in cui l'attore del giudizio *a quo* era persona che «chiedeva di sentir dichiarare che, contrariamente alle risultanze del registro degli atti di nascita, nel quale egli era iscritto come persona di sesso maschile, esso attore era appartenente al sesso femminile; con conseguente ordine all'ufficiale dello stato civile (…) di provvedere alle rettificazioni occorrenti».

In quella sede il transessualismo è esaminato dalla Corte sulla base di una relazione tecnica che evidenzia come, nel profilo psichico dell'attore, fosse operante «una profonda convinzione di appartenere al sesso opposto, con rifiuto degli attributi fisici del sesso di appartenenza, che sono sentiti come fonte di disgusto», e conseguente «aspirazione ad essere inserito ed accettato nella società come persona di sesso opposto». La Corte allora non ignorò le profonde ragioni che, in seguito a meditata analisi sulla propria identità sessuale (testimoniata dal diario tenuto dall'attore e acquisito agli atti del giudizio), avevano spinto quest'ultimo a sottoporsi ad intervento chirurgico di rettificazione del sesso: tuttavia, ritenne che il diritto alla rettificazione anche anagrafica del sesso come espressione del diritto all' "identità sessuale" non fosse riconducibile nel perimetro di tutela tracciato dall'art.2 della Costituzione. Infatti, pur riconoscendo l'incontestata libertà sessuale dell'attore nel giudizio *a quo*, la Corte sottolineava come le norme costituzionali invocate (in quella sede gli artt. 2 e 24 Cost.) «non pon[essero] fra i diritti inviolabili dell'uomo quello di far riconoscere e registrare un sesso esterno diverso dall'originario, acquisito con una trasformazione chirurgica per farlo corrispondere a una originaria personalità psichica»[20].

In quella pronuncia, se pure incidentalmente, la Corte già richiamava l'attenzione del legislatore in relazione al fenomeno del transessualismo, con riferimento al tema del riconoscimento dell'identità sessuale e alle sue possibili soluzioni e limiti in relazione all'istituto del matrimonio.

Con particolare reattività, il Legislatore è intervenuto con la Legge n.164 del 1982, legittimando la rettificazione degli atti di stato civile anche nelle ipotesi di mutamento artificiale del sesso in seguito ad operazioni demolitorie e ricostruttive rese necessarie dalla presenza di una "psico-sessualità" in contrasto con il proprio sesso biologico.

La Corte costituzionale ebbe modo di pronunciarsi su tale Legge in seguito ad ordinanza di rimessione contenente un elenco di questioni di legittimità costituzionale che investivano la L. n. 164/1982

18 R. Romboli, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": la Corte costituzionale dichiara per la prima volta la incostituzionalità della omissione "pura e semplice" del legislatore attraverso una additiva di principio priva dell'effetto demolitorio. (Quando la corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice)*, in *Il Foro italiano*, 2014, I, pp. 2680 ss.

19 Cfr., su questo punto, M. Cavino, *Interpretazione discorsiva del diritto. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 225, per il quale: «Una società ispirata al pluralismo sociale ed istituzionale si regge (…) sulla condivisione, elastica e variabile nell'intensità, degli stessi valori. Per mantenerla occorre quindi possedere il senso di equilibrio sufficiente a comprendere quale livello di intensità nella condivisione dei valori comuni sia messo in gioco dal singolo caso concreto e, di conseguenza, quali soggetti siano più o meno capaci di raggiungere la soluzione».

20 Corte costituzionale, n. 98/1979, punto n. 2 del *Considerato in Diritto*.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

nel suo impianto complessivo, in quanto il giudice *a quo* sostanzialmente negava l'esistenza scientifica del transessualismo e dunque il «valore terapeutico»[21] dell'operazione chirurgica volta alla modificazione del sesso.

Di particolare interesse, nella sentenza n. 161/1985, le argomentazioni spese dalla Corte costituzionale in relazione all'art. 29 della Costituzione. Il giudice *a quo*, infatti, aveva prospettato due diverse ipotesi: la prima riguardante il transessuale che avesse contratto matrimonio prima dell'ottenimento della dichiarazione giudiziale di rettificazione dell'attribuzione del sesso; la seconda, riguardante l'ipotesi del transessuale che avesse contratto matrimonio dopo tale dichiarazione giudiziale.

In quella sede, la Corte ritiene la questione di illegittimità costituzionale ex art. 29 Cost. inammissibile. Nel primo caso, infatti, essa sottolinea come il legislatore abbia disciplinato gli effetti giuridici conseguenti alla trasformazione anatomica che si concretizzano nello «scioglimento del matrimonio tra persone (divenute) dello stesso sesso»[22]. La Corte giunge ad affermare che l'ordine "naturale" della società familiare risulti sconvolto non dalla rettificazione anagrafica del mutamento del sesso (e dalla sentenza che tale mutamento riconosce) ma, in sé, dalla sindrome transessuale da cui è affetto uno dei coniugi: in sostanza (ma, come la vicenda in esame testimonia, cadendo in errore) non contempla proprio la possibilità che si verifichi quell'ipotesi "certamente infrequente" in cui, nonostante l'intervenuta rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei due, i coniugi intendano proseguire la propria vita in comune[23]. Nel secondo caso, nega recisamente che il transessuale non possa contrarre matrimonio con persona di sesso diverso da quello ad esso anagraficamente attribuito (indipendentemente dalla propria capacità generativa a cui, arbitrariamente, il giudice *a quo* attribuiva il carattere di requisito essenziale per la validità e l'esistenza stessa del matrimonio).

Il tema del matrimonio del transessuale riemerge nuovamente all'interno della sentenza 138 del 2010. Il Tribunale di Venezia, nella sua ordinanza di rimessione, infatti, a sostegno della compatibilità costituzionale del matrimonio tra persone dello stesso sesso, aveva fatto riferimento proprio alla L. n. 164/1982. Tale richiamo, tuttavia, è giudicato dalla Corte costituzionale inconferente, essendo la condizione del transessuale che contragga matrimonio inidonea a fungere da *tertium comparationis*.

E ciò in quanto, a giudizio della Corte, il riconoscimento del diritto di sposarsi a coloro che hanno cambiato sesso «costituisce semmai un argomento per confermare il carattere eterosessuale del matrimonio, quale previsto nel vigente ordinamento»[24].

La vicenda affrontata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 170/2014, nella sua eccezionalità, evidentemente scompone la trama pazientemente intessuta dalle argomentazioni della Corte in precedenti sentenze, ma non le impedisce di utilizzare affermazioni già spese, quali ad esempio quella, contenuta nella sentenza n. 138/2010 per cui resta «riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'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 controllo di ragionevolezza»[25].

Ed ecco dunque una formula (quella delle "specifiche situazioni") analoga a quella ("situazioni minoritarie e anomale"), già utilizzata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 161/1985.

Il transessualismo, dunque, rappresenta, a parere di chi scrive, una condizione che, proprio nella sua specificità – in quanto «nega un postulato fondamentale della concezione socialmente accettata di "sesso" e di differenza sessuale, ossia il fatto che il sesso è biologicamente determinato (sesso di nascita)»[26] - costituisce un elemento di indagine dei contenuti dell'istituto matrimoniale, con riferimento, in particolare, ai profili dalla mimesi legata all'eterosessualità (anagrafica) e del superamento del paradigma eterosessuale (biologico)[27].

21 Corte costituzionale, n. 161/1985, punto n. 11 del *Considerato in Diritto*.

22 Corte costituzionale, n. 161/1985, punto n. 12 del *Considerato in Diritto*.

23 Come sottolinea C. Salazar, *Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento*, cit., proprio la disciplina di cui alla l. n. 164/1982, relativamente allo scioglimento del vincolo matrimoniale, «sembrerebbe assecondare le presumibili intenzioni di entrambi i componenti della coppia».

24 Corte costituzionale, n. 138/2010, punto n. 9 del *Considerato in Diritto*.

25 Corte costituzionale, n. 138/2010, punto n. 8 del *Considerato in Diritto*.

26 C. D'Ippoliti, A. Schuster, *DisOrientamenti. Discriminazione ed esclusione sociale delle persone LGBT in Italia*, Roma, Armando Editore, 2011, p. 23.

27 In attesa del pronunciamento della Corte costituzionale sulla *quaestio* avente ad oggetto il matrimonio omosessuale, la dottrina aveva già messo in luce le inevitabili connessioni tra la vicenda del transessualismo e i suoi riflessi sull'istituto matrimoniale complessivamente inteso, M. La Torre, *Transessualismo, omosessualità e matrimonio*, e B. Liberali, *Eterosessualità*

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Sembrerebbe dunque riduttivo confinare questa pronuncia alla mera, provvisoria ed insoddisfacente soluzione di un caso "certamente infrequente", ignorando la sua inevitabile, se pure laterale incidenza su temi come il matrimonio omosessuale e, più in generale, sulla possibilità di introdurre nel nostro ordinamento una disciplina giuridica per le convivenze.

Se, come ricorda Umberto Eco, il linguaggio è «per sua natura produttore di sensi secondi o indiretti»[28], la vicenda in esame, pur nella concretezza del "caso", determina una pluralità di risposte da parte della Corte, che coinvolgono, essenzialmente, i temi dell'eterosessualità del matrimonio e il valore aggiunto – giuridicamente apprezzabile- di una disciplina che regoli nei suoi effetti il fenomeno delle convivenze.

La vicenda del transessualismo, infatti, nella sua complessità - come testimonia lo svolgimento nel tempo della sua trattazione da parte della Corte costituzionale – si esprime nella grammatica della tolleranza e del rispetto della persona e della dignità umana, attraverso la quale «dalla comprensione della natura stessa del nostro linguaggio e delle nostre parole sorge un ammonimento di tolleranza, di rispetto», che tenga conto «dei processi che portano ogni essere umano ad estrarre, grazie alle parole, un senso al caos dell'esperienza»[29].

Volendo ricavare un dato dal percorso giurisprudenziale della Corte costituzionale sopra delineato, questo potrebbe essere identificato nella difficoltà di coniugare l'inerzia del legislatore con il diritto giurisprudenziale, il quale tenta di ricavare i «significati normativi» idonei per la soluzione del caso concreto attraverso «procedimenti interpretativi» che dovrebbero il più possibile risultare «rispettosi della cornice linguistica, linguistica – culturale – dogmatica, grammaticale e sintattica»[30] costituita dagli enunciati costituzionali.

4. Interpreti e legislatore di fronte a questa pronuncia

È stato sottolineato come «I giudici, il legislatore, l'amministrazione [non siano] competitori "equivalenti" che operano facendosi concorrenza», e che ad essi «si riconnettono aspettative diverse e diversi sono i subsistemi in cui svolgono la loro funzione»[31].

Di fronte all'incapacità del legislatore di dare concretezza, attraverso la predisposizione di una disciplina legislativa uniforme, alla pur vasta progettualità in tema di disciplina giuridica delle convivenze, sottolineata anche dal Presidente della Corte costituzionale nella riunione straordinaria del 12 aprile 2013, agli interpreti (ed in particolare ai giudici) spetta il compito di fornire la soluzione di casi concreti. Si tratta, dunque, di soluzioni inevitabilmente parziali e frammentate. Il carattere episodico e frammentario di questa operazione si ripercuote, come in un infinito moltiplicatore, fino alla Corte costituzionale, che nel presente caso costruisce un dispositivo *ad hoc*, ritagliato sul caso concreto (anche se suscettibile di un'applicazione generalizzata stante la dichiarazione di incostituzionalità).

Anche la dottrina sconta la difficoltà di costruire una prospettiva in riferimento all'esito del giudizio di costituzionalità in relazione allo specifico caso portato all'attenzione della Corte.

Le varie posizioni dottrinali finora espresse hanno il pregio di tenere conto delle problematiche applicative derivanti dal dispositivo della sentenza – un'additiva di principio anomala o *sui generis*, come si è detto – in relazione al giudizio *a quo*.

La Corte infatti salda l'incostituzionalità della disciplina in tema di scioglimento automatico del matrimonio precedentemente contratto da persona che in seguito ha mutato sesso alla predisposizione, da parte del legislatore, di una disciplina giuridica idonea (viene proposta, testualmente, la forma della «convivenza registrata»). Il punto cruciale risiede dunque nella concreta operatività di questo

e funzione procreativa del matrimonio: un argomento superabile dalla Corte costituzionale, entrambi in *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), Torino, Giappichelli, 2010, *e-book*, pp. 201 ss. e 207 ss.

28 U. Eco, *Semiotica e filosofia del linguaggio*, Torino, Einaudi, 1984, p. 214.

29 T. De Mauro, *Capire le parole*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 148.

30 M. Dogliani, *Introduzione* a M. Cavino, C. Tripodina (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 2.

31 R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine in una prospettiva "quantistica"*, Milano, Franco Angeli, 2013, p. 72.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

dispositivo di accoglimento e nelle sorti del matrimonio precedentemente contratto dalle coniugi ora anagraficamente *same sex*[32].

Secondo parte della dottrina lo scioglimento sarebbe possibile soltanto nel momento in cui venisse dal legislatore introdotta una disciplina in tema di convivenze registrate, risultando il precedente matrimonio soggetto ad una sorta di "condizione risolutiva"[33], mentre per altra parte il matrimonio precedentemente contratto, in quanto in contrasto con l'art. 29 Cost., non potrebbe continuare[34].

È possibile, inoltre, individuare una prospettiva qualificabile come "mediana"[35], volta a valorizzare, riconoscere ed eventualmente estendere, di volta in volta, alla coppia non più unita in matrimonio (in applicazione della L. n. 164/1982), ma ancora convivente, i diritti riconosciuti ai coniugi. Si tratterebbe dunque di valorizzare una convivenza «non priva di significato giuridico»[36].

Nella sentenza n. 170 del 2014 sembra dunque ravvisarsi il punto di massima tensione concettuale tra il postulato del paradigma eterosessuale del matrimonio e il potenzialmente ampio ventaglio di soluzioni alternative, messo in luce da un caso che soltanto all'apparenza potrebbe sembrare unico e paradossale. Verrebbe da dire che non è forse un caso se proprio in quel mondo alla rovescia che è la luna descritta da Ludovico Ariosto (XXXIV canto de L'Orlando Furioso), in cui si radunano tutte le cose perdute sulla terra, accanto a "le lacrime e i sospiri degli amanti" trovino posto "i vani disegni che non han mai loco"[37]. La concretezza dei casi e la complessità dei percorsi entro cui si snoda l'affettività, determina che anche e soprattutto vicende come questa possano stimolare una riflessione più ampia, e proprio perché percepite come lontane, eccezionali, o infrequenti, possano attivare un dibattito quanto mai attuale – se non urgente – sui molti traguardi ed obiettivi che il Legislatore, attraverso l'elaborazione di una disciplina giuridica uniforme per le convivenze, potrebbe realizzare.

32 Su questo profilo, coglie il punto R. Romboli, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto"*, *ivi*, § 4, ove è sottolineato come, sulla base del divieto di *non liquet*, il giudice, rilevando che la corte ha dichiarato la incostituzionalità di una omissione del legislatore "pura e semplice" e non anche quella delle norme impugnate» debba applicare queste ultime, «dichiarando quindi sciolto il matrimonio».

33 Sul punto, cfr. B. Pezzini, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, *ivi*, con considerazioni richiamate, adesivamente, da G. Brunelli, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n.170 del 2014 sul "divorzio imposto"*, *ivi*, e M. Winkler, *La Corte costituzionale si pronuncia sul caso del "divorzio imposto" luci e ombre*, *ivi.*

34 F. Biondi, *La sentenza additiva di principio sul c.d. "divorzio imposto": un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, *ivi*, e A. Ruggeri, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità*, *ivi.*

35 Secondo la puntuale ricostruzione delineata da P. Veronesi, *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto"*, *ivi*, § 8 e condivisa da C. Salazar, *Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento*, *ivi*. In particolare, P. Veronesi sottolinea come «Caso per caso, (e problema per problema), a fronte delle rivendicazioni della coppia che intendesse proseguire la propria vita in comune, dovrà dunque essere chi intende negare i diritti di volta in volta in rilievo a opporre e provare la base legale-costituzionale della pretesa esclusone (causata, peraltro, dalla colpevole inerzia del legislatore)».

36 L'espressione è utilizzata da P. Veronesi, *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto"*, *ivi*, titolo del § 8.

37 Canto XXIV, ottava 75. Per un commento M.G. Stassi, *Astolfo sulla luna* in *Prospettive sul Furioso*, G. Barberi Squarotti (a cura di), Torino, Tirrenia, 1988, pp. 157 ss.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

*Michele Di Bari**

La sentenza n.170/2014 della Corte costituzionale: un discorso tutto italiano

Sommario

1. Premessa – 2. Il caso portoghese: il ruolo del *Tribunal Constitucional* – 3. Il caso francese: *le mariage pour tous* al vaglio del *Conseil constitutionel* – 4. La sentenza n. 170/2014: il soliloquio della Corte costituzionale italiana – 5. Considerazioni conclusive

Abstract

Quali sono le implicazioni della sentenza n. 170/2014 in tema di matrimonio tra persone dello stesso sesso in Italia? Il contributo si propone di analizzare la giurisprudenza costituzionale italiana in tema di matrimonio tra omosessuali effettuando una comparazione con l'esperienza portoghese e francese al fine di comprendere in che direzione sta andando l'Italia in materia di riconoscimento delle coppie *same-sex*. Nello specifico si cercherà di evidenziare come sia nell'esperienza portoghese, sia in quella francese il ruolo del giudice costituzionale è stato quello di ricondurre la questione all'interno della logica delle sfere di competenza evitando di interporre limiti alle possibilità per il legislatore di modificare l'istituto matrimoniale. Al contrario, con la sentenza n. 170/2014 sembrerebbe potersi escludere che tale ipotesi sia percorribile anche in Italia per via ordinaria.

Which are the implications of judgment n. 170/2014 for same-sex marriage in Italy? This article compares the Italian, Portuguese and French constitutional court's case law on same-sex marriage in order to understand whether the possibility to introduce same-marriage in Italy is now closer or further. As this article discusses, foreign constitutional judges have made clear that although there was no obligation under their Constitution to allow same-sex marriage there was also no constitutional ban preventing the parliament to pass a bill on this subject. In opposition, the Italian constitutional court seems to approach this issue maintaining a very traditional understanding of art. 29 of the Constitution.

1. Premessa

La recente sentenza n. 170 dell'11 giugno 2014 della Corte costituzionale si inserisce, pur se diretta limitatamente a risolvere (solo) la questione relativa al c.d. «divorzio imposto»[1], in un più ampio discorso di portata europea sul tema del matrimonio omosessuale.

* Professore a contratto in Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Padova.

1 Per un primo approccio al tema dei diritti delle persone transessuali e per una ricca e dettagliata visione d'insieme delle tutele e delle difficoltà di ordine giuridico che interessano questi soggetti in Italia si rinvia a A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, Franco Angeli, 2013.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Molti colleghi hanno già provveduto a dare una lettura critica di questo dispositivo analizzandone il contenuto per poterne poi comprendere la reale portata e gli eventuali esiti[2]. Quindi, in questa sede il fine non sarà quello di evidenziare potenzialità e limiti di questa decisione rispetto al caso specifico del transessuale operato ed eventualmente coniugato.

Si proverà invece a capire se quanto emerge nella sentenza n. 170/2014, avendo riguardo per quanto già deciso dalla Consulta nella sentenza n. 138 del 2010, possa avere contribuito a fissare un limite costituzionale alle possibilità per il legislatore di intervenire sull'istituto matrimoniale modificandone i requisiti di accesso.

In effetti, anche se il quesito risolto dalla nostra Corte riguardava la sola legittimità costituzionale del «divorzio imposto», le delucidazioni che i giudici costituzionali hanno fornito sull'art. 29 Cost., sembrerebbero potersi leggere come una barriera al superamento del paradigma eterosessuale del matrimonio.

Per questa ragione, pur effettuando gli opportuni distinguo rispetto al merito delle questioni sollevate, la sentenza n. 170/2014 si presta ad essere letta in chiave comparata effettuando una breve ricognizione della giurisprudenza di altri giudici europei chiamati a decidere su casi riguardanti la costituzionalità del matrimonio *same-sex*, evidenziando come essi abbiano sempre mostrato un atteggiamento di apertura rispetto al novero delle possibilità nelle mani del legislatore, limitandosi a ribadire come l'assenza di un obbligo costituzionale a riconoscere la fattispecie "matrimonio omosessuale" non possa essere letta come un divieto in questo senso.

A tal fine, l'analisi dell'esperienza portoghese e francese può mettere in luce un'atipicità tutta italiana che si sostanzia in una giurisprudenza costituzionale in tema di matrimonio ancora troppo disancorata da un contesto europeo in cui si è scelto di ridisegnare questo istituto giuridico abbandonando la logica della tradizione in favore di una logica dei diritti.

Lo scenario italiano si presenta ancora come un quadro a tinte fosche che vede il nostro Giudice delle leggi notevolmente distante rispetto ad un *trend* continentale che invece si è caratterizzato per un atteggiamento sicuramente non interventista ma allo stesso tempo di apertura rispetto all'ipotesi di introdurre il matrimonio tra omosessuali.

2. Il caso portoghese: il ruolo del *Tribunal Constitucional*

Il primo passo verso il riconoscimento delle unioni omosessuali in Portogallo è avvenuto attraverso la *lei* n. 7/2001 che ha modificato la precedente normativa sulle *união de facto* (*lei* n. 135/1999) rendendo possibile il riconoscimento dello status di 'coppia di fatto' anche alle famiglie formate da individui dello stesso sesso[3].

Nel periodo successivo non si registrano ulteriori e significativi interventi legislativi[4] ed è infatti solo nel 2010, in seguito alla decisione *Tribunal Constitucional* ed all'emanazione della *lei* n. 9/2010, che il matrimonio tra persone dello stesso sesso diviene una realtà anche in Portogallo.

Ciò che tuttavia rileva in una lettura in chiave comparata del caso portoghese è l'atteggiamento del giudice costituzionale lusitano, il quale, trovatosi in due occasioni molto ravvicinate nel tempo a dover affrontare il tema del matrimonio *same-sex*, ha potuto segnare il cammino verso il riconoscimento giuridico del matrimonio omosessuale.

2 Si vedano: B. Pezzini, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in *Articolo29* www.articolo29.it, 2014; G. Brunelli, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. "divorzio imposto*, in *Articolo29* www.articolo29.it, 2014; M. Winkler, L*a Corte costituzionale si pronuncia sul caso del divorzio "imposto": luci e ombre,* in *Articolo29* www.articolo29.it, 2014; F. Biondi, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio "imposto": un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in *Forum di Quaderni costituzionali,* www.forumcostituzionale.it, 2014; P. Veronesi, *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il "caso Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali,* www.forumcostituzionale.it, 2014; P. Bianchi, *Divorzio imposto: incostituzionale ma non troppo*, in *Forum di Quaderni costituzionali,* www.forumcostituzionale.it, 2014; M. Di Bari, C*ommento "a caldo" della sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale: quali prospettive?*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, www.osservatorioaic.it, 2014.

3 La legislazione portoghese in materia di coppie di fatto ha poi subito ulteriori modifiche inerenti sia il regime patrimoniale sia in relazione alla possibilità di ottenere la cittadinanza per il convivente di origine straniera, che hanno avvicinato questo istituto a quello matrimoniale. Per un approfondimento, R. Martines, *Same-sex partnerships in Portugal, From de facto to de jure?* in *Utrecht Law Review*, vol. 4, 2008, 2, pp. 194-195; G.Coelho, G. Olivera, *Curso de Direito da Familia*, vol. I, 2003, pp. 112-113.

4 Il dibattito politico sul tema è stato tuttavia particolarmente acceso e la sesta revisione costituzionale del 2004 ha di fatto ripolarizzato l'attenzione sulla possibilità di introdurre il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

In primo luogo, con la sentenza n. 359 del 2009[5], il *Tribunal Constitucional* ha chiarito che esisteva un confine tracciato dalla costituzione rispetto alla possibilità della Corte stessa di intervenire creativamente su una materia che resta(va) di competenza del legislatore. In secondo luogo, con la pronuncia n. 121 del 2010[6], il Giudice portoghese ha sancito il tramonto del paradigma dell'eterosessualità del matrimonio stabilendo che, se da un lato non esiste(va) alcun obbligo di natura costituzionale di introdurre nell'allora ordinamento giuridico il matrimonio tra persone dello stesso sesso, dall'altro non esiste(va) nemmeno alcuno divieto.

La sentenza n. 359/2009 aveva ad oggetto la vecchia disposizione dell'art. 1577 del codice civile la cui formulazione originaria risultava ostativa rispetto all'ipotesi di matrimonio *same-sex* prevedendo esplicitamente il requisito della diversità di sesso per i futuri coniugi.

Le ricorrenti, alla luce della novella costituzionale del 2004[7], denunciavano dunque la violazione dell'art. 13.2 della Costituzione portoghese (principio di uguaglianza e divieto di discriminare sulla base dell'orientamento sessuale) ed in combinato disposto la violazione dell'art. 36 Cost. (diritto a contrarre matrimonio e formare una famiglia).

Ciò che la coppia lamentava era in particolare il mancato adeguamento della disciplina civilistica (causa del diniego) al nuovo tenore antidiscriminatorio della Costituzione, ovvero un comportamento omissivo (incostituzionalità per omissione[8]) da parte del legislatore che non aveva provveduto ad intervenire per abolire il requisito della diversità di sesso.

Tralasciando un esame squisitamente tecnico sul funzionamento dell'organo di giustizia costituzionale lusitano e della particolare fattispecie "dell'incostituzionalità per omissione[9]", ciò che per il giurista italiano rileva maggiormente nella sentenza n. 359/2009 è il ragionamento portato avanti dalla Corte nel merito della questione, ovvero se esistesse o meno un obbligo di rango costituzionale di riconoscere il matrimonio omosessuale.

Alla Corte veniva dunque richiesto non già di esprimersi sulla percorribilità di una scelta legislativa che ampliasse le maglie di un istituto giuridico tradizionalmente riservato ai soli eterosessuali, ma più precisamente se l'inerzia stessa del legislatore potesse configurarsi come una violazione del dettato costituzionale stante la discriminazione sofferta dalle coppie dello stesso sesso.

Attraverso un dispositivo che ha visto il *Tribunal Constitucional* fare ampio e diffuso riferimento alla giurisprudenza estera (in particolare Stati Uniti, Canada, Sud Africa, Germania e Spagna) ed alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e della Corte europea di giustizia[10], i giudici portoghesi sono giunti alla conclusione che, se da un lato si sarebbe potuta considerare incostituzionale la mancanza assoluta di forme di tutela/riconoscimento per le coppie dello stesso sesso (ma le *união de facto* già lo consentivano), dall'altro data la molteplicità delle opzioni attivabili dal legislatore per tutelare queste coppie (matrimonio, unioni registrate, etc.) la questione rimaneva una competenza esclusiva del legislatore[11]. Un'analogia abbastanza netta con la sentenza italiana n. 138/2010.

5 *Tribunal Constitucional*, 9 luglio 2009, n. 359/2009.

6 *Tribunal Constitucional*, 8 Aprile 2010, n. 121/2010,.

7 Nel 2004 con la sesta revisione costituzionale, all'art. 13 Cost. è stato aggiunto l'orientamento sessuale tra le diverse ipotesi discriminatorie. Oggi l'articolo 13.2 Cost. recita: *ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual*'.

8 È opportuno ricordare che in Portogallo è disciplinata anche l'incostituzionalità per omissione. Volendo semplicemente richiamarne la struttura, vi possono essere omissioni totali (laddove il legislatore non ha provveduto in alcuno modo a disciplinare una determinata fattispecie) o parziali (nelle ipotesi in cui l'atto non sia sufficiente ad attuare in modo completo il disposto costituzionale). Alla luce dell'all'art. 283 Cost. un ricorso per sospetta incostituzionalità per omissione può essere attivato solo da alcuni soggetti, ovvero il Presidente della Repubblica, dal *Provedor de Justiça*, e dai Presidenti delle Assemblee legislative delle regioni autonome. Vedi per un approfondimento, L. Azzena, *La giustizia costituzionale in Portogallo*, in J. Luther - R. Romboli - R. Tarchi (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, 253 ss. G. Vagli, *L'evoluzione del sistema di giustizia costituzionale in Portogallo*, Pisa, ETS, 2001, pp. 39 ss. e J.J. Gomes Canotilho, *Il diritto costituzionale portoghese*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 191 ss.

9 E. Sorda, *Same-sex marriage: il caso portoghese*, in *Ianus*, 2011, 4, pp.173 ss; E. Crivelli, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze fra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2010.

10 *Tribunal Constitucional*, 9 luglio 2009, n. 359/2009, *fundamento* 7.

11 *Ivi*, *fundamento* 14.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Tuttavia, ciò che il *Tribunal Constitucional* sottolinea con altrettanta attenzione al caso sottoposto alla sua attenzione è la possibilità per il legislatore di intervenire comunque (anche) attraverso l'apertura dell'istituto matrimoniale[12].

Si arriva quindi alla sentenza n. 121/2010 a seguito del ricorso in via preventiva da parte dell'allora Presidente Aníbal Cavaco Silvache che riteneva incostituzionale la *lei* 9/2010 che introduceva il *casamento civil entre pessoas do mesmo sexo*[13]. La Corte costituzionale lusitana, con una maggioranza di 11 giudici su 13 ha ritenuto la nuova disciplina conforme a Costituzione.

I giudici portoghesi anche in questo caso si sono avvalsi dell'esperienza maturata in altri ordinamenti sottolineando come il fatto che il matrimonio sia stato tradizionalmente considerato un istituto giuridico riservato alle coppie eterosessuali e che i costituenti non avessero previsto questa ipotesi non poteva determinare alcun diniego automatico rispetto ad una ipotesi evolutiva dell'istituto stesso. Anzi, come diffusamente argomentato dal *Tribunal Constitucional*: '*o elemento histórico deve ser mobilizado com cautelas ainda maiores do que aquelas que geralmente já merece na interpretação do texto constituciona*[14]', e dunque, in termini più generali, la c.d. "tradizione" non può certo essere invocata come parametro quando si tratti di tutelare i diritti fondamentali.

In più, alla luce delle osservazioni presidenziali su una presunta natura "finalistico-procreativa" del matrimonio, il *Tribunal Constitucional* ha precisato che il matrimonio di per sé non impone giuridicamente alcuna finalità alla coppia e semmai rappresenta, sotto il profilo sociologico, un elemento simbolico di riconoscimento per i coniugi[15]. Ciò che ne consegue è che il legislatore ha la piena facoltà di rimuovere gli eventuali residui di differenziazione che hanno storicamente caratterizzato una determinata disciplina, ovvero '*il principio dell'eterosessualità non rappresenta una soluzione necessaria ma,* […] *una scelta (possibile) del legislatore*[16]'.

3. Il caso francese: *le mariage pour tous* al vaglio del *Conseil constitutionel*

Il 15 novembre 1999 i cugini francesi – in un periodo in cui la politica italiana ancora fingeva che il problema non esistesse – introducevano il *Pacs*[17] per riconoscere (pur limitatamente) alcuni diritti (anche) alle coppie dello stesso sesso[18].

Il *Pacs* non assomiglia ad altre soluzioni legislative come le *civil partnership*[19] ed anzi possiede una sua specificità che si caratterizza per la possibilità concessa ai *Pacsés* di decidere a quali obblighi assog-

12 Nello specifico il *Tribunal Constitucional* argomenta come la possibilità di differenziare tra coppie eterosessuali e omosessuali risiede nel significato sociale attribuito alla nozione di matrimonio. Se lo si intende come istituto finalizzato alla procreazione allora è lecito distinguere, se però lo si intende esclusivamente come una relazione privata tra due individui, allora viene meno il presupposto della ragionevolezza e si configura una discriminazione. Il legislatore in questo senso ha il compito di recepire un eventuale mutamento sociale ed agire di conseguenza. *Id*, *fundamento* 14.

13 Il Presidente della Repubblica, un politico conservatore, si era schierato pubblicamente contro alla l*ei* 9/2010 Egli invitava la Corte, sulla scorta della sentenza n. 359/2009 ad accogliere la questione e dichiarare incostituzionale una norma che avrebbe a suo dire, violato non solo la Costituzione portoghese ma avrebbe anche contraddetto norme internazionali sui diritti umani come l'art. 16 della Dichiarazione universale sui diritti umani nella parte in cui si stabilisce che il matrimonio è tra un uomo ed una donna.

14 *Tribunal Constitucional*, 8 Aprile 2010, n. 121/2010, *fundamento* 30.

15 *Ivi*, *fundamento* 25.

16 N. Pignatelli, *I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra "istituzione" matrimoniale e "funzione" familiare*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2005, p. 281.

17 *Loi* n.99-994 del 3 ottobre 1999.

18 Attraverso il *Pacs* si è provveduto ad introdurre il concetto di solidarietà reciproca anche tra individui dello stesso sesso. L'art. 515-1 del *code civil* è molto chiaro sul punto: *un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune.*

19 A.M. Lecis, *Le unioni di persone dello stesso sesso in Francia: dai Pacs alla sentenza sul mariage homosexuel*, in *Ianus*, 2011, 4, pp.213 ss.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

gettarsi. Per contro, l'impossibilità di avvalersi del *Pacs* tra ascendenti/discendenti diretti riporta la natura meramente contrattualistica del *Pacs* entro le maglie del diritto di famiglia[20].

Questo istituto ha subito diversi aggiustamenti legislativi. Nel 2005 sono stati estesi alcuni benefici fiscali al fine di permettere la dichiarazione dei redditi congiunta, e nel 2006 è stato inserito l'obbligo di annotazione anagrafica dello status dei *Pacsés* (in precedenza per conoscere lo status di un individuo era necessaria una apposita istanza al *Tribunal d'Instance*).

Tuttavia, il *Pacs* rimane sotto molti profili un contratto tra le parti distante dalla concezione tipicamente associata al matrimonio. È infatti possibile sciogliere il *Pacs* unilateralmente con apposita istanza al tribunale presso il quale era stato registrato il vincolo ed esso non risulta incompatibile con il matrimonio[21]. Quest'ultima differenza rilevava non poco prima dell'avvento del matrimonio *same-sex* in Francia, dato che la possibilità di sposarsi terminando il precedente regime era riservata alle sole coppie eterosessuali.

In ragione di questa differenziazione, nel 2010 una coppia francese, formata da Corinne C. and Sophie H., ha proposto ricorso – utilizzando il meccanismo della *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC) – sostenendo che gli artt. 75 e 114 del *code civil* violavano la Costituzione francese non permettendo a due donne di contrarre matrimonio[22].

La *Cour de cassation* convinta che il cambiamento sociale intervenuto sia a livello nazionale che internazionale potesse legittimare una lettura più estensiva e conforme a costituzione del codice civile francese in materia, ha sollevato la QPC sottolineando come *attendu que les questions posées font aujourd'hui l'objet d'un large débat dans la société, en raison, notamment, de l'évolution des mœurs et de la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe dans les législations de plusieurs pays étrangers ;* […] *il y a lieu, dès lors, de les renvoyer au conseil constitutionnel*[23]'.

Interessante questo passaggio dato che lo stesso giudice aveva precisato nel 2007 che '*selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme; ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire*[24]'.

Il giudice costituzionale francese non ha tuttavia accolto l'istanza delle ricorrenti precisando che '*considérant, d'autre part, que l'article 6 de la Déclaration de 1789 dispose que la loi « doit* être *la même pour tous, soit qu›elle protège, soit qu›elle punisse » ; que le principe d›*égalité *ne s›oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu›il déroge à l›*égalité *pour des raisons d›intérêt général* […] *estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille* […]*il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation*'[25]

Quindi, nel 2010 il *Conseil constitutionel* non ha aperto, ma nemmeno chiuso la porta alla possibilità di introdurre il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Anzi, i supremi giudici si sono limitati a ribadire come sussistano delle prerogative parlamentari che devono essere rispettate al fine di preservare il corretto funzionamento dell'ordinamento. Solo al parlamento spetta(va) decidere se e come differenziare all'interno del regime matrimoniale. Come in Portogallo, anche in Francia veniva ribadito nuova-

20 Art. 515-2 *code civil*.

21 Art. 515-7 *code civil*.

22 Va precisato che questa istanza non si sarebbe potuta presentare qualche anno prima. Il *Conseil constitutionel* non era infatti legittimato ad effettuare il cosiddetto "controllo successivo". Eppure, a seguito della novella costituzionale che ha introdotto la *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC) , il *Conseil* può oggi sottoporre a controllo (su istanza) le norme già in vigore e verificarne la conformità alla Costituzione. La legge organica del 10 dicembre 2009, relativa all'applicazione dell'articolo 61-1 della Costituzione francese ha definito la questione di costituzionalità come "prioritaria". Ciò significa, da un lato, che quando è posta davanti ad un tribunale di prima istanza o ad una corte d'appello, la questione deve essere esaminata senza alcun termine fisso. Il tempo d'esame della questione prioritaria di costituzionalità si deve calcolare sul tempo della procedura e non deve ritardarla. D'altra parte, quando una giurisdizione è adita per motivi che contestano sia la costituzionalità della legge (questione di costituzionalità),sia la non conformità di questa legge ai trattati ed accordi internazionali (eccezione d'inconvenzionalità), la giurisdizione deve innanzitutto esaminare la questione di costituzionalità. Sul punto A.M. Lecis Cocco Ortu, *Il Conseil inizia a delineare i caratteri del controllo di costituzionalità successivo: l'interpretazione secondo diritto vivente e la discrezionalità del legislatore nelle questioni etiche*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2011

23 *Cour de cassation*, 16 Novembre 2010, appello n. 10-40042, decisione n. 1088.

24 *Cour de cassation*, 13 Marzo 2007, appello n. 05-16627, decisione n. 511.

25 *Conseil constitutionel*, 28 Gennaio 2011, n. 2010-92 DC, para 9.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

mente che, se pur non si può in ogni caso parlare di un "obbligo costituzionale di riconoscere", non si può allo stesso tempo rinvenire alcun esplicito divieto rispetto a questa ipotesi.

Nel 2013 lo scenario cambia: viene elaborata la nuova legge n. 2013-404 [26](*mariage pour tous*) che ha visto il *Conseil constitutionel* nuovamente chiamato a pronunciarsi, questa volta in via preventiva, su questo tema. La pronuncia n. 2013-669[27] ha posto infatti la parola fine all'*iter* di promulgazione della legge francese sul matrimonio omosessuale.

Aldilà dell'acceso dibattito politico che ha suscitato questa novella legislativa in patria, è l'approccio del giudice costituzionale francese alla questione che suscita interesse.

Con la decisione n. 2013-669 il giudice transalpino ha chiarito come '*considérant, qu'en ouvrant l'accès à l'institution du mariage aux couples de personnes de même sexe, le législateur a estimé que la différence entre les couples formés d'un homme et d'une femme et les couples de personnes de même sexe ne justifiait plus que ces derniers ne puissent accéder au statut et à la protection juridique attachés au mariage* […]*'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en matière de mariage, de cette différence de situation*[28]*'*.

Di nuovo, il *Conseil constitutionel* ha fatto ruotare la questione sull'ammissibilità del matrimonio tra persone dello stesso sesso ragionando non sulla legittimità di questo istituto alla luce dei diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione, ma utilizzando la logica delle sfere di competenza. In altre parole, se il Giudice delle leggi non poteva/doveva decidere altrimenti nel 2010, nel 2013 ha potuto agevolmente sancire la legittimità di una scelta legislativa che lui stesso aveva indicato come non obbligata ma possibile.

4. La sentenza n. 170/2014: il soliloquio della Corte costituzionale italiana

L'ordinanza di remissione n. 14329/2013[29] con cui la Cassazione ha sollevato la questione di legittimità costituzionale relativamente agli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso, applicabili al caso concreto *ratione temporis*), ed in via consequenziale, della novella di cui all'art. 31, comma 6, del decreto legislativo 1 settembre 2011, è stata accolta dalla Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della normativa impugnata.

Come anticipato nella premessa di questo contributo, data la mole di contributi dottrinali già a disposizione inerenti il «divorzio imposto» e questa nuova additiva di principio, in questa sede ci si vuole soffermare su quello che la nostra Corte ha sancito in relazione all'art. 29 Cost.

La Consulta ha innanzitutto chiarito che l'art. 29 Cost. non era il parametro costituzionale di riferimento idoneo dato che '*la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29 Cost.) è quella stessa definita dal codice civile del 1942, che «stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso» (sentenza n. 138 del 2010)*[30]*'*.

26 *Loi*. n. 2013-404 del 17 maggio 2013 "*ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*".

27 *Conseil constitutionel*, 17 maggio 2013, n. 2013-669 DC.

28 *Ivi*, para. 22.

29 Tra i numerosi contributi che analizzano l'ordinanza n. 14329/13, segnalo quelli pubblicati in questa *Rivista* (*GenIUS*, 1/2014): D. Amram, *Identità di genere e famiglia in Irlanda, Regno Unito e Islanda: quali spunti per l'Italia?;* M. Balboni, M. Gattuso, *Famiglia e identità di genere: "divorzio imposto" e diritti fondamentali*; E. Bergamini, *Famiglia e identità di genere, "divorzio imposto" e diritti fondamentali: profili di diritto europeo*; D. Borrillo, *Famille et identité de genre en France: La survie du marriage aprés le changement de sexe d'un* époux; M. Di Bari, *Meglio cambiar genere che esser gay? Alcuni interrogativi sul ragionamento dell'ordinanza n. 14329/13 della Cassazione*; A. Elvira, *Transexualidad, matrimonio y divorcio en derecho comparado*; A. Lorenzetti, *Quali possibili risposte alla Corte di fronte ad un "incerto mestiere di vivere"?*; G. Palmeri: *Famiglia e identità di genere: "divorzio imposto" e diritti fondamentali. Profili di diritto di famiglia*; B. Pezzini, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio di nuovo davanti alla Corte costituzionale: la questione del divorzio imposto ex lege a seguito della rettifica di sesso (ordinanza n. 14329/13 Corte di cassazione)*; C. Ragni, *Sciogliere un matrimonio per tutelarne cento? Il "divorzio imposto" tra interesse pubblico e diritti individuali*; F. R. Ammatura, *Il "divorzio imposto" per le persone transgender nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo: i profili socio-giuridici di H. c. Finlandia*; F. Saitto, *Famiglia, rettificazione di sesso e principio di autodeterminazione alla prova dello scioglimento ex lege del matrimonio*; G. Viggiani, *L'uso della comparazione come metodologia interpretativa nell'ordinanza di rimessione n. 14329/13 della Suprema Corte di cassazione: similarità e differenze tra il caso italiano e i casi stranieri*; P. Veronesi, *Il "caso Bernaroli" alla Corte costituzionale: ancora un bivio sul tema dell'eterosessualità del matrimonio*.

30 Corte costituzionale, sentenza dell'11 giugno 2014, n. 170, *Considerato in diritto* 5.2.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Successivamente ci ha ricordato che '*non è possibile la reductio ad legitimitatem* [della normativa impugnata] *mediante una pronuncia manipolativa, che sostituisca il divorzio automatico con un divorzio a domanda, poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost.*[31]'.

Infine ha fatto proprie le argomentazioni della Cassazione ponendo in capo al legislatore l'urgente onere di risolvere la questione attraverso l'elaborazione *ex novo* di una nuova disciplina che permetta '*di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima*[32]'.

Qui sembra dunque volersi sgomberare il campo dalle perplessità emerse più volte anche in dottrina tra chi propone una lettura estensiva dell'art. 29 Cost.[33] e chi invece individua un limite costituzionale nello stesso articolo[34]: non vi sarebbero apparentemente i margini per l'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso attraverso una novella legislativa.

La via ordinaria sembrerebbe preclusa perché, se la sentenza n. 138/2010 letta alla luce della sentenza di Cassazione n. 4184/2012[35] poteva lasciare intendere che non vi fosse alcuna limitazione di natura costituzionale, oggi il parlamento avrebbe una sola opzione: la convivenza registrata.

In effetti, la Cassazione nel 2012, una volta esaminate con accuratezza le sentenze n. 138/2010 della Corte costituzionale e *Schalk and Kopf* della Corte Edu si era spinta sino ad affermare che il matrimonio omosessuale non fosse affatto vietato dall'art. 29 Cost. e che tale scelta rientrasse a pieno titolo tra le possibilità cui il legislatore poteva liberamente fare ricorso[36].

Il Giudice delle leggi per contro, citando il proprio precedente del 2010, pur rinviando alla discrezionalità del legislatore sembra in realtà avere voluto ridurre il novero delle possibilità a disposizione del parlamento e, nel richiamare se stessa nella sentenza n. 138/2010, identifica nel tenore della disposizione di cui all'art. 29 Cost. un principio che sembra non soggetto ad evoluzioni interpretative[37].

Se nel 2010 la Consulta riconosceva che '*i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere "cristallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei princìpi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi*[38]', oggi appare meno convinta della capacità del nostro testo costituzionale di adeguarsi al mutamento intercorso nella società italiana riconoscendo ai principi fondamentali inseriti in Costituzione quella naturale attitudine a ricomprendere anziché escludere. L'art. 29 Cost. sembrerebbe dunque immune alla c.d. logica del *living instrument* che da tempo caratterizza il dibattito sui diritti umani.

Quando la Corte costituzionale nella sentenza n. 170/2014 sostiene che la possibilità di mantenere intatto il vincolo matrimoniale tra persone (divenute) dello stesso sesso nell'attuale ordinamento è '*in*

31 *Ivi*, *Considerato in diritto* 5.6. Qualcuno potrebbe argomentare che un così esplicito richiamo al codice civile del 1942 quale parametro interpretativo per leggere l'art. 29 Cost. – posto che nella gerarchia delle fonti una norma di rango inferiore è interpretata alla luce di quella superiore e non viceversa – indichi in realtà al legislatore una possibile via d'uscita: modificato il codice del 1942 verrebbe meno la necessità di leggere in chiave tradizionalistica l'art. 29 Cost.

32 *Ivi*, *PQM*..

33 Si vedano (tra gli altri), B. Pezzini, *La sentenza 138/2010 parla (anche ai giudici)*, in B. Pezzini e A. Lorenzetti (a cura di) *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138/2010: quali prospettive?*, Napoli, Jovene, 2011, pp.95 e ss; Nello stesso volume, F. Bilotta, *L'interpretazione delle norme vigenti: il ruolo dell'avvocato*, pp.43 e ss.; M. Di Bari, *La lettura in parallelo delle sentenze n. 138/2010 e n. 245/2011della Corte Costituzionale: una breve riflessione,* in *Forum di Quaderni costituzionali,* www.forumcostituzionale.it, 2010.

34 Così, A Spadaro, *Matrimoni "fra gay": mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?*, in *Forum di Quaderni costituzionali,* www.forumcostituzionale.it, 2013.

35 Sul dibattito suscitato dalla sentenza della Cassazione si rinvia a R. Torino (a cura di), *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, Roma, 2013, *e-book* reperibile in *Articolo29,* www.articolo29.it; M. Di Bari, *Considerazioni a margine della sentenza n. 4184/2002 della Corte di cassazione: la Cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nel contesto delle coppie delle coppie same-sex anche alla luce della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2012; L. Lorello, *La Cassazione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale*, in *Rivista AIC* www.rivistaaic.it, 2012; M. Finocchiaro, *L'atto deve essere considerato inidoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento*, in *Guida al Diritto*, 2012, 14, p. 35 ss.; A. Schuster, *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, in *Forum di Quaderni costituzionali,* www.forumcostituzionale.it, 2012.

36 Corte di cassazione, I Sezione civile, sentenza del 15 marzo 2012, n. 4184, *Motivi della decisione*, punto 4.1.- 4.2.

37 Corte costituzionale, sentenza dell'11 giugno 2014, n. 170, *Considerato in diritto* 5.2.

38 Corte costituzionale, 14 aprile 2010, n. 138/2010, *Considerato in diritto* 9.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

contrasto con l'art. 29 Cost.[39]', essa non sta semplicemente sostenendo, come ha fatto nella n. 138/2010, che sarebbe impossibile superare l'attuale significato dell'art. 29 Cost. '*perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa*'[40].

I due concetti appaiono molto diversi: una cosa è dire che non si può superare il tenore letterale dell'art. 29 Cost. attraverso un'azione di adeguamento/bilanciamento operata dal Giudice delle leggi, altra cosa è dire che il matrimonio tra persone dello stesso sesso è in contrasto con un articolo della Costituzione.

Qui la posizione risulta più netta e svela un orientamento conservatore dei giudici di Palazzo della Consulta che sembra addirittura rafforzarsi laddove si indica al legislatore una (sola) via d'uscita per risolvere questa situazione: l'istituto della convivenza registrata.

In altre parole, se nella sentenza n. 138/2010 sembrava chiaro che il punto centrale della questione risiedeva nel rispetto delle prerogative parlamentari e nella molteplicità delle soluzioni legislative idonee a riconoscere le unioni omosessuali – il che avrebbe reso impraticabile un più spiccato (ed invadente) interventismo della Corte – nella sentenza n. 170/2014 sembra volersi dire al legislatore che, nel risolvere la questione, l'ipotesi di introdurre nel nostro ordinamento la fattispecie specifica "matrimonio omosessuale" resta confinata tra le ipotesi non percorribili.

5. Considerazioni conclusive

Probabilmente la nostra Corte, ben consapevole delle ricadute ordinamentali che una pronuncia di accoglimento diversamente formulata avrebbe potuto determinare, nella fretta di assicurare almeno un minimo di tutela ad una coppia eterosessuale sposata ma divenuta successivamente dello stesso sesso, è finita per delimitare le prerogative parlamentari sino al punto che non sembrerebbe più possibile poter superare il paradigma dell'eterosessualità. Questo, nemmeno alla luce di un mutamento sociale che la nostra società sembra avere peraltro già maturato.

Tale orientamento giurisprudenziale si pone in netta dissonanza rispetto ad un *trend* europeo che ha visto i giudici costituzionali far ruotare le questioni sulla legittimità costituzionale del matrimonio tra persone dello stesso sesso non sull'ammissibilità *tout cour* dell'istituto (assenza in Costituzione di un divieto) ma sulla discrezionalità del legislatore in relazione alla possibilità di differenziare o equiparare gli istituti per la tutela della vita familiare.

Il paradigma dell'eterosessualità associato alla parola matrimonio è stato – almeno altrove – superato sia a livello giurisprudenziale sia a livello legislativo.

È lecito supporre che l'atteggiamento "possibilista" delle corti francese e lusitana nei casi concernenti le richieste di apertura dell'ordinamento antecedenti l'emanazione di una nuova disciplina sul matrimonio *same-sex* abbia giocato un ruolo chiave nella successiva evoluzione legislativa dell'istituto.

Volendo leggere in chiave più ottimistica il richiamo così preciso a disciplinare precisamente l'istituto della convivenza registrata da parte della Consulta, si potrebbe dire che questo altro non è che un vero e proprio *assist* per un parlamento litigioso e disattento[41]. Da oggi in poi infatti nessuno potrà più nascondersi dietro l'alibi delle molteplici vie di riconoscimento. La via è stata segnata, basta percorrerla.

Per contro, il continuo richiamo all'art. 29 Cost. quale limite invalicabile rispetto all'ipotesi di riconoscere una unione matrimoniale di tipo omosessuale, visto anche il simbolismo associato alla parola matrimonio, non solo isola per l'ennesima volta il nostro Paese rispetto al contesto europeo, ma tende a rinvigorire non poco la retorica degli oppositori di ogni tipo di disciplina idonea a tutelare le unioni *same-sex*.

39 Corte costituzionale, sentenza dell'11 giugno 2014, n. 170, *Considerato in diritto* 5.1.

40 Corte costituzionale, sentenza del 15 aprile 2010, n. 138, *Considerato in diritto* 9.

41 Come giustamente sottolineato da L. Conte, il legislatore dovrebbe essere il primo soggetto istituzionale che, a fronte delle inevitabili trasformazioni della coscienza e dei costumi collettivi, risponde in modo adeguato alle nuove istanze sociali, sollevando la Corte costituzionale da una ingombrante quanto fondamentale attività di supplenza perpetua. L. Conte, *Le unioni non matrimoniali*, Relazione al convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", "*La famiglia davanti ai suoi giudici*", 7-8 giugno 2013, pp. 50-51, in *Gruppo di Pisa*, www.gruppodipisa.it.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

*Angioletta Sperti**

Il matrimonio *same-sex* negli Stati Uniti ad un anno dalla sentenza *Windsor.* Una riflessione sugli sviluppi giurisprudenziali a livello statale e federale

Sommario

1. L'antefatto: da *Baehr* a *Windsor* – 2. I molti nodi irrisolti del caso *Windsor* – 3. Il seguito giurisprudenziale a livello statale e federale. Un quadro generale – 4. principi affermati nella recente giurisprudenza statale e federale – 4.1. I principi affermati nella recente giurisprudenza statale e federale – 4.1. Il diritto *fondamentale* di tutti gli individui di sposarsi – 4.2. Il riconoscimento dell'orientamento sessuale come fattore di discriminazione – 4.3 L'incostituzionalità dei divieti di riconoscimento dei matrimoni contratti in altri Stati e la natura del federalismo statunitense – 5. *Marriage equality* e *racial equality* negli Stati Uniti: verso la *constitutional inevitability of gay marriage*

Abstract

Ad un anno dalla notissima sentenza *Windsor v. United States* in cui la Corte suprema degli Stati Uniti ha dichiarato l'incostituzionalità della definizione, a livello federale di matrimonio come unione eterosessuale, l'articolo intende fornire un quadro del seguito giurisprudenziale della pronuncia sia a livello federale che statale. Si intende così mettere in evidenza come, pur a fronte delle molte questioni lasciate aperte dalla Corte suprema, le corti abbiamo dimostrato negli ultimi mesi un grande attivismo, dichiarando, pressoché unanimemente, incostituzionali gli emendamenti e le disposizioni di legge adottate a livello statale che definiscono il matrimonio come unione tra un uomo e una donna e vietano il riconoscimento dei matrimoni *same-sex* contratti in altri Stati. Nel ripercorrere i principi più rilevanti espressi nelle pronunce, l'articolo pone dunque in evidenza l'attenzione delle corti per la discriminazione sofferta dalle coppie omosessuali e per il riconoscimento del fondamentale diritto di tutti gli individui al matrimonio, quale espressione della stessa dignità personale.

The article aims at describing the aftermath - at federal and state level - of the United States Supreme Court ruling in the Windsor case that declared the federal definition of marriage as referred to the heterosexual couple unconstitutional. The article puts into evidence that although the Supreme Court left many issues unsettled, federal and state courts have been showing a great activism in the last months, striking down all the state constitutional amendments and statutes that define marriage as the union between a man and a woman and forbid the recognition of marriages celebrated in other States of the Nation. We describe the most important principles expressed in the cases and put into evidence the attention paid by the courts to the violation of the equal protection of the laws suffered by homosexual couples and to the recognition of the fundamental right to marriage of every person as expression of the human dignity.

* Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa.

1. L'antefatto: da *Baehr* a *Windsor*

Nel 1993 la Corte suprema dello Stato delle Hawaii in *Baehr v. Lewin*[1] conclude, per prima tra le Corti supreme e costituzionali, che la limitazione del matrimonio alle sole coppie eterosessuali rappresenta un'illegittima discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, in violazione della Costituzione statale.

La sentenza suscita un'accesa reazione sia a livello statale che federale ed alimenta un vivo confronto sul matrimonio tra le coppie dello stesso sesso, "scatenando le aspirazioni della comunità LGBT in tutti gli Stati Uniti, ma anche risvegliando una politica di preservazione della tradizione, mobilitandola a difesa dei tradizionali valori familiari"[2].

Nel 1996, per impedire il riconoscimento sia a livello federale che statale dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati nello Stato delle Hawaii, l'amministrazione Clinton sostiene in Congresso una proposta di legge, con l'intento di "definire e difendere il tradizionale istituto del matrimonio eterosessuale"[3]. Nei lavori preparatori si dichiara, infatti, che il provvedimento "esprime non solo la disapprovazione verso l'omosessualità, ma anche la convinzione morale che l'eterosessualità si conformi meglio ai tradizionali valori morali americani (in particolare giudaico-cristiani)"[4].

La legge, entrata in vigore nel settembre del 1996 con il titolo di *Defence of Marriage Act*[5] *(DOMA)*, alla *sect.* 2[6], consente, in particolare, agli Stati di non riconoscere i matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati in altri Stati e, alla *sect.* 3, dispone che a livello federale la parola "matrimonio" sia da riferirsi alla sola coppia di sesso diverso ed il termine "coniuge" al marito o alla moglie di sesso opposto[7]. Il DOMA non impedisce, dunque, agli Stati di approvare leggi che estendano il matrimonio alle coppie omosessuali o di introdurre, in alternativa, unioni civili registrate per le coppie dello stesso sesso, né tantomeno vieta di prevedere benefici statali nei loro confronti. La definizione ha effetti solo a livello federale tuttavia, essendo la *sect.* 3 del DOMA richiamata da un migliaio di leggi federali in cui i termini "matrimonio" e "coniuge" vengono richiamati ai fini del riconoscimento di diritti o benefici federali alle coppie sposate (ad esempio, sul piano fiscale, sanitario, o per l'istruzione per i figli), il suo effetto pratico è quello di escludere dal godimento di essi le coppie omosessuali che hanno contratto validamente un matrimonio nel proprio Stato.

Negli anni immediatamente successivi a *Baehr,* 31 Stati degli Stati Uniti si affrettano ad adottare – in prevalenza attraverso *referendum* popolare - degli emendamenti delle Costituzioni statali che, analogamente, riferiscono l'istituto del matrimonio alla sola coppia eterosessuale e negano il riconoscimento dei matrimoni *same-sex* celebrati negli altri Stati[8].

---

1 *Baehr* v. *Lewin*, 74 2 Haw. 530, 852 P. 2d 44 (1993).

2 W.N. Eskridge, *Equality Practise: Civil Unions and the Future of Gay Rights*, Oxford, Routledge, 2002, p. 3.

3 H. R. Rep. No. 104–664, pp. 12–13 (1996).

4 *Ivi*, p. 17.

5 *Defence of Marriage Act (DOMA). An act to definine and protect the institution of marriage*, 1 U.S.C. § 7 e 28 U.S.C. § 1738C.

6 *Sect.* 2, *Defence of Marriage Act:"No State, territory, or possession of the United States, or Indian tribe, shall be required to give effect to any public act, record, or judicial proceeding of any other State, territory, possession, or tribe respecting a relationship between persons of the same sex that is treated as a marriage under the laws of such other State, territory, possession, or tribe, or a right or claim arising from such relationship"* 28 U.S.C. § 1738C.

7 *"In determining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of theUnited States, the word 'marriage' means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word 'spouse' refers only to aperson of the opposite sex who is a husband or a wife"*. 1 U. S. C. §7.

8 Il primo Stato ad adottare tale emendamento costituzionale fu, nel 1997, il Minnesota; seguirono quindi, nel 1998, l'Alaska e lo stesso Stato delle Hawaii, in reazione alla già richiamata pronuncia della Corte suprema delle Hawaii nel caso *Baehr*. A partire dal 2000, 31 Stati degli Stati Uniti adottarono emendamenti costituzionali che vietavano il matrimonio tra persone dello stesso sesso (oltre all'Alaska, il Nevada nel 2000; Mississipi, Oregon, Oklahoma, Utah, Missouri nel 2004; Colorado e Tennessee nel 2006; Arizona e California nel 2008; North Carolina nel 2012) o le stesse unioni civili (Nebraska nel 2000; Georgia, Lousiana, North Dakota, Ohio, Michigan, Arkansas, Kentucky nel 2004; Texas e Kansas nel 2005; Alabama, South Dakota, Virginia, Idaho, Wisconsin, South Carolina nel 2006; Florida nel 2008). Gli Stati di Puerto Rico, Virgin Islands, West Virginia e Wyoming hanno, invece, vietato i matrimoni *same-sex* adottando una legge ordinaria. In molti Stati è vietato al tempo stesso il riconoscimento dei matrimoni *same-sex* celebrati in altri Stati (Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, Colorado, Florida, Georgia, Idaho, Indiana, Kansas, Kentucky, Lousiana, Michigan, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska Nevada North Carolina, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Oregon, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Virginia, Washington, West Virginia, Wisconsin, Wyoming).

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Nel giugno 2013 - a dieci anni di distanza dalla celebre sentenza nel caso *Lawrence v. Texas* in cui aveva dichiarato incostituzionale una legge del Texas che puniva gli atti sessuali tra persone dello stesso sesso in luogo privato - la Corte suprema degli Stati Uniti, nel caso *United States v. Windsor*[9], affronta per la prima volta una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto il matrimonio tra persone dello stesso sesso[10]. Il caso ha, in particolare, ad oggetto il solo art. 3 del DOMA, ossia la definizione a livello federale di matrimonio come riferito alla sola coppia eterosessuale.

Con una maggioranza di 5-4, la Corte suprema conclude per l'incostituzionalità della disposizione. La Corte ricorda che sebbene il Congresso abbia il potere di prevedere diritti e privilegi che incidano sul regime matrimoniale adottato dagli Stati al fine di favorire determinate politiche federali, la *sect.* 3 del DOMA – in quanto disposizione di carattere generale - rompe il tradizionale riparto di competenze legislative che assegna, invece, la *regulation of domestic relations* agli Stati. Al tempo stesso, la disposizione impone ad un gruppo di persone alle quali gli Stati hanno scelto di conferire "una dignità ed uno *status* di immenso significato", "restrizioni ed incapacità" con "il proposito e l'effetto di attribuire loro uno svantaggio, uno *status* separato e, quindi, uno stigma". La legge rivela, dunque, secondo l'opinione della maggioranza, l'intento di far sì che "qualora uno Stato decida di riconoscere i matrimoni tra persone dello stesso sesso, quelle unioni saranno trattate come matrimoni di serie B ai fini del diritto federale".

Il *rationale* della decisione non è del tutto chiaro, ma a nostro parere gli argomenti di federalismo non rappresentano l'unico fondamento della dichiarazione di illegittimità costituzionale, bensì solo uno degli argomenti su cui essa si basa[11]. Per la maggioranza della Corte suprema, infatti, non è tanto il perseguimento da parte del legislatore federale di una finalità che va al di là del normale esercizio di potere legislativo a determinare l'incostituzionalità della disposizione, quanto piuttosto il suo intento (*animus*) ed il suo effetto di determinare una *discrimination of unusual character* a svantaggio di un'intera classe di persone che, invece, alcuni Stati[12] intendevano tutelare. Al tempo stesso, osserva la Corte suprema, la disposizione "umilia decine di migliaia di bambini cresciuti da coppie omosessuali [poiché] rende loro anche più difficile comprendere l'integrità e l'intimità delle proprie famiglie e la loro armonia con le altre famiglie della loro comunità e nella loro vita quotidiana".

"Nessun fine legittimo – conclude dunque la pronuncia - giustifica il proposito e l'effetto di creare una disparità di trattamento e di danneggiare coloro che lo Stato, con le sue leggi sul matrimonio, ha inteso proteggere nella personalità e dignità". "La storia dell'adozione del DOMA e la sua stessa formulazione dimostrano quell'interferenza nell'eguale dignità dei matrimoni omosessuali conferita dagli Stati nell'esercizio del proprio potere sovarano, che è più di un effetto secondario della legge federale. È la sua essenza".

9 *United States v. Windsor*, 133 S. Ct. 2675 (2013).

10 Tra i molti commenti sulla pronuncia, si v. L. Conte, *Writing inequality (... non senza conseguenze). Nota a margine della pronuncia della Corte Suprema United States v. Windsor,* in *Forum di Quaderni costituzionali,* www.forumcostituzionale.it, 2013; T. Giovannetti, *La Corte Suprema sul same sex marriage. Il caso US v. Windsor*, in *Forum di Quaderni costituzionali,* www.formuncostituzionale.it, 2013; I. Massa Pinto, *Il potere di definire la sostanza veicolata dalla parola "matrimonio" tra politica e giurisdizione: note in margine alle recenti sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti,* in *Costituzionalismo,* www.costituzionalismo.it, 2013; A. Perelli, *Il matrimonio omosessuale dinanzi alla Corte Suprema degli Stati Uniti: brevi riflessioni in un'ottica comparata,* in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo Online,* www.dpce.it, 2013; A. Schillaci, *"This case is not routine". La Corte Suprema USA e il same sex marriage, tra tutela dei diritti e limiti della giurisdizione,* in *Rivista AIC,* www.associazionedeicostituizionalisti.it, 2013; A. Sperti, *La Corte Suprema degli Stati Uniti compie un passo verso il riconoscimento del diritto al matrimonio delle coppie omosessuali*, in *Forum di Quaderni costituzionali,* www.formuncostituzionale.it, 2013; M. Winkler, *La Corte Suprema americana, il Defence of Marriage Act e le ricette dell'uguaglianza,* in *Diritti comparati,* www.dirritticomparati.it, 2013; *La Corte Suprema degli Stati Uniti e la difesa del matrimonio eterosessuale; il caso United States v. Windsor,* in *Articolo29,* www.articolo29.it, 2013.

Nella dottrina statunitense, per tutti, v. A.M. Kreis, *Marriage Equality in State and Nation,* in 22 *William and Mary Bill of Rights Journal* 747 (2014); D.O. Konkle, *The Implications of Windsor and Perry: Evolving Values, Animus and Same-sex Marriage,* in 89 *Indiana Law Journal* 27 (2014); D. Nejaime, *Windsor's Right to Marry,* in 123 *Yale Law Journal Online* 219 (2013), *www.yalelawjournal.org;* P. Nicolas, *Gay Rights, Equal Protection, And The Classification-Framing Quandary*, in 21 *George Mason Law Review* 329 (2014); M. Strasser, *Windsor, Federalism and the Future of Marriage Litigation*, in *Harvard Journal of Law and Gender Online, www.harvardjld.com;* Id., *Developments in the Law. Sexual Orientation and Gender Identity,* in 127 *Harvard Law Review* 1680 (2014); K. Yoshino, *The Anti-Humiliation Principles and Same-sex Marriage,* in 123 *Yale Law Journal* 2574 (2014); D.A. Widiss, *Essays on the Implications of Windsor and Perry: Leveling up Afted DOMA,* in 89 *Indiana Law Journal* 43 (2014).

11 Si rinvia per maggiori approfondimenti sulla pronuncia a A. Sperti, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali e il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa, Pisa University Press, 2013, p. 54 ss. Nella dottrina statunitense cfr. in particolare C.G. Joslin, *Windsor, Federalism and Family Equality,* in *Columbia Law Revew* 2013); E. Restuccia, *Federalism and the authority of the states to define marriage*, in *SCOTUSblog,* www.scotusblog.com, 2013; Strasser, *Windsor, Federalism and the Future of Marriage Litigation,* cit.

12 Dodici Stati al momento della pronuncia riconoscevano i matrimoni *same-sex*.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

2. I molti nodi irrisolti del caso *Windsor*

Le conclusioni dell'*opinion of the Court* di *Windsor,* pur rappresentando un'indubbia vittoria per tutti coloro che si battono per il riconoscimento della piena parità dei diritti per le coppie dello stesso sesso, hanno posto alcuni dubbi interpretativi, suscitando negli ultimi mesi un vivo confronto giurisprudenziale e dottrinale.

La prima perplessità sollevata dalla pronuncia attiene alla definizione dello *standard of review* con cui occorre valutare la legittimità costituzionale di una disparità di trattamento fondata sull'orientamento sessuale. La Corte suprema non affronta, infatti, esplicitamente questo profilo in *Windsor* e, in particolare, evita – come già nelle proprie precedenti pronunce in tema di diritti degli omosessuali[13] – di definire quella fondata sull'orientamento sessuale come una *suspect classification,* al pari della razza o delle origini nazionali[14]. La definizione di un fattore di discriminazione come una "classificazione sospetta" imporrebbe, infatti, alle Corti (federali e statali di ogni ordine e grado) di valutarne in futuro la legittimità costituzionale alla luce del più rigoroso scrutinio di legittimità costituzionale (cd. *strict scrutiny*), ossia di accertare se essa sia stata formulata nel modo più restrittivo possibile al fine di perseguire uno stringente interesse statale (*narrowly tailored to support a compelling state interest*).

Al tempo stesso, la Corte suprema in *Windsor* evita di riconoscere il diritto di contrarre matrimonio (*right to marry*) come un diritto "fondamentale" della coppia omosessuale. Per giurisprudenza consolidata della Corte suprema, una limitazione nel godimento di un diritto fondamentale, dovrebbe, analogamente, essere sottoposta al più rigoroso controllo di legittimità costituzionale[15]. Sebbene in passato la Corte suprema abbia affermato che il diritto di contrarre matrimonio rappresenti "un diritto di importanza fondamentale per tutti i cittadini"[16] e che "il matrimonio [sia] uno basilari diritti civili, fondamentale per nostra stessa esistenza e sopravvivenza"[17], questi principi sono stati formulati con riferimento ai soli matrimoni eterosessuali. La Corte suprema in *Windsor* omette, quindi, di chiarire se il riconoscimento del diritto fondamentale di contrarre matrimonio possa prescindere dall'orientamento sessuale, limitandosi solo ad osservare come "la scelta degli Stati di attribuire [alle coppie omosessuali] il diritto di contrarre matrimonio conferisce loro una dignità ed uno *status* di immensa importanza"[18].

Alla base del silenzio della Corte suprema sulla qualificazione dell'orientamento sessuale come *suspect classification* e sul riconoscimento del diritto al matrimonio per le coppie omosessuali c'è, quindi, probabilmente la volontà di non ampliare la portata della pronuncia, evitando "conseguenze a cascata" sul piano della legittimità costituzionale delle leggi e degli emendamenti costituzionali statali che vietano i matrimoni *same-sex*. Nessuno *state ban* che esclude gli omosessuali dal diritto al matrimonio potrebbe, infatti, superare indenne il più rigoroso *test* di legittimità costituzionale.

La scelta di omettere i riferimenti alla violazione del principio di eguaglianza formale e di risolvere le questioni di legittimità costituzionale che hanno ad oggetto forme di discriminazione verso gli omosessuali sulla base di parametri di legittimità costituzionale diversi dal principio di eguaglianza è,

13 Sulla scelta della Corte suprema di risolvere il caso *Lawrence v. Texas* - relativo alla legittimità costituzionale della legge del Texas che puniva gli atti sessuali tra adulti consenzienti dello stesso sesso, anche in luogo privato – come un *liberty case,* invece che come un caso di discriminazione verso gli omosessuali, si v. L. Tribe, *Lawrence v. Texas: The "Fundamental Right" that Dare Not Speak Its Name,* in 117 *Harvard Law Review* 1893 (2004) *("The decision's unmistakable heart is an understanding that liberty is centered in equal respect and dignity for both conventional and unconventional human relationships");* K. Yoshino, *The New Equal Protection,* in 124 *Harvard Law Review* 474 (2011), in part. § III. A, che sottolinea come la maggioranza della Corte suprema in *Lawrence* abbia evitato di farne un "*group-based equality case about gays"* preferendo, invece, impostarlo come uno *"universal liberty case", "with undertones of equality".*

14 In particolare, occorre ricordare che nessuna disposizione della Costituzione degli Stati Uniti impone a livello federale la garanzia dell'*equal protection of the laws* (al pari, quindi, di quanto il XIV emendamento imponga agli Stati). Tuttavia, nel caso in cui a livello federale si introduca una disparità di trattamento fondata su una cd. *suspect classification*, la Corte suprema ne ha sempre valutato la legittimità costituzionale alla luce della *due process clause* del V emendamento in quanto disposizione direttamente applicabile al governo federale (così ad esempio, in *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954)). Il caso *Windsor* richiama il V emendamento, ponendosi, dunque, nel solco di questa giurisprudenza, ma prescinde dall'accertamento dell'esistenza di una *suspect classification* nel caso di specie.

15 Cfr. *Clark v. Jeter*, 486 U.S. 456, 461 (1988).

16 Cfr. *Zablocki v. Redhail,* 434 U.S. 374, 384 (1978).

17 Cfr. *Loving v. Virginia,* 388 U.S. 1, 12 (1967) (in cui peraltro si precisa che *"the freedom to marry has long been recognized as one of the vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free men").*

18 *Windsor,* 133 S. Ct. 2675, 2691.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

tuttavia, un dato che accomuna pressoché tutte le Corti costituzionali[19]: con poche eccezioni, infatti, le Corti costituzionali o supreme qualificano l'orientamento sessuale come un fattore di discriminazione illegittimo, preferendo risolvere le questioni di legittimità costituzionali attraverso altri parametri di legittimità costituzionale[20].

Il caso *Windsor* lascia, dunque, aperta tali questioni – come sottolinea uno dei giudici dissenzienti[21] – tuttavia, pur non sottoponendo il DOMA ad un rigoroso scrutinio di legittimità costituzionale, la maggioranza della Corte suprema sembra dire che la disparità di trattamento verso gli omosessuali non può essere ritenuta costituzionale in quanto semplicemente "ragionevole" (*rationality test*)[22]. L'*opinion of the Court* sottolinea, infatti, che il DOMA realizza "una discriminazione di tipo inusuale" la quale "richiede in particolare un'attenta valutazione" al fine di determinare se l'intento del legislatore sia stato dettato da un particolare pregiudizio (*animus*) verso gli omosessuali, e che "l'inusuale deviazione dalla consueta tradizione di riconoscimento ed accettazione delle definizioni statali di «matrimonio» è un chiaro indice del fatto che legge abbia l'intento e l'effetto di discriminare una particolare classe di persone"[23].

Da questo punto di vista, il caso *Windsor,* pur con le sue incertezze, sembra segnare comunque un passo in avanti rispetto alla prima pronuncia della Corte suprema in tema di diritti degli omosessuali (*Romer v. Evans*[24]del 1996): in quella sentenza, infatti, pur ritenendo incostituzionale l'emendamento della costituzione del Colorado che vietava a tutte le amministrazioni statali di adottare provvedimenti normativi diretti a proteggere *gay* e lesbiche da atti di discriminazione, la Corte suprema si era limitata ad affermare che le discriminazioni in base all'orientamento sessuale richiedono "un'attenta considerazione"[25].

Un secondo profilo non preso in considerazione dalla maggioranza in *Windsor* attiene agli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale del DOMA sui numerosi emendamenti costituzionali e sulle leggi ordinarie adottate dagli Stati per vietare il matrimonio tra persone dello stesso sesso ed impedire il riconoscimento dei matrimoni celebrati in altri Stati che riconoscono questo diritto degli omosessuali. La questione di costituzionalità nel caso *Windsor* ha, infatti, ad oggetto il *solo* art. 3 del DOMA, relativo alla definizione a livello federale di "matrimonio" e di "coniuge": l'*opinion of the Court* è chiara nel sottolineare che l'art. 2 del DOMA – che consente agli Stati di non riconoscere i matrimoni *same-sex* conclusi in altri Stati - non venga in considerazione nel caso in esame. Tuttavia, gli stessi giudici dissenzienti pongono in evidenza come alcune delle considerazioni espresse dalla maggioranza potranno essere in futuro facilmente estese alle disposizioni (costituzionali o di legge) statali che "bandiscono" i matrimoni tra persone dello stesso sesso.

La soluzione sta - come si comprende dalle stesse opinioni dissenzienti - anche nel determinare se il caso *Windsor* possa essere o meno considerato come un *federalism case*, ossia come una pronuncia che, censurando una legge federale che invade una sfera di competenza tradizionalmente assegnata agli

19 Cfr. oltre alla sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale che non approfondisce la violazione dell'art. 3 Cost., anche la sent. n. 198 del 2012 del *Tribunal constitucional* spagnolo, in part. § 11, in cui non si affronta, quindi, il profilo della violazione del divieto di discriminazione in relazione all'orientamento sessuale, né si ricorda la giurisprudenza dello stesso Tribunale che aveva in precedenza ricondotto l'orientamento sessuale alle cause di discriminazione vietate dall'art. 14 della Costituzione spagnola. Analoghe considerazioni possono essere svolte anche con riferimento alla giurisprudenza canadese (sebbene essa abbia qualificato l'orientamento sessuale come fattore vietato di discriminazione sin dai primi anni Novanta) ed a quella sudafricana, in cui può ravvisarsi la volontà delle Corti di risolvere la questione più in termini di dignità che di eguaglianza. Su questi profili si rinvia alle nostre considerazioni in *Omosessualità e diritti*, cit.

20 Si v., ad esempio, nella giurisprudenza canadese, *Egan v. Canada,* [1995] 2 S.C.R. 513 e *Vriend v. Alberta,* [1998] 1 S.C.R. 493 e nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, sent. 21 marzo 2000, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo,* in part. § 28.

21 Cfr. *Windsor, dissenting opinion* del giudice Scalia, p. 2706.

22 Il *mere rationality test* o *rational basis review* viene applicato dalla Corte suprema nei casi in cui la legge non sia diretta verso una "*suspect class"* e non limiti il godimento di un diritto fondamentale (cfr. *Heller v. Doe,* 509 U.S. 312, 319 (1993)). In questi casi il ricorrente dovrà dimostrare che la disparità di trattamento non presenta alcuna logica correlazione con il perseguimento di un "interesse statale legittimo". Al legislatore sarà quindi sufficiente provare una ragionevole correlazione tra fini e mezzi, ossia tra il perseguimento di un qualsiasi interesse statale legittimo e la disparità di trattamento. Sull'applicazione del *rational basis review* riguardo alle leggi che incidono sui diritti degli omosessuali, K. Yoshino, *Why the Court can strike down marriage restrictions under rational-basis review,* in *Supreme Court of the United States Blog, www.scotusblog.com.*

23 *Windsor,* cit., p. 2680.

24 *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

25 "*Discriminations of an unusual character especially suggest careful consideration to determine whether they are obnoxious to the constitutional provision*" (*Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996), in part. p. 633).

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Stati, intenda ribadire l'autorità degli Stati di darsi una propria definizione di matrimonio, recependo istanze sociali, culturali e politiche del proprio territorio. Se, infatti, come si augura il giudice Alito, la sentenza fosse letta come un'affermazione del principio per cui "la questione del matrimonio omosessuale dovrebbe essere risolta in primo luogo a livello statale", la Corte in futuro "dovrebbe consentire che ciascuno Stato decida autonomamente questa questione"[26].

In realtà, come si è già evidenziato[27], *Windsor* è solo apparentemente un caso di federalismo in quanto le conclusioni della Corte si fondano soprattutto su argomentazioni che attengono agli intenti discriminatori del legislatore. Il giudice Scalia nella sua severa opinione dissenziente osserva come, "qualificando formalmente chiunque si opponga al matrimonio tra persone dello stesso sesso come un nemico della decenza umana, la maggioranza fornisca argomenti a chiunque voglia attaccare una legge statale che limiti il matrimonio alla sua definizione originaria"[28].

Al pari del DOMA, infatti, gli *state bans* si propongono di negare tutela alle coppie dello stesso sesso e – come si ricorda in un passaggio finale dell'*opinion of the Court* - così come il V emendamento della Costituzione statunitense impone al governo federale di "non degradare e svilire" una categoria di persone, così il XIV emendamento prevede per gli Stati il rispetto del principio di eguaglianza (*equal protection guarantee*)[29]. Un altro passaggio della decisione precisa poi che il potere degli Stati di definire e regolare il matrimonio "è soggetto al rispetto delle garanzie costituzionali"[30].

Più complessa, invece, la questione relativa alla legittimità costituzionale, sulla base dei principi espressi in *Windsor,* delle disposizioni statali che negano il riconoscimento dei matrimoni conclusi in altri Stati. Una disposizione della Costituzione degli Stati Uniti (art. IV, sect. 1) afferma che ciascuno Stato è tenuto a dare pieno riconoscimento (*full faith and credit*) agli atti ed alla pronunce giudiziali emesse in altri Stati, ma che il Congresso può adottare *general rules* per disciplinare la prova di tali atti ed i loro effetti[31]. Tuttavia, le conclusioni raggiunte dalla Corte suprema in *Windsor* sembrano porre in dubbio la legittimità costituzionale dei divieti di riconoscimento posti dalle leggi statali, in quanto – al pari dell'art. 3 del DOMA, oggetto di *Windsor* - disposizioni prive di carattere generale perché dirette verso una particolare categoria di cittadini e motivate da pregiudizio ed ostilità (*animus*) nei loro confronti[32].

La questione si collega anche a quella relativa al potere degli Stati di disciplinare le *domestic relations:* come si ricorda nella stessa *opinion of the Court,* "l'affermazione delle responsabilità degli Stati nella definizione e nella disciplina dei matrimoni risale agli albori della Nazione poiché, quando fu adottata la Costituzione federale, era comune la percezione che i rapporti coniugali tra marito e moglie fossero materia riservata alla competenza degli Stati"[33].

Nel celeberrimo *Loving v. Virginia* – in cui nel 1967 la Corte suprema pose fine alle limitazioni al riconoscimento dei matrimoni interrazziali[34]- venne in considerazione una questione simile a quella attuale: i coniugi Loving avevano, infatti, contratto matrimonio nello Stato di Washington, mentre la Virginia si rifiutava di riconoscere la loro unione in quanto interrazziale. Nella soluzione del caso, la Corte suprema non pose in discussione l'autorità degli Stati di regolare il matrimonio e di negare il riconoscimento dei matrimoni celebrati in altri Stati se contrastanti con un'importante *public policy*[35],

26 *Windsor, dissenting opinion* del giudice Alito, p. 2719.

27 Cfr. Sperti, *Omosessualità e diritti,* cit., p. 55.

28 *Windsor, dissenting opinion* del giudice Scalia, p. 2709.

29 *Windsor,* cit., p. 2675 ("*The liberty protected by the Fifth Amendment's Due Process Clause contains within it the prohibition against denying to any person the equal protection of the laws. [...] While the Fifth Amendment itself withdraws from Government the power to degrade or demean in the way this law does, the equal protection guarantee of the Fourteenth Amendment makes that Fifth Amendment right all the more specific and all the better understood and preserved*"). È possibile supporre che, essendo il XIV emendamento un parametro non rilevante ai fini della soluzione del caso in esame, in questo passaggio dell'*opinion of the Court* la maggioranza della Corte abbia pensato all'eventualità di una futura pronuncia avente ad oggetto uno *state ban.*

30 *Windsor,* cit., p. 2691.

31 Art. 4, sect. 1, Costituzione degli Stati Uniti: *"Full Faith and Credit shall be given in each State to the public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State. And the Congress may by general rules prescribe the Manner in which such Acts, Records, and Proceedings shall be proved, and the Effect thereof".*

32 *Cfr. In questo senso, M. Strasser, Windsor, Federalism and the Future of Marriage Litigation,* cit.; Id., *What's Next After Windsor,* in 6 *Elon Law Review* 387 (2014).

33 Così l'*opinion of the Court*, p. 2690 richiamando *Ohio ex rel. Popovici v. Agler,* 280 U.S. 379 (1930).

34 *Loving v. Virginia,* 388 U.S. 1 (1967).

35 In tal modo gli Stati si riservano il potere di non riconoscere, ad esempio, matrimoni di comodo, conclusi al solo scopo di eludere le disposizioni in tema di immigrazione, o matrimoni conclusi in Stati che dovessero consentire il matrimoni tra persone

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

bensì il carattere meramente discriminatorio del divieto e, quindi, la sua contrarietà con il principio di eguaglianza e la *due process clause* del XIV emendamento.

Occorre osservare che per la soluzione di questi dubbi interpretativi non possono trarsi indicazioni dalla sentenza *Hollingsworth v. Perry*[36], resa dalla Corte suprema nello stesso giorno della decisione di *Windsor* e relativa alla legittimità dell'emendamento con cui, nel 2008, attraverso un *referendum* (*Proposition 8)*[37] i cittadini della California scelsero di emendare la Costituzione statale, stabilendo che "solo il matrimonio tra un uomo e una donna è valido o riconosciuto in California"[38].

La pronuncia della Corte suprema sull'emendamento non si diffonde, infatti, sul merito della legittimità costituzionale dell'emendamento costituzionale in base alla *equal protection clause*. Con una maggioranza di 5-4 diversa da quella del caso *Windsor,* la Corte suprema conclude, infatti, che i promotori non avevano *standing to sue* (legittimazione ad agire)[39]: essendosi oramai concluse le operazioni referendarie e non avendo il governo statale ritenuto di difendere in giudizio la *Proposition 8*, la maggioranza ritiene che i promotori non avevano alcun *personal stake* nel difendere l'applicazione della *Proposition 8*.

Questa conclusione, pur nel senso dell'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, ha comunque rappresentato una vittoria per le coppie omosessuali in quanto, annullando la precedente pronuncia della Corte d'appello, di fatto ha reso efficace la sentenza di primo grado della *District Court* che dichiarava incostituzionale la *Proposition 8*.

Anche *Hollingsworth v. Perry* lascia, quindi, irrisolti, al pari del caso *Windsor,* i dubbi interpretativi circa il potere degli Stati di regolare il matrimonio riservandolo solo alle coppie eterosessuali e, di conseguenza, la stessa questione della legittimazione delle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, nonché la determinazione dello *standard of review* che esse devono superare per essere ritenute costituzionali.

3. Il seguito giurisprudenziale a livello federale e statale. Un quadro generale

All'indomani della decisione della Corte suprema in *Windsor,* i giudici federali e statali hanno dimostrato di volerne estendere i principi anche agli *state bans* e ai divieti statali di riconoscimento dei matrimoni contratti in altri Stati. Se poi si prendono in esame anche le sentenze che hanno riguardato altri profili di discriminazione diversi dal *same-sex marriage*, si può osservare come non vi sia Stato degli Stati Uniti in cui i movimenti che si battono per i diritti degli omosessuali non abbiano conseguito nell'ultimo anno vittorie a livello giurisprudenziale[40].

Il succedersi delle pronunce giudiziali è incalzante: al momento in cui si scrive sono 21 gli Stati in cui, a partire dal luglio 2013, sono stati adottati sentenze o provvedimenti cautelari (cd. *preliminary injunctions*) che hanno posto in discussione la legittimità costituzionale delle leggi statali sul divieto dei

di età inferiore.

36 *Hollingsworth v. Perry* (n. 12-144), 2013 U.S. LEXIS 4919.

37 Il *referendum* fu indetto in reazione alla sentenza con cui, nel 2008, la Corte suprema della California aveva dichiarato che la limitazione dell'accesso al matrimonio alle sole coppie eterosessuali violava la *equal protection clause* della Costituzione della California (*In re marriage cases,* 43 Cal. 4th 757 (2008)).

38 La Corte suprema della California confermò in seguito la validità del *referendum* nella sentenza *Strauss v. Horton,* 46 Cal. 4th 364 (2008)) con la conseguenza che in California le coppie dello stesso sesso potevano unirsi in una *domestic partnership* dagli effetti analoghi a quelli del matrimonio, ma l'official *designation* di matrimonio era riservata al matrimonio eterosessuale. In seguito, nel 2010, due coppie dello stesso sesso sollevarono la questione di legittimità costituzionale della *Proposition 8*. La *District Court,* in *Perry v Schwarzenegger* (704 F. Supp. 2d 921 (2010)), dichiarò incostituzionale l'emendamento della Costituzione federale con un'*injunction* alle autorità statali ed al Governatore (i quali peraltro avevano rinunciato alla difesa in giudizio della *Proposition 8)* di non dare ad essa applicazione.

Contro questa sentenza i promotori dell'iniziativa referendaria (*petioners*) proposero appello alla Corte d'appello del IX circuito la quale, a sua volta, rivolse un quesito alla Corte suprema della California perché chiarisse se i promotori avessero interesse ad agire nel caso di specie. La Corte suprema della California riconobbe lo *standing to sue* dei promotori e, di conseguenza, la Corte d'appello si pronunciò nel merito, confermando la dichiarazione di illegittimità costituzionale della *Proposition 8* formulata in primo grado.

39 Sugli strumenti di selezione dei casi da parte della Corte suprema degli Stati Uniti, si v. per tutti V. Barsotti, *L' arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte suprema degli Stati Uniti,* Torino, Giappichelli, 1999.

40 Il sito www.freedomtomarry.org registra in particolare un totale di 79 casi in 32 Stati.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

matrimoni *same-sex* o del loro riconoscimento[41]. In applicazione dei principi espressi dalla Corte suprema in *Windsor*, ad oggi sono state nel complesso rese 38 pronunce favorevoli alle coppie dello stesso sesso che hanno unanimemente concluso per l'illegittimità costituzionale delle leggi statali, sebbene – come si chiarirà nelle pagine successive – in base a motivazioni non sempre coincidenti. Un solo precedente isolato ha, invece, confermato la legittimità costituzionale di un *same-sex marriage ban*[42].

Occorre osservare, tuttavia, che molte di queste pronunce non sono ancora definitive. In 15 Stati, infatti, gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità sono stati sospesi (in base ad uno *stay*) in attesa della pronuncia definitiva di un giudice di grado superiore[43].

Al momento in cui si scrive sono state rese le prime 3 sentenze di Corti federali di appello le quali hanno confermato l'illegittimità costituzionale dei divieti al matrimonio tra persone dello stesso sesso negli Stati dello Utah, dell'Oklahoma e della Virginia[44]. In tutti questi Stati gli *state officials* hanno proposto (o hanno annunciato la propria intenzione di proporre) ricorso alla Corte suprema[45]: l'accoglimento, nel prossimo *term,* di tali richieste di riesame (*petitions of certiorari*), potrebbe, quindi, consentire di sciogliere in via definitiva i nodi irrisolti del caso *Windsor.*

Poiché, com'è noto, le Corti di Appello federali esercitano la propria giurisdizione su un territorio assai vasto che comprende più Stati (*Circuit*), le loro pronunce troveranno non solo seguito nelle decisioni delle corti federali di grado inferiore, ma eserciteranno al tempo stesso un'efficacia persuasiva per le altre Corti di Appello chiamate a pronunciarsi nei prossimi mesi.

È, infine, utile ricordare che attualmente i matrimoni tra persone dello stesso sesso sono consentiti in 20 Stati degli Stati Uniti, compresa la California (in cui i matrimoni tra persone dello stesso sesso sono divenuti legittimi in base agli esiti della pronuncia della Corte suprema nel caso *Hollingsworth v. Perry* del 2013[46]) ed il District of Columbia. Recentissimi provvedimenti normativi hanno, infatti, introdotto il matrimonio tra persone dello stesso sesso negli Stati delle Hawaii[47] e dell'Illinois[48]; quanto ai restanti Stati, in essi il matrimonio *same-sex* è divenuto legale o attraverso riforme legislative adottate negli ultimi anni, o grazie a una revisione della disciplina sulle unioni civili con contestuale conversione, con effetti retroattivi, di queste ultime in matrimoni o, infine, a seguito di pronunce giudiziali (alcune delle

41 Gli Stati in cui, secondo l'ordine cronologico delle pronunce, sono stati proposti ricorsi contro i divieti di riconoscimento dei matrimoni *same-sex* sono: Michigan, California (in cui vi sono stati tentativi di bloccare gli effetti dell'altra pronuncia della Corte suprema nel sopra citato caso *Hollingsworth v, Perry,* reso dalla Corte suprema nello stesso giorno di *Windsor*), Ohio, New Jersey, Hawaii, New Mexico, Utah, Oklahoma, Virginia, Nevada, Kentucky, Oregon, Texas, Tennessee, Arkansas, Idaho, Pennsylvania, Wisconsin, Colorado, Florida, North Dakota. Non vi sono, invece, ricorsi o non sono state ancora rese pronunce o a provvedimenti cautelari di sospensione dei *bans* in: Alabama, Alaska, Arizona, Georgia, Lousiana, Mississippi, Montana, Nebraska, South Dakota.

42 La sentenza del 7 agosto 2014 (*unreported* nel momento in cui si scrive) è stata resa da un giudice statale del Tennessee che ha concluso per la legittimità costituzionale del *same-sex marriage* ban osservando che *"neither the Federal Government nor another state should be allowed to dictate to Tennessee what has traditionally been a state's responsibility"* (si v. per un commento a questo isolato precedente, L. Denniston, *String of same-sex marriage rulings broken,* in *Supreme Court of the United States Blog* (11 agosto 2014), www.scotusblog.com.

43 Michigan, Ohio, Utah, Oklahoma, Virginia, Nevada, Kentucky, Texas, Arkansas, Idaho, Wisconsin, Colorado, Tennessee, Indiana, Florida. Poiché ciascuna Corte d'appello ha giurisdizione su un *Circuit* che comprende più Stati, 5 stati (Wyoming, West Virginia , North Carolina, South Carolina, Kansas) invece saranno soggetti ai precedenti che le Corti di Appello renderanno in casi sollevati da altri Stati del proprio *Circuit.*

44 Si v. la sentenza della Corte d'appello del IV *Circuit* in *Bostic v. Schaefer*, 2014 U.S. App. LEXIS 14298, 28 luglio 2014, relativa all'emendamento costituzionale della Virginia che definiva il matrimonio come unione tra un uomo e una donna e vietava il riconoscimento dei matrimoni *same-sex* contratti in altri Stati; le sentenze della Corte d'appello del X *Circuit* in *Kitchen v. Herbert,* 2014 U.S. App. LEXIS 11935 del 25 giugno 2014, che ha dichiarato incostituzionale il *same-sex marriage ban* dello Stato dello Utah e in *Smith v. Bishop,* 2014 U.S. App. LEXIS 14298, 18 luglio 2014 che ha concluso per l'incostituzionalità del *ban* dello Stato dell'Oklahoma.

45 Al momento in cui si scrive una *petition of certiorari* è stata presentata dal governo dello Stato dello Utah nel sopra citato caso *Herbert v. Kitchen* (*docket n.* 14-124) e dal governo dell'Oklahoma nel caso *Smith v. Bishop* (*docket n.* 14-136), mentre il governo della Virginia ha annunciato l'intenzione di fare ricorso alla Corte suprema contro la pronuncia della Corte d'appello del IV *Circuit* nel caso *Bostic v. Schaefer.*

46 *Hollingsworth v. Perry,* cit. Il 7 luglio 2014 il Governatore della California ha firmato una legge che emenda la Costituzione della California eliminando la definizione di matrimonio come unione tra un uomo e una donna, introdotta con *referendum* nel 2009.

47 *Hawaii Marriage Equality Act* 2013.

48 *Equal Marriage Act* 2014.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

quali successive al caso *Windsor)* contro le quali le stesse autorità statali hanno rinunciato all'impugnazione[49].

4. I principi affermati nella recente giurisprudenza statale e federale

4.1 Il diritto *fondamentale* di tutti gli individui di sposarsi

A differenza della Corte suprema federale che esercita un prudente *self restraint* per contenere gli effetti delle proprie pronunce e preservare la propria legittimazione di fronte all'opinione pubblica e nei rapporti con gli organi elettivi[50], le corti statali e federali di grado inferiore si sentono meno vincolate da questo genere di considerazioni e rivelano spesso un maggiore attivismo. Le pronunce statali e federali che ci proponiamo di ripercorrere nelle pagine successive mostrano, infatti, una più forte propensione ad accogliere le istanze delle coppie omosessuali, affermando in termini molto espliciti il loro diritto ad un piena parità nel godimento dei diritti fondamentali. Come si chiarirà anche in seguito, è interessante osservare che sono proprio le influenti Corti federali di appello a riconoscere in termini più espliciti il carattere *fondamentale* del diritto al matrimonio, desumendone l'incostituzionalità dei *same-sex marriage bans*.

Le affermazioni di maggiore interesse riguardano, in primo luogo, il riconoscimento del diritto delle coppie omosessuali di contrarre matrimonio (*right to marry*). Le Corti di Appello respingono l'obiezione secondo cui il diritto al matrimonio è stato tradizionalmente associato – nella stessa giurisprudenza della Corte suprema - alla coppia eterosessuale e delineano un *generale* diritto al matrimonio che prescinde dalle caratteristiche personali dei nubendi.

La Corte di appello del X *Circuit*, nel concludere per l'incostituzionalità del divieto costituzionale del matrimonio *same-sex* nello stato dello Utah, osserva ad esempio come, in passato i precedenti della Corte suprema in tema di diritto al matrimonio non abbiano delineato delle specificazioni del diritto al matrimonio legate ai casi in esame (*"a sub-right to marry tied to the facts of the case"*)[51]. "L'importanza del matrimonio è basata in larga misura su aspetti strettamente attinenti alle scelte personali compresa l'espressione di un sostegno affettivo e di un impegno pubblico (*emotional support and public commitment*)"[52].

Anche la Corte d'appello del IV *Circuit* interpreta il diritto al matrimonio come un diritto di natura *generale*, respingendo la tesi secondo cui l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale – avente ad oggetto nel caso di specie il *same-sex marriage ban* in vigore in Virginia – renda necessario il riconoscimento di un nuovo e specifico diritto di sposarsi della coppia omosessuale. La Corte d'appello, a questo riguardo, ricorda la ben nota sentenza della Corte suprema che concluse per l'incostituzionalità del divieto dei matrimoni interrazziali proprio in relazione ad una legge dello Stato della Virginia[53]: così come, nel 1967, la Corte suprema non configurò un "diritto al matrimonio interrazziale", ma delineò il "diritto al matrimonio" come "uno dei diritti della persona essenziali per il perseguimento della felicità

49 Le unioni civili sono state convertite in matrimoni in Vermont (2009), Connecticut (2008, a seguito della sentenza *Kerrigan v. Commissioner of Public Health,* 289 Conn. 135, 957 A.2d 407 (2008) della Corte suprema statale), New Hampshire (2010) e Delaware (2013), Washington (2014). Gli altri Stati che consentono il matrimonio tra persone dello stesso sesso in base a recenti provvedimenti legislativi sono: District of Columbia, Iowa (2007), Maine (2012), Maryland (2013), Massachusetts (2004, dopo la nota pronuncia della Corte suprema statale in *Goodridge v. Department of Public Health,* 798 N.E.2d 941 (2003)), Minnesota (2013), New Jersey (2013, a seguito del caso *Garden State Equality v. Dow,* 216 N.J. 314 (2013), contro cui il Governatore ha rinunciato al ricorso), New Mexico (2013, dopo una recente pronuncia della Corte suprema statale nel caso *Griego v. Oliver,* 2013 N.M. LEXIS 414 (N.M. 2013)), New York (2011), Oregon (dopo la sentenza *Geiger v. Kitzhaber,* 2014 U.S. Dist. LEXIS 68171 del maggio 2014), Pennsylvania (dopo la recente pronuncia del maggio 2014 di una corte federale nel caso *Whitewood v. Wolf,* 2014 U.S. Dist. LEXIS 68771), Rhode Island (2011).

50 Sul timore da parte della Corte suprema del *political backlash* nella decisione di *Windsor,* M.J. Klarman. *Windsor and Brown: marriage equality and racial equality,* in 127 *Harvard Law Review* 127 (2013), in part. p 147 ss.

51 *Kitchen v. Herbert,* cit., 41 ("*In individual cases regarding parties to potential marriages with a wide variety of characteristics, the Supreme Court consistently describes a general «fundamental right to marry» rather than «the right to interracial marriage», «the right to inmate marriage», or «the right of people owing child support to marry»").*

52 *Kitchen v. Herbert,* cit., 44.

53 *Loving v. Virginia,* cit.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

da parte di tutti i soggetti liberi"[54], così oggi non è da ritenersi pertinente l'eccezione avanzata dallo stato della Virginia secondo cui il riconoscimento del diritto al matrimonio per le coppie omosessuali implicherebbe la configurazione di un "nuovo diritto degli omosessuali di sposarsi". "Non abbiamo ragione – conclude quindi la Corte d'appello – di ritenere che la Corte suprema non accorderebbe alla scelta di sposare una persona dello stesso sesso minor rispetto della scelta di sposare un individuo di sesso opposto ma di razza diversa" [55].

L'affermazione della preminenza del carattere personalistico e volontaristico nel matrimonio e, quindi, dell'irrilevanza delle caratteristiche personali dei coniugi, fa sì che il *right to marry* sia ritenuto espressione della dignità della persona, intesa – nella concezione tipicamente americana della dignità personale – essenzialmente come diritto di autodeterminazione dell'individuo in relazione alle scelte fondamentali della propria vita[56]. Il matrimonio è, infatti,*"a matter of freedom of choice … that resides with the individual"* [57].

Questi principi sono condivisi anche da alcune corti federali di grado inferiore[58]. Particolarmente significativa è, ad esempio, un'affermazione contenuta nella sentenza della *District Court* del Texas che sottolinea come il diritto di sposarsi "sia centrale per la dignità della persona e l'autonomia personale" e che "le persone unite in una relazione omosessuale hanno diritto di ricercare l'autonomia per questo fine, al pari degli eterosessuali". Per questo, conclude la Corte distrettuale, il legislatore del Texas "non può definire il matrimonio in modo da negare ai propri cittadini la «libertà di scelta personale» su chi sposare, né può negare lo stesso *status* e la stessa dignità alla decisione di ciascun cittadino"[59].

La logica conclusione di queste affermazioni è che il diritto al matrimonio ha natura di diritto *fondamentale* da ascriversi alla tutela in senso sostanziale della persona e della sua libertà sancita dal XIV emendamento della Costituzione (cd. *due process clause*)[60]. Ne consegue, a parere delle Corti, che i *same-sex marriage bans* in vigore negli Stati dello Utah, dell'Oklahoma e della Virginia sono incostituzionali in quanto, incidendo su un diritto fondamentale, non appaiono giustificati dal perseguimento di alcun essenziale interesse statale (*compelling state interest*)[61]. La Corte d'appello, in relazione alla legge dello Utah, osserva, infatti, che "il fatto che lo Stato abbia un buon motivo per escludere alcuni individui dal matrimonio in ragione di alcune caratteristiche specifiche deve essere preso in considerazione ai fini del controllo della legittimità costituzionale … Ma la disparità di trattamento oggetto del giudizio non può di per sé limitare l'ampiezza del diritto fondamentale in questione. È compito del potere giudiziario

54 *Loving v. Virginia,* cit., 12.

55 *Bostic v. Schaefer,* cit., 46.

56 Sulla concezione statunitense della dignità, rispetto a quello maggiormente diffusa in Europa sulla base dell'influenza esercitata dalla Costituzione federale tedesca e dalla giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco, sia consentito rinviare al nostro, *Una riflessione sulle ragioni del recente successo della dignità nell'argomentazione giudiziale,* in *Costituzionalismo,* www.costituzionalismo.it, 2013.

57 *Bostic v. Schaefer,* cit., 44.

58 Cfr., ad esempio, la sentenza della *District Court* dell'Idaho in *Latta v. Otter,* 2014 U.S. Dist Lexis 66417, 13 maggio 2014; della *District Court* dell'Ohio in *Henry v. Himes,* 2014 U.S. Dist. LEXIS 51212 (S.D. Ohio, 14 aprile 2014); della *District Court* della Pennsylvania in *Whitewood v. Wolf,* cit. *Contra,* invece, la *District Court* del Kentucky in *Bourke v. Beshear,* 2014 U.S. Dist. LEXIS 17457 (W.D. Ky. 12 febbraio 2014), in part. p. 5 che ritiene opportuno non approfondire l'alternativa tra la configurazione di un diritto generale al matrimonio e di un diritto al matrimonio *same-sex*, osservando che la soluzione di questa questione lascerebbe comunque impregiudicato l'esito del giudizio, nel senso della incostituzionalità della legge statale.

59 *De Leon v. Perry,* 975 F. Supp. 2d 632 (2014), in particolare al § 22.

60 La *due process clause* del XIV emendamento vieta infatti, agli Stati di privare *"any person of life, liberty, or property, without due process of law"*. A questa disposizione in passato la Corte suprema ha ricondotto il riconoscimento di *nuovi* diritti quali il diritto all'aborto (*Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 846) o in generale, il diritti di autodeterminarsi in relazione alle scelte personali della propria vita. La Corte d'appello del X *Circuit* in particolare, ricorda che *"the United States Supreme Court has long recognized that freedom of personal choice in matters of marriage and family life is one of the liberties protected by the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. The regulation of constitutionally protected decisions, such as where a person shall reside or whom he or she shall marry, must be predicated on legitimate state concerns other than disagreement with the choice the individual has made"*.

61 Si v. *Kitchen v. Herbert,* cit., 64. In particolare, la Corte d'appello respinge agevolmente le giustificazioni addotte dalla difesa statale ritenendole fondate su un errata connessione tra matrimonio e procreazione (*"Appellants advance four justifications … They contend it furthers the state's interests in: (1) "fostering a child-centric marriage culture that encourages parents to subordinate their own interests to the needs of their children"; (2) "children being raised by their biological mothers and fathers--or at least by a married mother and father--in a stable home"; (3) "ensuring adequate reproduction"; and (4) "accommodating religious freedom and reducing the potential for civic strife". We will assume that the first three rationales asserted by appellants are compelling. These justifications falter, however, on the means prong of the strict scrutiny test. Each rests on a link between marriage and procreation"*).

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

definire la libertà di *tutti*. … Una parte essenziale della storia della nostra Costituzione è la storia dell'estensione dei diritti costituzionali e della tutela verso i soggetti in passato ignorati o esclusi"[62].

La Corte d'appello del IV *Circuit*, nel concludere per l'incostituzionalità del *same-sex marriage ban* in vigore in Virginia, raggiunge una conclusione altrettanto significativa sul piano del riconoscimento del valore delle scelte affettive dell'individuo a prescindere dall'orientamento sessuale: "Riconosciamo che il matrimonio tra persone dello stesso sesso mette alcune persone profondamente a disagio. Tuttavia, l'inerzia e l'apprensione non sono basi legittime per negare alle coppie dello stesso sesso del rispetto dei diritti[63] e dell'eguale protezione delle leggi. Il matrimonio civile è una delle pietre angolari della nostra scelta di vita. Esso consente agli individui di celebrare e dichiarare pubblicamente la propria intensione di formare un'unione duratura, che fornisca ineguagliabile intimità, compagnia, sostegno emotivo, e sicurezza. La scelta di sposarsi e con chi è una decisione fortemente personale che cambia il corso della vita di un individuo. Il negare alle coppie omosessuali questa scelta impedisce loro di essere parte pienamente della nostra società e ciò è esattamente il tipo di segregazione che il XIV emendamento della Costituzione non può tollerare"[64].

4.2 Il riconoscimento dell'orientamento sessuale come fattore di discriminazione

Le affermazioni riportate nelle pagine precedenti rivelano anche la volontà delle Corti federali di appello di denunciare in termini espliciti la portata della discriminazione sofferta dalle coppie omosessuali. Mentre la Corte suprema federale, come si è ricordato, ha sino ad oggi evitato di affrontare le questioni di legittimità costituzionale sui diritti degli omosessuali come *equal protection cases*, le corti federali di appello si mostrano, invece, più propense ad applicare il principio secondo cui gli Stati devono rispettare la *equal protection of the laws* (XIV emendamento).

Si può pertanto osservare che sebbene nella giurisprudenza statale e federale successiva al caso *Windsor* si qualifichi unanimemente l'orientamento sessuale come un fattore di discriminazione, sono proprio le influenti Corti federali di appello ad avere assunto negli ultimi mesi le posizioni più nette in merito alla violazione del principio di eguaglianza. In tutte le pronunce rese in secondo grado, infatti, l'omosessualità è definita una classificazione "sospetta"[65] e, quindi, equiparata a quelle forme di discriminazione – come la razza – talmente gravi ed odiose da dover essere sottoposte al più rigoroso scrutinio di legittimità costituzionale (*strict scrutiny*).

Nelle pronunce delle corti federali di grado inferiore e nelle corti statali è, invece, ricorrente la tendenza a qualificare l'orientamento sessuale come una classificazione "quasi sospetta" [66] (alla pari, ad esempio, delle discriminazioni di genere) da sottoporre ad uno scrutinio attento, ma certamente meno rigoroso e pervasivo (cd. *intermediate scrutiny*[67]) rispetto a quello applicato alle *suspect classifications*.

La distinzione tra i due approcci non è meramente formale: affermando che l'orientamento sessuale rappresenta una classificazione "sospetta", le corti di Appello implicitamente assumono – sulla base di una giurisprudenza consolidata della Corte suprema - che la minoranza "abbia sofferto una storia di discriminazione", sulla base di "caratteristiche personali ovvie, immutabili e distintive" e che

62 *Kitchen v. Herbert*, cit., 59.

63 Lett. *Due process of law,* un processo nelle dovute forme di legge, ma da intendersi – come si è ricordato – in questo contesto in senso sostanziale, come giusto riconoscimento di tutti diritti della persona.

64 *Bostic v. Schaefer*, cit., 68.

65 Così in particolare le pronunce della Corte d'appello del IV *Circuit* (*Bostic v. Schaefer*, cit., relativa all'emendamento costituzionale della Virginia che definisce il matrimonio come unione tra un uomo e una donna e vieta il riconoscimento dei matrimoni *same-sex* contratti in altri Stati e quelle della Corte d'appello del X *Circuit* in *Bishop v. Smith*, cit., riguardante il *ban* dello Stato dell'Oklahoma e in *Kitchen v. Herbert*, cit., relativo al *ban* dello Stato dello Utah. Cfr. inoltre, in un rilevante caso di discriminazione verso gli omosessuali, la sentenza della Corte d'appello del IX *Circuit* in *Smithkline Beecham Corp. V. Abbott Labs*, 740 F. 3d 471 (2014). Si v. inoltre, tra le pronunce delle corti federali di grado inferiore che accolgono un analogo orientamento in merito alla tipologia di discriminazione sofferta dagli omosessuali, *De Leon v. Perry*, cit., relativa al *ban* del Texas e *Deboer v. Snyder*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 98382 (E.D. Mich., 1 luglio 2013) relativo al *ban* vigente nello Stato del Michigan e la pronuncia della *District court* dell'Idaho in *Latta v. Otter*, cit.

66 Così, ad esempio, la Corte suprema del New Mexico in *Griego v. Oliver*, cit.; la *District Court* della Pennsylvania in *Whitewood v. Wolf*, cit.; la *District Court* del Kentucky in *Bourke v. Beshear*, cit.; la *District Court* dell'Ohio in *Obergefell v. Kasich*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 102077 (S.D. Ohio, 22 luglio 2013) e in *Henry v. Himes*, cit.

67 In questi casi la Corte suprema richiede allo Stato di provare che la disparità di trattamento operata sia "*substantially related to an important governmental objective*" (cfr. *Miss. Univ. for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718, 724 (1982)).

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

essa sia stata in passato esclusa dalla piena partecipazione alla vita politica ("*political powerless*")[68]. Le corti di appello compiono dunque, un passo in avanti rispetto alla Corte suprema la quale – come si è ricordato – basa la dichiarazione di incostituzionalità del DOMA soprattutto sulla considerazione che la legge federale sia dettata da ostilità (*animus*) verso i *gay* e le lesbiche e sul principio secondo cui "è la identificazione di una classe da parte della legge come dotata di uno *status* separato e meno pubblico a determinare la discriminazione nei suoi confronti"[69].

L'approccio delle corti di grado inferiore è, invece, più deferente verso i principi espressi dalla Corte suprema[70], ma non mancano significative eccezioni, come la pronuncia di una *District Court* della Pennsylvania del maggio 2013[71] che si diffonde in un attento "resoconto delle protratte ingiustizie sofferte storicamente dai *gay* e dalle lesbiche" negli Stati Uniti, concludendo: "Condividiamo l'affermazione secondo cui alcune forme di discriminazione verso gli omosessuali sono cessate o sono divenute meno diffuse, ma (ciò) non cambia il fatto che le persone *gay* e lesbiche continuano a vivere con il retaggio di una lunga storia discriminazione che ha creato e consolidato la convinzione che essi appartengano ad una gruppo inferiore".

Un cenno meritano, infine, gli argomenti con cui le corti respingono le eccezioni avanzate dagli Stati per giustificare la legittimità costituzionale della esclusione delle coppie dello stesso sesso dal matrimonio. Nel complesso, le pronunce liquidano sbrigativamente argomenti quali il valore della storia e delle tradizioni statali[72] o l'intento di "preservare l'istituto del matrimonio", osservando che il concedere alle coppie omosessuali la possibilità di sposarsi ha solo effetto di rafforzare l'istituto e non di indebolirlo[73] . Mentre in passato le pronunce delle corti statali e federali americane – al pari di quelle europee - si diffondevano molto sull'inadeguatezza di questi argomenti optando per un'interpretazione evolutiva della definizione di matrimonio[74], oggi il valore del matrimonio per la coppia omosessuale sembra dato per acquisito dalle corti alla luce della sentenza *Windsor* e delle molti leggi statali che consentono il matrimonio *same-sex*[75].

Le pronunce si diffondono, invece, soprattutto sulle eccezioni relative al carattere procreativo dell'unione eterosessuale e alla tutela degli interessi dei minori[76]. La Corte di appello del IV *Circuit*, sulla legge della Virginia, ad esempio, conclude che la convinzione secondo cui i figli crescono meglio in una tradizionale famiglia eterosessuale rappresenti un luogo comune e sia altresì sconfessato da studi scientifici[77]. Analoghe affermazioni sono espresse nella pronuncia appello sul *same-sex marriage ban* in vigore

68 Si v. in particolare la celebre *footnote 4* nel caso *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 154 n.4 (1938), ed, inoltre, *Mass. Bd. of Ret. v. Murgia*, 427 U.S. 307 (1976); *Bowen v. Gilliard*, 483 U.S. 587, 602 (1987).

69 *Windsor*, cit., p. 2694.

70 Cfr. tra le pronunce già richiamate, le affermazioni della Corte suprema del New Mexico in *Griego*, cit., in part. p. 55, secondo cui gli omosessuali non sono *"completely politically powerless, but … limited in … political power or ability to advocate within the political system"*. La Corte conclude quindi che "*It is appropriate for our courts to apply intermediate scrutiny, "even though the darkest period of discrimination may have passed for a historically maligned group*". In questo senso anche la Corte suprema del Connecticut in *Kerrigan*, cit., 957 A.2d, 475-76 e quella dell'Iowa in *Varnum v. Brien*, 763 N.W.2d 862 (2009), in part. 896. Si v., inoltre, la sentenza della *District Court* dell'Idaho in *Latta v. Otter*, cit., che equipara la discriminazione in base all'orientamento sessuale a quella in base al sesso pur negando che via sia correlazione tra le due forme di discriminazione.

71 *Whitewood v. Wolf*, cit.

72 *Bostic v. Schaefer*, cit., 53-4 (*"The ancient lineage of a legal concept does not give it immunity from attack"*).

73 *Bostic v. Schaefer*, cit., 55-57 (*"it is more logical to think that same-sex couples want access to marriage so that they can take advantage of its hallmarks, including faithfulness and permanence, and that allowing loving, committed same-sex couples to marry and recognizing their out-of-state marriages will strengthen the institution of marriage "*).

74 Per una panoramica della giurisprudenza su queste obiezioni, Sperti, *Omosessualità e diritti*, cit., p. 91 ss.

75 In questo senso la Corte d'appello del IX *Circuiti* in *Kitchen*, cit., p. 56 (*"Nothing logically or physically precludes same-sex couples from marrying, as is amply demonstrated by the fact that many states now permit such marriages"*).

76 Cfr., ad esempio, la sentenza sulla legge dello Stato dello Utah, *Kitchen*, cit., p. 65 in cui la Corte respinge gli argomenti avanzati dallo Stato a difesa della legittimità costituzionale del divieto di matrimonio per le coppie omosessuali osservando come tutti abbiamo attinenza con la procreazione e la tutela dei minori (*"Appellants contend that Utah has "steadfastly sought to reserve unique social recognition for man-woman marriage so as to guide as many procreative couples as possible into the optimal, conjugal childrearing model"; that "children suffer when procreation and childrearing occur outside stable man-woman marriages"; and that "[b]y providing special privileges and status to couples that are uniquely capable of producing offspring without biological assistance from third parties, the State sends a clear if subtle message to all of its citizens that natural reproduction is healthy, desirable and highly valued"*).

77 *Bostic c. Schaefer*, cit., p. 57 ss. (*"There is no scientific evidence that parenting effectiveness is related to parental sexual orientation," and "the same factors"--including family stability, economic resources, and the quality of parent-child relationships--"are linked to children's positive development, whether they are raised by heterosexual, lesbian, or gay parents").*

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

nello Utah che respinge come "mera speculazione" la tesi dell'inidoneità delle coppie omosessuali a crescere un figlio[78] e pone soprattutto l'accento – come peraltro aveva fatto la stessa Corte suprema nella dichiarazione di incostituzionalità del DOMA - sulle conseguenze negative della discriminazione sui figli delle coppie omosessuali[79].

4.3 L'incostituzionalità dei divieti di riconoscimento dei matrimoni contratti in altri Stati e la natura del federalismo statunitense

La scelta delle corti di ricondurre il diritto al matrimonio alla dignità e dell'autodeterminazione dell'individuo sulla base della Costituzione federale ed, in particolare del XIV emendamento della Costituzione, consente loro di respingere agevolmente anche gli argomenti di federalismo avanzati dalle difese degli Stati secondo cui la disciplina della materia delle *domestic relations* rientra nella potestà legislativa statale.

Nel vietare, quindi, il riconoscimento dei matrimoni conclusi in altri Stati, come si legge nella sentenza di un giudice federale del Kentucky, le leggi statali – al pari del DOMA – "trattano le persone *gay* e lesbiche in un modo che attribuisce loro meno valore ai fini dell'applicazione del principio di eguaglianza". In altri termini, "creando due regimi contrastanti per il matrimonio all'interno di uno stesso Stato, il legislatore … costringe le coppie dello stesso sesso a vivere sposati per il diritto federale, ma non sposati per il diritto statale. In tal modo, la legge identifica una sottocategoria di matrimoni e le rende diseguali, impendendo ai coniugi dello stesso sesso di godere dei benefici statali e federali riconosciuti, invece, alle altre coppie sposate"[80].

Come sottolinea una *District Court* dell'Idaho, il "federalismo non offre risposte laddove, come nel caso di specie, i cittadini sostengano che lo Stato abbia violato i propri diritti costituzionali. … Così come in *Loving* l'autorità dello stato della Virginia sui rapporti tra i coniugi non può giustificare la costituzionalità delle leggi che vietano i matrimoni interrazziali. E proprio come in *Loving*, il diritto dell'Idaho di regolare la disciplina dei rapporti familiari è soggetto al rispetto dei preminenti interessi dei cittadini"[81].

Queste pronunce accolgono, quindi, la duplice dimensione della *dual sovereignity* che la stessa Corte suprema ha sottolineato in una pronuncia del 2011: il federalismo non è da intendersi solo come meccanismo di ripartizione di competenze legislative e amministrative fra gli Stati ed il governo centrale, bensì anche come " strumento che assicura ai cittadini le libertà che derivano dalla distribuzione del potere sovrano"[82]. Al pari della separazione dei poteri –tra gli organi costituzionali – che al momento della stesura della Costituzione fu concepito come strumento di garanzia degli stessi diritti fondamentali dei cittadini – anche il federalismo rafforza la tutela dei diritti fondamentali con la conseguenza che gli Stati non possono essere intesi come "i soli beneficiari del federalismo"[83].

Tra le pronunce delle corti federali di grado inferiore che escludono il carattere procreativo del matrimonio eterosessuale e negano che il matrimonio *same-sex* leda gli interessi del minore, si v. *Geiger v. Kitzhaber,* cit., sul *same-sex marriage ban* dello Stato dell'Oregon, a p. 43 (*"Procreative potential is not a marriage prerequisite"*) e p. 78 (*"Any governmental interest in responsible procreation is not advanced by denying marriage to gay a[nd] lesbian couples. There is no logical nexus between the interest and the exclusion"*); *Latta v. Otter,* cit., p. 68 (*"Idaho does not condition marriage licenses or marital benefits on heterosexual couples' ability or desire to have children. No heterosexual couple would be denied the right to marry for failure to demonstrate the intent to procreate"*); *DeBoer v. Snyder*, 973 F. Supp. 2d 757, 2014 U.S. Dist. LEXIS 37274, (E.D. Michigan, 21 marzo 2014), p. 37 (*"The prerequisites for obtaining a marriage license under Michigan law do not include the ability to have children …"*) e p. 40 (*"Nor does prohibiting same-sex marriage increase the number of heterosexual marriages or the number of children raised by heterosexual parents"*); *De Leon v. Perry,* cit., p. 44 sulla legge del Texas (*"This procreation rationale threatens the legitimacy of marriages involving post-menopausal women, infertile individuals, and individuals who choose to refrain from procreating"*) e p. 42 (*"Defendants have failed to establish how recognizing a same-sex marriage can influence, if at all, whether heterosexual couples will marry, or how other individuals will raise their families"*).

78 *Kitchen v. Herbert,* cit., p. 85.

79 La discriminazione, infatti, *"conveys a harmful message to the children of same-sex couples"* (*ibidem*, p. 87).

80 Così la *District Court* del Kentucky in *Bourke v. Beshear,* cit.

81 *Latta v. Otter,* cit., p. 26.

82 L'affermazione è del giudice Kennedy in *Bond v. United States,* 131 S.Ct. 2355, 2364 (2011).

83 *Bond v. United States, ibidem.*

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

5. *Marriage equality* e *racial equality* negli Stati Uniti: verso la *constitutional inevitability of gay marriage*

Sul riconoscimento da parte delle corti federali e statali del diritto al matrimonio per le coppie omosessuali quale diritto fondamentale spettante a tutti gli individui, ha esercitato – com'è dato comprendere dalle pagine precedenti - una profonda influenza la sentenza *Loving v. Virginia*[84] con cui, nel 1967, la Corte suprema degli Stati Uniti riconobbe l'incostituzionalità della legge in vigore nello stato della Virginia che vietava i matrimoni interrazziali.

Negli Stati Uniti la lotta per il riconoscimento della *marriage equality* è di frequente associata alla battaglia per il superamento della discriminazione razziale[85].

Subito dopo la sentenza *Windsor,* il Presidente Barak Obama, nel tracciare la storia della lotta per la parità dei diritti condotta dagli omosessuali, ha richiamato *Loving v. Virginia* quale prima tappa del riconoscimento del diritto di tutti gli individui di unirsi in matrimonio con la persona amata. Più recentemente, nel gennaio 2013, all'atto dell'insediamento per il suo secondo mandato, lo stesso Obama ha associato la lotta per l'eguaglianza condotta dagli omosessuali a quella per il superamento delle discriminazioni razziali concludendo: "Il nostro percorso non sarà completo sino a quando i nostri fratelli e le nostre sorelle omosessuali non saranno trattati come tutti gli altri di fronte alla legge poiché se siamo davvero creati eguali, allora sicuramente deve essere eguale l'amore che ci promettiamo l'un l'altro"[86].

Anche la giurisprudenza pone in evidenza la correlazione tra la discriminazione sofferta dalle coppie dello stesso sesso e quella dalle coppie di razza diversa. La sentenza che in primo grado concluse per l'incostituzionalità del *same-sex marriage ban* in vigore in Virginia[87] nega, ad esempio, il valore della tradizione nel forgiare una particolare definizione di matrimonio: "La tradizione – scrive la *District Court* - è riverita in Virginia, e spesso opportunamente. Tuttavia, la tradizione da sola non può più giustificare il divieto per le coppie dello stesso sesso di contrarre matrimonio, così come non poteva giustificare il divieto in Virginia del matrimonio interrazziale".

L'affinità tra la questione di costituzionalità oggetto della pronuncia del 1967 e quella oggi posta all'esame delle corti non è, quindi, solo nell'affermazione del diritto di *tutti* gli individui al matrimonio, ma anche nelle stesse scelte argomentative che supportano la dichiarazione di illegittimità costituzionale. Oggi, come in *Loving v. Virginia,* i giudici ritengono che l'incostituzionalità dei limiti al diritto di sposarsi in base sia supportata da un'interpretazione evolutiva del matrimonio: così come nel 1967 la Corte suprema respinse l'eccezione secondo cui il divieto di contrarre matrimonio tra persone di sesso diverso trovava la propria giustificazione in prassi risalenti al periodo coloniale[88], oggi le corti federali chiamate a pronunciarsi sugli *state bans* ricordano che "nonostante l'innegabile valore che risiede nel preservare le eredità delle nostre famiglie ed i molti aspetti delle tradizioni del nostro paese e delle nostre comunità, le tutele poste dai fondatori della nostra Costituzione furono delineate in modo da evolversi ed adattarsi ai progressi della nostra cittadinanza"[89].

Al tempo stesso, com'è stato recentemente osservato in dottrina, pronunce come *Windsor, Loving* e *Brown v. Board of Education*[90] - la sentenza che, nel 1954, pose fine alla segregazione razziale nelle università – hanno in comune la circostanza di essere state anticipate "da enormi cambiamenti nei contesti sociali e politici circostanti"[91]. I "cambiamenti nelle attitudini, nelle prassi e nella legislazione" negli Stati Uniti a partire dalla fine della Seconda guerra mondiale hanno, infatti, influito in passato sul modo di concepire le discriminazioni razziali, così come negli ultimi decenni - a partire dai moti di Stonew-

84 *Loving v. Virginia,* cit.

85 Si v. ad esempio, *Virginia gay marriage fight echoes past battles over interracial marriage,* in *Huffington Post,* 4 giugno 2014 (www.huffingtonpost.com/2014/04/06/virginia-gay-marriage-ban_n_5100602.html).

86 *Inaugural address*, 2013 *Daily Comp. Pres. Doc.* 32 (21 gennaio 2013).

87 *Bostic v. Rainey,* 970 F. Supp. 2d 456 (13 febbraio 2014).

88 *Loving v. Virginia,* cit., 6.

89 *Bostic v. Rainey,* cit., 475.

90 *Brown v. Board of Education,* 347 U.S. 483 (1954).

91 Klarman, *Windsor and Brown: marriage equality and racial equality,* cit., p. 129. Sulle analogie tra i movimenti sociali che si battono per i diritti degli omosessuali e i movimenti che in passato hanno condotto battaglie per i diritti delle donne e per l'eguaglianza razziale, Sperti, *Omosessualità e diritti,* cit., p. 229 ss.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

all[92] – è progressivamente mutato il modo di vedere le differenze in relazione all'orientamento sessuale ponendo le premesse per la dichiarazione di incostituzionalità del DOMA. Com'è stato osservato, "così come la stessa Corte suprema in *Brown* espresse la propria sorpresa di fronte ai recenti cambiamenti con riguardo alla razza, così durante la discussione del caso *Windsor* alcuni giudici sottolinearono gli straordinari sviluppi negli atteggiamenti e nelle abitudini che hanno riguardato il modo di concepire l'orientamento sessuale"[93].

È, dunque, per questi motivi che gli ostacoli che si frapporranno nei prossimi anni negli Stati Uniti sul cammino delle coppie omosessuali verso il riconoscimento della piena parità dei diritti, sono spesso paragonati alle resistenze che le autorità statali esercitarono negli anni Sessanta all'attuazione dei principi espressi dalla Corte suprema in *Brown v. Board of Education*.

Il quadro giurisprudenziale che si è tentato di illustrare in questo lavoro, mostra come la sentenza della Corte suprema in *Windsor* – pur con le sue molte incertezze - abbia innescato un profondo mutamento del quadro giurisprudenziale a livello federale e statale, in senso generalmente favorevole alla causa delle coppie omosessuali nella maggioranza degli Stati degli Stati Uniti.

Tutto ciò si riflette anche sulla percezione da parte dell'opinione pubblica che, in un recentissimo sondaggio mostra oramai una maggioranza della popolazione favorevole al matrimonio *same-sex* (55%, con punte del 78% tra gli *under* 30) e ancor più all'adozione per le coppie omosessuali (63%)[94].

Può, dunque, dirsi oggi ancor più vera la previsione avanzata da Lawrence Tribe pochi anni fa circa la *constitutional inevitabily* del matrimonio tra persone dello stesso sesso negli Stati Uniti[95]. "Le leggi che discriminano contro le coppie dello stesso sesso relegandole alle unioni civili o ad altri *status* di grado inferiori – scriveva - sono sotto attacco in tutta la Nazione. … Quando il fatidico giorno arriverà, l'adesione ai principi costituzionali e il rispetto per la dignità di tutti gli individui indicherà un chiaro risultato. Come il Presidente della Corte suprema scrisse in *Loving*, "la libertà di contrarre matrimonio è da tempo riconosciuta come uno dei diritti essenziali della personalità per il normale perseguimento della felicità da parte di uomini liberi".

92 Nel 1969 la rivolta della comunità *gay* a seguito dell'incursione della polizia in un locale di un sobborgo di New York, lo Stonewall Inn, viene considerata il primo atto della lotta per l'affermazione dei diritti degli omosessuali negli Stati Uniti.

93 Klarman, *Windsor and Brown: marriage equality and racial equality,* cit., p. 135.

94 Il sondaggio Gallup è del 21 maggio 2014 (*"Support of same-sex marriage reaches record high")* in www.gallup.com.

95 L.H. Tribe, *The constitutional inevitability of same-sex marriage,* in *Supreme Court of the United States Blog* (26 agosto 2011), www.scotusblog.com.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

*Graziella Romeo**

A proposito delle strategie argomentative nelle controversie in tema di discriminazione: il caso del "danno da nascita" tra orientamento sessuale e appartenenza razziale

Sommario

1. Introduzione – 2. Le categorie dell'orientamento sessuale e della razza – 3. L'azione di risarcimento per *wrongful birth*: il cumulo di elementi di diversità come causa di *emotional distress* – 4. Strategie argomentative e diritto anti-discriminatorio – 5. Alcune considerazioni conclusive

Abstract

Il breve saggio affronta il tema delle strategie argomentative nell'ambito del diritto anti-discriminatorio muovendo dal caso dell'azione di risarcimento del danno per *wrongful birth* intentata da una coppia omosessuale avverso la banca del seme che, consegnando erroneamente il campione di un donatore afroamericano, determina un danno da nascita alle genitrici che dovranno crescere una bambina di colore in un'ambiente tendenzialmente ostile. L'Autrice sostiene che l'argomentazione svolta delle ricorrenti si pone in contrasto con le finalità proprie dello Stato di democrazia pluralista, poiché poggia sull'idea che il compito dell'autorità pubblica non è l'eliminazione della condotta discriminatoria, ma la riduzione degli elementi di diversità che potrebbero in concreto dare luogo alla discriminazione.

The essay deals with the argumentation techniques that are commonly employed within Anti-discrimination Law. It starts from the case of the action for wrongful birth lodged by two women against the Midwest Sperm Bank that mistakenly gave them vials from an African-American donor, making difficult for the couple to raise their daughter in an all-white community. The Author argues that the claimants' argumentation contrasts with the principles of pluralistic democracy as it fosters the idea that State's task is to minimize the elements of diversity within the socio-political community rather than to effectively eradicate discriminatory conducts.

1. Introduzione

La notizia dell'azione di risarcimento del danno per *wrongful birth*, intentata da una coppia omosessuale nei confronti della banca del seme che, per un errore umano, consegna una fiala di liquido seminale proveniente da un donatore diverso da quello selezionato dalle due donne interroga il tema della non discriminazione da molteplici punti vista, mescolando la materia dell'orientamento sessuale e quella dell'appartenenza razziale.

* Assistant Professor di Diritto costituzionale, Università Luigi Bocconi, Milano.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

La vicenda trae origine da un caso di *medical malpractice* che produce conseguenze sulle condizioni complessive di vita della persona sottopostasi volontariamente a un certo trattamento. Nel dettaglio, una coppia omosessuale si rivolge alla Midwest Sperm Bank per realizzare il proprio desiderio di genitorialità. A tal fine le due donne scelgono accuratamente, dalla lista dei donatori anonimi[1], un individuo che abbia caratteristiche fisiche simili alle loro, con lo scopo di approssimare l'inseminazione artificiale a una filiazione naturale. Esse, infatti, dichiarano al personale della struttura l'intenzione di concepire un embrione dotato di tratti somatici esteriori almeno somiglianti a quelli delle genitrici. Il primo tentativo di inseminazione però non si conclude positivamente e, dunque, le donne sono costrette a chiedere l'invio di nuove provette di liquido seminale. Nel prelevare le fiale del campione aggiuntivo richiesto, il personale della Midwest Sperm Bank compie un errore, complice la confusione sul numero identificativo del donatore, disponendo l'invio di provette contenenti il seme di un individuo diverso da quello selezionato. L'incidente è rilevato in una fase successiva all'inseminazione artificiale e all'impianto dell'embrione, quando la madre è informata della circostanza per cui il liquido seminale appartiene a un uomo di colore. La donna partorisce dunque una bambina con tratti somatici misti, corrispondenti cioè alla combinazione del materiale genetico di un genitore bianco e di uno afro-americano. La banca del seme offre alla donna, a compensazione dell'errore commesso, la restituzione delle somme versate per il pagamento delle fiale supplementari richieste.

La coppia preferisce però adire la corte di circuito di Cook County, nello Stato dell'Illinois, avverso la banca dei donatori per *wrongful birth* e violazione dei termini della garanzia per avere il personale della Sperm Bank consegnato una fiala non corrispondente alle richieste formulate dalle due donne. La coppia lamenta, in particolare, il disagio emotivo e lo stato ansioso derivante dall'idea di dover affrontare la crescita e la formazione della bambina in un ambiente prevalentemente "bianco" e tendenzialmente ostile nei confronti degli afro-americani, peraltro all'interno di una famiglia, quella delle due donne, di orientamento quasi suprematista, nell'ambito della quale è cioè frequente imbattersi in conversazioni a sfondo razziale. Sul piano strettamente materiale, poi, le genitrici denunciano le spese affrontate per garantire alla bambina una vita familiare serena, tra cui il costo del trasferimento in un quartiere che garantisca una reale integrazione tra la comunità bianca e quella di colore e gli oneri finanziari sopportati per usufruire di un consulente psicologico che assicuri il "naturale" inserimento della figlia in una realtà familiare in cui non sono reperibili elementi della cultura afro-americana[2].

Nonostante il tentativo di depoliticizzare il tema, accostando la richiesta di risarcimento del danno da nascita a una tipica azione di *breach of warranty*, ovvero traslando quanto più possibile sul piano della ricostruzione della fisiologia contrattuale un problema che interroga questioni morali e civili (la discriminazione, il senso dell'appartenenza razziale, il comportamento sociale nei confronti della minoranza, ma anche il rispetto dell'identità del figlio), la questione è destinata a produrre una grande eco, anche al di là delle vicende e degli studi che attengono alla tematica dell'orientamento sessuale.

2. Le categorie dell'orientamento sessuale e della razza

La dottrina statunitense che si è occupata dei diritti delle coppie dello stesso sesso ha spesso invocato gli argomenti avanzati a sostegno dell'eguaglianza tra bianchi e neri nel godimento dei diritti civili[3], soprattutto con riguardo alle controversie in tema di diritto al matrimonio. Le decisioni della Corte suprema in materia di matrimoni interraziali hanno rappresentato, per esempio, precedenti frequentemente invocati per sostenere la libertà di scelta del coniuge e l'inesistenza di un (contro-) interesse legittimo del decisore pubblico che giustifichi il divieto di realizzare questa aspettativa di vita[4]. Del resto, la dottrina giuridica americana ha cominciato a elaborare una teoria della discriminazione sulla base dell'orienta-

1 Lo *Uniform Status of Children Assisted Conception Act*, USCACA, 9B U.L.A., 191 (West Supp. 1999) consente infatti il *profiling* del donatore, si veda M.J. Hollandsworth, *Gay Men Creating Families through Surro-Gay Arrangements: A Paradigm for Reproductive Freedom*, in *American University Journal of Gender & the Law*, 1994-1995, 3, pp. 202 ss.

2 Il *complaint* è reperibile alla pagina Internet www.huffingtonpost.com/2014/10/02/black-sperm-lawsuit_n_5922180_html.

3 Si veda per esempio E. Walfson, *Why marriage matters. America, equality, and gay people's right to marry*, New York, Simon and Schuster, 2004, pp. 23 ss. e D. Cole, *Getting nearer and nearer*, in *The New York Review of Books*, 10 gennaio 2013, disponibile all'indirizzo Internet www.nybooks.com/articles/archives/2013/jan/10/getting-nearer-and-nearer.

4 Il riferimento è in particolare alla sentenza *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 11 (1967), richiamata nell'ambito della controversia *Windsor v. United States*, conclusasi con la pronuncia del 26 giugno 2013: *Windsor v. United States*, 133 S. Ct. 2675 (2013).

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

mento sessuale, fondata sulla classificazione delle identità sessuali, a partire dagli studi sulle cause, sui contenuti e sugli effetti delle pratiche discriminatorie incentrate sull'appartenenza razziale[5].

D'altra parte vi è anche chi critica questo approccio, evidenziando che un istituto pre-politico come il matrimonio, nella cui traduzione in termini legali entrano in gioco elementi di natura non giuridica, non possa essere equiparato a istituti *lato sensu* politici e *stricto sensu* giuridici come l'istruzione pubblica o i servizi sociali, tipicamente coinvolti nella giurisprudenza di rilevanza costituzionale in materia di diritti civili dei cittadini afroamericani[6]. E, ancora, chi ritiene che le due situazioni debbano essere tenute distinte poiché, per esempio, nella coppia omosessuale ad essere oggetto di discriminazione è la formazione sociale in sé e non "semplicemente" l'identità di una sua parte[7].

A prescindere da quale sia il punto di vista al quale si aderisce, che le strategie argomentative attinenti alla discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale e della razza possano – *rectius* debbano – muoversi sinergicamente al fine di massimizzare, nella società civile, l'effetto antidiscriminatorio è un punto di vista generalmente accolto dalla dottrina di oltreoceano[8]. In altri termini, l'*Anti-discrimination Law* è interpretata come una disciplina autonoma, dotata di una coerenza interna, che per esempio previene le circostanze in cui le tesi addotte a supporto dei diritti delle persone LGBT possano contestualmente essere impiegate come grimaldello a favore di discriminazioni di tipo diverso. La classificazione delle ragioni di discriminazione, che come anticipato è mutuata in larga parte dalla dottrina che ha riflettuto sul tema della razza, persegue esattamente questo risultato. Le argomentazioni che si oppongono alle tesi discriminatorie devono portare a esiti congruenti, per scongiurare il rischio di un'incoerenza per così dire di sistema. Il complesso delle teorie anti-discriminatorie, insomma, pone al centro l'individuo in una situazione paradigmatica all'interno della quale egli è discriminato in ragione di un suo tratto personale meritevole di rispetto[9]. Per questa ragione sembra utile addentrarsi nella prospettazione della domanda di pronuncia giudiziale con lo sguardo rivolto alle implicazioni di un ragionamento che imputi il danno "da nascita" a una caratteristica personale, identitaria, ineliminabile e peraltro non occultabile dell'essere umano.

3. L'azione di risarcimento per *wrongful birth*: il cumulo di elementi di diversità come causa di *emotional distress*

Nella domanda giudiziale, l'attrice chiede il risarcimento del danno, di natura pecuniaria e non pecuniaria, sofferto come diretta conseguenza della negligenza del personale della banca del seme nel prelevare la fiala rivelatasi essere di un donatore diverso da quello prescelto. I danni derivano sia dalle circostanze di vita della bambina, che si confronterà con un ambiente generalmente ostile nei confronti degli afro-americani, gruppo etnico al quale ella evidentemente appartiene, sia dalle difficoltà della coppia di dover affrontare una situazione nuova e imprevista, per esempio confrontandosi con la cultura afro-americana sino a quel momento del tutto ignorata. Tali complicazioni risultano poi evidenti, secondo la parte attrice, laddove si ponga mente alla condizione di "diversità" in cui ella già si trova a vivere, abitando in un piccolo centro del Midwest americano, spesso apertamente ostile nei confronti delle coppie omosessuali[10].

5 Si veda J.A. Greenberg, *Deconstructing Binary Race and Sex Categories: A Comparison of the Multiracial and Transgendered Experience*, in *San Diego Law Rev*iew, 2002, 39, pp. 917 ss.

6 Si veda D. Novak, *Response to Martha Nussbaum's a right to marry*, in *California Law Review*, 2010, 98, pp. 706 ss., in specie p. 711, il quale però forse "dimentica" il precedente *Loving v. Virginia* (cfr. nota 4).

7 A. Onwuachi-Willig, J. Willig-Onwuachi, *A House Divided: The Invisibility of the Multiracial Family*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 2009, 44, pp. 249 ss.

8 Si veda D.W. Carbado, M. Gulati, *Working Identity*, in *Cornell Law Review*, 2000, 85, pp. 1297 ss.

9 Si veda sul punto D. NeJaime, *Marriage Inequality: Same-sex relationships, Religious Exemptions, and the Product of Sexual Orientation Discrimination*, in *California Law Review*, 2012, 100, pp. 1206 ss.

10 I dati statistici relativi all'Ohio sembrano in una certa misura confermare l'esistenza di una porzione della popolazione, minoritaria, contraria al riconoscimento della piena parità di diritti alle coppie dello stesso sesso. Secondo una rilevazione statistica effettuata dal Public Religion Research Institute nel febbraio 2014 su un campione di 163 residenti dello Stato dell'Ohio il 53% si dichiara a favore del matrimonio civile tra persone dello stesso sesso, mentre il 38% è contrario e il 9% dichiara di non volersi esprimere. I dati sono reperibili all'indirizzo Internet www.marriageequality.org/region_ohio (visitato il 4 ottobre 2014).

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

La situazione complessiva e, in particolare, il cumulo di elementi di diversità rispetto alla maggioranza della popolazione producono una situazione emotiva e materiale meritevole di essere portata all'attenzione della corte.

Su questo profilo però, il *complaint* è in qualche misura – probabilmente volutamente – oscuro. Infatti, ad essere rilevato come elemento decisivo per il sorgere dell'*emotional distress* non è il fatto della nascita, come ritualmente avviene nelle azioni di *wrongful birth*[11], ma le circostanze della vita che necessariamente sono seguite e seguiranno alla nascita.

Un'azione di *wrongful birth* ammette che la madre lamenti l'avvenuta nascita, che avrebbe potuto essere almeno meditata (o probabilmente evitata) qualora il personale medico avesse tenuto un comportamento professionale e diligente. Nella ricostruzione della giurisprudenza americana, a essere fatto valere è insomma il diritto alla libera scelta dell'individuo, che correttamente e tempestivamente informato può compiere decisioni autonome e consapevoli, tra le quali rientra certamente quella di portare avanti una gravidanza anche in presenza di un feto affetto da una qualche grave patologia[12]. Quando la doglianza non riguarda il fatto del "venire al mondo", ma le condizioni di vita, presenti e future, del neonato, allora la via giudiziale è normalmente l'azione di *wrongful life*[13], intentata dal genitore o da chi ne fa le veci in nome e nell'interesse del minore. La scelta per questo tipo di azione legale presuppone una valutazione negativa delle circostanze di vita del soggetto nell'interesse del quale è intentata, e non l'impraticabilità di una scelta diversa da parte della madre. Essa cioè intende provare che l'esistenza di quest'ultimo si svolge in modo obiettivamente indesiderabile, al punto da essere meritevole del risarcimento per il danno patito per le condizioni materiali e morali della sua vita.

L'opzione per la *civil action for wrongful birth* si spiega, dunque, con la difficoltà di annoverare l'appartenenza razziale tra le cause di una *wrongful life*, mentre forse l'equivoco, in cui si radica l'episodio specifico di "nascita sbagliata", consente di evitare questa china scivolosa e, al contempo, di evidenziare la condizione di difficoltà lamentata[14].

4. Strategie argomentative e diritto anti-discriminatorio

La strategia argomentativa è in altri termini quella di offrire un'interpretazione della diversità che, senza relegarla a situazione di minorità *per sé*, la riconnetta a elementi del vivere quotidiano (il vicinato in cui ci si imbatte, la famiglia conservatrice alla quale si appartiene, la scuola che si frequenta) che rendono quella condizione personale problematica *nel caso concreto*. La diversità è, da questa prospettiva, innanzitutto un problema di relazione, ma non della bambina quanto piuttosto della famiglia che intende garantirle una vita serena. Di qui la scelta del tipo di azione.

L'argomentazione sembra attingere in buona misura alla giurisprudenza della Corte suprema in tema di discriminazione razziale, attenta a verificare la disparità di trattamento sul piano dei fatti, piuttosto che sul piano (formale) delle norme, come insegna il *case law* in materia di *facially neutral statutes*[15]. I giudici supremi, soprattutto durante l'era del *civil rights movement*, hanno prestato attenzione all'esistenza di situazioni di fatto atte a perpetrare la disuguaglianza tra *white* e *coloured*, talvolta in una prospettiva che potrebbe definirsi quasi militante[16].

Il riferimento alle circostanze concrete in cui si svolge la vita della bambina meticcia nata all'interno di una coppia omosessuale, dunque, è opportuno e congruo con il contenzioso in questa materia.

Ciononostante, ad una lettura più attenta del caso, ci si avvede che il ragionamento complessivo esposto dalla parte attrice sembra fondarsi su un presupposto generalmente disconosciuto dal diritto

11 Si veda M. Chamallas, *Unpacking Emotional Distress: Sexual Exploitation, Reproductive Harm, and Fundamental Rights*, in *Wake Forest Law Review*, 2009, 44, pp. 1109 ss.

12 Cfr. la pronuncia *Procanik by Procanik v. Cillo*, 478 A.2d 755, 760 (Supreme Court of New Jersey, 1984).

13 K. Wevers, *Prenatal Torts and Pre-Implantation Genetic Diagnosis*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2010, 24, pp. 265 ss. Anche se non mancano nella dottrina statunitense autori che ritengono la differenza tra i due tipi di azione artificialmente costruita su un'idea astratta di vita umana: si veda W.F. Hensel, *The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 2005, 40, pp. 164 ss.

14 Del resto le azioni di risarcimento danni per *wrongful life* sono esperite, in via generale, con minori tassi di successo rispetto alle azioni di risarcimento per danno da nascita: si veda A.B. Handler, *Individual Worth*, in *Hofstra Law Review*, 1989, 17, pp. 500 ss.

15 Si veda la sentenza *Massachusetts Personnel Administrator v. Feeney*, 442 U.S. 256, 279 (1979).

16 Si veda E.M. Maltz, *The Supreme Court and the Quality of Political Dialogue*, in *Constitutional Commentary*, 1988, 5, pp. 377 ss.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

anti-discriminatorio[17] attinente alle disuguaglianze derivanti da pregiudizi sociali[18], ovvero che la condizione di fatto (la razza, l'orientamento sessuale) sulla quale la discriminazione insiste sia, preferibilmente, da evitare, tanto che sarebbe stata di certo evitata se fosse stato permesso alla madre di effettuare una scelta libera e consapevole. Vi è in altri termini una differenza tra, da un parte, riconoscere che una certa qualità personale sia fonte di discriminazione e pretendere dal decisore pubblico che siffatto elemento non pregiudichi la realizzazione personale (attraverso per esempio il ricorso alle azioni positive ovvero il diritto al risarcimento del danno in presenza di una specifica condotta discriminatoria) e, dall'altra, domandare che l'ordinamento giuridico offra strumenti idonei a non creare le condizioni per il venire in essere dell'elemento al contempo meritevole di rispetto e fonte di non accettazione.

Esiste poi un profilo ulteriore, di rilevanza non immediatamente tecnico-giuridica, ma per così dire di politica del diritto: radicare la controversia in via principale sulla *wrongful birth action* è una scelta discutibile e, nell'opinione di chi scrive, costruita su un ragionamento che finisce per rivolgere l'attenzione dal soggetto discriminato al costo della discriminazione, innestando nel tessuto sociale l'idea per cui essere diverso è un problema di cui è preferibile non farsi carico. Il danno insomma non consisterebbe nella disparità di trattamento subita, ma nel possedere una qualità che genera pregiudizio e discriminazione.

D'altra parte e da una prospettiva più pragmatica che rivolta alle implicazioni teoriche della decisione del caso concreto, le corti americane sembrano perfettamente consapevoli delle conseguenze derivanti dall'accoglimento di domande di risarcimento radicate nella cosiddetta *prenatal tort law*. Da questo punto di vista, sono significativi i precedenti in tema di *wrongful life actions* avanzate dalla madre di un bambino nato al di fuori del matrimonio, generalmente respinte perché l'eventuale accoglimento avrebbe comportato il fiorire di controversie da parte di «*all others born into the world under conditions they might regard as adverse*», tra le quali rientrerebbe «*being born of a certain colour or … race*»[19].

Quanto detto, per inciso, non attiene alla fondatezza della richiesta di risarcimento del danno per *breach of warranty*, ovvero per una forma di inadempimento contrattuale, dovuto alla negligenza di una delle parti (cioè al mancato esercizio del *"duty of care"*), che abbia frustrato l'aspettativa legittima dell'altra rispetto al prodotto acquistato (in questo caso le fiale di liquido seminale)[20]. Senza addentrarsi su un terreno che meriterebbe speculazioni più approfondite, basti dire che tale pretesa appare altrettanto problematicamente fondata, posto che la giurisprudenza in materia di *breach of warranty* richiede, ai fini della quantificazione del danno, che si proceda a una valutazione del valore del bene effettivamente acquistato rispetto al valore che il bene avrebbe posseduto secondo i termini della garanzia. Nelle circostanze del caso in questione, tale apprezzamento non può che riflettersi nella persona della bambina nata dal concepimento assistito. Infatti, il "difetto" del prodotto acquistato non attiene alla sua inidoneità all'utilizzo per il fine al quale è stato destinato dal suo acquirente, ma piuttosto al risultato finale del suo impiego. In altre parole, non è immaginabile un accoglimento di questa specifica azione di *breach of warranty* che prescinda dall'affermazione dell'esistenza, in capo alle banche del seme, di una garanzia di risultato finale attinente alle caratteristiche specifiche del neonato[21].

17 Si veda per esempio M.A. Case, *Very Stereotype the Law Condemns: Constitutional Sex Discrimination Law As a Quest for Perfect Proxies*, in *Cornell Law Rev*iew, 1999-2000, 85, pp. 1457 ss. V. inoltre le analisi svolte nei capitoli dedicati ai diversi sistemi giuridici nazionali raccolti nel volume D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino, (eds.), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions,* Berlin, Springer, 2014.

18 Non si intende qui discutere invece il caso delle persone con disabilità. In tali ipotesi, le azioni legali per danno "da nascita" o "da vita" pongono interrogativi di natura diversa, posto che la disabilità coincide con uno stato fisico apprezzabile dal punto di vista medico. Peraltro, parte della dottrina americana ritiene che le *cause of action for wrongful birth or life* producano degli effetti negativi tanto sul piano del funzionamento dell'ordinamento giuridico quanto sul piano della convivenza sociale: si veda ad esempio W.F. Hensel, *ivi*, pp. 141 ss.

19 Cfr. la decisione *Zepeda v. Zepeda*, 190 N.E. 2d 849, 858 (Illinois Court of Appeals, 1963).

20 Si veda sul punto T. Davis, *UCC Breach of Warranty and Contract Claims: Clarifying the Distinction*, in *Baylor Law Rev*iew, 2009, 61, pp. 786 ss., il quale sostiene che la giurisprudenza delle Corti statali è pressoché granitica nel ritenere che il risarcimento del danno non possa essere accordato se l'attore non provi che il prodotto consegnato possiede un valore inferiore rispetto a quello che aveva inteso acquistare.

21 Si veda D.R. Swink, J.B. Reich, *Caveat Vendor: Potential Progeny, Paternity, and Product Liability Online*, in *Brigham Young University Law Rev*iew, 2007, p. 884. Gli autori escludono l'applicabilità dell'azione di *breach of warranty* nei confronti delle banche del seme «*because that warranty only requires that sperm be reasonably fit for its ordinary use […] this warranty creates no promise of measurable sperm quality. It does not promise a resulting child, much less one with specific characteristics*».

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

5. Alcune considerazioni conclusive

Nel diritto statunitense, la teoria dell'argomentazione giuridica riveste un ruolo centrale tanto nella formazione di chi esercita le professioni legali, quanto nello sviluppo della scienza giuridica nel suo complesso[22]. Una "buona argomentazione" è in primo luogo persuasiva, capace cioè di convincere l'autorità decidente, secondo una prospettiva peraltro assai distante da quella accolta dalla dottrina europea. Infatti, per i *civil lawyers*, la bontà dell'argomentazione dipende dalle "buone ragioni" addotte a suo sostegno, dalla ragionevolezza, anche sistematica, interpretata come canone di correttezza sotto il profilo strettamente giuridico delle tesi avanzate in giudizio[23]. Analizzare sotto il profilo dell'argomentazione un *hard case* come quello sotteso alla controversia *Cramblett v. Midwest Sperm Bank* può forse essere utile, soprattutto nel contesto di una cultura giuridica in cui l'argomentazione persuasiva, ancor più della soluzione concreta del caso, diventa precedente e si candida a guidare l'interpretazione dei casi futuri.

Il contenzioso in queste materie produce, infatti, "effetti radianti", capaci cioè di influenzare l'*antidiscrimination law* in generale. Da questa prospettiva, la strategia argomentativa sostenuta dalla parte attrice rischia di produrre conseguenze indesiderate sulla cultura giuridica e sulla sensibilità politica, trasferendo il cuore dei problemi attinenti alla discriminazione dalla condotta discriminatoria, ingiustificabile e contrastabile nei termini consentiti dall'ordinamento giuridico, all'oggetto del pregiudizio.

In altri termini, anche a prescindere dal tema, pur sollevato talvolta dalla dottrina[24], delle scelte riproduttive incoraggiate dall'accoglimento di domande di risarcimento così fondate, vi è da chiedersi se l'argomentazione prescelta non si risolva in un *boomerang*. Essa infatti sembra radicarsi nell'idea che ciò che è percepito come diverso rappresenti un problema per sé e per la comunità sociale e politica nella quale si inserisce. L'obiettivo, di conseguenza, non è eliminare la condotta discriminatoria, ma minimizzare il rischio che essa possa in concreto manifestarsi. Non è un obiettivo ambizioso e, soprattutto, coerente con le finalità pluraliste dello Stato costituzionale.

22 Si veda per esempio il volume di A. Scalia, B.A. Garner, *Making you case. The Art of Persuading Judges*, New York, Thomson West, 2008, 110 ss. in cui il giudice della Corte suprema elenca gli elementi essenziali di una buona strategia argomentativa, evidenziando come le controversie siano decise soprattutto da una retorica convincente.

23 Sul punto si veda M. La Torre, *Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità, ragionevolezza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2012, 1, pp. 123 ss., spec. p. 150 ss. Sul tema devono essere richiamate poi le tesi di R. Alexy secondo il quale l'argomentazione giuridica necessita dell'esplicitazione dei criteri di correttezza: si veda Id., *La ragionevolezza nel diritto costituzionale. Otto osservazioni sulla discussione*, in *La ragionevolezza nel diritto*, M. La Torre, A. Spadaro (a cura di), Torino, Giappichelli, 2002, pp. 152 ss.

24 Si veda ancora W.F. Hensel, *ivi*, p. 147 ss. e D.M. Sheth, *Better Off Unborn? An Analysis of Wrongful Birth and Wrongful life Claims Under the Americans with Disabilities Act*, in *Tennessee Law Review*, 2005-2006, 73, pp. 643-644 ss.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Dimitri Dimoulis, Soraya Lunardi***

Sacralità del testo costituzionale ed eresia interpretativa. La sentenza della Corte suprema brasiliana sulle unioni civili omosessuali

Sommario

1. La Corte suprema brasiliana al centro della scena – 2. Obiettivi e metodologia – 3. La questione di incostituzionalità e le alternative alla decisione – 4. Argomenti presentati dai giudici – 4.1. Argomenti legati alla teoria dell'interpretazione giuridico-costituzionale – 4.1.1. Argomenti teleologici basati sui mutamenti sociali – 4.1.2. Argomenti basati sul testo (significato chiaro) – 4.1.3 Argomenti sistematici – 4.1.4 Argomento della volontà del legislatore (intenzione del legislatore) – 4.2. Argomenti teorico-giuridici – 4.2.1 Argomenti "post-positivisti" – 4.2.2 Argomento a partire dai precedenti – 4.3. Argomento basato sulla teoria del *judicial review* (ruolo istituzionale della Corte costituzionale) – 5. Risultati

Abstract

L'articolo fornisce una lettura particolareggiata degli argomenti e dei metodi di interpretazione giuridica utilizzati nelle estese motivazioni individuali scritte dai giudici della Suprema Corte brasiliana, nel caso in cui quest'ultima ha riconosciuto la costituzionalità delle unioni civili omosessuali. Dopo aver tracciato un riassunto del caso e delle sue possibili soluzioni, prenderemo in analisi le motivazioni individuali, mostrando il loro sincretismo metodologico, l'uso contraddittorio di argomenti e di metodi interpretativi giuridici così come le carenze nella struttura del ragionamento. I giudici fanno ricorso ad argomenti tecnico-giuridici, ma non sembrano soddisfare, nel processo di decisione, criteri di razionalità. Possiamo riscontrare un approccio di tipo retorico che mira a soddisfare l'opinione pubblica, piuttosto che a offrire una soluzione coerente in accordo con gli elementi normativi della Costituzione federale brasiliana del 1988.

The paper provides a close lecture of the arguments and methods of legal construction, employed in the extensive individual opinions written by the Justices of the Brazilian Supreme Court in the case which authorized the same sex civil union. After tracing an outline of the legal problem and his possible solutions, we analyze the individual opinions, showing their methodological syncretism, the use of legal methods and arguments in a contradictory way as well the deficiencies in the reasoning. The Justices use legal arguments, but do not meet the requirements of rationality in the decision-making. We have a rhetorical attempt that aims to satisfy the public opinion rather than to offer a comprehensive and coherent solution according the normative elements of the Brazilian Federal Constitution of 1988.

* Scuola di Diritto di San Paolo della Fundação Getulio Vargas (Direito-GV).
** Universidade Estadual Paulista (UNESP), San Paolo
Questo testo è stato presentato in occasione della Conferenza internazionale *Reasoning and Argumentation in Legal Discourse*, presso l'Instituto de Filosofia da Linguagem della Universidade Nova di Lisbona, il 13 dicembre del 2012. Gli autori desiderano ringraziare Giovanni Damele per l'invito e per i commenti.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

1. La Corte suprema brasiliana al centro della scena

Per comprendere il ruolo della Corte suprema in Brasile (*Supremo Tribunal Federal*) occorre, anzitutto, prendere in considerazione la sua crescente importanza nella società brasiliana odierna. La Corte ha visto infatti aumentare, negli ultimi anni, la propria popolarità, da quando ha iniziato ad essere più presente nei mezzi di comunicazione di massa. A partire dal 2002, *TV Justiça*, un canale televisivo pubblico, trasmette in diretta i dibattiti tra i giudici della Suprema Corte, insieme a commenti sui voti dei giudici, interviste e programmi dedicati alle sedute della Corte[1]. Con il risultato che i giudici della Suprema Corte fanno spesso notizia e rilasciano interviste televisive e sui giornali. In positivo, questo ha significato una maggiore trasparenza, dal momento che gli argomenti presentati dai giudici sono pubblici e ognuno può avere accesso ai dibattiti e agli scambi di opinioni tra i giudici, comprese aspre discussioni, battute o ironie. L'esposizione della Corte sui mezzi di comunicazione, pertanto, fa sì che i giudici siano sempre più conosciuti e popolari. Valga, a titolo di esempio, l'incremento del 116% delle citazioni della Corte suprema sui mezzi di comunicazione di massa brasiliani registratosi nel 2012, o anche l'aumento del 75% del numero di *followers* dell'account di *twitter* della Corte[2].

La Corte suprema si è avvicinata in maniera crescente ai cittadini, occupando uno spazio importante nella società brasiliana e dando concretezza all'idea di una "società aperta degli interpreti della costituzione"[3]. Il processo del cosiddetto "*Mensalão*"[4], iniziato nella seconda metà del 2012, può essere visto come un passaggio fondamentale, soprattutto dal punto di vista simbolico, di questo processo. Questa inchiesta ha infatti attratto in modo particolare l'attenzione dell'opinione pubblica, a causa delle accuse di corruzione e di storno di denaro pubblico rivolte a politici di primo piano. Il processo ha perciò conosciuto un'intensa e continua copertura mediatica, divenendo un appuntamento fisso sui quotidiani e dando origine a un'autentica inondazione di commenti sui *social network*. Il relatore del processo, il giudice Joaquim Barbosa, ha richiesto pene severe per i principali imputati ed è stato seguito dalla maggioranza dei giudici della Corte. Una scelta che ha ricevuto l'approvazione dell'opinione pubblica ed è stata largamente commentata sui mezzi di comunicazione, al punto di trasformare il giudice Barbosa in una celebrità e d'essere riconosciuto e salutato per la strada, mentre uno dei costumi più venduti durante il carnevale del 2013 è stato quello costituito dalla sua maschera e dalla toga[5].

Tanta attenzione comporta il rischio, per i giudici della Corte suprema, di subire un'eccessiva pressione da parte dell'opinione pubblica, giungendo così a far ricorso, nelle motivazioni dei loro voti, ad argomenti di tipo retorico-emotivo, oppure decidendo di assecondare passivamente i desideri dell'opinione pubblica[6]. Siamo quindi di fronte a una doppia pressione.

Da un lato, vi è la pressione della comunità giuridica perché la Corte suprema presenti argomenti tecnico-giuridici convincenti e coerenti, a costo di ricevere critiche negative da parte dei giuristi o di esporsi alla possibilità di ricorsi successivi dinanzi a corti nazionali e internazionali.

Dall'altro, l'opinione pubblica richiede argomenti che incontrino il suo favore. Ciò può spiegare alcune caratteristiche degli argomenti usati dai giudici della Suprema Corte brasiliana, i quali ricorrono maggiormente ad argomenti che possano ottenere il consenso del pubblico, rispetto ai giudici della Corte suprema degli Stati Uniti o delle corti costituzionali europee, più inclini a formulare argomenti tecnici indirizzati ai giuristi[7].

1 A partire dall'11 agosto del 2002, *TV Justiça* trasmette, oltre a notiziari dedicati alla giustizia brasiliana, il programma *Direto do Plenário*, che può anche essere seguito online in *TV Justiça* www.tvjustica.jus.br/index/ver-detalhe-programa/idPrograma/212866.

2 Nel gennaio del 2012 la Corte suprema aveva circa 180.000 *followers* su *twitter;* nel dicembre del 2012 il numero di *followers* era salito a 316.000. La Corte suprema contava 170.000 citazioni sui mezzi di comunicazione scritti nel 2012, con una crescita a fronte delle 78.000 citazioni del 2011 (dati: *Folha de São Paulo*, 13 gennaio 2013, p. A10).

3 P. Häberle, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, in *Juristen-Zeitung*, 1975, p. 297-303.

4 Un caso di corruzione analogo, anche per l'impatto sulla società e l'opinione pubblica brasiliane, al caso italiano cosiddetto di "mani pulite" (n.d.t.).

5 *Estado de São Paulo*, 9 gennaio 2013, cfr. www.estadao.com.br/noticias/geral,comeca-a-faltar-mascara-de-joaquim-barbosa-no-rio,982325; *Veja* veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/politica-cia/fabricante-de-mascaras-de-borracha-diz-o-joaquim-barbosa-e-o-batman/.

6 Il giudice Ricardo Lewandowski ha affermato che durante il processo del "*Mensalão*" i giudici hanno iniziato a fare ricorso a un vocabolario che potesse essere compreso anche dai non specialisti (*Folha de São Paulo*, *ivi*).

7 Cfr. J.R. Rodriguez, *Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*, São Paulo, Saraiva, 2013.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Tanta attenzione sulla Corte suprema, con i rischi che essa comporta, richiede quindi che si prendano in esame i modelli interpretativi utilizzati dalla stessa Corte.

2. Obiettivi e metodologia

Questo lavoro intende passare dettagliatamente in rassegna gli argomenti usati nelle motivazioni dei voti individuali dei giudici costituzionali nel corso del processo che si è concluso nel 2011[8] con il riconoscimento delle unioni civili omosessuali[9]. L'obiettivo è quello di identificare i modelli argomentativi condivisi dai membri della Corte suprema, mostrando in che modo gli stessi giudici interpretino l'obbligo costituzionale di motivare i loro voti. Inoltre, intendiamo verificare il ricorso ad argomenti tecnico-giuridici o l'eventuale ricorso ad argomenti di tipo populista, questi ultimi al fine di raggiungere un più vasto uditorio.

La nostra valutazione della qualità degli argomenti è basata sui criteri seguenti:

a) coerenza interna (assenza di contraddizioni nella motivazione);

b) livello di corrispondenza tra argomenti e dati normativi rilevanti (soluzioni indicate da giuristi o da precedenti giudiziari, coerenza con gli elementi testuali della legislazione);

c) qualità della prova (le ragioni presentate nel voto sono fondate su tendenze o fatti provati in modo soddisfacente oppure sono semplicemente retoriche?);

d) interpretazione sistematica (attraverso il voto si interpreta la legge in maniera sistematica o si indicano semplicemente le norme che sostengono una certa opinione, scegliendo di ignorarne altre?);

e) qualità del sillogismo giuridico (la conclusione giuridica segue accuratamente da premesse giuridiche o è una sussunzione fallace? Una "sussunzione fallace" accade, tipicamente, quando la Corte deduce una conseguenza concreta da principi astratti o valutazioni morali[10]).

Abbiamo scelto di parlare del caso delle unioni omosessuali per tre importanti motivi:

– la sentenza ha normato una questione fortemente controversa a livello sociale, i diritti delle minoranze sessuali, questione che ha dato origine a un grande repertorio di letteratura accademica in Brasile[11];

8 *Ação direta de inconstitucionalidade* ("azione diretta di incostituzionalità") n. 4277 e *Argüição de descumprimento de preceito fundamental* ("Ricorso per violazione di una norma fondamentale") n. 132, 24 maggio 2011. Versione integrale disponibile in redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635.

9 In Brasile, è comune riferirsi a queste unioni come "matrimonio gay" (*casamento gay*) o "unione omoaffettiva" (*união homoafetiva*). Tuttavia, né la Costituzione brasiliana né le leggi fanno riferimento all'orientamento o alle preferenze sessuali come criterio rilevante ai fini dell'unità familiare. Soltanto il sesso biologico viene citato espressamente. Pertanto, sembra corretto da un punto di vista giuridico fare riferimento a queste unioni come unioni omosessuali (*same-sex unions*).

10 Un'analisi completa della qualità argomentativa delle motivazioni delle sentenze dovrebbe prendere in considerazione anche i seguenti aspetti: (a) *competenza*: verifica formale degli elementi normativi che giustificano il ruolo del giudice; (b) *ricorso alle fonti*: le motivazioni citano le opinioni di altri operatori giuridici e i precedenti giudiziari in modo completo e ragionevole, oppure si basano soltanto sugli elementi che avvallano la tesi sostenuta? Siamo di fronte a un dibattito ragionato basato su argomenti o a un semplice sfoggio di erudizione?

11 Cfr. R. Raupp Rios, *A homossexualidade no direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001; Id., *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*, in *Revista dos Tribunais*, 2002; Id. (a cura di), *Em defesa dos direitos sexuais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007; Id., *Direito da anti-discriminação, sexo, sexualidade e género*, in *Igualdade, diferença e direitos humanos*, D. Sarmento e a. (a cura di), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, pp. 619-659; L.R. Barroso, *Diferentes, mas iguais. O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*, in *Igualdade, diferença e direitos humanos*, *ivi*, pp. 661-693; D. Sarmento, *Casamento e União estável entre pessoas do mesmo sexo*, in *Igualdade, diferença e direitos humanos*, *ivi*; E. Séguin (a cura di), *Direito, relações de gênero e orientação sexual*, Curitiba, Letra da Lei, 2009; M.B. Dias (a cura di), *Diversidade sexual e direito homoafetivo*, in *Revista dos Tribunais*, 2011. Commentano la decisione della Corte suprema J.R. Lima Lopes, *Comentando a decisão do STF*, in *Homossexualidade e direitos sexuais: reflexões a partir da decisão do STF*, R. Raupp Rios, C. Golin, P.G. Cogo Leivas (a cura di), Porto Alegre, Sulina, 2012, pp. 59-68.; A. Travessoni Gomes Trivisonno, *Igualdade, dignidade, proteção à família e união homoafetiva: o STF sem saída?*, in *Direitos sociais em debate*, C. Toledo (a cura di), Rio de Janeiro, FGV, 2012, pp. 201-237; T. Rodrigues Vieira (a cura di), *Minorias sexuais. Direitos e preconceitos*, Brasília, Consulex, 2012; J.A. Rinck, S. Yakabi, *Derrotabilidade jurídica e ativismo judicial na construção dos direitos humanos pelo STF*, in *O Judiciário e o discurso dos direitos humanos*, Recife, Editora UFPE, 2012, pp. 831-849; H. Sirena, *O reconhecimento da união homoafetiva e a geração de efeitos jurídicos pelas uniões entre pessoas do mesmo sexo*, in *Revista brasileira de estudos constitucionais*, n. 22, 2012, pp. 431-455; D. Dimoulis, S. Lunardi, *Direito à livre orientação sexual e tutela da diversidade sexual pela Constituição Federal de 1988*, in *Manual dos direitos homoafetivos*, C. Valença Ferraz e a. (a cura di), São Paulo, Saraiva, 2013, pp. 75-87; F. Santos Albuquerque, *O julgamento no STF da ADI n. 4.277 e da ADPF n. 132 em uma perspectiva civil-constitucional*, in *Manual dos direitos homoafetivos*, *ivi*, pp. 44-58.; G.S. Leite, *Jurisdição constitucional ativismo*

– la decisione della Corte suprema è andata contro la lettera della Costituzione;
– la decisione della Corte è stata unanime.

Le prime due caratteristiche mostrano come i voti siano stati accuratamente motivati al fine di convincere l'opinione pubblica sulla decisione. Ogni eventuale difetto sul piano dell'argomentazione non può quindi essere spiegato con la scarsa rilevanza sociale e giuridica del caso oppure con la pressione dovuta al poco tempo a disposizione.

L'unanimità, alquanto rara ogniqualvolta la Suprema Corte discuta in seduta plenaria materie tanto controverse, rende ancor più agevole lo studio delle strategie argomentative e crea un'aspettativa di accordo sia sul metodo che sugli argomenti utilizzati. Tuttavia, dimostreremo che ciò non è avvenuto in questo caso e che si sono registrate differenze significative tra le argomentazioni avanzate dai singoli giudici. Ciò è tipico del modo in cui la Suprema Corte prende le sue decisioni: i giudici possono distinguersi tra loro per quel che riguarda le motivazioni anche laddove concordino sul risultato finale.

In questo caso, i giudici sono stati unanimi nell'accogliere il ricorso[12]. Tuttavia, si sono registrate notevoli differenze nelle argomentazioni sviluppate dai singoli giudici. Tre giudici hanno incluso nelle motivazioni del loro voto la teoria della differenziazione giuridica delle unioni omosessuali: "i giudici Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso hanno concordato sulla peculiare concezione dell'impossibilità di una regolamentazione ortodossa delle unioni omosessuali per le famiglie già esistenti. Tuttavia, hanno riconosciuto l'unione civile omosessuale come una nuova forma di entità familiare"[13]. Il giudice Fux ha ritenuto che il riconoscimento legale di un'unione omosessuale non debba essere reso pubblico, a causa del rischio che molte coppie omosessuali possano essere discriminate una volta che sia stata resa nota la loro relazione[14]. Il giudice Barbosa ha sostenuto che l'articolo 226 della Costituzione federale non protegge le unioni omosessuali, ma che questa protezione deriva piuttosto da principi costituzionali. Il giudice non ha indicato se si debba giungere a un'equiparazione tra unioni omosessuali ed eterosessuali e quali norme governino le unioni omosessuali[15]. Inoltre, soltanto quattro dei nove giudici che hanno votato[16] concordano sulla tesi di un'equa e diretta protezione costituzionale delle unioni civili indipendentemente dal sesso biologico (giudici Britto, Rocha, M.A. Mello, C. Mello).

Identificheremo gli argomenti utilizzati dai giudici e, in seguito, suggeriremo una valutazione. Il nostro approccio analitico è basato sugli studi di Giovanni Damele[17] e di altri studiosi che si sono occupati di argomentazioni nelle corti costituzionali[18]. Tuttavia, segue un suo proprio modello, dal momento che ricorre a una classificazione di argomenti e metodi interpretativi pensata dagli autori del presente articolo.

Lo studio di una decisione singola non garantisce, ovviamente, la rappresentatività dei risultati. Ma dal momento che ci troviamo dinanzi a una decisione frutto di una forte pressione argomentativa, ci sembra che possa offrire considerazioni importanti circa gli *standard* qualitativi stabiliti dalla corte suprema brasiliana.

Abbiamo escluso dall'analisi gli argomenti che non erano direttamente legati al caso[19] o quelli che mostravano di basarsi su un mero appello alle emozioni[20]. Nonostante questi argomenti siano sintoma-

judicial e minorias. O Supremo Tribunal Federal e o reconhecimento da união estável homoafetiva, in *Manual dos direitos homoafetivos*, *ivi*, pp. 29-43; P.R. Iotti Vecchiatti, *Manual da homoafetividade*, São Paulo, Método, 2013; P.R. Iotti Vecchiatti, *O reconhecimento da união homoafetiva familiar constitucionalmente protegida*, in *Manual dos direitos homoafetivos*, *ivi*, pp. 128-156.

12 Pubblicazione ufficiale, p. 880.

13 *Ivi*, p. 614.

14 *Ivi*, pp. 681-682.

15 *Ivi*, p. 726.

16 La Corte suprema brasiliana è costituita da undici giudici; il giudice Dias Toffoli si è astenuto dal giudicare nel caso in questione, mentre la giudice Ellen Gracie Northfleet era assente.

17 G. Damele, *Rhetoric and Persuasive Strategies in High Courts' Decisions: Some Remarks on the Recent Decisions of the Portuguese* Tribunal Constitutional *and the Italian* Corte Costituzionale *on Same-Sex Marriage*, in *Argumentation 2011*, M. Araskiewicz e a. (a cura di), Brno, Masaryk University Press, 2011, p. 81-93; G. Damele e a., *On Legal Argumentation Techniques: Towards a Systematic Approach*, in *From Information to Knowledge. On Line Access to Legal Information Methodologies, Trends and Perspectives*, M.A. Biasiotti, S. Faro (a cura di), Amsterdam-Berlin-Tokyo-Washington D.C., IOS Press, 2011, pp. 105-118.

18 Bibliografia in E. Zuleta Puchero, *Interpretación de la ley*, Buenos Aires, La Ley, 2003.

19 Ad esempio, il giudice Fux ha fornito una lunga spiegazione a proposito della "dimensione oggettiva" dei diritti costituzionali, p. 661-665.

20 Esempi: la trascrizione di una "poesia scritta in stato di presunta incoscienza dal tanto celebrato medium brasiliano Chico Xavier" (giudice Britto, p. 650); "ho ritenuto importante lasciar parlare la voce del cuore" (giudice Fux, p. 683).

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

tici dello stile di pensiero e di decisione della Corte, essi non influenzano la qualità argomentativa del voto.

3. La questione di incostituzionalità e le alternative alla decisione

Il ricorso, nel caso delle unioni omosessuali, si basava sul fatto che l'articolo 1723 del Codice civile brasiliano avrebbe dovuto essere interpretato in accordo con la Costituzione federale e inteso perciò come una norma che riconosce anche le unioni civili di coppie omosessuali.

L'articolo 1723 del Codice civile recita: "*È riconosciuta come entità familiare l'unione civile tra un uomo e una donna*, che intrattengano una relazione pubblica, consapevole e continua, al fine di costituire una famiglia" (corsivo nostro).

L'articolo 226, comma 3, della Costituzione federale recita: "Ai fini dell'ottenimento della protezione da parte dello Stato, *l'unione civile tra un uomo e una donna è riconosciuta come un'entità familiare*, la legge deve favorirne la conversione in un rapporto matrimoniale" (corsivo nostro).

Come si vede, vi è un'assoluta somiglianza tra il Codice civile e la Costituzione federale. Il legislatore ha virtualmente riprodotto il comma 3 dell'articolo 226, invertendo l'ordine delle parole e aggiungendo ulteriori requisiti per il riconoscimento di un'unione civile. Occorre notare che anche il comma 5 dell'articolo 226 della Costituzione federale definisce il matrimonio come una relazione eterosessuale: "*I diritti e i doveri della società coniugale devono essere esercitati egualmente dall'uomo e dalla donna*" (corsivo nostro).

Dal momento che il Codice civile riproduce alla lettera la norma costituzionale, i giudici della Corte suprema si sono trovati dinanzi a una prima alternativa. Da un lato, avrebbero potuto optare a favore di un'interpretazione letterale del significato della disposizione, che li avrebbe condotti al riconoscimento della costituzionalità della disposizione del Codice civile, con il rischio, però, di essere etichettati da una parte dell'opinione pubblica brasiliana come conservatori. Dall'altro, avrebbero potuto adottare un punto di vista politicamente liberale, accettando il ricorso ma dando l'impressione di contraddire norme costituzionali apparentemente chiare e rischiando, in questo caso, di essere accusati di eccessivo attivismo giudiziario[21]. Il ricorso al metodo cosiddetto della "interpretazione in accordo con la Costituzione"[22] poteva consentire di superare l'*impasse*, permettendo alla Corte di scegliere, tra le molte possibili interpretazioni della norma, quella maggiormente compatibile con l'insieme del testo costituzionale, senza modificare le disposizioni normative[23].

Più in dettaglio, e data la situazione iniziale, sembravano quindi presentarsi alla Suprema Corte le seguenti possibilità:

1. Rigetto del ricorso sulla base dell'identità testuale tra Costituzione e Codice civile. Questa soluzione sarebbe apparsa come la più rispettosa della lettera della disposizione, ma avrebbe anche causato il maggior disappunto tra le minoranze sessuali e l'opinione pubblica *liberal*;

2. Rigetto del ricorso, individuando una lacuna ma non un'omissione legislativa incostituzionale ed, eventualmente, facendo appello al legislatore perché regolamentasse le unioni civili omosessuali. Ovvero accoglimento del ricorso, *ultra petita*, dichiarando tale omissione legislativa incostituzionale e obbligando quindi il legislatore a regolamentare la questione, con la possibilità di applicare analogicamente le norme esistenti sulle unioni civili eterosessuali fino all'adempimento del dovere di regolamentazione da parte del legislatore[24];

3. Accoglimento del ricorso, dichiarando incostituzionali sia l'articolo 1723 del Codice civile, sia l'articolo 226, paragrafo 3 della Costituzione federale, alla luce di altre disposizioni costituzionali (principi di eguaglianza, dignità umana, ecc.). Questa soluzione avrebbe introdotto nella giurisprudenza della Corte la teoria della gerarchia tra norme costituzionali e conseguentemente la possibilità di dichiarare l'incostituzionalità di alcune norme costituzionali. Una possibilità, tuttavia, da sempre esclusa dalla stessa Corte suprema[25];

21 A. Travessoni Gomes Trivisonno, *Igualdade, dignidade, proteção à família e união homoafetiva*, *ivi*, p. 203.

22 Analogo in questo caso a una sentenza interpretativa di accoglimento (n.d.t.).

23 D. Dimoulis, S. Lunardi, *Curso de processo constitucional*, São Paulo, Atlas, 2013.

24 Sulle possibili conseguenze di una omissione legislativa incostituzionale nel sistema giuridico brasiliano, cfr. D. Dimoulis, S. Lunardi, *Curso de processo constitucional*, *ivi*, pp. 134-137.

25 Precedenti giudiziari *ivi*, p. 110.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

4. Accoglimento del ricorso, considerando che alcune norme costituzionali richiedono il riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali come qualcosa di differente dalle unioni tra "uomo e donna" di cui parla l'articolo 226, comma 3, della Costituzione federale. L'interpretazione sistematica della Costituzione (in quanto interpretazione costruttivista, che prende in considerazione il contesto e armonizza disposizioni *prima facie* contraddittorie) avrebbe potuto autorizzare questa soluzione e la regolamentazione delle unioni omosessuali avrebbe potuto essere compiuta attraverso l'applicazione per analogia delle regole legali esistenti, fino a che il legislatore non avesse compiuto il proprio dovere di regolamentazione.

Tuttavia, la Corte suprema brasiliana non sembra aver adottato nessuna di queste alternative. O, meglio, ha adottato, in ultima analisi, una versione peculiare della terza. Ha infatti deciso che la regola del Codice civile sulle unioni civili può essere costituzionale soltanto se considerata come una regola che autorizza *anche* le unioni omosessuali. Tuttavia, i giudici hanno interpretato l'articolo 226, comma 3, della Costituzione, senza modificarlo. È pur vero che, come abbiamo visto, tre giudici hanno, in realtà, adottato la quarta alternativa. Tuttavia, ciò è avvenuto soltanto nel corso del dibattito, senza che tale dissenso venisse poi formalizzato, da quegli stessi giudici, nel loro voto finale. In tal modo, sul piano formale, la Corte ha finito per accogliere il ricorso in maniera unanime.

4. Argomenti presentati dai giudici

4.1 Argomenti legati alla teoria dell'interpretazione giuridico-costituzionale

In questa categoria, abbiamo raggruppato gli argomenti basati sui quatto "elementi" o "metodi" interpretativi di Friedrich Carl von Savigny[26], largamente accettati dai giuristi e nella giurisprudenza in Brasile e in molti altri paesi come strumenti di interpretazione costituzionale[27].

4.1.1 Argomenti teleologici basati sui mutamenti sociali

Uno degli argomenti più frequentemente usati è quello della "realtà delle cose". Secondo questo argomento, quel che realmente accade in una società dev'essere considerato come l'elemento basilare per orientare la decisione della Corte.

Quando sia la Costituzione brasiliana che il Codice civile brasiliano specificano che devono essere considerate unioni civili quelle stipulate tra un uomo e una donna, ignorano la minoranza costituita dalle coppie omosessuali che convivono.

– Tale mancato riconoscimento deriva da una forma di conservatorismo sociale che rifiuta l'omosessualità (così il giudice Britto, p. 627).

– La sessualità è un elemento esistenziale. Esprime l'identità e la dignità dell'essere umano e deve essere valutata senza prendere specificamente in considerazione l'orientamento sessuale (giudice Britto, pp. 636-637).

– La famiglia è un fatto "culturale e spirituale", indipendente dal sesso biologico di coloro che vi sono coinvolti (giudice Britto, p. 644).

– L'esistenza dell'omosessualità e di coppie omosessuali "è un fatto della vita", statisticamente registrato dall'Istituto Brasiliano di Geografia e Statistica (IBGE) e richiede pertanto di essere giuridicamente riconosciuto (giudice Fux, pp. 666-667. Giudice Lewandowski, pp. 717-718).

– Il sistema giuridico deve seguire l'evoluzione della società prendendo in considerazione le unioni civili tra persone omosessuali, un fatto che è oltretutto socialmente accettato (giudice Fux, pp. 668 e 678).

– Il diritto deve seguire l'evoluzione della società e riconoscere che le unioni civili omosessuali fanno parte della realtà sociale; il sistema giuridico brasiliano, tuttavia, ha fallito nel fare ciò (giudice Barbosa, p. 723).

26 F.C. von Savigny, *Vorlesungen über juristische Methodologie*, Frankfurt/M., Klostermann, 2004 (ed. or. 1802-1842)

27 Ulteriori analisi e riferimenti bibliografici in H.M. Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen. Theorie der Norm und des Gesetzes*, Heidelberg, Müller, 1999; N. MacCormick, R. Summers (a cura di), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Aldershot, Dartmouth, 1991; J.R. Sieckmann (a cura di), *Verfassung und Argumentation*, Baden-Baden, Nomos, 2005.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

4.1.2 Argomenti basati sul testo (significato chiaro)

Gli argomenti letterali appaiono, in questo caso, cruciali, data la sostanziale identità testuale tra Costituzione e Codice civile. I giudici che hanno riconosciuto l'esistenza di una lacuna giuridica hanno fatto ricorso all'argomento del significato chiaro (*plain meaning*) al fine di motivare il loro voto[28]. Il riferimento ad argomenti di tipo letterale può essere identificato nelle seguenti affermazioni:

– "la disposizione costituzionale (..) è chiara nell'affermare, esplicitamente, che l'unione civile può avvenire soltanto tra un uomo e una donna, anche nel momento in cui prende in considerazione la possibilità che tale unione sia convertita in matrimonio" (giudice Lewandowski, p. 713)[29];

– un'interpretazione grammaticale indica che le unioni civili omosessuali non sono le unioni civili descritte nell'articolo 226, comma 3, ma qualcosa di differente che può essere compreso attraverso una lettura sistematica del testo costituzionale. Pertanto, vi è una lacuna che deve essere colmata attraverso l'interpretazione (giudice Lewandowski, p. 712).

4.1.3 Argomenti sistematici

L'argomento sistematico è stato usato sia al fine di giustificare l'esistenza di lacune giuridiche, sia per negare la necessità di una regolamentazione normativa, affermando che le disposizioni costituzionali sono sufficienti ai fini del riconoscimento delle unioni civili omosessuali. Il ricorso a questo tipo di argomento serve a sostenere che la Costituzione riconosce già (implicitamente) nell'insieme delle sue disposizioni le unioni civili omosessuali. I giudici hanno giustificato i loro voti come segue[30]:

– la discriminazione sulla base del genere è proibita a fronte del dovere dello Stato di promuovere il benessere di ogni cittadino (articolo 3 della Costituzione brasiliana) (giudice Britto, p. 631);

– la Costituzione tace circa l'orientamento sessuale e le preferenze individuali, dal che si può ritenere che l'orientamento omosessuale è consentito (giudice Britto, pp. 634, 638; giudice Fux, p. 667; giudice Barbosa, pp. 724-725);

– non vi è alcuna disposizione costituzionale che proibisca esplicitamente la formazione di famiglie o unioni civili omosessuali (giudice Britto, p. 655; giudice Fux, p. 667);

– quella delle preferenze sessuali è una questione legata alla dignità umana, pertanto sono protette dalla Costituzione (articolo 1, comma 3). Progetti di vita individuali devono essere rispettati e riconosciuti come liberi e autonomi (giudice Britto, p. 638; giudice Fux, pp. 674-675; giudice Rocha, p. 699);

– le preferenze e le attività individuali sono protette in quanto attinenti alla sfera privata (articolo 5 della Costituzione) (giudice Britto, p. 639; giudice Rocha, pp. 700, 703);

– l'uguaglianza tra coppie con differenti preferenze sessuali può essere raggiunta soltanto se "il diritto individuale e personale di costituire una famiglia autonoma" sono riconosciuti (giudice Britto, p. 649);

– ontologicamente, l'affetto e la volontà interdipendente di convivenza che caratterizza la famiglia possono essere ritrovati in qualsiasi coppia, indipendentemente dalle preferenze sessuali dei componenti. Se tutte le famiglie sono ontologicamente uguali, la Costituzione non può considerarle diversamente. Ciò è dovuto al principio di uguaglianza, che implica di trattare in maniera sostanzialmente identica casi uguali (giudice Fux, pp. 671-672);

– il mancato riconoscimento delle unioni civili tra persone omosessuali ha un effetto nocivo diretto sulla certezza del diritto, perché ostacola la possibilità dei cittadini di gestire i loro beni con conseguenze giuridiche prevedibili (giudice Fux, p. 678);

– una serie di principi costituzionali, ad esempio i principi di dignità, uguaglianza, libertà e il principio di protezione dell'intimità personale, richiede un riconoscimento delle unioni civili omosessuali diverso rispetto alle unioni civili descritte nell'art. 226 della Costituzione, riferito a coppie eterosessuali. Pertanto, al fine di colmare questa lacuna, è necessario trattarle analogicamente, sulla base delle regole delle unioni civili eterosessuali (giudice Lewandowski, pp. 713-714, 719; giudice Mendes, p. 754; giudice Peluso, p. 874);

28 L'argomento del significato chiaro (*plain meaning argument*) è citato anche nella motivazione dei voti dei giudici che negano l'esistenza di una lacuna giuridica, ma è riusato in favore di altri argomenti.

29 Il giudice Mendes condivide questa posizione (p. 732).

30 Dal punto di vista analitico, il sotto-argomento che soggiace all'interpretazione sistematica potrebbe essere: sotto-argomento della dignità, sotto-argomento della libertà, sotto-argomento della protezione dell'intimità, sotto-argomento del divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, sotto-argomento della protezione della famiglia e della protezione di un nuovo concetto di famiglia. Questa ricostruzione è stata proposta in A. Travessoni Gomes Trivisonno, *Igualdade, dignidade, proteção à família e união homoafetiva*, *ivi*, pp. 208-209.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

– una serie di principi costituzionali – specialmente quelli di dignità e uguaglianza – richiede il riconoscimento delle unioni civili omosessuali, ancorché non sulla base dell'articolo 226, che fa esplicito riferimento alle unioni civili eterosessuali (giudice Barbosa, p. 726[31]);

– una serie di principi costituzionali – in particolare quelli della dignità, eguaglianza, libertà e protezione dell'intimità personale – richiede il riconoscimento delle unioni civili omosessuali per mezzo di un'interpretazione sistematica basata sui principi e "aggirando la lettera" della disposizione. Non vi è alcuna lacuna da colmare (giudice Britto, p. 746; giudice M.A. Mello, pp. 820-821; giudice C. Mello, pp. 841, 844-845);

– il sistema giuridico brasiliano riconosce ai cittadini "il perseguimento della felicità come diritto costituzionale". Tale perseguimento deriva dalla dignità personale e giustifica il libero sviluppo della vita di ciascuno, richiedendo, tra le altre cose, anche il riconoscimento legale delle unioni civili omosessuali (giudice C. Mello, pp. 844-845, 856-861).

I giudici hanno quindi fatto ricorso all'interpretazione sistematica con l'obiettivo di introdurre nelle loro motivazioni quei principi costituzionali che consentissero di neutralizzare la clausola "un uomo e una donna" dell'articolo 226, comma 3, giustificando così la loro interpretazione "in accordo con la Costituzione". Va notato che il ricorso a questo metodo avrebbe dovuto condurre alla dichiarazione di incostituzionalità dello stesso art. 226, comma 3, considerata la logica conclusione della prevalenza di certi principi su una regola esplicita[32]. Tuttavia i giudici non hanno compiuto questo passo, preferendo piuttosto motivare in maniera incoerente.

4.1.4 Argomento della volontà del legislatore (intenzione del legislatore)

Durante l'Assemblea Costituente che ha redatto la Costituzione federale del 1987-1988, il vescovo evangelico responsabile della bozza finale dell'articolo concernente la famiglia, chiarì esplicitamente che la lettera di questo articolo esclude le unioni omosessuali. Nessuno, nel corso dell'Assemblea Costituente, contestò la sua posizione. La proposta del vescovo fu quindi approvata unanimemente[33]. Il giudice Lewandoski ha citato, nel suo voto, questa intenzione originaria:

– i dibattiti in Assemblea Costituente non lasciano dubbio circa il fatto che i costituenti intendessero prevenire la possibilità di unioni omosessuali utilizzando l'espressione "tra un uomo e una donna", su suggerimento di un vescovo evangelico (giudice Lewandowski, pp. 711-713).

Alcuni giudici, invece, hanno fatto ricorso all'argomento storico in senso opposto:

– l'espressione "tra un uomo e una donna" riferita all'unione civile nell'articolo 226 non ha l'intenzione di escludere le unioni omosessuali, ma soltanto quella di favorire l'equiparazione tra unioni civili eterosessuali e matrimonio (giudice Britto, p. 652; giudice Fux, p. 681; giudice Barbosa, p. 726; giudice Mendes, p. 738);

– "forse" i legislatori costituzionali non hanno fatto riferimento alle unioni omosessuali perché non ritenuto necessario, alla luce dei principi di uguaglianza e libertà (giudice Fux, p. 691).

4.2 Argomenti teorico-giuridici

In questa categoria, includiamo gli argomenti che derivano da teorie circa la struttura del sistema giuridico e il suo metodo di applicazione.

31 L'argomento non indica a quale disposizione si dovrebbe fare ricorso al fine di regolamentare le unioni civili omosessuali e colmare in tal modo la lacuna.

32 Cfr. A. Travessoni Gomes Trivisonno, *Igualdade, dignidade, proteção à família e união homoafetiva*, *ivi*, p. 233.

33 Estratto dagli Atti dell'Assemblea Costituente, incluso nelle motivazioni del voto del giudice Lewandowski, pp. 711-712: "Il sig. Deputato Gastone Righi: infine, l'emendamento del Deputato Roberto Augusto. Si tratta dell'art. 225 [sic], § 3º. Questo comma prevede: 'Ai fini della protezione da parte dello Stato, è riconosciuta l'unione stabile tra uomo e donna come un'entità familiare, la legge dovrà favorire la sua conversione in matrimonio'. Questo paragrafo ha suscitato controversia sulla stampa e nella televisione e alcuni gruppi gay si sono espressi ritenendo che l'assenza dell'articolo femminile e maschile potrebbe sottintendere che l'unione potrebbe stabilirsi anche tra persone dello stesso sesso. Ciò è stato affermato nei notiziari televisivi, nei programmi televisivi domenicali, in riviste e giornali. Il vescovo Roberto Augusto, autore di questo paragrafo, ha avuto la preoccupazione di chiarire bene e ci ha chiesto di aggiungere i due articoli al paragrafo 3: 'ai fini della protezione da parte dello Stato, è riconosciuta l'unione stabile tra un uomo e una donna come entità familiare, la legge dovrà favorire la sua conversione in matrimonio'. È chiaro che l'assemblea non ha mai avuto altra intenzione che questa, ma al fine di evitare qualsiasi interpretazione malevola di questo austero testo costituzionale, consentano almeno che si approvi un emendamento".

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

I giudici non hanno esplicitamente adottato alcuna particolare teoria del diritto. Tuttavia, molti degli argomenti teorico-giuridici impiegati in questa decisione (così come molte decisioni recenti della Corte suprema) sono riconducibili a un punto di vista moralistico, che rifiuta il positivismo giuridico ed esalta l'attivismo giudiziario e l'importanza pratica di ricorrere a principi astratti come mezzi per modificare o invalidare regole giuridiche. Nel dibattito brasiliano, questo punto di vista è noto come "post-positivismo" o "neo-costituzionalismo", e conta su di un'ampia letteratura scientifica[34].

Facendo riferimento allo scopo ultimo della disposizione, gli argomenti teorico-giuridici mirano a giustificare una certa interpretazione rispetto ad altre. Pertanto, possono essere considerati come meta-argomenti o argomenti di secondo livello. Gli argomenti teorico-giuridici possono anche essere utilizzati come strumenti retorici, ad esempio evocando il carattere "equo" di una certa pretesa senza spiegarne ulteriormente i criteri e le ragioni[35]. In qualche caso, sono addirittura vuoti di contenuto, ad esempio quando sono usati per affermare che una decisione deve essere presa seguendo "lo spirito della Costituzione", ma senza dimenticarne "la lettera".

Abbiamo individuato i seguenti argomenti teorico-giuridici.

4.2.1 Argomenti "post-positivisti"

– La dottrina del "costituzionalismo fraterno" costituisce una scelta teoretica che richiede l'inclusione delle minoranze sulla base del punto di vista pluralistico della convivenza fra diversità (giudice Britto, p. 632).

– È impossibile stabilire criteri di "giustizia" ed "equità". Tuttavia, casi come questi richiedono una soluzione equa (giudice Fux, p. 685).

– L'approccio post-positivista richiede un "nuovo principio" costituzionale che consiste nel dovere dello Stato di proteggere le minoranze discriminate (giudice Fux, p. 689).

– "L'ampia portata dei principi fondamentali" richiede di interpretare esclusivamente le regole in un modo da consentire la protezione dei diritti di ciascuno ("comprensione della regola costituzionale nel modo più ampio") (giudice Rocha, p. 698).

– Le regole costituzionali devono essere interpretate prendendo in considerazione, oltre alla lettera, "lo spirito del sistema" (giudice Rocha, p. 699).

– La lettera dell'articolo 226 della Costituzione non può "uccidere il suo spirito" discriminando le persone omosessuali (giudice Britto, p. 653).

– La violazione di principi costituzionali è molto più grave della violazione di regole specifiche. Pertanto, i principi possono aprire la strada all'aggiramento di regole specifiche e oltrepassare "l'ostacolo del significato chiaro" (giudice M.A. Mello, p. 821).

– Una "certa creatività dei giudici" è consentita, soprattutto quando vi sono lacune e al fine di adattare le norme ai mutamenti sociali. Tuttavia, questo non può accadere contro il significato del testo (giudice Lewandowski, pp. 712-713).

– Non possiamo consentire un'interpretazione della disposizione "in accordo con la Costituzione" quando il risultato è contrario alla lettera di questa regola. Pertanto, non possiamo interpretare l'articolo

34 Riferimenti bibliografici per il Brasile: C. Caballero Lois, *Direito, racionalidade e constituição: a superação dos impasses provocados pelo neoconstitucionalismo contemporâneo, a partir da teoria do direito como integridade*, in *Seqüência*, n. 52, 2006, pp. 257-278; D. Sarmento, *Ubiqüidade constitucional: os dois lados da moeda*, in *A constitucionalização do direito*, C. Pereira Souza Neto, D. Sarmento (a cura di), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, pp. 113-148; D. Sarmento, *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*, in *Direitos fundamentais e Estado constitucional*, G. Leite, I.W. Sarlet (a cura di), Coimbra, Coimbra editora, 2009, pp. 9-49; L.R. Barroso, *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*, in *A constitucionalização do direito*, *ivi*, pp. 203-249; E. Bello, *Neoconstitucionalismo, democracia deliberativa e a atuação do STF*, in *Perspectivas da teoria constitucional contemporânea*, J. Ribas Vieira (a cura di), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, pp. 3-36; E. Ribeiro Moreira, *Neoconstitucionalismo. A invasão da Constituição*, São Paulo, Método, 2008; W. de Moura Agra, *Neoconstitucionalismo e superação do positivismo*, in *Teoria do direito neoconstitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*, D. Dimoulis, E.O. Duarte (a cura di), São Paulo, Método, 2008, pp. 431-447; L.L. Streck, *A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em termos de pós-positivismo*, in *Teoria do direito neoconstitucional*, *ivi*, pp. 285-315; A. Cavalcanti Maia, *Nos vinte anos da Carta Cidadã: dos pós-positivismo ao neoconstitucionalismo*, in *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, C. Pereira Souza Neto, D. Sarmento, G. Binenbojm (a cura di), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, pp. 117-168; E. Cambi, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*, São Paulo, in *Revista dos Tribunais*, 2009; R. Pae Kim, *Neoconstitucionalismo: hermenêutica constitucional e atividade jurisdicional na tutela dos direitos do cidadão*, in *Revista da Ajuris*, n. 116, 2009, pp. 269-290. Per una critica cfr. D. Dimoulis, S. Lunardi, *O positivismo jurídico diante da principiologia*, *ivi*, pp. 179-199; H. Ávila, *"Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência"*, in *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, *ivi*, pp. 187-202; D. Dimoulis, *Crítica ao neoconstitucionalismo*, in *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, v. 22, 2011, pp. 179-203.

35 Cfr. G. Damele, *Rhetoric and Persuasive Strategies in High Courts' Decisions*, *ivi*, p. 92.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

1723 del Codice civile "in accordo con la Costituzione" al fine di riconoscere le unioni civili omosessuali (giudice Mendes, p. 706).

4.2.2 Argomento a partire dai precedenti

I giudici fanno ricorso alla giurisprudenza della Corte al fine di mantenere la coerenza tra le decisioni presenti e passate e consentire la prevedibilità delle decisioni future. Si tratta di un argomento teorico-giuridico che presenta un alto rischio, perché precedenti confliggenti sono frequenti[36].

Questo argomento è largamente utilizzato nelle decisioni riguardanti le unioni omosessuali. I giudici affermano che le corti brasiliane hanno già attribuito effetti giuridici alle unioni omosessuali, riconoscendo molti dei loro aspetti (giudice Fux, p. 681; giudice Rocha, p. 704; giudice Barbosa, p. 726; giudice Mendes, pp. 784-786. Giudice C. Mello, pp. 839-840; giudice Peluso, p. 875).

4.3 Argomento basato sulla teoria del *judicial review* (ruolo istituzionale della Corte costituzionale)

Uno dei metodi interpretativi utilizzati in questa decisione è quello di richiamare il ruolo della Corte suprema brasiliana come un elemento chiave del controllo giurisdizionale (*judicial review*). La sua funzione è vista come quella di definire il significato ed eventualmente l'incostituzionalità delle leggi. Possiamo vedere l'uso di questo argomento nei seguenti passi:

– spetta alla Corte suprema decidere in direzione contro-maggioritaria e garantire i diritti delle minoranze oppresse e le vittime delle discriminazioni (giudice Fux, p. 668; giudice Barbosa, p. 724; giudice Mendes, p. 778; giudice C. Mello, pp. 845-850);

– spetta alla Corte suprema essere "guardiano della Costituzione" e preservare i diritti costituzionali violati dagli Stati o dagli individui (giudice Fux, p. 668; giudice C. Mello, p. 852);

– spetta alla Corte suprema prendere in considerazione i mutamenti sociali, in quanto più alto interprete della legge, le cui decisioni sono vincolanti per la generalità dei casi (giudice Fux, p. 692);

– spetta alla Corte suprema agire, in qualche caso, come "legislatore positivo" (giudice Mendes, p. 729; giudice Lewandowski, p. 746; giudice C. Mello, p. 868[37]);

– spetta alla Corte suprema rappresentare i cittadini in parallelo con la rappresentazione politica da parte di altri settori dello Stato (giudice Mendes, p. 749);

– alla Corte suprema spetta "il privilegio dell'ultima parola" sulle questioni di costituzionalità (giudice C. Mello, p. 870).

Questo modo di giustificare le decisioni della Corte è, chiaramente, retorico, e mira a rafforzare la legittimità dell'opinione basata sull'appello alla teoria del controllo giurisdizionale (*judicial review*), al fine di giustificare qualsiasi interpretazione controversa o anche contraria all'evidenza testuale.

5. Risultati

Sacralità ed eresia nella Corte suprema brasiliana. Siamo di fronte a un paradosso. I giudici della Corte suprema venerano il testo costituzionale come qualcosa di supremo e in qualche maniera sacro, la cui custodia spetta agli stessi giudici, in quanto supremi rappresentanti del giudiziario. Ma allo stesso tempo, la Costituzione è vista come un ostacolo per raggiungere una soluzione soddisfacente sostenendo che alcune disposizioni possono "uccidere" lo spirito della Costituzione[38]. Alcuni giudici si interrogano sulle intenzioni del piccolo gruppo di persone che hanno redatto la Costituzione. Questo gruppo era in grado di rappresentare la volontà dello stesso "potere costituente"? La Corte suprema sembra dubitare, adottando piuttosto interpretazioni libere ed "alternative". Si tratta di interpretazioni "eretiche", se confrontate con il testo costituzionale. Questo paradosso trasforma i giudici in fedeli guardiani del testo originale e allo stesso tempo in eretici.

36 "Non vi è un sistema organico dei precedenti in Brasile. Ogniqualvolta questi casi vengono citati, non sembra che questo avvenga attraverso una ricostruzione degli aspetti rilevanti che si adattano al caso in questione. I casi sono citati soltanto per rafforzare l'autorità del giudice", in J.R. Rodriguez, *Como decidem as cortes*, *ivi*.

37 Il giudice Celso de Mello fa riferimento a legittime "pratiche di attivismo giudiziario", p. 868.

38 La lettera dell'articolo 226 non può "uccidere il suo spirito" discriminando i gay (giudice Britto, p. 653).

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

La funzione degli argomenti retorici. Molti degli argomenti presentati dai giudici sembrano voler giustificare le decisioni di fronte all'opinione pubblica. Questo sembra chiaro negli argomenti "post-positivisti" con il loro riferimento alla "giustizia", allo "spirito del testo" o al "costituzionalismo fraterno". Lo stesso avviene rispetto al ruolo della Corte come "guardiano della Costituzione", mirante a giustificare l'attivismo giudiziario. I giudici abbandonano ogni tecnicismo giuridico e argomentano per un pubblico non specialistico, usando argomenti retorici al fine di soddisfare le aspirazioni dell'opinione pubblica.

Sincretismo metodologico. Il sincretismo può essere definito come la combinazione di differenti teorie, approcci e pratiche. I giudici usano argomenti costruiti su metodi interpretativi vari e a volte contraddittori, e non si preoccupano di seguire un modello. Il sincretismo, in questi casi, indica la mancanza di preoccupazione nei confronti dell'accuratezza del ragionamento giuridico.

Contraddizioni tra giudici che ricorrono allo stesso argomento. Lo abbiamo notato, chiaramente, nell'uso dell'argomento dell'intenzione del legislatore ("argomento storico"). Il giudice attribuisce ai padri costituenti sia l'intento di riconoscere le unioni civili, indipendentemente dal testo che hanno poi scritto, sia l'intento di escludere le unioni omosessuali sulla base dei dibattiti durante l'assemblea costituente. Analoga contraddizione si può riscontrare negli argomenti fattuali. Alcuni giudici citano il dato di fatto delle unioni eterosessuali per criticare il mancato riconoscimento da parte de legislatore e altri per sostenere che ciò obbliga il potere giudiziario a riconoscere legalmente le coppie omosessuali.

La stessa cosa succede con gli argomenti sistematici, usati sia per sostenere la protezione costituzionale delle unioni omosessuali, sia per sostenere l'esatto opposto. In generale, argomenti equitativi non forniscono risposte definitive. In molti casi la Costituzione discrimina certe categorie, nonostante l'eguaglianza ontologica delle loro posizioni o delle loro funzioni. Per esempio, la lavoratrice domestica ha meno diritti dei lavoratori di impresa (articolo 7 della Costituzione federale), anche se non vi è nessuna differenza ontologica tra il lavoro di coloro che puliscono un hotel e quello di coloro che si prendono cura di residenze private. Il generico riconoscimento del principio d'eguaglianza non implica, di per sé, che la Costituzione brasiliana debba riconoscere uguale trattamento a tutte le unioni familiari.

Accordo nel conflitto. Abbiamo già notato che vi erano differenti opinioni sul modo in cui la Costituzione considera le unioni omosessuali. Ma queste differenze non hanno impedito alla Corte di raggiungere una decisione unanime. Questo significa che il raziocinio costituzionale e l'accuratezza argomentativa hanno ceduto di fronte alla ricerca di un risultato, di qualcosa che fosse visto come soddisfacente dal punto di vista politico.

Molti giudici hanno usato "l'interpretazione in accordo con la Costituzione", ma non hanno discusso i limiti di questa tecnica di controllo giurisdizionale. Come si può interpretare l'articolo 1723 del Codice civile in una maniera contraria alla sua lettera che è virtualmente identica all'articolo 226, comma 3, della Costituzione e sostenere che questa è una interpretazione "in accordo con la Costituzione"? Ciò è possibile soltanto se si assume che, in primo luogo, l'interpretazione può cambiare allo stesso modo della lettera della legge interpretata e, in secondo luogo, che alcune disposizione costituzionali sono superiori rispetto ad altre. Con l'eccezione del riferimento alla superiorità dei principi costituzionali, avanzato dal giudice M.A. Mello, i giudici hanno evitato di riferirsi a questi assunti teorici delle loro opinioni.

Quantità e qualità delle prove. L'argomento che le unioni omosessuali sono una "realtà sociale" è usato come se fosse un fatto notorio e non fosse necessario fornirne alcuna prova. Con l'eccezione di un riferimento statistico, gli argomenti non sono basati sulle prove. Queste prove dovrebbero essere necessarie non soltanto per considerare le forme concrete, la funziona sociale, la durata e altri dati delle unioni omosessuali, comparandole alle unioni omosessuali, ma anche per verificare il punto di vista della società brasiliana sull'omosessualità. Se, ad esempio, ricerche empiriche provassero che le unioni omosessuali sono spesso mantenute in uno stato di (relativa) segretezza e che la maggior parte della società le disapprova, questo potrebbe invalidare l'argomento dell'interpretazione teleologica basata sull' "evoluzione sociale"[39]. Senza solide basi empiriche non è possibile valutare molte delle questioni legate ai diritti costituzionali.

39 Secondo un sondaggio demoscopico del 2013, il 49,5% dei brasiliani è contrario al matrimonio omosessuale: cfr. www.reportermt.com.br/index/noticias/id-29824/pesquisa_da_cnt_aponta_que_maioria_e_contra_casamento_gay.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

*Angelo Schillaci**

Dignità umana, comparazione e transizioni di genere. La lezione della Corte suprema dell'India

Sommario

1. Premessa – 2. La condizione *transgender* nella società indiana ed il suo riconoscimento costituzionale – 3. Il riferimento al quadro normativo internazionale e l'uso della comparazione – 4. Identità *transgender* e libertà fondamentali – 4.1 Riconoscimento dell'identità *trans* e principio di eguaglianza – 4.2. Libertà di espressione e identità di genere: il diritto di essere se stessi – 4.3 Identità *transgender*, dignità e libertà

Abstract

La decisione sancisce l'obbligo del pubblico potere di garantire alle persone che non si riconoscano nel genere maschile, né in quello femminile, il riconoscimento legale come terzo genere. Attraverso il ricorso al metodo comparativo e all'interpretazione della Costituzione alla luce degli obblighi internazionali in materia, la Corte suprema indiana riconduce il riconoscimento e la protezione delle transizioni di genere alla tutela della dignità umana, evidenziandone il legame con l'autodeterminazione in relazione all'identità sessuale, ed integrando il più diffuso modello di analisi della questione, incentrato sulla tutela del diritto alla salute. La particolare attenzione alla concretezza delle esperienze di vita dei membri della comunità TG mira a divellere consolidate strutture di ragionamento, aprendo la rappresentazione dell'ordinamento e della sua base sociale all'inclusione di percorsi alternativi di costruzione dell'identità sessuale.

As imposing on public power the duty to recognize and protect as a third gender every human being that doesn't identify neither with male nor with female gender, the Supreme Court of India marks an important and revolutionary step towards full protection of gender identity. Through Engagement with Comparative and International law, the Court connects specific protection of gender transitions to protection of human dignity – intended basicly as self determination in the field of sexual and gender identity – rather than to the protection of health. As a consequence, the Court gives great importance to concrete life experiences and feelings of members of the transgender community, aiming to facilitate the evolution of legal discourse and social mindset on the subject.

1. Premessa

Con la decisione in commento[1], la Corte suprema indiana sancisce l'obbligo del pubblico potere di garantire alle persone che non si riconoscano nel genere maschile, né in quello femminile, il riconoscimento legale come terzo genere. La decisione segna un significativo avanzamento nella protezione delle

* Assegnista di ricerca, "Sapienza" Università di Roma.

1 Corte suprema dell'India, 15 aprile 2014, *National Legal Services Authority v. Union of India and others*, consultabile all'indirizzo judis.nic.in/supremecourt/imgs1.aspx?filename=41411.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

persone *transgender*, ed anzi la soluzione prescelta dalla Corte, nel garantire il pieno riconoscimento dell'identità *transgender* superando – anche sul piano giuridico – il binarismo di genere, si allinea ai pochi ordinamenti che assicurano protezione alle persone *trans* attraverso il pieno riconoscimento della loro differenza, inquadrando quest'ultima come frutto di autodeterminazione e non come condizione patologica da assumere e tutelare nell'ambito della protezione del diritto alla salute.

La decisione, inoltre, presenta numerosi profili di interesse anche con riferimento al metodo utilizzato, e si pone in netta discontinuità, proprio in relazione a questo aspetto, con il precedente che, nel dicembre del 2013, aveva riformato la sentenza con la quale l'Alta Corte di Delhi aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 377 del Codice Penale indiano, recante la fattispecie delittuosa della condotta sessuale "contraria all'ordine di natura"[2].

È bene ricordare, in via preliminare, che il giudice indiano si muove in assenza di una normativa interna in tema di transizioni di genere e riassegnazione giuridica del sesso: è questo, come evidente, un profilo assai rilevante, che chiama in causa, anzitutto, il problema del rapporto tra Corti e legislatore nell'articolazione dei percorsi di riconoscimento di istanze minoritarie, che interrogano in profondità la tenuta del tessuto pluralista, investendo diverse visioni del mondo e della vita[3]. Tuttavia, è opportuno sottolineare che il giudice, nella sentenza in commento, assuma direttamente l'obbligo di tutelare la posizione dei ricorrenti, senza mostrare quella "deferenza" verso il legislatore che aveva condotto la medesima Corte, nel dicembre 2013, a non dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 377, rinviando alle valutazioni del legislatore stesso: simile forma di attivismo si giustifica, peraltro, in una ben precisa declinazione del rapporto tra "*law*" ed "*experience*", chiarita nell'opinione concorrente del giudice Sikri. Va ricordata, anzitutto, la citazione di un precedente del 1978 in cui significativamente la Corte aveva affermato che l'attitudine creativa del giudice è determinata dalla stessa "filosofia sociale" che ispira la Costituzione indiana e che il giudice è uno scienziato sociale con funzioni di vigilanza costituzionale: di conseguenza, i problemi costituzionali non possono essere analizzati in un "vacuum" socio-economico, poiché i nuovi valori nascono dai cambiamenti socio-culturali e superare i vecchi schemi di ragionamento giuridico è la funzione di una giustizia fondata sull'equità (par. 93).

Il rapporto tra diritto ed esperienza è pertanto declinato in termini evolutivi: la Costituzione e l'ordinamento sono intesi come organismi vivi, fondati su una realtà sociale in continua evoluzione, come tali soggetti ad un'interpretazione dinamica (parr. 118, 119, 122). La garanzia di accesso alla giustizia per le minoranze – che la Corte assicura con la propria decisione – conferma il suo ruolo di "*guardian of the Constitution*" e mira a rendere effettiva la tutela giudiziaria dei diritti, coessenziale alla "*vibrant*" democrazia indiana (par. 122). La tutela dei diritti qualifica ed invera la stessa *rule of law*, che non si pone pertanto quale mera garanzia di ordine e certezza, ma come "*social justice based on public order*", dal momento che l'ordinata vita sociale non è uno scopo in sé, ma assume valore solo in quanto mezzo per garantire all'individuo di vivere con dignità nel libero sviluppo della propria personalità (par. 125).

Vi è dunque uno stretto legame tra il ruolo della Corte quale garante dell'inclusione sociale e politica delle minoranze e l'apertura dei percorsi argomentativi alla considerazione dell'esperienza, nonché, più in generale, l'apertura dell'interpretazione della Costituzione al dato culturale. In questa prospettiva si inseriscono, peraltro, le stesse aperture comparative, e le loro virtualità sul piano dell'approfondimento dei percorsi di riconoscimento.

Il metodo utilizzato, le scelte argomentative e il merito della decisione sembrano porsi, in altre parole, in stretta continuità, implicandosi a vicenda: in particolare, l'ampiezza delle aperture comparative del giudice e l'attenzione all'argomento storico e sociologico sembrano precostituire le condizioni più appropriate per un approccio privo di pregiudizi alla condizione di vita della minoranza *transgender*, particolarmente sensibile alle concrete esigenze di tutela e, soprattutto, al valore del pieno riconoscimento delle transizioni di genere come declinazione possibile dell'identità sessuale e, dunque, della dignità dei soggetti coinvolti.

A tale proposito, sembra particolarmente proficuo il confronto con il precedente del dicembre 2013 in tema di comportamenti sessuali "contro natura", nel quale il mantenimento della fattispecie delittuosa precedentemente dichiarata incostituzionale si inseriva in un percorso argomentativo ben diverso,

2 Si tratta della sentenza dell'11 dicembre 2013, *Koushal et al. c. Naz Foundation et al.*, consultabile online all'indirizzo judis.nic.in/supremecourt/imgs1.aspx?filename=41070.

3 Come avverte P. Ridola, *Prefazione*, in *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, A. Schillaci (a cura di), Roma, Carocci, 2014, pp. 11 ss., l'approdo delle rivendicazioni legate all'identità sessuale al concetto di una "«libertà eguale», intesa nella sua pienezza di libero accesso di ognuno ad un proprio itinerario di autorealizzazione dell'identità sessuale ed affettiva" si pone soprattutto quale "risultato di un *engagement* particolarmente dinamico delle Corti, poiché le Corti internazionali e sovranazionali di tutela dei diritti umani, le Corti costituzionali e i giudici in senso lato si sono fatti carico di rappresentare e di dare soddisfazione a domande di libertà (e di dignità) che le legislazioni statali, pesantemente condizionate da grette dinamiche maggioritarie, hanno avuto spesso difficoltà a raccogliere con la fermezza rivendicata dai gruppi minoritari" (p. 14).

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

caratterizzato dalla difesa della specificità culturale indiana e, dunque, dalla forte sottolineatura della necessità di moderare il ricorso alla comparazione o, quantomeno, di assoggettarlo ad uno scrutinio critico assai penetrante. Tutto al contrario, come meglio si vedrà, la sentenza in esame presceglie una posizione di apertura critica al dato normativo e giurisprudenziale proveniente da ordinamenti esterni (internazionale, sovranazionali, statali), finalizzato a comporre in armonia l'evoluzione degli strumenti di protezione delle persone *trans* con la specificità culturale indiana.

Si tratta di un profilo di notevole interesse, oggetto di argomentazioni che investono tanto il ruolo delle persone *transgender* nella tradizione culturale e religiosa indiana quanto, in controluce, la revisione critica del rapporto tra specificità culturale indiana ed eredità giuridiche della colonizzazione[4]: in altre parole, se – nel caso della repressione delle condotte sessuali "contro natura" – la rivendicazione dell'identità culturale indiana finiva per ricomprendere una norma derivata dall'ordinamento britannico, in questo caso la tradizione è analizzata più in profondità, fino a risalire ai suoi caratteri pre-coloniali[5].

2. La condizione *transgender* nella società indiana ed il suo riconoscimento costituzionale

Fin dalle prime battute, la sentenza mostra una particolare sensibilità verso la condizione delle persone *transgender* nella società indiana, criticando la scarsa capacità di immaginare i sentimenti innati ("*the innate feelings*"), il trauma e il dolore dei membri della comunità TG, che si traduce in frequenti episodi di abusi, ridicolizzazione, marginalizzazione. Simile attitudine verso la differenza è, sin dal primo paragrafo della sentenza, oggetto di profonda riflessione: capovolgendo il portato di secoli di stigmatizzazione e colpevolizzazione delle esperienze di vita e identità non collimanti con il binarismo di genere, la Corte è netta nell'affermare che la colpa morale ("*the moral failure*") risiede nella resistenza sociale ad includere "ed abbracciare" le diverse espressioni dell'identità di genere, "*a mindset which we have to change*" (par. 1)[6].

La sentenza si pone pertanto come narrazione alternativa – e aderente alla concretezza delle esperienze – della condizione di vita della comunità TG, e mira a divellere consolidate strutture di ragionamento, aprendo la rappresentazione dell'ordinamento e della sua base sociale all'inclusione di percorsi alternativi di costruzione dell'identità sessuale. In stretta continuità con tali premesse, la decisione mira a chiarire la posizione delle persone TG nell'ordinamento, muovendo dalle loro concrete condizioni di vita: a tal fine, l'*iter decidendi* si appoggia, con andamento serrato, ad una serie di argomenti.

Anzitutto, l'identità transgenere è riconosciuta quale realtà frammentata e complessa, difficile da definire univocamente: in linea con l'apertura all'esperienza, che come vedremo costituisce un vero e proprio filo rosso della decisione in esame, il giudice, al par. 11, riprende una delle definizioni del termine *transgender* più diffuse a livello scientifico, vale a dire quella di "*umbrella term*", idoneo a ricomprendere una serie di esperienze anche molto distanti tra loro, e accomunate dall'impossibilità di essere immediatamente ricondotte al binarismo di genere[7].

4 Sulle eredità giuridiche della colonizzazione in tema di repressione penale delle condotte sessuali v. M. C. Vitucci, *Some considerations on the two-way circulation of legal concepts and experiences between colonies and motherland*, in corso di pubblicazione nel volume *Law in motion* (a cura di M. Meccarelli e P. Palchetti, uscita prevista gennaio 2015) nonché, in generale (e con riferimento però al caso italiano), G. Bascherini, *La colonizzazione e il diritto costituzionale: il contributo dell'esperienza coloniale alla costruzione del diritto pubblico italiano*, Napoli, Jovene 2012.

5 Nel senso che la sentenza del 2013 tenti di "tracciare una propria rotta sui principi di moralità, dignità e privacy, liberandosi finalmente dalle «briglie» del patrimonio giuridico occidentale" v. M. Rospi, *La Supreme Court indiana "resuscita" il reato di sodomia*, in *Foro italiano*, 2014, 6, IV, coll. 334 ss., 336. Appare singolare, peraltro, che un simile tentativo si traduca nel "salvataggio" di una norma così pesantemente debitrice all'esperienza coloniale: in questo senso, sembra interessante che la sentenza in commento recuperi tratti di una tradizione anteriore, maggiormente sensibile alla diversità sessuale, e tracci una linea di continuità tra essa, la cultura costituzionale dell'India contemporanea e le tendenze più avanzate del diritto internazionale e straniero. Per un diverso approccio alla sentenza del 2013, si consenta il rinvio ad A. Schillaci, *Indietro (non) si torna. La Corte Suprema indiana, i comportamenti sessuali "contro natura" ed il verso della comparazione*, in *Diritti comparati*, www.diritticomparati.it, 2014.

6 Della necessità di rafforzare il *paradigm shift* in atto nell'approccio sociale alla minoranza TG da un atteggiamento oscillante tra crudeltà, pietà e carità ad un "*rights based approach*" parla anche il giudice Sikri nella sua opinione concorrente, par. 111.

7 Per una recezione di questa definizione, idonea a raggruppare la "esperienza delle persone la cui identità di genere non è conforme alle aspettative sociali associate al sesso biologico assegnato alla nascita", cfr., in Italia, B. Pezzini, *Transgenere in Italia: le regole del dualismo di genere*, in Ead. *Genere e diritto*, Bergamo, Bergamo University Press, 2012, pp. 165 ss., 167. La complessità della realtà TG è ben nota alla Corte, che la esplora al par. 44 della sentenza, enumerando le varie tipologie di persone TG

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

La pluralità di esperienze di vita riconducibili alle transizioni di genere è peraltro riportata, dalla Corte, alla stessa tradizione culturale indiana: la Corte irrobustisce le premesse del riconoscimento dell'identità transgenere recuperando figure e momenti della tradizione culturale precoloniale (par. 12 ss.), in un tentativo di riallineamento della posizione giuridica e sociale delle persone TG al ruolo da queste tradizionalmente rivestito nella cultura e nella religione indiana.

La colonizzazione si identifica, a tale proposito, con un momento di cesura, rappresentata in modo particolare dall'innesto nel sistema giuridico indiano di norme miranti a criminalizzare condotte sessuali minoritarie – su tutte, il già menzionato art. 377 del codice penale, relativo alla repressione penale dei comportamenti sessuali "contrari all'ordine di natura" – ma anche di norme recanti lo stigma verso intere comunità ritenute "devianti", come nel caso del *Criminal Tribes Act 1871* (par. 16).

Il legame tra l'art. 377 del Codice penale del 1860 e la sua valenza stigmatizzante verso persone e intere comunità, affermato dalla sentenza, appare particolarmente rilevante, specie perché si pone in netto contrasto con il precedente del dicembre 2013 che, invece, aveva "salvato" la disposizione in esame, ritenendo tra l'altro che essa non determinasse la discriminazione di comunità minoritarie, perché riferita a mere condotte, ascrivibili in astratto a chiunque. Pur nel rispetto formale per il proprio precedente, la Corte suprema è molto chiara, al par. 18 della sentenza in commento, nell'affermare che la norma, benché associata a condotte sessuali individuali, finisce per identificare intere categorie di persone, isolandole e rendendole oggetto di abusi. Anche in tale presa di posizione, si scorge la particolare attenzione della Corte per una curvatura dell'*iter* argomentativo verso la concreta considerazione delle esperienze, al di là di ogni irrigidimento di tipo dogmatico.

Simile spostamento di prospettiva dagli atti alle identità appare centrale nell'inquadramento delle transizioni di genere come pratiche di libertà e autodeterminazione legate al libero sviluppo della personalità e, dunque, alla dignità[8]; allo stesso tempo, simile approccio vale a qualificare lo stesso rapporto tra protezione delle scelte e delle condotte personali e tutela della minoranza che si identifica in tali scelte di vita. Le vicende dell'identità di genere sono così inserite in una riflessione più ampia, che investe in profondità il rapporto tra riconoscimento delle differenti visioni del mondo e della vita, piena protezione della dignità umana e processo di integrazione della comunità politica.

Qualche spunto per una migliore precisazione di quanto evidenziato proviene dall'opinione concorrente del giudice Sikri, che in più punti collega esplicitamente la protezione costituzionale della dignità umana e del libero sviluppo della personalità con la qualità della democrazia: quest'ultima, afferma infatti il giudice Sikri, è fondata sulla convivenza pacifica e sulla cooperazione e si basa sul pieno riconoscimento dell'individualità di ciascuno e dunque anche del diritto di autodeterminarsi in ordine alla propria identità di genere, che è coessenziale alla personalità, libertà e dignità di ogni persona (par. 99). Attraverso il pieno riconoscimento di percorsi di libera realizzazione di sé, in altre parole, si arricchisce la stessa qualità della vita democratica, che si misura non solo e non tanto sul rispetto di procedure di decisione, nella dialettica tra posizioni maggioritarie e posizioni minoritarie, ma anche e soprattutto sulla concreta capacità del processo politico e dell'ordinamento di integrare differenti visioni del mondo e della vita[9].

L'ancoraggio della protezione dell'identità di genere alla tutela di una sfera di autodeterminazione intima e libera costruzione della personalità sembra così costituire il cardine dell'operazione di riconoscimento effettuata dalla Corte. Alla base di essa vi è, in altre parole, una presa di posizione a favore di una declinazione non patologizzante delle transizioni di genere, con l'importante affermazione, contenuta al par. 20 della sentenza, che "l'orientamento sessuale e l'identità di genere liberamente autodefiniti da ciascuna persona sono elementi coessenziali (*integral*) alla personalità e costituiscono uno degli aspetti basici di autodeterminazione, dignità e libertà", con il significativo corollario che, pertanto, "nessuno può essere costretto a subire trattamenti sanitari, incluse la riassegnazione chirurgica del sesso,

presenti nella realtà culturale indiana (Hijras, Eunuchi, Aravanis, Kothi, Jogtas, Shiv-Shakthis). Le implicazioni della definizione "transgender" sono approfondite da P. Currah, *Gender Pluralism under the Transgender Umbrella*, in *Transgender rights*, P. Currah, R.M. Juang, S. Price Minter (eds.), Minneapolis, Minnesota University Press, 2006, pp. 3 ss.

8 Nel senso che il movimento *transgender* si caratterizzi per rivendicazioni basate sull'identità, e non su specifiche condotte, cfr. P. Currah, *Gender pluralism…*, cit., p. 14.

9 Nel senso che la qualità della vita democratica in uno Stato costituzionale si misuri essenzialmente sulla concreta capacità di integrare la comunità politica attraverso l'effettività degli strumenti di protezione dei diritti e che pertanto la democrazia si ponga quale vera e propria "conseguenza organizzativa" del riconoscimento e della protezione della dignità della persona umana, v. soprattutto l'insegnamento di P. Häberle, *La dignità umana come fondamento della comunità statale*, in Id., *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 2 ss., specie pp. 52 ss. Dello stesso A. si veda altresì la voce *Stato costituzionale*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, voll. XXIII e XXX, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2000-2001, *ad vocem*.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

la sterilizzazione o la terapia ormonale, come condizione per il riconoscimento giuridico della propria identità di genere"[10].

Come affermato anche dal giudice Sikri nella sua opinione concorrente, infatti, la "questione *transgender*" non rileva solo sul piano medico o sociale, ma è necessario adottare uno "*human rights approach*" in grado di incidere sulle dinamiche di relazione sociale "*highlighting the role of society and changing the stigma attached to [TG persons]*" (par. 111).

L'identità di genere viene così parzialmente slegata dalle sue precondizioni biologiche, per essere riferita alla sfera della libertà morale, della costruzione dell'identità personale in una dialettica di relazione sociale[11]. Si tratta di una posizione assai avanzata, che si pone tuttavia al crocevia di un dibattito acceso in ordine al più corretto inquadramento delle transizioni di genere, tra patologizzazione ed ascrizione al libero sviluppo della personalità. Se infatti, tradizionalmente, il transessualismo e i "disordini" nell'identità di genere (questa, ancora, la definizione nel IV Manuale statistico diagnostico dell'American Psychiatric Association-DSM) sono stati inquadrati tra le patologie e le forme di disagio psichico, ad oggi si va facendo strada la consapevolezza che la componente di disagio – e dunque la correlata necessità di protezione e cura della persona TG – derivi dalle difficoltà di adattamento sociale, più che da componenti endogene: la protezione del diritto alla salute (fisica e psichica) della persona TG tenderebbe dunque a porsi "a valle" rispetto al processo di transizione – ove liberamente scelto – ed in relazione a questo, meramente servente. Da un lato, pertanto, si tende ad abbandonare l'idea che la transizione di genere debba essere necessariamente medicalizzata, ed in questo senso sono sempre più frequentemente sottoposti a critica gli strumenti giuridici che subordinano il riconoscimento giuridico del genere diverso da quello assegnato alla nascita all'esperimento di pratiche mediche di riassegnazione, totale o parziale[12]; d'altro canto, è forte la consapevolezza che svincolare totalmente l'ambito delle transizioni di genere dalla protezione del diritto alla salute rischierebbe di privare le persone "in transito" della necessaria assistenza sanitaria, anche gratuita, lungo il processo di transizione[13]. In questo senso, si spiega la circostanza che anche la più recente edizione del DSM continui a contemplare le transizioni di genere, sotto il nuovo termine di "disforia di genere": abbandonato il concetto di "disordine" – di per sé discutibile, perché rinvia ad un modello dal quale la persona trans si discosta – si fa riferimento alla disforia, come "condizione peculiare (*unique condition*)", derivata dalla non identificazione con il genere corrispondente al proprio sesso biologico, ma con essa non coincidente, che si manifesta attraverso una pluralità di indicatori, la cui verifica a fini diagnostici deve avvenire nel rispetto totale delle peculiarità dell'esperienza personale oggetto di "diagnosi" e conseguente, eventuale, "medicalizzazione"[14].

Come accennato, la sentenza in commento sembra operare una scelta ben precisa: in particolare, come meglio si vedrà, la registrazione come "terzo genere", nel superare l'esclusività del binarismo sessuale, riconosce l'identità *transgender* in tutta la sua complessità, come processo di costruzione di sé che non necessariamente conduce alla piena identificazione con il genere opposto a quello corrispondente al sesso biologico. D'altro canto, come è stato affermato, "*life histories are histories of becoming, and*

10 Cfr. il testo originale: "*Each person's self-defined sexual orientation and gender identity is integral to their personality and is one of the most basic aspects of self-determination, dignity and freedom" con l'aggiunta che "no one shall be forced to undergo medical procedures, including SRS, sterilization or hormonal therapy, as a requirement for legal recognition of their gender identity*" (20).

11 Nel senso che "l'appartenenza sessuale delle persone, la delimitazione e la numerazione dei sessi, la definizione biologica e/o genetica del sesso costituiscono operazioni sociali, socialmente e culturalmente determinate (e dunque tutte costruite anche giuridicamente)", v. B. Pezzini, *Costruzione del genere e Costituzione*, in *La costruzione del genere: norme e regole*, Ead. (a cura di), Bergamo, Bergamo University Press, 2012, pp. 15 ss., 17.

12 Si pensi ad esempio ai ddl AS 246, AS 392 e AS 405, presentati al Senato nel corso della legislatura corrente e miranti a svincolare la riassegnazione legale del sesso dall'intervento chirurgico di attribuzione dei caratteri sessuali del sesso corrispondente al genere desiderato.

13 Per una ricostruzione del dibattito, v. J. Butler, *Undiagnosing Gender*, in *Transgender Rights*, cit., pp. 274 ss., nonché, in Italia, A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, Franco Angeli, 2013.

14 Nella scheda di presentazione della parte del DSM-5 relativa alla disforia di genere si legge, significativamente che "*it is important to note that gender nonconformity is not in itself a mental disorder. The critical element of gender dys- phoria is the presence of clinically significant distress associated with the condition*" e che, se da un lato il mantenimento nel Manuale si giustifica alla luce dell'esigenza di non mettere a rischio la possibilità di accedere ai trattamenti sanitari necessari a stabilire la corrispondenza con il genere desiderato, d'altro canto "*part of removing stigma is about choosing the right words. Replacing «disorder» with «dysphoria» in the diagnostic label is not only more appropriate and consistent with familiar clinical sexology terminology, it also removes the connotation that the patient is «disordered»*". Di conseguenza, "*the changes regarding gender dysphoria in DSM-5 respect the individuals identified by offer-ing a diagnostic name that is more appropriate to the symptoms and behaviors they experience with- out jeopardizing their access to effective treatment options*". (Fonte: www.dsm5.org/documents/gender%20dysphoria%20fact%20sheet.pdf)

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

categories can sometimes act to freeze that process"[15], e ciò è vero a maggior ragione in un ambito delicato quale la costruzione della propria identità sessuale e di genere: in tale ottica si giustifica una soluzione come quella prescelta dal giudice indiano, che si traduce nel riconoscimento pieno di un percorso di autodeterminazione, lasciato aperto nei suoi esiti e, soprattutto, definitivamente svincolato dall'obbligo condizionale di sottoporsi a trattamenti sanitari invasivi.

3. Il riferimento al quadro normativo internazionale e l'uso della comparazione

Simili premesse sono pienamente confermate dal successivo andamento dell'argomentazione, ed anzitutto dalla ricostruzione del quadro normativo internazionale, e del diritto straniero, relativo alla protezione dell'identità sessuale. In assenza di riferimenti normativi interni, la Corte suprema – prima ancora di procedere all'interpretazione dei rilevanti parametri costituzionali, ed anzi proprio al fine di inquadrare quest'ultima – si rivolge infatti alla considerazione del patrimonio giuridico internazionale e al diritto sovranazionale (ed in particolare la Convenzione europea dei diritti umani e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo) e straniero.

Particolarmente rilevante – in aggiunta al richiamo all'art. 6 della Dichiarazione Universale dei diritti umani e agli artt. 16 e 17 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, relativi al diritto alla vita e al diritto a non subire ingerenze ingiustificate nella propria sfera intima – il diffuso e dettagliato riferimento ai principi di Yogyakarta, relativi all'applicazione del diritto internazionale in caso di violazioni di diritti umani legate all'orientamento sessuale e all'identità di genere (parr. 21-24). Si tratta, come noto, di principi non vincolanti, redatti da un gruppo di esperti legati ad organizzazioni non governative attive nella protezione dei diritti umani: dunque, il richiamo ad essi pone inevitabilmente problemi assai delicati in relazione alla loro forza vincolante e al loro riconoscimento come fonti di integrazione interpretativa del parametro di giudizio. Tuttavia, come ricorda la Corte suprema al par. 23 della decisione, i principi sono stati già assunti come strumento di lavoro da Agenzie delle Nazioni Unite, organizzazioni regionali per la tutela dei diritti umani, nonché da numerose Corti e Governi nazionali, che li hanno considerati uno strumento importante per identificare gli obblighi statali di rispetto e protezione effettiva dei diritti di ogni persona, "*regardless of their gender identity*".

L'esistenza di una tendenza internazionale all'approfondimento del riconoscimento e della protezione dell'identità transgenere è poi verificata dalla Corte suprema indiana attraverso una robusta apertura all'esperienza di altri ordinamenti – ivi compreso quello facente capo alla Convenzione europea dei diritti umani – estesa alla giurisprudenza e alla legislazione[16].

In particolare, l'esame comparato della giurisprudenza è funzionale ad irrobustire la posizione che la Corte già aveva prospettato in apertura della sentenza, inquadrando le transizioni di genere non già in una cornice di tipo esclusivamente medico e biologico, ma psicologico e sociale. Attraverso l'esame di numerosi casi, la Corte dimostra come si vada consolidando la tendenza a passare dal *biological test* – vale a dire dalla valutazione della transizione o della disforia di genere unicamente dal punto di vista della sua conclusione nella rassegnazione chirurgica del sesso, come ad esempio nel caso *Corbett*[17] – ad un giudizio più comprensivo, teso a valutare tutti gli aspetti rilevanti, incluse le esperienze di vita della persona e la sua percezione di sé (par. 26, a proposito del caso *Re Kevin*[18]). Il genere, e la transizione da un genere all'altro – come anche la decisione, temporanea o definitiva, di non essere ascritto a nessuno dei due generi "tradizionali" – non costituiscono dunque, a differenza del sesso, una questione meramente biologica, ma in essa entrano in gioco componenti psichiche e sociali: come afferma la Corte, richiamando il precedente *SRA*, a sua volta richiamato dalla sentenza *A.B. v. Western Australia* del 2011[19], "*gender*

15 Così J. Butler, *Undiagnosing Gender*, cit., pp. 278-279.

16 Per i legami tra metodo comparativo ed identificazione di tendenze evolutive dell'ordinamento internazionale, v. soprattutto M.C. Vitucci, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Napoli, Jovene, 2012, specie i capp. I e II.

17 Probate, Divorce and Admiralty of UK Courts, 2 febbraio 1970, *Corbett v. Corbett (otherwise Ashley)*, consultabile online all'indirizzo: archive.equal-jus.eu/669/

18 Family Court of Australia, 12 ottobre 2011, *Re Kevin (validity of marriage of transsexual)*, consultabile all'indirizzo: www.wallbanks.com/PDF/Re%20Kevin_ChisholmDecision.pdf.

19 Federal Court of Australia, 1 dicembre 1993, *Secretary, Department of Social Security v. SRA*, consultabile online all'indirizzo: jade.barnet.com.au/Jade.html#!article=212502; High Court of Australia, 6 ottobre 2011, *AB v. Western Australia*, consultabile online all'indirizzo jade.barnet.com.au/Jade.html#!article=254203.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

should not be regarded merely as a matter of chromosomes, but partly a psychological question, one of self perception, and partly a social question, how society perceives the individual" (par. 28). Sempre nella stessa ottica, vengono richiamate le decisioni *Goodwin c. Regno Unito* e *Van Kuck c. Germania* della Corte europea dei diritti umani[20], al fine di evidenziare come anche nell'ordinamento convenzionale si sia fatta strada una sensibilità sempre maggiore verso il diritto delle persone *transgender* al pieno e libero sviluppo della personalità, nonché al diritto alla vita e alla sicurezza fisica e morale.

Accanto all'esame della giurisprudenza, la Corte considera anche la legislazione comparata rilevante, effettuando una disamina delle principali soluzioni accordate alle specifiche istanze di tutela avanzate dalle persone TG: la Corte si sofferma, in particolare, sul trattamento giuridico delle transizioni di genere e sugli strumenti giuridici volti ad arginare i fenomeni di discriminazione e violenza ai danni delle persone TG. Con riferimento al primo aspetto, viene considerata la legislazione che permette la riassegnazione legale del genere, con particolare riguardo a quelle esperienze – come l'Argentina – che la consentono senza necessità di dimostrare di aver subito un trattamento chirurgico di modificazione dei caratteri primari (par. 40)[21] o ancora all'esperienza tedesca, con l'entrata in vigore, il 5 novembre 2013, di una legge che consente la registrazione del neonato che presenti tratti di intersessualità in un genere neutro, né maschile, né femminile[22]. Con riferimento al secondo aspetto, la Corte si sofferma sulla legislazione antidiscriminatoria australiana, in particolare per il notevole sforzo di classificazione, ma anche a taluni documenti fondamentali dell'Unione europea, come la risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 1989[23].

Lo sforzo comparativo della Corte si estende poi alla ricerca di precedenti relativi alla specifica forma di tutela del *transgender*, consistente nella possibilità di chiedere la registrazione del genere come indeterminato: oltre al ben noto caso *Norrie v. Australia*[24], molto significativi sono i richiami all'esperienza del Nepal e del Pakistan: in un contesto culturale non distante da quello indiano – almeno con riferimento alla specifica fenomenologia dell'identità *transgender* (con la presenza di *Hijras* ed Eunuchi) – le Corti supreme hanno riconosciuto i membri di tali comunità come terzo genere, ponendo in capo al potere pubblico una serie di obblighi di protezione (parr. 71-72).

Così chiarita la portata dei diritti delle persone TG, il giudice ritorna, criticamente, sullo scenario indiano (parr. 43 ss.), caratterizzato come si è visto da un vuoto assoluto di tutela giuridica, nonché dal dato contraddittorio della presenza di una radicata comunità *transgender* – estremamente variata al suo interno ma forte di una ben precisa identità storica e culturale legata alla tradizione religiosa indù – tuttavia soggetta a "molteplici forme di oppressione": la Corte ricorda, in particolare, l'assenza di una piena tutela della salute delle persone TG e le fortissime difficoltà di accesso all'istruzione e al lavoro, unite all'esclusione e alla stigmatizzazione sociale (parr. 45 e 46).

La Corte si pone, in altre parole, il problema della significativa divaricazione tra il quadro internazionale e comparato – caratterizzato dalla progressiva evoluzione della sensibilità giuridica e culturale nei confronti delle persone TG – e la situazione indiana. Importante, a tale proposito, il par. 43, che si pone quale intermezzo tra la ricostruzione dell'esperienza internazionale e l'approfondimento critico

20 Corte Edu, 11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, ric. n. 28957/95; Corte Edu, 12 giugno 2003, *Van Kuck c. Germania*, ric. n. 35968/97, consultabili online sul sito www.echr.coe.int.

21 Si tratta della *Ley 26.743, de identidad de género*, promulgata il 23 maggio 2012 (www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm).

22 Si tratta della legge approvata il 7 maggio 2013 ed entrata in vigore l'1 novembre 2013 (*Gesetz z*ür Änderung *personenstandsrechtilicher Vorschriften – Personenstandsrecht*- Änderungsgesetz – *PStRÄndG*) che ha modificato, tra l'altro, l'art. 22 della legge sullo stato delle persone (*PStG – Personenstandsgesetz*), con l'inserimento di un par. 3, che recita: "*Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so ist der Personenstandsfall ohne eine solche Angabe in das Geburtenregister einzutragen*". Per il testo della legge di modifica: www.bgbl.de/banzxaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl113s1122.pdf, mentre per il testo del PStG, come modificato: www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/pstg/gesamt.pdf. Alcune associazioni di settore, tuttavia, hanno pesantemente criticato la scelta legislativa, che finirebbe per esporre il minore intersessuale al rischio di discriminazione e stigma, e non escluderebbe, al tempo stesso, il rischio che il minore possa essere sottoposto ad interventi chirurgici di "correzione" dell'ermafroditismo. Piuttosto, afferma ad esempio il blog dell'Associazione *Zwischengeschlecht*, sarebbe preferibile escludere l'obbligo di registrazione del genere alla nascita ed introdurre il divieto di interventi di "correzione cosmetica" dell'ermafroditismo: cfr. blog.zwischengeschlecht.info/post/2013/01/31/Deutschland-staatliches-Zwangsouting-Intersex.

23 Si tratta del *Sex Discrimination Act*, 1984, come modificato dal *Sex Discrimination Amendment (Sexual Orientation, Gender Identity and Intersex Status) Act*, 2013 (reperibili all'indirizzo: www.comlaw.gov.au/Details/C2014C00002). Per la risoluzione del Parlamento europeo, v. il testo reperibile all'indirizzo: www.crisalide-azionetrans.it/EUrisoluzione1117.html.

24 La decisione citata nella sentenza è quella della Corte d'appello del New South Wales, successivamente confermata, il 2 aprile 2014, dalla sentenza della High Court of Australia, *NSW Registrar of Births, Death and Marriages v. Norrie*, reperibile online all'indirizzo jade.barnet.com.au/Jade.html#article=318475. Per effetto della decisione, è fatto obbligo agli ufficiali di stato civile di accogliere le richieste di registrazione del proprio genere come "indeterminato" nei registri dello stato civile.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

della situazione indiana: la Corte infatti, tirando le somme dell'esame comparativo sin lì condotto, afferma che esso ha avuto lo scopo di mettere in evidenza (*highlight*) la circostanza che il riconoscimento dell'identità di genere e la garanzia dell'eguaglianza e non discriminazione sulla base di essa è crescente e sta guadagnando consenso nel contesto internazionale ("*is increasing and gaining acceptance in International law*") e che, pertanto ("*therefore*") tali principi devono essere applicati anche in India.

Solo ad una lettura superficiale, peraltro, potrebbe ritenersi che la Corte suprema abbia prescelto una attitudine di supina *convergenza* verso il dato di esperienza giuridica derivante dall'ordinamento internazionale e dal diritto comparato, limitandosi a sancire acriticamente la necessità di adeguare ad esso l'esperienza interna. L'approfondimento critico della situazione interna, la consapevolezza delle radici culturali della presenza di persone *transgender* in India (e della loro marginalità sociale) nonché, soprattutto, il legame profondo tra *verso* della comparazione ed attenzione alle concrete esperienze di vita sembrano piuttosto collocare la Corte in un atteggiamento di impegno critico (*Engagement*), volto a favorire l'evoluzione dell'ordinamento interno, secondo le sue specificità, riconoscendone però l'immersione in un contesto giuridico più ampio, caratterizzato dal progressivo approfondimento del riconoscimento e della protezione delle persone TG[25]. Non stupisce allora che la Corte dedichi alcuni passaggi dell'argomentazione alla ricostruzione dei propri poteri in ordine all'applicazione del diritto internazionale (par. 47 ss.), affermando, in particolare, che la necessità di ispirarsi alle norme e ai principi di diritto internazionale, nonché all'esperienza di diritto comparato deriva proprio dall'assenza di tutela e dall'esperienza di discriminazione e oppressione subita dalle persone TG in India: attesa inoltre la protezione costituzionale del diritto alla vita e alla libertà di cui all'art. 21 della Costituzione indiana, una Corte costituzionale – conclude la sentenza – "non può rimanere spettatrice muta quando tali diritti vengono violati, ed anzi ha il dovere di salvaguardare tali diritti, non essendo ignara dei sentimenti di tale comunità, benché minoritaria, specie quando i diritti dei suoi membri hanno ricevuto riconoscimento universale" (par. 49[26]).

Esiste dunque un legame molto stretto, nella sentenza in esame, tra apertura comparativa dell'argomentazione e approfondimento dei percorsi di riconoscimento dell'identità *transgender*: il ricorso al diritto internazionale ed al diritto straniero non è effettuato, infatti, soltanto per legittimare l'intervento della Corte in un ambito completamente sprovvisto di copertura giuridica, né mira esclusivamente ad allineare l'ordinamento indiano alle tendenze evolutive più avanzate dell'ordinamento internazionale e degli ordinamenti stranieri. L'apertura all'alterità in diritto[27] è finalizzata, in modo particolare, ad accompagnare un processo di sensibilizzazione giuridica e culturale, a rielaborare cioè criticamente l'identità dell'ordinamento di partenza, scoprendo in esso nuove possibilità di riconoscimento e protezione di identità e comunità minoritarie e marginalizzate. Come vedremo, è infatti proprio l'apertura comparativa che permette alla Corte di interpretare le pertinenti disposizioni costituzionali curvandole sulle specifiche esigenze di riconoscimento e tutela delle persone TG (cfr. par. 4).

La corrispondenza tra aperture comparative ed allargamento degli spazi di autodeterminazione – che si riscontra in numerose decisioni analoghe, non ultima la sentenza dell'Alta Corte di Delhi relativa all'art. 377 del codice penale indiano, poi riformata dalla sentenza della Corte suprema del dicembre 2013, che non a caso si caratterizza per un'attitudine più introversa – non risulta pertanto da un semplice dato di esperienza, o dal capriccioso arbitrio del giudice. Essa si spiega, se si guarda più in profondità al percorso argomentativo – ed in particolare in una decisione come questa – perché il gesto comparativo conduce ad un approfondimento dei percorsi di riconoscimento di diverse scelte di libertà, autodeterminazione e costruzione di sé, nella misura in cui mostra che la diversità – anche quella ritenuta irriducibile – esiste e possiede dignità di riconoscimento giuridico. Le virtualità del gesto metodologico comparativo non si consumano, pertanto, solo sul piano delle relazioni tra ordinamenti, misurando il maggiore o minore grado di apertura di un ordinamento alle influenze di esperienze "straniere": l'at-

25 Sull'uso dell'argomento comparativo da parte dei giudici, e sulle sue virtualità, v. almeno V. Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford University Press, 2009, per la classificazione delle possibili attitudini del giudice in *Resistance* (chiusura), *Convergence* (apertura acritica al dato normativo esterno) ed *Engagement* (impegno critico caratterizzato dal riferimento al dato normativo esterno come strumento per rielaborare criticamente il dato normativo di partenza); G. Repetto, *Argomenti comparativi* e diritti fondamentali *in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, Jovene, 2011; P. Ridola, *Il giudice costituzionale e la comparazione*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 293 ss.; per una diversa impostazione, v. G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le corti: giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, Il Mulino, 2010.

26 Di seguito il testo originale del par. 49: "*a constitutional Court cannot be a mute spectator when those rights are violated, but is expected to safeguard those rights knowing the pulse and feeling of that community, though a minority, especially when their rights have gained universal recognition and acceptance*".

27 Per questa declinazione della comparazione giuridica, v. soprattutto P. Legrand, *Le droit comparé*, Paris, PUF, 1999.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

teggiamento di *engagement*, rifrangendosi sull'autocoscienza dell'ordinamento di partenza, lo penetra, sollecitando risposte nuove a domande di giustizia ed illuminando i percorsi del riconoscimento.

In un ambito sensibile, come quello della libera costruzione dell'identità sessuale – ed in particolare con riferimento all'identità di genere e alla differenza, ritenuta irriducibile, di chi metta in discussione, con la sua stessa esistenza, una delle più tranquillizzanti certezze, vale a dire il binarismo sessuale – il ruolo della comparazione pare dunque fondamentale per sradicare pregiudizi e alleggerire il portato della stigmatizzazione. Come è stato assai efficacemente affermato, le "*cross-cultural comparisons of gender and sexuality*" sono uno strumento fondamentale nell'articolazione di processi evolutivi di inclusione ed integrazione sociale e politica delle persone TG[28]: con riferimento alle persone TG, infatti, "la conoscenza di altri sistemi culturali corrobora la convinzione che la transfobia e il rigido assetto dei ruoli di genere non sono una caratteristica permanente od organica della società", ma un prodotto culturale, "offrendo al tempo stesso la possibilità di immaginare un futuro in cui le persone *transgender* siano legittimate culturalmente e socialmente nonostante, o forse proprio grazie alla loro identità"[29].

In casi come questo, pertanto, la comparazione serve soprattutto a giustificare il diverso inquadramento delle esperienze di vita legate alla costruzione dell'identità di genere. E tuttavia, "*the cross cultural comparison as a strategy of legitimation requires a heightened awareness of the ethical stakes involved*"[30]: vi è, in altre parole, un legame profondo tra aperture comparative e approfondimento delle interpretazioni dell'esperienza morale personale che è alla base delle transizioni di genere, con conseguente impulso alla capacità di immaginare la concreta condizione di esistenza di coloro che richiedono riconoscimento e tutela[31]. La sensibilità comparativa appare così elemento fondamentale di quello spostamento della "questione *trans*" dal piano della tutela del diritto alla salute al piano della tutela della dignità umana intesa come autodeterminazione, che abbiamo visto essere una delle caratteristiche centrali della sentenza in commento.

4. Identità *transgender* e libertà fondamentali

Nella seconda parte della decisione, le aperture comparative sin qui esaminate guidano l'inquadramento costituzionale delle transizioni di genere e della loro protezione attraverso gli strumenti costituzionali di tutela dei diritti fondamentali, con particolare riferimento ai parametri di cui agli artt. 14, 15 e 16 (*Equal protection of the law*), 19, par. 1, lett. *a* (*Freedom of expression*) e 21 (*Protection of life and liberty*)[32].

28 Nonché, più in generale, delle persone di orientamento sessuale "minoritario": si pensi, solo per fare un esempio, all'importanza dirompente della comparazione nella sentenza *Lawrence v. Texas* della Corte suprema degli Stati Uniti (539 U.S. 558 (2003), reperibile online all'indirizzo: supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/case.html), e al dibattito da essa suscitato, su cui v. P. Ridola, *Il giudice costituzionale e la comparazione*, cit.; per altri esempi di ricorso all'argomento comparativo nelle decisioni in tema di diritti all'identità sessuale, cfr. M.C. Vitucci, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, cit., cap. I.

29 Cfr. R.M. Juang, *Transgendering the politics of recognition*, in *Transgender Rights*, cit., pp. 242 ss., 258. Di seguito il testo originale della citazione: "For trans persons, knowledge of other cultural systems lends credence to the idea that transfobia and rigid gender roles are neither a permanent nor an organic feature of society, and offers the possibility that there might well be a future in which transgender persons possess cultural and social legitimacy despite or even because of their identities".

30 *Ibid*.

31 La capacità di immaginare la concreta condizione di vita e le aspettative dei soggetti che richiedono tutela segna, secondo Martha C. Nussbaum, il passaggio dalle politiche del disgusto alle politiche dell'umanità nel trattamento giuridico dell'identità sessuale e di genere (M.C. Nussbaum, *Disgusto e umanità. L'orientamento sessuale di fronte alla legge*, Milano, Il Saggiatore, 2011). Nella medesima prospettiva v. anche, ora, A. Ratti, *Essere se stessi. La protezione dell'identità sessuale nello Stato costituzionale*, in *Omosessualità, eguaglianza, diritti. Desiderio e riconoscimento*, A. Schillaci (a cura di), Roma, Carocci, 2014, pp. 27 ss. Come accennato, la decisione in commento si muove decisamente in una prospettiva di umanità, ed in più luoghi fa espresso riferimento alla capacità di immaginare i sentimenti, le aspettative e le concrete condizioni di vita delle persone TG: si pensi, oltre al par. 1, al par. 34. L'importanza della considerazione delle concrete condizioni di vita nella risposta ad istanze di giustizia è sottolineata altresì da A. Sen, *L'idea di giustizia*, Milano, Mondadori, 2010 che richiama l'importanza – nell'esperienza giuridica e culturale indiana – del rapporto tra realizzazione della giustizia e valutazione comparativa delle situazioni coinvolte: non stupisce, pertanto, che il pensiero di Sen sia richiamato in chiusura della sentenza, ed in particolare al par. 127 dell'opinione concorrente del giudice Sikri.

32 Per il testo delle norme richiamate, indiacode.nic.in/coiweb/welcome.html. Sulla protezione dei diritti fondamentali in India, ed in particolare sulla portata degli artt. 14 e 21 v. H.M. Seervai, *Constitutional Law of India*, Delhi, Universal Law Publishing, 1996, rispettivamente vol. I, pp. 436 ss e vol. II, pp. 969 ss. In Italia, v. G. Poggeschi, *I diritti fondamentali in India fra Costituzione, Corte Suprema e diritto tradizionale*, in *La Costituzione dell'Unione indiana*, D. Amirante, C. Decaro, E. Pföstl (a cura di), Torino, Giappichelli, 2013, pp. 169 ss. Più in generale, sul rapporto tra diritto tradizionale e diritto contemporaneo in India,

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Nel prendere in esame, come si è accennato, i propri poteri in ordine all'applicazione del diritto internazionale (ex art. 51 e 253 della Costituzione indiana), la Corte afferma, con riguardo ai richiami fatti in precedenza alle convenzioni internazionali in materia, che l'interpretazione (*construing*) delle pertinenti disposizioni interne, ed in specie delle disposizioni costituzionali relative alla protezione dei diritti e delle libertà fondamentali, deve essere condotta alla luce degli obblighi internazionali rilevanti, "*to enlarge the meaning and content thereof and promote the object of constitutional guarantee*": e ciò, a maggior ragione quando vi sia una corrispondenza materiale tra i contenuti normativi "esterni" e il diritto costituzionale interno, e detta corrispondenza abbia una "*sufficient legal and historical justification in our country*" (par. 53). Con tali considerazioni, la Corte esplicita il significato del "*therefore*" contenuto al par. 43, e dunque la portata, il verso e la finalità del proprio atteggiamento di *engagement*: come già osservato a proposito del rapporto tra comparazione e approfondimento dei percorsi di riconoscimento di identità marginali, l'apertura comparativa non deriva da un arbitrario capriccio del giudice, ma dalla necessità di irrobustire il processo di interpretazione del parametro di giudizio e con esso l'autocoscienza e l'identità dell'ordinamento di partenza, donando nuova energia alla sua capacità di integrare differenze ed includere marginalità esistenziali. E ciò avviene non schiacciando l'ordinamento di partenza su contenuti "altri" che non gli sono propri, ma conducendo una complessa operazione di armonizzazione critica di identità e alterità, accompagnando così un processo di sviluppo ed alimentando il rapporto tra interpretazione della Costituzione, libertà, esperienza ed evoluzione della società[33].

In altre parole, se dalle tecniche argomentative passiamo al merito della decisione, ci avvediamo che l'interpretazione delle disposizioni costituzionali assunte a parametro di giudizio è profondamente condizionata dal rapporto tra comparazione ed approfondimento dei percorsi di riconoscimento ed integrazione della differenza.

4.1 Riconoscimento dell'identità *trans* e principio di eguaglianza

La Corte, anzitutto, analizza la condizione *transgender* in India alla luce dell'art. 14 della Costituzione, che sancisce il principio di eguaglianza di fronte alla legge e il diritto ad ottenere "*the equal protection of the laws*".

Due sono i profili che meritano di essere sottolineati, a tale proposito. In primo luogo, la Corte afferma il legame tra effettività del principio di eguaglianza e riconoscimento dell'identità *transgender*: in assenza di simile riconoscimento, la proclamazione dell'eguaglianza delle persone TG resterebbe su di un piano meramente formale, e le discriminazioni non sarebbero arrestate, continuando ad essere favorite dalla loro invisibilità giuridica. Secondo la Corte, è anzitutto il mancato riconoscimento dell'identità *transgender* come condizione di esistenza giuridicamente rilevante a determinare l'assenza di eguale protezione da parte della legge[34]. Si tratta di una prospettiva affascinante, che interroga in profondità il rapporto tra eguaglianza e diritto di affermare e costruire la propria differenza personale, declinando il riconoscimento come termine medio tra queste due grandezze, e fattore di effettività dell'eguaglianza medesima in chiave materiale. Solo attraverso l'eguale riconoscimento della differenza, insomma, diviene possibile declinare il giudizio di eguaglianza tenendo in adeguata considerazione le specificità delle singole condizioni di vita, e le concrete esigenze di tutela funzionali all'effettiva pari dignità sociale di ogni persona: il riconoscimento si pone cioè quale condizione necessaria per spostare il giudizio di eguaglianza dal piano della comparazione astratta tra situazioni di vita, alla concreta considerazione

oltre alla fondamentale opera di P.H. Glenn, *Tradizioni giuridiche del mondo. La sostenibilità della differenza*, Bologna, Il Mulino, 2011, cap. VIII, cfr. il lavoro di C. Bartoli, *Libertà e diritti tra India ed Europa. Un approccio genealogico ai valori culturali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, pp. 541 ss.

33 Nel testo, si fa riferimento all'utilizzo del metodo comparativo anche in relazione all'apertura delle tecniche di interpretazione del parametro del giudizio al diritto internazionale convenzionale: si ritiene infatti che il gesto metodologico di apertura sia analogo nei due casi, ed in entrambi abbia l'effetto di approfondire il processo di interpretazione della Costituzione e, di conseguenza i percorsi di riconoscimento e integrazione sociale che ad essa fanno capo, ferma restando ovviamente la diversa forza normativa interna degli obblighi internazionali e del diritto straniero. Sul punto, per un approfondimento, sia consentito il rinvio ad A. Schillaci, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Napoli, Jovene, 2012, specie l'Introduzione ed il Cap. VI.

34 Vale riportare i passaggi più significativi del par. 55 della decisione, nel testo originale: "*Petitioners have asserted as well as demonstrated on facts and figures supported by relevant materials that despite constitutional guarantee of equality, Hijras/transgender persons have been facing extreme discrimination in all spheres of the society. Non-recognition of the identity of Hijras/transgender persons denies them equal protection of law, thereby leaving them extremely vulnerable to harassment, violence and sexual assault in public spaces, at home and in jail, also by the police. […] Further, non-recognition of identity of Hijras /transgender persons results in them facing extreme discrimination in all spheres of society, especially in the field of employment, education, healthcare etc.*" (enfasi aggiunta).

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

delle esistenze, "dalla parità formale dinanzi alla legge [al] profilo dell'eguale libertà delle prospettive di vita"[35].

Altrettanto rilevante nell'*iter* argomentativo della decisione sembra, in secondo luogo, la peculiare interpretazione del divieto di discriminazione in base al sesso, con riferimento specifico all'interpretazione del termine "sesso" ma, anche, più in generale, della portata del divieto. Secondo la Corte, infatti, alla base del divieto vi sarebbe la *ratio* di impedire il trattamento differenziato "*for the reason of not being in conformity with stereotypical generalizations of binary genders*" (par. 59). La nozione di "sesso", rilevante ai fini del divieto costituzionale di discriminazione, tuttavia, è estesa a ricomprendere, oltre alle caratteristiche biologiche, il genere, che ricomprende "*one's self image, the deep psychological or emotional sense of sexual identity and character*". Tale ricostruzione – che reca in sé l'esito della ricostruzione comparativa del passaggio dal *biological test* allo *psychological and social test* nell'approccio alla protezione delle transizioni di genere – innova sulla portata del divieto di discriminazione, con l'effetto di includere nel suo ambito di tutela anche coloro che non si considerano appartenenti a nessun genere. Ne consegue che ai *transgender* deve essere riconosciuto, per effetto di simile interpretazione degli artt. 14, 15 e 16 della Costituzione, il diritto di vivere con "*dignity and equal status with other genders*".

4.2 Libertà di espressione e identità di genere: il diritto di essere se stessi

Altrettanto affascinante il secondo parametro costituzionale sul quale la Corte fonda la protezione dell'identità di genere delle persone TG, vale a dire l'art. 19, par. 1, lett. a), che tutela la libertà di espressione.

Anche in questo caso, l'interpretazione della disposizione costituzionale è condotta alla luce della comparazione, in particolare con riferimento a due noti precedenti della Corte suprema dell'Illinois e del Massachusetts che, censurando l'intervento pubblico sul codice di vestiario, avevano stabilito che la libertà di vestirsi secondo il codice tradizionalmente attribuito al genere opposto rientra nella libertà di espressione tutelata costituzionalmente, come manifestazione di autodeterminazione e libero sviluppo della personalità[36]. Guidata da tali precedenti, la Corte conclude che la libertà di espressione garantita dall'art. 19, par. 1, lett. a) della Costituzione indiana include la libertà di esprimere la propria prescelta (*chosen*) identità di genere in varie forme espressive ("*by way of expression, speech, mannerism, clothing etc.*", par. 65).

Si tratta di una affermazione importante, e non solo per l'importanza centrale del riferimento comparativo nella ricostruzione interpretativa della portata dell'art. 19. Nel ricondurre infatti la libertà di esprimere la propria "prescelta" identità di genere alla libertà di espressione, la Corte conferma la premessa contenuta nella prima parte della sentenza, volta a ricondurre l'identità *trans* alla sfera della libertà morale e alle forme di libero svolgimento della personalità, piuttosto che alla sfera della tutela della salute. Secondo la Corte, infatti, la protezione della libertà di esprimere la propria identità di genere deriva dal fatto che essa si colloca al cuore della identità personale, e può essere espressa attraverso il comportamento e il modo di presentarsi: il potere pubblico, di conseguenza, non può vietare, restringere o interferire (*prohibit, restrict or interfere*) con la libertà del *transgender* di esprimere la propria identità di genere, che è inerente alla sua stessa personalità (par. 66).

4.3 Identità *transgender*, dignità e libertà

Al cuore della ricostruzione dello statuto costituzionale della persona TG vi è, infine, il riferimento all'art. 21 della Costituzione indiana che, ponendo la garanzia del diritto alla vita e alla libertà, rappresenta – nelle parole della Corte – "il cuore e l'anima della Costituzione" (par. 67).

Tale diritto, prosegue la Corte, tutela tutto ciò che rende la vita di una persona ricca di significato ("*meaningful*") e ricomprende, tra l'altro, la protezione della dignità, dell'autonomia personale e del diritto alla riservatezza. In particolare, la protezione della dignità costituisce un elemento essenziale della cultura costituzionale indiana, che mira ad assicurare il pieno sviluppo della personalità (par. 67): come tale, essa è strettamente legata alla protezione dell'autonomia personale, intesa in senso negativo – come libertà da ingerenze arbitrarie nella vita personale – ed in senso positivo, come libertà di esprimere se stessi e autodeterminarsi secondo le proprie inclinazioni.

35 Così P. Ridola, *Presentazione*, in *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, cit., p. 11.

36 Si tratta delle decisioni della Corte suprema dell'Illinois, 26 maggio 1978, *City of Chicago v. Wilson*, in law.justia.com/cases/illinois/supreme-court/1978/49229-6.html; e Corte suprema del Massachusetts, 26 febbraio 2001, *Doe v. Yunits et al.*, in www.lawlib.state.ma.us/docs/yunits.pdf: su questa giurisprudenza v. diffusamente *Transgender Rights*, cit.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Alla luce di simili considerazioni, conclude la Corte, il riconoscimento giuridico dell'identità di genere si colloca nel nucleo più intimo del diritto alla dignità, e comprende la protezione dell'autodeterminazione in ordine alla propria identità di genere e la libera costruzione di essa.

Attraverso il riferimento finale alla protezione della dignità e dell'autonomia personale, la Corte conclude la ricostruzione dello statuto costituzionale delle persone *transgender*, arricchendo l'immagine della persona umana costituzionalmente rilevante del riferimento all'identità di genere come manifestazione essenziale del libero sviluppo della personalità, bisognosa di riconoscimento giuridico per dare luogo alla piena inclusione ed integrazione delle persone TG nella comunità, di modo da garantire loro effettiva eguaglianza e pieno godimento dei diritti fondamentali. La ricostruzione dell'identità di genere delle persone TG come questione di dignità e autonomia personale vale pertanto a farne una questione autenticamente costituzionale, legata all'approfondimento del processo di integrazione della comunità politica attraverso il riconoscimento di identità molteplici, che esprimono percorsi di realizzazione personale egualmente degni di partecipare alla vita della comunità.

Ne consegue – con specifico riguardo alle forme di protezione individuate dalla Corte – che nel trattamento giuridico delle persone *transgender* debba farsi concreto riferimento alle loro aspettative e al personale percorso di costruzione della propria identità di genere, dando piena effettività al loro diritto di essere se stesse: così, accanto alla garanzia della possibilità di transitare dall'uno all'altro genere – indipendentemente dall'intervento medico sui caratteri sessuali – deve essere aperta una possibilità di riconoscimento a coloro che, come ad esempio le *Hijras*, non si rispecchino nell'uno, né nell'altro genere. Tale soluzione, come ricordato, è mutuata dalla Corte dalle esperienze del Nepal e del Pakistan, in cui esistono comunità *transgender* aventi la medesima connotazione storico-culturale.

Per l'effetto, ad essere scardinato è lo stesso paradigma binario di genere (M/F), che è condizionato esclusivamente dalla componente del sesso biologico e trascura, per un verso, la costruzione sociale del genere e, per altro verso, la componente psicologica, vale a dire la centralità della libera costruzione di sé sulla base della propria autorappresentazione di genere (par. 75)[37].

Come specifiche forme di protezione, infine, il dispositivo della sentenza individua le seguenti, che accompagnano la persona *transgender* nei diversi ambiti di vita. Oltre al diritto ad essere riconosciuti legalmente, ove lo ritengano, come "terzo genere" (par. 129, nn. 1 e 2), l'effettività del riconoscimento dovrà passare attraverso concrete misure di inclusione sociale sul piano dell'educazione (ivi, punto 3), della tutela della salute (ivi, punti 4 e 6) e del *welfare* (ivi, punto 7). I punti 5, 8 e 9 del dispositivo, invece, traducono in concrete direttive di politica sociale la portata generale del riconoscimento, affermata dalla sentenza: in particolare, ai poteri pubblici (centrale e locali) è dato mandato di affrontare le situazioni problematiche in cui restano prese le persone TG, ed in particolare – con una forte suggestione narrativa – "*fear, shame, gender dysphoria, sociale pressure, depression, suicidal tendencies, social stigma, etc., and any insistence for SRS [Surgical Reassignment of Sex], for declaring one's gender is immoral or illegal*" (punto 5), favorendo la pubblica consapevolezza che le persone TG sono parte della vita sociale e non devono essere trattate "*as untouchables*" (punto 8), facendo in modo che esse riguadagnino il rispetto e la posizione tradizionalmente rivestite nella vita culturale e sociale indiana (punto 9).

Il dispositivo traspone pertanto sul piano delle concrete forme di protezione il percorso teorico e argomentativo condotto lungo tutta la decisione, e volto, per un verso, ad incidere sull'immagine costituzionalmente rilevante della persona umana, arricchendola del riferimento all'identità di genere e, per altro verso, a tracciare un collegamento molto stretto tra riconoscimento dei percorsi di libera costruzione della propria personalità e protezione della dignità. Per tradursi nella piena garanzia dell'autonomia personale, peraltro, il riconoscimento deve essere accompagnato e corroborato da politiche che assicurino l'effettivo godimento dei diritti sociali fondamentali e favoriscano processi di inclusione sociale, funzionali alla piena integrazione della comunità: come afferma efficacemente il giudice Sikri nella sua opinione concorrente, infatti, "*without protection for human rights there can be no democracy and no justification for democracy*" (par. 118).

Lungi dal rimanere limitata alla sfera delle decisioni intime, la questione del riconoscimento e della protezione dell'identità sessuale e di genere mostra così la sua natura di problema autenticamente costituzionale; riconoscimento di percorsi di intima autodeterminazione e costruzione di una comunità politica inclusiva si rivelano strettamente connessi, in un intreccio che unisce libertà, dignità, eguaglianza e pari dignità sociale[38].

37 Sul punto, oltre ai già citati lavori di Butler e Pezzini, v. J.A. Greenberg, *The roads less travelled: the problem with binary sex categories*, in *Transgender Rights*, cit., pp. 51 ss.

38 Sul rapporto tra dignità, libertà e autodeterminazione, fondamentale l'insegnamento di P. Ridola, *La dignità dell'uomo e il principio "libertà" nella cultura costituzionale europea*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 77 ss.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Commenti

*Francesco Rizzi**

Nuovi spazi di libertà ed eguaglianza nell'era dei *social network*. Note a margine della decisione del Consiglio di Stato del 21 febbraio 2014

Sommario

1. Introduzione: il diritto alla riservatezza come protezione da intrusioni e tutela affermativa della libertà del lavoratore – 2. Il caso, la decisione del TAR e l'opposta soluzione offerta dal Consiglio di Stato – 3. *Social media* come spazi di libertà ed eguaglianza

Abstract

Con la decisione del 21 febbraio 2014, il Consiglio di Stato ha annullato una sanzione disciplinare irrogata ad un dipendente delle forze di polizia, le cui fotografie in abbigliamento e intimo femminile su un *social network* erano state visualizzate, attraverso la creazione di un falso profilo, dal superiore gerarchico che le aveva ritenute in contrasto con l'obbligo di decoro imposto ai dipendenti dell'Amministrazione da parte del DPR 737/1981. Il Consiglio annulla la sanzione in quanto i) il comportamento tenuto dal lavoratore afferiva ad uno spazio privato, ancorché concretizzatosi attraverso l'uso di un *social network* e ii) l'utilizzo di abiti femminili non può ritenersi, oggigiorno, contrario al decoro, perché espressione della libera scelta dell'individuo di palesare la propria inclinazione sessuale. Nel commento alla decisione, l'A. condivide l'attenzione dimostrata dal Consiglio alla tutela di uno spazio virtuale privato, sottolineando come le informazioni contenute in un profilo su un *social network* non possano automaticamente considerarsi pubbliche, laddove il proprietario del profilo stesso adotti particolari accorgimenti per restringere l'accesso a tali informazioni. L'A. riflette inoltre sulle tecniche di tutela della libertà sessuale e della non discriminazione in base all'orientamento sessuale proposta dal Collegio alla luce di due modelli di protezione dei diritti fondamentali - substantive rights model e antidiscrimination model -, evidenziando la complementarietà dei medesimi nel caso di specie.

In the decision of the 21st February 2014, the Council of State repeals the disciplinary action taken against a policeman, whose pictures published on a social network and depicting him in female apparel have been discovered, through the creation of a fake profile, by his supervisor who regarded the pictures as in contrast with the duty imposed over employees of the armed forces to respect the decorum of the corps according to DPR 737/1981. The Council repeals the action on grounds that i) the conduct of the policeman was carried out in a private virtual realm, although it occurred on the internet and ii) cross-dressing cannot be regarded, nowadays, as contrary to decorum, because it reflects an individual free choice to manifest his own sexual preferences. In the comment to the judgment, the A. welcomes the attention paid by the Court to the protection of a private virtual dimension for the individual, highlighting that the information displayed on a social network cannot be automatically regarded as public, when the person has adopted restrictions to limit the access to the profile itself. The A. also considers the different mechanisms adopted by courts to ensure the protection of fundamental rights (here sexual freedom and non discrimination on grounds of sexual orientation) in light of two models - the substantive rights model and the antidiscrimination model - showing how the two interplay.

* Dottorando di ricerca, The Dickson Poon School of Law, King's College London.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

1. Introduzione: il diritto alla riservatezza come protezione da intrusioni e tutela affermativa della libertà del lavoratore

Il diritto del lavoro guarda con grande attenzione al rilievo che i diritti della personalità del lavoratore assumono nel rapporto di lavoro. Il divieto di discriminazione in ragione di diversi fattori vietati, le norme poste a tutela delle condizioni di salute, i diritti riconosciuti alla lavoratrice durante la maternità sono esempi di come il legislatore riconosca l'importanza di proteggere alcuni aspetti della personalità del lavoratore che, anche se conosciuti dal datore di lavoro, non possono essere oggetto di valutazione da parte di quest'ultimo o determinare un trattamento sfavorevole, né per quanto attiene l'istaurazione del rapporto di lavoro né per quanto attiene il suo svolgimento.[1] Queste disposizioni, così come, più in generale, le norme contenute nel Titolo I dello Stat. Lav. del 1970 fungono da limite all'autonomia negoziale delle parti nel contratto di lavoro subordinato, regolamentando in senso restrittivo la disponibilità dei diritti della persona.[2] Uno degli strumenti di maggior rilievo in tal senso è contenuto nel divieto, ex art. 8 Stat. Lav., di indagini intrusive, da parte del datore di lavoro, con riguardo ad ambiti e scelte in cui si estrinseca la personalità del dipendente.[3] Tale divieto funziona come limite al potere di controllo del primo e come baluardo di tutela del diritto alla riservatezza del secondo. È importante ricordare - in particolare con riferimento al caso in commento - come questo divieto agisca in modo eguale sia a tutela di posizioni soggettive "sensibili" - che il lavoratore voglia quindi mantenere private - sia con riguardo ad opinioni o forme di espressione che lo stesso renda pubbliche, ma che restano comunque sottratte all'apprezzamento del datore di lavoro.[4] Il diritto alla riservatezza sancito dall'art. 8 è anticipatorio della tutela antidiscriminatoria dell'art. 15 Stat Lav, con cui agisce in combinato ed è postulato quindi in duplice forma, ovvero come strumento di protezione di uno spazio intimo e privato, ma anche come garanzia affermativa della libera manifestazione di tutti gli altri diritti facenti capo all'individuo-lavoratore, il cui esercizio non può generare un trattamento sfavorevole nei suoi confronti.

L'importanza riconosciuta al diritto alla riservatezza ha subito un'evoluzione dallo Statuto ad oggi, grazie alla centralità che man mano ha assunto, nel sentire giuridico comune, la tutela della privacy dell'individuo e il suo riconoscimento nei *Bills of Rights* sovranazionali ed internazionali.[5] A livello interno, l'adozione nel 2003 del Codice della privacy "provvede efficacemente a sintetizzare tale evoluzione" e ribadisce come il datore di lavoro pubblico e privato debbano rispettare una serie di disposizioni volte a tutelare i dati personali del lavoratore ed ad assicurarne il trattamento nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali facenti capo a quest'ultimo.[6] La legittimità della raccolta, la conservazione e l'utilizzo di informazioni inerenti la persona del lavoratore sono regolamentati di volta in volta sulla base di un criterio generale, fondato sul presupposto che tali dati e il loro utilizzo siano necessari per dare corretta esecuzione al rapporto di lavoro.

L'avvento dei nuovi media e l'evoluzione tecnologica hanno creato nuovi spazi, ancorché virtuali, in cui gli individui esercitano la propria personalità e, di conseguenza, i propri diritti. Ciò pone interessanti questioni in merito alla rilevanza che le informazioni pubblicate in profili creati dai lavoratori sui

1 Sulla tutela della persona del lavoratore nel contratto di lavoro si vedano R. Del Punta, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2006, 2, fasc.110,pp.195-268; B. Veneziani, *Il lavoro tra l'ethos del diritto ed il pathos della dignità*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2010, 2, pp. 257 ss.

2 B. Veneziani, *ivi*, e, con particolare attenzione alla tutela antidiscriminatoria, M. Barbera, *L'eguaglianza come scudo e l'eguaglianza come spada*, in P. Chieco (a cura di), *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro. Scritti in memoria di Luciano Ventura*, Bari, Cacucci, 2004.

3 Per un'indagine dettagliata dei caratteri generali della tutela della riservatezza nel rapporto di lavoro M Aimo, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro,* Napoli, Jovene, 2003; più recentemente, E. Barraco e A. Sitzia,, *La tutela della privacy nei rapporti di lavoro*, M. Miscione (a cura di), Milano, Ipsoa, 2012.

4 Così M. Aimo, *Tutela della riservatezza e protezione dei dati personali dei lavoratori*, in M. Marazza, M. Martone (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, in M. Persiani, e F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro,* Vol. IV, tomo II, Padova, CEDAM, 2012.

5 Per una dettagliata analisi delle problematiche che le nuove tecnologie pongono in riferimento al diritto alla riservatezza si veda S. Rodotà, *Privacy, libertà, dignità*, Discorso conclusivo della Conferenza internazionale sulla protezione dei dati, 26th International Conference on Privacy and Personal Data Protection, Wroclaw, 2004, www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb display/docweb/1049293.

6 Sul punto, cfr. i due contributi citati di M. Aimo *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro,* Napoli, Jovene, 2003 e *Tutela della riservatezza e protezione dei dati personali dei lavoratori*, in M., Marazza, M e M. Martone, (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, in M. Persiani, e F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro,* Vol. IV, tomo II, Padova, CEDAM, 2012.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

cosiddetti *social media* possono avere nel rapporto di lavoro, e, a monte, se esse si debbano qualificare come informazioni "pubbliche" o afferenti ad uno spazio privato "allargato".

Se è vero infatti che la tutela della vita privata e contro le discriminazioni funge da limite all'esercizio dell'autorità del datore di lavoro nelle sue diverse forme - dalla libertà di scegliere quali caratteristiche e quali elementi valutare al fine di instaurare e mantenere un rapporto di lavoro, al potere di controllo e quello disciplinare - sono altresì elementi fondanti del contratto di lavoro la natura fiduciaria dello stesso, la potenziale rilevanza di determinate caratteristiche personali del lavoratore ai fini dello svolgimento della prestazione di lavoro, gli obblighi di fedeltà, correttezza e buona fede in capo a quest'ultimo e la generale necessità di tutelare gli interessi del datore di lavoro, quale controparte del contratto. In un difficile bilanciamento tra questi diversi interessi e diritti, nel rapporto di lavoro può assumere rilievo anche il comportamento tenuto dal lavoratore nella sua vita privata, o comunque al di fuori del luogo di lavoro, quando lo stesso interferisca con la prestazione lavorativa o comunque pregiudichi la possibilità di una serena prosecuzione della collaborazione tra le parti. [7]

La decisione del Consiglio di Stato (Sez. III) del 21 febbraio 2014 - che di seguito si sintetizzerà e commenterà - rappresenta un'interessante occasione di osservazione di tale opera di bilanciamento. L'analisi di questa sentenza consentirà di porre in evidenza come - alla luce dei nuovi spazi di libertà di espressione creati dai *social media* e in assenza di una normativa regolatrice specifica - i giudici continuino ad assicurare una protezione forte della sfera privata del lavoratore, con marcata attenzione ai profili inerenti alla libertà ed all'eguaglianza.

2. Il caso, la decisione del TAR e l'opposta soluzione offerta dal Consiglio di Stato

Con la sentenza del 21 febbraio 2014, la Sez. III del Consiglio di Stato ribalta la precedente decisione del TAR della Lombardia, che aveva rigettato il ricorso di un agente di pubblica sicurezza contro la sanzione disciplinare della sospensione di un mese dal servizio a lui irrogata dal Ministero dell'Interno in ragione di alcune fotografie, pubblicate dal poliziotto su un *social network*, considerate dal Ministero stesso contrarie al decoro dell'Amministrazione. Alcune immagini nel profilo creato ritraevano l'agente in abbigliamento femminile; altre ancora, accessibili solo tramite *password* e quindi a seguito di autorizzazione dello stesso, in lingerie femminile. Dal profilo non era desumibile il nome dell'agente, né erano presenti informazioni inerenti alla sua professione. Le immagini che lo ritraevano in abbigliamento femminile e in lingerie erano state visualizzate dal datore di lavoro tramite la creazione di un falso profilo da parte di un collega dell'agente che, acquisita la fiducia del dipendente, era stato autorizzato dallo stesso ad accedere alle fotografie riservate con la *password*.

Per il Ministero, la condotta posta in essere dal dipendente rappresentava una "*gravissima mancanza di correttezza*", per via dell'abbigliamento e degli atteggiamenti che emergevano dalle fotografie, ritenuti inopportuni. Inoltre, a giudizio dell'Amministrazione, le immagini suggerivano informazioni inerenti il dipendente di "*indubbia equivocità*" e perciò la condotta integrava un comportamento contrario al decoro degli appartenenti ai ruoli di Pubblica Sicurezza, previsto dalle norme speciali del DPR 737/1981, e una forma di comunicazione, a giudizio dell'Amministrazione, accessibile senza particolari precauzioni, in luogo ritenuto "*aperto al pubblico*". Il DPR 62/2013, che introduce il nuovo Codice di Comportamento dei pubblici dipendenti, dispone infatti che il lavoratore delle amministrazioni pubbliche "serve la Nazione con disciplina e onore" (art. 3 comma 1), "evita situazioni e comportamenti che possano nuocere all'immagine o agli interessi dell'amministrazione" (art. 3 comma 3, ribadito dall'art. 10), "si astiene da dichiarazioni pubbliche offensive nei confronti della pubblica amministrazione" (art. 12 comma 2). Il Codice è poi declinato in singoli regolamenti diversi per ogni amministrazione - nel caso in esame, il citato DPR 737/1981 - e le sue previsioni possono quindi anche incidere sulla vita privata dei dipendenti e sulla loro libertà di espressione e di "azione".

Di fronte al TAR della Lombardia, il ricorso del dipendente veniva respinto, con un duplice argomento. Da un lato, veniva contestata la legittimità del controllo operato dal superiore dell'agente di pubblica sicurezza per entrare in contatto sul *social network* con il dipendente ed ottenere l'accesso alle immagini private. Dall'altro i giudici riscontravano come il ricorrente avesse violato il dovere di adottare un comportamento decoroso anche al di fuori del luogo di lavoro - come previsto dal citato regolamento - in quanto le immagini che lo ritraevano in abiti e lingerie femminili potevano a tutti gli effetti

7 P. Ichino, *Il potere disciplinare*, in *Il Contratto di Lavoro*, Volume III, Milano, Giuffrè, 2003.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

rappresentare il "disvalore dell'indecorosa condotta precedentemente tenuta"[8]. Tale comportamento era equiparabile, a giudizio del TAR, ad altre condotte poste in essere da agenti polizia che avevano portata la giurisprudenza a confermare la legittimità di sanzioni disciplinari in analoghe situazioni, quali la falsificazione di registri di bordo di un natante al fine di occultare un eccessivo dispendio di carburante[9] o le lesioni arrecate ai propri genitori da parte di un agente a seguito di un diverbio[10]. "L'oggettiva lesività, per l'intero Corpo di Polizia," derivava inoltre, secondo il TAR, dagli effetti conseguenti al facile accesso alle fotografie "*riservate*", ovvero la ricattabilità, da parte di terzi, dell'agente.[11] Il TAR inoltre riteneva fuorviante la valorizzazione di profili attinenti ad una presunta discriminazione sessuale (forse meglio dire inerente all'orientamento sessuale) nei confronti dell'agente e giustificava la legittimità della sanzione in ragione della violazione degli obblighi di decoro imposti dall'art. 4 del DPR 737/1981vista la natura "pubblica" della manifestazione di tale condotta.

Il dipendente presentava ricorso avverso la decisione del TAR al Consiglio di Stato, che decideva di annullare il provvedimento di primo grado sulla base di due punti essenziali.

Il Consiglio sottolineava anzitutto la necessità di valutare tutte le circostanze di fatto ricorrenti nel caso specifico al fine di determinare se il comportamento tenuto potesse effettivamente dirsi "pubblico". A differenza di quanto sostenuto dal TAR, il Consiglio di Stato considerava discriminante l'elemento selettivo alla base dell'accesso alle immagini, ovvero che le stesse fossero consultabili solo a chi conosceva il *nickname* del dipendente e, nei casi delle foto in abbigliamento intimo, solo previa autorizzazione dell'interessato. Il Consiglio evidenziava inoltre che nulla di quanto pubblicato online rimandasse all'identità del ricorrente né al suo status di poliziotto. Le immagini quindi, se visibili solo da alcune persone, dovevano ritenersi riservate, ed erano tali da preservare il ruolo professionale dell'agente, costituendo una forma di comunicazione afferente alla vita privata e non espressa in "luogo aperto al pubblico". Di conseguenza, era da escludersi, a giudizio del Consiglio, l'oggettiva lesività per l'intero corpo di polizia del comportamento contestato, dovendosi operare un bilanciamento tra la libertà di espressione e la tutela del diritto al rispetto della vita privata, da un lato, e, dall'altro, l'interesse pubblico in capo all'Amministrazione.

La seconda ragione per la quale il Consiglio di Stato decideva di annullare la decisione di primo grado riguarda l'offensività delle immagini che ritraevano il dipendente in abbigliamento femminile per il decoro del Corpo di Polizia e la loro idoneità ad esporre a ricattabilità l'agente. Su questo aspetto, il Consiglio di Stato adotta un punto di vista opposto rispetto alla valutazione operata dal giudice di prime cure. Pur senza addentrarsi in una disamina sulla natura discriminatoria della sanzione disciplinare irrogata al dipendente ai sensi del divieto di discriminazione previsto dal D.Lgs. 216/2003, il Consiglio di Stato ritiene che il concetto di decoro e di buon costume sia soggetto al variare della "morale" e debba quindi essere letto in un determinato contesto storico sociale e valutato alla luce di una coscienza sociale che risente della rapida evoluzione dei costumi e della cultura. Nel contesto specifico, il giudice amministrativo ricorda come la vita sessuale dell'individuo rappresenti, alla luce degli artt. 2 e 3 Cost. e dell'art. 10 Cedu, una condizione dell'uomo degna di tutela, in quanto "riguarda l'identità della persona e il diritto alla realizzazione della propria personalità, e rientri nella libertà di espressione la possibilità di palesare opinioni e comportamenti che rivelino l'inclinazione sessuale".[12] Dando quindi rilievo all'aspetto - ritenuto non determinante in primo grado - inerente alla libera manifestazione della propria inclinazione sessuale, il Consiglio riscontrava come "in virtù del cambiamento dei costumi, [tale elemento], anche [nel caso] degli appartenenti alle forze dell'ordine, non costituisce materia di ricatto o di possibili ritorsioni specifiche, o almeno non più di altri aspetti della vita della persona"[13]. Il giudice rilevava infine che *"per il diritto vivente, il travestimento in abiti femminili non può quindi qualificarsi in sé indecoroso se l'atteggiamento assunto non consiste in pose sconvenienti o contrastanti col comune senso del pudore, del rispetto della propria o altrui persona*" in quanto egli aveva agito nell'ambito della propria sfera privata, *"senza riconoscibilità del suo status e senza alcun riferimento all'amministrazione di appartenenza*".[14]

8 Così il Tribunale amministrativo regionale Lombardia in primo grado, sentenza del 22 novembre 2012, n. 02841.

9 Cfr., rispettivamente, Tribunale amministrativo Campania – Napoli, sez. IV, sentenza del 20 luglio 2010, n. 16865 e Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 3 dicembre 2009, n. 7560.

10 Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 5 aprile 2006, n. 1767.

11 Sentenza Tribunale amministrativo regionale Lombardia, sentenza del 22 novembre 2012, n. 02841.

12 Consiglio di Stato, sentenza del 21 febbraio 2014 n. 00848, para. 1.8.

13 Id.

14 Id.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

3. *Social media* come spazi di libertà ed eguaglianza

La sentenza sin qui riassunta costituisce un importante precedente per due principali motivi. Da un lato la decisione contribuisce al dibattito sulla relazione tra la libertà di espressione sui *social network* e la rilevanza di tale manifestazione nel rapporto di lavoro, offrendo una lettura estensiva della nozione di vita privata, che va al di là delle mura domestiche ed include, a determinate condizioni, nuovi spazi virtuali in cui il singolo, grazie alle nuove tecnologie e all'evoluzione dei sistemi di comunicazione, può sentirsi libero di agire senza dover temere l'intrusione da parte del datore di lavoro. Dall'altro, la pronuncia del Consiglio di Stato rappresenta il consolidamento di una giurisprudenza sempre più ampia che afferma il rispetto dell'autodeterminazione dell'individuo per quanto attiene la propria vita sessuale e la protezione del lavoratore contro la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, in tutti quei casi in cui la libertà individuale di un soggetto appartenente ad una "minoranza" si scontra con un modello maggioritario predefinito che vuole delimitare i confini di ciò che è ritenuto rispettoso della morale e del decoro.[15]

Sul primo aspetto si rileva la difficoltà che devono fronteggiare i giudici ogniqualvolta venga loro sottoposta una questione attinente le comunicazioni fatte dagli individui sui *social network* e la conseguente urgenza che venga adottata una regolamentazione chiara ed uniforme a livello legislativo, con particolare attenzione alle dimensioni della vita sociale, quali il contratto di lavoro, nella quale quanto comunicato dal lavoratore attraverso i *social network* possa incidere sul rapporto di lavoro e debba (o non debba) essere rilevante a tali fini.[16] Con gli strumenti legislativi esistenti, l'opera ermeneutica delle corti ha quindi il difficile compito di far emergere, all'interno di veri e propri nuovi spazi virtuali di esercizio delle libertà fondamentali, la ratio che sta alla base delle norme che tutelano queste libertà. La decisione del Consiglio di Stato dimostra come, in assenza di chiari criteri normativi, l'approccio più funzionale sia quello di valutare caso per caso se l'ambito nel quale il soggetto si esprime possa qualificarsi come un luogo "privato", a cui quindi applicare le tutele, *mutatis mutandis*, riconosciute dal diritto nazionale e internazionale alla vita privata del lavoratore. Questo richiede una dettagliata analisi delle peculiarità del mezzo di comunicazione prescelto e dagli accorgimenti adottati dall'individuo nel creare un proprio profilo sul *social network*. La natura pubblica dei *social network*, definiti in più occasioni "piazze virtuali",[17] deve essere in realtà vagliata sulla base delle cosiddette preferenze di visibilità che il soggetto ha stabilito. Nel caso di specie, il Consiglio riscontra come il fatto che l'agente di sicurezza abbia posto una serie di restrizioni alle immagini ritenute lesive dell'obbligo di decoro imposto da parte dell' Amministrazione ai suoi dipendenti faccia sì che esse non possano qualificarsi come immagini pubbliche e l'accesso alle stesse sia consentito solo ai soggetti ammessi dal dipendente. Nella decisione, il Consiglio propone un'efficace analogia tra un profilo così creato su un *social network* e un'abitazione, definendo il primo un luogo a cui si può accedere solo conoscendo il *nickname* dell'interessato, fungendo tale riferimento come un "indirizzo di casa". Il Consiglio ricorda, a tal proposito, come l'agente di polizia non abbia pubblicizzato in alcun modo sul suo profilo la propria occupazione e abbia stabilito chiavi di accesso - che lui stesso decideva a chi concedere - per visualizzare le fotografie che lo ritraevano in abbigliamento intimo femminile.

Si può quindi concludere che, sul punto, l'analisi operata dal Consiglio di Stato rappresenta un *modus operandi* lungimirante, a cui fare riferimento in future decisioni inerenti a situazioni analoghe e soprattutto capace di coniugare, in termini giuridici, la tutela riconosciuta alla vita privata dei singoli in tempi "non sospetti" e l'avvento di nuove tecnologie, che non possono rappresentare, per il soggetto che le utilizza, un'automatica, totale e per alcuni versi inconscia rinuncia alla propria riservatezza, per il solo fatto di utilizzarle.[18]

15 Sul punto cfr. M. Grigolo, S*exualities and the ECHR: Introducing the Universal Legal Subject*, in *European Law Journal*, Vol. 14, 5, 2003, pp.1023 ss. e R. Robson, *Judicial Review and Sexual Freedom*, in *University of Hawai'i Law Review*, Winter 2007, pp.1 ss.

16 Sulle implicazioni che le nuove tecnologie hanno sul diritto alla riservatezza nel contratto di lavoro rapporto di lavoro cfr. P. Tullini, *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, vol. LVIII, Padova CEDAM, 2010.

17 L. Natali, *Tutela del Garante contro i controlli a distanza ma niente scudo sui dati dei social network*, in *Guida al diritto*, 25 settembre 2010, 38, pp. 27 ss., 2010; W. Jacobson, e S. Howle Tufts, *To Post or Not to Post Employee Rights and Social Media*, in *Review of Public Personnel Administration*, 33 (1), p. 84 ss.

18 S. Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, Roma, Laterza, 2013; in ottica comparata, P. Sánchez Abril, A. Levin, A e A. Del Riego, *Blurred Boundaries: Social Media Privacy and the Twenty-First-Century Employee*, in *American Business Law Journal*, Volume 49, Issue 1, p.63 ss., 2012.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Altrettanto interessante è la seconda questione affrontata nella decisione ovvero se la pubblicazione delle fotografie più facilmente accessibili - che ritraevano il dipendente in abiti femminili - potesse costituire una "condotta connotata da fatti antitetici ai doveri richiesti ad un appartenente [alle forze di polizia] - e se "l'immagine di travestimento femminile, che palesa l'inclinazione omosessuale, utilizzata nella vita privata, in ambiente non lavorativo e senza riferimenti all'attività lavorativa svolta [...] possa costituire efficace strumento di ricatto".[19] Come premesso, laddove il comportamento tenuto dal lavoratore al di fuori dell'orario di lavoro pregiudichi il rapporto fiduciario con il datore di lavoro, esso costituisce un elemento che può incidere sullo stesso, sino ad arrivare al licenziamento per giusta causa o giustificato motivo oggettivo.

La decisione del Consiglio di Stato nel caso in esame rappresenta un importante punto di osservazione della tecnica utilizzata dalle corti quando sono chiamate ad assicurare la tutela dei diritti fondamentali laddove il loro godimento è violato. I due modelli di riferimento attraverso cui si realizza questo meccanismo sono il *substative rights model* e l'*anti-discrimination model*.[20] Nel primo, i diritti sono considerati, nell'accezione di Dworkin, *trumps* - briscole - ovvero barriere invalicabili da parte dell'esercizio di qualsiasi potere che ne possa pregiudicare il godimento.[21] Nel secondo, la protezione dei diritti si costruisce sulla base della valutazione comparatistica propria della tutela antidiscriminatoria, che mira a determinare se alcuni individui appartenenti ad uno specifico gruppo sono svantaggiati nel godimento di determinati diritti. Il primo modello si fonda sul paradigma della *libertà da* intrusioni del potere nell'esercizio da parte del singolo del diritto ed ha carattere universalistico e assoluto. Il secondo, di natura comparatistica, trova invece le sue radici nel paradigma dell'*eguaglianza nel* godimento del diritto da parte del singolo, che è escluso in ragione della sua appartenenza ad un gruppo sottorappresentato. Nella decisione esaminata emerge, dalle parole utilizzate dal Consiglio, un uso combinato dei due modelli, nel quale il primo viene messo al servizio del secondo, seguendo l'approccio con cui la Corte Edu è riuscita, negli anni, ad introdurre nel sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali la protezione dei diritti delle persone omosessuali. Rileggendo la giurisprudenza in tale ambito, emerge come la tutela contro la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale si sia sviluppata prendendo le mosse dalla protezione del diritto alla vita privata e sessuale (art. 8) per poi spostarsi sempre di più sul divieto di non discriminazione (art. 14), tanto da portare ad inserire l'orientamento sessuale tra i fattori di discriminazione vietati dall'art. 14 - anche se non esplicitamente menzionato nel testo dello stesso articolo.[22] Proprio in termini di libertà da intrusioni nello spazio privato ed intimo dell'individuo, la Corte ha smantellato il sistema di divieti, un tempo previsti in diversi Paesi europei, agli atti sessuali tra adulti consenzienti dello stesso sesso e ha esteso, in termini giuridici, il diritto alla vita famigliare alle coppie omosessuali. [23] La successiva evoluzione della giurisprudenza in merito al rispetto della vita privata e sessuale dell'individuo rappresenta un esempio di come la Corte europea abbia saputo proporre un modello inclusivo e liberale di tutela dei diritti fondamentali, facendosi quindi garante, almeno in tali ambiti, delle richieste provenienti da una società pluralista improntata al principio di autodeterminazione.[24] Tale approccio - *substantive rights model* di tutela dei diritti fondamentali - ha ampliato la nozione di diritto alla vita privata e familiare, includendo la protezione dei diritti delle persone omosessuali e costituendo il perno normativo su cui si è sviluppata la tutela antidiscriminatoria in base all'orientamento sessuale - *antidiscrimination model*. Si può quindi evidenziare una relazione sinergica tra i due modelli, che si combinano anche nella decisione qui annotata. Il Consiglio decide infatti di non seguire esplicitamente la strada possibile del riferimento al divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale contenuta nel D. Lgs. 216/2003, ma ricorda come l'affermazione della libertà di espressione e il libero esercizio del diritto alla vita privata assicurino anche la libertà di manifestare la propria inclinazione sessuale. Da qui derivano due aspetti essenziali della pronuncia. Il primo è che il vago riferimento al decoro della Pubblica Amministrazione riportato nel Codice di comportamento non possa determinare una lesione di tali libertà. Il secondo, connesso al primo, è che le stesse libertà non

19 Decisione del Consiglio di Stato, para. 1.8.

20 M. Barbera, *Not the same? The judicial role in the new community antidiscrimination law context*, in *Industrial Law Journal*, 31 (1), 2002, p. 82 ss. che richiama G. Calabresi, *I diritti fondamentali in quattro tipi di costituzione: quale è il modello americano?*, in M. Bonazzi (ed), *La Costituzione statunitense*, Milano, Il Mulino, 1988.

21 D. Dworkin, *Rights as Trumps*, in J.Waldron, (ed.), *Theories of Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1984.

22 R. Wintemute, *De l'egalite des orientations sexuelles a la liberte sexuelle: Jurisprudence europeenne et comparee* in D. Borrillo e D Lochak, (eds), *La liberte sexuelle.*, Paris, *Presses Universitaires de France*, 2005.

23 J. Marshall, *Sexual Identity*; in *Personal freedom through human rights law? Autonomy, identity and integrity under the European Convention on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

24 Id.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

pregiudicano lo svolgimento dell'attività lavorativa in quanto, data la loro natura di libertà fondamentali tutelate dall'ordinamento, non possono costituire oggetto di ricatto nei confronti del dipendente.

La scelta del Consiglio di Stato di risolvere il nodo giuridico sottopostogli attraverso la tutela della libertà di espressione e autodeterminazione, più che nei canonici termini del giudizio antidiscriminatorio, non deve però far ritenere che la decisione commentata non sia un interessante caso di diritto antidiscriminatorio. Tale tutela risulta funzionale a garantire la protezione contro la discriminazione, qui intesa appunto come libertà delle persone omosessuali a manifestare la propria inclinazione sessuale. Ai fini della protezione contro la discriminazione, viene meno, in questo caso, la necessità di una valutazione comparativa[25]ed emerge la tendenza ad andare oltre la tradizionale struttura della tutela antidiscriminatoria - l'esistenza di un soggetto nei confronti del quale la persona che ritiene di essere discriminata deve comparare la propria condizione per ottenere eguale protezione nel godimento di un diritto - per abbracciare una diversa interpretazione del principio di eguaglianza e non discriminazione orientata al paradigma del rispetto della differenza[26] - e non dell'irrilevanza di alcune caratteristiche proprie dell'individuo (*the likeness requirement*[27]). In questo approccio - seguito dalla Corte di giustizia nel caso *P.*, la decisione in cui essa ha sviluppato la nozione di genere per come è oggi intesa dal diritto antidiscriminatorio - è il mancato rispetto della dignità e della libertà a cui ognuno ha diritto a rappresentare una discriminazione. Come analogamente è stato sottolineato in riferimento alla decisione della Corte di giustizia in *P.*, anche nel caso qui in esame le preferenze sessuali del ricorrente devono essere protette perché "espressione della sua differenza, della sua libertà di scelta e autodeterminazione [...] quali espressioni a loro volta della dignità umana".[28]

Questa lettura rispecchia l'impostazione di fondo dello Statuto dei Lavoratori e, più ampiamente, dell'intera normativa antidiscriminatoria, ovvero la protezione - nelle sue diverse forme e manifestazioni, qui la vita privata e la libertà sessuale - della dignità dell'individuo nel rapporto di lavoro, ritenuto criterio unificante e trasversale dell'intera anagrafe lavorativa del lavoratore.[29]

25 Sul ruolo della comparazione nel giudizio antidiscriminatorio cfr D. Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, in *Memorie del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Torino*, Napoli, Jovene, 2005 e A. McColgan, *Cracking the comparator problem: discrimination, "equal" treatment and the role of comparisons*, in *European Human Rights Law Review*, 2006, 6, pp. 650 ss.

26 M. Barbera, *Defining differences: the meaning-generating function of social and judicial community discourse on discrimination*, in corso di pubblicazione.

27 Sul punto cfr. A. McColgan, *ivi.*

28 Così M. Barbera, *Defining differences..., ivi.*

29 B. Veneziani, *ivi.*

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

*Giacomo Biagioni**

La trascrizione dei matrimoni *same-sex* conclusi all'estero nel recente provvedimento del Tribunale di Grosseto

Sommario

1. Introduzione – 2. In generale: il riconoscimento degli *status* personali e familiari costituiti all'estero – 3. La continuità degli *status* nello spazio e il diritto internazionale privato – 4. Irrilevanza dell'art. 65 della legge n. 218/1995 rispetto al riconoscimento dei matrimoni *same-sex* celebrati all'estero tra cittadini italiani residenti in Italia – 5. La necessità della qualificazione della fattispecie e l'applicazione dell'art. 24 della legge n. 218/1995 – 6. Conseguenze dell'applicazione della norma di conflitto relativa ai diritti della personalità – 7. Quali prospettive?

Abstract

Il tema del riconoscimento degli status personali e familiari acquisiti all'estero, ivi compresi i matrimoni *same-sex*, sta assumendo rilevanza sempre crescente nel diritto internazionale privato, specialmente per il fatto che è strettamente collegato alla protezione di valori fondamentali espressi dalla Convenzione europea dei diritti umani e dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Il presente scritto esamina le differenti tecniche internazionalprivatistiche idonee a realizzare la continuità transnazionale di tali *status* e sulla base di tale premessa commenta una recente decisione del Tribunale di Grosseto, che per la prima volta in Italia ha ordinato l'iscrizione di un matrimonio tra persone dello stesso sesso nei registri dello stato civile, richiamando gli articoli 27, 28 e 65 della legge n. 218/1995. Lo scritto assume che queste disposizioni non sono applicabili alla trascrizione delle unioni omosessuali e conclude che tali unioni debbono essere qualificate, secondo l'interpretazione data dalla Corte costituzionale, come situazioni giuridiche distinte dal matrimonio. Pertanto, esse risultano soggette alla legge richiamata dall'art. 24 della legge n. 218/1995, riguardante i diritti della personalità, anche se tale previsione non è idonea ad assicurare la piena realizzazione dei valori fondamentali che richiedono il riconoscimento delle situazioni giuridiche validamente create all'estero nel rispetto delle legittime aspettative dei soggetti interessati.

The issue of recognition of personal and family status acquired abroad, including same-sex marriages, is gaining an ever-increasing momentum in private international law, since it is closely related to the protection of fundamental values under the ECHR and under the TFEU. The paper, after briefly discussing different private international law methods recurred to by contemporary legal systems in order to ensure cross-border continuity of those status, comments on a recent decision of the Tribunale di Grosseto, which for the first time in Italy ordered the registration of a same-sex marriage entered into abroad, recalling articles 27, 28 and 65 of Italian law No 218/1995. The paper assumes that these provisions are not applicable to same-sex unions and argues that those unions should be characterized, under Italian law and according to the interpretation of the Constitutional Court, as a sui generis *status. Consequently, they fall under article 24 of Italian law No 218/1995, concerning rights of personal status,*

* Associato di Diritto Internazionale, Università di Cagliari.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

even though that provision is not likely to provide full enforcement of fundamental individual rights calling for recognition of situations validly created abroad in conformity with legitimate expectations of the interested parties.

1. Introduzione

Per quanto nell'ordinamento italiano non esistano, allo stato, disposizioni legislative dirette a disciplinare le unioni tra persone dello stesso sesso, è noto che molti cittadini italiani hanno potuto accedere all'estero al matrimonio *same-sex* per il fatto che in vari ordinamenti stranieri la celebrazione non è preclusa dalla circostanza che le coppie non presentino significativi collegamenti con lo Stato[1]. Pertanto, a partire dal 2005, i giudici italiani hanno avuto più di un'occasione per affrontare la questione della trascrivibilità di matrimoni celebrati all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso[2]. Sebbene la giurisprudenza fosse fino ad ora giunta ad una soluzione sostanzialmente negativa, i percorsi argomentativi utilizzati a tal fine erano risultati significativamente differenti, con la conseguenza di produrre una situazione di sostanziale incertezza giuridica, non dissipata da un anodino intervento della Corte di cassazione[3].

In tale contesto è stata emessa l'ordinanza 3-9 aprile 2014 del Tribunale di Grosseto, che, per la prima volta, ha ritenuto possibile (*rectius*: doveroso) trascrivere nei registri italiani di stato civile un matrimonio celebrato all'estero tra due persone dello stesso sesso[4]. La rilevanza di tale decisione non sembra superata per il fatto che in sede di reclamo essa è stata annullata, essendosi la Corte d'appello di Firenze fondata solo su ragioni di rito, e precisamente su una violazione del principio del contraddittorio[5], per dichiararla nulla[6]. Ciò è dimostrato dalla circostanza che alcune amministrazioni comunali hanno inteso esplicitamente aderire, con specifiche disposizioni agli ufficiali di stato civile, all'orientamento favorevole alla trascrizione dei matrimoni celebrati all'estero tra persone dello stesso sesso[7].

1 Sul punto le legislazioni degli Stati che ammettono il matrimonio *same-sex* hanno assunto approcci anche significativamente diversi. Così, nei Paesi Bassi, sulla base della Convenzione dell'Aja del 1978 relativa alla celebrazione e alla validità dei matrimoni, l'accesso al matrimonio è consentito alle coppie dello stesso sesso in applicazione della legge olandese se almeno uno dei componenti è cittadino olandese o risiede in Olanda oppure se esso è consentito dalla legge nazionale di entrambi i nubendi. In Francia la legge n. 2013-404 del 17 maggio 2013 relativa al c.d. *mariage pour tous* consente l'accesso al matrimonio, purché questo sia ammesso sia dalla legge nazionale sia dalla legge dello Stato di residenza o domicilio di almeno uno dei nubendi. Sulla base del *Marriage Equality Act* dello Stato di New York (ove era stato contratto il matrimonio di cui si chiedeva la trascrizione dinanzi al Tribunale di Grosseto) non sono invece previsti requisiti di residenza per l'accesso al matrimonio *same-sex*. Infine, l'art. 46, 1° comma, della legge belga di diritto internazionale privato rimette la possibilità di contrarre matrimonio alla legge nazionale di ciascuno dei nubendi, ma il 2° comma precisa che «*l'application d'une disposition du droit désigné en vertu de l'alinéa 1er est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un Etat ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat dont le droit permet un tel mariage*».

2 Limitatamente ai casi relativi alla trascrizione di matrimoni *same-sex* contratti all'estero, v. Tribunale di Latina, sentenza del 10 giugno 2005, in *Foro italiano*, 2006, I, p. 287; Corte d'appello di Roma, sentenza del 13 luglio 2006, ivi, 2008, I, p. 3695; Tribunale di Treviso, sentenza del 19 maggio 2010, in *Diritto di Famiglia*, 2011, p. 1236.

3 Corte di cassazione, I Sezione civile, sentenza del 15 marzo 2012, n. 4184, pubblicata in *Diritto della Famiglia e delle Persone*, 2012, p. 696 ss. Per commenti a tale decisione v. M. Gattuso, *"Matrimonio", "famiglia" e orientamento sessuale*, in *Famiglia e diritto*, 2012, p. 678 ss.; S. La China, *Diritti umani: qualche piccola precisazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2012, p. 835 ss.; B. Pezzini, *Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra le sentenze della Corte Costituzionale 138/2010 e della Corte di cassazione 4184/2012*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.formuncostituzionale.it; A. Schuster, *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, ivi; M. Winkler, *I matrimoni* same-sex *stranieri di fronte alla Cassazione*, in *Int'l Lis*, 2012, p. 7 ss.

4 Reperibile in *Articolo29*, www.articolo29.it e pubblicata *infra*, p. 253.

5 In particolare, la Corte d'appello ha ritenuto che erroneamente fosse stato evocato in giudizio il Comune di Grosseto, mentre le attribuzioni del Sindaco quale ufficiale di stato civile gli spettano quale delegato del Governo e dunque costituiva parte necessaria del procedimento il Ministero.

6 V. anche questo provvedimento in *Articolo29*, www.articolo29.it e *infra*, p. 255.

7 La nota 23 giugno 2014 del Sindaco del Comune di Napoli e la nota 21 luglio 2014 del Sindaco del Comune di Bologna, in parte simili tra loro, sono entrambe reperibili in *Articolo29*, www.articolo29.it. V. anche il decreto 15 settembre 2014 del Sindaco del Comune di Empoli (in www.comune.empoli.fi.it), modellato su quelli sopra citati. Gli organi di stampa hanno anche dato notizia dell'avvenuta trascrizione di un matrimonio contratto nei Paesi Bassi tra un cittadino italiano ed un cittadino olandese da parte del Sindaco del Comune di Fano; la trascrizione è stata poi cancellata per effetto del decreto del Tribunale di Pesaro 14 ottobre 2014, pubblicato in *Articolo29*, www.articolo29.it.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

La frammentazione della disciplina su base territoriale, derivante dai limiti di applicazione di tali disposizioni amministrative[8], la cui rilevanza è limitata ai residenti dei Comuni interessati, e dalle opposte posizioni assunte da altre amministrazioni comunali[9] e da ultimo avallate dal Ministero dell'Interno con la circolare del 7 ottobre 2014[10], e l'incerto quadro giurisprudenziale rendono ormai indispensabile un intervento legislativo organico, che tenga conto anche dei profili internazionalprivatistici della questione. In attesa che le sollecitazioni rivolte da più parti al Parlamento producano finalmente i loro effetti[11], appare dunque opportuno fare il punto sul quadro normativo attualmente applicabile.

2. In generale: il riconoscimento degli *status* personali e familiari costituiti all'estero

La fattispecie oggetto del provvedimento del Tribunale di Grosseto non presenta particolari differenze rispetto a quelle già esaminate in passato dalla giurisprudenza italiana: due cittadini italiani residenti in Italia si recano in uno Stato straniero, ove contraggono matrimonio, e chiedono che il relativo atto sia trascritto nei registri dello stato civile italiano. La vicenda di specie si inserisce dunque nella comune casistica relativa alla trascrivibilità dei matrimoni *same-sex* stranieri contratti da cittadini: non vi erano, in apparenza, ragioni particolari, a differenza di altri casi recenti[12], che rendessero probabile una conclusione diversa da quella raggiunta dalla giurisprudenza precedente.

È peraltro opportuno premettere che, sebbene in relazione ai matrimoni *same-sex* celebrati all'estero la casistica rilevante si ponga rispetto alla loro trascrizione, la questione si inquadra, in termini più generali, nel tema del riconoscimento delle situazioni giuridiche, ed in particolare degli *status* personali e familiari costituiti in altri ordinamenti. Ora, secondo una convincente ancorché risalente ricostruzione, dal punto di vista del diritto internazionale privato, lo *status* (come qualità fondamentale della persona fisica attinente alla sua stessa esistenza o identità ovvero alla partecipazione a formazioni sociali rilevanti) rappresenta, ad un tempo, l'effetto giuridico di un atto o di un fatto e il presupposto di una serie di diritti e obblighi che la legge applicabile riconduce a tale *status*[13].

Più in particolare, sotto il primo profilo, com'è stato messo in luce[14], la costituzione o modificazione degli *status* personali all'interno di un determinato ordinamento può avvenire attraverso una molteplicità di atti, distinguibili a seconda che essi esigano l'intervento di un'autorità pubblica oppure siano

8 Entrambi i provvedimenti amministrativi sopra menzionati danno ovviamente disposizione ai locali ufficiali di stato civile di procedere alla trascrizione di "atti attestanti la celebrazione di matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso, residenti nel Comune…", secondo la previsione dell'art. 17 del d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396. Peraltro, com'è noto, l'applicazione uniforme della normativa sullo stato civile dovrebbe essere assicurata dall'obbligo dell'ufficiale di stato civile di uniformarsi alle istruzioni impartite dal Ministero dell'Interno (art. 9 d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396). Il Ministero si era già espresso, con le circolari n. 2 del 26 marzo 2001 e n. 55 del 18 ottobre 2007, in senso contrario alla trascrivibilità dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero, sull'argomento che la trascrizione dovrebbe ritenersi contraria all'ordine pubblico, il Ministero è anche intervenuto a sostegno del reclamo proposto dalla Procura della Repubblica dinanzi alla Corte d'appello di Firenze.

9 Il Sindaco del Comune di Latina risulta aver rifiutato la trascrizione di un matrimonio contratto all'estero nel giugno 2014. V. anche la deliberazione 17 aprile 2014, n. 35, del Consiglio Comunale di Latina, con la quale era stata approvata una mozione favorevole alla trascrizione dei matrimoni *same-sex* contratti all'estero, richiamando tra l'altro il provvedimento del Tribunale di Grosseto, di pochi giorni antecedente (reperibile sul sito www.comune.latina.it). Peraltro, non pare che, in materia di funzioni del Sindaco quale delegato governativo, il Consiglio Comunale sia effettivamente titolare di alcun potere di indirizzo.

10 V. la circolare del Ministro dell'Interno in materia di trascrizione dei matrimoni, trasmessa ai Prefetti in data 7 ottobre 2014, reperibile in *Articolo29*, www.articolo29.it.

11 Sono in corso di esame al Senato vari progetti di legge diretti a disciplinare l'unione civile tra persone dello stesso sesso; peraltro, la discussione sul testo unificato da ultimo presentato dalla relatrice è stata sospesa il 30 luglio 2014 in attesa della presentazione di un disegno di legge governativo in materia, per il momento non avvenuta: v. il progetto di legge n. 14 e collegati sul sito web www. senato.it.

12 V., ad esempio, Tribunale di Milano, sentenza del 17 luglio 2014, reperibile in *Articolo29*, www.articolo29.it, in cui il matrimonio era stato contratto tra un cittadino italiano ed un cittadino portoghese in Portogallo e dunque lo *status* acquisito da uno dei due doveva considerarsi quello coniugale almeno secondo la legge (portoghese) allo stesso applicabile.

13 V. R. Luzzatto, *Stati giuridici e diritti assoluti nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffré, 1965, p. 66 ss.

14 R. Baratta, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, in *Recueil des cours*, 2010, p. 255 ss., in specie p. 267 ss.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

la conseguenza della manifestazione del consenso delle parti, eventualmente con la partecipazione di un'autorità non pubblica (tipicamente religiosa), oppure può derivare da una mera situazione di fatto, determinata o meno dai privati[15]. Ma ciò non significa naturalmente che lo *status* si identifichi con l'atto attraverso il quale – o con il fatto a seguito del quale – esso viene costituito o modificato, poiché i due elementi mantengono la loro autonomia sia sul piano concettuale che su quello normativo.

È dunque rispetto agli stati personali e familiari risultanti da tali atti che si pone un problema di circolazione verso uno Stato diverso da quello in cui essi sono stati formati[16], anche se occorre subito precisare che la tipologia di atto da cui deriva la costituzione o modificazione dello *status* non è irrilevante, ma può condurre, sulla base delle disposizioni dell'ordinamento richiesto, all'utilizzazione di tecniche diverse ai fini del riconoscimento, potendo tale risultato essere conseguito attraverso metodi anche largamente divergenti.

Così, in particolare, laddove la costituzione o modificazione dello stato personale sia prodotta da una decisione dell'autorità giurisdizionale (o da un atto a questa equiparato ai fini del riconoscimento[17]), le modalità di riconoscimento e circolazione di detto stato personale sono ovviamente riconducibili alle diverse normative relative all'efficacia delle decisioni e alle tecniche ivi previste. Peraltro, in questo caso, poiché lo *status* viene costituito all'estero per effetto dell'intervento di un'autorità giurisdizionale straniera, il controllo può avvenire in forma più attenuata, in particolare escludendo in linea di massima che esso riguardi le norme di conflitto e le norme materiali applicate dal giudice dello Stato di origine.

In relazione al riconoscimento delle situazioni giuridiche, intesa nel senso appena esposto, la trascrizione nei registri di stato civile svolge ovviamente un ruolo servente. Infatti, la funzione tipica dell'atto di stato civile è quella di dare pubblicità alla situazione giuridica che è venuta a costituirsi in ragione di un atto o di un fatto considerato rilevante dall'ordinamento[18]: di conseguenza, l'eventuale trascrizione di un atto formato all'estero nei registri italiani di stato civile assume rilevanza in quanto garantisce la pubblicità e la conoscibilità da parte dei terzi[19] (non tanto all'atto straniero quanto) allo *status* personale o familiare con esso costituito o modificato.

Tale ricostruzione non contrasta ovviamente con l'affermazione corrente, secondo cui la trascrizione dell'atto straniero di stato civile dà luogo in effetti alla formazione di un atto italiano di stato civile, normalmente di contenuto corrispondente, a seguito di una valutazione giuridica dell'ufficiale, che può implicare, almeno in astratto, e a seconda della tecnica internazionalprivatistica di volta in volta impie-

15 Si tratta delle c.d. situazioni nate dalla legge (v., ad esempio, per tale espressione, S. Bollée, *L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale*, in *Revue critique de droit international privé*, 2007, p. 307 ss.): ma in effetti tale espressione non sembra cogliere interamente la circostanza che in taluni casi l'atto di stato civile non fa altro che attestare una situazione di fatto (come la nascita o la morte), da cui la legge fa scaturire conseguenze giuridiche.

16 Normalmente, lo status costituito all'estero sarà ivi considerato esistente e valido (per il caso dei matrimoni *same-sex* celebrati in Canada tra stranieri, dei quali era stata prospettata l'invalidità secondo la legge richiamata dalle norme di conflitto dello Stato di origine, si rinvia a G. Biagioni, *On Recognition of Foreign Same-Sex Marriages and Partnerships*, in *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (eds.), Berlin, Springer, 2013, p. 359 ss., in specie p. 363). In due casi recenti la Corte europea dei diritti umani ha peraltro ritenuto che l'esistenza dello *status* nell'ordinamento di origine (*rectius:* secondo le norme dell'ordinamento di origine) potesse costituire un elemento idoneo ad escludere una violazione di un diritto fondamentale da parte di un altro Stato che non aveva riconosciuto tale *status* (Corte europea dei diritti umani, 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia,* n. 65192/11 e *Labassee c. Francia*, n. 65941/11). Si trattava in particolare della situazione di figli nati da maternità surrogata negli Stati Uniti: sebbene l'ordinamento francese non riconoscesse lo stato di figlio rispetto alla madre c.d. putativa, la Corte europea – come già la Cour de cassation nell'ambito dei procedimenti interni – ha considerato comunque sufficiente a soddisfare la garanzia dei diritti degli interessati la sussistenza di uno *status* corrispondente nell'ordinamento di origine.

17 Tali sono, ad esempio, gli atti pubblici stranieri: proprio muovendo da tale constatazione, è stata prospettata la possibilità che l'atto di matrimonio, in quanto atto pubblico, possa essere riconosciuto in Italia attraverso il meccanismo dell'art. 68 della legge n. 218/1995: cfr. F. Corbetta, *Trascrizione del matrimonio tra cittadini italiani dello stesso sesso contratto all'estero e diritto internazionale privato*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2006, p. 32 ss., in specie p. 35 s.

18 R. Cafari Panico, *Lo stato civile ed il diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 1992, p. 7 ss.

19 Tale affermazione è assai comune nella giurisprudenza di legittimità, nel senso che il riconoscimento dello stato personale o familiare costituito all'estero non presuppone l'avvenuta trascrizione nei registri dello stato civile (cfr. A. Schuster, *Il matrimonio e la famiglia omosessuale*, cit., p. 22). Ma la reciproca autonomia tra l'esistenza e/o l'efficacia dello status e la sua trascrizione non può certamente essere intesa nel senso che l'ufficiale di stato civile abbia il dovere di procedere alla trascrizione anche quando ritenga che lo status non possa considerarsi rilevante per l'ordinamento italiano (si pensi alla trascrizione di una decisione straniera per la quale l'ufficiale di stato civile si convinca dell'esistenza di un motivo di non riconoscimento). V., per l'affermazione che la trascrizione non presupporrebbe l'efficacia, L. Scaffidi Runchella, *Il riconoscimento delle unioni* same-sex *nel diritto internazionale privato italiano*, Napoli, Jovene, 2012, p. 179.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

gata ai fini del riconoscimento, anche la presa in considerazione delle norme di conflitto[20]. Al contrario, ciò ben si spiega proprio per il fatto che l'atto italiano di stato civile ha ad oggetto non tanto l'atto o il fatto costitutivo o modificativo dello *status* (che costituisce solo un presupposto dell'atto italiano di stato civile, che su di esso si fonda), ma lo *status* stesso, che costituisce un concetto non puramente materialistico, ma la conseguenza di una valutazione giuridica che l'ordinamento, anche attraverso le sue norme di conflitto, compie[21].

Se la ricostruzione che precede è corretta, non sembra che la risposta al problema della rilevanza da attribuirsi in Italia ai matrimoni *same-sex* celebrati in altri Stati possa ricercarsi nella sola applicazione delle norme proprie dell'ordinamento sullo stato civile. Occorre in proposito precisare che, pur nella pluralità di tecniche di riconoscimento ammesse dall'ordinamento, il controllo sugli atti formati all'estero e sulla loro compatibilità o meno con l'ordine pubblico italiano non può implicare un'indagine dell'ufficiale di stato civile limitata all'atto oggetto della richiesta di trascrizione, prescindendo del tutto dalla valutazione della situazione giuridica costituita o modificata con tale atto[22]. Al contrario, quest'ultima valutazione costituisce un elemento essenziale dell'accertamento che deve essere condotto, in prima istanza, dall'ufficiale di stato civile e quindi nel successivo procedimento giurisdizionale, sia pure avendo in mente la rilevanza, anche in termini di adempimento degli obblighi internazionali ed europei dello Stato, della continuità dello *status* acquisito all'estero nell'ordinamento italiano.

3. La continuità degli *status* nello spazio e il diritto internazionale privato

Naturalmente, poiché l'ordinamento italiano, in sede di riconoscimento degli *status*, potrebbe compiere una valutazione divergente rispetto allo Stato di origine, ciò rischia di creare un pregiudizio alla continuità di detta situazione giuridica nello spazio, in quanto essa, esistente ed efficace nell'ordinamento di origine[23], non lo sia nell'ordinamento italiano (c.d. situazioni claudicanti). Ma tale possibilità è vista naturalmente con disfavore, nella misura in cui può pregiudicare la continuità e l'unitarietà dello *status* nello spazio.

Ora, nelle ricostruzioni tradizionali del diritto internazionale privato, basate sul metodo conflittuale bilaterale, l'esistenza e la validità delle situazioni giuridiche costituite all'estero debbono essere valutate in base alla legge, interna o straniera, indicata dalle norme di conflitto del foro. In questo contesto l'obiettivo di evitare l'esistenza delle situazioni claudicanti veniva originariamente perseguito attraverso la centralità del criterio di collegamento della cittadinanza, in quanto fattore localizzatore più significativo per le questioni di stato[24], anche in ragione del fatto che la riconducibilità della disciplina di tali questioni alla legge nazionale appariva giustificata dall'idoneità dell'appartenenza allo Stato-nazione a fungere da elemento cardinale dell'identità individuale[25]. In questa prospettiva, la conseguente circolazione degli *status* personali e familiari costituiti nello Stato nazionale avveniva in maniera indiretta,

20 In tal senso, v., tra gli altri, R. Cafari Panico, *Lo straniero e l'ordinamento dello stato civile*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 921 ss., in specie p. 932 ss., nonché Id., *Lo stato civile ed il diritto internazionale privato*, cit., p. 84 ss., il quale rammenta anche come un simile potere sia espressamente previsto dalla Convenzione di Monaco del 5 settembre 1980, sulla legge applicabile ai cognomi e ai nomi (p. 85 ss.).

21 Naturalmente, il ruolo dell'ufficiale di stato civile rispetto alle norme di conflitto è diverso da quello del giudice, nel senso che solo il secondo procede a una reale applicazione di tali norme, mentre per il primo la loro valutazione fa parte dell'insieme di considerazioni che egli deve svolgere ai fini del compimento di atti, relativi alla sua funzione, che risultino validi. Per affermazioni simili sul ruolo centrale del giudice rispetto alla regola di diritto, v. P. Mayer, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques etatiques en droit privé*, in *Recueil des cours*, 2007, p. 142.

22 V. ancora R. Cafari Panico, *Lo straniero e l'ordinamento dello stato civile*, cit., p. 937 s.

23 Nel senso che l'ordinamento di origine, nella costituzione degli *status*, ricorrerà all'applicazione generalizzata della *lex fori*, v. G.P. Romano, *La bilatéralité éclipsée par l'autorité*, in *Revue critique de droit international privé*, 2006, p. 457 ss., in specie p. 461 ss., e, con riferimento al matrimonio, p. 468 ss. *Contra*, L. Scaffidi Runchella, *Il riconoscimento delle unioni* same-sex *nel diritto internazionale privato italiano*, p. 243 s.

24 Nel senso che il ricorso al criterio della cittadinanza costituisse, nel secolo XIX, un naturale sviluppo delle teorie statutarie e del principio di personalità delle leggi ivi accolte, v. I. Castangia, *Il criterio della cittadinanza nel diritto internazionale privato*, Napoli, Jovene, 1983, p. 12 ss.

25 Il riferimento è a P.S. Mancini, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, E. Jayme (a cura di), Torino, Giappichelli, 2000, p. 23 ss.

per il tramite delle norme di conflitto, e poteva essere preclusa soltanto per effetto del limite dell'ordine pubblico, laddove la situazione giuridica costituita sulla base della legge nazionale si ponesse in insanabile contrasto coi principi fondamentali dell'ordinamento del foro[26].

Ma in un siffatto contesto la circolazione degli *status* può avvenire efficacemente nella misura in cui, da un lato, i vari ordinamenti utilizzino criteri di collegamento condivisi, escludendo così in radice la concorrenza tra ordinamenti nella disciplina degli stati personali e familiari[27], e, dall'altro, i modelli familiari di riferimento nei diversi Stati siano tra loro relativamente omogenei[28], in modo tale che le ipotesi di contrasto con principi fondamentali dell'ordinamento abbiano carattere episodico. Al contrario, laddove vengano tra loro in contatto ordinamenti che muovono da posizioni largamente divergenti in tema di statuto personale e familiare, il conseguente effetto di instabilità connesso al frequente ricorso al limite dell'ordine pubblico non può che pregiudicare l'armonia delle soluzioni e quindi la continuità nello spazio degli *status* personali e familiari[29].

Le soluzioni rinvenibili all'interno del tradizionale metodo conflittuale per queste ipotesi si collegano prevalentemente, da un lato, alla relativizzazione del limite dell'ordine pubblico rispetto a situazioni non solo soggette alla legge straniera ma ritenute sostanzialmente estranee allo Stato del foro ovvero, dall'altro, alla elaborazione di norme di conflitto che, fondandosi su un cumulo alternativo di criteri di collegamento, consentano di favorire lo stabilimento dello *status* in un'ampia serie di ipotesi. Al primo ordine di considerazioni si richiama la tecnica dell'*ordre public de proximité* utilizzata, particolarmente dalla giurisprudenza francese, con riferimento al riconoscimento di matrimoni poligamici[30]; tuttavia, una soluzione del genere non si rivela efficiente, laddove la fattispecie risulti significativamente collegata con l'ordinamento del foro. Del secondo tipo sono, ad esempio, le norme di conflitto in materia di accertamento dello stato di figlio attualmente previste nell'art. 33 della legge n. 218/1995, che, ispirate al *favor filiationis*, ammettono che esso possa essere stabilito, alternativamente, sulla base della legge nazionale del figlio o di uno dei genitori al momento della nascita del figlio stesso[31], senza tuttavia poter garantire che tale *status* sia riconosciuto in ogni possibile fattispecie.

Un meccanismo che si discostava in larga parte da questa prospettiva era invece costituito dal c.d. richiamo internazionalprivatistico[32], che ha trovato ampia applicazione nell'ordinamento italiano, nel periodo antecedente alla legge di riforma del diritto internazionale privato. Tale istituto era, come noto,

26 Tradizionalmente, in materia matrimoniale il limite dell'ordine pubblico gioca un ruolo nel senso di escludere la rilevanza di fattispecie che, pur riconducibili in astratto alla categoria giuridica del matrimonio, presentano, rispetto all'ordinamento del foro, differenze ritenute insormontabili nelle condizioni per contrarre il vincolo coniugale, come il c.d. *underage marriage* o il matrimonio poligamico (sul rapporto di quest'ultimo con l'ordine pubblico italiano, v. C. Campiglio, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, p. 43 ss., in specie p. 57 ss.).

27 Sebbene al fenomeno della concorrenza tra ordinamenti sia stata dedicata negli ultimi anni particolare attenzione dagli studiosi (v., tra gli altri, A. Zoppini (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Bari, Cacucci, 2004; A. Plaia (a cura di), *La competizione tra ordinamenti giuridici*, Milano, Giuffré, 2007), sembra per il momento meno sviluppata l'indagine rispetto alla competizione tra sistemi giuridici in materia familiare (su cui v. qualche breve cenno in A. Pera, *Il diritto di famiglia in Europa*, Torino, Giappichelli, 2012, in specie p. 148 ss.), con riferimento alla quale sembra tuttora prevalere l'interesse verso l'armonizzazione (v., ad esempio, K. Boele-Woelki (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law*, Antwerp-Oxford-New York, Intersentia, 2003).

28 Sull'inadeguatezza dei metodi internazionalprivatistici tradizionali laddove manchi una 'comunità di diritto' tra gli Stati rispetto ai quali dovrebbe aversi una circolazione dei modelli familiari, v. L. Gannagé, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures*, in *Recueil des cours*, 2013, p. 38 ss.

29 Sull'impatto delle norme in materia di diritti fondamentali sull'applicazione del limite dell'ordine pubblico, v. S. Corneloup, *Le contrôle de l'ordre public par la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Journal européen des droits de l'homme*, 2013, p. 381 ss.

30 Cfr., anche per riferimenti bibliografici, P. Courbe, *L'ordre public de proximité*, in *Le droit international privé : esprit et méthodes*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Melanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 227 ss.; O. Feraci, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 12 ss. L'applicabilità di meccanismi riconducibili all'ordine pubblico c.d. attenuato rispetto alle unioni *same-sex* è stata prospettata da più parti: cfr. G. Rossolillo, Registered partnerships *e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003, p. 363 ss., in specie p. 394; B. Nascimbene, *Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione europea*, Milano, Giuffré, 2011, p. 120 s. L'idea che, in linea generale, l'ordine pubblico abbia un ruolo attenuato laddove si tratti solo di riconoscere situazioni giuridiche sorte all'estero era stata già espressa da G. Badiali, *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, Giuffré, 1962, p. 213 ss.

31 Su tale disposizione, a seguito delle modifiche apportate dal D. Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, v. O. Lopes Pegna, *Riforma della filiazione e diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 394 ss.

32 V., sul tema, N. Boschiero, *Les unions homosexuelles à l'épreuve du droit international privé italien*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 50 ss., in specie p. 67 s.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

riconducibile alla scelta dell'ordinamento del foro di non sottoporre alla valutazione delle sue norme di conflitto fattispecie che gli fossero essenzialmente estranee: pertanto, esso si rimetteva per la loro disciplina all'ordinamento straniero designato dalle norme di conflitto, sia che questo avesse con propri atti provveduto alla costituzione o modificazione di stati personali o familiari, sia che in esso tali stati fossero comunque riconosciuti, anche ove costituiti in un terzo Stato[33]. Conseguenza di questa impostazione era che il metodo poteva essere utilizzato quando i soggetti interessati non presentassero significativi elementi di collegamento con l'ordinamento del foro e fossero invece collegati con un ordinamento straniero[34], in questo modo differenziandosi, come si vedrà, dal metodo del c.d. *riconoscimento diretto* che si è andato affermando più recentemente.

Infatti, negli ultimi anni la circolazione di tali stati personali e familiari e la connessa esigenza di continuità di questi ultimi nello spazio, pur non nuove al diritto internazionale privato, hanno assunto un più significativo rilievo, in quanto la loro realizzazione è stata raccordata alle norme relative alla protezione di diritti fondamentali[35]. In particolare, talune pronunce della Corte europea dei diritti umani[36] hanno richiamato l'attenzione sulla possibilità che il mancato riconoscimento di situazioni giuridiche costituite all'estero implichi, laddove esistesse una legittima aspettativa al riconoscimento stesso[37], una violazione del diritto alla vita privata e familiare garantito dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani[38], in quanto non tenga conto della realtà sociale sottesa ai legami familiari e all'identità personale così acquisita[39]. Un'analoga tendenza è d'altronde emersa nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale ha ritenuto che taluni elementi costitutivi dell'identità personale, come il nome, una volta attribuiti in un determinato Stato membro, debbano essere riconosciuti dagli altri Stati membri, in quanto la loro unicità nello spazio è funzionale alla fruizione delle libertà fondamentali derivanti dalla cittadinanza europea[40], sebbene la garanzia fondata sugli articoli 18 e 21

33 Sul tema, v. R. Luzzatto, *Stati giuridici e diritti assoluti nel diritto internazionale privato*, cit., p. 151 ss.; P. Picone, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 1986, p. 158 ss.

34 La necessità di individuare un minimo grado di collegamento con lo Stato in cui lo stato personale o familiare viene ad essere costituito è prefigurata, rispetto alla tecnica del riconoscimento diretto, da P. Lagarde, *Développements futurs du droit international privé*, in *RabelsZ*, 2004, p. 225 ss., in specie p. 233 ss. V. anche T. Ballarino, G.P. Romano, *Le principe de proximité chez P. Lagarde*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes*, cit., p. 41 ss.

35 Il nesso tra riconoscimento delle situazioni giuridiche formate all'estero e protezione di diritti fondamentali dell'individuo è esaminato in maniera articolata in R. Baratta, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personelles et familiales*, cit., p. 463 ss.

36 Cfr., in particolare, Corte europea dei diritti umani, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, n. 76240/01; Ead., 3 maggio 2011, *Negrepontis-Giannisis c. Grecia*, n. 56759/08. V., in proposito, anche P. Pirrone, *Limiti e 'controlimiti' alla circolazione dei giudicati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso* Wagner, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 151 ss.; P. Franzina, *Some remarks on the relevance of Article 8 of the ECHR to the recognition of family status judicially created abroad*, ivi, 2011, p. 609 ss.

37 Così, nel citato caso *Wagner* la Corte europea ha valorizzato la circostanza che esistesse una prassi antecedente delle corti lussemburghesi che ammetteva il riconoscimento di adozioni da parte dei *single* avvenute all'estero e lo riteneva coerente con l'interesse superiore del minore (cfr. i paragrafi 130 e 134 della sentenza); nel caso *Negrepontis-Giannisis* la Corte ha parimenti tenuto in considerazione la circostanza che le norme interne su cui era stato fondato il mancato riconoscimento dell'adozione avvenuta all'estero fossero molto risalenti nel tempo e già abrogate al momento in cui la causa era stata decisa in ultima istanza. Sulla necessità dell'esistenza di una legittima aspettativa alla stabilità dello *status*, v. P. Kinsch, *Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad – Private International Law Rules and European Human Rights Law*, in *Convergence and Divergence in Private International Law:* Liber Amicorum *Kurt Siehr*, K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Ginsberger, S. Symeonides (eds.), The Hague, Eleven, 2010, p. 272 s.

38 V., nel senso che l'art. 8 condizionerebbe in modo radicale il funzionamento delle norme di conflitto in materia familiare, A. Bucher, *La dimension sociale du droit international privé*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, p. 529 ss.

39 V. anche, sulla rilevanza del diritto al nome quale componente dell'identità personale ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, Corte europea dei diritti umani, *Henry Kismoun c. France*, ricorso n. 32265/10, 5 dicembre 2013, per un commento alla quale si rinvia a A. Vettorel, *La continuità transnazionale dell'identità personale: riflessioni a margine della sentenza Henry Kismoun*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 341 ss.

40 Corte di giustizia Ue, 2 ottobre 2003, C-148/02, *Garcia Avello*; 14 ottobre 2008, C-353/06, *Grunkin-Paul*; 22 dicembre 2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*. Sul tema del diritto al nome e sull'impatto delle decisioni della Corte di giustizia, v., in particolare, C. Honorati (a cura di), *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Milano, Giuffrè, 2010.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

TFUE sia probabilmente destinata a operare limitatamente alle situazioni che presentino qualche collegamento[41] con il principio generale della circolazione delle persone[42] all'interno dell'Unione europea[43].

Su queste basi, e muovendo dalla constatazione di fatto che la crescente mobilità delle persone rende sempre più comune l'evenienza che gli *status* personali e familiari vengano costituiti in Stati diversi dallo Stato nazionale degli interessati, è stato dunque prospettato il ricorso alla tecnica del riconoscimento diretto delle situazioni giuridiche costituite all'estero[44], quale conseguenza del primato delle norme di carattere generale richiamate nelle citate pronunce della Corte europea dei diritti umani e della Corte di giustizia[45]. In sostanza, gli Stati sarebbero chiamati a riconoscere le situazioni validamente costituite all'estero[46], quale che sia la legge applicabile secondo le norme di conflitto del foro[47] – che verrebbero così 'by-passate'[48] – e quale che sia l'ordinamento estero in cui l'atto è stato formato, salva soltanto l'incompatibilità di tali situazioni con l'ordine pubblico[49].

Una tecnica di questo genere non è in realtà nuova al diritto internazionale privato ed in materia matrimoniale, in particolare, essa è stata posta a base della Convenzione dell'Aja del 1978 sulla celebrazione e sul riconoscimento della validità dei matrimoni[50] (che ha avuto un successo molto limitato[51]). Ma essa viene oggi ricostruita come una tecnica a carattere generale, la cui rilevanza si giustifica con il desiderio di garantire direttamente un determinato risultato materiale, ossia la continuità transnazio-

41 Nel caso delle unioni *same-sex* tale collegamento può ravvisarsi certamente nei casi in cui la coppia presenti stabili elementi di contatto con altro Stato membro o in cui almeno uno dei componenti della coppia abbia la nazionalità di altro Stato membro. In tal senso, sembra che potesse presentare elementi di maggiore complessità rispetto alla piana valutazione del Tribunale di Milano il caso deciso con il citato decreto 17 luglio 2014 e descritto *supra* (nota 11), dato l'evidente collegamento con la libertà di circolazione delle persone nel territorio degli Stati membri.

42 Sulle differenze tra questo metodo di riconoscimento e il criterio c.d. dello Stato di origine in materia di circolazione di beni e servizi, v. R. Baratta, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, cit., p. 445 s.

43 Nel senso che il principio di mutuo riconoscimento ricavabile dal Trattato si applichi solo a situazioni interne all'Unione europea, nelle quali lo *status* attribuito dallo Stato di origine (individuato dall'A. nello Stato nazionale dell'interessato) venga in rilievo in altri Stati membri, cfr. R. Baratta, *Problematic elements of an implicit rule, providing for mutual recognition of personal and family status in the EC*, in *IPrax*, 2007, p. 9 s.

44 Sulla quale v., fra i tanti, R. Baratta, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personelles et familiales*, cit., p. 280 ss. ; G.P. Romano, *La bilatéralité éclipsée par l'autorité*, cit., p. 490 ss., anche per riferimenti alle diverse ricostruzioni dottrinali delle ragioni che giustificherebbero il ricorso a tale metodo ; L. D'Avout, *Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé*, in *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, E. Dubout, S. Touzé (sous la direction de), Paris, Pedone, 2010, p. 170 ss. ; P. Lagarde, *La reconnaissance. Mode d'emploi*, in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber amicorum Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 481 ss. Nel senso che il diritto internazionale privato conoscerebbe diversi metodi riconducibili alla tecnica del riconoscimento, P. Mayer, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes*, cit., p. 547 ss., *passim*.

45 Cfr., in particolare, C. Pamboukis, *Droit international privé holistique: droit uniforme et droit international privé*, in *Recueil des cours*, 2007, p. 256 ss. V. anche R. Baratta, *Problematic elements of an implicit rule*, cit., p. 4 ss., il quale tuttavia ritiene che debbano essere individuati taluni limiti al suo funzionamento.

46 Sulla difficoltà di individuare se, in base a tale tecnica, oggetto del riconoscimento sia l'atto straniero o la situazione giuridica che ne promana, v. R. Baratta, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, cit., p. 490 s.

47 In questo senso la tecnica basata sul riconoscimento diretto si distingue anche dal metodo utilizzato nell'ordinamento statunitense, che si basa, in materia matrimoniale, sul ricorso alla *lex loci celebrationis*: in tal caso, il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero discende dal metodo conflittuale tradizionale, poiché lo Stato del foro non dà diretta efficacia alle situazioni giuridiche medesime, ma applica, per determinarne esistenza e validità, le norme materiali dello Stato in cui è avvenuta la loro formazione. In tal senso, con riferimento alle unioni registrate, v. anche l'art. 17*b* EGBGB, che applica il criterio della *lex loci registrationis*: su tale disposizione cfr., anche per riferimenti bibliografici, L. Scaffidi Runchella, *Il riconoscimento delle unioni* same-sex *nel diritto internazionale privato italiano*, cit., p. 223 s.

48 Sottolinea la diversità del metodo del riconoscimento diretto dal metodo conflittuale P. Mayer, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, cit., p. 560 s.

49 V., per la rilevanza del limite dell'ordine pubblico, S. Bollée, *L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale*, cit., p. 340 ss.

50 Sul metodo utilizzato da tale Convenzione, v., tra gli altri, P. Lagarde, *Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures*, cit., p. 231 ss. Si veda, per un metodo in parte analogo, la Convenzione di Monaco del 5 settembre 2007, relativa al riconoscimento delle unioni registrate e non ancora in vigore (la Convenzione risulta ad oggi ratificata soltanto dalla Spagna).

51 Tuttavia, per un'elencazione dei Paesi che utilizzano il metodo del riconoscimento con riferimento ai matrimoni celebrati all'estero, senza verificarne dunque la validità c.d. internazionalprivatistica, v. G.P. Romano, *La bilatéralité éclipsée par l'autorité*, cit., p. 485 ss.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

nale delle situazioni giuridiche[52]. In tal senso, questo meccanismo presenta un significativo elemento di differenza rispetto al richiamo internazionalprivatistico, poiché potrebbe operare anche rispetto a *status* acquisiti all'estero da soggetti privi di collegamento con lo Stato di celebrazione e invece significativamente collegati proprio con lo Stato in cui lo *status* così costituito deve essere riconosciuto[53].

Ora, un meccanismo di circolazione degli *status* personali e familiari fondato sul riconoscimento diretto può agevolmente trovare applicazione laddove questi ultimi siano costituiti o modificati attraverso una decisione giurisdizionale straniera (o un atto a questa equiparato ai fini della circolazione, come gli atti pubblici), in quanto la relativa disciplina è costruita sullo schema del riconoscimento di un 'prodotto giuridico' già formatosi all'estero, cui lo Stato richiesto, di norma, non sovrappone una propria valutazione[54].

Negli altri casi, la maggiore difficoltà ai fini dell'utilizzazione della tecnica del riconoscimento sembra essere la mancanza, almeno nell'ordinamento italiano, di una norma generale che disciplini il riconoscimento anche degli stati personali e familiari costituiti attraverso atti non giurisdizionali. D'altra parte, la possibilità di desumere la necessità di utilizzare una determinata tecnica internazionalprivatistica, quale il metodo del riconoscimento diretto, unicamente dai precedenti giurisprudenziali della Corte europea dei diritti umani e della Corte di giustizia dell'Unione europea può destare qualche perplessità, non solo perché questi non sembrano necessariamente presupporre una loro applicazione generalizzata[55], ma soprattutto ove si consideri il diverso angolo visuale da cui la questione viene esaminata dai due giudici sovranazionali. Infatti, nella qualificazione del mancato riconoscimento di situazioni giuridiche costituite all'estero come violazione di diritti fondamentali rispetto al singolo caso concreto ovvero come ostacolo alla libera circolazione, la circolazione degli stati personali o familiari viene presa in considerazione in quanto esito necessitato, senza peraltro che assumano necessariamente rilievo i mezzi adottati dallo Stato per raggiungere tale obiettivo. Le due Corti hanno piuttosto affermato che l'adozione di norme di conflitto inidonee a realizzare il riconoscimento degli *status* costituiti all'estero non giustifica la violazione dei valori fondamentali rilevanti da parte dello Stato del foro, ma resta naturalmente ferma la possibilità di raggiungere il risultato voluto dalle norme poste a tutela di tali valori con qualunque tecnica a ciò idonea, anche basata sul metodo conflittuale[56].

Pertanto, ciascun ordinamento non può che adempiere all'obbligo internazionale di garantire la protezione del diritto alla vita privata e familiare ovvero all'obbligo di consentire la piena esplicazione delle libertà connesse alla cittadinanza europea attraverso i meccanismi previsti a tal fine dall'ordinamento stesso. In proposito, per quanto concerne l'ordinamento italiano, non sembra possibile immaginare, nell'attuale quadro normativo, una soluzione diversa dal ricorso al tradizionale metodo conflittuale, le cui modalità di attuazione debbono tuttavia orientarsi nella direzione della realizzazione degli obiettivi imposti dai richiamati obblighi internazionali ed europei, anche se, come si vedrà, il quadro normativo esistente non sembra idoneo a perseguire in maniera completa le esigenze imposte dal primato della Convenzione europea dei diritti umani e del diritto dell'Unione europea.

È muovendo da queste premesse di carattere generale che deve essere esaminato il provvedimento del Tribunale di Grosseto.

52 V. anche G. Goldstein, *La cohabitation hors mariage en droit international privé*, in *Recueil des cours*, 2007, p. 55 ss. La non neutralità del metodo del riconoscimento è evidenziata anche da P. Mayer, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, cit., p. 564 ss., ad avviso del quale lo scopo del metodo è far corrispondere la realtà giuridica a una realtà di fatto. Nel senso che lo Stato, attraverso il metodo del riconoscimento, sceglie di "d'entériner chez lui le statut créé dans l'État de l'acte et d'étendre ainsi chez lui l'efficacité de la règle étrangère sur la quelle il se fonde", G.P. Romano, *La bilatéralité éclipsée par l'autorité*, cit., p. 506. Cfr. anche R. Baratta, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, cit., p. 491, secondo cui la ragion d'essere della tecnica del riconoscimento diretto si fonda sul diritto alla protezione della vita privata e familiare.

53 Tale tecnica sembra altresì presentare affinità con il metodo dell'ordinamento competente (per il quale v. P. Picone, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, cit.), nella misura in cui ammette il richiamo di situazioni giuridiche validamente costituite all'estero e riconosce la competenza dello Stato d'origine per la costituzione delle stesse, rimettendo ad esso l'esame della loro validità internazionalprivatistica.

54 Su queste problematiche, v., da ultimo, C.E. Tuo, *La rivalutazione della sentenza straniera nel regolamento Bruxelles I: tra divieti e reciproca fiducia*, Padova, Cedam, 2012, p. 2 ss. e p. 59 ss.

55 Per un caso in cui l'applicazione del metodo del riconoscimento è stata ritenuta non indispensabile ai fini della garanzia del diritto alla vita privata e familiare, v. le sentenze della Corte europea dei diritti umani nei casi *Mennesson c. France* e *Labassee c. France*, cit. *supra*, nota 16.

56 V. anche P. Kinsch, *Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad*, cit., p. 273.

GeniUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

4. Irrilevanza dell'art. 65 della legge n. 218/1995 rispetto al riconoscimento dei matrimoni *same-sex* celebrati all'estero tra cittadini italiani residenti in Italia

Ora, prima di ogni valutazione del risultato cui giunge il provvedimento in commento, sembra possibile affermare che esso si pone in termini piuttosto confusi sul piano metodologico. Infatti, nella prima parte vengono elencate alcune disposizioni normative che adempiono a funzioni radicalmente diverse nel sistema italiano di diritto internazionale privato: l'effetto, certamente non voluto, è dunque quello di rimandare contemporaneamente a tecniche che, in astratto, possono assicurare la circolazione delle situazioni giuridiche ma con modalità del tutto differenti tra loro. In tal senso, appare emblematica la giustapposizione tra l'art. 27 e l'art. 65 della legge n. 218/1995, in quanto le due disposizioni si riferiscono, rispettivamente, al metodo conflittuale bilaterale tradizionale e al metodo del riconoscimento.

Al di là di questo rilievo metodologico, può immediatamente aggiungersi che l'inapplicabilità del citato art. 65 è addirittura palese per diverse ragioni. Il provvedimento in commento, dopo aver menzionato tale disposizione, ne fa derivare senz'altro che il matrimonio di cui è richiesta la trascrizione può essere riconosciuto in quanto «atto valido e produttivo di effetti giuridici nell'ordinamento in cui è stato celebrato». Nello stesso senso la menzione di tale disposizione ricorre anche nelle circolari amministrative di alcuni Comuni in materia di trascrizione di matrimoni *same-sex*[57].

Tuttavia, sembra da escludere che la disposizione menzionata potesse assumere rilevanza rispetto alla questione esaminata dal Tribunale di Grosseto, e ciò per due ordini di motivi.

Una prima ragione per cui l'art. 65 deve nella specie considerarsi sicuramente inapplicabile è di carattere formale. Infatti, nonostante nelle citate circolari amministrative la disposizione venga equiparata a una norma generale che assicura il riconoscimento diretto delle situazioni giuridiche personali e familiari (anzi, in apparenza, degli atti o fatti costitutivi di tali situazioni), l'orientamento predominante che si è formato intorno alla sua interpretazione è di segno ben diverso. Ragioni attinenti alla *sedes materiae* e alla collocazione sistematica, nonché al tenore testuale della disposizione hanno infatti indotto la dottrina da tempo a ritenere che all'art. 65 possa farsi ricorso unicamente quando venga in considerazione il riconoscimento di provvedimenti giurisdizionali stranieri costitutivi o modificativi di stati personali o familiari[58]. Tale indirizzo ermeneutico, che ha implicitamente ricevuto l'avallo della Corte di cassazione[59], se non esclude che l'art. 65 possa venire in considerazione anche da parte dell'ufficiale di stato civile[60], conduce tuttavia alla conclusione che, quando la situazione giuridica sia stata costituita o modificata per effetto di un atto diverso da una decisione giurisdizionale o di un fatto, la fattispecie rimanga estranea all'ambito applicativo della norma.

A questa considerazione deve aggiungersi che, nel caso di specie, il riconoscimento della situazione giuridica per mezzo dell'art. 65 risultava altresì precluso dalla circostanza che l'atto costitutivo dello *status* non proveniva dall'ordinamento la cui legge è richiamata dalle norme di conflitto italiane né era ivi riconosciuto[61]. Infatti, riservandoci di tornare più oltre sulla questione della norma di conflitto in con-

57 In proposito, le citate disposizioni sindacali individuano espressamente come compito dell'ufficiale di stato civile quello di "dare attuazione al disposto dell'art. 65 della l. 218/95", assumendo dunque che la norma in questione sia applicabile alla tipologia di atti della cui trascrizione si discute.

58 V., in proposito, le considerazioni di P. Picone, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, p. 483 ss.; cfr. anche N. Boschiero, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 161 ss.

59 V. Corte di cassazione, prima sezione civile, 28 maggio 2004, n. 10378, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 209 ss., in cui è stata ritenuta la complementarietà tra il meccanismo di riconoscimento previsto dall'art. 64 della l. n. 218/1995 e dal successivo art. 65; sebbene la Corte di cassazione precisi che l'art. 65 riguarda "la più ampia categoria dei 'provvedimenti'" senza precisare che cosa debba intendersi con quest'ultima nozione, sembra comunque che essa abbia inteso sussumere la disposizione nell'ambito della disciplina del riconoscimento delle decisioni (giurisdizionali) straniere.

60 Il quale deve trascrivere immediatamente le decisioni straniere rilevanti ai fini dello stato civile (tra gli altri, R. Cafari Panico, *Lo straniero e l'ordinamento dello stato civile*, cit., p. 939 s.; S. Tonolo, *Il riconoscimento di atti e provvedimenti stranieri concernenti il diritto al nome nell'ordinamento italiano: problemi e prospettive*, in *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, cit., p. 151 ss., in specie p. 163 ss.), ma è ovviamente anche chiamato a verificare che sussistano i requisiti per il loro riconoscimento.

61 Sulla differenza tra la tecnica prefigurata dall'art. 65 e il metodo c.d. dell'ordinamento competente, v. P. Picone, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, cit., p. 23 ss., e, con specifico riferimento alla materia che qui interessa, N. Boschiero, *Les unions homosexuelles à l'épreuve du droit international privé italien*, cit., p. 68 s.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

creto applicabile ai matrimoni *same-sex* celebrati all'estero[62], si può per il momento richiamare semplicemente la constatazione che la fattispecie riguardava due cittadini italiani, residenti in Italia, e dunque privi di collegamenti significativi con il luogo di celebrazione del matrimonio. In mancanza di norme – diverse dall'art. 28 della legge n. 218/1995 sulla validità formale del matrimonio, della quale pure si dirà – che richiamino la legge del luogo di celebrazione, non può che escludersi che l'ordinamento dello Stato di New York potesse considerarsi rilevante ai fini previsti dall'art. 65.

Ma una simile conclusione rileva anche sotto un differente profilo. Anche laddove l'ostacolo di natura formale sopra individuato potesse superarsi richiamando l'art. 65 non *proprio vigore* ma quale manifestazione specifica di un principio più generale dell'ordinamento, diretto ad assicurare in via immediata il riconoscimento delle situazioni giuridiche personali e familiari costituite all'estero[63], non potrebbe comunque non tenersi conto del limite rappresentato dal principio di prossimità[64]. In tal senso, è certamente possibile desumere dalla disposizione che costituisca una condizione del riconoscimento la necessità di un collegamento significativo con l'ordinamento dello Stato nel quale lo *status* personale o familiare sia stato costituito o modificato, non potendo d'altronde immaginarsi che l'ordinamento accetti la possibilità che uno *status* sia costituito all'estero in favore di soggetti collegati esclusivamente con esso[65] al fine di porre rimedio a sue proprie deficienze rispetto alla tutela di diritti fondamentali[66].

5. La necessità della qualificazione della fattispecie e l'applicazione dell'art. 24 della legge n. 218/1995

Va peraltro aggiunto che, anche nella parte in cui si riferisce allo schema tradizionale del conflitto di leggi, il provvedimento in commento non appare convincente. In proposito, il Tribunale di Grosseto, da un lato, attribuisce rilievo all'art. 28 della legge n. 218/1995, che indica, attraverso un concorso alternativo di criteri di collegamento, la legge regolatrice della forma del matrimonio; dall'altro, richiama, per il tramite dell'art. 27 della stessa, il contenuto materiale della legge italiana sui requisiti per contrarre matrimonio, evidentemente nel convincimento che essa sia la legge regolatrice della fattispecie (anche se, al contempo, ma contraddittoriamente, precisa che il matrimonio *same-sex* concluso all'estero non è incompatibile con l'ordine pubblico italiano).

Il percorso così seguito per pervenire alla conclusione della trascrivibilità del matrimonio *same-sex* risulta fragile sotto diversi profili. Anzitutto, appare assai dubbio che possa giocare un qualche ruolo rispetto alla riconoscibilità di tali matrimoni una norma di conflitto relativa alla forma degli atti: è evidente, infatti, che la questione relativa all'identità di sesso e allo *status* dei componenti delle coppie dello stesso sesso non attiene senz'altro alla forma, che riguarda ovviamente solo l'atto, e non la situazione giuridica con esso costituita[67]. D'altra parte, le considerazioni ispirate al *favor validitatis* su cui si fondano

62 *Infra*, par. 5.

63 In questo senso l'art. 65 è valorizzato da L. Scaffidi Runchella, *Il riconoscimento delle unioni* same-sex *nel diritto internazionale privato italiano*, cit., p. 298 ss., il quale ritiene possibile ricavare, dall'art. 65 e dalle norme di conflitto in materia di *status* personali e fondandosi sul metodo dell'ordinamento competente, una norma (implicita) secondo cui deve essere attribuita efficacia nell'ordinamento italiano alle unioni *same-sex* formate nell'ordinamento di nazionalità comune degli interessati o nello Stato ove è prevalentemente localizzata la loro vita familiare (seppure non sia chiaramente enunciato il fondamento del richiamo a tale ultimo criterio, apparendo la menzione dell'art. 31 della legge n. 218/1995 in materia di divorzio e separazione personale in proposito irrilevante). Va aggiunto che una simile norma, anche ove ritenuta effettivamente esistente, non sembra risolvere concretamente il problema del riconoscimento delle unioni *same-sex*, come la fattispecie decisa dal Tribunale di Grosseto dimostra.

64 Sul principio in generale, cfr. P. Lagarde, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, in *Recueil des cours*, 1986; con specifico riferimento alle misure dell'Unione europea in materia di diritto internazionale privato, v. M. Fallon, *Le principe de proximité dans le droit de l'Union européenne, in Le droit international privé: esprit et méthodes*, cit., p. 241 ss.

65 Anche il funzionamento dell'ordine pubblico positivo presuppone infatti che sia applicabile alla fattispecie la legge straniera, e non la *lex fori*: v., per il concetto, G. Barile, *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento tra sistemi (L'ordine pubblico internazionale)*, Padova, Cedam, 1969, p. 91 ss.; P. Picone, *La riforma del diritto internazionale privato*, cit., p. 290 ss.

66 La rilevanza del problema del riconoscimento dei matrimoni *same-sex* in termini di diritti fondamentali è sottolineata in M.M. Winkler, *Matrimonio* same-sex *straniero e trascrizione in Italia: la terza via del Tribunale di Grosseto*, in www.quotidianogiuridico.it.

67 Per una fattispecie per certi versi simile, v. il riferimento al riconoscimento, attraverso il ricorso all'art. 26 disp. prel., dei matrimoni fondati sul mero consenso delle parti in Unione Sovietica o in taluni Paesi di *common law*, in T. Ballarino, *Forma degli*

le norme in materia di forma degli atti (ivi compreso l'art. 28 della legge n. 218/1995) non sembrano necessariamente estendibili al riconoscimento degli *status* acquisiti all'estero, rispetto al quale rilevano soprattutto esigenze di continuità nello spazio[68].

Ma soprattutto appare evidente che il richiamo all'applicazione della legge designata dagli articoli 27 e 28 della legge n. 218/1995 non è stato preceduto da alcuna operazione di qualificazione della fattispecie[69], poiché il Tribunale non precisa neppure se ritiene rilevanti tali disposizioni in via diretta o in via analogica. Ad avviso di chi scrive, in materia di matrimoni dello stesso sesso non sembra assumere carattere decisivo la qualificazione chiaramente matrimoniale che l'istituto assume nell'ordinamento di origine[70], dovendo comunque lo *status* acquisito all'estero misurarsi, ai fini dell'applicazione delle norme di conflitto, con le categorie giuridiche proprie dell'ordinamento italiano[71].

Infatti, poiché il riconoscimento dello *status* presuppone comunque una valutazione che tenga conto (anche) delle norme di conflitto, la qualificazione ai fini di queste ultime, non sussistendo opportunità di qualificazione autonoma[72], sembra destinata ad avvenire comunque sulla base della *lex fori*[73]. Da questo punto di vista, risulta inevitabile tener conto delle indicazioni interpretative fornite, rispetto alle unioni omosessuali e alla loro posizione nell'ordinamento italiano, dalla Corte costituzionale nelle note sentenze n. 138/2010[74] e n. 170/2014[75]. I due elementi essenziali ricavabili da tali decisioni appaiono la non riconducibilità di tali unioni al paradigma matrimoniale (nel quale la diversità di sesso è ritenuta, sul piano costituzionale, una componente ineludibile), ma anche la rilevanza delle stesse quali formazioni sociali ai sensi dell'art. 2 Cost.[76], nell'ambito delle quali è costituzionalmente dovuta la garanzia dei diritti inviolabili, ivi compreso quello di «*vivere liberamente una condizione di coppia*»[77].

---

atti e diritto internazionale privato, Padova, Cedam, 1970, p. 34 ss.

68 Ad esempio, l'art. 28 della legge n. 218/1995 consente di considerare valido quanto alla forma un matrimonio celebrato secondo una forma ammessa dalla legge nazionale di uno dei coniugi ma non ammessa nello stesso Stato di celebrazione, e ciò evidentemente anche quando questo non contenga una norma di conflitto che richiami a sua volta la legge nazionale di uno dei coniugi. Pertanto, l'ordinamento italiano considera in questo caso valido quanto alla forma un matrimonio anche quando esso non è considerato tale nello Stato di celebrazione. Al contrario, il problema che normalmente si pone rispetto alle situazioni giuridiche costituite all'estero è quello di garantire il loro riconoscimento in altro Stato, nella misura in cui esse siano state *validamente* acquisite nello Stato di origine.

69 Per un analogo riferimento, che nel corpo di quell'atto appare evidentemente contraddittorio, v. la circolare del Ministro dell'Interno del 7 ottobre 2014 in materia di trascrizione dei matrimoni, ove si afferma che "al riguardo, occorre fare riferimento, in primo luogo, all'art. 27, comma 1, della legge 31 maggio 1995, n. 218 ("Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato"), secondo cui la capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo al momento del matrimonio".

70 *Contra*, S. Tonolo, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffré, 2007, p. 28 ss.

71 Sulla generale tendenza a un ravvicinamento della nozione di "famiglia" tra gli Stati membri dell'Unione europea, v. N. Boschiero, *Les unions homosexuelles à l'épreuve du droit international privé italien*, cit., p. 79 ss.; F. Mosconi, *Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, p. 305 ss., in specie p. 311 ss. V. anche C. Ricci, *La «famiglia» nella giurisprudenza comunitaria*, in *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, S. Bariatti (a cura di), Milano, Giuffré, 2007, p. 91 ss., e L. Tomasi, *La nozione di famiglia negli atti dell'Unione e della Comunità europea*, ivi, p. 47 ss. In tema di qualificazione delle unioni registrate e dei matrimoni *same-sex* nell'ordinamento italiano, v. anche G. Rossolillo, Registered partnerships *e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano*, cit., p. 363 ss.

72 Sulla qualificazione rispetto alle misure internazionalprivatistiche dell'Unione europea, v. R. Baratta, *Qualificazione*, in *Diritto internazionale privato*, R. Baratta (a cura di), Milano, Giuffré, 2010, p. 315 ss., in specie p. 320 ss.

73 D'altra parte, le significative divergenze dei vari ordinamenti rispetto alle unioni *same-sex* sembrano rendere non del tutto congruo il ricorso al metodo dell'analisi comparata degli ordinamenti in conflitto teorizzato da Rabel, sul quale v. E. Rabel, *Il problema della qualificazione*, in *Rivista internazionale di diritto privato e processuale*, 1932, p. 97 ss. In generale, sulla qualificazione, v. anche N. Boschiero, *Il problema delle qualificazioni*, in *Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale*, F. Preite, A. Gazzanti Pugliese di Cotrone (a cura di), vol. 1, Torino, Utet, 2011, p. 61 ss.

74 Per articolati commenti a tale decisione v. il volume di B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *Unioni e matrimoni* same-sex *dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, Jovene, 2011.

75 Le due sentenze sono reperibili sul sito web www.cortecostituzionale.it. Per un'ampia ricostruzione del contesto in cui è stata emanata la sentenza n. 170/2014, v. i numerosi commenti apparsi in questa *Rivista*, 2014, p. 5 ss.

76 Per un analogo riferimento v. già R. Baratta, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffré, 2004, p. 51.

77 Cfr. Corte costituzionale, sentenza del 15 aprile 2010 n. 138.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Ora, muovendo da queste premesse, l'operazione di qualificazione dev'essere effettuata tenendo anzitutto conto del fatto che la situazione giuridica acquisita all'estero dalla coppia *same-sex* non può ormai considerarsi ignota all'ordinamento italiano: sebbene non possa essere considerata alla stregua di un matrimonio, essa fa parte – come accennato – dello statuto personale dell'individuo, in quanto attiene alla sfera dei suoi diritti inviolabili[78]. Ciò significa che, per un verso, le unioni omosessuali, in qualunque forma contratte all'estero, debbono essere riportate, nel nostro ordinamento, a una forma di «convivenza registrata»; ma, per altro verso, esse debbono essere considerate parte del nucleo dei diritti della personalità.

Alla luce di tale (prima) qualificazione sembra possibile concludere che gli articoli 27 e seguenti della legge n. 218/1995, in quanto incentrati sulla determinazione della legge applicabile ai vari profili dell'istituto matrimoniale, non sono suscettibili di diretta applicazione alle unioni omosessuali, bensì potrebbero eventualmente essere applicati soltanto per mezzo dell'*analogia legis* in ragione della mancanza di norme di conflitto che disciplinino tali medesimi profili con riferimento alle unioni omosessuali. Ma, anche ove un'applicazione analogica di questo genere sia ritenuta praticabile, la norma di conflitto rilevante ai fini della valutazione necessaria per determinare la trascrivibilità o meno del matrimonio *same-sex* non sembra essere quella dell'art. 27 della legge n. 218/1995: infatti, secondo la prospettiva interpretativa seguita dalla Corte costituzionale, la questione dell'identità di sesso, dal punto di vista dell'ordinamento italiano, non attiene ai requisiti per contrarre matrimonio ma costituisce criterio discretivo per distinguere due diversi *status*, entrambi ammessi dall'ordinamento ma non sovrapponibili tra loro – il matrimonio e l'unione omosessuale[79].

Un ricorso all'analogia sembra tuttavia, nella specie, escluso in quanto è presente nell'ordinamento una norma di conflitto astrattamente in grado di individuare la legge regolatrice delle unioni omosessuali. In proposito, pare piuttosto che debba venire in rilievo, ai fini della determinazione della legge applicabile allo *status* correlato alla partecipazione ad un'unione omosessuale, l'art. 24 della legge n. 218/1995, il quale stabilisce che l'esistenza e il contenuto dei diritti della personalità sono regolati dalla legge nazionale del soggetto. Poiché tale disposizione funziona, per la sua stessa struttura, come una norma di chiusura, nel cui ambito di applicazione rientrano quegli *status* personali che non risultino coperti da una norma speciale, essa può trovare spazio rispetto alle unioni *same-sex* in ragione del fatto che il relativo *status* attiene alla sfera dei diritti inviolabili dell'individuo[80], ma al contempo non risulta riconducibile ad un rapporto di famiglia nominato[81].

Tale conclusione appare necessitata nell'attuale quadro normativo, ma non può nascondersi che la disposizione così individuata non si presenta del tutto adeguata a disciplinare la fattispecie dell'unione omosessuale, e ciò per due ordini di ragioni. In primo luogo, l'art. 24, avendo riguardo essenzialmente a *status* individuali (come il diritto al nome o all'immagine), e non relazionali, può condurre, in caso di unione tra soggetti aventi diversa cittadinanza, a determinare una legge applicabile distinta per ciascuno dei componenti della coppia, con tutte le difficoltà connesse al meccanismo del cumulo[82]. Inoltre, l'utilizzazione, in via esclusiva, del criterio della nazionalità appare, per un verso, anacronistica alla luce dei crescenti fenomeni di mobilità delle persone nello spazio e della connessa valorizzazione di criteri

78 Tale conclusione era stata preconizzata, pur con riferimento alle unioni civili, da S. Tonolo, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, cit., p. 22 s.

79 In questo senso, appare dunque esatta l'affermazione, pure contenuta nel provvedimento in commento, che la diversità di sesso non costituisce, in senso stretto, un requisito per contrarre matrimonio; ma erronea è la conseguenza della assoluta irrilevanza della questione rispetto all'istituto matrimoniale, alla luce della chiara posizione assunta sul punto dalla Corte costituzionale.

80 Naturalmente, l'art. 24 non ha un ruolo comparabile a quello svolto dall'art. 17 disp. prel., il quale copriva l'intero statuto personale dell'individuo (per la diversità di approccio della legge n. 218/1995 a questo proposito, v., tra gli altri, B. Ubertazzi, *La capacità delle persone fisiche nel diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 2006, p. 66 ss.), ma certamente è idoneo ad essere applicato a tutti quegli stati personali o familiari che abbiano la consistenza di diritti della personalità e che non trovino collocazione all'interno di altra norma di conflitto specifica.

81 Non può dunque operare l'eccezione prevista dall'art. 24, che rende applicabile ai diritti della personalità derivanti da rapporti di famiglia la legge applicabile a tali rapporti. Sull'art. 24 v. M.C. Baruffi, *Art. 24*, in *Legge 31 maggio 1995, n. 218*, S. Bariatti (a cura di), in *Nuove leggi civili commentate*, 1995, p. 1104 ss.; nonché L. Daniele, *Capacità e diritti delle persone (artt. 20-25)*, in *Corriere giuridico*, 1995, p. 1239 ss.

82 Un metodo simile era stato prospettato, nel vigore delle disposizioni preliminari al codice civile, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità delle norme di conflitto che richiamavano, in materia familiare, la legge nazionale del marito ovvero del padre per effetto delle note sentenze nn. 71/1987 e 477/1987 della Corte costituzionale: su queste tematiche v. B. Barel, B. Costantino (a cura di), *Norme di conflitto italiane e controllo di costituzionalità*, Padova, 1990; G. Carella, *Il divorzio nel diritto internazionale privato e processuale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1988, p. 427 ss.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

connessi alla residenza abituale[83]; per altro verso, tale meccanismo, in quanto caratterizzato dalla rigidità del richiamo della sola legge nazionale, risulterà frequentemente inidoneo a consentire all'ordinamento italiano di tener conto delle legittime aspettative dei soggetti interessati ai fini del riconoscimento delle situazioni giuridiche acquisite all'estero, come richiesto dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Occorre peraltro tener conto del fatto che il richiamo della legge nazionale di ciascuno dei soggetti interessati resta subordinato all'operatività del meccanismo del rinvio previsto dall'art. 13 della stessa legge: in proposito, è dunque da ritenere che, laddove l'art. 24 richiami una legge straniera, debba anzitutto procedersi a nuova qualificazione secondo i criteri propri dell'ordinamento richiamato[84], che potranno condurre ad esiti divergenti (ed in particolare ad applicare una norma di conflitto relativa al matrimonio), e quindi sulla base di essa determinare la legge applicabile alla fattispecie.

6. Conseguenze dell'applicazione della norma di conflitto relativa ai diritti della personalità

È necessario ora individuare quali siano le conseguenze pratiche dell'approccio ora accennato per la determinazione della legge applicabile allo *status* connesso ad una unione omosessuale, dal quale possono sorgere due ordini di problemi.

A) Una prima difficoltà è data dalla circostanza che, in questo contesto, viene esclusa qualunque rilevanza, quanto ad esistenza e validità del rapporto, della legge del luogo di celebrazione, laddove essa sia diversa dalla legge nazionale (o dalle leggi nazionali) dei due nubendi. In tal senso, il criterio utilizzato può dunque apparire insoddisfacente, in quanto non presenta un significativo legame con le aspettative dei soggetti interessati, né tiene conto della loro scelta di formalizzare l'unione nel territorio di un determinato Stato.

In presenza di un matrimonio *same-sex* concluso all'estero, la situazione più semplice sembra essere quella in cui il criterio di cui all'art. 24, eventualmente per effetto del rinvio, conduca ad applicare, per entrambi i componenti dell'unione, una stessa legge straniera che ammette (esclusivamente o in alternativa all'unione registrata) il matrimonio tra persone dello stesso sesso. In tal caso, dall'applicazione della legge così individuata ben potrà derivare la determinazione dello *status* della coppia *same-sex* come *status* coniugale[85], dovendosi a tal proposito adottare i criteri propri della legge straniera per valutare il modo d'essere della situazione giuridica soggetta alle sue norme[86], dalle quali il giudice italiano dovrà trarre tutte le conseguenze in termini di *status* dei componenti dell'unione omosessuale.

D'altra parte, l'attribuzione di un simile *status*, quale effetto di una legge straniera, non dovrebbe neppure venire in contrasto con l'ordine pubblico italiano, sia in ragione dell'effetto conformativo che su di esso esercita la Convenzione europea dei diritti umani, nell'ambito della quale l'unione *same-sex* è ormai riconducibile alla tutela apprestata dall'art. 12[87], sia perché la diversa articolazione giuridica dello *status* di tali coppie secondo un ordinamento straniero non sembra in grado di provocare la grave lesione dei principi fondamentali dell'ordinamento rilevante ai fini dell'ordine pubblico[88].

83 V., su questi profili, E. di Napoli, A place called home*: il principio di territorialità e la localizzazione dei rapporti familiari nel diritto internazionale privato post-moderno*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, p. 899 ss.

84 Sul tema del rinvio di qualificazione e sui suoi limiti di applicabilità nell'ordinamento italiano, cfr. S. Tonolo, *Il rinvio di qualificazione nei conflitti di leggi*, Milano, Giuffré, 2003, p. 202 ss.

85 C'è da chiedersi se in un caso simile potrebbe venire in rilievo, rispetto alle unioni registrate, il fenomeno della c.d. *adapted recognition*, laddove risultasse applicabile la legge di uno Stato che ammette solo il matrimonio per le coppie dello stesso sesso e considera le unioni registrate straniere come matrimoni. Per gli aspetti generali, v. K. Boele-Woelki, *The Legal Recognition of Same-Sex Relationships within the European Union*, in *Tulane Law Review*, 2008, p. 1949 ss., in specie p. 1967, nonché M. Bogdan, *Private International Law Aspects of the Introduction of Same-Sex Marriages in Sweden*, in *Nordic Journal of International Law*, 2009, p. 253 ss., in specie p. 259.

86 Cfr. anche N. Boschiero, *Il problema delle qualificazioni*, cit., p. 79 ss.

87 Corte europea dei diritti umani, sezione I, *Schalk e Kopf c. Austria,* 24 giugno 2010, ricorso n. *30141/04*; *Ead.*, 7 novembre 2013, *Vallianotos e a. c. Grecia*, n. 29381/09 e 32684/09.

88 V., sulla necessità che la lesione dei valori fondamentali dell'ordinamento abbia carattere grave, F. Mosconi, *La difesa dell'armonia interna dell'ordinamento del foro tra legge italiana, convenzioni internazionali e ordinamento comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 9 ss.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Laddove debba essere applicata una legge che ammette soltanto le unioni registrate tra persone dello stesso sesso, non potrà invece che essere attribuito ai componenti della coppia *same-sex* lo *status* corrispondente: è chiaro, tuttavia, che, in presenza di una qualificazione chiaramente matrimoniale del rapporto nello Stato di celebrazione, tale soluzione presenterebbe caratteristiche simili ai meccanismi di *downgrade recognition* già noti ad altri ordinamenti[89].

Peraltro, tale ricostruzione sembra destinata in concreto ad operare anche quando l'art. 24 conduca all'applicazione della legge italiana. Infatti, a seguito delle pronunce delle Corte costituzionale, e pur in attesa della disciplina organica da adottare per via legislativa, tali unioni non possono comunque considerarsi prive di qualunque regolamentazione, sovvenendo in proposito il precetto dell'art. 2 Cost. come interpretato dalla giurisprudenza costituzionale, che impone di qualificarle come "convivenze registrate".

C'è da chiedersi, peraltro, se, in astratto, tale meccanismo di *downgrade recognition* sia accettabile in relazione all'esigenza di continuità dello *status* nello spazio quale espressa, da un lato, dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani e, dall'altro, dalle disposizioni del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea in materia di libera circolazione delle persone[90].

La recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di conseguenze del cambiamento e della conseguente rettificazione di sesso di uno dei coniugi sullo *status* matrimoniale sembra poter fornire un chiarimento sotto il primo profilo. Alcune recenti decisioni, anche della Grande Camera, hanno confermato infatti che in tale ipotesi la conversione del matrimonio in unione registrata non costituisce violazione dell'art. 8 della Convenzione, purché ai soggetti interessati sia attribuita una situazione giuridica equivalente, anche se non analoga, a quella di cui erano titolari prima del cambiamento di sesso[91], e che ciò costituisce un corretto bilanciamento delle esigenze dei privati e dell'interesse generale a che il matrimonio sia riservato alle coppie di sesso diverso[92]. Sebbene tali decisioni riguardino un'ipotesi diversa quanto alle circostanze di fatto, sembra che il principio ivi espresso sia estendibile, *a fortiori*, anche al riconoscimento delle unioni omosessuali in uno Stato differente da quello di origine, ogniqualvolta la convivenza registrata presenti una disciplina equiparabile a quella del matrimonio e sia dunque rispettata la garanzia di proporzionalità richiesta dalla Corte europea.

Ma una analoga conclusione potrebbe essere raggiunta anche per quanto concerne il rispetto delle norme fondamentali dell'Unione europea sulla libertà di circolazione delle persone. Mantenendo fermo il parallelismo rispetto alle pronunce della Corte di giustizia in materia di diritto al nome, occorre in effetti tener conto del fatto che l'ostacolo alla circolazione è stato individuato non nella diversità di situazione giuridica attribuita *ex se*, ma nei gravi inconvenienti pratici che essa era idonea a provocare nella vita di relazione[93]. Se in quel caso, data la natura della situazione giuridica che veniva in rilievo, il solo modo per evitare la sussistenza di tale ostacolo era data dalla garanzia dell'unicità del nome in tutti gli Stati membri[94], nel caso delle unioni *same-sex* è evidente che, in presenza di una disciplina della convivenza registrata equivalente a quella del matrimonio, la mera differenza nel *nomen iuris* con cui la

89 Per la definizione e per ulteriori riferimenti v. K. Boele-Woelki, *The Legal Recognition of Same-Sex Relationships Within the European Union*, cit., p. 1968.

90 Per un'analisi di questo profilo con riferimento al quadro italiano, allorché doveva ritenersi che tale ordinamento non riconoscesse affatto le unioni omosessuali, v. L. Tomasi, *La tutela degli* status *familiari nel diritto dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2007, p. 237 ss.

91 V., esplicitamente in tal senso, Corte europea dei diritti umani, 28 novembre 2006, *Parry c. Regno Unito*, 42971/05, dec.: «*it is apparent that the applicants may continue their relationship in all its current essentials and may also give it a legal status akin, if not identical to marriage, through a civil partnership which carries with it almost all the same legal rights and obligations*». Più recentemente, Corte europea dei diritti umani, Grande camera, 16 luglio 2014, *Hämäläinen c. Finlandia,* ricorso n. 37309/09, ha ritenuto che le differenze tra matrimonio e unione registrata nell'ordinamento finlandese non implicavano un mutamento essenziale nello *status* giuridico di cui godeva il ricorrente (v. soprattutto paragrafi 71-88).

92 Sul bilanciamento tra le esigenze connesse alla tutela dei diritti fondamentali e quelle espresse dalle norme nazionali in materia di diritto internazionale privato, v., tra gli altri, L. Gannagè, *La hiérarchie des norme set des méthodes de droit international privé: étude de droit international privé de la famille*, Paris, Pedone, 2001, p. 260 ss.; G. Rossolillo, *Identità personale e diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 2009, p. 177 ss.

93 Cfr. Corte di giustizia Ue, 2 ottobre 2003, *Garcia Avello*, cit., punto 36 ss., e 14 ottobre 2008, *Grunkin e Paul*, cit., punto 23 ss.

94 Si riferiscono al concetto di unicità dello status G. Rossolillo, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, Cedam, 2002, p. 239 ss.; L. Tomasi, *Il diritto al nome tra libertà di circolazione e diritti fondamentali*, in *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, cit., p. 111, in specie p. 128. V. anche R. Baratta, *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, P. Picone (a cura di), Padova, Cedam, 2004, p. 163 ss., in specie p. 197 ss.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

situazione giuridica è designata nei diversi Stati membri potrebbe arrecare un pregiudizio circoscritto alle coppie che intendono fruire della stessa in uno Stato membro differente da quello di origine.

Tuttavia, questa ricostruzione, nella misura in cui porta all'attribuzione di uno *status* (pur diverso da quello coniugale) ai componenti dell'unione omosessuale, non consente di fugare ogni difficoltà in relazione alle garanzie di svolgimento del rapporto connesso a tale *status*, laddove alla coppia non sia attribuita una tutela comparabile a quella dei soggetti titolari dello *status* coniugale. Tale appare, in particolare, l'attuale condizione dell'ordinamento, nel quale può sì verificarsi l'attribuzione di uno *status* di conviventi registrati, ma essa conserva un carattere meramente "virtuale" in quanto non collegato a una disciplina legislativa organica idonea a stabilire nel dettaglio diritti e obblighi derivanti da tale *status*. In questi termini l'applicazione della legge italiana potrebbe di fatto dar luogo tanto a una violazione del diritto alla vita privata e familiare, per il fatto che impedisce concretamente il godimento di uno *status* validamente acquisito all'estero, quanto un ostacolo alla libera circolazione, per il fatto che essa può evidentemente scoraggiare una coppia dal trasferirsi in Italia e dunque dall'esercitare la libertà di circolazione connessa alla cittadinanza europea.

Da ultimo, se dovesse venire in applicazione una legge che non ammetta affatto le unioni tra persone dello stesso sesso, si potrebbe di converso ritenere che essa sia suscettibile di essere considerata contraria all'ordine pubblico italiano: infatti, una volta che si giunga ad affermare, come ha fatto la Corte costituzionale, che il diritto di vivere liberamente una condizione di coppia rileva ai sensi dell'art. 2 Cost., una legge che ostacoli la realizzazione di un simile diritto inviolabile appare idonea a ledere un principio fondamentale dell'ordinamento[95]. È pur vero che tale conclusione può apparire paradossale proprio in ragione dell'assenza di una disciplina organica delle unioni *same-sex* nell'ordinamento italiano; tuttavia, pare che la valorizzazione della qualificazione di tali unioni come formazioni sociali rilevanti ai fini del godimento di diritti inviolabili debba comunque assumere rilievo preponderante, dal momento che la valutazione connessa all'ordine pubblico concerne il rispetto di principi fondamentali dell'ordinamento e non fa venire necessariamente in gioco la disciplina legislativa interna che a tali principi dia (o dovrebbe essere chiamata a dare) concreta attuazione.

B) Problemi più gravi sono, in effetti, destinati a verificarsi laddove l'art. 24 della legge n. 218/1995 porti a richiamare due leggi distinte in relazione alla diversa nazionalità dei componenti della coppia[96]. In tali casi potrà accadere che una di esse ammetta il matrimonio tra persone dello stesso sesso e l'altra soltanto la convivenza registrata; peraltro, anche quando entrambe ammettano la sola unione registrata, la situazione non sarà priva di difficoltà, dal momento che nei vari ordinamenti nazionali la disciplina delle unioni *same-sex* e dello *status* ad esse connesse presenta contenuti molto diversificati[97].

Ora, in tali ipotesi l'applicazione dell'art. 24 dovrebbe condurre all'applicazione cumulativa delle due leggi, con conseguente attribuzione di uno *status* diverso ai due componenti dell'unione[98]. Ma una simile soluzione appare anzitutto palesemente incompatibile con gli obblighi connessi alla tutela del diritto alla vita privata e familiare imposta dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani e con il divieto di discriminazione di cui all'art. 14 della stessa, poiché essa contrasta con l'esigenza di certezza delle situazioni giuridiche e di rispetto delle legittime aspettative della coppia *same-sex*, in quanto giunge ad attribuire a ciascuno dei componenti di una stessa unione *status* diversi. Al contempo, essa appare difficilmente conciliabile anche con l'ampia garanzia del principio di non discriminazione in base alla nazionalità apprestata dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, quando i componenti dell'unione siano entrambi cittadini di Stati membri: infatti, in questa ipotesi a tali soggetti verrebbe attribuito, ai sensi del citato art. 24, uno *status* differente solo in ragione del fatto che essi possiedono la cittadinanza di due Stati (membri) differenti e dunque determinerebbe una discriminazione diretta tra gli Stati. D'altra parte, il sostanziale disconoscimento della coppia *same-sex* come formazione sociale

95 Tuttavia, la necessità di applicare la *lex fori*, in mancanza di altro criterio di collegamento, per effetto dell'art. 16 della legge n. 218/1995 sembra determinare comunque, in considerazione dell'attuale quadro normativo italiano, una soluzione comunque insoddisfacente.

96 Naturalmente, l'uso del criterio della cittadinanza potrà portare anche all'insorgere dei consueti problemi legati all'apolidia o al possesso di plurime cittadinanze in capo a uno o entrambi i componenti della coppia: v., per questi profili, S. Bariatti, *Cittadinanza*, in R. Baratta (a cura di), *Diritto internazionale privato*, cit., p. 35 ss., in specie p. 46 ss.

97 Laddove entrambe le leggi ammettano il matrimonio *same-sex*, la situazione sembra scevra di difficoltà, poiché per lo specifico profilo considerato – l'individuazione dello *status* attribuito ai componenti dell'unione – gli ordinamenti che consentono alle coppie omosessuali di accedere al matrimonio si sono di regola limitati ad estendere loro lo *status* coniugale quale già esistente nella loro legislazione (mentre le specifiche limitazioni, ad esempio in materia di adozione, non sono disciplinate dalla legge applicabile allo *status* coniugale, ma da quella che regola lo specifico istituto che venga di volta in volta in questione).

98 Tale possibilità era stata prospettata rispetto alle norme di conflitto previgenti, ed in particolare all'art. 17 disp. prel., da R. Luzzatto, *Stati giuridici e diritti assoluti nel diritto internazionale privato*, cit., p. 236 ss.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

unitaria e la palese violazione del principio di eguaglianza non possono che destare molte perplessità anche rispetto all'osservanza degli articoli 2 e 3 Cost.

Alla luce di tali considerazioni un'interpretazione della disposizione orientata nel senso del rispetto dei precetti costituzionali e degli obblighi internazionali e connessi alla partecipazione all'Unione europea appare ineludibile.

Anzitutto, laddove una delle due leggi nazionali applicabili preveda (anche o esclusivamente) il matrimonio per le coppie *same-sex*, sembra che debba esser data prevalenza alla legge applicabile, italiana o straniera, che ammette esclusivamente la convivenza registrata[99], poiché ogni diversa soluzione si risolverebbe in una sostanziale pretermissione della scelta di tale ultima legge di riservare il matrimonio alle unioni tra persone di sesso diverso.

Ma ciò, come detto, non risolve ogni problema, in quanto le convivenze registrate sono disciplinate in modo significativamente divergente nei vari ordinamenti. Pertanto, nel concorso di due leggi nazionali applicabili che disciplinino le convivenze registrate, possono delinearsi, in astratto, varie possibilità che transitano da una combinazione (inevitabilmente artificiosa) delle due leggi alla prevalenza in ogni caso della *lex fori*, per arrivare a quella che, *praeter legem* ma in modo apparentemente più rispettoso degli obblighi internazionali e costituzionali, privilegia la legge rispetto all'applicazione della quale i componenti dell'unione *same-sex* possano avere una più forte aspettativa (ad esempio perché la loro vita è ivi prevalentemente localizzata oppure perché l'unione è stata ivi registrata). È chiaro, tuttavia, che nessuna di queste soluzioni si rivela interamente soddisfacente, con la conseguenza di determinare un quadro normativo eccessivamente complesso e scarsamente prevedibile e, conseguentemente, anche solo per questa ragione, una violazione dei parametri costituzionali, europei e internazionali più volte richiamati.

7. Quali prospettive?

Alla luce dell'analisi sin qui svolta, la posizione dell'ordinamento italiano rispetto alle unioni *same-sex* appare significativamente diversa da quella delineata nel provvedimento del Tribunale di Grosseto. In particolare, la qualificazione della fattispecie, se condotta tenendo conto dei criteri stabiliti dalla *lex fori* come rinvenibili nella recente giurisprudenza costituzionale, determina, ad avviso di chi scrive, l'applicazione dell'art. 24 della legge n. 218/1995.

Alla luce di tale disposizione lo *status* derivante da un matrimonio tra persone dello stesso sesso dev'essere determinato sulla base della legge nazionale (se comune) o delle leggi nazionali dei componenti della coppia: conseguenza ne è che i matrimoni celebrati all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso debbono essere equiparati alla convivenza registrata di cui tali coppie hanno diritto di fruire sul fondamento dell'art. 2 Cost. Da ciò discende che, allo stato, simili unioni non risultano trascrivibili nei registri dello stato civile[100], in ragione della tipicità dei relativi atti, ed è evidente che di tale profilo dovrebbe farsi carico una disciplina legislativa organica delle unioni omosessuali: è tuttavia da chiedersi se proprio l'impossibilità assoluta di trascrivere – e dunque di rendere conoscibile ed opponibile ai terzi – l'unione *same-sex* non costituisca una di quelle «specifiche situazioni» che richiedono una disciplina equiparabile a quella del matrimonio[101] (e rispetto alle quali la Corte costituzionale si è riservata di intervenire[102]).

Sotto altro profilo, proprio dall'applicazione dell'art. 24 della legge n. 218/1995 si ricava la conferma dell'attuale grave carenza dell'ordinamento italiano rispetto alla disciplina delle unioni *same-sex*. Infatti, come si è visto, la norma di conflitto relativa ai diritti della personalità imporrebbe, rispetto a ipotesi come quella esaminata dal Tribunale di Grosseto, l'applicazione della legge italiana, che, da un lato, annette rilevanza alle unioni omosessuali quali formazioni sociali all'interno delle quali si realizza il godimento dei diritti inviolabili garantiti dalla Costituzione, ma, dall'altro, resta priva della necessaria

99 Peraltro, non sembra che, laddove l'una delle due leggi nazionali applicabili che consideri l'unione *same-sex* alla stregua di un matrimonio contenga anche norme materiali relative alle convivenze registrate, queste ultime possano venire in applicazione, proprio per il fatto che in tale situazione l'ordinamento di appartenenza non le considera applicabili, in quanto qualifica l'unione come matrimonio.

100 Sul tema della trascrivibilità di atti stranieri di stato civile che stabiliscano, per i cittadini italiani, uno stato diverso da quello previsto dalla legge nazionale, v. già G. Biscottini, *Diritto amministrativo internazionale*, vol. I, Padova, Cedam, 1964, p. 295 ss.

101 In senso contrario, Tribunale di Pesaro, decreto 14 ottobre 2014, cit. *supra* nota 7.

102 Corte costituzionale, n. 138/2010, punto 8.

disciplina organica, da modellare in termini generali su quella del matrimonio[103], diretta a stabilire diritti e obblighi derivanti da tale *status*. Essa risulta inoltre del tutto inidonea a regolare in modo prevedibile la fattispecie, laddove i componenti della unione *same-sex* siano cittadini di Stati diversi.

È in proposito auspicabile che il Parlamento adotti quanto più rapidamente possibile gli atti normativi necessari, anche al fine di evitare che sia accertata a carico dello Stato italiano una violazione delle norme internazionali sulla protezione del diritto alla vita privata e familiare e delle norme sulla libera circolazione delle persone all'interno dell'Unione europea. Peraltro, in tale contesto risulta necessaria l'adozione di una specifica disciplina internazionalprivatistica delle unioni registrate, che tenga conto, per un verso, del loro carattere relazionale e utilizzi dunque un criterio di collegamento di carattere unitario e, per altro verso, della necessaria affinità con le norme di conflitto previste per la materia matrimoniale.

103 In tal senso è d'altronde orientato il progetto di legge attualmente all'esame delle Camere, cit. *supra*, nota 10.

*Daniele Gallo**

Legge applicabile alle coppie dello stesso sesso e trattamento dei funzionari internazionali nel sistema delle Nazioni Unite: una rivoluzione è in atto?

Sommario

1. Lo stato civile dei funzionari dell'ONU secondo il suo Segretario Generale: dal Bollettino ST/SGB/2004/4, del 20 gennaio 2004, al Bollettino ST/SGB/2004/13, del 24 settembre 2004, fino al recente Bollettino ST/SGB/2014/13/Rev. 1 del 26 giugno 2014 – 2. Coppie dello stesso sesso e trattamento dei funzionari internazionali alla luce della giurisprudenza dei tribunali amministrativi internazionali: l'interpretazione evolutiva (e inclusiva) di "*spouse*" e "*marriage*" … – 3. (*Segue*): e il rinvio alla *lex patriae* dello *staff* quale unico criterio per l'attribuzione dei diritti scaturenti dal rapporto di lavoro con l'organizzazione – 4. Il Bollettino ST/SGB/2014/13/Rev. 1 e la possibile affermazione di un principio generale di non discriminazione in materia di orientamento sessuale: il superamento del criterio del rinvio alla *lex patriae* e la contestuale affermazione del criterio della *lex loci celebrationis*

Abstract

Il Bollettino ST/SGB/2014/13/Rev. 1, adottato dal Segretario Generale dell'ONU nel giugno 2014, introduce un netto cambiamento in tema di riconoscimento dei diritti per i funzionari LGBTI. Per quel che concerne la determinazione dello stato civile del funzionario, il Bollettino, infatti, sostituisce, per lo *staff* del Segretariato e dei fondi e programmi dell'ONU, il criterio del rinvio alla *lex patriae* con quello del rinvio alla *lex loci celebrationis*. Ne consegue che cittadini LGBTI di paesi dove non vi è riconoscimento giuridico delle coppie *same-sex* o dove addirittura l'omosessualità costituisce un reato, una volta contratto il matrimonio o registrata un'unione con *partners* dello stesso sesso in un paese diverso da quello di origine, da questo momento in poi, possono esercitare gli stessi diritti di cui sono titolari i loro colleghi eterosessuali.

The Bulletin ST/SGB/2014/13/Rev. 1, adopted by the UN Secretary General in June 2014, represents a crucial changeover as far as the recognition of rights for LGBTI officials is concerned. The Bulletin, in fact, as to the determination of the personal status of the official, for the staff of the UN Secretariat as well as for the separately administered organs and programmes of the UN, replaces the criterion of the reference to the law of nationality with that of the reference to the competent authority under which such status has been established. As a consequence, LGBTI citizens with the nationality of States where there is no recognition of same-sex couples or even where homosexuality relationships are prohibited, once entered into a same-sex union (marriage or registered partnership) in a different country than that of origin, from now on, can exercise the same rights owned by their heterosexual colleagues.

* Ricercatore in Diritto dell'Unione europea (abilitato come professore associato), Dipartimento di Giurisprudenza, Luiss Guido Carli. L'autore ringrazia Roberto Virzo e M.C. Vitucci per i commenti forniti ad una prima versione del lavoro.

1. Lo stato civile dei funzionari dell'ONU secondo il suo Segretario Generale: dal Bollettino ST/SGB/2004/4, del 20 gennaio 2004, al Bollettino ST/SGB/2004/13, del 24 settembre 2004, fino al recente Bollettino ST/SGB/2014/13/Rev. 1 del 26 giugno 2014

Il 26 giugno 2014, Ban Ki Moon, Segretario Generale dell'ONU, ha adottato il Bollettino ST/SGB/2004/13/Rev. 1, intitolato "*Personal Status for purposes of United Nations entitlements*". Esso innova radicalmente la materia relativa al riconoscimento dei diritti associati allo stato civile dei funzionari[1] che lavorano nel Segretariato dell'ONU e nei suoi programmi e fondi[2], sostituendosi, dalla data "*of its issuance*"[3], al Bollettino ST/SGB/2004/13, emanato il 24 settembre 2004 dall'allora Segretario Generale Kofi A. Annan. Va peraltro precisato che l'abrogato Bollettino ST/SGB/2004/13, a sua volta, aveva sostituito il Bollettino ST/SGB/2004/4, del 20 gennaio 2004.

Prima di porre in evidenza le differenze principali tra i tre bollettini e, in particolare, il mutamento di prospettiva realizzato dal Bollettino del giugno 2014, va chiarito che i bollettini sono fonti, emanate dal Segretario Generale quale organo competente in materia di gestione del personale, volte a regolare i rapporti di lavoro tra l'ONU e i suoi funzionari[4]. Quanto ai rapporti con le altre fonti disciplinanti i rapporti di lavoro tra *staff* e organizzazione, i bollettini sono collocati in posizione subordinata rispetto alle norme contenute nello Statuto dell'organizzazione, nell'accordo di sede concluso con lo Stato che ospita gli uffici dell'organizzazione, nello Statuto del tribunale amministrativo competente e nelle *Staff Regulations*[5]. In particolare, le *Staff Regulations* vengono adottate dall'organo plenario dell'organizzazione[6] e affiancate e integrate dalle *Staff Rules*[7], solitamente emanate, come i bollettini, dal Segretario Generale.

I bollettini generalmente disciplinano i diritti e i doveri inerenti alla condizione giuridica dei funzionari, anche dal punto di vista delle prerogative di cui essi sono titolari in ragione del loro stato civile e familiare, precisando quanto già riconosciuto nelle regole concernenti le condizioni d'impiego dello *staff* dell'organizzazione. Ora, considerato che benefici economici (buonuscita, assegno familiare, pensione, ecc.) possono essere attribuiti, ovviamente, solo in ragione dell'esistenza di un comprovato legame familiare, il problema centrale, per quanto riguarda le coppie gay di cui uno o entrambi i *partners* sono funzionari internazionali, ai fini dell'applicabilità delle *Staff Regulations* e delle *Staff Rules*, consiste nel

1 Sulla nozione di funzionario internazionale, anche nell'ambito dell'ONU, si vedano, recentemente, A. Aamir, *The International Civil Service: The Idea and the Reality*, in *International Administration. Law and Management Practice in International Organizations*, C. De Cooker (ed.), Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 3–20; Y. Beigbeder, *Civil Service, International*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, R. Wolfrum (ed.), II, 2012, pp. 167 ss.; U. Draetta, *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 121-122; D. Gallo, Status, *privilegi, immunità e tutela giurisdizionale dei funzionari delle organizzazioni internazionali*, in *Diritto delle organizzazioni internazionali*, A. Del Vecchio (a cura di), Napoli, ESI, 2012, pp. 273 ss., in specie 273-278; P.H. Sands, P. Klein, *Bowett's law of International Institutions*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 303-319 ss.; C. Zanghì (a cura di), *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 344-347.

2 Sulla struttura dell'ONU, incluso il Segretariato, i programmi e i fondi, si vedano S. Chesterman, *The Secretariat. Article 97*, in *The Charter of the United Nations. A Commentary*, B. Simma, D.-E- Khan, G. Nolte, A. Paulus (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 1991 ss.; B. Conforti, C. Focarelli, *Le Nazioni Unite*, Padova, Cedam, 2012, pp. 123-146; S. Marchisio, *L'ONU: il diritto delle Nazioni Unite*, Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 277-290; W. Stöckl, *Article 101*, B. Simma, D.-E- Khan, G. Nolte, A. Paulus (eds.), *ivi*, pp. 2053 ss.; H.G., Schermers, N. Blokker, *International Institutional Law. Unity within Diversity*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, pp. 313-319 e 351-379 ss.

3 Cfr. il par. 4 del Bollettino del giugno 2014.

4 Sull'ordinamento interno delle organizzazioni internazionali si vedano, *inter alia*, M.B. Akehurst, *The Law Governing Employment in International Organizations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1967; C. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 271-314; G. Balladore Pallieri, *Le droit interne des organisations internationales*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, CXXI, 1969, pp. 1 ss.; P. Cahier, *Le droit interne des organisations internationales*, in *Revue générale de droit international public*, 1963, pp. 563 ss.; C.W. Jenks, *The Proper Law of International Organizations*, London, Stevens, 1962.

5 Più complessa – peraltro al di fuori dello scopo della presente indagine – è la relazione che esiste tra gli atti adottati dall'organo amministrativo dell'ente, inclusi i bollettini, e le *Staff Rules*, da un lato, e, dall'altro, i contratti, di natura privata, stipulati dall'organizzazione e dal funzionario. Sulle relazioni, anche gerarchiche, tra le fonti disciplinanti i rapporti di lavoro si veda, *ex multis*, C. Amerasinghe, *ivi*, pp. 282-298.

6 Per quel che riguarda l'ONU, si tratta, ovviamente, dell'AG.

7 Di regola, ciò avviene anche in organizzazioni diverse dall'ONU.

definire la nozione di famiglia, individuandone gli elementi costitutivi e circoscrivendone i confini[8]. Operazione questa particolarmente complessa, sul piano del diritto delle organizzazioni internazionali, considerato che concetti, storicamente e geograficamente condizionati, quali "matrimonio", "unione", "coppia", "marito", "moglie" possono avere (ed è frequentemente il caso) significati diversi in uno Stato (membro) piuttosto che in un altro. Da qui la scelta, improntata al rispetto delle differenze socio-culturali, religiose e giuridiche tra Stati, effettuata dalle organizzazioni internazionali, tra cui l'ONU, di astenersi da un riconoscimento orizzontale e generalizzato dei diritti in capo ai propri funzionari LGBTI (*lesbian*, *gay*, *bisexual*, *transgender*, *intersex*). Perlomeno, questo è l'approccio che è stato seguito fino al recente Bollettino del 2014, la cui analisi non può, peraltro, prescindere da una (rapida) indagine incrociata sul contenuto dei tre bollettini sopra richiamati.

Il Bollettino del gennaio 2004 prevede che il "*family status for the purposes of entitlements under the United Nations Staff Regulations and Rules*"[9] debba essere determinato sulla base del principio, consolidato[10], secondo cui è la legge del paese di cui ha la cittadinanza il funzionario a trovare applicazione. In questa prospettiva, viene chiarito che il matrimonio riconosciuto come legittimo in base a detta legge "*will qualify that staff member to receive the entitlements provided for eligible family members*"[11]. Lo stesso principio è richiamato in relazione alle unioni riconosciute; è scritto, infatti, che i familiari del funzionario potranno godere dei diritti loro garantiti dall'ordinamento interno dell'organizzazione in ragione di una "*legally recognized domestic partnership contracted by a staff member under the law of the country of his or her nationality*"[12]. Per quanto riguarda, in particolare, le unioni, il Bollettino richiede che l'organizzazione, prima di concedere benefici di varia natura a detti familiari, ottenga la conferma, da parte della Rappresentanza dello Stato presso l'ONU di cui è cittadino il funzionario, che l'unione effettivamente esista e sia valida[13].

Il Bollettino successivo, del settembre 2004, seppure con una diversa formulazione, recepisce quanto stabilito nel Bollettino di sette mesi prima circa la centralità del criterio del rinvio alla legge dello Stato di cittadinanza del funzionario[14] e la necessità che la verifica dello stato civile del soggetto passi per un controllo effettuato dalla Rappresentanza dello Stato presso l'organizzazione[15]. Tuttavia, una differenza c'è e consiste nella circostanza che nel secondo Bollettino non è fatto alcun cenno né al matrimonio né alle unioni. In ogni caso, ciò non ha portato a un mutamento di prassi in seno all'ONU; semmai, il silenzio sul punto pare doversi attribuire a una scelta, di carattere politico, tesa a tenere conto della posizione critica nei confronti dell'esplicito riferimento a matrimoni e unioni manifestata, in seno all'AG e agli organi sussidiari dell'ONU, da parte di numerosi Stati, tutti fortemente contrari al riconoscimento giuridico, a livello internazionale (oltre che nazionale), delle coppie dello stesso sesso.

Il recente Bollettino del giugno 2014, innanzitutto, si distingue dai due che lo precedono perché è scritto che il Segretario generale, prima della sua emanazione, ha agito "*in consultation with the executive heads of separately administered organs and programmes of the United Nations*". È quindi effettuato un riferimento esplicito agli organi e ai programmi dell'ONU (non direttamente ricompresi nel Segretariato) ai quali, pertanto, non vi è dubbio che, allo stato attuale, si applichino le regole previste nel recente Bollettino, a differenza di quanto poteva solo essere ipotizzato in relazione ai due bollettini del 2004[16].

8 Sul trattamento delle *same-sex couples* nel diritto delle organizzazioni internazionali, soprattutto nell'ordinamento dell'ONU, si vedano D. Gallo, *International Administrative Tribunals and Their* Non-Originalist *Jurisprudence on Same-Sex Couples: 'Spouse' and 'Marriage' in Context, Between Social Changes and the Doctrine of* Renvoi, in *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (eds.), Berlin, Springer, 2014, pp. 511 ss.; H.U. Jessurun D'Oliveira, *How Do International Organisations Cope with the Personal Status of their Staff Members? Some Observations on the Recognition of (Same-Sex) Marriages in International Organisations*, in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, S. Bariatti, G. Venturini (eds.), Liber Amicorum *Fausto Pocar*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 505 ss.; M.C. Vitucci, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Napoli, Jovene, 2012, in specie pp. 131-140; in generale, sulla tutela dell'orientamento sessuale nel diritto internazionale si vedano M. Balboni, *La protezione internazionale in ragione del genere, dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere. Aspetti di diritto internazionale e dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2012; M.C. Vitucci, *ivi*.

9 Cfr. il par. 1 del Bollettino del gennaio 2004.

10 "*Long established principle*" nella terminologia adoperata nel Bollettino del gennaio 2004.

11 Cfr. il par. 3 del Bollettino del gennaio 2004.

12 Cfr. il par. 4 del Bollettino del gennaio 2004.

13 Cfr. il par. 4 del Bollettino del gennaio 2004.

14 Cfr. il par. 1 del Bollettino del settembre 2004.

15 Cfr. il par. 2 del Bollettino del settembre 2004.

16 Vedi anche *infra*, nota 44.

Con riferimento agli istituti specializzati, per questo, come per gli altri due bollettini, vale il principio dell'autonomia nella gestione del personale: sta alla discrezionalità degli istituti la scelta di allinearsi al Bollettino, ovviamente nel rispetto dei rispettivi accordi di collegamento conclusi con l'ONU.

Ciò detto, l'aspetto decisivo di gran lunga più innovativo introdotto dal Bollettino, che segna un netto *revirement* rispetto ai precedenti, è rappresentato dalla sostituzione del criterio della legge nazionale del funzionario con quello della legge dello Stato nel quale il suo stato civile è stato stabilito (*lex loci celebrationis*). Da qui la portata rivoluzionaria dell'atto. È affermato, infatti, che "*the personal status of staff members […] will be determined by reference to the law of the competent authority under which the personal status has been established*"[17]. Sarà quindi, chiaramente, l'autorità del paese nel quale il funzionario si è unito in matrimonio ovvero nel quale ha stipulato una *civil partnership*, a dover verificare esistenza e validità della procedura ivi seguita e successivamente a comunicare al Segretariato dell'organizzazione il risultato di detta verifica[18].

2. Coppie dello stesso sesso e trattamento dei funzionari internazionali alla luce della giurisprudenza dei tribunali amministrativi internazionali: l'interpretazione evolutiva (e inclusiva) di "*spouse*" e "*marriage*"…

Al fine di cogliere al meglio la portata della straordinaria novità introdotta dal Bollettino oggetto della presente indagine, va inquadrato brevemente il tema del trattamento delle coppie dello stesso sesso dal punto di vista della pertinente giurisprudenza dei tribunali amministrativi i quali, come noto, sono competenti a giudicare sulle controversie di lavoro tra *staff* e organizzazione[19]. In particolare, occorre ragionare sulla giurisprudenza prodotta dai due sistemi di risoluzione delle controversie più significativi, dal triplice punto di vista del numero dei casi sottoposti a loro giudizio, del loro ambito di intervento *ratione personae* e *ratione materiae* e dell'influenza da essi esercitata su altri tribunali amministrativi internazionali. Si tratta del sistema dell'ONU e di quello istituito nell'ambito dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL). Quanto al primo, le decisioni rilevanti risalgono al periodo precedente l'istituzione, da parte dell'Assemblea Generale, dello *UN Dispute Tribunal* (UNDT) e dello *UN Appeals Tribunal* (UNAT) che sono succeduti, il 31 dicembre 2009, al Tribunale Amministrativo delle NU (TANU)[20], ora abolito[21], della cui giurisprudenza occorre quindi tenere necessariamente conto[22]. Per quel che concerne il secondo, va sottolineato che il Tribunale Amministrativo dell'OIL (ILOAT), allo stato attuale, esercita la sua giurisdizione in merito alle controversie tra i funzionari e cinquantotto organizzazioni, oltre ov-

17 Cfr. il par. 1 del Bollettino del giugno 2014.

18 Cfr. il par. 2 del Bollettino del giugno 2014.

19 Sui tribunali amministrativi internazionali si vedano, *inter alia*, S. Bastid, *Les tribunaux administratifs internationaux et leur jurisprudence*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, XCII, II, 1957, pp. 343 ss.; A. Del Vecchio, *International Courts and Tribunals between Globalisation and Localism*, The Hague, Eleven, 2012, in specie pp. 50 ss.; O. Elias, M. Thomas, *Administrative Tribunals of International Organizations*, in *The Rules, Practice, and Jurisprudence of International Courts and Tribunals*, C. Giorgetti (ed.), Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 159 ss.; A. Gordillo, *The Administrative Law of International Organisations: Checks and Balances in Law Making – The Case of Discrimination*, in *European Review of Public Law*, 2006, 18, pp. 289 ss.

20 Cfr. la risoluzione n. 61/261, del 4 aprile 2007 (A/RES/61/261), la risoluzione n. 62/228, del 22 dicembre 2007 (A/RES/62/228), la risoluzione n. 63/253, del 24 dicembre 2008 (A/RES/62/228).

21 Sul nuovo sistema ONU di risoluzione delle controversie si vedano Y. Beigbeder, *Administrative and Structural Reform in the Organisations of the UN Family*, in *International Administration. Law and Management Practice in International Organizations*, C. De Cooker (ed.), Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 111–142; M. Happold, *The Reform of the United Nations Administrative Tribunal: An Introduction*, in *Les* évolutions *de la protection juridictionnelle des fonctionnaires internationaux et européens*, G.M. Palmieri (sous la direction de), Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 11 ss.; P.H. Hwang, *Reform of the Administration of Justice System at the United Nations*, in *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2009, 8, pp. 191 ss.; L. Otis, *La réforme du système d'administration de la justice des Nations Unies: le Tribunal d'appel des Nations Unies un an après*, in G.M. Palmieri (sous la direction de), *ivi*, pp. 15 ss.

22 Sul TANU si veda, tra gli studi più recenti, M. Wood, U*nited Nations Administrative Tribunal, Applications for Review*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, R. Wolfrum (ed.), X, 2012, pp. 209 ss.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

viamente all'OIL[23]. Tra gli istituti specializzati, alcuni hanno propri tribunali, come la Banca Mondiale e il Fondo Monetario Internazionale, altri hanno riconosciuto la competenza dell'OIL, come il Fondo Internazionale per lo Sviluppo Agricolo (IFAD) e l'Organizzazione per l'Alimentazione e l'Agricoltura (FAO), altri ancora, come l'Organizzazione Marittima Internazionale (IMO) e l'Organizzazione Internazionale dell'Aviazione Civile (ICAO), pur avendo riconosciuto la competenza del sistema di risoluzione delle controversie dell'ONU, lo hanno fatto solo in relazione all'UNAT (e non anche all'UNDT).

Con riferimento all'analisi condotta dall'ILOAT e dal TANU delle *Staff Regulations* e delle *Staff Rules* relative allo *status* dello *staff* e ai diritti di cui sono titolari i familiari del funzionario, entrambi i tribunali, agendo quali autentici "*agents of change*"[24], hanno privilegiato un'interpretazione sistematica e teleologica, quindi flessibile, fortemente espansiva e inclusiva, di concetti quali "*spouse*", "*couple*", "*marriage*", "*registered partnership*". Un'interpretazione molto lontana da un approccio statico, formalista, in ultima analisi, *originalist*[25] delle norme[26]. Ciò risulta chiaro dalla lettura di numerose sentenze emanate dall'ILOAT, da *Mr. R. A.-O.*, del 3 febbraio 2003[27], a *Mr. G.P.*, dell'8 febbraio 2012[28], il cui ragionamento è fortemente influenzato dalla decisione *Geyer* del 29 gennaio 1998[29], nella quale il Tribunale ha ritenuto che i c.d. "*traditional marriages*"[30] (tra individui eterosessuali) potessero essere considerati "*marriages*" ai sensi delle *Staff Regulations* e delle *Staff Rules* dell'ente interessato nel caso di specie (Organizzazione delle Nazioni Unite per lo Sviluppo Industriale – UNIDO) e quindi che la moglie del funzionario ricorrente nel caso di specie potesse godere dei benefici derivanti dal suo *status* di "*spouse*". Nelle sentenze relative alle coppie dello stesso sesso, successive a *Geyer*, l'ILOAT, accogliendo molte delle considerazioni svolte dai componenti dello *staff*, in primo luogo, generalmente ritiene che funzionari gay e lesbiche, sposati con individui dello stesso sesso, rientrino nella nozione di "*spouse*" ai sensi del diritto interno delle varie organizzazioni considerate. Ciò, a condizione che dalla lettura delle *Staff Regulations* e delle *Staff Rules* non emerga alcun dubbio circa l'interpretazione letterale da dare ai termini "*husband*" e "*wife*"[31]. In secondo luogo, quanto alle unioni registrate, il Tribunale, nonostante alcune decisioni più risalenti, è oramai netto nell'affermare che esse sono suscettibili di conferire gli stessi diritti riconosciuti alle coppie sposate[32], sempre che le *Staff Regulations* non dispongano espressamente in senso contrario e a condizione che da una "*substantive*" analisi della normativa nazionale del funzionario[33] si desuma che vi è un'equivalenza o anche una "*relevant similarity*" tra norme disciplinanti i matrimoni e quelle concernenti le unioni[34]. Al riguardo, è interessate rilevare che i funzionari ricorrenti, in più casi relativi a istituti specializzati dell'ONU, avevano fondato le loro argomentazioni sul Bollettino del gennaio 2004[35] – da loro dunque ritenuto applicabile anche agli istituti specializzati –, nel quale le relazioni matrimoniali e le unioni registrate, ai fini dell'attribuzione di diritti e prerogative scaturenti dal rapporto di lavoro del funzionario con l'organizzazione, erano state esplicitamente ritenute come equivalenti.

23 Sull'ILOAT si vedano F. Gutteridge, *The ILO administrative tribunal*, C. De Cooker C (ed.), *ivi*, pp. 655 ss.; J.-D. Sicault, *Le TAOIT: tendances jurisprudentielles récentes en matière de compétence et de recevabilité*, G.M. Palmieri (sous la direction de), *ivi*, pp. 45 ss.

24 Su tale locuzione e, in generale, sul ruolo svolto dai giudici nell'inquadrare giuridicamente i cambiamenti socio-culturali in atto nella società si vedano M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984; J. Rubenfeld, *Freedom and Time – A Theory of Constitutional Self-government*, New Heaven, Yale University Press, 2001; J. Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, in *Yale Law Journal*, 2006, 115, pp. 1346 ss.

25 Sugli opposti concetti di *originalism* e *judicial activism* si veda, tra gli altri, J. Rubenfeld, *ivi*.

26 Per alcune considerazioni si veda D. Gallo, *International Administrative Tribunals*, *ivi*, pp. 528-529.

27 Decisione n. 2193.

28 Decisione n. 3080.

29 Decisione n. 1715.

30 Nello specifico si trattava di un tipo particolare di matrimonio tradizionale: il c.d. *common-law marriage*, celebrato in Austria; per completezza, sulla definizione di questo tipo di matrimonio vedi legal-dictionary.thefreedictionary.com/Common-Law+Marriage.

31 Come acclarato nella decisione *Mr. A.J.H.*, n. 2643, del 9 luglio 2008.

32 Cfr. le decisioni *Mr. D.B.* (n. 2550, del 12 luglio 2006), par. 4, *Mr. E.H.* (n. 2860, dell'8 luglio 2009), parr. 19-21 e *Mr. G.P.*, par. 16.

33 Sul criterio del rinvio alla legge nazionale del funzionario vedi *infra*, § 3.

34 Cfr. *Mr. D.B.*, par. 3.

35 Cfr. *Mr. D.B.*, parr. A, B.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Oltre che sul citato Bollettino, i ricorrenti facevano perno sul principio di non discriminazione, inteso quale principio generale (non scritto) della funzione pubblica internazionale azionabile in giudizio, il quale, a loro parere, sarebbe stato violato qualora funzionari omosessuali non avessero potuto godere degli stessi diritti attribuiti a cittadini eterosessuali. Ciò rispetto ai loro colleghi, sia quelli provenienti da paesi con ordinamenti più "progressisti" sia quelli assunti in organizzazioni nelle quali il riconoscimento giuridico dei matrimoni e delle unioni omosessuali era già avvenuto[36].

Ora, sullo specifico punto relativo alla possibile applicazione del Bollettino del gennaio 2004, il Tribunale non prende una posizione netta, anche perché, come ricordato, esso è stato sostituito, nel settembre dello stesso anno, da un nuovo Bollettino. Lo stesso vale in merito allo *status* del principio di non discriminazione e della sua operatività dal punto di vista del trattamento giuridico dei funzionari LGBTI. In ogni caso, una tale cautela, da parte del Tribunale, non gli ha impedito di ravvisare, in molti dei casi sottoposti al suo giudizio, una violazione dei diritti dei funzionari.

Per quel che concerne il TANU, i casi rilevanti sono due: *Berghuys*[37] e *Adrian*[38]. In entrambi, il Tribunale è chiaro nell'affermare che a godere dei benefici concessi dagli enti presso i quali i funzionari sono incardinati possono essere sia coniugi eterosessuali che LGBTI. Una differenza tra le due decisioni, però, esiste. Mentre nella prima il Tribunale ritiene che il termine "*spouse*", ai fini del trattamento pensionistico riservato ad una coppia omosessuale, non possa ricomprendere il *partner* gay di un funzionario deceduto con il quale era stata conclusa un'unione registrata in base all'ordinamento olandese, nella seconda l'approccio seguito, in merito al riconoscimento di un *pacte civil de solidarité* (*Pacs*), stipulato secondo la legge francese tra un funzionario dello *UN Centre for Human Settlements* di Nairobi, cittadino francese, e il suo *partner*, è opposto. Infatti, in *Adrian* il Tribunale ritiene che anche le unioni registrate possano conferire ai funzionari LGBTI quelle prerogative e garanzie che sono attribuite ai coniugi omosessuali (oltre che eterosessuali). Ora, nella decisione una tale affermazione non si poggia sulla sola interpretazione delle *Staff Regulations* e delle *Staff Rules*. Al contrario, il Tribunale giunge a una tale conclusione fondandosi sul Bollettino del gennaio 2004 il quale, come si è scritto, mette espressamente sullo stesso piano matrimoni e unioni registrate. Secondo il Tribunale, il Bollettino non introduce "*an amendment to the Staff Regulations*", bensì "*an interpretation of certain terms contained in them*", in assenza di una chiara definizione di termini quali "*spouse*", "*couple*" o "*marriage*"[39]. Un tale ragionamento, pertanto, sembra dover essere letto nel senso che, qualora il Bollettino non fosse stato adottato, il Tribunale non si sarebbe discostato dall'impostazione formulata in *Berghuys*: da qui la differenza decisiva con la giurisprudenza dell'ILOAT, certamente più aperta verso il pieno riconoscimento giuridico anche delle unioni registrate[40]. Ciò detto, la decisione *Adrian* non può essere sottovalutata, dal momento che il Tribunale – seppure non grazie a un'interpretazione autonoma delle *Staff Regulations* e delle *Staff Rules* ma sulla base del Bollettino del 2004 –, laddove ritiene applicabili le prime anche alle coppie dello stesso sesso che abbiano stipulato un'unione registrata, prescinde dalla condizione che la legge nazionale del funzionario, sotto il profilo sostanziale, riservi lo stesso trattamento a unioni e matrimoni *same-sex*. Condizione questa che, in teoria, il Tribunale avrebbe potuto considerare necessaria, come fatto dall'ILOAT nella sua giurisprudenza, ma della quale, significativamente, decide di non tenere conto.

3. (*Segue*): e il rinvio alla *lex patriae* dello *staff* quale unico criterio per l'attribuzione dei diritti scaturenti dal rapporto di lavoro con l'organizzazione

A prescindere dalla problematica, da ultimo richiamata, relativa all'equiparazione tra matrimoni e unioni registrate, ai fini dell'attribuzione dei benefici ai familiari dei funzionari LGBTI, ciò che si desume dalla giurisprudenza dell'ILOAT e del TANU è l'interpretazione dinamica ed evolutiva delle *Staff Regulations* e delle *Staff Rules*. Una tale interpretazione, tuttavia, va letta in combinazione con la scelta,

36 Cfr. *Mr. R.A.O.*, par. 5, *Mr. D.B.*, par. B. e *Mr. A.J.H.*, par. D.

37 Decisione n. 1063, AT/DEC/1063, del 26 luglio 2002.

38 Decisione n. 1183, AT/DEC/1183, del 30 settembre 2004.

39 Cfr. *Adrian*, par. VII.

40 Vedi *supra*.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

certamente più "conservatrice", effettuata in relazione alla legge applicabile[41]. I due tribunali, infatti, hanno sempre e solamente adoperato il criterio del rinvio alla legge nazionale del funzionario, in linea con i due bollettini, sopra esaminati, del 2004[42].

La *ratio* di una tale impostazione, come già ricordato, sta nel rispetto delle divergenze culturali, religiose, sociali e giuridiche tra i paesi membri delle organizzazioni internazionali, a cominciare dall'ONU. L'ILOAT e il TANU, pertanto, con la loro giurisprudenza, hanno inteso raggiungere un bilanciamento tra le esigenze di tutela dei funzionari LGBTI, da un lato, e, dall'altro, il rispetto dell'autonomia degli Stati nel disciplinare materie particolarmente sensibili, quale è il riconoscimento dei diritti in capo a cittadini omosessuali. Peraltro, che tra eterogeneità della *membership* e applicazione della *lex patriae* vi sia un collegamento molto stretto si evince dalla circostanza che, laddove l'eterogeneità è meno marcata, come nel caso di un sistema regionale avanzato quale è l'UE, l'organo deputato a risolvere le controversie in materia di rapporti di lavoro tra *staff* e organizzazione, cioè il Tribunale per la funzione pubblica, ha privilegiato un'interpretazione autonoma delle *Staff Regulations* piuttosto che un'interpretazione ispirata al criterio del rinvio alla *lex patriae*, con il risultato di prefigurare lo stesso trattamento a funzionari etero e gay dell'Unione, a prescindere dalla loro nazionalità[43].

4. Il Bollettino ST/SGB/2014/13/Rev. 1 e la possibile affermazione di un principio generale di non discriminazione in materia di orientamento sessuale: il superamento del criterio del rinvio alla *lex patriae* e la contestuale affermazione del criterio della *lex loci celebrationis*

L'applicazione del criterio della *lex patriae* implica che funzionari aventi la nazionalità di un paese nel quale coppie dello stesso sesso non sono riconosciute sotto il profilo giudico non possono godere dei benefici derivanti dal loro *status* di *staff members* dell'organizzazione. Tale criterio, pertanto, comporta che vi sia un trattamento diverso tra costoro e i funzionari che invece provengono da Stati nei quali è previsto un tale riconoscimento. Inoltre, un diverso trattamento si realizza anche tra funzionari appartenenti a Stati dove il riconoscimento c'è ma non è pieno, come nel caso di quei paesi che ammettono le unioni civili, ma non i matrimoni. Si pone, quindi, un problema di non discriminazione tra funzionari i quali, pur svolgendo, ognuno nell'organizzazione nel quale lavora ovvero nell'ambito della medesima organizzazione, le stesse funzioni, sono titolari di diritti diversi solamente in ragione del paese di provenienza.

Ora, il Bollettino del giugno 2014, nell'indicare il rinvio alla legge del paese di determinazione dello stato civile quale (unico) criterio da adoperare in seno all'ONU (fondi, programmi e organi compresi, separati, sotto il profilo amministrativo, dal Segretariato), ha portata rivoluzionaria[44]. Esso pone, infatti, sullo stesso piano funzionari eterosessuali e funzionari LGBTI, che provengano sia da Stati più avanzati sul piano del riconoscimento dei diritti civili che da paesi, come l'Italia, nel quale un riconoscimento giuridico (ancora) non c'è, paesi come l'Egitto, dove l'omosessualità è un reato, o come l'Iran, dove la pena, per i cittadini omosessuali, può essere rappresentata anche dalla morte[45].

Non c'è dubbio che il pieno riconoscimento per funzionari LGBTI valga per coloro che hanno contratto un matrimonio; il discorso sembra dover valere anche per le unioni registrate, dal momento che

41 Sul tema della legge applicabile in relazione a coppie dello stesso sesso, dal punto di vista del diritto internazionale privato, si veda, recentemente, H. Tagaras, *Questions de droit international privé dans la détermination de l'*état *personnel*, G.M. Palmieri (sous la direction de), *ivi*, pp. 167 ss.; R. Virzo, *The Law Applicable to the Formation of Same-Sex Partnerships and Marriages*, D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (eds.), *ivi*, pp. 343 ss.

42 La sola eccezione, riguardante però i c.d. "*traditional marriages*" – non le relazioni *same-sex* –, è rappresentata dal caso *Geyer*, nel quale l'ILOAT adopera il criterio del rinvio alla *lex loci celebrationis*.

43 Sulle controversie in materia di *staff* LGBTI dell'UE si veda M.F. Orzan, *Employment Benefits for Same-Sex Couples: The Case Law of the CJEU*, D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (eds.), *ivi*, pp. 493 ss.

44 Sono pochissime le istituzioni internazionali che hanno "anticipato" il Bollettino scegliendo il criterio del rinvio alla *lex loci celebrationis*; tra queste l'UNESCO (Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Educazione, la Scienza e la Cultura) e l'UNAIDS (Programma delle Nazioni Unite per l'AIDS). Sul punto cfr. le informazioni riportate sul sito www.unglobe.org.

45 Cfr. le informazioni riportate sul sito ilga.org.

le *Staff Regulations* dell'ONU, come già scritto, collocate in una posizione gerarchicamente superiore rispetto ai bollettini, non escludono espressamente che le unioni possano essere considerate alla stregua dei matrimoni, ai fini dell'attribuzione di diritti economici. È anche vero che nel Bollettino di cui si discute, a differenza di quanto era stabilito nel Bollettino del gennaio 2004, non è indicata un'esplicita equivalenza tra matrimonio e unione, con la conseguenza che il funzionario che intende avere accesso alle prerogative previste nelle *Staff Regulations* e nelle *Staff Rules* potrebbe essere sollecitato, dall'organizzazione medesima, a dimostrare la pari efficacia giuridica, secondo l'ordinamento nel quale l'unione è stata stipulata, di matrimonio e unione. Certamente, qualora una tale interpretazione dovesse prevalere, in seno al Segretariato e/o all'UNDT e all'UNAT, si porrebbe il problema di come dovrebbe essere regolamentato lo *status* del funzionario che abbia stipulato un'unione con un *partner* dello stesso sesso in un paese dove il matrimonio *same-sex* non è ammesso, al quale quindi non potrebbe essere equiparata l'unione. Considerato lo *spirito* che orienta il bollettino, pare preferibile fornire un'interpretazione diversa, in base alla quale l'organizzazione dovrebbe essere obbligata ad applicare la legge del paese nel quale il funzionario LGBTI ha formalizzato la propria relazione con una persona dello stesso sesso, poco importa che si tratti di un'unione registrata o di matrimonio. Sotto questo profilo, bisognerà comunque attendere l'atteggiamento sia del Segretariato nell'interpretazione del Bollettino sia degli istituti specializzati e delle altre organizzazioni internazionali (che si trovano al di fuori dell'ordinamento dell'ONU) nell'adeguamento alle regole ivi contenute, per capire fino in fondo la portata e l'estensione del passo in avanti realizzato dal Segretario Generale Ban Ki Moon. Un passo in avanti, peraltro, effettuato dall'organo esecutivo/amministrativo dell'ONU, senza alcun coinvolgimento dell'AG, in seno alla quale, presumibilmente, un accordo volto a modificare le *Staff Regulations* così da riconoscere espressamente i diritti dei funzionari LGBTI non avrebbe potuto essere raggiunto a causa dell'opposizione di molti paesi, soprattutto in via di sviluppo.

In conclusione, il Bollettino realizza una più compiuta ed effettiva protezione dei diritti fondamentali, suscettibile di incidere, in maniera significativa, sulla vita di migliaia di funzionari dell'ONU[46]. Appare chiaro che il principio che ha guidato il Segretario Generale nell'adozione del Bollettino è quello di non discriminazione, inteso quale principio generale della funzione pubblica internazionale[47], ossia fonte non scritta, ai sensi dell'articolo 38, par. 1, dello Statuto della Corte internazionale di giustizia[48], volta a regolamentare lo *status* dei funzionari[49]. Anche da questo punto di vista, l'esame della prassi futura consentirà di comprendere se e fino a che punto un tale principio, finora applicato dai tribunali amministrativi internazionali sotto diversi profili (sesso, età, disabilità, ecc.), ricavato, per astrazione, dai diritti interni (normativa e giurisprudenza) sia degli Stati sia delle organizzazioni internazionali, potrà consolidarsi anche per quel che concerne la tutela dell'orientamento sessuale, non solo nell'ambito del Segretariato dell'ONU, dei suoi fondi, programmi e organi (distinti dal Segretariato), ma anche, trasversalmente, in seno alle altre istituzioni internazionali.

46 Il Segretariato dell'ONU ricomprende, allo stato attuale, circa 46.000 funzionari, ai quali bisogna aggiungere le diverse migliaia di unità impiegate nell'ambito degli organi e dei programmi dell'Organizzazione aventi un'amministrazione separata (vedi www.un.org/en/mainbodies/secretariat/); oltretutto, qualora gli istituti specializzati e le altre organizzazioni internazionali dovessero allinearsi al criterio della *lex celebrationis*, le conseguenze sarebbero ancora più rilevanti.

47 Cfr., *inter alia*, la decisione dell'ILOAT *A.R.* n. 2662, dell'11 luglio 2007, par. 12.

48 Sul punto si veda F. Salerno, *Diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2012, p. 206.

49 Sui principi generali nella giurisprudenza dei tribunali amministrativi internazionali, in particolare dell'ILOAT, cfr. L. Germond, *Les principes generaux selon le Tribunal administratif de l'O.I.T.*, Paris, Pedone, 2009.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Osservatorio documenti

Bollettino del Segretario Generale delle Nazioni Unite, *Personal Status for purposes of United Nations entitlements*, 26 giugno 2014

The Secretary-General, in consultation with the executive heads of separately administered organs and programmes of the United Nations, hereby promulgates the following:

1. The personal status of staff members for the purpose of entitlements under the Staff Regulations and Rules will be determined by reference to the law of the competent authority under which the personal status has been established.

2. Requests relating to the determination of the personal status of staff members in connection with their entitlements may be submitted by the Secretariat for verification by the Permanent Mission to the United Nations of the country of that competent authority. Once the Permanent Mission has verified that the status in question is legally recognized for the purpose of granting benefits and entitlements, the Secretariat will take action in accordance with that verification.

3. Secretary-General's Bulletin ST/SGB/2004/13 is hereby superseded.

4. The present Bulletin shall enter into force on the date of its issuance.

Ban Ki-moon
Secretary-General

GeniUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. Schema di testo unificato corretto proposto dalla relatrice per i disegni di legge nn. 14 e connessi, 2 luglio 2014

TITOLO I
Delle unioni civili

Art. 1.
(Registro nazionale delle unioni civili tra persone dello stesso sesso)

1. Due persone dello stesso sesso costituiscono un'unione civile quando dichiarano di voler fondare tale unione di fronte all'ufficiale di stato civile.

2. Presso gli uffici del registro di ogni comune italiano è istituito il registro nazionale delle unioni civili tra persone dello stesso sesso. In tale registro si possono iscrivere alla presenza di due testimoni due persone dello stesso sesso, maggiorenni e capaci di intendere e di volere, unite da reciproco vincolo affettivo. Non può contrarre un'unione civile, a pena la nullità dell'atto, chi è vincolato da un matrimonio o da un'unione civile. Sono cause impeditive all'iscrizione al registro nazionale delle unioni civili tra persone dello stesso sesso:

a) la sussistenza di un vincolo matrimoniale, ivi compresa l'ipotesi in cui i coniugi siano separati, o di un'unione civile tra persone dello stesso sesso in atto;

b) la minore età di una o di entrambe le parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, salvi i casi di autorizzazione del tribunale ai sensi dell'articolo 84 del codice civile;

c) l'interdizione di una o di entrambe le parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, per infermità di mente. Se l'istanza di interdizione è stata soltanto promossa, la certificazione dello stato di parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso non può avere luogo finché la sentenza sull'istanza non sia passata in giudicato;

d) la sussistenza delle ipotesi di cui ai commi primo, secondo e terzo dell'articolo 87 del codice civile; non possono altresì contrarre un'unione civile tra persone dello stesso sesso lo zio e il nipote e la zia e la nipote;

e) l'ipotesi di delitto di cui all'articolo 88 del codice civile. Se nei confronti di una o di entrambe le parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso ha avuto luogo soltanto rinvio a giudizio ovvero sottoposizione a misura cautelare per il delitto di cui all'articolo 88 del codice civile, la procedura per la certificazione dello stato di unione civile tra persone dello stesso sesso è sospesa sino a quando non è pronunziata sentenza di proscioglimento.

3. La sussistenza di una delle cause impeditive di cui al presente articolo comporta la nullità dell'unione civile tra persone dello stesso sesso.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

4. L'unione civile tra persone dello stesso sesso è certificata dal relativo documento attestante lo stato dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. Detto documento deve contenere i dati anagrafici delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, l'indicazione del loro regime patrimoniale legale e della loro residenza. Deve contenere altresì i dati anagrafici di eventuali figli minori dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, indipendentemente dalla durata della stessa, nonché dei figli di ciascuna delle parti dell'unione civile.

Art. 2.
(Modifiche al codice civile)

1. All'articolo 86 del codice civile, dopo le parole «da un matrimonio» sono inserite le parole «o da un'unione civile tra persone dello stesso sesso».
2. Dopo l'articolo 143-bis del codice civile è inserito il seguente:
«Art. 143-bis. 1 -- (Cognome dell'unione civile tra persone dello stesso sesso). -- Le parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso stabiliscono il cognome della famiglia scegliendolo tra i loro cognomi. Lo stesso è conservato durante lo stato vedovile, fino a nuove nozze o al perfezionamento di nuova unione civile tra persone dello stesso sesso. La parte può anteporre o posporre al cognome della famiglia il proprio cognome, se diverso».

Art. 3.
(Regime giuridico)

1. Ad ogni effetto, all'unione civile si applicano tutte le disposizioni di legge previste per il matrimonio, ad esclusione della disciplina di cui all'articolo 6 della legge 4 maggio 1983, n. 184.
2. La parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso è familiare dell'altra parte ed è equiparata al coniuge per ogni effetto.
3. Le parole «coniuge», «marito» e «moglie», ovunque ricorrano nelle leggi, decreti e regolamenti, si intendono riferite anche alla «parte della unione civile tra persone dello stesso sesso».

Art. 4.
(Doveri di solidarietà del rapporto e diritti successori)

1. Le parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso sono tenute al mutuo aiuto morale e materiale.
2. Nella successione legittima, disciplinata dalle norme di cui al Capo II, Titolo II, del Libro II del codice civile, i medesimi diritti del coniuge spettano anche alla parte legata al defunto da un'unione civile tra persone dello stesso sesso.

Art. 5.
(Assistenza sanitaria e penitenziaria)

1. Alle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso sono riconosciuti i diritti e doveri spettanti ai coniugi in ordine all'assistenza sanitaria e penitenziaria.

Art. 6.
(Scioglimento dell'unione civile tra persone dello stesso sesso)

1. L'unione civile si scioglie per comune accordo o per decisione unilaterale.
2. All'unione civile tra persone dello stesso sesso si applicano le disposizioni di cui al Capo V, Titolo VI, del Libro I del codice civile.

Art. 7.
(Delega al Governo per la regolamentazione dell'unione civile)

1. Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, un decreto legislativo nel rispetto dei seguenti princìpi e criteri direttivi:
a) modificazione delle disposizioni in materia di ordinamento dello stato civile, prevedendo che gli atti di unione civile tra persone dello stesso sesso siano conservati dall'ufficiale di stato civile insieme a quelli del matrimonio;
b) modifica e riordino delle norme in materia di diritto privato internazionale, prevedendo i criteri di applicazione della disciplina della unione civile tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

italiane alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo;

c) modificazioni ed integrazioni normative per il necessario coordinamento con la presente legge delle disposizioni contenute nelle leggi, nei decreti e nei regolamenti;

d) inserimento dopo la parola «matrimonio», ovunque ricorra nelle leggi, nei decreti e nei regolamenti e fatta salva l'esclusione di cui all'articolo 3, comma 1 della presente legge, delle seguenti parole: «o unione civile»

e) modificazioni ed integrazioni normative per il necessario coordinamento della disciplina della convivenza di cui al Titolo II della presente legge con le disposizioni contenute nelle leggi e negli altri atti normativi in materia.

2. Il decreto legislativo di cui al comma 1 è adottato su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, del Ministro della giustizia, del Ministro dell'interno e del Ministro competente per le pari opportunità.

3. Sullo schema di decreto approvato dal Consiglio dei ministri esprimono il parere le Commissioni parlamentari competenti entro due mesi dalla sua trasmissione alle Camere. Decorso tale termine, il decreto legislativo è comunque adottato, anche in mancanza dei pareri. Qualora il termine per l'espressione dei pareri parlamentari scada nei trenta giorni che precedono la scadenza del termine previsto dal comma 1 o successivamente, quest'ultimo termine è prorogato di tre mesi.

TITOLO II
Della disciplina delle convivenze

Art. 8.
(Della convivenza di fatto)

1. Il presente Titolo disciplina i diritti individuali e i doveri di soggetti maggiorenni, conviventi stabilmente da almeno tre anni o da almeno un anno in presenza di figli comuni, uniti da legami affettivi e di solidarietà, ai fini di reciproca assistenza e solidarietà, materiale e morale, non legati da rapporti di parentela, né vincolati da matrimonio o da un'unione civile tra persone dello stesso sesso.

2. Per l'individuazione dell'inizio della stabile convivenza trovano applicazione gli articoli 4 e 33 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223.

Art. 9.
(Assistenza in caso di malattia o di ricovero)

1. In caso di malattia o di ricovero del convivente, l'altro convivente ha diritto di visitarlo e di accudirlo secondo le regole di organizzazione delle strutture ospedaliere o di assistenza pubbliche, private o convenzionate.

Art. 10.
(Decisioni in materia di salute e per il caso di morte)

1. Ciascun convivente può designare l'altro quale suo rappresentante con poteri pieni o limitati:

a) in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute;

b) in caso di morte, per quanto riguarda la donazione di organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie.

2. La designazione di cui al comma 1 è effettuata in forma scritta e autografa oppure, in caso di impossibilità di redigerla, alla presenza di un testimone.

Art. 11.
(Diritto di abitazione e casi di successione nel contratto di locazione)

1. In caso di morte di uno dei conviventi e in presenza di figli comuni minori è riconosciuto il diritto di abitazione all'altro convivente nella casa ove convivevano, se di proprietà del defunto, per un numero di anni pari alla durata della convivenza di fatto. Tale diritto cessa in caso di matrimonio o d'inizio di una nuova convivenza.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

2. In caso di risoluzione anticipata del contratto di locazione della comune residenza da parte del convivente conduttore, l'altro convivente può succedergli nel contratto. In presenza di figli comuni, non si tiene conto del periodo di durata della convivenza prescritto ai sensi dell'articolo 8, comma 1.

Art. 12.
(Inserimento nelle graduatorie per l'assegnazione di alloggi di edilizia popolare)

1. Nel caso in cui l'appartenenza ad un nucleo familiare costituisca titolo o causa di preferenza nelle graduatorie per l'assegnazione di alloggi di edilizia popolare, di tale titolo o causa di preferenza possono godere, a parità di condizioni, i conviventi di cui all'articolo 8 comma 1.

Art. 13.
(Obbligo alimentare)

1. Nell'ipotesi in cui uno dei conviventi versi nelle condizioni previste dell'articolo 438, primo comma, del codice civile, l'altro convivente è tenuto a prestare gli alimenti oltre la cessazione della convivenza per un periodo determinato in proporzione alla durata della convivenza medesima.

Art. 14.
(Contratto di convivenza)

1. I conviventi possono disciplinare i reciproci rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune e alla sua cessazione con il contratto di convivenza.
2. Il contratto di convivenza, le sue successive modifiche e il suo scioglimento devono risultare da atto scritto a pena di nullità, ricevuto da un notaio in forma pubblica.
3. Ai fini dell'opponibilità ai terzi, il notaio che ha ricevuto l'atto in forma pubblica o che ne ha autenticato le sottoscrizioni deve provvedere entro i successivi dieci giorni a trasmetterne copia al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe ai sensi degli articoli 5 e 7 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223. Con il contratto di convivenza, le parti stabiliscono di comune accordo la residenza comune.
4. Le parti possono stabilire nel contratto:
   1) le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, anche in riferimento ai termini, alle modalità e all'entità delle rispettive contribuzioni;
   2) che i beni acquistati a titolo oneroso anche da uno dei conviventi successivamente alla stipula del contratto siano soggetti al regime della comunione ordinaria, di cui agli articoli 1100 e seguenti;
   3) i diritti e le obbligazioni di natura patrimoniale derivanti per ciascuno dei contraenti dalla cessazione del rapporto di convivenza per cause diverse dalla morte;
   4) che in deroga al divieto di cui all'articolo 458 e nel rispetto dei diritti dei legittimari, in caso di morte di uno dei contraenti dopo oltre sei anni dalla stipula del contratto spetti al superstite una quota di eredità non superiore alla quota disponibile. In assenza di legittimari, la quota attribuibile parzialmente può arrivare fino a un terzo dell'eredità;
   5) che nei casi di risoluzione del contratto di cui all'articolo 17 della presente legge sia previsto l'obbligo di corrispondere al convivente con minori capacità economiche un assegno di mantenimento determinato in base alle capacità economiche dell'obbligato, al numero di anni del contratto di convivenza e alla capacità lavorativa di entrambe le parti.
5. All'articolo 458 del codice civile, dopo le parole: «dagli articoli 768-bis e seguenti» sono inserite le seguenti: «nonché quanto disposto in un contratto di convivenza stipulato nei limiti e con i requisiti stabiliti dalla legge».
6. Il regime patrimoniale scelto nel contratto di convivenza può essere modificato in qualunque momento nel corso della convivenza con atto stipulato nella medesima forma. Nell'ipotesi in cui, per qualsiasi ragione, si ometta di stipulare il regime patrimoniale di cui al comma 4, si presume scelto il regime di separazione legale.
7. I contratti di convivenza sono riconosciuti quali titolari di autonomi diritti. Lo stato di parte di un contratto di convivenza non può essere motivo o fonte di discriminazione in qualunque settore della vita pubblica e privata.
8. Il trattamento dei dati personali contenuti nelle certificazioni anagrafiche deve avvenire conformemente alla normativa prevista dal codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, garantendo il rispetto della dignità degli appartenenti al contratto di convivenza. I dati personali contenuti nelle certificazioni anagrafiche non possono costituire elemento di discriminazione a carico delle parti del contratto di convivenza.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Art. 15.
(Cause impeditive)

1. Sono cause impeditive alla stipula di un contratto di convivenza:
   a) la sussistenza di un vincolo matrimoniale o di un'unione civile tra persone dello stesso sesso;
   b) la sussistenza del vincolo derivante da un altro contratto di convivenza iscritto ai sensi dell'art. 13 della presente legge;
   c) la minore età di una o di entrambe le parti del contratto di convivenza, salvi i casi di autorizzazione del tribunale ai sensi dell'articolo 84 del codice civile;
   d) l'interdizione di una o di entrambe le parti del contratto di convivenza, per infermità di mente. Se l'istanza di interdizione è stata soltanto promossa, la certificazione dello stato di parti del contratto di convivenza non può avere luogo finché la sentenza sull'istanza non sia passata in giudicato;
   e) la sussistenza delle ipotesi di cui ai commi primo, secondo e terzo dell'articolo 87 del codice civile.
   f) l'ipotesi di delitto di cui all'articolo 88 del codice civile. Se nei confronti di una o di entrambe le parti del contratto di convivenza ha avuto luogo soltanto rinvio a giudizio, ovvero sottoposizione a misura cautelare per il delitto di cui all'articolo 88 del codice, la procedura per la certificazione dello stato di parti del contratto di convivenza è sospesa sino a quando non è pronunziata sentenza di proscioglimento.
2. La sussistenza di una delle cause impeditive di cui al presente articolo comporta la nullità del contratto di convivenza di cui all'art. 13.
3. Il contratto di convivenza non può essere sottoposto a termine o condizione. Nel caso in cui le parti inseriscano termini o condizioni, queste si hanno per non apposte.

Art. 16.
(Assistenza sanitaria e penitenziaria)

1. Alle parti del contratto di convivenza sono estesi tutti i diritti e doveri spettanti al coniuge relativi all'assistenza sanitaria e penitenziaria.
2. Il contratto di convivenza può prevedere che in presenza di uno stato sopravvenuto di incapacità di intendere e di volere anche temporaneo, fatte salve le norme in materia di misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia, di cui al Capo I, Titolo XII, del Libro I, tutte le decisioni relative allo stato di salute e in generale di carattere sanitario, ivi comprese quelle concernenti la donazione degli organi, il trattamento del corpo e i funerali, sono adottate dal convivente.
3. In assenza di ascendenti o discendenti diretti e salvo che sia diversamente stabilito nel contratto di convivenza, tutte le decisioni di cui al secondo comma sono comunque adottate dal convivente.

Art. 17.
(Successione nel contratto di locazione)

1. In caso di morte di una delle parti del contratto di convivenza che sia conduttore nel contratto di locazione della comune abitazione, l'altra parte può succedergli nel contratto.

Art. 18.
(Risoluzione del contratto di convivenza)

1. Il contratto di convivenza si risolve per:
   1) accordo delle parti;
   2) recesso unilaterale;
   3) sopravvenuto matrimonio o unione civile di uno dei contraenti;
   4) morte di uno dei contraenti.
2. La concorde volontà di risoluzione e il recesso unilaterale devono risultare da atto scritto, ai sensi dell'articolo 13.
3. Nel caso di recesso unilaterale da un contratto trascritto, il notaio che riceve o che autentica l'atto è tenuto, oltre che agli adempimenti di cui all'articolo 13, comma 3, a notificarne copia all'altro contraente all'indirizzo indicato dal recedente o risultante dal contratto.
4. Nel caso di cui al numero 3) del comma 1, il contraente che ha contratto matrimonio deve notificare all'altro contraente e anche al notaio che ha rogitato il contratto, l'estratto di matrimonio o di unione civile.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

5. Nel caso di cui al numero 4) del comma 1, il contraente superstite o gli eredi del contraente deceduto devono notificare al notaio l'estratto dell'atto di morte. Il notaio provvede ad annotare a margine del contratto originale l'avvenuta risoluzione del contratto e a notificarlo all'anagrafe del comune di residenza.

Art. 19.
(Diritti nell'attività di impresa)

1. Nella Sezione VI, Capo VI, Titolo VI, del Libro I del codice civile, dopo l'articolo 230-bis è aggiunto il seguente:

«Art. 230-ter. - (Diritti del convivente). -- Al convivente che abbia stipulato un contratto di convivenza e presti stabilmente la propria opera all'interno dell'impresa dell'altro convivente spetta, salvo diversa disposizione contenuta nel contratto, una partecipazione agli utili commisurata al lavoro prestato.Il diritto non spetta qualora tra i conviventi esista un rapporto di società o di lavoro subordinato».

Art. 20.
(Norme applicabili)

1. Dopo l'articolo 30 della legge 31 maggio 1995, n. 218, è inserito il seguente:

«Art. 30-bis. - (Contratti di convivenza). 1. Ai contratti di convivenza disciplinati dalla presente legge si applica la legge nazionale comune dei contraenti. Ai contraenti di diversa cittadinanza si applica la legge del luogo di registrazione della convivenza.

2. Ai contratti di convivenza tra cittadini italiani oppure ai quali partecipa un cittadino italiano, ovunque siano stati celebrati, si applicano le disposizioni della legge italiana vigenti in materia.
3. Sono fatte salve le norme nazionali, internazionali ed europee che regolano il caso di cittadinanza plurima».

Art. 21.
(Forma della domanda di interdizione e di inabilitazione)

1. All'articolo 712, secondo comma, del codice di procedura civile, dopo le parole: «del coniuge,» sono inserite le seguenti: «della parte del contratto di convivenza».
2. Ciascuna delle parti del contratto di convivenza può, sussistendone i presupposti richiesti dalla legge, assumere la tutela, la curatela o l'amministrazione di sostegno dell'altra parte dichiarata interdetta o inabilitata ai sensi delle norme vigenti, o che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trovi nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, secondo quando previsto dall'articolo 404 del codice civile.
3. Al primo comma dell'articolo 417 del codice civile, dopo le parole: «dalla persona stabilmente convivente,» sono inserite le seguenti: «della parte del contratto di convivenza,».

Art. 22.
(Risarcimento del danno causato da fatto illecito da cui è derivata la morte di una delle parti del contratto di convivenza)

1. In caso di decesso di una delle parti del contratto di convivenza, derivante da fatto illecito di un terzo, nell'individuazione del danno risarcibile alla parte superstite si applicano i medesimi criteri individuati per il risarcimento del danno al coniuge superstite.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Circolare Ministero dell'Interno in materia di trascrizione dei matrimoni, 7 ottobre 2014

AI PREFETTI DELLA REPUBBLICA LORO SEDI
AL COMMISSARIO DEL GOVERNO PER LA PROVINCIA DI BOLZANO
AL COMMISSARIO DEL GOVERNO PER LA PROVINCIA DI TRENTO
e, per conoscenza:
AL PRESIDENTE DELLA GIUNTA REGIONALE AOSTA DELLA VAL D'AOSTA

OGGETTO:
Trascrizione nei registri dello stato civile dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero.

Sono stati posti all'attenzione degli uffici ministeriali alcuni provvedimenti sindacali che prescrivono agli ufficiali di stato civile di provvedere alla trascrizione dei matrimoni celebrati all'estero tra persone dello stesso sesso.

Tali "direttive", ad ogni evidenza, non sono conformi al quadro normativo vigente. E ciò in quanto la disciplina dell'eventuale equiparazione dei matrimoni omosessuali a quelli celebrati tra persone di sesso diverso e la conseguente trascrizione di tali unioni nei registri dello stato civile rientrano nella competenza esclusiva del legislatore nazionale.

Sul punto, va innanzitutto rilevato che, nonostante la trascrizione abbia natura meramente certificativa e dichiarativa, la sola sussistenza dei requisiti di validità previsti dalla *lex loci,* quanto alla forma di celebrazione, non esime l'ufficiale di stato civile dalla previa verifica della sussistenza dei requisiti di natura sostanziale in materia di stato e capacità delle persone.

Al riguardo, occorre fare riferimento, in primo luogo, all'art. 27, comma 1, della legge 31 maggio 1995, n. 218 ("Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato"), secondo cui "la capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo al momento del matrimonio", quindi all'art. 115 del codice civile, secondo cui "il cittadino è soggetto alle disposizioni contenute nella sezione prima di questo capo, anche quando contrae matrimonio in paese straniero secondo le forme ivi stabilite".

Pertanto, al di là della validità formale della celebrazione secondo la legge straniera, l'ufficiale di stato civile ha il dovere di verificare la sussistenza dei requisiti sostanziali necessari affinché la celebrazione possa produrre effetti giuridicamente rilevanti.

Non vi è dubbio che, ai sensi del codice civile vigente, la diversità di sesso dei nubendi rappresenti un requisito necessario affinché il matrimonio produca effetti giuridici nell'ordinamento interno, come è chiaramente affermato dall'art. 107 c.c., in base al quale l'ufficiale dello stato civile "riceve da ciascuna delle parti personalmente, l'una dopo l'altra, la dichiarazione che esse si vogliono prendere rispettivamente in marito e in moglie, e di seguito dichiara che esse sono unite in matrimonio".

Infatti, come è stato affermato dalla Corte di cassazione l'intrascrivibilità delle unioni omosessuali dipende non più dalla loro inesistenza e neppure dalla invalidità, ma dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano.

Tali conclusioni non mutano neppure ove la questione venga esaminata sul piano della legittimità costituzionale ovvero in relazione al contesto europeo.

Con riferimento al primo aspetto, infatti, la Corte costituzionale, sin dalla nota pronuncia n. 138 del 2010, ha statuito che l'art. 29 Cost. si riferisce alla nozione di matrimonio come unione tra persone di sesso diverso e questo significato non può essere superato. Né, con riferimento all'art. 3, comma 1, Cost., le unioni omosessuali possono essere ritenute tout court omogenee al matrimonio, quantunque la Corte abbia stabilito che tra le formazioni sociali in grado di favorire il pieno sviluppo della persona umana nella vita di relazione rientra anche l'unione omosessuale. Tuttavia, secondo la medesima giurisprudenza, spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua discrezionalità politica, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per tali unioni.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Per quanto, invece, concerne il riferimento al contesto europeo, non possono risultare dirimenti i richiami alle disposizioni di cui agli articoli 12 della CEDU e 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nota anche come "Carta di Nizza", in quanto entrambe, anziché vincolare i legislatori nazionali, rimettono a questi ultimi la decisione in materia.

Alla luce del quadro ordinamentale delineato e considerato che spetta al Prefetto, ai sensi dell'art. 9 del d.P.R. 396/2000, la vigilanza sugli uffici dello stato civile, si richiama l'attenzione delle SS.LL. sull'esigenza di garantire che la fondamentale funzione di stato civile, esercitata, in ambito territoriale, dal Sindaco nella veste di ufficiale di Governo, sia svolta in piena coerenza con le norme attualmente vigenti che regolano la materia.

Pertanto, ove risultino adottate "direttive" sindacali in materia di trascrizione nei registri dello stato civile dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero – e nel caso sia stata data loro esecuzione – le SS. LL. rivolgeranno ai Sindaci formale invito al ritiro di tali disposizioni ed alla cancellazione, ove effettuate, delle conseguenti trascrizioni, contestualmente avvertendo che, in caso di inerzia, si procederà al successivo annullamento d'ufficio degli atti illegittimamente adottati, ai sensi del combinato disposto degli articoli 21 nonies della legge 241 del 1990 e 54, commi 3 e 11, del d.lgs 267/2001.

Le SS.LL. vorranno, infine, sensibilizzare i funzionari addetti alle verifiche anagrafiche a porre particolare attenzione, nello svolgimento di tali adempimenti, sulla regolarità degli archivi dello stato civile prescritta dall'art. 104 del d.P.R. 396/2000.

Il ministro Alfano

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Osservatorio decisioni

Corte costituzionale, sentenza dell'11 giugno 2014, n. 170

STATO CIVILE – FAMIGLIA – MATRIMONIO – RETTIFICAZIONE DI ATTRIBUZIONE DI SESSO DI PERSONA CONIUGATA – SCIOGLIMENTO O CESSAZIONE DEGLI EFFETTI CIVILI DEL MATRIMONIO – ILLEGITTIMITÀ – INCOMPATIBILITA' CON LA TUTELA COSTITUZIONALE DELL'ISTITUTO MATRIMONIALE – INSUSSISTENZA – INCOMPATIBILITA' CON LA TUTELA COSTITUZIONALE DELLA COMUNITÀ' DI VITA COME FORMAZIONE SOCIALE – SUSSISTENZA

Lo scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, determinato dalla sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, non lede il diritto al matrimonio *ex* art. 29 Cost ma viola la tutela della comunità di vita fra i due coniugi quale formazione sociale *ex* art. 2 Cost. non consentendo, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti e gli obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore; tale scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio è pertanto illegittimo.

Riferimenti normativi
- norme oggetto del giudizio: artt. 2, 4 della Legge 14 aprile 1982, n. 164
- parametri costituzionali: artt. 2, 29, 117 Cost. in relazione agli artt. 8 e 12 Cedu, 3, 24 Cost.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

- Sabino	CASSESE	Presidente
- Giuseppe	TESAURO	Giudice
- Paolo Maria	NAPOLITANO	"
- Giuseppe	FRIGO	"
- Alessandro	CRISCUOLO	"
- Paolo	GROSSI	"
- Aldo	CAROSI	"
- Marta	CARTABIA	"
- Sergio	MATTARELLA	"
- Mario Rosario	MORELLI	"
- Giancarlo	CORAGGIO	"
- Giuliano	AMATO	"

ha pronunciato la seguente
SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), promosso dalla Corte di cassazione nel procedimento vertente tra B. A. ed altra e il Ministero dell'interno ed altri con ordinanza del 6 giugno 2013, iscritta al n. 214 del registro ordinanze 2013 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 42, prima serie speciale, dell'anno 2013.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Visti l'atto di costituzione di B. A. ed altra, nonché gli atti di intervento della Avvocatura per i diritti LGBTI e del Presidente del Consiglio dei ministri;
udito nell'udienza pubblica del 10 giugno 2014 il Giudice relatore Mario Rosario Morelli;
uditi l'avvocato Giovanni Genova per l'Avvocatura per i diritti LGBTI, Francesco Bilotta per B.A. ed altra e gli avvocati dello Stato Attilio Barbieri e Gabriella Palmieri per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto in fatto

1.– Nel corso di un giudizio promosso da una coppia sposata per ottenere la cancellazione della annotazione di «cessazione degli effetti del vincolo civile del [loro] matrimonio», che l'ufficiale di stato civile aveva apposta in calce all'atto di matrimonio, contestualmente all'annotazione, su ordine del Tribunale, della rettifica (da "maschile" a "femminile") del sesso del marito, la Corte di cassazione – adita in sede di impugnazione avverso il decreto della Corte di Appello di Bologna che, in riforma della statuizione di primo grado, aveva respinto la domanda dei ricorrenti – ha sollevato con l'ordinanza in epigrafe, questione di legittimità costituzionale:

1) «dell'art. 4 della legge n. 164 del 1982 [Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso], nella formulazione anteriore all'abrogazione intervenuta per effetto dell'art. 36 del d.lgs. n. 150 del 2011 [Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69], nella parte in cui dispone che la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso provoca l'automatica cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso senza la necessità di una domanda e di una pronuncia giudiziale, con riferimento ai parametri costituzionali degli artt. 2 e 29 Cost., e, in qualità di norme interposte, ai sensi degli artt. 10, primo comma, e 117 Cost., degli artt. 8 e 12 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo con riguardo ad entrambi i coniugi»;

2) «degli artt. 2 e 4 della l. n. 164 del 1982 con riferimento al parametro costituzionale dell'art. 24 Cost., nella parte in cui prevedono la notificazione del ricorso per rettificazione di attribuzione di sesso all'altro coniuge, senza riconoscere a quest'ultimo il diritto di opporsi allo scioglimento del vincolo coniugale nel giudizio in questione, né di esercitare il medesimo potere in altro giudizio, essendo esclusa la necessità di una pronuncia giudiziale dalla produzione *ex lege* dell'effetto solutorio in virtù del passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso»;

3) «degli artt. 2 e 4 della l. n. 164 del 1982 con riferimento all'art. 24 Cost., negli stessi termini di cui *sub* 2), con riguardo al coniuge che ha ottenuto la rettificazione di attribuzione di sesso»;

4) «dell'art. 4 della l. n. 164 del 1982 con riferimento al parametro costituzionale dell'art. 3 Cost., per l'ingiustificata disparità di regime giuridico tra l'ipotesi di scioglimento automatico, operante *ex lege*, del vincolo coniugale previsto da tale norma in relazione all'art. 3, quarto comma, lettera g) della l. n. 898 del 1970 e successive modificazioni e le altre ipotesi indicate in detto art. 3, *sub.* 1, lettera *a, b, c)* e *sub* 2 lettera *d)*.».

1.1.– Nel motivare la rilevanza della questione, la Corte rimettente ha ritenuto, in premessa, che l'Ufficiale di stato civile abbia nella specie correttamente operato in presenza della suddetta sentenza di rettificazione di sesso ed in applicazione del citato art. 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164, che testualmente, appunto, dispone che «la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso […] provoca lo scioglimento del matrimonio celebrato con il rito religioso».

1.2.– Ha escluso poi quella Corte che la successiva legge 6 marzo 1987, n. 74 (Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento di matrimonio) – che, con l'aggiunta di una lettera g) nel corpo dell'art. 3 della legge 1 dicembre 1970, n. 898 (Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio), ha inserito l'ipotesi del giudicato sulla rettificazione tra i casi in cui lo scioglimento del vincolo «può essere domandato da uno dei coniugi» – possa condurre ad una interpretazione adeguatrice della normativa impugnata, nel senso, auspicato dai ricorrenti, della esclusione dell'automatismo dello scioglimento del matrimonio in conseguenza del mutamento di sesso di uno dei coniugi.

La soluzione del divorzio "imposto" alla coppia che sia stata "interessata" dalla rettificazione di sesso di uno dei suoi componenti rifletterebbe, infatti, il limite, «privo di ambiguità», che il legislatore del 1982 ha inteso porre all'esercizio del «diritto all'identità di genere del soggetto che desidera rettificare il sesso che gli è stato attribuito dalla nascita», con la riconosciuta presenza de «l'interesse statuale a non modificare i modelli familiari» (*id est*: il modello eterosessuale del matrimonio).

E, poiché rispetto al sistema di tali modelli la legge n. 74 del 1987 non ha operato alcuna modificazione, l'introduzione della lettera *g)* nel novellato art. 3 della legge n. 898 del 1970 non altra spiegazione può avere, secondo la Corte rimettente, che quella della estensione del rito camerale (da quella legge individuato come modello processuale più spedito ed efficiente in materia divorzile) anche alle «controversie consequenziali (relative a figli minori o patrimoniale) allo scioglimento [pur sempre] automatico dal vincolo», come effetto della sentenza di rettificazione del sesso di uno dei coniugi.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

1.3.– La Corte rimettente conclude, pertanto, che la scelta del legislatore del 1982 – non modificata dalla legge n. 74 del 1987 e pienamente confermata dalla novella introdotta con l'art. 31del d.lgs. n. 150 del 2011 – «risulta univocamente quella di aver introdotto una fattispecie di divorzio "imposto" *ex lege* che non richiede, al fine di produrre i suoi effetti, una pronuncia giudiziale *ad hoc*, salva la necessità della tutela giurisdizionale limitatamente alle decisioni relative ai figli minori».

Ma è, appunto, tale soluzione ad essere, ad avviso della stessa Corte rimettente, di dubbia compatibilità con il sistema dei diritti garantiti dagli evocati parametri costituzionali ed europei. Ne deriverebbe, infatti, il contrasto: con il diritto ad autodeterminarsi nelle scelte relative alla identità personale, di cui la sfera sessuale esprime un carattere costitutivo; con il diritto alla conservazione della preesistente dimensione relazionale, quando essa assuma i caratteri della stabilità e continuità propri del vincolo coniugale; con il diritto a non essere ingiustificatamente discriminati rispetto a tutte le altre coppie coniugate, alle quali è riconosciuta la possibilità di scelta in ordine al divorzio e con il diritto dell'altro coniuge di scegliere se continuare la relazione coniugale.

Dal che il quesito sulla «adeguatezza del sacrificio imposto all'esercizio di tali diritti dall'imperatività dello scioglimento del vincolo per entrambi i coniugi».

2.– Si sono costituiti in questo giudizio il Presidente del Consiglio dei Ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato – che ha insistito, in via pregiudiziale, per l'inammissibilità delle sollevate questioni e, in linea subordinata, per la loro infondatezza – nonché, con un'unica memoria, entrambi i ricorrenti per cassazione, la cui difesa ha concluso per l'accoglimento delle questioni e per la declaratoria consequenziale – ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale) – dell'incostituzionalità dell'art. 31, comma 6, del d.lgs. n. 150 del 2011.

3.– È intervenuta nel presente giudizio di legittimità costituzionale anche l'Avvocatura per i diritti LGBTI, che ha invocato – anch'essa – l'accoglimento delle formulate questioni.

4.– Le difese dello Stato e dei ricorrenti hanno anche depositato memorie ad ulteriore illustrazione dei rispettivi assunti.

Considerato in diritto

1.– Chiamata a decidere sulla questione, al centro del giudizio principale, relativa agli «effetti della pronuncia di rettificazione di sesso su un matrimonio preesistente, regolarmente contratto dal soggetto che ha inteso esercitare il diritto a cambiare identità di genere in corso di vincolo, nell'ipotesi in cui né il medesimo soggetto né il coniuge abbiano intenzione di sciogliere il rapporto coniugale», la Corte di cassazione dubita che la soluzione al riguardo imposta dall'art. 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), non modificata dall'art. 7 della successiva legge 6 marzo 1987 n. 74 (Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento di matrimonio) e poi confermata dall'art. 31 del decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150 (Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69), non applicabile in causa *ratione temporis* – la soluzione, cioè, di collegare alla sentenza di rettificazione di sesso del coniuge l'effetto automatico di scioglimento del matrimonio – realizzi un bilanciamento adeguato tra l'interesse dello Stato a mantenere fermo il modello eterosessuale del matrimonio ed i contrapposti diritti maturati dai due coniugi nel contesto della precedente vita di coppia.

Il cosiddetto "divorzio imposto" – introdotto dalla normativa censurata (l'art. 4 ed il connesso art. 2 della legge n. 164 del 1982) – sconterebbe, infatti, ad avviso della Corte rimettente, un deficit di tutela, risolventesi nel sacrificio indiscriminato, in assenza di strumenti compensativi, «del diritto di autodeterminarsi nelle scelte relative all'identità personale, di cui la sfera sessuale esprime un carattere costitutivo; del diritto alla conservazione della preesistente dimensione relazionale, quando essa assuma i caratteri della stabilità e continuità propri del vincolo coniugale; del diritto a non essere ingiustificatamente discriminati rispetto a tutte le altre coppie coniugate, alle quali è riconosciuta la possibilità di scelta in ordine al divorzio; del diritto dell'altro coniuge di scegliere se continuare la relazione coniugale».

Da qui, in particolare, il denunciato contrasto dell'art. 4 e, per quanto rileva, dell'art. 2 della legge n. 164 del 1982 con gli artt. 2, 3 e 29 Cost., e con gli artt. 8 e 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, evocati come norme interposte agli effetti della ulteriore violazione degli artt. 10, primo comma, e 117, primo comma, Cost. e la prospettazione del *vulnus* che si assume arrecato dagli artt. 2 e 4 della legge n. 164 del 1982 all'art. 24 Cost.

2.– Con diffuse argomentazioni adesive alla motivazione dell'ordinanza di rinvio, la difesa dei ricorrenti ha chiesto dichiararsi l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge n. 164 del 1982 e, in via consequenziale, ex art. 27, legge n. 87 del 1953, dell'art. 31, comma 6, del d.lgs. n. 150 del 2011.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

3.– Nel pervenire ad opposta conclusione di non fondatezza, sotto ogni profilo, della questione in esame, l'Avvocatura generale dello Stato ha richiamato, invece, in premessa, la non superabilità del "paradigma eterosessuale" del matrimonio, ribadito anche dalla sentenza di questa Corte n. 138 del 2010, e ne ha tratto il corollario che, in Italia, il matrimonio già celebrato tra due persone eterosessuali, una delle quali modifichi in costanza di rapporto, senza opposizione dell'altra, la propria identità di genere venga, per ciò stesso, a caducarsi per "inesistenza acquisita".

Con l'ulteriore conseguenza – ad avviso, sempre di detta difesa – che «ciò a cui può aspirare il coniuge che cambia sesso in costanza di matrimonio è che, con il consenso del proprio compagno (o compagna) di vita, l'ordinamento riconosca il permanere del vincolo di comunanza affettiva con una adeguata e diversa tutela, che serva per l'appunto a non comprimere eccessivamente l'esercizio del diritto inviolabile all'autodeterminazione sessuale, ma non aspirare a conservare un istituto non più esistente».

4.– In via preliminare, deve essere confermata l'ordinanza, adottata nel corso dell'udienza pubblica ed allegata alla presente sentenza, con la quale è stato dichiarato inammissibile l'intervento dell'Avvocatura per i diritti LGBTI.

5.– La questione è fondata, nei termini e limiti di cui appresso.

5.1.–La situazione (sul piano fattuale innegabilmente infrequente, ma che, nella vicenda al centro del giudizio principale, si è comunque verificata) di due coniugi che, nonostante la rettificazione dell'attribuzione di sesso ottenuta da uno di essi, intendano non interrompere la loro vita di coppia, si pone, evidentemente, fuori dal modello del matrimonio – che, con il venir meno del requisito, per il nostro ordinamento essenziale, della eterosessualità, non può proseguire come tale – ma non è neppure semplicisticamente equiparabile ad una unione di soggetti dello stesso sesso, poiché ciò equivarrebbe a cancellare, sul piano giuridico, un pregresso vissuto, nel cui contesto quella coppia ha maturato reciproci diritti e doveri, anche di rilievo costituzionale, che, seppur non più declinabili all'interno del modello matrimoniale, non sono, per ciò solo, tutti necessariamente sacrificabili.

5.2.– Il parametro costituzionale di riferimento per una corretta valutazione della peculiare fattispecie in esame – in relazione ai prospettati quesiti sulla legittimità della disciplina, correttamente individuata dalla Corte di cassazione negli artt. 2 e 4 della Legge n. 164 del 1982, che la risolvono in termini di divorzio automatico – non è dunque quello dell'art. 29 Cost. invocato in via principale dallo stesso collegio rimettente, poiché, come già sottolineato da questa Corte, la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29 Cost.) è quella stessa definita dal codice civile del 1942, che «stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso» (sentenza n. 138 del 2010).

Il che comporta che anche a colui (o colei) che cambia il proprio sesso non resta impedito di formare una famiglia, contraendo nuovo matrimonio con persona di sesso diverso da quello da lui (o lei) acquisito per rettifica.

5.3.– Non pertinente è anche il riferimento agli artt. 8 (sul diritto al rispetto della vita familiare) e 12 (sul diritto di sposarsi e formare una famiglia) della CEDU, come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (*H. contro Finlandia* – decisione del 13 novembre 2012; *Schalk and Kopf contro Austria* – decisione del 22 novembre 2010), invocati come norme interposte, ai sensi della denunciata violazione degli artt. 10, primo comma, e 117, primo comma, Cost. E ciò perché, in assenza di un consenso tra i vari Stati nazionali sul tema delle unioni omosessuali, la Corte EDU, sul presupposto del margine di apprezzamento conseguentemente loro riconosciuto, afferma essere riservate alla discrezionalità del legislatore nazionale le eventuali forme di tutela per le coppie di soggetti appartenenti al medesimo sesso.

La stessa sentenza della Corte EDU *Schalk and Kopf contro Austria*, citata nell'ordinanza di rimessione, nel ritenere possibile una interpretazione estensiva dell'art. 12 della CEDU nel senso della riferibilità del diritto di contrarre matrimonio anche alle coppie omosessuali, chiarisce come non derivi da una siffatta interpretazione una norma impositiva, di una tale estensione, per gli Stati membri.

5.4.– Neppure sussiste, nei termini della sua prospettazione, il contrasto della normativa denunciata con i precetti di cui agli artt. 24 e 3 Cost.

Quanto al primo parametro, perché non essendo, per quanto detto, configurabile un diritto della coppia non più eterosessuale a rimanere unita nel vincolo del matrimonio, non ne è, di conseguenza, ipotizzabile alcun vulnus sul piano della difesa.

E quanto al parametro dell'art. 3 Cost., poiché la diversità della peculiare fattispecie di scioglimento a causa di mutamento del sesso di uno dei coniugi rispetto alle altre cause di scioglimento del matrimonio ne giustifica la differente disciplina.

5.5.– Pertinente, è invece, il riferimento al precetto dell'art. 2 Cost.

Al riguardo questa Corte ha già avuto modo di affermare, nella richiamata sentenza n. 138 del 2010, che nella nozione di "formazione sociale" – nel quadro della quale l'art. 2 Cost. dispone che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo – «è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri».

In quella stessa sentenza è stato, però, anche precisato doversi «escludere […] che l'aspirazione a tale riconoscimento – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia – possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio», come confermato, del resto, dalla diversità delle scelte operate dai Paesi che finora hanno riconosciuto le unioni suddette.

Dal che la conclusione, per un verso, che «nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette», e, per altro verso, che resta, però, comunque, «riservata alla Corte costituzionale la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni», nel quadro di un controllo di ragionevolezza della rispettiva disciplina.

5.6.– Sulla linea dei principi enunciati nella riferita sentenza, è innegabile che la condizione dei coniugi che intendano proseguire nella loro vita di coppia, pur dopo la modifica dei caratteri sessuali di uno di essi, con conseguente rettificazione anagrafica, sia riconducibile a quella categoria di situazioni "specifiche" e "particolari" di coppie dello stesso sesso, con riguardo alle quali ricorrono i presupposti per un intervento di questa Corte per il profilo, appunto, di un controllo di adeguatezza e proporzionalità della disciplina adottata dal legislatore.

La fattispecie peculiare che viene qui in considerazione coinvolge, infatti, da un lato, l'interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio (e a non consentirne, quindi, la prosecuzione, una volta venuto meno il requisito essenziale della diversità di sesso dei coniugi) e, dall'altro lato, l'interesse della coppia, attraversata da una vicenda di rettificazione di sesso, a che l'esercizio della libertà di scelta compiuta dall'un coniuge con il consenso dell'altro, relativamente ad un tal significativo aspetto della identità personale, non sia eccessivamente penalizzato con il sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto, che essa vorrebbe, viceversa, mantenere in essere (in tal ultimo senso si sono indirizzate le pronunce della Corte costituzionale austriaca – VerfG 8 giugno 2006, n. 17849 – e della Corte costituzionale tedesca BVerfG, 1, Senato, ord. 27 maggio 2008, BvL 10/05) .

La normativa – della cui legittimità dubita la Corte rimettente – risolve un tale contrasto di interessi in termini di tutela esclusiva di quello statuale alla non modificazione dei caratteri fondamentali dell'istituto del matrimonio, restando chiusa ad ogni qualsiasi, pur possibile, forma di suo bilanciamento con gli interessi della coppia, non più eterosessuale, ma che, in ragione del pregresso vissuto nel contesto di un regolare matrimonio, reclama di essere, comunque, tutelata come «forma di comunità», connotata dalla «stabile convivenza tra due persone», «idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione» (sentenza n. 138 del 2010).

Sta in ciò, dunque, la ragione del *vulnus* che, per il profilo in esame, le disposizioni sottoposte al vaglio di costituzionalità arrecano al precetto dell'art. 2 Cost.

Tuttavia, non ne è possibile la *reductio ad legitimitatem* mediante una pronuncia manipolativa, che sostituisca il divorzio automatico con un divorzio a domanda, poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost. Sarà, quindi, compito del legislatore introdurre una forma alternativa (e diversa dal matrimonio) che consenta ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione, su tal piano, di assoluta indeterminatezza. E tal compito il legislatore è chiamato ad assolvere con la massima sollecitudine per superare la rilevata condizione di illegittimità della disciplina in esame per il profilo dell'attuale deficit di tutela dei diritti dei soggetti in essa coinvolti.

5.7.– Va, pertanto, dichiarata – in accoglimento, per quanto di ragione, delle sollevate questioni – l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982 n. 164, con riferimento all'art. 2 Cost., nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che comporta lo scioglimento del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, la cui disciplina rimane demandata alla discrezionalità di scelta del legislatore.

5.8.– Negli stessi termini, la dichiarazione di illegittimità costituzionale, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, n. 87, va estesa all'art. 31, comma 6, del d.lgs. n. 150 del 2011, che ha sostituito l'art. 4 della legge n. 164 del 1982, abrogato dall'art. 36 del medesimo d.lgs., ma che ne ripete, con minima ininfluente variante lessicale, identicamente il contenuto.

PER QUESTI MOTIVI
LA CORTE COSTITUZIONALE

1) *dichiara* l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), nella parte in cui non prevedono che la sentenza di

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore;

2) *dichiara*, in via consequenziale, l'illegittimità costituzionale dell'art. 31, comma 6, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150 (Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69), nella parte in cui non prevede che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che determina lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, l'11 giugno 2014.

F.to:
Sabino CASSESE, Presidente
Mario Rosario MORELLI, Redattore
Gabriella MELATTI, Cancelliere

Depositata in Cancelleria l'11 giugno 2014.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Corte costituzionale, sentenza del 9 aprile 2014, n. 162

PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA – FECONDAZIONE DI TIPO ETEROLOGO – DIVIETO – ILLEGITTIMITÀ – INCOMPATIBILITÀ CON LA TUTELA COSTITUZIONALE DELLA PERSONA, DELLA FAMIGLIA E DELLA SALUTE – SUSSISTENZA – IRRAGIONEVOLE BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI IN GIOCO

Il divieto assoluto di fecondazione di tipo eterologo è illegittimo poiché, essendo il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco alla luce della finalità perseguita dalla L. n. 40/2004, viola gli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost.

Riferimenti normativi
- norme oggetto del giudizio: artt. 4, comma 3, 9, commi 1 e 3, e 12, comma 1, della Legge 19 febbraio 2004, n. 40
- parametri costituzionali: artt. 3 Cost. (tutte le ordinanze), 2, 31 e 32 Cost. (la prima e la terza ordinanza), artt. 29 e 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 Cedu (la prima ordinanza)

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

- Gaetano	SILVESTRI	Presidente
- Luigi	MAZZELLA	Giudice
- Sabino	CASSESE	”
- Giuseppe	TESAURO	”
- Paolo Maria	NAPOLITANO	”
- Giuseppe	FRIGO	”
- Alessandro	CRISCUOLO	”
- Paolo	GROSSI	”
- Giorgio	LATTANZI	”
- Aldo	CAROSI	”
- Marta	CARTABIA	”
- Sergio	MATTARELLA	”
- Mario Rosario	MORELLI	”
- Giancarlo	CORAGGIO	”
- Giuliano	AMATO	”

ha pronunciato la seguente
SENTENZA

nei giudizi di legittimità costituzionale degli artt. 4, comma 3, 9, commi 1 e 3, e 12, comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), promossi dal Tribunale ordinario di Milano con ordinanza dell'8 aprile 2013, dal Tribunale ordinario di Firenze con ordinanza del 29 marzo 2013 e dal Tribunale ordinario di Catania con ordinanza del 13 aprile 2013, rispettivamente iscritte ai nn. 135, 213 e 240 del registro ordinanze 2013 e pubblicate nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica nn. 24, 41 e 46, prima serie speciale, dell'anno 2013.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Visti gli atti di costituzione di P.E. ed altro, di C.P. ed altro, di V.A. e della società cooperativa UMR–Unità di Medicina della Riproduzione, nonchè gli atti di intervento della Associazione Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica ed altri, della Associazione Vox–Osservatorio italiano sui diritti e del Presidente del Consiglio dei ministri;
udito nell'udienza pubblica dell'8 aprile 2014 il Giudice relatore Giuseppe Tesauro;
uditi gli avvocati Filomena Gallo e Gianni Baldini per l'Associazione Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica ed altri, Marilisa D'Amico, Maria Paola Costantini e Massimo Clara per P.E. ed altro, per C.P. ed altro e per V.A., Maria Paola Costantini e Massimo Clara per la società cooperativa UMR–Unità di Medicina della Riproduzione e l'avvocato dello Stato Gabriella Palmieri per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto in fatto

1.– Il Tribunale ordinario di Milano, il Tribunale ordinario di Firenze ed il Tribunale ordinario di Catania, con ordinanze dell'8 aprile, del 29 marzo e del 13 aprile 2013, hanno sollevato, in riferimento agli artt. 3 Cost. (tutte le ordinanze), 2, 31 e 32 Cost. (la prima e la terza ordinanza), nonché (la prima ordinanza) agli artt. 29 e 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848 (d'ora in avanti: CEDU), questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) (tutte le ordinanze) e degli artt. 9, commi 1 e 3, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3», e 12, comma 1, di detta legge (la prima e la terza ordinanza).

2.– Il Tribunale ordinario di Milano premette che nel giudizio principale due coniugi hanno proposto reclamo *ex* art. 669-*terdecies* del codice di procedura civile chiedendo, in riforma dell'ordinanza pronunciata dal giudice di prima istanza, che sia ordinato in via d'urgenza ad un medico chirurgo al quale si erano rivolti, di eseguire in loro favore, secondo le metodiche della procreazione medicalmente assistita (di seguito: PMA) la fecondazione di tipo eterologo, mediante donazione di gamete maschile, a causa dell'infertilità assoluta, dovuta ad azoospermia completa, da cui risulta affetto il coniuge maschio.

Il rimettente deduce che, con ordinanza del 2 febbraio 2011, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale delle norme sopra indicate, in riferimento a molteplici parametri costituzionali, e questa Corte, con ordinanza n. 150 del 2012, ha ordinato la restituzione degli atti, per un rinnovato esame dei termini delle stesse, in considerazione della sopravvenuta sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo del 3 novembre 2011, S.H. e altri contro Austria.

2.1.– Il giudice *a quo* svolge ampie argomentazioni per sostenere che quest'ultima sentenza permetterebbe di ritenere che il divieto in esame si pone in contrasto con gli artt. 8 e 14 della CEDU. A suo avviso, «devono, dunque, essere integralmente riproposti i principi illustrati e le argomentazioni dispiegate a sostegno della questione di legittimità costituzionale già sollevata», in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. ed in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU.

2.2.– Secondo il rimettente, il quale implicitamente, ma chiaramente, deduce la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 5 della legge n. 40 del 2004, le disposizioni censurate si porrebbero, altresì, in contrasto con gli artt. 2, 29 e 31 Cost., poiché violerebbero il diritto fondamentale alla piena realizzazione della vita privata familiare ed il diritto di autodeterminazione delle coppie colpite da sterilità o infertilità irreversibile. L'art. 2 Cost. garantisce, infatti, anche il diritto alla formazione di una famiglia, riconosciuto dall'art. 29 Cost., mentre il successivo art. 30, stabilendo la giusta e doverosa tutela dei figli, reca un «passaggio che presuppone – riconoscendolo – e tutela la finalità procreativa del matrimonio». I concetti di famiglia e genitorialità dovrebbero essere, inoltre, identificati tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento e del principio in virtù del quale «la Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti» (sentenza n. 494 del 2002).

Il concepimento mediante pratiche di PMA non violerebbe il diritto del concepito al riconoscimento formale e sostanziale di un proprio *status filiationis*, «elemento costitutivo dell'identità personale», congruamente tutelato anche in caso di fecondazione eterologa, in considerazione dell'assunzione dei pertinenti obblighi da parte dei genitori biologici e non genetici. La citata sentenza della Grande Camera della Corte di Strasburgo avrebbe, inoltre, confermato la riconducibilità del diritto in esame all'art. 8 della CEDU e, in definitiva, il diritto di identità e di autodeterminazione della coppia in ordine alla propria genitorialità sarebbe leso dal divieto di accesso ad un certo tipo di fecondazione anche quando, come nella specie, essa sia indispensabile.

2.3.– Le norme in esame violerebbero anche gli artt. 3 e 31 Cost., dato che i principi di non discriminazione e ragionevolezza rendono ammissibile la fissazione di determinati limiti ai diritti, ma vietano di stabilire una diversità di trattamento di situazioni identiche o omologhe, in difetto di ragionevoli giustificazioni.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

La formazione di una famiglia, che include la scelta di avere figli, costituirebbe un diritto fondamentale della coppia, rispondente ad un interesse pubblico riconosciuto e tutelato dagli art. 2, 29 e 31 Cost. Obiettivo della legge n. 40 del 2004 sarebbe «quello di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dall'infertilità della coppia mediante il ricorso alla procreazione medicalmente assistita». In considerazione di tale finalità, il divieto stabilito dal citato art. 4, comma 3, recherebbe *vulnus* a detti parametri, perché discriminatorio ed irragionevole, in quanto per esso sono «trattate in modo opposto coppie con limiti di procreazione, risultando differenziate solo in virtù del tipo di patologia che affligge l'uno o l'altro dei componenti della coppia». Nonostante sussistano elementi di diversità tra fecondazione omologa ed eterologa, «l'esame comparato delle due situazioni evidenzia comunque nel confronto tra le condizioni delle due categorie di coppie infertili una loro sostanziale sovrapponibilità, pur in assenza di coincidenza di tutti gli elementi di fatto». In particolare, «all'identico limite (infertilità e sterilità di coppia) dovrebbe corrispondere la comune possibilità di accedere alla migliore tecnica medico-scientifica utile per superare il problema, da individuarsi in relazione alla causa patologica accertata». L'elemento non comune (costituito dalla specificità della patologia) non sarebbe sufficiente ad escludere l'eguaglianza delle situazioni, sotto il profilo giuridico, e sarebbe palese la «natura discriminatoria del divieto totale di fecondazione eterologa […], [che non costituirebbe] l'unico mezzo, e nemmeno il più ragionevole, per rispondere alla tutela dei concorrenti diritti, potenzialmente confliggenti con il riconoscimento del diritto di accedere alle pratiche di PMA eterologa».

Secondo il giudice *a quo*, nel nostro ordinamento vi sono istituti che, ammettendo «la frattura tra genitorialità genetica e genitorialità legittima, quali l'adozione», conforterebbero la legittimità di rapporti parentali che prescindono da una relazione biologica genitoriale.

2.4.– Le norme censurate violerebbero, inoltre, gli artt. 3 e 32 Cost., poiché il divieto dalle stesse posto «rischia di non tutelare l'integrità fisica e psichica delle coppie in cui uno dei due componenti non presenta gameti idonei a concepire un embrione». Ad avviso del rimettente, le tecniche di PMA costituirebbero rimedi terapeutici «sia in relazione ai beni che ne risultano implicati, sia perché consistono in un trattamento da eseguirsi sotto diretto controllo medico, finalizzato a superare una causa patologica comportante un difetto di funzionalità dell'apparato riproduttivo di uno dei coniugi (o conviventi) che impedisce la procreazione, rimuovendo, nel contempo, le sofferenze psicologiche connesse alla difficoltà di realizzazione della scelta genitoriale». La scienza medica consente, poi, di eseguire tecniche di fecondazione *in vivo* e *in vitro* di tipo eterologo, con utilizzo di gameti sia maschili, sia femminili, provenienti da un donatore terzo rispetto alla coppia. Vertendosi in materia di pratica terapeutica, «la regola di fondo» dovrebbe essere «l'autonomia e la responsabilità del medico che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali» (sentenza n. 151 del 2009), mentre le disposizioni in esame vieterebbero, non ragionevolmente, l'espansione della genitorialità, in presenza di cause ostative superabili sulla scorta delle nuove metodiche mediche.

3.– Il Tribunale ordinario di Firenze espone che nel giudizio principale, introdotto con ricorso ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ., una coppia di coniugi ha chiesto che sia accertato il diritto di essi istanti a: a) ricorrere alle metodiche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo; b) utilizzare il materiale genetico di terzo donatore anonimo acquisito direttamente dalla coppia ovvero dal centro secondo quanto previsto dai decreti legislativi 6 novembre 2007, n. 191 (Attuazione della direttiva 2004/23/CE sulla definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani), e 25 gennaio 2010, n. 16 (Attuazione delle direttive 2006/17/CE e 2006/86/CE, che attuano la direttiva 2004/23/CE per quanto riguarda le prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani, nonché per quanto riguarda le prescrizioni in tema di rintracciabilità, la notifica di reazioni ed eventi avversi gravi e determinate prescrizioni tecniche per la codifica, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani), «per la fecondazione degli ovociti della sig.ra B.». I ricorrenti hanno dedotto di essere sposati dal 2004 e di non essere riusciti a concepire un figlio per vie naturali, a causa della assoluta sterilità del marito, provata dalla documentazione medica prodotta, e di avere vanamente tentato all'estero, per tre anni, la fecondazione eterologa, sia *in vivo* sia *in vitro*, affrontando notevoli sacrifici economici ed un elevato stress psico-fisico, provocato dall'invasività dei relativi trattamenti.

Il rimettente deduce che, con ordinanza del 6 settembre 2010, ha sollevato questione di legittimità costituzionale del citato art. 4, comma 3, in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., in relazione al combinato disposto degli artt. 8 e 14 della CEDU, e questa Corte, con ordinanza n. 150 del 2012, ha disposto la restituzione degli atti.

3.1.– Posta questa premessa, il giudice *a quo* puntualizza che i ricorrenti versano nella condizione prevista dagli artt. 1, comma 2, e 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004, in virtù dei quali il ricorso alla PMA è consentito «qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità» e sia «accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico». Nella specie, dalla documentazione prodotta risulta che il coniuge maschio è affetto da «azoospermia con assenza di cellule spermatogeniche» ed «azoospermia non ostruttiva in ipogonadismo-ipogonadotropo (azoospermia non ostruttiva secretoria pre-testicolare)», anche a seguito dei trattamenti con gonadotropine e terapia androgenica sostitutiva, risultando effettuati senza successo alcuni tentativi di PMA di tipo omologo. Pertanto, sussisterebbe, come previsto dalla legge n. 40 del 2004, l'impossibilità di rimuovere le ragioni impeditive della procreazione ed un'ipotesi di sterilità da causa accertata, con la conseguenza che l'unica tecnica di PMA possibile sarebbe quella di tipo eterologo, vietata dalla norma censurata. I ricorrenti vantano, inoltre, i requisiti stabiliti dall'art. 5 della legge n. 40 del 2004, «essendo viventi, coniugi, maggiorenni ed in età parzialmente fertile». La considerazione che la questione di legittimità costituzionale è stata sollevata nel corso di un giudizio cautelare non ne escluderebbe l'ammissibilità, dato che lo stesso non è stato definito e non è stato reso alcun provvedimento sulla domanda cautelare.

3.2.– Il giudice *a quo*, dopo avere motivato in ordine alla manifesta infondatezza dell'eccezione di illegittimità costituzionale proposta in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU, sostiene che il citato art. 4, comma 3, violi il principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.). L'art. 1 della legge n. 40 del 2004 precisa, infatti, che obiettivo di questa legge è quello di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» consentendo a questo scopo «Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita [...] qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità». Il divieto in esame realizzerebbe, invece, un diverso trattamento delle coppie aventi problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità, nonostante che la sostanziale eguaglianza delle situazioni dovrebbe comportare l'eguale possibilità di ricorrere alla PMA, mediante il ricorso alla tecnica idonea per porre rimedio alla causa della patologia.

4.– Il Tribunale ordinario di Catania premette che, nel processo principale, i ricorrenti, coniugati dal 2005, hanno dedotto che il *partner* femmina è stato colpito da sterilità assoluta causata da menopausa precoce e, per questa ragione, si sono rivolti alla società cooperativa UMR–Unità di Medicina della Riproduzione (*infra*: UMR), la quale ha indicato quale unico metodo per avere figli quello della «ovodonazione», che ha, tuttavia, rifiutato di praticare, a causa del divieto stabilito dal citato art. 4, comma 3. I coniugi hanno, quindi, convenuto in giudizio la UMR, chiedendo, ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ., che sia ordinato alla stessa di eseguire «secondo l'applicazione delle metodiche della procreazione assistita, la c.d. fecondazione eterologa e nel caso di specie la donazione di gamete femminile, secondo le migliori e accertate pratiche mediche», eccependo, in linea gradata, l'illegittimità costituzionale del citato art. 4, comma 3.

Il rimettente espone che, con ordinanza del 21 ottobre 2010, ha sollevato le questioni di legittimità costituzionale ora, in parte, riproposte e questa Corte, con ordinanza n. 150 del 2012, ha disposto la restituzione degli atti, per le ragioni sopra ricordate.

Riassunto il giudizio, il Tribunale ordinario di Catania, con ordinanza del 28 gennaio 2013, ha ritenuto manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale del citato art. 4, comma 3; in sede di reclamo, il Collegio ha, invece, sollevato le questioni in esame.

Secondo il giudice *a quo*, sussistono sia i presupposti del chiesto provvedimento cautelare, sia le condizioni stabilite dall'art. 5 della legge n. 40 del 2004, poiché i ricorrenti sono maggiorenni, di sesso diverso, coniugati, in età fertile e la ricorrente è affetta da accertata sterilità secondaria da menopausa precoce. L'accoglimento della domanda è, quindi, impedito esclusivamente dal divieto stabilito dal citato dall'art. 4, comma 3, del quale, a suo avviso, non è possibile offrire un'interpretazione costituzionalmente orientata, con conseguente rilevanza delle sollevate questioni di legittimità costituzionale.

4.1.– Ad avviso del rimettente, le norme censurate si porrebbero anzitutto in contrasto con gli artt. 3 e 31 Cost., in quanto stabiliscono un divieto discriminatorio, lesivo del diritto fondamentale alla formazione della famiglia, riconosciuto e tutelato dagli artt. 2 e 31 Cost., che concernerebbe anche il profilo relativo alla soluzione dei problemi riproduttivi della coppia. Inoltre, esse realizzerebbero un diverso trattamento di coppie con identici problemi di procreazione, penalizzando irragionevolmente quella colpita dalla patologia più grave, in violazione anche dell'art. 2 Cost., con pregiudizio del diritto a formare una famiglia e della libertà di autodeterminazione in relazione a scelte riconducibili alla sfera più intima della persona.

4.2.– Secondo il giudice *a quo*, l'art. 32 Cost. sarebbe violato, in quanto il divieto in esame irragionevolmente impedirebbe di curare la patologia più grave. Nella specie vengono, inoltre, in rilievo i diritti della madre genetica, della madre biologica e del nascituro e, in considerazione delle risultanze della scienza medica, la fecondazione eterologa non comporterebbe rischi per la salute (fisica o mentale) né della madre biologica, né della donatrice. Per quest'ultima, il rischio di «stressare il proprio fisico per l'eventuale commercializzazione dei gameti» sarebbe scongiurato dal divieto stabilito dalla legge n. 40 del 2004 di commercializzare gli ovuli e, comunque, sarebbe comune ad altre più rilevanti ipotesi, eticamente e socialmente approvate, di donazione di tessuti, organi o parti di essi tra soggetti viventi.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Quanto, invece, al diritto del nascituro alla conoscenza della propria origine genetica, benché la tutela del concepito rinvenga fondamento costituzionale negli artt. 31, secondo comma, e 2 Cost., alla stessa non potrebbe essere data prevalenza totale ed assoluta, non esistendo «equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare» (sentenza n. 27 del 1975).

La soluzione dei problemi riproduttivi della coppia sarebbe riconducibile al diritto fondamentale alla maternità/paternità ed il bilanciamento del diritto costituzionalmente protetto alla creazione di una famiglia (riconosciuto e tutelato dagli artt. 2 e 31 Cost.) spettante «a soggetti esistenti (persone in senso tecnico)» e del diritto riconoscibile «ad una entità (embrione, feto) che soggetto (nel senso pieno di persona) ancora non è, non sembra possa ragionevolmente risolversi in favore del secondo». L'ampia tutela del nascituro deve tenere conto che, comunque, questi non sarebbe equiparabile alla persona già nata; la stessa legge n. 40 del 2004 tutela il concepito, ma non «arriva […] a modificare l'art. 1 del codice civile che […] riconosce la capacità giuridica solo al momento della nascita e subordina ad essa l'effettivo sorgere dei diritti ivi menzionati con riferimento agli artt. 462, 687 e 715 c.c. (per donazione e testamento)». Siffatta legge ha inteso garantire che il concepito non subisca «trattamenti disumani», cui potevano esporlo la crioconservazione, la sperimentazione e la selezione genetica, ma il Capo III della medesima non riguarderebbe la tutela diretta del concepito, bensì lo stato giuridico del nato, come risulta dagli artt. 8 e 9. Queste disposizioni tutelano l'interesse del nascituro e garantiscono una «stabilità parentale» non deteriore rispetto a quella del figlio nato dalla fecondazione omologa «e, per certi versi, anche migliore di quella di cui gode il figlio nato da ogni unione "naturale", soggetto, com'è noto, alle azioni di disconoscimento di stato o al mancato riconoscimento da parte del padre o della madre che ha anche il diritto di non essere nominata al momento del parto».

Ad avviso del giudice *a quo*, il censurato divieto non sarebbe giustificato dall'asserito diritto del nascituro a conoscere la propria origine genetica anche perché il citato art. 9, comma 3, come nel caso dell'adozione, mira a recidere ogni relazione giuridica parentale del nato con il donatore di gameti e nei confronti di quest'ultimo non può essere fatto valere nessun diritto. Sarebbe, inoltre, irragionevole che, per scongiurare l'ipotetica sofferenza di un futuro soggetto (dovuta all'ignoranza della propria origine genetica), sia precluso il più rilevante diritto di venire al mondo. Quanto, invece, all'esigenza di garantire al nascituro stabili relazioni parentali, gli studi al riguardo avrebbero dimostrato che soltanto in una bassa percentuale di casi i genitori biologici hanno rivelato al figlio la sua origine genetica ed in questi lo sviluppo psicosociale del predetto non si discosterebbe da quello dei figli nati senza il ricorso alla fecondazione eterologa.

5.– Nel giudizio davanti a questa Corte promosso dal Tribunale ordinario di Milano si sono costituiti i ricorrenti nel processo principale, chiedendo, anche nella memoria depositata in prossimità dell'udienza pubblica, che le questioni siano dichiarate fondate.

Le parti, premesso che costituiscono una coppia infertile, ai sensi della legge n. 40 del 2004, poiché il coniuge maschio è affetto da infertilità assoluta, con azoospermia completa, sostengono che la locuzione «fecondazione eterologa» sia impropria, occorrendo argomentare di «donazione di gameti», che va tenuta distinta dalla cosiddetta «surrogazione di maternità» (vietata dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004) e richiamano la sentenza di questa Corte n. 151 del 2009, per affermare che la disciplina in esame concerne «un ambito d'interesse sanitario». Inoltre, sottolineano che le questioni concernerebbero esclusivamente le coppie di maggiorenni, di sesso diverso, in età potenzialmente fertile «e (va da sé) entrambi viventi» ed involge un problema quale quello dell'infertilità maschile e femminile assai diffuso nelle società occidentali.

I ricorrenti nel processo principale svolgono ampie argomentazioni a conforto della violazione dell'art. 3, primo comma, Cost., determinata dalla discriminazione tra i potenziali destinatari della fecondazione medicalmente assistita in danno delle coppie colpite dalla patologia più grave. A loro avviso, le situazioni delle coppie che possono porre rimedio alla causa di sterilità o infertilità mediante la fecondazione omologa, ovvero a quella eterologa, sarebbero analoghe e gli studi dell'Organizzazione mondiale della sanità (richiamati negli atti difensivi) avrebbero dimostrato l'inconsistenza delle pretese esigenze di tutela di carattere psicologico del nascituro, basate su presunti disturbi e sofferenze dello stesso, nel caso in cui abbia un solo genitore biologico. Il divieto censurato avrebbe, inoltre, alimentato una sorta di «turismo procreativo», dando luogo a situazioni di rischio, a causa dell'inferiore livello di assistenza sanitaria garantito in altri Paesi, specie in quelli in cui i costi sono più bassi.

5.1.– Le situazioni di infertilità superabili mediante l'uso di gameti interni, ovvero esterni alla coppia, sarebbero omologhe, in relazione all'accesso alle tecniche di fecondazione assistita. Il citato art. 4, comma 3, sarebbe viziato, in primo luogo, da irrazionalità «interna», a causa dell'incoerenza tra mezzi e fini, determinata dal difetto di ogni ragionevole giustificazione del divieto in esame, che preclude il conseguimento dello scopo dichiarato dalla legge n. 40 del 2004. In secondo luogo, da irragionevolezza «esterna», poiché nel nostro ordinamento vi è un istituto, quale l'adozione, che prevede la possibilità

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

di una discrasia tra genitorialità genetica e legittima, mentre la fecondazione eterologa garantirebbe meglio l'identità biologica, che verrebbe a mancare soltanto per uno dei genitori.

Sotto un ulteriore profilo, la disciplina in esame discriminerebbe le coppie in base alla situazione patrimoniale. Quelle abbienti possono, infatti, praticare la fecondazione eterologa all'estero, ricorrendo ad una sorta di «turismo procreativo» che vanificherebbe il divieto censurato, nel quadro di una regolamentazione viziata da incoerenza, poiché, da un canto, stabilisce il divieto di tale tecnica terapeutica, dall'altro, prevede la non punibilità di coloro che vi fanno ricorso e disciplina compiutamente la situazione del nato.

5.2.– In relazione alle censure riferite agli artt. 2, 29 e 31 Cost., le parti reiterano gli argomenti svolti dal rimettente e richiamano ricerche e studi i quali hanno escluso che il difetto di parentela genetica comprometta lo sviluppo del bambino, mentre la sentenza n. 151 del 2009 avrebbe fatto emergere un valore costituzionale nuovo, costituito dalle «giuste esigenze della procreazione».

L'art. 32 Cost. sarebbe violato, alla luce della giurisprudenza di questa Corte richiamata dal giudice *a quo*, perché il divieto in esame lederebbe l'integrità psichica e fisica delle coppie con più gravi problemi di sterilità o infertilità.

Le norme censurate non garantirebbero, inoltre, alle coppie affette da sterilità o infertilità assoluta il proprio diritto all'identità ed autodeterminazione, espresso dal principio personalistico dell'art. 2 Cost. La lesione di questo diritto sarebbe confortata anche dalle sentenze della Corte di Strasburgo, Grande Camera, 3 novembre 2011, S.H. e altri contro Austria, seconda sezione, 28 agosto 2012, Costa Pavan contro Italia, e Grande Camera, 4 dicembre 2007, Dickson contro Regno Unito, che indurrebbero a ritenere violato l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU.

5.3.– Secondo le parti, l'accoglimento delle questioni non comporterebbe nessun vuoto normativo. La legge n. 40 del 2004 ha, infatti, abrogato la disciplina previgente, caratterizzata dalla regolamentazione della fecondazione eterologa da parte di circolari e decreti del Ministro della sanità (analiticamente indicati nell'atto di costituzione) e, quindi, la dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme in esame comporterebbe la reviviscenza di tali atti. Anche negando l'ammissibilità di detta reviviscenza, la disciplina applicabile sarebbe, peraltro, desumibile dal d.lgs. n. 191 del 2007, dal d.lgs. n. 16 del 2010 e dall'Accordo del 15 marzo 2012 tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano sul documento concernente «Requisiti minimi organizzativi, strutturali e tecnologici delle strutture sanitarie autorizzate di cui alla legge 19 febbraio 2004, n. 40 per la qualità e la sicurezza nella donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di cellule umane». L'applicabilità degli artt. 9 e 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, nonché i principi della volontarietà e gratuità della donazione stabiliti dal d.lgs. n. 191 del 2007 e dal d.lgs. n. 16 del 2010, concorrerebbero, inoltre, a dimostrare l'inesistenza del vuoto normativo paventato dall'Avvocatura generale dello Stato. In ogni caso, l'esistenza di profili che richiedono un'espressa regolamentazione neppure inciderebbe sull'ammissibilità delle questioni, il cui accoglimento renderebbe ammissibile il ricorso alla PMA di tipo eterologo esclusivamente da parte di quanti sono in possesso dei requisiti stabiliti dall'art. 5 della legge n. 40 del 2004.

5.4.– Nella memoria depositata in prossimità dell'udienza pubblica, le parti, oltre a ribadire gli argomenti svolti nell'atto di costituzione, contestano la fondatezza delle eccezioni di inammissibilità proposte nell'atto di intervento dal Presidente del Consiglio dei ministri.

6.– Nel giudizio da ultimo richiamato si è costituito anche il medico convenuto nel processo principale, svolgendo argomentazioni sostanzialmente coincidenti con quelle del rimettente, chiedendo l'accoglimento delle sollevate questioni di legittimità costituzionale.

7.– Nel giudizio promosso dal Tribunale ordinario di Catania si sono costituiti i ricorrenti nel giudizio principale, chiedendo, anche nella memoria depositata in prossimità dell'udienza pubblica, che le sollevate questioni di legittimità costituzionale siano accolte.

Le parti premettono che costituiscono una coppia infertile, ai sensi della legge n. 40 del 2004, poiché il coniuge femmina è stata colpita da sterilità assoluta causata da menopausa precoce e le molteplici cure alle quali si è sottoposta (analiticamente indicate) si sono rivelate inutili e, da ultimo, il medico responsabile dell'UMR li ha informati del fatto che potrebbero avere un figlio esclusivamente facendo ricorso alla donazione di ovuli esterni alla coppia che, però, è vietata dalla legge n. 40 del 2004.

Nel merito, in riferimento ai parametri evocati dal rimettente, le parti deducono argomentazioni in larga misura coincidenti con quelle svolte dai ricorrenti costituitisi nel giudizio promosso dal Tribunale ordinario di Milano, in relazione ai corrispondenti parametri da questo ritenuto lesi, sopra sintetizzate.

8.– In quest'ultimo giudizio si è costituita, altresì, la società cooperativa UMR–Unità di Medicina della Riproduzione, parte nel processo principale, deducendo, anche nella memoria depositata in prossimità dell'udienza pubblica, la fondatezza delle censure proposte dal rimettente. In particolare, svolge argomenti sostanzialmente analoghi a quelli addotti dai ricorrenti negli atti di costituzione sopra richiamati, allo scopo di dimostrare che, qualora le questioni di legittimità costituzionale siano accolte, non sussisterebbe nessun vuoto normativo, ciò anche alla luce della legge 8 novembre 2012, n. 189

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

(Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, recante disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute) e del parere espresso in data 30 marzo 2012 dalla Società italiana di fertilità e sterilità e medicina della riproduzione in merito alla donazione dei gameti, che ha posto in luce i rischi correlati al permanere del divieto in esame.

Nella memoria, la parte approfondisce l'*iter* dei lavori parlamentari della legge n. 40 del 2004, allo scopo di evidenziare come nel corso degli stessi sia stata già segnalata la contraddizione insita nella circostanza che è stato regolamentato lo *status* del nato dalla fecondazione eterologa, ma la stessa è stata poi vietata. Quest'ultima pratica terapeutica costituirebbe espressione di una concezione solidaristica, fondata sul concetto di «dono» e cioè di atto volontario e gratuito caratterizzato da istanze di solidarietà e in tali termini è accolta in Francia, in cui è ammessa solo per le coppie e nel caso di vano esperimento della PMA omologa, e nel Regno Unito.

9.– In tutti e tre i giudizi davanti alla Corte è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo, negli atti di costituzione e nelle memorie depositate in prossimità dell'udienza pubblica, di contenuto in larga misura coincidente, che le questioni di legittimità costituzionale siano dichiarate inammissibili e, comunque, infondate.

9.1.– Secondo l'interveniente, le questioni sarebbero inammissibili, poiché i rimettenti non avrebbero adempiuto l'onere, derivante dall'ordinanza di questa Corte n. 150 del 2012, di riesaminare le questioni alla luce della giurisprudenza europea. Inoltre, il Tribunale ordinario di Milano avrebbe inesattamente interpretato la sentenza della Grande Camera della Corte di Strasburgo 3 novembre 2011, S.H. e altri contro Austria, diffusamente approfondita, allo scopo di dimostrare che la stessa ha escluso che il divieto di praticare la PMA di tipo eterologo violi gli artt. 8 e 14 della CEDU, anche in considerazione dell'ampio margine di discrezionalità di cui godono gli Stati nel disciplinare la materia in esame.

A suo avviso, le questioni sarebbero inammissibili anche perché il loro eventuale accoglimento determinerebbe un vuoto normativo (in relazione alla tutela di tutte le parti coinvolte dalla PMA eterologa, al numero delle donazioni possibili, al diritto a conoscere il genitore genetico, al diritto di accesso alla fecondazione eterologa), che può essere colmato esclusivamente dal legislatore ordinario, al quale sono riservate le relative scelte.

Nel merito, secondo l'interveniente, le censure riferite agli artt. 2 e 29 Cost. sarebbero state proposte mediante un percorso argomentativo che «procede per assiomi e/o postulati» e non considera la preoccupazione del legislatore per i rischi derivanti dalla mancanza di un rapporto biologico tra figlio e genitore ed il ragionevole scopo di tutelare il diritto all'identità biologica del nascituro. Il legislatore avrebbe scelto, non irragionevolmente, di favorire il concepimento all'interno della coppia, in coerenza con la *ratio legis*, che sarebbe quella di tutelare il diritto all'identità biologica del nascituro, considerato quale bene giuridico preminente.

La diversità delle situazioni poste in comparazione escluderebbe, poi, la denunciata violazione dell'art. 3 Cost., essendo riconducibile la scelta di «tutela esclusiva della genitorialità biologica» alla discrezionalità spettante al legislatore ordinario.

10.– Nel giudizio promosso dal Tribunale ordinario di Catania è intervenuta l'Associazione Vox–Osservatorio italiano sui diritti, che non è parte nel processo principale, la quale ha diffusamente approfondito la questione dell'ammissibilità dell'intervento, richiamando alcune pronunce che, in qualche caso, hanno ritenuto di estendere il contraddittorio a soggetti non costituiti nel giudizio *a quo*, benchè abbia dato atto che questa Corte è orientata nel negare che coloro i quali non hanno nessun legame specifico con la questione possano intervenire nel giudizio di costituzionalità. A suo avviso, la circostanza che essa, per statuto, si propone di analizzare gli sviluppi della società dal punto di vista giuridico, socio-economico e culturale, per individuare l'insieme dei diritti da proteggere e potenziare, comporterebbe che l'oggetto delle questioni sia riconducibile nell'ambito delle attività svolte, con conseguente ammissibilità dell'intervento. Nel merito, l'Associazione svolge argomentazioni a conforto della fondatezza delle censure proposte dal rimettente.

11.– In quest'ultimo giudizio sono altresì intervenute, con un unico atto, l'Associazione Luca Coscioni, per la libertà di ricerca scientifica, l'Associazione Amica Cicogna Onlus, l'Associazione cerco un bimbo e l'Associazione Liberi di decidere, le quali, anche nella memoria depositata in prossimità dell'udienza pubblica, hanno premesso di essere state ammesse nel giudizio promosso dal Tribunale ordinario di Firenze sopra richiamato, e deducono che «per intervenuta separazione personale dei coniugi […] non hanno depositato costituzione nel procedimento originato dall'ordinanza di rimessione pronunciata da detto giudice».

A loro avviso, in considerazione degli scopi statutari e dell'attività svolta, sarebbero titolari di un interesse qualificato, direttamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e chiedono, quindi, che la Corte dichiari ammissibile l'intervento ed accolga le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale ordinario di Catania.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Considerato in diritto

1.– Il Tribunale ordinario di Milano, il Tribunale ordinario di Firenze ed il Tribunale ordinario di Catania hanno sollevato, in riferimento agli artt. 3 Cost. (tutte e tre le ordinanze), 2, 31 e 32 Cost. (la prima e la terza ordinanza), nonché (la prima ordinanza) agli artt. 29 e 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848 (di seguito: CEDU), questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) (tutte le ordinanze) e degli artt. 9, commi 1 e 3, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3», e 12, comma 1, di detta legge (la prima e la terza ordinanza).

La legge n. 40 del 2004 reca norme in materia di procreazione medicalmente assistita (*infra*: PMA) e permette, «Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana», il ricorso alla PMA, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla stessa (art. 1). L'art. 4, comma 3, di detta legge stabilisce che «È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo»; l'art. 9, concernente il «Divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre», dispone, in primo luogo, che, «Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice» (comma 1); in secondo luogo, prevede che, «In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi» (comma 3). L'art. 12, comma 1, stabilisce, infine, che «Chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro».

2.– Secondo tutti i rimettenti, il citato art. 4, comma 3, si porrebbe in contrasto con l'art. 3 Cost., in quanto, avendo la legge n. 40 del 2004 lo scopo di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana», il divieto dallo stesso stabilito realizzerebbe un diverso trattamento delle coppie affette da sterilità o da infertilità, nonostante esse versino in situazioni sostanzialmente omologhe e, quindi, debbano avere l'eguale possibilità di ricorrere alla tecnica più utile di PMA, al fine di porre rimedio alla patologia dalla quale sono affette.

Ad avviso del Tribunale ordinario di Milano, tutte le norme censurate recherebbero *vulnus* anche agli artt. 2, 29 e 31 Cost., in quanto – benché il primo di detti parametri riconosca e tuteli il diritto alla formazione della famiglia (oggetto anche del secondo parametro) – non garantiscono alle coppie colpite da sterilità o infertilità assoluta ed irreversibile il diritto fondamentale alla piena realizzazione della vita privata familiare e di autodeterminazione in ordine alla medesima, con pregiudizio, secondo il Tribunale ordinario di Catania, per le coppie colpite dalla patologia più grave, del diritto di formare una famiglia e costruire liberamente la propria esistenza. Per entrambi i rimettenti, la considerazione che il divieto in esame non tuteli l'integrità fisica e psichica di dette coppie e che in materia di pratica terapeutica la regola debba essere l'autonomia e la responsabilità del medico, il quale, con il consenso del paziente, effettua le necessarie scelte professionali, evidenzierebbe il contrasto delle disposizioni con gli artt. 3 e 32 Cost.

Sotto un ulteriore profilo, secondo il Tribunale ordinario di Catania, gli artt. 2 e 31 Cost. sarebbero lesi, poiché la soluzione dei problemi riproduttivi della coppia sarebbe riconducibile al diritto fondamentale alla maternità/paternità e le norme censurate avrebbero realizzato un irragionevole bilanciamento del diritto alla salute della madre biologica e della madre genetica, del diritto costituzionalmente protetto alla formazione della famiglia e dei diritti del nascituro, anche in considerazione del carattere ipotetico dell'eventuale sofferenza psicologica provocata dalla mancata conoscenza della propria origine genetica e dell'esistenza di un istituto quale l'adozione, che ammette le relazioni parentali atipiche.

Il Tribunale ordinario di Milano censura, infine, le norme sopra indicate, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione al combinato disposto degli artt. 8 e 14 della CEDU, approfondendo gli argomenti che, a suo avviso, dimostrerebbero l'esistenza di siffatto contrasto anche avendo riguardo alla sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo 3 novembre 2011, S.H. e altri contro Austria.

3.– In linea preliminare, va ribadito quanto statuito con l'ordinanza della quale è stata data lettura in udienza, allegata al presente provvedimento, in ordine alla disposta riunione dei giudizi (aventi ad oggetto, in parte, le stesse norme, censurate in relazione a parametri costituzionali per profili e con argomentazioni in larga misura coincidenti) ed all'inammissibilità dell'intervento nel giudizio promosso dal Tribunale ordinario di Catania dell'Associazione Vox–Osservatorio italiano sui diritti, nonché di

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

quello, spiegato con un unico atto, dall'Associazione Luca Coscioni, per la libertà di ricerca scientifica, dall'Associazione Amica Cicogna Onlus, dall'Associazione Cerco un bimbo e dall'Associazione Liberi di decidere.

Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, sono, infatti, ammessi a intervenire nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale le sole parti del giudizio principale ed i terzi portatori di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura (per tutte, sentenze n. 134 e n. 85 del 2013). Pertanto, poiché le suindicate associazioni non sono parti nel processo principale e non risultano essere titolari di un siffatto interesse qualificato, gli interventi vanno dichiarati inammissibili. In ordine a quello spiegato dalle ultime Associazioni sopra richiamate, va, inoltre, ribadito come la circostanza che esse siano parti in un giudizio diverso da quello oggetto dell'ordinanza di rimessione, nel quale è stata sollevata analoga questione di legittimità costituzionale, neppure è sufficiente a renderlo ammissibile (*ex plurimis*, sentenza n. 470 del 2002; ordinanza n. 150 del 2012).

3.1.– Le questioni di legittimità costituzionale oggetto di scrutinio costituiscono una nuova proposizione di quelle, in parte analoghe, sollevate dai giudici *a quibus* nel corso dei medesimi processi principali, decise da questa Corte con l'ordinanza n. 150 del 2012 che – dopo averle ritenute ammissibili – ha disposto la restituzione degli atti, per un rinnovato esame delle stesse, alla luce della sopravvenuta sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo 3 novembre 2011, S.H. e altri c. Austria.

I Tribunali ordinari di Firenze e di Catania, nell'osservanza di siffatto onere, hanno formulato una nuova e diversa prospettazione delle stesse questioni, esplicitando gli argomenti che, a loro avviso, dimostrano la perdurante rilevanza e la non manifesta infondatezza esclusivamente delle censure riferite agli artt. 2, 3, 31 e 32 Cost.; non hanno, quindi, più proposto quelle concernenti l'art. 117, primo comma, Cost. in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU. Queste ultime sono state, invece, reiterate dal Tribunale ordinario di Milano, il quale ha, tuttavia, diffusamente motivato sul punto ed è palese che l'eventuale fondatezza dei relativi argomenti concerne esclusivamente il merito delle censure. Sotto questo profilo, non è, quindi, fondata l'eccezione con cui l'Avvocatura generale dello Stato ha eccepito l'inammissibilità delle questioni, deducendo la violazione del suindicato onere. L'ulteriore eccezione di inammissibilità, proposta sul rilievo che l'accoglimento delle censure determinerebbe incolmabili «vuoti normativi», sarà esaminata in seguito, unitamente allo scrutinio nel merito delle censure.

3.2.– La questione di legittimità costituzionale può poi essere sollevata anche in sede cautelare, qualora il giudice non abbia provveduto sulla domanda (come accaduto nei giudizi in esame), ovvero quando abbia concesso la relativa misura, purché tale concessione non si risolva nel definitivo esaurimento del potere del quale egli è titolare in tale sede (tra le molte, ordinanze n. 3 del 2014 e n. 150 del 2012). Anche in relazione a questo profilo le questioni sono pertanto ammissibili.

3.3.– Sull'ammissibilità della questione sollevata dal Tribunale ordinario di Firenze non incide, inoltre, l'omessa censura degli artt. 9, commi 1 e 3, e 12, comma 1, della legge n. 40 del 2004, poiché la norma della quale il rimettente deve fare immediata e diretta applicazione nel processo principale è soltanto il citato art. 4, comma 3, mentre la mancata considerazione di quelle ulteriori non influisce sulla correttezza della ricostruzione del quadro normativo di riferimento.

Parimenti irrilevante è che nel relativo processo principale, secondo quanto dedotto da alcune delle associazioni intervenute nel giudizio promosso dal Tribunale ordinario di Catania, sarebbe sopravvenuta la separazione personale dei coniugi ricorrenti. Indipendentemente da ogni considerazione in ordine alla prova di siffatta sopravvenienza, la stessa non può esplicare effetti sul giudizio di legittimità costituzionale, in quanto questo, una volta iniziato in seguito ad ordinanza di rinvio del giudice rimettente, non è suscettibile di essere influenzato da successive vicende di fatto concernenti il rapporto dedotto nel processo che lo ha occasionato, come previsto dall'art. 18 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, nel testo approvato il 7 ottobre 2008 (sentenze n. 274 del 2011 e n. 227 del 2010).

3.4.– Secondo i giudici *a quibus*, nelle fattispecie sottoposte alla loro decisione sussistono, inoltre, i requisiti soggettivi di cui all'art. 5 della legge n. 40 del 2004, ma i ricorrenti, allo scopo di avere un figlio, non possono fare ricorso alla PMA di tipo omologo, in quanto uno dei componenti della coppia è stato colpito da patologie produttive della sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, mentre potrebbero utilmente avvalersi di quella di tipo eterologo.

Tutte le ordinanze di rinvio hanno, quindi, argomentato in modo non implausibile in ordine alla rilevanza delle questioni, che, in coerenza con il *petitum* formulato, sussiste esclusivamente in riferimento alla previsione del divieto, nella parte in cui impedisce ai soggetti che vantano i requisiti di cui all'art. 5 della legge n. 40 del 2004, di fare ricorso alla PMA di tipo eterologo, qualora sia stata accertata l'esistenza di una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità assoluta.

Sussiste, inoltre, l'incidentalità delle sollevate questioni. Le censure hanno, infatti, ad oggetto norme che i rimettenti devono applicare, quale passaggio obbligato al fine della decisione sulle domande proposte nei processi principali, concernenti il riconoscimento del diritto delle parti attrici ad ottenere

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

la condanna dei convenuti ad eseguire la prestazione richiesta, con conseguente esistenza di un *petitum* distinto dalle sollevate questioni di legittimità costituzionale.

3.5.– Ancora in linea preliminare, occorre precisare che non possono essere presi in considerazione, oltre i limiti fissati nelle ordinanze di rimessione, ulteriori questioni o profili di costituzionalità dedotti dalle parti, tanto se siano stati eccepiti ma non fatti propri da queste ultime, quanto se siano diretti ad ampliare o modificare successivamente il contenuto delle stesse ordinanze (per tutte, sentenza n. 275 del 2013, ordinanza n. 10 del 2014).

Spetta, inoltre, a questa Corte valutare il complesso delle eccezioni e delle questioni costituenti il *thema decidendum* e stabilire, anche per economia di giudizio, l'ordine con cui affrontarle nella sentenza, dichiarandone eventualmente assorbite alcune, quando si è in presenza di questioni tra loro autonome per l'insussistenza di un nesso di pregiudizialità (sentenze n. 278 e n. 98 del 2013, n. 293 del 2010).

4.– Nel merito, le questioni sollevate in riferimento agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost. sono fondate nei termini di seguito precisati.

5.– Lo scrutinio delle censure va effettuato, avendo riguardo congiuntamente a tutti questi parametri, poiché la procreazione medicalmente assistita coinvolge «plurime esigenze costituzionali» (sentenza n. 347 del 1998) e, conseguentemente, la legge n. 40 del 2004 incide su una molteplicità di interessi di tale rango. Questi, nel loro complesso, richiedono «un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa» ad ognuno (sentenza n. 45 del 2005), avendo, infatti, questa Corte già affermato che la stessa «tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione» (sentenza n. 151 del 2009).

Le questioni toccano temi eticamente sensibili, in relazione ai quali l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene «primariamente alla valutazione del legislatore» (sentenza n. 347 del 1998), ma resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano. Il divieto in esame non costituisce, peraltro, il frutto di una scelta consolidata nel tempo, in quanto è stato introdotto nel nostro ordinamento giuridico proprio dal censurato art. 4, comma 3. Anteriormente, l'applicazione delle tecniche di fecondazione eterologa era, infatti, «lecita […] ed ammessa senza limiti né soggettivi né oggettivi» e, nell'anno 1997, era praticata da 75 centri privati (Relazione della XII Commissione permanente della Camera dei deputati presentata il 14 luglio 1998 sulle proposte di legge n. 414, n. 616 e n. 816, presentate nel corso della XII legislatura). Tali centri operavano nel quadro delle circolari del Ministro della sanità del 1° marzo 1985 (Limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del Servizio sanitario nazionale), del 27 aprile 1987 (Misure di prevenzione della trasmissione del virus HIV e di altri agenti patogeni attraverso il seme umano impiegato per fecondazione artificiale) e del 10 aprile 1992 (Misure di prevenzione della trasmissione dell'HIV e di altri agenti patogeni nella donazione di liquido seminale impiegato per fecondazione assistita umana e nella donazione d'organo, di tessuto e di midollo osseo), nonché dell'ordinanza dello stesso Ministero del 5 marzo 1997, recante «Divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani» (avente efficacia temporalmente limitata, poi prorogata per ulteriori novanta giorni da una successiva ordinanza del 4 giugno 1997).

Il primo di tali atti vietava, infatti, esclusivamente la possibilità di praticare la PMA eterologa all'interno di strutture del Servizio sanitario nazionale; il secondo aveva, invece, avuto cura di stabilire i protocolli per l'utilizzazione del seme «per le inseminazioni eterologhe», dettando altresì le regole di approntamento dello schedario delle coppie che si sottoponevano a tale pratica e dei donatori di gameti, nonché della tipologia di accertamenti da svolgere su questi ultimi; il terzo aveva ulteriormente specificato la disciplina concernente le modalità di raccolta, preparazione e crioconservazione del liquido seminale dei donatori, nonché dello *screening* cui doveva essere sottoposta la donna ricevente la donazione, «al fine di tutelare l'eventuale nascituro»; il quarto aveva, infine, vietato «ogni forma di remunerazione, diretta o indiretta, immediata o differita, in denaro od in qualsiasi altra forma per la cessione di gameti, embrioni o, comunque, di materiale genetico», nonché ogni forma di intermediazione commerciale finalizzata a tale cessione, disponendo l'obbligo da parte dei centri che la praticavano di comunicare taluni dati al Ministero della sanità.

Siffatto divieto neppure è, poi, conseguito ad obblighi derivanti da atti internazionali, dato che, come già è stato puntualizzato da questa Corte, la sua eliminazione in nessun modo ed in nessun punto viola i principi posti dalla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 (che solo vieta la PMA a fini selettivi ed eugenetici e, peraltro, è ancora priva degli strumenti di attuazione) e dal Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani, recepiti nel nostro ordinamento con la legge di adattamento 28 marzo 2001, n. 145 (Ratifica della Convenzione di Oviedo) (sentenza n. 49 del 2005).

6.– Posta questa premessa, opportuna al fine della contestualizzazione del divieto in esame, occorre constatare che esso, impedendo alla coppia destinataria della legge n. 40 del 2004, ma assolutamente sterile o infertile, di utilizzare la tecnica di PMA eterologa, è privo di adeguato fondamento costituzionale.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Deve anzitutto essere ribadito che la scelta di tale coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare. Conseguentemente, le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango (sentenza n. 332 del 2000). La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera. In tal senso va ricordato che la giurisprudenza costituzionale ha sottolineato come la legge n. 40 del 2004 sia appunto preordinata alla «tutela delle esigenze di procreazione», da contemperare con ulteriori valori costituzionali, senza peraltro che sia stata riconosciuta a nessuno di essi una tutela assoluta, imponendosi un ragionevole bilanciamento tra gli stessi (sentenza n. 151 del 2009).

Va anche osservato che la Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli (come è deducibile dalle sentenze n. 189 del 1991 e n. 123 del 1990). Nondimeno, il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione. La considerazione che quest'ultimo mira prevalentemente a garantire una famiglia ai minori (come affermato da questa Corte sin dalla sentenza n. 11 del 1981) rende, comunque, evidente che il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa.

La libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia, nel senso sopra precisato, di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti. Tuttavia, questi limiti, anche se ispirati da considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur meritevoli di attenzione in un ambito così delicato, non possono consistere in un divieto assoluto, come già sottolineato, a meno che lo stesso non sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale.

7.– La disciplina in esame incide, inoltre, sul diritto alla salute, che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, va inteso «nel significato, proprio dell'art. 32 Cost., comprensivo anche della salute pischica oltre che fisica» (sentenza n. 251 del 2008; analogamente, sentenze n. 113 del 2004; n. 253 del 2003) e «la cui tutela deve essere di grado pari a quello della salute fisica» (sentenza n. 167 del 1999). Peraltro, questa nozione corrisponde a quella sancita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, secondo la quale «Il possesso del migliore stato di sanità possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano» (Atto di costituzione dell'OMS, firmato a New York il 22 luglio 1946).

In relazione a questo profilo, non sono dirimenti le differenze tra PMA di tipo omologo ed eterologo, benché soltanto la prima renda possibile la nascita di un figlio geneticamente riconducibile ad entrambi i componenti della coppia. Anche tenendo conto delle diversità che caratterizzano dette tecniche, è, infatti, certo che l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio *partner*, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia, nell'accezione che al relativo diritto deve essere data, secondo quanto sopra esposto.

In coerenza con questa nozione di diritto alla salute, deve essere, quindi, ribadito che, «per giurisprudenza costante, gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, devono ritenersi leciti» (sentenza n. 161 del 1985), sempre che non siano lesi altri interessi costituzionali.

Nel caso di patologie produttive di una disabilità – nozione che, per evidenti ragioni solidaristiche, va accolta in un'ampia accezione – la discrezionalità spettante al legislatore ordinario nell'individuare le misure a tutela di quanti ne sono affetti incontra, inoltre, il limite del «rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati» (sentenze n. 80 del 2010, n. 251 del 2008). Un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati (sentenza n. 8 del 2011), anche in riferimento all'accertamento dell'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela nei termini nei quali essa si impone alla luce della nozione sopra posta. Pertanto, va ribadito che, «in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali» (sentenza n. 151 del 2009), fermo restando il potere del legislatore di intervenire in modo conforme ai precetti costituzionali. Non si tratta di soggettivizzare la nozione di salute, né di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici, bensì di tenere conto che la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarlo vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango.

8.– Il censurato divieto incide, quindi, sui richiamati beni costituzionali. Tuttavia, ciò non è sufficiente a farlo ritenere illegittimo, occorrendo a questo scopo accertare se l'assolutezza che lo connota sia l'unico mezzo per garantire la tutela di altri valori costituzionali coinvolti dalla tecnica in esame.

9.– In linea preliminare, va osservato che la PMA di tipo eterologo mira a favorire la vita e pone problematiche riferibili eminentemente al tempo successivo alla nascita. La considerazione che il divieto è stato censurato nella parte in cui impedisce il ricorso a detta tecnica nel caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una patologia, che è causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute, deve escludere, in radice, infatti, un'eventuale utilizzazione della stessa ad illegittimi fini eugenetici.

La tecnica in esame (che va rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti e tenuta distinta da ulteriori e diverse metodiche, quali la cosiddetta «surrogazione di maternità», espressamente vietata dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, con prescrizione non censurata e che in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia), alla luce delle notorie risultanze della scienza medica, non comporta, inoltre, rischi per la salute dei donanti e dei donatari eccedenti la normale alea insita in qualsiasi pratica terapeutica, purché eseguita all'interno di strutture operanti sotto i rigorosi controlli delle autorità, nell'osservanza dei protocolli elaborati dagli organismi specializzati a ciò deputati.

10.– L'unico interesse che si contrappone ai predetti beni costituzionali è, dunque, quello della persona nata dalla PMA di tipo eterologo, che, secondo l'Avvocatura generale dello Stato, sarebbe leso a causa sia del rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale, sia della violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica. Le censure, ad avviso dell'interveniente, sarebbero inoltre inammissibili, come sopra accennato, poiché il loro eventuale accoglimento determinerebbe incolmabili «vuoti normativi» in ordine a rilevanti profili della disciplina applicabile, venendo in rilievo «una questione di politica e di tecnica legislativa di competenza del *conditor iuris*», che porrebbe esclusivamente «scelte di opportunità», riconducibili alla discrezionalità riservata al legislatore ordinario.

Questa eccezione evidenzia l'inestricabile correlazione esistente tra profili concernenti l'ammissibilità ed il merito delle questioni. Devono, per ciò stesso, essere esaminati congiuntamente.

L'eccezione di inammissibilità non è fondata, anche se va escluso che l'accoglimento delle questioni possa far rivivere gli atti amministrativi sopra richiamati, come sostenuto invece dalle parti private. Il contenuto del divieto introdotto dal citato art. 4, comma 3, e l'impossibilità di qualificare detta norma (e l'intera legge) come esclusivamente ed espressamente abrogatrice di una norma preesistente, nonché la natura di tali atti, rendono infatti palese che non ricorre nessuna delle «ipotesi tipiche e molto limitate» di reviviscenza che l'ordinamento costituzionale tollera (tra le più recenti, sentenza n. 70 del 2013).

11.– Posta questa premessa, deve essere ribadito che la legge n. 40 del 2004 costituisce la «prima legislazione organica relativa ad un delicato settore […] che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa» e, quindi, sotto questo profilo, è «costituzionalmente necessaria» (sentenza n. 45 del 2005). Nondimeno, *in parte qua*, essa non ha contenuto costituzionalmente vincolato; infatti, nel dichiarare ammissibile la richiesta di *referendum* popolare per l'abrogazione, tra gli altri, dell'art. 4, comma 3, è stato sottolineato che l'eventuale accoglimento della proposta referendaria non avrebbe fatto «venir meno un livello minimo di tutela costituzionalmente necessario, così da sottrarsi alla possibilità di abrogazione referendaria» (sentenza n. 49 del 2005).

In relazione al «vuoto normativo» paventato dall'interveniente, rinviando alle considerazioni svolte di seguito per l'identificazione delle lacune eventualmente conseguenti all'accoglimento delle questioni, occorre, peraltro, ricordare che questa Corte sin dalla sentenza n. 59 del 1958 ha affermato che il proprio potere «di dichiarare l'illegittimità costituzionale delle leggi non può trovare ostacolo nella carenza legislativa che, in ordine a dati rapporti, possa derivarne; mentre spetta alla saggezza del legislatore […] di eliminarla nel modo più sollecito ed opportuno» e, di recente, ha ribadito che, «posta di fronte a un *vulnus* costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio» (sentenza n. 113 del 2011).

L'esigenza di garantire il principio di costituzionalità rende, infatti, imprescindibile affermare che il relativo sindacato «deve coprire nella misura più ampia possibile l'ordinamento giuridico» (sentenza n. 1 del 2014), non essendo, ovviamente, ipotizzabile l'esistenza di ambiti sottratti allo stesso. Diversamente, si determinerebbe, infatti, una lesione intollerabile per l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato, soprattutto quando risulti accertata la violazione di una libertà fondamentale, che non può mai essere giustificata con l'eventuale inerzia del legislatore ordinario. Una volta accertato che una norma primaria si pone in contrasto con parametri costituzionali, questa Corte non può, dunque, sottrarsi al proprio potere-dovere di porvi rimedio e deve dichiararne l'illegittimità, essendo poi «cómpito del legislatore introdurre apposite disposizioni» (sentenza n. 278 del 2013), allo scopo di eliminare

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

le eventuali lacune che non possano essere colmate mediante gli ordinari strumenti interpretativi dai giudici ed anche dalla pubblica amministrazione, qualora ciò sia ammissibile.

Nella specie sono, peraltro, identificabili più norme che già disciplinano molti dei profili di più pregnante rilievo, anche perché il legislatore, avendo consapevolezza della legittimità della PMA di tipo eterologo in molti paesi d'Europa, li ha opportunamente regolamentati, dato che i cittadini italiani potevano (e possono) recarsi in questi ultimi per fare ad essa ricorso, come in effetti è accaduto in un non irrilevante numero di casi.

11.1.– La ritenuta fondatezza delle censure non determina incertezze in ordine all'identificazione dei casi nei quali è legittimo il ricorso alla tecnica in oggetto. L'accoglimento delle questioni, in coerenza con il *petitum* formulato dai rimettenti, comporta, infatti, l'illegittimità del divieto in esame, esclusivamente in riferimento al caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute. In particolare, secondo quanto stabilito dagli artt. 1, comma 2, e 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004, all'evidenza direttamente riferibili anche alla PMA di tipo eterologo, il ricorso alla stessa, una volta dichiarato illegittimo il censurato divieto, deve ritenersi consentito solo «qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere» le cause di sterilità o infertilità e sia stato accertato il carattere assoluto delle stesse, dovendo siffatte circostanze essere «documentate da atto medico» e da questo certificate. Il ricorso a questa tecnica, non diversamente da quella di tipo omologo, deve, inoltre, osservare i principi di gradualità e del consenso informato stabiliti dal citato art. 4, comma 2.

Nessuna lacuna sussiste in ordine ai requisiti soggettivi, poiché la dichiarata illegittimità del divieto non incide sulla previsione recata dall'art. 5, comma 1, di detta legge, che risulta ovviamente applicabile alla PMA di tipo eterologo (come già a quella di tipo omologo); quindi, alla stessa possono fare ricorso esclusivamente le «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». Ad analoga conclusione deve pervenirsi quanto alla disciplina del consenso, dato che la completa regolamentazione stabilita dall'art. 6 della legge n. 40 del 2004 – una volta venuto meno, nei limiti sopra precisati, il censurato divieto – riguarda evidentemente anche la tecnica in esame, in quanto costituisce una particolare metodica di PMA. È, inoltre, parimenti chiaro che l'art. 7 della legge n. 40 del 2004, il quale offre base giuridica alle Linee guida emanate dal Ministro della salute, «contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita», avendo ad oggetto le direttive che devono essere emanate per l'esecuzione della disciplina e concernendo il *genus* PMA, di cui quella di tipo eterologo costituisce una *species*, è, all'evidenza, riferibile anche a questa, come lo sono altresì gli artt. 10 ed 11, in tema di individuazione delle strutture autorizzate a praticare la procreazione medicalmente assistita e di documentazione dei relativi interventi.

Siffatta considerazione permette, poi, di ritenere che le norme di divieto e sanzione non censurate (le quali conservano validità ed efficacia), preordinate a garantire l'osservanza delle disposizioni in materia di requisiti soggettivi, modalità di espressione del consenso e documentazione medica necessaria ai fini della diagnosi della patologia e della praticabilità della tecnica, nonché a garantire il rispetto delle prescrizioni concernenti le modalità di svolgimento della PMA ed a vietare la commercializzazione di gameti ed embrioni e la surrogazione di maternità (art. 12, commi da 2 a 10, della legge n. 40 del 2004) sono applicabili direttamente (e non in via d'interpretazione estensiva) a quella di tipo eterologo, così come lo sono le ulteriori norme, nelle parti non incise da pronunce di questa Corte.

I profili sui quali si è soffermato l'interveniente, concernenti lo stato giuridico del nato ed i rapporti con i genitori, sono, inoltre, anch'essi regolamentati dalle pertinenti norme della legge n. 40 del 2004, applicabili anche al nato da PMA di tipo eterologo in forza degli ordinari canoni ermeneutici. La constatazione che l'art. 8, comma 1, di detta legge contiene un ampio riferimento ai «nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita», in considerazione della genericità di quest'ultima locuzione e dell'essere la PMA di tipo eterologo una *species* del *genus*, come sopra precisato, rende, infatti, chiaro che, in virtù di tale norma, anche i nati da quest'ultima tecnica «hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime». Della nuova concezione della paternità il legislatore ordinario si è, peraltro, di recente dimostrato consapevole, modificando l'art. 231 del codice civile, il quale, nel testo novellato dall'art. 8 del decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 (Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219), stabilisce, significativamente, che «Il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio», risultando così sostituita l'originaria formulazione della norma, la quale disponeva, invece, che «Il marito è padre del figlio concepito durante il matrimonio».

Una volta espunte dai commi 1 e 3 dell'art. 9 della legge n. 40 del 2004, a seguito dell'accoglimento delle sollevate questioni, le parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3» risulta, infine, confermata sia l'inammissibilità dell'azione di disconoscimento della paternità (il richiamo dell'art. 235 cod. civ. a seguito delle modifiche realizzate dagli artt. 17 e 106 del d.lgs. n. 154 del 2013 deve ritenersi ora riferito all'art. 243-*bis* cod. civ.) e dell'impugnazione *ex* art. 263 cod. civ. (nel testo novellato

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

dall'art. 28 del d.lgs. n. 154 del 2013), sia che la nascita da PMA di tipo eterologo non dà luogo all'istituzione di relazioni giuridiche parentali tra il donatore di gameti ed il nato, essendo, quindi, regolamentati i principali profili dello stato giuridico di quest'ultimo.

12.– Dalle norme vigenti è, dunque, già desumibile una regolamentazione della PMA di tipo eterologo che, in relazione ai profili ulteriori rispetto a quelli sopra approfonditi, è ricavabile, mediante gli ordinari strumenti interpretativi, dalla disciplina concernente, in linea generale, la donazione di tessuti e cellule umani, in quanto espressiva di principi generali pur nelle diversità delle fattispecie (in ordine, esemplificativamente, alla gratuità e volontarietà della donazione, alle modalità del consenso, all'anonimato del donatore, alle esigenze di tutela sotto il profilo sanitario, oggetto degli artt. 12, 13, comma 1, 14 e 15 del decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 191, recante «Attuazione della direttiva 2004/23/CE sulla definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umane»). In relazione al numero delle donazioni è, poi, possibile un aggiornamento delle Linee guida, eventualmente anche alla luce delle discipline stabilite in altri Paesi europei (quali, ad esempio, la Francia e il Regno Unito), ma tenendo conto dell'esigenza di consentirle entro un limite ragionevolmente ridotto.

La questione del diritto all'identità genetica, nonostante le peculiarità che la connotano in relazione alla fattispecie in esame, neppure è nuova. Essa si è posta, infatti, in riferimento all'istituto dell'adozione e sulla stessa è di recente intervenuto il legislatore, che ha disciplinato l'*an* ed il *quomodo* del diritto dei genitori adottivi all'accesso alle informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici dell'adottato (art. 28, comma 4, della legge 4 maggio 1983, n. 184, recante «Diritto del minore ad una famiglia», nel testo modificato dall'art. 100, comma 1, lettera *p*, del d.lgs. n. 154 del 2013). Inoltre, in tale ambito era stato già infranto il dogma della segretezza dell'identità dei genitori biologici quale garanzia insuperabile della coesione della famiglia adottiva, nella consapevolezza dell'esigenza di una valutazione dialettica dei relativi rapporti (art. 28, comma 5, della legge n. 184 del 1983). Siffatta esigenza è stata confermata da questa Corte la quale, nello scrutinare la norma che vietava l'accesso alle informazioni nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata, ha affermato che l'irreversibilità del segreto arrecava un insanabile *vulnus* agli artt. 2 e 3 Cost. e l'ha, quindi, rimossa, giudicando inammissibile il suo mantenimento ed invitando il legislatore ad introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta compiuta dalla madre naturale e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato (sentenza n. 278 del 2013).

13.– Il censurato divieto, nella sua assolutezza, è pertanto il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento, non giustificabile neppure richiamando l'esigenza di intervenire con norme primarie o secondarie per stabilire alcuni profili della disciplina della PMA di tipo eterologo.

A tal proposito, va ricordato che la giurisprudenza costituzionale «ha desunto dall'art. 3 Cost. un canone di "razionalità" della legge svincolato da una normativa di raffronto, rintracciato nell'"esigenza di conformità dell'ordinamento a valori di giustizia e di equità" […] ed a criteri di coerenza logica, teleologica e storico-cronologica, che costituisce un presidio contro l'eventuale manifesta irrazionalità o iniquità delle conseguenze della stessa» (sentenza n. 87 del 2012). Lo scrutinio di ragionevolezza, in ambiti connotati da un'ampia discrezionalità legislativa, impone, inoltre, a questa Corte di verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale. Tale giudizio deve svolgersi «attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti» (sentenza n. 1130 del 1988). A questo scopo può essere utilizzato il test di proporzionalità, insieme con quello di ragionevolezza, che «richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi» (sentenza n. 1 del 2014).

In applicazione di tali principi, alla luce del dichiarato scopo della legge n. 40 del 2004 «di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1, comma 1), la preclusione assoluta di accesso alla PMA di tipo eterologo introduce un evidente elemento di irrazionalità, poiché la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, alla formazione della famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute, nei termini sopra esposti, è stabilita in danno delle coppie affette dalle patologie più gravi, in contrasto con la *ratio legis*. Non rileva che le situazioni in comparazione non sono completamente assimilabili, sia perché ciò è ininfluente in relazione al canone di razionalità della norma, sia perché «il principio di cui all'art. 3 Cost. è violato non solo quando i trattamenti messi a confronto sono formalmente contraddittori in ragione dell'identità delle fattispecie, ma anche quando la differenza di trattamento è irrazionale secondo le regole del discorso pratico, in quanto

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

le rispettive fattispecie, pur diverse, sono ragionevolmente analoghe» (sentenza n. 1009 del 1988), come appunto nel caso in esame.

Il divieto in esame cagiona, in definitiva, una lesione della libertà fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40 del 2004 di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato, le quali, in virtù di quanto sopra rilevato in ordine ad alcuni dei più importanti profili della situazione giuridica dello stesso, già desumibile dalle norme vigenti, devono ritenersi congruamente garantite.

La regolamentazione degli effetti della PMA di tipo eterologo praticata al di fuori del nostro Paese, benché sia correttamente ispirata allo scopo di offrire la dovuta tutela al nato, pone, infine, in evidenza un ulteriore elemento di irrazionalità della censurata disciplina. Questa realizza, infatti, un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi. Ed è questo non un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole. In definitiva, le norme censurate, pur nell'obiettivo di assicurare tutela ad un valore di rango costituzionale, stabiliscono una disciplina che non rispetta il vincolo del minor sacrificio possibile degli altri interessi e valori costituzionalmente protetti, giungendo a realizzare una palese ed irreversibile lesione di alcuni di essi, in violazione dei parametri costituzionali sopra richiamati.

Deve essere quindi dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui stabilisce il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, nonché dell'art. 9, commi 1 e 3, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3», e dell'art. 12, comma 1, di detta legge.

14.– Restano assorbiti i motivi di censura formulati in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU.

PER QUESTI MOTIVI
LA CORTE COSTITUZIONALE

1) *dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5, comma 1, della medesima legge, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili;

2) *dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 1, della legge n. 40 del 2004, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3»;

3) *dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 3, della legge n. 40 del 2004, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3»;

4) *dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'art. 12, comma 1, della legge n. 40 del 2004.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 9 aprile 2014.

F.to:
Gaetano SILVESTRI, Presidente
Giuseppe TESAURO, Redattore
Gabriella MELATTI, Cancelliere

Depositata in Cancelleria il 10 giugno 2014.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Tribunale di Grosseto, ordinanza del 3 aprile 2014

MATRIMONIO CELEBRATO ALL'ESTERO – TRASCRIVIBILITÀ NEI REGISTRI DELLO STATO CIVILE – SUSSISTENZA – CONTRASTO CON L'ORDINE PUBBLICO – INSUSSISTENZA – TRASCRIZIONE – NATURA COSTITUTIVA – INSUSSISTENZA – NATURA CERTIFICATIVA – SUSSISTENZA

Il matrimonio civile tra persone dello stesso sesso, validamente celebrato all'estero, può essere trascritto nei registri dello stato civile in quanto non è contrario all'ordine pubblico. Tale trascrizione non ha natura costitutiva nell'ordinamento italiano ma assume soltanto carattere certificativo.

Riferimenti normativi
Art. 18 del D.p.r. n. 396/2000; artt. 27, 28, 65 della Legge n. 218/1995; artt. 84-88 e 115 c.c.

IL TRIBUNALE DI GROSSETO

Sciogliendo la riserva assunta all'udienza del 3 aprile 2014 nel procedimento n. 113/2014 V.G., osserva:

1. Il provvedimento di rifiuto dell'Ufficiale di Stato Civile del Comune di Grosseto di trascrivere nei registri dello stato civile l'atto di matrimonio celebrato con rito civile il 6.12.2012 a New York (USA) tra i sigg. G. C. e S. B. si fonda sulle seguenti motivazioni:

a) la normativa italiana non consente che persone dello stesso sesso possano contrarre matrimonio;

b) non è possibile trascrivere l'atto di matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso, "in quanto nel nostro ordinamento non è previsto il matrimonio tra soggetti dello stesso sesso in quanto in contrasto con l'ordine pubblico";

c) l'art. 27 della legge n. 218 del 1995 dispone che la capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo al momento del matrimonio;

d) non è applicabile, nel caso di specie, la normativa contenuta nella dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (CEDU), ancorché ratificata con la legge n. 849 del 1955, la quale la esclude stabilendo all'art. 9 che "il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio".

Il Pubblico Ministero ha espresso parere sfavorevole in ordine all'accoglimento del ricorso *ex* art. 95 del DPR n. 396 del 2000 presentato dai sigg. C. e B. avverso il succitato provvedimento di rifiuto dell'Ufficiale di Stato Civile del Comune di Grosseto sul presupposto che l'ordinamento italiano non attribuisce effetti giuridici al matrimonio celebrato tra persone dello stesso sesso e, pertanto, la trascrizione di unioni omosessuali non è possibile.

Sia l'Ufficiale di stato Civile del Comune di Grosseto sia il Pubblico Ministero hanno fatto riferimento, tra l'altro, alla sentenza n. 4184 del 15.3.2012 della Corte di cassazione.

2. Si osserva, innanzitutto, che il matrimonio civile tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero non è inesistente per lo stato italiano (Cass. n. 4184/12) e non è contrario all'ordine pubblico, come la Suprema Corte ha riconosciuto, sia pure non esplicitamente, nella seconda parte della motivazione della sentenza n. 4184/12 laddove ha richiamato la sentenza 24 giugno 2010 della Corte Europea dei diritti dell'uomo (prima sezione caso *Shalk e Kopf contro Austria*) con la quale è stato stabilito che "la Corte non ritiene più che il diritto al matrimonio di cui all'art. 12 della CEDU debba essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto", ed ha affermato che "il diritto al matrimonio riconosciuto dall'art. 12 della CEDU ha acquisito un nuovo e più ampio contenuto, inclusivo anche del matrimonio contratto tra due persone dello stesso sesso".

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

3. La normativa di riferimento per la trascrizione degli atti di matrimonio celebrati all'estero corrisponde, essenzialmente, alle seguenti disposizioni:

a) l'art. 18 del DPR n. 396 del 2000, secondo cui gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico;

b) l'art. 115 del codice civile, secondo cui il cittadino italiano è soggetto alle disposizioni contenute nella sezione I del capo III del titolo VI del libro primo anche quando contrae matrimonio in paese straniero secondo le forme ivi stabilite;

c) l'art. 27 della legge n. 218 del 1995, secondo cui "la capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo al momento del matrimonio";

d) l'art. 28 della legge n. 218 del 1995, secondo cui "il matrimonio è valido, quanto alla forma, se è considerato tale dalla legge del luogo di celebrazione o dalla legge nazionale di almeno uno dei coniugi al momento della celebrazione o dalla legge dello Stato di comune residenza in tale momento";

e) l'art. 65 della legge n. 218 del 1995, secondo cui "hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dall'autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producano effetti all'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa".

4. Alla luce delle sopra richiamate normative, il tribunale ritiene che l'atto di matrimonio oggetto del ricorso dei sigg. C. e B. possa essere trascritto nei registri dello stato civile del Comune di Grosseto, non essendo ravvisabile, nel caso di specie, alcuno degli impedimenti derivanti dalle stesse disposizioni in quanto:

a) come chiarito al punto 2, il matrimonio civile tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero non è contrario all'ordine pubblico;

b) nelle norme di cui agli artt. da 84 a 88 del codice civile non è individuabile alcun riferimento al sesso in relazione alle condizioni necessarie per contrarre matrimonio;

c) l'art. 27 della legge n. 218 del 1995 contiene un implicito richiamo alle condizioni necessarie per contrarre matrimonio di cui alla sezione I del capo III del titolo VI del libro primo del codice civile, dunque vale quanto precisato alla precedente lettera b);

d) è incontestato che il matrimonio celebrato all'estero è valido, quanto alla forma, se è considerato tale dalla legge del luogo della celebrazione, come nel caso di specie;

e) è incontestato che il matrimonio in oggetto è produttivo di effetti giuridici nell'ordinamento dello Stato dove è stato celebrato e non è contrario all'ordine pubblico;

e non essendo previsto, nel nostro ordinamento, alcun ulteriore e diverso impedimento derivante da disposizioni di legge alla trascrizione di un atto di matrimonio celebrato all'estero secondo le forme previste dalla legge straniera e che, quindi, spieghi effetti civili nell'ordinamento dello Stato dove è stato celebrato, non avendo tale trascrizione natura costitutiva ma soltanto certificativa e di pubblicità di un atto già valido di per sé sulla base del principio "*tempus regit actum*" (Cass. n. 17620/13; Cass. n. 10351/98).

P.T.M.

Ordina all'Ufficiale di Stato Civile del Comune di Grosseto di trascrivere nei registri di stato civile il matrimonio contratto in data 6.12.2012 in New York (USA) con rito civile tra C. G., nato a (…) in data (…) e B. S., nato a (…) (…) il (…).

Così deciso nella camera di consiglio del 3 aprile 2014.

Il Presidente
Paolo Cesare Ottati

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Corte d'appello di Firenze, prima sezione civile, decreto del 23 settembre 2014

MATRIMONIO CELEBRATO ALL'ESTERO – TRASCRIVIBILITÀ NEI REGISTRI DELLO STATO CIVILE – RICORSO AVVERSO IL DINIEGO – LEGITTIMAZIONE PASSIVA – COMUNE – INSUSSISTENZA – SINDACO COME UFFICIALE DELLO STATO CIVILE – SUSSISTENZA

Il decreto con cui il Tribunale di Grosseto ordinava all'ufficiale di stato civile del Comune di Grosseto di trascrivere nei registri di stato civile il matrimonio tra persone dello stesso celebrato all'estero, è nullo ai sensi dell'art. 354 c.pc. in quanto gli interessati avevano indirizzato il ricorso avverso il diniego dell'ufficiale dello stato civile non già al sindaco ma al Comune così da estromettere dalla controversia l'autorità statale, quale Ufficiale dello Stato Civile, parte necessaria del procedimento.

Riferimenti normativi
Artt. 1, comma 2, 9 del D.p.r. n. 396/2000; art. 354 c.p.c.

LA CORTE DI APPELLO DI FIRENZE
SEZIONE I CIVILE

composta dai Signori Magistrati:

Dott. Giulio De Simone	Presidente rel.
Dott. Andrea Ricucci	Consigliere
Dott. Domenico Paparo	Consigliere

ha pronunciato il seguente
DECRETO

nella causa iscritta al n. 225/2014 del ruolo generale della volontaria giurisdizione di questa Corte e vertente tra
Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Grosseto

RECLAMANTE
e

S.B. e G.C., rappresentati e difesi dagli Avv. Claudio Boccini e Fabiana Di Vincenzo

RESISTENTI
nonché

Ministero dell'Interno e Prefettura di Grosseto,
rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze

INTERVENUTI
nonché

Rete Lenford, rappresentata e difesa dall'Avv. Roberto Vergelli

INTERVENUTA

OGGETTO: stato civile.

Ritenuto, in via pregiudiziale, che l'interesse che legittima l'intervento adesivo dipendente nel processo in corso fra altri soggetti (art. 105, comma 2, c.p.c), quale quello dispiegato nel caso concreto dall'associazione denominata Rete Lenford deve essere non di mero fatto, ma giuridico, nel senso che tra adiuvante e adiuvato deve sussistere un vero e proprio rapporto giuridico sostanziale, tale che la posizione soggettiva del primo in questo rapporto possa essere anche solo in via indiretta o riflessa,

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

pregiudicata dal disconoscimento delle ragioni che il secondo sostiene contro il suo avversario in causa. Non ravvisandosi nella specie siffatto interesse va accolta la richiesta del P.G. e dichiarato inammissibile l'intervento.

Ritenuto, in via preliminare, che l'attività di tenuta dei registri dello stato civile costituisca prerogativa statale, svolta in via delegata secondo l'espressa previsione dell'art. 1 comma II del D.P.R. 396/2000: "Il sindaco, quale ufficiale del Governo, o chi lo sostituisce a norma di legge, è ufficiale dello stato civile." Persiste dunque un potere di sovraordinazione dell'amministrazione dello Stato rispetto all'attività svolta dal sindaco in siffatta materia, così come previsto dall'art. 9 del cennato D.P.R. 396/2000 e puntualizzato dalla costante giurisprudenza della corte di legittimità (da ultimo, Cass. Civ. Sez. unite n. 21658/2009). Nel caso concreto, il ricorso che gli interessati hanno proposto avverso il diniego dell'ufficiale dello stato civile è stato indirizzato non già al sindaco (che, come la giurisprudenza menzionata dagli stessi resistenti ha affermato, ne sarebbe stato legittimo destinatario ed avrebbe assunto la parte di contraddittore quale delegato del governo) ma al Comune, sia pure in persona del sindaco, così da pretermettere dalla controversia quella parte necessaria che è costituita, come s'è detto, dall'autorità statale. Né questa lacuna è stata sanata dalla successiva, eventuale costituzione in giudizio del sindaco, che avrebbe in ipotesi potuto comparire nella propria veste di delegato governativo: dal verbale dell'udienza tenutasi avanti al Tribunale di Grosseto risulta che nessuno è comparso per il sindaco (e neppure per il Comune). Si è dunque verificata quella situazione che, prevista dall'art. 354 c.p.c., impone la rimessione della causa al primo giudice. I resistenti B. e C. dovranno rifondere allo Stato le spese del presente grado, che sono liquidate in complessivi euro 3900,00 (...), oltre accessori di legge.

P.Q.M.

Dichiara la nullità del decreto impugnato e rimette le parti avanti al Tribunale di Grosseto. Condanna i resistenti B. e C., in solido tra loro, a rifondere all'Amministrazione dello Stato le spese del presente grado, liquidate in complessivi euro 3900,00 oltre accessori di legge.

Firenze, 19 settembre 2014

Il Presidente
Giulio de Simone

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Tribunale di Pesaro, decreto del 14 ottobre 2014

MATRIMONIO CELEBRATO ALL'ESTERO – TRASCRIVIBILITÀ NEI REGISTRI DELLO STATO CIVILE – INSUSSISTENZA – DIVERSITÀ DI SESSO COME REQUISITO NECESSARIO DEL MATRIMONIO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

Il matrimonio tra due persone dello stesso sesso celebrato all'estero non può essere trascritto nei registri dello stato civile perché, nell'ordinamento italiano, la diversità di sesso rappresenta uno dei requisiti essenziali per contrarre matrimonio e le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio. Tale conclusione non si pone in contrasto né con gli obblighi internazionali che l'Italia è tenuta ad osservare né con il divieto di discriminazione, di cui all'art. 3 Cost., in virtù della mancata comparabilità delle situazioni poste a confronto.

Riferimenti normativi
Art. 95 comma 1, del D.p.r. n. 396/2000, artt. 2 e 29 Cost.; artt. 8 e 12 Cedu; artt. 7 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

TRIBUNALE DI PESARO
DECRETO

Il Tribunale, riunito in camera di consiglio e composto dai magistrati:
dott. Mario Perfetti Presidente
dott.ssa Carla Fazzini Giudice
dott. Davide Storti Giudice relatore

visto il ricorso depositato in data 23.6.2014 dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Pesaro;
ritenuto che il ricorrente chiede, ai sensi dell'art. 95 comma 1, del DPR n. 396/2000, la cancellazione dai registri dello stato civile del Comune di Fano della trascrizione dell'atto di matrimonio celebrato in Olanda tra (....) e (....);
rilevato che si sono costituiti sia il Sindaco del Comune di Fano, tramite l'ufficiale dello stato civile dello stesso delegato, sia (...) ed (...);
sentite le parti;
vista la memoria depositata da (....) ed (...);

osserva

La nozione di matrimonio tutelato dalla Carta Costituzionale (art. 29) è quella stessa definita dal codice civile del 1942 che stabilisce che i coniugi debbano essere necessariamente di sesso diverso.

In tal senso si è espressa più volte la Corte Costituzionale (vedere Corte Costituzionale n. 138/2010 e n. 170/2014).

La normativa nazionale non si pone in contrasto con gli articoli 8 e 12 della Carta Europea dei Diritti dell'Uomo (Cedu) e con gli articoli 7 e 21 della Carta di Nizza.

La stessa Corte Europea ha infatti riconosciuto che, in assenza di un consenso tra i vari Stati nazionali sul tema delle unioni omosessuali, sono riservate alla discrezionalità del legislatore nazionale le eventuali forme di tutela per le coppie di soggetti appartenenti al medesimo sesso (vedere la decisione

della Corte Europea *H. contro Finlandia* del 13.11. 2012 e la decisione *Schalk ed Kopf contro Austria* del 22.11.2010).

La Corte Europea ha inoltre specificato nelle citate sentenze che nessuna norma impositiva deriva per gli Stati membri da una interpretazione anche estensiva dell'art. 12 della Cedu.

Ciò premesso, il matrimonio contratto all'estero tra soggetti dello stesso sesso non può essere qualificato come matrimonio per l'ordinamento italiano, mancando uno dei requisiti essenziali, e quindi non può produrre effetti giuridici (vedere in questo senso Cass. civ. n. 4184/2012).

La logica conseguenza è che non è possibile alcuna trascrizione, non sussistendo un matrimonio per l'ordinamento italiano.

L'atto in oggetto non può ricevere una tutela nell'attuale quadro normativo nemmeno qualificandolo come "semplice" unione tra soggetti di sesso diverso, giuridicamente rilevante per uno stato membro dell'Unione Europea.

Certamente – come riconosciuto dalla Corte Costituzionale – rientra nella nozione di formazione sociale disciplinata dall'art. 2 della Costituzione anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere una condizione di coppia, ottenendone il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri.

In ogni caso l'art. 2 della Costituzione non consente – come affermato sempre dalla Corte Costituzionale – una automatica equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio, spettando al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette (vedere in questo senso Corte Costituzionale n. 138/2010 e n. 170/2014).

Allo stato difetta nel nostro ordinamento una qualunque disciplina e tutela delle unioni tra soggetti dello stesso sesso.

Il giudice non può certamente sostituirsi al legislatore, stabilendo i diritti, le garanzie e gli obblighi delle unioni omosessuali.

D'altra parte, nel vuoto normativo esistente, la mancata trascrizione di una unione tra soggetti dello stesso sesso non dà luogo in sé al alcuna irragionevole discriminazione e quindi non costituisce una violazione dell'art. 3 della Costituzione, in quanto – come affermato dalla Corte Costituzionale – le unioni omosessuali, allo stato, non possono essere ritenute omogenee al matrimonio (vedere in questo senso Corte Costituzionale n. 138/2010).

Alla luce di tali considerazioni, le argomentazioni dei resistenti, pur apprezzabili, non possono trovare accoglimento, in quanto in contrasto con il diritto – nazionale e sovranazionale – vigente in materia, anche secondo l'interpretazione data dalla Corte Europea e sopra riportata.

Va dunque ordinata la cancellazione della trascrizione in oggetto.

La materia del contendere e le ragioni della decisione giustificano la compensazione delle spese di lite

per questo motivi

ordina la cancellazione dai registri dello stato civile del Comune di Fano della trascrizione del matrimonio celebrato in Olanda tra (...) e (...)
manda all'ufficiale dello stato civile del Comune di Fano per quanto di competenza;
compensa le spese di lite;
si comunichi alle parti.

Deciso in Pesaro in data 14 ottobre 2014

Il Presidente
dott. Mario Perfetti

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza del 30 luglio 2014

COPPIA DELLO STESSO SESSO – ADOZIONE DEL FIGLIO DEL PARTNER – MADRE BIOLOGICA E MADRE SOCIALE – NATURA INEQUIVOCABILENTE GENITORIALE DEL RAPPORTO – ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI – AMMISSIBILITÀ – DOPPIO COGNOME – AMMISSIBILITÀ

Nell'ipotesi di minore concepito e cresciuto nell'ambito di una coppia dello stesso sesso, sussiste il diritto ad essere adottato dalla madre non biologica, secondo le disposizioni sulla adozione in casi particolari *ex* art. 44 lett. D della Legge 4 maggio 1983, n. 184 e a prendere il doppio cognome, sussistendo, in ragione del rapporto genitoriale di fatto instauratosi fra il genitore sociale e il minore, tale riconoscimento concretizza l'interesse preminente del minore. La sussistenza di tale rapporto genitoriale di fatto e dell'interesse al riconoscimento della bigenitorialità deve essere valutato in concreto sulla base delle risultanze delle indagini psico-sociali. Il rapporto genitoriale nel caso di specie rappresenta di per sé una genitorialità "diversa", ma parimenti sana e meritevole di essere riconosciuta in quanto tale. In senso contrario al riconoscimento della bigenitorialità vi sarebbe, infatti, soltanto un convincimento diffuso in parte della società, esclusivamente fondato su pregiudizi e condizionamenti cui il Tribunale, quale organo superiore di tutela dell'interesse superiore del benessere psico-fisico dei bambini, non può e non deve aderire.

Riferimenti normativi
Art. 44 lett. D della Legge 4 maggio 1983, n. 184; art. 2 Cost.; art. 8 Cedu

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE PER I MINORENNI DI ROMA

Riunito in Camera di Consiglio in persona di:

Dott.ssa Carmelo Cavallo	PRESIDENTE relat.
Dott.ssa Anna Maria Contillo	GIUDICE
Dott. Enrico Iraso	GIUDICE ONORARIO
Dott.ssa Gilda Biffa	GIUDICE ONORARIO

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Svolgimento del procedimento
Letti gli atti del procedimento 429/14V.G. relativo alla minore (...), iniziato su ricorso *ex* art. 44 lettera d) L. 184/83, come modificata dalla L. 149/2001, proposto da (...) , in qualità di convivente di (...), madre della minore, si rileva quanto segue.

Nel ricorso la (....) riferiva che nel corso dell'anno 2001 aveva intrapreso una relazione sentimentale con l' (....) e, successivamente, nei primi mesi del 2004, quel rapporto si era trasformato in una convivenza stabile; già nel corso della relazione le due donne avevano sentito il desiderio di avere un figlio; decisero perciò di recarsi in Spagna presso l'abitazione del fratello della (...), che le ospitò per il tempo necessario all'espletamento delle procedure di procreazione assistita, per realizzare il progetto di genitorialità condivisa, offrendo loro ogni sostegno al riguardo. La ricorrente ha riferito che la scelta di portare avanti la gravidanza biologica è ricaduta sull' (...) unicamente in virtù della considerazione che, essendo quest'ultima più giovane, la probabilità di successo del percorso di procreazione assistita

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

sarebbe stata maggiore; ha inoltre riferito che la minore ha sempre convissuto con entrambe e che lei, sin dalla nascita di (...) ha gestito il ruolo di genitore, assistendola sia materialmente che affettivamente, anche per quanto riguarda i rapporti esterni alla famiglia, tanto che la bambina riconosce anche lei come "mamma"; le due donne, al fine di dare maggiori garanzia di stabilità possibili al loro rapporto, hanno sottoscritto accordi privati di regolamentazione della loro relazione anche con riguardo ai rapporti con (...), successivamente si sono iscritte nel Registro delle Unioni Civili del (...) dichiarando di costituire una coppia di fatto; infine, in data (...) hanno contratto matrimonio in Spagna.

La ricorrente richiede, alla luce dei rapporti instaurati e consolidati con la piccola (...) di poterla adottare ai sensi dell'art. 44, primo comma, lettera d) L. 184/83, come modificata dalla L. 149/2001.

All'udienza 28/04/2014 comparivano la ricorrente e la convivente.

La (...) svolge la professione di psicoterapeuta e riferisce che (...) gode di ottima salute, ha effettuato le vaccinazioni e frequenta la scuola materna, dove viene da lei accompagnata ogni mattina; la bambina si trova molto bene nella struttura scolastica poiché è socievole e versatile, non ha mai avuto, infatti, problemi di inserimento; la ricorrente riferisce, inoltre, che frequenta anche la Scuola di musica al (...) e alcune famiglie dell'Associazione Arcobaleno, avendo, sia lei che la sua compagna, ritenuto per la piccola (...) importante la conoscenza di bambini che vivono una realtà affettiva e familiare simile alla loro.

L' (...), che svolge la professione di agente di commercio, riferisce che lei e la (...) agiscono in perfetta sintonia e che (...) si relaziona con grande affetto ad entrambe. I suoi genitori frequentano (...) con cadenza settimanale e sono sempre stati al corrente della natura della sua relazione con la (...). che hanno sin da subito appoggiato, al punto di averle supportate, anche economicamente, nel progetto di procreazione assistita portato avanti in Spagna; (...) ha dichiarato, infine, di dare il suo consenso all'accoglimento del ricorso considerando la (...) madre di (...) a tutti gli effetti ed essendo sicura che anche la bambina percepisce come la sua mamma; conseguentemente chiede che (...) possa aggiungere al suo cognome quello della (....).

All'udienza 30/05/2014 comparivano l'assistente sociale e la psicologa del GIL Adozioni (...) quali riferivano che la ricorrente e la sua compagna sono apparse tra loro molto unite e coese nel loro progetto di vita, poiché considerano entrambe prioritario l'interessi di (...). Durante la visita domiciliare lo spazio abitativo è apparso adeguato e allegro; (...) viene descritta dalle operatrici come una bambina vivace, intelligente e carina; esse riferiscono che la piccola è apparsa ben inserita nella sua realtà familiare e che si relaziona con le due donne come ai suoi due genitori, manifestando un intenso legame affettivo con entrambe. Anche la responsabile della scuola dell'infanzia frequentata da (...), contattata per meglio definire il quadro di riferimento, ha comunicato alle operatrici che la bambina è socievole e serena, che incontra i compagni anche fuori dalla scuola, essendo accettata da questi ultimi con spontaneità.

Sia la psicologa che l'assistente sociale hanno dichiarato che dall'incontro con le due mamme non sono emersi elementi che possano indurre a ritenere l'esistenza di un qualsivoglia disagio o disturbo della bambina causato, in ipotesi, della sua realtà familiare, Le operatrici hanno condiviso sia con l' (...) che con la (...) la necessità per la bambina di "movimenti psicologici" idonei a consentirle l'elaborazione della sua storia familiare, ed in particolare della sua nascita.

Il procedimento veniva trasmesso al P.M.M. per il parere. Il P.M.M. esprime parere negativo all'accoglimento del ricorso perché nel caso di specie "manca il presupposto ineludibile della norma indicata, costituito da una situazione di abbandono".

MOTIVI DELLA DECISIONE

Ricostruzione dei principi di diritto applicabili alla fattispecie

Il Collegio ritiene che il ricorso meriti accoglimento. In sintesi, nella fattispecie che si occupa la ricorrente chiede di disporsi nei propri confronti l'adozione della figlia della propria convivente. Ebbene, nella nostra normativa di settore non v'è divieto alcuno, a giudizio di questo Collegio, per la persona singola, quale che sia il suo orientamento sessuale, ad adottare. Esclusivamente per l'adozione legittimante (nazionale ed internazionale) viene richiesto che ad adottare siano due persone unite da rapporto di coniugio riconosciuto dall'ordinamento italiano; ma nel nostro sistema il legislatore ha introdotto una seconda forma di adozione – l'adozione in casi particolari – in base alla quale, nell'interesse superiore del minore, la domanda di adozione può essere proposta anche la persona singola, ai sensi del combinato disposto dell'art. 44 lettera d) e dell'art. 7 della medesima L. 184/83. Nessuna limitazione è prevista espressamente, o può derivarsi in via interpretativa, con riferimento all'orientamento sessuale dell'adottante o del genitore dell'adottando, qualora tra di essi vi sia un rapporto di convivenza.

Più in particolare, il Collegio osserva quanto segue.

La ricorrente (...) chiede l'adozione in casi particolari della minore (...) figlia della propria convivente (...). Tale adozione è disciplinata dal Titolo IV della L. 4/05/1983 n. 184 (come modificata dalla legge 28 marzo 2001 n. 149) agli artt. 44-57.

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Si tratta di un tipo di adozione in "casi particolari", che mira a realizzare l'interesse del minore ad una famiglia in quattro specifiche ipotesi, in cui legislatore ha voluto facilitare il procedimento di adozione, per un verso ampliando il novero dei soggetti legittimati a diventare genitori adottivi e par altro verso, semplificando la procedura di adozione.

L'art. 44 della L. 184/1983 prevede quanto segue:

1. I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7:

a) da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, quando il minore sia orfano di padre e di madre;

b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge;

c) quando il minore si trovi nelle condizioni indicate dall'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e sia orfano di padre e di madre;

d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo.

2. L'adozione, nei casi indicati nel comma 1, è consentita anche in presenza di figli legittimi.

3. Nei casi di cui alle lettere a), c) e d) del comma 1 l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato. Se l'adottante è persona coniugata e non separata, l'adozione può essere tuttavia disposta solo a seguito di richiesta da parte di entrambi i coniugi.

4. Nei casi di cui alle lettere a) e d) del I comma l'età dell'adottante deve superare di almeno diciotto anni quella di coloro che egli intende adottare.

L'adozione c.d. "in casi particolari", disciplinata dal citato articolo, risponde all'attenzione del Legislatore di voler favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore e i parenti o le persone che già si prendono cura del minore stesso, prevedendo la possibilità di un'adozione con effetti più limitati rispetto a quella legittimante, ma con presupposti meno rigorosi. Viene data in tal modo rilevanza giuridica a tutte quelle situazioni in cui, pur essendo preminente la finalità di proteggere il minore, mancano le condizioni che consentono l'adozione con effetti legittimanti di un soggetto minore di età.

La *ratio legis* trova una espressa manifestazione nell'art. 57, n. 2, laddove impone al tribunale di verificare se l'adozione *ex* art. 44 L. 184/83 "realizza il preminente interesse del minore". Non si tratta di una precisazione superflua, bensì di grande rilevanza e significatività: è pur vero che tutta la normativa sull'adozione si ispira alla realizzazione di tale interesse, ma l'esigenza avvertita dal legislatore di far esplicito riferimento ad esso trova ragione proprio nel prospettato rilievo che la norma chiede requisiti meno rigorosi di quelli previsti per gli adottanti in via legittimante, con un procedimento più rapido e semplificato. Pertanto il legislatore con l'art. 44 della richiamata legge 184/83, oltre ad aver posto precisi limiti ed individuato casi tassativi per limitare la portata dell'istituto, lo circonda di ulteriori cautele, precisando che comunque sarà necessaria un'ulteriore valutazione: che l'adozione realizzi il "preminente interesse del fanciullo" (Corte di cassazione, Sez. Civile, sentenza 19 ottobre 2011, n. 21651). Peraltro, se l'apprezzamento e la realizzazione di tale interesse costituiscono il limite invalicabile dell'applicazione dell'istituto, essi rappresentano anche una importante chiave interpretativa dello stesso.

Come detto, l'adozione in casi particolari può applicarsi solo nei casi tassativi descritti dall'art. 44 L. 184/83, ciò al fine di delimitare la portata dell'istituto.

Nella fattispecie in esame, prevista dalla lettera d) del comma 1 del citato articolo, il minore può essere adottato, anche quando non ricorrono le condizioni per l'adozione legittimante, quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo.

Il P.M.M. esprime parere negativo in quanto ritiene che manchi il presupposto – a suo dire ineludibile – della norma "costituito da una situazione di abbandono". Il Collegio ritiene, invece, che la norma è molto chiara e inequivoca nel richiedere come presupposto l'impossibilità dell'affidamento preadottivo e non una situazione di abbandono.

Invero, il P.M.M., a giudizio del Collegio, ha qui seguito un'interpretazione estremamente restrittiva della norma che richiederebbe una impossibilità solo di fatto, e non di diritto, dell'affidamento preadottivo conseguente alla dichiarazione di adottabilità in favore di un minore abbandonato. La minore (...) non è stata dichiarata adottabile e non potrebbe esserlo in quanto mai la stessa è stata in situazione di abbandono, perché la bambina ha una madre naturale pienamente in grado di occuparsene. Nella fattispecie in esame la minore non è in una situazione di abbandono. In effetti il P.M.M. si rifà alla prima prassi applicativa, seguita negli anni '80, secondo la quale si ritenne che la norma si applicava ai minori adottabili ma non collocabili in affidamento preadottivo o perché affetti da gravi problemi sanitari e/o psicologici, comunque con caratteristiche tali da non poter essere accolti in affido preadottivo da alcuna delle coppie aspiranti all'adozione legittimante, o perché il forzoso distacco dagli affidatari "abusivi" avrebbe creato nel minore traumi irreversibili. Ebbene, ritiene invece il Collegio che questa lettura della norma ha retto soltanto nei primi anni dell'entrata in vigore della legge perché, successivamente, la giurisprudenza di merito ha dato di questo articolo un'interpretazione più ampia, riconoscendo che l'impossibilità di affidamento preadottivo può essere una impossibilità non solo di fatto, che consente di realizzare l'interesse preminente di minori in stato di abbandono ma non collocabili in affidamento pre-

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

adottivo, ma anche una impossibilità di diritto, che permette di tutelare l'interesse di minori (anche non in stato di abbandono) al riconoscimento giuridico di rapporti di genitorialità più compiuti e completi. Tale interpretazione è pienamene conforme alla *littera legis*, che prevede come unica condizione per l'adozione di cui all'art. 44, co. 1. lett. d) l'impossibilità dell'affidamento preadottivo e non l'impossibilità di fatto dell'affidamento preadottivo di un minore in stato di abbandono. Essa ha altresì consentito di realizzare l'interesse superiore del minore in linea con la *ratio legis*, che una interpretazione più restrittiva avrebbe invece seriamente limitato.

Proprio alla luce di tale interpretazione dell'art. 44, co. 1, lett. d), alcuni Giudici hanno disposto l'adozione di un minore a coppie di conviventi. Nella sentenza n. 526/2007 del Tribunale per i Minorenni di Milano si può leggere che: "*Nel caso di specie la presenza della madre che da sempre si occupa della figlia esclude la configurabilità dello stato di abbandono e dunque la giuridica impossibilità di procedere ad un affidamento preadottivo consente di ritenere integrato uno dei casi particolari, quello di cui alla lettera D, che consente di far luogo alla adozione e che è clausola residuale. Va quindi valutato in concreto ciò che può comportare maggiore utilità per il minore (utilità intesa come preminente somma di vantaggi di ogni genere e specie e minor numero di inconvenienti) nella prospettiva del pieno sviluppo della personalità del minore stesso e della realizzazione di validi rapporti interpersonali ed affettivi, tenuto conto delle particolarissime situazioni esistenziali che caratterizzano le persone coinvolte. Tale situazione di fatto appare meritevole di tutela nell'ambito delle ipotesi di adozione particolare nel rispetto dei principi della tutela del minore e del perseguimento del suo esclusivo interesse*".

Ancora, la Corte d'Appello di Firenze, nella sentenza n. 1274/2012, nel riformare la sentenza del Tribunale per i Minorenni di Firenze 20 marzo 2012, ha sostenuto che l'adozione si sensi dell'art. 44, co. 1, lett. b), che si riferisce all'ipotesi del coniuge, "*non può finire col pregiudicare lo status del minore della famiglia di fatto, equiparato dalla legge a quella dei figli legittimi*". Secondo la Corte d'Appello l'art. 44, co. 1, lettera d) non esclude questa possibilità quando ciò sia corrispondente all'interesse dell'adottando, dovendo il trattamento privilegiato accordato al matrimonio trovare un limite nei diritti inviolabili del minore, che non può subire effetti lesivi da una interpretazione restrittiva della norma.

Questo Collegio concorda con le interpretazioni operate nelle suddette sentenze.

La tesi enunciata dal P.M.M. secondo cui la minore (...) non è stata dichiarata adottabile e non potrebbe esserlo in quanto mai la stessa è stata in situazione di abbandono, perché la bambina ha una madre naturale pienamente in grado di occuparsene, non è dunque sostenibile, in quanto non v'è nulla nella lettera della norma e nella *ratio* della stessa che imponga tale interpretazione che, di per sé, potrebbe poi non corrispondere all'interesse superiore del minore. La norma non può e non deve essere interpretata nel senso di prevedere come presupposto l'impossibilità di affidamento preadottivo solo di fatto, ma anche, come nel caso di specie, di diritto. Ciò soprattutto alla luce della duplice circostanza che la lettera della norma è chiara nel senso di prevedere come presupposto dell'adozione di cui trattasi l'impossibilità di affidamento preadottivo senza ulteriori specificazioni, e quindi ricomprendendovi sia l'impossibilità di fatto dell'affidamento preadottivo sia quella di diritto, e che una diversa interpretazione non consentirebbe il perseguimento dell'interesse preminente del minore in situazioni, come quella di cui trattasi, in cui il figlio di soggetto convivente con l'adottante abbia con quest'ultimo un rapporto del tutto equivalente a quello che si instaura normalmente con un genitore, al quale però l'ordinamento negherebbe qualsiasi riconoscimento e tutela. Per ciò che concerne quest'ultimo profilo, consistente nel tutelare, nei limiti della lettera della norma e al fine di realizzare l'interesse del minore, rapporti di fatto instauratisi col tempo, è opportuno sottolineare che lo stesso ha da sempre trovato riconoscimento nella giurisprudenza, anche costituzionale. Ed infatti, la Corte Costituzionale (C. Cost. 198/1986) ha chiarito che dal "*criterio dell'adeguatezza in concreto discende (...) l'esigenza, da un lato, che siano conferiti al giudice poteri sufficienti a consentirgli di individuare la soluzione più idonea a soddisfare gli interessi del minore e, dall'altro, che possano trovare tutela positiva i rapporti creatisi col tempo tra il minore e gli affidatari*" essendo pertanto sempre necessario che il giudice valuti "*il superiore interesse del minore: in vista del quale la legge, in determinate situazioni, abbandona le soluzioni rigide, prevedendo che la valutazione (...) sia effettuata in concreto dal giudice nell'esclusivo interesse del minore*".

Alla luce delle considerazioni svolte, ritiene il Collegio che il presupposto di cui all'art. 44, co. 1. lett. d, cioè l'impossibilità dell'affidamento preadottivo, di fatto o di diritto, è realizzato nel caso di specie in quanto l'adottanda non trovasi in una situazione di abbandono e mai potrebbe essere collocata in affidamento preadottivo.

Né può ostare all'adozione della piccola (...) da parte della ricorrente la circostanza che la (...) non è, ai sensi dell'ordinamento italiano, coniugata con (...). Invero, un rapporto di coniugio tra il genitore dell'adottando e l'adottante è previsto solo dall'art. 44, co. 1. lett. b), e non dall'art. 44, co. 1, lett. d), che trova applicazione alla fattispecie *de qua*. Se il Legislatore avesse voluto estendere tale presupposto anche all'art. 44, co. 1. lett. d), lo avrebbe fatto espressamente. Invero, la diversa formulazione letterale delle due ipotesi di cui alla lett. b) e alla lett. d) pone fuor di dubbio l'interpretazione qui seguita. Dall'altra parte la già citata sentenza della Corte Costituzionale 198/1986 aveva già chiarito che, con riferimento proprio all'art. 44 L. 184/83, "*l'esigenza di adeguata considerazione di legami di fatto instauratisi trova nella*

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

nuova normativa un riconoscimento tanto penetrante, da indurre il legislatore a derogare, in alcuni casi, al requisito generale dell'esistenza o persistenza di un rapporto di convivenza o di coniugio tra gli affidatari". Dall'altra parte, anche le sentenze della Corti di merito italiane sopra richiamate (Tribunale per i Minorenni di Milano n. 626/2007 e Corte d'Appello di Firenze n. 1274/2012) hanno ritenuto di estendere la possibilità di adozione *ex* art. 44 lettera d) alle coppie di conviventi, ove la decisione corrisponda all'interesse primario del minore.

Peraltro, il criterio dell'*imitatio naturae*, in cirtù del quale l'adozione dovrebbe rispecchiare il modello dominante di famiglia tradizionale unita al vincolo del matrimonio, aveva già subito un ridimensionamento con la sentenza della Corte Costituzionale n. 145 del 1969 dove veniva precisato che con riferimento agli art. 3, 29 e 30 Cost., queste disposizioni "*non vincolano l'adozione dei minori al criterio dell'imitatio naturae"* esprimento, invero, una mera indicazione di preferenza per l'adozione da parte di una coppia di coniugi, sulla scorta dell'esigenza di garantire al minore la stabilità necessaria sotto il profilo educativo ed affettivo. La Corte osserva, dunque, che quello che occorre valutare in via prioritaria è l'interesse del minore, considerando soprattutto le situazioni caratterizzate dalla preesistenza di legami affettivi tra i soggetti dell'instaurando rapporto adottivo; la famiglia deve, infatti, possedere i caratteri dell'adeguatezza, da individuarsi però in concreto sulla base dell'interesse del minore.

D'altra parte osserva il Collegio che, rispetto alla citata pronuncia della Corte Costituzionale, la stabilità che il vincolo matrimoniale potrebbe garantire è oggi messa fortemente in discussione dall'elevatissima percentuale di separazioni e divorzi, essendosi dunque notevolmente affievolito negli anni il divario esistente tra la tradizionale indissolubilità caratterizzante il vincolo matrimoniale e le convivenze stabili.

Ne consegue che, ad avviso del Collegio, l'adozione *ex* art. 44, co. 1, lett. d) può essere disposta a favore del convivente del genitore dell'adottando, ricorrendone gli altri presupposti di legge.

La conclusione raggiunta non può non applicarsi, ad avviso del Collegio, anche a conviventi del medesimo sesso. Ciò, in primo luogo, ed ancora una volta, alla luce dell'inequivoco dato letterale di cui all'art. 44, co. 1, lett. d). Tale norma non discrimina tra coppie conviventi eterosessuali o omosessuali. Una lettura in senso diverso sarebbe, peraltro, contraria alla *ratio legis*, al dato costituzionale nonché ai principi di cui alla Convenzione Europea sui Diritti Umani e le Libertà Fondamentali ("Cedu"), di cui l'Italia è parte.

In primis, una lettura della norma in senso discriminatorio sarebbe contraria alla *ratio legis*. L'intenzione del Legislatore è quella di consentire, nei casi di cui all'art. 44, la realizzazione del preminente interesse del minore. Ferma restando la valutazione della fattispecie concreta, cui il Tribunale dei Minorenni è tenuto *ex* art. 57 L. 184/83, non può presumersi che l'interesse del minore non possa realizzarsi nell'ambito di un nucleo familiare costruito da una coppia di soggetti del medesimo sesso. Appare qui opportuno richiamare la sentenza della Corte di cassazione 601/12 in cui la Corte, rigettando il ricorso presentato dal padre contro l'affidamento esclusivo disposto dalla Corte di Appello di Brescia alla madre convivente con una educatrice conosciuta in una comunità di recupero, cui era legata da una relazione omosessuale, così argomenta: "*Alla base della doglianza del ricorrente non sono poste certezze scientifiche o dati di esperienza, bensì il mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale. In tal modo si dà per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino...*". Se la dannosità di un contesto familiare omosessuale per un minore non può presumersi, ad avviso del Collegio non può neppure presumersi che l'interesse preminente del minore non possa realizzarsi in tale contesto. Una interpretazione della norma volta ad escludere coppie omosessuali dalla possibilità di ricorrere alla adozione *ex* art. 44, co. 1. lett. d) sarebbe dunque in palese contrasto non solo con la lettura della legge ma anche con la sua *ratio.*

In secondo luogo, una lettura dell'art. 44, co. 1, lett d) che, contrariamente al dato letterale della norma, pretendesse di discriminare coppie omosessuali si porrebbe in conflitto con il dato costituzionale. A tal proposito, giova richiamare la sentenza della Corte Costituzionale n. 138/2010 in cui la Corte, pur non riconoscendo l'estensione della disciplina del matrimonio alle copie omosessuale come una modifica costituzionalmente obbligata e quindi operabile attraverso una sentenza additiva, allo stesso tempo afferma che "*per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri"*. La Corte Costituzionale riconosce, pertanto, alle unioni omosessuali il diritto fondamentale di vivere liberamente la propria condizione di coppia, così come è per le unioni di fatto fra persone di sesso diverso. Questo Collegio ritiene che il desiderio di avere dei figli, naturali o adottati, rientri nel diritto alla vita familiare, nel "*vivere liberamente la propria condizione di coppia*" riconosciuto come diritto fondamentale, anzi ne sia una delle espressioni più rappresentative. Pertanto, una volta valutato in concreto il superiore interesse del minore ad essere adottato e l'adeguatezza degli adottanti a prender-

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

sene cura, un'interpretazione dell'art. 44, co. 1, lett. d) L. 184/83 che escludesse l'adozione per le coppie omosessuali solo in ragione della predetta omosessualità, al tempo stesso riconoscendo la possibilità di ricorrere a tale istituto alle coppie di fatto eterosessuali, sarebbe un'interpretazione non conforme al dettato costituzionale in quanto lesiva del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) e della tutela dei diritti fondamentali (art. 2 Cost.), fra cui la Corte Costituzionale annovera quello delle unioni omosessuali a vivere liberamente la propria condizione di coppia.

In terzo luogo, un lettura dell'art. 44, co. 1, lett. d) che escludesse dalla possibilità di ricorrere all'istituto dell'adozione in casi particolari coppie di fatto omosessuali a motivo di tale orientamento sessuale si porrebbe in contrasto con gli artt. 14 e 8 della Cedu. Ed infatti, come chiarito dai giudici costituzionali (in particolare con le sentenze 348 e 349/2007 e 317/2009), l'art. 117, primo comma, della Costituzione opera come "rinvio mobile" alle disposizioni della Cedu – nell'interpretazione che ne dà la Corte europea dei diritti umani – che acquistano così titolo di fonti interposte e vanno ad integrare il parametro costituzionale di riferimento. Nel rispetto dei principi costituzionali, spetta quindi al giudice ordinario il compito di operare una "interpretazione convenzionalmente orientata" delle norme nazionali. Qualora questa via non fosse percorribile, questi dovrebbe sollevare la questioni di legittimità costituzionale innanzi alla Corte per contrasto con l'art. 117, comma 1, della Costituzione. La Corte Costituzionale attribuisce, perciò, ai giudici nazionali il dovere di "leggere" la norma nazionale muovendo verso un'interpretazione che sia conforme alle disposizioni della Cedu, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo, affermando come "*un incremento di tutela indotto dal dispiegarsi degli effetti della normativa Cedu certamente non viola gli articoli della Costituzione posti a garanzia degli stessi diritti, ma ne esplicita ed arricchisce il contenuto, innalzando il livello di sviluppi complessivo dell'ordinamento nazionale nel settore dei diritti fondamentali*" (Punto 8 del Considerato in diritto, sentenza 317/2009).

Ebbene, la Corte europea dei diritti umani si è recentemente pronunciata riguardo a un caso analogo a quello in esame (sentenza della Grande Camera, 19 febbraio 2013, *X e altri c. Austria*, ric. 19010/07), nel quale due donne, unite da una stabile relazione omosessuale, lamentavano il rigetto della richiesta avanzata da una di loro di adottare il figlio dell'altra senza rottura del legame giuridico tra madre biologica e figlia (adozione c.d. co-genitoriale). La Corte, osservando innanzitutto che in Austria, diversamente che in altri Paesi europei, non è consentito il matrimonio tra coppie omosessuali, e richiamando l'art. 3, par. 1 della Convenzione dei diritti del fanciullo di New York in base al quale il canone da tenere in maggiore considerazione è costituito dal miglior interesse del minore, ha ritenuto discriminatoria, per violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8 della Cedu, la legge austriaca che non consente l'adozione in tali casi, concessa invece alle coppie di fatto eterosessuali. I giudici austriaci, ha sostenuto la Corte, non sono stati messi in grado di esaminare nel merito la domanda di adozione onde valutare se quanto chiesto corrispondesse o meno all'interesse effettivo del minore, dal momento che l'accoglimento della domanda era, comunque, giuridicamente impossibile. Il Governo austriaco non ha, inoltre, ad avviso dei Giudici di Strasburgo, dimostrato che la protezione della famiglia, intesa in senso tradizionale, e l'interesse del minore richiedono l'esclusione delle coppie dello stesso sesso dalla c.d. *second-parent adoption* cui hanno accesso le coppie di fatto eterosessuali. La motivazione della sentenza, si fonda, dunque, in parte, sulla discriminazione operata dalla legge austriaca tra coppia di fatto eterosessuali e omosessuali e, in parte, sulla necessità per il giudice di merito di motivare perché l'interesse superiore del minore non può, nel caso di specie, essere tutelato dalla coppia omosessuale. Nel caso di specie il Collegio ritine che, in diritto, la legge italiana consente al convivente del genitore di un minore di adottare quest'ultimo a prescindere dall'orientamento sessuale dei conviventi. Una diversa interpretazione della norma sarebbe non solo contraria al dato letterale, alla *ratio legis* e a principi costituzionali ma anche ai diritti fondamentali garantiti dalla Cedu.

In conclusione, il Collegio ritiene che l'art. 44, co. 1, lett. d) consente alla ricorrente di adottare la minore (...), purché, in fatto, l'adozione risponda al preminente interesse della minore.

Applicazione dei principi di diritto al caso di specie

Osserva il Collegio, in via preliminare, che, alla luce delle motivazioni svolte, sarebbe illegittimo respingere la domanda sottoposta dalla (...) all'esame di questo Tribunale solo ed esclusivamente a motivo del suo orientamento sessuale, in aperto contrasto con la lettera e la *ratio* della norma, nonché con i principi costituzionali e i diritti fondamentali garantiti dalla Cedu. Fermo restando che, come sottolineato dalla Corte di Strasburgo, la possibilità di introdurre o meno il matrimonio per le coppie omosessuali, cosi come la decisione di ammetterle alla domanda di adozione, costituisce una scelta dei legislatori nazionali dei singoli Paesi, che dovranno operare il bilanciamento tra contrapposti interessi, la possibilità di evitare il pregiudizio di terzi, nel caso di specie di una bambina, ove l'interpretazione della legge già in vigore in uno Stato lo consenta, s'impone.

Nel caso di specie, non si può non tenere conto delle situazioni che sono da tempo esistenti e cristalizzate: (...) è nata e cresciuta con la ricorrente e la sua compagna, madre biologica della bimba, nulla ha di diverso rispetto a un vero e proprio vincolo genitoriale. Negare alla bambina i diritti e i vantaggi che

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

derivano da questo rapporto costituirebbe certamente una scelta non corrispondente all'interesse della minore, che, come indicato dalla Corte Costituzionale stessa e dalla Corte europea dei diritti umani, occorre sempre valutare in concreto.

Nel caso di specie non si tratta, infatti, di concedere un diritto *ex novo*, creando una situazione prima inesistente, ma di garantire la copertura giuridica di una situazione di fatto già esistente da anni, nell'esclusivo interesse di una bambina che è da sempre cresciuta e stata allevata da due donne, che essa stessa riconosce come riferimenti affettivi primari, al punto tale da chiamare entrambe "mamma". L'art. 44, co. 1, lett. d) della richiamata legge costituisce, a tal fine e da sempre, l'apposito strumento, configurandosi come una "porta aperta" sui cambiamenti che la nostra società ci propone con una continuità ed una velocità cui il Legislatore fatica a tenere dietro, ma cui il Giudice minorile non può restare indifferente, se in ogni suo provvedimento deve, effettivamente, garantire l'interesse superiore del minore.

Oltre a ciò occorre sottolineare che le due donne hanno utilizzato tutti gli strumenti giuridici a loro disposizione per ufficializzare la forza e la stabilità del loro progetto di vita, dalla sottoscrizione di accordi privati alla iscrizione nel Registro delle Unioni Civili – unici strumenti previsti allo Stato in Italia – al matrimonio celebrato in Spagna.

Or dunque, se uno dei motivi, per i quali la legge indica nelle coppie coniugate il nucleo maggiormente idoneo per l'adozione dei minori è costituito da stabilità, così come sostenuto dalla Corte Costituzionale stessa, non pare che nel caso di specie emergano elementi in contrasto, dato che le due donne convivono orami stabilmente da più di dieci anni ed hanno voluto contrarre, per rafforzare il loro reciproco impegno di fedeltà, il vincolo matrimoniale in uno dei Paesi europei che riconosce tale diritto a tutti gli uomini e le donne.

Sotto il profilo economico-assistenziale, la ricorrente ha costituito garanzie a favore e a tutela della minore, inserendola quale beneficiaria sia nella propria assicurazione sanitaria ENPAP, sia nella propria polizza integrativa privata (...). La ricorrente esercita la professione di psicoterapeuta in (...) ed ha dimostrato di avere un reddito sufficiente a sostenere, in collaborazione con la convivente (...) i bisogni dell'adottanda, nonché a fornirle ogni sostegno psicologico necessario al di lei percorso evolutivo, tenuto anche conto della sua professione.

Occorre qui considerare come degne della massima considerazione le valutazioni estremamente positive che la psicologa, l'assistente sociale e l'insegnante hanno riportato sullo stato di salute fisica e psicologica di (...), che è apparsa a tutti serena, unita da un profondo legame affettivo alle sue due madri, e assolutamente bene inserita nell'ambiente scolastico e familiare che la circonda, ove tra l'altro, grazie anche alla presenza costante dei nonni, ha modo di osservare vari modelli di coppie esistenti, non risultando per tanto isolata o pregiudicata a livello emotivo in alcun modo.

Tanto meno può essere sottovalutato che è stata la madre (...) a chiedere esso stessa che venga riconosciuta in genitorialità anche della donna che ha, sin da prima del concepimento, insieme con lei, intrapreso e sostenuto questo progetto di maternità, ritenendola madre a tutti gli effetti, condividendo con lei compiti educativi e assistenziali, partecipando entrambe all'affetto della bambina e ricambiando parimenti entrambe, con slancio ed abnegazione intelligente, per garantirle la migliore qualità di vita in un periodo così importante quale è l'infanzia. E', difatti, proprio in questo momento evolutivo che i bambini contribuiscono dei *modelli interni* delle rappresentazioni, delle esperienze di relazione che nella realtà hanno luogo con la figura che maggiormente si è presa cura di loro sin dalla nascita e, pertanto, non necessariamente definibile genitoriale, tanto meno appartenente ad un preciso orientamento sessuale.

Peraltro, i giudici onorari, che hanno partecipato alla decisione del Collegio, affermano che il benessere psicosociale dei membri dei gruppi familiari non sia tanto legato alla forma che il gruppo assume, quanto alla qualità dei processi e delle dinamiche relazionali che si attualizzano al suo interno. In altri termini, non sono né il numero né il genere dei genitori a garantire di per sé le condizioni di sviluppo migliori per i bambini, bensì la loro capacità di assumere questi ruoli e le responsabilità educative che ne derivano.

In particolare, hanno messo in evidenza come ciò che è importante per il benessere dei bambini è la qualità dell'ambiente familiare che i genitori forniscono loro, indipendentemente dal fatto che essi siano dello stesso sesso o che abbiano lo stesso orientamento.

Il Collegio ritiene che la normativa deve poter essere interpretata alla luce delle emergenze sociali che bastano per il riconoscimento di nuove forme di genitorialità. E nel caso di specie l'interpretazione della norma è nel senso di essere applicabile a tali nuove forme di genitorialità, senza forzatura alcuna.

Gli elementi sui quali il Collegio ha posto la sua attenzione, nella convinzione che può, non essendovi alcun divieto nella legge in vigore, e deve aderire a questa interpretazione, sono il benessere e la tutela di un sano sviluppo psicologico della piccola (...) il cui unico pregiudizio nel percorso di crescita andrebbe presumibilmente rintracciato nel convincimento diffuso in parte della società, esclusivamente fondato, questo si, su pregiudizi e condizionamenti cui questo Tribunale, quale organo superiore di tu-

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

tela del benessere psicofisico dei bambini, non può e non deve aderire stigmatizzando una genitorialità "diversa", ma parimenti sana e meritevole di essere riconosciuta in quanto tale.

Appare qui opportuno richiamare ancora una volta la già citata sentenza della Corte di cassazione 601/12 in cui il Supremo Collegio ha rigettato il ricorso contro l'affidamento esclusivo di una minore alla madre convivente con una donna cui era legata da una relazione omosessuale, ritenendo che "*alla base della doglianza del ricorrente non sono poste certezze scientifiche o dati di esperienza, bensì il mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale. In tal modo si dà per scontato ciò che in vece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino...*".

In conclusione il Collegio ritiene che il ricorso proposto dalla ricorrente deve essere accolto in quanto ne sussistono tutti i presupposti di diritto e di fatto ed atteso che risponde all'interesse della minore: essere adottata dalla ricorrente, la quale costituisce per (...) un riferimento stabile e significativo ed ancora che la madre della bambina ha espresso il suo consenso a tal fine. Per l'effetto, l'adottata aggiungerà il cognome dell'adottante al proprio cognome di origine, così come richiesto dalla (...)

PQM

su difforme parere del P.M.M.
letto l'art. art. 44 lettera d) L. 184/83 e successive modifiche;

DISPONE

- farsi luogo all'adozione di (...);
- che la minore (...) aggiunga il cognome dell'adottante al proprio e si denomini (...)

ORDINA

la comunicazione per esteso al P.M.M. in sede, alla ricorrente (...), alla madre della minore (...), a mezzo fax al G.I.L. adozioni del Municipio (...) e, una volta divenuta esecutiva, all'Ufficiale dello Stato Civile del Comune di (...) per la trascrizione di rito.

Così deciso in Roma il 30/06/2014.

LA PRESIDENTE
Carmela Cavallo

GenIUS anno I, numero 2: dicembre 2014 · · ·

Indice per autori

57 ***Maria Acierno:*** Il ruolo delle Corti nella nozione di famiglia e matrimonio

195 ***Giacomo Biagioni:*** La trascrizione dei matrimoni *same-sex* conclusi all'estero nel recente provvedimento del Tribunale di Grosseto

6 ***Giuditta Brunelli:*** Dimensione antidiscriminatoria del principio di eguaglianza e diritto fondamentale di contrarre matrimonio

126 ***Lucilla Conte:*** "Anche nelle situazioni minoritarie e anomale". La sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale e l'istituto matrimoniale tra vecchie resistenze e nuove aperture

135 ***Michele Di Bari:*** La sentenza n.170/2014 della Corte costituzionale: un discorso tutto italiano

164 ***Dimitri Dimoulis, Soraya Lunardi:*** Sacralità del testo costituzionale ed eresia interpretativa. La sentenza della Corte suprema brasiliana sulle unioni civili omosessuali

63 ***Massimo Dogliotti:*** I diritti della coppia omosessuale tra matrimonio e famiglia di fatto

26 ***Gilda Ferrando:*** Le coppie dello stesso sesso in Italia: matrimonio o *partnership?*

109 ***Federico Ferrari:*** Omogenitorialità, eterosessismo e ricerca scientifica

213 ***Daniele Gallo:*** Legge applicabile alle coppie dello stesso sesso e trattamento dei funzionari internazionali nel sistema delle Nazioni Unite: una rivoluzione è in atto?

96 ***Anna Maria Lecis Cocco Ortu:*** L'omogenitorialità davanti alla Corte di Strasburgo: il lento ma progressivo riconoscimento delle famiglie con due padri o due madri

12 ***Barbara Pezzini:*** Riconoscere, negare o giustificare la discriminazione matrimoniale delle persone omosessuali? A proposito dell'interpretazione sistematico-originalista del matrimonio nell'articolo 29 Cost.

85 ***Alessandra Pioggia:*** La disciplina in materia di procreazione e la riconquistata legittimità della fecondazione eterologa: un altro passo avanti per una legge che resta indietro

188 ***Francesco Rizzi:*** Nuovi spazi di libertà ed eguaglianza nell'era dei *social network*. Note a margine della decisione del Consiglio di Stato del 21 febbraio 2014

158 ***Graziella Romeo:*** A proposito delle strategie argomentative nelle controversie in tema di discriminazione: il caso del "danno da nascita" tra orientamento sessuale e appartenenza razziale

120 ***Chiara Saraceno:*** Dalla coppia alla genitorialità delle persone dello stesso sesso

175 ***Angelo Schillaci:*** Dignità umana, comparazione e transizioni di genere. La lezione della Corte suprema dell'India

67 ***Elena Sorda:*** Le unioni civili del progetto Cirinnà in prospettiva comparata. Note sulla proposta italiana a confronto con i *Pacs* francesi e la *civil partnership* inglese

143 ***Angioletta Sperti:*** Il matrimonio *same-sex* negli Stati Uniti ad un anno dalla sentenza *Windsor.* Una riflessione sugli sviluppi giurisprudenziali a livello statale e federale

42 ***Kees Waaldijk:*** Great diversity and some equality: non-marital legal family formats for same-sex couples in Europe

35 ***Robert Wintemute:*** Marriage, adoption, and donor insemination for same-sex couples: does European case law impose any obligations on Italy?

GenIUS

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvg 2023 n. 4089/14 cron.
Codice ISSN: 2384-9495
genius@articolo29.it