GenIUS

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

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA TRIB. BOLOGNA · ISSN 2384-9495 · DICEMBRE 2016

2016/2

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 Gattuso, Barbara Pezzini

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

Referees
Emanuela Abbatecola, Rosalba Alessi, Esther Arroyo Amayuelas, Chris Ashford, Marzia Barbera, Vittoria Barsotti, Maria Caterina Baruffi, Roberto Bin, Nerina Boschiero, Giuditta Brunelli, Frances Burton, Ruggiero Cafari Panico, Carlo Casonato, Massimo Cavino, Eleonora Ceccherini, Paolo Cendon, Nicola Cipriani, Roberta Clerici, Giovanni Comandé, Marco Cuniberti, Marilisa D'Amico, Marcella Distefano, Massimo Dogliotti, Emilio Dolcini, Ascensión Elvira Perales, Carla Facchini, Carla Faralli, Vincenzo Ferrari, Arianna Fusaro, Alfredo Galasso, Orsetta Giolo, Victor Luis Gutiérrez Castillo, Francesca Ippolito, Silvia Marino, Francesco Munari, Gaetano Natullo, Silvia Niccolai, Fernanda Nicola, Rosanna Pane, Luigi Pannarale, Baldassare Pastore, Marco Pelissero, Mario Perini, Tamar Pitch, Salvatore Patti, Alessandra Pioggia, Antonio Prunas, Roberto Pucella, Andrea Pugiotto, Roberto Romboli, Giulia Rossolillo, Francesco Salerno, Amedeo Santosuosso, Scott Titshaw, Roberto Toniatti, Elena Urso, Maria Carmela Venuti, Filippo Viglione, Alessandra Viviani, Chiara Volpato, Danaya C. Wright, Andreas R. Ziegler

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 1: La legge n. 76/2016: contenuti, problemi, prospettive

a cura di Angelo Schillaci

6 ***Gilda Ferrando:*** Le unioni civili. Prime impressioni sulla riforma

18 ***Angelo Schillaci:*** Le unioni civili in Senato: diritto parlamentare e lotta per il riconoscimento

46 ***Matteo M. Winkler:*** Il piombo e l'oro: riflessioni sul caso *Oliari c. Italia*

62 ***Geremia Casaburi:*** La costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso

75 ***Claudia Madonia:*** *Separate but equal?* Il nuovo istituto dell'unione civile tra persone dello stesso sesso

86 ***Gianclaudio Malgieri:*** L'unione civile alla prova del diritto internazionale privato: all'ombra di una delega legislativa

102 ***Stefania Stefanelli:*** Adozione del figlio del *partner* nell'unione civile

131 ***Elena Falletti:*** Quando l'assenza è più forte di una presenza: lo stralcio del dovere di fedeltà tra matrimonio e unione civile

141 ***Alberto Figone:*** La disciplina della convivenza

Focus 2: Educazione e genere

a cura di Roberta Dameno

147 ***Roberta Dameno:*** Presentazione

150 ***Mario Perini:*** Educazione alla parità di genere: tra autonomia individuale, spirito repubblicano, famiglia e competenze regionali (senza dimenticare la libertà di insegnamento)

167 ***Nausica Palazzo, Graziella Romeo:*** Una pastorale americana: la *transgender youth* nella prospettiva del diritto costituzionale degli Stati Uniti

178 ***Federico Ferrari:*** Pensare il genere e parlare di genere: distinguere livelli, obiettivi e contesti

Interventi

194 ***Gian Paolo Dolso:*** I profili processuali della sentenza costituzionale sulla *stepchild adoption*

212 ***Francesco Rizzi:*** Soffia il vento del cambiamento: sapremo *costruire i mulini?*

Osservatorio documenti *a cura di Carmelo Danisi*

229 Decreto Legislativo 19 gennaio 2017, n. 5, *Adeguamento delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni, nonché modificazioni ed integrazioni normative per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettere a) e c), della legge 20 maggio 2016, n. 76*

238 Decreto Legislativo 19 gennaio 2017, n. 6, *Modificazioni ed integrazioni normative in materia penale per il necessario coordinamento con la disciplina delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera c), della legge 20 maggio 2016, n. 76*

240 Decreto Legislativo 19 gennaio 2017, n. 7, *Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera b), della legge 20 maggio 2016, n. 76*

242 Italia, Decreto del Ministro dell'Interno 27 Febbraio 2017

Osservatorio decisioni *a cura di Carmelo Danisi*

246 Corte europea dei diritti umani, decisione del 30 giugno 2016, *Taddeucci e McCall c. Italia*

253 Corte europea dei diritti umani, decisione del 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*

271 Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza del 21 giugno 2016, n. 19599

284 Corte di appello di Milano, decreto del 28 ottobre 2016

288 Tribunale per i minorenni di Milano, sentenza del 17 ottobre 2016, n. 261

304 Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, ordinanza del 7 dicembre 2016

306 Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia, sentenza del 14 dicembre 2016

318 Tribunale di Rovereto, ordinanza del 21 giugno 2016

325 Corte costituzionale, sentenza del 24 febbraio 2016, n. 76

332 Announcement: The LawsAndFamilies Database

Focus

La legge n. 76/2016: contenuti, problemi, prospettive

*Gilda Ferrando**

Le unioni civili. Prime impressioni sulla riforma

Sommario

1. Genitori e figli – 2. Unioni civili e matrimonio egualitario – 3. Unioni civili e convivenze – 4. Le unioni civili – 4.1. La celebrazione – 4.2. Condizioni e impedimenti – 4.3. Effetti tra le parti e nei confronti dei terzi – 4.4. La crisi del rapporto – 5. Per concludere

Abstract

L'A. ricostruisce i tratti essenziali della legge n. 76/2016, in tema di unioni civili e convivenze di fatto. Per un verso, la legge viene inserita nel quadro del processo di riconoscimento del diritto alla vita familiare per le coppie formate da persone dello stesso sesso, alla luce della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale in materia, mettendo in luce le molte analogie e le principali differenze rispetto all'istituto matrimoniale. Per altro verso, particolare attenzione viene dedicata all'esclusione di ogni riferimento alla posizione e alla tutela dei minori nati, accolti o cresciuti in famiglie omogenitoriali, e al vuoto di tutela che in questo modo si è confermato.

The author illustrates the main features of the Act n. 76/2016 on Civil partnerships and cohabitations. The new legislation is interpreted under the same-sex couples' right to family life, in light of the supranational and Italian constitutional case law. In particular, the paper highlights analogies and differences respect to the marriage. On the other hand, the paper deals with the exclusion from the new legislation of any references on children born and/or grown up within homosexual parents, that confirmed a lack of protection in our system.

Premessa

Il testo approvato al Senato nel marzo scorso non è certo il migliore dei testi possibili: le unioni civili non sono il matrimonio egualitario, l'adozione del figlio del *partner* non c'è più. Dal punto di vista più strettamente tecnico, poi, il maxiemendamento non sempre è di agevole lettura e coordinamento con il sistema.

Nonostante tutto, si tratta di una riforma molto importante, che garantisce alle coppie dello stesso sesso il diritto di ottenere il riconoscimento solenne e formale dell'unione, e uno status analogo a quello coniugale. Sarebbe quindi un errore sottovalutarne la rilevanza[1].

* Già ordinaria di Diritto civile, Università di Genova.

1 Per una serie di considerazioni in questa prospettiva cfr. M. Gattuso, *Cosa c'è nella legge sulle unioni civili: una prima guida*, in *Articolo29*, www.articolo29.it; G. Casaburi, *Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili), ivi;* F. Romeo, M.C. Venuti, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2015, pp. 971 ss.

1. Genitori e figli

Il punto più dolente del testo approvato è, a mio parere, lo stralcio dell'adozione del figlio del *partner* perché dimostra, ancora una volta, quanto poco stiano a cuore i diritti dei più deboli, quanto sia facile proclamarli a parole e rinnegarli nei fatti. La legge, anche nel testo originario, ha sempre escluso che le coppie unite da unione civile potessero aspirare all'adozione piena di un bambino abbandonato, secondo quanto dispongono gli artt. 6 ss. della l. n. 184/1983. Prevedeva invece che un *partner* potesse adottare il figlio dell'altro, analogamente a quanto può fare il coniuge (art. 44, lett. *b)*) e nel rispetto delle altre condizioni previste per i "casi particolari" di adozione.

L'adozione in casi particolari è un tipo di adozione diverso dall'adozione piena per i presupposti (manca lo stato di abbandono), per i requisiti dell'adottante (può essere anche una persona singola e non necessariamente una coppia unita in matrimonio), per gli effetti (non interrompe i rapporti con la famiglia di origine dell'adottato), per il tipo di procedimento giudiziale. Si tratta di un'adozione finalizzata a garantire, secondo quanto dispone l'art. 57, il "preminente interesse del bambino", che il giudice deve accertare, in riferimento alla effettiva situazione familiare ed esistenziale di ciascun bambino secondo i parametri, ed avvalendosi degli strumenti di accertamento, elencati in modo puntuale dalla norma.

La richiesta di formalizzazione del rapporto di filiazione da parte del compagno o della compagna del genitore mira ad ottenere le garanzie giuridiche che lo mettano al riparo dai rischi (ad esempio, per il caso di morte del genitore biologico, o di rottura della vita comune) e dalle incertezze che lo caratterizzano nei confronti dei terzi (si pensi alle istituzioni scolastiche o sanitarie). E dunque in linea di principio — e salvo verifica in ciascun caso specifico — intende garantire al bambino la stabilità degli affetti e delle relazioni familiari di fatto già presenti nella sua vita. La tutela dell'interesse del bambino richiede garanzia della continuità delle relazioni affettive[2].

È dunque molto grave che la questione dell'adozione sia stata stralciata. Il dibattito parlamentare si è purtroppo focalizzato sulla condotta dei genitori, prospettandosi da alcuni come preminente l'esigenza di rafforzare la sanzione penale per il ricorso alla maternità surrogata all'estero. In tal modo si ripropone quella logica — che speravamo ormai estranea al sistema — per cui il diritto dei figli allo *status* ed alla relazione con i genitori viene condizionato dalla supposta esigenza di sanzionare e/o prevenire condotte dei genitori ritenute "devianti". Si tratta di una logica ormai completamente abbandonata dal legislatore, persino in quelle situazioni — come l'incesto — in cui la condotta dei genitori suscita particolare riprovazione sociale (v. art 251 cc.)[3]. Prevale infatti la considerazione che il bambino, con la nascita, acquista piena dignità di persona e merita quindi piena tutela anche con riguardo alla costituzione dello *status filiationis* che è aspetto fondamentale dell'identità individuale[4]. Ci si chiede dunque perché tale logica riemerga oggi per sanzionare il ricorso alla gestazione per altri all'estero in Paesi (come il Canada e la California) che la ammettono e la disciplinano[5].

Eliminato il riferimento alla c.d. *stepchild adoption*, il testo approvato dal Senato precisa tuttavia che "resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti" (comma 20). Nel silenzio del legislatore, dovranno essere ancora una volta i giudici a garantire il diritto dei figli alla certezza e stabilità del rapporto con coloro che effettivamente esercitano la funzione genitoriale.

Conserva così attualità ed interesse la giurisprudenza che in questi anni, sempre più numerosa, si confronta con i problemi che si pongono nelle famiglie arcobaleno, sia nel fisiologico svolgimento del rapporto sia nel momento della crisi. Nel silenzio del legislatore, ai giudici si chiede di garantire il diritto dei figli alla certezza e stabilità del rapporto con coloro che effettivamente esercitano la funzione genito-

2 Se ne ha conferma dalla legge sul "diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare" (l. n.173/2015).

3 In questa direzione si segnalano anche Corte costituzionale, sentenza del 23 febbraio 2012, n. 31; Corte costituzionale, sentenza del 23 gennaio 2013, n. 7: la corte ha escluso che la condanna per il reato di alterazione di stato giustifichi, come sanzione accessoria, l'automatica decadenza dalla potestà/responsabilità dei genitori, dovendo anche in tal caso il giudice valutare, nell'esclusivo interesse del bambino, l'effettiva qualità della relazione e l'opportunità di salvaguardarla.

4 Tra le altre, v. Corte costituzionale , sentenza del 28 novembre 2002, n. 494, in *Familia*, 2003, p. 841, con note di G. Ferrando e S. Landini.

5 Per una panoramica, v. da ultimo, A. Querci, *La maternità "per sostituzione" fra diritto interno e carte internazionali*, in *Famiglia e diritto*, 2015, pp. 1142 ss. Più ampiamente, v. I. Corti, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000; Ead., *La maternità per sostituzione*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, *Il governo del corpo*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, I, pp. 1491 ss.; P. Zatti, *Maternità e surrogazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, II, pp. 193 ss. Esclude che sia penalmente perseguibile la GPA realizzata all'estero e che possa configurarsi il reato di alterazione di status nella richiesta di trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero Corte di cassazione, sentenza del 5 aprile 2016, n. 13525.

riale. Ma l'intervento giudiziale, necessariamente episodico, frammentario e incerto nei suoi esiti, solo in modo imperfetto può attuare il diritto dei bambini alla "propria famiglia" (art. 1, legge n. 184/1983).

Sono sempre più frequenti i casi in cui si chiede il riconoscimento della doppia genitorialità. Quando le coppie dello stesso sesso ricorrono alla fecondazione assistita all'estero si pone il problema del riconoscimento in Italia dello *status* nei confronti di due madri o di due padri, cosa che da noi non è prevista. La casistica esibisce un ventaglio di situazioni differenti. La Corte di cassazione, confermando la decisione della Corte di appello di Torino, ha ammesso il riconoscimento dello *status* di una bambina nata in Spagna con fecondazione eterologa da una coppia di donne lesbiche, ivi coniugate, e ivi registrata come figlia di entrambe[6]. Anche la Corte di appello di Milano ha riconosciuto lo *status* conseguito in Spagna da una bambina nata per fecondazione eterologa da una coppia di donne ivi coniugate ed adottata dalla co-madre con adozione "piena", secondo quanto prevede la legge spagnola[7]. Altre volte, in applicazione dell'art. 44, lett.d), l. n. 184/1983, è stata accolta la domanda di adozione in casi particolari da parte della compagna della madre biologica che aveva fatto ricorso alla fecondazione eterologa all'estero[8]. Anche in caso di GPA (gravidanza per altri) all'estero, il Tribunale per i minorenni di Roma ha ritenuto di poter pronunciare l'adozione in casi particolari a favore del compagno del padre biologico[9]. Questa giurisprudenza muove da un'interpretazione dell'art. 44 l. adoz, lett. d) tale per cui la nozione di "impossibilità di affidamento preadottivo", va intesa non solo nel senso di impossibilità "di fatto", ma anche in quello di impossibilità "di diritto", intendendosi tale quella derivante dalla mancanza dei presupposti giuridici per procedere all'adozione "piena"[10]. Dall'altro lato si considera che il ricorso all'adozione, sia pur nella sua forma "*minor*", corrisponda al preminente interesse del bambino, riguardato come persona, nella concretezza della sua vicenda esistenziale, in quanto consente di formalizzare una relazione già esistente di fatto e valutata nel corso dell'istruttoria come elemento positivo nella crescita del bambino.

La valorizzazione dei legami familiari di fatto, secondo la dottrina elaborata dalla Corte europea di Strasburgo[11], il rifiuto della logica sanzionatoria, secondo i principi ormai sanciti dalla riforma del-

6 Corte di cassazione, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599; Corte di appello di Torino, sentenza del 29 ottobre 2014, in *Famiglia e diritto,* 2015, p. 822, con nota di M. Farina

7 Corte di appello di Milano, sentenza del 1º dicembre 2015, in *Famiglia e diritto*, 2016, con nota di F. Tommaseo. Per il riconoscimento di adozione "incrociata" da parte di co-mamme avvenuta all'estero, v. App. Napoli 5 aprile 2016, in articolo29.it. In un altro caso di domanda di riconoscimento di adozione piena pronunciata negli USA il Tribunale per i minorenni Bologna (10 novembre 1014, in *Articolo29,* www.articolo29.it) solleva la questione di legittimità costituzionale "degli artt. 35, 36 della legge 184/1983 nella parte in cui — come interpretati secondo diritto vivente — non consentono al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore adottato (all'estero), il riconoscimento della sentenza straniera che abbia pronunciato la sua adozione in favore del coniuge del genitore, a prescindere dal fatto che il matrimonio stesso abbia prodotto effetti in Italia (come per la fattispecie del matrimonio tra persone dello stesso sesso)". La questione è stata dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale (sentenza del 7 aprile 2016, n. 76) la quale ha ritenuto applicabile, nel caso di specie, l'art. 41, c. 1, l. 218/2015 e non gli artt. 35, 36, l. 184/1983 (cui fa rinvio il comma 2 dell'art. 41, l. 218).

8 Si è infatti ritenuto, da un lato, che la nozione di "impossibilità di affidamento preadottivo", secondo l'interpretazione ormai corrente, vada intesa non solo nel senso di impossibilità "di fatto", ma anche in quello di impossibilità "di diritto"— intendendosi tale quella derivante dalla mancanza dei presupposti giuridici per procedere all'adozione "piena" —; dall'altro che il ricorso all'adozione, sia pur nella sua forma "minor", corrisponda al preminente interesse del bambino, riguardato come persona, nella concretezza della sua vicenda esistenziale. Corte di cassazione, sentenza del 22 giugno 2016, n. 12962, in *La nuova giurisprudenza civile commentata* 2016, I, 1135, con mio commento *Il problema dell'adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 12962 del 2016;* Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza del 30 luglio 2014, Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza del 22 ottobre 2015, in *Articolo29,* www.articolo29.it; Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza del 2 marzo 2016, relativo ad un caso di adozione incrociata da parte di una coppia di co-mamme. In senso contrario, v. Tribunale per i minorenni del Piemonte Valle d'Aosta, sentenza dell'11 settembre 2015, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, I, pp. 205 ss., con nota di A. Nocco. Nella giurisprudenza della Corte Europea, v. Corte Edu, *X c. Austria*, decisione del 19 febbraio 2013; *Gas e Dubois c. Francia*, decisione del 15 marzo 2012.

9 Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza del 23 dicembre 2015.

10 Nel senso che la "constatata impossibilità di affidamento preadottivo" non richieda come necessario presupposto la dichiarazione dello stato di adottabilità, v. Corte costituzionale, sentenza del 7 ottobre 1999, n. 99, che individua lo scopo dell'adozione in casi particolari nel "consolidamento dei rapporti tra il minore ed i parenti o le persone che già si prendono cura di lui".

11 La tutela del preminente interesse del figlio porta la Corte europea a declinare in termini estremamente ampi il concetto di vita familiare secondo un approccio concreto e funzionale che parte dall'effettività del rapporto genitoriale e familiare per riconoscere tutela a tutti i soggetti che di esso sono protagonisti. Ne risultano concetti di "famiglia" e "vita familiare" fluidi, attenti alle diverse situazioni che si presentano nella realtà sociale. La famiglia, par di capire, è quella che la vita ha dato a ciascuno e non quella che il legislatore stabilisce una volta per tutte. Di questo approccio si ritrovano molteplici esempi, si pensi soltanto ai casi *Wagner c. Lussemburgo*, 28 giugno 2007, *Negrepontis c. Grecia*, 3 maggio 2011 e *Moretti* e *Benedetti c. Italia*,

la filiazione, la considerazione dei vincoli affettivi, della responsabilità volontariamente assunta come elemento, al pari della discendenza genetica, idoneo a fondare la genitorialità[12] offrono un contributo rilevante ad una discussione scevra da pregiudizi che tenga conto dell'interesse del bambino concreto, inserito nella trama di relazioni in cui la vita lo ha collocato. Debbono tenerne conto i giudici nel decidere sui casi volta a volta sottoposti alla loro attenzione, dovrà tenerne conto il legislatore nel disegnare quella riforma dell'adozione che è stata annunciata come complemento della legge sulle unioni civili.

2. Unioni civili e matrimonio egualitario

Le unioni civili, dicevamo, non sono il matrimonio egualitario. Sappiamo come in altre esperienze sia avvertita una più spiccata sensibilità per i valori di pari dignità e non discriminazione cosicché è stata ritenuta insufficiente una disciplina di sostanziale parificazione tra unioni civili e matrimonio quando ad essa non si accompagni anche il formale riconoscimento del diritto al matrimonio. Negli USA, ad esempio, alcune Corti nazionali prima[13] e la Corte Suprema Federale[14] poi, hanno dichiarato illegittimo il mancato riconoscimento del diritto al matrimonio, riguardato come diritto fondamentale. In Europa, invece, si è affermato un modello pluralistico tale per cui gli Stati possono garantire il riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso con il matrimonio o con un altro istituto ad esso equivalente. A sentire la Corte di Strasburgo[15], 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 unioni tra persone dello stesso sesso.

La nostra Corte costituzionale da un lato include le unioni omosessuali nel perimetro di tutela dell'art. 2 Cost, al punto da imporre al legislatore un obbligo costituzionale di provvedere alla loro disciplina e tutela, dall'altro esclude che il mancato riconoscimento del diritto di sposarsi integri una violazione degli artt. 3 e 29 Cost.[16]. Il fatto che la Corte costituzionale abbia ritenuto non "costituzionalmente obbligata", in riferimento all'art. 29, l'apertura del matrimonio alle coppie dello stesso sesso, non significa, in una sorta di ragionamento a contrario, che dalla sentenza possa desumersi un ostacolo costituzionale all'introduzione del matrimonio egualitario e tanto meno un ostacolo ad una disciplina

27 aprile 2010, in tema di adozione, *Menneson c. Francia* e *Labassee c. Francia*, 26 giugno 2014 in tema di maternità per sostituzione.

12 Alla pluralità di fondamenti della filiazione dedica importanti riflessioni M. Mantovani, *I fondamenti della filiazione*, in *Trattato Zatti*, vol. II, cit., 3 ss.

13 Ad esempio quella della California: Corte Suprema della California *Re: Marriage Cases*, 15 maggio 2008, la quale, pronunciandosi sulla legge statuale che riconosceva 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* attribuisse alle coppie omosessuali praticamente gli stessi diritti che nascono dal matrimonio non è stato 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. La traduzione dei passi essenziali si legge in *Famiglia e diritto*, 2008, p. 761, con nota di E. Faletti.

14 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 D. Ferrari (a cura di), *Lo status giuridico*, cit. *infra*, 155 ss.). Con la più recente sentenza del 26 giugno 2015 (*Obergefell v. Hodges,* in *Articolo29*, www.articolo29.it) la Suprema Corte Federale ha affermato che il diritto al matrimonio costituisce diritto fondamentale insito nella libertà della persona, di modo che, ai sensi delle clausole del giusto processo e dell'eguale protezione, le coppie del medesimo sesso non possono essere private di quel diritto e di quella libertà. Al riguardo, v. F. Viglione, *Obergefell v. Hodges: il matrimonio same-sex tra libertà e non discriminazione,* in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, II, p. 588. Per un approfondimento del diritto nord americano, v. D'Amico, C. Nardocci, M.M. Winkler, *Orientamento sessuale e diritti civili. Un confronto con gli Stati Uniti d'America*, Milano, Franco Angeli, 2014.

15 Corte Edu, *Schalk and Kopf c. Austria,* decisione 24 giugno 2010; E v. anche *Vallianatos c. Grecia, decisione del* 8 novembre 2013; *X c. Austria*, decisione del19 febbraio 2013; *Pajic v. Croazia*, decisione del 23 febbraio 2016.

16 Corte costituzionale, sentenza del 15 aprile 2010, n. 138, in *Famiglia e diritto*, 2010, p. 653, con nota di M. Gattuso e in *Foro italiano*, 2010, I, p. 1367, con note di F. Dal Canto e R. Romboli; Corte costituzionale, sentenza del 11 giugno 2014, n. 170, in *Foro italiano,* 2014, I, p. 2685, con nota di S. Patti .

delle unioni civili analoga a quella matrimoniale[17]. Risulta dunque destituita di fondamento la preoccupazione emersa nel corso dei lavori parlamentari di rimarcare le differenze tra matrimonio e unione civile quasi che una disciplina "troppo simile" potesse essere viziata da illegittimità costituzionale.

È vero invece il contrario: anche il nostro legislatore potrà, se e quando lo riterrà opportuno, introdurre il matrimonio egualitario senza necessità di ricorrere a revisione costituzionale. Altre Corti costituzionali europee (ad esempio, quella francese[18]) hanno escluso — al pari della nostra — che nei testi costituzionali sia ravvisabile un vincolo 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 in seguito hanno riconosciuto il matrimonio egualitario, 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*[19]. Discrezionalità del legislatore significa proprio questo: che è riservato al Parlamento individuare, senza vincoli di ordine costituzionale, le forme di riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso.

In Germania la legge sulla convivenza tra persone dello stesso sesso (*Lebenspartnerschaftgesets-LPartG*), entrata in vigore il 1º agosto del 2001, è stata nel tempo modificata per assimilare sotto ogni profilo le *partnership* al matrimonio, compresa la possibilità di adozione del figlio dell'altro, cosicché si prevede che l'approdo al matrimonio costituisca il prevedibile esito di questo processo evolutivo[20].

Il fatto che alcuni degli Stati che inizialmente avevano optato per un riconoscimento non matrimoniale dell'unione siano poi approdati all'estensione generalizzata del modello matrimoniale (tra gli altri 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.

Se, dunque, gli Stati Europei possono scegliere tra matrimonio e unioni civili, essi non possono, tuttavia, sottrarsi all'obbligo costituzionale di garantire una forma di tutela. Già nella sentenza del 2010 la Corte costituzionale aveva sottolineato la doverosità dell'intervento del legislatore, e successivamente lo ha richiamato all'obbligo di provvedere "con la massima sollecitudine"[21]. A sua volta la Corte europea ha condannato l'Italia per l'inadempimento della sua obbligazione positiva di garantire "uno specifico quadro legale che prevedesse il riconoscimento e la tutela delle loro unioni omosessuali"[22].

Secondo le supreme Corti, dunque, legislatore deve garantire alle coppie dello stesso sesso una tutela analoga a quella del matrimonio, vale a dire una modalità di formalizzazione del vincolo che le parti intendono pubblicamente assumere con effetti corrispondenti a quelli del matrimonio.

3. Unioni civili e convivenze

Le unioni civili sono la risposta che il Parlamento intende dare a questi ripetuti richiami. Esse non sono il matrimonio egualitario, sono un istituto distinto dal matrimonio che però vi assomiglia quasi sotto ogni aspetto. Il legislatore, per la preoccupazione di distinguerle dal matrimonio e non incorrere in supposti pericoli di illegittimità costituzionale, ha utilizzato alcuni accorgimenti di tipo prevalentemente

17 "La verità è che il valore precettivo della sentenza si limita al rigetto della pretesa di incostituzionalità del matrimonio quale disciplinato dal codice del '42, ma non permette di affermare che il legislatore è non solo autorizzato, ma obbligato a disporre la sua eterosessualità. Ancor meno, evidentemente, si può da essa argomentare che, quale che sia la definizione giuridica del matrimonio e della unione civile, sia incostituzionale estendere alla seconda una parte o tutta la disciplina della prima. Conclusioni di questo genere non sono contenute né ricavabili dalla sentenza della Corte": M. Segni, *Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, II, pp. 707 ss., specie,713.

18 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 D. Ferrari (a cura di), *Lo status giuridico delle coppie same-sex: una prospettiva multilivello*, Padova, 2014, 91 ss.

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

20 V. S. Patti, *Le unioni civili in Germania*, in *Famiglia e diritto*, 2015, p. 958.

21 Corte costituzionale, sentenza n. 170/2014, cit.

22 Corte Edu, sentenza del 21 luglio 2015, *Oliari c. Italia*, cit.

formale, che talvolta rendono faticosa la lettura, ma che non mettono in discussione la sostanziale analogia con il matrimonio.

Tale analogia è oltretutto sottolineata dalla scelta di disciplinare nell'ambito della stessa legge le unioni civili e le convivenze alle quali è dedicato il capo II della legge. Vi è una differenza sostanziale tra unioni civili e matrimonio, da un lato, e convivenze, dall'altro, proprio perché, nelle unioni, al pari del matrimonio, vi è "l'assunzione, da parte dei due *partner*, dell'impegno di convivere stabilmente e di prestarsi soccorso e assistenza", impegno che invece manca nelle convivenze[23]. In altre parole, anche le unioni civili tra persone dello stesso sesso sono fondate su un consenso iniziale che crea un vincolo[24]. Nelle convivenze, invece, manca un formale impegno iniziale. Esse si basano su un consenso che si rinnova quotidianamente.

La legge n. 76/2016, dopo aver previsto le unioni civili tra persone dello stesso sesso, ai commi 37 ss. disciplina le "convivenze di fatto", tenendo dunque distinte le due situazioni in cui esiste un atto iniziale che crea un vincolo ("unioni civili") da quelle in cui un tale atto manchi e vi sia invece una situazione di "stabile convivenza". Si tratta di una disciplina leggera che talvolta recepisce quanto già previsto dalla legge (ad es., v. c. 38, ordinamento penitenziario, c. 44, successione nel contratto di locazione), o dalla giurisprudenza (ad es., c. 49 per quanto riguarda il risarcimento del danno da uccisione). Altre volte ha carattere innovativo. Alcune norme sviluppano i contenuti della solidarietà di coppia prevedendo, ad esempio, forme di tutela analoghe a quelle del coniuge nel caso di collaborazione nell'impresa dell'altro (c. 46), oppure un diritto alimentare nel caso in cui alla cessazione del rapporto uno dei due si trovi in "stato di bisogno" (c. 65). E neppure sono previsti diritti successori o pensionistici. All'autonomia privata (contratto di convivenza, testamento) si assegna il compito di regolare i rapporti economici nel corso della vita comune, alla sua cessazione, in occasione della morte del compagno. Ed è la disciplina del contratto di convivenza (c. 50) uno degli aspetti più innovativi, ma anche più discussi, della nuova legge.

Se la libertà matrimoniale non è solo libertà di contrarre matrimonio, è anche libertà di vivere una relazione di coppia al di fuori di schemi legali e vincoli formali, ed è, dunque, libertà di sottrarsi alle conseguenze legali del vincolo[25], si comprende perché la disciplina della convivenza di fatto non possa che essere differente da quella del matrimonio o dell'unione civile, l'una e l'altra fondate sul riconoscimento giuridico del vincolo volontariamente assunto. E si comprende anche perché nelle situazioni di convivenza si attribuisca preminente considerazione alle espressioni della autonomia delle parti.

4. Le unioni civili

La differenza tra unione civile e matrimonio è intanto sottolineata dalla scelta di relegare la disciplina delle unioni civili in una legge speciale, piuttosto che nel codice civile, quasi che si trattasse di un corpo estraneo. È la stessa scelta che fu fatta nel 1970, con l'introduzione del divorzio, anch'esso singolarmente fuori del codice civile. Pare quasi che ogni volta che viene introdotto un nuovo istituto familiare per garantire fondamentali diritti delle persone, il prezzo da pagare sia la sottolineatura della sua "specialità" rispetto al diritto di famiglia "tradizionale".

Va poi notato che mentre il codice non dà una definizione di matrimonio, la nuova legge intende l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale "specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione". Si tratta, come è evidente, di un esplicito riferimento alla sentenza della Corte costituzionale[26] la quale aveva ricondotto le unioni tra persone dello stesso sesso nell'alveo dell'art. 2

23 Lo fa notare il Tribunale di Roma, sentenza del 22 dicembre 2015, in *Giustizia Civile online* con mia nota.

24 Riguardando le *partnership* da questo punto di vista, la Corte di giustizia ha potuto qualificare come "irragionevoli" le differenze che la legislazione tedesca in allora riservava a "matrimonio" e "unioni solidali" riguardo ai trattamenti pensionistici. Corte di Giustizia UE, sentenza del 10 maggio 2011 (C – 147/2008), Jürgen *Römer contro Freie und Hansestadt Hamburg*; Corte di Giustizia UE, sentenza del 1º aprile 2008 (C – 267/2006), *Tadao Maruko*.

25 Corte costituzionale, sentenza del13 maggio 1998, n. 166, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1998, I, p. 678, con mia nota.

26 "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": Corte costituzionale, sentenza n. 138/2010.

della Costituzione in quanto formazioni sociali entro la quale si esercitano diritti fondamentali della persona. Anche il matrimonio, d'altra parte costituisce formazione sociale tutelata dall'art. 2, oltre che dall'art. 29 Cost.

La sottolineatura che si tratta di formazione sociale "specifica" può essere variamente intesa. È naturale che all'interno dell'ampio perimetro delle formazioni sociali — che comprende "ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona"[27], possono definirsi aree più specifiche cui garantire una tutela coerente con la loro natura. Quale specificità caratterizza, dunque, le unioni civili? Se seguiamo il ragionamento della Corte Europea, dovremmo rispondere che la specificità consiste nel fatto che siamo in presenza di formazioni sociali in cui si esprime la "vita familiare"[28], sono anch'esse "famiglie", non diversamente da quella tradizionale.

Analizziamo ora i singoli profili della nuova disciplina per cogliere il senso delle analogie e differenze tra matrimonio e unioni civili.

4.1 La celebrazione

La costituzione dell'unione avviene, alla presenza di due testimoni, innanzi all'ufficiale di stato civile il quale ne cura la registrazione nell'archivio di stato civile. Per quel che riguarda la fase preliminare, è vero che la legge n. 76 non prevede la pubblicazione, ma nel decreto attuativo viene disciplinato un procedimento di controllo della sussistenza dei requisiti di legge che assolve analoga funzione. Si tratta, come è noto, di una formalità che in passato ha assolto rilevanti funzioni, ma che nell'attualità è assai discussa, sembrando ormai desueta, cosicché non mi pare che il mancato richiamo da parte della disciplina delle unioni civili possa farla rimpiangere.

Per quanto riguarda la celebrazione, poi, a fronte della dichiarazione delle parti, non è prevista quella dell'ufficiale di stato civile (art. 107 c.c.), cosicché emerge la natura squisitamente consensuale dell'atto. È noto come la partecipazione dell'ufficiale di stato civile all'atto di matrimonio sia stata variamente intesa. In passato, nell'ambito di una concezione "pubblicistica" della famiglia se ne valorizzava la funzione "costitutiva" del vincolo. Successivamente, in linea con una più complessiva valorizzazione del "consenso" come momento fondamentale del matrimonio, si è propensi ad attribuire alla volontà degli sposi efficacia costitutiva del vincolo e a ridimensionare il ruolo dell'ufficiale di stato civile, sottolineandone le affinità con quello "notarile" di garantire la pubblica certezza di un atto che è e resta atto degli sposi[29]. Al fine di garantire la certezza del vincolo mi pare basti la presenza dell'ufficiale di stato civile all'atto, non essendo necessaria la sua dichiarazione che gli sposi sono uniti dal vincolo di (matrimonio o di) unione civile. È d'altra parte noto che, nel diritto canonico, sono gli sposi i ministri del sacramento, mentre il parroco (o il suo delegato) è un "teste qualificato" della manifestazione del consenso matrimoniale[30].

Per quanto riguarda i matrimoni celebrati all'estero tra persone dello stesso sesso, essi vengono riconosciuti come unioni civili (comma 28 *b)*).

4.2 Condizioni e impedimenti

Analoghi al matrimonio sono anche impedimenti e condizioni. Tra le differenze, quella che mi sembra meriti un approfondimento è la previsione della maggiore età come condizione inderogabile per contrarre unione civile. Diversamente da quanto previsto per il matrimonio dall'art. 84 c.c., il minore non può essere autorizzato a celebrare unione civile. L'esclusione si presta ad una riflessione da diversi angoli di visuale. Da un lato, infatti, è noto che l'età matrimoniale si sta inesorabilmente alzando, in Italia come nella gran parte dei Paesi occidentali, sotto la spinta di molteplici fattori di tipo economico, sociale, culturale. Da un certo punto di vista, dunque, la disciplina delle unioni civili sembrerebbe

27 Corte costituzionale, sentenza n. 138/2010.

28 Anche le unioni tra persone dello stesso sesso costituiscono "famiglia" ai sensi dell'art. 8 Cedu. Il principio affermato dalla Corte Edu in *Schalk and Kopf c. Austria*, decisione del 24 giugno 2010 è stato poi ripreso più volte. V., ad esempio, *Oliari c. Italia*, decisione del 21 luglio 2015, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, I, 918 con commento di L. Lenti, *Prime note in margine al caso Oliari c. Italia*, *ibidem*, II, pp. 575 ss. Da ultimo v. Corte Edu, *Pajic v. Croazia*, decisione del 23 febbraio 2016.

29 Per unapiù ampia discussione rinvio a G. Ferrando, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu - Messineo - Mengoni, diretto da Schelesinger, 2ª ed., Milano, 2015, specie pp. 344 ss.

30 Solo a partire dal Concilio di Trento (Sessio XXIV, 11-11-1563, caput I, *Decretum de reformatione Matrimonii*), d'altra parte, la celebrazione "*in facie ecclesiae*" diviene condizione di validità del matrimonio, senza che tuttavia fosse preclusa la possibilità di "matrimoni di sorpresa" (V. A. Manzoni, *Promessi sposi*, cap. 8), banditi solo dal decreto *Ne temere* della Sacra congregazione della fede del 2 agosto 1907 e poi dal codice di diritto canonico del 1917.

adeguarsi a questo trend prevedendo per l'unione la stessa età richiesta per tutti gli altri atti della vita civile e politica. Da altro punto di vista si può notare come, nell'esperienza concreta, l'autorizzazione al matrimonio del minore venga richiesta nella gran parte dei casi in una prospettiva di "matrimonio riparatore" in quei contesti in cui la gravidanza di una ragazza nubile è ancora intesa come un *vulnus* all'onore suo e della sua famiglia. A dispetto delle intenzioni del legislatore del 1975, è la gravidanza, il più delle volte, "il grave motivo" per cui si chiede di poter anticipare il matrimonio[31]. Dunque non mi sembra discriminatoria la disciplina dell'età per contrarre unione civile. Ci si potrebbe anzi chiedere se per lo stesso matrimonio non sia giunto il momento sopprimere la possibilità di autorizzazione del minore e di richiedere lo stesso requisito di capacità / maturità in generale necessario per il compimento di atti giuridici (art. 2 c.c.).

4.3 Effetti tra le parti e nei confronti dei terzi

Anche gli effetti dell'unione civile sono simili a quelli del matrimonio, sia nei rapporti reciproci, sia nei confronti dei terzi. Per quanto riguarda i rapporti di coppia l'unione civile è fonte di reciproci diritti e doveri analoghi a quelli esistenti tra coniugi. Dal punto di vista formale il legislatore talvolta si esprime mediante parafrasi dei corrispondenti articoli del codice civile, altra volta fa diretto rinvio alle disposizioni codicistiche. Per quanto riguarda la disciplina del codice civile vale il principio per cui trovano applicazione solo le norme espressamente richiamate. Il richiamo è peraltro pressoché totale restando escluse solo quelle relative alla presunzione di paternità (art. 231 c.c.), ai rapporti tra genitori e figli (artt. 147, 148 c.c.) ed alla separazione personale dei coniugi (artt. 150 - 158 c.c.). Per quanto riguarda le leggi speciali, invece, vale il principio opposto, nel senso che le leggi speciali, con l'eccezione dell'adozione, si applicano anche ai *partner* di unioni registrate ogni volta in cui la legge riporti le parole "coniuge", "coniugi" (comma 20). Ne risultano immediatamente applicabili, tra le altre, le discipline in materia di lavoro, assistenza, previdenza, sanità, pensioni, immigrazione, quelle in campo penale, penitenziario, fiscale: insomma tutti i diritti previsti dalla legge per il matrimonio sono riconosciuti anche ai *partner* di unione civile.

È vero che il comma 20 precisa — con disposizione innovativa rispetto al testo originario — che tali disposizioni si applicano "al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile". È però anche vero che questa formula, forse nelle intenzioni limitativa, non limita nulla, tanta è la pervasività del richiamo all'intero compendio delle leggi speciali e dei diritti e doveri che da queste sono riconosciute ai coniugi ed ora ai *partner* di unioni civili[32].

Nei rapporti di coppia, si segnala la facoltà di scelta del cognome comune, in tal modo anticipando quella che potrebbe essere — sulla falsariga del modello tedesco — la nuova disciplina del cognome dei coniugi. È noto che tra gli inadempimenti del legislatore rispetto ai moniti della Corte costituzionale[33] e di quella di Strasburgo[34] vi è proprio la mancata modifica della disciplina del cognome del coniuge e dei figli, dato che quella attuale, improntata alla logica patriarcale della prevalenza del cognome del marito e padre, appare incompatibile con i principi di pari dignità ed eguaglianza tra coniugi e tra genitori e figli.

Per quanto riguarda i reciproci diritti e doveri, essi sono sostanzialmente la copia di quelli esistenti tra coniugi: "con la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco all'assistenza materiale e morale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute, in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni" (comma 11). "Le parti concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza comune. A ciascuna di esse spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato" (comma 12). Assistenza morale e materiale, coabitazione, contribuzione sono obblighi, nel matrimonio come nell'unione, finalizzati ad alimentare

31 Rinvio al mio, *Il matrimonio*, cit., pp. 312 ss.

32 G. Casaburi, *Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili)*, cit.

33 Corte costituzionale , sentenza del 16 febbraio 2006, n. 61: "A distanza di diciotto anni dalle decisioni in precedenza richiamate non può non rimarcarsi che l'attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna". A distanza di 10 anni, la disciplina del cognome del figlio viene dichiarata costituzionalmente illegittima nella parte in cui non consente ai coniugi, o ai genitori, "di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno": Corte costituzionale, sentenza dell'8 novembre 2016, n. 286.

34 Corte europea dei diritti umani, *Cusan, Fazzo c. Italia,* decisione del 7 gennaio 2014, che condannato l'Italia per violazione dell'art. 14, in relazione all'art. 8 Cedu

la comunione di vita sia dal punto di vista materiale che spirituale. Diversamente dall'art. 143 c.c, il comma 11 non fa riferimento all'obbligo di fedeltà che il maxi emendamento ha cancellato. Al di là di quelle che potrebbero essere state le intenzioni del legislatore, la mancata inclusione della fedeltà nel novero dei reciproci diritti e doveri merita una riflessione che non è possibile svolgere, se non per cenni, in questa sede. Il contenuto dell'obbligo di fedeltà è infatti evoluto nel tempo. Originariamente riferito alla sfera sessuale, nell'antico regime la sua violazione era sanzionata civilmente e penalmente esclusivamente nei confronti della moglie. Solo l'adulterio della moglie era causa di separazione per colpa, mentre quello del marito non lo era di per sé ma solo in quanto costituisse anche ingiuria grave. Solo l'adulterio della moglie costituiva reato. La condotta del marito era invece sanzionata solo se integrante il può grave reato di "concubinato". 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 . L'obbligo di fedeltà della moglie, dunque, costituiva il cardine di un sistema inteso a garantire al marito una discendenza certa[35].

Con la riforma del 1975 — e con l'approdo all'eguaglianza dei coniugi — l'obbligo di fedeltà non solo diviene reciproco, ma viene ad essere sempre più debolmente sanzionato. Non solo, infatti, è venuta meno la sanzione penale[36]; anche la sanzione civile è attenuata, dato che la pronuncia di addebito presuppone che la violazione della fedeltà abbia esercitato un'"efficacia causale" sulla crisi del matrimonio, e restando dunque prive di sanzione tutte quelle infedeltà che non siano state determinanti della rottura della vita comune[37]. Quanto poi al contenuto del dovere di fedeltà, esso non viene più inteso in senso meramente negativo, come obbligo di astenersi da rapporti sessuali con persone diverse dal coniuge, ma ancor prima, in senso positivo, come dedizione fisica e spirituale di un coniuge all'altro, come impegno di fiducia e di lealtà reciproca[38]. Esso si salda con l'obbligo di assistenza reciproca e di collaborazione nel prefigurare una relazione in cui ciascuno riserva all'altro la posizione di "compagno esclusivo della vita". Quest'ultimo profilo della fedeltà, a ben vedere, non avrebbe bisogno di una menzione espressa, essendo caratteristica di ogni patto l'impegno a collaborare con lealtà e correttezza per la sua attuazione, in relazione allo scopo specifico che ci si propone.

Per quanto riguarda il patto di unione civile, dunque, dalla sua conclusione derivano, al pari di quanto accade con il matrimonio, impegni di lealtà, oltre che di collaborazione, in vista del perseguimento dello scopo comune: costituire e preservare la comunione di vita in cui l'unione si sostanzia.

Nell'unione civile manca, invece la previsione di un obbligo di fedeltà intesa nel senso più ristretto, come fedeltà sessuale. Anche nel matrimonio, notavamo, l'apparato sanzionatorio della fedeltà sessuale si è nel tempo affievolito. Nell'unione civile viene meno del tutto, con ciò stando a significare che le relazioni sessuali tra i *partner* escono dalla sfera di controllo da parte del diritto e vengono consegnate — con l'unico limite della violenza (v. il richiamo agli artt. 342 *ter* da parte del comma 14) — per intero alla sfera privata. In altri termini, il diritto fa un passo indietro, si arresta, per così dire, sulla soglia della camera da letto, riconosce che c'è un limite oltre il quale i comportamenti non sono giudicati dal diritto e dalle sue regole ma, se mai, da quelle del costume, della morale, della religione. Anche di questa dif-

35 Per un approfondimento, rinvio al mio *Il matrimonio*, cit. 176 ss.

36 Corte costituzionale, sentenza del 19 dicembre 1968, n. 126; Corte costituzionale, sentenza del 18 dicembre 1968, n. 127; Corte costituzionale, sentenza del 3 dicembre 1969, n. 147.

37 Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza del 3 dicembre 2001, n. 15248, in *Foro italiano*, 2002, I, 384, con nota di F. Cipriani; Corte di cassazione, sentenza del 11 novembre 2013, n. 25843, in *Giurisprudenza italiana,* 2014, 465; Corte di cassazione, sentenza del 14 febbraio 2012, in *Famiglia, persone e successioni*, 2012, p. 761 e v. già Corte di cassazione, sentenza del 20 dicembre 1995, n. 13021, cit.; Corte di cassazione, sentenza del 18 settembre 1997, n. 9287, in *Famiglia e diritto*, 1998, p. 10.

38 Corte di cassazione, sentenza del 18 settembre 1997, n. 9287, in *Giustizia civile*, 1997, I, 2383 per la quale la nozione di fedeltà coniugale va avvicinata a quella di lealtà che impone di sacrificare gli interessi e le scelte individuali di ciascun coniuge che si rivelino in conflitto con gli impegni e le prospettive della vita in comune. Nell'ambito di tale concezione, la violazione dell'obbligo di fedeltà può assumere rilievo anche in assenza della prova specifica di una relazione sessuale extraconiugale, essendo sufficiente l'esternazione di comportamenti tali da ledere il rapporto di dedizione fisica e spirituale tra coniugi: Corte di cassazione, sentenza dell'1 giugno 2012, n. 8862, *Foro italiano*, 2012, I, p. 2037: "L'obbligo di fedeltà costituisce un impegno globale di devozione che presuppone una comunione spirituale tra i coniugi ed è volto a garantire e consolidare l'armonia interna tra di loro". Corte di cassazione, sentenza dell'11 agosto 2011, n. 17193, *Famiglia e diritto*, 2013, p. 777, secondo cui il dovere di fedeltà non va più inteso, come in passato, relativo alla sola fedeltà sessuale (l'adulterio presupponeva il congiungimento carnale); a seguito della riforma del 1975, il dovere di fedeltà è visto piuttosto come "impegno globale di devozione, che presuppone una comunione spirituale e materiale (e di essa la fedeltà sessuale è evidentemente soltanto un aspetto)… oggi si ritiene che l'obbligo di fedeltà sia volto a garantire e consolidare la comunione di vita tra i coniugi, l'armonia interna, l'*affectio* tra i coniugi. Si è parlato, a tale proposito, di violazione di tale dovere, come rottura del rapporto di fiducia tra i coniugi, come deterioramento dell'accordo e della stima reciproci".

ferenza tra unione civile e matrimonio potremmo discutere se si tratti di una discriminazione *in peius* o non sia piuttosto riconducibile ad una diversa considerazione dei rapporti tra famiglia e diritto[39].

Va poi segnalato il mancato richiamo delle norme che, tra gli effetti del matrimonio, prevedono anche i doveri nei confronti dei figli. Tradizionalmente, infatti, la disciplina dei rapporti tra genitori e figli era disciplinata tra gli effetti del matrimonio (art. 147, 148 c.c.) e diveniva applicabile ai figli nati fuori del matrimonio solo grazie al rinvio contenuto nell'art. 261 cc. Divenuto unico lo *status* di figlio in seguito alla riforma del 2012-2013, il rapporto tra genitori e figlio è disciplinato agli artt. 315 ss. c.c. Dal punto di vista sistematico, questa innovazione scolpisce il fatto che il rapporto è unico — quale che sia il modo in cui lo *status* venga stabilito, nel matrimonio, fuori di esso, per adozione — e che il suo fondamento risiede nella generazione o nell'assunzione di responsabilità verso il figlio (adozione, procreazione medicalmente assistita). Gli artt. 147 e 148 (così come anche l'art. 155) non sono stati abrogati ma sono ormai divenuti norme di mero rinvio. Il loro mancato richiamo da parte della legge sulle unioni civili lascia dunque del tutto impregiudicata la questione dei rapporti con i figli. A veder bene, d'altra parte, nel caso di coppie dello stesso sesso il problema vero è quello, al quale facevamo riferimento in apertura, della possibilità o meno di stabilire una genitorialità comune attraverso l'adozione o il riconoscimento dello *status* conseguito all'estero, perché una volta costituito il rapporto e conseguito lo *status*, la disciplina applicabile è, *ça va sans dire*, quella degli artt. 315 ss. cc.

Per quanto riguarda i rapporti patrimoniali e successori, gli obblighi alimentari, si applicano le norme previste per i coniugi (v. i commi 13, 19, 21). Altrettanto dicasi per le norme del codice in materia di amministrazione di sostegno (comma15), violenza (comma 16), rapporto di lavoro (comma 17), prescrizione (comma 18).

4.4 La crisi del rapporto

Le principali differenze tra matrimonio e unione civile si riscontrano per quanto riguarda la cessazione della vita comune. Nell'unione civile, infatti, non è prevista alcuna forma di separazione legale: è previsto soltanto il divorzio. È noto che la separazione personale dei coniugi ha la sua origine nel diritto canonico come misura che, conservando il vincolo — per sua natura indissolubile — , dispensa i coniugi dalla coabitazione: la separazione non scioglie il vincolo, lo "attenua" soltanto. Nei paesi di tradizione cattolica, la separazione è stata poi recepita dal diritto civile, mentre è sconosciuta nei paesi di tradizione protestante, così lontana dalla loro mentalità che i giudici tedeschi, ancora negli anni '60 del secolo scorso, si rifiutavano di delibare le sentenze italiane di separazione, in quanto ritenute contrarie all'ordine pubblico. In quegli stessi anni i giudici italiani, in modo per così dire simmetrico, si rifiutavano di delibare le sentenze straniere di divorzio[40].

Il divorzio dunque, non diversamente da quanto accade in Germania, costituisce l'unico rimedio previsto per la crisi dell'unione. Il comma 23 richiama la disciplina dei casi di divorzio previsti nell'art. 3, l. 898/1970, omettendo il riferimento al n. 2, lett. b) che disciplina appunto il divorzio per pregressa separazione, e lett. f. (inconsumazione). Sono dunque richiamati solo alcuni casi di divorzio c.d. immediato: cause c.d. penali di divorzio, divorzio o annullamento conseguito all'estero. Il mutamento di sesso è previsto come causa di scioglimento dell'unione al comma 26. È poi previsto (c. 24) che "l'unione si scioglie, inoltre, quando le parti hanno manifestato anche disgiuntamente la volontà di scioglimento dinnanzi all'ufficiale dello stato civile. In tale caso la domanda di scioglimento dell'unione civile è proposta decorsi tre mesi dalla data di manifestazione di volontà di scioglimento dell'unione". Vengono inoltre richiamati i procedimenti di divorzio c.d. "rapido" per negoziazione assistita da avvocati o innanzi all'ufficiale di stato civile previsti dagli artt. 6 e 12 l. n.162/2014.

Si può dunque notare che, da un lato, sull'esempio della gran parte delle legislazioni europee[41], si introduce il c.d. divorzio immediato o diretto, cosa che, per i coniugi, non si era riusciti a fare in occasione dell'ultima riforma del divorzio[42]. Dall'altro, con disposizione assolutamente innovativa per l'or-

39 V. S. Rodotà, *Diritto d'amore*, Roma-Bari, Laterza, 2015, pp. 25 ss.

40 Per una rapida sintesi, rinvio al mio *Diritto di famiglia*, 2ª ed., Bologna, 2015, 153 ss. Più diffusamente, v. A. Morace Pinelli, *La crisi coniugale tra separazione e divorzio*, Milano, 2001.

41 È noto, infatti che anche i paesi (come la Francia e la Spagna) che conoscono la separazione personale dei coniugi, prevedono separazione e divorzio come rimedi alternativi a disposizione dei coniugi, ma non prevedono invece che la separazione costituisca il necessario presupposto del divorzio, come invece accade da noi. Per una sintesi dei diversi modelli europei, v. M. Fortino, *La separazione personale dei coniugi*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Zatti, vol. I, 2ª ed., Milano, 2011, pp. 1245 ss.; G. Autorino Stanzione, *Divorzio in diritto comparato*, in *Dig. IV Disc. Priv.*, VI Torino, 1990, pp. 500 ss.

42 La legge n. 55/2015, come è noto riduce i tempi di separazione richiesti per ottenere il divorzio: sei mesi in caso di separazione consensuale, un anno in caso di separazione giudiziale (c.d. "divorzio breve"). È stato invece stralciata la norma che

dinamento italiano, viene previsto che il divorzio possa essere pronunciato sulla base del consenso od anche della richiesta unilaterale decorso un breve termine di riflessione. Passati tre mesi dalla dichiarazione innanzi all'ufficiale di stato civile i *partner* possono iniziare il procedimento di divorzio. Insomma abbiamo un divorzio immediato, più semplice e rapido.

Per quanto riguarda gli effetti dello scioglimento sono richiamati, in quanto compatibili, gli artt 5, comma 1, e commi 5-11 (non sono richiamati i commi 2-4, relativi al cognome) e poi tutti gli altri articoli successivi, con l'esclusione degli artt. 6 e 12 relativi ai rapporti con i figli (ma a questo proposito trovano applicazione gli artt. 337 ss. c.c.). Dunque al *partner* spetta l'assegno divorzile (art. 5), assistito dalle garanzie di legge (art. 8) e modificabile al sopravvenire di giustificati motivi (art. 9, c. 1). Sono inoltre riconosciuti i diritti successori (art. 9 *bis*), la pensione di reversibilità (art. 9, commi 2-5), una quota dell'indennità di fine rapporto (art. 12 *bis*).

Gli effetti patrimoniali del divorzio, nei rapporti tra i *partner*, sono dunque gli stessi previsti dalla legge per i coniugi.

Insomma il divorzio delle coppie dello stesso sesso ha gli stessi effetti di quello delle coppie di sesso diverso, ma è molto più rapido. Non saranno allora le coppie di sesso diverso a chiedere anche per sé la nuova disciplina?

Va poi sottolineata la norma (non presente in una prima stesura del disegno di legge) che prevede la conversione in unione civile del matrimonio in seguito alla rettifica di attribuzione di sesso di uno dei coniugi, quando essi non vogliano divorziare (art. 7). Tale norma risponde alla richiesta espressamente formulata dalla Corte costituzionale[43], ponendo fine alla situazione di "stallo", cui ha offerto una risposta interinale la Corte di cassazione[44].

5. Per concludere

Nelle sue linee essenziali, il progetto si conforma ai principi costituzionali interni ed europei nell'interpretazione datane dalle supreme magistrature[45]. A successivi decreti delegati è affidata la messa a punto delle questioni in tema di ordinamento di stato civile, diritto internazionale privato, e tutte quelle modificazioni e integrazioni necessarie per il coordinamento con le leggi vigenti (art. 8).

La sintetica rassegna dei tratti salienti del nuovo istituto, consente di esprimere un giudizio sostanzialmente positivo. Sotto il nome di "unioni civili", si è infatti disciplinato un istituto che condivide con il matrimonio i tratti essenziali, sia per quel che riguarda il momento costitutivo (il profilo dell'"atto") sia per quanto riguarda la relazione interpersonale (il profilo del "rapporto") e la rilevanza nei confronti dei terzi e della collettività. Rispetto al matrimonio presenta tratti originali, di maggiore modernità (età per contrarre matrimonio, cognome, scioglimento) ed apertura nei confronti dei modelli europei (cognome, scioglimento), ai quali non è da escludere che un domani lo stesso matrimonio possa uniformarsi.

Manca una disciplina espressa dei rapporti con i figli, ma resta fermo che ove uno dei *partner* abbia figli nati da precedenti unioni, generati con fecondazione assistita o adottati lo *status filiationis* e l'esercizio della responsabilità genitoriale sono soggetti alle regole comuni (artt. 231, ss. 315 ss., 337 *bis* ss.). Per quanto riguarda il compagno o la compagna del genitore, la possibilità di adozione del figlio dell'altro o di riconoscimento dello *status* conseguito all'estero è ammissibile secondo il diritto giurisprudenziale in corso di elaborazione.

La nuova legge sulle unioni civili, nel momento in cui garantisce il diritto delle coppie dello stesso sesso alla pari dignità con una disciplina che sancisce il riconoscimento formale dei vincoli di affetto e solidarietà che le animano e la reciprocità di diritti e doveri in modo analogo a quello coniugale, conferma — in linea con la riforma della filiazione — la dimensione plurale dei modelli familiari ormai presenti nel nostro ordinamento[46].

prevedeva la possibilità di ottenere direttamente il divorzio prescindendo dal necessario passaggio della separazione legale (c.d. "divorzio immediato" o "diretto").

43 Corte costituzionale, sentenza n. 170/2014, cit.

44 Corte di cassazione, sentenza n. 8097/ 2015, cit.

45 Per una serie di rilievi in tal senso si segnala M. Segni, *Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione*, cit.

46 In luogo di molti, v. M. Sesta, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, pp. 3 ss.; Id., *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Famiglia e diritto*, 2013, p. 231. E v. anche, per una più diffusa argomentazione del mio punto di vista, G. Ferrando, *Stato unico di figlio e varietà di modelli familiari*, in *Famiglia e diritto*, 2015, pp. 952 ss.

Il legislatore ha generalmente evitato di parlare di famiglia, sostituendo il termine con altre locuzioni. Ad esempio, a proposito dell'obbligo di contribuzione, non si parla di "bisogni della famiglia" (art. 143 c.c.), ma di bisogni comuni (comma 11), non di residenza della famiglia (art. 144), ma di residenza comune (comma 12). Non sempre tuttavia: perché anche nelle unioni civili "le parti concordano l'indirizzo della vita familiare". L'oscillante terminologia nulla toglie alla sostanza delle cose, al fatto che, come ormai concordano le supreme magistrature, anche l'unione civile costituisce una famiglia[47].

Non a caso, quindi, la legge è stata riguardata come una legge sui diritti civili, una legge laica, una legge europea, una legge storica[48]. La legge costituisce il punto di arrivo di un lungo processo di riforma durato ormai decenni, nel corso del quale si sono alternati progetti di legge di varia ispirazione, mai giunti all'esame delle Camere e che ha ricevuto un impulso decisivo dalla giurisprudenza, a partire da quella prima ordinanza di remissione[49] che consegnava alla Corte costituzionale il compito di indicare le coordinate su cui costruire la nuova disciplina. Nello stesso tempo la legge costituisce il punto di partenza di nuove riforme che non riguardano solo le coppie dello stesso sesso, ma la famiglia nel suo complesso, a partire dall'adozione per giungere al matrimonio, almeno per quel che riguarda il suo scioglimento, dato che, dopo le ultime riforme c'è davvero bisogno di una revisione complessiva che razionalizzi e semplifichi l'attuale disciplina. L'immagine di famiglia che le ultime riforme (filiazione, separazione e divorzio, unioni civili) ci consegnano è assai diversa da quella della tradizione, è intanto una famiglia declinata al plurale, che accoglie forme diverse dello stare insieme, nel rispetto della pluralità dei modi di intendere i rapporti di coppia e di generazione. Non una famiglia "nemica delle persone e dei loro diritti"[50], ma una famiglia rispettosa della pari dignità di tutti. Sempre meno il diritto prefigura un unico modello rigido entro il quale le vite e i sentimenti debbono essere imprigionati e sempre più offre gli strumenti perché le individualità possano esprimersi. Sono famiglie sempre meno "istituzioni"[51] e sempre più "formazioni sociali". Con ciò non si vuole negare che nel fenomeno familiare coesistano, accanto agli interessi, alle aspirazioni individuali, anche rilevanti interessi collettivi e sociali (si pensi alla certezza degli *status*, alla solidarietà che fa della famiglia la principale rete di assistenza per i più deboli). Quel che si intende sottolineare, nel riassumere il senso delle recenti riforme, è che tali istanze collettive non giustificano più, nelle intenzioni del legislatore, il sacrificio dei diritti individuali. La legge sempre meno prefigura modelli rigidi e sempre più apre spazi all'autonomia delle persone, alla libera espressione della loro personalità.

47 Non è richiamata la norma sull'affinità (art. 78 c.c.), affinità che peraltro costituisce anche per le unioni civili impedimento all'unione (comma 4, lett. c)), cosicché ci si può chiedere se anche l'unione civile renda il *partner* affine dei parenti dell'altro.

48 G. Casaburi, *Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili)*, cit.

49 Il riferimento è a Corte di appello di Venezia, ordinanza del 3 aprile 2009, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2009, p. 1898.

50 Secondo la felice formula della Corte costituzionale: v Corte costituzionale, sentenza del 28 novembre 2002, n. 494, cit.

51 Un modello al quale si guarda ancora con nostalgia. V. A. Renda, *Il matrimonio. Una teoria neoistituzionale*, Milano, 2013, *passim*.

*Angelo Schillaci**

Le unioni civili in Senato: diritto parlamentare e lotta per il riconoscimento

Sommario

1. Il diritto parlamentare ed il conflitto politico sul riconoscimento della vita familiare omosessuale – 2. Il diritto parlamentare nel dibattito pubblico sui lavori preparatori della legge – 3. Inkursus: lotta per il riconoscimento e "contesa" sulla Costituzione nel dibattito parlamentare – 4. Diritto parlamentare e lotta per il riconoscimento: il problema dell'ostruzionismo – 5. In mare aperto: in Aula senza Relatore – 6. Il "non passaggio agli articoli" e il problema del voto segreto – 7. Il numero degli emendamenti presentati e l'emendamento premissivo di principio: la seduta del 16 febbraio – 7.1 Gli emendamenti premissivi di principio – 7.2 La seduta del 16 febbraio e gli sviluppi successivi: il ruolo della Presidenza – 8. Il maxiemendamento e la questione di fiducia: l'improvviso arresto della lotta per il riconoscimento – 9. Rilievi conclusivi

Abstract

L'articolo offre una ricostruzione critica dei lavori parlamentari sul disegno di legge in materia di unioni civili e convivenze, con riferimento specifico ai lavori del Senato della Repubblica. In particolare, attraverso la disamina della strategia ostruzionistica posta in essere dalle forze contrarie al provvedimento, e della reazione del partito di maggioranza relativa e successivamente del Governo, l'Autore inserisce la vicenda relativa alle unioni civili omosessuali nel quadro più generale dei rapporti tra diritto parlamentare, gestione del conflitto politico e lotta per il riconoscimento dei diritti civili.

The paper offers a critical analysis of the parliamentary legislative procedure on the Bill S. 2081, on homosexual civil partnerships and cohabitants. The analysis stresses, in particular, filibustering by the opposition, and the reactions of the majority. As a result, the paper shows the deep relation between parliamentary law, approach to political conflicts and struggle for civil rights.

1. Il diritto parlamentare ed il conflitto politico sul riconoscimento della vita familiare omosessuale

Nel corso dell'iter di approvazione della legge 20 maggio 2016, n. 76 (*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze di fatto*), il processo politico parlamentare si è trovato preso, rischiando di rimanere impigliato in essa, in una dinamica conflittuale tipica delle moderne

* Ricercatore (RTDB) in diritto pubblico comparato, Università di Roma "Sapienza".
Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

democrazie pluralistiche, che ripropone tensioni che caratterizzano lo sviluppo storico del costituzionalismo, e rinvia, in estrema sintesi, al concetto di "lotta per il riconoscimento"[1].

In quest'ottica, proprio l'analisi dei lavori del Senato, delle forzature e dei numerosi profili critici e controversi sul piano dell'interpretazione del Regolamento rappresentano un utile ausilio per inquadrare i rapporti tra lotta per il riconoscimento e articolazione del processo politico. Le tensioni che hanno caratterizzato la vicenda dell'approvazione della legge sulle unioni civili si sono infatti riversate sul diritto parlamentare e sulla sua interpretazione. Nel faticoso iter della legge, specie nel passaggio al Senato, si colgono in controluce tutte le difficoltà legate all'approvazione di un testo che, se è stato seguito con passione dalla società civile, ha suscitato dibattito, conflitti, resistenze. Tale circostanza, peraltro, si pone in continuità con la posizione del diritto parlamentare nel sistema, ed in particolare con il suo rapporto — fisiologicamente dialettico — con le dinamiche del processo politico e la sua capacità integrativa, dentro e fuori i palazzi.

In apertura, e prima di analizzare i singoli passaggi dell'iter, occorre svolgere una breve premessa su natura e funzione del diritto parlamentare, dal particolare angolo visuale qui proposto. Il diritto parlamentare si pone infatti al crocevia tra articolazione del processo politico ed istanza di razionalizzazione normativa del conflitto, e la sua legittimazione si dibatte tra la tendenza a rinvenire nello strumento giuridico la garanzia della funzionalità del sistema e la consapevolezza del ruolo dell'elemento politico nei processi di interpretazione e applicazione del diritto parlamentare[2]. Al di là del problema della legittimazione dei processo di decisione, vi è senz'altro, come è stato osservato, un "legame strettissimo […] tra la salvaguardia della razionalità del procedimento decisionale legislativo e la piena funzionalità di un sistema parlamentare e democratico"[3].

L'istanza di razionalizzazione delle dinamiche politiche è un *topos* ricorrente nella storia della forma di governo parlamentare, che rinvia — in estrema sintesi — alla tensione tra ruolo dei partiti, dimensione istituzionale della rappresentanza ed assetti della forma di governo parlamentare[4], come anche alla più generale aspirazione del costituzionalismo a limitare il potere attraverso il diritto. Che l'organizzazione dei lavori parlamentari attraverso procedure inserite in un quadro giuridico definito, condiviso e trasparente, possa rappresentare un efficace strumento di articolazione del conflitto e, al tempo stesso, garantire razionalità del processo decisionale, rappresenta infatti un'acquisizione risalente nella storia del parlamentarismo — sia inglese che continentale — e risulta con estrema chiarezza, ad esempio, in riflessioni classiche sulla democrazia parlamentare, come quella di Kelsen[5]. D'altro canto, come è stato recentemente osservato, per Kelsen il rendimento delle procedure (e soprattutto del principio maggioritario, che di esse è inevitabile corollario) non si limiterebbe a rinviare al mero dato formale, e ad una finzione di assorbimento delle posizioni minoritarie in quelle maggioritarie, ma rinviene "giustificazioni più profonde" in un complessivo "disegno di razionalizzazione del potere" che ha l'obiettivo di mantenere aperto il canale di comunicazione tra libertà politica, eguaglianza, unità di decisione e garanzia del pluralismo: in questo senso, "libertà politica e integrazione sociale risultano indissolubilmente connesse, ed il compromesso è il veicolo essenziale di questa congiunzione"[6].

La tensione tra istanza di razionalizzazione normativa e ruolo della politica nell'applicazione e nell'interpretazione delle "regole del gioco" — snodo essenziale della stessa legittimazione del diritto

1 Si utilizza qui l'espressione proposta da A. Honneth, che già da qualche decennio ha offerto una ricostruzione degli strumenti di gestione del conflitto nelle società contemporanee attraverso le dinamiche del riconoscimento: cfr. A. Honneth, *Lotta per il riconoscimento. Proposte per un'etica del conflitto*, Francoforte, Surkamp, 1992 (ed. it. Milano, Il Saggiatore, 2002).

2 Nel senso che le dinamiche di interpretazione del diritto parlamentare chiamino in causa, continuamente, il "rapporto tra le risorse della prescrittività dispiegate dalle tendenze razionalizzatrici e la dimensione irrazionale della realtà politica", v. R. Ibrido, *L'interpretazione del diritto parlamentare. Politica e diritto nel "processo" di risoluzione dei casi regolamentari*, Milano, Franco Angeli, 2015, p. 18. Per una ricostruzione delle dinamiche di legittimazione del diritto parlamentare, v. per tutti l'opera fondamentale di M. Manetti, *La legittimazione del diritto parlamentare*, Milano, Giuffré, 1990.

3 Così, in particolare, G. Piccirilli, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Padova, Cedam, 2008, p. 31.

4 In questa prospettiva, v. soprattutto P. Ridola, *Organizzazione della politica e forma di governo parlamentare*, in Id., *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 115 ss.

5 Il riferimento è ad H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, ora in Id., *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1995, pp. 41 ss. Sui rapporti tra la concezione kelseniana della democrazia e la fondazione teorica e metodologica del diritto parlamentare, v. ora R. Ibrido, *L'interpretazione…*, cit., pp. 160 ss.

6 Così P. Ridola, *Costituzione e potere politico nella democrazia di massa: tra Machtsstaat e politische Legitimation*, in Id., *Stato e costituzione in Germania*, cit., pp. 103-104.

parlamentare[7] — rivela pertanto tutta la complessità dell'intreccio tra diritto parlamentare, legittimazione dei processi di decisione e integrazione della comunità politica: "il diritto parlamentare", è stato osservato, "deve operare costantemente come fattore di integrazione del pluralismo politico, come fattore di organizzazione della convivenza assembleare di una molteplicità sempre cangiante, come fattore di un'inclusione che è sempre da attualizzare nel qui e nell'ora del presente, nelle tensioni e nelle condizioni politiche del presente"[8]. Che ciò implichi l'insostenibilità, con riferimento al diritto parlamentare, di una "dogmatica giuridica perfetta" è conclusione senza dubbio affascinante, a patto di leggerla, come pare possibile, nel prisma delle inevitabili interdipendenze — e della tensione sempre aperta alla ricerca di equilibri — tra stabilità e certezza delle forme giuridiche e assetto delle relazioni politiche che sono alla base di esse[9].

Le dinamiche di interpretazione e applicazione del diritto parlamentare investono, in altre parole, la legittimazione stessa dei processi di decisione politica. Questo vale sia con riferimento a profili di vera e propria "negoziazione", soprattutto attraverso tecniche ostruzionistiche e forzature, della prassi parlamentare tra gli attori coinvolti "nel palazzo" — un elemento che, come vedremo, è presente in controluce nell'iter di approvazione della legge n. 76/2016 — sia con riferimento alla proiezione pubblica, o esterna, di simili dinamiche.

Pertanto, la lettura critica dei lavori parlamentari, che qui si propone, appare utile non solo dal punto di vista della riflessione sull'evoluzione del diritto parlamentare nella corrente legislatura, sulle tensioni che lo caratterizzano, e sul crescente "stress" cui sono sottoposti i procedimenti legislativi di fronte alla difficile composizione del conflitto tra attuazione dell'indirizzo politico governativo (in tempi rapidi) e garanzia del pluralismo e delle minoranze[10]. Allo stesso tempo, se riguardati nella più ampia prospettiva della "lotta per il riconoscimento", i lavori parlamentari relativi all'approvazione della legge sulle unioni civili rappresentano una formidabile occasione per riflettere sulla crisi della capacità integrativa del processo politico parlamentare, dall'angolo visuale privilegiato rappresentato dalla (faticosa) articolazione — sul piano delle procedure di diritto parlamentare e della ricerca del compromesso — di una risposta ad una domanda di riconoscimento direttamente incidente sulla dignità sociale della persona e delle comunità familiari cui dà vita.

2. Il diritto parlamentare nel dibattito pubblico sui lavori preparatori della legge

Specie in occasione del passaggio al Senato, peraltro, il diritto parlamentare è stato sottoposto a tensioni per così dire "esterne" al sistema del diritto parlamentare: su di esso, infatti, si è scaricata l'eco del dibattito pubblico sul tema, a tratti assai confuso (si pensi, solo per fare un esempio, alla continua sovrapposizione tra riconoscimento della vita familiare omosessuale e tematiche legate alla procreazione medicalmente assistita), mostrando tutta la difficoltà delle forze parlamentari di integrare la domanda di riconoscimento, traducendola in termini tecnici, idonei a neutralizzare ed indirizzare il conflitto politico verso una composizione degli interessi in campo. Allo stesso tempo, l'iter di approvazione della legge sulle unioni civili è stato caratterizzato da una complessa sinergia tra forze politiche, movimento

7 Ricostruisce in questa luce i "percorsi del riconoscimento" del diritto parlamentare, R. Ibrido, *L'interpretazione…*, cit., pp. 88 ss.

8 Così G. Filippetta, *La raccolta dei precedenti al Senato, tra archivistica, codicistica ed ermeneutica*, in Aa.Vv., *Il precedente parlamentare tra diritto e politica*, a cura di N. Lupo, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 25 ss., 28.

9 In altri termini, la razionalizzazione normativa delle procedure di decisione resta soggetta a tensioni continue, che rinviano al mutevole atteggiarsi dei rapporti tra le forze politiche. Ad esempio, resta fondamentale e assai significativa la riflessione di Santi Romano che — egualmente ispirato dalla dottrina tedesca e dalla esperienza del parlamentarismo britannico — metteva in luce come alla legittimazione e all'effettività del diritto parlamentare concorresse in misura determinante l'accordo tra gli attori politici attorno a principi e regole ritenuti essenziali per la stessa sopravvivenza delle istituzioni parlamentari. Il riferimento è al noto saggio di S. Romano, *Sulla natura dei regolamenti delle Camere parlamentari* (1906), ora in Id., *Scritti minori*, Milano, Giuffré, 1990, pp. 261 ss. La posizione di Romano, come ben ricostruito da R. Ibrido, *L'interpretazione…*, cit., p. 159, è andata poi soggetta a mutamenti, che non hanno intaccato tuttavia — a parere di chi scrive — il profondo legame tra la peculiare "giuridicità" del diritto parlamentare e la dimensione istituzionale in cui affonda le proprie radici e dispiega i propri effetti.

10 Sul punto, v. il recente ricco volume a cura di N. Lupo e G. Piccirilli, *Le procedure parlamentari "sotto stress"*, Bologna, Il Mulino, 2016.

LGBT, organi di informazione ed allargamento del dibattito pubblico ai *social network*: specie nelle ultime due settimane dei lavori dell'Assemblea del Senato, infatti, l'attenzione sugli strumenti di lavoro dell'Aula è stata estremamente alta, e si è intrecciata, come ovvio, con il più generale interesse della società civile verso i temi in discussione. Si pensi, solo per fare alcuni esempi (e con riserva dell'analisi che si condurrà in seguito), all'annuncio — dato il 6 febbraio 2016 dal leader del M5S, Beppe Grillo, attraverso il suo blog — in relazione alla decisione di consentire ai senatori del M5S di votare secondo coscienza su un profilo centrale del disegno di legge, l'art. 5 in tema di adozione coparentale del figlio del *partner* omosessuale; si pensi al ruolo dei principali quotidiani, ed in particolare dell'atteggiamento mostrato da *La Repubblica* e dal *Corriere della Sera* specie per il diverso credito dato ad indiscrezioni e retroscena (ma si pensi anche alla prima pagina de La Stampa del 3 febbraio 2016, che dava grande risalto a presunti abboccamenti tra esponenti del M5S e alcuni settori delle gerarchie vaticane); si pensi, ancora, al dibattito sull'eventuale concessione di voti segreti da parte della Presidenza, con significative prese di posizione addirittura da parte del Presidente della Conferenza Episcopale italiana, Card. Bagnasco, che ha rivendicato, l'11 febbraio 2016, la centralità del rapporto tra libertà di coscienza e voto segreto, auspicando l'ampio ricorso a tale strumento di votazione (con una altrettanto significativa ed aspra replica del Presidente del Consiglio dei Ministri il successivo 13 febbraio); si pensi, infine, alla discussione pubblica sulla messa in votazione dell'emendamento premissivo a prima firma Marcucci (il cosiddetto "supercanguro"), prima e dopo la seduta del 16 febbraio 2016, che ha visto il tramonto definitivo di tale ipotesi.

Si è avuta, in tutti questi casi, una vivace dialettica tra soggetti dello spazio pubblico — con il significativo ulteriore coinvolgimento dei giuristi — e forze politiche rappresentate in Parlamento, che è andata ben oltre la tradizionale funzione di controllo affidata all'opinione pubblica, per configurare assetti che sembrano evocare il modello della "contro democrazia" tracciato da Pierre Rosanvallon[11]: la lotta per il riconoscimento della vita familiare omosessuale, come ogni battaglia storica per i diritti civili, ha visto dunque il concorso di una serie di attori politici, istituzionali e non, che ha investito anche, e tale aspetto va sottolineato, l'andamento dei lavori parlamentari. La tensione tra fattore politico e fattore giuridico nell'interpretazione del diritto parlamentare si è così arricchita di un elemento ulteriore, esterno rispetto alle forze rappresentate in Parlamento, mostrando (se mai ve ne fosse bisogno) che i processi di decisione politica e la ricerca del compromesso anche attraverso la "negoziazione delle prassi" — specie in relazione alla neutralizzazione del ricorso all'ostruzionismo — affondano le proprie radici in processi politici e culturali più ampi, che trascendono la dimensione istituzionale, sono caratterizzati da dinamiche comunicative e cooperative all'interno della società "aperta" degli interpreti e chiamano in causa in maniera concorrente la responsabilità politica e l'impegno civile: determinante, come evidente, l'attinenza dei temi in discussione ad una scelta politica relativa al riconoscimento di dimensioni di vita e all'estensione dei diritti civili[12].

3. Inkursus: lotta per il riconoscimento e "contesa" sulla Costituzione nel dibattito parlamentare

L'analisi del dibattito parlamentare conferma, inoltre, l'esistenza di un legame molto stretto tra lotta per il riconoscimento e "contesa" attorno alle potenzialità evolutive del quadro costituzionale, o ancora tra l'istanza di inclusione delle molteplici identità che — nel nostro tempo — rivendicano liberazione, spazio e partecipazione, e tenuta del processo di integrazione della comunità politica attorno ai principi e ai valori costituzionali: di simile tensione è traccia, ad esempio, nell'intervento con il quale la Senatrice Cirinnà ha aperto la discussione generale sul disegno di legge, nella seduta del Senato del 2 febbraio 2016, laddove ha richiamato i "diversi approcci alla Costituzione: come patrimonio comune o come patrimonio di pochi, come progetto aperto al futuro o come cristallizzazione di assetti tradizionali

11 Il riferimento è a P. Rosanvallon, *Contro-democrazia. La politica nell'era della sfiducia*, Bologna, Castelvecchi, 2006.

12 Per qualche ulteriore spunto sulle dinamiche che hanno animato e animano le lotte per i diritti civili, si v. almeno, oltre al classico C.R. Epp, *The rights revolution. Lawyers, Activists and Supreme Court in Comparative Perspective*, University of Chicago Press, 1998, il recente volume di B. Ackermann, *We, the people. III. The Civil Rights Revolution*, Harvard University Press, 2014. Per un inquadramento teorico e metodologico, v. ancora P. Ridola, *Costituzione, stato e società nelle democrazie pluralistiche*, cit.; per una più specifica riflessione sull'apertura dei percorsi di interpretazione del diritto parlamentare, v. ancora R. Ibrido, *L'interpretazione…*, cit., specie pp. 462 ss. Sulla vicenda specifica dell'approvazione della legge sulle unioni civili, v. ora F. Rizzi, *Dopo le unioni civili: Davide contro Golia e i percorsi di eguaglianza*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 21 maggio 2016.

immutabili"[13]. Più in generale, l'intero dibattito parlamentare — ed in particolare, quello svoltosi in Aula al Senato — è stato caratterizzato dall'uso tattico di argomenti volti ad evidenziare presunti profili di illegittimità costituzionale del disegno di legge. Come ben evidenziato da alcuni commentatori[14] e dal Sen. Palermo[15], il dibattito d'Aula — ma anche, a ben vedere, il dibattito pubblico di quei giorni — è stato in altre parole caratterizzato dalla continua sovrapposizione di argomenti costituzionali ad argomenti squisitamente politici, così tentando di corroborare l'opposizione al merito della legge, ma anche di spostare continuamente l'oggetto della discussione dal piano politico a quello costituzionale.

Oggetto del contendere è stata — come si vedrà ad esempio in merito alla mancata concessione del voto segreto sulla proposta di non passaggio agli articoli — l'asserita omologazione dell'istituto dell'unione civile al matrimonio, in violazione dell'art. 29 della Costituzione e del contenuto della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale, che avrebbe invece distinto nettamente le due fattispecie, precludendo al legislatore non solo di introdurre il matrimonio tra persone dello stesso sesso, ma anche di disciplinare una forma di unione autonoma rispetto al matrimonio, su questo modellata, e riservata alle coppie omosessuali[16].

In disparte il dibattito sull'interpretazione della sentenza n. 138/2010[17], il rapporto tra unione civile e matrimonio chiama in causa la portata — nella fattispecie in oggetto — degli artt. 2 e 3 della Costituzione, cui la legge n. 76/2016, al comma 1 dell'articolo unico, afferma di ispirarsi: se, infatti, l'ancoraggio all'art. 2 incide sul diverso fondamento dell'unione civile rispetto al matrimonio, l'art. 3 impone di limitare le differenze di trattamento tra i due istituti — che si rivolgono alla disciplina di analoghe situazioni di vita — secondo criteri di ragionevolezza[18]. In questo senso, si è correttamente osservato, in Aula, che

13 V. ancora il testo integrale dell'intervento nella seduta del 2 febbraio 2016 (http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=17&id=964262).

14 Cfr. ad esempio S. Ceccanti, *Un problema solo politico*, in *Quotidiano nazionale*, 20 gennaio 2016 (https://stefanoceccanti.files.wordpress.com/2016/01/ceccanti-unioni.pdf), specie per la chiara affermazione che "tirare in ballo la costituzionalità non è semplice e sembra per lo più il riflesso di posizioni di merito: nel senso che ciascuno tende a dire che le opinioni che non condivide non sarebbero solo sbagliate, ma anche incostituzionali […] il legislatore si deve muovere dentro un conflitto politico senza eccedere nell'usare la Costituzione".

15 L'intervento del Sen. Palermo (Misto), svolto nell'ambito della discussione sulle questioni pregiudiziali e sospensive, si può leggere nel resoconto della seduta pomeridiana del 2 febbraio 2016, all'indirizzo http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=17&id=964262.

16 Cfr. in particolare gli interventi dei Senatori Quagliariello e Sacconi nella seduta pomeridiana del 28 gennaio 2016, dedicata alla discussione delle questioni pregiudiziali e sospensive, che si possono leggere all'indirizzo http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=17&id=960909.

17 Il dibattito dottrinale sulla sentenza n. 138/2010 ha visto contrapposte due posizioni: ad una posizione più rigida, che ricava dalla sentenza — ed in particolare dai percorsi di interpretazione dell'art. 29 Cost. — un divieto di introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso anche da parte del legislatore (cfr. ad esempio le posizioni di A. Ruggeri, *"Famiglie" di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti*, n. 4/2011, www.rivistaaic.it) si contrappone una posizione più aperta, che valorizza, nella decisione della Corte, la sua natura di sentenza sui limiti dell'interpretazione, piuttosto che della legislazione (per questa posizione, v. soprattutto B. Pezzini, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, pp. 2715 ss., 2719). A non essere consentita, sarebbe, in altri termini, l'estensione per via interpretativa del matrimonio alle coppie omosessuali, rimanendo impregiudicata l'area della discrezionalità legislativa. Per una ricostruzione del dibattito, e delle sue implicazioni sul piano della tutela dei diritti fondamentali., v. R. Romboli, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale e le sue interpretazioni*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 3/2011 (www.rivistaaic.it) ma anche, da ultimo, A. Di Martino, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa, pp. 32 ss. (http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2016/06/1.-rel.-GdP-DiMartino-corr-1.pdf), nonché, se si vuole A. Schillaci, *Costruire il futuro. Omosessualità e matrimonio*, in Id. (a cura di), *Omosessualità eguaglianza diritti*, cit., pp. 195 ss.

18 In questo senso, v. ad esempio l'audizione del Prof. Ceccanti dinanzi alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, nell'ambito dell'indagine conoscitiva sul disegno di legge in materia di unioni civili, seduta del 9 marzo 2016, laddove mette in guardia rispetto alla "confusione tra il fondamento e il trattamento", avvertendo che "un conto è dire che il fondamento delle unioni civili è l'articolo 2 e che quello del matrimonio è l'articolo 29 della Costituzione; un altro conto è dire che il trattamento deve essere per forza sempre diverso o che non si possono richiamare gli articoli del codice civile, perché la citata sentenza n. 138 del 2010 dice che spetta al legislatore, poi, valutare con ragionevolezza quando ritiene di dover parificare o richiamare i matrimoni e quando ritiene di dover distinguere" (http://www.camera.it/leg17/1079?idLegislatura=17&tipologia=indag&sottotipologia=c02_convivenze&anno=2016&mese=03&giorno=09&idCommissione=02&numero=0001&file=indice_stenografico#stenograficoCommissione.tit00020.int00020).

"modellare" l'unione civile sul matrimonio non equivale ad "omologare" quella a questo, ma assicurare, piuttosto, il rispetto del principio di eguaglianza, secondo canoni di ragionevolezza[19].

A ben vedere, è proprio su questo punto che si è appuntata la maggior parte degli interventi critici in Aula, specie in sede di discussione delle pregiudiziali di costituzionalità. Si pensi, solo per fare alcuni esempi, all'insistenza sulla distinzione tra riconoscimento di diritti "nelle" formazioni sociali e diritti "delle" formazioni sociali in cui il soggetto svolge la sua personalità ai sensi dell'art. 2[20], ritenendo peraltro che solo la prima delle due soluzioni fosse autorizzata dalla sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale. Altro è, infatti, accordare diritti e doveri individuali ai membri della coppia, altro è riconoscere l'unione attraverso un apposito istituto che le dia forma e stabilità giuridica. Deve essere ricordato, tuttavia, che la Corte ha affermato che alle persone omosessuali spetta, ai sensi dell'art. 2 Cost., "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 rilevanza di tale puntualizzazione non è sfuggita, nel dibattito d'Aula, come testimonia ad esempio l'intervento del Sen. Sergio Lo Giudice nella discussione generale[21]. O ancora, che nella sentenza n. 170/2014, relativa allo scioglimento automatico del matrimonio in caso di rettificazione di attribuzione di sesso di uno dei coniugi, la Corte costituzionale espressamente parla (anche nel formulare il dispositivo additivo di principio) della necessità che l'unione prosegua "con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima"; tale indicazione è stata poi significativamente interpretata dalla Corte di cassazione, in sede di prosecuzione del giudizio principale, nel senso che debba essere garantito alla coppia uno "statuto sostanzialmente equiparabile" a quello del matrimonio[22]. Per altro verso, infine, la Corte europea dei diritti umani, nella sentenza con la quale, il 21 luglio 2015, l'Italia è stata condannata per il mancato riconoscimento delle unioni omosessuali ha affermato, assai significativamente, che le unioni civili hanno "un valore intrinseco per le persone" che ad esse danno vita, e che "tale riconoscimento conferirebbe inoltre un senso di legittimità alle coppie omosessuali"[23].

Si pensi, sempre in quest'ottica, all'altro ricorrente argomento — affacciatosi sin dall'intervento del Sen. Malan nella seduta antimeridiana del 28 gennaio — relativo alla violazione dell'art. 3 Cost., realizzata con la riserva dell'istituto dell'unione civile alle sole coppie omosessuali. Si tratta, a ben vedere, di un argomento strumentale, che misconosce la reale portata del principio di eguaglianza. Delle due, infatti, l'una: o si persegue con coerenza l'obiettivo di differenziare l'unione civile dal matrimonio, e dunque si ammette l'introduzione di un istituto alternativo al matrimonio e tuttavia riservato alle coppie omosessuali (dal momento che le coppie eterosessuali continuano ad avere accesso al matrimonio) ma egualmente rispettoso dell'art. 3 e del canone di ragionevolezza del trattamento differenziato, oppure si pongono coppie eterosessuali e coppie omosessuali su un piano di eguaglianza — come rivendicato, per assurdo, dalla stessa posizione in discorso — ma allora non può che concludersi per l'estensione del matrimonio alle coppie formate da persone dello stesso sesso: come affermato, con chiarezza, dal Sen. Palermo, infatti, "se questa disposizione dovesse violare il principio di eguaglianza, se ne dovrebbe ricavare che la viola anche il mancato accesso al matrimonio"[24].

Alla base di simili argomentazioni pulsa, a ben vedere, uno degli snodi critici della lotta per il riconoscimento, ed in particolare l'esito argomentativo dello stigma di fondo verso la vita familiare delle coppie omosessuali, che si assume inferiore e indegna di riconoscimento pubblico, e al più relegabile all'ambito dei rapporti contrattuali, a forme di riconoscimento più blande ed affidate al paradigma pri-

19 Cfr. in questo senso, molto chiaramente, l'intervento della Sen. Lo Moro nella seduta antimeridiana del 28 gennaio 2016 (http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=17&id=960909). Analogamente si era espressa la Commissione Affari costituzionali del Senato con il proprio parere sul disegno di legge, il 12 maggio 2015 (http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=17&id=914172).

20 Cfr. l'intervento del Sen. Giovanardi nella seduta del 28 gennaio 2016 (http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=17&id=960909).

21 Cfr. questo passaggio: "Nella sentenza n. 138 del 2010 la Consulta ha definito l'unione omosessuale come la stabile convivenza fra due persone dello stesso sesso cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia — *ripeto una condizione di coppia* — ottenendone il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. La Corte aggiunge che sarà lei stessa a garantire, attraverso il controllo di ragionevolezza, la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e della coppia omosessuale" (seduta del 3 febbraio 2016, corsivo aggiunto, http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=17&id=964302).

22 Si tratta di Corte di cassazione, sez. I civ., sentenza del 21 aprile 2015, n. 8097.

23 Cfr. Corte Edu, *Oliari c. Italia*, cit., par. 174.

24 Cfr. ancora l'intervento del Sen. Palermo nella seduta pomeridiana del 2 febbraio 2016.

vatistico[25]. Tale censura nascondeva una posizione strategica ben chiara, volta ad eludere la specificità dell'unione civile, con l'intento ultimo di degradare l'unione omosessuale ad un istituto di natura contrattuale, sprovvisto dell'istituzionalizzazione e della stabilità sancita invece dal disegno di legge: non è allora un caso che ad essa si sia intrecciata, nella fase finale dei lavori del Senato e lungo tutto l'iter del disegno di legge alla Camera, la strategica e strumentale sovrapposizione — sul piano terminologico — tra unioni civili e disciplina delle convivenze, con l'intento di sostenere la sufficienza di quest'ultima ai fini della tutela delle coppie formate da persone dello stesso sesso, escludendo la necessità di un istituto autonomo e formalizzato[26].

La misura della distanza tra unioni civili, matrimonio e convivenze, chiama pertanto in causa la dignità della vita familiare omosessuale, e la possibilità stessa di riconoscere ad essa — pur nella differenza del *nomen* dell'istituto deputato al suo riconoscimento — pari dignità sociale ai sensi dell'art. 3.

4. Diritto parlamentare e lotta per il riconoscimento: il problema dell'ostruzionismo

Con riferimento specifico ai singoli passaggi dell'iter di approvazione della legge, deve osservarsi che esso ha riproposto conflitti tipici del diritto parlamentare — su tutti, quello tra istanza di razionalizzazione giuridica del conflitto politico, e fisiologica tendenza dei rapporti tra le forze politiche a debordare rispetto ai modelli procedurali — e, per altro verso, tensioni che hanno caratterizzato, nel corso di questa legislatura, l'approvazione di provvedimenti centrali nell'attuazione del programma del Governo attualmente in carica: anticipando un tema che si svilupperà in seguito, sono molte le analogie, sul piano procedurale, tra il passaggio al Senato della legge sulle unioni civili e l'approvazione da parte dello stesso ramo, poco più di un anno fa, del disegno di legge in materia elettorale.

Punto di osservazione privilegiato per cogliere l'intreccio tra andamento dei lavori parlamentari relativi alla legge n. 76/2016 e "lotta per il riconoscimento" è rappresentato, senza dubbio, dalle tecniche ostruzionistiche messe in atto dalle forze politiche contrarie al provvedimento, e dalle relative contromisure, tentate dalle forze politiche favorevoli, ed in particolare dal partito di maggioranza relativa e, in un secondo momento (con successo), dal Governo[27].

Il ricorso all'ostruzionismo, infatti, ripropone la tensione di fondo che anima il modello di legittimazione del diritto parlamentare, nella misura in cui si incentra sull'uso, da parte del singolo parlamentare o dei gruppi, di facoltà del tutto legittime, con finalità però opposta rispetto a quella, fisiologica, di contribuire all'ordinato svolgimento dei lavori, contribuendo all'articolazione del compromesso e alla razionalità della decisione finale: come è stato affermato, da "impulso" l'attività del parlamentare

25 Come ben rilevato dal Sen. Manconi, nel suo intervento nella seduta del 25 febbraio 2016, laddove ha criticato con forza la "logica [e l'] approccio culturale che intende negare l'istanza morale che c'è, che può esserci, nella domanda di unione civile, che mira a neutralizzare il valore sociale ed etico di quella stessa unione civile e a ridurla a un mero contratto privato" unitamente alla "prospettiva […] economicistica, che offre una sorta di scambio tra concessioni di alcune garanzie patrimoniali, ereditarie, previdenziali, fiscali e amministrative in cambio della rinuncia al riconoscimento giuridico e morale dell'unione civile", ravvisando al tempo stesso che "è esattamente quel riconoscimento giuridico morale dell'unione civile che costituisce il cuore pulsante della questione e il suo senso ultimo e più alto".

26 Emblematiche, in questo senso, le prese di posizione manifestate a più riprese, sugli organi di stampa, da esponenti di Nuovo Centrodestra – Area popolare: offrendo al Partito democratico — già a seguito dell'indicazione di libertà di coscienza sulla cd. *stepchild adoption*, data da Beppe Grillo, sul proprio blog il 6 febbraio — la propria disponibilità ad approvare la legge, tanto il Ministro degli interni quanto il Sen. Schifani non esitarono a dirsi sì, contrari alla cd. *stepchild adoption* ma, sorprendentemente, favorevoli alle unioni civili. E tuttavia, dal contenuto delle interviste in parola, si evince che — con l'espressione unioni civili — i due indicavano piuttosto l'attribuzione di una serie di diritti e doveri ai conviventi. Cfr. in questo senso l'intervista rilasciata dal Ministro degli interni a SkyTg24 il 7 febbraio 2016 e l'intervista del Sen. Schifani, in pari data, al Corriere della Sera (http://www.corriere.it/politica/16_febbraio_07/schifani-unioni-civili-gay-adozioni-8e7856d0-cd18-11e5-a5a3-6d487a548e4e.shtml).

27 Distingue — in relazione al procedimento legislativo in esame — fra stress procedurale e "veri e propri dirompenti atteggiamenti ostruzionistici da parte delle opposizioni, che pure hanno cercato in vari modi di rallentare l'approvazione di un progetto di legge in materia", L. Ciaurro, *Ddl unioni civili e criticità procedurali: 69 commi da raccontare*, in *Rassegna parlamentare*, n. 1/2016, pp. 103 ss., 103. Come si vedrà più diffusamente nel seguito della trattazione, l'assetto dei rapporti tra forze favorevoli e forze contrarie al progetto di legge sembra più correttamente inquadrabile secondo dinamiche di tipo ostruzionistico/antiostruzionistico (specie in relazione al numero di emendamenti presentati e al dichiarato intento di perseguire, attraverso di essi, non già un confronto sul merito, bensì unicamente l'arresto dei lavori).

diviene occasione di "intralcio"[28], ed è "rivolta ad ostacolare lo svolgimento delle funzioni parlamentari, per ritardare rispetto ad esse, o addirittura per impedire, la fase procedimentale della deliberazione"[29]. Tradizionale strumento delle strategie di opposizione, l'ostruzionismo si caratterizza, tuttavia, per una pluralità di destinazioni finalistiche: così, secondo una definizione ormai classica, accanto a forme di ostruzionismo volte a forzare la dialettica parlamentare per rendere possibile il compromesso ("compromissorio"), vi sarebbero forme di ostruzionismo meramente ostativo, un ostruzionismo di denuncia — volto cioè ad attirare l'attenzione dell'opinione pubblica sui temi in discussione — ed infine un ostruzionismo costituzionale, diretto cioè ad opporsi a violazioni o sovvertimenti del quadro costituzionale e della dialettica democratica. A queste forme, tipicamente appannaggio delle opposizioni, dovrebbe aggiungersi almeno l'ostruzionismo di maggioranza — nelle due forme delle contromisure rispetto a pratiche ostruzionistiche di opposizione (si pensi al ricorso alla questione di fiducia) e dell'ostruzionismo dilatorio (cd. insabbiamento) — e l'ostruzionismo del singolo parlamentare nei confronti del proprio gruppo di appartenenza[30].

Quale che sia la più corretta classificazione, nell'analisi del fenomeno ostruzionistico non possono essere perse di vista almeno due esigenze fondamentali. Per un verso, è necessario contestualizzare la pratica ostruzionistica con riferimento alle concrete caratteristiche storico-politiche del sistema parlamentare in cui avviene. Così, ad esempio, pratiche ostruzionistiche in un sistema parlamentare multipartitico e compromissorio condivideranno solo in parte ragioni e fenomenologia con le tecniche di *filibustering* che avvengano in un contesto di tipo maggioritario e polarizzato; soprattutto, non si potrà prescindere, nell'analisi delle tattiche di ostruzionismo, e delle relative risposte, dal concreto atteggiarsi delle relazioni e degli equilibri politici tra maggioranza ed opposizione, così come dalle più generali condizioni politiche, idonee ad incidere — in un dato momento storico — sull'andamento dei lavori parlamentari con *stress* di intensità diversa, e soprattutto con diverse possibilità di soluzione. In secondo luogo, non si deve mai perdere di vista l'elemento costante e distintivo della pratica ostruzionistica: la torsione di attività legittime per scopi contrari alla razionalità e al buon andamento dei lavori parlamentari.

In questo senso, diviene fondamentale la riflessione sulla componente finalistica di tale torsione, sui motivi che conducono le minoranze di opposizione a scegliere la via della contrapposizione frontale, mettendo a rischio la funzionalità di Commissioni e Assemblee. In quanto momento di emersione del "politico" rispetto al giuridico, l'ostruzionismo parlamentare chiama in causa nuovamente il rapporto tra diritto parlamentare e politica, ma anche la stessa capacità delle dinamiche interne alle Assemblee di "incidere sulla permeabilità dell'ordinamento costituzionale a fenomeni di mutamento informale"[31].

Allo stesso tempo, il fenomeno ostruzionistico rappresenta il momento di maggiore tensione delle potenzialità normative del diritto parlamentare, sottoponendo ad un significativo livello di *stress* gli organi di garanzia — su tutti, la Presidenza (coadiuvata se del caso dalla Conferenza dei capigruppo e dalle Giunte per il Regolamento) — che rischiano di rimanere intrappolati, tra diritto e politica, nelle complesse dinamiche di interpretazione del diritto parlamentare, e nella risoluzione dei casi regolamentari suscitati dall'ostruzionismo e dal tentativo di resistere ad esso: si pensi, solo per fare un esempio, a tutte quelle previsioni dei regolamenti che lasciano all'Assemblea la possibilità di deliberare sulla proposta presidenziale di risoluzione di un caso regolamentare[32]. Evidente, a questo punto, il rilievo della componente finalistica, nella sua doppia dimensione interna ed esterna: se ci si limita alla finalità "interna" della pratica ostruzionistica, vale a dire al suo deliberato intento di impedire l'ordinato svolgimento dei lavori parlamentari, un ruolo centrale è assunto proprio dalla magistratura presidenziale e dalla

28 Così nella classica ricostruzione di G. Bertolini, *Ostruzionismo parlamentare*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXI, Milano, Giuffré 1981, pp. 476 ss., 476-477.

29 Così S. Labriola, *Regolamento parlamentare e forma di governo*, in *Diritto e società*, 1982, pp. 645 ss., 667.

30 Cfr. S. Labriola, *Regolamento parlamentare*…, cit., pp. 658 ss.

31 Così R. Ibrido, *L'interpretazione*…, cit. p. 131.

32 Con il rischio di una tendenziale sovrapposizione tra "regolatore" e "regolato" (così G. Piccirilli, *L'emendamento*…, cit., p. 33). Per una critica delle tensioni tra funzione presidenziale e indirizzo politico di maggioranza nelle ultime legislature, e con riserva di quanto si dirà oltre sull'evoluzione del ruolo del Presidente, v. ad esempio M. Manetti, *I limiti della politica nel diritto parlamentare*, in Aa.Vv., *Il precedente parlamentare*…, cit., pp. 305 ss., specie 308-310. Sull'alternativa tra rimessione all'Assemblea e decisione presidenziale, v. anche N. Lupo, *Presidente di Assemblea*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg. IV, pp. 444 ss., 455 ss.

sua funzione di garantire la funzionalità dei lavori dell'Aula, e dunque che si arrivi ad una decisione, positiva o negativa, secondo i criteri di razionalità propri del procedimento[33].

Se invece si allarga lo sguardo alle finalità sostanziali, o esterne, della pratica ostruzionistica, il discorso si complica ulteriormente. Da un lato, infatti, dell'ostruzionismo riemerge la componente più profonda, che rinvia alla garanzia del ruolo e delle funzioni della minoranza rispetto ad eventuali abusi della maggioranza; d'altro canto, si rende necessario individuare un limite oltrepassato il quale la pratica ostruzionistica possa e debba essere arginata.

In questo quadro, il ruolo della Presidenza assume, di nuovo, una rilevanza centrale, con tratti però di maggiore sensibilità politica, che solo in parte possono essere ricondotti alla pur suggestiva figura dell'"uomo/donna della Costituzione", per assumere più decisamente le vesti di un "arbitro attivo"[34].

Quello della legittimità delle pratiche ostruzionistiche è senz'altro l'aspetto più problematico nell'analisi del fenomeno, teso com'è tra i due estremi dell'uso e dell'abuso di facoltà legittime; e non sono mancati nella storia esempi di conflitti ostruzionistici lungamente protratti nel tempo, per la difficoltà di conciliare l'argine al fenomeno con il rispetto delle procedure e degli strumenti parlamentari[35]. Quanto più si tenda, peraltro, a risolvere il problema della legittimazione del diritto parlamentare in termini dogmatici, tanto più difficile risulterà ammettere strumenti di contenimento del fenomeno ostruzionistico che consistano in una deroga o in una forzatura dei congegni procedurali disciplinati dai regolamenti. Tutto al contrario, un approccio al diritto parlamentare maggiormente sensibile alle interdipendenze tra esso ed il contesto storico-politico rende possibile un'analisi meno rigida del fenomeno

33 Di una funzionalizzazione del ruolo del Presidente ad una "ottimizzazione dei risultati" parla R. Ibrido, *Precedenti parlamentari e metodi di risoluzione delle questioni regolamentari*, in Aa.Vv., *Il precedente parlamentare…*, cit., pp. 85 ss., 115-116. Sul punto, v. anche A. Mené, *Fenomeni ostruzionistici nella XIII legislatura tra garanzia dei diritti delle opposizioni e salvaguardia della funzione decisionale del Parlamento*, in Aa.Vv., *Il Parlamento della Repubblica*, vol. 9, Roma, Camera dei Deputati, 1998, pp. 369 ss., 402.

34 Il dibattito sul ruolo della Presidenza nelle dinamiche di funzionamento dell'Assemblea non può essere qui ricostruito nel dettaglio, ed è stato sempre preso — a partire dal classico lavoro di G. Ferrara, *Il Presidente di Assemblea parlamentare*, Milano, Giuffré, 1965 — nell'alternativa tra neutralità e contributo all'attuazione dell'indirizzo politico, con la significativa precisazione (che si deve allo stesso G. Ferrara, *"Il Presidente di Assemblea parlamentare", quarantotto anni dopo*, in *Il Filangieri*, 2012/2013, pp. 301 ss.) che il legame tra funzione presidenziale e indirizzo politico va inteso nel senso di valorizzare il contributo parlamentare all'attuazione dell'indirizzo politico, e non già come un appiattimento della Presidenza su logiche di tipo biecamente maggioritario (pp. 304-305). A maggior ragione, la riflessione sul ruolo della Presidenza, e su tutti i problemi legati alla cd. "mistica" dell'imparzialità (così S. Ceccanti, *I Presidenti di Assemblea e la "mistica" dell'imparzialità*, ivi, pp. 293 ss.), è stata profondamente influenzata dal passaggio al sistema elettorale maggioritario, ciò che ha reso ancor più evidente la possibilità di una identificazione tra la persona del Presidente e la maggioranza, anche in virtù del superamento, a partire dal 1994, della convenzione che, a partire dal 1976, aveva portato ad eleggere stabilmente, alla Presidenza di una delle due Camere un esponente delle opposizioni. Anche in conseguenza di tale passaggio storico, la dottrina ha rimeditato la posizione del Presidente di Assemblea nel sistema, interrogandosi in particolare sulle sue conseguenze in tema di "imparzialità" della Presidenza, di volta in volta sottolineandone il ruolo di "custode" del Regolamento e delle prassi (così ad es. R. Ibrido, *Precedenti parlamentari e metodo…*, cit., p. 104), di giudice e integratore del diritto parlamentare (così N. Lupo, *I poteri di "giudice" e "integratore" del diritto parlamentare*, in *Il Filangieri*, 2012-2013, pp. 183 ss.), o ancora quello di "uomo/donna della Costituzione": in questo senso A. Manzella, *I Presidenti delle Camere nella Costituzione e nella prassi*, ivi, pp. 297 ss., sottolinea che il Presidente è tenuto a garantire un "buon andamento che è legato ad un «Governo che governi»" nel quadro però di una declinazione della funzione presidenziale che è sì politica, ma di "politica istituzionale", p. 299; sul punto v. anche E. Rossi, *Alcune considerazioni sul Presidente di Assemblea come uomo/donna della Costituzione*, ivi, pp. 281 ss., specie 285 ss. Particolarmente suggestiva allora, nell'ottica di ricercare un punto di mediazione o un termine medio tra "uomo della maggioranza" e mero giudice del regolamento, la proposta, avanzata da C. Pinelli, *Il Presidente di Assemblea parlamentare*, in *Quaderni dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 1998, pp. 67 ss., di qualificare il Presidente in termini di "arbitro" o garante "attivo" (pp. 69-70). D'altro canto, simili polarizzazioni vengono sempre mantenute nell'ambito della tensione — connaturata al ruolo in qualche modo "bifronte" della Presidenza — tra funzioni di garanzia e ruolo di soggetto politicamente attivo della Presidenza (anche con riferimento agli interventi della Presidenza nel dibattito pubblico, sul punto v. G. Romano, *I Presidenti delle Camere: vecchi miti, nuove certezze ed un'ipotesi di futuro*, in *Il Filangieri*, 2007, pp. 287 ss., specie pp. 322 ss.): cfr. anche E. Gianfrancesco, *Il ruolo dei Presidenti delle Camere tra soggetti politici e arbitri imparziali*, in Aa.Vv., *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, a cura di E. Gianfrancesco e N. Lupo, Roma, Luiss University Press, 2007, pp. 11 ss., il quale peraltro avanza — in relazione all'incidenza del maggioritario sulla funzione presidenziale — la suggestiva ipotesi che "sia la modificazione in corso dell'altro volto del Giano bifronte – Presidente di Assemblea, quello del soggetto politicamente attivo, che si ripercuote e retroagisce sulla stessa configurazione garantistica ed imparziale della funzione presidenziale, scaricando su di essa un accumulo di tensioni che si vengono a produrre" (p. 23). Per alcuni riferimenti ulteriori, cfr. almeno, oltre a N. Lupo, *Presidente di Assemblea*, cit.; Aa.Vv., *I Presidenti di Assemblea parlamentare*, a cura di N. Lupo, E. Gianfrancesco, G. Rivosecchi, Bologna, Il Mulino, 2014; A. Sciortino, *Il Presidente di Assemblea parlamentare*, Torino, Giappichelli, 2002; A. Torre, *Il magistrato dell'Assemblea: saggio sui Presidenti parlamentari*, Torino, Giappichelli, 2000; M. Iacometti, *I Presidenti di Assemblea parlamentare*, Milano, Giuffré, 2001.

35 Per una disamina dei precedenti storici, v. G. Bertolini, *Ostruzionismo parlamentare*, cit., pp. 486 ss.

ostruzionistico. Così, ad esempio, con riguardo al riferimento al precedente — un parametro importante nella risoluzione dei casi regolamentari — occorrerà chiedersi, come è stato suggestivamente affermato, "non tanto quale tirannico precedente" abbia potuto legittimare l'apparente forzatura di una procedura parlamentare, "quanto quale concezione di principi e istituti del diritto parlamentare e quale cultura della Costituzione e del parlamentarismo abbiano potuto legittimarlo"[36].

D'altro canto, non si può prescindere, nell'analisi del fenomeno, dalla materia su cui incida, e dal suo diverso grado di "sensibilità costituzionale", proprio perché l'ostruzionismo mette in crisi la capacità del diritto parlamentare di dare forma e corpo al processo politico, così incidendo, almeno potenzialmente, sulla capacità delle forze politiche parlamentari di articolare risposte a domande di giustizia o, come nel nostro caso, di riconoscimento. Risulta allora particolarmente affascinante l'approccio di quanti si sforzano di distinguere tra diversi modi e finalità dell'ostruzionismo, facendo perno, ad esempio, sul concetto di "lealtà" nell'analisi del fenomeno[37]: lealtà, che immediatamente rinvia al concetto di responsabilità degli attori coinvolti, ma anche al limite — di individuazione certo complessa — tra lotta politica e salvaguardia di un quadro di riferimento condiviso, cornice di un processo di integrazione tra le forze e gli interessi in campo che si rinnova sempre di nuovo secondo intese e pratiche di tipo cooperativo. Tale prospettiva assume importanza, peraltro, proprio quando i lavori parlamentari debbano misurarsi con questioni che — sollecitando in modo particolare il quadro costituzionale di riferimento — pongano il problema della gestione del conflitto pluralistico e della convivenza tra istanze etiche diverse e diverse concezioni del mondo: emerge così un intreccio in parte inedito tra "lotta per il riconoscimento", lealtà e responsabilità degli attori e capacità del processo politico di gestire il dissenso, anche radicale, garantendo ad esso la giusta dimensione espressiva, senza rimanere impigliato negli esiti paralizzanti di tattiche ostruzionistiche.

Su queste basi, con riferimento ai lavori preparatori della legge n. 76/2016, è pertanto necessario concentrare l'attenzione sui tentativi del partito di maggioranza relativa di arginare l'ostruzionismo delle forze contrarie con strumenti tipici della dialettica parlamentare, ed in particolare con la calendarizzazione in Assemblea del disegno di legge prima della conclusione dei lavori in Commissione, e con la presentazione di un emendamento premissivo di principio volto ad aggirare la mole di emendamenti ostruzionistici presentati. D'altro canto, sarà necessario interrogarsi sul ruolo della Presidenza, specie in relazione alle due questioni — frequentemente evocate nel dibattito, fuori e dentro l'Aula di Palazzo Madama — della concessione del voto segreto e del giudizio di ammissibilità degli emendamenti (ed in specie del premissivo).

Tutto l'andamento dei lavori di Aula, a ben vedere, è stato teso tra questi due poli, con l'aggiunta significativa del rilievo assunto dal ruolo del M5S, passato dal sostegno incondizionato al disegno di legge, costruito durante i lavori della Commissione Giustizia, ad una posizione più incerta, culminata nella decisione di non assicurare il voto sull'emendamento premissivo a firma Marcucci, nella seduta del 16 febbraio. Queste le coordinate secondo cui analizzare le alterne fortune del tentativo di superare l'ostruzionismo (ma anche l'opposizione di alcuni settori del Partito democratico rispetto ad alcuni contenuti del ddl) ed assicurare l'approvazione della legge, fino alla decisione — annunciata dal Presidente del Consiglio nell'Assemblea nazionale del Partito democratico del 21 febbraio, e ratificata dai Senatori del Partito due giorni dopo — di ricondurre il compromesso all'interno della maggioranza di governo, con la presentazione di un maxiemendamento, privo di alcuni elementi fino a quel momento ritenuti essenziali all'impianto del ddl (su tutti, l'adozione coparentale del figlio del *partner)*, su cui porre la questione di fiducia.

36 Così, G. Filippetta, *La raccolta dei precedenti…*, cit., p. 31. Tale rilievo si intreccia con quello relativo all'evoluzione delle funzioni presidenziali. Si pensi, ad esempio, agli effetti che la torsione maggioritaria della forma di governo parlamentare ha dispiegato sulla funzione presidenziale di "custodia delle prassi": come nota infatti N. Lupo, *Emendamenti, maxiemendamenti e questione di fiducia*, in Aa.Vv., *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, cit., pp. 41 ss., 41 nelle legislature "del maggioritario" non è stato infrequente il fenomeno della "rincorsa" al precedente peggiore. Se è vero, infatti, che "il richiamarsi ad un precedente e l'uniformarsi ad esso sono operazioni che, sul piano sostanziale, si fondano su un'esigenza di giustizia, ossia sul fatto che tale precedente, in assenza di una disposizione normativa scritta o di una sua interpretazione univoca, dovrebbe essere idoneo ad attestare l'esistenza di una regola di natura consuetudinaria — o quanto meno di una prassi — già in vigore nel momento in cui si è presentato il caso da decidere in base ad essa", nell'esperienza delle ultime legislature, invece, "tale richiamo tende ad assumere un connotato particolarmente stridente con tali esigenze di giustizia cui esso dovrebbe prestarsi, assumendo talora un sapore quasi 'vendicativo', quando esso avviene 'a cavallo' di due legislature caratterizzate da maggioranze opposte (e altresì da presidenti di assemblea appartenenti a schieramenti politici contrapposti)" (pp. 42-43)

37 Molto affascinante, in questo senso, l'analisi di R. Ibrido, *L'interpretazione…*, cit., pp. 134-135.

5. In mare aperto[38]: in Aula senza Relatore

La strategia ostruzionistica per impedire l'approvazione del disegno di legge sulle unioni civili è iniziata ben prima del suo arrivo in Aula. Nel corso dell'esame in Commissione Giustizia, iniziato il 3 luglio 2013 e terminato, dopo 71 sedute, il 12 ottobre del 2015, i gruppi politici contrari al disegno di legge (Lega, Area popolare, GAL, Forza Italia) hanno tentato di ostacolare in vario modo l'iter del progetto. In particolare, nella fase finale dell'esame, iniziata il 26 marzo del 2015 con l'adozione del testo base, detti gruppi hanno presentato una ingente mole di emendamenti (nell'ordine di alcune migliaia), caratterizzati da un intento apertamente ostruzionistico. Si trattava infatti in larghissima parte di emendamenti che, lungi dall'affrontare il merito delle questioni trattate nell'ottica di proporre soluzioni alternative in vista della ricerca di un compromesso, miravano ad introdurre nel testo della proposta di legge modifiche radicalmente in contrasto con il suo impianto, a snaturarne finalità e a pregiudicarne la tenuta tecnica, con il fine dichiarato di testimoniare una contrarietà di principio e non integrabile in soluzioni di compromesso[39]. Inoltre, al fine di aumentare il numero degli emendamenti proposti, i firmatari avevano fatto largo uso, ad esempio, della formulazione a scalare o del cd. abuso del "conseguentemente" che si realizza quando, per effetto della modifica proposta, si proponga di abrogare o modificare, conseguentemente e con il medesimo emendamento, uno o più articoli del progetto di legge[40].

L'elevato numero di emendamenti, la resistenza da parte delle forze politiche contrarie ad addivenire ad un compromesso almeno sul numero degli emendamenti da mantenere e su cui concentrare la discussione, comportava, nei mesi di giugno, luglio e settembre del 2015, il sostanziale stallo nei lavori della Commissione, che riusciva a portare avanti l'esame del solo articolo 1 del disegno di legge, nonostante il frequente ricorso a sedute notturne.

Di fronte al rischio di vedere arenato in Commissione l'esame degli emendamenti, le forze favorevoli al provvedimento (PD, SEL e, per allora, M5S) convenivano di interrompere i lavori della Commissione senza conferire mandato al relatore.

Il procedimento seguito per realizzare il passaggio all'Aula deve essere ricostruito nel dettaglio, poiché proprio su di esso si sono appuntate, durante il dibattito successivo, numerose critiche relative all'asserita violazione dell'art. 72 Cost. che, come noto, impone che ogni disegno di legge sia esaminato dalla Commissione competente e, successivamente, dall'Aula (fatti salvi i casi di assegnazione alla Commissione in sede deliberante)[41]. Anzitutto, veniva presentato un nuovo disegno di legge (S. 2081) che recepiva gli emendamenti fino ad allora approvati dalla Commissione rispetto al testo base, unitamente ad ulteriori modifiche tecniche. Di tale disegno di legge, nella seduta del 12 ottobre 2016, veniva deliberata la congiunzione con i disegni di legge nn. 14 ed abbinati, fino a quel momento discussi dalla Commissione. Il giorno successivo, la Conferenza dei Capigruppo deliberava, ai sensi dell'art. 44, comma 3 del Regolamento, l'immediata calendarizzazione in Aula del ddl S. 2081, essendo ampiamente scaduto il termine di due mesi per l'esame dei disegni di legge cui lo stesso era stato congiunto: il richiamo in Aula determinava l'arresto dei lavori della Commissione, senza che si fosse potuto deliberare, a conclusione del fisiologico iter di esame del disegno di legge, il mandato al relatore per riferire all'Aula.

Il disegno di legge approdava così all'esame dell'Aula[42] — con la relazione del Presidente della Commissione già nella seduta del 14 ottobre — senza poter contare sulla presenza del Relatore e con l'annuncio del Governo dell'intenzione di rimettersi all'Aula sugli emendamenti, salvo una "valutazione tecnica su alcuni, quando palesemente non conformi alla giurisprudenza europea e a quella

38 Così, nell'imminenza del richiamo in Aula, M. Gattuso, *Le Unioni civili in mare aperto: ecco il progetto di legge che andrà in Aula in Senato*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 8 ottobre 2015.

39 Per una esplicita ammissione, cfr. l'intervento del Sen. Giovanardi nella seduta della Commissione Giustizia del Senato del 9 giugno 2015, laddove il Sen. dichiarò che i numerosi emendamenti presentati testimoniavano la sua totale ed assoluta contrarietà al testo.

40 Per alcuni esempi di emendamenti con formulazione a scalare, cfr. gli em.ti 12.10 a 12.13; per alcuni esempi di emendamenti incentrati sull'abuso del conseguentemente cfr. ad es. gli em. ti 1.5; 1.10; 1.790. Su quest'ultima tipologia di emendamenti, e sulla loro funzione ostruzionistica, cfr. G. Piccirilli, *L'emendamento…*, cit., pp. 142-145.

41 Su questo passaggio, v. anche L. Ciaurro, *Ddl unioni civili…*, cit., pp. 105 ss., specie 107.

42 Peraltro in assenza, come osserva ancora L. Ciaurro, *Ddl unioni civili…*, cit., pp. 108 ss., 111, di un voto dell'Aula sull'adozione del testo base, "vera e propria innovazione" rispetto alle prassi seguite in precedenza (p. 113).

costituzionale"[43]: una situazione in parte analoga a quella verificatasi, circa un anno prima, con riferimento all'esame del disegno di legge in materia elettorale[44].

Si tratta a questo punto di valutare, alla luce del dato normativo e delle concrete caratteristiche della fattispecie in esame, se sia davvero ravvisabile, nell'iter seguito per il richiamo del disegno di legge in Aula, una violazione dell'art. 72 della Costituzione, come denunciato a più riprese dalle forze contrarie all'approvazione del ddl: si ricordi, peraltro, che sulla medesima questione alcuni Senatori (riconducibili alle medesime forze), hanno sollevato conflitto di attribuzione dinanzi alla Corte costituzionale, affermando di essere stati lesi nelle loro prerogative per effetto della mancata discussione del ddl S. 2081 in Commissione[45].

Il pregio delle censure deve essere valutato da un duplice punto di vista, formale e sostanziale. Sul piano formale, va sottolineato che esso si è svolto nel rispetto della normativa regolamentare: infatti, per effetto della congiunzione con i disegni di legge già in discussione, non può obiettarsi che il ddl S. 2081 sia stato assegnato all'Aula nel mancato rispetto del termine bimestrale di esame in Commissione di cui all'art. 44, comma 1, del Regolamento del Senato. Detto termine, per i disegni di legge 14 ed abb. (cui il 2081 è stato abbinato) era infatti ampiamente trascorso, e dunque la Conferenza dei Capigruppo ben poteva deliberarne, ai sensi del terzo comma dello stesso art. 44, il richiamo in Aula. La calendarizzazione del solo S. 2081 consegue alla sua scelta come testo base, tra quelli il cui esame era pendente in Commissione, ed è avvenuta nell'ambito del più generale "richiamo in Aula" del complesso dei disegni di legge in discussione. La portata dello stratagemma tecnico è poi ulteriormente sdrammatizzata, sul piano sostanziale, dalla circostanza che il disegno di legge S. 2081 non costituisse — se non sul piano meramente formale — un *nuovo* testo, ma si limitasse a riprodurre il testo base adottato dalla Commissione il 26 marzo 2015 integrando in esso le modifiche già deliberate dalla Commissione, proprio con l'intento di non vanificare il lavoro svolto sino a quel momento. La corrispondenza di contenuto tra i disegni di legge, pertanto, vale a consolidare l'impressione di una continuità dell'iter complessivo sul piano sostanziale, con esclusione di ogni violazione delle prerogative della Commissione e dei suoi membri, e nel rispetto formale dell'art. 72 Cost. e del Regolamento[46].

43 Sull'atteggiamento del Governo, cfr. l'intervento del Ministro della giustizia, On. Andrea Orlando, in Aula nella seduta del 10 febbraio ("Il Governo non esprimerà una valutazione politica sui diversi emendamenti che saranno portati alla discussione, se non esclusivamente una valutazione tecnica su alcuni, quando palesemente non conformi alla giurisprudenza europea e a quella costituzionale. Sugli altri si rimetterà alla valutazione dell'Aula").

44 Anche in quel caso, infatti, di fronte ad un elevato tasso di conflittualità politica e ad un abnorme numero di emendamenti presentati in Commissione (circa 17000), la Conferenza dei capigruppo deliberava la calendarizzazione in Aula senza relatore. Diverso, in quel caso, l'atteggiamento del Governo, oltre come ovvio al diverso rilievo di accordi extraparlamentari: sul punto, vedi l'attenta ricostruzione di D. Casanova, *Il procedimento legislativo di approvazione dell'"Italicum" e le sue numerose anomalie*, in *Osservatorio AIC*, www.osservatorioaic.it, luglio 2015, specie alle pp. 24 ss.; in generale, v. diffusamente anche Aa.Vv. *Le procedure parlamentari "sotto stress"*, cit. Come vedremo, si tratta solo della prima di una serie di analogie tra le vicende relative ai due disegni di legge, accomunate da strumenti di resistenza al fatto ostruzionistico molto simili tra loro.

45 La Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 149, depositata il 16 giugno 2016, ha dichiarato l'inammissibilità del conflitto di attribuzione, ai sensi dell'art. 37 della legge n. 87/1953. In questa fase del procedimento, la Corte era chiamata a pronunciarsi sulla sussistenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi del conflitto: la decisione, per molti versi attesa, presenta taluni profili di interesse, in particolare con riferimento all'*iter decidendi*, tutto incentrato su un intreccio molto stretto tra requisito oggettivo — ed in particolare sulla lesione di competenze sancite da disposizioni costituzionali — e requisito soggettivo, dichiarato assorbito proprio in conseguenza dell'assenza del requisito oggettivo. La Corte, in altri termini, non affronta il profilo della legittimazione del singolo parlamentare a sollevare conflitto di attribuzione, concentrandosi piuttosto sulla sussistenza della materia del conflitto, verificando in particolare "che si lamenti la violazione di norme costituzionali attributive di potere al soggetto ricorrente". Il profilo soggettivo è insomma assorbito da quello oggettivo, non solo e non tanto perché la rilevata insussistenza dei requisiti oggettivi dispensi la Corte dall'occuparsi del requisito soggettivo quanto piuttosto per l'intreccio stesso tra requisito soggettivo e requisito oggettivo che si ravvisa nella fattispecie. Adombra infatti la Corte che i Senatori ricorrenti, lungi dal dimostrare la concreta violazione di loro prerogative, abbiano fatto uso dello strumento del conflitto unicamente per censurare vizi formali del procedimento di approvazione della legge sulle unioni civili: in altri termini, "la menomazione lamentata dai ricorrenti inerisce tutta alle modalità di svolgimento dei lavori parlamentari come disciplinati da norme e prassi regolamentari", sulle quali la Corte, per giurisprudenza consolidata, non può intervenire, trattandosi di ambiti riservati all'autonomia delle Camere. Su questa vicenda, v. S. Rossi, *Tra politica e procedura. Il conflitto (in)utile sul d.d.l. Cirinnà*, in *Osservatorio AIC*, www.osservatorioaic.it, 3/2016.

46 Peraltro, la stessa sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale, più volte richiamata dal Senatore Giovanardi nei suoi interventi in Aula a sostegno della tesi dell'illegittimità della procedura di richiamo in Aula, nel censurare per violazione dell'art. 72 la presentazione in Aula da parte del Governo — in sede di conversione di un Decreto Legge — di un maxiemendamento interamente sostitutivo della legge di conversione di un decreto legge e recante contenuti estranei a quelli del Decreto e mai discussi dalla Commissione, non appare in contrasto — fermi restando la delicatezza e la problematicità del ricorso al maxiemendamento (su cui v. *infra*) — con la necessità di una continuità sostanziale tra i testi discussi in Commissione e quelli sot-

6. Il "non passaggio agli articoli" e il problema del voto segreto

Un secondo momento rilevante, nell'iter dei lavori dell'Aula, ha coinciso con la presentazione — dopo la reiezione delle questioni pregiudiziali e sospensive e l'esaurimento della discussione generale — di una proposta di non passaggio all'esame degli articoli, ai sensi dell'art. 96 del Regolamento del Senato.

A differenza della questione sospensiva, in caso di approvazione della quale l'iter del provvedimento è sospeso e il disegno di legge rinviato alla Commissione in sede referente, nel caso di approvazione della proposta di non passare agli articoli il seguito dell'iter è precluso. Inoltre, rispetto alle questioni pregiudiziali e sospensiva — maggiormente legate al merito del disegno di legge — il non passaggio agli articoli si caratterizza per una più netta prevalenza della natura procedurale. Ai sensi dell'art. 96 del Regolamento, la proposta — che può essere presentata da ciascun Senatore — è sottoposta al voto dell'Aula. Nel nostro caso, l'interesse della presentazione della proposta è legato al fatto che sulla stessa venne richiesto, contestualmente, il voto segreto ai sensi dell'art. 113, comma 4 del Regolamento.

La questione del voto segreto nei lavori dell'Aula del Senato sulla legge n. 76/2016 si è posta, sin da subito, con particolare intensità, alla luce della delicata conformazione degli equilibri tra le forze politiche, e all'interno del partito di maggioranza relativa[47]. Anche in questo caso, pertanto, su uno strumento — discusso — del diritto parlamentare, si sono scaricate tensioni di natura politica ed anche extraparlamentare, specie nella misura in cui la richiesta del voto segreto è apparsa sin da subito assumere i contorni di una vera e propria minaccia, strettamente legata alla rivendicazione — interna ed esterna alle Aule parlamentari — della libertà di coscienza su alcuni punti della legge (ed in particolare sul suo art. 5, relativo all'estensione dell'adozione coparentale alle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso).

Si tratta, peraltro, di una tensione tipica dello strumento del voto segreto, da sempre polarizzato tra i due estremi del segreto come strumento di tutela dell'indipendenza, della libertà di mandato e della libertà di coscienza del parlamentare rispetto al proprio gruppo di appartenenza o, viceversa, come garanzia di irresponsabilità politica del parlamentare[48]; con il significativo corollario che l'alternativa tra voto segreto e voto palese può riflettersi, in termini significativi, sulla stessa tenuta delle maggioranze politiche, arginando il ruolo dei cd. franchi tiratori. Allo stesso tempo, se si considerano le modalità di concessione del voto segreto, ed in particolare la posizione del Presidente nelle dinamiche di applicazione dell'art. 113 del Regolamento del Senato, il ricorso a tale strumento chiama in causa il ruolo della magistratura presidenziale, che si colloca anche in questo caso al crocevia tra salvaguardia della funzionalità dell'organo e delle prerogative dei parlamentari e gestione delle dinamiche politiche che pulsano sullo sfondo delle questioni regolamentari sollecitate dalla richiesta di voto segreto[49].

---

toposti all'Assemblea. Con la significativa conseguenza, come si vedrà, che quando il maxiemendamento tende a "salvare" il lavoro della Commissione e abbia pertanto valenza conservativa (cfr. sul punto G. Piccirilli, *L'emendamento…*, cit., p. 262), esso presenti problemi minori sul piano del rispetto, almeno sostanziale, dell'art. 72 Cost. Per approfondimenti su questa decisione, v. il dibattito svoltosi nel *Focus* n. 1/2014 sulle fonti del diritti della rivista *Federalismi*, www.federalismi.it, nonché D. Nocilla, *"Inesistenza" della legge di conversione?*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2014, pp. 715 ss.

47 Come afferma infatti R. Di Cesare, *L'applicazione delle norme regolamentari sul voto segreto nella XIV Legislatura*, in Aa.Vv., *Le regole del diritto parlamentare…*, cit., pp. 261 ss., "le modalità di voto — e le eventuali controversie applicative sulle stesse — possono essere una variabile importante per l'analisi della coesione di governo, delle tecniche ostruzionistiche, della tipologia dello scontro politico in atto" (pp. 261-262). In generale, sul punto v. F. Lanchester, *L'incidenza dei sistemi e dei modi di votazione nelle assemblee parlamentari*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1980, pp. 1235 ss.

48 Detta tensione è ricordata da B. Pezzini, *La questione del voto segreto in Parlamento*, in *Diritto e società*, 1985, pp. 159 ss. Muovendo dalla polarizzazione tra segreto come strumento di indipendenza e segreto come strumento di irresponsabilità politica, l'A. si concentra poi sull'analisi del valore che il ricorso al voto segreto assume in relazione al "significato" della singola votazione, distinguendo — suggestivamente — tra le votazioni che il rappresentante compie in nome proprio (ad es. voti su persone) e le votazioni che egli compie in nome altrui (pp. 159-160). Per una ricostruzione storica della prassi seguita dalle due Camere — con significative sfumature tra l'una e l'altra — in relazione al ricorso al voto segreto, fino alla generalizzazione, nel 1988, della regola del voto palese (cfr. anche per le relative eccezioni, gli artt. 49 del Reg. Camera e 113 del Reg. Senato), v. ancora R. Di Cesare, *L'applicazione delle norme regolamentari…*, cit., pp. 262 ss., nonché V. Di Ciolo – L. Ciaurro, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Milano, Giuffré, 2013, pp. 584 ss. La questione del voto segreto rinvia infine al più generale profilo del rapporto tra libertà del mandato e responsabilità politica del rappresentante, su cui v. per tutti P. Ridola, *Le trasformazioni della rappresentanza politica*, in Id., *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, cit., pp. 63 ss., specie pp. 80 ss.

49 Nel senso che la decisione sulla richiesta di voto segreto individui uno snodo decisivo del ruolo politico della Presidenza (assimilabile, per peso e rilevanza, alla decisione sull'ammissibilità degli emendamenti), cfr. R. Di Cesare, *L'applicazione delle norme regolamentari…*, cit., p. 270, sempre collocandosi sullo strettissimo crinale tra scelte politiche e scelte tecniche (guidate, queste ultime, da parametri certi e condivisi, come ad es. la tradizionale preferenza del Senato per il voto palese — su cui

La discussione e il voto sulla proposta di non passaggio agli articoli hanno così rappresentato la prima occasione per puntualizzare l'effettiva possibilità di ricorrere — ed in quali termini quantitativi — al voto segreto nell'iter del disegno di legge. Si è trattato, peraltro, dell'unico momento dell'iter in cui la Presidenza ha esercitato in modo incisivo i poteri che il Regolamento le riconosce ai fini di indirizzare lo svolgimento dei lavori, giacché, come noto, al di là delle ripetute convocazioni della Conferenza dei Capigruppo ai fini della rimodulazione del calendario d'Aula (decisiva, come vedremo, quella del 16 febbraio), la presentazione del maxiemendamento del Governo e la contestuale posizione del voto di fiducia hanno impedito alla Presidenza di esercitare il potere di pronunciarsi sull'ammissibilità delle varie migliaia di emendamenti presentati in Aula. Sul punto, si tornerà nel paragrafo successivo: merita tuttavia anticipare che, anche in conseguenza dell'assenza di relatore e del ruolo neutrale assunto, fino alla posizione della questione di fiducia, dal Governo, il ruolo della Presidenza ha assunto un rilievo centrale nella gestione di un'Aula sicuramente "difficile" e tesa. E si può sostenere, anticipando conclusioni che si trarranno in seguito, che proprio l'esercizio dei poteri presidenziali di indirizzo dei lavori di Aula — su tutti, il tempestivo giudizio di ammissibilità sugli emendamenti — avrebbe forse consentito di evitare l'assunzione di responsabilità politica da parte del Governo.

Come si accennava, tuttavia, nella seduta del 10 febbraio, la Presidenza ebbe modo di manifestare il proprio orientamento su una prima questione assai dibattuta e sensibile, e cioè quella della possibilità di fare ricorso al voto segreto, con il significativo effetto di chiarirne la portata, così depotenziando — almeno in parte — un profilo sino ad allora assai conflittuale e critico del dibattito politico e dello stesso iter del disegno di legge in Aula. In particolare, come subito si vedrà, la decisione presidenziale di non concedere il voto segreto sulla proposta di non passaggio agli articoli ha fornito elementi importanti per chiarire i limiti dell'attinenza dei contenuti del disegno di legge in esame alle materie di cui all'art. 113, comma 4, e dei criteri che — verosimilmente — avrebbero orientato il giudizio della stessa Presidenza su eventuali richieste di voto segreto in merito a singoli articoli o emendamenti. Ai sensi dell'art. 113 del Regolamento, infatti, la decisione sulla concessione del voto segreto spetta al Presidente, che deve verificare l'attinenza della materia sui cui è richiesto il voto segreto agli ambiti previsti dal comma 4 dello stesso art. 113, salva la possibilità di convocare la Giunta per il Regolamento, a termini del comma 5, in caso di sollevazione di incidente sulla riconducibilità dell'oggetto della votazione alle materie di cui al comma 4[50].

Vi erano peraltro, sullo sfondo, ulteriori questioni di non poco momento, e sulle quali tuttavia non è possibile in questa sede soffermarsi in dettaglio: da un lato, il problema della natura del voto sul passaggio agli articoli, se meramente procedurale o di merito (ove ritenuto voto meramente procedurale, sarebbe stato forse ancora più difficile concedere il voto segreto), e la circostanza — sottolineata dal Sen.

ancora R. Di Cesare, *op. ult. cit.*, p. 277 — e il conseguente principio di interpretazione stretta e tassativa delle eccezioni al voto palese stesso, ivi, p. 268).

50 Sulla mancata convocazione della Giunta per il Regolamento nel caso di specie, cfr. in senso critico L. Ciaurro, *Ddl unioni civili…*, cit., p. 116. Si riporta, per maggiore comodità, il testo dell'art. 113 del Regolamento del Senato: "1. I voti in Assemblea sono espressi per alzata di mano, per votazione nominale, o a scrutinio segreto. Le votazioni nominali sono effettuate con scrutinio simultaneo o con appello. 2. L'Assemblea vota normalmente per alzata di mano, a meno che quindici Senatori chiedano la votazione nominale e, per i casi consentiti dai commi 4 e 7, venti chiedano quella a scrutinio segreto. La relativa richiesta, anche verbale, dev'essere presentata dopo la chiusura della discussione e prima che il Presidente abbia invitato il Senato a votare. Se il numero dei richiedenti presenti nell'Aula al momento dell'indizione della votazione è inferiore a quindici per la votazione nominale o a venti per quella a scrutinio segreto, la richiesta si intende ritirata. I Senatori richiedenti sono considerati presenti, agli effetti del numero legale, ancorché non partecipino alla votazione. 3. Sono effettuate a scrutinio segreto le votazioni comunque riguardanti persone e le elezioni mediante schede. 4. A richiesta del prescritto numero di Senatori, sono inoltre effettuate a scrutinio segreto le deliberazioni relative alle norme sulle minoranze linguistiche di cui all'articolo 6 della Costituzione; le deliberazioni che attengono ai rapporti civili ed etico-sociali di cui agli articoli 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20,21, 22, 24, 25, 26, 27, 29, 30, 31 e 32, secondo comma, della Costituzione; le deliberazioni che concernono le modificazioni al Regolamento del Senato. 5. Laddove venga sollevato incidente in ordine alla riferibilità della votazione alle fattispecie indicate nel precedente comma 4, la questione è risolta dal Presidente sentita, ove lo creda, la Giunta per il Regolamento. 6. In nessun caso è consentita la votazione a scrutinio segreto allorché il Senato sia chiamato a deliberare sui disegni di legge finanziaria o di approvazione di bilanci e di consuntivi, su disposizioni e relativi emendamenti in materia tributaria o contributiva, nonché su disposizioni di qualunque disegno di legge e relativi emendamenti che comportino aumenti di spesa o diminuzioni di entrate, indichino i mezzi con cui farvi fronte, o comunque approvino appostazioni di bilancio. Nel caso in cui tali disposizioni siano comprese in articoli o emendamenti attinenti alle materie di cui al precedente comma 4, esse sono sottoposte a votazione separata a scrutinio palese. 7. Le votazioni finali sui disegni di legge avvengono, di regola, a scrutinio palese, a meno che, trattando tali disegni di legge prevalentemente le materie di cui al precedente comma 4, non sia avanzata richiesta di votazione a scrutinio segreto. Sulla prevalenza decide il Presidente sentita, ove lo creda, la Giunta per il Regolamento".

Marcucci nella stessa seduta del 10 febbraio — che la proposta di non passare all'esame degli articoli si sovrapponeva, quanto alle motivazioni, alle questioni pregiudiziali e sospensive già bocciate dall'Aula.

In apertura della seduta del 10 febbraio, il Presidente, nel comunicare all'Assemblea la presentazione della proposta di non passare all'esame degli articoli con contestuale richiesta del voto segreto, pronunciava uno *speech* abbastanza corposo, nel quale motivava il diniego di concessione del voto segreto, tralasciando il profilo della natura del voto ed entrando nel merito dei contenuti del disegno di legge, al fine di verificare la loro attinenza alle materie di cui all'art. 113, comma 4 del Regolamento[51]. Merita richiamare, sia pure in sintesi, i contenuti della motivazione presidenziale, in quanto essi — come accennato — presentano profili che sembrano andare oltre la contingenza e che avrebbero sicuramente dispiegato effetti importanti nel seguito dei lavori dell'Aula, se questi non fossero stati interrotti dalla rottura dell'asse (rivelatosi assai fragile) tra PD e M5S e dal conseguente intervento del Governo.

La questione che sta sullo sfondo, rispetto alla mancata concessione del voto segreto è, peraltro, quella della sovrapponibilità dell'unione civile al matrimonio. Tra le materie per le quali l'art. 113, comma 4 del Regolamento prevede la possibilità di concedere il voto segreto vi sono infatti quelle che "attengono ai rapporti civili ed etico-sociali" rientranti, per ciò che qui rileva, nella sfera di applicazione degli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione. La Presidenza prende nettamente posizione sul punto sottolineando, anzitutto, che la disciplina delle unioni civili e delle convivenze rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 2 Cost., sottratto all'ambito di applicazione dell'art. 113, comma 4. Allo stesso tempo, con affermazione assai significativa, la Presidenza rileva che il provvedimento in esame avrebbe potuto essere ricondotto alla previsione del quarto comma dell'art. 113, solo ove avesse positivamente inciso sulla tenuta dei rapporti disciplinati dalle disposizioni costituzionali richiamate, mentre invece — riconoscendo tutele ulteriori — le lascia del tutto impregiudicate. Pertanto, il voto segreto viene negato non soltanto sulla base di un giudizio di prevalenza — vale a dire sulla base di una valutazione complessiva del contenuto del provvedimento, e della sua prevalente attinenza alle diverse disposizioni costituzionali in argomento — "ma soprattutto per il fatto che la disciplina delle formazioni sociali dove si svolge la personalità dell'individuo — e tra queste rientrano senz'altro le famiglie non fondate sul matrimonio — trova il proprio fondamento costituzionale nell'articolo 2, che non è ricompreso tra le disposizioni tassative per le quali il voto segreto può essere concesso".

La Presidenza, pertanto, prende indirettamente posizione non solo sui rapporti tra unione civile e matrimonio — in linea peraltro con la formulazione del comma 1 del disegno di legge e con l'esplicita definizione dell'unione civile quale "specifica formazione sociale"[52] — ma anche sulla natura familiare (ancorché non coniugale) delle unioni omosessuali e, soprattutto e implicitamente, anticipa i criteri che avrebbero potuto guidare successive decisioni sulla concessione del voto segreto. In particolare, dalla lettura dello *speech* sembra potersi evincere con chiarezza — e tale fu l'impressione manifestata da alcuni interventi critici[53] — che la Presidenza, nel prosieguo, avrebbe concesso il voto segreto unicamente sui profili della legge suscettibili di incidere direttamente, limitandone la portata, sulle garanzie e le tutele accordate alla vita familiare coniugale (e ai rapporti di filiazione) ai sensi degli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione[54].

Ci si potrebbe peraltro domandare — anche se, come ovvio, è impossibile operare un giudizio di prognosi postuma su votazioni che non hanno avuto modo di svolgersi — che solo con difficoltà, allora, la Presidenza avrebbe potuto concedere il voto segreto, ad esempio, sull'approvazione finale dell'art. 5 (relativo all'adozione coparentale): infatti, per un verso, la disciplina dei rapporti di filiazione è ormai slegata dalla natura coniugale del rapporto tra i genitori (cfr. artt. 74 e 315 cc) e, per altro verso, l'estensione dell'adozione coparentale alle coppie omosessuali unite civilmente non avrebbe leso in alcun modo il diritto delle coppie eterosessuali coniugate di accedere all'istituto. O ancora, ponendosi

51 Lo *speech* del Presidente si può leggere a questo link: http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=17&id=964713

52 Per una valutazione tecnica di questa formula (politicamente assai sensibile), introdotta in Commissione Giustizia a seguito dell'approvazione di un emendamento riformulato nella seduta del 2 settembre 2015, ed oggetto di critiche molto accese anche da parte dei settori dell'opinione pubblica favorevoli alle istanze sottese (in quanto ritenuta — condivisibilmente — discriminatoria, almeno sul piano delle intenzioni politiche che furono alla base della sua introduzione, vale a dire, di nuovo, l'approfondimento della distinzione tra unione civile e matrimonio), si consenta il rinvio ad A. Schillaci, *Le parole, la politica, il diritto: cambia davvero qualcosa con l'approvazione dell'emendamento Fattorini?*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 3 settembre 2015.

53 L'intervento è valso al Presidente Grasso critiche aspre da parte di alcuni dei firmatari della proposta — segnatamente il Sen. Calderoli ed il Sen. Quagliariello — che hanno censurato, nella seduta del 10 febbraio, rispettivamente la mancata convocazione della Giunta per il Regolamento ai sensi dell'art. 113, comma 5 e, soprattutto, le conseguenze che la decisione presidenziale avrebbe potuto dispiegare sul seguito della discussione.

54 Per alcuni rilievi critici sul punto, v. L. Ciaurro, *Ddl unioni civili…*, cit., p. 115.

dal punto di vista del minore, solo con estrema difficoltà si sarebbe potuto sostenere che l'art. 5 avrebbe potuto lederne i diritti o l'interesse superiore, essendo tale disposizione diretta piuttosto a tutelarli. Allo stesso tempo, sarebbe stato possibile, per gestire la conflittualità politica sull'art. 5, ricorrere al giudizio di prevalenza, pure prefigurato nello *speech*, per concedere il voto segreto su singole proposte di emendamenti allo stesso articolo. Insomma, non si vuole — né si potrebbe — affermare che non vi sarebbero stati voti segreti nel seguito dei lavori, ben potendo la ragion politica integrare quella giuridica nelle dinamiche di interpretazione e applicazione del diritto parlamentare, al fine di favorire la funzionalità dei lavori e il contenimento del fenomeno ostruzionistico, e nei limiti di cui si è detto: resta certo che lo *speech* del 10 febbraio avrebbe rappresentato un precedente prezioso ed importante per le gestione dell'Aula, ove si fosse arrivati al voto su articoli ed emendamenti.

7. Il numero degli emendamenti presentati e l'emendamento premissivo di principio: la seduta del 16 febbraio

Come accennato, la pratica ostruzionistica delle forze contrarie all'approvazione della legge si è incentrata, principalmente, sulla presentazione di un numero assai elevato di emendamenti, anche in Aula (quasi 6000, di cui ben 5000 presentati dal solo gruppo della Lega nord). Analogamente a quanto avvenuto in Commissione, peraltro, gli emendamenti si caratterizzavano per una formulazione che — più che mirare a modifiche puntuali del testo di legge, finalizzate alla ricerca del compromesso — avevano come unico obiettivo quello di minarne l'impianto, sostituendo previsioni centrali di esso con disposizioni aventi finalità del tutto diverse; allo stesso modo, anche in Aula si registra il diffuso ricorso agli emendamenti con formulazione "a scalare" e al cd. abuso del "conseguentemente"[55].

La riduzione del numero degli emendamenti da porre in votazione ha rappresentato pertanto — specularmente — il principale obiettivo della strategia antiostruzionistica posta in essere dalle forze che, fin dai lavori in Commissione, avevano sostenuto l'approvazione del disegno di legge, ed in particolare del Partito democratico. Questa è stata articolata su due fronti, l'uno politico, l'altro di tecnica parlamentare.

Sul piano politico, grande risalto venne dato, dai media, ad un presunto "patto tra gentiluomini" tra il Sen. Zanda, capogruppo del Partito democratico ed i Senn. Centinaio e Calderoli: in particolare, nella Conferenza dei Capigruppo del 27 gennaio 2016, la Lega nord, nel richiedere di posticipare il voto sulle pregiudiziali di costituzionalità dal 28 gennaio (data prevista in origine) alla settimana successiva, si dichiarò disposta a ritirare una parte cospicua dei propri emendamenti (circa 4500 sui 5000 presentati), eliminando quelli aventi una chiara finalità ostruzionistica, e lasciando in campo solo gli emendamenti di merito. Su tale base, il rinvio venne accordato: nei giorni e nella settimana successiva, tuttavia, l'accordo iniziò a vacillare, per contrasti tra i due gruppi sulla quantità e soprattutto sulla qualità degli emendamenti dei quali era stato anticipato il ritiro. In particolare, se il Partito democratico intendeva vigilare sull'effettivo ritiro di tutti gli emendamenti ostruzionistici, la Lega chiedeva — in aggiunta al rinvio del voto sulle pregiudiziali, già ottenuto — il ritiro dell'emendamento premissivo di principio presentato dal Sen. Marcucci, che rappresentava il principale strumento tecnico della strategia antiostruzionistica prefigurata dal Partito democratico.

In previsione della presenza di un elevato numero di emendamenti ostruzionistici, infatti, il Sen. Marcucci aveva presentato un emendamento premissivo, volto a premettere al primo articolo del ddl un articolo formulato per principi in modo tale da riassumere il contenuto dell'intero disegno di legge. Questo, una volta approvato, avrebbe determinato la decadenza, per preclusione dovuta ad incompatibilità logica, di tutti gli emendamenti contrastanti con l'impianto della legge, così come riassunto nel premissivo.

55 Per qualche esempio, solo tra gli emendamenti all'art. 1, cfr. gli em. ti 1.4 a 1.7 (per la formulazione a scalare), e gli em. ti 1.400 a 1.505 (per l'abuso del "conseguentemente"). Gli emendamenti d'Aula si possono consultare a questo indirizzo: http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/testi/46051_testi.htm.

7.1 Gli emendamenti premissivi di principio

La prassi di presentare emendamenti premissivi di principio si inserisce nel più ampio ventaglio degli strumenti messi a disposizione dalla pratica parlamentare, al fine di concentrare le votazioni[56], evitando che la loro ripetizione su oggetti analoghi possa determinare difficoltà nella tenuta delle maggioranze (anche, eventualmente, combinandosi con il voto segreto), oltre che, più in generale, a fini di razionalizzazione del procedimento di formazione della legge[57]. Si tratta, inoltre di uno di quei casi — assieme a quello del maxiemendamento del Governo, con il quale condivide la finalità antiostruzionistica[58] — in cui il potere di emendamento viene azionato per finalità ad esso non omogenee, dal punto di vista logico e funzionale, ed in particolare per neutralizzare l'abuso del medesimo potere da parte delle forze politiche contrarie. Rispetto al maxiemendamento — su cui ci soffermeremo nel paragrafo seguente — l'emendamento premissivo di principio presenta peraltro autonomi profili problematici, in relazione alla legittimità della prassi (anche in relazione all'osservanza dell'art. 72 Cost.) e, soprattutto, alla sua portata normativa e ai concreti effetti che è in grado di dispiegare nell'iter di approvazione del disegno di legge.

Lo strumento del "premissivo" di principio — erroneamente definito, nel dibattito giornalistico, "canguro" — non è nuovo ai lavori del Senato, nella corrente legislatura: il precedente più noto è quello dell'emendamento a firma del Sen. Esposito, presentato nel corso dell'iter di approvazione della legge elettorale[59].

Il ricorso ad esso è determinato tra l'altro, in Senato, dall'assenza dell'espressa previsione di una regola analoga a quella di cui all'art. 85, comma 8 del Regolamento della Camera: sulla base di tale previsione — che rappresenta una applicazione della cd. regola del "canguro" — qualora siano stati presentati emendamenti "differenti esclusivamente per variazione a scalare di cifre o dati o espressioni altrimenti graduate", il Presidente può invertire l'ordine delle votazioni, operando una selezione tra gli emendamenti presentati, mettendo in votazione dapprima quelli più distanti dal testo e, in caso di loro rigetto, un determinato numero di emendamenti intermedi, per arrivare — dichiarando assorbiti gli altri — al voto sull'emendamento più vicino al testo del disegno di legge in discussione. Si tratta, come evidente, di una prerogativa presidenziale, che costituisce espressione del più generale potere di inversione dell'ordine delle votazioni[60].

56 Secondo G. Piccirilli, *Elusione ed evasione dello stress decisionale nel procedimento di revisione della Costituzione,* in Aa.Vv., *Le procedure parlamentari "sotto stress"*, cit., pp. 179 ss., 190, lo scopo di simili strumenti antiostruzionistici (accanto al premissivo di principio, il maxiemendamento e l'ordine del giorno preliminare in sede referente), consiste nel "sottoporre a un'unica votazione un oggetto complesso (nel senso della sua natura composita), superando le «insidie» di un procedimento di definizione progressiva del prodotto della decisione, ma finendo così per abbandonare quelle garanzie di coerenza e di razionalità rispetto alle quali lo stesso procedimento era posto a presidio".

57 Sul punto, v. in generale e con riferimento alla prassi della Camera, C. Rizzuto, *Strumenti procedurali per la razionalizzazione delle deliberazioni della Camera dei Deputati sugli emendamenti,* in Aa.Vv., *Il Parlamento della Repubblica*, vol. 11, Roma, Camera dei Deputati, 2001, pp. 659 ss., il quale — pur consapevole delle implicazioni che gli strumenti di razionalizzazione possono avere sulle dinamiche politiche che sono sullo sfondo delle strategie ostruzionistiche — sottolinea la funzionalità dell'economia procedurale (e delle finalità di razionalizzazione ad essa sottese) ad una miglior qualità del processo democratico: "per economia procedurale", afferma infatti l'A., "deve intendersi non una compressione ingiustificata dei tempi necessari alle deliberazioni, ma l'utilizzazione efficace e proficua dei tempi disponibili e delle votazioni in modo che emerga più chiaramente la dialettica politica e che il confronto delle diverse posizioni si concentri sui punti e sui contenuti effettivamente rilevanti delle questioni all'esame dell'Assemblea: le votazioni inutili e quelle ripetitive infatti impediscono o rendono difficile l'emergere della sostanza delle posizioni politiche" (p. 660). Sul punto, v. anche A. Mené, *Fenomeni ostruzionistici…*, cit., pp. 380 ss., specie per l'affermazione che "l'utilizzazione delle possibilità di mutamento dell'ordine delle votazioni non ha *in re ipsa* valenza antiostruzionistica, ma risponde primariamente ad esigenze di economia e chiarezza delle votazioni" (p. 382).

58 Consistente per l'appunto nell'obiettivo di concentrare la deliberazione sul contenuto del progetto di legge in un unico voto, evitando tensioni e rischi. Profili di contatto — quanto alla *ratio* — tra premissivo di principio (o, come preferisce questo A., premissivo "omnibus") e maxiemendamento, sono individuati da L. Ciaurro, *L'emendamento premissivo omnibus: un nuovo modo di legiferare?*, in *Osservatorio AIC*, www.osservatorioaic.it, marzo 2015.

59 Sulla vicenda del premissivo Esposito, v. la ricostruzione di D. Casanova, *Il procedimento legislativo di approvazione dell'"Italicum" e le sue numerose anomalie*, cit., specie pp. 26 ss.; sul punto, v. anche i contributi di R. Ibrido, P. Gambale, L. Ciaurro ed E. Gianfrancesco nella prima parte del volume *Le procedure parlamentari "sotto stress"*, cit.

60 Su queste tipologie di votazioni (riassuntive, per parti comuni, per principi), v. C. Rizzuto, *Strumenti procedurali…*, cit., anche per una riflessione sulle conseguenze che la decisione sul ricorso ad esse può avere sul ruolo del Presidente, che diviene "sempre più significativo" (p. 662). Di "rischio di estremizzazione del ruolo della Presidenza" in questi casi parla anche G. Piccirilli, *L'emendamento…*, cit., p. 249.

In Senato, al contrario, in assenza di analoga disposizione regolamentare, a partire dal 17 luglio 1996 si fa ricorso — per effetto di una delibera della Giunta per il Regolamento — ad uno strumento di riduzione delle votazioni solo in parte analogo, ed anch'esso ricondotto alla cd. regola del canguro: esso consiste, in particolare, nella votazione delle parti comuni degli emendamenti, con effetto preclusivo in caso di reiezione.

Rispetto all'emendamento premissivo, le differenze sono peraltro significative. Anzitutto, la presentazione e votazione dell'emendamento premissivo non incide sul potere presidenziale di stabilire l'ordine delle votazioni (chiamando in causa unicamente il più generale potere della Presidenza di pronunciarsi sull'ammissibilità dell'emendamento) e, dunque, rientra nelle autonome facoltà del singolo parlamentare. D'altro canto, mentre i ricordati strumenti antiostruzionistici a disposizione della Presidenza fanno perno sul potere di inversione dell'ordine delle votazioni e sul conseguente assorbimento degli emendamenti logicamente incompatibili con le parti comuni o con i principi su cui l'Aula si è pronunciata in senso negativo, l'emendamento premissivo — come è stato osservato — "gioca" unicamente sulle preclusioni[61], fissando una trama di contenuti che determina, in qualche misura e non senza i profili problematici di cui si dirà, il perimetro nell'ambito del quale potranno svolgersi le successive votazioni.

L'emendamento premissivo di principio rappresenta dunque uno strumento di contenimento dell'ostruzionismo indipendente, almeno entro certi limiti, rispetto al potere presidenziale di "gestione" dell'andamento dei lavori dell'Aula: ciò determina, come dimostrato in particolare proprio dalle vicende relative agli emendamenti Marcucci ed Esposito, che esso venga talora "preferito" dalle forze di maggioranza, anche per sottrarsi alla funzione arbitrale della Presidenza e gestire in autonomia la conflittualità interna, in assenza dell'intervento del Governo (o per evitare proprio il traumatico passaggio della posizione della questione di fiducia): come accennato, infatti, l'intervento della Presidenza si sposta sulle "ordinarie" dichiarazioni di ammissibilità degli emendamenti[62], e non sul più incisivo potere di inversione dell'ordine delle votazioni[63].

In ogni caso, la legittimità dello strumento del premissivo di principio, ed in particolare il carattere problematico di alcuni suoi effetti, sono oggetto di un vivace dibattito in dottrina: come è stato efficacemente osservato, tale "ardita" tipologia di emendamento si colloca infatti "sul delicatissimo crinale tra ciò che il regolamento non vieta e ciò che la prassi parlamentare registri come possibile, ancorché non troppo frequente"[64].

Anzitutto, il "premissivo" chiama in causa i limiti del potere di emendamento, sotto duplice profilo: per un verso, si tratta di emendamento dalla dubbia portata modificativa, traducendosi in una mera enunciazione di principio; per altro verso, e analogamente a quanto avviene in relazione al maxiemendamento del Governo, si tratta di emendamento volto a limitare il potere di emendamento, concentrando in un voto unico tutte le deliberazioni sui contenuti fondamentali del disegno di legge.

Sul primo profilo, è necessario spendere talune considerazioni. Il problema dell'autonoma portata modificativa del premissivo è stato infatti al centro del dibattito parlamentare, sia con riferimento all'emendamento Esposito, (nell'iter di approvazione della legge elettorale) sia con riferimento all'emendamento Marcucci (nell'iter di approvazione della legge n. 76/2016).

In relazione all'emendamento Marcucci si è ritenuto — come affermato, in particolare, nell'intervento del Sen. Quagliariello nella seduta del 16 febbraio 2016 — che la mera enunciazione di principi che riassumono il contenuto della proposta di legge non raggiunga la soglia della "reale portata modificativa" che, ai sensi dell'art. 100, comma 8, del Regolamento del Senato è criterio di ammissibilità degli emendamenti: posizioni simili, peraltro, erano state assunte anche da Senatori di maggioranza, al momento di mettere in votazione il premissivo "Esposito" durante i lavori relativi alla legge elettorale[65].

61 In questo senso, G. Piccirilli, *Tutto in un voto (premissivo)! La fissazione dei principi dell'Italicum nel suo esame presso il Senato*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 30 gennaio 2015, p. 3.

62 Sul giudizio di ammissibilità degli emendamenti, anche in relazione alla maturazione delle preclusioni e per alcune considerazioni sulla delicata incidenza di tale potere su funzione e ruolo del Presidente, cfr. G. Piccirilli, *L'emendamento…*, cit., pp. 121 ss.; C. Rizzuto, *Strumenti procedurali…*, cit., pp. 665 ss.; N. Lupo, *Presidente di assemblea*, cit. pp. 455 ss., 456; V. Di Ciolo – L. Ciaurro, *Il diritto parlamentare…*, cit., pp. 549 ss., 560; G. Romano, *I Presidenti delle Camere…*, cit., pp. 311 ss.

63 Nel senso che "in situazioni di ostruzionismo" il potere di inversione dell'ordine delle votazioni rappresenti "esempio di quella rigorosa applicazione delle norme del Regolamento più volte enunciata come compito della Presidenza", cfr. A. Mené, *Fenomeni ostruzionistici….*, cit., p. 382. Sul punto, v. in generale, S. Traversa, *Il potere di emendamento e l'ordine di votazione degli emendamenti*, in *Rassegna parlamentare*, 2015, pp. 511 ss.

64 Così G. Piccirilli, *Tutto in un voto (premissivo)!*, cit., p. 5.

65 Cfr. gli interventi della Sen. Lo Moro, a nome di un gruppo di Senatori del Partito Democratico, nelle sedute dell'Aula del Senato del 20 e 21 gennaio 2015.). Si registrano tuttavia alcune significative differenze, dovute in particolare alla natura

D'altra parte, in quell'occasione la Presidenza aveva sottolineato — nel dichiarare l'ammissibilità dell'emendamento — che il contenuto precettivo della disposizione introdotta con il premissivo di principio consiste, appunto, nella fissazione di finalità generali della legge e che "tale intervento si inquadra tra le possibili tecniche normative comuni in modo del tutto analogo, o similare, ad innumerevoli esempi rinvenibili nella legislazione ordinaria"[66].

In secondo luogo, il premissivo pone problemi — peraltro più seri — sul piano dei suoi effetti: ciò, non tanto con riferimento all'effetto preclusivo sulla messa in votazione degli emendamenti, quanto con riguardo al rischio del contrasto, che potrebbe determinarsi all'esito delle successive votazioni sui singoli articoli del disegno di legge, tra il quadro di principi riassunto nel premissivo e il contenuto delle singole disposizioni della legge. Si pensi, solo per fare l'esempio più eclatante, al caso di approvazione del premissivo cui faccia seguito l'esito negativo della votazione finale sul singolo articolo: in tale eventualità, nel primo articolo della legge finirebbe per essere contenuta una enunciazione di principio priva di concretizzazione normativa. Simile ipotesi si ricollega peraltro strettamente allo stesso problema della qualità degli effetti normativi dell'emendamento premissivo. Come è stato affermato, infatti, la sua approvazione si tradurrebbe in una "deliberazione normativa parziale", nel senso che essa "per raggiungere la pienezza del risultato precettivo necessita dell'altra parte dell'occorrente deliberazione normativa, vale a dire le corrispondenti modifiche di adeguamento riferite a disposizioni contenute in successivi articoli del progetto di legge"[67]. Tale posizione, peraltro, sembra confermata dalla lettura dello *speech* con il quale, il 20 gennaio 2015, la Presidenza ritenne ammissibile il premissivo Esposito, affermando che la sua approvazione non avrebbe pregiudicato "successive votazioni attuative ed integrative delle finalità e definizioni" riportate nel premissivo[68]. Si registra, insomma, una tensione interna tra natura e finalità del premissivo di principio: nato per razionalizzare l'iter dei lavori, la prevalenza della sua caratura antiostruzionistica rischia di distorcerne funzione ed effetti, con l'eventuale produzione di contrasti logici all'interno del testo, dei quali, all'evidenza, ci dovrebbe far carico — come in parte già avvenuto in relazione alla legge elettorale — in sede di coordinamento formale, ove non si ritenga che a farsene carico debba essere direttamente il giudice in sede di applicazione della legge[69].

---

parzialmente diversa dei due "premissivi": se, infatti, il premissivo Marcucci mostra una chiara finalità antiostruzionistica, e si limita ad assumere un carattere "conservativo" rispetto ai contenuti del disegno di legge (ed era stato ampiamente annunciato, come cardine di una strategia antiostruzionistica), il premissivo Esposito (giunto invece quasi a sorpresa, come osserva ad esempio G. Piccirilli, *Tutto in un voto (premissivo)!*, cit., p. 1) aggiungeva alla finalità antiostruzionistica quella di orientare il successivo sviluppo dell'iter in senso parzialmente diverso, sul piano sostanziale.

66 Si riportano per completezza alcuni stralci dello *speech* con il quale la Presidente di turno, Sen. Valeria Fedeli ha dichiarato, il 20 gennaio 2015, l'ammissibilità del premissivo Esposito: "Sono state sollevate, inoltre, obiezioni circa l'ammissibilità dell'emendamento 01.103, a firma del senatore Stefano Esposito. Il contenuto precettivo del richiamato emendamento stabilisce alcune finalità generali, nel caso di specie in materia elettorale, che definiscono un quadro di insieme e una disciplina di per sé coerenti, modificando in parte il testo approvato dalla Camera dei deputati. Tale intervento si inquadra tra le possibili tecniche normative comuni in modo del tutto analogo, o similare, ad innumerevoli esempi rinvenibili nella legislazione ordinaria […] Pertanto, tale contenuto non pregiudica successive votazioni attuative ed integrative delle finalità e definizioni sopra richiamate. Di conseguenza, da un eventuale accoglimento dell'emendamento risulterebbero preclusi esclusivamente subemendamenti ed emendamenti in contrasto diretto con le stesse linee fondamentali ivi introdotte. Viceversa, laddove l'emendamento fosse respinto, non risulterebbe alcun effetto preclusivo sulle successive votazioni. Per le ragioni sopraesposte, la Presidenza considera pertanto ammissibile l'emendamento 01.103, a firma del senatore Stefano Esposito, alla stessa stregua con la quale ritiene ammissibili gli altri emendamenti cosiddetti premissivi presentati da senatori appartenenti a diversi Gruppi parlamentari".

67 Così, in particolare, L. Ciaurro, *L'emendamento premissivo omnibus…*, cit., p. 6.

68 Cfr. *supra*, n. 66.

69 In senso contrario, L. Ciaurro, *Italicum e criticità procedurali: un feticcio che resiste?*, in Aa.Vv., *Le procedure parlamentari "sotto stress"*, cit., pp. 103 ss., secondo cui l'approvazione del premissivo di principio determinerebbe per l'Assemblea "la necessità di approvare anche i c.d. «emendamenti di adeguamento» ai successivi articoli del progetto di legge" (p. 116), con la significativa conseguenza che, all'esito di votazioni successive contrastanti con l'emendamento premissivo di principio, dovrebbe addirittura arrestarsi l'iter del progetto di legge (p. 115). Ciò vale, senza dubbio, qualora l'emendamento premissivo non si limiti a riassumere il contenuto del disegno di legge, ma — come avvenne ad esempio proprio nel caso del premissivo Esposito — contenga ulteriori disposizioni di principio, finalizzare ad orientare il successivo svolgimento del dibattito. Nel caso, invece, di emendamento premissivo meramente conservativo (come nel caso del Marcucci), ferma restando la natura di deliberazione normativa parziale, il nesso con l'iter successivo si caratterizza unicamente in termini di omogeneità e coerenza delle votazioni. Suggestiva anche l'ipotesi formulata da E. Gianfrancesco, *Il logoramento del diritto parlamentare nell'approvazione della legge n. 52 del 2015 in un periodo di «grandi» riforme*, ivi, pp. 133 ss., secondo cui potrebbe configurarsi — seppure come *extrema ratio* — una ipotesi di rinvio da parte del Presidente della Repubblica; lo stesso A., tuttavia, invita a riflettere sulle potenzialità dell'art. 103 del Regolamento del Senato, nella parte in cui prevede — ai commi 2 e 3 — la possibilità di un rinvio

7.2 La seduta del 16 febbraio e gli sviluppi successivi: il ruolo della Presidenza

In disparte la controversia su natura ed effetti del premissivo, l'approvazione di tale emendamento, negli auspici del proponente (e del Partito democratico), avrebbe dovuto determinare la preclusione di tutti gli emendamenti contrari all'impianto del disegno di legge, ivi compresi quelli provenienti dalla minoranza di senatori del Partito, contrari ad alcune disposizioni del disegno di legge: ciò, in linea con le posizioni espresse dalla Presidenza in relazione al premissivo Esposito, laddove l'effetto preclusivo venne ravvisato esclusivamente rispetto a "subemendamenti ed emendamenti in contrasto diretto con le stesse linee fondamentali ivi introdotte". Pertanto, oltre agli emendamenti meramente ostruzionistici, sarebbero rimasti preclusi, ad esempio, gli emendamenti integralmente soppressivi degli articoli il cui contenuto appariva richiamato nel premissivo, o quelli recanti modifiche in contrasto con i principi enunciati nell'articolo premissivo. In altri termini, avrebbero potuto essere mantenuti in votazione solo gli emendamenti "compatibili" con l'impianto della legge ed i suoi tratti essenziali.

La presentazione e l'eventuale approvazione del premissivo, peraltro, non avevano come unico scopo quello di arginare l'ostruzionismo delle forze di opposizione, ma anche quello di consolidare una presa di posizione compatta sull'impianto della legge, da parte del gruppo del Partito democratico: questo infatti, pur essendosi impegnato in Assemblea a garantire unità nel voto finale, rimaneva diviso al suo interno tra una maggioranza di senatori favorevoli all'intera legge, e una minoranza (variamente conteggiata) contraria all'art. 5, in tema di adozione del figlio del *partner*. L'approvazione del premissivo (ed in particolare della sua lettera f), infatti, avrebbe determinato (con ogni probabilità) la preclusione di molti degli emendamenti all'art. 5, presentati da senatori PD e relativi, solo per fare alcuni esempi, all'introduzione di istituti alternativi all'adozione coparentale (come il cd. affido rinforzato), o al rafforzamento del divieto del ricorso alla gestazione per altri, contenuto nella legge n. 40/2004, o ancora alla differenziazione del regime di adozione dei figli, in ragione del modo o del momento della nascita[70]. Non è un caso, pertanto, che uno dei profili del dibattito sull'emendamento premissivo fosse — nei giorni antecedenti alla seduta decisiva del 16 febbraio — proprio la possibilità di una sua votazione per parti separate, ai sensi dell'art. 102, comma 5, del Regolamento del Senato: tale eventualità si sarebbe saldata, peraltro, alla richiesta di voto segreto proprio sulla lettera f).

La vicenda relativa all'emendamento premissivo e alla sua sorte in Aula chiama in causa, infine, il ruolo della Presidenza. Infatti, alla Presidenza sarebbe spettato valutare e dichiarare la stessa ammissibilità dell'emendamento; alla Presidenza sarebbe spettata la decisione su una eventuale richiesta di voto segreto sulla lett. f) del premissivo (ove l'Assemblea avesse accordato il voto per parti separate ai sensi dell'art. 102, comma 5); alla Presidenza, infine, sarebbe spettato operare il giudizio sulle preclusioni conseguenti all'eventuale approvazione dell'emendamento premissivo.

Come noto, a questa fase dell'iter non si arrivò, a seguito delle vicende occorse durante la seduta pomeridiana del 16 febbraio, che vale la pena ripercorrere.

Alle ore 17.06, in apertura di seduta, il Presidente Sen. Grasso si appresta — come da resoconto stenografico — a chiedere il parere del Governo: nella concitazione del momento, non riesce a terminare la frase, in quanto è interrotto dal Sen. Centinaio, capogruppo della Lega nord, che chiede la parola; questa gli viene concessa prima che il Presidente abbia potuto chiarire l'oggetto del parere che si apprestava a richiedere al Governo. Tuttavia, stante l'avvenuta concentrazione della discussione su tutti gli emendamenti nella seduta dell'11 febbraio, il Governo avrebbe dovuto dare parere sul complesso degli emendamenti, e non soltanto sui premissivi[71]: si ricordi, peraltro, che il Governo aveva annunciato l'intenzione di rimettersi all'Aula. Infatti, una volta chiusa la discussione generale nella seduta del 10 febbraio — nella quale, ai sensi dell'art. 99, comma 1, venne data la parola al Governo e, soprattutto, respinta la proposta di non passare all'esame degli articoli — si era svolta, nella seduta dell'11 febbraio, l'illustrazione del complesso degli emendamenti al disegno di legge, ai sensi dell'art. 100, comma 9, del Regolamento, secondo l'interpretazione seguitane già il 29 settembre 2015, nella seduta n. 512 relativa al disegno di legge di revisione della Parte II della Costituzione, e come deliberato dalla Conferenza dei Capigruppo[72]. In chiusura della seduta antimeridiana dell'11 febbraio, la Presidente di turno aveva

della votazione finale dell'Aula, con contestuale rimessione del disegno di legge alla Commissione affinché formuli proposte di correzione e coordinamento (p. 149).

70 Per un'analisi degli emendamenti all'art. 5 presentati in Aula, anche da parte del Partito democratico, sia consentito il rinvio ad A. Schillaci, *Unioni civili e "stepchild adoption": l'impossibile mediazione*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 17 gennaio 2016.

71 In questo senso, v. ad esempio l'intervento del Sen. Romani nella seduta del 16 febbraio.

72 Cfr. l'intervento della Presidente di turno Sen. Fedeli, nella seduta dell'11 febbraio: "Un'unica discussione sull'insieme degli emendamenti è avvenuta nella seduta n. 512 del 29 settembre 2015, in occasione della seconda lettura della riforma del testo costituzionale. Comunque sia, la Presidenza — lo dico per il dibattito che ho ascoltato — rispetta puntualmente il Regola-

dichiarato peraltro esaurita l'illustrazione degli emendamenti (con la formula "s'intendono illustrati"): di conseguenza, l'invito al Governo a prendere la parola per i pareri, formulato dal Presidente Grasso in apertura della seduta del 16 febbraio, non poteva che essere quello di cui all'art. 100, comma 9, secondo periodo, e dunque rivolto, a rigore, all'insieme degli emendamenti, mantenendo un principio — che si ricava dalla *ratio* dell'art. 100, comma 9 — di corrispondenza tra gli emendamenti illustrati e quelli su cui venga richiesto il parere del Governo.

Il fatto che il Presidente si apprestasse a chiedere il parere del Governo (si ricordi che il provvedimento era in Aula senza Relatore), peraltro, lascia del tutto aperto il problema dell'orientamento della Presidenza in ordine all'ammissibilità degli emendamenti, ed in particolare dell'emendamento premissivo a firma Marcucci, che avrebbe dovuto essere messo in votazione proprio nel corso della seduta, trovandosi tra i primi in ordine di pubblicazione. La questione del (mancato) giudizio della Presidenza in ordine all'ammissibilità degli emendamenti (ai sensi degli artt. 97 e 100, comma 8) è stata sollevata, peraltro, in alcuni interventi di rappresentanti di gruppi contrari al ddl[73], e pone nuovamente all'attenzione il problema del delicato ruolo che la Presidenza ha assunto nella gestione dell'Aula.

In ogni caso, come accennato, il Sen. Centinaio prese la parola prima che il Presidente Grasso potesse terminare l'invito, e lanciò una vera e propria "sfida" al Partito Democratico, annunciando il ritiro di 4500 dei 5000 emendamenti, e depositando al banco della Presidenza l'elenco degli emendamenti mantenuti.

Si aprì, in conseguenza, un dibattito assai acceso e confuso sull'ordine dei lavori, che ha visto contrapposti, da un lato, quanti ritenevano che si potesse procedere con i giudizi di ammissibilità e con il voto sugli emendamenti premissivi — primo fra tutti il Marcucci — e quanti invece ritenevano che, a maggior ragione dopo l'annuncio del ritiro dei 4500 emendamenti della Lega, il voto sul Marcucci non avesse più alcuna apprezzabile ragione[74], potendosi rapidamente votare sull'insieme degli emendamenti rimasti (i 500 della Lega e poche altre centinaia presentati dagli altri gruppi).

Radicalmente contrario a tale ultima ipotesi il Sen. Zanda, capogruppo del Partito democratico, che nel proprio intervento sollevò il problema della qualità degli emendamenti lasciati in campo dalla Lega nord: tra gli emendamenti rimasti, infatti, vi sarebbero stati almeno 150 emendamenti aventi effetti analoghi a quelli del premissivo Marcucci[75].

Ago della bilancia — e vero *deus ex machina* nell'andamento dei lavori — il Movimento 5 stelle. Ascoltati gli interventi dei colleghi, in un drammatico intervento, il Sen. Airola, contraddicendo la posizione fino a quel punto mantenuta dal suo gruppo, annuncia di non essere più disponibile ad assicurare il voto positivo sul premissivo: ritenendo tale emendamento una forzatura del corretto andamento dei lavori, egli ammette che l'originaria disponibilità era giustificata unicamente dall'entità della mole di emendamenti ostruzionistici presentati in Aula e che pertanto, venuta meno la ragione del premissivo, non vi era più motivo di assecondare quella che il Movimento continuava a ritenere una forzatura nella gestione dei lavori d'Aula. A quel punto, il dibattito scivola in una fase parossistica, con le forze contrarie che, assieme a M5S, insistevano per l'immediata prosecuzione dei lavori — con il giudizio di ammissibilità ed eventualmente voto dei premissivi — e le forze favorevoli (PD e Sel) che, nel criticare

mento e si conforma alle decisioni assunte dalla Conferenza dei Capigruppo, confermate dal voto dell'Assemblea, come comunicate dal Presidente del Senato nella seduta di ieri. Vado a leggere. «La Conferenza dei Capigruppo ha approvato il nuovo calendario dei lavori dell'Assemblea fino al 25 febbraio. La seduta antimeridiana di domani» — cioè oggi — «sarà dedicata all'illustrazione degli emendamenti al disegno di legge sulle unioni civili», quindi al complesso degli emendamenti con le modalità previste dal nono comma dell'articolo 100 del Regolamento, il quale stabilisce che su tutti gli emendamenti presentati ad uno stesso articolo si svolge un'unica discussione, nel corso della quale ciascun senatore può intervenire una sola volta, anche se proponente di più emendamenti». Cosa significa questo? Che si illustra l'articolo 1, poi si va avanti ad illustrare il 2, quindi il 3 e così via".

73 Cfr. gli interventi dei Senn. Quagliariello e Romani nella seduta del 16 febbraio.

74 È il caso, nuovamente, degli interventi del Sen. Quagliariello, che chiede conto della mancata espressione dei giudizi di ammissibilità; del Sen. Romani, che parla di forzatura ingiustificata, e del Sen. Mario Mauro, che si rivolge ai colleghi di M5S ricordando — con vera e propria *captatio benevolentiae*, tanto più rilevante se si considerano gli sviluppi che la seduta avrebbe assunto di lì a poco — le loro battaglie contro le forzature procedurali in occasione dell'approvazione della legge elettorale e della legge di revisione della seconda parte della Costituzione, introducendo peraltro un argomento ("non ha senso promuovere i diritti violando il diritto"), che sarebbe stato al centro tanto delle ore successive, quanto della seduta del 17 febbraio: si pensi, in quella sede, agli interventi della Sen. Catalfo, capogruppo pro tempore di M5S ("non si baratta la democrazia con i diritti") e del Sen. Maurizio Romani (IDV, "La democrazia senza diritti non è niente: è un simulacro che praticamente conserva un cadavere senza libertà e senza uguaglianza").

75 Ma di segno ovviamente opposto, mirando a stravolgere e non a consolidare l'impianto della legge. Si tratta, ancora una volta, dei cd. "cangurini", vale a dire degli emendamenti incentrati sul cd. "abuso del conseguentemente", su cui v. diffusamente *supra*.

con toni molto accorati l'improvviso cambio di posizione da parte del Movimento, si risolsero infine per chiedere, nella persona della Sen. De Petris, una sospensione dei lavori, messa ai voti e approvata dall'Aula[76]. In conseguenza, nella successiva seduta del 17 febbraio e dopo lo svolgimento di una riunione della Conferenza dei Capigruppo, venne approvata una modifica del calendario che rinviava i lavori alla settimana successiva, per consentire una mediazione politica.

Si affacciano pertanto, nel corso della seduta del 16 febbraio, due questioni che si sarebbero rivelate centrali nel successivo sviluppo dei lavori: quella relativa alla quantità degli emendamenti residui, e alla possibilità di esaurirne l'esame in un tempo ragionevole, e quella relativa alla loro qualità, con la presenza o meno di emendamenti in grado di sconvolgere il testo, vanificando il lavoro svolto sino a quel momento. Due questioni che, peraltro, si intrecciano a loro volta, di nuovo, con il ruolo della Presidenza nella gestione dell'Aula: vale rilevare, infatti, che proprio in questo momento sembrò aprirsi per la Presidenza la possibilità di "intervenire" — nel rispetto delle proprie prerogative e, soprattutto, salvaguardando il proprio profilo imparziale — per assicurare un proficuo svolgimento dei lavori dell'Aula, sbloccando la paralisi in cui le forze politiche erano precipitate dopo la seduta del 16 febbraio. Si pensi, solo per fare alcuni esempi, alla rilevanza che avrebbe potuto avere la tempestiva pubblicazione dell'elenco degli emendamenti ritirati: essa avrebbe consentito alle forze politiche di ragionare sulla loro quantità e qualità, per valutare la possibilità di proseguire con le votazioni, o di riaprire un confronto sulla messa in votazione dell'emendamento Marcucci. Ma si pensi ancora al complesso profilo del giudizio di ammissibilità su quegli stessi emendamenti, compresi — soprattutto — i premissivi.

Anche lasciando da parte la mancata formulazione dei giudizi di ammissibilità nella fase precedente, il Presidente, infatti, sapeva quali fossero gli emendamenti residui, già (almeno formalmente) a partire dall'intervento del Senatore Centinaio nella seduta del 16 febbraio, e dal contestuale deposito sul banco della Presidenza dell'elenco degli emendamenti ritirati: ben avrebbe potuto, pertanto, dichiarare le inammissibilità già nel corso della seduta del 16 o, più realisticamente, sfruttare la sospensione dei lavori chiesta ed ottenuta dalla Sen. De Petris. Ancora, il Presidente avrebbe potuto convocare la Giunta per il Regolamento, ad esempio al fine di assumere le decisioni sulle ammissibilità più incerte in una sede collegiale, idonea ad alleviare lo stress cui la magistratura presidenziale sarebbe inevitabilmente stata soggetta.

La ricostruzione giornalistica di quelle giornate mostra, invece, uno scenario del tutto diverso: stando ad una ipotesi rilanciata da numerosi organi di informazione, infatti, il Presidente avrebbe annunciato il suo orientamento negativo sull'ammissibilità del premissivo Marcucci e degli altri emendamenti premissivi (oltre che la propria intenzione di concedere un numero molto limitato di voti segreti) solo nel corso di una conferenza dei Capigruppo informale, convocata il 23 febbraio nell'imminenza dell'Assemblea dei Senatori del Partito democratico che avrebbe dovuto deliberare proprio sull'alternativa — posta dal Presidente del Consiglio nel corso dell'Assemblea nazionale del Partito — tra posizione della questione di fiducia e prosecuzione dei lavori di Aula, con tutti i rischi del caso[77].

Della delicatezza del ruolo presidenziale, specie quando si trovi a dover affrontare situazioni di elevata conflittualità politica e di "emergenza" ostruzionistica, si è già detto. La vicenda della seduta del 16 febbraio e gli sviluppi successivi ad essa mostrano, tra l'altro, in quale misura il ruolo presidenziale

76 Si segnala, in questa fase, l'importante intervento della Sen. Lo Moro a difesa del premissivo (tanto più importante perché, come ricordato, la Senatrice era stata fermamente contraria al premissivo Esposito, nell'iter di approvazione della legge elettorale): "Non ho neanche votato l'emendamento canguro dell'Italicum, ma esistono queste pratiche e non ci si nasconde. In questo momento per me e per voi doveva prevalere la responsabilità di garantire diritti ai troppi che non ne hanno e che hanno nemici ostili in questa Aula in tutti i Gruppi parlamentari. Ripensateci". Nello stesso senso, significativamente, l'intervento della Sen. De Petris: "capisco il travaglio di chi è per i diritti e vuole che sia fatta finalmente la legge, ma al contempo non vuole che ancora una volta si mettano in atto strappi dal punto di vista procedurale […] noi lo viviamo allo stesso modo, perché dobbiamo soppesare in questo momento se è prevalente l'esigenza di accelerare l'*iter* per dare finalmente al Paese la legge che si aspetta da tanti anni oppure continuare con un passo diverso".

77 Di modalità "a ben guardare un po' inusuali" parla L. Ciaurro, *Ddl unioni civili…*, cit., p. 118. Sulla vicenda cfr. gli articoli apparsi su Huffington Post (*Unioni Civili, Pietro Grasso boccia il super-canguro Marcucci: "È inammissibile". Zanda: "Se avesse parlato prima…"*, http://www.huffingtonpost.it/2016/02/23/grasso-canguro-unioni-civili_n_9296718.html, 23 febbraio 2016), Next Quotidiano (Perché Pietro Grasso ha messo nei guai il PD, http://www.nextquotidiano.it/perche-pietro-grasso/, 23 febbraio 2016), Il Sole 24 Ore (*Unioni Civili, Grasso apre a stop emendamenti «canguro». Boschi: Pd non autosufficiente, serve intesa*, http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2016-02-19/unioni-civili-grasso-apre-stop--emendamenti-canguro-boschi-pd-non-autosufficiente-serve-intesa-173536.shtml?uuid=AC2hyEYC&refresh_ce=1, 19 febbraio 2016), Il Fatto quotidiano (*Unioni civili, i funzionari del Senato smentiscono la Cirinnà: "Sul disegno di legge si può chiudere in 3 giorni"*, http://www.ilfattoquotidiano.it/2016/02/19/unioni-civili-i-funzionari-del-senato-smentiscono-la-cirinna-sul-disegno-di-legge-si-puo-chiudere-in-3-giorni/2480725/, 19 febbraio 2016), Italia oggi (*Una carambola di nome Grasso*, http://www.italiaoggi.it/giornali/dettaglio_giornali.asp?preview=false&accessMode=FA&id=2062342&codiciTestate=1&sez=hgiornali&titolo=UnacaramboladinomeGrasso, 25 febbraio 2016).

possa dibattersi tra funzione di garanzia delle minoranze e "ottimizzazione dei risultati". Allo stesso tempo, l'affermata funzione di "arbitro attivo" si intreccia problematicamente con la funzione di indirizzo politico, rischiando di esporre il Presidente — specie quando, come in questo caso, la maggioranza parlamentare sia alquanto fragile — all'accusa di eccessiva contiguità con la maggioranza stessa. E tuttavia, proprio l'iter di approvazione della legge sulle unioni civili mostra che la mancata attivazione della funzione di garanzia attiva — con un equilibrato intervento della Presidenza sull'andamento dei lavori, specie sotto il profilo di un uso tempestivo del potere di dichiarare l'inammissibilità degli emendamenti, accompagnando così l'Aula nel suo percorso ad ostacoli verso l'approvazione finale della legge — sembra allontanare la possibilità di individuare nelle funzioni presidenziali un termine medio tra il ruolo di "uomo/donna della maggioranza" e quello di mero giudice del rispetto del regolamento: inoltre, la straordinaria configurazione dei lavori d'Aula — senza Relatore e con il Governo "muto" — ha posto in luce, almeno potenzialmente, l'emersione della Presidenza quale "solo momento di sintesi nell'ambito di un organo costituzionale policentrico a struttura complessa" qual è ognuna delle Camere del Parlamento[78]. E se si considera l'atteggiamento della Presidenza dal punto di vista dei successivi sviluppi dell'iter — la presentazione di un maxiemendamento del Governo, con contestuale posizione della questione di fiducia — è davvero difficile non chiedersi se un diverso atteggiamento avrebbe potuto assicurare il successo di una via solo parlamentare al contenimento dell'ostruzionismo, evitando l'intervento del Governo.

8. Il maxiemendamento e la questione di fiducia: l'improvviso arresto della lotta per il riconoscimento

Con la seduta del 17 febbraio, i lavori dell'Aula del Senato sul ddl 2081 si interrompono bruscamente: riprenderanno solo il 24, alle 20.22, con la posizione della questione di fiducia sul maxiemendamento da parte della Ministra per i Rapporti con il Parlamento, On. Maria Elena Boschi.

La settimana esatta che separa il 17 dal 24 febbraio è stata caratterizzata da un dibattito convulso, nelle sedi politiche ma anche più in generale nello spazio pubblico: come accennato in apertura di queste note, proprio l'andamento dei lavori parlamentari e la possibilità tecnica di sbloccarli — tutta incentrata, di nuovo, su qualità, quantità e ammissibilità degli emendamenti residui, e connesso problema dei tempi necessari per la loro discussione — sono stati infatti al centro di riflessione da parte della pubblicistica, ma anche di un acceso confronto politico.

La vicenda, come noto, si sblocca solo il 21 febbraio, quando, in occasione dell'Assemblea nazionale del Partito democratico, il Presidente del Consiglio prende atto della situazione di stallo, e — al fine di evitare il definitivo arresto dei lavori, ma anche per porre fine ad una situazione di profonda tensione all'interno del partito — pone il partito (ed in particolare i Senatori) di fronte all'alternativa tra impegno della responsabilità politica del Governo (con maxiemendamento e posizione della questione di fiducia) e tentativo di proseguire i lavori dell'Aula "al buio", vale a dire senza alcuna certezza di riuscire a mantenere una maggioranza salda sull'intero impianto della legge.

Ovviamente, l'impegno della responsabilità politica del Governo — ratificato dall'Assemblea dei Senatori del PD il 23 febbraio — non sarebbe stato privo di costi. La fiducia, come accennato, non sarebbe stata infatti posta sul testo in discussione in Parlamento, bensì su di un maxiemendamento che, racchiudendo in un articolo unico l'intero disegno di legge in discussione, lo avrebbe sostanzialmente riscritto, con alcune rilevanti modifiche volte a consentire la chiusura di un accordo nell'ambito della maggioranza di Governo e, su tutte, la rinuncia all'adozione del figlio del *partner*.

In questo caso, pertanto, la posizione della questione di fiducia non aveva solo la funzione tecnica di arginare l'ostruzionismo, determinando con la presentazione di un maxiemendamento la decadenza di tutti gli emendamenti presentati[79], ma aveva un significato politico ben più rilevante: si sarebbe infatti determinato un cambio di schema, con l'abbandono della maggioranza che sino a quel momento aveva sostenuto il disegno di legge (PD, SEL e M5S, ritenuto non più affidabile) e la riconduzione dell'approvazione della legge nel perimetro della maggioranza di governo, con la significativa conseguenza di

78 Così, in particolare, N. Lupo, *Presidente di Assemblea…*, cit., p. 467.

79 Su questa funzione della questione di fiducia — correttamente definita "fiducia tecnica" — v., anche per ulteriori riferimenti dottrinali, R. Ibrido, *L'interpretazione…*, cit., p. 134. Vale rilevare che questa funzione della questione di fiducia sarebbe stata sfruttata nel successivo dibattito alla Camera dei Deputati (cfr. i resoconti delle sedute dell'11 e 12 maggio 2016).

dover intervenire pesantemente sul testo, approfondendo la differenza tra unione civile e matrimonio e, soprattutto, espungendo ogni riferimento all'omogenitorialità.

Non è agevole valutare l'intervento del Governo: sul piano delle conseguenze, infatti, drammatico è stato l'effetto sulla tenuta del progetto di riconoscimento della vita familiare omosessuale, portato avanti fino a quel momento. Allo stesso tempo, è difficile negare che l'intervento del Governo abbia risolto una pericolosa situazione di stallo. La prosecuzione della via parlamentare non sembrava in grado di garantire, infatti un soddisfacente livello di tutele: l'incertezza sui numeri, aggravata dal cambio di posizione del M5S, unita all'incertezza sulla concreta configurazione dei successivi sviluppi dell'andamento dei lavori (con le relative ombre sui ritardi della Presidenza) ma anche alla persistente difficoltà del Partito democratico a rinvenire una posizione unitaria sul tema dell'adozione del figlio del *partner* ha fatto sì che l'intervento del Governo abbia, in buona sostanza, determinato l'arresto improvviso della lotta per il riconoscimento sino a quel punto faticosamente condotta in sede parlamentare.

L'intervento del Governo si spiega primariamente in quest'ottica, oltre che nell'intento di porre fine alle tensioni crescenti, dentro e fuori il PD, dentro e fuori i palazzi; in altre parole, il Governo ha nella sostanza collaborato con il partito di maggioranza relativa, togliendolo d'impaccio e certificando, al tempo stesso, la crisi della capacità integrativa del processo politico su uno snodo centrale della lotta per il riconoscimento: l'omogenitorialità, con il connesso superamento della discriminazione tra figli di coppie eterosessuali e figli di coppie omosessuali[80].

Non è possibile tacere la forzatura che si è così realizzata, sul piano della tenuta degli equilibri tra Governo e Parlamento, e che può essere ricondotta ai numerosi problemi che pone — sul piano della tecnica legislativa, ma ancor di più sul piano della tenuta della stessa forma di governo parlamentare — il continuo ricorso da parte del Governo allo strumento del maxiemendamento[81]. In questo caso, peraltro, la finalità antiostruzionistica del binomio maxiemendamento/fiducia si salda con la sua riconducibilità ad una vera e propria scelta di indirizzo politico, con pesanti ricadute politiche; ne viene restituito un quadro drammatico, aggravato dal collegamento in parte inedito (ed in prospettiva assai rischioso) tra politiche dei diritti ed impegno della responsabilità politica del Governo. Allo stesso modo, si deve sottolineare che — eccettuato il profilo dell'omogenitorialità e della tutela dei figli delle coppie omosessuali, vero e proprio "elefante nella stanza" nelle successive fasi del dibattito politico — l'intervento del Governo ha avuto il pregio di salvaguardare una porzione assai rilevante del lavoro sino a quel punto svolto, senza cedere — ad esempio — al tentativo delle forze cattoliche di maggioranza di ottenere un significativo ulteriore svuotamento dell'istituto dell'unione civile[82].

80 Cfr. sul punto la lucida ricostruzione del Sen. Lo Giudice, nel suo intervento in sede di discussione generale (seduta del 3 febbraio 2016: "A questi bambini, a causa non della loro origine, ma del tipo di famiglia in cui nascono e crescono, si vogliono porre limitazioni di ogni tipo, negando la possibilità di un rapporto pieno, stabile e non precario con i loro genitori o mettendo sotto controllo speciale quelle famiglie per due, tre o molti anni, affinché abbiano il tempo di dimostrare allo Stato di essere buoni genitori attraverso modalità speciali rispetto a quelle delle famiglie eterosessuali: percorsi più lunghi e complicati e restrizioni rispetto ad una giurisprudenza che si va affermando nel Paese. L'adozione coparentale (quella che chiamiamo *stepchild adoption*) è prevista nel nostro ordinamento da più di trent'anni per le coppie eterosessuali e da un paio di anni si va affermando in giurisprudenza un indirizzo che già la ammette anche per le coppie dello stesso sesso, con gli stessi presupposti dell'attenta verifica del superiore interesse del minore richiesti per le coppie eterosessuali. Ogni disparità di trattamento che venisse introdotta con questo provvedimento non solo sarebbe palesemente incostituzionale — farebbe ricadere sui bambini un'odiosa discriminazione nei confronti dell'orientamento sessuale degli adulti — ma finirebbe nel momento in cui il nostro Paese si appresta a riconoscere qualche diritto agli adulti, per toglierne proprio ai più piccoli" (http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=17&id=964302).

81 Sul punto, v. soprattutto G. Piccirilli, *L'emendamento…*, cit., pp. 259 ss. e N. Lupo, *Emendamenti, maxiemendamenti…*, cit., specie pp. 73 ss., 87 ss., 98 ss.

82 La posizione della questione di fiducia sul maxiemendamento ha avuto, in altre parole, una funzione (anche) conservativa del lavoro svolto sino a quel momento dalla Commissione e dall'Aula. Il maxiemendamento, in questo caso, si è posto pertanto, almeno parzialmente, quale "salva-progetto" e non, come pure accade, come "contro-progetto" (nell'ottica di una forzatura da parte del Governo sull'andamento dei lavori d'Aula): per questa differenziazione — che comunque nell'ottica dell'A. non vale a fare giustizia della compatibilità di simile prassi con l'art. 72 Cost. — v. G. Piccirilli, *L'emendamento…*, cit., pp. 262 e 291 ss. Sempre accedendo alla ricostruzione di Piccirilli, anche in questo caso, peraltro, è possibile apprezzare la produzione, da parte del maxiemendamento, di effetti vantaggiosi per tutte le parti in causa: per il Governo, che beneficia dell'alleggerimento della tensione e della realizzazione di un obiettivo politico, per le opposizioni — che godono di una assai comoda "deresponsabilizzazione" — ma anche, in prospettiva analoga (e con la significativa aggiunta di aver ottenuto un risultato sul piano dei contenuti del disegno di legge, con lo "stralcio" dell'adozione coparentale), per i dissidenti entro la maggioranza (cfr. pp. 299-301).

9. Rilievi conclusivi

Il fallimento della gestione parlamentare delle tecniche antiostruzionistiche, con lo spostamento dell'asse di decisione sul Governo ha certificato — arrestando bruscamente la "lotta per il riconoscimento" — la crisi della capacità integrativa delle forze parlamentari e, cambiando completamente lo schema di ricerca del compromesso, ha determinato un importante arretramento rispetto al quadro di tutele inizialmente previsto dal disegno di legge, con l'espunzione dal testo finale dell'ipotesi di estensione alle coppie unite civilmente dell'accesso all'istituto dell'adozione coparentale di cui all'art. 44, lett. b) della legge n. 184/1983.

Una scelta che — seppure potrebbe non pregiudicare la protezione, in altra forma, dei bambini nati o accolti in famiglie omogenitoriali, specie alla luce della successiva evoluzione della giurisprudenza, anche di legittimità[83] — determina, unitamente ad altri profili, un *vulnus* nella lotta per il riconoscimento della pari dignità sociale delle persone e delle coppie omosessuali, dei lori figli, e delle famiglie cui danno vita.

Tale aspetto è stato colto in Senato, con lucidità estrema, da Luigi Manconi, il quale, nell'annunciare la non partecipazione al voto di fiducia nella seduta del 25 febbraio 2016, ha sottolineato il collegamento tra la scelta dello "stralcio" dell'adozione coparentale, dell'obbligo di fedeltà ed in generale dell'approfondimento della differenza tra unione civile e matrimonio ed un "approccio culturale che intende negare l'istanza morale che c'è, che può esserci, nella domanda di unione civile, che mira a neutralizzare il valore sociale ed etico di quella stessa unione civile e a ridurla a un mero contratto privato", con significative conseguenze in termini di impatto sulla questione che pulsa sullo sfondo del riconoscimento della vita familiare omosessuale, e cioè "la questione della dignità della persona e della persona omosessuale", concludendo che "la dignità non è, non può essere, parziale, intermittente e dimidiata […] la dignità o è o non è".

Il riconoscimento giuridico della vita familiare omosessuale rappresenta, infatti, un autonomo bene della vita, che si aggiunge a quello costituito dalla tutela della libera espressione dell'orientamento sessuale, ed anche alla stessa assenza di indebite interferenze nella vita privata e familiare dei soggetti interessati[84]: ad una istanza meramente negativa si affianca insomma una dimensione positiva, che si traduce nel diritto al riconoscimento giuridico dello spazio di esperienza cui dà vita l'esercizio del diritto fondamentale all'autodeterminazione affettiva, ed a tale diritto corrisponde — come affermato dalla Corte europea dei diritti umani nella sentenza *Oliari c. Italia* del 21 luglio 2015 — un obbligo positivo

83 La legge mantiene infatti, al comma 20, una clausola di salvaguardia in relazione a "quanto previsto e consentito in materia di adozioni dalle leggi vigenti"; tale clausola sembrerebbe idonea a consentire il consolidamento, come dichiarato anche in sede politica e parlamentare, di quell'orientamento della giurisprudenza di merito — e ora, dopo Cass., sez. I civ., 26 maggio 2016, n. 12962, anche di legittimità — che consente l'adozione del figlio del *partner*, in coppia omosessuale, ai sensi dell'art. 44, lett. d) della legge n. 184/1983: sul punto, vedi il contributo di S. Stefanelli in questo *Fascicolo*, nonché, se si vuole A. Schillaci, *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale dopo il voto del Senato*, in *Articolo29.it*, 26 febbraio 2016 (http://www.articolo29.it).

84 Emblematici in questo senso, ad esempio, i percorsi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in merito all'interpretazione dell'art. 8, relativo alla protezione della vita privata e familiare. Si pensi, ad esempio, alla sentenza *Christine Goodwin v. Regno Unito* (Corte Edu, 11 luglio 2002, ric. n. 28957/95), che ha riconosciuto la violazione dell'art. 8 da parte del Regno Unito, per non aver consentito che alla conclusione del percorso di transizione di genere conseguisse il riconoscimento giuridico del genere prescelto: esiste in altri termini uno stretto legame ed un nesso di mutua implicazione tra esercizio del diritto all'autodeterminazione personale in ordine alla propria identità di genere — cui la protezione della vita privata e familiare ai sensi dell'art. 8 della Convenzione è preordinata (par. 90) — e diritto al riconoscimento giuridico delle proprie scelte, anche e soprattutto sotto il profilo degli effetti. Il riconoscimento di una sfera di libertà — assistito se del caso, come nel Regno Unito ed in molti altri ordinamenti, dalla copertura degli interventi di riassegnazione del genere da parte del servizio sanitario nazionale — non può insomma andare scisso dal riconoscimento giuridico degli effetti della scelta personale, in particolare sul piano dell'identità (cfr. anche par. 78). Si tratta di un percorso per molti versi analogo a quello compiuto — specie nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti — in relazione alla tutela dei diritti civili delle persone omosessuali, che si è progressivamente spostata dal piano della tutela negativa della libertà sessuale (rispetto ad indebite interferenze del potere pubblico) al piano del positivo riconoscimento dello stile di vita omosessuale, ivi compresa la dimensione dei rapporti familiari, con un deciso spostamento delle argomentazioni dal piano della tutela della sfera privata a quello della protezione della (pari) dignità personale: sul punto, vedi tra gli altri G. Viggiani, *Dal diritto alla privacy al diritto al matrimonio*, Sesto San Giovanni, Mimesis, 2015; per una ricostruzione di tale giurisprudenza, v. anche A. Sperti, *Omosessualità e diritti: i percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa, Pisa University Press, 2013 e V. Barsotti, *Privacy e orientamento sessuale: una storia americana*, Torino, Giappichelli 2005, nonché da ultimo, se si vuole, A. Schillaci, *«Enjoy liberty as we learn its meaning». Obergefell v. Hodges tra libertà, uguaglianza e pari dignità*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, pp. 639 ss.

a carico dello Stato, dotato di un contenuto ben preciso, consistente nella formale istituzionalizzazione dell'unione[85].

L'introduzione di un istituto giuridico volto a fornire un quadro stabile e certo di tutele, diritti ed obblighi, per la vita familiare omosessuale (come richiesto a più riprese dalla Corte costituzionale, e soprattutto dalla Corte europea dei diritti umani), chiama infatti direttamente in causa il passaggio di una intera comunità di cittadini dall'assenza alla presenza, sia pure imperfetta, dalla invisibilità al riconoscimento giuridico[86].

Esiste infatti, più in generale, una "connessione tra l'allargamento della sfera dei diritti riconosciuti alle persone e l'arricchimento delle capacità che questi soggetti riconoscono a se stessi", e "questo allargamento e questo arricchimento sono il prodotto di lotte che scandiscono l'iscrizione nella storia di questi due processi solidali tra loro"[87].

In quest'ottica, le parole del Sen. Manconi sembrano così individuare con precisione il punto esatto, lo snodo cruciale su cui si è arenato (ed è fallito) il tentativo di dare una risposta parlamentare alla domanda di riconoscimento di dignità sociale da parte delle persone e delle coppie omosessuali, e delle famiglie omogenitoriali. Il mancato successo della strategia parlamentare di contenimento delle pratiche ostruzionistiche — dovuto, come si è visto, ad una concorrenza di fattori interni e (soprattutto) esterni al partito di maggioranza relativa — ha certificato la crisi della capacità integrativa del processo politico parlamentare, in conseguenza di equilibri assai fragili tra le forze, che hanno aperto la via all'impegno della responsabilità del Governo sul punto, rivelatasi senza dubbio risolutiva.

Allo stesso tempo, l'intervento di Manconi ha il pregio di mettere in luce che il riconoscimento della vita familiare omosessuale è scelta di politica costituzionale, che incide direttamente sulla promozione della dignità sociale dell'individuo, e implica l'inclusione — come fattore di costruzione della comunità politica — dei percorsi di affermazione e realizzazione dell'identità della persona che si traducono nell'autodeterminazione affettiva e nella costruzione familiare: come tale, essa si pone in diretta attuazione di imperativi costituzionali centrali nell'articolazione delle dinamiche del pluralismo

85 Nella sentenza con la quale la Corte Edu ha condannato l'Italia per il mancato rispetto dell'art. 8 della Convenzione, in relazione all'assenza di protezione della vita privata e familiare delle coppie omosessuali (sent. 21 luglio 2015, *Oliari c. Italia*, ric. n. 18766/11 e 36030/11), si ravvisa un legame particolarmente intenso tra la posizione in capo allo stato membro di un obbligo positivo di protezione della vita familiare delle coppie omosessuali e riconoscimento giuridico della condizione di coppia, con conseguente notevole restrizione del margine di apprezzamento dello stato membro (che si sposta dall'*an* al *quomodo*) ed incidenza diretta sulle dinamiche del processo politico interno. Per un verso, infatti, l'assunzione di un punto di vista "esterno" può contribuire ad affinare lo sguardo sui caratteri del processo politico interno e sulla concreta portata — giuridica e, vorrei dire, esistenziale — delle carenze di tutela e della frustrazione della domanda di riconoscimento: come è stato efficacemente affermato, infatti, "il caso Oliari si segnala per il tentativo di tradurre i termini di un dibattito politico, sociale e religioso oggi centrale in Europa e in altre parti del mondo, attraverso la combinazione della categoria degli obblighi positivi e della qualificazione, in termini di illiceità, del mancato esercizio del potere legislativo interno" (così E. Savarese, *In margine al caso Oliari: ovvero di come il limbo italiano delle coppie omosessuali abbia violato gli obblighi positivi dell'art. 8 CEDU*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, pp. 655 ss, p. 671). La sentenza conferma, dunque, che il ricorso agli strumenti dell'argomentazione giuridica — in funzione dell'allargamento di spazi di libertà — rappresenta un formidabile mezzo di alleggerimento del conflitto, specie in relazione a diritti fondamentali attinenti alla sfera intima dell'autodeterminazione affettiva. E tuttavia, per altro verso, essa dimostra che quando la trasposizione in sede giudiziaria dell'istanza di riconoscimento incontra lo spostamento del punto di vista all'esterno dell'ordinamento considerato, l'effetto può essere quello di irrobustire i percorsi di riconoscimento, a partire dalla presa di coscienza dei limiti (anche) giuridici dei termini interni del dibattito: in questo senso, come è stato sostenuto, essa smaschera *"a major impasse of the italian democratic process"* (così G. Zago, *A victory for Italian same-sex couples, a victory for European homosexuals? A commentary on Oliari v Italy*, in *Articolo29.it*, 21 agosto 2015 (www.articolo29.it). Per le implicazioni della decisione Oliari in relazione al procedimento di approvazione della legge n. 76/2016, v. soprattutto M. Winkler, *Il piombo e l'oro: riflessioni sul caso Oliari c. Italia*, in questo *Fascicolo*.

86 Per qualche riflessione sul rapporto tra presenza civile e riconoscimento giuridico, anche in relazione alle potenzialità del testo costituzionale, si consenta il rinvio ad A. Schillaci, *Premessa*, in *Omosessualità eguaglianza diritti. Desiderio e riconoscimento*, Id. (a cura di), Roma, Carocci, 2014, pp. 17 ss., specie pp. 19-20. Nello stesso senso, v. l'intervento della Sen. Monica Cirinnà in apertura della discussione generale sul ddl S. 2081, nella seduta del Senato del 2 febbraio 2016, laddove si afferma, significativamente, che "La Costituzione è un progetto di emancipazione personale e sociale, un processo di liberazione della persona umana naturalmente inconcluso e da rinnovare continuamente con spirito di cooperazione solidale. La Costituzione è stata scritta avendo in mente il passato, il presente e il futuro. Avendo presente chi aveva già la voce per farsi sentire e chi ancora non aveva trovato spazio nella comunità politica, come le persone omosessuali, oggetto di un pervasivo e doloroso stigma sociale. Queste persone per troppo tempo assenti e taciute, noi oggi le rendiamo finalmente presenti al resto della comunità politica, riconosciamo la loro esperienza di vita familiare come una realtà meritevole di tutela, perché attinente alla loro dignità personale. Così concretamente realizziamo quella parte di Costituzione scritta per gli assenti, quegli assenti, individui adulti bambini famiglie, che finalmente diventano presenti, con pari diritti e dignità già riconosciuti agli altri cittadini" (http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=17&id=964262).

87 P. Ricoeur, *Percorsi del riconoscimento*, Milano, Raffaello Cortina, 2005, p. 223.

sociale, culturale e politico, quali soprattutto l'art. 2 e l'art. 3 della Costituzione, nella loro inscindibile connessione[88].

La dinamica del riconoscimento (e del riconoscimento giuridico in modo particolare) rappresenta in questo quadro — con le tensioni che inevitabilmente la caratterizzano — un formidabile strumento di gestione del conflitto nelle società complesse, e si collega strettamente alle prestazioni di unità che sono richieste alla Costituzione come sede di articolazione del processo di integrazione della comunità politica. In particolare, la dinamica del riconoscimento ha il pregio di ancorare lotte e conflitti nella dimensione della soggettività e nella testimonianza delle esperienze di vita, svelando, nel nostro caso, che la rivendicazione "identitaria" può e deve essere affrontata riconducendola ad una questione — autenticamente costituzionale — di (pari) dignità, piuttosto che, in ottica più tradizionale, alla sfera della tutela di una minoranza[89].

Nella logica del riconoscimento, il conflitto — cui la rivendicazione "identitaria" pure può dare luogo — può essere gestito e superato attraverso interazioni di tipo comunicativo sensibili al rilievo delle concrete esperienze di vita e, dunque, orientate alla capacità di immaginare situazioni diverse dalla propria, secondo criteri empatici di umanità[90]. Le dinamiche del riconoscimento, in altre parole, consentono di costruire l'unità politica al di là di polarizzazioni e radicalizzazioni, organizzando la libertà e la convivenza a partire da una "intersoggettività pratica", capace di assicurare un soddisfacente livello di "comunanza di soggetti antagonisti"[91]. L'unità è mostrata, così, nel suo farsi secondo dinamiche cooperative, a partire da differenze che vengono mantenute in tensione e riconosciute nella loro pari dignità sociale, come espressione della soggettività e fattori di costruzione della comunità politica[92].

In questo quadro, il processo politico diviene — o dovrebbe divenire — il luogo della corresponsabilità: della responsabilità di chi si fa portatore di una istanza, della responsabilità di chi si adopera per accoglierla ma anche della responsabilità di chi, pur resistendo all'innovazione, si presti (quantomeno) al dibattito e al libero confronto parlamentare, facendo ricorso agli strumenti della democrazia in spirito di leale collaborazione.

Esiste, in ultima analisi, una profonda sinergia tra azione di riconoscimento e legittimazione (costituzionale) del potere; una legittimazione che discende dall'efficace gestione del conflitto pluralistico e dall'integrazione (faticosa e lenta) di nuove domande di riconoscimento.

La legittimazione del riconoscimento normativo di nuove dimensioni dell'esistenza non è più dato, in altre parole, dal principio di autorità o dal riferimento ad uno sfondo culturale omogeneo, identificato ad esempio con la tradizione (che, per altro verso, proprio in casi come questo dimostra la sua caratura profondamente autoritaria), bensì dalla capacità di "allargare l'immaginazione democratica", rinvenendo nuove dimensioni fondative della convivenza[93]. In altri termini, essa è da ricercarsi nell'effettiva

88 Per una riflessione sul rapporto tra art. 2 e art. 3 Cost., sotto il profilo della necessità di una "lettura integrata del principio pluralista e del principio di eguaglianza, come pilastri della garanzia di una società aperta che rende possibile […] la realizzazione di identità molteplici", v. soprattutto P. Ridola, *Garanzie costituzionali e dimensioni dei diritti di libertà*, in Id., *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 1 ss., 22-23.

89 Per ulteriori approfondimenti, si consenta il rinvio, sul punto, ad A. Schillaci, *«Enjoy liberty as we learn its meaning»*, cit.

90 In questa prospettiva si muove, ad esempio, M.C. Nussbaum, *Disgusto e umanità. L'orientamento sessuale di fronte alla legge*, Milano, Il Saggiatore, 2011; v. anche, di recente, S. Rodotà, *Diritto d'amore*, Bari, Laterza, 2016. Per una disamina delle potenzialità di una configurazione dello spazio pubblico a partire da interazioni di tipo comunicativo, v. la ricostruzione di P. Ridola, *Costituzione, stato e società nelle democrazie pluralistiche. Lo «spazio pubblico»*, in Id., *Stato e Costituzione in Germania*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 123 ss.

91 In questo senso, v. A. Honneth, *Lotta per il riconoscimento*, cit., p. 26, anche per l'affermazione, assai significativa ai nostri fini, che "solo se il corso storico-universale del divenire dell'eticità può essere compreso come un intreccio di socializzazione e individuazione, sarà lecito ammettere come suo risultato anche una forma di società che trova nel riconoscimento intersoggettivo della particolarità di ciascuno l'elemento organico della sua coesione" (ivi).

92 Nel senso che all'idea del sociale resti "costitutivamente connessa" una "tensione interna" animata — si può aggiungere — dalle molteplici interazioni tra domande di libertà, riconoscimento e giustizia e necessità di articolare, attorno ad esse, il processo di costruzione di unità della comunità politica, secondo logiche di tipo cooperativo e solidale, cfr. ancora A. Honneth, *Lotta per il riconoscimento*, cit., p. 28. Nell'opera di Honneth, tale valorizzazione della tensione interna costitutiva al sociale — che impedisce di concepire il corpo sociale in termini massicci — si fonda su una rilettura assai robusta del contributo di Hegel: in questa prospettiva, sembrerebbe possibile azzardare un paragone con la recezione del pensiero hegeliano in H. Heller, *Hegel und die nationale Machtsstaatsgedanke in Deutschland*, Berlin-Leipzig, Teubner, 1921, ora in Id., *Gesammelte Schriften*, cit., vol. I, pp. 21 ss.), nonché Id., *Democrazia politica e omogeneità sociale* (1928), ora in Id., *Stato di diritto o dittatura? e altri scritti*, a cura di U. Pomarici, Napoli, Editoriale Scientifica, 1998, pp. 9 ss.

93 Per quest'intuizione, cfr. soprattutto P. Donatelli, *La vita umana in prima persona*, Bari, Laterza, 2012.

capacità del quadro costituzionale — per come interpretato e "condiviso" dalle diverse forze in campo[94] — di descrivere la cornice di un processo integrativo, che sia in grado di accogliere e accompagnare diverse e sempre più complesse domande di riconoscimento, che affondano le proprie radici nelle dinamiche evolutive dell'ordine sociale e giuridico, a loro volta strettamente legate alle mutue interazioni tra dignità e libertà[95]. Detto quadro normativo non si limita alla protezione "esterna" e negativa di percorsi di autodeterminazione ma, proprio in considerazione della loro (sofferta, imposta, subìta) marginalità sociale e culturale, li accompagna attraverso strumenti istituzionali di idoneo riconoscimento, affinché sia garantita la pari dignità di ogni scelta di autodeterminazione affettiva, e questa possa tradursi, anche nella dimensione dell'esperienza giuridica, in un efficace ed effettivo percorso di costruzione di vita: si pensi, in questo senso, al passaggio dell'intervento dell'On. Campana — relatrice del provvedimento alla Camera — quando, nella seduta del 9 maggio 2016, ha affermato che compito del processo politico è quello di accompagnare le vite dei cittadini e delle cittadine omosessuali con "gli strumenti del diritto, verso un orizzonte condiviso di libertà, dignità e uguaglianza"[96].

Non è facile, allora, concludere con un giudizio l'analisi sin qui condotta: ma sembra che posizioni come quella di Manconi descrivano bene la trincea su cui si è consumata l'estrema battaglia. Assieme ad essa va richiamata, come segno della dolorosa consapevolezza di una vittoria dimezzata, la posizione assunta dalla Sen. Cirinnà nell'intervento con cui ha chiuso la discussione sulla questione di fiducia in Aula (25 febbraio 2016). La prima firmataria del provvedimento, nel rivendicare la volontà politica del Governo e del Partito democratico di giungere ad un livello di tutela soddisfacente, e soprattutto in grado di dare riconoscimento a tutte le sfumature della vita familiare omosessuale — compreso il profilo della genitorialità, il più avanzato, ma anche quello più direttamente radicato nell'esperienza e maggiormente connesso con il superamento dello stigma della sterilità sociale, che per troppo tempo ha accompagnato l'esistenza delle persone omosessuali, in Italia e non solo — pure ha riconosciuto che la scelta della fiducia aveva l'obiettivo di mettere in sicurezza la legge, proteggendo persone e coppie da ulteriori arretramenti dovuti all'andamento del "gioco politico". Ciononostante, lo stralcio dell'adozione coparentale resta — con espressione significativa della stessa Sen. Cirinnà — "un buco nel provvedimento, un buco in questo Parlamento, un buco nel mio cuore", così certificando il punto di minor tenuta della capacità integrativa del processo politico.

Allo stesso modo può leggersi, alla Camera, l'intervento della Relatrice, On. Campana, la quale — pur rivendicando l'intervento del governo in termini analoghi a quelli della Sen. Cirinnà — ha rivolto un pensiero proprio alle famiglie omogenitoriali, tenute fuori dal provvedimento, tracciando così un legame, non solo ideale, tra l'esito (provvisorio) della lotta per il riconoscimento della vita familiare omosessuale e i passaggi successivi, accomunati dal medesimo intento di dare cornice giuridica al riconoscimento della pari dignità sociale delle coppie omosessuali, intesa come "uguale diritto di partecipare alla costruzione della comunità politica, anche attraverso le proprie scelte in materia personale e familiare" (così, nella seduta della Camera dei Deputati del 9 maggio 2016).

Se l'esito — sul piano dei diritti — è comunque significativo, resta nell'osservatore l'amarezza per l'incapacità della sede rappresentativa di dare voce e corpo ad un dibattito equilibrato e capace di integrare le differenze, la preoccupazione per la tenuta della dialettica parlamentare di fronte agli interventi del Governo — ormai rutinari — ma soprattutto il senso di una lotta che non si è conclusa.

94 Nella prospettiva segnalata, in particolare, da P. Häberle e dalla concezione — da lui proposta — dell'interpretazione costituzionale come processo aperto alle interazioni sociali e culturali. Cfr. ad esempio P. Häberle, *Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß*, in Id., *Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einen Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1978, pp. 121 ss, nonché Id., *Per una teoria della Costituzione come scienza della cultura*, Roma, Carocci, 1998.

95 A proposito di tali interazioni, v. per tutti 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., specie pp. 132 ss.

96 V. l'intervento dell'On. Micaela Campana, nella seduta della Camera dei Deputati del 9 maggio 2016, in apertura della discussione generale sul disegno di legge in tema di unioni civili (www.camera.it/leg17/410?idSeduta=0620&tipo=stenografico#sed0620.stenografico.tit00020.sub00010.int00020).

Matteo M. Winkler*

Il piombo e l'oro: riflessioni sul caso *Oliari c. Italia*

FILOSOFALE *pietra:* il grande oggetto dell'alchimia, una preparazione che si cerca da lungo tempo, e colla quale si ha da trasmutare o da esaltare i metalli più impuri: come lo stagno, il piombo, ed il rame, in oro e in argento. Vedi TRANSMUTAZIONE[1].

Sommario

1. Introduzione – 2. "Separazione": lo statuto giuridico di base delle coppie *same-sex* – 2.1. Tesi: la violazione del diritto al rispetto della vita familiare – 2.2. Antitesi: la (debole) linea difensiva del governo italiano – 2.3. Sintesi: un vademecum per le unioni omosessuali – 3. "Maturazione": le due lezioni di *Oliari* – 3.1. Oltre il paradigma eterosessuale – 3.2. La dimensione comparata: l'ombra di *Obergefell* – 4. "Trasmutazione": il disegno di legge sulle unioni civili alla prova della sentenza *Oliari* – 4.1. La (turbolenta) genesi della legge sulle unioni civili – 4.2. Problemi di tecnica legislativa (ma non solo) – 4.3. Il convitato di pietra: la filiazione – 5. Conclusione

Abstract

Il presente articolo propone un'analisi della sentenza resa in data 21 luglio 2015 dalla Corte europea dei diritti umani nel caso *Oliari c. Italia*. Qui la Corte, dichiarando che l'assenza di una legge sulle unioni omosessuali viola l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani, ha di fatto accelerato il dibattito interno sulla legge sulle unioni civili promulgata, dieci mesi più tardi, il 20 maggio 2016. Nella prima parte, l'articolo esamina la sentenza *Oliari*, che rappresenta la conclusione di un percorso di formazione, attraverso il diritto sovranazionale, di uno statuto giuridico delle unioni omosessuali secondo il diritto italiano. La seconda parte, invece, esplorerà il "detto" e il "non detto" della sentenza *Oliari*, in particolare nella sua dimensione comparata e egualitaria. Infine, la terza parte metterà a confronto le statuizioni della Corte di Strasburgo con le disposizioni della legge n. 76/2016 sulle unioni civili per verificare se effettivamente il legislatore italiano abbia adempiuto ai propri obblighi internazionali.

This article offers an analysis of the judgment issued on 21 July 2015 by the European Court of Human Rights in the case Oliari v. Italy. *Here the Court, declaring that the failure by the Italian legislator to produce a law on same-sex partnerships constituted a breach of Article 8 of the European Convention on Human Rights, accelerated the domestic debate regarding a law on civil unions, which was eventually enacted on 20 May 2016. In the first part, this article addresses the* Oliari *ruling, which represents the conclusion of a litigation establishing a charter for same-sex unions under Italian law*. The second part will explore what the Court has said and what it did not say regarding the ruling's potential comparative and egalitarian dimensions. Finally, the third part compares the Court's findings with the provisions of Law No. 76/2016 on civil unions in order to verify whether the Italian legislator has complied with its obligations under supranational law.

* Assistant Professor, Tax & Law Department, HEC Paris.
Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

1 *Dizionario universale delle arti e delle scienze*, 1749, IV, p. 92.

1. Introduzione

La pronuncia resa il 21 luglio 2015 dalla Corte europea dei diritti umani nel procedimento *Oliari et al. c. Italia* affronta un tema, quello dello statuto giuridico delle unioni tra persone dello stesso sesso, che si presta bene a una lettura nelle "maniere" degli antichi alchimisti[2]. Come nota infatti Hughues Fulchiron, uno dei più puntuali e sottili commentatori francesi di diritto di famiglia, la sentenza in parola fa tesoro dei propri precedenti, dai quali estrapola una formula in grado *"de transformer le plomb en or*[3]*"*.

Che l'alchimia eserciti un fascino anche sui giuristi lo sapeva bene il compianto Francesco Galgano, che all'"alchimia giuridica" ha dedicato alcuni dei suoi scritti migliori[4]. E purtuttavia, già scorrendo queste prime righe, al lettore per sua natura diffidente sembrerà non solo di allontanarsi eccessivamente dai canoni classici dell'ermeneutica giuridica, ma anche di addentrarsi in sentieri accidentati o verso mete ignote. A costui (o costei) non possiamo che riprodurre le parole con cui un tale Dottor Asson, nel 1838, apriva la voce *Alchimia* dell'*Enciclopedia italiana*: "[l]a curiosità dell'argomento ci renderà degni di scusa se, nel trattarlo, oltrepasseremo alcun poco i confini che ci siamo prefissi negli altri articoli[5]".

Ebbene, questa nota tenta un'analisi alchemica del caso *Oliari*, secondo tre tecniche che consideriamo estremamente utili e che traiamo dalla relativa voce della *Cyclopedia or Universal Dictionary of Arts and Science* di Ephraim Chambers, apparsa per la prima volta in Inghilterra nel 1728 e tradotta in italiano vent'anni più tardi per opera di una tipografia veneziana. "Vi sono tre maniere", vi si legge, "con le quali gli Alchimisti hanno tentato di arrivare a far dell'oro. La prima, con la *separazione*; imperocché ogni metallo, a noi cognito, contiene qualche quantità d'oro; se non che nella maggior parte, la quantità d'oro è sì piccola, che non porta la spesa di trarnelo fuori." La seconda "maniera" è data dalla "*maturazione" dell'argento vivo, "sublimandolo, purificandolo e* digerindolo con molta fatica, e lunghe operazioni". Vi è, infine, la *trasmutazione*, attraverso la quale è possibile "convertire tutti i metalli prontamente in puro oro[6]".

Separazione, maturazione e trasmutazione sono i processi che utilizzereremo, come suggerisce la frase di Fulchiron, per estrarre utili formule da quel ricco "laboratorio giudiziale" — come l'ha ben definito Paul Johnson — rappresentato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di unioni omosessuali[7]. Procederemo dunque come segue. Anzitutto, separeremo i principi enucleati dalla Corte europea e in grado così di determinare lo statuto giuridico di base delle unioni omosessuali

2 V. Corte Edu, sentenza del 21 luglio 2015, ricorsi n. 18766/11 and 36030/11, *Oliari et al. c. Italia*, in questa *Rivista*, n. 2/2015, pp. 304 ss. A commento v. G. Viggiani, *L'inerzia del legislatore e il caso Oliari e altri c. Italia*, in *Ragion pratica*, 2016, pp. 261 ss.; E. Savarese, *In margine al caso Oliari: ovvero di come il limbo italiano delle coppie omosessuali abbia violato gli obblighi positivi dell'art. 8 CEDU*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, pp. 655 ss.; R. De Felice, *La CEDU sulla tutela delle coppie omosessuali in Italia. L'onda lunga di Schalk e Kopf*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, n. 2/2015, pp. 47 ss.; A. Ceserani, *Il caso «Oliari» avanti la Corte di Strasburgo e la condizione delle coppie «same-sex» in Italia: brevi riflessioni*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2015, pp. 785 ss.; L. Scaffidi Runchella, *Ultreya coppie same-sex! La Corte europea dei diritti umani sul caso Oliari e altri v. Italia*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 3 agosto 2015; G. Zago, *A Victory for Italian Same-Sex Couples, A Victory for European Homosexuals? A Commentary on Oliari v. Italy*, *ibid.*, 21 agosto 2015; F. Staiano, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e diritto al rispetto della vita privata e familiare: il caso Oliari c. Italia*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, pp. 1808 ss.; M.M. Winkler, *Lo statuto giuridico delle coppie omosessuali (di nuovo) dinanzi alla Corte di Strasburgo: il caso Oliari e altri c. Italia*, in *SIDI Blog*, 27 luglio 2015; L. Paladini, *L'inerzia del Parlamento italiano in tema di unioni civili al cospetto della Corte di Strasburgo*, in *DPCE-Online*, n. 3/2015; B.C. Johnson, *European Court of Human Rights Rules European Convention for Protection of Human Rights Requires Italy to Enact Either Civil Union or Marriage Law for Same-Sex Couples*, in *Lesbian/Gay Law Notes*, 2015, p. 347, nonché la nota *Marriage: Same-Sex Couples – Request to Be Allowed to Marry Refused*, in *Eur. Hum. Rgts L. Rev.*, 2015, pp. 651 ss.

3 H. Fulchiron, *Les États doivent offrir un statut légal aux couples homosexuels*, in *Recueil Dalloz*, 2015, pp. 2160 ss., 2161.

4 Da lungo tempo l'espressione "alchimia giuridica" è entrata nel linguaggio dei giuristi, soprattutto grazie a Francesco Galgano, che ha usato questa espressione in relazione al contratto e agli strumenti finanziari. V. F. Galgano, F. Marrella, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, Padova, Cedam, 2010, p. 15 e, soprattutto, F. Galgano, *Tutto il rovescio del diritto*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 158.

5 Asson, voce *Alchimia*, in *Enciclopedia italiana. Dizionario della conversazione*, vol. I, Venezia, Stabilimento Enciclopedico di Girolamo Tasso, 1838, p. 621.

6 E. Chambers, *Dizionario Universale delle arti e delle scienze che contiene la Spiegazione de' Termini, e la Descrizion delle cose significate per essi, nelle Arti Liberali e Meccaniche, e nelle Scienze umane e Divine: Le figure, le spezie, le proprietà, le produzioni, le preparazioni, e gli usi delle cose si' naturali, come artifiziali: l'origine, il progresso, e lo stato delle Cose Ecclesiastiche, Civili, Militari e di Commercio: co' vari Sistemi, con le varie Opinioni & c. tra Filosofi, Teologi, Matematici, Medici, Antiquatj, Critici, & c.*, Tomo IV, Venezia, Giambattista Pasquali, 1749, p. 92 (corsivi aggiunti).

7 A parlare di *judicial laboratory* per indicare l'insieme degli strumenti ermeneutici impiegati dalla Corte europea dei diritti umani nella propria giurisprudenza sul tema è P. Johnson, *Homosexuality and the Europan Court of Human Rights*, New York, Routledge, 2014, pp. 65-89.

(par. 2). Successivamente, faremo maturare alcune affermazioni della Corte presenti nella motivazione e idonee a chiarire il quadro di applicazione delle norme sovranazionali sul piano interno (par. 3). Infine, trasmuteremo questa soglia direttamente nel contesto italiano, applicandola alla legge appena approvata dal Parlamento (n. 76 del 20 maggio 2016) di regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze[8] (par. 4). Seguirà, come di consueto, una breve conclusione.

2. "Separazione": lo statuto giuridico di base delle unioni omosessuali

2.1. Tesi: la violazione del diritto al rispetto della vita familiare

La vicenda all'origine del caso *Oliari* è fin troppo nota per spendervi più di qualche breve battuta. Tre coppie italiane dello stesso sesso chiedevano agli uffici dello stato civile dei rispettivi comuni di residenza di effettuare le pubblicazioni matrimoniali in virtù delle relative norme del codice civile[9].

Dinanzi al rifiuto opposto loro, essi proponevano impugnazione dinanzi al tribunale ordinario in base agli art. 2, 3, 29 e 117, co. 1, della Costituzione[10], ma ricevevano un ulteriore diniego sia dalla Corte costituzionale con la famosa sentenza n. 138 del 15 aprile 2010[11], sia dalla Corte suprema di cassazione nella sentenza n. 2400 del 9 febbraio 2015, che ne rigettavano le domande in quanto inammissibili e/o infondate[12]. La motivazione principale addotta da entrambe le corti corrisponde al noto "mantra" che domina i repertori giudiziari del nostro Paese fino ad oggi: "spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette"[13]. Di qui, il ricorso alla Corte europea.

Quest'ultima riconosce che dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani (Cedu), che conferisce a "ciascuno" "il diritto al rispetto della vita privata e familiare", discende l'obbligo per lo Stato contraente di assicurare tutela legislativa alle coppie dello stesso sesso, obbligo al quale l'Italia non aveva all'epoca dei fatti ancora adempiuto[14]. Inoltre, dall'art. 46 della medesima Convenzione de-

8 In *G.U.* n. 118 del 21 maggio 2016.

9 In particolare, solo la prima coppia di ricorrenti (Oliari e il suo compagno) ha avuto accesso alla Corte costituzionale, mentre le altre due hanno rinunciato a impugnare i rispettivi dinieghi opposti dall'ufficio dello stato civile (Felicetti e Zappa) o dal tribunale competente (Perelli Cippo e Zacheo) proprio in ragione della pronuncia della Consulta del 15 aprile 2010, n. 138.

10 Le citate norme sono fin troppo conosciute per riportarle qui. Per una sintesi della campagna di "Affermazione civile" si rinvia comunque a M.M. Winkler, G. Strazio, *Il nostro viaggio. Odissea nei diritti LGBTI in Italia*, Milano/Udine, Mimesis, 2015, pp. 27-31.

11 Corte costituzionale, sentenza del 15 aprile 2010, n. 138. Per ragioni di spazio, si omette l'abbondante bibliografia su questa sentenza, parte della quale compare nelle successive note.

12 Cassazione civile, Sezione I, sentenza del 9 febbraio 2015, n. 2400.

13 Corte costituzionale, sentenza del 15 aprile 2010, cit., par. 8 della parte in diritto.

14 La Corte europea dei diritti umani ha fatto abbondante uso dell'art. 8 della Convenzione, proprio nella parte in cui riconosce il "diritto al rispetto della vita privata e familiare". Nella sua formulazione complessiva, la disposizione esprime diritti ontologicamente diversi (la vita privata, la vita familiare, il domicilio e la corrispondenza), che risultano inseriti in un unico articolo su imitazione dell'art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 10 dicembre 1948, come ben si evince dai lavori preparatori. Tutti insieme, tali diritti tracciano un "confine" fisiologico dell'intervento dello Stato, il quale non può interferire in tali sfere a meno che ricorrano gravi ragioni. Ciò nonostante, ciascun diritto ha una consistenza propria e può naturalmente essere oggetto di doglianze distinte. Si rinvia al riguardo a M.M. Winkler, *Le coppie dello stesso sesso tra vita privata e familiare nella giurisprudenza di Strasburgo*, in R. Torino (a cura di), *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, Roma, RomaTre-Press, 2013, pp. 75 ss., spec. p. 76 s. In particolare, i concetti di vita privata e di vita familiare si distinguono per due aspetti, riguardanti rispettivamente il loro contenuto e la valutazione del giudice. Sotto il primo profilo, come ben evidenzia F. Rigaux, *La vie privée. Une liberté parmi les autres?*, Bruxelles, Larcier, 1992, p. 9, essi esprimono "due diverse dimensioni individuali", sicché mentre al centro della vita privata vi è l'individuo considerato nella sua "singolarità", nel suo essere "io", "tu", "sé", nella vita familiare ciò che appare centrale è la "relazione privilegiata" che si registra tra una pluralità di persone in un ambito sociale in cui il "sé" appare decisamente superato dal "noi". Non a caso la Corte parla al riguardo di "*inner circle*" per denotare lo spazio nel quale l'individuo può esercitare la propria libertà "senza subire interferenze esterne" (così Corte Edu, sentenza del 24 febbraio 1998, ric. n. 153/1996/772/1973, *Botta c. Italia*, par. 32), includendovi altresì "in un certo grado il diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani" (Corte Edu, 16 dicembre 1992, ric. n. 13710/88,

riva l'ulteriore obbligo, per l'Italia, di "implementare, sotto il controllo del Comitato dei Ministri [del Consiglio d'Europa], apposite misure generali e individuali per adempiere alle proprie obbligazioni di assicurare il diritto dei ricorrenti e delle altre persone nella loro posizione al rispetto della loro vita privata e familiare[15]".

Al contrario delle corti interne, tutte concentrate sull'art. 12 della Cedu e sulla competenza esclusiva delle autorità nazionali in materia di matrimonio, la Corte europea dirige la propria analisi sull'art. 8, a tutto svantaggio delle altre disposizioni invocate dai ricorrenti[16]. In particolare, la Corte ha ritenuto che "la questione se consentire o no il matrimonio tra persone dello stesso sesso va lasciata alla disciplina delle autorità nazionali[17]", non essendo tale istituto imposto, almeno allo stato attuale, né dal combinato disposto dell'art. 8 e dell'art. 14 sul principio di non discriminazione per orientamento sessuale[18], né dall'art. 12 sul diritto di contrarre matrimonio[19], né infine dal combinato disposto degli art. 12 e 14, tutte norme che pure sarebbero state applicabili al caso di specie[20].

Il *focus* sull'art. 8 determina un definitivo spostamento della fonte primaria dello statuto giuridico delle coppie dello stesso sesso dalla "vita privata" alla "vita familiare", secondo uno schema che trova la sua matrice nel precedente caso *Schalk e Kopf c. Austria*[21].

Qui la Corte aveva rilevato che "[s]arebbe artificiale mantenere l'opinione secondo la quale, a differenza delle coppie eterosessuali, quelle dello stesso sesso non possono godere del diritto alla vita familiare secondo l'articolo 8[22]". Essa aveva tuttavia rifiutato di considerare violato tale articolo, dal momento che il legislatore austriaco aveva provveduto, *processu pendente*, a introdurre un'apposita disciplina in tema di *partnership* registrate con effetto dal 1° gennaio 2010[23].

Niemietz c. Germania, par. 29). V. al riguardo K. Waaldijk, *The Right to Relate: A Lecture on the Importance of "Orientation" in Comparative Sexual Orientation Law*, in 24 *Duke Journ. Comp. & Int'l L.*, 2013, pp. 161 ss., pp. 180 ss., pubblicato in Italia come *Il diritto di relazionarsi: l'importanza della parola "orientamento" nel diritto comparato dell'orientamento sessuale*, in questa *Rivista*, n. 1/2015, pp. 134 ss.

15 Corte Edu, sentenza del 21 luglio 2015, par. 200.

16 *Ibid.*, par. 3.

17 *Ibid.*, par. 191.

18 La Corte ha spesso applicato il combinato disposto degli art. 8 e 14 della Cedu per dichiarare incompatibile con la Convenzione una norma nazionale che stabilisca una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. Cfr. Johnson, *Homosexuality*, cit., pp. 120-127. Il primo caso di applicazione di tali norme risale al 1999 con la nota sentenza *Salgueiro da Silva Mouta*, concernente un padre omosessuale al quale i tribunali portoghesi avevano negato il diritto di visita della figlia, nata da una precedente relazione con una donna, proprio sulla base del suo orientamento sessuale, che secondo la Corte *"is undoubtedly covered by article 14 of the Convention"*. Per la Corte l'affermazione delle corti portoghesi secondo cui *"[t]he child should live in […] a traditional Portuguese family"* e che *"homosexuality […] is an abnormality and children should not grow up in the shadow of abnormal situations"*, "*far from being merely clumsy or unfortunate as the Government maintained, or mere* obiter dicta, *suggest, quite to the contrary, that the applicant's homosexuality was a factor which was decisive in the final decision*". V. Corte Edu, sentenza del 21 dicembre 1999, ric. n. 33290/96, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, par. 28 e 35. Successivamente, la Corte è tornata su questo principio nel caso *Karner*, questa volta contro l'Austria e in tema di successione del *partner* dello stesso sesso nel diritto di abitazione della casa comune. Cfr. Corte Edu, sentenza del 23 luglio 2003, ric. n. 40016/98, *Karner c. Austria*; v. anche la sentenza del 2 marzo 2010, ric. n. 13102/02, *Kozak c. Polonia*. In materia di adozione, la Corte ha affermato la presenza di una violazione del principio di non discriminazione per orientamento sessuale in tema di adozione del *single* nella sentenza del 22 gennaio 2008, ric. n. 43546/02, *E.B. c. France*. Nel senso che, invece, il principio non si applica al diritto al matrimonio, in quanto "*the Convention is to be read as a whole and its Articles should therefore be construed in harmony with one another*", v. Corte Edu, sentenza del 24 giugno 2010, ric. n. 30141/04, *Schalk e Kopf c. Austria*, par. 101.

19 La Corte ha chiarito che l'art. 12 della Cedu non impone agli Stati contraenti di riconoscere alle coppie di persone dello stesso sesso l'accesso al matrimonio civile: sentenza del 24 giugno 2010, cit., parr. 54-64. Tale articolo così recita: "[a] partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto". In sostanza, "la distinzione operata da gran parte degli Stati europei nei confronti delle persone [lesbiche, gay e bisessuali] sotto il profilo dell'articolo 12 Cedu non è vista come una situazione di chiara ineguaglianza". C. Danisi, *Tutela dei diritti umani, non discriminazione e orientamento sessuale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 143.

20 La Corte ha sinora ritenuto inapplicabile alle coppie *same-sex* il combinato disposto degli art. 12 e 14, non essendo applicabile il solo art. 12. Per un'elaborazione v. E. Bribosia, I. Rorive, L. Van den Eynde, *Same-Sex Marriage – Building an Argument before the ECtHR in Light of the U.S. Experience*, in 32 *Berkeley J. Int'l L.*, 2014, pp. 1 ss., pp. 33 ss.

21 Cfr. Corte Edu, sentenza del 24 giugno 2010, cit.

22 Corte Edu, sentenza del 24 giugno 2010, cit., par. 94.

23 Cfr. il *Registered Partnership Act* (*Eigentragene Partnerschaft-Gesetz – EPG*), No. 135/2009 del 18 dicembre 2009, pubblicato in 135 BGBl 1 (2009) (entrato in vigore il 1° gennaio 2010). A commento v. D. Aichberger-Beig, *Registered Partnership for Same-Sex*

Contrariamente alla sentenza *Schalk*, nota al riguardo la stessa Corte europea in *Oliari*, "[n]el presente caso i ricorrenti *ancora oggi* non hanno la possibilità di stabilire un'unione civile o una *partnership* registrata (in assenza del matrimonio) in Italia[24]", con conseguente violazione del diritto al rispetto della vita familiare. In questo senso, *Schalk* e *Oliari* sono esattamente complementari, come due tasselli di un *puzzle* che, solo se ricomposti, sono in grado di rivelare un disegno complessivo.

Non tutti tuttavia la pensano così. Per Fulchiron, ad esempio, l'evoluzione tra i due casi "*ne laisse pas d'inquiéter[, car] il faudra à l'avenir observer avec une attention particulière les ambiguïtés,* obiter dictum *et autres incises utilisés par la Cour car ils risquent de devenir les principes de demain*[25]". Il punto è che un *dictum* può inquietare solo se non se ne comprende realmente la portata. È piuttosto palese, invece, che l'ovvia considerazione per cui una coppia di persone dello stesso sesso sia effettivamente in grado di vivere un'autentica vita familiare non rappresenta la conclusione, ma la premessa di entrambi i casi: la vera differenza risiede nell'inerzia colpevole del legislatore, che ha fatto dell'Italia il Paese dell'immobilismo per eccellenza in materia di diritti civili.

2.2. Antitesi: la (debole) linea difensiva del governo italiano

Dinanzi alla Corte europea il governo italiano si è difeso piuttosto male, tentando di giustificare la propria inerzia facendo leva sul margine di apprezzamento goduto dagli Stati "nell'adozione delle modifiche legislative idonee a soddisfare il mutato 'senso comune' della comunità[26]".

Per il governo, infatti, quella delle unioni omosessuali rappresenterebbe "una questione delicata che riguarda la sensibilità degli individui e la loro identità culturale, e nella quale è necessario del tempo per raggiungere una graduale maturazione del senso comune della comunità nazionale sul riconoscimento di questa nuova forma di famiglia nel senso inteso dalla Convenzione[27]". Inoltre, in palese contraddizione con la giurisprudenza precedente della Corte, il governo arriva persino ad affermare che "nessun obbligo positivo discende da alcun articolo della Convenzione[28]". Infine, nega "categoricamente che […] l'assenza di tale misura fosse volta a proteggere la famiglia tradizionale o la morale della società (come invece era stato asserito dai ricorrenti)[29]".

È però sui rimedi attualmente disponibili alle coppie omosessuali italiane che il governo offre il meglio di sé a difesa dello *status quo*. A suo dire, esso avrebbe "dimostrato in vari modi di riconoscere le unioni omosessuali *come esistenti e rilevanti*, e ha offerto loro *specifiche e concrete forme di protezione legale*, attraverso rimedi giuridici e non giuridici[30]". Questi rimedi sarebbero, da un lato, il riconoscimento giudiziale che "in talune specifiche circostanze, le coppie dello stesso sesso possono avere gli stessi diritti delle coppie coniugate eterosessuali" e, dall'altro, la possibilità di ricorrere ai contratti di convivenza ovvero ai registri comunali delle unioni civili[31].

Cominciamo allora con gli asseriti riconoscimenti ottenuti dall'autorità giudiziaria negli ultimi anni. Qui la Corte europea taglia corto. Anzitutto, "ai ricorrenti, cui non è concesso di potersi sposare, non è stato messo a disposizione uno specifico quadro giuridico (come quelli delle unioni civili o delle *partnership* registrate) capace di conferire loro il riconoscimento del loro *status* e la garanzia di taluni diritti rilevanti in una coppia in una relazione stabile e responsabile[32]". Inoltre, "dalla giurisprudenza portata all'attenzione della Corte", continuano i giudici, "si ricava che mentre si è confermato il ricono-

Couples, in B. Verschraegen (Ed.), *Austrian Law. An International Perspective*, Jan Sramek Verlag, Wien, 2010, pp. 61 ss.

24 Corte Edu, sentenza del 21 luglio 2015, cit., par. 164, corsivo aggiunto.

25 Fulchiron, *Les États*, cit., p. 2162.

26 Corte Edu, sentenza del 21 luglio 2015, cit., par. 122.

27 *Ibid.*, par. 123.

28 *Ibid.*, par. 124.

29 *Ibid.*, par. 132. Per il governo, "l'Italia è perfettamente in linea con lo stato di maturazione che caratterizza il consenso europeo, e non può essere rimproverata per non aver ancora legiferato in materia. Questo […] intenso dibattito e la varietà di progetti di legge [*sic!*] […] dimostrano l'intenzione da parte dello Stato di trovare una soluzione che trovi l'approvazione del pubblico […]". *Ibid.*, par. 126.

30 *Ibid.*, par. 127, corsivo aggiunto.

31 *Ibid.* Sui contratti di convivenza nell'ordinamento italiano v. G. Oberto, *I contratti di convivenza*, in A. Cagnazzo, F. Preite, V. Tagliaferri (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia. Profili sostanziali, processuali e notarili*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 2061 ss.

32 *Ibid.*, par. 167.

scimento di taluni diritti, altre questioni relative alle unioni tra persone dello stesso sesso rimangono irrisolte, atteso che, come ha ammesso il governo, le corti effettuano accertamenti caso per caso[33]".

Per la Corte, inoltre, questo approccio casistico non è evidentemente sufficiente per adempiere all'obbligo positivo discendente dall'art. 8 della Cedu, e ciò per almeno tre ragioni. Anzitutto, per l'*assenza di coerenza nella condotta degli organi dello Stato*, dato che il governo si è opposto con ogni mezzo a qualsivoglia riconoscimento effettuato dai giudici, come ben rivela la nota vicenda di Grosseto[34]. "La coerenza dell'azione amministrativa e della prassi legale all'interno del sistema giuridico nazionale", precisa al riguardo la Corte, "deve essere valutata come un fattore importante nell'accertamento degli obblighi derivanti dall'art. 8[35]".

In secondo luogo, le pronunce giudiziarie non sono in grado, da sole, di *conferire all'unione omosessuale "il senso di legittimità" che merita* e che le persone che la compongono sono interessate a ottenere[36]. "Le *partnership* civili", precisa la Corte, "hanno un valore intrinseco per la posizione dei ricorrenti, a prescindere dagli effetti giuridici, siano essi vasti o ridotti, che esse producono[37]".

Infine, l'attività delle corti interne non è in grado di porre fine al "conflitto esistente tra la realtà sociale dei ricorrenti, che vivono le loro relazioni apertamente in Italia, e la legge, che non dà loro un riconoscimento ufficiale sul territorio[38]". Risolvere questo conflitto spetta al Parlamento, l'unico organo deputato a fronteggiare "l'importante bisogno sociale" di cui soffrono i cittadini omosessuali[39].

Quanto poi ai rimedi non giudiziali, segnatamente i contratti di convivenza e i registri comunali delle unioni civili, la Corte smorza senza esitazioni l'entusiasmo del governo italiano. Da una parte, "gli accordi privati mancano di provvedere ai bisogni essenziali [quali] i diritti e le obbligazioni reciproche che [i conviventi] hanno l'uno rispetto all'altro, incluso il supporto morale e materiale, gli obblighi di mantenimento e i diritti successori[40]". Il diritto dei contratti non conferisce dunque alcuna tutela della situazione concreta nella quale versano due conviventi dello stesso sesso, dal momento che — potendo tali contratti essere conclusi da chiunque e richiedendo essi necessariamente la coabitazione — non ne riconosce la qualificazione come coppia stabile e responsabile.

La stessa conclusione deve farsi con riguardo ai registri comunali delle unioni civili[41]. Si tratta infatti di un istituto dalla portata estremamente ridotta, atteso che essi sono accessibili solo nel 2% della totalità dei comuni italiani, "hanno un valore meramente simbolico e rilevano solo a fini statistici; non conferiscono ai richiedenti alcuno stato civile ufficiale e in ogni caso non attribuiscono alcun diritto alle coppie dello stesso sesso. Sono inoltre prive di qualsiasi valore probatorio (dell'unione stabile) dinanzi alle corti nazionali[42]."

Vengono così clamorosamente smentite le opinioni di chi, per partito preso o convinzione personale, aveva in passato sostenuto la completezza degli strumenti esistenti nell'assicurare alle persone omosessuali una tutela adeguata e sufficiente, e dunque l'inutilità di un'apposita legge in materia[43].

Ciò che emerge dall'analisi della Corte è un quadro giuridico molto chiaro: che serva una legge *ad hoc*, idonea a riconoscere alle coppie di persone dello stesso sesso lo *status* di famiglie e a far fronte ai bisogni di queste ultime, attribuendo loro gli stessi diritti e doveri conferiti alle unioni stabili e respon-

33 *Ibid*., par. 170.

34 *Ibid*. Trattasi dei due decreti del Tribunale di Grosseto del 3 aprile 2014, in *Giurisprudenza. italiana*, 2014, pp. 1610 ss., con nota di L. Attademo, e in *Dirittocivilecontemporaneo*, 10 luglio 2014, con nota di A.M. Benedetti, *Giurisprudenza creativa o illusoria? Prima riflessione su Tribunale di Grosseto: a proposito di matrimonio omosessuale celebrato all'estero*, e del 26 febbraio 2015, che hanno ordinato al Comune toscano di provvedere alla trascrizione di un matrimonio celebrato a New York da due cittadini italiani. Entrambi i decreti sono stati successivamente annullati dalla Corte di appello di Firenze, il primo per mere ragioni processuali e il secondo con una pronuncia di merito che si allinea alla sentenza della Corte di cassazione del 15 marzo 2012, n. 4184.

35 Corte Edu, sentenza del 21 luglio 2015, cit., par. 172.

36 *Ibid*., par. 173.

37 *Ibid*., citando la sentenza del 7 novembre 2013, cit., par. 81.

38 *Ibid*., par. 173.

39 *Ibid*.

40 *Ibid*., par. 169.

41 Sui quali v. R. Di Maio, *I registri delle unioni civili*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2007, pp. 59 ss.

42 *Ibid*.

43 Si vedano al riguardo le affermazioni, completamente infondate, dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani, *… a proposito del disegno di legge Cirinnà: Luciano Moia, Unioni civili. Perché è una legge inutile*, in *Iustitia*, 2015, pp. 383 ss.

sabili, è ormai un principio indiscusso del diritto europeo dei diritti umani, che attende solo di trovare piena attuazione sul piano interno.

2.3. Sintesi: lo statuto giuridico di base delle unioni omosessuali

Nell'accertare l'avvenuta violazione del diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita familiare, la Corte europea non si limita a condannare l'Italia, ma traccia altresì quella che ritiene essere la soglia minima di accettabilità, sul piano europeo, di una legge sulle unioni omosessuali.

Per la Corte, infatti, pure in assenza di un obbligo di garantire accesso al matrimonio, l'Italia ha comunque il dovere di introdurre un'apposita legge, precisa, "*come quella* sulle unioni civili o *partnership* registrate[44]". L'analogia non è casuale, perché le espressioni "unione civile" e "*partnership* registrata" hanno un chiaro significato nel contesto europeo: quello di leggi *ad hoc* che stabiliscono un regime di obblighi e diritti di natura familiare — e non semplicemente patrimoniale o contrattuale, com'era ad esempio il *Pacte civil de solidarité (Pacs)* francese, cui pure si è fatto cenno nel dibattito nostrano recente[45] — accessibili unicamente alle coppie di persone dello stesso sesso e disegnati sulla falsariga del regime coniugale.

La Corte aggiunge che la legge in questione deve prevedere un "quadro giuridico specifico" (*a specific legal framework*) in grado di conferire alle coppie dello stesso sesso "il riconoscimento del loro status e la garanzia di certi diritti rilevanti per una coppia in una relazione stabile e responsabile[46]". Tale legge, in aggiunta, non dovrà limitarsi ad essere "meramente simbolica", come invece lo erano sia i riconoscimenti giudiziali, che non vanno oltre l'interpretazione dei precetti costituzionali, sia riconoscimenti di altro tipo, quali i registri comunali delle unioni civili e i contratti di convivenza. Essa dovrà piuttosto conferire "un nucleo di diritti" (*core rights*), nel senso di "provvedere" — continua la Corte — "ai *bisogni essenziali* che risultano fondamentali per la disciplina di una relazione quale quella esistente all'interno di una coppia *in una relazione stabile e responsabile*, come, a titolo meramente esemplificativo, i diritti e le obbligazioni reciproche, incluso il supporto morale e materiale, gli obblighi di mantenimento e i diritti ereditari[47]".

"*À travers ces formules*", nota al riguardo Fulchiron, "*la Cour ne se contente pas de dénoncer l'absence de cadre juridique satisfaisant: elle trace une sorte de* vademecum *du statut du couple du même sexe*[48]". La Corte prende in considerazione l'attuale statuto giuridico delle coppie gay e lesbiche nell'ordinamento italiano per affermare che esso risulta del tutto insufficiente alla luce dell'obbligo positivo discendente dall'art. 8 della Cedu e, nel fare ciò, a sua volta stabilisce *lo statuto giuridico di base* — un *vademecum*, appunto — che gli Stati contraenti sono obbligati a riconoscere alle coppie di persone dello stesso sesso[49]. È dunque da questo statuto che occorre ripartire.

---

44 *Ibid.*, par. 167.

45 Il *Pacs*, introdotto in Francia con la Loi No. 999-944 del 15 novembre 1999, è uno strumento di ordine contrattuale — lo dice il termine stesso, come spiega J.-L. Vivier, *Le pacte civil de solidarité: un nouveau contrat*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 7 — messo a disposizione di due persone unite da un legame affettivo, anche dello stesso sesso. Sull'evoluzione verso la legge n. 2013-404 del 17 maggio 2013 (*Mariage pour tous*) v. A.M. Lecis, *Le unioni di persone dello stesso sesso in Francia: dai pacs alla sentenza sul* mariage homosexuel, in *Ianus*, 2011, pp. 213 ss., nonché I. Riva, *Il PACS o la convivenza registrata in Francia*, in *Contratto e impresa Europa*, 2005, pp. 742 ss. Sui profili compatati v. pure A. Devaux, *The New French Marriage in an International and Comparative Law Perspective*, 23 *Tulane J. Int'l & Comp. L.*, 2014, pp. 73 ss.

46 Corte Edu, sentenza del 21 luglio 2015, par. 167.

47 *Ibid.*, par. 169, corsivo aggiunto.

48 Fulchiron, *Les* États, cit., p. 2162.

49 È stato da più parti sostenuto che dopo la sentenza *Oliari* tutti gli Stati contraenti della Cedu sarebbero obbligati ad adottare una legge sulle unioni omosessuali, inclusi Russia e Turchia i cui governi hanno fatto della lotta ai gay parte più o meno essenziale della propria campagna politica. V. a quest'ultimo riguardo E.E. Holley, *International Anti-LGBT Legislation: How Nationalistic Cultural Warfare Supports Political Motivations*, in 24 *Tulane J.L. & Sexuality*, 2015, pp. 179 ss., nonché S. Polsdofer, *Pride and Prejudice: Russia's Anti-Gay Propaganda Law Violates the European Convention on Human Rights*, in 29 *Am. Univ. Int'l L. Rev.*, 2014, pp. 1069 ss. Non concordiamo con questa impostazione, che finirebbe per mettere "fuori legge" un numero considerevole di Stati contraenti che al momento non prevedono alcuna regolamentazione generale al riguardo. Ci pare infatti che la Corte si sia imposta grande accortezza nell'evidenziare *le due peculiarità del caso italiano*, vale a dire l'abbondante giurisprudenza domestica in materia e l'esistenza di un consenso interno alla società italiana sul riconoscimento dello *status* delle coppie gay e lesbiche, e ciò al precipuo scopo di salvaguardare la propria integrità quale istituzione internazionale rispetto a un consesso di Stati che rifiuta di applicare una soluzione unica in materia. Cfr. Corte Edu, sentenza del 21 luglio 2015, cit., par. 179, ove si rimprovera il legislatore italiano per non aver "riposto particolare importanza alle indicazioni della comunità nazionali, inclusa la generale popolazione italiana e le più alte autorità giudiziarie in Italia".

3. "Maturazione": le due lezioni di *Oliari*

3.1. Oltre il paradigma eterosessuale

Le implicazioni della sentenza *Oliari* sul diritto interno italiano sono molteplici e profonde. Essa si pone in netto contrasto con le due visioni espresse dalla nostra Corte costituzionale, riguardanti l'una l'(in) esistenza di un obbligo positivo discendente dalla Cedu e l'altra la corretta interpretazione del c.d. "paradigma eterosessuale" del matrimonio.

Quanto al primo profilo, per la Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 117, co. 1, Cost. è inammissibile in quanto le norme invocate dai ricorrenti — segnatamente gli art. 8, 12 e 14 della Cedu e i corrispondenti 7, 9 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea — non contemplerebbero alcun obbligo, per lo Stato italiano, di consentire alle coppie gay e lesbiche accesso al matrimonio civile o a un altro istituto[50]. La Corte neppure prende in considerazione l'art. 8 in quanto "disposizion[e] a carattere generale in ordine al diritto al rispetto della vita privata e familiare" destinata ad essere assorbita, nella logica del giudizio, nelle previsioni specifiche in materia di diritto al matrimonio. Anche qui, per le corti interne "questo è un ambito di discrezione del Parlamento, da disciplinarsi con una legge nazionale[51]".

Sul fronte del paradigma eterosessuale, il rifiuto di prendere atto della dimensione sovranazionale delle unioni omosessuali ha prodotto la lettura isolazionista dell'art. 29 della Costituzione che ben conosciamo. Peraltro, è stata proprio la mancata inclusione dell'art. 8 della Cedu nella prospettiva costituzionale interna a rafforzare la lettura dell'art. 29 secondo detto paradigma. Barbara Pezzini ha a tal proposito rilevato, molto opportunamente, che "l'esistenza di una norma positiva (art. 9 Carta diritti fondamentali) che ha rinunciato al paradigma eterosessuale del matrimonio richied[e] di leggere anche l'art. 29 Cost. non solo con riferimento al codice civile, che ancora indubbiamente incorpora tale paradigma, ma anche in riferimento all'ordinamento europeo, nel quale la *possibilità* di un superamento del paradigma eterosessuale è riconosciuta e pienamente legittimata da un legislatore positivo. La stessa neutralità della norma — che non vieta né impone il matrimonio *same-sex* — rappresenta il superamento e la scomparsa del paradigma eterosessuale, convertito in una scelta discrezionale del legislatore nazionale[52]".

La Corte europea smentisce clamorosamente entrambe le conclusioni delle corti interne, richiamando anzitutto la propria giurisprudenza costante (e risalente, seppure completamente ignorata dai giudici costituzionali) per cui dall'art. 8 possono ricavarsi "alcuni obblighi positivi di assicurare l'effettivo rispetto dei diritti protetti dall'articolo [stesso][53]". Il contrasto tra le due corti non potrebbe essere più stridente, attesa anche l'identità delle domande introdotte nei rispettivi ricorsi, sicché a tale riguardo non si può non osservare che all'interpretazione dell'art. 8 come contenente un obbligo positivo si

50 In relazione al diritto al matrimonio affermato nell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea la Corte costituzionale ha ricordato, nella sua sentenza del 15 aprile 2010, cit., par. 10 della parte in diritto, che esso "non vieta né impone la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso" e che pertanto "a parte il riferimento esplicito agli uomini ed alle donne, è comunque decisivo il rilievo che anche la citata normativa non impone la piena equiparazione alle unioni omosessuali delle regole previste per le unioni matrimoniali tra uomo e donna". Si noti che il citato art. 9 della Carta ("[i]l diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio") rappresenta una metamorfosi rispetto all'art. 12 della Cedu, nella parte in cui, per espressa volontà dei negoziatori, rifiuta di menzionare il genere dei nubendi e separa il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia in due diritti distinti. Su questa evoluzione v. P. Johnson, *Homosexuality and the European Court*, cit., pp. 146 ss.; S. Choudhry, *Article 9*, in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (Eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 267 ss., p. 274 e, soprattutto, Corte Edu, sentenza del 24 giugno 2010, cit., par. 61: *"[r]egard being had to Article 9 of the Charter […], 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"*.

51 Cfr. Corte Edu, sentenza del 21 luglio 2015, par. 18.

52 B. Pezzini, *La sentenza n. 138/2010 parla (anche) ai giudici*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, Jovene, 2011, pp. 95 ss., p. 104.

53 Corte Edu, sentenza del 21 luglio 2015, par. 159.

poteva arrivare già nel 2010, se solo la Corte costituzionale avesse voluto esaminare più da vicino la giurisprudenza di Strasburgo[54].

E in effetti, che lo Stato sia tenuto ad apprestare "un arsenale giuridico adeguato e sufficiente" a garanzia del diritto al rispetto della vita privata e familiare di ciascuno, è cosa nota sin dalla sentenza *Marckx c. Belgio* del 1979, nella quale la Corte europea aveva già inequivocabilmente affermato che l'art. 8 "non si limita ad obbligare lo Stato ad astenersi dall'esercitare un'interferenza[, ma] in aggiunta a questo dovere principalmente negativo, possono sussistere obblighi positivi inerenti a un effettivo 'rispetto' per la vita familiare[55]". Tale obbligo risulta poi confermato in alcune pronunce successive[56].

Alla Corte costituzionale sarebbe pertanto bastato prendere spunto dalla (bella) ordinanza di rimessione del Tribunale di Venezia, ben conscio del problema. "La Corte europea dei diritti dell'uomo", vi si legge, "ha accolto una nozione di 'vita privata' e di tutela dell'identità personale in essa insita, non limitata alla sfera individuale, bensì estesa alla vita di relazione, arrivando a configurare un dovere di positivo intervento degli Stati di rimediare alle lacune suscettibili di impedire la realizzazione personale[57]".

Quanto inoltre al paradigma eterosessuale, la Corte europea ribadisce quanto già affermato il quel famoso *obiter dictum* della sentenza *Schalk*, che "le coppie dello stesso sesso sono ugualmente capaci quanto le coppie di sesso opposto di formare una relazione stabile e responsabile, e […] si trovano in una situazione significativamente simile alle coppie di sesso opposto per quanto riguarda il bisogno di riconoscimento e protezione della loro relazione[58]".

Ma non è tutto. Al fine di applicare ai ricorrenti italiani i "principi generali" — come li chiama espressamente — desumibili dalla giurisprudenza anteriore, la sentenza *Oliari* menziona altresì il caso *Vallianatos c. Grecia*, riguardante il principio di non discriminazione per orientamento sessuale[59]. Il caso, che riguardava il diniego di accesso all'istituto delle unioni civili da parte delle coppie gay e lesbiche, che la Corte ritiene discriminatorio alla luce del combinato disposto degli art. 8 e 14 della Cedu, viene così abilmente ricomposto, come un ulteriore tassello di un complesso puzzle, con la sentenza *Schalk*[60].

Qui in sostanza la Corte sembra riconoscere che anche il paradigma eterosessuale è soggetto al divieto di discriminazione, sicché "la necessità di superare la condizione di vulnerabilità per realizzare

54 In tal senso, definendo "[n]emmeno innovativo quanto la Corte rammenta circa gli obblighi discendenti dall'art. 8 CEDU", L. Paladini, *L'inerzia del Parlamento italiano*, cit., p. 2. Così pure già L. Scaffidi Runchella, *Brevi note sul riconoscimento delle nuove forme di convivenza* same-sex *concluse all'estero: profili internazionalprivatistici*, 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*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 339 ss., p. 341, per il quale "[n]on si puo`riconoscere il diritto alla vita privata limitandolo all'identità e allo sviluppo individuale, in quanto tale diritto comprende anche un obbligo in positivo, quello di garantire la costituzione e lo sviluppo di relazioni con altri esseri umani".

55 Corte Edu, sentenza del 27 aprile 1979, ric. n. 6833/74, *Marckx c. Belgio*, par. 31.

56 Corte Edu, sentenza del 25 gennaio 2000, ric. n. 31679/96, *Ignaccolo-Zenide c. Romania*, § 108, ove la Corte peraltro si interroga sull'adeguatezza delle misure assunte dalla Romania rispetto all'art. 8. Per la Corte, *"[i]t is for each Contracting State to equip itself with adequate and effective means to ensure compliance with its positive obligations under Article 8 of the Convention. The Court's sole task is to consider whether in the instant case the measures taken by the Romanian authorities were adequate and effective"*. L'affermazione di obblighi positivi all'interno delle singole previsioni della Cedu può ricavarsi dall'art. 1 della stessa Cedu, che impone agli Stati contraenti di "riconoscere" (*"secure"*, nella versione inglese) "i diritti e le libertà enunciati". Così L.R. Kiestra, *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, Maastricht, Springer, 2014, pp. 36 ss.

57 Tribunale di Venezia, ordinanza del 3 aprile 2009.

58 Corte Edu, sentenza del 21 luglio 2015, cit., par. 165, la quale cita espressamente la sentenza del 24 giugno 2010, cit., par. 99.

59 Corte Edu, sentenza del 7 novembre 2013, ric. n. 29381/09 e n. 32648/09, *Vallianatos et al. c. Grecia*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, I, pp. 703 ss., con nota di P. Pirrone, *La Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso Vallianatos et autres c. Grèce: «patti di vita comune» e discriminazione basata sull'orientamento sessuale*; sulla stessa v. inoltre D. Rudan, *Unioni civili registrate e discriminazione fondata sull'orientamento sessuale: il caso Vallianatos,* in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, pp. 232 ss.; L. Giacomelli, *Vallianatos & altri c. Grecia: unioni civili, vita familiare e coppie dello stesso sesso*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, pp. 171 ss.; I. Trispiotis, *Discrimination and Civil Partnerships: Taking Legal Out of Legal Recognition*, in 14 *Human Rights Law Review*, 2014, pp. 343 ss.; nonché J.-P. Marguénaud, *Le partenariat civil pour tous*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2014, pp. 301 ss.

60 In *Vallianatos* la Corte europea ha concluso che la legge greca sulle unioni civili, "*by tacitly excluding same-sex couples from its scope, […] introduces a diference in treatment based on the sexual orientation of the persons concerned*". Quanto alle giustificazioni idonee a legittimare la discriminazione, *"the Government have not offered convincing and weighty reasons capable of justifying the exclusion of same-sex couples from the scope of Law no. 3719/2008. Accordingly, it finds that there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 in the present case"*. Corte Edu, sentenza del 7 novembre 2013, cit., par. 79 e 92.

una società democratica sembrerebbe richiedere progressivamente la definizione di obblighi non solo sotto il profilo sostanziale dei diritti sanciti dalla Cedu, […] ma anche in virtù dell'articolo 14 marcando situazioni di *clear inequality*[61]".

3.2. La dimensione comparata: l'ombra di *Obergefell*

Sotto altro profilo la sentenza *Oliari* dipinge un paesaggio destinato ad entusiasmare anche il più mite comparatista. Dalle leggi degli undici Stati — oggi dodici, con il recente ingresso della Finlandia — che contemplano il matrimonio tra persone dello stesso sesso ai diciotto che prevedono altre forme di unione[62], dai rilevanti strumenti messi a disposizione dall'abbondante attività del Consiglio d'Europa[63] e del Parlamento dell'Unione Europea[64], fino alla recente sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Obergefell v. Hodges* che introduce il matrimonio *same-sex* nell'intera unione[65], la Corte appresta — come scrive Stefano Rodotà — "una sorta di dialogo planetario[66]".

L'analisi comparatistica della Corte ha evidentemente lo scopo di porre l'accento sull'eccezionalismo italiano nel (non) riconoscimento dei diritti delle persone omosessuali, mettendone in evidenza lo scarto sia rispetto alla straordinaria evoluzione vissuta dal continente europeo nell'ultima generazione, sia rispetto all'odierna società italiana, il cui atteggiamento nei confronti della popolazione omosessuale non si ritrova affatto riflesso nel mondo della politica e nella vita di governo.

Sotto il primo aspetto, infatti, con una premessa che viene ripetuta a ogni pié sospinto, in passato su suggerimento di associazioni terze intervenienti nel procedimento come *ILGA-Europe* e *Liberty and Stonewall* e oggi senza necessità di alcuna sollecitazione, la Corte non esita a ricordare che è dal lontano 1981 che l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa si mostra attenta al problema della discriminazione per orientamento sessuale e aperta alla realtà delle "famiglie LGBT", espressione che compare in una pluralità di risoluzioni che la Corte menziona *expressis verbis*[67].

È peraltro estremamente significativo che il cuore di tutte queste risoluzioni, e più in generale dell'attività del Consiglio d'Europa in materia, sia rappresentato proprio da quel *principio di non discriminazione per orientamento sessuale* che, come ben sappiamo, non compare invece tra i principi applicati dalla Corte nella sentenza *Oliari*.

61 C. Danisi, *Tutela dei diritti umani*, cit., p. 164.

62 V. al riguardo l'ottima panoramica di K. Waaldijk, *Great diversity and some equality: non-marital legal family formats for same-sex couples in Europe*, in questa *Rivista*, n. 2/2014, pp. 42 ss.

63 V. *infra* nota 66.

64 Per una sintesi dell'attività del Parlamento Europeo in materia si consenta di rinviare a M.M. Winkler, G. Strazio, *Il nostro viaggio*, cit., pp. 49 ss.

65 *Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health et al.*, 192 L. Ed. 2d 609 (2015), decisa il 26 giugno 2015, poco meno di un mese prima di *Oliari*. Per un commento v. C.E. Wells, *Obergefell v. Hodges*, in *Eur. Hum. Rgts L. Rev.*, 2015, pp. 406 ss., p. 411, la quale ha peraltro potuto facilmente prevedere che *"Obergefell will likely have the biggest impact on those countries that are confronting the issue at present"*. V. inoltre K. Yoshino, *A New Birth of Freedom?* Obergefell v. Hodges, in 129 *Harvard Law Review*, 2015, pp. 147 ss.; L.H. Tribe, *Equal Dignity: Speaking Its Name*, *ibid.*, pp. 16 ss.; Per una critica feroce alla sentenza, nella quale a suo dire *"[t]he majority's view subverts and invalidates laws due to matters of personal opinion"*, v. invece A. Zimmermann, *Judicial Activism and Arbitrary Control: A Critical Analysis of Obergefell v Hodges 556 US (2015) – The US Supreme Court Same-Sex Marriage Case*, 17 *The University of Notre Dame Australia Law Review*, 2015, pp. 77 ss., p. 79.

66 S. Rodotà, *Diritto d'amore*, Laterza, Roma-Bari, 2015, p. 82. Sul dialogo tra corti in materia di unioni omosessuali v. A. Sperti, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle coti costituzionali*, Pisa, Pisa University Press, 2013, spec. pp. 227 ss.

67 Le risoluzioni n. 924 del 1º ottobre 1981 (Discriminazione contro gli omosessuali), 1470 del 30 giugno 2000 (Situazione di gay e lesbiche e dei loro *partner* con riguardo all'asilo e all'immigrazione negli Stati membri del Consiglio d'Europa), 1474 del 19 settembre 2001 (Situazione di gay e lesbiche negli Stati membri del Consiglio d'Europa), 1547 del 18 aprile 2007 (Stato dei diritti umani e della democrazia in Europa) e 1728 del 29 aprile 2010 (Discriminazione in base all'orientamento sessuale e all'identità di genere) sono citate nella sentenza della Corte Edu del 21 luglio 2015 ai par. 56-59. Tutte le risoluzioni in parola — salvo la n. 1547 (2007) — sono raccolte nel rapporto *Combating Discrimination on Grounds of Sexual Orientation or Gender Identity. Council of Europe Standards*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2011. È interessante rilevare come nel caso *Karner* fossero state proprio due associazioni intervenute nel processo, l'*International Lesbian & Gay Association* (*ILGA*) e *Liberty and Stonewall*, a rammentare alla Corte i progressi svolti dal Consiglio d'Europa nella promozione, attraverso raccomandazioni agli Stati membri, del riconoscimento dei diritti delle persone e delle famiglie omosessuali. Cfr. al riguardo Corte Edu, sentenza del 24 luglio 2003, ric. n. 40016/98, *Karner c. Austria*, par. 36.

Anche nel menzionare la legislazione europea — dall'art 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea alle diverse "direttive che potrebbero essere d'interesse qui[68]" — la Corte rinvia (di nuovo) al caso *Vallianatos c. Grecia*, ove ha fatto sapiente uso proprio del principio di non discriminazione[69].

Ma è con l'abbondante descrizione della sentenza della Corte Suprema americana, cui la Corte dedica un'intera pagina della sua motivazione, che si stabilisce un perfetto dialogo "orizzontale" tra corti[70]. Si ricorderà al riguardo che, con una maggioranza di cinque giudici contro quattro e ben quattro opinioni dissenzienti la Corte Suprema ha dichiarato incostituzionali le leggi di quattro Stati che limitavano il matrimonio alla sola unione tra uomo e donna. Qui la maggioranza, che ha a cuore il problema della discriminazione delle persone, delle coppie e delle famiglie omosessuali, parla della necessità di rafforzare "i precetti centrali dell'uguaglianza", un'espressione che compare anche nella sentenza *Oliari*[71]. Le parole usate dalle due Corti sono le stesse; e molto meno di un oceano ci separa dall'America.

Com'è stato giustamente osservato in dottrina, "[u]no degli spunti più significativi che provengono dalla lettura di questa decisione sta proprio nella dialettica tra giudici e legislatori, che sembra trovare una necessaria ridefinizione ogni qual volta un diritto fondamentale appaia minacciato ed il legislatore muova passi troppo lenti per la sua protezione[72]". La similitudine con la condizione sofferta dai ricorrenti nel caso *Oliari* non potrebbe essere tracciata in modo più chiaro: anche in Italia un legislatore recalcitrante e indifferente ai progressi vissuti dai vicini europei e dal diritto sovranazionale non si è mostrato interessato, neppure con la legge sulle unioni civili e i suoi decreti attuativi, come vedremo, ad intraprendere la strada della piena uguaglianza.

Inoltre, il richiamo al caso *Obergefell* appare strumentale per la Corte europea per riaffermare con forza la legittimità dell'autorità giudiziaria a pronunciarsi in materia di diritti individuali senza dover necessariamente attendere la risposta di una politica ormai decisamente anestetizzata. È questa infatti la lezione più importante da trarsi dall'esperienza americana: "[l]a garanzia di un diritto fondamentale", spiega al riguardo sempre Rodotà, "non può essere subordinata alle resistenze ideologiche di una società sostanzialmente ostile, all'indifferenza magari ostentata del legislatore. I diritti fondamentali delle persone, si legge nell'opinione di maggioranza della sentenza statunitense, devono essere sottratti alle 'vicissitudini' della politica[73]".

A proposito del rapporto tra giurisdizione e legislazione, al termine della sua analisi la Corte europea stigmatizza il comportamento del Parlamento e del governo italiani per il loro "deliberato tentativo di impedire l'esecuzione di una sentenza definitiva ed esecutiva[74]". E aggiunge che "questa ripetuta omissione del legislatore di tenere conto delle pronunce della Corte costituzionale o delle raccomandazioni ivi contenute in relazione alla compatibilità con la Costituzione per un significativo periodo di tempo potenzialmente indebolisce le responsabilità del potere giudiziario e nel caso di specie ha lasciato le persone interessate in una situazione di incertezza giuridica che deve essere presa in considerazione[75]".

L'opinione concorrente dei giudici Mahoney, Tsotsoria e Vehabović rincara la dose. "In una società governata dallo stato di diritto", scrivono, "esiste un dovere complessivo di fiducia e buona fede da parte dello Stato e delle sue pubbliche autorità nei confronti del cittadino. A nostro parere, malgrado il margine di apprezzamento a favore dello Stato italiano, questo dovere di fiducia non è stato rispettato nel caso di specie relativamente alle conseguenze della sentenza n. 138/10 della Corte costituzionale

68 Corte Edu, sentenza del 21 luglio 2015, cit., par. 64.

69 Come abbiamo visto *supra* nota 59.

70 Sul dialogo "verticale" e "orizzontale" tra corti v. D. Gallo, M.M. Winkler, *The Construction of Same-Sex Families in Western Europe through Legislative and Judicial Dialogues: The Role of National Legislatures and Supranational Courts*, in E. Kjos, A. Müller (Eds), *Transnational Judicial Dialogue: Concept, Method, Extent, Effects*, in corso di pubblicazione, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

71 "Risulta ora chiaro che le leggi impugnate ostacolano la libertà delle coppie dello stesso sesso, e deve riconoscersi inoltre che esse comprimono i precetti centrali dell'uguaglianza". Così *Obergefell v. Hodges*, cit., p. 631, ripresa dalla Corte Edu, sentenza del 21 luglio 2015, cit., par. 65.

72 F. Viglione, *Obergefell v. Hodges: il matrimonio same-sex tra libertà e non discriminazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, II, pp. 589 ss., pp. 589-590.

73 S. Rodotà, *Diritto d'amore*, cit., p. 86.

74 Corte Edu, sentenza del 21 luglio 2015, par. 184.

75 *Ibid.*

nella quale una lacuna costituzionale, consistente nel diniego di un 'diritto fondamentale' era stata identificata come esistente nel sistema giuridico italiano[76]".

È del tutto evidente, peraltro, che l'eccezionalismo italiano in tema di diritti delle persone omosessuali non è mai stato solo un problema del Parlamento, ma altresì della Corte costituzionale, la cui divisione interna in materia ha sempre purtroppo rispecchiato, con una precisione quasi plastica, proprio quelle "vicissitudini della politica" che avrebbe invece dovuto platealmente ignorare.

4. "Trasmutazione": la legge sulle unioni civili alla prova della sentenza *Oliari*

4.1. La (turbolenta) genesi del disegno di legge sulle unioni civili

È ora il momento di effettuare, alla luce dello statuto di base stabilito dalla Corte europea, una cauta analisi della legge n. 76 del 20 maggio 2016 recante la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e la disciplina delle convivenze[77]. Ricordiamo al riguardo i tre pilastri di detto statuto: il conferimento dello *status* familiare, il riconoscimento dei bisogni essenziali della coppia e la qualificazione di quest'ultima come stabile e responsabile. Ciò che ci preme verificare è se la legge in parola rientri o meno in questa cornice.

Cominciamo col dire, anzitutto, che essa combina i due modelli europei dominanti di unioni registrate, ossia quello tedesco e quello scandinavo, attingendo un po' dall'uno e dall'altro. Risultano infatti compresenti, da un lato, *una lista di diritti conseguenti alla registrazione* (commi da 11 a 19) e, dall'altro, *un espresso rinvio al regime giuridico del matrimonio civile* (comma 20)[78].

La scelta di attingere a entrambi i modelli è la vistosa conseguenza dell'accesa discussione in Parlamento, ove la difficoltà di raggiungere il numero di voti necessario per l'approvazione finale del testo ha imposto il passaggio per il voto di fiducia sia in Senato sia alla Camera[79]. L'effetto è stato quello di sna-

76 *Ibid.*, Opinione concorrente del giudice Mahoney, cui hanno aderito i giudici Tsotsoria e Vehabović, par. 7.

77 La legge in parola (*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, n. S. 2081, proponente Monica Cirinnà e altri, approvato dal Senato il 25 febbraio 2016 e dalla Camera l'11 maggio 2016, *sub* n. A.C. 3634) affronta sia il tema delle unioni omosessuali sia quello delle convivenze di fatto. Qui ci occuperemo ovviamente solo del primo. Per un primo commento v. V. Carbone, *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto*, in *Famiglia e diritto*, 2016, pp. 848 ss. (e i contributi, apparsi sulla stessa rivista, di G. Ferrando, M. Dogliotti e M. Sesta); G. Casaburi, *La disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso*, in B. De Filippis, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Padova, Cedam, 2016, pp. 121 ss.; R. Campione, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, in M. Blasi, R. Campione, A. Figone, F. Mecenate, G. Oberto, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 1 ss.; G. Savi, *Regolamentazione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso*, in M.A. Lupoi, C. Cecchella, V. Cianciolo, V. Mazzotta (a cura di), *Unioni civili e convivenze. Guida commentata alla Legge n. 76/2016*, Bologna, Maggioli, 2016, *pp.* 50 ss., nonché, dello stesso Autore, *L'unione civile tra persone dello stesso sesso. Contributo al primo studio della legge 20 maggio 2016 n. 76, Art. 1, commi 1-35*, Perugia, Istituto Gioacchino Scaduto, 2016; G. Casaburi, I. Grimaldi (a cura di), *Unioni civili e convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76. Lettura operativa e possibili soluzioni*, Pisa, Pacini Giuridica, 2016, pp. 37 ss.; nonché G. Casaburi, *Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili*) e M. Gattuso, *Cosa c'è nella legge sulle unioni civili: una prima guida*, entrambi in *Articolo29*, www.articolo29.it, risp. 3 marzo 2016 e 25 febbraio 2016. Per una discussione sull'originario disegno di legge v. infine M. Gattuso, *Le unioni civili in mare aperto: ecco il progetto di legge che andrà in Senato*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 8 ottobre 2015; M.C. Venuti, F.R. Venuti, *Ralazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2015, pp. 971 ss.; G. Iorio, *Il disegno di legge sulle 'unioni civili' e sulle 'convivenze di fatto': appunto e proposte sui lavori in corso*, *ibid.*, 2015, pp. 1014 ss.

78 Per un'elaborazione di questi modelli si rinvia a Winkler, Strazio, *Il nostro viaggio*, cit., pp. 17 ss.

79 L'iperattivismo di alcuni senatori appartenenti alla compagine di governo e all'opposizione si è manifestato in modo particolarmente vistoso e irritante durante la discussione in Commissione giustizia del Senato, ove sono stati depositati oltre 4.000 emendamenti, il più delle volte dal linguaggio ridicolo e risibile e comunque senza un rilievo giuridico degno di nota. Basti pensare che è stato proposto il riconoscimento dell'unione dopo un certo numero di anni (addirittura fino a 10), la sostituzione dell'espressione "unione civile" con altre di indubbio disvalore morale, quali "unione difettiva", "comunità d'amore", "amicizia civilmente rilevante", "gruppo omogeneo", "società in accomandita semplice", ovvero "unione civile quadriennale" (ma il menu offriva anche quella "trentennale"). Quanto alla registrazione dell'unione, detti emendamenti la richiedevano "di fronte al Prefetto", "a un Questore" o "a un dottore commercialista". Inoltre, l'imposizione di un "aiuto morale e materiale" valeva "per almeno tre anni, quand'anche si sciogliesse l'unione", e si prevedeva l'obbligo del "mutuo aiuto

turarli entrambi, creando *un istituto fisiologicamente diverso ma funzionalmente equivalente al matrimonio*[80]. Così, la clausola di equivalenza contemplata dal comma 20, eredità giacente di un modello scandinavo ormai estinto proprio nella sua terra d'origine, è limitata "[a]l solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile".

In tal senso il fatto che, come nota Marco Gattuso, "veng[ano] riconosciuti tutti — ma proprio tutti — i diritti del matrimonio, nessuno escluso[81]", approssima evidentemente il regime giuridico delle unioni civili a quello del matrimonio. Tuttavia, la tensione tra i due modelli resta e, come ha suggerito Geremia Casaburi, l'unione civile così disegnata "si muove tra lo Scilla di chi la ritiene troppo simile al matrimonio e il Cariddi di chi, al contrario, ancora troppo distante[82]". Proprio questa continua e pericolosa oscillazione tra i due estremi, di cui risulta evidente traccia nei lavori parlamentari[83], rischia di frustrare tutte le buone intenzioni dei proponenti e, in ultima analisi, di portare alcune disposizioni della legge al di fuori della cornice fissata dalla Corte europea. Vediamo in che modo.

4.2. Problemi di tecnica legislativa (ma non solo)

La legge, lo sappiamo bene, non è solo sostanza ma anche forma. E la forma della legge sulle unioni civili riflette quella del maxi-emendamento resosi necessario per il passaggio in Senato[84]. Della legge si è così perduta l'originaria struttura in titoli e capi che ne permetteva una lettura anche sistematica. Per la

giuridico e materiale per almeno diciassette anni, quand'anche si sciogliesse l'unione". Un emendamento arrivava persino a sostituire le norme sul matrimonio con quelle sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni. Mai in precedenza, in un dibattito legislativo concernente un disegno di legge tanto essenziale ed urgente è stata data così poca importanza alla vita delle persone coinvolte e alla necessità di conferire loro uno statuto giuridico appropriato, come peraltro hanno già fatto tutti i Paesi del continente, in taluni casi addirittura dal tempo di una generazione, e certamente senza gli isterismi cui assistiamo a casa nostra.

80 Nel testo originario del ddl S. 2081 il regime sostanziale si accostava a quello coniugale, giacché simili se non identici erano sia i requisiti per contrarre un'unione civile, sia gli eventi destinati a causarne lo scioglimento, sia la presunzione di comunione legale, sia "le agevolazioni e gli oneri fiscali che derivano dall'appartenenza a un determinato nucleo famigliare". Era poi stabilito, con norma di chiusura, che "nel libro secondo del codice civile, ogni disposizione relativa al 'coniuge' o ai 'coniugi' si intende riferita anche alla parte dell'unione civile o alle parti dell'unione civile". Importante era inoltre il riconoscimento dell'unione come famiglia a livello di stato civile e "in ogni rapporto con la pubblica amministrazione", ivi inclusa "l'assistenza sanitaria e penitenziaria". Degno di nota, infine, era il trattamento dei figli, essendo inclusi "l'adozione o l'affidamento di minori […] a parità di condizioni con le coppie di coniugi", la *secondparent adoption* (adozione del figlio del *partner)* e il riconoscimento dei figli nati in costanza dell'unione civile.

81 M. Gattuso, *Cosa c'è nella legge*, cit., p. 2 del dattiloscritto.

82 G. Casaburi, *Il nome della rosa*, cit., p. 1 del dattiloscritto.

83 Degno di nota al riguardo è la proposta di emendamento n. NP1 al disegno di legge S. 2081 (a nome Calderoli, Centinaio, Quagliariello, Malan, Gasparri e Mario Mauro), successivamente respinta in aula. Tale proposta metteva in evidenza l'identità dell'unione civile rispetto al matrimonio, "parifica[ndo] l'unione tra persone dello stesso sesso al matrimonio, unica società che la Costituzione, all'articolo 29, garantisce e tutela in quanto 'naturale', cioé potenzialmente idonea alla procreazione ed alla fisiologica prosecuzione della specie, attualmente non realizzabile tra persone dello stesso sesso [*sic*]".

Quanto poi all'art. 5 del disegno di legge, come sappiamo poi espunto dal testo approvato in Senato, i proponenti sostenevano trattarsi di un tentativo "di introdurre surrettiziamente un'eccezione apparentemente remota ma destinata, in realtà, a trasformarsi in regola generale[, dal momento che, anzitutto,] una volta ammessa la possibilità per coppie omosessuali di adottare bambini, la presenza o meno di un legame biologico con uno dei genitori costituirà un elemento distintivo insufficiente ad impedire in futuro l'adozione tout court da parte di tutte le coppie omosessuali. In secondo luogo", continuano, "pur trattandosi di una disciplina volta apparentemente ad affrontare mere situazioni di fatto, nulla potrà impedire in futuro di invocare la possibilità di ricorrere all'adozione del figliastro anche in tutti i casi in cui le condizioni previste dal disegno di legge siano state scientemente ricercate e costruite, mediante il ricorso a forme di maternità surrogata e di patrimonializzazione del corpo umano, che già alcuni ordinamenti di Stati esteri consentono, e che risultano tuttavia in palese contrasto con la lettera dell'articolo 31, secondo comma, della Costituzione […]". Il coinvolgimento del Nuovo Centro Destra nell'elaborazione del nuovo testo ha assorbito in parte queste elaborazioni.

84 L'approvazione di leggi attraverso l'*escamotage* del maxi-emendamento, finalizzato sia a rafforzare la maggioranza di governo, sia a velocizzare le procedure, "è divenuta ormai da anni una prassi regolare con cui il Parlamento procede abitualmente, che integra […] una vera e propria *modificazione tacita* della Costituzione mediante il diritto parlamentare, rivolta ad imprimere velocità al procedimento ed a garantire comunque l'approvazione della legge […] in tempi ridotti e che incide in maniera rilevante sul rapporto Parlamento-Governo e particolarmente fra l'esecutivo e la propria maggioranza e fra la maggioranza e l'opposizione". Così G. De Cesare, *Maxi-emendamenti e forma di governo*, in N. Lupo (a cura di), *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*. Atti del seminario svoltosi presso la LUISS Guido Carli il 1° ottobre 2009, Padova, Cedam, 2010, pp. 59 ss., p. 60. Su questa prassi v. anche C. Bergonzini, *Parlamento e decisioni di bilancio*, Milano, FrancoAngeli, 2014, pp. 150 ss.

medesima ragione, sono inoltre scomparse del tutto le rubriche dei singoli articoli. Ora abbiamo di fronte a noi *un unico articolo formato da 69 consecutivi commi*, da leggersi come si leggono le leggi di stabilità[85].

Ma non è tutto. Ai sensi dei commi 28 e 34, buona parte del regime giuridico inaugurato dalla legge, a cominciare dalla necessaria integrazione del Regolamento di stato civile (D.p.r. 3 novembre 2000, n. 396), deve determinarsi sulla base di tre successivi decreti legislativi definiti, a seguito di un'articolata procedura parlamentare, in data 19 gennaio 2017[86]. Chi sperava che a questo "testo di legge confezionato in modo illeggibile […] tanto più inaccettabile in materia di rapporti di famiglia" ponesse rimedio la legislazione delegata è destinato a rimanere estremamente deluso[87].

Ora, a noi sembra che sia la *forma legis* sia l'eccessivo spazio concesso a rinvii e sostituzioni di vario tipo e rango riflettano una fiducia nella capacità e nell'impegno di un governo che potrebbe, alla luce dei precedenti, rivelarsi del tutto mal riposta. Ci riferiamo anzitutto all'uso disinvolto del maxi-emendamento, il cui "male" è costituito, come spiega bene Giovanni Piccirilli, "non dalla difficile (quando non impossibile) comprensione dei testi, ma da elementi assai piu` complessi e sostanziali, che incidono direttamente sul rispetto dello spirito e sulla lettera delle disposizioni costituzionali sul procedimento legislativo, oltre a comportare un totale sovvertimento della razionalità ad esse sottostante[88]".

Quanto inoltre ai rinvii stabiliti dalla legge, c'è solo da sperare che il governo abbia fatto bene il suo mestiere. A dare una risposta sarà la prassi quotidiana degli uffici di stato civile, dei notai e dei tribunali. Certo è che con un lavoro minimo di cesellatura legislativa, soprattutto in punto di istituzione del registro delle unioni civili presso gli uffici comunali, di cognome comune "per la durata dell'unione civile", di unione in luogo diverso da quello della richiesta, di unione civile per procura, tanto per citarne alcuni, si sarebbe potuto evitare un così ampio allargamento delle maglie regolamentari del governo, e in particolare del Ministero dell'Interno, del quale non si può proprio dire che abbia dato, negli ultimi anni, esempio di grande rettitudine istituzionale[89]. Basti pensare che lo schema di decreto legislativo relativo allo stato civile conteneva gravi errori e riferimenti a norme inesistenti, come a quel fantomatico articolo 57-*quater* dell'Ordinamento di stato civile che compare ben due volte nello schema, fortunatamente corretti in sede di parere parlamentare, ovvero alla questione del cognome comune, che secondo il decreto ponte andava annotato nell'atto di nascita della parte interessata e invece ora,

85 Sul punto v. G. Casaburi, *La disciplina*, cit., pp. 40-41.

86 Il regime transitorio stabilito dal comma 34 è stato definito con D.p.c.m. 23 luglio 2016, n. 144. I decreti previsti dal comma 28, invece, sono stati emessi in data recente: v. D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 5, *Adeguamento delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni, nonché modificazioni ed integrazioni normative per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettere a) e c), della legge 20 maggio 2016, n. 76*, in *G.U.* n. 22 del 27 gennaio 2017, pp. 1 ss.; D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 6, *Modificazioni ed integrazioni normative in materia penale per il necessario coordinamento con la disciplina delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera c), della legge 20 maggio 2016, n. 76*, *ibid.*, pp. 13 ss.; D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 7, *Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera b), della legge 20 maggio 2016, n. 76*, *ibid.*, pp. 15 ss.

87 B. Pezzini, *Le unioni civili in Parlamento: una sfida per l'uguaglianza*, in 5 *AG About Gender – Int'l Journ. Gender Studies*, 2016 pp. 141 ss., p. 145.

88 G. Piccirilli, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Padova, Cedam, 2009, p. 291. Lo stesso Autore aggiunge poi, tra le altre cose, che "la elaborazione sostanziale della legge nel 'chiuso' degli uffici ministeriali finisce per incidere rovinosamente sul principio di pubblicità dei lavori parlamentari, da più parti ritenuto uno strumento indefettibile per assicurare il controllo democratico sull'attività delle Camere. Infatti, con procedure di questo tipo, non è possibile risalire con certezza alla *ratio* che guida le norme di cui si compone il provvedimento, non procedendo alla discussione di ciascuna di esse singolarmente […]". *Ibid.*, p. 293.

89 Ci riferiamo alla nota vicenda delle trascrizioni dei matrimoni conclusi all'estero, conclusasi con la sentenza del Consiglio di Stato del 26 ottobre 2015, n. 4899, definita "violenta" da L. Morassutto, *Il Consiglio di Stato e la spallata alla giurisdizione ordinaria*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 18 novembre 2015. Il Consiglio di Stato ha in sostanza confermato la validità della Circolare del Ministro dell'Interno Angelino Alfano del 7 ottobre 2014, che imponeva l'intrascrivibilità dei matrimoni *same-sex* celebrati all'estero, e ha affermato "la concezione del matrimonio afferente alla millenaria tradizione giuridica e culturale dell'istituto, oltre che *all'ordine naturale* costantemente inteso [*sic!*] e tradotto nel diritto positivo come legittimante la sola unione coniugale tra un uomo e una donna". Vi è una sinistra assonanza linguistica tra le parole del Consiglio di Stato e quelle dello stesso Ministro dell'Interno Angelino Alfano subito dopo la proposizione del maxi-emendamento governativo al ddl Cirinnà, per cui con la rimozione della *stepchild adoption* dal testo si sarebbe fermata "un'operazione contro natura". A commento della sentenza v. M. Bombi, *Registrazione dei matrimoni tra omosessuali stipulati all'estero e poteri del prefetto*, in *Diritto & Giustizia*, n. 39/2015, pp. 61 ss.; sulla sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio da cui quella del Consiglio di Stato prende le mosse v. G. Zago, *L'autorità giudiziaria, e non il Prefetto, può annullare la trascrizione nel registro dello Stato civile. Nota a sentenza TAR Lazio n. 1907/15*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 1° aprile 2015; a commento v. infine l'ottima nota di G. Puma, *Trascrizione degli atti di matrimonio omosessuale celebrato all'estero alla luce della CEDU*, in *Diritto pubblico comparato europeo*, 2016, pp. 395 ss. Cfr. tuttavia, da ultimo, la sentenza del Consiglio di Stato del 13 ottobre 2016, n. 2772, che sembra assumere una posizione totalmente diversa rispetto a quella assunta un anno prima da diversa sezione.

nel decreto legislativo n. 5/2017, va indicato solo nella scheda angrafica, con conseguente cancellazione dell'annotazione già effettuata sotto il regime transitorio[90].

Va al riguardo osservato che, almeno sotto il profilo prettamente procedurale, la schizofrenia delle correnti parlamentari è dipesa essenzialmente dal contenuto della legge. Messa a confronto con altre esperienze legislative cruciali del diritto di famiglia, quali ad esempio — senza voler andare troppo lontano — la riforma della filiazione (Legge 20 dicembre 2012, n. 219) o quella dell'affidamento condiviso (Legge 8 febbraio 2006, n. 54), tanto per citarne alcune, la legge sulle unioni civili sconta infatti un pregiudizio e una discriminazione evidenti, e la sua forma e il modo con cui è stata concepita finiscono per alimentare l'impressione che l'attenzione del legislatore non fosse effettivamente rivolta ai bisogni delle coppie omosessuali, come ha richiesto la Corte europea, bensì solo ed esclusivamente al rispetto delle contingenze parlamentari.

Se la dignità delle persone omosessuali si misurasse dunque solamente in base alla qualità del testo legislativo, ci sarebbe ben poco da festeggiare.

4.3. Il convitato di pietra: la disciplina della filiazione

Un ultimo elemento di criticità della legge n. 71/2016 risiede nello stralcio del suo art. 5, che avrebbe espressamente esteso alle coppie dello stesso sesso registrate l'accesso all'adozione in casi particolari già prevista per le coppie coniugate dall'art. 44, lett. *b*, della Legge 4 maggio 1983, n. 184. Al riconoscimento delle "famiglie arcobaleno" si è dunque preferito il silenzio[91]. E tuttavia, grazie alla disposizione di cui al comma 20, il legislatore ha voluto cristallizzare al momento dell'entrata in vigore della legge la giurisprudenza esistente in materia di adozione in casi particolari. Detto comma, infatti, stabilendo in materia di adozioni un'eccezione alla clausola di equivalenza, fa salvo "quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti[92]".

Del resto, la giurisprudenza si è ben consolidata proprio nel senso di riconoscere, attraverso la lente del superiore interesse del minore, il diritto del bambino a una famiglia (anche) formata da due genitori dello stesso sesso, ove tale famiglia esista già in via di fatto. Lo testimoniano, tra l'altro, sia la delicata

90 La Commissione giustizia (II) della Camera faceva notare infatti nel proprio parere allo schema di decreto legislativo in materia di stato civile (Atto n. 344) che "la disciplina della scelta del cognome [di cui allo schema di decreto legislativo] differisce da quella del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 23 luglio 2016, n. 144, che, all'articolo 4, comma 2, stabilisce che, '*a seguito della dichiarazione relativa al cognome, gli ufficiali dello stato civile procedono all'annotazione dell'atto di nascita e all'aggiornamento della scheda anagrafica*'. Si è ritenuto, infatti, di interpretare il comma 10 della legge n. 76 del 2016 — che consente alle parti dell'unione civile di poter stabilire, mediante dichiarazione all'ufficiale di stato civile, di assumere, *per la durata dell'unione civile*, un cognome comune scegliendolo tra i loro cognomi o di anteporre o posporre al cognome comune il proprio — nel senso che tale eventuale dichiarazione non determina una modifica anagrafica del cognome, ma abbia il solo effetto di consentirne l'uso, per la durata dell'unione civile. Per tale ragione, lo schema di decreto ha previsto che 'per le parti dell'unione civile le schede (anagrafiche) devono essere intestate al cognome posseduto prima dell'unione civile' (articolo 3, comma 1, lettera c), n. 2); in attesa dell'entrata in vigore del provvedimento in esame, […] a seguito della dichiarazione in ordine alla scelta del cognome, gli ufficiali di stato civile dovranno effettuare le relative annotazioni sugli atti di nascita e sulle schede anagrafiche […]; appare, pertanto, necessario introdurre una norma di coordinamento che specifichi espressamente le procedure che gli ufficiali di stato civile dovranno seguire per la correzione delle variazioni anagrafiche già effettuate in base al predetto decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri". Il governo ha risposto con l'art. 8 del D.Lgs. n. 5/2017, ai sensi del quale entro trenta giorni dall'entrata in vigore del decreto stesso gli ufficiali di stato civile devono provvedere ad "annulla[re] l'annotazione relativa alla scelta del cognome effettuata". Ci si chiede cosa accada al figlio di una parte dell'unione civile che sia nato sotto il regime transitorio e il cui cognome contenga pertanto quello di entrambe le parti dell'unione: conserverà o no il doppio cognome a seguito della cancellazione?

91 Com'è stato evidenziato in aula dal sen. Luigi Manconi, l'effetto dello stralcio è di "negare l'istanza morale che c'è, che può esserci, nell'unione civile, [e di] neutralizzare il valore sociale ed etico di quella stessa unione civile [per] ridurla a un mero contratto privato". La dichiarazione è riportata da A. Schillaci, *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale dopo il voto del Senato*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 26 febbraio 2016. Sulla stessa linea si pone peraltro il filosofo francese Didier Eribon, che ha ricordato come durante il dibattito sulla legge sui *Pacs* in Francia, nel lontano 1999, "*tout débat sur l'égalité des droits, l'homoparentalité, l'adoption, le statut du partenaire étranger dans les couples bi-nationaux, etc. fut refusé et même interdit et censuré par le gouvernement socialiste de l'époque — et […] il n'ait pas d'autre valeur que celle d'un acte privé, et surtout privé de toute valeur symbolique*". D. Eribon, *De la subversion. Droit, norme et politique*, Paris, Editions Cartouche, 2010, p. 50. Sui figli delle famiglie omogenitoriali v. da ultimo F. Ferrari, *La famiglia* in*attesa. I genitori omosessuali e i loro figli*, Milano/Udine, Mimesis, 2015, pp. 73 ss.

92 Secondo A. Schillaci, *Ibid.*, p. 2, "la doppia locuzione utilizzata dal legislatore ('resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti') rafforza quanto si qui affermato, nella misura in cui fa salva non solo la formulazione testuale delle disposizioni richiamate (art. 44, lett. *d*) e art. 44, comma 3, della legge sulle adozioni) — e dunque, quanto da esse *previsto* — ma anche la loro interpretazione, in via di consolidamento, da parte del giudice minorile e, dunque, quanto da esse *consentito*".

opera di tessitura realizzata dalla giurisprudenza di merito, in particolare dal Tribunale per i minorenni di Roma sotto la guida della presidente Melita Cavallo, che ha dato prova, anche di recente, di grande apertura[93], sia il più recente arresto della prima sezione della Corte di cassazione del 30 giugno 2016, n. 12962, per il quale "l'esame dei requisiti e delle condizioni imposte dalla legge, sia in astratto (la constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo), sia in concreto (l'indagine sull'interesse del minore […]), non può essere svolto — neanche indirettamente — dando rilievo all'orientamento sessuale del richiedente e alla conseguente natura della relazione da questo stabilita con il proprio partner"[94]. È il caso di dire che il giudice ha osato dove il legislatore non ha neppure tentato.

Resta il fatto, però, che il silenzio di quest'ultimo non ci pare dare esatto corso alle indicazioni della Corte europea. Vero, si dirà, che la Corte non si è occupata della filiazione ma solamente "del generale bisogno di riconoscimento e di protezione essenziale dei ricorrenti come coppie dello stesso sesso". Anzi, essa si è espressamente rifiutata di addentrarsi "in certe specifiche questioni 'supplementari' (in opposizione a quelle essenziali)" relative alle unioni omosessuali[95].

Ciò nonostante, la Corte non ha comunque mancato di stigmatizzare come l'assenza di risposta del legislatore alle richieste della società italiana abbia finito per "lasciare gli individui interessati in una condizione di incertezza giuridica che merita di essere presa in considerazione[96]". Ed è proprio con riguardo alla filiazione che l'attuale scelta del legislatore appare come un aperto tradimento della realtà italiana delle famiglie arcobaleno e, di riflesso, delle statuizioni della Corte europea.

5. Conclusione

Al termine di questa analisi rimane solo da verificare, testo di legge alla mano, se il nostro legislatore si è o no conformato alle lezioni impartitegli dalla Corte europea, ma soprattutto se le ha comprese a fondo. Saranno i commenti e i commentari che usciranno a legge approvata a dare una risposta più compiuta di quanto è stato fatto in queste pagine.

Per ora, basta dire che la sentenza *Oliari* non è una semplice decisione di un caso, bensì un vero e proprio *vademecum* dei diritti delle persone omosessuali che intendono fondare una famiglia. "Vi è […] un punto comune che spiega l'energia sprigionata da quest[a] decision[e]", scrive Stefano Rodotà. È la consapevolezza che "non si è di fronte ad un diritto fondamentale come tutti gli altri, perché coglie nel profondo la vita delle persone. E, nel momento in cui il diritto comincia a rinunciare alla sua forza costrittiva, scopre anch'esso una sua intimità profonda e qui, nel rispetto delle persone e dell'amore che le unisce, trova una inedita legittimità[97]".

Nessun alchimista avrebbe saputo dirlo meglio. In fondo, esiste forse alchimia più forte dell'amore?

93 Tribunale per i minorenni di Roma, 23 dicembre 2015, commentata da A. Schillaci, *La sentenza perfetta. Genitorialità omosessuale e diritti del bambino*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 23 marzo 2016. V. anche, dello stesso Tribunale, le sentenze del 22 ottobre 2015 e del 30 luglio 2014, nonché quella della Corte di appello di Roma del 23 dicembre 2015, tutte pubblicate e commentate sul portale *Articolo29.it*. Sulla sua esperienza di Presidente del Tribunale per i minorenni di Roma, Melita Cavallo ha recentemente pubblicato un libro che costituisce una piccola miniera di casi reali, tra cui quello delle due donne deciso nel 2014. M. Cavallo, *Si fa presto a dire famiglia*, Laterza, Roma/Bari, 2016, pp. 69 ss.

94 Corte di cassazione, sezione I, sentenza del 30 giugno 2016, n. 12962, § 4.2.4.

95 Corte Edu, sentenza del 21 luglio 2015, cit., par. 177.

96 *Ibid.*, par. 184.

97 S. Rodotà, *Diritto d'amore*, cit., p. 91.

*Geremia Casaburi**

La costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso

Sommario

1. Premessa – 2. La celebrazione del matrimonio – 3. La costituzione dell'unione civile come fonte di un nuovo *status* – 4. il c.d. decreto ponte – 5. Il decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 5; osservazioni sulla delega – 6. Il D.Lgs. 5/2017 e l'adeguamento delle disposizioni previgenti; in particolare la conversione del matrimonio in unione civile in caso di rettifica di sesso – 7. La novellazione dell'ordinamento di stato civile – 7.1 Il titolo VIII *bis* del D.p.r. 396/2000: una organica disciplina della fase genetica dell'unione civile. La richiesta e le opposizioni – 7.2 La costituzione/celebrazione dell'unione civile – 7.3. L'inconfigurabilità della obiezione di coscienza degli ufficiali di stato civile – 8. Gli atti e i registri delle unioni civili

Abstract

L'articolo esamina la lacunosa disciplina della costituzione dell'unione civile, data dalla l. n. 76/2016, particolarmente deprecabile in ragione dell'importanza, non solo simbolica, che tale atto riveste; esamina — anche alla stregua della disciplina "parallela" del matrimonio — la disciplina di dettaglio introdotta dal D.Lgs. 5/2017, che ha profondamente innovato, in materia, l'ordinamento dello stato civile.

The article aims at analysing the defective regulation of same-sex civil unions in Italy as legalised by law n. 76 of 2016. It argues that the incomplete nature of the legislation is regrattable, due to the importance — not only from a symbolic point of view — of the new institution. It also aims at discussing, in the light of the regulation of marriage, the further regulation of the same-sex civil unions, as disciplined by the legislative decree n. 5 of 2017, which deeply affects the regulation of civil status.

1. Premessa

L'organica disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso (d'ora in avanti: unione civile), introdotta dalla l. n. 76/2016 (d'ora in avanti: la l.; si indicheranno senza altra indicazione i commi dell'art. 1), ha come modello di riferimento il matrimonio.

Tanto è costituzionalmente legittimo e normativamente opportuno, tenendo conto da un lato l'esigenza (imposta dalla Corte costituzionale e da quella di Strasburgo) di assicurare a tali coppie una tutela seria ed effettiva, dall'altro la circostanza che, per il legislatore, l'unico modello familiare legislativamente disciplinato era appunto solo quello matrimoniale[1].

* Magistrato presso la Corte di appello di Napoli.

1 Cfr., per ulteriori riferimenti, i miei commenti alla legge in *Articolo29*, www.articolo29.it (*Il nome della rosa: la disciplina italiana delle unioni civili*), in *Foro Italiano*, 2016, I, 1933, 2246, nonché in Aa.Vv., *Unioni civili e convivenze: la nuova legge*, Pisa, Pacini editore, 2016.

Non mancano, però, tra i due istituti differenze ed omissioni (della disciplina dell'unione civile rispetto a quella del matrimonio), anche significative (e che, vale sottolinearlo, non ne attenuano la vicinanza di fondo).

Ciò, di per sé, non costituisce una discriminazione, con conseguente violazione del precetto di cui all'art. 3 Cost. (ma anche, per il tramite dell'art. 117 Cost., dell'art. 8 Cedu); matrimonio e unione civile, per quanto vicini, restano istituti diversi, non solo nel *nomen iuris*, con diverso fondamento costituzionale (rispettivamente gli art. 29 e 2 Cost.), sicché ben diversa può esserne la disciplina (il principio di eguaglianza va inteso come " a ciascun il suo", non come "a tutti lo stesso").

D'altronde le differenze in oggetto costituiscono, sovente, un "avanzamento" della nuova normativa rispetto a quella matrimoniale (es. la limitazione dell'accesso ai soli maggiorenni, ma anche l'introduzione del divorzio immediato, senza previa separazione legale), che — *de iure condendo* — potrebbe trarne spunto.

In altri casi, certo, siffatte differenziazioni appaiono incomprensibili (e potrebbero nascondere una discriminazione ingiustificata: il riferimento è, in primo luogo, alla mancata previsione del dovere di fedeltà; più complesso il discorso relativo alla omissione — apparente — di qualsivoglia disposizione in materia di filiazione).

A ben vedere, però, le soluzioni adottate dal legislatore presentano una chiave di lettura di fondo: si è voluta evitare — al fine ben poco mascherato di "non" *épater le bourgeois* — la trasposizione, all'unione civile, degli istituti che, anche e soprattutto per la valenza simbolica, si ritengono propri (esclusivamente) del matrimonio.

Così addirittura mancano le parole per indicare, al di là delle perifrasi, le parti dell'unione civile, che certo non sono coniugi: il D.Lgs. n. 5/2017, di cui si dirà ampiamente, ha introdotto le espressioni, non soddisfacenti "unito" o "unita" civilmente (cfr l'art. 70 *quindecies* del D.p.r. 396/2000, introdotto dal decreto cit., su cui *infra*).

L'interprete è però inevitabilmente chiamato a valutare quanto poi una tale operazione di cosmesi legislativa sia costituzionalmente legittima e giuridicamente corretta (non solo su un piano strettamente tecnico), con particolare riferimento alle ricadute operative.

2. La celebrazione del matrimonio

Non casualmente, la distanza tra matrimonio ed unione civile è massima proprio con riferimento alla formazione del vincolo.

Il co. 2 della l. enuncia solo, semplicemente quanto semplicisticamente, che l'unione civile è costituita mediante dichiarazione resa da due persone dello stesso sesso di fronte all'ufficiale dello stato civile, ed alla presenza di due testimoni.

Inoltre i co. 3 e 9 prevedono e disciplinano, rispettivamente, la registrazione, da parte dell'ufficiale di stato civile, degli atti di unione civile nell'archivio dello stato civile e il relativo certificato.

Non vi è altro e — anzi — vi è di peggio.

Infatti il pur centrale co. 20, che pone la c.d. clausola di "equivalenza" (ma anche, in termini più pregnanti, di *salvaguardia*), nell'estendere alle parti dell'unione civile tutte le disposizioni, legislative, regolamentari, degli atti amministrativi e dei contratti collettivi che si riferiscono al matrimonio ed ai coniugi, esclude espressamente dalla propria area di operatività proprio le disposizioni del codice civile non espressamente richiamate.

Il riferimento è, evidentemente, in primo luogo, alle disposizioni sulla costituzione del matrimonio.

Di contro quest'ultimo conosce — quanto alla sua fase genetica — una disciplina ampia ed organica, comprensiva della promessa di matrimonio (art. 79-81 c.c.), della pubblicazione (art. 93-100 c.c.), delle opposizioni (art. 102-104 c.c.) e, soprattutto, della celebrazione stessa del matrimonio (art. 106-113 c.c.).

Così, in particolare, la forma della celebrazione matrimoniale è solenne: l'ufficiale di stato civile, presenti due testimoni (anche parenti degli sposi) dà lettura di talune disposizioni del codice civile (in tema di diritti e doveri dei coniugi) e riceve da ciascuno dei nubendi, personalmente, uno dopo l'altro, la dichiarazione (che non può essere sottoposta a condizione a termine) di volersi prendere rispettivamente in marito ed in moglie, dichiarando quindi che sono uniti in matrimonio; dopo di che si compila, immediatamente, l'atto di matrimonio.

La disciplina legislativa è completata dal formulario per la redazione degli atti di stato civile, predisposto dal Ministero dell'Interno.

Il matrimonio manifesta, nella sua fase costitutiva, tutta la sua natura simbolica, di rito di passaggio, nel senso anche antropologico del termine.

In termini più strettamente giuridici, inoltre, tale disciplina ha la funzione di attirare l'attenzione dei nubendi sulla rilevanza dell'atto che si accingono a porre in essere, per le sue rilevantissime conseguenze, anche a tutela dell'interesse dei terzi e della collettività.

Si tratta, beninteso, di una disciplina formatasi nel corso di un lunghissimo periodo di tempo, sicché non mancano previsioni ormai prive di senso, o comunque anacronistiche (è il caso della stessa disciplina della pubblicazione).

3. La costituzione dell'unione civile come fonte di un nuovo *status*

La mancata introduzione di una normativa corrispondente, *mutatis mutandis*, per l'unione civile è stato un gravissimo errore, che si spiega, ma certo non si giustifica, almeno non in termini giuridici, con la richiamata mancata estensione all'unione civile delle disposizioni più *simboliche* del matrimonio, come sicuramente quelle in esame (d'altronde il legislatore, opportunamente ma con poca coerenza, non ha esitato ad estendere all'unione civile, in via di rinvio ovvero a mezzo della riproduzione più o meno fedele, buona parte delle disposizioni in materia di impedimenti e nullità matrimoniale, benché pure presentino un tale carattere simbolico, cfr. co. 4-8).

Alla base di una disciplina tanto scarna ed anzi lacunosa, certo, vi è verosimilmente anche una considerazione dell'unione civile come istituto meno pregnante del matrimonio, sotto il profilo giuridico quanto sociale: ne segue che la formazione altro non sarebbe che l'espressione formale, registrata, di una mera volontà negoziale.

In tale (distorta) prospettiva potrebbe revocarsi in dubbio la stessa utilizzabilità della parola celebrazione (e del verbo corrispondente): il legislatore la evita, anche quando riproduce le disposizioni del codice civile che la contengono, sostituendola sempre con il riferimento alla *costituzione* del legame.

La cerimonia (parola a sua volta non neutra) — a rigore — potrebbe allora non essere pubblica, e nulla è precisato circa il contenuto delle dichiarazioni delle parti e lo stesso ruolo dell'ufficiale di stato civile.

Addirittura taluno ha affermato che neppure potrebbe escludersi la sottoposizione dell'unione civile a condizione o a termine, mancando una disposizione corrispondente a quella dell'art. 108 c.c.

La realtà giuridica, quale emerge dalla l. nel suo complesso, è però ben diversa, il che rende a maggior ragione inadeguata la disciplina della fase costitutiva qui in esame.

Infatti, ed in primo luogo, l'unione civile non ha affatto carattere "eminentemente negoziale", sicché la sua fase costitutiva non può certo solo ridursi alla mera registrazione, pressoché solo anagrafica, di dichiarazioni concordanti.

Tanto si desume, in primo luogo, dal sistema stesso: dall'incontro della volontà delle parti, deriva — si costituisce, come significativamente enuncia il co. 2. — quello che è un nuovo *status* personale, dai rilevantissimi effetti giuridici (di portata non solo civilistica, ma che anzi investe ogni ramo dell'ordinamento), disciplinati appunto dalla nuova l. con disposizioni che non possono essere che inderogabili (come del resto enunciato, con portata a ben vedere generali, dal co. 13, penultimo inciso, del tutto corrispondente — nella funzione svolta — all'art. 160 c.c. , quanto al matrimonio).

Tra le parti, del resto, si instaura un vincolo ampiamente corrispondente a quello di coniugio (i due contraenti, cfr. il co. 21, sono anche reciprocamente successibili legittimari e legittimi).

Ne segue, a mio avviso (pur nella consapevolezza che in dottrina si sono manifestate opinioni diverse) anche la formazione di un vincolo di affinità tra ciascuna parte ed i parenti dell'altro (arg. ex co. 4, lett. c), che rende ampiamente applicabili all'unione civile le disposizioni dell'art. 87 c.c.)

Ulteriore riscontro che dalla costituzione dell'unione civile discende, tra le parti, un nuovo *status* personale, è dato dal comma sulla facoltà di ciascuna parte dell'unione civile di impugnare in qualunque tempo matrimonio o unione civile dell'altra (se si oppone la nullità della prima unione civile, tale questione deve essere preventivamente giudicata), cui corrisponde il novellato (dal co. 33) art. 124 c.c., secondo cui ciascun coniuge può sempre impugnare il matrimonio ovvero l'unione civile dell'altro; cfr. anche il novellato (dal co. 32) art. 86 c.c., sulla libertà di stato.

Vi è di più perché, a ben vedere, la l. — pur con tutti i suoi limiti — non realizza una sostanziale frattura rispetto al matrimonio nella fase genetica, costitutiva del vincolo.

Infatti, ed in primo luogo, le nuove, pur succinte disposizioni, conservano gli elementi essenziali propri della celebrazione del matrimonio: le dichiarazioni rese dalle parti personalmente e contestualmente innanzi all'ufficiale di stato civile (lo stesso che celebra il matrimonio civile), cui segue la formazione dell'atto.

L'unione civile deve quindi intendersi costituita con lo scambio delle dichiarazioni di volontà dei contraenti, atti negoziali, in senso ampio, e recettizi.

Certo, il matrimonio conosce la dichiarazione finale dell'ufficiale di stato civile, che i due (avendo manifestato la loro volontà in tal senso) sono uniti in matrimonio, art. 107 c.c.

Tale dichiarazione integra sicuramente una fase necessaria della celebrazione del matrimonio ma, si noti, è tuttora discusso in dottrina se essa abbia carattere costitutivo o solo dichiarativo (si tratta, comunque, di questione priva di concreta rilevanza operativa).

Le unioni civili — che appunto non prevedono un tale intervento dell'ufficiale di stato civile — seguono però anche in questa fase il modello matrimoniale, non civile ma, paradossalmente, canonico (alla stregua del quale il sacramento del matrimonio è perfezionato dallo scambio delle dichiarazione dei nubendi, svolgendo il celebrante un ruolo di assistenza): cfr. al riguardo i can. 1104, § 1 e 2; 1108; 1120 Cod. dir. can. (cfr. *infra* per ulteriori considerazioni, conseguenti al D.Lgs. n. 5/2017).

Infine — ad ulteriore conferma che non si tratta certo solo di mera convivenza registrata — vi è il dato, dirimente, che il vincolo che ne deriva viene meno solo in forza di un procedimento che è, in tutto e per tutto, divorzile (a parte la possibilità di ricorrere alla negoziazione assistita o al c.d. divorzio municipale, alla stregua però, rispettivamente, degli artt. 6 e 12 D.l. n. 132/2014, conv. in l. n. 162/2014, disposizioni a loro volta dettate per il matrimonio).

4. Il c.d. decreto ponte

Il legislatore del 2016 era ben consapevole della lacunosità della disciplina della fase costitutiva, che rischiava di rendere concretamente inattuabile la legge.

Da qui la previsione, certo singolare, di una doppia delega.

In primo luogo il co. 28 ha infatti delegato il Governo all'adozione, entro sei mesi dall'entrata in vigore della l. stessa, e con il procedimento delineato dal 29º e 30º comma art. 1 l. cit., uno o più decreti legislativi in particolare, per quanto qui interessa (sub a) per l'"adeguamento alle previsioni della presente legge delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni". Inoltre, nelle more dell'attuazione di tale delega, il co. 34 ha disposto l'emanazione di un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'interno, da emanare entro trenta giorni dall'entrata in vigore della l., contenente "le disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile".

Conformemente a tale ultima disposizione è stato così emanato, tempestivamente, il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 23 luglio 2016, n. 144, *Regolamento recante disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile, previsto dall'art. 1,co. 34, l. 76/2016,* ormai meglio noto come decreto ponte, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 28 luglio 2016 (in pari data il Ministro dell'interno ha emanato il decreto contenente le formule per gli adempimenti degli ufficiali di stato civile, in *Articolo29*, www.articolo29.it).

Tale rilevante atto normativo espressamente configurato dalla l. come transitorio, in quanto funzionale alla concreta attuazione della l. stessa, contiene le disposizioni necessarie per procedere alla costituzione delle unioni civili e alla relativa certificazione, come effettivamente avvenuto.

Su di esso si è espresso (positivamente, pur con taluni rilievi non accolti dal Governo) il Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, parere 15-21 luglio 2016, n. 1695, in *Articolo29*, *www.articolo29.it*.

Si tratta di un atto di ampio respiro, che investe nel suo complesso il nuovo istituto delineato dalla l., ricondotto (cfr. in particolare i punti A4) e B6) e 7), alle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost.[2].

Da segnalare che, secondo il Consiglio di Stato (con riferimento alla disposizione dell'art. 8, 2º comma decr., sull'onere per lo straniero che chiede di costituire in Italia una unione civile, di presentare una dichiarazione dell'autorità competente del proprio Paese, dalla quali risulti che, giusta la legge cui è sottoposto, nulla osta all'unione civile medesima), con l'entrata in vigore della l. 76/2016, il diritto di costituire una unione civile integra una norma di ordine pubblico, prevalente — ai sensi dell'art. 16 l. 218/1995 — su eventuali differenti previsioni degli ordinamenti stranieri[3].

2 Conformemente a Corte costituzionale, sentenza del 15 aprile 2010, n. 138, in *Foro italiano*, 2010, I, 1361; di contro non è richiamata Corte europea dei diritti umani, decisione del 21 luglio 2015, id., 2016, IV, 1, che pure ha inciso sulla stessa approvazione della l. in oggetto.

3 Si tratta di una valutazione rimarchevole, tenuto conto che il parere in esame è di poco successivo a Consiglio di Stato, sentenza del 26 ottobre 2016, n. 4899, in *Foro italiano*, 2016., III, 6, con mie osservazioni, che (pur muovendo dalla questione della trascrivibilità degli atti di matrimonio straniero di matrimonio tra persone dello stesso sesso e del potere prefettizio di annullamento delle trascrizioni effettuate) muoveva, esplicitamente e soprattutto implicitamente, da una vivissima ostilità

Il parere ha anche chiarito — punto A5) — che il decreto 144/2016 è connotato, *ex lege*, da "un'intrinseca e insuperabile provvisorietà", sicché non sarebbe addirittura concepibile la sua ultrattività dopo il 5 dicembre 2016, quale termine ultimo per l'esercizio della delega, ex co. 28 cit. (essendo la l. entrata in vigore il 5 giugno 2016).

Tale valutazione del Consiglio di Stato non è però condivisibile in quanto — in primo luogo — la delega non sarebbe affatto scaduta il 5 dicembre 2016, ma il 5 marzo 2017, in forza della proroga di cui al co. 30, terzo periodo della legge.

Inoltre, ed in ogni caso, se il decreto ponte fosse davvero divenuto *tout court* inefficace, decorso il termine di legge (quale che sia), si sarebbe determinata una situazione giuridicamente insostenibile: la sopravvenuta paralisi della l. 76/2016 nel suo complesso (salve le unioni civili già celebrate, ed ovviamente la disciplina delle convivenze), nonostante la sua perdurante vigenza.

Una tale violazione di diritti costituzionalmente rilevanti si sarebbe inoltre verificata in ragione di una inadempienza del legislatore delegato riconducibile, al più, a ragioni politiche.

Ritengo pertanto che il decreto ponte, per quanto provvisorio e transitorio, sarebbe comunque rimasto vigente — nonostante la scadenza della delega — fino all'intervento di una disciplina legislativa di dettaglio della materia; in tal senso, del resto, lo stesso art. 10, 1º comma, del medesimo decreto.

5. Il decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 5; osservazioni sulla delega

La questione si è però svuotata di rilievo in quanto il Governo ha infine esercitato la delega; il riferimento — per quanto qui interessa — è al D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 5, *Adeguamento delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni, nonché modificazioni ed integrazioni normative per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettere a) e c), della legge 20 maggio 2016, n. 76*, pubblicato in G.U. 22/2017, ed in vigore dall'11 febbraio 2017.

Si tratta di un testo normativo di fondamentale rilievo, che detta una disciplina organica della fase costitutiva dell'unione civile, come detto quasi del tutto assente nella l., che quindi trova effettivo compimento in un ambito tanto rilevante.

Alcune considerazioni preliminari.

L'attuazione della delega, come si è detto, non è stata tardiva. Nondimeno, vi è spazio per qualche dubbio di costituzionalità; non tanto con riferimento al D.Lgs. n. 5/2017 (e agli altri due contestuali), quanto alla stessa delega, come accennato posta dal co. 28 della l.

Questa però disciplina, analiticamente, il procedimento di attuazione (commi 29-30) ed indica i tempi di esercizio, ma non contiene né principi, né criteri direttivi.

A questi ultimi fa riferimento, è vero, il co. 28, che però non li enuncia, neppure sinteticamente: in effetti la disposizione contiene una elencazione (ricomprendente, sub a), quanto ora disciplinato dal D.Lgs. n. 5/2017 cit.) che definisce semmai l'oggetto della delega, ma che nulla ha a che vedere con i principi ed i criteri direttivi, quali richiamati dall'art. 76 Cost.

Dalla mancanza della delega può discendere, evidentemente, l'illegittimità costituzionale dei tre decreti del gennaio 2017, con effetti dirompenti sulla tenuta del sistema.

Al fine di scongiurare un tale rischio ritengo, però, che vi sia spazio (anzi, necessità), per la ricerca dei principi e dei criteri direttivi in oggetto nel corpo stesso della l., nella specie anche oltre le scarne e richiamate disposizioni specifiche sopra richiamate.

Il riferimento, in particolare, è alla clausola di equivalenza del co. 20 cit.; in altri termini, a mio avviso, i principi ed i criteri direttivi per il legislatore delegato possono desumersi dal complesso *corpus* normativo, di cui al codice civile, in materia di celebrazione del matrimonio.

Vi è certo l'ostacolo rappresentato dall'esclusione dall'applicazione della clausola, come detto enunciata dal medesimo co. 20, delle disposizioni espressamente richiamate.

Si tratta però di un ostacolo apparente, o comunque superabile alla stregua di una interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata (a fronte, poi, del rischio di incostituzionalità dei decreti delegati, che rendono attuabili le disposizioni della l.).

In tale prospettiva, deve affermarsi che, se è preclusa l'applicazione diretta, non lo è quella indiretta, analogica (sotto il profilo almeno della *analogia iuris*).

alla disciplina giuridica delle unioni omosessuali. Si tratta, comunque, di un orientamento del tutto superato dalla più recente Consiglio di Stato, sentenza dell'1 dicembre 2016, n. 5047, id. 2017, III, 11, con mie osservazioni.

Depone in tal senso sia la più volte richiamata "matrimonializzazione", nel complesso, della disciplina delle unioni civili (sicché eventuali lacune di quest'ultima possono essere colmate alla stregua delle disposizioni corrispondenti del matrimonio), sia la circostanza che — a fronte della generale vigenza della clausola di equivalenza, sancita dal co. 20 — è proprio l'esclusione delle disposizioni del codice civile non espressamente richiamate ad essere, se non incostituzionale, eccezionale e di stretta interpretazione.

Ne segue, allora, ed a maggior ragione, che nulla osta a che — nel complesso — la disciplina della celebrazione matrimoniale possa integrare quei principi e criteri direttivi, indispensabili ai sensi dell'art. 76 Cost. ma non indicati dal co. 28 cit.

L'avvicinamento tra matrimonio e unione civile anche nella fase genetica della celebrazione si evince del resto anche dal parere reso dal Senato sullo schema del decreto in oggetto.

Anche la giurisprudenza amministrativa ha correttamente affermato che la clausola di equivalenza di cui al co. 20 cit. opera anche nella fase genetica, costitutiva del vincolo[4]: d'altronde la clausola in oggetto opera senz'altro e direttamente quanto all'ordinamento di stato civile, D.p.r. n. 396/2000 che pone, in materia di celebrazione matrimoniale, disposizioni non meno rilevanti di quelle contenute nel codice civile.

In ogni caso, infine, a fronte di lacune del medesimo D.Lgs. n. 5/2017 — che potrebbero emergere nella prassi e nella applicazione giurisprudenziale — potrebbe residuare spazio per l'applicazione, appunto analogica, di specifiche disposizioni matrimoniali.

6. Il D.Lgs. 5/2017 e l'adeguamento delle disposizioni previgenti; in particolare la conversione del matrimonio in unione civile in caso di rettifica di sesso

In tal senso, in effetti, sembra aver proceduto il legislatore delegato.

Il D.Lgs. n. 5/2017 è un testo normativo di ampio respiro (e di ampiezza notevolmente maggiore degli altri due, n. 6 e 7 del 2017, che completano l'attuazione della delega), che innova profondamente l'ordinamento, interpolando le disposizioni di diversi atti normativi rendendole applicabili alle unioni civili e alle relative parti.

In realtà, talora, si tratta di disposizioni a rigore superflue, in quanto opera pur sempre la più volte richiamata clausola di equivalenza: nondimeno ritengo che si sia trattato di interventi opportuni, in una ottica di chiarezza e di certezza del diritto.

I testi normativi su cui il D.Lgs. in esame è intervenuto sono molteplici, sicché non vi è spazio per un esame dettagliato (cfr gli art. 3, 4, 5, 6, 7).

È però di particolare rilievo l'art. 7, *Modifiche al decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150*.

Qui è data attuazione al co. 27 della l., sulla facoltà per i coniugi, in caso di rettificazione anagrafica di sesso di uno di essi (ai sensi della l. n. 164/1982) di opporsi al divorzio automatico o imposto (di cui appunto al D.Lgs. n. 150/2011), con conseguente "automatica instaurazione" dell'unione civile.

Tale disposizione, certo mal scritta, a sua volta ha dato attuazione ad una precisa indicazione della Consulta, sviluppata poi proprio dalla giurisprudenza di legittimità e di merito[5].

4 Cfr. Tribunale amministrativo regionale della Lombardia - Brescia, sentenza del 14 dicembre 2016, in *Articolo29*, www.articolo29.it e di prossima pubblicazione in *Foro Italiano*, con mie osservazioni.

5 Corte costituzionale, sentenza dell'11 giugno 2014, n. 170, in *Foro Italiano*, 2014, I, 2674, che ha dichiarato "incostituzionali gli art. 2 e 4 l. 14 aprile 1982 n. 164, 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 ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore"; sulla stessa vicenda cfr. Corte di cassazione, sentenza del 21 aprile 2015, n. 8097, id., 2015, I, 2385. Cfr. anche Tribunale di Roma, sentenza del 3 maggio 2016, *id*., 2016, I, 2240, con mie osservazioni, che ha ribadito che "deve disporsi la conservazione del vincolo matrimoniale fino all'intervento del legislatore, conformemente alla sentenza della corte costituzionale 170/14, nel caso di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, sempre che entrambi ne abbiano fatto richiesta" (nella specie, il procedimento per conseguire la rettifica del sesso da maschile a femminile era stato introdotto dal marito, il quale aveva aderito alla richiesta della moglie, costituitasi, di conservazione del vincolo; il tribunale, disponendo la rettifica richiesta, ha ordinato all'ufficiale di stato civile di non procedere all'annotazione dello scioglimento del matrimonio).

La nuova disposizione ha introdotto il co. 4 *bis* dell'art. 31 D.Lgs. n. 150/2011 cit.; è così previsto che fino all'udienza di precisazione delle conclusioni del procedimento di rettifica di sesso ex l. n. 164/1982, il coniuge che ha richiesto la rettificazione dell'attribuzione di sesso, unitamente all'altro coniuge (che però non è parte del giudizio) possono rendere personalmente in udienza (quindi non è sufficiente la dichiarazione del difensore; potrebbe però esservi spazio per una procura speciale) la dichiarazione relativa alla loro volontà di convertire il matrimonio in unione civile[6].

In realtà la disposizione non fa riferimento alla conversione, ma — incongruamente — alla volontà comune di "costituire", *ex novo*, l'unione civile; reputo, tuttavia, che di conversione, e senza soluzione di continuità tra i due istitutivi, si tratti.

Si noti poi che la prospettiva della nuova disposizione è speculare a quella del co. 27 della l., riferendosi alla volontà, comune ai coniugi, di non divorziare; non mi pare, comunque, che da tale differenza di "punto di vista" derivino conseguenze significative.

È anche previsto che i coniugi possano effettuare le dichiarazioni relative alla scelta del cognome (cfr. *infra*), ma anche al regime patrimoniale (disposizione, questa, inopportuna: sarebbe stata preferibile la conservazione del medesimo regime patrimoniale del matrimonio, atteso poi che in materia la disciplina del matrimonio e dell'unione civile corrispondono, cfr. il co. 13 della l.).

Il tribunale adotta le misure consequenziali; ne segue che — qualora la dichiarazione manchi, o non sia tempestiva o rituale — con la rettifica di sesso ha luogo il divorzio automatico; cfr., in materia, anche l'art. 70 *octies*, co. 5 del D.p.r. n. 396/2000, come introdotto dal D.Lgs. n. 5/2017.

7. La novellazione dell'ordinamento di stato civile

Il D.Lgs. 5/2017 è però intervenuto soprattutto sull'ordinamento di stato civile, il richiamato D.p.r. n. 396/2000.

Vi è una peculiarità ordinamentale, che potrebbe creare inattese criticità: il richiamato D.p.r. ha infatti — inopportunamente — natura regolamentare, pur sostituendo un atto con forza di legge, il R.d. 1238/1939.

Di contro il D.Lgs. n. 5/2017 è sicuramente un decreto legislativo delegato, con forza di legge ordinaria (di contro il decreto ponte, come enunciato anche dal Consiglio di Stato con il parere richiamato, aveva sicuramente natura regolamentare).

In ogni caso non si tratta di un *unicum*, in quanto — specie negli ultimi anni — non sono mancati atti normativi che, specie riordinando disposizioni previgenti, contengono norme sia primarie che secondarie.

Le disposizioni di novellazione del D.p.r. n. 396/2000 sono appunto contenute nell'amplissimo art. 1 del D.Lgs. n. 5/2017, che pertanto è di difficile lettura.

L'articolo, in realtà, può suddividersi in due parti.

La prima consta del co. 1, dalla lett. a) alla lett. s), di novellazione ed interpolazione di numerosissime disposizioni dell'ordinamento in oggetto; la seconda, lett. t), introdunione civilee, dopo l'art 70 del D.p.r. n. 396/2000, il titolo VIII *bis*, *Della richiesta e della costituzione dell'unione civile*.

Non vi è spazio per un esame particolareggiato della "prima parte", che d'altronde si risolve, ampiamente, nell'espressa estensione all'unione civile e alle relative parti di disposizioni relative al matrimonio ed ai coniugi, in opportuna applicazione del co. 20 l.

Al di là delle modifiche e dei chiarimenti lessicali, possono richiamarsi la novellazione, sub e), n. 2) dell'art. 16 del D.p.r. cit., che disciplina il matrimonio — e l'unione civile — celebrati/costituiti all'estero e quella, sub o), dell'art. 66 del D.p.r., sulla costituzione (con l'aiuto di un interprete) dell'unione civile di parte che non conosce l'italiano, o è sorda, muta o incapace di comunicare.

Di rilievo è anche la novellazione/integrazione, sub m), dell'art. 63 del D.p.r., contenente l'elencazione degli atti da iscrivere e trascrivere nonché, sub r) dell'art. 69 D.p.r. cit., quanto alle annotazioni all'atto (ora anche) di unione civile.

Va data particolare menzione all'art. 63, co 1 cit., sub g *quinquies*) che integra — dandogli sostanziale attuazione — il co. 24 della l., che ha introdotto (accanto alla più "tradizionale" fattispecie di cui al co.

6 Più di preciso, i coniugi possono "esprimere la volontà, in caso di accoglimento della domanda, di costituire l'unione civile, effettuando le eventuali dichiarazioni riguardanti la scelta del cognome ed il regime patrimoniale. Il tribunale, con la sentenza che accoglie la domanda, ordina all'ufficiale dello stato civile del comune di celebrazione del matrimonio o di trascrizione se avvenuto all'estero, di iscrivere l'unione civile nel registro delle unioni civili e di annotare le eventuali dichiarazioni rese dalle parti relative alla scelta del cognome ed al regime patrimoniale".

23, che richiama taluni dei casi di cui all'art. 3, l. 898/1970), una autonoma fattispecie di divorzio (*rectius*, di scioglimento dell'unione civile): quella che segue alla dichiarazione espressa in tal seno dalle parti dinanzi all'ufficiale di stato civile "anche disgiuntamente", sempre che la relativa domanda (giudiziale o meno) sia proposta decorsi tre mesi dalla data della dichiarazione richiamata.

Tale disposizione, di pessima stesura tecnica, ha dato luogo in dottrina a molteplici interrogativi (la cui soluzione potrà aversi solo allorquando la giurisprudenza ha avrà modo di pronunciarsi).

In particolare, per quanto qui interessa, ci si è chiesti se — ai fini della integrazione di siffatta fattispecie divorzile — occorra una dichiarazione di entrambe le parti, pur resa disgiuntamente (in tal senso, si è affermato, sarebbe la lettera della legge).

È subito prevalsa l'opinione, l'unica logica, che è sufficiente la dichiarazione anche solo di una delle due parti, comunicata all'altra, in quanto — altrimenti — le unioni civili sarebbero pressoché indissolubili, al di fuori delle ipotesi residuali di cui al co. 23 e dell'accordo che — solo — integrerebbe quella del co. 24.

Tale orientamento è quello accolto dal D.Lgs. n. 5/2017, che appunto, con la disposizione sopra richiamata, chiarisce definitivamente che la dichiarazione in oggetto può esprimere sia una "manifestazione congiunta di volontà", sia "la manifestazione di volontà… di una sola parte".

In quest'ultimo caso, continua il co. g *quinquies*), va iscritta la dichiarazione "previamente comunicata all'altra parte mediante invio di lettera raccomandata con avviso di ricevimento alla residenza anagrafica o, in mancanza, all'ultimo indirizzo noto, ovvero con altra forma di comunicazione parimenti idonea"; ne segue che l'ufficiale di stato civile non può procedere alla iscrizione — ed il trimestre per la domanda non decorre — se il richiedente non provi che la comunicazione abbia avuto luogo (il che, certo, grava l'ufficiale di stato civile di un onere di verifica particolarmente delicato).

7.1. Il titolo VIII *bis* del D.p.r. 396/2000: una organica disciplina della fase genetica dell'unione civile. La richiesta e le opposizioni

La parte di gran lunga di maggior rilievo del D.Lgs. n. 5/2017 è contenuta nell'art. 1 t) cit. che, come accennato, ha finalmente introdotto una organica disciplina della fase genetica dell'unione civile, il titolo VIII *bis* del D.p.r. 396/2000 (*Della richiesta e della costituzione dell'unione civile*).

Il modello, come pure accennato, è quello matrimoniale, sia pure con significative differenze (che però corrispondono comunque alla *ratio* sottesa alle norme matrimoniali); il legislatore delegato ha poi sviluppato disposizioni già anticipate dal decreto ponte (peraltro sarebbe stato preferibile, invece che l'introduzione di disposizioni costruite sul modello di quelle, codicistiche o dell'ordinamento di stato civile, ricorrere alla più semplice tecnica del rinvio normativo).

In primo luogo — artt. 70 *bis* e 70 *ter*, nonché da 70 *undecies* a 70 *terdecies* — è disciplinata la fase della richiesta di costituzione dell'unione civile, delle verifiche di competenza dell'ufficiale di stato civile, delle opposizioni.

È quindi confermata, per l'unione civile, l'esclusione delle pubblicazioni (istituto, in effetti, arcaico, che, nell'ambito di un futuro riassetto della disciplina matrimoniale, meriterebbe di essere soppresso).

La richiesta di costituzione (che può essere effettuata anche per procura), di cui all'art. 70 *bis* cit., nondimeno, è modellata su quella di richiesta delle pubblicazioni matrimoniali, ai sensi dell'art. 51 del medesimo D.p.r., nonché 97 c.c.

Vi è però una peculiarità, già contenuta nel decreto ponte: le parti possono rivolgere la richiesta all'ufficiale di stato civile di un comune di loro scelta (art. 70 *bis*, co. 1).

Tale libertà di scelta, in mancanza di qualsiasi criterio di collegamento con il comune indicato, è un *unicum* del tutto inopportuno, e che potrà portare a difficoltà operative, reso però inevitabile dalla l., che non prevede alcun criterio di competenza, salvo a voler ritenere applicabile — nel senso sopra indicato — l'art. 94 c.c. (pubblicazioni da richiedersi all'ufficiale di stato civile del luogo di residenza di una delle parti).

Ne segue anche la sostanziale inutilità dell'art. 70 *quater*, circa la costituzione dell'unione civile per delega, in un comune diverso da quello dove la richiesta è stata presentata.

L'ufficiale di stato civile (art. 70 *bis*, co. 2, e già art. 2, co. 1 e 2 del decreto ponte) è investito dal compimento (doveroso) di indagini ufficiose, dalla presentazione della richiesta, circa l'esattezza delle dichiarazioni delle parti, e la mancanza di impedimenti, con facoltà di richiedere alle parti medesime la rettifica di dichiarazioni erronee e incomplete nonché l'esibizione di documenti.

Tale fondamentale disposizione (la cui mancanza costituiva una delle più clamorose omissioni della l.) riprende, quasi alla lettera, l'art. 51, co. 2 , del D.p.r., quanto alle verifiche che l'ufficiale di stato civile deve compiere una volta ricevuta la richiesta di pubblicazioni matrimoniali.

Le verifiche da compiersi all'estero (dove risiede una delle parti richiedenti) sono disciplinate dall'art. 70 *sexies*, (modellato sull'art. 53, co. 2 e 3 D.p.r. cit., che però concerne le pubblicazioni da eseguirsi all'estero); le verifiche in oggetto vanno compiute, enuncia l'art. 70 *ter*, co. 1, entro trenta giorni

dalla redazione del processo verbale di ricezione della richiesta di costituzione dell'unione civile; decorso tale termine "o anche da data antecedente, se le verifiche sono completate prima e l'ufficiale dello stato civile ne ha dato obbligatoria comunicazione ai richiedenti, le parti possono presentarsi all'ufficiale dello stato civile per costituire l'unione civile", continua la disposizione cit.

Di contro, qualora riscontri la sussistenza di un impedimento (ma anche l'insussistenza dei presupposti, espressione questa poco chiara), prevede ancora l'art. 70 *ter*, co. 2, l'ufficiale di stato civile ne dà immediata comunicazione alle parti e non procede alla costituzione dell'unione civile. Tale ultima previsione trova specifico riscontro, per il matrimonio, nell'art. 112, co. 1 c.c.

Le parti richiedenti che ritengano illegittimo siffatto rifiuto di costituzione dell'unione civile possono, ovviamente, promuovere il procedimento di opposizione, disciplinato — in via generale — dagli artt. 95 ss. del D.p.r. n. 396/2000, sicché correttamente nulla ha enunciato al riguardo il D.Lgs. n. 5/2017.

Di contro, è stata introdotta una compiuta disciplina dell'opposizione alla costituzione dell'unione civile. Il riferimento è qui agli artt. 102-104 c.c. e 59-62 del D.p.r. n. 396/2000.

L'art. 70 *undecies* sembra però limitare la legittimazione attiva, incomprensibilmente, al solo Pubblico Ministero, informato dell'esistenza di un impedimento non dichiarato dall'ufficiale di stato civile: cfr. art. 70 *undecies*, co. 1, che però non è coordinato con l'art. 70 *ter*, co. 2 cit.

Di contro, l'art. 102 c.c., co. 1-4, prevede la legittimazione attiva di numerosi soggetti, tra cui gli stretti congiunti dei nubendi.

Deve però segnalarsi, quanto all'unione civile, che il co. 6 della l. dispone che l'unione civile, costituita pur in presenza di un impedimento, possa essere impugnata, oltre che dal PM, anche dai soggetti ivi indicati, gli stretti congiunti, ma anche "tutti coloro che abbiano per impugnarla un interesse legittimo ed attuale".

Ne segue, in una ottica di razionalità — e di interpretazione costituzionalmente orientata della norma — che, nonostante la rubrica dell'art. 70 *undecies*, richiami la sola opposizione del pubblico ministero, siano legittimati all'opposizione (che può essere sempre proposta prima della costituzione, cfr. art. 70 *duodecies*, corrispondente per il matrimonio all'art. 60) tutti coloro che sono legittimati alla impugnazione della unione civile costituita *contra legem*.

L'art. 70 *duodecies* cit., del resto, è modellato quasi pedissequamente — specie con riferimento al procedimento — sull'art. 59 del D.p.r. (che però richiama, nella rubrica, gli "altri soggetti legittimati", quelli indicati dal c.c.); oltretutto il co. 4 del medesimo articolo (a sua volta corrispondente al co. 4 dell'art. 59 cit.) prevede la opposizione proposta "da chi ne ha facoltà" (e quindi, evidentemente, da soggetti ulteriori e diversi rispetto al PM), che può dar luogo — su decreto del presidente del tribunale — alla sospensione della costituzione dell'unione civile.

Nel caso di impedimento derogabile, peraltro, l'art. 70 *quinquies* (che è redatto sul modello dell'art. 52, co. 1, del medesimo D.p.r.) prevede che ciascuna parte deve allegare copia (deve ritenersi unitamente alla richiesta, o anche successivamente, fino a che l'ufficiale di stato civile non abbia assunto le sue determinazioni) del relativo provvedimento.

Quanto agli impedimenti derogabili il riferimento è, evidentemente, al co. 4 c) che rinvia, al riguardo, all'art. 87 c.c., in particolare, per quanto qui interessa, al co. 2.

Deve darsi conto di una disposizione *extravagans*, in quanto collocata, inopinatamente, nel D.Lgs. n. 7/2017, recante *Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera b), della legge 20 maggio 2016, n. 76*.

Il riferimento è all'art. 1, co. 1, che ha introdotto l'art. 32 *ter* della l. n. 218/1995 (*Unione civile tra persone maggiorenni dello stesso sesso*).

Il co. 2 di tale articolo introduce una disposizione sul matrimonio dello straniero nella Repubblica (già anticipata, in realtà, e come accennato, dal decreto ponte).

È così precisato che, qualora lo straniero non possa produrre il nulla osta del proprio Paese di origine, previsto dall'art. 116 , co. 1 c.c., perché ivi non è riconosciuta l'unione civile, o altro istituto equivalente, "il nulla osta è sostituito da un certificato o altro atto comunque idoneo ad attestare la libertà di stato, ovvero da dichiarazione sostitutiva ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. Resta salva la libertà di stato accertata o acquisita per effetto di un giudicato italiano o riconosciuto in Italia".

Si tratta di una disposizione quanto mai opportuna, richiesta dalle commissioni parlamentari e valutata positivamente anche dal Consiglio di Stato con il parere cit.; in sostanza il legislatore — al fine di evitare il ricorso, altrimenti inevitabile, all'autorità giudiziaria — consente alle parti dell'unione civile di fare a meno del nulla osta; il riferimento è, evidentemente, a quei Paesi nei quali l'omosessualità è repressa, anche penalmente.

Di contro si è detto che le unioni civili costituiscono ormai, nel nostro ordinamento, istituto di rilevanza costituzionale, sicché la loro previsione è di ordine pubblico.

7.2. La costituzione/celebrazione dell'unione civile

La fase finale di costituzione dell'unione civile è disciplinata dall'art. 70 *octies* del D.p.r. n. 396/2000 (come introdotto dal D.Lgs. n. 5/2017), che ha sviluppato disposizioni già contenute nell'art. 3 del decreto ponte (disposizioni peculiari sono dettate dall'art. 70 *novies*, per la costituzione dell'unione civile fuori dalla casa comunale, in caso di infermità o di impedimento giustificato di una delle parti, e dall'art. 70 *undecies*, per la costituzione dell'unione civile in imminente pericolo di vita; il modello è qui rappresentato, rispettivamente, dagli artt. 110 e 101 c.c.).

Può procedersi alla costituzione dell'unione civile — enuncia il co. 1 dell'art. 70 *octies* cit. — decorso il termine di 30 gg. di cui all'art. 70 *ter*, co. 1 (o anche prima, qualora le verifiche richiamate siano state già completate)

Vi è però anche un termine finale; infatti — enuncia l'art. 70 *ter*, co. 4 — la costituzione deve poi aver luogo al massimo entro 180 gg. successivi al termine o alla comunicazione di cui al co.1 del medesimo articolo; decorso tale periodo, la richiesta e le verifiche si considerano come non avvenute (il che comporta che le parti dovranno procedere *ex novo*, presentando una nuova richiesta).

La fase in oggetto è quella disciplinata, anche dalle nuove disposizioni, in termini più lontani da quella corrispondente del matrimonio (si è detto della volontà del legislatore, evidentemente anche di quello delegato, di evitare la trasposizione dei profili simbolici di quest'ultimo).

Tuttavia le nuove disposizioni (come già quelle contenute nel decreto ponte) confermano definitivamente che il rito è pubblico, ed infatti ha luogo — salvo le eccezioni richiamate — nella casa comunale.

A procedere alla costituzione — ma può sicuramente farsi riferimento alla celebrazione — è l'ufficiale di stato civile, come del resto enunciato dal co. 2 della l.

Questi, ai sensi dell'art. 1, co. 2 del D.p.r. in esame, è il Sindaco, "o chi lo sostituisce a norma di legge"; in particolare il co. 3 — quale novellato dall'art. 1, co. 1 a) del D.Lgs. n. 5/2017 — prevede che per la celebrazione del matrimonio, nonché per la costituzione dell'unione civile, le funzioni di ufficiale di stato civile "possono essere delegate anche a uno o più consiglieri o assessori comunali o a cittadini italiani che hanno i requisiti per la elezione a consigliere comunale".

Tale disposizione — superflua perché in ogni caso sarebbe stata applicabile la clausola di equivalenza di cui al co. 20 l. — è però sommamente opportuna, in quanto consente di contrastare le pratiche ostruzionistiche poste in essere da qualche sindaco contrario, per ragioni personali, all'unione civile (cfr. *infra* quanto all'obiezione di coscienza).

Le parti, enuncia l'art. 70 *octies* co. 2, "si presentano e rendono personalmente e congiuntamente, alla presenza di due testimoni, all'ufficiale dello stato civile del comune dove è stata presentata la richiesta, la dichiarazione di voler costituire unione civile".

L'ufficiale celebrante, continua il co. 4 del medesimo articolo, "ricevuta la dichiarazione di cui al comma 2, fatta menzione del contenuto dei commi 11 e 12 dell'articolo 1 della legge 20 maggio 2016, n. 76, iscrive l'atto di costituzione dell'unione civile nel registro delle unioni civili. Tale atto, dopo essere stato letto agli intervenuti, è sottoscritto dalle parti, dai testimoni e dall'ufficiale dello stato civile".

Tale disciplina (già contenuta nell'art. 3, co. 1 del decreto ponte), risente sicuramente dell'intento, più volte richiamato, di ridimensionare, per quanto possibile, gli aspetti simbolici di una fase pur tanto importante.

Non vi è così la dichiarazione finale dell'ufficiale di stato civile — cfr. art. 107, co. 1 in fine c.c. — propria allora solo del matrimonio; questi si limita a "ricevere" le dichiarazioni delle parti.

È quindi confermato che l'unione civile deve intendersi costituita con lo scambio solenne delle dichiarazioni di volontà, atti negoziali, in senso ampio, e recettizi, pur se occorre pur sempre che tale scambio sia ricevuto e attestato dall'ufficiale di stato civile[7].

Il modello, come detto, è (paradossalmente) quello canonico.

Anche qui però l'impronta matrimoniale civilistica — in particolare dell'art. 107 c.c. — è potente.

D'altronde, la celebrazione/costituzione dell'unione civile, come la celebrazione del matrimonio, è atto a forma orale ma solenne, pur se immediatamente documentato.

Le dichiarazioni delle parti di volersi unire civilmente, evidentemente immediatamente successive l'un l'altra, sono poi sicuramente precedute (così anche il formulario ministeriale)[8] dalla lettura, da parte

7 Sono i contraenti — così la formula 4 del decreto del ministero dell'interno 28 luglio 2016, peraltro predisposto in relazione al decreto ponte, che enunciano la volontà "di costituire, mediante la presente dichiarazione, l'unione civile tra di loro".

8 In tal senso la formula 4 del decreto ministeriale cit., secondo cui nell'atto contestualmente redatto, l'ufficiale di stato civile riporta la dichiarazione delle parti (antecedente a quella di costituzione dell'unione) di essere consapevoli dei diritti, doveri ed obblighi che discendono dalla costituzione dell'unione civile, ai sensi dei surrichiamati commi, "di cui ho letto il contenuto".

dell'ufficiale di stato civile, dei co. 11 e 12 della l., le disposizioni sui diritti ed i doveri delle parti (corrispondenti agli artt. 143 e 144 c.c.), di cui appunto deve darsi menzione nell'atto.

Il D.Lgs. n. 5/2017, come già il decreto ponte, non ha introdotto — lo si è accennato — una disposizione equivalente all'art. 108 c.c., circa l'inapplicabilità di condizioni o termini alle dichiarazioni degli unendi.

Ritengo che anche le unioni civili non siano suscettibili di condizione o termine.

In caso contrario, ne sarebbe stravolta la stessa configurazione dell'istituto, nella sua fase genetica e funzionale, introducendo profili di temporaneità e di disponibilità del tutto estranei alla *ratio* della disciplina configurata dalla l. (che, non diversamente dal matrimonio, si scioglie fisiologicamente con la morte di una delle parti e sottende l'inderogabilità delle disposizioni sia relative alla costituzione, sia — salvo che non sia diversamente disposto — di quella dei diritti e dei doveri che dalla unione civile discendono).

Si noti del resto che il divieto di condizioni e termini è previsto per i contratti di convivenza dal co. 56.

D'altronde, il D.Lgs. n. 5/2017 (come già il decreto ponte) prevede, come uniche dichiarazioni che le parti possono rendere nella fase costitutiva, quella relativa al cognome comune (conformemente a quanto previsto dal co. 10 l.) e alla scelta del regime patrimoniale della separazione dei beni, conformemente all'art. 162, co. 2 c.c., cfr. l'art. 70 *octies*, co. 3.

In particolare, la scelta del cognome comune (che potrebbe essere anche successiva alla costituzione dell'unione civile) non incide sui dati personali delle parti: cfr D.p.r. n. 223/1989, art. 20, co 3 *bis*, secondo cui per le parti delle unioni civili le schede anagrafiche devono essere intestate al cognome posseduto prima della costituzione dell'unione civile medesima (disposizione introdotta dal D.Lgs. n. 5/2017, art. 3, co. 1, n. 2).

Cfr. anche, per una disposizione transitoria di coordinamento del decreto ponte, quanto al cognome comune, l'art. 8 del D.Lgs. n. 5/2017 cit.

7.3. L'inconfigurabilità della obiezione di coscienza degli ufficiali di stato civile

La giurisprudenza amministrativa, lo si è accennato, muovendo dalla applicazione della clausola di equivalenza anche alla fase genetica, sta caducando le disposizioni discriminatorie introdotte da qualche Comune quanto alla costituzione delle unione civile[9].

Il rischio maggiore è che qualche Sindaco (ma anche qualche funzionario addetto all'ufficio di stato civile) possa rifiutare la celebrazione dell'unione civile, invocando l'obiezione di coscienza.

Vi sono già state dichiarazioni in tal senso.

Si tratta di un fenomeno già manifestatosi in altri Paesi, con riferimento al matrimonio egualitario (Usa, Francia)[10].

9 Cfr il § A4 del parere. I sindaci, pertanto, non potranno mai legittimamente rifiutare alle coppie omosessuali che ne fanno richiesta, sussistendo le condizioni di legge, la celebrazione dell'unione civile.

Si tratta di affermazione di grandissimo rilievo, di sistema ed operativo, del resto condivisa dalla dottrina pressoché unanime; il parere su tale punto ha già avuto un positivo quanto significativo riscontro giurisprudenziale, da parte di Tribunale amministrativo regionale della Lombardia - Brescia, sentenza del 14 dicembre 2016 cit., che infatti lo riporta integralmente.

Così la massima, da me redatta: "Posto che, ai sensi dell'art. 1, co. 20, l. 76/2016: a) le disposizioni, anche contenute nei regolamenti e negli atti amministrativi che si riferiscono ai coniugi — salvo le eccezioni espressamente indicate — si applicano ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, tanto anche con riferimento alla fase costitutiva b) non è configurabile, quanto a tale fase, l'obiezione di coscienza dell'ufficiale di stato civile, è illegittima la deliberazione della giunta comunale alla stregua della quale: 1) la celebrazione delle unioni civili ha luogo in una sala adiacente all'ufficio di stato civile, 2) è effettuata dai soli consiglieri comunali che abbiano comunicato la propria disponibilità ovvero, in mancanza, dal dipendente comunale cui sono delegate le funzioni di ufficiale di stato civile, mentre per i matrimoni civili una precedente deliberazione consiliare prevede la celebrazione nella sala di rappresentanza della casa comunale, da parte del sindaco ovvero delle persone dallo stesso delegate".

Cfr. anche Tribunale amministrativo regionale del Veneto, ordinanza del 7 dicembre 2016, n. 640/16, in *Articolo29*, www.articolo29.it, ed ampiamente riportata in M. Casaburi, *Osservazioni a Cons. Stato 1 dicembre 2016* cit., che ha annullato il provvedimento del Comune di Padova alla stregua della quale la celebrazione delle unioni civili può avere luogo solo in giorni feriali e con modalità (e costi) diversi da quelle previsti per i matrimoni civili (i quali, oltretutto, possono celebrarsi anche di sabato).

10 Per l'ordinamento francese cfr. Conseil constitutionnel, 18 ottobre 2013, *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2013, 941.

Un tale rifiuto, alla stregua della nuova l., sarebbe sicuramente illegittimo, né tanto porrebbe dubbi di costituzionalità: in tal senso, opportunamente, anche il richiamato Parere del Consiglio di stato sul decreto ponte.[11]

Infatti in Italia l'obiezione di coscienza è stata disciplinata con riferimento al servizio di leva, allorché era obbligatorio, e ancora lo è per i medici, con riferimento alle pratiche abortive, ex art. 9 l. 194/1978 (nonché, invero, in materia di sperimentazione sugli animali).

Una tale facoltà non è però configurabile con riferimento a pubblici ufficiali, quanto al compimento degli atti del proprio ufficio, anche con riferimento ad atti *eticamente* sensibili (si pensi al giudice tutelare, per l'autorizzazione all'aborto della minorenne, ex art. 12 l. n. 198/1978[12].

Ne segue che un eventuale rifiuto di celebrazione dell'unione civile sarebbe ostruzionistico e illegittimo, esponendo l'ufficiale di stato civile a responsabilità penale (art. 328 c.p., *Rifiuto di atti di ufficio, omissione*) e anche civile, quando ne siano derivati per le parti dei danni (anche di ordine morale).

I Comuni, in ogni caso, dovranno sempre assicurare alle parti richiedenti la tempestiva celebrazione dell'unione civile, e il rilascio della relativa documentazione (come del resto lo stesso art. 9. l. 194/1978 prevede con riferimento all'aborto).

8. Gli atti e i registri delle unioni civili

L'art. 70 *quaterdecies* concerne il contenuto dell'atto di costituzione dell'unione civile.

La disposizione, che dà attuazione nel dettaglio al co. 3 della l., non pone particolari difficoltà interpretative (e così l'art. 70 *quaterdecies*, sulla certificazione dell'unione civile, conformemente al co. 9 della l.).

Il contenuto dell'atto di unione civile, in particolare, è costruito, *mutatis mutandis*, sul modello dell'atto di matrimonio, di cui all'art. 64 del D.p.r. cit.; coerentemente non vi è però una disposizione corrispondente all'art. 64, co. 1 g), sulla dichiarazione dell'ufficiale di stato civile che gli sposi sono uniti in matrimonio, e tantomeno sono richiamate le disposizioni che concernono la filiazione, di cui al co. 2 art. cit.

L'atto di costituzione di stato civile, al co. 2, prevede però l'inserimento delle dichiarazioni eventuali relative al cognome comune e alla scelta del regime di separazione dei beni.

Ritengo comunque applicabili analogicamente gli artt. 130-133 c.c., in tema di prova della celebrazione del matrimonio.

Il profilo di maggior interesse della nuova disciplina sta nella introduzione — sicuramente opportuna — del registro delle unioni civili, già previsto dal disegno di legge, ma non dal testo finale; tale registro era stato invece introdotto, in via ovviamente transitoria, dal decreto ponte, art. 9.

Il Consiglio di Stato, nel parere più volte richiamato, si era preoccupato, diffusamente, di trovare un fondamento normativo ad un tale registro (che si aggiunge a quelli, "tradizionali" di nascita, cittadinanza, matrimonio, morte), proprio perché non previsto, almeno non espressamente, dalla l., trovandolo nell'art. 1, co. 3, della l., che appunto prevede, certo genericamente, la registrazione degli atti di unione civile nell'archivio dello stato civile; l'istituzione del registro, osserva allora il parere, costituisce un adempimento indispensabile.

Il D.Lgs. n. 5/2017 ha risolto la questione in via definitiva (trovando evidentemente il criterio direttivo nella medesima disposizione della l.), la peculiarità sta però nel fatto che il registro in parola non è stato introdotto novellando il D.p.r. n. 396/2000, ma il previgente ordinamento di stato civile, il R.d. 9 luglio 1939, n. 1238; in particolare, l'art. 2, co. 1 c) del D.Lgs. cit. ha introdotto, dopo l'art. 134 , il Capo VI *bis*, *Registro delle unioni civili*, che si esaurisce in un unico articolo, il 134 *bis*, *Iscrizioni e trascrizioni nel registro delle unioni civili*.

È opportuno un chiarimento.

Il D.p.r. n. 396/2000 prevede, all'art. 10, co. 1, (*Archivio informatico*), che "in ciascun ufficio dello stato civile sono registrati e conservati in un unico archivio informatico tutti gli atti formati nel comune o comunque relativi a soggetti ivi residenti, riguardanti la cittadinanza, la nascita, i matrimoni e la morte".

L'attuazione dell'archivio informatico non è ancora completata.

11 Tribunale amministrativo regionale della Lombardia - Brescia, sentenza del 21 dicembre 2016 cit. ha annullato la deliberazione surrichiamata del Comune di Stezzano anche sul rilievo che questa, escludendo in via di principio il Sindaco dalla celebrazione dell'unione civile, si risolve in una introduzione, surrettizia, di una forma di obiezione di coscienza.

12 Cfr. Corte costituzionale, sentenza del 25 maggio 1987, n. 196, in *Foro Italiano*, 1988, I, 758.

Così, dispone l'art. 109, co. 2, fino all'emanazione del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri che rende efficaci le nuove disposizioni in materia di archivi e registri, continuano ad applicarsi le disposizioni previgenti di cui al R.d. n. 1238/1939.

Si spiega così la novellazione di quest'ultimo, e quindi l'introduzione dell'art. 134 *bis* cit.

Quest'ultimo, nell'elencare gli atti da iscrivere/trascrivere nel nuovo registro, è costruito, *mutatis mutandis*, sul modello dell'art. 125 del medesimo R.d.

Si tratta, evidentemente, di una disposizione transitoria, la cui efficacia cesserà — come quella delle altre elencate dall'art. 109 del D.p.r. n. 396/2000 — allorché diverranno efficaci le disposizioni di quest'ultima sugli archivi informatici.

Va del resto sottolineato che il D.Lgs. n. 5/2017 ha già novellato, adeguandoli alla l., sia l'art. 10 che l'art. 63, in tema di iscrizioni e trascrizioni nell'archivio informatico (ex art. 10 cit.).

*Claudia Madonia**

Separate but equal? Il nuovo istituto dell'unione civile tra persone dello stesso sesso

Sommario

1. Premessa – 3. La costituzione dell'unione civile – 4. Diritti e doveri derivanti dall'unione – 4. Lo scioglimento del vincolo – 5. Considerazioni conclusive

Abstract

L'articolo propone una riflessione sul nuovo istituto dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, introdotto dalla legge n. 76/2016. Assunto come ineludibile modello le disposizioni sul matrimonio, che restano appannaggio delle sole coppie di sesso diverso, il lavoro mira a verificare se il sistema di diritti e doveri delineato per le coppie omoaffettive unite civilmente sia speculare a quello previsto dal codice civile per i coniugi e se, conseguentemente, possa ritenersi rispettato il principio di non discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale.

The article proposes a reflection on the new civil union institute, introduced by Law n. 76/2016. In this work, the rules concerning marriage are analysed as a comparison model, in order to check whether the system of rights and duties introduced for same-sex couples is equivalent to the provisions of the civil code about spouses. Consequently, it will be assessed whether it is respected the principle of non-discrimination on the ground of sexual orientation.

1. Premessa

Con la legge 20 maggio 2016, n. 76 il legislatore italiano ha finalmente accolto i molteplici inviti della giurisprudenza nazionale[1] e sovranazionale in ordine alla regolamentazione delle unioni tra persone dello stesso sesso. Invero, a seguito della sentenza di condanna della Corte europea dei diritti umani del

* Dottoranda in Diritto civile, Università di Bologna.
Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

1 Cfr. Corte costituzionale, sentenza del 15 aprile 2010, n. 138, in *Famiglia e diritto*, 7, 2010, pp. 653 ss., con nota di M. Gattuso, *La Corte Costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso* sesso; in *Famiglia, persone e successioni*, 2011, pp. 179 ss., con nota di F.R. Fantetti, *Il principio di non discriminazione ed il riconoscimento giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso*. Nella nota sentenza, il giudice delle leggi annovera tra le formazioni sociali ove si sviluppa la personalità dell'uomo, riconosciute e garantite dall'art. 2 Cost., 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". Un espresso invito al legislatore si ritrova altresì in Corte costituzionale, sentenza dell'11 giugno 2014, n.170, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, parte I, 2014, pp. 1139 ss., con nota di A. Lorenzetti e A. Schuster, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti umani: l'astratto paradigma eterosessuale del matrimonio può prevalere sulla tutela concreta del matrimonio della persona trans*. Su tale decisione si veda anche il commento di G. Palmeri e M.C. Venuti, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, parte II, 2014, pp. 553 ss.

21 luglio 2015[2], l'intervento del Parlamento non appariva più prorogabile. In quest'ultima pronuncia si legge che lo Stato italiano ha ecceduto il suo margine di discrezionalità e non ha ottemperato all'obbligo positivo di garantire alle coppie omosessuali uno specifico quadro giuridico in grado di permettere il riconoscimento e la tutela delle loro unioni, violando così l'art. 8 della Convenzione. I giudici di Strasburgo, infatti, hanno messo in luce le gravi lacune che esistevano nel nostro ordinamento, evidenziando come né i registri comunali delle unioni civili, né i contratti di convivenza costituissero un adeguato strumento di tutela.

Il contenuto della decisione sul caso *Oliari* era già stato ampiamente anticipato da altre sentenze della stessa Corte Edu[3], nonché da diversi documenti delle istituzioni europee, le quali da anni attuano una politica di affermazione del principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale e all'identità di genere. In particolare, tra gli interventi più recenti, si devono ricordare la Raccomandazione n. 5 adottata dal Consiglio dei Ministri il 31 marzo 2010, che impegna gli Stati, tra l'altro, ad adottare misure legislative che permettano alle coppie omosessuali di affrontare "i problemi pratici derivanti dalla realtà sociale in cui vivono" (§61), e le Risoluzioni del Parlamento europeo del 4 febbraio 2014 contro l'omofobia e del 9 giugno 2015 per la parità tra donne e uomini dopo il 2015, dove si raccomanda espressamente che le normative nazionali in ambito familiare e lavorativo siano rese più complete per quanto concerne le famiglie monoparentali e la genitorialità LGBT (§31)[4].

Dunque, l'Italia ha finalmente abbandonato lo stato di isolamento in cui si trovava rispetto agli altri paesi europei, che da tempo hanno risposto alle esigenze di tutela dei legami familiari *same-sex*[5].

In un numero sempre maggiore di Stati, infatti, l'istituto del matrimonio è stato esteso anche alle coppie omosessuali, assicurando in tal modo una piena applicazione del principio di uguaglianza e non discriminazione.

La prima a compiere tale passo è stata l'Olanda[6], che, dopo aver approvato nel 1997 la legge sulla *registered partnership*, il 1º aprile 2001 ha aggiunto all'art. 30 del codice civile un comma dal seguente tenore: "un matrimonio può essere contratto da due persone di sesso diverso o dello stesso sesso". È rilevante ricordare come la *Commissione Kortmann*, istituita dal Governo olandese per esaminare gli argomenti favorevoli e contrari all'apertura del matrimonio alle persone dello stesso sesso, ha, tra l'altro, messo in evidenza gli aspetti simbolici ed emotivi che tale scelta comporta. In particolare, parte della Commissione ha ritenuto che dal semplice fatto che il matrimonio non fosse permesso alle coppie omosessuali si sarebbe potuto dedurre che tali relazioni avessero minor valore. In questo senso, l'apertura del matrimonio avrebbe potuto contribuire ad una maggiore accettazione sociale di tali tipi di relazione. Inoltre, la Commissione ha richiamato, in chiave critica, la dottrina statunitense del *separate but equal*, ricordando la pratica di istituire alloggi o scuole in quartieri separati per le persone di colore e mettendo così in discussione l'unione registrata quale strumento per garantire l'effettiva realizzazione del principio di non discriminazione[7]. Tali considerazioni costituiscono un'utile chiave di lettura della

2 Corte Edu, 21 luglio 2015, *Oliari e al. c. Italia*, ric. 18766/11 e 36030/11, in *Famiglia e diritto*, 12, 2015, p. 1069 ss., con nota di P. Bruno, *Oliari contro Italia: la dottrina degli "obblighi positivi impliciti" al banco di prova delle unioni tra persone dello stesso sesso.* Su tale decisione vedi altresì L. Lenti, *Prime note in margine al caso Oliari c. Italia*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, parte II, p. 575 ss., nonché L. Scaffidi Runchella, *Ultreya coppie same-sex! La Corte europea dei diritti umani sul caso Oliari e altri v. Italia*, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

3 Nella sentenza sul caso *Oliari* i giudici di Strasburgo rammentano "che la Corte ha già riconosciuto che le coppie omosessuali necessitano di riconoscimento giuridico e tutela della loro relazione" nelle decisioni Corte Edu, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, ric. n. 30141/04, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, parte I, p. 1148 ss., con nota di M. Winkler, *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova di Strasburgo*, e Corte Edu, 7 novembre 2013, ric. nn. 29381/09 e 32684/09 *Vallianatos e altri c. Grecia*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, parte I, pp. 693 ss., con nota di P. Pirone *La Corte eur. dir. uomo sul caso Vallianatos et autres c. Grèce: "patti di vita comune" e discriminazione basata sull'orientamento sessuale*.

4 Per un'analisi dei principali documenti delle istituzioni europee in materia di orientamento sessuale e non discriminazione v. G. Palmeri, *La famiglia omosessuale. Linee di tendenza e prospettive*, in *Le relazioni affettive non matrimoniali*, F. Romeo (a cura di), Milano, 2014, pp. 45 ss.

5 Per una ricostruzione in prospettiva comparata v. P. Passaglia (a cura di), *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Stati europei*, Roma, Centro di studi della Corte costituzionale, 2010, reperibile su *www.cortecostituzionale.it*; A. Schuster, *Unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato ed europeo*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, B. Pezzini – A. Lorenzetti (a cura di), Napoli, 2011, pp. 255 ss.; R. Torino, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo e italiano*, Torino, 2012.

6 Cfr. M. Bonini Baraldi, *Società pluraliste e modelli familiari: il matrimonio di persone dello stesso sesso in Olanda*, in *Familia*, 2001, p. 419 ss.

7 *Rapporto della Commissione per l'apertura del matrimonio alle persone dello stesso sesso*, L'Aja, 1997, p. 15.

nuova disciplina italiana, che, come vedremo, sembra voler rimarcare la differenza tra l'unione civile e il matrimonio.

Il matrimonio *gender-neutral* è stato poi introdotto anche in Belgio (l. 13 febbraio 2003, n. 820), Spagna (l. 1º luglio 2005), Norvegia (l. 11 giugno 2008), Svezia (l. 1º aprile 2009), Portogallo (l. 11 febbraio 2010), Islanda (l. 11 giugno 2010), Danimarca (l. 7 giugno 2012), Francia (l. 7 maggio 2013, n. 2013-404), Regno Unito (*Marriage (Same Sex Couple) Act* 2013), Lussemburgo (l. 4 luglio 2014), Finlandia (l. 28 novembre 2014) e da ultimo in Irlanda, che con il referendum del 22 maggio 2015 ha approvato il *Thirty-fourth Amendment of the Constitution (Marriage Equality) Bill* 2015 n. 5.

Altri Stati, invece, hanno previsto forme di riconoscimento giuridico riconducibili alla nozione di "unione registrata". Si tratta di una nozione piuttosto vaga, in quanto in essa possono ricomprendersi istituti differenziati tra loro, in alcuni casi del tutto assimilabili al matrimonio, in altri soggetti a delle limitazioni che li allontanano dall'unione coniugale.

Il parallelismo tra la disciplina dell'unione registrata e quella del matrimonio oggi trova una piena realizzazione in Germania[8]. Invero, la legge sulla convivenza tra persone dello stesso sesso (*Lebenspartnerschaftsgesetz - LPartG*), entrata in vigore il 1º agosto 2001, originariamente prevedeva significative discrasie rispetto alla disciplina del matrimonio contenuta nel *BGB*, con particolare riferimento all'adozione, al regime legale dei beni, al mantenimento, all'assegno di "divorzio", al diritto alla pensione, ai diritti di successione e alla conclusione del rapporto. Queste divergenze sono state poi eliminate con la Novella del 1º gennaio 2005, adottata a seguito della decisione del 2001 della Corte costituzionale tedesca. In quest'ultima occasione, infatti, la Corte chiarì che la convivenza registrata non poteva considerarsi matrimonio ai sensi dell'art. 6 *Grundgesetz*, ma che essa comunque era fonte di diritti equivalenti per le coppie dello stesso sesso. La legge tedesca è stata da ultimo modificata a seguito della *Gesetz zur Bereinigung des Rechts der Lebenspartner* del 20 novembre 2015, entrata in vigore il 26 novembre 2015.

Limitazioni in materia di adozione e responsabilità genitoriale si riscontrano invece nella legge greca sulle unioni registrate, adottata nel dicembre 2015 a seguito della sentenza di condanna della Corte Edu sul caso *Vallianatos*[9].

Questo è il contesto in cui si inserisce la l. n. 76/2016, la quale ha introdotto l'istituto dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, definito al 1º comma come "specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione".

Con il presente saggio, dunque, si propone una prima lettura del nuovo istituto, tralasciando, tuttavia, le questioni relative a filiazione e adozione, per la cui analisi si rimanda al lavoro di Stefania Stefanelli, e quelle attinenti al profilo internazionalprivatistico, esaminate specificamente nel contributo di Gianclaudio Malgieri. Nel lavoro esegetico si assumeranno come modello, inevitabilmente, le disposizioni che regolano il legame coniugale, il quale attualmente rimane un privilegio delle sole coppie di sesso diverso, al fine di verificare se il sistema di diritti e doveri delineato per le coppie omoaffettive unite civilmente sia speculare a quello previsto dal codice civile per i coniugi e se, conseguentemente, possa ritenersi rispettato il principio di non discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale secondo quanto statuito dalla Corte Edu.

2. La costituzione dell'unione civile

Al nuovo istituto dell'unione civile sono dedicati i primi 35 commi dell'unico articolo di cui si compone la legge[10]. Alcune disposizioni si limitano a richiamare le norme codicistiche in materia di matrimonio, altre riproducono parzialmente il loro contenuto e, infine, altre ancora introducono una disciplina spe-

8 Cfr. S. Patti, *Le unioni civili in Germania*, in *Famiglia e diritto*, 10, 2015, p. 958 ss.

9 Cfr. M. Winkler, *Un primo commento alla nuova legge greca sulle unioni civili*, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

10 In argomento cfr. G. Casaburi, *Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili)*, in *Articolo29*, www.articolo29.it; M.C. Venuti, *La regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze in Italia*, in *Politica del diritto*, 1-2, 2016, pp. 95 ss.; M. Sesta, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Famiglia e diritto*, 10, 2016, pp. 881 ss.; P. Schlesinger, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Famiglia e diritto*, 10, 2016, pp. 845 ss.; L. Dell'Osta - G. Spadaro, *Unioni civili e convivenze: tutte le novità*, Milano, 2016. Sui lavori preparatori cfr. G. Ferrando, *Le unioni civili. La situazione in Italia alla vigilia della riforma*, in *www.juscivile.it*, 2016, 3; F. Romeo – M.C. Venuti, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margini del d.d.l. In materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 5, 2015, pp. 971 ss.; G. Casaburi, *Il Sillabo delle Unioni Civili: giudici, etica di stato, obblighi internazionali dell'Italia*, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

cifica, distinta da quella prevista per i coniugi. Rientrano in quest'ultima categoria le disposizioni che regolano la costituzione dell'unione.

Il 2º c. sancisce che l'unione civile è costituita con apposita dichiarazione resa davanti l'ufficiale di stato civile alla presenza di due testimoni. L'ufficiale provvederà poi a registrare il relativo atto[11] nell'archivio dello stato civile. Dunque, la legge n. 76 non richiama le disposizioni relative alla promessa di matrimonio, alle pubblicazioni e alle opposizioni. Inoltre, a differenza di quanto disposto dagli articoli 106 ss. c.c., non si precisa né il luogo della "celebrazione", che pertanto potrebbe anche non essere pubblico, né il contenuto della dichiarazione che deve essere resa dai *partner*.

Le lacune del testo normativo sono state in parte colmate dai decreti attuativi che il Governo ha recentemente adottato ai sensi del 28º comma[12]. In particolare, il decreto legislativo n. 5/2017 dispone una serie di modifiche al D.p.r. 396/2000, tra cui l'introduzione della disciplina di un autonomo procedimento per la costituzione delle unioni civili. In particolare, si prevede che la costituzione dell'unione debba essere preceduta da una specifica richiesta da presentare all'ufficio di stato civile del comune scelto dalle parti. A fronte di tale richiesta l'ufficiale verifica l'esattezza delle dichiarazioni, con la possibilità di acquisizione d'ufficio di eventuali ulteriori documenti che ritenga utili, redigendo infine processo verbale[13]. Dunque, terminata questa fase preliminare, sarà possibile procedere alla costituzione dell'unione civile, la quale dovrà aver luogo nella casa comunale[14]. Come già previsto dalle disposizioni transitorie, il decreto legislativo precisa inoltre che l'ufficiale, ricevuta la dichiarazione dei *partner*, è tenuto a fare menzione del contenuto dei commi 11 e 12 dell'articolo 1 della legge n. 76. Questa sequenza appare priva di fondamento logico, in quanto, così come previsto dall'art. 107 c.c. in ordine alla celebrazione del matrimonio tra persone di sesso diverso, sarebbe opportuno che la dichiarazione delle parti segua — e non preceda — la lettura degli obblighi patrimoniali e non patrimoniali derivanti dall'unione.

Si deve segnalare, poi, che la l. n. 76 non richiama il contenuto dell'art. 112 c.c., ponendo così il pericolo che l'ufficiale di stato civile si rifiuti di "celebrare" l'unione tra persone dello stesso sesso in ragione del diritto ad agire conformemente alle proprie opinioni.

Si tratta di una questione già affrontata da altri ordinamenti e risolta nel senso che la mancata previsione di una clausola di coscienza non comporta alcun danno alla libertà di coscienza del pubblico ufficiale chiamato a formalizzare l'unione di una coppia omosessuale. Si deve ricordare in particolare la decisione del *Conseil Constitutionnel* francese del 18 ottobre 2013, con cui è stato chiarito che non è possibile estendere al caso in questione il trattamento previsto per gli obiettori di coscienza all'interruzione volontaria della gravidanza, in quanto il principio di neutralità del pubblico servizio preclude al sindaco di astenersi, per ragioni filosofiche o religiose, dall'adempiere ai propri doveri previsti *ex lege*[15]. Questa decisione si è posta in linea di continuità con quanto in precedenza era stato già affermato dal Tribunale Supremo spagnolo[16] nonché dalla Corte di appello d'Inghilterra e Galles[17].

---

11 Il 9º comma sancisce che tale atto "deve contenere i dati anagrafici delle parti, l'indicazione del loro regime patrimoniale e della loro residenza, oltre ai dati anagrafici e alla residenza dei testimoni". Peraltro, lo schema del decreto legislativo, recentemente passato dall'esame preliminare del Consiglio dei Ministri, prevede un ampliamento del contenuto dell'atto di costituzione dell'unione civile.

12 L'art. 1, 28º c., della l. n. 76/2016 sancisce che "il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di unione civile tra persone dello stesso sesso nel rispetto dei seguenti princìpi e criteri direttivi: a) adeguamento alle previsioni della presente legge delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni (…)". Per un primo commento dei decreti attuativi cfr. A. Schillaci, *Verso la parità di trattamento: guida alla lettura della disciplina di attuazione della legge sulle unioni civili*, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

13 Il D.Lgs. n. 5/2017 disciplina, inoltre, l'opposizione del Pubblico Ministero e di altri soggetti legittimati.

14 Il decreto attuativo riproduce il contenuto dell'art. 110 c.c., prevedendo la costituzione fuori della casa comunale per l'ipotesi di infermità o altro impedimento giustificato di una delle parti.

15 Conseil Constitutionnel, dec. n. 2013-353 QPC, del 18 ottobre 2013. Cfr. sul punto M. Saporiti *J'objecte! Obiezione di coscienza e matrimonio egualitario: il caso francese,* in questa *Rivista*, 1, 2015, pp. 211 ss.

16 Tribunale Supremo, sentenza n. 3059/2009, dell'11 maggio 2009. Cfr. sul punto I. Trujillo, *Il disaccordo nello stato costituzionale di diritto. A proposito di alcune sentenze recenti del Tribunal Supremo spagnolo sul diritto generale all'obiezione di coscienza*, in *Diritto e questioni pubbliche,* www.dirittoequestionipubbliche.org.

17 Corte di appello d'Inghilterra e Galles, sez. civ., *Ladele v. London Borough of Islington*, 15 dicembre 2009. Su tale caso si è poi pronunciata anche la Corte Edu, 15 gennaio 2013, *Eweida and Others v. United Kingdom*, la quale ha affermato che nel bilanciamento fra il diritto di una coppia di omosessuali di vedere registrata la propria unione e quello di manifestare la propria fede — rifiutando di celebrare e formalizzare il legame — della dipendente, il Regno Unito potesse scegliere di privilegiare il primo. Cfr. sul punto E. Sorda, *Eweida and others v. The United Kingdom, ovvero quando fede e lavoro non vanno d'accordo e il "margine di apprezzamento" non aiuta a chiarire le cose*, in *Diritti comparati,* www.diritticomparati.it.

Di recente, tale nodo problematico è stato posto all'attenzione del Consiglio di Stato[18], il quale lo scorso luglio ha reso parere favorevole sul decreto ponte recante "Disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile ai sensi dell'articolo 1, comma 34, della legge 20 maggio 2016, n. 76". In tale occasione, il Consiglio di Stato ha precisato che "il rilievo giuridico di una questione di coscienza — affinché soggetti pubblici o privati si sottraggano legittimamente ad adempimenti cui per legge sono tenuti — può derivare soltanto dal riconoscimento che di tale questione faccia una norma, sicché detto rilievo, che esime dall'adempimento di un dovere, non può derivare da una 'auto-qualificazione' effettuata da chi sia tenuto, in forza di una legge, a un determinato comportamento". Nel caso di specie, la legge n. 76 nulla ha espressamente previsto in proposito. In ogni caso, osserva il Consiglio, il decreto attuativo pone gli adempimenti a carico dell'"ufficiale di stato civile", e cioè di un pubblico ufficiale che ben può essere diverso dalla persona del sindaco, "sicché il problema della 'coscienza individuale' del singolo ufficiale di stato civile, ai fini degli adempimenti richiesti dalla legge n. 76/2016, può agevolmente risolversi senza porre in discussione — il che la legge non consentirebbe in alcun caso — il diritto fondamentale e assoluto della coppia omosessuale a costituirsi in unione civile".

Sempre il 2º comma della legge n. 76 riserva l'unione civile a persone dello stesso sesso e maggiori di età. Non viene richiamata la previsione dell'art. 84, comma 2, c.c., in ordine alla possibilità del minore che abbia compiuto sedici anni di presentare istanza al tribunale per essere autorizzato a contrarre matrimonio. Per il resto, le condizioni per costituire l'unione civile coincidono con quelle previste dal codice per l'unione coniugale. Dunque, ai sensi del 4º comma, sono cause impeditive: la sussistenza di un vincolo matrimoniale o di un'unione civile; l'interdizione per infermità di mente; la sussistenza tra le parti di legami di parentela, affinità o adozione; la condanna definitiva di un *partner* per omicidio consumato o tentato nei confronti di chi sia coniugato o unito civilmente con l'altra parte.

Anche la disciplina dell'invalidità dell'unione civile, contenuta nei commi 5, 6, 7 e 8, ricalca quasi integralmente quella prevista per il matrimonio. L'unico elemento di diversità è il mancato riferimento all'esistenza di "una anomalia o deviazione sessuale" in relazione all'errore su qualità personali tali da impedire lo svolgimento della vita comune, prevista invece dall'art. 122, comma 3, n. 1) c.c. Questa omissione risulta comprensibile solo se si ritiene che il legislatore abbia voluto aderire a quell'impostazione che riconduce il transessualismo e l'omosessualità nell'ambito delle "anomalie" e "deviazioni" che rendono il matrimonio annullabile[19]. Tuttavia, anche a voler accogliere tale soluzione esegetica, si deve comunque rilevare che il contenuto dell'art. 122, comma 3, n. 1) risulta più ampio, ricomprendendo anormalità organiche e funzionali e comportamenti viziosi (quali sadismo, masochismo e ninfomania). In tale prospettiva, la difformità rispetto al dettato codicistico appare discriminatoria. Peraltro, un'interpretazione diversa dell'art. 122 c.c. è stata di recente fornita dal Tribunale di Milano[20], il quale ha precisato che il matrimonio contratto nell'ignoranza dell'omosessualità dell'altro coniuge, è impugnabile *ex* art. 122, comma 2, c.c., in quanto l'errore cade sull'identità sessuale, la quale definisce l'orientamento e la direzione del comportamento sessuale dell'individuo e rappresenta non una mera qualità di esso, ma uno degli aspetti che ne costituiscono la complessiva e specifica individualità; tale errore non riguarda, invece, una malattia o anomalia o deviazione sessuale, "*nessun lessico giuridico, medico, sociale o etico collocando l'omosessualità in tali paradigmi nosografici*".

Infine, il 10º comma della legge n. 76 dispone che, mediante dichiarazione all'ufficiale di stato civile, le parti possono stabilire di assumere un cognome comune, scegliendolo tra quello di uno di loro. In tal modo si rende formalmente palese l'unità e la stabilità del legame tra i *partner.* Si deve segnalare che rispetto al testo originario del disegno di legge è stato aggiunto l'inciso "per la durata dell'unione civile tra persone dello stesso sesso". Infatti, come si vedrà in seguito, è stato eliminato il richiamo delle norme codicistiche sullo scioglimento del matrimonio e la separazione dei coniugi e, di conseguenza, non sono applicabili l'art. 156 *bis* c.c. e l'art. 5, comma 2, della l. n. 898 del 1970 sul cognome della moglie. Il

18 Consiglio di Stato, sez. atti normativi, parere del 21 luglio 2016, n. 1695 in www.giustizia-amministrativa.it.

19 In tal senso Corte di cassazione, sentenza del 24 novembre 1983, n. 7020, in *Foro italiano*, 1984, I, pp. 450 ss., con nota di Moccia e Lener. La Suprema Corte era stata chiamata a pronunciarsi, dopo l'entrata in vigore della riforma del 1975, su un matrimonio contratto anteriormente a quest'ultima e pertanto regolato, ai sensi dell'art. 224, l. n. 151/1975, dal previgente art. 122 c.c. In uno degli snodi fondamentali della pronuncia, il Collegio affermò che "la rilevanza dell'omosessualità nell'ambito dell'istituto matrimoniale (…) può essere valutata esclusivamente quale possibile causa di errore dell'altro coniuge e non può sfuggire alla normativa inerente a questo vizio del consenso", soggiungendo che "lo stesso diritto positivo, (…) anche dopo la riforma del diritto di famiglia, ignora la omosessualità quando tratta delle condizioni necessarie per contrarre matrimonio e menziona, invece, le anomalie e deviazioni sessuali fra le qualità personali essenziali sulle quali l'eventuale errore dell'altro coniuge può acquistare incidenza invalidante del vincolo matrimoniale".

20 Tribunale di Milano, sentenza del 13 febbraio 2013, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, parte I, pp. 782 ss., con nota critica di M. Mattioni, *Errore sull'orientamento sessuale del coniuge e interpretazione dell'art. 122 cod. civ.*

decreto legislativo sullo stato civile prevede che la dichiarazione di scegliere il cognome comune debba essere inserita nell'atto di costituzione dell'unione civile. Inoltre, si precisa che le schede anagrafiche del soggetto restano intestate al cognome posseduto prima dell'unione civile e, di conseguenza, la scelta del cognome comune non determina il cambiamento dei documenti, né del codice fiscale.

3. Diritti e doveri derivanti dall'unione

La disciplina dei diritti e doveri nascenti dalla costituzione dell'unione civile risulta modellata su quella del matrimonio. In particolare, il comma 11° ricalca il contenuto dell'art. 143 c.c., stabilendo l'acquisto, per entrambe le parti, degli "stessi diritti" e l'assunzione dei "medesimi doveri", specificamente individuati nell'obbligo di assistenza morale e materiale e nella coabitazione.

Tuttavia, a seguito delle modifiche apportate al disegno di legge, è stato eliminato il riferimento al più significativo[21] degli obblighi coniugali: l'obbligo reciproco alla fedeltà. Il contenuto di tale dovere risulta ampio e sfaccettato, essendo l'esclusività sessuale solo un aspetto di esso[22]. Invero, secondo un'interpretazione ormai consolidata in dottrina[23] e giurisprudenza[24], il dovere di fedeltà deve essere inteso come impegno reciproco di devozione fisica e spirituale fra coloro che si sono liberamente scelti come compagni di vita, avvicinandosi la nozione di fedeltà coniugale a quella di lealtà, la quale in questo ambito può estrinsecarsi come precetto che impone di sacrificare gli interessi e le scelte individuali che si rivelino in insanabile conflitto con gli impegni e le prospettive comuni della famiglia[25]. La ragione per cui il legislatore abbia scelto di escludere tale obbligo dalla disciplina dell'unione civile non risulta comprensibile[26] e non si armonizza con le restanti norme che disegnano l'unione civile come istituto destinato a dare alle coppie omoaffettive una copertura giuridica speculare e corrispondente al matrimonio. Peraltro, questa omissione stride con il principio giuridico della non libertà di stato sancita dal comma 4°, non essendo consentita la contemporanea esistenza di più vincoli matrimoniali o di più unioni civili in capo ad un medesimo soggetto, nonché con la possibile conversione del matrimonio in unione civile a seguito della rettificazione anagrafica di sesso di uno dei coniugi, così come previsto dal 27° comma. Dunque, indipendentemente dal silenzio del legislatore, si può ritenere che il dovere reciproco di lealtà e fedeltà sia implicito nella natura del nuovo istituto, quale formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 Cost., e rappresenti l'essenza dell'accordo tra i due *partner* che decidono di formalizzare la loro unione affettiva.

21 Così definito da C.M. Bianca, *I rapporti personali nella famiglia e gli obblighi di contribuzione*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive, atti del Convegno di Verona 14-15 giugno 1985 dedicato alla memoria del prof. Luigi Carraro,* Padova, 1986, spec. p. 78, nonché da F. Santosuosso, *Il matrimonio,* in *La nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale,* fondata da W. Bigiavi, Torino, 2011, spec. p. 391.

22 C.A. Jemolo, *Il matrimonio*, Torino, 1961, p. 419, afferma che "Chi tiene a dare all'art. 143 il valore di una norma ove si rispecchi l'eticità dello Stato, e pensi questa sia svincolata dalle prescrizioni del diritto canonico, non può non pensare che l'obbligo della fedeltà non si riduca alla grossolanità del 'non commettere adulterio', ma assuma il vocabolo nella più elevata accezione. Neghiamo quindi il parallelismo tra la fedeltà dell'art. 143 e l'adulterio dell'art. 151 e di altri testi di legge, ritenendo che la fedeltà abbia una portata più ampia e che solo uno dei doveri racchiusi nel concetto di fedeltà venga leso con l'adulterio".

23 Cfr. F. Santosuosso, *Il matrimonio*, cit.; F. Ruscello, *I diritti e i doveri nascenti dal matrimonio*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, I, *Famiglia e matrimonio*, Milano, 2011, pp. 1028 ss.; M. Paradiso, *I rapporti personali tra coniugi*, in Commentario Schlesinger, artt. 143-148, Milano, 1990, pp. 32 ss.; F.D. Busnelli, *Il dovere di fedeltà coniugale oggi*, in *Giurisprudenza italiana,* 1975, pp. 129 ss.; G. Ferrando, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale,* fondato da Cicu e Messineo e diretto da Schlesinger, 2ª ed., Milano, 2015, pp. 85 ss.

24 Cfr., tra le molteplici pronunce in tal senso, Corte di cassazione, sentenza del 18 settembre 1997, n. 9287, in *Famiglia e diritto*, 1, 1998, pp. 10 ss., con nota di A. Mora, *Obbligo di fedeltà tra coniugi separati e «mutamento del titolo» della separazione*; Corte di cassazione, sentenza del 11 giugno 2008, n. 1555, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, pp. 1286 ss., con nota di U. Roma, *Fedeltà coniugale: nova et vetera nella giurisprudenza della Cassazione;* Corte di cassazione, sentenza del 11 agosto 2011, n. 17193, in *Famiglia e diritto*, 8-9, 2013, pp. 777 ss., con nota di D. Morello Di Giovanni, *Obbligo di fedeltà e pronuncia di addebito.*

25 In ogni caso, il dovere di fedeltà è inevitabilmente soggetto a una certa relativizzazione, pur rimanendo fermo il suo contenuto minimo inderogabile. F. Santosuosso, *Il matrimonio*, cit., afferma che "Il dovere di fedeltà assume pertanto, un contenuto non assoluto ed uguale per tutte le coppie, ma una certa relatività sia alle circostanze ambientali, sia al tipo di intesa esistente al riguardo fra quei determinati coniugi".

26 G. Casaburi, *Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili),* cit., afferma che "si tratta di una omissione priva di ogni giustificazione tecnico-giuridica, la cui unica spiegazione sta nella volontà di distanziare quanto più è possibile UC da matrimonio (ma anche di ridimensionare, anche sotto un profilo simbolico, il nuovo istituto)".

Per completezza, si deve precisare che l'omissione del legislatore non sembra poter essere compensata mediante uno specifico accordo tra i *partner*. Infatti, l'eventuale convenzione avente ad oggetto il reciproco obbligo alla fedeltà risulterebbe nulla in quanto priva del necessario carattere della patrimonialità *ex* art. 1174 c.c., così come nulla, per violazione del principio di libertà personale, sarebbe la clausola penale con la quale si sanzionasse la violazione di tale dovere[27].

Per quanto riguarda gli effetti della scomparsa dell'obbligo di fedeltà, essendo stato eliminato altresì il richiamo alle norme codicistiche in materia di separazione dei coniugi, è sicuramente da escludersi la pronuncia di addebito *ex* art. 151, comma 2, c.c. Ci si deve invece chiedere se la violazione dell'obbligo in esame, seppur non cristallizzato in una specifica norma di legge, possa comunque dar luogo a responsabilità civile. A parere di chi scrive, la risposta a tale quesito deve essere positiva. Infatti, il tradimento della fiducia del *partner* e l'instaurazione di una relazione al di fuori dell'unione civile, qualora presentino un particolare contenuto offensivo, da ricollegarsi ad esempio alla loro notorietà sociale, possono comunque determinare la lesione di beni inerenti alla persona umana costituzionalmente tutelati (quali la salute, la *privacy* e i rapporti relazionali) e, pertanto, legittimare il ristoro del danno *ex* art. 2059 c.c.[28]. Va da sé che, in ogni caso, dovranno sussistere tutti i parametri per la risarcibilità del danno non patrimoniale delineati dalla Suprema Corte[29] e, di conseguenza, sarà necessario dimostrare la gravità dell'offesa e la serietà del danno patito dal *partner*, così da escludere le eventuali pretese minime o inconsistenti. Dunque, la tutela risarcitoria può costituire uno strumento per valorizzare un profilo che senza dubbio caratterizza il rapporto affettivo tra due soggetti che decidono di costruire una vita in comune e creare una famiglia.

Esclusa la (infelice) parentesi del silenzio legislativo sull'obbligo reciproco alla fedeltà, per il resto, la disciplina dei rapporti tra le parti dell'unione civile ricalca quella statuita dal codice civile per i coniugi. Così, il comma 11º continua stabilendo che ciascuno dei *partner* è tenuto a dare il proprio apporto al soddisfacimento delle esigenze comuni "in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo". Il successivo 12º comma, poi, riprende quasi alla lettera l'art. 144 c.c. e sancisce che "le parti concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza comune; a ciascuna delle parti spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato". Più avanti nel testo del disegno di legge, inoltre, si trova il rinvio all'art. 146 c.c. in materia di allontanamento dalla residenza familiare.

Anche la disciplina dei rapporti patrimoniali tra i *partner*, contemplata al comma 13º, risulta del tutto sovrapponibile a quella prevista per i coniugi. In mancanza di diversa convenzione patrimoniale, è costituito il regime della comunione dei beni[30]. La legge, poi, dispone espressamente che "le parti non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti per effetto dell'unione civile" e rinvia agli artt. 162, 163, 164, 166 c.c. e alle disposizioni di cui alle sezioni II, III, IV, V e VI del capo VI del titolo VI del libro I del codice civile[31]. Dunque, si rimarca il fatto che l'unione civile non costituisce una mera registrazione della convivenza, ma, al pari del matrimonio, è un istituto regolato dalla legge dotato di effetti giuridici cui gli interessati non possono derogare. Di conseguenza, l'autonomia negoziale dei *partner* incontrerà

27 Cfr. M. Franzoni, *I contratti tra conviventi «more uxorio»*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994, pp. 737 ss. Tuttavia, è stato osservato che una diversa soluzione si potrebbe prospettare nel caso in cui venga pattuita una clausola di natura premiale, che attribuisca un compenso per l'effettuazione di una prestazione di natura non patrimoniale, quale appunto l'essere fedele. In tal senso, G. Oberto, *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2004, pp. 17 ss.

28 Cfr. Corte di cassazione, sentenza del 1 giugno 2012, n. 8862, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, parte I, 2012, con nota di C. Favilli, *Infedeltà coniugale e lesione di diritti inviolabili*; Corte di cassazione, sentenza del 15 settembre 2011, n. 18853, in *Famiglia, persone e successioni*, 2012, pp. 92 ss., con nota di G.F. Basini, *Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno «endofamiliare» tra coniugi*.

29 Corte di cassazione, SS.UU., sentenza del 11 novembre 2008, n. 26972, pubblicata su tutte le principali riviste, fra le quali *Danno e responsabilità*, 2009, pp. 19 ss., con nota di A. Procida Mirabelli Di Lauro, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*, ed altresì con nota di S. Landini, *Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze della Cass. Ss.uu. 26972, 26973, 26974, 26975/2008*.

30 Si deve ricordare che, ai sensi del 9º comma, il regime patrimoniale è uno degli elementi che, insieme alle generalità e alla residenza delle parti e dei testimoni, compone il contenuto dell'atto che deve essere registrato dall'ufficiale di stato civile in sede di costituzione del rapporto, assicurando così una più agevole conoscenza dei terzi su questo elemento.

31 Non vengono richiamati gli articoli 161 c.c. sul divieto degli sposi di pattuire in modo generico che i loro rapporti patrimoniali siano in tutto o in parte regolati da leggi alle quali non sono sottoposti o dagli usi, tenuti invece ad enunciare in modo concreto il contenuto dei patti con i quali intendono regolare detti rapporti, 165 c.c. sulla capacità del minore ammesso a contrarre matrimonio di prestare consenso per tutte le relative convenzioni matrimoniali (questa esclusione risulta comprensibile alla luce del fatto che la costituzione dell'unione civile è consentita solo a soggetti maggiorenni) e 166-*bis* c.c. sul divieto di costituzione di dote.

gli stessi limiti previsti per i coniugi, compendiati nel dettato dell'art. 1322 c.c. e dell'art. 160 c.c., il cui contenuto, come si è visto, è stato trasposto nel 13º comma[32].

In materia successoria, il 21º comma dispone che si applicano le norme del libro II del codice civile in tema di indegnità (capo III del titolo I), di legittimari (capo X del titolo I), di successioni legittime (titolo II), di collazione e di patto di famiglia (capo II e capo *V-bis* del titolo IV)

Ancora, la disciplina dell'unione civile coincide con quella del matrimonio in materia di ordini di protezione contro gli abusi familiari (14º comma), di scelta dell'amministratore di sostegno e azione per l'interdizione o l'inabilitazione ovvero revoca delle stesse (15º comma), di annullamento del contratto per violenza (16º comma), di indennità in caso di morte del prestatore di lavoro (17º comma), di sospensione della prescrizione (18º comma), di obbligazioni alimentari, di costituzione del fondo patrimoniale e separazione di beni, di trascrizione della domanda di scioglimento della comunione legale avente ad oggetto beni immobili e di nota di trascrizione (19º comma).

Infine, il 20º comma contiene una norma di chiusura, ai sensi della quale "*Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole 'coniuge', 'coniugi' o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*". Si tratta di una disposizione dal contenuto ambiguo ed incongruo, che da un lato, in prospettiva antidiscriminatoria, estende le disciplina prevista per i coniugi anche ai *partner* uniti civilmente[33], dall'altro, preclude in maniera netta l'applicazione delle norme codicistiche non espressamente richiamate, nonché delle disposizioni della legge n. 184/1983. Poi, con un ultimo inciso, il legislatore, in maniera apparentemente schizofrenica, fa salvo quanto previsto e consentito in materia di adozione. Dunque, non si comprende quale sia la *ratio* posta a fondamento di questo discrimine e che cosa di volta in volta giustifichi la discrasia rispetto alla disciplina del matrimonio. Peraltro, la mancata estensione delle norme relative al legame coniugale può rivelarsi particolarmente dannosa qualora la stessa sia funzionale non ai *partner*, ma alla tutela di soggetti terzi, quali appunto i minori. Ed è forse proprio quest'ultima la ragione dell'inciso finale del 20º comma, che, com'è stato già osservato, sembra voler consentire il consolidarsi di un orientamento giurisprudenziale ampiamente favorevole all'adozione coparentale[34]. In tal senso, da ultimo, si è pronunciata la Suprema Corte, la quale ha affermato la legittimità della *stepchild adoption* in favore del compagno dello stesso sesso del genitore biologico del minore[35].

4. Lo scioglimento del vincolo

La principale divergenza tra il nuovo istituto dell'unione civile e il legame coniugale si riscontra nell'ambito dei rimedi alla crisi del rapporto affettivo. Difatti, mentre per il matrimonio la separazione legale continua a costituire presupposto necessario per la richiesta di divorzio (seppur i tempi per giungere allo scioglimento definitivo del vincolo siano stati notevolmente accorciati con la recente l. n. 55 del 6

32 Per un'analisi della recente evoluzione giurisprudenziale in materia di accordi prematrimoniali vedi, da ultimo, A. Bellorini, *Accordi in previsione della futura ed eventuale separazione dei coniugi nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *I contratti*, 2, 2016, pp. 173 ss.

33 A. Schillaci, *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale dopo il voto del Senato*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, scrive che "tale disposizione ha un intento apertamente antidiscriminatorio e contiene una regola di interpretazione ed applicazione, rivolta al giudice e alla pubblica amministrazione". L'A. richiama come esempio la possibile applicazione alle parti dell'unione civile dell'art. 13 del R.d.L. 14 aprile 1939, n. 636.

34 Cfr. G. Casaburi, *Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili)*, cit., nonché A. Schillaci, *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale dopo il voto del Senato*, cit.

35 Corte di cassazione, sentenza del 22 giugno 2016, n. 12962, in *Diritto e Giustizia*, fasc. 29, 2016, pp. 61 ss., con nota di A. Figone, *La Cassazione dice sì alla stepchild adoption*. Vedi altresì le aperture a favore della *stepchild adoption* registratesi già in precedenza nella giurisprudenza di merito: Corte di appello di Torino, Sez. Min., sentenza del 27 maggio 2016, n. 27, in *Foro italiano*, 6, I, 2016, pp. 1910 ss., con nota di G. Casaburi, *L'Unbirthday secondo il legislatore italiano: la "non" disciplina delle adozioni omogenitoriali nella l. 20 maggio 2016 n.76*; Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza del 30 luglio 2014, in *Famiglia e diritto*, 2015, pp. 580 ss., con nota di M.G. Ruo, *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore*, confermata da Corte di appello di Roma, sentenza del 23 dicembre 2015, in *Foro italiano*, 2016, I, pp. 699 ss.

maggio 2015[36]), per l'unione civile invece è stato eliminato questo passaggio intermedio. Si tratta di una soluzione che parte della dottrina auspica da tempo anche per i coniugi[37] e che avvicina la disciplina italiana delle unioni civili tra persone dello stesso sesso alla comune cultura europea in materia di crisi coniugale. Invero, il nostro ordinamento si distingue dalle altre esperienze europee, ove la separazione è esclusa (così nell'ordinamento tedesco) o è prevista come strumento alternativo al divorzio (ad esempio in Francia e in Spagna)[38]. Non è questa la sede per una riflessione generale sulla funzione della separazione coniugale nel quadro della patologia del rapporto affettivo e sui rimedi giuridici che, nell'attuale contesto sociale, possano rispondere meglio alle esigenze delle persone sposate e alla tutela del *partner* debole, tuttavia, si deve comunque rilevare che la discrasia tra i due istituti pone un possibile problema di violazione del principio di uguaglianza. Ciò sia nella prospettiva dei coniugi, ai quali è precluso l'accesso diretto allo scioglimento del vincolo, salvo che nelle specifiche ipotesi contemplate dall'art. 3 l. n. 898/1970, sia in quella delle coppie omosessuali, le quali possono avere interesse ad uno strumento temporaneo di composizione del conflitto, tenuto conto, altresì, che nella separazione giudiziale è previsto l'addebito, il quale costituisce l'unico strumento che, al di là dell'art. 146 c.c., può consentire una sanzione a condotte poste in violazione dei doveri che nascono dal matrimonio e dall'unione civile. Dunque, al fine di evitare tale rischio, appare auspicabile che il legislatore italiano provveda al più presto ad una uniformazione della normativa.

Andando specificamente alle disposizioni della legge n. 76/2016, il 22º comma ricalca il contenuto dell'art. 149 c.c., relativamente allo scioglimento del matrimonio per morte di uno dei coniugi[39], mentre il 23º comma richiama le cause di divorzio previste dall'art. 3, numero 1) e numero 2), lettere *a)*, *c)*, *d)* ed *e)*, della l. n.898/1970, ovvero le cause di natura penale e l'ipotesi in cui il coniuge, cittadino straniero, abbia ottenuto all'estero l'annullamento o lo scioglimento del matrimonio o abbia contratto all'estero nuovo matrimonio[40].

Il successivo 24º comma sancisce che "l'unione civile si scioglie, inoltre, quando le parti hanno manifestato anche disgiuntamente la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale di stato civile. In tal caso la domanda di scioglimento dell'unione civile è proposta decorsi tre mesi dalla data di manifestazione di volontà di scioglimento dell'unione". Tale disposizione lascia aperti diversi interrogativi. In primo luogo, risulta ambiguo il significato da attribuire alla parola "disgiuntamente", ovvero se questa debba essere intesa nel senso che è sufficiente la richiesta di un solo *partner,* o se comunque entrambe le parti devono manifestare la volontà di sciogliere il legame, seppur non contestualmente. Sembra preferibile la prima soluzione, in quanto, in caso contrario, vi sarebbe il concreto pericolo di ostruzionismo da parte del soggetto che non intenda porre fine al rapporto e sciogliere l'unione. In secondo luogo, la disposizione non chiarisce né le modalità con cui la domanda deve essere presentata, né il ruolo dell'ufficiale di stato civile, né, ancora, se tale manifestazione di volontà vincola le parti nel successivo procedimento di divorzio. Inoltre, si deve segnalare che, a differenza di quanto statuito dall'art. 151 c.c., non è richiesta l'allegazione dell'intollerabilità della prosecuzione della convivenza[41].

36 Da tre anni si è passati ad un anno soltanto in caso di separazione giudiziale e addirittura a sei mesi in caso di separazione consensuale. Per un commento alla l. n. 55 del 6 maggio 2015 v. G. Ferrando, *Il divorzio breve: un'importante novità legislativa nel solco della tradizione,* in *Il corriere giuridico*, 8-9, 2015, pp. 1041 ss., nonché F. Danovi, *Al via il «divorzio breve»: tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, in *Famiglia e diritto*, 6, 2015, pp. 607 ss.

37 Cfr. G. Ferrando, *Il divorzio breve: un'importante novità legislativa nel solco della tradizione*, cit., la quale afferma "La separazione, in realtà, oggi ancor più di ieri, nella stragrande maggioranza dei casi rappresenta (…) un 'divorzio a termine', il momento iniziale del procedimento destinato a portare alla cessazione definitiva dello status. Appaiono maturi i tempi per una riflessione a tutto campo sui rapporti tra separazione e divorzio, ai quali la legge attuale si è sottratta, ma che invece è necessaria anche dal punto di vista del diritto europeo". Altra proposta formulata è quella di mutare l'attuale regime rendendo la separazione istituto autonomo rispetto al divorzio. In tal senso cfr. F. Cipriani, *Abrogazione della separazione coniugale?*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 3, 1997, pp. 1103 ss.

38 Per un'analisi in prospettiva europea, con particolare riferimento agli ordinamenti giuridici tedesco, inglese, francese e spagnolo, cfr. M. Fortino, *La separazione personale tra i coniugi*, in *Trattato di diritto di famiglia,* diretto da P. Zatti, I, Famiglia e matrimonio, Milano, 2011, pp. 1245 ss.

39 Il 22º comma prevede inoltre lo scioglimento dell'unione civile a seguito della dichiarazione di morte presunta di una delle parti, in corrispondenza a quanto previsto dall'art. 65 c.c. per i coniugi.

40 Non viene richiamato, invece, il caso di matrimonio non consumato previsto al numero 2), lettera *f)*, l. n. 898/1970.

41 Questi dubbi, peraltro, non sembrano trovare soluzione negli schemi dei decreti legislativi passati dall'esame preliminare del Consiglio dei Ministri. Difatti, le modifiche al D.p.r. 396/2000 si limitano a prevedere l'iscrizione negli archivi di stato civile della dichiarazione contenente la manifestazione di volontà di scioglimento dell'unione, nonché l'annotazione della stessa negli atti di costituzione dell'unione civile.

La tutela del *partner* debole[42] è assicurata grazie al richiamo degli articoli 5, commi 6 ss., della l. n. 898/1970 sull'assegno divorzile, 8, sulle garanzie a tutela di tale assegno, 9, sul procedimento di revisione delle condizioni di divorzio e sul riparto della pensione di reversibilità, 9-*bis*, sull'assegno a carico dell'eredità, e 12-*bis*, sul diritto del coniuge divorziato ad una quota del TFR dell'altro.

In ordine al profilo procedurale, poi, il 25° comma richiama espressamente le norme della l. n. 898/1970 che regolano il procedimento di divorzio, nonché gli articoli 6 e 12 del d.l. n. 132 del 12 settembre 2014, convertito nella l. n. 162 del 10 novembre 2014, relativi ai nuovi strumenti negoziali per addivenire alla separazione personale e al divorzio[43].

Infine, la legge prevede lo scioglimento del vincolo nell'ipotesi di mutamento di sesso di uno dei membri dell'unione civile, riproducendo così il contenuto dell'art. 3, numero 2, lettera *g)*, della legge n. 898/1970. Il 27° comma, invece, prevede che in caso di legame coniugale, ove gli sposi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili, alla rettificazione anagrafica di sesso consegue "l'automatica instaurazione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso", ricalcando così quanto statuito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 170 dell'11 giugno 2014[44]. Anche in relazione a tale profilo è stata già messa in luce la disparità di trattamento tra le due discipline, evidenziando come "sarebbe stato opportuno prevedere la trasmutazione dell'unione civile in matrimonio nell'eventualità in cui uno dei *partner* assumesse un genere diverso e sussistesse la volontà di entrambi di mantenere il legame, giuridicamente rilevante, di coppia"[45].

5. Considerazioni conclusive

Nel concludere questa lettura del nuovo istituto dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, pare opportuno riprendere le riflessioni della *Commissione Kortmann* in ordine alla dottrina del *separate but equal*. La Commissione ha osservato che il fatto di prevedere uno stato separato per le coppie omosessuali sarebbe "comunque una forma di discriminazione, anche se gli effetti giuridici fossero praticamente identici a quelli del matrimonio". Oggi questa critica risulta ancor più pregnante in relazione alla l. 76/2016 che, come si è visto, introduce una forma di unione registrata che attribuisce alle parti un sistema di diritti e doveri sotto più profili diverso da quello previsto dal codice civile per i coniugi. Invero, l'approccio dualistico adottato dal legislatore italiano, più che garantire l'effettiva applicazione del principio di non discriminazione, sembra piuttosto aver formalizzato la disuguaglianza tra l'unione coniugale e l'unione omoaffettiva. Infatti, se per molti aspetti l'unione civile si presenta come istituto del tutto speculare al matrimonio, per altri, senza dubbio significativi, la divergenza ("al ribasso") è netta, e non è dato comprendere quale sia l'effettiva *ratio* che di volta in volta giustifica questo discrimine.

Sicuramente, come già evidenziato, la nuova legge consente di colmare la grave lacuna normativa segnalata dalla Corte Edu e di avvicinare il nostro ordinamento al comune panorama europeo. Tuttavia, a discapito della definizione di unione civile delineata dal 1° comma e ancor prima dalla Corte costituzionale[46], le differenze tra le coppie omosessuali unite civilmente e quelle eterosessuali coniugate precludono una piena realizzazione del principio di non discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale e appaiono in contrasto con l'art. 3 Cost., configurandosi così possibili profili di incostituzionalità.

Com'è stato osservato da Stefano Rodotà, "al diritto è legittimo chiedere un'assenza, ma non di abdicare al suo ruolo di garanzia di libertà e diritti — dunque pure del diritto d'amore. Si tratta di rimuo-

42 Per un'analisi dello sviluppo normativo e giurisprudenziale in materia di obblighi di mantenimento in sede di crisi coniugale vedi, da ultimo, E. Al Mureden, *La solidarietà post-coniugale a quarant'anni dalla Riforma del '75*, in *Famiglia e diritto*, 11, 2015, pp. 991 ss.

43 Per un commento delle nuove procedure di negoziazione assistita, cfr. G.A. Parini, *La negoziazione assistita in ambito familiare e la tutela dei soggetti deboli coinvolti*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, parte II, 2015, pp. 602 ss., nonché F. Danovi, *Crisi della famiglia e giurisdizione: un progressivo distacco*, in *Famiglia e diritto* 11, 2015, pp. 1043 ss.

44 Corte costituzionale, sentenza del 11 giugno 2014, n. 170, cit., con cui la Consulta ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della l. 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".

45 Cfr. M.C. Venuti, *La regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze in Italia*, cit., p. 110.

46 Cfr. Corte costituzionale, sentenza del 15 aprile 2010, n. 138, cit.; Corte costituzionale, sentenza del 11 giugno 2014, n. 170., cit.

vere ostacoli, come dice con bella lingua l'art. 3 della Costituzione, per rendere concretamente possibile, in ogni momento della vita, l'eguaglianza"[47].

47 S. Rodotà, *Diritto d'amore*, Editore Laterza, 2015, spec. p. 12.

*Gianclaudio Malgieri**

L'unione civile alla prova del diritto internazionale privato: all'ombra di una delega legislativa

Sommario

1. Introduzione – 2. Un rilevante problema pratico: il destino delle trascrizioni dei matrimoni *same-sex* all'estero – 3. Questioni aperte e punti fermi sulla delega legislativa – 3.1. Il problema dell'"istituto analogo": i contratti di convivenza nella delega al governo – 3.2. La riqualificazione delle unioni *same-sex* straniere nella unione civile italiana – 4. Disciplina transitoria nelle more dell'approvazione dei decreti delegati – 5. La nuova disciplina sostanziale delle unioni *same-sex* trascritte in Italia – 5.1. Rapporti personali: il problema dell'obbligo di fedeltà – 5.2 Scioglimento dell'istituto: una (incidentale) armonizzazione – 6. Conclusioni

Abstract

Il tema della trascrizione delle unioni *same-sex* contratte all'estero si arricchisce di un nuovo elemento, forse definitivo, in seguito dell'approvazione della legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso e al relativo di decreto legislativo (7/2017) in merito. La legge n. 76/2016 ha infatti scelto lo strumento della delega legislativa per adeguare il diritto vigente alla novità introdotta dalle unioni civili. Il problema restano i matrimoni *same-sex* trascritti in passato o la cui trascrizione era stata negata e per cui i coniugi siano oggi impossibilitati a rinnovare la richiesta. Inoltre, tanto il c.d. "decreto ponte" quanto il decreto legislativo stabiliscono, in deroga alla legge di diritto internazionale privato, che qualsiasi matrimonio *same-sex* contratto all'estero sia trascritto in Italia come unione civile, anche se tra cittadini stranieri di diversa nazionalità e anche se la vita coniugale si svolge prevalentemente in un paese estero che riconosce il matrimonio *same-sex*. Peraltro, la tecnica del *depeçage* e il richiamo alla "disciplina" dell'unione civile impongono una riflessione sul concreto svolgimento di interessi all'interno delle unioni *same-sex* straniere che verranno riconosciute in Italia. Posto che gli unici punti di discordanza dall'istituto matrimoniale sono l'obbligo di fedeltà e la disciplina dello scioglimento dell'unione, sono questi gli elementi su cui l'applicazione delle norme di conflitto merita attenzione. Nello specifico, mentre l'obbligo alla fedeltà è di fatto recuperato tramite una diversa regola di coordinamento proposta dal legislatore delegato (applicazione della legge del luogo di celebrazione), lo scioglimento "agevolato" dell'unione civile è invece elemento di armonizzazione con gli istituti stranieri e dunque per assurdo tale differenza agevola la risoluzione del conflitto con norme straniere.

The aim of this article is to address the issues of international private law of new Italian law n. 76/2016 regulating same-sex civil unions. It is the final step of the long-lasting discussion about the legal recognition in Italy of same-sex unions celebrated abroad. The Italian legislator has chosen to delegate the government to define international private law details of same-sex partnerships. At the same time, the law n. 76/2016 states some principles for the application of same-sex partnerships: same-sex marriages celebrated abroad shall be regulated analogously to Italian same-sex civil partnerships. The only points of difference between Italian marriages and the new same-sex civil partnerships are the lack of loyalty duty for civil partnerships and a different procedure for the divorce. Actually,

* Ricercatore PhD candidate presso il centro di ricerca LSTS della Vrije Universiteit Brussel (VUB) di Bruxelles e Follow Researcher presso il Lider-Lab della Scuola Superiore S. Anna di Pisa (g.malgieri@sssup.it).
Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

these two elements of civil partnerships are more similar to some foreign marriages regulation than to the Italian one: this might be helpful in terms of harmonization between Italian and foreign law. Actually, the new decreto legislativo n. 7/2017 (about international private law aspects of the same-sex civil partnership) establishes two separate regimes for heterosexual marriages celebrated abroad and for same-sex marriages or civil unions celebrated abroad. At the same time, the substantial choices made by the new D.Lgs. 7/2017 (including the "depeçage" technique) confirm that the harmonization between Italian same-sex partnership and foreign marriages is easier than the commentator could imagine.

1. Introduzione

Il diritto privato internazionale di famiglia è di sicuro uno degli ambiti che maggiormente fungono da motore propulsore per un rinnovamento dei modelli familiari riconosciuti dagli ordinamenti nazionali. Ciononostante, però, il legislatore quando si occupa di riformare il diritto della famiglia non sempre dedica le dovute energie alle sfide e alle conseguenze derivanti dalle riflessioni internazional-privatistiche.

Ne è un esempio la recente legge n. 76 del 20 maggio 2016, che affronta il tema dell'adeguamento del diritto privato internazionale alla nuova disciplina delle unioni civili, tuttavia attraverso lo strumento indiretto della delega legislativa al governo. L'unico principio a cui il governo si è dovuto attenere è stato quello di *applicare la disciplina delle unioni civili* a chi ha contratto all'estero matrimonio, unione civile o "istituto analogo".

A tal proposito, nel presente contributo saranno affrontati molteplici problemi: l'opportunità di una delega al governo, la vaghezza dei principi e criteri direttivi indicati e le conseguenti possibilità di esecuzione della delega (soprattutto per l'interpretazione degli "istituti analoghi"). Si analizzerà da ultimo come il c.d. "decreto ponte" [1] e il nuovo decreto legislativo in tema di unioni civili nel diritto internazionale privato hanno interpretato la delega legislativa[2].

2. Un rilevante problema pratico: il destino delle trascrizioni dei matrimoni *same-sex* all'estero

La l. n. 76/2016 ha dato una svolta pressoché definitiva al decennale dibattito sulle trascrizioni dei matrimoni *same-sex* celebrati all'estero.

Infatti, la questione si pose per la prima volta nel 2005, quando il Tribunale di Latina si rifiutò di trascrivere un matrimonio tra due uomini celebrato in Olanda[3]. Il dibattito in ordine alla legittimità o meno della trascrizione di un matrimonio *same-sex* contratto all'estero si è protratto fino al recente provvedimento del Tribunale di Grosseto[4] che, nel 2015, confermando la sua precedente ordinanza del 2014[5]

1 Regolamento recante disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile, ai sensi dell'articolo 1, comma 34, della legge 20 maggio 2016, n. 76. (16G00156), (GU n.175 del 28-7-2016). Per il parere favore del Consiglio di Stato cfr. Cons. Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza di sezione del 15 luglio 2016, numero affare 01352/2016. Testo disponibile su *Articolo29*, www.articolo29.it .

2 D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 7, *Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera b), della legge 20 maggio 2016, n. 76*. (17G00013).

3 Tribunale Latina, decreto del 10 giugno 2005, per cui "Elemento essenziale per poter qualificare nel nostro ordinamento la fattispecie 'matrimonio' è la diversità del sesso dei nubendi" in *Famiglia e diritto*, 4/2005, p. 411 ss., con note di P. Schlesinger e di M. Bonini Baraldi, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006, I, p. 86 ss., con nota di F. Bilotta; decisione confermata da Corte di appello di Roma, decreto del 13 luglio 2006, in *Famiglia e diritto*, 2/2007, pp. 166 ss.

4 Tribunale di Grosseto, decreto del 26 febbraio 2015, in *Articolo29*, www.articolo29.it, per cui invece l'intrascrivibilità degli atti stranieri costituisce un'eccezione e che, dunque, non può che essere interpretata restrittivamente, "in particolar modo quando gli atti o provvedimenti incidano sullo *status* o sulla capacità delle persone" e nel particolare caso in oggetto, pur non ignorando "quelle letture storiche della norma costituzionale che ritengono implicitamente richiamato il modello di matrimonio eterosessuale del preesistente codice civile (…) ciononostante ritiene che nemmeno nell'interpretazione più restrittiva" e fatta salva una "una auspicabile interpretazione evolutiva, possa ritenersi che tale norma impedisca il riconoscimento nel nostro ordinamento del matrimonio celebrato tra persone appartenenti al medesimo genere".

5 Tribunale di Grosseto, ordinanza del 9 aprile 2014, in *Famiglia e diritto*, 7/2014, pp. 672 ss., con nota di M. Segni.

(che a sua volta era stata riformata dalla Corte di appello di Firenze[6]) ha attribuito piena legittimità alla trascrizione in Italia di un matrimonio omosessuale celebrato all'estero.[7]

Nel frattempo molti eventi giuspolitici si sono alternati, basti qui ricordare la celebre sentenza della Corte costituzionale 138/2010[8] e la sentenza della Corte di cassazione del 15 marzo 2012[9] che ha tentato di fornire una risposta organica in merito al valore giuridico in Italia del matrimonio *same-sex* celebrato all'estero. Non si può, però, ignorare la Circolare del Ministro degli interni in merito alla non trascrivibilità di tali atti presso i registri dello stato civile e il conseguente invito ai prefetti di annullare le trascrizioni già avvenute[10], con le successive sentenze del Tar Lazio e Friuli Venezia Giulia[11] che hanno negato tale facoltà ai prefetti, e la sentenza del Consiglio di Stato[12] che ha invece stabilito dapprima piena legittimità al potere di annullamento di questi ultimi e poi ha ritenuto "illegittimi, per incompetenza", i suddetti decreti prefettizi.[13]

A valle delle illustrate evoluzioni, la recente legge sulle unioni civili affronta esplicitamente questo tema per mezzo del comma 28 dell'articolo unico. Quest'ultimo, infatti, delega il Governo ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi in materia di unione civile tra persone dello stesso sesso per l'adeguamento delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni, ma soprattutto "per la modifica e il riordino delle norme in materia di diritto internazionale privato, *prevedendo l'applicazione della disciplina dell'unione civile* tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile *o altro istituto analogo"* (corsivo aggiunto).

Questa disposizione, che si presenta pertanto come delega legislativa, non risolve immediatamente l'annoso contrasto giuridico in tema di trascrizioni di unioni *same-sex* celebrate all'estero, ma si limita ad indicare un principio per la futura attività normativa delegata del governo: per le coppie dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile "o altro istituto analogo" *si applicherà* in Italia la disciplina dell'unione civile.

Tale principio, in realtà, non è totalmente assorbente: è stata lasciata infatti al legislatore delegato la scelta non solo del *come* applicare questo principio (in totale assenza di criteri direttivi), ma anche l'interpretazione del principio stesso.

Ad oggi, dopo l'approvazione del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (c.d. "decreto ponte")[14] per l'immediata applicabilità della l. n. 76/2016, è stato approvato anche il D.Lgs. 7/2017 che dà esecuzione alla delega in materia di adeguamento del diritto internazionale privato.

6 Corte di appello di Firenze, decreto del 23 settembre 2014, in *Articolo29*, www.articolo29.it, la quale non ha affrontato alcun aspetto di natura sostanziale, essendosi limitata a dichiarare la nullità del decreto a causa della notifica dell'atto introduttivo al Comune anziché al Sindaco, quale ufficiale del Governo, e della sua mancata costituzione in giudizio.

7 Per un *excursus*, cfr. B. Pezzini, *I confini di una domanda di giustizia (profili costituzionali della questione della trascrizione del matrimonio same-sex contratto all'estero),* in *questa Rivista*, 2015/2, 77 ss. e G. Palmeri ed M.C. Venuti, *La trascrivibilità del matrimonio tra identità personale e circolazione dello* status *coniugale*, in *questa Rivista*, 2015/2, 92 ss.

8 Cfr. M. Winkler, *Le Unioni same-sex straniere in Italia dopo la Sentenza n. 138/2010: Indicazioni per i giudici* in B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?,* Napoli, Jovene, 2011, 297-304.

9 Corte di cassazione, sez. I civ., sentenza n. 4184 del 15 marzo 2012, in *il Corriere Giuridico*, 7/2015, 909 ss., con nota di G. Ferrando, *Matrimonio same-sex: Corte di cassazione e giudici di merito a confronto*.

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

11 Tribunale amministrativo regionale Lazio, sentenze nn. 3907-3911-3912/2015 in *Osservatorio AIC,* www.osservatorioaic.it, 2015, Tribunale amministrativo regionale Friuli Venezia Giulia, sentenza del 21 maggio 2015, n. 228, in *Diritti fondamentali*, www.dirittifondamentali.it.

12 Consiglio di Stato, III Sez., sentenza del 26 ottobre 2015, n. 4897, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, 3, 40, con comm. di F. Azzarri, *Diritti fondamentali e stato civile: il caso delle trascrizioni dei matrimoni omosessuali celebrati all'estero.*

13 Consiglio di Stato, III sez., 1 dicembre 2017, n. 5047 e 5048, con specifico riguardo alle trascrizioni di 13 matrimoni avvenute nei comuni di Udine e Milano.

14 Regolamento recante disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile, ai sensi dell'articolo 1, comma 34, della legge 20 maggio 2016, n. 76. (16G00156), (GU n.175 del 28 luglio 2016). Per il parere favore del Consiglio di Stato cfr. Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza di sezione del 15 luglio 2016, numero affare 01352/2016. Testo disponibile su *Articolo29*, www.articolo29.it .

3. Questioni aperte e punti fermi sulla delega legislativa

Lo strumento della delega legislativa è uno strumento non infrequente quando è necessario adeguare le leggi di un ordinamento rispetto ad una trasversale novità normativa (come in questo caso, la regolazione delle unioni tra persone dello stesso sesso), tuttavia in tale caso vanno rilevate alcune perplessità.

Infatti, il Governo è stato (nella figura del Ministro dell'Interno) protagonista di uno scontro istituzionale con la magistratura[15] e i sindaci[16] sul tema: pertanto sembrava più opportuno che il potere legislativo (quale organo per eccellenza deputato alla funzione legislativa e *super partes* rispetto al dibattito apertosi sul punto) decidesse sul punto senza delegare all'esecutivo alcuna normazione.

Per vero, è comunque apprezzabile quanto specificato al comma 29, dell'articolo unico della legge in commento: dovrà essere il Ministro della giustizia a proporre i decreti per l'approvazione del Consiglio dei Ministri (seppur di concerto col Ministro degli interni, col Ministro del lavoro e delle politiche sociali e col Ministro degli esteri). Dettaglio non trascurabile se consideriamo che nell'originaria formulazione del ddl 2081, l'art. 8, comma 2 stabiliva che a *proporre* i decreti fossero il "Presidente del Consiglio dei ministri, [i]l Ministro della giustizia *e [i]ll Ministro dell'interno*" (di concerto con il Ministro per le riforme costituzionali e per i rapporti con il Parlamento e con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali).

Probabilmente il ridimensionamento del ruolo del Ministro degli interni (da co-proponente del decreto a mero soggetto con cui concertare la proposta) è stato dettato anche da ragioni di opportunità istituzionale, oltre che da valutazioni meramente tecniche[17].

Inoltre, la delega formulata al comma 28, lettera b) dell'articolo unico, si presenta particolarmente ampia, essendo previsto come unico principio[18] l'applicazione della disciplina italiana dell'unione civile alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo.

Seppur nella vaghezza di tale delega, il legislatore delegato ha dovuto tener conto di alcuni elementi testuali non marginali: a) si applica "*la disciplina* dell'unione civile" e non l'unione civile *tout court*; b) la scelta del singolare ("unione civile"), però, chiarisce che non ci si riferisce all'applicazione di tutta la l. n. 76/2016, la cui rubrica fa riferimento appunto a "unioni civili (…) e (…) convivenze", ma solo alla concreta organizzazione di interessi regolata dall'istituto dell'unione civile. Pertanto non paiono potersi applicare le norme di cui ai commi 36-69 sulle convivenze, o tutte le norme meramente procedurali non riferite al concreto svolgimento di diritti e doveri riguardanti le unioni civili.

Come vedremo, il governo ha scelto di interpretare la delega nel senso di una netta riqualificazione di ogni matrimonio *same-sex* contratto all'estero nell'istituto italiano delle unioni civili. Analoga riqualificazione è prevista per ogni unione *same-sex* contratta all'estero da due cittadini italiani residenti in Italia nell'istituto italiano dell'unione civile[19].

I problemi che anche l'approvazione dei decreti legislativi lascerebbe sul tavolo sono dunque almeno due: il problema di definire l'"istituto analogo" e l'impossibilità (in deroga all'attuale l. n. 218/1995) per i cittadini stranieri di stessa nazionalità o di diversa nazionalità ma che svolgono la vita familiare prevalentemente all'estero di vedere riconosciuta in Italia la loro unione come "matrimonio" anche se il loro ordinamento di riferimento (per cittadinanza comune o per luogo di svolgimento della vita familiare) preveda il matrimonio *same-sex*.

3.1. Il problema dell'"istituto analogo": i contratti di convivenza nella delega al governo?

Con riguardo all'"istituto analogo" al matrimonio o all'unione civile eventualmente contratto all'estero, il richiamo all'"analogia" con i due istituti familiari non sembra poter essere esteso fino a comprendere anche patti o contratti di convivenza, che pertanto in quanto tali potrebbero ancora essere regolati dal Regolamento CE n. 593/2008 relativo alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Regolamento

15 Da ultimo, Tribunale di Grosseto, sez. civile, decreto del 26 Febbraio 2015, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

16 Cfr. Circolare Ministero dell'Interno in materia di trascrizione dei matrimoni, 7 ottobre 2014, cit.

17 In realtà, la scelta del Ministro della giustizia è probabilmente da intravedere anche in ragioni più squisitamente tecniche, come la rilevanza dei criteri di delega per l'intero spettro dell'ordinamento giuridico e dunque la sua trasversalità.

18 Per la determinazione di principi e criteri direttivi in tale delega, vd. *infra*.

19 Cfr. *Infra*, Art. 1, co.1, lett. a), D.Lgs. 7/2017.

Roma I), così come espressamente richiamato (seppur nella precedente Convenzione di Roma del 1980) dall'art. 57 della l. n. 218/1995[20].

In realtà, anche tale applicazione risulta complessa in un sistema in cui i patti di convivenza registrati siano regolati da una disciplina nazionale che garantisca acquisizione di *status*, rapporti di famiglia, diritti successori o regimi patrimoniali con "effetti comparabili al matrimonio"[21]. Infatti il Regolamento Roma I, all'art. 1(2) esclude espressamente dal suo raggio applicativo tali ipotesi[22].

Per vero, la legge sulle unioni civili regola sì anche la "disciplina delle convivenze" (ai commi 36-67 dell'art. 1), tuttavia essa concerne soltanto una situazione "di fatto"[23] e non un contratto, requisito essenziale per l'applicazione del Regolamento in oggetto[24]. È solo il comma 50 a prevedere che i conviventi di fatto possano "disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune con la sottoscrizione di un contratto di convivenza".

Ora, tale contratto, sebbene non porti all'acquisizione di *status* o di rapporti di famiglia, può sì regolare regimi patrimoniali con "effetti comparabili al matrimonio"[25], pertanto pare non potersi applicare al caso di specie il Regolamento Roma I, ma solo limitatamente alle obbligazioni che derivino da rapporti patrimoniali tra i conviventi esplicitamente pattuite nel contratto di convivenza.

Non è un caso, peraltro, che la stessa l. n. 76/2016 si preoccupi di disciplinare esplicitamente le norme di conflitto per tale contratto, emendando la più volte citata l. n. 218/1995 con un nuovo art. 30-*bis* che prevede che ai contratti di convivenza si applica la legge nazionale comune dei contraenti, ma se sono di diversa cittadinanza si applica la legge del luogo in cui la convivenza è prevalentemente localizzata. Restano però salve "le norme nazionali, europee ed internazionali che regolano il caso di cittadinanza plurima"[26].

A prescindere, però, dall'esito interpretativo di tale disposizione, di sicuro non si possono considerare inclusi nella delega al governo in merito all'adeguamento del diritto internazionale privato (di cui al comma 28, articolo unico, l. n. 76/2016) i conflitti di norme in tema di disciplina italiana sulle convivenze di fatto e degli analoghi istituti stranieri[27]. In effetti, data la mancata acquisizione di un nuovo *status* familiare e la limitatezza dei diritti previsti per le parti, soprattutto in campo successorio, pare davvero difficile che tali situazioni si possano definire "analoghe" ad una unione civile o ad un matrimonio. Non è un caso il succitato intervento esplicito del legislatore nella l. n. 76/2016, in tale ambito, in emendamento della l. n. 218/1995.

Un ulteriore elemento utile per determinare l'*analogia* tra un eventuale istituto straniero e le unioni civili (o i matrimoni) italiani ci è fornito dalla Direttiva (CE) n. 2004/38 (attuata dal D.Lgs. 6 febbraio 2007 n. 30) relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri: l'art. 2(1)(2b) stabilisce infatti che deve ritenersi "familiare" il *partner* che abbia contratto con il cittadino UE una unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, "qualora la legislazione dello Stato membro ospitante *equipari l'unione registrata*

20 È di questo avviso L. Scaffidi Runchella, *Il riconoscimento delle Unioni Same-sex nel Diritto Internazionale Privato,* Napoli, 2012, p. 264; più in generale cfr. B. Ubertazzi, *La legge applicabile alle obbligazioni contrattuali nel Regolamento "Roma I"* in A. Bonomi (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione in materia civile,* Torino, 2009, pp. 345 ss. Cfr. inoltre, sui problemi di compatibilità con le norme di conflitto ai sensi della l. 218/1995: U. Villani, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti,* Bari, 2000 (2ª ed.), pp. 57-61; F. Mosconi, C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni,* Torino, 2010 (5ª ed.), pp. 371-380.

21 Cfr. sul punto R. Virzo, *The Law Applicable to the Formation of Same-Sex Partnerships and Marriages*, in D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (a cura di), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions,* New York, Springer, 2014, pp. 344-346.

22 Art. 1(2), Reg. (CE) n. 593/2008, "Sono esclusi dal campo d'applicazione del presente regolamento: a) le questioni di stato e di capacità delle persone fisiche, fatto salvo l'articolo 13; b) le obbligazioni derivanti dai rapporti di famiglia o dai rapporti che secondo la legge applicabile a tali rapporti hanno effetti comparabili, comprese le obbligazioni alimentari; c) le obbligazioni derivanti da regimi patrimoniali tra coniugi, da regimi patrimoniali relativi a rapporti che secondo la legge applicabile a questi ultimi hanno effetti comparabili al matrimonio, nonché dalle successioni".

23 Cfr. art. 1, comma 36, l. 76/2016.

24 Art. 1 (1), Reg. (CE) n. 593/2008: "Il presente regolamento si applica, in circostanze che comportino un conflitto di leggi, alle obbligazioni *contrattuali* in materia civile e commerciale" (corsivo aggiunto).

25 Come dimostra l'art. 1, co. 53, lett. c), ddl C. 3634.

26 Art. 1, comma 64, ddl. C. 3634.

27 Cfr. ad esempio i *Pacs* francesi, *Loi n. 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité o il concubinage ex art. 515-8 code civile.*

al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante".

Tale disciplina, estremamente importante per la libera circolazione delle famiglie *same-sex* nell'UE[28], ritiene che la dimensione *familiare* sia raggiunta solo da quelle forme di "unioni civili" sostanzialmente equiparate al matrimonio, escludendo dunque qualsiasi forma di tutela ridotta (come appunto i patti di convivenza[29]) dall'oggetto di protezione della libera circolazione transfrontaliera.[30]

Per concludere, pare che il richiamo agli "istituti analoghi" sia dovuto prevalentemente ad un eccesso di zelo del legislatore delegante, il quale voleva assicurarsi che situazioni analoghe fossero trattate allo stesso modo, a prescindere da eventuali problemi di traduzione del *nomen iuris* delle unioni civili straniere[31]. Rimane fermo, pertanto, che tali unioni comportino la perdita dello stato libero[32] e un novero di diritti personali e patrimoniali (inclusi i diritti successori) che sia comparabile alla disciplina dell'unione civile italiana, così come regolata dalla l. n. 76/2016.

3.2. La riqualificazioni delle unioni same-sex straniere nella unione civile italiana

Fermo quanto sopra detto, residuano importanti spazi di libertà per l'attività normativa del legislatore delegato in tema di adeguamento del diritto privato internazionale.

Prima di analizzare come il c.d. "decreto ponte" e il recente decreto legislativo in tema di diritto internazionale privato (D.Lgs. 7/2017) hanno scelto di applicare la delega, occorrerà analizzare il contenuto della delega legislativa e le possibili opzioni di esecuzione.

Innanzitutto, il legislatore delegato può decidere come sviluppare il riferimento all'"applicazione dell'unione civile" agli istituti diversi dall'unione civile. Due opzioni sono infatti prospettabili:

a) qualsiasi tipo di unione *same-sex* contratta all'estero, incluso il matrimonio, in Italia è trascritto automaticamente come unione civile; oppure

b) le unioni contratte all'estero conservano formalmente il *nomen iuris* originario tradotto nel nostro ordinamento (matrimonio, unione civile, patti di convivenza), ma per quanto attiene alle situazioni giuridiche soggettive e ad ogni questione sostanziale esse sono disciplinate dalla "disciplina dell'unione civile" (ovviamente, solo nei casi in cui le norme di conflitto stabiliscano l'applicazione della legge italiana)[33].

In effetti, posto che ad oggi sono generalmente regolati tre tipi di unioni familiari *same-sex* negli ordinamenti stranieri (matrimonio, unioni civili e patti o contratti di convivenza) e che difficilmente è

28 Cfr. J. Rijpma e N. Kofferman, *Free Movement Rights For Same-Sex Couples Under EU Law: What Role To Play For The CJEU?*, in D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino, *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions,* cit., pp. 466-467.

29 In realtà, la dottrina non è unanime sul punto, cfr. ad es. J. Rijpma e n. Kofferman, op.cit, p. 473, per cui "*there is (…) much debate wether the French PACS (Pacte Civile de Solidarité), essentially an instrument of contract law, meets the 'equivalent to marriage' threeshold*".

30 Interessante sul punto Tribunale di Pescara, ordinanza del 15 gennaio 2013, su *Articolo29*, www.articolo29.it. Cfr. sul punto anche M.C. Vitucci, *In viaggio per i diritti. Coppie omosessuali e diritto internazionale privato*, in A. Schillaci (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti. Desiderio e riconoscimento*, Roma, 2014, p. 126.

31 Si pensi già solo alla differenza di *nomen* tra le *Eingetragene Partnerschaft* (unioni registrate) austriache, *Eingetragene Lebenspartnerschaft* (unioni di vita registrate) tedesche e *Civil Partnership* (unioni civili) nel Regno Unito.

32 La perdita dello stato libero anche per le coppie *same-sex* è un elemento estremamente importante per il rispetto di un emergente ed embrionale principio di unicità dello *status* del cittadino nello spazio dell'UE; cfr. in merito M.C. Vitucci, *In viaggio per i diritti. Coppie omosessuali e diritto internazionale privato*, cit., pp. 123-128, cfr. anche R. Baratta, *Problematic Elements of an Implicit Rule Providing for Mutual Recognition of Personal and Family status in the EC*, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts,* 2007, pp. 4 ss.; L. Tomasi, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione Europea*, Padova 2007, pp. 95 ss., 235 ss.; M. Soto Moya, *Libre circulacion por el territorio de la Union Europea de los matrimonios del mismo sexo celebrados en Espana*, in *Revista de derecho comunitario europeo*, 2012, 43, p. 807. A livello giurisprudenziale, rilevanti sul punto, seppur non propriamente sul concetto di *status familiae*, ma sul concetto di cittadinanza cfr. Corte di giustizia Ue, sentenza del 7 luglio 1992, causa C-369/1990, *Micheletti*; riguardo all'unicità del nome tra i vari ordinamenti UE, cfr. Corte di giustizia Ue, sentenza del 30 marzo 1993, causa C-168/1991, *Kostantinidis*. Contrario a tale principio F. Mosconi, *Europa, famiglia e diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale,* 2008, 91, 2, pp. 359 ss.

33 Cfr. ad esempio gli artt. 29 e 31 della l. n. 218/1995 (su cui, vd. *infra*) che stabiliscono che rispettivamente per i rapporti personali tra i coniugi e per la separazione o cessazione del coniugio, si applichi la legge di comune cittadinanza dei coniugi o, se la cittadinanza è diversa, lo stato in cui è prevalentemente localizzata la vita in comune. Pertanto, non è automatica l'applicazione della legge italiana: questa è esclusa, infatti, nel caso in cui i coniugi siano entrambi di uno stesso paese estero o in cui, di nazionalità diversa, svolgono la vita in comune prevalentemente in un paese estero.

prevista la coesistenza di tutti e tre gli istituti in un ordinamento[34], può capitare molto spesso che in due ordinamenti non ci sia corrispondenza tra istituti di regolazione delle coppie *same-sex* e che si ponga dunque un conflitto giuridico tra ordinamenti (ad esempio, per un matrimonio *same-sex* celebrato in Spagna di cui si chiede riconoscimento in Germania).

Le opzioni astrattamente possibili per la risoluzione del conflitto sono due (e richiamano sostanzialmente i punti *a)* e *b)* sopra esposti):

1. Il riconoscimento dell'istituto straniero pur in assenza di corrispettivi istituti nell'ordinamento in cui si chiede riconoscimento[35].
2. L'automatica riqualificazione dell'istituto straniero nell'"analogo" istituto[36] previsto dall'ordinamento in cui si chiede riconoscimento[37].

Il caso più emblematico di applicazione della prima ipotesi (*sub-1*) è costituito dallo Stato di Israele. Infatti, tale ordinamento, pur non consentendo il matrimonio tra persone dello stesso sesso (dal momento che il matrimonio civile non è neppure regolato dalla legge[38]), riconosce i matrimoni *same-sex* celebrati all'estero in virtù, peraltro, di una sentenza della Suprema Corte basata su un ragionamento squisitamente formalistico[39].

Per quanto attiene, invece, alla seconda ipotesi (*sub*-2), esempio paradigmatico è stato il Regno Unito che, prima dell'approvazione del *Marriage (Same Sex Couples) Act* del 2013 prevedeva una riqualificazione automatica di qualsiasi "*overseas relationship*" nella *Civil Partnership* così come regolata dal *Civil Partnership Act* del 2004 (peraltro senza necessità di alcuna manifestazione di volontà da parte dei membri della coppia, dal momento che il riconoscimento avveniva *de facto*)[40], poi confermato dal caso *Sue Wilkinson v. Celia Kitzinger*[41]. Un esempio analogo di "riqualificazione" ci è fornito dall'ordinamento svizzero che, all'art. 45, comma 3 della legge sul *partenariat enregistré* prevede che *"un mariage célébré à l'étranger entre personnes de même sexe est reconnu en tant que partenariat enregistré"*.

Soluzione analoga è esperita anche dall'ordinamento tedesco, dove però il testo di legge della *Lebenspartnerschaftsgesetz* (anche dopo gli emendamenti del 20 giugno 2014[42]) non prevede alcuna norma di adeguamento delle disposizioni di diritto internazionale privato. Pertanto è stata la giurisprudenza ad adottare il criterio della riqualificazione[43].

In realtà, riguardo alla seconda opzione prospettata (riqualificazione della unione contratta all'estero alla luce del diritto interno dello stato dove si chiede il riconoscimento), occorre distinguere due sub-ipotesi: *a)* una riqualificazione meramente *semantica*, laddove il diverso *nomen iuris* non comporti una disciplina diversa, ma sostanzialmente identica all'istituto formatosi all'estero (ne è un esempio la *Lebenspartnershaft* tedesca rispetto al matrimonio); oppure *b)* una riqualificazione giuridica, qualora il diverso *nomen iuris* rispecchi una sostanziale diversità di disciplina (ne è un esempio, seppur marginale, la legge italiana sulle unioni civili)[44]. Come vedremo, in realtà, il legislatore delegato italiano sceglie una terza via: pur optando per la riqualificazione formale, permette (tramite norme diverse, come quella sul-

34 Emblematico caso contrario è il Regno Unito, che nel riconoscere il matrimonio egualitario non ha abolito l'istituto delle *civil partnership*. Cfr. *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013*.

35 Sono di questa opinione G. Barile, *Lezioni di diritto internazionale privato,* Padova, 1980, pp. 44 ss; E. Vitta, F. Mosconi, *Corso di diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 1994., p. 153.

36 La valutazione di analogia tra istituti (e dunque l'indicazione dell'istituto in cui sarà convertita la legge) è compiuta dalla legge dello stato in cui si chiede il riconoscimento.

37 Cfr. R. Quadri, *Lezioni di diritto internazionale privato,* Napoli, 1967, p. 325.

38 L. Scaffidi Runchella, *op. cit.*, p. 240.

39 *Ibidem*.

40 Cfr. *Schedule 20, Civil Partnership Act 2004*.

41 Sul punto cfr. G. Goldstein, *La Cohabitation hors mariage en droit international privé,* Recueil des Cours, Aja, 2006, 154 ss.

42 Gesetzes vom 20.6.2014 (BGBl. I S. 786) (consultabile su: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_lpartg/englisch_lpartg.html#p0099, ultimo accesso 10 aprile 2016).

43 Più precisamente, la giurisprudenza si è rifiutata di riconoscere il matrimonio *same-sex* celebrato all'estero in quanto matrimonio: Verwaltungsgericht Karlsruhe, 9.9.2004, in *IPRax – Praxis des Internationalen Privat – un Verfahrensrechtes,* 2006, 284.

44 Sulla differenza tra forme di "declassamento" di istituti stranieri cfr. L. Scaffidi Runchella, *op.cit.*, p. 241.

la legge applicabile per i rapporti personali e patrimoniali) una disciplina sostanziale del tutto analoga al matrimonio *same-sex* celebrato all'estero[45], pur per una probabile eterogenesi dei fini[46].

Ci si potrebbe chiedere, tuttavia, se sia obbligata la prima via (sub-1)) rispetto alla riqualificazione del matrimonio straniero in virtù di un principio di libera circolazione degli *status* familiari nello spazio dell'Unione Europea[47].

Ebbene, in realtà la libera circolazione degli *status* non sembra obbligare ad una omonimia di *status* familiari tra un paese membro e un altro, ciò che si ritiene sufficiente è la perdita dello *status* libero[48] e ciò, per l'unione civile, è garantito dalla registrazione dell'atto nei registri dello stato civile, ai sensi del comma 3, art. 1, l. n. 76/2016. Peraltro, proprio in virtù del già citato art. 2(1)(2b) della direttiva 2004/38/CE, l'unione registrata che la legge equipara al matrimonio (come nel caso della l. n. 76/2016, grazie all'art. 1, comma 20) porta all'acquisizione per le parti di tutti i diritti di circolazione nello spazio UE, in quanto *familiari*[49].

3.3. La riqualificazione degli istituti esteri nelle scelte del legislatore delegato

Il legislatore delegato, nel c.d. decreto ponte si è limitato a prevedere che nelle more dell'adozione dei decreti legislativi "gli atti di matrimonio o di unione civile tra persone dello stesso sesso formati all'estero", sono trasmessi dall'autorità consolare, per la trascrizione nel "registro provvisorio" delle unioni civili (art. 8, co. 3), sembrando dunque optare per una riqualificazione degli istituti di unioni *same-sex* nell'istituto italiano delle unioni civili.

Più elastico pare invece il decreto legislativo in materia di diritto internazionale privato. Esso, infatti, all'art.1, co. 1, lett. a), introduce un nuovo articolo 32-*bis* nella legge 218/1995 in base al quale "il matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persone dello stesso sesso produce gli *effetti* dell'unione civile regolata dalla legge italiana" (corsivo aggiunto).

Fin qui il decreto delegato sembrerebbe limitarsi al rispetto della delega contenuta al comma 28 dell'articolo unico della l. n. 76/2016 senza prendere posizione in tema di riqualificazione e *nomen iuris*. Infatti si parla solo di "produzione degli effetti", espressione che richiama la "*applicazione della disciplina* dell'unione civile" ai matrimoni, unioni civili e istituti analoghi contratti all'estero ai sensi del comma 28, articolo unico, l. n. 76/2016.

Tuttavia, il decreto legislativo sullo Stato civile[50] sembra richiamare la previsione del decreto ponte sopra descritta nel senso di una "riqualificazione" dell'istituto nella forma dell'unione civile italiana. Esso infatti si limita a prevedere (all'art. 2, comma 1, lett. c)) un nuovo articolo 134-*bis* al R.d. 9 luglio 1939 n. 1238, che al comma 3, lett. a) prevede che "gli atti di costituzione delle unioni civili avvenute all'estero e gli atti dei matrimoni tra persone dello stesso sesso avvenuti all'estero" si trascrivano nella parte seconda del registro delle unioni civili, acquisendo dunque una riqualificazione formale nel senso dell'unione civile.

Bisogna peraltro sottolineare come già la previsione sopra ricordata di un nuovo principio generale in tema di diritto internazionale privato all'interno della l. n. 218/1995 per le sole coppie dello stesso sesso[51] ponga un problema di discriminazione tra queste e le coppie di sesso opposto.

Infatti, se per queste ultime i principi di coordinamento di diritto internazionale privato prevedono l'applicazione della legge straniera quando entrambi gli sposi siano di una stessa nazionalità estera o vivano la loro unione prevalentemente all'estero (cfr. *infra*), per le coppie omosessuali si stabilisce un coordinamento differenziato: si applica sempre e comunque la disciplina sostanziale dell'unione civile italiana.

45 Cfr. *Infra*, Art. 1, co.1, lett. a) (e nello specifico il nuovo articolo 32-*ter* alla l. 218/1995), D.Lgs. 7/2017.

46 La relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo afferma che la diversa regola per la determinazione della legge applicabile ai rapporti personali e patrimoniali dei coniugi dipende dall'anticipata applicazione del regolamento UE che riforma il diritto di famiglia internazionale in tal senso. Cfr. *infra*.

47 Cfr. sul punto M.C. Vitucci, *In viaggio per i diritti. Coppie omosessuali e diritto internazionale privato*, cit., pp. 123-128; L. Tomasi, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione Europea*, cit., pp. 95 ss.

48 Cfr. in generale, cfr. J. Rijpma e N. Kofferman, *op.cit*, pp. 466 ss.

49 *Ibidem*.

50 D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 5, *Adeguamento delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni, nonché modificazioni ed integrazioni normative per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettere a) e c), della legge 20 maggio 2016, n. 76*. (17G00011)

51 Art. 1, co. 1, lett. a) (nuovo art. 31-*bis* alla legge 218/1995), D.Lgs. 7/2017.

In altri termini, sembra dipendere dall'orientamento sessuale l'applicazione delle regole di coordinamento di diritto internazionale privato, col risultato che soltanto i cittadini in coppie di sesso opposto si vedranno riconosciuta in Italia l'applicazione della legge straniera se sono stranieri e hanno sposato un connazionale straniero o se svolgono la loro vita familiare prevalentemente all'estero, mentre i cittadini in coppie *same-sex* dovranno rinunciare alla legge straniera a loro più prossima (per comune cittadinanza o luogo d'elezione).

Come vedremo, in realtà, questo principio è stemperato dalla più flessibile previsione, nel D.Lgs. 7/2017, di applicazione per i rapporti personali e patrimoniali della legge straniera del luogo in cui si è celebrata l'unione[52].

3.4 L'incerto destino dei matrimoni *same-sex* già trascritti o delle negate trascrizioni

Per quanto attiene, invece, al modo in cui applicare il suesposto principio sancito nella delega, restano ampie zone d'ombra che il legislatore delegato dovrebbe illuminare, ma che ad oggi non sono risolti dalle proposte di decreti legislativi in campo. In particolare, non è chiarito come si debba procedere nei confronti di eventuali matrimoni *same-sex* trascritti negli ultimi anni nei registri dello stato civile, soprattutto quelli su cui è pendente ancora un procedimento giurisdizionale[53], quelli per cui la cui richiesta di trascrizione è stata negata e su quelli che invece sono stati trascritti come matrimoni (ad esempio per scelta dei sindaci): sarà necessaria una nuova attivazione degli interessati oppure saranno automaticamente trascritti (o convertiti, nel caso di atti già trascritti come matrimoni) applicando la legge sulle unioni civili?

Eppure ciò sarebbe impossibile per quei soggetti che non sono più nelle condizioni (fisiche o giuridiche) di rinnovare l'atto di richiesta di trascrizione, perché ad esempio in sopraggiunto stato di incapacità legale.

Già il decreto ponte non sembrava risolvere tale problema, limitandosi a stabilire all'art. 8, co. 3 — come poco sopra ricordato — che gli atti di matrimonio o di unione civile tra persone dello stesso sesso formati all'estero sono trasmessi dall'autorità consolare per la trascrizione nel "registro provvisorio" delle unioni civili.

Purtroppo neppure il D.Lgs. 5/2017 sullo stato civile risolve tale problema. Esso infatti, come sopra ricordato, si limita a prevedere che "gli atti di costituzione delle unioni civili avvenute all'estero e gli atti dei matrimoni tra persone dello stesso sesso avvenuti all'estero" si trascrivono nella parte seconda del registro delle unioni civili[54].

Non viene pertanto dedicata alcuna disposizione agli atti compiuti all'estero già trascritti come matrimoni (ad esempio per scelta del sindaco) oppure alle richieste di trascrizione di unioni familiari *same-sex* avvenute all'estero a cui era stato opposto un diniego.

Per i casi di diniego, dunque, non restano altre possibilità di una rinnovazione della richiesta di trascrizione, consci però che questa può non essere possibile per sopravvenuta incapacità fisica o giuridica.

Per i casi invece di matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero e già trascritti in Italia[55], invece, sembra residuino più margini.

In effetti, stando alle parole della Corte di cassazione, sez. I civ., sentenza n. 4184 del 15 marzo 2012, i matrimoni *same-sex* celebrati all'estero non erano da considerarsi né "inesistenti" e neppure "invalidi", ma solo "*inidonei a produrre*, quali atti di matrimonio, *qualsiasi effetto giuridico* nell'ordinamento italiano"[56]. Ebbene tale requisito non è più vero perché in forza del comma 28 dell'articolo unico del ddl in discussione, si stabilisce che a queste unioni contratte all'estero si applichi la *disciplina dell'unione civile*.

Dunque si potrà affermare che i matrimoni già trascritti non siano né inesistenti, né invalidi e neppure *inidonei a produrre effetti*: l'unica soluzione ragionevole pare dunque quella di considerarli matrimoni esistenti e validi, ma *produttivi degli effetti* dell'unione civile[57].

52 Art. 1, co. 1, lett. a) (nuovo art. 31-*ter* alla legge 218/1995), D.Lgs. 7/2017.

53 Lo stesso sopracitato caso Tribunale di Grosseto, decreto del 26 febbraio 2015, potrebbe verosimilmente essere stato oggetto di impugnazione.

54 Cfr. comma 2, n. 1 del nuovo articolo 134-*bis* al R.d. 9 luglio 1939 n. 1238 previsto dall'art. 2, comma 1, lett. c), D.Lgs. 5/2017.

55 Oltre al succitato caso di Grosseto, si rileva anche Corte di appello di Napoli, sentenza del 13 marzo 2015.

56 Cfr., tra gli altri, L. Scaffidi Runchella, *op.cit.*, pp. 343-378.

57 In base al principio indicato dal comma 28 dell'art. unico e anche dal comma 20, l. 76/2016.

3.5 Il ricongiungimento familiare

Un ultimo elemento, in termini di diritto internazionale privato, che invece probabilmente non necessita di un'attività di adeguamento da parte del legislatore delegato riguarda la disciplina sul ricongiungimento familiare ai sensi della direttiva 2003/86/CE (attuata in Italia dal D.Lgs. 8 gennaio 2007, n. 5) in cui un membro dell'unione *same-sex* sia di uno stato terzo rispetto all'UE. In tali casi la suddetta direttiva recita, all'articolo 4(1a) che è consentito l'ingresso o il soggiorno del "coniuge del soggiornante".

Ci si può chiedere se si potrà intendere per "coniuge" anche la parte dell'unione civile[58]. Ebbene ciò è chiarito, ancora una volta, dall'art. 1, co. 20 della l. n. 76/2016, che porta all'applicazione di qualsiasi atto normativo riferito al coniuge anche alla parte dell'unione civile[59]: pertanto il diritto al ricongiungimento familiare di un cittadino europeo unito ad un cittadino di un paese terzo sarà garantito anche alle coppie *same-sex*. Ciò è stato anche poi chiarito da una specifica Circolare del Ministero dell'Interno[60].

4. Disciplina transitoria nelle more dell'approvazione dei decreti delegati: i principi immediatamente applicabili e la clausola generale del comma 20

Problema ancora più spinoso è la disciplina applicabile nelle more dell'approvazione dei decreti delegati, stemperato tuttavia dalla prossima approvazione dei decreti del governo.

In effetti, ci si potrebbe domandare se si possa sin da subito applicare il principio indicato nella delega al governo (posto che tale principio necessiti comunque di una interpretazione chiarificatrice, ad esempio ad opera del giudice) o se sia necessario, altrimenti, cercare altrove norme immediatamente applicabili.

Occorre dunque affrontare due questioni: da un lato, l'applicabilità del principio contenuto nella delega anche nelle more della sua attuazione; dall'altro, in caso si opti per la non applicabilità del principio della legge delega, la rilevazione di altre norme nell'ordinamento utili per risolvere *medio tempore* la questione delle trascrizioni. Sarebbe infatti irragionevole il perpetrarsi del diniego istituzionale di trascrizione dei matrimoni *same-sex* celebrati all'estero anche in costanza di una legge che regoli le unioni civili tra persone dello stesso sesso.

Quanto al primo punto, occorre innanzitutto identificare e distinguere nella delega legislativa di cui al comma 28, art. 1, l. n. 76/2016, la presenza di "principi" e la presenza di "criteri direttivi"[61] per l'attuazione della delega, perché in base alla qualificazione che si darà alle diverse disposizioni contenute nella delega se ne potrà stabilire una diversa ed eventuale applicazione intertemporale.

Infatti, mentre il *criterio direttivo* non è norma sostanziale destinata a incorporarsi nel sistema, ma solo norma strumentale e temporanea (tanto per efficacia che per struttura), il principio è norma sostanziale, ancorché talvolta incompleta e ad efficacia differita[62].

Pertanto, semmai si possa dare un valore normativo diretto alla delega, questo potrà essere attribuito soltanto ai principi e non già ai criteri direttivi.

58 Cfr. sul punto E. Naldi, *La circolazione dei coniugi di coppie same-sex*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti, *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, cit., pp. 309-311.

59 Senza perciò addentrarsi nell'art. 4(3) che invece stabilisce che gli Stati membri "possono, per via legislativa o regolamentare, autorizzare l'ingresso e il soggiorno ai sensi della presente direttiva, fatto salvo il rispetto delle condizioni definite al capo IV, del partner non coniugato cittadino di un paese terzo che abbia una relazione stabile duratura debitamente comprovata con il soggiornante, o del cittadino di un paese terzo legato al soggiornante da una relazione formalmente registrata, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, nonché dei figli minori non coniugati, anche adottati, di tali persone, come pure i figli adulti non coniugati di tali persone, qualora obiettivamente non possano sovvenire alle proprie necessità in ragione del loro stato di salute".

60 Circolare Ministero dell'Interno, Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione, prot. n. 3511, 5 agosto 2016, http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/circ._prot._nr._3511_del_05.08.2016.pdf (visitato l'8 febbraio 2017).

61 Ritengono necessario come tale distinzione in ogni delega legislativa G.B. Ferri, *Sulla delegazione legislativa*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di L. Rossi*, Milano, 1952, p. 174; L. Carlassare, *Sulla natura giuridica dei testi unici*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1961, p. 74; A. Cervati, *La delega legislativa*, Milano, 1972, p. 128.

62 Cfr. A. Cerri, *Delega legislativa*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. X, 1993, p. 7; Corte costituzionale, sentenza n. 367 del 1991.

Il succitato comma, in effetti, parla espressamente di "principi e criteri direttivi" cui il legislatore dovrà attenersi. Per quel che qui rileva, la lettera *b)* delega alla modifica e riordino delle norme in materia di diritto internazionale privato, "prevedendo l'applicazione della disciplina dell'unione civile (…) regolata dalle leggi italiane alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo".

Tale disposizione forma, nonostante la genericità, una norma sostanziale applicabile anche da sola e non pare essere soltanto un criterio strumentale e temporaneo privo di valore normativo autonomo, tanto che potremmo concludere che (almeno limitatamente alla lettera *b)* del comma 28) la delega legislativa è costituita soltanto da un principio, senza alcun criterio direttivo.

In realtà, si è più volte sottolineato che mentre i principi possono essere impliciti, i criteri direttivi vanno sempre espressi nella delega, pena l'illegittimità costituzionale della legge delega per insufficiente determinazione, salvo il caso in cui esigenze di riforma discendano immediatamente dal mutamento dei principi medesimi[63]. Sembra questo il caso, dal momento che si introduce nell'ordinamento un principio totalmente nuovo: la trascrivibilità delle unioni *same-sex* nel nostro ordinamento attraverso lo strumento delle unioni civili.

Di conseguenza, occorre indagare se un principio di delega possa avere effetti diretti a prescindere e prima dell'esecuzione della delega oppure no. Ebbene, su questo punto la Corte costituzionale si è espressa (seppur incidentalmente) nel senso negativo e cioè di una efficacia differita dei principi di delega[64].

Tuttavia, in questo caso, la delicatezza del tema e il contenzioso ancora in atto in seguito a diverse richieste di trascrizione[65] imporrà ai giudici una risposta probabilmente prima dell'attuazione della delega. In tal caso, anche qualora quel principio delegato avesse solo efficacia differita, sembra potersene dichiarare una efficacia diretta quanto meno come indirizzo nei confronti dell'interprete, maggiormente considerando che il principio espresso dal comma 28, lettera b) non si pone in contrasto con altre norme nell'ordinamento, ma anzi appare una possibilità nel ventaglio di interpretazioni che il giudice può operare alla luce dell'approvazione della legge sulle unioni civili.

Detto altrimenti, se il giudice dovrà comunque risolvere il quesito delle trascrizioni *same-sex* nell'immediato e non potrà comunque trascurare l'approvazione della legge sulle unioni civili, si troverà nella piena facoltà (ed anzi nel dovere) di adeguare la normativa vigente a questa novità legislativa e il comma 28, lettera b) può essere strumento interessante per indirizzarne la scelta. Ciò è ancor più vero se ci spostiamo sul secondo quesito sopra esposto (sub-b): infatti nella l. n. 76/2016 c'è una disposizione subito applicabile che funge da clausola generale di adeguamento dell'ordinamento italiano alla nuova disciplina dell'unione civile: si tratta del comma 20 dell'articolo unico della l. n. 76/2016. Esso stabilisce che, seppure "al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso", le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole "coniuge", "coniugi" o termini equivalenti, ovunque ricorrano in un atto normativo (ad eccezione della l. n. 184/1983 sulle adozioni e alle disposizioni del codice civile non espressamente richiamate) si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. Dunque anche le disposizioni di cui alla l. n. 218 del 1995 e al regolamento n. 396 del 2000, che disciplinano appunto il regime delle trascrizioni in Italia (anche) dei matrimoni celebrati all'estero.

Si potrebbe addirittura ipotizzare che lo stesso principio indicato nella delega al comma 28 (la *applicazione* della disciplina dell'unione civile a chi abbia contratto unione all'estero) trovi specificazione nel comma 20. In effetti il comma 28, lett. b non afferma che si applichino diritti e doveri derivanti dalle unioni civili a chi contragga matrimonio o altra unione *same-sex* all'estero, ma che si applichi la *disciplina* della unione civile. Tale disciplina trova appunto un suo principio interpretativo generale nel comma 20, che stabilisce una parificazione tra matrimonio e unione civile (salvo eccezioni specificamente indicate).

Pertanto si potrebbe addirittura ipotizzare che il comma 28, lettera b) apra ad una piena trascrizione legittimante dei matrimoni *same-sex* celebrati all'estero.

63 A. Cerri, *Delega legislativa,* cit., 8; R. Bin, *Atti normativi e norme programmatiche,* Milano, 1988, pp. 15 ss.

64 Corte costituzionale, sentenza n. 224 del 1990, che in realtà con una particolare perifrasi sembra aver negato la qualificazione di "norme ad efficacia differita" ai principi e criteri direttivi nelle deleghe legislative, ma solo nella misura in cui tale qualificazione potrebbe condurre a dichiarare la inattualità dell'interesse dei ricorrenti. Di fatto, però, ha dichiarato che si tratta di casi in cui *manca* una "effettiva producibilità di effetti delle singole disposizioni" e dunque *manca* una "concreta applicabilità delle stesse nei rapporti della vita".

65 Per comprendere la complessità della questione ancora aperta, cfr. G. Palmeri, M.C. Venuti, *La trascrivibilità del matrimonio tra identità personale e circolazione dello status coniugale*, cit., pp. 99 ss.

Inoltre, l'ipotesi di affiancare il principio del comma 20 (che assurge a principio ispiratore dell'intera disciplina) a quello della delega legislativa del comma 28 può essere ricondotta ad un tipo di operazione non disdegnata neppure dalla Corte costituzionale, che (seppure in un caso molto diverso) si è già espressa sull'applicabilità di principi contenuti in disposizioni diverse ma collegate a quella che esprime la delega, soprattutto quando quest'ultima è carente dal punto di vista dell'indicazione di principi e criteri direttivi[66].

In alternativa, qualora si preferisca una interpretazione più restrittiva del principio espresso al comma 28, lettera *b)* (a chi contrae unione all'estero si applica il regime dei diritti e doveri delle unioni civili italiane), il comma 20 potrebbe essere almeno utilizzato come norma transitoria nell'attesa che il Governo adegui la legge sul diritto internazionale privato.

In effetti, la legge del 1995 all'art. 27 stabilisce che "la capacità matrimoniale *e le altre condizioni per contrarre matrimonio* sono regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo al momento del matrimonio".

Tale ultima disposizione, in combinato con il comma 20 dell'articolo unico della legge sulle unioni civili, va intesa nel senso che la capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale in tema di matrimonio e che ciò si consideri applicabile "anche per le parti dell'unione civile".

Tuttavia, tale combinato disposto, così formulato, si presenta quasi privo di senso. In effetti, il comma 20 non stabilisce un'estensione della disciplina matrimoniale "alle unioni civili", ma alle "*parti* dell'unione civile". Pertanto, solo una volta costituita l'unione civile potranno essere applicati gli atti normativi riferiti a "matrimonio" o "coniugi" alle sue parti.

Dunque l'art. 27 non parrebbe suscettibile di interpretazione ai sensi del comma 20 nel senso sopraesposto. Eppure tale comma specifica che il suo raggio di applicazione riguarda le disposizioni che si riferiscono al matrimonio o ai "coniugi" *ovunque ricorrono nelle leggi,* senza invece riportare clausole aperte del tipo "ove possibile". Pertanto, per rispettare l'imperatività di tale "ovunque", occorre superare il dato testuale delle "parti dell'unione civile". È sufficiente del resto interpretare il comma 20 non soltanto nel senso di parti *effettive* di una unione civile, ma anche solo di parti *potenziali* di una unione civile, il che pare quanto mai indicato proprio in una disposizione come l'art. 27, l. n. 318/1995 che si riferisce appunto alle *condizioni per accedere* al matrimonio.

Criterio interpretativo del comma 20, che può qui fungere da ausilio, è la sua premessa: "al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile".

Ebbene, apparentemente tale *incipit* sembra rafforzare l'idea per cui l'estensione delle norme sul matrimonio si può realizzare solo qualora si sia già costituita una unione civile ("diritti e … obblighi *derivanti* dall'unione civile").

In realtà, a ben vedere, tale premessa non fa altro che indicare la finalità della norma: una finalità sostanziale di garanzia di diritti e obblighi. Del resto anche qui non pare fuori luogo leggere la disposizione nel senso di "diritti e obblighi derivanti (o riconosciuti, garantiti) *dall'istituto* dell'unione civile", anche qualora tale istituto non sia ancora venuto concretamente a sussistere (essendone sufficienti le condizioni di fattispecie).

Per vero, la dottrina internazionalprivatistica anche prima di tale disposizione intravedeva già la possibilità di estendere il riferimento alla "capacità matrimoniale" e alle "altre condizioni per contrarre matrimonio" di cui all'art. 27 della l. n. 218/1995 anche ai casi di capacità e condizioni per contrarre una unione civile prevista da un ordinamento estero[67].

Comunque tale problema sembra risolto definitivamente dal D.Lgs. 7/2017 di adattamento del diritto internazionale privato, che all'art. 1, co.1, lett. a) introduce un nuovo articolo 32-*ter* nella l. n. 218/1995 in base al quale "la capacità e le altre condizioni per costituire unione civile sono regolate

66 Corte costituzionale, sentenza dell'8 febbraio 1991, n. 68, per cui "Il completo silenzio dell'art. 6 della legge-delega [per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale] quanto a principi e criteri direttivi non può, dunque, intendersi, (…) alla stregua di un'indiscriminata rimessione al legislatore delegato dell'apprezzamento del se e del come raccordare gli istituti previsti da leggi speciali all'impianto del nuovo codice. Tale silenzio va, invece, inteso come tacito rinvio ai principi ed ai criteri di cui all'art. 2".

67 Cfr. L. Scaffidi Runchella, *op.cit.*, p. 261 e, più in generale, R. Virzo, *The Law Applicable to the Formation of Same-Sex Partnerships and Marriages*, cit., p. 347. Si noti, però, che si fa qui riferimento (con ragionamento ipotetico) ai casi in cui a venire in rilievo sia, proprio in base all'art. 27, la legge estera. Si considerano pertanto rientranti nel concetto di "capacità matrimoniale" ad esempio ai sensi dell'ordinamento tedesco le condizioni di accesso all'unione civile (*Lebenspartnerschaft*). In generale, riguardo alla applicabilità delle norme di diritto privato internazionale in tema di matrimonio alle unioni civili, cfr. G. Rossolillo, *Registered partnership e matrimoni di persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003, 39, p. 383.

dalla legge nazionale di ciascuna parte al momento della costituzione dell'unione civile". A maggior chiarezza, poi, il periodo successivo stabilisce che "se la legge applicabile non ammette l'unione civile tra persone maggiorenni dello stesso sesso si applica la legge italiana"[68].

5. La nuova disciplina sostanziale delle unioni *same-sex* trascritte in Italia

Per quanto attiene, invece, alla disciplina sostanziale si pongono problemi minori.

Infatti la tecnica del c.d. *dépeçage* scelta dal legislatore del 1995[69] per regolare il concreto svolgersi del rapporto coniugale per la coppia che abbia istituito una unione familiare all'estero e abbia ottenuto il riconoscimento nell'ordinamento italiano fa sì che il contenuto e le vicende modificative del rapporto coniugale (e nello specifico: rapporti personali, rapporti patrimoniali, separazione e scioglimento) siano regolati separatamente da rispettive norme di conflitto. In particolare, vanno rilevati qui gli artt. 29, 30 e 31 della l. n. 218/1995, confrontate con i nuovi articoli 32-*bis*, 32-*ter*, 32-*quater* e 32-*quinquies* previsti dallo decreto legislativo in tema di diritto internazionale privato (all'art. 1, comma 1, lett. a)).

5.1. Rapporti personali: il problema dell'obbligo di fedeltà

Per quanto attiene ai rapporti personali tra i coniugi (o tra le parti dell'unione civile) l'articolo 29 specifica che si applica la legge di nazionalità comune o, se la nazionalità è diversa, "si applica la legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata". Pertanto, salvo i (rari) casi in cui i coniugi provengano entrambi da uno stesso stato estero o abbiano localizzato prevalentemente la vita matrimoniale fuori dall'Italia, si applicherà la legge italiana a tutti i casi di trascrizione di unioni familiari contratte all'estero.

Si noti bene, ovviamente, che nei rari casi di applicazione della legge estera sopra accennati, la riqualificazione del matrimonio in unione civile non avrebbe alcun effetto sostanziale, dal momento che si applicherebbe comunque la disciplina dello stato di celebrazione dell'unione familiare[70].

Per gli altri casi, invece, occorre sottolineare che l'ordinamento italiano prevede una differenza tra unione civile *ex* l. n. 76/2016 e matrimonio quanto ai rapporti personali nella coppia.

Infatti l'art. 143 c.c. prevede che, col matrimonio, marito e moglie acquistino stessi diritti e doveri (1º comma), e nello specifico l'obbligo reciproco di fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione (2º comma), oltre che alla contribuzione ai bisogni della famiglia proporzionalmente alle proprie capacità lavorative e sostanze (3º comma).

Invece, per quanto riguarda l'unione civile, il comma 11 dell'articolo unico prevede sì medesimi diritti e doveri per le parti, ma specificando solo "l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione", oltre che alla contribuzione proporzionale ai bisogni della famiglia.

Dunque in questo caso, se si applicasse la legge italiana per le coppie *same-sex* ci potrebbe essere una regolamentazione "alleggerita" rispetto all'istituto coniugale contratto dai coniugi all'estero.

Infatti, ad esempio, qualora i coniugi contraessero matrimonio in Spagna, l'art. 68 del *Codigo Civil* obbliga alla fedeltà coniugale[71]. Discorso analogo per il matrimonio in Francia, dove l'articolo 212 del *code civil* obbliga alla fedeltà[72].

La riqualificazione dell'istituto in Italia tramite unione civile dunque porterebbe ad una disparità di trattamento tra le coppie costituite da due cittadini spagnoli o francesi dello stesso sesso che trascrivano in Italia il matrimonio (o di cittadini di nazionalità diverse ma che svolgano la vita matrimoniale prevalentemente in Francia o in Spagna) che avranno quindi stessi obblighi delle coppie coniugate italiane, e le coppie *same-sex* di due cittadini di diversa nazionalità la cui vita matrimoniale sia prevalentemente

68 Cfr. le raccomandazioni merito del Consiglio di Stato, nel Parere del 15 luglio 2016, cit., p. 18.

69 Per tale definizione cfr. L. Scaffidi Runchella, *op.cit.*, p. 257.

70 Salvo il Governo lo disponga nel decreto legislativo di esecuzione della delega di cui al comma 28, lett. b.

71 Art. 68, Código Civil: "*Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse* fidelidad *y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo*".

72 Article 212, code civil: "*Les époux se doivent mutuellement respect,* fidélité, *secours, assistance*".

localizzata in Italia, per le quali mancherà l'obbligo di fedeltà (al pari che per le parti delle unioni civili italiane).

Al contrario, tale problema non si porrebbe se si chiedesse la trascrizione di una unione civile registrata in Germania perché l'*Abschnitt* 2, § 2 del *Lebenspartnerschaftsgesetz* prevede che la vita in comune dei *partner* debba consistere in un dovere di assistenza, supporto reciproco, coabitazione e di mutua responsabilità[73] senza pertanto alcun riferimento alla fedeltà, come per la l. n. 76/2016 qui in discussione.

In realtà il decreto delegato, come sopra ricordato, riscrive il principio della legge nazionale applicabile alle coppie *same-sex* prevedendo un nuovo articolo 32-*bis* alla l. n. 218/1995 in base al quale il matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso produce (comunque e sempre) gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana. Inoltre, per le unioni civili o istituti analoghi contratti all'estero da due cittadini italiani dello stesso sesso residenti in Italia il decreto prevede in ogni caso l'applicazione della disciplina italiana delle unioni civili[74].

Verrebbe di fatto eliminata qualsiasi possibilità di trascrizione di matrimoni *same-sex* (se non nella forma delle unioni civili italiane) anche per le coppie sposate all'estero composta da due cittadini di stesso paese estero o di diversa nazionalità ma che svolgano la vita matrimoniale prevalentemente in un paese che riconosce il matrimonio *same-sex*.

Per i problemi di tale novella rispetto al principio di eguaglianza si vedano le riflessioni sopra esposte.

Tuttavia, nello specifico ambito dei rapporti personali tra i coniugi, il D.Lgs. 7/2017, che pure sembrava (in combinato con il D.Lgs. 5/2017 sullo stato civile) optare per una rigida riqualificazione dei matrimoni *same-sex* stranieri nelle unioni civili, introduce un nuovo articolo 32-*ter*, co. 4, nella l. n. 218/1995 che, in deroga alle regole previste dall'art. 29 per le coppie di sesso opposto, stabilisce che "la legge applicabile per i rapporti personali e patrimoniali è quella *dello stato davanti alle cui autorità l'unione è stata costituita*" (salvo il giudice disponga su richiesta delle parti "l'applicazione della legge dello Stato nel quale la vita comune è prevalentemente localizzata").

Dunque per tutti i matrimoni o le unioni contratte in un paese estero che prevede l'obbligo di fedeltà anche per le coppie *same-sex*, tale obbligo deve applicarsi anche in Italia, salvo le parti chiedano al giudice applicazione di un diverso diritto.

5.2 Scioglimento dell'istituto: una (incidentale) armonizzazione

Per quanto attiene agli altri profili di comparazione tra matrimonio e "unione civile" italiana, come differenza bisogna rilevare soltanto la disciplina dello scioglimento.

Infatti, mentre per il matrimonio è prevista anche la disciplina della "separazione" (oltre ai casi di cui all'art. 3 della l. n. 898 del 1970, come condanna per particolari reati o a particolari pene o assoluzione per estinzione del reato o vizio totale di mente, annullamento o scioglimento del matrimonio all'estero o mancata consumazione) per l'unione civile non è necessaria alcuna fase transitoria per lo scioglimento dell'unione, ma è sufficiente che "le parti [manifestino] anche disgiuntamente la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile" e che decorrano tre mesi da tale manifestazione (comma 24, art. 1, l. n. 76/2016). Inoltre, non è prevista come causa di scioglimento la "mancata consumazione" della unione.

Anche in questo caso c'è una particolare norma di conflitto che regola la legge applicabile. Infatti l'articolo 31 della l. n. 218/1995 afferma che la separazione personale e lo scioglimento del matrimonio[75] sono regolati dalla "legge nazionale comune dei coniugi al momento della domanda di separazione o di scioglimento del matrimonio", in mancanza anche qui si applica "la legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale risulta prevalentemente localizzata". L'unica aggiunta, rispetto all'articolo 29, qui è fornita dal secondo comma: "la separazione personale e lo scioglimento del matrimonio, *qualora non siano previsti* dalla legge straniera applicabile, sono regolati dalla legge italiana".

Dunque, la legge da applicare sullo scioglimento delle unioni *same-sex* contratte all'estero e riqualificate in Italia come unioni civili, sarà sempre la legge italiana (e nello specifico la l. n. 76/2016), salvo i (rari) casi in cui entrambi i coniugi siano cittadini di uno stesso paese estero (o in alternativa abbiano localizzato la propria vita in comune in un paese estero) *in cui sia prevista* una disciplina per scioglimento e separazione del matrimonio o dell'unione civile.

73 *Abschnitt* 2 (*Wirkungen der Lebenspartnerschaft*), § 2 (*Partnerschaftliche Lebensgemeinschaft): "Die Lebenspartner sind einander zu Fürsorge und Unterstützung sowie zur gemeinsamen Lebensgestaltung verpflichtet. Sie tragen füreinander Verantwortung".*

74 Cfr. nuovo articolo 32-*quinquies* della l. n. 218/1995 prevista dall'art. 1, comma 1, lett. D.Lgs. 7/2017.

75 E quindi anche dell'unione civile, applicando o il comma 20 o il comma 28 dell'articolo unico del l. 76/2016.

In realtà, il recentemente approvato D.Lgs. 7/2017 prevede l'aggiunta di un nuovo art. 32-*quater* alla l. n. 218/1995[76] in base al quale la legge italiana in caso di scioglimento si applica anche al mero caso in cui una delle due parti sia italiana o l'unione sia costituita in Italia, cosicché la legge straniera si applichi solo nei rari casi in cui *l'unione sia stata contratta all'estero* da due cittadini di uno *stesso paese estero* o di *diversi paesi esteri ma che hanno localizzato la propria vita in comune all'estero*, se nel paese estero stesso è prevista la disciplina dello scioglimento e separazione del matrimonio o unione civile.

In questo ambito, comunque, la comparazione è molto più complessa, data la grande diversità di discipline nazionali in tema di scioglimento del matrimonio[77], pertanto la differenza in termini di diritto interno tra matrimonio e unione civile avrà minori conseguenze in caso di conflitto tra leggi applicabili alle unioni familiari contratte all'estero

Al contrario, la maggiore facilità di scioglimento dell'unione civile italiana rende questa più simile agli ordinamenti stranieri, in cui, soprattutto a livello europeo, si sta registrando un sempre maggiore alleggerimento degli oneri e dei tempi per porre fine all'istituto coniugale. Infatti, è stato notato come l'Italia (che pure ha ridotto tempi e formalità per la cessazione del matrimonio, con la l. 6 maggio 2015, n. 55) resta tra i pochi paesi europei, insieme a Irlanda e Polonia, a non contemplare il divorzio immediato[78].

Di conseguenza, per assurdo, la scelta del legislatore italiano di differenziare l'unione civile dal matrimonio sotto l'aspetto dello scioglimento dell'istituto, è stata una scelta suo malgrado armonizzatrice che risolve molti conflitti di legge in termini di diritto internazionale di famiglia.

In realtà, per la maggior parte dei paesi dell'Unione Europea, la coppia può designare di comune accordo la legge applicabile al divorzio e alla separazione personale purché sia o la legge di residenza abituale dei coniugi al momento dell'accordo o di ultima residenza abituale dei coniugi se uno dei due vi risiede ancora, oppure la legge dello Stato di cittadinanza di uno dei due o la legge del foro (e dunque, nel caso italiano, la legge individuata *ex* art. 31, l. n. 218/1995). È quanto stabilisce il Regolamento UE n. 1259/2010 del 20 dicembre 2010 che disciplina una cooperazione rafforzata[79] in tema di legge applicabile al divorzio e alla separazione personale[80]. L'applicazione di tale regolamento al caso delle unioni civili è peraltro confermato dal nuovo D.Lgs. 7/2017 (cfr. nuovo articolo 32-*quater* della l. 218/1995[81]).

Per quanto attiene, da ultimo, al campo dei rapporti patrimoniali tra i coniugi (la cui norma di coordinamento è costituita dall'art. 30, l. n. 218/1995), non si registrano differenze sostanziali tra il matrimonio e l'unione civile tra persone dello stesso sesso. Pertanto, non si porrebbero questioni meritevoli di trattazione specifica.

Eppure, occorre rilevare che anche in questo caso il D.Lgs. 7/2017 prevede regole di coordinamento differenziate per le coppie dello stesso sesso. In particolare, come sopra ricordato, il nuovo articolo 32-*ter* al comma 4 prevede che la legge applicabile per i rapporti "personali e patrimoniali" è quella *dello stato davanti alle cui autorità l'unione è stata costituita*. Però a richiesta di una delle parti il giudice può disporre l'applicazione della legge dello Stato nel quale la vita comune è prevalentemente localizzata.

Al contrario, per i matrimoni tra persone di sesso diverso l'art. 29 prevede che i rapporti personali (e in virtù del primo comma dell'art. 30 anche i rapporti patrimoniali) sono regolati dalla *legge nazionale comune* e se i coniugi sono di diverse cittadinanze (o di più cittadinanze comuni) vige la regola dello *stato in cui la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata*.

Unica regola analoga è la possibilità per le parti di "convenire per iscritto che i loro rapporti patrimoniali sono regolati dalla legge dello Stato di cui almeno una di esse è cittadina o nel quale almeno una di esse risiede" (art. 30, co. 1 e nuovo art. 32-*ter*, comma 4).

Stando alla relazione illustrativa allo schema di decreto (p. 4) la diversa disciplina per i rapporti personali e patrimoniali delle coppie dello stesso sesso dipende dall'applicazione del regolamento 2016/1104/UE sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate, sebbene non ancora applicabile (in vigore dal 29 luglio 2016, ma applicabile a partire dal 29 gennaio 2019). Ciò tuttavia non pare giustificare pienamente una diversità di trattamento (che è in quanto tale una violazione del principio stabilito dal comma 20, articolo unico, l. n. 76/2016) tra le coppie di sesso opposto e quello dello stesso sesso dall'ap-

76 Art. 1, co.1, lett. a), D.Lgs. 7/2017.

77 Cfr., ad es., M. Palazzo, *Il diritto della crisi coniugale antichi dogmi e prospettive evolutive*, in *Rivista di diritto civile*, 2015, 3, p. 575.

78 *Ibidem*, nota 3. Cfr. il caso peculiare della Spagna, G. Cerdeira Bravo De Mansilla, *Divorzio alla spagnola*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2011, 3, p. 166.

79 Tale cooperazione rafforzato riguarda il Belgio, la Bulgaria, la Germania, la Grecia, la Spagna, la Francia, l'Italia, la Lettonia. il Lussemburgo, l'Ungheria, Malta, l'Austria, il Portogallo, la Romania e la Slovenia.

80 Cfr. E. Calò, *La vocazione universale del divorzio europeo*, in *Rivista del Notariato*, fasc.3, 2014, p. 613.

81 Art. 1, co.1, lett. a), D.Lgs. 7/2017.

provazione del decreto fino all'entrata in vigore del regolamento UE (inizio 2019). Ciononostante tale previsione, limitatamente ai rapporti personali, agevola una parificazione tra la disciplina sostanziale dell'unione civile trascritta in Italia e il matrimonio *same-sex* contratto all'estero (il riferimento è ovviamente all'obbligo di fedeltà, cfr. *supra*).

6. Conclusioni

La scelta di affidare al governo l'adeguamento delle norme di diritto internazionale privato in base alla nuova disciplina delle unioni civili presenta molti punti di interesse, ma anche di perplessità.

La perplessità sull'affidare all'esecutivo la soluzione di uno scontro istituzionale di cui è stato protagonista è stemperata solo in parte dall'aver affidato il compito di redigere lo schema di decreto ad un Ministro esterno a quello scontro (Ministro della giustizia).

Peraltro, l'urgenza di risolvere questioni dirimenti (come la sorte dei matrimoni *same-sex* già trascritti) è un ulteriore motivo di perplessità rispetto ad una delega legislativa in merito e impone di cercare una soluzione per il diritto intertemporale, anche grazie alla clausola interpretativa generale *ex* comma 20 della l. n. 76/2016.

La vaghezza dei principi e criteri direttivi della delega consegnano ampio spazio discrezionale al legislatore delegato, nonostante alcuni elementi sembrano chiari: si potranno trascrivere solo istituti uguali o analoghi a matrimonio e unioni civili, le differenze sostanziali tra matrimonio e unione civile in diritto interno porteranno ad alcune disparità di trattamento tra coppie per cui si applica la legge italiana e coppie per cui si applica la legge straniera (in base alle norme di conflitto, *ex* artt. 29-31, l. n. 218/1995).

Il decreto ponte e gli schemi di decreti legislativi optano per una netta riqualificazione di tutti gli istituti familiari *same-sex* contratti all'estero nell'unione civile di diritto italiano, prevedendo pertanto norme di coordinamento di diritto privato internazionale differenziate per le coppie *same-sex*.

Tuttavia, sul piano sostanziale le differenze tra l'unione civile e il matrimonio sono due: l'obbligo della fedeltà e lo scioglimento dell'istituto.

Ora, quanto al primo il D.Lgs. in tema di diritto internazionale privato prevede che per le coppie *same-sex* si applichi il regime personale e patrimoniale dello stato in cui si è contratta l'unione (a differenza delle regole di coordinamento generale che prevedono l'applicazione della legge nazionale comune e in subordine del luogo di residenza della vita coniugale). Dunque le eventuali unioni familiari contratte in paesi in cui vige l'obbligo di fedeltà tra i coniugi *same-sex* e trascritte in Italia saranno comunque ancora sottoposte a tale obbligo e pertanto perfettamente comparabili al matrimonio.

Quanto allo scioglimento dell'istituto, la l. n. 76/2016 (e il relativo decreto delegato che prevede l'applicazione della legge italiana in ogni caso ci sia un cittadino italiano o l'unione si sia costituita in Italia) va paradossalmente nella direzione di una armonizzazione e dunque di una semplificazione dei conflitti internazionali privati sul punto dal momento che sempre più ordinamenti si stanno dotando dell'istituto del divorzio immediato.

Da ciò si evince come, sebbene il legislatore delegato sul piano formalistico riservi un trattamento "di sfavore" alle unioni *same-sex* contratte all'estero rispetto alle unioni di sesso opposto (imponendo la disciplina delle "unioni civili" anche alle coppie di stranieri che hanno contratto matrimonio *same-sex* all'estero), sul piano sostanziale riservi al contrario un trattamento "di favore", dal momento che per i rapporti personali e patrimoniali vale la regola ben più flessibile di applicazione della legge dello stato in cui si è contratta l'unione.

*Stefania Stefanelli**

Adozione del figlio del *partner* nell'unione civile

Sommario

1. Premessa – 2. Impossibilità di affidamento preadottivo – 2.1. Novelle di valorizzazione dell'interesse del minore alla conservazione dell'affettività – 2.2. Interpretazione sistematica – 2.3. Disciplina degli assensi e limite dell'interesse del minore – 3. Presunta univocità dello status e rapporti con l'adozione parentale – 4. Principio di non discriminazione del minore per conseguenza dello *status* dei genitori – 5. Esercizio della responsabilità genitoriale – 6. Determinazione della maternità e interesse del minore in caso di procreazione eterologa con ovodonazione – 7. Permanente applicabilità dell'art. 44, comma 1, lett. d) l. adozione

Abstract

L'approvazione della disciplina organica delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, dalla quale è stata espunta la norma, contenuta nei lavori preparatori, che estendeva alle stesse la facoltà di adozione in casi particolari riconosciuta dall'art. 44 lettera *b)* l. adozione alle coppie coniugate, introduce la necessità di indagare il permanente fondamento della tesi, accolta dalla più recente giurisprudenza di merito e di nomofilachia, circa l'applicabilità della lettera *d)* del citato art. 44, anche alla luce del tenore dell'art. 2, comma 20, della novella. Il saggio ne sostiene la fondatezza in forza di considerazioni di ordine sistematico, alla luce dell'evoluzione legislativa e del diritto fondamentale del minore a vedersi riconosciuto, a prescindere dall'eventuale legame tra i suoi genitori, uno *status* corrispondente alla maturata affettività.

Lacking an explicit regulation, in law n. 76/2016, concerning the stepchild adoption, this essay illustrates the reasons for its admissibility, inferred from the historical and systematic interpretation of Title IV of law n. 184 of 1983, confirmed by the fundamental principles protecting the child, which require that the child's family ties must be recognised by the judicial system.

* Professore aggregato di Diritto privato e Diritto di famiglia, Università di Perugia.
Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

Il testo riproduce i contenuti della relazione tenuta a Padova il 7 maggio 2016, nel corso del convegno "*Convivenze, unioni civili e matrimonio*", organizzato dal Comitato interregionale dei Consigli notarili del Triveneto.

1. Premessa

Il travagliato percorso di approvazione della Legge 20 maggio 2016, n. 76 è stato segnato dalla decisione di elidere la disposizione, contenuta nell'art. 5 del testo unificato delle proposte di legge in discussione, che prevedeva: "all'articolo 44 lettera *b)* della Legge 4 maggio 1983, n. 184 dopo la parola 'coniuge' sono inserite le parole 'o dalla parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso'"[1].

Si riferisce, invece, testualmente all'adozione il comma 20, per escludere la disciplina di settore dall'estensione delle disposizioni normative riferite al matrimonio o contenenti le dizioni "coniuge/coniugi" all'unione civile ed alle sue parti, facendo tuttavia salvo "quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti".

Lo stile indubbiamente circonvoluto e di non immediata comprensione cela a malapena il compromesso raggiunto attraverso un sostanziale rinvio agli approdi giurisprudenziali[2] in materia di adozione del figlio del *partner*, senza prendere posizione sul dibattito relativo alla possibilità di precostituire come per il matrimonio una fattispecie tipica, che comunque non prescinde dal giudizio di realizzazione dell'interesse del minore (art. 57 l. adozione), nonché, più in radice, all'esistenza di istituti giuridici atti a riconoscere la genitorialità omosessuale, ed in quali limiti.

Sull'adottabilità del figlio del convivente *ex* art. 44 lettera *d)* l. adozione si fronteggiano orientamenti contrapposti, incentrati sull'interpretazione del presupposto della constatata impossibilità di affidamento preadottivo. La tesi negativa lo intende in senso necessariamente fattuale, riferendolo solo al minore "problematico" di cui sia stata dichiarata l'adottabilità ai sensi dell'art. 7 perché versa in stato di abbandono, ma del quale è fallito o non è stato neppure possibile tentare l'affidamento preadottivo, a causa delle sue condizioni personali. Con specifico riguardo alla domanda di adozione in casi particolari avanzata dal convivente omosessuale del genitore biologico è stato esplicitamente sollevato il sospetto che l'orientamento favorevole rispondesse, non tanto all'interesse del minore alla costituzione dello *status* nei confronti del genitore "sociale", quanto piuttosto ad una rivendicazione di riconoscimento giuridico, pur indiretto, della convivenza omosessuale tra l'adottante ed il genitore biologico[3].

La pregiudiziale è formulata in termini imprecisi: in considerazione dell'insussistenza di vincoli di parentela tra l'adottato in casi particolari e la famiglia dell'adottante che consegue all'applicazione dell'art. 74 c.c., il provvedimento costituirebbe rapporti giuridici unicamente tra il minore e l'adottante,

1 B. Poliseno, M. Maglietta, *Stepchild adoption, al centro del dibattito tra diritti e legittimità*, in *Guida al diritto*, 20 febbraio 2016, n. 9, pp. 15 ss., ritenevano che "La particolare forma di adozione che il ddl si propone di introdurre *ex lege* nell'ordinamento giuridico italiano anche per le coppie omosessuali segna, finalmente, un decisivo traguardo nel riconoscimento del 'diritto alla vita privata e familiare' anche alle persone dello stesso sesso", mentre B. Poliseno, *Un istituto ad hoc per le sole unioni civili di coppie omosessuali*, *ivi*, pp. 22 ss., rilevava la disparità di trattamento a discapito delle coppie conviventi eterosessuali, nelle quali l'adozione del figlio del convivente sarebbe restata affidata all'interpretazione dell'art. 44, lett. *d)*. La censura non appare condivisibile, posto che alle coppie eterosessuali è consentito, contraendo matrimonio, accedere all'ipotesi di cui alla lett. *b)*.

2 Sulle ragioni politiche dell'opposizione alla disposizione contenuta nel ddl approdato al Senato si leggano le osservazioni di T. Auletta, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2016, pp. 367 ss., per il quale "Sarebbe in verità possibile anche pervenire a conclusione opposta ove si ritenesse che l'inciso del comma 20º secondo il quale 'resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti' consenta di fare riferimento al 'diritto vivente' e dunque alla prevalente interpretazione giurisprudenziale. Ammesso pure che la cancellazione della norma abbia scongiurato tale rischio (esito tutt'altro che scontato, come si è detto in virtù della tendenza giurisprudenziale a riconoscere comunque il ruolo del genitore sociale già esercitato in via di fatto, invocando l'interesse del minore il quale finisce col prevalere anche sul principio di legalità), ci si sarebbe potuti limitare a modificarne il testo, lasciando salva la facoltà per il componente dell'unione civile di adottare i figli generati dall'altro in precedenti unioni familiari fondate o meno sul matrimonio o comunque già nati in base ad un progetto di vita comune posto in essere prima di dare vita all'unione civile. Ciò avrebbe consentito di risolvere senza grosse difficoltà alcuni dei principali problemi relativi alla ricomposizione familiare quali ad esempio l'attribuzione anche al genitore sociale della responsabilità genitoriale e dei doveri connessi alla medesima (istruzione, assistenza, mantenimento). Anzi sarebbe stato opportuno, verosimilmente, riconoscere tale possibilità anche al convivente di fatto".

3 Secondo R. Carrano, M. Ponzano, *L'adozione del minore da parte del convivente omosessuale tra interesse del minore e riconoscimento giuridico delle famiglie omosessuali*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2014, p. 1553, "dietro l'interesse del minore si nasconde il tentativo degli adulti di ottenere, seppur indirettamente, il riconoscimento giuridico di vincoli familiari diversi e non riconosciuti dalla legge", tesi alla cui dimostrazione si dirige il saggio, che conclude, a pp. 1563 s., "a ben vedere, il Tribunale sembrerebbe aver privilegiato il diritto delle due donne ad ottenere un riconoscimento giuridico, seppur indiretto, di una nuova forma di genitorialità, ovvero di una famiglia omosessuale".

ed è per tale ragione che si definisce adozione genitoriale[4], per distinguerla da quella, prima detta legittimante ed oggi parentale, di cui agli artt. 6 e ss. l. adozione. Sicché non di riconoscimento giuridico potrebbe discutersi, neppure indiretto, quanto semmai di una condizione di visibilità sociale della coppia, indirettamente realizzata dal doppio cognome che verrebbe imposto al minore, risultato che comunque esporrebbe un elemento distintivo rispetto alla grande maggioranza dei figli, matrimoniali o nati fuori del matrimonio e riconosciuti da entrambi i genitori, che portano solo il cognome paterno[5].

L'approvazione del testo di regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso rimuove in radice il citato sospetto, posto che le convivenze omosessuali hanno specifica rilevanza giuridica a prescindere dalla generazione di figli. Anche in forza di tale considerazione la questione può oggi essere affrontata con il rigore che impone il rango fondamentale dell'istanza di garanzia dell'interesse superiore del minore, centrale in tutto il tessuto della disciplina dell'adozione, ed in particolar modo, per quanto si cercherà di dimostrare, di quella in casi particolari[6].

È pur vero, infatti, che è mancata l'occasione della parificazione dell'unione civile al matrimonio quale circostanza normativamente tipizzata di accesso all'adozione in casi particolari, ma al tempo stesso nel testo approvato non si trova traccia di alcuna preclusione specifica[7], mentre sono escluse le disposizioni che si riferiscono al matrimonio per l'adozione di minori in stato di abbandono.

Il rinvio del citato comma 20 a quanto già "previsto e consentito" si può riferire, in considerazione dell'enunciato normativo che lo contiene, alle vigenti "previsioni" normative che, nell'interpretazione maggioritaria, "consentono" l'adozione genitoriale alle persone non coniugate[8], il cui commento questo studio si prefigge. Del resto, abbiamo ricordato che la conformità dell'adozione all'interesse del figlio non si presume neppure rispetto al coniuge del genitore, ai sensi della lettera *b)* dell'art. 44, comma 1, dovendo il tribunale per i minorenni verificarne la sussistenza anche in questo caso, a norma dell'art. 57 comma 2. La novella sarebbe valsa, dunque, esclusivamente a corroborare l'interpretazione della lettera *d)* qui di seguito sostenuta, con il non trascurabile risultato di sollevare la domanda dall'incertezza ermeneutica.

Si cercherà in particolare di dimostrare come l'orientamento sessuale degli adulti interessati dalla vicenda — il genitore del minore ed il suo convivente — non rilevi né in termini di *favor legis* né ostativi all'adozione in casi particolari, ma possa e debba formare oggetto dell'apprezzamento giudiziale in sede di verifica in concreto, ai sensi dell'art. 57 n. 2 l. adozione, della conformità della richiesta adozione all'interesse del minore. Valutazione che, vedremo, si misura sull'ampio ventaglio delle condizioni specifiche del caso concreto che è dato accertare attraverso l'indagine di cui all'art. 57, comma 3, in specie della qualità della vita e della reciproca relazione affettiva[9]. Rilevano così, in termini espressivi

4 A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, nel *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, Utet, 2015, pp. 255 ss.

5 Almeno fino alla conclusione dell'*iter* di riforma, essendo in attesa di esame del Senato della Repubblica il disegno di legge S. 1628, già approvato dalla Camera dei Deputati il 24 settembre 2014, recante "Disposizioni in materia di attribuzione del cognome ai figli", in forza del quale al momento della costituzione dello *status* i genitori potranno imporre al figlio il cognome dell'uno, dell'altra o di entrambi, nell'ordine che preferiscono; nel mancato accordo si trasmettono entrambi i cognomi, secondo l'ordine alfabetico. I figli nati successivamente dai medesimi genitori porteranno il cognome del primogenito, in ossequio al principio di unità formale della famiglia, che impone l'attribuzione di un unico cognome per tutti i figli, prestabilito al momento del matrimonio o al più tardi prescelto per il primo nato, e comune ai successivi. Ai nipoti si trasmetterà uno solo dei cognomi, secondo la scelta di colui che li porta. Le stesse regole si applicheranno al figlio non matrimoniale riconosciuto contemporaneamente da entrambi i genitori, mentre ove lo *status* sia costituito in tempi diversi, per riconoscimento o dichiarazione giudiziale, si aggiungerà il nuovo cognome solo su consenso dell'altro genitore e del figlio, se quattordicenne. In conseguenza dell'entrata in vigore del testo, subordinata all'approvazione delle conseguenti modifiche all'ordinamento di stato civile, chiunque porti un solo cognome potrà aggiungere quello dell'altro genitore, con dichiarazione resa personalmente o con comunicazione scritta recante sottoscrizione autenticata, all'ufficiale dello stato civile, che procede all'annotazione nell'atto di nascita, senza necessariamente doversi far luogo alla procedura dettata per le modificazioni dall'art. 89 del regolamento di stato civile.

6 Cfr., più in generale, la dottrina che per prima ha discusso di paidocentrismo e nuovo paternalismo, con riferimento alla disciplina, interna e sovranazionale, della filiazione e dell'intero diritto di famiglia e delle persone: A. Palazzo, *La filiazione*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, Giuffré, I ed., 2007, pp. 541 ss., II ed., 2012, pp. 547 ss.

7 La cui legittimità costituzionale sarebbe peraltro esclusa dal principio di non discriminazione, di cui all'art. 3 Cost. Cfr. *infra* § 4.

8 Su cui v. *infra*, § 6.

9 Osserva C. Cecchetti, *I nuovi modelli genitoriali*, in *Giudice donna*, www.giudicedonna.it, 2016, 2, p. 20, che "Non si tratta dunque di concedere un diritto ex novo, creando una situazione prima inesistente, ma semplicemente di prendere atto di una

della capacità di amare dell'adottante[10], l'apprezzamento dei motivi della sua richiesta, la valutazione di idoneità della sperimentata convivenza[11], la maturità affettiva dell'adulto e la sua capacità di educare il minore, oltre alla serenità dell'ambiente familiare, in cui si evidenzia tanto il ruolo svolto dall'adulto, quanto la sua percezione da parte del bambino e dell'ambiente sociale in cui è inserito, da valutarsi anche in prospettiva futura.

"Unitario e unico principio informatore della legge 184 del 1983, l'esclusivo interesse del minore valutato dal giudice"[12] non può presumersi in via di principio, ma è oggetto di un "potere di ultima valutazione" che la legge affida ad un giudice specializzato qual è il tribunale per i minorenni, la cui componente onoraria è essenziale nella ricerca di soluzioni funzionali alla miglior tutela del minore. La valutazione potrà così formarsi attraverso nozioni ed abilità ascrivibili alle aeree della psicologia, psicoterapia, pedagogia, pediatria, neuropsichiatria infantile e sociologia, applicate e verificate sperimentalmente nei riguardi della vicenda personale oggetto di giudizio, nozioni delle quali non necessariamente beneficia il giurista, seppur lodevolmente impegnato nella ricerca di un fondamento scientifico per il proprio convincimento. Opportunamente, inoltre, le decisioni ad oggi pubblicate dimostrano la diffusione, nella maggior parte dei tribunali per i minorenni, della buona prassi di disporre la consulenza tecnica di collegi peritali di comprovata professionalità per l'espletamento dell'indagine di cui all'art. 57, comma 3, ed in ausilio ai risultati di quella affidata ai servizi sociali territoriali.

Le riflessioni che seguono, occasionate e specificate con riguardo alla disciplina delle unioni registrate, possono, dunque, riferirsi a qualsiasi domanda di adozione proposta da un adulto, non coniugato, allo scopo di attribuire veste giuridica al rapporto, solo di fatto, che lo leghi al/alla minore, che sia figlio/a della persona con cui l'istante convive, e col quale abbia intessuto un solido rapporto affettivo e di cura, reciprocamente percepito come genitoriale[13].

---

relazione di fatto già esistente da tempo e di garantirne la copertura giuridica al fine di garantire il *best interest of the child*".

10 Fulcro e fondamento dell'intervento normativo sulle unioni affettive, che la dottrina più accorta ha rintracciato nella storia della regolamentazione giuridica dell'amore tra le persone, il cui difetto nell'articolato di disciplina delle unioni affettive è la carenza più drammatica: cfr. A. Palazzo, *Eros e jus*, Milano-Udine, Mimesis, 2015.

11 In questo senso Corte di cassazione, sezione prima, sentenza del 22 giugno 2016, n. 12962, in *Articolo29*, www.articolo29.it. 2016, con nota di M. Gattuso, *La vittoria dei bambini arcobaleno*, evidenzia la verifica ai sensi dell'art. 57 l. adozione della "idoneità affettiva del genitore adottante, valutazione la quale non può che essere effettuata sulla base di una relazione preesistente adottante-minore". Tra i primi commenti v. anche S. Veronesi, *La Corte di Cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*, in *Famiglia e diritto*, 2016, pp. 1025 ss.; L. Attademo, *La "stepchild adoption" omoparentale nel dettato dell'art. 44 comma 1, lett. d), l. n. 184/1983 e nella l. n. 218/1995,* in *Corriere giuridico*, 2016, pp. 1203 ss. e, in termini critici, P. Morozzo della Rocca, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, in *Corriere giuridico*, 2016, pp. 1203 ss.; E. Giacobbe, *Adozione e affidamento familiare: ius conditum, vivens, condendum*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2016, pp. 237 ss.; S. Stefanelli, *Status, identità genetica e affettività secondo l'ultima nomofilachia*, in *Giudice donna*, www.giudicedonna.it, 2016, 3.

12 Corte costituzionale, sentenza del 18 febbraio 1988, n. 182, in *Giurisprudenza italiana*, 1988, parte I, cc. 1250 ss., con nota di M. Buoncristiano, *Cura della persona e interesse del minore: due contrastanti pronunce della Corte Costituzionale*, dichiarativa dell'incostituzionalità degli artt. 45, comma 2, e 56, comma 2, nel testo previgente, per "non avere il legislatore preveduto, nel rapporto tra legale rappresentante del minore e giudice dell'adozione, la dissimmetria tra consenso prestato, che lascia libero il giudice di pronunciare o rifiutare l'adozione, e consenso negato, che vincola il giudice a non pronunciare l'azione (che) vizia la norma di irrazionalità". Di conseguenza, pur disposta l'audizione del rappresentante e del minore, quando opportuna in relazione alla sua capacità di discernimento, resta centrale l'intervento del giudice, "senza spogliarsi del suo potere di ultima valutazione dell'interesse esclusivo del minore ai fini del decidere sulla pronuncia dell'adozione, dopo aver esaurito gli adempimenti di cui all'art. 57".

13 Che tale sia la funzione dell'adozione in casi particolari è riconosciuto, con riferimento alle ipotesi di cui alle lettere *a)* e *b)* del citato art. 44 l. adozione, da M. Dogliotti, *Adozione di maggiorenni e minori. Artt. 291-314. L. 4 maggio 1983, n. 184, Diritto del minore a una famiglia*, nel *Commentario al codice civile* fondato da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Giuffré, Milano, 2002, pp. 802 e 810, sebbene diverso sia ritenuto il fondamento dell'ipotesi *sub d)*, allo scopo di scongiurare che si giunga, per tale mezzo, a conferire giuridicità ad affidamenti di fatto a terzi da parte dei genitori, di per sé illegittimi. La disposizione ammetterebbe, quindi, solo l'inserimento del fanciullo in un ambiente favorevole, in alternativa all'istituzionalizzazione, quando per l'età, la personalità, l'infermità, non si reperiscano coppie disponibili all'affidamento preadottivo, oppure per l'affidamento duraturo disposto dal Tribunale in situazione di non "totale abbandono" da parte dei genitori biologici (p. 810). V., tuttavia, in termini critici rispetto all'adozione c.d. mite, Id., *Art. 44 L. 4 maggio 1983, n. 184*, in M. Dogliotti, A. Figone, F. Mazza Galanti, *Codice dei minori*, Utet, Torino, 2ª ed., 2009, pp. 504 ss. L'A. è tornato sull'argomento proprio in commento al comma 20 della l. n. 76/2016, scrivendo, in *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, in *Famiglia e diritto*, 2016, pp. 868 ss.: "si esclude l'equiparazione tra coniuge e parte dell'unione anche con riguardo alla l. n. 184 del 1983 (affidamento e adozione), ma si aggiunge che 'resta fermo quanto previsto e consentito dalle norme vigenti in materia di adozione'. Non si potranno dunque disporre adozioni piene e neppure adozioni in casi particolari ex art. 44 l. n. 184 quanto alla lettera *b)*: adozione del figlio del coniuge. Restava aperta una via già praticata da alcune pronunce di merito che avevano applicato la lettera *d)* dell'art. 44: impossibilità di affidamento preadottivo, secondo un'interpretazione allargata relativa pure

2. Impossibilità di affidamento preadottivo

L'orientamento maggioritario della giurisprudenza più recente è favorevole all'adozione del figlio del *partner* in forza di una interpretazione del presupposto di "constatata impossibilità di affidamento preadottivo" comprensiva degli impedimenti giuridici all'avvio del procedimento ordinario di adozione, e così dell'ipotesi in cui il minore non può essere avviato all'affidamento preadottivo perché non versa in stato di abbandono, in quanto della sua cura si occupa efficacemente almeno un genitore biologico, assieme al/la convivente, che di quel bambino domanda l'adozione[14].

L'adozione non consegue, dunque, all'interpretazione estensiva della lettera *b)* del medesimo art. 44, comma 1, che riserva detta facoltà al coniuge del genitore biologico, ma a quella letterale e sistematica della lettera *d)*.

all'impossibilità giuridica, oltre quella di fatto (perché ad esempio non vi sono adottanti disponibili), che può prescindere dunque dall'abbandono. E l'interpretazione ha trovato, dopo la l. n. 76, sicuro avallo in una recentissima pronuncia della Cassazione". V. anche G. Collura, *op. cit.*, pp. 996 ss., spec. p. 1001, per la tesi secondo cui "l'interpretazione estensiva della 'impossibilità di affidamento preadottivo' realizzi, attraverso i concetti di 'impossibilità in senso soggettivo' e di 'abbandono sopravvenuto', un coordinamento tra gli istituti dell'affidamento familiare e dell'adozione in casi particolari".

14 Tribunale per i minorenni di Milano, sentenza del 28 marzo 2007 n. 626, in *Guida al diritto, Famiglia e minori*, 2007, n. 10, fl. 83, con riferimento alla domanda del convivente eterosessuale della madre; Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza del 30 luglio 2014, n. 299, in questa *Rivista*, 2014, 2, pp. 259 ss. con nota di M. Gattuso, *Tribunale per i minorenni di Roma: sì all'adozione del figlio del partner ed al doppio cognome, l'omogenitorialità è "sana e meritevole d'essere riconosciuta"*; in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2014, con nota di J. Long, *Adozione in casi particolari e second-parent adoption*; in *Famiglia e diritto*, 2015, pp. 580 ss., con nota di M.G. Ruo, *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore*; in *Quotidiano del diritto*, 2019, 9, con nota di F. Machina Grifeo, *A Roma la prima adozione per una coppia omosessuale*; Corte di appello di Roma, sentenza del 23 dicembre 2015, n. 219, cit.; Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza del 23 dicembre 2015, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2016, con nota redazionale *Adozione da parte del papà sociale di un bimbo nato da maternità surrogata: la Procura di Roma non impugna e la sentenza diventa definitiva*, e con nota di A. Schillaci, *La sentenza perfetta. Paternità omosessuale e diritti del bambino*; in *Quotidiano giuridico*, www.quotidianogiuridico.it, 2016, con nota di M.M. Winkler, *Figlio di due padri: un caso di stepchild adoption e gestazione dinanzi al Tribunale di Roma*; in *Nuove leggi civili commentate*, 2016, p. 969 ss., con nota di M. Farina, *Adozione e affidamento - «adozione in casi particolari, omogenitorialità e superiore interesse del minore»*. Nello sesso senso Corte di appello di Firenze, sentenza del 4 ottobre 2012, n. 1274, in http://www.aiaf-avvocati.it, 2014, con riferimento a convivenza eterosessuale; in *obiter dictum* Corte di appello di Milano, sez. Persone, Minori, Famiglia, 16 ottobre – 1 dicembre, in *Famiglia e diritto*, 2016, pp. 271 ss., con nota di F. Tommaseo, *Sul riconoscimento dell'adozione piena, avvenuta all'estero, del figlio del partner d'una coppia omosessuale*.

L'orientamento è stato accolto dalla Corte di cassazione, sezione prima, che ha depositato il 22 giugno 2016 la sentenza n. 12962, cit. Tale decisione, ripercorrendo le tappe dell'evoluzione normativa alla luce degli insegnamenti della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti umani in materia di *best interest of the child*, omologa l'adozione coparentale del figlio del convivente omosessuale del genitore biologico disposta da Corte di appello di Roma, sentenza del 23 dicembre 2015, n. 219, *ivi*, 2015, con nota redazionale *L'adozione da parte della comadre è nell'interesse della minore: conferma anche dai giudici d'appello*, in quanto realizza l'interesse concreto del minore "a vedere riconosciuti i legami affettivi sviluppatisi con altri soggetti, che se ne prendono cura" (p. 40 dell'originale), interesse che si specifica nell'art. 44 lett. *d)* l. adozione nell'avere "relazioni affettive continuative e di natura stabile instaurate e caratterizzate dall'adempimento di doveri di accudimento, di assistenza, di cura e di educazione analoghi a quelli genitoriali" (p. 22). Per la Corte, la condizione di constatata impossibilità di affidamento preadottivo, su cui *infra*, § 2, "coerentemente con il sistema della tutela dei minori e dei rapporti di filiazione biologica ed adottiva vigente, deve ritenersi sufficiente l'impossibilità 'di diritto' di procedere all'affidamento preadottivo e non solo quella 'di fatto', derivante da una condizione di abbandono in senso tecnico giuridico" (p. 39).

Per l'orientamento negativo cfr. Tribunale per i minorenni di Potenza, sentenza del 15 giugno 1984, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1984, pp. 1039 ss.; Tribunale di Roma, sentenza del 22 dicembre 1992, in *Giurisprudenza di merito*, 1993, pp. 924 ss.; Corte di appello di Torino, sentenza del 9 giugno 1993, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1994, pp. 165 ss.; Tribunale per i minorenni di Ancona, sentenza del 5 gennaio 1998, in *Giustizia civile*, 1998, I, pp. 1711 ss.; Tribunale per i minorenni di Torino, sentenze del 11 settembre 2015, n. 258 e 259, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, I, p. 205 ss. con nota critica di A. Nocco, *L'adozione del figlio di convivente dello stesso sesso: due sentenze contro una lettura "eversiva" dell'art.44, lett. d), l. n. 184/1983*, secondo cui l'adozione in casi particolari non è ammessa quando l'affidamento sia solo giuridicamente impossibile, poiché "diversamente opinando andrebbe, secondo una lettura eversiva e inconcepibile della norma, accolta la domanda proveniente da ogni soggetto (desideroso — e titolato in forza di un ottimo rapporto con il minore — di diventare il padre 2, o madre 2; o 3, o 4, ecc.) che intenda adottare il minore, non in stato di abbandono, nella forma della lettera *d)*, al fine di ampliarne accudimento e risorse economiche (e così realizzando meglio l'interesse del minore, rispetto alle possibilità dei genitori biologici)". Contrario l'orientamento di Corte di appello di Torino, 27 maggio 2016, in *Articolo29*, www.articolo29.it, in riforma di Tribunale per i minorenni di Torino, sentenza del 20 ottobre 2015, n. 302, analogamente motivata.

Come è stato efficacemente sottolineato[15], delle quattro circostanze[16] di cui all'art. 44 quella di più incerta definizione è l'ultima, in cui l'impossibilità di affidamento preadottivo non è aggettivata in termini di diritto e/o di fatto, se non indirettamente in quanto "constatata", seppure si riferisca a casi in cui i minori possono essere adottati "anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'art. 7", disposizione che si riferisce esclusivamente alla condizione soggettiva di abbandono del minore, accertata con dichiarazione giudiziale di adottabilità.

È il nesso con l'*incipit* normativo ad imporre di non arrestarsi all'interpretazione letterale, perché il senso proprio delle parole, nella loro connessione, non è univoco: lo dimostrano gli opposti esiti cui conducono i riferimenti testuali diffusi sia in dottrina che in giurisprudenza.

Una opinione evidenzia che è prevista "come unica condizione per l'adozione di cui all'art. 44, comma 1, lettera *d)*, l'impossibilità di affidamento preadottivo e non l'impossibilità *di fatto* dell'affidamento preadottivo di un minore in stato di abbandono"[17]. L'orientamento opposto evidenzia invece che l'adozione può disporsi "anche quando", e non *"solo quando"*, non sussista dichiarazione di adottabilità, sicché costituirebbero casi di impossibilità di diritto quelli di cui alle lettera *a)* e *b)*, e di fatto gli altri delle lettere *c)* e *d)*[18], legati a concrete difficoltà di inserire il minore, in ragione della sua disabilità, età, problematicità o patologia psico-fisica, in una famiglia avente i requisiti per l'adozione parentale. Nello stesso senso si evidenzia come "ove il legislatore avesse inteso estendere la portata della previsione, non di impossibilità avrebbe parlato, ma di 'inopportunità' di affidamento preadottivo"[19].

Le discordanti tesi mirano, all'evidenza, ad antitetici obiettivi, che rivelano opposte visioni dell'adozione in casi particolari.

La prima, fatta propria anche dalla Corte costituzionale[20], legge nella lettera *d)* "un'ulteriore 'valvola' per i casi che non rientrano in quelli più specifici previsti dalle lettere" che precedono, nei

15 P. Morozzo della Rocca, *Sull'adozione in casi particolari del minore straniero già presente in Italia*, in *Famiglia e diritto*, 1996, pp. 397 ss., riteneva un "vero nodo gordiano" l'ambigua relazione esistente tra l'affermazione di apertura, riferita alla non ricorrenza dei requisiti dell'art. 7 co. 1, e il contenuto dell'originaria lettera *c)*, corrispondente all'attuale *d)*, per cui o si riduce la portata precettiva dell'*incipit*, e lo si intende come preambolo a un elenco di ipotesi in cui lo stato di adottabilità può non esserci (quelle di cui alle lettere *a*, *b*, o deve esserci *c)*, oppure è vacuo il riferimento alla "constatata" impossibilità di affidamento preadottivo, poiché, chiarisce M. Dogliotti, *Affidamento e adozione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Giuffré, Milano, 1990, p. 317 "in assenza della dichiarazione di adottabilità, è, a stretto rigore, sempre giuridicamente impossibile constatare l'impossibilità dell'affidamento preadottivo".

16 Tali secondo la definizione che ne fornisce l'art. 57, n. 1, della medesima l. adozione.

17 Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza del 22 ottobre 2015, cit., p. 6 dell'originale, corsivo nostro.

18 L. Rossi Carleo, *Il diritto del minore a una famiglia: affidamento e adozione*, in *Trattato di diritto civile* diretto da N. Lipari, P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, vol. I, *Fonti, soggetti famiglia*, t. II, *La famiglia*, Milano, Giuffré, 2009, p. 493, riprendendo le argomentazioni già svolte da Id., *L'affidamento e le adozioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, vol. IV, t. III, *Persone e famiglia*, Torino, Utet, 1997, p. 472, con riferimento all'originaria lettera *c)*: "mentre nei primi due casi viene in considerazione una impossibilità giuridica di pronunciare l'adozione, in quanto si tutela un rapporto preesistente, in questa ipotesi rileva esclusivamente una impossibilità di fatto, per cui, nella impossibilità di affidamento preadottivo, si cerca comunque di offrire al minore la possibilità di instaurare un rapporto sostitutivo di quello originario che manca. A differenza, quindi, delle ipotesi precedenti, il minore si trova in stato di adottabilità".

19 M. Dogliotti, *Adozione di maggiorenni e minori*, cit., p. 809.

20 Corte costituzionale, sentenza del 7 ottobre 1999, n. 383, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, pp. 2951 ss., con nota di A. Celotto. Si tratta di una decisione interpretativa di rigetto, riferita all'interpretazione dell'originaria lettera *c)* dell'art. 44 denunciata dalle ordinanze di rimessione, che ritenevano "di dover trarre dal riferimento letterale della disposizione impugnata alla 'constatata impossibilità di affidamento preadottivo' il presupposto interpretativo secondo cui, per far ricorso all'ipotesi prevista dalla lettera *c)* della norma, occorre necessariamente la previa dichiarazione dello stato di abbandono del minore e quindi la declaratoria formale di adottabilità, nonché il vano tentativo del predetto affidamento". La Consulta valorizza la peculiarità dell'adozione in casi particolari, che "non recide i legami del minore con la sua famiglia di origine, ma offre allo stesso la possibilità di rimanere nell'ambito della nuova famiglia che l'ha accolto, formalizzando il rapporto affettivo instauratosi con determinati soggetti che si stanno effettivamente occupando di lui: i parenti o le persone che hanno con lui rapporti stabili e duraturi preesistenti alla perdita dei genitori, ovvero il nuovo coniuge del genitore", e sottolinea che "in realtà, l'art. 44 è tutto retto dalla 'assenza delle condizioni' previste dal primo comma del precedente art. 7 della medesima legge n. 184: pertanto, gli stessi principi relativi alle prime due ipotesi dell'art. 44 valgono anche per le fattispecie ricadenti sotto la lettera *c)*", e pertanto "non esige che sia concretamente tentato l'affidamento preadottivo e ne sia constatata l'impossibilità quando il minore venga richiesto in adozione da parenti entro il quarto grado idonei a fornirgli l'assistenza materiale e morale di cui ha bisogno". In dottrina, cfr. almeno R. Pane, *Le adozioni tra innovazioni e dogmi*, Napoli, Esi, 2003, p. 162: "La nuova tendenza volta a rivalutare il modello adottivo ha evidenziato la flessibilità dello schema formale dell'istituto, che consente di offrire uno strumento tecnico efficace per tutelare gli interessi del minore alla presenza delle molteplici e nuove situazioni prospettate dalla realtà sociale, ove sono in atto sempre più ,arcate differenziazioni dei modelli familiari, rese evidenti anche dall'incremento del numero delle separazioni e dei divorzi. La varietà delle ipotesi nelle quali è possibile il ricorso a tale for-

quali è opportuno "favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore ed i parenti o le persone che già si prendono cura di lui, prevedendo la possibilità di un'adozione, sia pure con effetti più limitati rispetto a quella 'legittimante', ma con presupposti necessariamente meno rigorosi di quest'ultima".

La giurisprudenza di merito la valorizza, quindi, "quale clausola residuale in cui valutare tutte quelle condizioni, non sempre preventivabili, che nella realtà possono presentarsi e non possono farsi rientrare nelle ipotesi previste dalle lettere *a)*, *b)* e *c)*", e di conseguenza valorizza la normativa esclusione della necessità di dichiarazione di adottabilità per far spazio alla valutazione, ulteriore ai sensi dell'art. 57 l. adozione, dell'interesse del bambino ad ottenere, con lo *status* adottivo, la "instaurazione di vincoli giuridici significativi tra il minore e chi di lui di occupa"[21].

L'opposto orientamento denuncia, nella dilatazione del significato dell'impossibilità di affidamento preadottivo, il rischio di favorire "aggiramenti e attacchi all'adozione legittimante"[22], realizzati dando "luogo alla trasformazione di affidamenti abusivi in adozioni in casi particolari, incoraggiando così comportamenti captativi, soprattutto da parte di coppie prive di figli e sprovviste dei requisiti dell'adozione legittimante, a scapito dei minori e dei genitori che versino in condizioni di momentanea e grave difficoltà"[23].

Rischi tutti estranei alla domanda di adozione del figlio del convivente, che mira invece al medesimo risultato di conferire forma giuridica ad una affettività di fatto esistente e maturata nel tempo, cui si dirigono l'adozione del figlio del coniuge di cui alla lettera *b)*, ed anche l'adozione dell'orfano da parte di chi gli sia legato stabilmente e durevolmente di cui alla lettera *a)*, recentemente novellata proprio a tutela del diritto del minore alla stabilità affettiva. Diverso fondamento, semmai, deve rintracciarsi per l'ipotesi di cui alla lettera *c)*, che prescinde dalla sperimentata affettività, e consente l'adozione di un minore disabile orfano anche da parte di persone a lui totalmente estranee, con le quali l'idonea convivenza può apprezzarsi solo in termini "possibilistici", ai sensi dell'art. 57, comma 3, lettera *d)*.

2.1 Novelle di valorizzazione dell'interesse del minore alla conservazione dell'affettività

L'originaria intenzione del legislatore si dirigeva, in effetti, proprio allo scopo di porre fine alle prassi devianti diffuse sotto l'imperio della disciplina dell'adozione ordinaria, a danno del diritto del minore a crescere nella propria famiglia biologica, salve le ipotesi eccezionali in cui ne derivino rischi per la sua serenità e sicurezza, in conseguenza dell'abbandono stabile ed irreversibile da parte dei genitori[24].

---

ma di adozione, infatti, nel rivelare la variabilità di finalità che possono, in concreto, essere realizzate dall'istituto, accentua il suo fondamento personalistico, enunciato solennemente dall'art. 57, n. 2, che subordina la pronuncia di adozione in casi particolari alla verifica del preminente interesse del minore".

21 Corte di appello di Roma, sentenza del 23 dicembre 2015, cit., p. 8, confermata da Cassazione civile, sezione prima, sentenza del 22 maggio 2016, n. 12962, cit., che riferendosi alla richiamata giurisprudenza costituzionale sottolinea "L'attenzione prestata dalla Corte costituzionale all'aspetto della continuità affettiva ed educativa della relazione tra l'adottante e l'adottando, come elemento caratterizzante la realizzazione dell'interesse del minore, anticipa significativamente le linee ispiratrici degli interventi legislativi di riforma della filiazione e degli istituti dell'adozione e della stessa giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, sviluppatasi nell'ultimo decennio intorno al contenuto e alla preminenza del 'best interest' del minore anche rispetto all'interesse pubblico degli Stati".

22 M. Dogliotti, *Sub art. 47*, in M. Dogliotti, A. Figone, F. Mazza Galanti, *Codice dei minori*, cit., p. 507.

23 P. Morozzo della Rocca, *Sull'adozione in casi particolari del minore straniero già presente in Italia*, cit., pp. 353 ss. Di "un ampliamento delle ipotesi di adozione in casi particolari; ampliamento il cui uso distorto potrebbe lasciar sopravvivere un pericoloso varco idoneo a consentire quegli aggiramenti alla legge che la riforma, come primo obiettivo, ha inteso abolire", e di "prassi deviante" da scoraggiare, discute anche L. Rossi Carleo, *L'affidamento e le adozioni*, cit., pp. 474 ss., con riferimento al "timore che, intendendo la impossibilità di affido preadottivo nella sua accezione più lata, si vengano a creare le premesse perché l'adozione possa essere chiesta anche da coloro che non ne abbiano i requisiti". Ritiene G. Miotto, *Adozione omoparentale e preminente interesse del minore*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2015, p. 1339, che "si finirebbe per privare di qualsiasi significato la casistica dettata dal legislatore per l''*adozione in casi particolari*': qualunque minore, invero, ancorché non venga a trovarsi in stato di abbandono, potrebbe essere adottato ai sensi dell'art. 44, esito interpretativo, questo, che appare francamente paradossale" (corsivo nel testo). Nello stesso senso anche F. Tommaseo, *op.cit.*, pp. 277 ss., per il quale l'orientamento opposto "va criticato non soltanto per essere manifestamente *contra legem* ma anche poiché consentirebbe un'indiscriminata apertura verso adozioni che non avrebbero più soltanto la funzione di proteggere i minori nelle situazioni d'emergenza che giustificano l'applicazione delle regole sull'adozione in casi particolari, ma anche quella di sanare rapporti familiari di fatto illecitamente precostituiti". L'A. condivide, al contrario, la decisione di riconoscere gli effetti e la trascrizione del provvedimento estero di adozione parentale, in ragione del principio di ordine pubblico che vieta ogni discriminazione fondata sul sesso e su ogni altra condizione personale, di cui all'art. 2 Cost, artt. 8 e 14 Convenzione europea dei diritti umani.

24 Cfr. M.C. Ebene Cobelli, *Le adozioni. Prospettive di una riforma ed esperienze giuridiche europee*, Padova, Cedam, 1981, pp. 54 ss.; M.C. Ebene Cobelli, *Sub art. 44*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1984, p. 172 evidenzia "la cosiddetta adozione in casi parti-

Sul testo normativo sono tuttavia intervenute novelle di non trascurabile impatto, proprio nel senso di connotare l'istituto dell'adozione in casi particolari per la peculiare valorizzazione sia del diritto del minore a conservare l'affettività con la famiglia di origine, i rapporti con la quale non sono rescissi a differenza dell'adozione parentale, sia del diritto di vedersi costituito lo *status filiationis*, che realizza un suo diritto fondamentale[25], nei confronti dell'adulto che svolge per lui funzioni di cura e accudimento genitoriali[26].

Ci riferiamo: *I)* all'art. 25, l. 28 marzo 2001, n. 149, che ha aggiunto all'art. 44 la lettera *c)*, dedicata al minore che si trovi nelle condizioni di handicap di cui all'art. 3, comma 1, della l. 5 febbraio 1992, n. 104, e sia orfano di padre e di madre; *II)* al D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, che ha specificato la situazione di abbandono giustificativa della dichiarazione di adottabilità aggiungendo, alla lettera *c)* dell'art. 15 la "provata irrecuperabilità delle capacità genitoriali in un tempo ragionevole"; *III)* all'art. 4, comma 3, della l. 19 ottobre 2015, n. 173, che ha inserito nella lettera *a)* dell'art. 44, dedicata all'orfano di padre e madre, la specificazione del preesistente rapporto stabile e duraturo con l'adottante, "anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento".

Procedendo secondo l'ordine cronologico, *I)*, è opportuno rilevare come anche la tesi più restrittiva non potesse esimersi dall'evidenziare come sia stato contradditorio specificare con la prima novella, alla lettera *c)* dell'art. 44, una delle ipotesi in cui si ravvisava tradizionalmente uno dei casi di impossibilità di affidare il minore ai sensi della lettera *d)*, in conseguenza della sua condizione di grave disabilità: parimenti, infatti, "trovano difficoltà all'adozione non solo gli handicappati, ma pure i minori difficili, gli adolescenti ecc. E a tale esigenza già sopperiva la previsione relativa alla constatata impossibilità di un affidamento preadottivo"[27]. Se l'impossibilità di affidamento di cui alla lettera *d)* dovesse intendersi necessariamente in senso fattuale, non si spiegherebbe la ragione della novella, posto che la giurisprudenza valorizzava proprio la disabilità tra le condizioni di fatto impedienti l'affidamento preadottivo di cui alla precedente formulazione, e le ipotesi di cui alle lettere *c)* e *d)* si distinguerebbero esclusivamente perché si farebbe luogo a quella della lettera *c)* quando siano deceduti entrambi i genitori. Riferire, invece, l'impossibilità a ragioni ulteriori, e non solo alla difficoltà di reperire adottanti disposti all'affidamento, risponderebbe all'imperativo di conservazione del valore giuridico della disposizione.

II) La novella di parificazione degli *status* di filiazione è intervenuta anche sulla disciplina della dichiarazione di adottabilità, in attuazione dell'obiettivo fissato nella legge delega di "specificazione della nozione di abbandono morale e materiale dei figli con riguardo alla provata irrecuperabilità delle capacità genitoriali in un tempo ragionevole da parte dei genitori, fermo restando che le condizioni di indigenza dei genitori (…) non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria

colari, che della 'vecchia' adozione ordinaria riprende a dire il vero taluni aspetti normativi, ma che il legislatore ha inteso rigorosamente distinguere, nella disciplina, dall'istituto riservato ai maggiorenni"; G. Cattaneo, *Appunti sulla nuova disciplina dell'adozione e dell'affidamento di minori*, in *Quadrimestre*, 1984, p. 50.

25 Corte costituzionale, sentenza del 28 novembre 2002, n. 494, enunciò il diritto fondamentale del figlio a vedersi riconosciuto lo *status* nei confronti del genitore incestuoso, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art 278, comma 1, c.c., che escludeva dalla dichiarazione di giudiziale di paternità o maternità e dalle relative indagini i casi in cui era vietato il riconoscimento, a norma dell'art. 251, comma 1, c.c. La decisione si può leggere in *Familia*, 2003, parte II, pp. 841 ss., con nota di G. Ferrando, *La condizione dei figli incestuosi: la Corte costituzionale compie il primo passo*; in *Giurisprudenza italiana*, 2003, parte I, cc. 868 ss.; in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, parte I, pp. 4058 ss., con nota di C.M. Bianca, *La Corte costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla paternità e maternità naturale di cui all'art. 278 comma 1 c.c. (ma i figli irriconoscibili rimangono)*; si veda anche, *ivi*, 2003, parte II, pp. 446 ss., la nota di G. Di Lorenzo, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale dei figlio nati da rapporto incestuoso*; in *Vita notarile*, 2002, pp. 1353 ss., con nota di G. Vecchio, *Sulla parziale illegittimità della disciplina della c.d. filiazione incestuosa: forti ombre su di un sentiero che resta impervio*; C. Cicero, *Il problema della filiazione incestuosa (osservazioni a margine di Corte cost. n. 494/2002*), in *Rassegna Giuridica Sarda*, 2003, pp. 851 ss. Dalla previsione derivava, in forza dell'applicabilità degli artt. 580 e 594 c.c., una "*capitis deminutio* perpetua e irrimediabile, come conseguenza oggettiva di comportamenti di terzi soggetti", in violazione del "diritto ad uno *status filiationis* riconducibile all'art. 2 Cost., e del principio costituzionale di eguaglianza come pari dignità sociale e divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali". In termini conformi v. Corte costituzionale, sentenza del 10 febbraio 2006, n. 50, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, parte I, pp. 172 ss. La riforma ha, coerentemente, ammesso il riconoscimento dei figli di genitori incestuosi, previa autorizzazione dettata nell'interesse del minore: cfr. S. Troiano, *Diritto allo stato e figli «senza stato», ovvero i figlio non riconoscibili dopo la riforma della filiazione*, in *Jus civile*, 2015, pp. 243 ss.; A. Sassi, S. Stefanelli, *Incapacità testamentarie*, in *Commentario al codice civile* fondato da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Giuffré, Milano, 2014, pp. 84 ss.; S. Stefanelli, *Attribuzione di status e diritti del figlio incestuoso nell'ordinamento italiano*, in *Diritto e Processo. Annuario giuridico dell'Università di Perugia*, 2013, pp. 337 ss.

26 Cfr. Cassazione civile, sezione prima, sentenza del 22 maggio 2016, n. 12962, cit., esplicita nella "salvaguardia della continuità affettiva" e nella preminenza dell'interesse del minore le linee ispiratrici della riforma degli *status filiationis* del 2012-2013 e della l. n. 173 del 2015.

27 M. Dogliotti, *Adozione di maggiorenni e minori*, cit., p. 809.

famiglia" (art. 2, comma 1, lettera *n)* l. n. 219/2012). L'intervento, pur variamente criticato[28], attua il canone generale codificato all'art. 315 *bis*, comma 2, c.c., inteso — in conformità col dettato dell'art. 1 della l. adozione — come "diritto a compiere il percorso affettivo, formativo ed educativo all'interno del proprio nucleo familiare, ossia nel contesto che l'ordinamento dimostra di ritenere assolutamente prioritario per il pieno sviluppo della personalità del figlio"[29]. Ne consegue la valorizzazione degli interventi di sostegno alle famiglie in difficoltà, da disporsi anche su segnalazione del giudice ai Comuni ai sensi del novellato art. 79 *bis*, che realizzano le misure positive il cui obbligo è imposto agli Stati firmatari dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani[30], oltre che contenuto degli artt. 3 e 30 della Costituzione italiana.

Allo scopo di sopperire a temporanee difficoltà della famiglia d'origine, non diversamente risolvibili[31], si dirige l'istituto dell'affidamento temporaneo familiare, caratterizzato dal mantenimento dei rapporti con i genitori e gli altri componenti del nucleo familiare biologico (art. 4, comma 3, l. adozione) per tutelare il bambino durante il tempo necessario "al recupero della famiglia di origine" (art. 4, comma 4). L'affidamento infatti è comunque destinato a cessare "quando sia venuta meno la situazione di difficoltà temporanea della famiglia di origine che lo ha determinato" (art. 4, comma 5), ovvero quando la sua prosecuzione rechi pregiudizio al minore, o ne sia dichiarata l'adottabilità in quanto "sono rimaste inadempiute per responsabilità dei genitori" le prescrizioni impartite dal tribunale ai genitori o ai parenti, "ovvero è provata l'irrecuperabilità delle capacità genitoriali dei genitori in un tempo ragionevole" (art. 15, comma 1, lettera *c)*.

È stato osservato che la formulazione rischia di veicolare una concezione dell'adozione come rimedio ad un pregiudizio già verificato ed irreparabile ai danni del minore[32], come sanzione della condotta abbandonica del genitore, oppure di strumentalizzare a danno del bambino il giudizio prognostico di irrecuperabilità genitoriale[33], specie in considerazione della necessità di ancorarne la ragionevole durata alle esigenze del/la minore in crescita, che possono differire da quelle di recupero del genitore[34].

Tuttavia la ripetuta condanna delle prassi in uso in alcuni tribunali dimostra che, per quanto "non si può ragionevolmente dubitare che, anche nella vigenza del testo originario dell'art. 15, la situazione che dava luogo alla dichiarazione dello stato di adottabilità doveva essere 'provata'"[35], non di rado il diritto a conservare lo stato corrispondente alla vita familiare in atto è stato pregiudicato senza tener conto del progressivo recupero della capacità dei genitori, attraverso i percorsi di sostegno disposti in favore della famiglia biologica, finendo proprio col configurare la decisione in termini sanzionatori delle manchevolezze dell'adulto, invece che di promozione dell'interesse fondamentale del bambino. Lo confermano le decisioni della Corte di Strasburgo che hanno ritenuto violato l'art. 8 della Convenzione dai provvedimenti di adozione piena disposti nonostante i genitori biologici conservassero un ruolo significativo e positivo nella crescita del minore, quando la relativa condizione di "semiabbandono" po-

28 M. Dogliotti, *Adozione di minori e stato di abbandono. Perché una specificazione*, in *Famiglia e diritto*, 2012, pp. 751 ss.; G. Ferrando, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corriere giuridico*, 2013, pp. 535 ss.; J. Long, *L'impatto della riforma della filiazione sulla disciplina dell'adozione dei minorenni*, in P. Morozzo della Rocca (a cura di), *La nuova disciplina della filiazione*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli, 2015, pp. 252 ss.

29 M. Sesta, *Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, in *Famiglia e diritto*, 2015, p. 1014; cfr. anche Id., *Filiazione (diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali, VIII*, Milano, 2015, pp. 445 ss. In senso analogo P. Sirena, *Il diritto del figlio minorenne di crescere in famiglia*, in C.M. Bianca (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, Cedam, 2015, pp. 119 ss.; G.E. Napoli, *Il diritto di crescere nella propria famiglia*, *ivi*, pp. 1115 ss.

30 Corte europea dei diritti umani, sentenza del 16 novembre 1999, *E.P. contro Italia*, ricorso n. 31127/97, § 64; Ead., sentenza del 24 febbraio 2009, *Errico contro Italia*, ricorso n. 29768/05, § 45; Ead., sentenza del 28 ottobre 2010, *Aune contro Norvegia*, ricorso n. 52502/07; Ead., sentenza del 18 dicembre 2008, *Savigny contro Ucraina*, ricorso n. 39948/06; Ead., sentenza del 10 novembre 2004, *Couillard Maugery contro Francia*, ricorso n. 64796/01; Ead., sentenza del 25 gennaio 2000, *Ignaccolo e Zenide contro Romania*, ricorso n. 31679/96, § 94; Ead., sentenza del 27 giugno 2000, *Nuutinen contro Finlandia*, ricorso n. 32842, § 127; Ead., sentenza del 24 marzo 1988, *Olsson contro Svezia*, ricorso n. 10465/83, § 81, su cui cfr. J. Long, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, Giuffré, 2006, pp. 265 ss.

31 Argomentando dalla possibilità di disporre l'affidamento senza porre in essere gli interventi di cui all'art. 1, commi 2 e 3, solo "in caso di necessità e urgenza", ai sensi dell'art. 2, comma 3.

32 G. Recinto, *Stato di abbandono morale e materiale del minore: dichiarazione e revoca dell'adottabilità*, in *Rassegna di diritto civile*, 2011, pp. 1161 ss.; Id., *Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2014, pp. 1485 ss.

33 Cfr. G. Ferrando, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, cit., p. 535.

34 J. Long, *L'impatto della riforma della filiazione sulla disciplina dell'adozione dei minorenni*, cit., pp. 252 ss.

35 *Ibidem*, p. 253.

teva invece risolversi ricorrendo all'istituto dell'adozione in casi particolari, proprio in considerazione dell'impossibilità di affidamento preadottivo motivata dal difetto della citata "prova" della definitiva "irrecuperabilità delle capacità genitoriali"[36].

Che l'interesse del bambino a conservare i legami affettivi instaurati e intrattenuti con soggetti non siano suoi parenti sia l'asse portante della riforma è concetto ribadito, infine, dal più recente arresto costituzionale in merito alla facoltà del convivente omosessuale del genitore biologico di stimolare il pubblico ministero a domandare al tribunale per i minorenni l'emanazione dei provvedimenti convenienti *ex* art. 333 c.c., per evitare che la crisi della coppia comporti anche l'interruzione dei "rapporti, non meno significativi (di quelli con i parenti, *n.d.r.*), eventualmente intrattenuti con adulti di riferimento che non siano suoi parenti"[37].

III) Infine, allorquando debba dichiararsi lo stato di abbandono, le novelle introdotte con l. 19 ottobre 2015, n. 173 vincolano la decisione circa l'adozione parentale o genitoriale alla conservazione dei "legami affettivi significativi" e del "rapporto stabile e duraturo consolidatosi tra il minore e la famiglia affidataria", alla cui stregua si impone di preferire la domanda di adozione parentale degli affidatari che ne abbiano i requisiti (art. 5, comma 5 *bis*), ovvero quella di adozione in casi particolari, in adesione al "rapporto stabile e duraturo" maturato con l'orfano di entrambi i genitori (art. 44 lett. *a)*. Perfino ove venissero disposti l'adozione o l'affidamento ad altra famiglia "è comunque tutelata, se risponde all'interesse del minore, la continuità delle positive relazioni socio affettive consolidatesi durante l'affidamento" (art. 5, comma 5 *ter*).

La valorizzazione dei sentimenti che reciprocamente legano i bambini e coloro che se ne sono presi cura passa, quindi, per la costituzione di vincoli giuridici corrispondenti alla matura affettività, tanto nell'adozione parentale che in quella in casi particolari, ovvero, quando ne difettino i presupposti in capo agli affidatari o il minore non sia orfano, per l'esplicita previsione normativa di una pretesa alla continuità delle relazioni, in quanto positive nell'interesse del minore. Alla verifica è necessario l'ascolto del bambino, se capace di discernimento (art. 5, comma 5 *quater*), e gli adulti affidatari o collocatari devono essere convocati nei procedimenti che ne decidono l'affidamento, l'adottabilità la responsabilità genitoriale, e possono presentare memorie (art. 5, comma 1).

Appare, infine, evidente che l'adozione in casi particolari del figlio del *partner* realizza la medesima funzione di garanzia dell'interesse del minore a veder riconosciuto dall'ordinamento l'affetto che lo lega a chi l'ha cresciuto come un genitore, a prescindere dal legame di parentela[38], che si realizza attraverso il regime di prescrizione delle azioni demolitorie dello *status* che siano avviate da legittimati diversi dal figlio, introdotte dalla riforma del 2012-2013, e la preclusione delle medesime a colui che abbia consentito all'inseminazione eterologa (art. 9 l. 40/2004)[39].

36 Corte europea dei diritti umani, sentenza del 2 giugno 2014, *Zhou c. Italia*, ricorso n. 33773/11, in *Minori e giustizia*, 2014, 2, pp. 268 ss.; Ead., sentenza del 16 luglio 2015, *Akinnibosun c. Italia*, ricorso n. 9056/14; Ead., sentenza del 13 ottobre 2015, *S.H. c. Italia*, ricorso n. 52557/14.

37 Corte costituzionale, sentenza del 20 ottobre 2016, n. 225, in *Questioni di diritto di famiglia*, 2016, ottobre, pp. 3 ss., con osservazioni di V. Cianciolo. Si tratta di decisione che dichiara infondata la questione di costituzionalità dell'art. 337 *ter* c.c., la cui motivazione concorda con l'interpretazione offerta dalla rimettente Corte di appello di Palermo che esclude il legame col convivente del genitore dall'ambito operativo della disposizione, in quanto "l'intervento del giudice a tutela del diritto del figlio minore a 'conservare rapporti significativi' con persone diverse dai genitori, quale previsto e disciplinato dall'art. 337-*ter* cod. civ., abbia esclusivo riguardo a soggetti comunque legati al minore da un vincolo parentale — all'interno, quindi, di un contesto propriamente familiare", ma esclude che sussista un vuoto di tutela rispetto ai rapporti affettivi "con adulti di riferimento che non siano suoi parenti", poiché ritiene che "l'interruzione ingiustificata, da parte di uno o di entrambi i genitori, in contrasto con l'interesse del minore, di un rapporto significativo, da quest'ultimo instaurato e intrattenuto con soggetti che non siano parenti, è riconducibile alla ipotesi di condotta del genitore 'comunque pregiudizievole al figlio'", cui si attagliano i provvedimenti *de potestate*.

38 M. Orlandi, *Bimbi contesi tra famiglie biologiche e famiglie degli affetti: due situazioni difficili risolte secondo buon senso*, in *Giurisprudenza di merito* 2003, pp. 1123 ss., con riferimento all'interpretazione estensiva di Corte costituzionale, sentenza del 7 ottobre 1999, n. 383, cit.

39 Lo nota Cassazione civile, sezione prima, sentenza del 22 giugno 2016, n. 12962, cit. per la quale "la riforma della filiazione, di recente attuata mediante la legge delega 10 dicembre 2012, n. 219, ed il già citato D.Lgs. N. 154 del 2013, ha modificato incisivamente la preesistente disciplina normativa degli *status* filiali, stabilendo solo per il figlio l'imprescrittibilità del diritto a far prevalere la verità biologica: questa opzione evidenzia il riconoscimento del rilievo delle relazioni instaurate e consolidate nel tempo tra genitore e figlio sotto il profilo del diritto di quest'ultimo a conservare tale profilo caratterizzante l'identità personale fin dalla nascita. Inoltre, il medesimo principio, rafforzato dal canone dell'assunzione di responsabilità in ordine alle scelte genitoriali fatte consapevolmente, è a fondamento dell'art. 9, commi 1 e 2, della l. 19 febbraio 2004, n. 40: in queste norme è stabilito, infatti, che un rapporto di filiazione — sorto per effetto dell'accesso a pratiche di procreazione medicalmente assistita vietate dalle legge, ove il consenso all'accesso a tali pratiche sia ricavabile da atti concludenti — non può essere

2.2 Interpretazione sistematica

Il tessuto normativo rivela ulteriori conferme dell'opinione che comprende nell'impossibilità di affidamento preadottivo tanto quella abitualmente definita "di fatto" quanto l'altra, giuridica.

A ben vedere, sono ostacoli giuridici all'affidamento preadottivo non solo la presenza di un genitore accudente, ma anche il rifiuto opposto dal minore che abbia compiuto i quattordici anni all'affidamento preadottivo alla coppia prescelta dal tribunale (art. 22, comma 6) o più in radice all'adozione parentale, ovvero la revoca, prima della pronuncia definitiva dell'adozione, di quello precedentemente prestato (art. 7, comma 2). Può inoltre verificarsi il caso in cui il bambino versi effettivamente in condizioni di abbandono, ma manchi l'impulso alla dichiarazione di adottabilità riservato (art. 9 comma 2) al Pubblico Ministero e non sostituibile in alcun modo[40]. Infine, l'affidamento preadottivo è impossibile quando il minore si trova in condizioni di semiabbandono da parte dei genitori, ma di lui si prende cura un affidatario temporaneo, il quale semmai potrebbe domandarne l'adozione in casi particolari, alla luce della l. n. 173/2015. Non può dunque negarsi che la legge n. 184/1983 contempli e disciplini una pluralità di condizioni in cui è giuridicamente impossibile addivenire alla dichiarazione di adottabilità e/o all'affidamento preadottivo.

Per altro verso, intendere l'impossibilità necessariamente come accertamento di un fallito tentativo di reperire una coppia idonea e disponibile all'adozione parentale conduce alla conseguenza di ritenere irragionevole la previsione, risultante dal combinato disposto degli artt. 19, comma 1, e 52, comma 3, per cui la responsabilità dei genitori biologici, il cui esercizio si sospende per effetto della dichiarazione di adottabilità, può riprendere per conseguenza della revoca dell'adozione in casi particolari, se il tribunale lo ritiene conveniente[41]. Dovremmo pensare al minore che, allontanato dalla sua famiglia di origine anche attraverso la secretazione dei dati degli affidatari preadottivi[42], convinca i giudici che la cura della sua persona, la rappresentanza e l'amministrazione dei suoi beni siano restituite a quei genitori che non frequenta più da anni. Potrebbe, inoltre risorgere in capo al genitore biologico anche l'obbligo di mantenimento[43], in conseguenza dell'incapienza dell'adottante.

L'impossibilità di diritto dell'affidamento preadottivo conserva la ragionevolezza di tale previsione, che si conserva rispetto alle condizioni in cui difetta lo stato di abbandono e dunque il genitore non ha mai cessato di essere presente alle esigenze del figlio. Si spiega, altresì, l'art. 46, che richiede l'assenso all'adozione dei genitori del minore, il cui difetto è invece superabile per i minori in stato di adottabilità, perché tale pronunzia "segna, appunto, l'interruzione dei rapporti coi genitori (*sicché*) non sembra opportuno chiedere il loro assenso" in quanto "consentirebbe solo ai genitori di rintracciare nuovamente il minore del quale si erano disinteressati, con grave turbamento per la eventuale riservatezza della nuova situazione, che sembrerebbe bene proteggere"[44].

---

messo in discussione mediante il disconoscimento di paternità, l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità o l'esercizio del diritto all'anonimato materno". Pienamente coerente la motivazione che sostiene Corte di cassazione, sezione prima, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, secondo cui del diritto alla continuità dei rapporti affettivi "è ben consapevole lo stesso legislatore, che all'art. 9, comma 1, della legge n. 40/2004 ha previsto che in caso di ricorso a tecniche (allora vietate) di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, il coniuge o convivente consenziente non possa esercitare l'azione di disconoscimento della paternità né impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità".

40 Principio incontroverso, affermato da ultimo da Cassazione civile, sezione prima, sentenza del 10 aprile 2013, n. 8677, in *Cassazione civile Utet on line*, sulla scorta del principio di garanzia della terzietà del giudice minorile affermato da Corte costituzionale, ordinanza del 4 luglio 2002, n. 314, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, I, pp. 2418 ss., nonostante il Collegio abbia certezza della condizione di grave pregiudizio in cui versa il minore.

41 Cfr. G. Carlini, *Adozione nei casi di constatata impossibilità di affidamento preadottivo*, in *Giurisprudenza di merito*, 1984, IV, pp. 458 ss., per cui la norma dell'art. 46 è stata dettata proprio per le ipotesi (allora *sub* lettera *c)*, nelle quali, se fosse presupposta la dichiarazione di adottabilità, che sospende la potestà genitoriale, il dissenso impediente dei genitori non potrebbe mai verificarsi, privando di senso l'art. 46. *Contra* M.C. Ebene Cobelli, *op. cit.*, p. 172.

42 La secretazione può essere ordinata dal Tribunale per i minorenni per la protezione del bambino e la serenità del nucleo familiare in formazione, in conseguenza di gravi attentati alla vita del figlio, del coniuge o di altri gravi reati, in forza dell'art. 10, comma 2, della l. n. 184 del 1983, che sottopone all'autorizzazione del giudice il diritto delle parti e dei loro difensori di partecipare a tutti gli accertamenti disposti dal tribunale, presentare istanze istruttorie, prendere visione ed estrarre copia degli atti del fascicolo. In questo senso, da ultimo, Cassazione civile, sezione prima, ordinanza del 6 giugno 2013, n. 14367, in CED Cassazione.

43 Cassazione civile, sezione prima, sentenza del 30 gennaio 1998, n. 978, in *Corriere giuridico*, 1998, pp. 269 ss., con nota di V. Carbone, *Famiglia*

44 L. Rossi Carleo, *L'affidamento e le adozioni*, cit., pp. 485 ss., che conclude, a p. 488 sostenendo che "la necessità di sentire i genitori potrebbe rivelarsi opportuna esclusivamente nell'ipotesi di cui all'art. 44 lett. *b)*". Il presupposto della previa dichiarazione

L'argomento permette di evidenziare l'ulteriore contraddizione derivante dall'essere l'adozione pronunciata in difetto di un congruo periodo di sperimentazione — a differenza dell'affidamento preadottivo nell'adozione parentale — sebbene sia il caso del bambino affetto da handicap che di quello "difficile", tradizionalmente compresi nella nozione di impossibilità di fatto, dovrebbero imporre la massima cautela proprio in ragione della delicatezza della loro condizione[45]. Potrebbero addirittura coesistere due processi diversi, eventualmente innanzi a distinti uffici giudiziari[46], con esiti nefasti per la stabilità affettiva del soggetto protetto, eventualità che si è effettivamente realizzata, ed è stata oggetto di decisione[47] proprio sul contrasto di giudicati: si trattava della domanda di adozione in casi particolari di un minore in condizioni di disabilità avanzata dalla persona singola presso la quale il bambino era stato collocato, ed anche di quella di una coppia, cui era stato affidato con provvedimento interinale, nella constatata impossibilità di far luogo ad un affidamento preadottivo. Il fatto che non sia prevista la verifica di un congruo periodo di un affidamento prima dell'adozione in casi particolari depone, allora, a sostegno dell'opinione che ne legge la *ratio* nell'offrire garanzia giuridica ad un rapporto affettivo già consolidato, giacché la corrispondenza all'interesse del minore della sperimentata convivenza come figlio e genitore viene accertata con l'indagine di cui all'art. 57, comma 3. È, piuttosto, la disposizione di cui alla lettera *c)* a doversi reputare norma eccezionale[48], espressiva di un *favor legis* per l'adozione di minori orfani dei genitori ed in condizioni di disabilità[49], i quali possono essere adottati anche in difetto di quella consolidata relazione affettiva da persone singole, coppie conviventi, coniugate da meno di tre anni o separate di fatto, ovvero adulti la cui età superi di oltre quarantacinque anni quella dell'adottando, che non rivestirebbero i requisiti previsti per l'adozione parentale.

Per effetto del rinvio dettato dall'art. 55 alla disciplina vigente per l'adozione di maggiorenni, il minore conserva, inoltre, il cognome di origine e lo pospone semplicemente a quello dell'adottante e non è possibile adottare con adozione in casi particolari il proprio figlio biologico: elementi, tutti, che depongono a favore della tesi che individua il carattere peculiare dell'adozione in parola nel costituire lo strumento per rivestire di rilievo giuridico un rapporto affettivo già instaurato tra il minore ed un adulto, o una coppia, allo scopo di realizzare l'interesse esclusivo del primo, senza rescindere i rapporti, affettivi e giuridici, con la famiglia di origine.

Proprio con riguardo al cognome dell'adottando, la riforma del 2012-2013 ha ribaltato il dettato dell'art. 299, comma 2, c.c., prevedendo che il riconoscimento o l'accertamento della filiazione, successivi alla pronunciata adozione, comportino l'acquisizione di entrambi i cognomi: quello dell'adottante e quello del genitore biologico. Ne risulta una ulteriore conferma, che l'evidenza del cognome testimonia, della valorizzazione dei legami con la famiglia di origine, a dispetto dell'opinione che esclude l'adozione in casi particolari ex art. 44 lett. *d)* del minore che non sia stato dichiarato adottabile, in ragione del presunto principio di univocità dello *status*, che soffrirebbe eccezioni solo nelle ipotesi tassativamente previste dalla legge[50].

Potrebbe trattarsi del bambino, adottato dal/la *partner* della madre, per cui si ottenga, anche su azione della madre, la dichiarazione di cui all'art. 269 c.c. nei confronti del padre biologico che non lo aveva riconosciuto: gli si costituirà lo *status* verso tre persone, ed il cognome ne costituirebbe l'apparenza visibile. Sarebbe incostituzionale, per irragionevole disparità di trattamento, escluderlo dalla tutela che gli si riconoscerebbe ove la sua adozione fosse domandata dal marito della madre in forza della lettera *b)*, posto il principio fondamentale per cui lo *status* del figlio è insensibile al vincolo coniugale

di adottabilità è esplicitato da Id., *Il diritto del minore a una famiglia: affidamento e adozione*, cit., p. 497, per cui "i genitori non esercitano la potestà nel caso della lett. *d)*".

45 Si tratta di una "grave carenza legislativa" per L. Rossi Carleo, *L'affidamento e le adozioni*, cit., p. 473.

46 M. Dogliotti, *Adozione di maggiorenni e minori*, cit., p. 811.

47 Corte di appello di Milano, sentenza del 19 aprile 2000, in *Famiglia e diritto*, 2000, pp. 603 ss., con nota di M.C. Vanz, *Decreto di adozione e contrasto di giudicati: la doppia famiglia di un "senza famiglia"*.

48 A. Finocchiario, M. Finocchiaro, *Adozione e affidamento dei minori. Commento alla nuova disciplina (l. 28 marzo 2001, n. 149, e d.l. 24 aprile 2001, n. 150)*, Milano, Giuffré, 2001, pp. 173 ss.

49 Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza del 22 ottobre 2015, chiarisce che la novella del 2001 ha introdotto la lett. *c)* "relativa al minore in condizione di disabilità, proprio per sgombrare il campo alla *vexata quaestio* se l'espressione impossibilità di affidamento preadottivo dovesse essere intesa come impossibilità di fatto o invero giuridica".

50 P. Morozzo della Rocca, *Sull'adozione in casi particolari del minore straniero già presente in Italia*, cit., pp. 397 ss. lo evidenzia con riferimento alla sentenza che, con apprezzamento equitativo dell'interesse del minore, ne aveva dichiarato l'adozione in casi particolari da parte degli affidatari revocando al tempo stesso la dichiarazione di adottabilità allo scopo di conservare i rapporti con la madre biologica, che erano rimasti significativi. Cfr. *infra*, § 3.

eventualmente sussistente tra i genitori, affermato dalla Consulta[51] e portato a compimento con la riforma del 2012-2013. Ove, infatti, si applicasse la lettera *b)* dell'art. 44, il minore acquisterebbe il cognome dell'adottante, anteponendolo al proprio, derivato dalla madre in conseguenza del riconoscimento da lei operato, ma conserverebbe l'azione di accertamento della filiazione biologica, e la conseguente possibilità di acquistare il cognome del padre biologico in conseguenza della costituzione dello stato nei suoi confronti, cognome che resterà posposto a quello adottivo ai sensi del primo comma dell'art. 299 c.c. Ciò dimostra, attraverso il mantenimento del cognome di origine[52], la conservazione del relativo *status*, che è pienamente compatibile con la pronuncia di adozione in casi speciali, poiché questa non consegue necessariamente allo stato di abbandono ed alla dichiarata adottabilità, ma può coesistere con la pienezza dei rapporti del minore coi propri genitori e parenti biologici.

Nel medesimo senso può apprezzarsi la previsione dell'art. 46, in materia di assenso dei genitori dell'adottato: il rifiuto può essere superato, se il tribunale lo ritiene contrario all'interesse del minore all'adozione, ma non quando provenga dai "genitori esercenti la responsabilità", ai sensi del secondo comma. È necessario, quindi, domandarsi in quale delle circostanze elencate dall'art. 44, comma 1, possano esistere genitori la cui responsabilità permanga intatta: non è certo l'ipotesi della lettera *a)*, né quella della lettera *c)*, che presuppongono la morte di entrambi i genitori; può trattarsi solo della lettera *b)*, con riferimento al genitore biologico che deve assentire alla domanda avanzata dal coniuge[53], ovvero anche della lettera *d)*, con riferimento all'impossibilità di affidamento preadottivo che consegua all'essere il minore curato ed accudito, come dovuto, dal genitore biologico.

Non si spiegherebbe, altrimenti, il richiamo generico del medesimo assenso che l'art. 299 c.c. richiede per l'adozione di maggiorenni, in una norma che doveva rinviare solo alla lettera *b)*, se l'impossibilità di cui alla lettera *d)* conseguisse sempre al giudizialmente accertato fallimento dell'affidamento preadottivo, e dunque alla dichiarazione di adottabilità, che esclude i genitori dall'esercizio della responsabilità (art. 19, comma 1, l. n. 183 del 1984).

Le ipotesi di cui alle lettere *a)* e *d)* sono invece accomunate dalla previsione del necessario divario di età tra adottante ed adottato, di cui all'art. 44, ultimo comma, limite che non vige per la lettera *c)*: ciò evidenzia il comune fondamento delle prime nella valorizzazione di un legame affettivo preesistente[54], che invece può mancare nell'adozione di minore disabile.

51 Corte costituzionale, sentenza del 13 maggio 1998, n. 166, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, pp. 1419 ss. sull'irrilevanza della condizione giuridica dei genitori rispetto al trattamento da riservarsi ai figli: "Nello spirito della riforma del 1975, il matrimonio non costituisce più elemento di discrimine nei rapporti tra genitori e figli — legittimi e naturali riconosciuti — identico essendo il contenuto dei doveri, oltre che dei diritti, degli uni nei confronti degli altri. La condizione giuridica dei genitori tra di loro, in relazione al vincolo coniugale, non può determinare una condizione deteriore per i figli, poiché quell'insieme di regole, che costituiscono l'essenza del rapporto di filiazione e che si sostanziano negli obblighi di mantenimento, di istruzione e di educazione della prole, derivante dalla qualità di genitore, trova fondamento nell'art. 30 della Costituzione che richiama i genitori all'obbligo di responsabilità".

52 L. Rossi Carleo, *L'affidamento e le adozioni*, cit., p. 495, sottolinea come, intendendo la constatazione dell'impossibilità di affidamento come conseguente al fallimento del suo tentativo, "non si comprende come e perché il cognome originario debba conservarsi, anche quando il minore adottato si trova in stato di abbandono ed era perciò giudicato assente ogni rapporto con la famiglia di origine", e solleva sul punto un dubbio di costituzionalità, escluso in forza dell'opposta interpretazione.

53 Corte costituzionale, sentenza del 20 luglio 2007, n. 315, ha rigettato la questione di legittimità del divieto di pronunciare l'adozione ai sensi della lettera *b)* quando il genitore sia deceduto prima della proposizione della domanda di adozione, ritenendo che "l'interesse del minore, se giustifica, secondo i casi, l'adozione legittimante o non legittimante, che sarebbe altrimenti impossibile per essere venute meno, successivamente alla proposizione della domanda, le condizioni dell'azione, all'origine esistenti, non consente che si prescinda da tali condizioni fin dal momento della proposizione della domanda stessa. L'accoglimento della tesi qui contestata sarebbe in contrasto con i princípi dell'adozione, in quanto introdurrebbe una incertezza sulle condizioni dell'azione". La Corte non si è pronunciata sulla compatibilità con gli art. 3 e 31 della Costituzione dell'art. 46, comma 2, nella parte in cui esclude che il tribunale possa superare il diniego di assenso del genitore del minore adottando, che sia nel pieno possesso della potestà genitoriale, quand'anche detto diniego sia contrario al primario interesse del minore, per irrilevanza della sollevata questione "dal momento che il suo eventuale accoglimento non avrebbe alcun effetto nella fattispecie" esaminata.

54 Cfr. F. Bilotta, *Omogenitorialità, adozione e affidamento famigliare*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2011, p. 1398: "l'adozione in casi particolari è diretta a 'rinsaldare, attraverso la creazione di un legame giuridico, la tutela che deriva al/la minore dall'ambiente famigliare che lo circonda', mentre quella piena si fonda sullo stato di bisogno". V. anche Id., *Omogenitorialità, adozione e affidamento famigliare*, in A. Schuster (a cura di) *Omogenitorialità, filiazione orientamento sessuale e diritto*, Mimesis, Milano-Udine 2011, pp. 163 ss.; Id., *Affidamento e adozione per le coppie formate da persone dello stesso sesso*, in G.O. Cesaro, P. Lovati, G. Mastrangelo (a cura di), *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia tra ordine pubblico e interesse del minore*, Giuffré, Milano, 2014, pp. 120 ss.

Non può neppure concordarsi con chi sostiene[55] che se il coniuge potesse adottare in quanto convivente, attraverso l'applicazione della lettera *d)*, non avrebbe senso la specifica previsione della lettera *b)*: ai sensi di quest'ultima, infatti, l'adozione è ammessa anche quando il coniuge non superi di diciotto anni l'età dell'adottato, a differenza dell'ipotesi sub *d)*.

Del resto il terzo comma dispone proprio per il caso di cui alla lettera *d)* — oltre che *a)* e *c)* — che l'adottante può anche essere non coniugato, e quindi convivente o unito civilmente, mentre se è coniugato il periodo successivo richiede la domanda di entrambi i coniugi. Il caso può essere quello di una persona coniugata che chiede di adottare *ex* art. 44 lettera *d)* il minore quattordicenne che abbia negato il consenso all'adozione parentale, pur versando in stato di abbandono, oppure quello che non sia mai stato dichiarato adottabile per difetto di iniziativa del P.M., o infine nel caso dell'art. 11 comma 1, quello del neonato che verserebbe in stato di abbandono perché lo *status* non risulta costituito verso i genitori biologici, ma vi sono domande di adozione in casi particolari e il Tribunale per i minorenni le ritiene corrispondenti al suo esclusivo interesse. Rispetto, invece, alla domanda di adozione di un bambino che non versa in stato di abbandono, quindi, le coppie coniugate hanno due possibilità, a seconda che l'adottando sia già figlio di uno dei coniugi oppure no: nel primo caso si applicherà la lett. *b)*, nel secondo la *d)*, che mantengono quindi inalterata la loro precettività, proprio in applicazione del terzo comma dell'art. 44[56].

Ulteriore conferma della tesi che si vuole dimostrare si rintraccia nel rinvio dell'art. 55 l. adozione all'art. 293 c.c., che esclude l'adozione dei propri figli. La dottrina è unanime nel riferire la disposizione ai figli di genitori incestuosi, perché solo per costoro l'adozione costituirebbe uno *status* più ampio di quello altrimenti raggiungibile quando sia stata rifiutata l'autorizzazione giudiziale al riconoscimento, ai sensi del novellato art. 279 c.c. Questa sarebbe un'ipotesi in cui l'adozione potrebbe pronunciarsi ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera *d)* per impossibilità giuridica di affidamento, difettando lo stato di abbandono perché del minore si prende cura un parente o quello dei genitori il cui riconoscimento è stato consentito[57], ed è allora necessaria la previsione legislativa di divieto dell'adozione in casi particolari. La norma esprime la presunzione legale assoluta di carenza di interesse del minore all'adozione da parte dell'altro genitore, che è in fondo la medesima accertata dal tribunale che ha rifiutato l'autorizzazione al riconoscimento[58].

2.3 Disciplina degli assensi e limite dell'interesse del minore

Non sembra fondato l'allarme di quanti denunciano, per conseguenza della tracciata interpretazione dell'impossibilità di affidamento come comprensiva sia di condizioni di fatto che di diritto, il rischio di legittimare l'adozione *ex* art. 44 lettera *d)* in ogni caso e da parte di chiunque.

A ben vedere, infatti, anche le ipotesi di cui alle lettere *a)* e *b)* dell'art. 44 configurano non solo una impossibilità di diritto, ma altresì di fatto, perché difetta lo stato di abbandono ogni volta in cui del minore si prendano validamente cura i parenti, a prescindere dall'esservi tenuti, gli affidatari per provvedimento giudiziale, altri adulti legati da rapporti stabili preesistenti alla morte dei genitori, ovvero proprio il genitore, biologico o adottivo, il cui coniuge domanda l'adozione in casi particolari.

Intendere nel medesimo senso la lettera *d)* rende giustizia all'ipotesi della "impossibilità soggettiva in relazione ad una irreversibile sussistenza di una profonda comunicazione affettiva tra gli affidatari e il minore", maturata anche nel corso di lunghi periodi di affidamenti legittimi di minori che non siano orfani di entrambi i genitori, condizione che appare meritevole anche all'opinione opposta, con sostan-

55 G. Miotto, *Adozione omoparentale e preminente interesse del minore*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2015, p. 1342; in termini analoghi censurano l'interpretazione giurisprudenziale maggioritaria perché sostanzialmente abrogante la disposizione contenuta nella lett. *b)*, "nonché del comma 3 del medesimo articolo, il quale, nei casi di cui alle lett. *a)*, *c)*, e *d)*, e non dunque, ed evidentemente, lett. *b)*, consente l'adozione oltre che ai coniugi, anche a chi — singolo — non è coniugato" E. Giacobbe, *Adozione e affidamento familiare: ius conditum, vivens, condendum*, cit., p. 266; P. Morozzo della Rocca, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, p. 1205.

56 *Contra* E. Giacobbe, *Adozione e affidamento familiare: ius conditum, vivens, condendum*, cit., p. 266.

57 Chiarisce la *Relazione conclusiva* della Commissione per lo studio e l'approfondimento di questioni giuridiche afferenti la famiglia e l'elaborazione di proposte di modifica della relativa disciplina, che ha elaborato il testo approvato con D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 219, pp. 8 ss., che in alcune situazioni "appare plausibile la prevalenza dell'interesse del figlio ad essere riconosciuto, come quando autore del riconoscimento sia un solo genitore, col quale il figlio conviva ricevendone cura e assistenza morale".

58 L. Rossi Carleo, *L'affidamento e le adozioni*, cit., p. 481, ritiene, invece, superfluo il rinvio, perché, anche a prescindere dal dettato dell'art. 293, l'adozione in casi particolari del figlio da parte del genitore incestuoso non sarebbe ammissibile perché difetterebbe l'impossibilità di fatto di affidamento preadottivo.

ziale apprezzamento di fatto, in forza della considerazione per cui "l'affidamento preadottivo è impossibile quando, pur se astrattamente realizzabile, è manifestamente contrario all'interesse del minore"[59]. È proprio con riguardo a casi simili che si impone la tutela del diritto del minore all'affettività, anche oltre il tenore della lettera *a)* novellata, per evitare che dalla perdita di entrambi i genitori, nei cui confronti sia costituito lo stato, derivi una condizione di *favor* difficilmente giustificabile rispetto alla posizione di bambini che versino nelle medesime condizioni di fatto, ma non siano orfani di padre e di madre.

Sono, infatti, la prevista necessità del consenso dell'assenso del genitore dell'adottando (art. 46 l. adozione), e la verifica ulteriore della corrispondenza all'interesse del minore (art. 57, comma 1), a selezionare le ipotesi in cui l'adozione in casi particolari può essere pronunciata.

Delle due condizioni, la prima vale ad escludere il rischio che, permanendo intatti i rapporti con la famiglia di origine, il bambino patisca gli effetti del contrasto tra genitori biologici e adottante in merito all'esercizio della responsabilità genitoriale, ed infatti può essere superata quando sia impossibile ottenere l'assenso dei genitori per loro incapacità o irreperibilità, decadenza o mancato esercizio dalla responsabilità genitoriale. Al contrario il tribunale non può pronunziare l'adozione quando l'assenso sia rifiutato[60] dai genitori che in concreto[61], pur non convivendo col minore, esercitino quella responsabilità (art. 46, comma 2), dunque non può dirsi che sarebbe sempre adottabile il figlio di chiunque.

Ad innumerevoli, successive, adozioni da parte di altrettanti *partner* potrebbe, invece, ostare, anche ove vi consentano i genitori — biologico e adottivo — l'apprezzamento dell'interesse del minore, che sussiste solo allorquando il rapporto affettivo abbia assunto caratteri genitoriali, e risponda alla tutela del bambino non semplicemente nei termini strettamente patrimoniali[62] dell'imposizione dell'obbligo di mantenimento, ma soprattutto in quelli, di contenuto patrimonialmente neutro, riconducibili al sereno sviluppo della personalità del minore, apprezzabili attraverso l'indagine di cui all'art. 57, comma 2.

All'ipotesi, segnalata in dottrina[63] e valorizzata dalla giurisprudenza costituzionale[64], dell'interesse del minore a portare, col proprio, il cognome del convivente della madre per essere accomunato ai figli della coppia, non si vede perché non possa assimilarsi quello del bambino o della bambina cresciuta dal *partner* omosessuale del proprio genitore: il riconoscimento giuridico del genitore sociale gli consentirebbe, infatti, di conservare con costui rapporti significativi nell'eventuale crisi della coppia, legittimando l'affidamento condiviso[65], ed anche di portare il medesimo doppio cognome di eventuali figli del genitore sociale, come ha dimostrato la doppia adozione in casi particolari, incrociata, in coppie omoses-

59 L. Rossi Carleo, *L'affidamento e le adozioni*, cit., p. 474, con esclusivo riferimento all'abbandono che sopravvenga durante l'affidamento legittimo.

60 Cassazione civile, sezione prima, sentenza del 26 luglio 2000, n. 9795, in *Massimario della giurisprudenza italiana*, 2000.

61 Tribunale per i minorenni di Milano, decreto del 4 maggio 2012, in *Famiglia e diritto*, 2012, pp. 940 ss., con nota di A. Batà, A. Spirito, *Adozione in casi particolari*; Cassazione civile, sezione prima, sentenza 10 maggio 2011, n. 10265, in *Corriere giuridico*, 2012, pp. 91 ss., con nota critica di G. Ferrando, *L'adozione in casi particolari del figlio del coniuge*.

62 Sui quali si incentra la valutazione di Tribunale per i minorenni di Torino, sentenza del 14 settembre 2015, cit.

63 R. Carrano, M. Ponzani, *L'adozione del minore da parte del convivente omosessuale tra interesse del minore e riconoscimento*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2014, pp. 1533 ss.

64 Corte costituzionale, sentenza del 2 febbraio 1990, n. 44, in *Giurisprudenza italiana*, 1990, parte I, 1, pp. 1195 ss., con nota di C.S., dichiarò illegittima, con riguardo alla lettera *b)* dell'art. 44, primo comma, la preclusione della facoltà giudiziale di ridurre il termine minimo di divario tra l'età dell'adottante e quella dell'adottato, fissato nella previgente formulazione in diciotto anni quando sussistano validi motivi, in quanto "senza lo strumento adozionale così impiegato, malgrado la coppia genitoriale sia legata nel matrimonio, la prole riconosciuta o adottata da uno dei coniugi resterebbe estranea all'altro coniuge, non porterebbe il cognome dei fratelli uterini generati in costanza di matrimonio, vivrebbe, anche in una forte coesione affettiva, il disagio sociale della manifesta diversità di origine con possibili disarmonie nella formazione psicologica e morale. Il ricorso all'adozione ex art. 44, primo comma, lettera *b)*, evitando le conseguenze dello scenario descritto, agevola una più compiuta unione della coppia e della prole". La prescrizione residua, ai sensi dell'art. 44, ultimo comma, solo per le lettere *a)* e *d)*. Esclude che lo stato di abbandono costituisca presupposto indispensabile dell'adozione in casi particolari anche Tribunale per i minorenni di Perugia, sentenza del 10 ottobre 1995, in *Rassegna giuridica umbra*, 1996, pp. 26 ss., con riferimento alla lett. *b)* dell'art. 44, il "cui solo fine è quello di evitare alla prole riconosciuta o adottata da uno solo dei coniugi, di sentirsi estranea all'altro coniuge, perché 'non porterebbe il cognome dei fratelli uterini generati in costanza di matrimonio'; ed evitare al minore di vivere 'il disagio sociale della manifesta diversità di origine con possibili disarmonie nella formazione psicologica e morale'", proprio con riferimento alla citata Corte costituzionale, sentenza del 2 febbraio 1990, n. 44.

65 Cfr. Corte costituzionale, sentenza del 20 ottobre 2016, n. 225 cit., ha rigettato la questione sollevata da Corte di appello di Palermo, sezione prima civile, ordinanza del 30 agosto 2015, in *Famiglia e diritto*, 2016, pp. 44 ss., con nota di A. Ardizzone, *La convivenza omosessuale ed il ruolo del genitore sociale in caso di pma*, denunciando la contrarietà agli artt. 2, 30, 31, 117, comma 1, della Costituzione, con riferimento all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani, dell'art. 337 *ter* c.c., rifiutando, "per il carattere rigido della disposizione" l'interpretazione che ne aveva fornito l'impugnata sentenza, resa dal Tribunale di

suali[66]. Nello stesso senso, è stata disposta la trascrizione della sentenza straniera di adozione parentale, in coppia omosessuale legata da matrimonio concluso all'estero e trascritto in Italia, da parte di ciascuna donna del figlio dell'altra[67], in ossequio al principio affermato dalla più recente giurisprudenza costituzionale[68]. Pur mancando, infatti e purtroppo, il riconoscimento della parentela tra questi bambini per ragione del rinvio dettato dall'art. 55 all'art. 300 c.c. [69], in materia di adozione di maggiorenni[70], che la limita al solo adottante, dall'anteposizione del cognome dell'adottante al proprio, in forza dell'art. 299 c.c., deriva l'apparenza sociale dell'appartenenza ad un medesimo gruppo familiare.

Il *quid pluris* rispetto alla convivenza di fatto del minore, che non versa in stato di abbandono, con il/la *partner* del genitore[71] è evidente nella crisi della coppia omosessuale, cui si riferiscono le pronunzie sulla trascrizione della sentenza straniera di adozione parentale[72] ed l'ordinanza che ha rilevato un

---

Palermo il 6 aprile 2015 che aveva compreso nella tutela offerta dalla disposizione il diritto dei minori a mantenere il rapporto instaurato col genitore sociale, dopo la rottura del rapporto col genitore biologico.

66 Il riferimento è ad una decisione assunta dal Tribunale per i minorenni di Roma, inedita, su cui R. de Felice, *Elogio della certezza*, in *Rete Lenford*, www.retelenford.it, resa in vicenda nella quale, secondo le parole del legale, "le minori in favore delle quali è stata riconosciuta l'adozione sono nate ciascuna da una delle due donne della coppia. In questo modo ognuna ha un genitore biologico ed un genitore sociale, entrambi con piena e pari capacità e responsabilità genitoriale. Anche in questo caso, il Tribunale per i minorenni di Roma ha avuto riguardo esclusivamente all'interesse delle minori a vedere riconosciuto e tutelato il rapporto genitoriale che ciascuna ha con la madre sociale, rapporto che dunque si affianca — senza sostituirlo — a quello con la madre biologica, arricchendo la sfera delle relazioni delle bambine".

67 Corte di appello di Napoli, ordinanza del 5 aprile 2016, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2016, con nota di A. Schillaci, *La Corte d'Appello di Napoli ordina la trascrizione delle adozioni legittimanti di due figli di coniugi omosessuali*.

68 Corte costituzionale, sentenza del 7 aprile 2016, n. 76, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2016 relativa alla questione di legittimità dell'art. 36 comma 4, della l. n. 184 del 1983, sul controllo giudiziale di conformità alla Convenzione de L'Aja del 29 agosto 1993, ed in particolare del rispetto dei "principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori", a norma dell'art. 35 comma 3, delle sentenze di adozione pronunciate dalla competente autorità di un Paese straniero a istanza di cittadini italiani, in fattispecie concernente la pronunciata adozione parentale in favore del coniuge dello stesso sesso del genitore. La Corte dichiara inammissibile la questione in ragione dell'errata individuazione della norma applicabile al giudizio a quo, in quanto all'epoca dell'adozione la ricorrente non aveva cittadinanza italiana, e quindi anche la bambina aveva, come lei, solo cittadinanza degli Stati Uniti d'America. Al contrario, la denunciata disposizione è "volta ad impedire l'elusione, da parte dei soli cittadini italiani, della rigorosa disciplina nazionale in materia di adozione di minori in stato di abbandono, attraverso un fittizio trasferimento della residenza all'estero".

69 A ciò sembra riferirsi Cassazione 22 giugno 2016, n. 12962, cit.: "l'adozione in casi particolari si caratterizza per una radicale differenza di disciplina in ordine alle condizioni di accesso (oltreché di rilievo anche quanto agli effetti, il cui esame è però superfluo)". Sostengono invece una interpretazione evolutiva, nel senso del superamento della segnalata irragionevole disparità di trattamento attraverso la tacita abrogazione del rinvio all'art. 300 c.c. risultante dal nuovo testo dell'art. 74 c.c., J. Long, *L'impatto della riforma della filiazione sulla disciplina dell'adozione dei minorenni*, cit., pp. 256 ss.; L. Lenti, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, II, pp. 838 ss.; G. Ferrando, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corriere giuridico*, 2013, p. 528; P. Morozzo della Rocca, *Il nuovo status di figlio e adozione in casi particolari*, in *Famiglia e diritto*, 2013, p. 202, sul fondamento del carattere tutt'altro che eccezionale dell'adozione in casi particolari, sia per numerosità — costituendo circa un terzo delle adozioni di minori pronunciate ogni anno — che per funzione, dirigendosi a realizzare il diritto del minore ad una famiglia e non la semplice trasmissione di patrimonio e cognome che caratterizzano l'adozione di maggiorenni, ritiene che sarebbe altrimenti pleonastico il riferimento all'adozione inserito nell'art. 74. In termini analoghi B. de Filippis, *La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura*, in *Famiglia e diritto*, 2013, p. 292; G. Ferrando, G. Laurini (a cura di), *Genitori e figli: quali riforme per le nuove famiglie*, Padova, 2013; F. Prosperi, *Unicità dello status filiationis e rilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2013, pp. 278 ss. Osserva M. Dossetti, *I nuovi successibili e il diritto intertemporale nella riforma della filiazione*, in Aa.Vv., *Le "nuove famiglie" e la parificazione degli status di filiazione. Gli Atti dei Convegni*, con prefazione di L. Bullo, Roma, 2015, p. 93, che "il riferimento ai figli adottivi nell'art. 74 c.c. sembra sia stato introdotto all'ultimo momento, poiché non compare in nessuno dei precedenti progetti di legge, e forse non sono state chiare agli estensori le implicazioni della nuova formulazione".

70 Istituto che condivide con l'adozione in casi particolari l'essere "deputata ad attribuire giuridica valenza al legame affettivo che intercorre tra adottante e adottato": cfr. A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, cit., p. 259.

71 La cui carenza riscontrano, nella decisione assunta dal Tribunale di Roma il 30 luglio 2014, cit., R. Carrano, M. Ponzano, *L'adozione del minore da parte del convivente omosessuale tra interesse del minore e riconoscimento giuridico delle famiglie omosessuali*, loc. cit.

72 Corte di appello di Torino, sentenza del 29 ottobre 2014, in *Articolo29*, www.articolo29.it, con nota di M. Gattuso, *Minore nato da due donne in Spagna: l'atto di nascita può essere trascritto in Italia*, ritiene "che il superiore interesse del minore è principio fondamentale dell'ordinamento italiano e che nella specie vi è certamente il preminente interesse del minore a mantenere uno stabile rapporto con entrambe le madri. L'interesse del bambino deve essere riconosciuto a maggior ragione tenuto conto che le due donne, sposate a Barcellona, sono attualmente divorziate e che senza la trascrizione dell'atto di nascita il bambino,

dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 337 *ter*[73]: è in queste ipotesi che si fa pressante l'esigenza di evitare al minore il trauma della definitiva separazione dall'adulto che riconosce come genitore, sebbene non lo sia giuridicamente, e sorge la necessità di legare all'obbligo di mantenimento ed a tutti i doveri di carattere patrimonialmente neutro che sostanziano la responsabilità genitoriale, quell'adulto che, con la propria consapevole adesione all'inseminazione eterologa della compagna o all'avvio di pratiche di gestazione per altri, ha partecipato al progetto procreativo dal quale l'esistenza del bambino deriva, e che fino a quel momento vi ha provveduto spontaneamente.

Il rango fondamentale dell'interesse del minore, insieme alla garanzia di effettività ed adeguatezza della tutela giurisdizionale dei diritti, di cui all'art. 24 della Costituzione, artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti umani, art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, impongono di adottare tutte le misure atte ad impedire che siffatto gravissimo *vulnus* possa attuarsi, essendo evidentemente insufficiente reagire solo in conseguenza del suo verificarsi, in conseguenza della crisi di coppia, disponendo eventualmente l'affidamento condiviso col "genitore di riferimento", in ossequio anche alla protezione dei rapporti familiari di fatto desumibile dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani[74].

L'ipotesi della morte del genitore biologico è, infine, funzionale ad evidenziare il paradosso in cui cade l'interpretazione più restrittiva: restando il minore privo di assistenza, orfano dell'unico genitore nei cui confronti gli sia costituito lo *status*, il convivente sopravvissuto potrebbe domandarne l'adozione ai sensi della lettera *a)*, in ragione del rapporto affettivo che lo lega al bambino, fin dalla sua nascita.

Alla critica per la quale nella domanda di adozione si celerebbe il desiderio di affermazione della coppia genitoriale sembra dunque possibile replicare, sebbene con rischio di evidenziare ciò che è lapalissiano, che il convivente agisce per costituirsi un vincolo al quale potrebbe altrimenti sottrarsi, perché solo di fatto o tutt'al più morale, che si tradurrà nell'obbligo di mantenimento e di cura del bambino, al cui adempimento spesso faticano a garantire idonea soddisfazione le disposizioni dettate per la crisi della coppia dal novellato Capo II del Titolo IX del codice civile[75].

---

affidato dal Tribunale di Barcellona ad entrambe le madri, non sarebbe italiano e non potrebbe venire in Italia con la mamma italiana".

73 Corte di appello di Palermo, sezione prima civile, ordinanza del 30 agosto 2015, cit., in sede di gravame avverso Tribunale di Palermo, sentenza del 6 aprile 2015, cit.

74 V. almeno Corte europea dei diritti umani, sentenza del 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/12, in questa *Rivista*, 2015, 1, pp. 314 ss., con osservazioni di M.M. Winkler, *Senza identità: il caso Paradiso e Campanelli c. Italia*, pp. 243 ss.; Ead., sentenza del 10 aprile 2012, *Pontes c. Portogallo*, ricorso n. 19554/09; Ead., sentenza del 24 giugno 2010, *Shalk e Kopf c. Austria*, ricorso n. 30141/04; Corte di appello di Torino, 29 ottobre 2014, in *Famiglia e diritto*, 2015, pp. 822 ss., con nota di M. Farina, *Il riconoscimento di status tra limite dell'ordine pubblico e best interest del minore*; in *Quotidiano giuridico*, www.quotidianogiuridico.it, 2015, con nota di M.M. Winkler, *Figlio di due madri: un caso di omogenitorialità dinanzi alla Corte d'Appello di Torino*; Tribunale per i minorenni di Genova, 12 marzo 2009, su cui E. Bet, *Affidamento condiviso, genitore biologico e «figura genitoriale di riferimento»*, in *Famiglia e diritto*, 2013, pp. 101 ss., legittima l'affido condiviso del minore, pur in assenza di vincoli rilevanti per lo stato civile, alla seconda moglie del padre che si era presa cura del bambino, orfano della madre fin dalla nascita, anche per tutelare la salute psicofisica del minore, in applicazione diretta dell'art. 32 Cost. Dall'istruttoria, condotta con efficace e sensibile ascolto del minore, era risultato che "a tutti gli effetti, la sig. X ha rappresentato per il minore la figura materna di riferimento, indipendentemente dall'essere alla genitore biologico o meno; che la separazione da essa ha provocato sentimenti di perdita parimenti significativi, aggravati dall'introduzione di altra figura femminile e recentemente resi ancora più disorganizzati dalla separazione dalla sorella maggiore". Il Tribunale dispone così l'affidamento condiviso al padre ed alla donna che ha fatto da madre al figlio del marito, considerando come fosse necessario "rispettare il diritto del minore alla bigenitorialità, in considerazione dei suoi vissuti e dei legami affettivi che egli ha costruito nella sua giovane vita al di là della natura delle filiazione". Ne costituisce applicazione anche Tribunale di Reggio Emilia il 2 marzo 2016, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2016, con nota redazionale *Reggio Emilia: riconosciuto il danno parentale sofferto della co-mamma in caso di morte del figlio*, che riconosce il risarcimento del danno patito dalla convivente omosessuale della madre biologica del ragazzo, deceduto in conseguenza di incidente stradale, a titolo di lesione del rapporto parentale, in quanto sussista un rapporto affettivo stabile e duraturo con la vittima primaria, ascrivibile alla tutela riconosciuta dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani, anche in assenza di vincoli di parentela. La pronuncia ha il proprio ascendente in Corte di appello di Milano, sezione V penale, sentenza del 20 novembre 2012, n. 6836, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2014, pp. 641 ss., con nota di M.M. Winkler, *Ai confini dell'arcipelago familiare: unioni tra persone dello stesso sesso e danno da perdita di familiare*, anticipata da Id., IX sezione penale, ordinanza del 13 novembre 2009, *ivi*, 2010, pp. 409 ss., con nota di F. Bilotta, *La convivenza tra persone dello stesso sesso è ancora un tabù?*, che ammise la costituzione di parte civile del convivente, sul presupposto per cui "ciascuna unione affettiva stabile e duratura crei una condizione di vita in cui l'individuo sceglie di crescere come persona e (…) la sua interruzione provocata da un fatto-reato provochi una sofferenza pari a quella che si verificherebbe in una coppia formata da persone di sesso diverso".

75 Cfr., sulle misure coercitive di attuazione degli obblighi di protezione dei minori in conseguenza della crisi della coppia genitoriale, coniugata o meno, previste dalla riforma, sui disegni di legge all'esame del Parlamento, e sui protocolli dai diversi

Negli ordinamenti in cui la garanzia dell'interesse del minore è più avanzata, lo stato può essergli costituito nei confronti della co-madre anche in difetto dell'atto genitoriale di assunzione di responsabilità[76], semplicemente in dipendenza del suo consenso all'inseminazione eterologa della compagna.

Il principio, che fonda la genitorialità sulla consapevole partecipazione al progetto procreativo, non è sconosciuto al nostro ordinamento, ma trova attuazione nell'art. 9 della l. 40 del 2004, rispetto all'uomo che ha prestato assenso all'inseminazione eterologa della moglie o convivente, al quale sono precluse le azioni dirette a negare lo *status* costituito per dichiarazione di nascita o riconoscimento, fondate sul difetto di continuità biologica. Coerentemente, il donatore è sollevato da qualsiasi rapporto giuridico col nato proprio in ragione del fatto che con la donazione di gameti egli non intende assumersi la responsabilità da procreazione[77]. Protegge l'interesse del minore alla conservazione dello stato inveridico, ma corrispondente all'affettività, su cui fonda la responsabilità genitoriale, anche la decadenza introdotta dalla riforma del 2012-2013 per le azioni di disconoscimento della paternità e impugnazione del riconoscimento avviate da legittimati diversi dal figlio, di cui agli artt. 244 ss. e 263 ss. c.c.[78]. Mentre, dunque, il figlio è l'arbitro unico, che governa l'apprezzamento del proprio interesse a rimuovere la filiazione nei confronti di chi non l'ha generato, i genitori perdono l'azione per il decorso del termine, anche nell'ignoranza dell'inveridicità dello stato, restando vincolati alla responsabilità che si sono assunti col titolo costitutivo volontario.

Per escludere in via di principio l'interesse del bambino ad essere adottato dal convivente dello stesso sesso del proprio genitore non ci pare conferente il riferimento al principio di precauzione[79], affermato in ragione di un indimostrato rischio che da tale ambiente di vita potrebbe derivare alla sua serena ed equilibrata crescita. Depongono nel senso contrario i risultati di studi scientifici, anche recentissimi, che dimostrano l'esatto contrario, ed in particolare che il benessere psicofisico dei figli dipende dalla stabilità delle relazioni familiari, siano esse all'interno di una coppia omo o eterosessuale[80]. Ma un'ulteriore obiezione ci sembra insuperabile: il principio di precauzione trova applicazione rispetto alla scelta tra due alternative, concretamente praticabili, e sostiene quella che certamente non presenta rischi rispetto all'altra di cui non è accertata la pericolosità, giustificando l'adozione di misure di prevenzione del ri-

tribunali, A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, cit., pp. 529 ss.

76 *Loi portant établissement de la filiation de la coparente*, entrata in vigore il primo gennaio 2015, sulla presunzione di maternità nell'ambito delle coppie di donne sposate e sull'estensione alle coppie omosessuali delle disposizioni sulla dichiarazione giudiziale di genitorialità, sulla ricerca della filiazione e sulle azioni di contestazione dello stato. Cfr. A.M. Lecis Cocco Ortu, *La "presunzione di maternità" presto in vigore in Belgio*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2014.

77 Cfr., anche per l'interpretazione della norma in senso positivo, a garanzia della costituzione dello *status*, in ossequio al principio di pari trattamento delle situazioni analoghe dei bambini rispetto ai quali la paternità risulta da dichiarazione di nascita paterna, estensione degli effetti di quella materna nella filiazione matrimoniale, o riconoscimento, E. Del Prato, *Intento e procreazione*, in *Diritto mercato tecnologia*, www.dimt.it, 2014; A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, cit., pp. 130 ss.

78 Su cui R. Rosetti, *Modifica alla disciplina del disconoscimento e limiti all'imprescrittibilità dell'azione di disconoscimento della paternità*, cit., pp. 51 ss.; M. Sesta, *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, in *Famiglia e diritto*, 2014, pp. 454 ss.; Id., *Filiazione (diritto civile)*, cit., pp. 461 ss.; E. Andreola, *Il principio di verità nella filiazione*, in *Famiglia e diritto*, 2015, pp. 88 ss.; S. Troiano, *Novità e questioni irrisolte del diritto della filiazione a un anno dal completamento della riforma (seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2015, pp. 396 ss.

79 Introdotto dall'art. 174, § 2, del Trattato CE, oggi art. 191, § 2 Trattato FUE, e ribadito dall'art. 301 del codice dell'ambiente, in forza del quale per ogni attività che comporti pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e per l'ambiente, deve essere assicurato un alto livello di protezione

80 Cfr., oltre quelli descritti da A. Palazzo, *Eros e jus*, cit., pp. 53 ss., H.M.W. Bos, J.R. Knox, Justin R.L. van Rijn-van Gelderen, N.K Gartrell, *Same-Sex and Different-Sex Parent Households and Child Health Outcomes: Findings from the National Survey of Children's Health*, in *Journal of Developmental & Behavioral Pediatrics*, 2016, 37, 3, pp. 179 ss., ricerca basata sui dati, raccolti nel 2011–2012 dalla *National Survey of Children's Health* statunitense, e riferiti a 95 coppie eterosessuali e altrettante coppie omosessuali, comparandone le relazioni familiari, lo stress dei genitori, la salute dei bambini, le loro difficoltà emotive, comportamentali e di affrontare le difficoltà, nonché le capacità di apprendimento, conclude che *"Children with female same-sex parents and different-sex parents demonstrated no differences in outcomes, despite female same-sex parents reporting more parenting stress"*. Corte di cassazione, sentenza del 22 giugno 2016, n. 12962, cit., ribadisce l'assenza di "evidenze scientifiche dotate di un adeguato margine di certezza in ordine alla configurabilità di eventuali pregiudizi per il minore derivanti dall'omogenitorialità" già segnalata da nota Corte di cassazione, sentenza dell'11 gennaio 2013, n. 601, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, I, pp. 1036 ss., con nota di richiami di B. Paparo e nota di M.M. Winkler, *La Cassazione e le famiglie ricomposte: il caso del genitore convivente con persona dello stesso sesso*, a proposito dell'affidamento di un minore al genitore che viva una relazione stabile omosessuale. Nello sesso senso, più recentemente, Corte di cassazione, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2016, con osservazioni di A. Schillaci, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*, su cui v. anche S. Stefanelli, *Status, identità genetica e affettività secondo l'ultima nomofilachia*, cit.

schio "proporzionali rispetto al livello di protezione che s'intende raggiungere; non discriminatorie nella loro applicazione e coerenti con misure analoghe già adottate; basate sull'esame dei potenziali vantaggi ed oneri; aggiornabili alla luce di nuovi dati scientifici" (art. 130, comma 4 codice dell'ambiente). Orbene, alternativa non c'è né può esserci per il minore nato in una coppia omosessuale, a coronamento di un progetto genitoriale maturato con consapevolezza e determinazione, del quale è domandata l'adozione da parte del convivente del genitore biologico, perché è solo costui la persona che se ne prende cura, assieme al genitore, e solo quella coppia è riconosciuta dal bambino come genitoriale. Tant'è che alla verifica non solo del difetto di quelle condizioni di rischio, ma anzi alla realizzazione dell'interesse del figlio è richiesta l'indagine del tribunale per i minorenni, parametrata al caso concreto.

3. Presunta univocità dello *status* e rapporti con l'adozione parentale

Alla contestazione dell'affermato principio di univocità dello *status* corrisponde il sovvertimento dell'indimostrata preferenza legislativa per l'adozione parentale, che anche di recente è stato ribadito dalla giurisprudenza di legittimità[81] in considerazione della maggiore ampiezza dei diritti riconosciuti all'adottato, ed in particolare al sorgere del vincolo di parentela con l'intera famiglia dell'adottante.

Secondo tale opinione, sarebbero eccezionali le ipotesi di persone titolari "di una doppia condizione di figli, nei confronti della famiglia adottiva e nei confronti della famiglia di origine"[82], ma l'eccezionalità è tutta da dimostrare, posto che l'adozione in casi particolari è ordinata alla realizzazione di finalità assolutamente peculiari, realizzando l'interesse del minore alla rilevanza giuridica dei rapporti all'interno della propria famiglia ricostituita senza perdere quelli con la propria famiglia biologica (art. 44, comma 1, lettera *b)*[83], ovvero dei rapporti affettivi consolidatisi in ragione dell'affidamento prolungato o comunque preesistenti alla perdita dei genitori (art. 44, comma 1, lettera *a)*. Ipotesi con le quali è pienamente coerente l'interpretazione della lettera *d)*, che vi comprende i rapporti intrecciati all'interno di famiglie non matrimoniali, e le ipotesi in cui i genitori biologici, consapevoli delle proprie difficoltà eppure presenti, prestano l'assenso alla costituzione di legami genitoriali ulteriori, a sostegno della cura dei figli, i quali versano in condizioni di impossibilità di affidamento in senso soggettivo[84].

L'esclusione della parentela dell'adottato maggiorenne e di quello in casi particolari realizza indubbiamente una disparità di trattamento la cui compatibilità con il canone di cui all'art. 3 della Costituzione è fortemente dubitabile[85], e per tali ragioni è urgente l'intervento legislativo riparatore, necessario a realizzare appieno la funzione l'adozione in casi particolari svolge nell'assicurare stabilità affettiva a

81 Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza del 27 settembre 2013, n. 22292: "l'adozione legittimante appresta, nella visione del legislatore, una migliore realizzazione dell'interesse del minore con il suo inserimento a pieno titolo nel nucleo familiare dei genitori adottivi". La pronuncia è richiamata anche a confutazione dell'interpretazione dell'art. 44 lett. *d)* sostenuta nel testo, ma si riferisce ad ipotesi in cui l'adottabilità era stata dichiarata ed era stato disposto l'affidamento preadottivo, il quale non poteva dunque ritenersi perciò impossibile, ed è per tale ragione che statuisce, in motivazione, "è contrario alla *ratio legis* dell'art. 44 dilatare la nozione di 'impossibilità di affidamento pre-adottivo' ricomprendendovi non solo l'ipotesi del mancato reperimento (o del rifiuto) di aspiranti all'adozione legittimante ma anche l'ipotesi del contrasto con l'interesse del minore, in quanto criterio guida di tutta la normativa sull'adozione. La valutazione dell'interesse del minore non è affatto esclusa da una interpretazione coerente alla volontà del legislatore di configurare un istituto specifico e destinato ad operare solo in casi particolari ma trova la sede propria di valutazione nel giudizio relativo allo stato di adottabilità e nel procedimento di adozione. Ne deriva che l'ipotesi dell'adozione per impossibilità di affidamento pre-adottivo rappresenta una ipotesi subordinata al mancato esito dell'adozione legittimante e non può essere messa sullo stesso piano e comparata con la concreta possibilità di un affidamento-preadottivo. Vi è in sostanza nel sistema normativo una scelta del legislatore per l'adozione legittimante che può essere disattesa solo nel caso in cui il suo esito sia negativo".

82 M. Dossetti, *op. cit.*, p. 93.

83 Come riconosce anche M. Dossetti, *op. cit.*, pp. 93 ss.

84 Si tratta delle "ipotesi in cui, essendo il minore già legato a figure di riferimento precise (parenti, amici, affidatari), si voglia dare una veste giuridica alla situazione di fatto", per G. Collura, *L'adozione in casi particolari*, in G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani, *La filiazione*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, vol. 2, 2ª ed., Milano, 2012, p. 1000, cui si riferisce anche Tribunale per i minorenni di Torino, sentenza dell'11 novembre 1985, in *Giurisprudenza italiana*, 1986, I, 2, pp. 645 ss., per cui "vi è impossibilità di procedere ad affidamento preadottivo non solo quando non si è trovata in concreto una coppia idonea per quell'adozione ma anche quando il minorenne già si trova presso una altra coppia cui è talmente legato da affetto da far ritenere che il distacco da quella coppia sarebbe contrario all'interesse di lui".

85 Lo notava per primo A. Palazzo, *La riforma dello status di filiazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, I, pp. 245 ss.

quei bambini che, non versando in stato di abbandono, hanno tuttavia stabilito rapporti significativi con figure genitoriali diverse dai genitori biologici, coi quali comunque conservano legami importanti.

Il difetto normativo non sembra invece poter giustificare l'assoluta preferenza per l'adozione parentale: in tal senso depone l'art. 11, comma 1, per cui non si fa luogo alla dichiarazione di adottabilità del minore i cui genitori siano deceduti e non esistano parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi col minore, quando "esistono istanze di adozione ai sensi dell'art. 44", ed in specie delle relative lettere *c)*, *d)*, e, parzialmente *a)*, con riguardo all'istanza di parenti di quinto e sesto grado[86], o di estranei legati al minore da rapporti significativi. La condizione ipotizzata non è invece compatibile con la domanda del coniuge del genitore, che l'art. 11, comma 1, assume essere deceduto[87].

L'interpretazione contestata finirebbe inoltre col privare di significato giuridico l'art. 57, che pone l'interesse del minore a presidio ulteriore della adozione in casi particolari, in ottemperanza ai precetti contenuti nelle più ricordate fonti sovranazionali[88] che presidiano il diritto fondamentale del bambino al rispetto della propria vita familiare, ed a crescere, in quanto ciò sia possibile e sicuro, con chi riconosce come proprio genitore. È del resto opportuno sottolineare che la corrispondenza dell'adozione all'interesse del minore non si presume neppure nella domanda del coniuge *ex* art. 44 lettera *b)*, ma deve essere verificata concretamente dal tribunale per i minorenni, valutando la qualità della vita che questa persona offre al bambino, la sua responsabilità educativa, l'affettività reciproca, l'adeguata relazione di attaccamento concretamente dimostrata.

Pensare che l'adozione parentale dia sempre maggiori garanzie al minore, è l'ultimo retaggio della differenza di *status* tra i figli in ragione del vincolo coniugale dei genitori: in quel, superato, sistema poteva ravvisarsi una preferenza per il fatto che la sentenza di adozione "legittimante" costituiva all'adottato lo stato di figlio legittimo, mentre l'adozione in casi particolari costituiva solo quello di "adottivo". Nel sistema attuale, affermata l'unicità degli *status filiationis*, l'unica — irragionevole — differenza residua nel mancato riconoscimento della parentela con la famiglia dell'adottante[89], ed in questo senso si potrebbe discutere di una più ampia tutela che deriverebbe dall'adozione parentale al minore di cui sia dichiarato lo stato di abbandono e l'adottabilità[90]. Tuttavia, se tale dichiarazione interviene durante l'affidamento temporaneo a soggetti non idonei all'adozione ai sensi dell'art. 6, preferire l'affidamento preadottivo ad altra coppia significherebbe costringere il bambino a patire un rinnovato trauma abbandonico[91], distaccandolo da coloro che se ne sono presi cura oltre che, definitivamente, dalla famiglia di origine, per essere affidato ad una nuova famiglia[92]. Proprio tale trauma la ricordata riforma in materia

86 A norma degli artt. 11 e 12, quando consta l'esistenza di parenti entro il quarto grado che abbiano mantenuto rapporti significativi col minore, orfano di entrambi i genitori, non si fa luogo alla dichiarazione di adottabilità, ma il tribunale detta prescrizioni idonee a garantirne l'assistenza morale, il mantenimento, l'istruzione e l'educazione.

87 Conforme Corte costituzionale, sentenza del 20 luglio 2007, n. 315, cit.

88 Art. 3 Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia del 20 novembre 1989, ratificata con l. 27 maggio 1991, n. 176; art. 8 Convenzione europea dei diritti umani.

89 In tal senso v. anche G. Ferrando, *L'adozione in casi particolari del figlio del coniuge*, cit., con riferimento alla "idea che i figli sono tali a prescindere dal tipo di rapporto che sussiste tra i genitori, a prescindere dalla sua qualifica come matrimoniale o no".

90 A ciò si riferisce l'opinione che intende in senso oggettivo l'impossibilità di affidamento preadottivo, rilevando che altrimenti risulterebbe pregiudicato il diritto di ottenere uno *status* pieno, con l'adozione parentale, quando l'affidamento preadottivo sia di fatto possibile.

91 In violazione del suo diritto alla protezione della vita familiare in atto, anche a prescindere dal difetto di legami di parentela o comunque giuridicamente rilevanti, come ha riconosciuto la Corte europea dei diritti umani, sentenza del 27 aprile 2010, *Moretti e Benedetti c. Italia,* ricorso n. 16318/07, con riferimento al diniego opposto alla domanda di adozione speciale di una neonata da parte della coppia cui la bambina era stata affidata provvisoriamente con decreto d'urgenza, ed alla decisione di avviarla all'adozione parentale da parte di altra coppia, che rivestiva i requisiti di legge. La bambina aveva vissuto con la coppia per diciannove mesi, e sussisteva un "forte legame" con gli adulti che se ne erano presi cura per così lungo periodo, dalla cui rescissione non poteva che derivare un trauma irreparabile alla sua giovanissima esistenza.

92 P. Morozzo della Rocca, *Sull'adozione in casi particolari del minore straniero già presente in Italia*, cit., pp. 397 ss., evidenzia l'ulteriore profilo che attiene più specificamente al mantenimento delle origini, per evidenziare che sebbene l'affermazione della preferibilità dell'adozione piena corrisponda alla verità storica delle intenzioni del legislatore, non può intendersi come criterio ermeneutico vincolante per il giudice che si trovi di fronte alla possibile opzione tra le due, occorre invece pragmaticamente perseguire l'interesse del minore scegliendo al soluzione, in concreto, più conveniente. In questo senso anche L. Rossi Carleo, *Il diritto del minore a una famiglia: affidamento e adozione*, cit., p. 492, per la quale l'adozione in casi particolari è "uno strumento di tutela non concorrente, ma alternativo, finalizzato a valorizzare la funzione familiare e solidaristica dell'adozione anche in ipotesi 'particolari'. In questa prospettiva, le diversità andrebbero esaminate alla luce della diversità delle situazioni concrete. Esclusivamente la specifica tutela di 'particolari' ipotesi può giustificare una diversità di disciplina, in ragione del fatto che è la funzione stessa dell'adozione a esigerla".

diritto alla continuità affettiva dei bambini in affidamento prolungato intende evitare, in coerenza con l'art. 315 *bis* c.c., e col nuovo art. 15 lett. *c)* l. adozione.

Neppure potrebbe sostenersi una preferenza assoluta per l'adozione da parte di coppie coniugate[93], giacché ai sensi dell'art. 44, comma 3, l'adozione è consentita anche a chi non è coniugato, in quanto l'adozione in casi particolari è ordinata appunto alla migliore protezione del minore, fuori dai presupposti oggettivi dell'adozione parentale, relativi sia al minore (dichiarazione di adottabilità e stato di abbandono), sia all'adottante (vincolo coniugale stabile), sempre che, oltre alle "circostanze" dettate dall'art. 44, ciò realizzi l'interesse del minore stesso.

4. Principio di non discriminazione del minore per conseguenza dello *status* dei genitori

Tra gli argomenti più spesso spesi a giustificazione dell'adozione *ex* art. 44, lettera *d)*, del figlio minore da parte del convivente del genitore, è fondamentale quello secondo cui limitare la facoltà alla domanda avanzata dal coniuge, rispetto al figlio dell'altro, finirebbe per "pregiudicare lo *status* del minore della famiglia di fatto, equiparato dalla legge a quello dei figli legittimi"[94], sempre che il provvedimento sia confacente all'interesse dell'adottando.

È questo il nodo fondamentale, spesso trascurato per valorizzare il diritto degli adulti a realizzare una genitorialità avulsa dal legame biologico, senza discriminazioni fondate sul sesso. Centrale[95] è il diritto del bambino a non essere discriminato per ragione del difetto di vincolo coniugale tra il genitore e colui che, a lui legato da una convivenza affettiva, voglia adottarlo, sempre che sia verificato in concreto l'interesse dello specifico minore interessato dal provvedimento, alla luce della sua salute psicofisica e delle sue prospettive di sviluppo e crescita[96].

Pregiudiziale è lo sforzo di sgombrare il campo da preconcetti ideologici per i quali la famiglia matrimoniale sarebbe "l'unica comunità riconosciuta idonea ad accogliere figli"[97], smentiti dalla constatazione della diffusione delle separazioni e dei divorzi, di cui ha preso atto perfino il legislatore abbreviandone i termini e facilitandone la negoziazione[98], e dalla sostanziale parificazione, in termini di stabilità, che la disciplina specifica riserva alle unioni registrate.

Analogamente, non è possibile affidare il giudizio esclusivamente ai risultati di studi scientifici, posto che, anche ove venisse ipoteticamente dimostra l'ordinaria idoneità (o l'inidoneità) ad assumere le funzioni genitoriali di un prototipo di coppia a dispetto dell'altro, non potrebbe desumersene l'uguale certezza, senza ragionevole dubbio, dell'idoneità degli adulti in concreto coinvolti nel giudizio a sostenere la crescita di quel singolo bambino la cui serena crescita è in gioco.

93 G. Miotto, *Adozione omoparentale e preminente interesse del minore*, cit., p. 1341.

94 Corte di appello di Firenze, sentenza del 4 ottobre 2012, n. 1274, cui si riferiscono le successive pronunzie, cit. *supra*, nota 9.

95 Anche in Cassazione civile, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, cit., per la quale "'il matrimonio non costituisce più elemento di discrimine nei rapporti tra i coniugi e figli (…) identico essendo il contenuto dei doveri, oltre che dei diritti, degli uni nei confronti degli altri' (v. Corte costituzionale, sentenza n. 166 del 1998)".

96 Lo nota, ancora, Cassazione civile, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, cit. "che le coppie di persone dello stesso sesso ben possano adeguatamente accogliere figli e accudirli, è ora confermato dalla possibilità di adottarli, a norma della l. 4 maggio 1983, n. 184, articolo 44, comma 1, lettera d)".

97 Questa l'argomentazione dei ricorrenti, rifiutata da Cassazione civile, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, cit., in ragione dell'essere l'"unione tra persone dello stesso sesso […] una formazione sociale ove la persona 'svolge la sua personalità'" e la scelta di "diventare genitori e di formare una famiglia […] 'espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi' delle persone, ricondotta dalla Corte costituzionale (sentenze n. 162 del 2014, p. 6, e n. 138 del 2010, p. 8) agli articoli 2, 3 e 31 Cost. (e, si noti, non all'articolo 29 Cost.)"; ne deriva la conseguenza per cui "l'elemento di discrimine rappresentato dalla diversità di sesso tra i genitori — che è tipico dell'istituto matrimoniale — non può giustificare una condizione deteriore per i figli né incidere negativamente sul loro *status*".

98 Con l. 11 maggio 2015, n. 55, e d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito in l. 10 novembre 2014, n. 162, sui quali sia permesso il rinvio, per i necessari approfondimenti anche bibliografici, a S. Stefanelli, *Divorzio breve e negoziazione della crisi coniugale*, in A. Didone (a cura di), *Le riforme del processo civile 2015*, Milano, Giuffré, 2016, pp. 179 ss.

In questo senso si dirige l'insegnamento della giurisprudenza costituzionale[99], che valorizzando i rapporti che si sono creati col tempo tra il minore e gli affidatari, intende "il criterio ispiratore (…) della 'adeguatezza in concreto', nel superiore interesse del minore: in vista del quale la legge, in determinate situazioni, abbandona le soluzioni rigide, prevedendo che la valutazione circa la prevalenza dell'una o dell'altra delle esigenze in gioco — presenza di entrambe le figure dei genitori da un lato; valorizzazione dei rapporti affettivi di fatto instauratisi, dall'altro — sia effettuata in concreto dal giudice, nell'esclusivo interesse del minore".

In forza del rifiuto di tale discriminazione nei confronti dei bambini cresciuti dal convivente eterosessuale della madre, la giurisprudenza[100] ritiene illegittimo riconoscere l'accesso alle procedure di adozione a *single* eterosessuali e non a *single* omosessuali, come lo sarebbe ammettere la *second parent adoption* per il convivente eterosessuale e non per quello omosessuale[101], giacché ogni trattamento differenziato deve rispondere a giustificazioni stringenti che lo rendano non solo proporzionato ma necessario[102].

Nella stessa ottica si dispose, ai sensi dell'art. 44 lett. *b)*, prima dell'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004, l'adozione da parte della moglie del figlio naturale del marito nato da madre surrogata[103], e la decisione è stata recentemente confermata in riferimento al convivente omosessuale[104], a garanzia del "primario interesse del minore a definire la propria identità come essere umano, compreso il proprio *status* di figlio o figlia di una coppia di genitori omosessuali. Espressione questa del più ampio principio del rispetto per la vita privata imposto dalla Convenzione" europea dei diritti umani. Interesse primario che si antepone "ad ogni valutazione circa la liceità del ricorso a metodi alternativi di procreazione, praticati all'estero da cittadini di Paesi che non consentono di avvalersi di simili tecniche".

Anche con riferimento alla pretesa delle coppie omosessuali di accedere all'adozione di cui all'art. 44 lett. *d)* per costituire lo stato tra il bambino e colui che non ne sia genitore biologico[105] è importante sottolineare che la tesi che lo legittima, intendendo l'impossibilità di affidamento in senso anche giuridico, si impone quale interpretazione conforme a Costituzione, posto che la vigente preclusione del matrimonio tra nubendi dello stesso sesso, confermata dal testo di riforma che riserva loro il diverso istituto dell'unione civile, conduce necessariamente all'inapplicabilità della lettera *b)*, con sostanziale discriminazione rispetto all'analoga condizione delle coppie conviventi eterosessuali, che manterrebbero la facoltà di contrarre matrimonio per procurarsi lo *status* richiesto per l'adozione[106].

---

99 Corte costituzionale, sentenza del 18 luglio 1986, n. 198, in *Giustizia civile*, 1996, I, pp. 2641 ss., che dichiarò la illegittimità costituzionale dell'art. 79, primo comma, della legge 4 maggio 1983, n. 184 nella parte in cui, nella ipotesi di coniugi non più uniti in matrimonio alla data della presentazione della domanda di estensione degli effetti dell'adozione, non consente di pronunziare l'estensione stessa nei confronti degli adottati ai sensi dell'art. 291 del codice civile, precedentemente in vigore per una applicazione cfr. Corte di appello di Napoli, sentenza del 15 maggio 1996, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1996, pp. 1402 ss., con nota di P. Cenci, *Affidamento preadottivo di minore straniero e separazione dei coniugi affidatari*.

100 Corte di cassazione 22 giugno 2016, n. 12692, cit., per la quale escludere dall'adozione di specie il convivente dello stesso sesso del genitore biologico, mentre si ammette l'adozione del convivente eterosessuale, si risolverebbe "in una inammissibile valutazione negativa fondata esclusivamente sull'orientamento sessuale della madre della minore e della richiedente l'adozione, di natura discriminatoria e comunque priva di qualsiasi allegazione e fondamento probatorio specifico". Conforme il principio fissato da Corte europea dei diritti umani, sentenza del 22 giugno 2008, *E.B. c. Francia*, ricorso n. 43546/02, in *Famiglia e diritto*, 2008, pp. 221 ss., con nota di E. Falletti, *La Corte europea dei diritti dell'Uomo e l'adozione da parte del single omosessuale*, su cui v. anche A. Lorenzetti, *La tutela della genitorialità omosessuale fra dignità e uguaglianza*, in A. Schuster (a cura di), *Omogenitorialità, filiazione orientamento sessuale e diritto*, cit., pp. 81 ss.

101 Cfr. oltre la giurisprudenza cit. *supra*, nota 8, Corte europea dei diritti umani, sentenza del 19 febbraio 2013, *X contro Austria*, ricorso n. 19010/07. Ammette l'adozione del convivente eterosessuale Tribunale per i minorenni di Milano, sentenza del 28 marzo 2007 n. 626, cit., ma l'orientamento è stato ribaltato da Tribunale per i minorenni di Milano, sentenza del 17 ottobre 2016, n. 261, in *Articolo29*, www.articolo29.it, con nota critica di S. Stefanelli Ancora in tema di interpretazione dell'art. 44 della legge sulle adozioni: nota a Tribunale per i minorenni di Milano, 17 ottobre 2016, n. 261.

102 Su tale logica, di *strict scrutiny*, cfr. M.M. Winkler, *Genitori non si nasce: una sentenza del tribunale per i minorenni di Roma in materia di second-parent adoption all'interno di una realtà omogenitoriale*, in *Giustizia civile*, www.giustiziacivile.com, 2014.

103 Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza del 31 marzo 1992, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1993, pp. 188 ss.; Corte di appello di Salerno, sentenza del 15 novembre 1991, *ivi*, pp. 1052 ss., e in *Diritto di famiglia*, 1992, pp. 1052 ss.

104 Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza del 23 dicembre 2015, cit.; Corte di cassazione, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, cit.

105 Prescindendo, per il momento, dalla questione che attiene alla determinazione maternità, in caso di p.m.a. con ovodonazione in coppie lesbiche di cui si dirà *infra*, § seguente.

106 Della questione potrebbe essere interessata la Corte costituzionale, ai sensi della sua sentenza del 15 aprile 2010, n. 138, in *Famiglia, persone, successioni*, 2011, pp. 179 ss., con nota di F.R. Fantetti, *Il principio di non discriminazione ed il riconoscimento*

5. Esercizio della responsabilità genitoriale

L'unica disposizione che sembrerebbe deporre in senso contrario all'adozione da parte del convivente del genitore biologico è l'art. 48 l. adozione, che detta il principio di titolarità ed esercizio congiunto della responsabilità genitoriale con riferimento al "minore adottato da due coniugi". Ne deriverebbe la conseguenza per cui ogni volta che l'adozione sia disposta in favore di persone non coniugate, a norma dell'art. 44 comma 3, la responsabilità genitoriale ed il suo esercizio spetterebbero solo all'adottante, mentre ne sarebbe privato il genitore biologico, e di ciò sarebbe conferma la previsione dell'art. 50, che riferisce al tribunale per i minorenni la valutazione se sia "conveniente che l'esercizio della responsabilità genitoriale sia ripreso dai genitori". Per l'effetto, non potrebbe pronunciarsi l'adozione da parte del convivente del genitore esercente la responsabilità, perché all'uno o all'altro non spetterebbe la responsabilità o il suo esercizio[107].

Della norma sembra possibile fornire l'interpretazione opposta, non soltanto in ragione del dato testuale, che non limita esplicitamente la responsabilità bigenitoriale all'ipotesi descritta, ma soprattutto in considerazione del contesto ordinamentale nel quale è stata introdotta, contenuta allora nell'art. 48, comma 1, che disponeva "Se il minore è adottato da due coniugi, o dal coniuge di uno dei genitori, la potestà sull'adottato ed il relativo esercizio spettano ad entrambi".

Nel 1983, come nel 2001, quando la norma fu riscritta dall'art. 28 della l. n. 149, lo statuto giuridico dei figli legittimi era ben diverso da quello dei figli naturali e degli adottivi, per tali intendendo i minori adottati in casi particolari ed i maggiorenni adottati, visto che l'adozione legittimante costituiva lo stato di figlio legittimo degli adottanti (art. 27). Di conseguenza all'adozione piena si applicava la regola dell'esercizio congiunto della potestà sul figlio legittimo, di cui al testo previgente dell'art. 316, comma 2, c.c., mentre era necessaria una disposizione specifica che la estendesse al figlio adottivo[108] minorenne, inserito nella famiglia matrimoniale degli adottanti, sia che si trattasse dell'adozione del figlio del coniuge che dell'adozione da parte di adottanti coniugati[109].

La potestà sui figli naturali, al contrario, era esercitata congiuntamente dai genitori solo quando conviventi a norma dell'art. 317 *bis* c.c., introdotto dalla riforma del diritto di famiglia del 1975: il rilievo fondamentale della convivenza tra genitore e figlio era confermato in sede di disciplina delle conseguenze della separazione giudiziale dal previgente l'art. 155 c.c., perché in quel momento cessava l'obbligo di coabitazione tra i coniugi e col figlio, e se ne faceva applicazione anche in sede nell'esegesi dell'art. 2048 c.c., sulla responsabilità dei genitori per il danno provocato dal minore[110]. Pertanto non poteva prescriversi l'esercizio congiunto della responsabilità in caso di adozione da parte di coppia non coniugata, perché non sussistendo quell'obbligo doveva guardarsi all'attualità della convivenza.

---

giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso, per cui "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", anche e soprattutto in relazione al diritto del minore a non essere discriminato per ragione dello *status* dei genitori. A. Nocco, *op. cit.*, p. 211, segnala anche Corte europea dei diritti umani, sentenza del 19 febbraio 2013, *X. E altri c. Austria*, ric. n. 19010/07, che ha ritenuto discriminatoria la legislazione che, escludendo il matrimonio tra persone dello stesso sesso, non consente la *second parent adoption* in famiglie omogenitoriali, concessa invece ai conviventi eterosessuali. V. anche M. Fortino, *Piccoli passi e cautele interpretative delle Corti sui diritti delle unioni omosessuali*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, II, pp. 139 ss.; L. Moramarco, *Omogenitorialità e interesse del minore*, in *Rassegna di diritto civile*, 2015, pp. 1195 ss.

107 Vi accenna E. Quadri, *op. loc. cit.*, il quale aggiunge "È questione — lo dico *en passant* — che in Francia è stata molto discussa e che ha chiuso a questo tipo di adozione". L'approvazione oltralpe del matrimonio egualitario ha escluso la rilevanza della questione. Va segnalata l'evoluzione della *Lebenspartnerschaftsgesetz*, entrata in vigore il 1º agosto 2001 e modificata con decorrenza 1º gennaio 2005: il § 9, che prevedeva esclusivamente la potestà sul figlio del *partner*, e ammette ora l'adozione analogamente a quanto previsto per il coniuge dal § 1741 BGB, su cui cfr. almeno S. Patti, *Le unioni civili in Germania*, in *Famiglia e diritto*, 2015, pp. 958 ss.

108 Cfr. Tribunale di Pisa, sentenza del 20 ottobre 2009, in *Famiglia, persone, successioni*, 2011, pp. 502 ss. con nota di S. Dimasi, *Problematiche in tema di mantenimento del minore adottato dal coniuge del genitore naturale*.

109 A norma dell'art. 44, comma 3, se l'adottante è persona coniugata e non separata l'adozione può essere disposta esclusivamente a richiesta di entrambi i coniugi.

110 Regola di imputazione dell'esercizio della potestà in conseguenza della convivenza che residuava, dopo l'entrata in vigore della l. n. 54 del 2006, nel testo dell'art. 317 *bis*, comma 2, c.c., secondo Cassazione civile, sezione I, sentenza del 10 maggio 2011, n. 10265, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, pp. 1203 ss., con nota di M. Sesta, *L'esercizio della potestà sui figli naturali dopo la l. n. 54/2006: quale sorte per l'art. 317 bis cod. civ.?* V. anche A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, cit., pp. 447 ss.;

In forza del canone di unicità dello statuto giuridico di tutti i figli, il vigente art. 316 c.c. svincola invece l'esercizio della potestà dalla convivenza col genitore, e detta la regola del comune accordo sulla residenza abituale del figlio e sulle altre decisioni di particolare importanza[111]. Tale previsione, che configura norma di applicazione necessaria ai sensi dell'art. 33 della legge di diritto internazionale privato n. 218 del 1995, anch'esso novellato dalla riforma degli *status filiationis*, costituisce in ogni caso la potestà ed il suo esercizio in capo ai genitori nei cui confronti la filiazione è stata stabilita[112], ed in ciò si spiega il comma 4 dell'art. 316 c.c. che la riconnette al riconoscimento, cui è equiparata dall'art. 277 c.c. la sentenza che dichiara la generazione non matrimoniale. Ne deriva che anche gli adottanti non coniugati, ma legati da unione civile o convivenza, sono titolari della responsabilità e la esercitano congiuntamente, di comune accordo, sul figlio, che è ormai solo tale, e non più "adottivo".

Del resto la novellazione dell'art. 48 l. adozione ad opera dell'art. 101, comma 1 lettera *v*), D.Lgs. n. 154 del 2013 è solo formale, limitandosi a sostituire il termine "potestà" con quelli di "responsabilità genitoriale", senza intervenire nel merito del contenuto precettivo.

L'interpretazione trova conferma nella considerazione per cui uguale regola vale necessariamente non solo per i presupposti specificati nell'art. 44 lettera *d)*, ma anche in tutti gli altri, di cui non riesce a dare conto la tesi opposta, in cui l'adozione sia pronunciata nei riguardi di persone non coniugate: la lettera *a)*, ad esempio, discute al plurale, di "persone" unite al minore da vincoli di parentela o affettività all'orfano, e nulla esclude che l'adozione possa essere pronunciata sia nei riguardi di due parenti, tra loro non coniugati.

Anche in tale evenienza, costituito lo *status* nei confronti di entrambi, troverà dunque necessaria applicazione l'art. 316 c.c., sull'esercizio congiunto della responsabilità che dalla genitorialità deriva.

Neppure può sostenersi che l'ipotesi *sub* art. 44, comma 1, lettera *b)* il genitore biologico decada automaticamente dalla responsabilità, posto che l'automatismo in questione è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo proprio in ossequio alla necessaria considerazione dell'interesse superiore del figlio[113], che fonda la conservazione dello stato corrispondente alla sua vita familiare in atto.

Si sospende, piuttosto, l'esercizio di tale responsabilità, argomentando dall'art. 50 l. adozione che ne prevede la ripresa, in ragione della cessazione dell'esercizio della medesima da parte dell'adottante o degli adottanti. I ruoli del genitore adottivo e di quello biologico potranno così distinguersi in forza della espressione esterna e patrimoniale della responsabilità, che si estrinseca nella rappresentanza e nell'amministrazione del patrimonio, il cui esercizio spetta all'adottante, e quella più intima e personale, che attiene alla cura del minore e comprende le decisioni che riguardano la sua guida, custodia, controllo[114], di cui non viene privato il genitore biologico, se non in conseguenza dei provvedimenti *de potestate*. L'adottante è obbligato, infatti, dall'art. 49 all'inventario dei beni dell'adottato proprio in ragione della esclusione del genitore biologico dall'esercizio della responsabilità in ambito patrimoniale, perché mancandogli il potere di controllo, deve consentirsi quello del giudice tutelare cui consegue, in caso di omissioni, la privazione dell'amministrazione dei beni oltre il risarcimento dei danni provocati (art. 49, comma 2).

111 Cfr. E. Al Mureden, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Famiglia e diritto*, 2014, pp. 466 ss.; A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, cit., pp. 413 ss., nonché, per l'individuazione di tali decisioni di particolare importanza, pp. 481 ss.

112 V., sulla funzione dell'accertamento della genitorialità, che costituisce il rapporto e dà attuazione al canone dettato dall'art. 30 della Costituzione e dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea quindi, individuando il soggetto nei cui confronti è possibile far valere quei diritti fondamentali, che si acquisiscono con la nascita ma la cui titolarità sostanziale, concreta ed attuale, dipende dalla giuridica individuazione del genitore, A. Sassi, *Accertamento indiretto di stato e diritti successori nella riforma della filiazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2015, I, pp. 611 ss.; A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, cit., pp. 11 ss., pp. 177 ss.

113 Corte costituzionale, sentenza del 23 gennaio 2012, n. 31, in *Corriere giuridico*, 2012, pp. 569 ss.; in *Foro italiano*, 2012, parte I, c. 1992 ss.; in *Famiglia e diritto*, 2012, pp. 437 ss., con nota di D. Chicco, *Se proteggere un figlio diventa una condanna: la Corte costituzionale esclude l'automatismo della perdita della potestà genitoriale*; in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, pp. 364 ss., con nota di Man. Mantovani, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*; in *Diritto penale e processo*, 2012, pp. 415 ss.

114 M. Dogliotti, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Giuffré, Milano, 2007, pp. 203 ss.; F. Ruscello, *La potestà dei genitori. Rapporti personali. Art. 315-319*, nel *Commentario al codice civile* fondato da P. Schlesinger, II ed., Giuffré, Milano, 2006, pp. 10 ss., 23, 68, 315 nota 9; Id., *Responsabilità dei genitori. I controlli. Art. 330-335*, *ivi*, 2016, pp. 1 ss., 193 ss., con riferimento all'autonomia nella famiglia; Tribunale per i minorenni di Torino, sentenza del 3 agosto 1993, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1993, p. 655.

6. Determinazione della maternità e interesse del minore in caso di procreazione eterologa con ovodonazione

Non di rado, le coppie formate da due donne realizzano il loro progetto di genitorialità procedendo, in Stati che lo ammettono, all'inseminazione del gamete dell'una con seme di donatore, e all'impianto dell'embrione nell'utero dell'altra *partner*. Si realizza, quindi, una ovodonazione interna alla coppia in conseguenza della quale il bambino sarà legato ad una donna geneticamente, ed all'altra in conseguenza della gestazione e del parto, ed è proprio questo doppio legame "biologico" l'obiettivo cui si mira.

In tali condizioni la madre biologica non sarebbe tale anche giuridicamente[115], in applicazione dell'orientamento maggioritario che identifica la maternità attraverso il parto, in applicazione dell'art. 269, comma 3, c.c. sebbene risulti provato il difetto di discendenza biologica, come è avvenuto in una nota vicenda di scambio colposo di embrioni in procedimento che doveva realizzare una procreazione omologa[116].

A contrarie conclusioni conduce l'applicazione del criterio di discendenza biologica che sostiene la disciplina che regola la sostituzione di neonato *ex* artt. 239 e 240 c.c., mentre non è applicabile l'art. 9, l. n. 40/2004, che impedisce il disconoscimento al soggetto che abbia prestato il consenso esplicito o implicito all'eterologa e l'esercizio dell'anonimato per la partoriente, escludendo, al contempo, la possibilità per il nato di instaurare rapporti con il donatore di gameti. Nella donazione di ovuli interna alla coppia l'unico "donatore" è l'uomo, i cui gameti hanno fecondato l'ovulo. Al contrario, la *partner* che ha fornito il proprio ovulo per la generazione non può assimilarsi ad un donatore perché non è estranea al progetto procreativo, né a quello dell'uomo che abbia consentito all'inseminazione con gameti maschili estranei cui si riferisce l'art. 9 comma 2: su di lei grava certo la medesima responsabilità su cui l'art. 8 fonda lo *status* del figlio, in quella che è stata efficacemente definita "filiazione per scelta"[117], ma l'ordinamento non le consente di costituire lo stato al figlio con un proprio atto di autoresponsabilità, perché non può riconoscere il figlio come madre, non disponendo dell'attestazione di assistenza al parto richiesta dall'art. 30 comma 2 dell'ordinamento dello stato civile, né, ovviamente, come padre.

A ben vedere, infatti, mentre la continuità biologica fonda e prova la genitorialità nella procreazione secondo natura, costituendo l'obbligo di cui all'art. 30 Cost. anche a prescindere dalla volontà di generare, la disciplina dettata per la procreazione eterologa imputa, fin dalla sua entrata in vigore e nonostante l'allora vigente divieto, la responsabilità in capo a chi ha partecipato al progetto procreativo non col proprio materiale genetico, ma con consapevole adesione all'utilizzo di quello altrui, a garanzia dei diritti fondamentali del nato[118].

115 Almeno quando il parto avvenga in Italia. Si riferisce al parto avvenuto in Spagna, ed alla formazione di un atto di nascita che indica entrambe le madri, Corte di cassazione, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, cit., riconoscendone la trascrivibilità nei registri dello stato civile italiano proprio in ragione del diritto del minore a conservare lo status e la maturata affettività, e del diritto a veder riconosciuta la propria discendenza biologica, su cui *infra*, in questo paragrafo.

116 Tribunale di Roma, ordinanza dell'8 agosto 2014, in *Famiglia e diritto*, 2014, pp. 929 ss., con nota di M.N. Bugetti, *Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità*; in *Giurisprudenza italiana*, 2015, pp. 319 ss., con nota di A. Mendola, *Scambio di embrioni tra verità genetica e genitorialità biologica*; su cui F. Campodonico, *Eterologhe «da errore» e salomonici abusi. Commenti a margine della Risposta del Comitato Nazionale di Bioetica e dell'Ordinanza del Tribunale di Roma sul caso dello scambio di embrioni all'ospedale Pertini di Roma*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, www.biodiritto.org, 2015, pp. 157 ss.

117 E. Del Prato, *La scelta come strumento giuridico di filiazione?*, in *Familia*, 2001, pp. 1035 ss.

118 Lo conferma Corte costituzionale, sentenza del 10 giugno 2014, n. 162, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, l. 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; nonché dell'articolo, 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, della medesima legge, che stabilisce le sanzioni amministrative pecuniarie per la violazione del predetto divieto. Cfr. A. Baldini, *Cade il divieto di pma eterologa: prime riflessioni sulle principali questioni*, in *Vita notarile*, 2014, pp. 617 ss.; A. Pioggia, *Un divieto sproporzionato e irragionevole. La Corte costituzionale e la fecondazione eterologa nella sentenza n. 162 del 2014*, in *Astrid Rassegna*, www.astrid-online.it, 2014; G. Ferrando, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, parte II, pp. 393 ss.; S. Rodotà, *Procreazione assistita e principio di autodeterminazione*, in A. Barenghi (a cura di), *Procreazione assistita e tutela della persona*, Cedam, Padova, 2011, pp. 103 ss.; M. D'Amico, *Sulla incostituzionalità del divieto di «fecondazione eterologa» fra principi costituzionali ed europei*, *ivi*, pp. 115 ss.; G. Ferrando, *La donazione dei gameti in prospettiva bioetica e nella legge 40, alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali*, in A. Barenghi (a cura di), *Procreazione assistita e tutela della persona*, cit., pp. 21 ss.; C. Ciraolo, *Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità*, in *Jus civile*, 2014, pp. 485 ss. Cfr. anche, per i principi realizzati dall'art. 9 in commento, Corte costituzionale, sentenza del 26 settembre 1998, n. 347: "Si tratta (…) di tutelare anche la persona nata a seguito di fecondazione assistita, venendo inevitabilmente in gioco plurime

Il principio di pari trattamento imporrebbe che la maternità sia accertata secondo il criterio generale della compatibilità genetica che prova la paternità, ed allora madre dovrebbe essere quella genetica, e non la partoriente. Questa è la conclusione che si deriva dall'art. 269 c.c., il cui articolato è rimasto invariato, sul punto, dopo la novella. Vi si può leggere una regola generale, coincidente per la maternità e la paternità ma anche con gli artt. 241 e 243 *bis* c.c., che è la prova con ogni mezzo, ed oggi essenzialmente attraverso il DNA, della sussistenza del rapporto biologico di filiazione (è questo il contenuto del comma 2). Soltanto nella generazione fisiologica la prova è agevolata dal comma 3, che si fonda sul presupposto implicito dell'appartenenza dell'ovulo da cui è originato l'embrione, e poi il nato, a colei che l'ha gestato e partorito.

Si tratta di una "una norma riguardante la prova della maternità (*che*) trova conferma nel secondo comma del medesimo articolo"[119], evidente applicazione alla procreazione secondo natura dell'assunto secondo cui *mater semper certa est*, *pater numquam*. Postulato, questo, che aveva senso in una realtà nella quale l'evento procreativo era necessariamente affidato al corretto funzionamento di elementi naturali e la partoriente era sicuramente madre biologica del nato, ma che quell'univocità perde rispetto ad ogni ipotesi di procreazione con ovodonazione.

Ciò posto, la domanda di adozione avanzata dalla madre biologica nei confronti del bambino partorito dalla compagna si colora di riflessi assolutamente peculiari perché realizza l'interesse del minore a vedersi costituito lo *status* nei confronti del genitore biologico, senza perdere quello acquistato fin dalla nascita rispetto alla partoriente, ancora una volta a tutela del suo diritto a conservare i legami affettivi in atto, ma anche in applicazione del ricordato principio di responsabilità della partoriente, per aver consapevolmente e liberamente assunto l'impegno di accogliere il figlio, sebbene a sé geneticamente incompatibile.

Non potrebbe obiettarsi che l'essere lo stato costituito nei confronti di due donne contrasti con l'ordine pubblico, il cui concetto "deve essere delineato con riferimento all'interesse del minore", trattandosi anche in questa ipotesi, come in quella di riconoscimento della sentenza straniera che dispone l'adozione piena nei confronti di due madri[120], non di "introdurre *ex novo* una situazione giuridica inesistente, ma di garantire la copertura giuridica ad una situazione di fatto in essere da anni, nell'esclusivo interesse di un bambino che è stato cresciuto da due donne che la legge riconosce entrambe come madri. Assume rilievo determinante la circostanza che la famiglia esista non tanto sul piano dei *partner* ma con riferimento alla posizione, allo *status* e alla tutela del figlio. Nel valutare il *best interest* per il minore non devono essere legati fra loro, il piano del legame fra i genitori e quello fra genitore-figli: l'interesse del minore pone, *in primis*, un vincolo al disconoscimento di un rapporto di fatto, nella specie validamente costituito fra la co-madre e un figlio"[121].

---

esigenze costituzionali. Preminenti in proposito sono le garanzie per il nuovo nato (v. le sentenze n. 10 del 1998; n. 303 del 1996; n. 148 del 1992; nn. 27 e 429 del 1991; e nn. 44 e 341 del 1990), non solo in relazione ai diritti e ai doveri previsti per la sua formazione, in particolare dagli artt. 30 e 31 della Costituzione, ma ancor prima — in base all'art. 2 Cost. — ai suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità: diritti che è compito del legislatore specificare". In questo senso si legga anche Corte di appello di Torino, sezione famiglia, decreto del 29 ottobre 2014, cit.: "Non è contestabile che, sia sotto l'aspetto etico che giuridico, nell'individuazione della maternità, come della paternità, a seguito della procreazione medicalmente assistita eterologa, acquisti ulteriore rilievo il concetto di volontarietà del comportamento necessario per la filiazione e quello di assunzione di responsabilità in ordine alla genitorialità così da attribuire la maternità e la paternità a quei genitori che, indipendentemente dal loro apporto genetico, abbiano voluto il figlio accettando di sottoporsi alle regole deontologiche e giuridiche che disciplinano la p.m.a.".

119 Avevamo formulato questa, che Corte di cassazione 30 settembre 2016, n. 19599 ci onora di qualificare "l'intuizione di una parte della dottrina" in A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, cit., pp. 140 ss., 302 ss.; S. Stefanelli, *Accertamento della maternità nella gestazione per altri*, in *Biolaw Journal*, 2016, p. 18.

120 Su cui v. Corte costituzionale, sentenza del 7 aprile 2016, n. 76, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2016, con nota di L. Scafiddi Runchella, *Il primo intervento della Consulta sul riconoscimento di provvedimenti stranieri in tema di adozione coparentale per coppie dello stesso sesso*.

121 Corte di appello di Torino, sezione famiglia, decreto del 29 ottobre 2014, cit., con riferimento a Corte europea dei diritti umani, sentenza del 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia*, ricorso n 65192/11 e Ead., 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia*, ricorso n. 65941; cfr. anche Ead., 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/12, cit. Conforme Tribunale per i minorenni di Bologna, decreto del 21 marzo 2013, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2014, con nota di E. Battaglia, *Tribunale minori di Bologna: riconosciuta l'adozione da parte di una single effettuata negli Stati Uniti*. La sentenza è stata confermata da Corte di cassazione, 30 settembre 2016, n. 19599, cit., ritenendo che il riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, formato in ossequio alla legislazione estera, non sia precluso dall'ordine pubblico c.d. negativo, la cui applicazione consiste in un giudizio preventivo ed ipotetico di preclusione all'introduzione di norme analoghe a quelle straniere, che potrebbero derivare dalla (negata) prevalenza di altri diritti umani costituzionalmente protetti su quello del minore "alla conservazione dello *status fiiationis* legittimamente acquisito all'estero nei confronti della madre genetica e alla continuità dei rapporti affettivi".

Al contrario, escludere anche l'applicabilità dell'istituto dell'adozione in casi particolari finirebbe per violare il dovere, imposto allo Stato dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani alla vita privata e familiare, di tutelare la vita privata e familiare. La Corte di Strasburgo ha insegnato che, sebbene gli Stati conservino un margine di apprezzamento discrezionale nel disciplinare la filiazione, perché coinvolge questioni morali, etiche e religiose, essi non possono però escludere al genitore biologico qualsiasi "possibilità di stabilire un rapporto di paternità verso i figli, facendo in particolare ricorso all'adozione, o domandando ai servizi sociali il loro affidamento, come persona con un legame più stretto con i bambini": si trattava di un giudizio di compatibilità con la norma convenzionale della disciplina vigente in Bulgaria che, al pari di quella italiana, esclude la legittimazione del padre biologico all'azione di disconoscimento della paternità matrimoniale[122].

7. Permanente applicabilità dell'art. 44, comma 1, lett. d) l. adozione

Come si è visto in apertura di queste riflessioni, con clausola di equivalenza, non solo terminologica[123], ed in funzione antidiscriminatoria[124], il legislatore dispone l'applicazione di tutte le disposizioni dettate per i coniugi alle parti dell'unione civile, con esclusione di quelle contenute nella legge n. 184 del 1983 sull'adozione. Prevede, tuttavia, che "resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti", secondo una attitudine "ammiccante" ben nota ad altre disposizioni dettate per materie eticamente sensibili, ed in particolare al ricordato art. 9 della legge n. 40 del 2004, che la dottrina non ha tardato ad evidenziare[125].

La disposizione va interpretata in ossequio al canone di conservazione del suo valore giuridico e secondo Costituzione.

122 Corte europea dei diritti umani, sentenza del 21 dicembre 2010, *Chavdarov c. Bulgaria*, ricorso n. 35159/09.

123 G. Casaburi, *Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili)*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2016, specifica che la limitazione, secondo cui l'equivalenza è disposta "al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi", "non limiti nulla, nel senso che non attenua, in alcun modo, la portata radicale della clausola di salvaguardia, quella sì di chiarissima e sicura efficacia giuridica. Nel diritto civile — ed in tale ambito la disposizione opera — il riferimento all'esercizio dei diritti, e all'adempimento dei doveri, è assorbente, e non limitativo: in altri termini quelle ora introdotte sono mere sintesi verbali, in quanto non vi è nulla di giuridicamente rilevante oltre i diritti ed i doveri (inutilmente) richiamati in termini tanto generali. A ben vedere, anzi, e tenuto poi conto del richiamo all'art. 3 Cost. di cui al 1º c., a me sembra che la nuova previsione, in una singolare eterogenesi dei fini, rafforzi, e non attenui, la portata egualitaria della disposizione in esame".

124 A. Schillaci, *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale dopo il voto del Senato*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2016: "si tratta di una disposizione rivolta al giudice e alla pubblica amministrazione, ed in particolare di una regola sull'interpretazione e sull'applicazione di altre disposizioni normative", da interpretarsi alla luce dell'art. 44, comma 1, lettera *d)*, e comma 3, ai sensi del quale "l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato, "tra i non coniugati rientrando, all'evidenza, anche chi sia parte di una unione civile tra persone dello stesso sesso: recando una previsione rivolta a coniugati e non coniugati, tale disposizione resta sostanzialmente indifferente all'applicabilità della clausola di equivalenza terminologica, alla luce della sua apertura antidiscriminatoria". Cfr. sul testo di iniziativa parlamentare G. Iorio, *Il disegno di legge sulle "unioni civili" e sulle "convivenze di fatto": appunti e proposte sui lavori in corso*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2015, pp. 1014 ss.

125 G. Casaburi, *Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili)*, cit.: "Parimenti, la disposizione in esame, (ipocritamente) non prende posizione sull'adozione speciale del figlio del partner, nell'ambito di una coppia omosessuale (anche non vincolata da UC, evidentemente), sul presupposto che questa è comunque ammessa dalla giurisprudenza, cui è dato un (appunto ammiccante, e certo non necessario) via libera. Così da un lato sono stati accontentati quanti si opponevano strenuamente ad ogni forma di riconoscimento della filiazione nell'ambito delle UC, dall'altro restano soddisfatti anche gli appartenenti allo schieramento opposto, che confidano nell'operato della magistratura (l'unica insoddisfatta, perché sovraesposta, e a cui può facilmente, quanto ingiustamente, essere addebitata l'adozione di una giurisprudenza creativa ovvero invasiva delle prerogative del legislatore)". Nello stesso senso E. Quadri, *Audizione presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati del 15 aprile 2016*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2016 "Sul tema dell'adozione quasi sorvolo, se non per sottolineare che la formula impiegata nel comma 20 dell'articolo 1, secondo cui nell'escludersi l'estensibilità alle parti della disposizione della legge n. 184 del 1983 si dichiara che resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti, non solo si presenta come un ambiguo trionfo di riserve mentali, ma rappresenta anche l'abdicazione alla giurisprudenza da parte del legislatore di quella funzione, che pure dovrebbe competergli, di interprete e protagonista dell'adeguamento dell'ordinamento alla coscienza sociale". Anche V. Carbone, *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto*, in *Famiglia e diritto*, 2016, p. 848 ss., ribadisce come l'inciso finale del comma 20 esprima un "indirizzo normativo (che) merita di essere confrontato con il diritto vivente giurisprudenziale, esaminando alcune recenti sentenze, tutte favorevoli all'adozione del bambino da parte dell'altro convivente, nonostante fossero a conoscenza delle polemiche e della successiva eliminazione dal testo del richiamo alla *stepchild adoption*".

Il senso della doppia locuzione, che rafforza "quanto previsto" con quanto "consentito", può ricercarsi in un richiamo all'interpretazione giudiziale delle disposizioni che, consentendo l'adozione in casi speciali anche a coloro che non siano coniugati (art. 44, comma 3) quando sussista impossibilità di affidamento preadottivo (art. 44, comma 1, lettera *d)*, non possono essere comprese nell'esclusione dall'equivalenza dei diritti e degli obblighi riconosciuti ai coniugi con quelli in capo alle parti dell'unione civile[126].

Le due esclusioni rispetto alla clausola antidiscriminatoria[127] — rispetto alle norme del codice civile non richiamate e alla l. adozione — sono riferite, nella sintassi della disposizione, alle norme contenenti le espressioni "coniuge" o "coniugi" o comunque disciplinanti il matrimonio o i suoi effetti, non essendovi ragione per impedire altro che l'applicazione per rinvio delle stesse. Per esemplificare, non si estende alle parti dell'unione civile la legittimazione all'adozione di bambini in stato di abbandono che l'art. 6, comma 1, l. n. 184/1983 riserva ai "coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni", e neppure quella all'adozione in casi particolari ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. *b)*, riferita alla domanda del "coniuge" rispetto al figlio, anche adottivo dell'altro "coniuge". L'applicazione della lett. *d)*, sulla quale la giurisprudenza fonda l'adozione del figlio del convivente, non sarebbe dunque compresa nell'ambito di operatività della clausola anche qualora mancasse l'inciso finale, perché non si riferisce in alcun modo al matrimonio, né contiene le parole "coniuge", "coniugi" o termini equivalenti[128].

In tal senso depone anche la ricostruzione dell'intenzione del legislatore: l'inciso mancava nella precedente stesura normativa, ed i lavori parlamentari evidenziano che è stato inserito proprio in conseguenza dello stralcio della disposizione specifica, per "mettere in sicurezza la giurisprudenza"[129] che ammette l'adozione del figlio del *partner* ex art. 44 lett. *d)* l. adozione. Che tale sia l'*intentio legis* dimostra anche l'applicazione che della delega contenuta nell'art. 1, comma 28, lettera *c)*, ha fatto il decreto delegato recante disposizioni di coordinamento in materia penale[130] il quale si limita ad inserire nel codice penale un unico articolo (il 574 *ter* c.p.), necessario in forza del principio di stretta legalità delle norme incriminatrici per introdurre una clausola generale di equiparazione modellata proprio sull'art. 1, comma 20, della l. n. 76/2016. Tale disposizione, "agli effetti della legge penale", riferisce all'unione civile ed alle sue parti tutte le disposizioni in materia penale che riguardano il matrimonio, o considerano la qualità di coniuge come elemento costitutivo o circostanza aggravante di un reato.

La conclusione si impone anche, ragionando *a contrariis*, in termini di interpretazione adeguata a Costituzione: ove, infatti, le parti di una unione registrata fossero escluse dall'applicazione delle predette disposizioni, a differenza di coloro che compongono una coppia omosessuale convivente, per le quali non risulta alcuna disposizione di dettaglio, si realizzerebbe una ingiustificata quanto irragionevole disparità di trattamento: a colui che sia "solo convivente" col genitore dell'adottando resterebbe aperta la via dell'adozione in casi particolari, mentre non potrebbero accedervi chi sia con costui/costei unito civilmente, sebbene risulti una garanzia di stabilità "analoga" a quella tipica delle coppie sposate, posto il rinvio alla relativa disciplina dei casi di separazione e divorzio contenuto nel comma 25. Né sembra introdurre significative differenze la previsione di scioglimento dell'unione per dichiarazione unilaterale ricevuta dall'ufficiale di stato civile, ai sensi del comma precedente, la quale — sebbene semplifichi

126 In accordo con A. Schillaci, *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale dopo il voto del Senato*, cit.; L. Poli, *Gestazione per altri e stepchild adoption: gli errori del legislatore italiano alla luce del diritto internazionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, www.dpce.it, 2016, 3, pp. 1 ss.

127 In questo senso Corte costituzionale, sentenza del 14 luglio 2016, n. 174, in materia di pensione di reversibilità: "lo stesso fondamento solidaristico, che il legislatore è chiamato a specificare e a modulare nelle multiformi situazioni meritevoli di tutela, in modo coerente con i princìpi di eguaglianza e ragionevolezza, permea l'istituto anche nelle sue applicazioni più recenti alle unioni civili, in forza della clausola generale dell'art. 1, comma 20, della legge" n. 76 del 2016. Cfr. anche la Circolare del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno del 5 agosto 2016, che in applicazione dell'art. 1, comma 20, l. 76/2016 relativa estende allo straniero unito civilmente con un cittadino italiano il diritto al permesso di soggiorno e tutte le disposizioni in materia di ricongiungimento familiare, nonché la risposta del Ministero dell'Economia e delle finanze all'interrogazione parlamentare circa la possibilità per coppie unite civilmente di fruire dell'agevolazione fiscale riconosciuta dalla legge di stabilità 2016, su cui più ampiamente si legga A. Schillaci, *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili di diritto comparato e tenuta del principio di eguaglianza*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, www.dpce.it, 2016, 3, pp. 11 ss.

128 *Contra* M. Bianca, *Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto*, in *Giudice donna*, www.giudicedonna.it, 2015, pp. 2 ss.

129 M. Campana, *Relazione introduttiva*, Camera dei Deputati, 9 maggio 2016. Sul punto non si pronunciano né Cassazione 22 giugno 2016, n. 12962, cit., né Cassazione 30 settembre 2016, n. 19599, cit., essendo la l. n. 76/2016 inapplicabile alla fattispecie dedotta in giudizio *ratione temporis*, in difetto di disciplina transitoria.

130 D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 6, in *G.U.* n. 22 del 27 gennaio 2017.

la procedura eliminando la separazione[131] e riduca significativamente i tempi ed i costi della gestione della crisi — conferma pur sempre la necessità di un elemento di "pubblicità" e poi del provvedimento giudiziale o di quello conseguente alla negoziazione o all'accordo certificato dall'ufficiale di stato civile, a differenza di quanto avviene per la crisi delle coppie conviventi, che siano esse composte da persone di sesso uguale o diverso.

Alla violazione dell'art. 3 della Costituzione nei riguardi dei membri dell'unione civile si aggiungerebbe quella relativa alla condizione dei figli, ancora una volta con riferimento al principio di irrilevanza della condizione giuridica dei genitori rispetto al trattamento da riservarsi ai figli[132], cui ha dato attuazione la riforma degli *status* attraverso il regime di imprescrittibilità del diritto del figlio a far prevalere la verità biologica sullo stato inveridico, ma corrispondente alla consolidata affettività (art. 244 comma 5, art. 263 comma 2 c.c.).

131 Opinione contraria si legge in G. Savi, *L'unione civile tra persone dello stesso sesso*, Perugia-Roma-Mexico 2016, pp. 145 ss.

132 Corte costituzionale, sentenza del 13 maggio 1998, n. 166, cit.: "Nello spirito della riforma del 1975, il matrimonio non costituisce più elemento di discrimine nei rapporti tra genitori e figli — legittimi e naturali riconosciuti — identico essendo il contenuto dei doveri, oltre che dei diritti, degli uni nei confronti degli altri. La condizione giuridica dei genitori tra di loro, in relazione al vincolo coniugale, non può determinare una condizione deteriore per i figli, poiché quell'insieme di regole, che costituiscono l'essenza del rapporto di filiazione e che si sostanziano negli obblighi di mantenimento, di istruzione e di educazione della prole, derivante dalla qualità di genitore, trova fondamento nell'art. 30 della Costituzione che richiama i genitori all'obbligo di responsabilità". Nello stesso senso si legga la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di garanzia dei rapporti familiari di fatto, ai sensi dell'art. 8 della Convenzione: Corte europea dei diritti umani, sentenza del 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit.; Ead., sentenza del 10 aprile 2012, *Pontes c. Portogallo*, cit.; Ead., sentenza del 24 giugno 2010, *Shalk e Kopf c. Austria*, cit.

*Elena Falletti**

Quando l'assenza è più forte di una presenza: lo stralcio del dovere di fedeltà tra matrimonio e unione civile

Sommario

1. La fedeltà è importante? – 2. Le lunghe radici del dovere di fedeltà – 3. Obbligo di fedeltà, adulterio e divorzio: il contributo del diritto comparato – 4. La natura del dovere di fedeltà – 5. Lo stralcio del dovere di fedeltà e il concetto di vita familiare – 6. Gli effetti dello stralcio del dovere di fedeltà sulla filiazione

Abstract

La legge 76/2016 ha eliminato il dovere di fedeltà tra gli obblighi della coppia dello stesso sesso unita civilmente. Questo rappresenta una discriminazione rispetto ai doveri delle coppie eterosessuali coniugate? Lo scopo dell'articolo è verificare come il concetto di fedeltà sia mutato nel tempo: da garanzia di certezza legale sulla paternità dei figli avuti dalla moglie in costanza di matrimonio a elemento che rappresenta la lealtà e il rispetto verso la persona con la quale si è scelto di condividere la vita. Per comprendere come questo passaggio sia potuto avvenire si verificano le influenze di religione, scienza e evoluzione sociale.

In Italy, in the latest reform in family law done by the Law No. 76/2016 the duty of marital fidelity was eliminated from the binding obligation for same-sex civil partnerships. Does this consist in discrimination against heterosexual spouses? The aim of this article is to analyze how the concept of the duty of marital fidelity has changed over time. In the past, it guaranteed the legal fatherhood of a wife's children, whereas now it represents loyalty and respect towards the partner with whom a person has chosen to share his or her life. A comparative methology helps to understand how this transition occurred and how it has been influenced by religion, science and social evolution.

1. La fedeltà è importante?

La legge 20 maggio 2016 n. 76[1] recante "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze" colma il vuoto legislativo italiano evidenziato sia dalla sentenza di condanna *Oliari contro Italia* della Corte di Strasburgo[2] sia dalla sentenza della Corte costituzionale del 15 aprile 2010 n. 138. Tale legge rappresenta il raggiungimento di un risultato importante, paragonabile

* Ricercatore confermato in diritto privato comparato, Università Carlo Cattaneo - LIUC di Castellanza, Varese.

1 Pubblicata sulla G.U. Serie Generale n.118 del 21-5-2016.

2 Cedu, sentenza del 21 luglio 2015, ric. 18766/11 e 36030/11, *Oliari contro Italia*. In dottrina: P. Bruno, *Oliari contro Italia: la dottrina degli "obblighi positivi impliciti" al banco di prova delle unioni tra persone dello stesso sesso*, in *Famiglia e Diritto*, 2015, 12, p. 1069; C. Nardocci, *Dai moniti del Giudice costituzionale a lla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo. Brevi note a commento della sentenza Oliari e altri c. Italia*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, n. 8/2015.

al superamento di un impervio Gran Premio della Montagna in una lunga corsa a tappe: lo scollinamento è entusiasmante, ma la corsa non è ancora finita e il traguardo finale rimane lontano. Infatti, non si può non condividere l'opinione di certa dottrina, la quale afferma che la legge ora in vigore sia discriminatoria[3], perché gli omosessuali sono esclusi dal matrimonio sulla base di questa qualità personale: infatti, la nuova disciplina è stata delineata sul modello originario del *Lebenspartnergeschaft* tedesco[4]. Durante l'iter di approvazione del testo di legge al Senato sono state stralciate le disposizioni che consentivano l'adozione del figlio da parte del *partner* omosessuale del genitore biologico (la c.d. *stepchild adoption)* e il dovere di fedeltà tra *partner*.

Seppure la differenziazione tra unioni civili e matrimonio per quel che concerne la qualificazione dell'istituto, la ridotta tutela della vita familiare e la diversa imposizione di doveri sia stata approvata per legge, essa non cessa di essere discutibile; tuttavia in questo contributo ci si vuole concentrare su cosa significhi nella società attuale l'obbligo di fedeltà coniugale e, conseguentemente, che cosa rappresenti il suo stralcio dalla regolamentazione giuridica delle coppie omosessuali e che cosa significhi nell'impatto concreto della disciplina sulla vita delle persone alle quali tale disciplina si applica[5].

L'immodesto scopo di questo contributo è analizzare, seppur sommariamente, la valenza dell'obbligo di fedeltà e cosa esso rappresenta: non tanto nell'immaginario collettivo, al quale i promotori della cancellazione hanno fatto riferimento[6], quanto nella realtà giuridica. L'obbligo di fedeltà vincola la persona unita in matrimonio a esprimere sentimenti personalissimi e del tutto incoercibili, mentre la percezione dello stesso obbligo è mutata nella realtà. Ad esempio, sotto il profilo sociale i rilevamenti statistici indicano che le unioni libere sono quasi raddoppiate in dieci anni e ricoprono un ruolo alternativo rispetto al matrimonio[7].

Per quel che concerne la sua rilevanza giuridica, l'obbligo di fedeltà coniugale è inesigibile poiché è riconducibile ad un dovere morale considerabile addirittura quale elemento accidentale del matrimonio. Tuttavia, nel tempo la violazione di tale obbligo ha conosciuto graduazioni diverse della colpa. In tempi più risalenti essa è stata sanzionata attraverso la criminalizzazione dell'adulterio, mentre più di recente attraverso l'addebitabilità della separazione coniugale con il possibile riconoscimento del risarcimento del danno. La graduale abolizione dell'attribuzione della colpa dell'infedeltà ha rappresentato la rimozione dell'influenza dei valori etici nella disciplina del matrimonio[8]. Inoltre, è altrettanto interessante verificare l'impatto della tradizione culturale e religiosa in questo ambito e come tale tradizione sopravviva anche all'influenza delle tecnologie genetiche e riproduttive, specie per quel che concerne la connessione tra obbligo di fedeltà coniugale e attribuzione legale della paternità nella filiazione nata nel matrimonio. Il percorso della giurisprudenza sul punto aiuta a fissare le tappe più importanti di questo cammino evolutivo.

2. Le lunghe radici del dovere di fedeltà

Nel testo "La dignità del matrimonio", Agostino individuava i tre beni del matrimonio, cioè il *bonum fidei* ovvero l'esclusività del vincolo e la reciproca fedeltà dei coniugi, il *bonum prolis*,cioè la generazione e l'educazione della prole, ed il *bonum sacramenti*, ovvero l'indissolubilità matrimoniale[9].

3 F. Bilotta, *La tirannia della maggioranza*, in *About Gender*, 2016, 5, p. 146.

4 Però successivamente equiparato al matrimonio dal *Bundesverfassungsgericht* tedesco (BVerfG, sentenza del 17 luglio 2002, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002, 2543), il quale affermò che "*la convivenza registrata non poteva considerarsi matrimonio ai sensi dell'art. 6 Grundgesetz, ma comunque era fonte di diritti equivalenti per le coppie dello stesso sesso*" S. Patti, *Le Unioni civili in Germania*, in *Famiglia e Diritto*, 2015, 10, p. 958; M. Belletti, *Matrimoni, unioni civili, convivenze di fatto: cosa cambia? Profili di legittimità costituzionale della nuova normativa*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2/2016, p. 11.

5 M.R. Marella, *Qualche notazione sui possibili effetti simbolici e redistributivi del d.d.l. Cirinnà*, in *About Gender*, 2016, p. 157; V. Lingiardi, *Citizen Gay. Famiglie, Diritti negati e salute mentale,* Milano, Il Saggiatore, 2007, p. 12 e ss.

6 M. Guerzoni, *Unioni civili, resta fuori la fedeltà per evitare riferimenti al matrimonio*, in *Corriere della Sera*, 23 febbraio 2016.

7 ISTAT, *Matrimoni, separazioni e divorzi, Anno 2014*, consultato su www.istat.it, pp. 2 e 3.

8 C. Sörgjerd, *Reconstructing Marriage. The Legal Status of Relationships in a Changing Society*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012, p. 122.

9 A. Ferrari, *Il matrimonio nel diritto della Chiesa cattolica latina*, in *Il matrimonio, Diritto Ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti*, a cura di S. Ferrari, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 95 ss.

Tale interpretazione influenzò nei secoli successivi la concezione cattolica del matrimonio, impedendo la possibilità di matrimoni poligamici, divorzi, ripudi e nuove unioni, come invece avveniva per la tradizione pagana ed ebraica[10]. In questo modo la dottrina Patristica rese giustificabile per la morale cristiana un istituto pagano, sacralizzandolo[11] già a partire dall'editto di Costantino, che ridusse sensibilmente le cause di divorzio, limitate alla sola venuta meno dell'*affectio maritalis*: tra esse si riscontra l'adulterio della moglie[12].

Il diritto canonico medievale fu categorico nello stabilire l'indissolubilità matrimoniale, infatti il riferimento canonistico identifica il matrimonio come istituzione voluta da Dio, quale simbolo dell'unione tra il Cristo e la Chiesa, nella quale il dovere di fedeltà è imprescindibile, insieme a indissolubilità e castità matrimoniale[13].

La Riforma protestante restituì al matrimonio il suo carattere originario di accordo convenzionale relativo alla comunione di vita[14], cancellandone la peculiarità sacramentale. Quale conseguenza venne accettato che i matrimoni, come le convenzioni, potessero essere sciolti attraverso il divorzio.[15] Ciò nonostante la Riforma non cambiò idea sulla rigidità in merito alla fedeltà: ad esempio Calvino definiva l'infedeltà coniugale il più turpe dei crimini poiché con un solo atto l'adultero, marito o moglie che egli fosse, violava il patto con il coniuge, Dio e la comunità intera[16]. Siffatto rigore avrebbe prima o poi subito un allentamento e ciò accadde nel secolo dei Lumi. Infatti, a seconda dello *status* delle persone interessate[17], alla fedeltà coniugale non si riconosceva più il medesimo valore. Durante i convulsi tempi rivoluzionari, la legge 20 settembre 1792 introdusse il divorzio, anche senza colpa ovvero su istanza di parte[18], e riconobbe ai coniugi la possibilità di divorziare consensualmente di fronte all'ufficiale di stato civile qualora sussistessero alcune specifiche circostanze, tra cui incapacità mentale, condanne a pene detentive, l'abbandono del tetto coniugale, l'*émigration*[19] e l'"*incompatibilité d'humeur*"[20], cioè incompatibilità di carattere: l'infedeltà coniugale e l'adulterio non erano considerati esplicitamente quali cause di divorzio, ma potevano provocare proprio quella incompatibilità sopraccennata. Il divorzio è sopravvissuto agli "eccessi rivoluzionari", anche se con limitazione delle cause scatenanti. Infatti, sotto la vigenza del Code Napoléon, si tolleravano le avventure galanti, ma si consideravano le gravidanze: nessuna indulgenza per le donne colpevoli di mettere al mondo un figlio illegittimo[21], perché si sarebbe

10 C. Pederoda, *Matrimonio canonico – Matrimonio civile*, in *I Quaderni di In Prin*, Archivio di Stato di Udine, 2008, I, 1.

11 V. Parlato, *Note su matrimonio e unioni civili nella concezione cattolica e nel diritto canonico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 6/2014, p. 2; A. Ferrari, *op. cit.*, p. 96. Ai principi summenzionati fa esplicito riferimento il can. 1096 del codice di diritto canonico.

12 M.A. Glendon, *The Transformation of Family Law*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 1989, 17; S. Sanders, *The Cyclical Nature of Divorce in the Western Legal Tradition*, in *50 Loy. L. Rev. 407*, 2004, p. 409.

13 V. Parlato, *op. cit.*

14 J. Gaudemet, *Le mariage en Occident*, Paris, 1987, p. 191. Questo autore osserva che seppure non avesse mai attribuito al matrimonio la natura di contratto, la patristica latina ne riconosceva il carattere convenzionale. L'idea di contratto venne collegata al matrimonio a partire dal Medioevo in ossequio al trionfo della dottrina consensualistica, tuttavia detta dottrina non impose mai l'adesione del matrimonio al contratto continuando a qualificarlo quale convenzione. Per una ricostruzione di questo passaggio si rimanda a M. Rheinstein, R. König , *Introduction, Chapter I,* in *Persons and Family, International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen – Leiden – Boston, 2007, IV, pp. 1-9, c. 7.

15 D. Maccollough, *Riforma. La divisione della casa comune europea* (1490 – 1700), Roma, Carocci, 2010, p. 828.

16 J. Witte Jr., *John Calvin on Marriage and Family Life*, 2007, http://ssrn.com/abstract=1014729

17 S. Desan, *Making and Breaking Marriage: An Overview on Old Regime Marriage as a Social Practice,* in S. Desan, J. Merrick, (eds.), *Family, Gender, and Law in Early Modern France*, Pennsylvania State University Press, University Park, 2009, p. 4. Come è stato osservato, "se nella vita di una donna francese un amante era un evento trascurabile, in quello di una donna inglese aveva effetti devastanti. 'Avendo noi la facoltà di scegliere i nostri mariti, non ci è permesso di non amarli,' gli spiegò 'e tradirli è un crimine che non ci viene in alcun caso perdonato'" B. Craveri, *Gli Ultimi Libertini*, Milano, Adelphi, 2016, p. 31.

18 M.A. Glendon, *op. cit.*, p. 159; M. Parquet, *Droit de la famille,* Levallois-Perret, Editions Bréals, p. 85.

19 Durante la Rivoluzione Francese, l'*émigration* consisteva nella fuga all'estero, specie dei membri della classe aristocratica, ed era sanzionata con la morte civile. Si veda, K. Carpenter, *Emigration in Politics and Imaginations*, in D. Andress, *The Oxford Handbook of the French Revolution*, Oxford – New York, Oxford University Press, 2015, Ch. 19.

20 M.A. Glendon, *op. cit.*, S. Desan, *Pétitions de femmes en faveur d'une réforme révolutionnaire de la famille, Annales historiques de la Révolution française*, 2006, p. 6, http://ahrf.revues.org/5883.

21 M. Parrot, *Figure e compiti*, in P. Ariès, G. Duby, *La vita privata. L'Ottocento*, (trad. it., F. Cataldi Villari, M. Garin, S. Neri, F. Salvatorelli), Roma-Bari, Laterza, 1991, p. 110. La stessa autrice osserva che "l'uomo adultero non rischia nulla; gode di grandi

inquinata la linea di discendenza maschile. Dopo la caduta di Napoleone, il divorzio venne abolito con la Restaurazione[22] e reintrodotto dopo quasi settant'anni nel 1884[23].

3. Obbligo di fedeltà, adulterio e divorzio: il contributo del diritto comparato

Anche in *Common Law* l'idea di inquinamento della discendenza con la violazione dell'obbligo di fedeltà era presente. A questo proposito, si ricorda che l'influenza della tradizione canonistica[24] si è manifestata attraverso la Chiesa d'Inghilterra, la quale considera l'infedeltà come distruttiva delle famiglie e ne ha esteso la definizione fino a includervi l'attività sessuale extraconiugale del marito[25], anche se va sottolineato che la monogamia maschile era socialmente considerata una mera finzione[26]. Tanto nel *Common Law* inglese quanto in quello americano non si parla di obbligo di fedeltà quale obbligazione matrimoniale, ma la violazione del dovere di fedeltà viene sanzionata diversamente a seconda che si tratti di *fornication*, termine che indica il rapporto sessuale, generalmente del marito sia prematrimoniale sia extraconiugale[27], ovvero di *adultery*, in riferimento al tradimento della moglie. Infatti, si pensa che il tradimento femminile abbia *"tendency to adulterate the issue of an innocent husband, and to turn the inheritance away from his own blood, to that of a stranger*[28]". Il concetto giuridico di adulterio si fonda sull'idea di furto, pertanto esso è stato a lungo considerato un crimine penalmente perseguibile con le pene più diversificate, come esemplarmente racconta lo scrittore Nathaniel Hathworne nel romanzo "La lettera scarlatta". Durante il XVIII e il XIX, l'adulterio e il divorzio sono rimasti ancora strettamente connessi nei paesi protestanti, come in Germania[29] e Inghilterra[30]. L'esperienza inglese in materia riveste un certo interesse. Fino al 1857 la competenza per le cause di divorzio era del solo Parlamento, quindi riservato a una stretta élite di soggetti e si registrarono solo quattro casi di istanze femminili accolte[31]. In quell'anno venne introdotto il divorzio giudiziale: i requisiti per l'ottenimento erano diversi per i coniugi e la moglie lo poteva ottenere in concomitanza di circostanze aggravanti molto gravi, come la violenza e l'abbandono[32]. A partire dal 1923 anche la moglie poteva divorziare giudizialmente per il semplice adulterio e nel 1937 la disciplina si estese anche a motivi ulteriori, come l'abbandono durato tre anni, crudeltà e insanità mentale sopravvenuta[33]. Tuttavia, la situazione è mutata a partire dalla seconda metà del XX

complicità; la ricerca della paternità è vietata dal Codice civile, mentre la morale consuetudinaria esigeva il matrimonio del genitore con la ragazza che aveva ingravidato".

22 Si tratta della Loi Bonald dell'8 maggio del 1816 (M. Parquet, *op. cit.*, p. 85).

23 Con la Loi Naquet del 27 luglio 1884 (M. Parquet, *ult. op. loc. cit.).*

24 P. McKinley Brennan, *Of Marriage and Monks, Community and Dialogue*, in 4*8 Emory L.J. 689*, 1999, p. 700.

25 S.S. Varnado, *Avatars, Scarlet "A"s, and Adultery in the Technological Age*, i*n 55 Ariz. L. Rev. 371*, 2013, p. 385.

26 *Constitutional Barriers To Civil And Criminal Restrictions On Pre- And Extramarital Sex,* 104 *Harvard Law Review* 1660, 1991, p. 1671.

27 C.J. Reid, Jr., *The Augustinian Goods of Marriage: The Disappearing Cornerstone of the American Law of Marriage*, in 18 B*YU J. Pub. L. 449*, 2004, p. 457.

28 Così si esprimeva la Corte Suprema del New Jersey nel 1838 nel caso *State v. Lash* (N.J. 1838).

29 S. Sanders, *op. cit.*, p. 419; M.A. Glendon, *op. cit.*, p. 174.

30 D.C. Wright, *The Crisis of Child Custody: A History of the Birth of Family Law in England,* in *11 Colum. J. Gender & L. 175, 176-82, 238-49*, 2002; W.E. Schneider, *Secrets and Lies: The Queen's Proctor and Judicial Investigation of Party-Controlled Narratives,* in *27 Law & Soc. Inquiry 449, 453-62,* 2002; e H.D. Lord, *Husband and Wife: English Marriage Law from 1750: A Bibliographic Essay*, in *11 S. Cal. Rev. L. & Women's Stud. 1, 1-3, 12-26*, 2001.

31 M.A. Glendon, *op. cit.*, p. 149.

32 M.A. Glendon, *op. cit.*, p. 150.

33 M.A. Glendon, *ult. loc. op. cit.*

secolo in relazione al distacco tra atto sessuale e procreazione[34], in particolare con la presa di controllo della propria fecondità da parte delle donne attraverso l'assunzione di contraccettivi[35].

Negli attuali Stati Uniti, la materia familiare è di competenza statale e le Corti possono dichiarare sciolto il matrimonio solo nei casi previsti dalla legge. Il panorama giuridico in materia è molto variegato, infatti nella maggioranza degli Stati la violazione del dovere di fedeltà è ancora prevista come causa di divorzio[36] e l'*adultery* è punito anche penalmente[37], mentre in altri Stati[38] vige la "*no fault rule*". Infatti, sopravvive un legame con la tradizione attraverso riferimenti alla consumazione dell'*adultery*[39]. È interessante notare come non necessariamente gli Stati che puniscono penalmente l'*adultery* prevedano tale fattispecie quale esplicita causa di divorzio[40]. Anche se questa circostanza sembra essere illogica, essa parrebbe essere conseguente al fatto che alcuni Stati puniscono l'*adultery* senza definirla in modo tassativo[41]. La dottrina osserva che dalla sua definizione sorgono due questioni. Da un lato, un primo problema concerne l'individuazione del soggetto attivo, cioè se solo una persona sposata possa essere colpevole di adultery o se anche una persona non sposata possa essere condannata nel caso abbia una relazione di natura sessuale con una persona sposata. Dall'altro lato in che cosa consista la fattispecie stessa di *adultery*. Sul punto gli Stati divergono, alcuni richiedono che la relazione extramatrimoniale sia abituale e che preveda coabitazione e manifestazione pubblica della medesima, altri proibiscono qualsiasi forma di *adultery*[42]. Di fronte a siffatto panorama, la dottrina osserva che seppure negli Stati Uniti vi siano ancora procedimenti penali a seguito di incriminazioni per *adultery*, essi sono divenuti ormai rari[43]. Tali incriminazioni esplicitano il legame simbolico, ancora molto forte, con i valori morali[44] provenienti dalla tradizione religiosa[45] delle Colonie americane puritane che, distaccandosi dal *Common Law* inglese, addirittura consentivano la comminazione della pena capitale in caso di *adultery.*

Per quel che riguarda il dibattito comparatistico europeo, si osserva in via generale che nella disciplina dello scioglimento del matrimonio viene taciuto l'esplicito riferimento alla violazione del dovere di fedeltà, ma è disciplinata la rottura irreparabile del matrimonio[46]. Essa può derivare anche da altre circostanze, come nel caso delle normative olandese[47] e tedesca[48] dove, in caso di istanza congiunta di divorzio, i motivi della rottura irreparabile del matrimonio non vengono neppure verificati dal giudice[49].

34 Si ricorda, infatti, che la nascita della prima bambina in provetta, Louise Brown, avvenne proprio in Inghilterra nel 1978 (R.M.A. Kamel, *Assisted Reproductive Technology after the birth of Louise Brown*, in J *Reprod Infertil. 2013 Jul;14(3):96-109).*

35 F. Héritier, *Dissolvere la gerarchia. Maschile/Femminile II,* trad. it. A. Panaro, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2004, p. 166.

36 Si tratta di Alabama, Alaska, Arkansa, Connecticut, Delaware, Georgia, Idaho, Illinois, Indiana, Louisiana, Maine, Massachusetts, Maryland, Mississippi, News Hampshire, New Jersey, New Mexico, New York, North Carolina, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Virginia, Vermont, West Virginia (S. Varnado, *Avatars, Scarlet "A"s, and Adultery in the Technological Age,* in *55 Ariz. L. Rev. 371,* 2013, p. 383).

37 Sono 21 gli Stati che puniscono l'adulterio come crimine, si tratta di Alabama, Arizona, Florida, Georgia, Idaho, Illinois, Kansas, Maryland, Massachusetts, Michigan Minnesota, Mississippi, New York, North Carolina, North Dakota, Oklahoma, Rhode Island, South Carolina, Utah, Virginia, Wisconsin (A.D. Cohen, *How the Establishment Clause Can Influence Substantive Due Process: Adultery Bans after Lawrence,* 79 *Fordham L. Rev. 605,* 2010, p. 613; D.L. Rhode, *Adultery: An Agenda for Legal Reform,* 11 *Stan. J.C.R. & C.L. 179,* 2015, p. 180, n. 2).

38 Si tratta di: Arizona, California, Colorado, D.C., Florida, Hawaii, Iowa, Kentucky, Michigan, Minnesota, Missouri, Montana, Nebraska, Oregon, Washington, Wisconsin, Wyoming (S. Varnado, *op. cit.*).

39 S. Varnado, *op. cit.*

40 Gli Stati in questione sono Arizona, Florida, Michigan, Minnesota e Wisconsin.

41 R.A. Posner, K.B. Silbaug, *A Guide to America's Sex Laws*, Chicago, The University of Chicago Press, 1996, p. 103 ss.

42 R.A. Posner, K.B. Silbaug, *ult. op. loc. cit.*

43 D.L. Rhode, *op. cit.*, p. 181.

44 D.L. Rhode, *op. cit.*, p. 184.

45 A.D. Cohen, *op. cit.*, p. 613.

46 C.Sörgjerd, *op. cit.*, p. 127.

47 C.Sörgjerd, *op. cit.*, 128.

48 D. Martiny, *German Report,* i*n European Family Law in Action, Vol. I: Ground for Divorce,* Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2003, p. 80. Si osserva che la violazione dei doveri matrimoniali ha un effetto marginale, principalmente influisce sull'accesso della parte colpevole ad una procedura di divorzio più rapida (D. Martiny, *op. cit.*, p. 188 ss).

49 K. Boele-Woelki, O. Cherednychenko, C. Lieeke, *Dutch Report*, in *European Family Law in Action, Volume I: Ground for Divorce*, 2003, cit., p. 89.

Una delle esperienze pioneristiche maggiormente interessanti in questo senso è quella svedese dove nella disciplina più risalente la violazione dell'obbligo di fedeltà non era soggetta a particolari sanzioni. Negli anni Settanta del secolo scorso essa è stata sottoposta ad un ampio dibattito secondo cui il mantenimento di tale obbligo, considerato ormai superato, avrebbe potuto rappresentare un deterrente al matrimonio per le giovani coppie[50], mentre nella riforma del diritto nuziale promulgata nel 1987 si sottolineava che essa era da intendersi in un senso più ampio rispetto alla sola fedeltà, proprio in riferimento alla lealtà e solidarietà tra gli sposi[51]. Tale esperienza ha rappresentato un modello per la riforma della legislazione spagnola, la quale non stabilisce specifici motivi per la richiesta di divorzio: è sufficiente la volontà di uno dei coniugi[52]. In Francia, l'articolo 212 del *Code Civil* stabilisce che i coniugi reciprocamente si devono "*rispetto, fedeltà, soccorso, assistenza*" mentre l'articolo 242 afferma che la colpa possa essere ritenuta un motivo sufficiente per il divorzio. Essa è riconducibile a una o più circostanze che costituiscono una violazione grave e reiterata dei doveri e degli obblighi del matrimonio[53] e che abbiano provocato una alterazione definitiva del legame coniugale[54]. A questo proposito, si osserva che nell'interpretazione giurisprudenziale francese recente, l'infedeltà viene considerata come effetto della vita matrimoniale divenuta intollerabile[55], anche per infedeltà reciproca[56], ad esempio per *"l'erosione dei sentimenti sulla vita coniugale quotidiana, la presenza di suoceri utilizzati come coadiuvanti per la cura per il bambino quando entrambi i genitori lavorano, le differenze di progettazione, la presenza di elementi di grande banalità nella vita di una coppia; sono prove che suggeriscono che la responsabilità esclusiva della disintegrazione progressiva è imputabile esclusivamente alla moglie che ha tenuto un comportamento eccessivo e pregiudizievole allo svolgimento soddisfacente del rapporto matrimoniale*"[57].

4. La natura del dovere di fedeltà

La dottrina italiana più legata ai dettami canonistici da un lato rigetta l'identificazione tra unione civile e matrimonio[58], mentre dall'altro assume quale paradigma matrimoniale il matrimonio concordatario, quindi il modello canonico[59], disciplinato nel Concordato dell'11 febbraio 1929. Si ricorda che l'art. 34 del Concordato Lateranense stabiliva la sostituzione della regola della esclusività del matrimonio civile, obbligatorio secondo il codice Pisanelli del 1865[60], *"con un sistema di scelta, facoltativa, della forma della celebrazione*"[61], attribuendo al matrimonio canonico la capacità di conseguire gli effetti del matrimonio civile attraverso la sua trascrizione nei registri di stato civile, nei casi previsti dalla legge[62].

Riferendosi all'art. 34[63], certa dottrina ecclesiastica ha inteso affermare che "*in quegli anni, anche la concezione laica del matrimonio non differiva sostanzialmente da quella cattolica: fedeltà reciproca dei coniugi,*

50 C. Sörgjerd, *op. cit.*

51 C. Sörgjerd, *op. cit.*, p. 123.

52 C. Sörgjerd, *op. cit.*, p. 126.

53 Art. 242 del Code Civil francese, modificato dalla Loi n. 2004-439 del 26 maggio 2004.

54 Art. 246 del Code Civil francese.

55 Cour d'appel de Limoges, sentenza del 13 maggio 2013, RG 12/00908; Cour d'appel de Bastia, sentenza del 10 aprile 2013, RG 11/00356

56 Cour d'appel de Rennes, sentenza del 14 ottobre 2014, RG 13/04534.

57 Cour d'appel de Versailles, sentenza del 17 marzo 2016, RG 15/02921.

58 V. Parlato, *op. cit.*

59 Marginalmente, si nota che la celebrazione unione civile ricalca il rito canonico, in quanto "Due persone maggiorenni dello stesso sesso costituiscono un'unione civile mediante dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni" (art. 1., co. 2, legge 20 maggio 2016, n. 76).

60 C.M. Bianca, *Diritto Civile, La Famiglia*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 36.

61 C. Pederoda, *op. cit.*

62 C.M. Bianca, *op. cit.*, p. 37.

63 Il quale statuisce che "Lo Stato italiano, volendo ridonare all'istituto del matrimonio, che è base della famiglia, dignità conforme alle tradizioni cattoliche del suo popolo, riconosce al sacramento del matrimonio, disciplinato dal diritto canonico, gli effetti civili. Le pubblicazioni del matrimonio come sopra saranno effettuate, oltre che nella chiesa parrocchiale, anche nella

indissolubilità, finalità della procreazione ed educazione della prole, aiuto reciproco degli sposi, tutela dei figli nati nel matrimonio, legittimi, rispetto a quelli naturali, riconoscibili, in certi casi, o addirittura non riconoscibili, se adulterini"[64]. Ma se ciò poteva avere un senso negli Anni Trenta, attualmente non è più un fatto condiviso dall'insieme dei consociati. Infatti, i quasi novanta anni che ci distanziano dal 1929 hanno visto profondi cambiamenti, che hanno inciso sia nella società, sia sulla disciplina del matrimonio e del rapporto di coppia. Siffatta evoluzione non è stata né veloce, né semplice e probabilmente non è definitiva. È possibile affermare che essa abbia avuto inizio a partire dalle sentenze della Corte costituzionale sulla diversa sanzionabilità penale dell'infedeltà coniugale[65], poi attraverso l'introduzione del divorzio, fino alla riforma del diritto di famiglia del 1975. Tuttavia lo scioglimento civile del vincolo matrimoniale permane ancora legato all'irreparabilità della frattura della vita matrimoniale, la quale emerge dalla gravità dei fatti che non consentono la prosecuzione della convivenza, al punto da escludere ogni possibile recupero del rapporto[66]. Tale inquadramento sopravvive anche successivamente alla riforma sulla durata della separazione apportata dalla legge 132/2014, che infatti ha mancato di introdurre lo scioglimento immediato del vincolo per comune volontà delle parti[67].

Al contrario, la disciplina delle unioni civili, ai sensi del comma 24 dell'art. 1 della legge 20 maggio 2016, n. 74, non prevede in caso di scioglimento dell'unione un periodo di separazione paragonabile a quella residuale prevista per le coppie coniugate. In questo senso, in riferimento ai diritti e doveri dei *partner* occorre tener presente che non essendoci separazione, non può esservi l'addebito, neppure per la violazione della promessa di fedeltà. Infatti, nel caso relativo allo scioglimento dell'unione civile è sufficiente che ciascuna delle parti manifesti, anche disgiuntamente, la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale di stato civile. Ciò appare coerente con il percorso evolutivo giurisprudenziale il quale ha mutato la natura del dovere di fedeltà, spostandone la rilevanza dal piano riproduttivo-sessuale al rispetto della persona dell'altro coniuge[68]. La dottrina ha cercato una definizione più appropriata di siffatto dovere e le idee che si sono manifestate, seppur presentando ancora residui attaccamenti alla tradizione, hanno accolto l'avvenuta mutazione. Infatti, vi è chi ha parlato di "reciproca dedizione fisica e spirituale"[69] tra i coniugi, ovvero di "lealtà[70]", o ancora di "impegno globale di devozione"[71] a non tradire la reciproca fiducia;, tuttavia, l'orientamento maggioritario sottolinea che il dovere di fedeltà non è riconducibile a una mera astensione dai rapporti sessuali con altre persone, ma si tratta del rafforzamento della comunione materiale e spirituale dei coniugi.

casa comunale. Subito dopo la celebrazione il parroco spiegherà ai coniugi gli effetti civili del matrimonio, dando lettura degli articoli del codice civile riguardanti i diritti ed i doveri dei coniugi, e redigerà l'atto di matrimonio, del quale entro cinque giorni trasmetterà copia integrale al Comune, affinché venga trascritto nei registri dello stato civile. Le cause concernenti la nullità del matrimonio e la dispensa dal matrimonio rato e non consumato sono riservate alla competenza dei tribunali e dei dicasteri ecclesiastici. I provvedimenti e le sentenze relative, quando siano divenute definitive, saranno portate al Supremo Tribunale della Segnatura, il quale controllerà se siano state rispettate le norme del diritto canonico relative alla competenza del giudice, alla citazione ed alla legittima rappresentanza o contumacia delle parti. I detti provvedimenti e sentenze definitive coi relativi decreti del Supremo Tribunale della Segnatura saranno trasmessi alla Corte di appello dello Stato competente per territorio, la quale, con ordinanze emesse in Camera di Consiglio, li renderà esecutivi agli effetti civili ed ordinerà che siano annotati nei registri dello stato civile a margine dell'atto di matrimonio. Quanto alle cause di separazione personale, la Santa Sede consente che siano giudicate dall'autorità giudiziaria civile".

64 V. Parlato, *op. cit.*

65 Sul punto, P. Palermo, *Uguaglianza e tradizione nel matrimonio: dall'adulterio alle unioni omosessuali*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata,* 2010, II, p. 537.

66 C.M. Bianca, *op. cit.*, p. 277.

67 Atto Senato n. 1857, "Modifiche alla legge 1º dicembre 1970, n. 898, in materia di legittimazione alla richiesta di scioglimento e cessazione degli effetti civili del matrimonio". Il testo di tale ddl recita: "Dopo l'articolo 3 della legge 1º dicembre 1970, n. 898, è inserito il seguente: 'Art. 3-*bis*. - 1. Lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio può altresì essere richiesto da entrambi i coniugi, con ricorso congiunto presentato all'autorità giudiziaria competente, anche in assenza di separazione legale, quando non vi siano figli minori, figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero figli di età inferiore ai ventisei anni economicamente non autosufficienti. Non si applicano gli articoli 6 e 12 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162'".

68 D. Morello Di Giovanni, *Obbligo di fedeltà e pronuncia di addebito*, in *Famiglia e Diritto,* 2013, pp. 8, 9, 777.

69 Corte di cassazione, Sez. I, sentenza del 18 gennaio 1997, n. 9287, in *Famiglia e Diritto*, 1998, 1, p.10.

70 "la quale impone di sacrificare gli interessi e le scelte individuali di ciascun coniuge che si rivelino in conflitto con gli impegni e le prospettive della vita comune" (Corte di cassazione, sentenza dell'1 giugno 2012, n. 8862, in *Banca Dati Leggi d'Italia,* 2012; Corte di cassazione, sentenza dell'11 giugno 2008, n. 15557, in *D&G*, 2008).

71 Corte di cassazione, Sez. I, sentenza del 9 ottobre 2012, n. 17196, in *Foro Italiano*, 2012, 11, 1, p. 2956.

5. Gli effetti dello stralcio del dovere di fedeltà e il concetto di vita familiare

Lo stralcio dell'obbligo di fedeltà apparirebbe sottolineare una discriminazione nei confronti delle coppie omosessuali, simbolicamente deprivate di uno degli obblighi caratterizzanti l'impegno formale della vita di coppia. In realtà l'imposizione legale di tale obbligo parrebbe anacronistica nei tempi odierni, dove sono maggiormente accettati comportamenti individuali più liberi e disinvolti rispetto al passato[72].

Come è noto, la fedeltà sessuale dei coniugi è stata tradizionalmente interpretata come un dovere della moglie nei confronti del marito, sanzionato anche penalmente. A questo proposito, si ricorda infatti che la Corte costituzionale abrogava la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 559 del codice penale, che prevedeva il reato di adulterio della moglie e del "correo dell'adultera". Con la sentenza 19 dicembre 1968, n. 126[73], Giudice delle leggi stabiliva che "per l'unità familiare costituisce indubbiamente un pericolo sia l'adulterio del marito sia quello della moglie; ma quando la legge faccia un differente trattamento, questo pericolo assume proporzioni più gravi, sia per i riflessi sul comportamento di entrambi i coniugi, sia per le conseguenze psicologiche sui soggetti". Pertanto, tale fattispecie incriminatrice era viziata di illegittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3 e 29 della Costituzione, in quanto sanciscono una deroga al principio di eguaglianza dei coniugi non essenziale per la garanzia dell'unità familiare, ma risolventesi, piuttosto, per il marito, in un privilegio; e questo, come tutti i privilegi, viola il principio di parità. Tale sentenza ha rappresentato il primo passo dell'erosione del dovere di fedeltà che per secoli ha costituito la garanzia della certezza, anche fittizia, della paternità della prole e, conseguentemente, della trasmissione del nome e del patrimonio familiare.

Successivamente la Corte costituzionale è intervenuta sull'obbligo di fedeltà, con la sentenza 99/1974, dichiarando secondo cui era illegittimo, per violazione dell'art. 3 Cost., l'art. 156, comma 1, c.c., nella parte in cui, disponendo che per i coniugi consensualmente separati perduri l'obbligo reciproco di fedeltà, non limitava quest'obbligo al dovere di astenersi da quei comportamenti che, per il concorso di determinate circostanze, siano idonei a costituire ingiuria grave all'altro coniuge[74]. Il percorso giurisprudenziale è proseguito mutando la natura del dovere di fedeltà, spostandone la rilevanza dal piano riproduttivo-sessuale al rispetto della persona dell'altro coniuge[75]. La giurisprudenza, seguita dalla dottrina, ha ormai stabilmente affermato che il dovere di fedeltà coniugale si riferisce principalmente all'obbligo di non tradire la fiducia reciproca ovvero il rapporto di dedizione fisica e spirituale tra i coniugi, così da non tradire la sensibilità e la dignità della persona che subisce gli effetti di siffatti comportamenti[76]. All'uopo, si evidenzia come l'inosservanza dell'obbligo di fedeltà coniugale intanto può giustificare l'addebito della separazione al coniuge responsabile in quanto determina la situazione di intollerabilità del protrarsi della convivenza coniugale ma non nel caso in cui intervenga dopo che questa situazione sia già maturata e, dunque, in un contesto di disgregazione della comunione materiale e spirituale[77].

Come accennato in precedenza, la disciplina delle unioni civili consente alla coppia di interrompere immediatamente il legame attraverso la comunicazione dinanzi all'ufficiale di stato civile. Alla luce di quanto espresso, ci si potrebbe chiedere se non sussista in merito all'obbligo di fedeltà una discriminazione a discapito delle coppie coniugate, considerato che esso riguarda un comportamento personalissimo, spontaneo e insopprimibile di un individuo, imponendo per legge ormai alle sole coppie eterosessuali la manifestazione di una condotta (fedeltà al coniuge) legata alla presenza di un sentimento (innamoramento verso il coniuge) in un contesto sociale che giuridicamente è riconducibile alla protezione della vita familiare. A questo proposito, la Corte europea dei diritti umani riconosce l'equiparazione del concetto di vita familiare tanto per le famiglie composte da persone di orientamento eterosessuale quanto omosessuale. La decisione *Schalk e Kopf contro Austria* sottolinea il mutamento del paradigma scientifico legale, morale e sociale, nonché estende la nozione di vita familiare garantito dall'art. 8 Cedu anche alle famiglie composte da persone dello stesso sesso[78], indipendentemente dalla differenziazione adottata per legge.

72 L. Remiddi, *Le unioni civili dopo la legge Cirinnà: le questioni ancora aperte*, in *Giudicedonna.it*, 2016, 1, p. 3.

73 In *Giurisprudenza italiana*, 1969, 1, p. 416

74 *Foro Italiano*, 1974, 1, p. 1574. Sul punto, L. Remiddi, *op. cit.*

75 D. Morello Di Giovanni, *Obbligo di fedeltà e pronuncia di addebito*, in *Famiglia e Diritto*, 2013, 8, p. 777.

76 Corte di cassazione, Sez. I, sentenza del 18 gennaio 1997, n. 9287.

77 Corte di cassazione, sentenza dell'11 dicembre 2013, n. 27730.

78 Corte europea dei diritti umani, sentenza del 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf contro Austria*.

Altresì, alla luce di tale circostanza ci si può chiedere se la diversa valutazione dei doveri inerenti alla vita familiare non costituisca una discriminazione per il trattamento differente in merito al riconoscimento del danno endofamiliare[79]: si potrebbe riconoscere anche alle coppie dello stesso sesso per la violazione dei doveri loro ascritti? In precedenza all''entrata in vigore della legge 20 maggio 2016, n. 76, la giurisprudenza aveva già affermato che la violazione dei diritti fondamentali della persona conseguente a condotte connotate da gravità può configurarsi anche all''interno di una unione di fatto, riconoscendo così il risarcimento del danno endofamiliare. A questo fine, tale unione deve avere, "*beninteso, caratteristiche di serietà e stabilità, avuto riguardo alla irrinunciabilità del nucleo essenziale di tali diritti, riconosciuti, ai sensi dell''art. 2 Cost., in tutte le formazioni sociali in cui si svolge la personalità dell''individuo*[80]". Pare concordare la dottrina, la quale afferma che i *partner* di una unione civile *"sono pur sempre tenuti ad alimentare il rapporto con comportamenti rispettosi degli obblighi reciproci previsti per i coniugi. Pur in assenza di un'eteroimposizione, i membri della coppia — fin quando dura la convivenza — devono dare luogo ad un progetto di vita comune che presuppone assistenza e protezione reciproca*[81]", anche in assenza dell'obbligo di fedeltà, pertanto pare estensibile anche alle unioni civili il riconoscimento del danno endofamiliare per i comportamenti lesivi della dignità posti in essere da un *partner* nei confronti dell'altro. Ci si può chiedere se tra tali comportamenti possa rientrare la violazione del dovere di fedeltà. Alla luce summenzionati dei principi di pari dignità e uguaglianza la risposta sembrerebbe essere affermativa.

6. Gli effetti dello stralcio del dovere di fedeltà sulla filiazione

Altrettanto utile è indagare brevemente il rapporto tra dovere di fedeltà e presunzione legale di paternità nel matrimonio. In tale presunzione vi è una valenza di origine religiosa, che considerava la donna come proprietà necessaria ai fini riproduttivi: si tratta dello *ius in corpore* in capo al marito. A questo proposito la dottrina[82] rammenta il dettato del vecchio *codex juris canonici.* Al par. 1081 esso affermava che "*il consensus matrimonialis est actus voluntatis quo utraque pars tardit et acceptat jus in corpus, perpetuum et exclusivum, in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem*". La visione proprietaria del corpo della donna[83], contenuta in questa definizione, era strettamente connessa con la certezza della paternità e la purezza della stirpe paterna, promossa dalla Chiesa attraverso una "*costruzione cattolica dei rapporti familiari*"[84], nel senso di una concezione del matrimonio orientata alla procreazione[85]. Come già visto, con l'art. 34 del Concordato lateranense del 1929, lo Stato accettava di equiparare l'efficacia del matrimonio religioso, a tutti gli effetti, al matrimonio civile nella sua interezza[86]. Tale visione è stata recepita nel nuovo ordinamento repubblicano attraverso il discusso inserimento dei Patti Lateranensi nella Costituzione[87]. In questo modo, si protraeva la continuità dell'influenza della disciplina del matrimonio canonico e quindi del rigoroso collegamento tra fedeltà matrimoniale e presunzione di paternità. Tale presunzione mantiene vivo il presupposto che il matrimonio sia la condizione indispensabile perché vi sia un padre: infatti la questione determinante è stabilire se la prole sia nata o meno al suo interno[88]. L'applicazione delle innovazioni scientifiche e tecnologiche nell'ambito riproduttivo umano ha mutato la tradizionale prospettiva.

Alla luce dell'intervento della tecnica è possibile affermare che il dovere di fedeltà strumentale alla attribuzione della paternità sia diventato un elemento fittizio. Infatti, partendo dalla nuova formula-

79 G. Casaburi, *Convivenze e unioni civili: una prima lettura della nuova legge*, in *Questione Giustizia*, 17 maggio 2016.

80 Tribunale Bologna, Sez. I, sentenza del 16 dicembre 2014.

81 F. Romeo, M.C. Venuti, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze,* in *Le nuove leggi civili commentate*, 2015, 5, p. 971.

82 V. Carbone, *L'irreversibile crisi della coppia legittima l'adulterio, rendendo non addebitabile la separazione?,* in *Famiglia e Diritto*, 1999, 2, p. 105.

83 M. D'Amelia, *Recensione a Nozze di Sangue, di Marco Cavina,* in *Il Mestiere di Storico*, 2012, 1, p. 171.

84 P. Ginsborg, *Famiglia Novecento, Vita familiare, rivoluzione e dittature, 1900-1950,* trad. it., E. Benghi, Torino, Einaudi, 2013, p. 284; M.E.B. Norton, *The Adulterous Wife: A Cross-Historical and Interdisciplinary Approach*, in 16 *Buff. Women's L.J. 1*, 2008, p. 4.

85 P. Moneta, *Voce: "Matrimonio canonico"*, in *Digesto civile*, Torino, UTET, 1994 e dottrina ivi segnalata.

86 P. Moneta, Voce: *"Matrimonio concordatario"*, in *Digesto Civile*, Torino, UTET, 1994.

87 G. Ferrando, voce: *"Matrimonio civile"*, in *Digesto Civile, Aggiornamento* 2014, Torino, UTET, 2014.

88 G. Galeotti, *In cerca del padre*, Bari - Roma, Laterza, 2009, pp. 5-7.

zione dell'art. 231 c.c., elaborata a seguito della riforma desulla filiazione, è possibile notare che essa non incide sul nucleo essenziale della nozione di filiazione tradizionale nel matrimonio, che è costituito dall'attribuzione della qualità di padre a colui che è indicato dal matrimonio.

Ciò nonostante ci si può chiedere se abbia ancora senso la coesistenza logica e giuridica del dovere di fedeltà con la presunzione di paternità e, alla luce delle ultime riforme in materia di filiazione, di entrambi con lo *status* unico di figlio previsto dagli artt. 315 c.c. e seguenti[89] e considerata la diversa disciplina processuale[90], sopravvissuta alla riforma del 2012, per la filiazione nata dentro il matrimonio da quella nata fuori dal matrimonio. Detta distinzione ha significativi effetti: ovvero nel caso in cui i genitori non siano coniugati il genitore biologico non avrebbe alcun problema a proporre il disconoscimento di paternità per difetto di veridicità, azione disponibile a chiunque vi abbia interesse. Al contrario, per quel che concerne la filiazione nata avvenuta nel matrimonio la legge prevede rigorosi limiti per la proposizione dell'azione di disconoscimento di paternità ai sensi dell'art. 243 *bis* c.c.[91].

Alla luce di tali emergenze è possibile verificare una correlazione tra lo stralcio dell'obbligo di fedeltà e quello dell'adozione del cogenitore: il messaggio sotteso stabilisce che la bigenitorialità sembrerebbe essere esclusivamente riferita alla coppia eterosessuale coniugata. La questione controversa oggetto dello stralcio in parola concerne l'ipotesi della coppia omosessuale che conviva con i figli minori di uno dei due, nati da un apporto esterno, fecondazione eterologa ovvero gestazione per altri, instaurando un rapporto di genitorialità sociale con l'altro componente della coppia. Invero, in tali circostanze l'unico rapporto riconosciuto e tutelato dalla legge è quello con il genitore biologico, mentre il rapporto con il genitore sociale — sebbene avvertito e vissuto dal minore alla stregua dell'"altra figura genitoriale" — non riceve alcun riconoscimento o tutela, con conseguente privazione del minore della doppia figura genitoriale, in spregio al principio fondante del mantenimento di rapporti costanti con ambedue le figure genitoriali[92]. La rilevanza di questo rapporto verticale tra minore e genitore sociale è stata più volte riconosciuta dalla giurisprudenza, specie di merito, in applicazione dei principi di provenienza europea, secondo cui l'equiparazione del concetto di vita familiare è valida tanto per le famiglie composte da genitori di orientamento eterosessuale quanto omosessuale[93]. Infatti i giudici di Strasburgo hanno sottolineato che siano le "indubbie qualità personali e l'attitudine per l'educazione dei bambini" degli aspiranti genitori, indipendentemente dal loro orientamento sessuale[94]; a dover rientrare sicuramente nella valutazione del migliore interesse del bambino, una nozione chiave nello strumento internazionale pertinente. Il legislatore italiano si è posto in antitesi con questa giurisprudenza[95], eliminando la norma che che consentiva l'adozione del figlio del *partner*, coerentemente al mantenimento della visione tradizionale della famiglia eterosessuale e coniugata, legata quindi alla presunzione legale di paternità.

In conclusione, quanto riconosciuto dalla legge 20 maggio 2016 n. 76 è da considerarsi soltanto una copertura parziale del precedente vuoto normativo. In questo contesto, il ruolo giocato dallo stralcio dell'obbligo di fedeltà è importante e rappresenta pienamente l'intenzione discriminatoria tra matrimonio e unione civile. Infatti, imporre tale dovere a un consorzio familiare, cioè al matrimonio, e negarlo ad un altro, cioè all'unione civile, esclusivamente sulla base dell'orientamento sessuale è discriminatorio nel momento in cui si impedisce alle persone di orientamento omosessuale di sposarsi. Pertanto anche in questo ambito è compito della giurisprudenza valutare empiricamente la valenza del dovere di fedeltà nella vita familiare, indipendentemente dall'orientamento sessuale dei suoi componenti, facendo da battistrada alla completa parificazione sostanziale dei diritti e dei doveri, come già accaduto in altri ambiti giuridici.

89 V. Carbone, *Le riforme generazionali del diritto di famiglia: luci ed ombre*, in *Famiglia e Diritto*, 2015, 11, p. 972.

90 V. Carbone, *La diversa evoluzione della responsabilità genitoriale paterna e di quella materna*, in *Famiglia e Diritto,* 2016, 2, p. 209.

91 E. Andreola, *Il principio di verità nella filiazione*, in *Famiglia e Diritto,* 2015, 1, p. 88.

92 Tribunale di Palermo, sentenza del 6 aprile 2015.

93 Corte europea diritti umani, decisione del 19 dicembre 2013, *X e altri contro Austria.*

94 Corte europea dei diritti umani, decisione del 22 novembre 2008, *E.B. contro Francia*.

95 A. Schillaci, *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale dopo il voto del Senato*, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

*Alberto Figone**

La disciplina della convivenza

Sommario

1. Una premessa – 2. La definizione di convivenza – 3. Diritti e doveri dei conviventi – 4. Il godimento della casa familiare – 5. Solidarietà dopo la cessazione della convivenza – 6. I contratti di convivenza

Abstract

L'articolo propone una disamina dei commi 36 ss. della legge 29 maggio 2016, n. 76, in tema di disciplina delle convivenze di fatto, analizzando le principali innovazioni e le prime questioni sorte sul piano applicativo.

The paper analyses rights and duties of cohabitants, according to par. 36 ff. of the Law n. 76/2016. It deals with both innovations and issues arising in the law in action.

1. Una premessa

Il testo del ddl cd. "Cirinnà" (S. 2081), nella versione antecedente alle modifiche, operate dal c.d. maxi-emendamento, si componeva di due capi: il primo relativo alle unioni civili ed il secondo alla disciplina della convivenza (per complessivi 23 articoli). Il testo, approvato dal Senato, ha accorpato i predetti articoli in uno solo, suddiviso in 69 commi. Si è persa dunque quella suddivisione sistematica, che portava immediatamente a distinguere i due diversi istituti. La necessità, non più differibile, di introdurre una disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, ha dato luogo ad un amplissimo dibattito, che ha lasciato un po' in ombra le previsioni sulla convivenza. Come è noto, nel nostro Paese mai è esistita una disciplina organica in materia: numerose sono peraltro le norme che, in diversi settori dell'ordinamento, parificano la posizione soggettiva del convivente a quella del coniuge, in specifiche fattispecie, tanto da renderne superflua, in questa sede, un'elencazione dettagliata. Per parte sua la giurisprudenza ha integrato l'intervento legislativo, individuando da tempo la convivenza (di fatto o more uxorio) quale una di quelle formazioni sociali intermedie, riconosciute e garantite dall'art. 2 Cost. Ciò a prescindere dal fatto che la coppia sia composta da persone di sesso diverso, ovvero uguale; anzi, la stessa Corte costituzionale, nel dichiarare l'inammissibilità della questione di legittimità del complesso delle norme, che non ammette il matrimonio same-sex, quasi a mo' di "consolazione" si era data carico di un riconoscimento esplicito della giuridicità dell'unione omoaffettiva.

* Avvocato del Foro di Genova.

2. La definizione di convivenza

L'attuale comma 36 dell'art. 1 della legge 20 maggio 2016, n. 76, conforme all'art. 1.1 del disegno di legge originario definisce come "conviventi di fatto" due persone maggiorenni, unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, senza vincoli derivanti da rapporti di parentela, affinità, adozione, matrimonio o unione civile. La convivenza è dunque una situazione di fatto, connotata da una reciproca "*affectio coniugalis*", di per sé fonte di specifici diritti ed obblighi. Si richiede espressamente la libertà di stato di entrambi i *partner*: dunque, la speciale disciplina non opererà nel caso in cui i conviventi, uniti in matrimonio o da un'unione civile con altre persone, si trovino in una situazione di separazione di fatto ed anche (per il solo matrimonio) di separazione legale. La previsione pare molto rigida, sacrificando la posizione di chi convive stabilmente con persona, legata da precedente vincolo, specie in situazioni in cui è venuta meno ogni forma di comunione materiale e spirituale (si pensi a due coniugi che, per i più svariati motivi, ritengano di non divorziare, ovvero a chi sia sposato con una persona, di cui non si sappia più nulla da tempo, in difetto di dichiarazione di morte presunta).

Il testo del citato art. 11 prevedeva che "per l'individuazione dell'inizio della stabile convivenza" dovessero trovare applicazione gli artt. 4 e 33 del D.p.r. 223/1989 (ossia del regolamento anagrafico). Tale disposizione aveva immediatamente dato luogo a critiche; così come formulata, essa attribuiva natura costitutiva al dato anagrafico, subordinando, quindi, l'attribuzione di diritti alla comune residenza anagrafica dei conviventi. Ciò in contrasto con quanto da sempre affermato in giurisprudenza circa la rilevanza meramente indiziaria del dato formale. Il nuovo testo dell'art.1 comma 37 della legge ha solo in parte attenuato la rigidità dell'iniziale previsione. Il richiamo alle risultanze anagrafiche è funzionale all'accertamento della stabile convivenza; ne consegue che la convivenza, proprio perché di fatto, non debba essere necessariamente collegata alle risultanze anagrafiche, ben potendo essere dimostrata con altri mezzi di prova. Nel contempo, una mera convivenza anagrafica non assume rilevanza se scissa da un'effettiva coabitazione, ovvero priva di *affectio coniugalis* tra i *partner*, salvo dimostrare una sorta di "interversione" dell'*animus* sotteso alla convivenza (ad es. un iniziale rapporto di lavoro o una coabitazione tra inquilini si trasforma in relazione affettiva).

3. Diritti e doveri dei conviventi

Come anticipato, la stabile convivenza, nei termini in precedenza esplicitati, attribuisce specifici diritti ai *partner*; dal fatto, sorge dunque il diritto. Si prevede *in primis* un'equiparazione del convivente al coniuge, in situazioni specifiche, che determinano la sospensione della convivenza (carcerazione, ovvero ricovero), piuttosto che una modifica esistenziale (una malattia). In questi casi, al convivente sono espressamente riconosciuti diritti che l'ordinamento penitenziario riserva al coniuge, come pure i diritti di visita, di assistenza e di accesso alle informazioni personali, secondo le regole che le strutture ospedaliere (pubbliche o private) prevedono per il coniuge ed i familiari del diretto interessato.

La novità di maggior rilievo consiste nel riconoscimento in capo al convivente di poteri di rappresentanza dell'altro, in determinate situazioni pregiudizievoli, e in quindi in caso di malattia, che comporti incapacità di intendere e di volere (per le decisioni in materia di salute), ovvero di morte (per quanto attiene le donazioni di organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie). La designazione può conferire "poteri pieni o limitati" e deve essere effettuata in forma scritta ed autografa, ovvero, in caso di impossibilità di redigerla, alla presenza di un testimone. Come è evidente, si tratta dell'esercizio di diritti personalissimi, all'interno del quale si pone la questione tanto problematica del c.d. testamento biologico, che allo stato non ha ancora trovato una disciplina generale nel nostro Paese. Notevoli sono infatti gli ostacoli (non certo solo di carattere giuridico) che ad oggi hanno impedito il riconoscimento alla persona, in condizioni di lucidità mentale, di fornire anticipatamente le proprie volontà in merito a terapie, che intendesse o meno accettare, per l'eventualità che, in un prossimo futuro non fosse in grado di manifestare un valido consenso. Sul punto è intervenuta talora la giurisprudenza di merito, con la nomina di un amministratore di sostegno, su richiesta dell'interessato, per un'eventuale sua futura incapacità[1]. La Corte di cassazione, per parte sua, ha invece ritenuto inammissibile una tale

1 Tribunale di Modena, sentenza del 14 maggio 2009, *inedita*; Tribunale di Varese, sentenza del 25 agosto 2010, in *www.Ilcaso.it*, 2010; Tribunale di Cagliari, sentenza del 22 ottobre 2009, in *Famiglia e diritto*, 2010,2, 161; ma v. altresì Tribunale di Modena, sentenza del 27 febbraio 2009, in *Famiglia e diritto*, 2009, 6, 640, quanto ai poteri dell'amministratore di sostegno, a fronte di pregresse disposizioni di volontà dell'interessato, volte ad escludere trattamenti salvifici artificiali; Tribunale di Reggio

domanda[2]. Con la legge n. 76/2016, invece, detta facoltà risulta ammessa in favore del convivente *more uxorio*, cui potrebbero essere conferiti anche pieni poteri sulla scelta delle decisioni afferenti la salute. Non pare ammissibile che tale potere (di natura quantomai ampia) sia limitato solo alla convivenza *more uxorio*; esso dovrà essere necessariamente essere esteso anche al coniuge e alla persona unita civilmente; in caso contrario si darebbe ad una discriminazione "rovesciata", a danno delle coppie che hanno inteso formalizzare il loro vincolo.

La legge n. 91/1999, in materia di prelievi e trapianti di organi e tessuti, all'art. 3, dispone che i medici debbano fornire le dovute informazioni sulle opportunità terapeutiche alle persone in attesa di trapianto, al coniuge non separato, come pure al convivente *more uxorio* (ovvero in mancanza ai figli maggiorenni o ai genitori). L'art. 4 subordina l'espianto o il prelievo dal cadavere, a condizione che la persona abbia manifestato l'assenso espresso alla donazione di organi, presumendo peraltro l'assenso, qualora, debitamente informata, non abbia reso dichiarazione contraria. La legge n. 76/2016 attribuisce espressamente all'interessato il potere di delegare il proprio convivente in relazione a scelte tanto personali, con una semplice scrittura privata. Anche in questo caso, onde evitare disparità di trattamento è indispensabile che tale facoltà venga attribuita espressamente anche al coniuge e alla persona civilmente unita. A sua volta la legge n. 130/2001 (sulla cremazione e la dispersione delle ceneri), all'art. 3, subordina l'autorizzazione alla cremazione del cadavere, da parte dell'ufficiale di stato civile, alla volontà del defunto, espressa con disposizione testamentaria, ovvero con l'iscrizione alle specifiche associazioni del settore. In mancanza, potrà decidere il coniuge ed in subordine il parente più prossimo. Dunque, il convivente *more uxorio* non è titolare di un autonomo potere di scelta in ordine alla cremazione, ma a tanto potrà procedere, in presenza di specifica disposizione del defunto, ma anche a fronte di una delega, nella quale il defunto stesso gli abbia attribuito un potere financo pieno di decidere in ordine alle proprie spoglie mortali (tumulazione, o cremazione anche con dispersione delle ceneri, nel rispetto della legislazione regionale).

Il convivente di fatto può essere designato tutore, curatore o amministratore di sostegno del *partner:* la previsione già è recata dall'art. 408 c.c., relativamente all'amministrazione di sostegno. La legge n. 76/2016, riconoscendo quanto affermato dalla giurisprudenza, estende al convivente lo stesso trattamento risarcitorio del coniuge, qualora il *partner* abbia a decedere in conseguenza di un fatto illecito[3]. Superando invece contrasti giurisprudenziali, si prevede espressamente che il convivente possa far parte dell'impresa familiare *ex* art. 230 *bis* c.c.[4].

4. Il godimento della casa familiare

La legge n. 76/2016 prevede una specifica disciplina afferente la casa familiare, nelle due diverse ipotesi della morte del convivente, rispettivamente proprietario, ovvero conduttore dell'immobile. Nel primo caso, fatta salva l'applicazione dell'art. 337 *sexies* c.c. (nel testo precedente per un refuso si faceva riferimento all'abrogato art. 155 *quater* c.c.), e dunque, fatta salva l'assegnazione della casa in presenza di prole comune, a seguito della crisi della coppia genitoriale, il convivente è titolare del diritto di continuare ad abitare nella casa. Ciò per la durata di due anni, ovvero per un periodo pari alla convivenza, se superiore a due anni, e comunque non superiore a cinque anni. Il termine è allungato per un periodo non inferiore a tre anni, se con il superstite coabitino figli minori o disabili dello stesso. La norma pare alquanto farraginosa. In altri termini si è riconosciuto uno speciale diritto ereditario di abitazione, analogo a quello contemplato dall'art. 540 secondo comma c.c., per il caso di matrimonio, peraltro assoggettato ad un termine finale. È da ritenere che detto diritto presupponga una necessaria preventiva convivenza dei *partner* nell'abitazione del defunto, che si sia protratta per un tempo ragionevolmente tale da ingenerare nel superstite la legittima aspettativa di continuare ad abitarvi (ovvero che il defunto si sia reso acquirente dell'immobile proprio in funzione di ivi allocare la sua vita familiare). In presenza di figli minori o disabili del superstite, come si è visto, il termine di occupazione è prolungato; non

Emilia, sentenza del 24 luglio 2012, in *Giurisprudenza italiana* 2013,2,349, che ha attribuito all'amministratore di sostegno il compito di procedere alla ricostruzione della volontà dell'incapace.

2 Corte di cassazione, sentenza del 20 dicembre 2012, n. 23707.

3 Per tutte, cfr. Corte di cassazione, sentenza del 16 giugno 2014, n. 13654; Corte di cassazione, sentenza del 7 giugno 2011, n. 12278.

4 Cfr.al riguardo Corte di cassazione, sentenza del 15 marzo 2006, n. 5632; Corte di cassazione, sentenza del 2 maggio 1994, n. 4204.

deve necessariamente trattarsi di prole anche del defunto. Nel silenzio della norma è da ritenere che il convivente superstite nulla debba corrispondere agli eredi per l'occupazione dell'immobile, salvo, ovviamente, farsi carico delle spese di manutenzione ordinaria e delle utenze. Il diritto di utilizzo della casa viene meno, al pari di quello conseguente ad un'assegnazione, quando il convivente cessi di abitare stabilmente nella casa di residenza, o in caso di matrimonio, di unione civile o di nuova convivenza di fatto. Matrimonio, unione civile e nuova convivenza dovrebbero determinare la perdita del diritto anche in presenza di figli minori o disabili del solo superstite; le particolari cautele introdotte dalla giurisprudenza, dopo l'intervento della Corte costituzionale, in relazione all'art. 155 *quater* c.c. non paiono poter essere tali da compromettere il diritto di proprietà degli eredi[5].

In caso di morte del conduttore, il convivente ha facoltà di succedergli nel contratto. La previsione è conforme al disposto dell'art. 6 della l. 392/1970, dopo l'intervento della Corte costituzionale, che ne aveva dichiarato la parziale illegittimità[6].

5. Solidarietà dopo la cessazione della convivenza

Il testo originario, portato all'esame del Senato, del ddl cd. "Cirinnà" disponeva che, in caso di cessazione della convivenza di fatto, ove ricorressero i presupposti di cui all'art. 156 c.c., il giudice avrebbe potuto stabilire il diritto del convivente a ricevere dall'altro quanto occorrente per il proprio mantenimento "*per un periodo determinato in proporzione alla durata della convivenza*". In altri termini veniva attribuito al convivente l'assegno proprio del regime di separazione coniugale. La previsione, ispirata a finalità solidaristiche, aveva dato luogo a notevoli perplessità, a cominciare proprio dall'estensione stessa di un diritto proprio del matrimonio, espressione di quei doveri di assistenza e di contribuzione reciproca propri dell'art. 143 c.c. Il richiamo all'art. 156 c.c., poi, non solo avrebbe imposto al giudice una valutazione comparativa dei redditi (e dei mezzi) dei conviventi, ma anche l'accertamento delle ragioni della crisi della coppia; come è noto, l'assegno non compete al coniuge che, con il proprio comportamento contrario ai doveri derivanti dal matrimonio, avesse causato l'intollerabilità della convivenza. Non sarebbe stato poi agevole individuare il criterio temporale di durata dell'assegno, a fronte della discrezionalità lasciata al giudice nella valutazione della proporzionalità con la durata della pregressa convivenza. Sempre il testo sottoposto inizialmente all'esame del Senato disponeva, in alternativa, all'assegno *ex* art. 156 c.c., la corresponsione al convivente degli alimenti, sussistendo i presupposti di cui all'art. 438 c.c. Il maxiemendamento, approvato dal Senato ha eliso qualsiasi riferimento all'assegno di cui sopra, limitandosi a prevedere che, in caso di cessazione della convivenza di fatto, il convivente ha diritto agli alimenti, qualora versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento. Gli alimenti sono dovuti sempre per un periodo proporzionato alla durata della convivenza e nella misura determinata dall'art. 438 c.c.; l'obbligo alimentare è adempiuto con precedenza su fratelli e sorelle. L'obbligazione tra ex conviventi non si inquadra dunque in termini di mantenimento, bensì di alimenti, nozione molto più ristretta, facendo riferimento a quanto occorrente le fondamentali e primarie esigenze della persona. Il presupposto non è rappresentato da una mera differenza di redditi e di mezzi tra gli ex conviventi, bensì da uno stato di bisogno in capo a chi richiede gli alimenti. L'ex convivente, pur a fronte dello stato di bisogno dell'altro, nulla sarebbe tenuto a corrispondere, ove vi fossero soggetti tenuti agli alimenti in grado poziore. Ai fini degli alimenti nessuna rilevanza potrebbero rivestire eventuali responsabilità nella crisi dell'unione familiare.

6. I contratti di convivenza

L'elemento maggiormente caratterizzante la disciplina del ddl, che ha subito solo marginali modifiche nel testo approvato dal Senato riguarda i contratti di convivenza (che possono essere stipulati non solo dai notai, ma pure dagli avvocati). Da tempo si è avvertita l'esigenza di demandare alla negoziazione delle parti la disciplina del *ménage* familiare, anche in caso di cessazione della convivenza, quale strumento di deflazione delle controversie. Si tratta di un tema comune pure al matrimonio; da sempre rigidamente contraria alla stipula di validi contratti prematrimoniali, la giurisprudenza negli ultimi

5 Corte costituzionale, sentenza del 30 luglio 2008, n. 308

6 Corte costituzionale, sentenza del 7 aprile 1978, n. 404.

tempi mostra timide aperture, indici di un mutamento di prospettiva. Per quanto attiene i contratti di convivenza, già alcuni anni or sono il Consiglio Nazionale del Notariato aveva presentato un articolato disegno di legge, volto ad introdurre un nuovo contratto tipico, all'interno del codice civile, con cui disciplinare i singoli aspetti della vita comune, anche in funzione della cessazione della convivenza; ovviamente il contratto non poteva che avere riguardo ai soli elementi patrimoniali del rapporto, in aderenza al disposto dell'art. 1321 c.c. Parte della dottrina da tempo si è dedicata allo studio del contratto di convivenza, nel tentativo di attribuire giuridica rilevanza alle obbligazioni dedotte dalle parti, al fine di superare lo scoglio dell'obbligazione naturale che, come noto, se da un lato rappresenta giusta causa di adempimento, dall'altra esclude la possibilità di tutela giudiziale. Si è così evidenziato come la previsione di un vincolo sinallagmatico tra le prestazioni dedotte in funzione della gestione della convivenza (accudimento della casa e dei figli, mantenimento della famiglia, ecc.) comporterebbe l'emersione di una causa autonoma, tale da svincolare quelle prestazioni dall'adempimento di un dovere morale o sociale. Dunque, l'istituzione di un apposito contratto di convivenza dovrebbe garantire stabilità e tenuta agli impegni che i *partner* assumono reciprocamente. Sta di fatto che la disciplina prevista dalla legge è alquanto stringata. Non si specifica infatti quale sia l'oggetto del contratto, ma si prevede più genericamente che esso "può contenere": l'indicazione della residenza; le modalità di contribuzione della vita comune; la scelta del regime patrimoniale della comunione. Si tratta di un contenuto pattizio assai limitato, che certamente non può escludere che l'autonomia negoziale si realizzi anche su altri aspetti inerenti la gestione della convivenza e le conseguenze della sua cessazione. Riesce poco agevole pensare che i conviventi optino per un regime patrimoniale, quale quello di comunione, che pur esteso come regime legale all'unione civile, è in calo anche nel matrimonio. Tuttavia l'introduzione dei patti di convivenza pare avere un valore, che va ben oltre la scarna disciplina in esame; il legislatore infatti ha indubbiamente preso contezza della rilevanza dello strumento contrattuale all'interno della vita familiare; è auspicabile che si possa pervenire al riconoscimento di patti prematrimoniali (o pre-unione civile), cui la giurisprudenza, come anticipato, ha di regola negato giuridica rilevanza, affermandone la nullità, per illiceità della causa[7].

7 Cfr. ad es. Tribunale di Bologna, sentenza del 5 febbraio 2014, in *www.giuraemilia*.it, 2015; Corte di cassazione, sentenza del 28 maggio 2004, n.10378 (relativamente agli accordi tra due cittadini italiani, residenti negli Stati Uniti, in conformità della legge statunitense)

Focus

Educazione e genere

*Roberta Dameno**

Presentazione

Riflettere in modo multidisciplinare sul tema dell'educazione di genere pare, ancor oggi, quanto mai importante. Il tema è infatti tornato di moda dopo le molte iniziative da parte di alcuni mezzi di comunicazione che hanno pubblicizzato, fornendo un'informazione non sempre corretta, sia le norme sulla Buona Scuola sia alcune decisioni da parte dei comuni e da parte di alcune istituzioni scolastiche, volte a limitare le discriminazioni dei bambini e delle bambine delle famiglie arcobaleno.

Anche alcuni Consigli regionali[1] sono intervenuti sul tema, col fine dichiarato di contrastare quegli interventi da parte delle singole scuole, da parte di associazioni e da parte di alcuni Consigli comunali che avevano come obbiettivo quello di creare e consolidare una cultura volta al rispetto delle differenze di genere e tra i generi all'interno delle scuole. La crociata è contro la cosiddetta "teoria gender" — o teoria del gender! — e in favore della "salvaguardia della moralità dei giovani e del valore della famiglia".

Credo sia interessante effettuare su questi temi una veloce analisi su quello che si può trovare sul web, strumento oramai utilizzato quasi in via esclusiva per ottenere informazioni in modo veloce, gratuito e poco impegnativo. Digitando "teoria gender" su differenti motori di ricerca, i primi siti web che si ottengono dalla ricerca, subito dopo il sito di *wikipidia*, sono il sito di osservatoriogender.it e il sito di vicariatusurbis.org. Il primo sito fa riferimento a un osservatorio creato da Famiglia domani, un'associazione, che si propone come fine quello "di difendere e di promuovere i valori familiari naturali e cristiani minacciati dalla degradazione culturale e morale del nostro tempo". Il secondo sito fa riferimento diretto al Diaconato della diocesi di Roma.

Leggendo nelle pagine di questi siti si apprende che: "i sostenitori della teoria del gender distinguono tra sesso e genere. La parola chiave degli ideologi del gender è *decostruire*, ossia, cancellare la natura, tentando di smantellare pezzo per pezzo, un sistema di pensiero considerato obsoleto e oramai fuori tempo"[2]. E, inoltre, si spiega che "la teoria del gender è una idea che sostiene la non-esistenza di una differenza biologica tra uomini e donne determinata da fattori scritti nel corpo, ma che gli uomini e le donne sono uguali da ogni punto di vista; c'è quella differenza morfologica, ma non conta niente. Invece la differenza maschile/femminile è una differenza esclusivamente culturale, cioè gli uomini sono uomini perché sono educati da uomini, le donne sono donne perché sono educate da donne"[3]

Al di là dell'uso della lingua italiana non sempre corretto, ciò che questi siti propongono è l'esistenza di una ideologia volta a combattere la famiglia "tradizionale" eterosessuale, attraverso una guerra che imponga il cosiddetto "paradigma omosessuale".

Anche il Papa, durante il viaggio apostolico in Georgia e in Azerbaigian svolto tra il 30 settembre e il 2 ottobre 2016, è intervenuto contro "l'indottrinamento della teoria del gender", affermando che "oggi c'è una guerra mondiale per distruggere il matrimonio: non si distrugge con le armi, si distrugge con le idee, ci sono colonizzazioni ideologiche che distruggono e da cui bisogna difendersi"[4]. E, rispondendo alle domande dei giornalisti che seguivano il suo viaggio, ha ulteriormente così spiegato: "un padre francese mi raccontava del figlio di dieci anni: alla domanda "cosa vuoi fare da grande" ha risposto: la ragazza! Il padre si è accorto che nei libri di scuola si insegnava la teoria gender e questo è contro le cose naturali. Una cosa è la persona che ha questa tendenza o anche che cambia sesso. Un'altra è fare

* Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Milano-Bicocca.

1 Basti ricordare gli sportelli anti-gender delle regioni Lombardia e Liguria e le mozioni regionali di Lombardia e Veneto contro i libri pericolosi per i bambini".

2 www.osservatoriogender.it, consultato il 18 gennaio 2017.

3 www.vicariatusurbis.org, consultato il 18 gennaio 2017.

4 http://www.rainews.it/dl/rainews/articoli/Papa-Francesco-teoria-gender-guerra-mondiale-idee-matrimonio-divorzio-chiesa-d5bbd8f4-03c1-44ff-ab63-e05483275b17.html (visitato il 2 dicembre 2016.

insegnamenti nelle scuole su questa linea, per cambiare la mentalità: io chiamo questo *colonizzazione ideologica*"[5]

Ritengo utile fare alcune considerazioni su quanto sopra riportato. Innanzi tutto, ciò che fin da subito si può osservare è l'uso dei termini teoria e gender, in luogo dell'espressione studi di genere. Non credo che la scelta di quali parole utilizzare sia priva di connotazioni ideologiche, soprattutto su queste tematiche. In primo luogo col termine teoria si sminuisce il valore degli studi accademici: ai sostenitori della teoria del gender non sono riconosciute le credenziali e le competenze scientifiche che al contrario verrebbero quanto meno evocate, se non proprio riconosciute, se venisse utilizzato il termine studi. La teoria non è sempre qualcosa di scientificamente valido. Il termine, infatti, viene spesso utilizzato nel linguaggio comune anche come sinonimo di ideologia, o col significato di opinione. In secondo luogo, l'uso del termine inglese gender invece della traduzione italiana genere determina nel pubblico, a mio avviso, una confusione e una mistificazione sul suo significato reale. Il termine "gender" rimanda a qualcosa di meno conosciuto e conoscibile dell'omologo termine italiano genere: in definitiva non si sa bene neppure cosa sia questo "gender". E dal momento che non si capisce appieno il suo significato, il gender può evocare incertezze e paure e far leva, quindi, sull'emozione e sull'irrazionalità delle persone più che sulla loro effettiva conoscenza della questione.

Come metteranno ben in evidenza i contributi che seguono, non esiste una teoria del gender, così come rappresentata nelle ordinanze e nelle mozioni regionali e così come descritta dalle associazioni e dalle istituzioni che la combattono per "salvaguardare e tutelare i valori della famiglia eterosessuale".

L'espressione "teoria gender", dovrebbe essere semplicemente la traduzione italiana della "*gender theory*" vale a dire l'insieme degli studi teorici — i cosiddetti *gender studies* — volti a studiare la violenza e i pregiudizi di genere con l'obbiettivo di rivendicare pari opportunità alle persone nel pieno rispetto delle loro differenze di genere.

Non dovrebbe essere necessario scomodare Émile Durkheim, per sottolineare come il processo di costruzione dell'identità di genere sia influenzato non solo dalle caratteristiche morfologiche delle persone, ma anche dalle caratteristiche cromosomiche, psicologiche e sicuramente anche dal contesto socio-culturale in cui esse vivono. Già il sociologo francese, nel 1922[6] sosteneva, infatti, che la costituzione biologica del corpo umano sia alla base della società e della sua socialità, ma allo stesso tempo evidenziava come la vita sociale e la cultura influenzano e influiscono sulla percezione che le persone hanno del proprio corpo.

Il significato dei ruoli sociali giocati dagli uomini e dalle donne, infatti, non cambia solo a seconda delle società in cui essi/e vivono, ma cambia anche con il trascorrere del tempo: ciò che significava essere donna in Italia nel primo dopoguerra — solo per fare un esempio — non è sicuramente più valido nella società odierna. Non sono solo i ruoli a modificarsi, ma anche le relazioni tra i generi. E ciò che un tempo era considerato anormale, aberrante e non socialmente tollerabile, ora, col modificarsi del sentire sociale, diviene tollerabile, pienamente accettabile e riconosciuto come uno dei tanti comportamenti possibili.

Le bambine che vogliono giocare a pallone sono sempre di più. Le donne che vogliono realizzarsi nel mondo del lavoro non sono più viste come egoiste e prive di amore nei confronti della loro famiglia. Gli uomini che vogliono essere presenti nella vita dei loro figli/e non sono più considerati come poco virili. I ruoli di genere stanno continuando a cambiare e questo fatto può piacere o no, ma comunque rimane un dato incontrovertibile.

Un altro dato socialmente rilevante riguarda il fatto che la stessa suddivisione in due soli sessi e in due soli generi stia entrando in crisi.

Sia sotto il profilo medico, sia sotto il profilo psicologico, le persone non sono più suddividibili tutte in due sole categorie, quella del maschile e quella del femminile.

Il dato relativamente all'appartenenza sessuale, infatti, deriva da una molteplicità di fattori — il cromosoma, le gonadi, i genitali esterni, la morfologia corporea — e questi fattori non indicano sempre in modo unitario la medesima appartenenza a un unico sesso.

Faticosamente anche le società e gli ordinamenti giuridici stanno accorgendosi del fatto che non si possa più solo parlare di maschile e femminile, di uomo e donna. Non solo, oramai, in quasi tutti gli ordinamenti giuridici del mondo occidentale è possibile cambiare il proprio corpo, modificandolo per realizzare una migliore corrispondenza tra il sesso biologico e l'identità sessuale a cui si sente di appartenere, ma in qualche ordinamento inizia a farsi strada anche il diritto a non essere catalogati

5 http://espresso.repubblica.it/attualita/2016/10/04/news/gender-cosa-c-e-dietro-le-parole-di-papa-francesco-1.284857, (consultato il 2 dicembre 2016).

6 É. Durkheim (1922), *Education et Sociologie*, Libraire Félix Alcan, Paris, tr.it. La sociologia dell'educazione, Ledizioni Milano 2009.

all'interno del binarismo sessuale e di genere. La possibilità di indicarsi come non appartenenti né al sesso maschile né a quello femminile è, per esempio, concessa all'interno dell'ordinamento australiano e da quello indiano.

Come si può ben comprendere, la crociata contro la "teoria del gender" non mira a tutelare la famiglia tradizionale, che non viene demonizzata da nessuno, ma semmai a limitare i diritti delle persone che si considerano come diverse, malate, non normali. Ecco perché è necessario non smettere di parlare di genere e di generi, sottolineando la necessità che tutte le persone indipendentemente dalla loro appartenenza o non appartenenza a un sesso e a un genere abbiano riconosciuti il loro personalissimo diritto alla identità personale e il diritto a non essere discriminate e a non essere vittime di violenza a causa della loro identità di genere.

Gli articoli che seguono non sono, però, semplicemente una risposta alla crociata contro la "teoria gender", ma rappresentano una più ampia riflessione sul significato che, nelle società contemporanee e all'interno della cornice del diritto, assumono i concetti di identità, sesso e genere.

*Mario Perini**

Educazione alla parità di genere: tra autonomia individuale, spirito repubblicano, famiglia e competenze regionali (senza dimenticare la libertà di insegnamento)

Sommario

1. Qualcosa di personale – 2. La legge sulla Buona Scuola – 3. Le iniziative regionali – 4. Tentativo di chiarimento su alcuni termini utilizzati nella polemica – 5. In particolare, l'istruzione e libertà di insegnamento – 6. La famiglia e il diritto-dovere di educare i figli – 7. I figli e il diritto-dovere ad essere educati – 8. Una postilla in tema di competenza in materia di istruzione – 9. Notazioni finali

Abstract

Partendo da alcune recenti iniziative regionali volte a contrastare l'attuazione della previsione della c.d. Legge sulla Buona Scuola che introduce l'obbligo di inserire nel Piano Triennale dell'offerta formativa di ciascun'istituto l'educazione alla parità tra i sessi, la prevenzione della violenza di genere e di tutte le discriminazioni in attuazione dei principi di pari opportunità, l'articolo esamina il fondamento costituzionale di questa previsione e cerca di approfondire le ragioni di tale avversione.

The article aims to find the constitutional basis for a recent legislative provision, which imposes to give a specific education on gender equality, prevention of gender violence and all forms of discrimination. The paper tries to analyse the reasons why many Italian Regions are opposing to this particular legislative provision.

1. Qualcosa di personale

Era circa la metà del 2015 quando, sulla pagina Facebook della mia compagna di banco del liceo, oggi avvocato, iniziarono ad apparire facezie varie su certo "gender" in grado di produrre gravissime devastazioni soprattutto sui fanciulli e le fanciulle. Essendo fiorentini entrambi e pertanto alquanto incivili, presuntuosi, arroganti e diffidenti, ma anche assolutamente disincantati nell'intelligenza del mondo, le chiedo spiegazioni, ma neppure lei è in grado di dirmi cosa sia questo "gender": "Ma poi — mi dico — perché ancora un'altra parola straniera invece di venire a sciacquarla nelle *limpidi* acque dell'Arno?". Mi accorgo allora di innumerevoli polemiche nei media circa un preteso movimento assai potente che vorrebbe trasformare uomini in donne e viceversa e in grado, nel breve termine, di distruggere le istituzioni fondanti delle nostre società occidentali — famiglia e religione — e, nel lungo termine, di minacciare l'estinzione del genere umano. Sembrava si trattasse di qualcosa che avesse a che fare con l'uguaglianza tra uomo e donna, nonché con la discriminazione per orientamento sessuale: ma allora perché non esprimersi nei più noti termini della buona e vecchia uguaglianza ? Sul tema, infatti, qualcosa mi pareva

* Associato di diritto costituzionale, Università degli Studi di Siena.
Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

di aver studiato: all'ultimo anno di Università avevo seguito un magnifico corso sul tema tenuto da Letizia Gianformaggio, eccellente studiosa, mai sufficientemente compianta e, successivamente, divenuta grande amica. Sul momento lascio perdere, avendo cose più prosaiche su cui concentrarmi e non amando per nulla il millenarismo, se non in quegli stupidi film di fantascienza che tanto mi entusiasmano.

Passa circa un anno e mi viene chiesto da un arguto amico — che aveva avuto la sfortuna di leggere un mio articolo ritenendolo interessante — di scrivere qualcosa proprio su questo "gender". Pare, infatti, che una legge dello Stato — ovviamente sponsorizzata dalla potente lobby di nemici alieni che desiderano la distruzione del genere umano — abbia introdotto l'obbligo nelle scuole di insegnare la "teoria gender". Per salvare la nostra specie, sarebbero allora intervenute diverse mozioni e alcune delibere consiliari di certune regioni — le quali finalmente avrebbero svolto il ruolo per cui erano state inventate oltre 60 anni fa, di istanze autonomiche a tutela della libertà dell'uomo e di limitazione al potere (in questo caso, quello extraterrestre) — con le quali si vorrebbe impedire l'insegnamento del letale indottrinamento alieno.

Era dunque giunta l'ora che cercassi di capire di cosa si trattasse; o meglio — accorgendomi ben presto che intere biblioteche erano dedicate al tema — provando a farmi almeno una minima idea, partendo dall'esame della specifica questione assegnatami. E per qualcuno che vorrebbe dirsi giurista — mi dico e un poco praticone, peraltro, come me — l'unico modo di farlo mi parve quello di partire dalle fonti, come ti insegnano all'Università.

2. La legge sulla Buona Scuola

La disposizione oggetto delle recenti polemiche sembra sia contenuta nell'art. 1, comma 16, della legge 13 luglio 2015, n. 107, il quale dispone che "Il piano triennale dell'offerta formativa assicura l'attuazione dei principi di pari opportunità promuovendo nelle scuole di ogni ordine e grado l'educazione alla parità tra i sessi, la prevenzione della violenza di genere e di tutte le discriminazioni, al fine di informare e di sensibilizzare gli studenti, i docenti e i genitori sulle tematiche indicate dall'articolo 5, comma 2, del decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 ottobre 2013, n. 119, nel rispetto dei limiti di spesa di cui all'articolo 5-*bis*, comma 1, primo periodo, del predetto decreto-legge n. 93 del 2013"[1]. Si tratta intanto di una disposizione che non sembrerebbe in grado di creare direttamente in capo a insegnanti e studenti alcun diritto o obbligo, essendo necessaria l'interposizione del Piano triennale il quale recepisca e renda operativa la previsione normativa.

Il Piano triennale, predisposto da tutte le componenti di un'istituzione scolastica, è disciplinato dall'art. 3, D.p.r. 8 marzo 1999, n. 275, secondo cui — nella versione modificata dalla stessa l. n. 10//2015 — esso consiste nel "documento fondamentale costitutivo dell'identità culturale e progettuale delle istituzioni scolastiche ed esplicita la progettazione curricolare, extracurricolare, educativa e organizzativa che le singole scuole adottano nell'ambito della loro autonomia". È dunque in questo piano che dovrà essere assicurata — nelle forme che le diverse istituzioni scolastiche, nella loro autonomia, intenderanno seguire — "l'attuazione dei principi di pari opportunità promuovendo […] l'educazione alla parità tra i sessi, la prevenzione della violenza di genere e di tutte le discriminazioni".

L'obbligo, così tanto contestato, riguarda dunque "l'attuazione dei principi di pari opportunità" e la prevenzione della discriminazione su base sessuale. La "teoria gender" — qualunque cosa essa sia, e fin qua ancora non ho capito in effetti cosa possa essere — sembra non entrarci granché. C'entrano, invece, e in modo assai significativo, diversi articoli della Costituzione italiana.

L'art. 3, commi 1 e 2, Costituzione, che assicura l'uguaglianza dei punti di partenza e obbliga la Repubblica — e dunque tutti i soggetti facenti parte dell'ordinamento — a rimuovere quegli ostacoli di fatto — come ad esempio le convinzioni e convenzioni sociali imposte ai fanciulli fin dalla prima infanzia — che limitino l'eguaglianza dei cittadini, impedendo il pieno sviluppo della persona umana e

1 Nella successiva analisi dell'articolo si ometterà di considerare il riferimento al D.l. n. 93/2013 e ai relativi limiti di spesa. L'art. 5, comma 2, del suddetto decreto legge si occupa del "Piano d'azione straordinario contro la violenza sessuale e di genere", nel quale già era previsto l'inserimento di obblighi analoghi a quello ulteriormente specificato dall'art. 1, comma 16, l. n. 107/2015. L'art. 5, comma 2, lettera c, D.l. n. 93/2013, infatti, stabilisce che il Piano, elaborato e implementato dal Ministero per le pari opportunità, debba "promuovere un'adeguata formazione del personale della scuola alla relazione e contro la violenza e la discriminazione di genere e promuovere, nell'ambito delle indicazioni nazionali per il curricolo della scuola dell'infanzia e del primo ciclo di istruzione, delle indicazioni nazionali per i licei e delle linee guida per gli istituti tecnici e professionali, nella programmazione didattica curricolare ed extracurricolare delle scuole di ogni ordine e grado, la sensibilizzazione, l'informazione e la formazione degli studenti al fine di prevenire la violenza nei confronti delle donne e la discriminazione di genere, anche attraverso un'adeguata valorizzazione della tematica nei libri di testo".

l'effettiva partecipazione di tutti all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. La scuola — come tutte le altre componenti della Repubblica, tra le quali, d'altronde, potrebbero annoverarsi anche le stesse famiglie —, deve promuovere la possibilità che sia i fanciulli che le fanciulle possano, nella loro vita futura, avere le medesime opportunità e possano partecipare, in condizione di parità, all'organizzazione e allo sviluppo della nostra Italia e deve assicurare che si sviluppi una sensibilità diffusa contro ogni forma di discriminazione. In questo senso, la previsione dell'art. 1, comma 16, della legge 13 luglio 2015, n. 107, pare dare doverosa attuazione a fondamentali precetti costituzionali.

C'è poi l'art. 51, comma 1, Costituzione, il quale impone alla Repubblica di assicurare la pari opportunità tra uomini e donne con riferimento all'accesso ai pubblici uffici e alle cariche elettive. Questa norma è utile ai presenti fini per due ragioni. Anzitutto, in funzione logico-sistematica, perché permette di chiarire quale sia il significato di "pari opportunità", di cui parla anche la legge n. 107/2015: si tratta cioè di uguali possibilità *per uomini e donne*. Non sembra che abbiano particolare rilievo altri profili — se non del tutto indirettamente — quali l'orientamento sessuale, il cambiamento di sesso, ecc. ecc. In secondo luogo, la norma costituisce l'attuazione del precetto generale di cui all'art. 3, comma 2, Costituzione, in uno specifico settore, quello dell'accesso ai pubblici uffici. Sembra difficilmente contestabile che la Repubblica — e i diversi soggetti, anche autonomi, che la compongono, quali le istituzioni scolastiche — debba anzitutto educare i suoi cittadini, uomini e donne, al reciproco rispetto e a far comprendere, fin da giovani, che entrambi i sessi debbano avere pari opportunità, anche e soprattutto nell'accesso all'organizzazione dello Stato e ai luoghi della decisione politica (*in primis* le assemblee elettive).

C'è ancora l'art. 117, comma 7, Costituzione, che pare proprio fornire una conferma della tesi ricostruttiva proposta. Questo articolo, infatti, si riferisce ad una delle principali istituzioni autonome della nostra Repubblica, cioè la Regione, imponendogli di rimuovere "ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica". La disposizione conferma che l'obbligo fissato in generale dall'art. 3, Costituzione, si rivolge anche alle autonomie — e dunque senza dubbio alle scuole e, probabilmente, anche alle famiglie — che compongono la Repubblica. Conferma altresì che tale obbligo consiste nella rimozione di "ogni ostacolo" che di fatto impedisce la parità tra uomini e donne a livello "sociale, culturale". Testimonia, infine, che la parità cui devono tendere gli sforzi di tutti i soggetti dello Stato-ordinamento riguarda il rapporto tra *uomini e donne*.

Pare, dunque, che la finalità dell'articolo 1, comma 16, l. n. 107/2015, sia quella di dare attuazione a precisi impegni costituzionali[2] che impongono, tra l'altro, di trasmettere la conoscenza e la consapevolezza riguardo i diritti e i doveri della persona, l'uguaglianza tra uomini e donne, la parità di accesso alle cariche pubbliche e l'opportunità di partecipare alla nostra società in condizione di parità. Ciò, necessariamente, richiede che la Repubblica educhi anche alla lotta ad ogni tipo di discriminazione e promuova ad ogni livello il rispetto della persona e delle differenze, fin dalla più giovane età; altrimenti quegli ostacoli di fatto derivanti dagli usi sociali e dalle diffuse convinzioni sessiste diverrebbero sempre più difficilmente superabili, impedendo un pieno sviluppo della persona umana nella società e nell'organizzazione della Repubblica[3]. In poche parole, si vorrebbe cercare di sviluppare nei fanciulli uno spirito critico circa fenomeni sociali tanto radicati da parere immutabili e "naturali" — come appunto una qual certa soggezione della donna all'uomo in ancora troppi aspetti della vita — e offrire loro anche punti di vista diversi rispetto a quelli del loro imprinting familiare e sociale, per permettere loro di scegliere consapevolmente come vivere. Non certo imporre un'ideologia o una dottrina specifica. Da questo punto di vista pare utile ricordare che, già da alcuni decenni, studiosi che si sono occupati degli ordinamenti democratici hanno evidenziato una possibile correlazione tra l'atteggiamento riflessivo razionale — che la scuola dovrebbe costruire nei fanciulli — e il valore dell'uguaglianza e del rispetto degli altri. Lo spirito critico — mero atteggiamento mentale individuale che non implica adesione a valori etici sostanziali — dovrebbe infatti servire, nella prassi — cioè passando dalla coscienza alla comunicazione —, a

2 Non si intende qua esaminare un ulteriore profilo implicato nella vicenda, cioè la spinta che le iniziative dell'Unione Europea e di altre organizzazioni internazionali hanno dato al legislatore italiano per fare quello che la nostra Costituzione già imponeva, ma che per decenni è rimasto lettera morta. Si fa cioè riferimento a tutti questi strumenti internazionali e sovranazionali che hanno finalmente costretto il nostro Stato a occuparsi del divario di condizioni di fatto esistente tra uomini e donne. Con riferimento alla normativa e giurisprudenza comunitaria, si può utilmente far riferimento al sito http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/ (visitato il 7/10/2016).

3 Quella che si avanza, peraltro, sembra essere anche la lettura dell'art. 1, comma 16, l. n. 107/2015, fornita ufficialmente dal Ministero dell'Istruzione nella nota Prot. AOODPIT n. 1972 del 15/09/2015, diretta alle istituzioni e al personale scolastico, e avente ad oggetto "Chiarimenti e riferimenti normativi a supporto dell'art. 1 comma 16, legge 107/2015", reperibile sul sito del Miur, all'indirizzo (visitato il 29/9/2016): http://www.istruzione.it/allegati/2015/prot1972.pdf

svolgere discorsi razionali con gli altri, per sostenere i quali un certo rispetto del prossimo e del valore dell'uguaglianza dei parlanti risulta indispensabile[4].

Già alla luce di queste considerazioni, parrebbe davvero difficile comprendere le ragioni dell'attuale polemica. Ma proviamoci comunque e passiamo ad esaminare le iniziative adottate a livello regionale per tentare di contrastare le previsioni dell'art. 1, comma 16, l. n. 107/2015.

3. Le iniziative regionali

Dopo l'approvazione della legge 13 luglio 2015, n. 107, diverse regioni sono intervenute con riferimento a quanto disposto dall'art. 1, comma 16, circa l'obbligo di assicurare, tramite il Piano triennale dell'offerta formativa, il principio della pari opportunità nell'educazione dei fanciulli.

In molte regioni, sono stati presentati, e talora approvati, strumenti di indirizzo politico — per lo più proposte di mozioni, ma anche di risoluzioni in aula e in commissione — diretti a sostenere[5] o, molto più spesso, a contrastare l'attuazione, a livello regionale, della norma nazionale[6].

In particolare, la Regione Lombardia ha dato seguito allo strumento di indirizzo politico, approvato dal Consiglio, creando un particolare servizio chiamato "Sportello famiglia"[7], affidato ad un soggetto privato attraverso una procedura ad evidenza pubblica ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera a), decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Pare, allora, utile avviare l'analisi delle iniziative regionali partendo dagli strumenti di indirizzo politico. Questi si caratterizzano per avere due elementi in comune.

In primo luogo, l'insistente richiamo agli articoli 29 e 30 della Costituzione, *isolatamente considerati*, dai quali viene ricavato il valore fondamentale (per l'ordinamento costituzionale) e fondante (per la società) della famiglia formata — secondo anche l'insegnamento della Corte costituzionale[8], aggiungo io — da un uomo e da una donna e del "diritto prioritario"[9] di essi di educare i figli. Ne conseguirebbe sia l'impossibilità per lo Stato di intromettersi nella sfera di "naturale" competenza educativa spettante ai genitori, sia l'illegittimità costituzionale di qualsivoglia obbligo di insegnare ai fanciulli paradigmi familiari diversi da quello indicato in Costituzione.

In secondo luogo, si ricostruisce la previsione normativa nazionale di cui all'art. 1, comma 16, L n. 107/2015 — facendovi riferimento talvolta in modo espresso, talaltra in modo implicito —, nel senso che essa imporrebbe o quantomeno consentirebbe di insegnare nelle scuole la "teoria" o "ideologia gender".

Non pare ben chiaro cosa sia questa ideologia, ma — stando alle mozioni presentate nelle varie regioni e ai successivi dibattiti consiliari — avrebbe a che fare con: "la masturbazione infantile precoce"[10], il "gioco del rispetto" — che consisterebbe, tra l'altro, nell'"esplorare i genitali dei compagni"[11] —, il

4 Cfr. R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1998; Idem, *A Discoursive-Theoretical Conception of Practical Reason*, in 5 *Ratio Iuris*, 1992, pp. 231 ss.; J. Habermas, *Etica del discorso*, Roma-Bari, Laterza, 1985; Idem, *Teoria dell'agire comunicativo*, 2 voll., Bologna, Il Mulino, 1986.

5 Si pensi ad esempio al caso dell'Emilia Romagna e alla proposta di risoluzione in assemblea n. 1488 del 23/10/2015, approvata nella seduta del 21/10/2015.

6 Le mozioni che, per sola comodità espositiva, possiamo chiamare "anti-gender", sono state approvate dalle seguenti regioni e provincia autonoma: Basilicata (mozione Pace presentata il 21/7/2015 e approvata dal Consiglio il 28/7/2015); Veneto (mozione 13, approvata dal Consiglio con deliberazione n. 51 del 1/9/2015); Lombardia (mozione n. 500, approvata dal Consiglio con deliberazione n. X/856 del 6/10/2015); Liguria (mozione Rosso, approvata dal Consiglio nella seduta del 27/10/2015); Abruzzo (risoluzione n. 5, approvata dalla V Commissione consiliare nella seduta del 21/1/2015), Provincia di Bolzano (mozione n. 490/2015, approvata dal Consiglio nella seduta del 9/6/2016).

7 Cfr. Regione Lombardia D.g.r. 31 maggio 2016 - n. X/5251, pubblicata sul Bollettino Ufficiale Regione Lombardia n. 23 dell'8/6/2016, p. 19.

8 Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 138/2010.

9 Così Provincia di Bolzano, mozione n. 490/2015, approvata dal Consiglio nella seduta del 9/6/2016.

10 Regione Lombardia, Consiglio, deliberazione n. X/856 del 6/10/2015 e resoconto assemblea seduta n. 108 del 6/10/2015, p. 83.

11 Regione Lombardia, Consiglio, Resoconto di Assemblea, seduta n. 108 del 6/10/2015, p. 81.

racconto "la principessa *col* pisello"[12], la "rassegna di film omosessuali"[13], "la partecipazione di un transessuale" ad ogni trasmissione o talkshow[14], la "sessualizzazione precoce della gioventù con conseguente aumento di abusi sessuali anche tra i giovani"[15], le fiabe "Perché hai due mamme", "Perché hai due papà" e l'immancabile "Nei panni di Zaff"[16], il "signor Elton John"[17], il "chiaro dimorfismo sessuale"[18], le "terapie per bloccare la pubertà"[19] — pare molto di moda nei paesi nordici —, la vicenda di "tre gay e due lesbiche che volevano, tramite una delle due lesbiche e un sesto donatore esterno, avere un figlio"[20], l'"insegnare a mio figlio a stirare"[21], ecc.

Quanto a questo secondo assunto su cui si fondano le iniziative regionali, sembra possibile rilevare una chiara ed evidente "erroneità del presupposto interpretativo", parafrasando una nota dottrina della Corte costituzionale[22]. Non tanto perché viene richiamata la "teoria" o "ideologia gender", non meglio chiarita, ma in quanto le azioni regionali dichiarano espressamente di essere originate dalla — falsa, appunto — convinzione che l'art. 1, comma 16, l. n. 107/2015 imponga o, quantomeno, consenta l'insegnamento di tale ideologia gender. Come si è tentato di chiarire nel precedente paragrafo e come risulta ufficialmente confermato dalla circolare interpretativa del Miur diretta a tutti gli istituti scolastici[23], tale assunto è del tutto destituito di fondamento. La norma non ha nulla a che vedere con una presunta teoria gender e persegue le finalità, costituzionalmente previste, di rimuovere quelle condizioni di fatto che impediscono un'effettiva parità di *chances* e di trattamento tra uomini e donne nonché di sensibilizzare i giovani contro ogni forma di violenza e discriminazione sessista. Indipendentemente da cosa sia e se esista davvero la c.d. ideologia gender, le azioni regionali partono da un erroneo presupposto interpretativo ritenendo che la legge sulla c.d. Buona Scuola imponga appunto di diffondere tale dottrina.

È bene, però, chiarire che l'erroneità dei presupposti interpretativi su cui si fondano le iniziative regionali, non sono certo in grado di determinarne di per sé l'illegittimità, finché esse si muovono sul piano puramente politico (proposte di mozione e di risoluzione; delibere consiliari di approvazione di mozioni e risoluzioni; ecc.). Se infatti la logica e la ragionevolezza dovessero essere criteri che regolano l'azione politica in generale, gran parte del lavoro degli organi politici potrebbe essere tacciato di illegittimità. A rendere impossibile una dichiarazione di illegittimità, vi sarebbe comunque, da un lato, la previsione dell'art. 7, comma 1, ultimo periodo, Codice processo amministrativo, allegato al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, lì dove si esclude la sindacabilità degli "atti politici"[24], e, dall'altro, un

12 Regione Lombardia, Consiglio, Resoconto di Assemblea, seduta n. 108 del 6/10/2015, p. 82.

13 Regione Lombardia, Consiglio, Resoconto di Assemblea, seduta n. 108 del 6/10/2015, p. 93.

14 *Ibidem*.

15 *Ibidem*.

16 Regione Basilicata, Consiglio, Resoconto di Assemblea, seduta n. 48 del 28/7/2015 (testo mozione approvata).

17 Regione Veneto, Consiglio, Resoconto di Assemblea, seduta n. 7 del 1/9/2015 (cons. Valdegamberi).

18 Regione Abruzzo, Consiglio, V Commissione, Risoluzione n. 5 del 21/1/2016.

19 Regione Veneto, Consiglio, Resoconto di Assemblea, seduta n. 7 del 1/9/2015 (cons. Valdegamberi).

20 Regione Veneto, Consiglio, Resoconto di Assemblea, seduta n. 7 del 1/9/2015 (cons. Guadagnini).

21 *Ibidem*.

22 Come noto, la dottrina dell'erroneità dei presupposti interpretativi viene di solito usata nelle sentenze interpretative di rigetto, ma, oramai da diversi anni, è alla base di decisioni (ordinanze e sentenze) di inammissibilità, dove la Corte rileva l'assenza di validi requisiti per l'istaurazione del giudizio, quanto in particolare alla non manifesta infondatezza, poiché l'ordinanza del giudice *a quo* non ha fornito una corretta ricostruzione della questione: "in definitiva, gli erronei presupposti interpretativi e l'incompleta ricostruzione del quadro normativo di riferimento minano irrimediabilmente l'iter logico-argomentativo posto a fondamento della valutazione di non manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate, in guisa tale da determinare la loro manifesta inammissibilità (*ex multis*, con riguardo alla erroneità del presupposto interpretativo, sentenza n. 241 del 2015 e ordinanza n. 187 del 2015, nonché sentenze n. 218 del 2014 e n. 249 del 2011; con riguardo all'incompleta ricostruzione del quadro normativo di riferimento, sentenze n. 60, n. 27 e n. 18 del 2015; ordinanze n. 209, n. 115 e n. 90 del 2015)" (ordinanza n. 136/2016). In senso analogo, cfr. da ultimo, ad es., decisioni nn. 136/2016, 73/2016, 13/2016, 241/2015, 193/2015, 186/2015, 122/2015, 49/2015, 280/2014, 240/2014, 204/2014, 179/2014, 124/2014, 267/2014, 140/2013, 86/2013, 314/2012, 166/2012, 5/2012, 270/2011, 249/2011, 248/2011, 319/2010, 196/2010, 60/2010, 301/2009, 178/2009, 125/2009, 122/2009, 116/2009, 97/2009, 310/2008, 305/2008, 129/2008, 55/2007.

23 Cfr. nota Prot. AOODPIT n. 1972 del 15/09/2015, reperibile sul sito del Miur, all'indirizzo (visitato il 29/9/2016): http://www.istruzione.it/allegati/2015/prot1972.pdf

24 Su cui cfr. G. Grottanelli de' Santi, voce *Atto politico e atto di governo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1988; M. Perini, voce *Atto politico e di governo (postilla di aggiornamento)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 2008. Sul tema, da ultimo cfr. Corte costituzio-

probabile difetto di interesse da parte di eventuali ricorrenti. Discorso ben diverso, dovrebbe invece farsi per quelle iniziative regionali che si trasformassero in veri e propri atti amministrativi, tra i cui presupposti vi fosse chiaramente indicato o fosse comunque ricavabile tale travisamento normativo. In questo caso, infatti — al di là delle questioni circa altri possibili profili di illegittimità, con riferimento ad esempio alla competenza regionale ad intervenire in materia di disciplina generale sull'istruzione —, vi sarebbe la possibilità di ravvisare un vizio di eccesso di potere, per travisamento dei fatti, contraddittorietà e sviamento di potere.

Quanto alla tesi che richiama, isolatamente considerati gli articoli 29 e 30, Costituzione, occorre rilevare che le iniziative regionali sembrano totalmente obliare un consolidato insegnamento della Corte costituzionale, la quale ritiene che i valori costituzionali non possano mai essere assolutizzati (salvo forse rare eccezioni, come nel caso dell'irretroattività della legge penale *contra reum*), ma occorra sempre bilanciarli con gli altri interessi costituzionalmente protetti: "Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre 'sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro' (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe 'tiranno' nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona"[25]. Anche quelle situazioni, come la famiglia nell'art. 29, Costituzione, che sono qualificate come *fondamentali*, non potrebbero pertanto essere ritenute preminenti rispetto a tutti gli altri diritti della persona, né tantomeno, è possibile individuare — secondo altro insegnamento della Corte — una "rigida" gerarchia tra i valori fondamentali del nostro ordinamento costituzionale. La Costituzione italiana, infatti, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi[26].

Alla luce di questa consolidata giurisprudenza, allora, occorre che sia l'istituzione "fondamentale" famiglia sia i diritti ad essa riconosciuti, nella specie ai genitori, siano comunque bilanciati con altri valori altrettanto fondamentali, quali il diritto all'istruzione dei fanciulli (art. 34, comma 1, Costituzione), l'obbligo dello stato di istruire e quello del fanciullo di frequentare la scuola dell'obbligo (art. 34, comma 2, Costituzione), l'obbligo dello stato di rimuovere situazioni di fatto che determinino disparità di trattamento (art. 3, II comma, Costituzione), una qual certa autonomia dei singoli, anche se minori (art. 2, 3, comma 1, e 30, comma 1, Costituzione), ecc. Ne consegue che anche la pretesa delle iniziative regionali "anti-gender" a rimettere unicamente nelle mani dei genitori l'educazione dei figli, facendo leva sugli articoli 29, comma 1, e 30, comma 1, Costituzione, pare destituita di fondamento. Peraltro, lo sarebbe anche se ci si limitasse a interpretare isolatamente questi due articoli (senza procedere cioè al necessario bilanciamento imposto dalla Corte con altri valori costituzionali). L'articolo 29, comma 1, Costituzione, infatti, riconosce la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, ma aggiunge, al secondo comma, che essa è fondata sull'"*eguaglianza* morale e giuridica dei coniugi" (enfasi aggiunta) e che *limitazioni* possono essere poste dalla legge. L'articolo 30, comma 1, Costituzione, poi, riconosce sì il "diritto" dei genitori ad educare i figli, ma pone già esso un limite fondamentale, cioè quello del "dovere" di educarli. Se anche si trattasse dunque di un diritto (vd. *infra* però), questo non sarebbe certo assoluto, perché non potrebbe mai consistere nel suo mancato esercizio.

Anche con riferimento a questa parte delle iniziative regionali, che richiamano isolatamente considerati e parzialmente interpretati gli articoli 29 e 30 della Costituzione, si potrebbe rilevare — sempre per parafrasare la Corte costituzionale — un noto vizio consistente nel difetto di interpretazione adeguatrice[27] o, ancora una volta, nell'erroneità del presupposto interpretativo. Ma anche in questo caso, l'erroneità interpretativa o la mancata interpretazione della normativa nazionale alla luce della Costituzione, non sembra in grado di determinare di per sé l'illegittimità degli strumenti di indirizzo politico per le stesse ragioni già precedentemente evidenziate: nessuna norma impone che l'azione politica sia logicamente razionale e positivamente conforme alla Costituzione; trattandosi poi di atti politici, essi non sarebbero comunque censurabili dinanzi ad un giudice, almeno quanto a questo specifico profilo.

Resta da esaminare l'unico caso, a quanto consta, nel quale le iniziative politiche regionali si sono trasformate in azione amministrativa concreta, cioè quello della Lombardia nella quale — con decreto

nale, sentenza n. 81/2012.

25 Corte costituzionale, sentenza n. 85/2013, par. 9, considerato in diritto.

26 *Ibidem*.

27 Su cui ampiamente cfr. G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a costituzione*, Milano, Giuffrè, 2006; M. Perini, *L'interpretazione della legge alla luce della costituzione fra Corte costituzionale ed autorità giudiziaria*, in *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (a cura di), Torino, Giappichelli, 2002, pp. 33 ss.

della Giunta regionale 31 maggio 2016, n. X/5251[28] — si è istituito il c.d. "Sportello famiglia" affidato, attraverso procedura ad evidenza pubblica, ad un soggetto privato appartenente al terzo settore.

Sebbene, dalla stampa[29] e dalle dichiarazioni dei politici[30], sembri che tale azione amministrativa trovi il suo fondamento proprio nella mozione approvata dal Consiglio lombardo con deliberazione n. X/856 del 6 ottobre 2015, nessun riferimento a tale strumento di indirizzo politico è presente nel provvedimento della Giunta e neppure viene richiamato il contenuto della mozione, se non per il generico riferimento all'art. 29 della Costituzione. Anche nella descrizione del contenuto del servizio offerto — almeno stando alla delibera giuntale e ai comunicati stampa ufficiali della regione[31] — viene fatto alcun riferimento né alla normativa nazionale, che il Consiglio intendeva contrastare con la sua mozione, né alla teoria gender[32]. Unico riferimento generico riguarda il compito assegnato al costituendo sportello di "informazione sui diritti della famiglia con riferimento all'educazione culturale e scolastica dei figli, con particolare attenzione al diritto di accesso e condivisione dei Piani scolastici dell'offerta formativa"[33]. È del tutto probabile che i funzionari amministrativi regionali — forse più preparati dei politici circa la disciplina giuridica in materia di istruzione e di riparto di competenze tra stato e regioni — abbiano predisposto un atto che evitasse di mostrare profili di possibile illegittimità piuttosto evidenti — come si è cercato di rilevare — eliminando ogni riferimento alla mozione e soprattutto ai suoi contenuti più (giuridicamente) discutibili. Ne consegue che, almeno formalmente, anche questa iniziativa amministrativa regionale non possa essere fatta oggetto di una censura giudiziale, certamente, almeno, dinanzi ad un giudice amministrativo. Non è però da escludersi — anche se il caso sembra essere piuttosto di scuola — che nella sua concreta attuazione ed implementazione lo Sportello famiglia possa evidenziare profili che legittimino azioni giudiziali dinanzi a giudici ordinari (per lesioni di diritti quali immagine, identità personale, onore, ecc.), amministrativi (in caso di atti amministrativi attuativi-integrativi della delibera giuntale che portassero alla luce i vizi dell'originaria mozione), costituzionali (con conflitto intersoggettivo originato dalla possibile violazione della competenza statale in materia di istruzione).

4. Tentativo di chiarimento su alcuni termini utilizzati nella polemica

Esaminate le questioni giuridiche pratiche che le iniziative regionali sono in grado di sollevare, torniamo agli strumenti di indirizzo politico approvati per tentare di approfondire alcuni aspetti di natura più teorica.

Anzitutto per cercare di chiarire i termini utilizzati nell'attuale dibattito: istruzione e libertà di insegnamento; famiglia; figli.

Le attuali polemiche non costituiscono certo una novità, se non per l'oggetto e i soggetti del contendere. È fin dagli albori del nostro stato nazionale[34] e degli ordinamenti moderni[35] che si assiste ad

28 Pubblicata sul Bollettino Ufficiale Regione Lombardia n. 23 dell'8/6/2016, p. 19.

29 Cfr. ad es. http://milano.repubblica.it/cronaca/2016/07/22/news/sportello_anti_gender_regione_lombardia-144651835/; http://milano.repubblica.it/cronaca/2016/09/12/news/scuola_gender-147611338/ ; http://www.ansa.it/lombardia/notizie/2016/07/22/lombardia-a-breve-sportello-anti-gender_34f2b36e-d518-4e69-add3-712a5cf4774c.html ; http://www.ilgiorno.it/milano/cronaca/sportello-famiglia-1.2505760 (tutte pagine visitate il 6/10/2016).

30 In particolare, l'ANSA riporta che l'Assessore regionale alle culture ha commentato l'istituzione dello sportello come "un valido strumento di contrasto all'ideologia gender", cfr. http://www.ansa.it/lombardia/notizie/2016/07/22/lombardia-a-breve-sportello-anti-gender_34f2b36e-d518-4e69-add3-712a5cf4774c.html (visitata il 6/10/2016).

31 Cfr. http://www.lavoro.regione.lombardia.it/cs/Satellite?c=Redazionale_P&childpagename=DG_IFL%2FDetail&cid=1213826830736&pagename=DG_IFLWrapper (visitato il 6/10/2016).

32 Nessuna indicazione, ad oggi, è ricavabile dall'istituendo sito che ancora è in fase di costruzione: http://www.sportellofamiglia.org/ (visitato il 6/10/2016).

33 Cfr. Regione Lombardia D.g.r. 31 maggio 2016 - n. X/5251, punto n. 1 del Ritenuto.

34 Cfr. G. Gentile, *La libertà d'insegnamento: una polemica di settant'anni fa*, Firenze, Vallecchi, 1920; U. Pototschnig, voce *Insegnamento (libertà di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, 1971, parr. 1-4; L. Carlassare, *Posizione costituzionale dei minori e sovranità popolare*, in *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, M. De Cristofaro e A. Belvedere (a cura di), Milano, Giuffrè, 1980, pp. 37 ss.

35 Scriveva nel 1925 Léon Duguit che "*Les adversaires de la liberté de l'enseignement reconnaissent au père de la famille le droit de instruire lui-même ses enfants; ils doivent alors logiquement lui reconnaitre le droit de choisir librement les maitres auxquels il les confie*", L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, V, Paris, Boccard, 1925, p. 353, sul tema in generale pp. 353 ss.

uno scontro tra l'"insegnamento ufficiale" e la "libertà di insegnamento", spesso invocata a tutela di vetusti privilegi e in funzione conservatrice, se non proprio reazionaria. Uno scontro, dunque, dove i termini "libertà" e "autorità" sono spesso invocati ed utilizzati in un significato ben diverso ed opposto, si potrebbe dire, da quello immediatamente percepito: l'autorità, qua, sembra operare in funzione della garanzia dell'autonomia individuale; la "libertà" pare quella di qualcuno che rivendichi un potere di contenere l'autonomia altrui.

Più specificamente, in questa polemica, il vincolo normativo posto dallo Stato vorrebbe contribuire a formare individui liberi in grado di meglio conoscere sé stessi e di adottare decisioni relative a sé il più possibile libere dalle costrizioni costituite da vincoli religiosi, familiari, sociali. Più in particolare sembrerebbe che lo Stato voglia: a) sviluppare uno spirito critico nei fanciulli, anche con riferimento a quegli aspetti della loro vita frutto dell'imprinting familiare e sociale ricevuto fin dai primi anni di vita; b) fornire punti di vista diversi in modo da permettere, nella vita futura, scelte più responsabili e consapevoli.

La "libertà" che si invoca, viceversa, non è la libertà dell'individuo ad autodeterminarsi, ma quella altrui di imporre all'individuo in fase di crescita le proprie personali convinzioni. Ciò pare emergere con chiarezza se si considera che il titolare della libertà di insegnamento — che si invoca da parte delle mozioni regionali e delle delibere consiliari — è la famiglia, cioè un gruppo, una "formazione intermedia" cui si riconosce, implicitamente, una autonoma soggettività in grado di contrapporsi dialetticamente alla autonomia del singolo (il figlio-discente). La famiglia avrebbe "diritto" di insegnare all'individuo in fase di crescita tutto ciò che vuole senza che lo Stato possa interferire. Con le espressioni "diritto" e "libertà", pertanto, ci si riferisce — nelle mozioni e nelle delibere consiliari — al "potere" di qualcuno (la famiglia o i singoli genitori, a seconda che ci si ponga in un'ottica istituzionalista o liberale[36]) di imporre proprie convinzioni su altri (il minore soggetto alla potestà genitoriale, che peraltro con la legge n. 154/2013 è divenuta "responsabilità genitoriale"); la "libertà" del minore, viceversa, sembra che possa essere compressa (fin dove, non pare ci venga detto).

Alla base di queste mozioni e deliberazioni consiliari pare dunque possa ravvisarsi una precisa idea — oggi normalmente sostenuta dalle dottrine politiche libertarie[37] e in passato da alcune tesi liberali[38] —, secondo la quale "i genitori siano proprietari dei figli e quindi padroni di farne ciò che vogliono"[39]. Se infatti si dovessero ammettere vincoli o limiti, allora, la tesi dell'impossibilità per lo Stato di intervenire nell'educazione dei figli — da rimettersi viceversa nelle mani della famiglia naturale fondata sul matrimonio — risulterebbe del tutto priva di giustificazione.

Allo stesso tempo, parrebbe che ciò di cui le mozioni e le deliberazioni consiliari sembrino accusare lo Stato e le disposizioni della legge sulla c.d. Buona Scuola, in materia di sensibilizzazione alle differenze di genere, sia di imporre ai fanciulli un vero e proprio indottrinamento o addirittura di sottrarre i figli alle legittime aspirazioni delle famiglie per sottoporli ad una educazione di tipo spartano[40]. Ciò contrasterebbe — oltre che con i "diritti" di educazione della famiglia naturale fondata sul matrimonio — anche con l'essenza che dovrebbe essere riconosciuta all'insegnamento negli stati democratici-liberali cioè di trasmettere ai giovani un metodo (quello critico e dialettico) e un insieme di nozioni, ma mai una specifica dottrina. Con ciò, del tutto inaspettatamente e forse inconsapevolmente, le mozioni e le deliberazioni consiliari sembrerebbero richiamarsi al principio supremo della "laicità"[41] dello Stato secondo il

36 Con questa coppia di termini alludo alla contrapposizione tra la posizione classica del liberalismo secondo la quale gli individui e non gli organismi sociali, come ad esempio la famiglia, siano titolari di diritti fondamentali e quella delle diverse forme di istituzionalismo, il quale, come l'antico organicismo, ritiene che titolari di diritti fondamentali possano essere sia individui sia organismi sociali.

37 M.N. Rothbard, *L'etica della libertà*, Macerata, Liberilibri, 1996, pp. 154 ss.

38 Cfr. Ad es. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, V, cit., pp. 353 ss.

39 E. Diciotti, *Il valore dell'istruzione, l'insegnamento della religione e le scuole confessionali nella Costituzione italiana*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, n. 9/2009, p. 129.

40 Sembra quasi che le polemiche anti-gender accusino lo stato di voler imitare Sparta: "πρῶτον μὲν γὰρ οὐκ ἰδίους ἡγεῖτο τῶν πατέρων τοὺς παῖδας, ἀλλὰ κοινοὺς τῆς πόλεως ὁ Λυκοῦργος, ὅθεν οὐκ ἐκ τῶν τυχόντων, ἀλλ' ἐκ τῶν ἀρίστων ἐβούλετο γεγονότας εἶναι τοὺς πολίτας" (Perciò in primo luogo, Licurgo non considerava i figli come un bene privato dei padri, ma di tutta la città, e quindi desiderava che i cittadini fossero generati non da uomini qualunque, ma dai migliori), Plutarco, *Vite parallele*, Vita di Licurgo, 15; cfr. anche Senofonte, *La Costituzione degli spartani*, 2.

41 Cfr. ad es. Corte costituzionale sentenza n. 203/1989. Su tale principio, cfr. ad es. M. Croce, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, Pisa, ETS, 2012, in particolare pp. 161 ss.

quale quest'ultimo "non professa una confessione religiosa […] né una filosofia […], anche se si dovesse trattare di una filosofia laica"[42].

A questo riguardo, d'altronde, si potrebbe sostenere che in effetti lo Stato, con la legge sulla c.d. Buona Scuola, voglia effettivamente imporre una dottrina, ma non certo quella gender, bensì quella dell'uguaglianza. Non si tratterebbe, cioè, di sviluppare nei fanciulli un mero atteggiamento riflessivo razionale, ma di inculcar loro il valore etico dell'uguaglianza. Pur ammettendo che così sia, non pare che ciò contrasti né con specifici articoli della nostra Carta — che anzi si è visto imporre un tale tipo di sensibilità — né con il principio supremo di eguaglianza[43] né con quello di laicità né con l'idea liberale di educazione propria degli stati costituzionali contemporanei (vd. *infra*).

In primo luogo, infatti, alle scuole è richiesto — oltre di sviluppare nei giovani uno spirito critico — di *indicare* ai fanciulli esempi basati sull'uguaglianza e il rispetto altrui, concretamente alternativi rispetto a quelli inculcati fin dalla nascita nella gran parte delle famiglie e trasmessi dai modelli culturali e sociali imperanti. Spetterà poi al fanciullo — acquisita la sua maturità di giudizio — di scegliere responsabilmente e consapevolmente il suo modo di vivere.

In secondo luogo, se anche si ammettesse che con la legge sulla c.d. Buona Scuola si volesse "indottrinare" i fanciulli all'uguaglianza, cioè trasmettere loro valori etici sostantivi e non una mera capacità riflessiva razionale, occorre rilevare che da molti decenni è stato messo in stretta correlazione il pensiero critico (ciò a cui la "buona" istruzione liberale dovrebbe tendere) con il rispetto del prossimo e dunque col valore dell'uguaglianza. È stato infatti notato che far uso pratico del proprio spirito critico significa la possibilità di svolgere discorsi razionali, i quali richiedono, tra i loro presupposti indefettibili, un confronto con altri che siano posti, almeno come parlanti, su di un piano di uguaglianza[44]. A livello sociale, pertanto, lo spirito critico è strettamente connesso al valore dell'uguaglianza e del rispetto degli altri.

5. In particolare, l'istruzione e libertà di insegnamento

Proviamo allora a evidenziare alcuni profili, forse rilevanti nella presente polemica pubblica, circa l'istruzione e la libertà di insegnamento.

Sono ormai diversi secoli che l'educazione primaria ha costituito un tema centrale al dibattito culturale e politico dell'Evo Moderno. Da faccenda riservata a pochi e di stretta competenza religiosa nel Medio Evo, si è giunti ad uno dei pilastri delle liberal-democrazie contemporanee[45].

Proprio alla nascita della modernità si ricollega l'idea di "juventutem recte formare plus esse quam expugnare Troiam"[46]. Originariamente la valorizzazione della formazione primaria era legata a doppio filo con l'idea della "dignità dell'uomo", cioè con quella riscoperta umanista della centralità dell'individuo a discapito delle comunità nelle quali esso era immerso e invischiato. Si comincia a porre l'individuo, isolatamente considerato, al di sopra di qualsiasi altra formazione sociale. L'esigenza di un'istruzione elementare obbligatoria, comune a tutti, sarebbe servita ad affrancare anche coloro che non erano figli di gentiluomini[47]. Con linguaggio moderno, anche se forse inesatto, si potrebbe dunque sostenere che queste prime affermazioni della necessità di una educazione della gioventù siano dirette a dare la possibilità all'Uomo di ragionare liberamente e dunque raggiungere una piena autonomia[48].

42 N. Bobbio, *Libertà nella scuola e libertà della scuola*, in *La libertà e i suoi limiti*, C. Ocone e N. Urbinati (a cura di), Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 136.

43 Sul carattere supremo di questo principio, cfr. ad es. Corte costituzionale, sentenza n. n. 163/1993, nella quale si legge che l'art. 3, primo comma, della Costituzione, "pone un principio avente un valore fondante, e perciò inviolabile".

44 Cfr. R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, Giuffrè, p. 1998; Idem, *A discoursive-theoretical conception of Practical Reason*, in 5 *Ratio Iuris*, 1992, pp. 231 ss.; J. Habermas, *Etica del discorso*, Roma-Bari, Laterza, 1985; Idem, *Teoria dell'agire comunicativo*, 2 voll., Bologna, Il Mulino, p. 1986.

45 Sull'evoluzione dell'educazione in Europa, cfr. ad es. E. Garin, *L'educazione in Europa 1400/1600*, Milano, Laterza, 1976; G. Compayré, *Storia della Pedagogia*, traduzione e nota aggiunta di A. Valdarnini, Torino, Paravia, p. 1892.

46 Affermazione attribuita da Comenio a Filippo Melatone e riportata in E. Garin, *L'educazione in Europa* cit., p. 185, nota 1.

47 Cfr. E. Garin, *L'educazione in Europa* cit., p. 190.

48 Continuando a citare il Garin, si potrebbe con lui ripetere che "L'umanesimo aveva inteso formare l'uomo libero di sé, autonomo; aveva cercato i mezzi per non chiudere le sue possibilità; perché potesse, liberato da ogni servitù di natura e d'ignoranza, essere davvero 'costruttore e artefice di sè'. L'educazione è liberale, perché è di liberi e rende liberi", E. Garin, *L'educazione in Europa* cit., p. 203.

A questo filone, che potremmo denominare umanistico-protestante[49] o anche liberale — anticipando concezioni al di là dal venire ad esistenza —, con la controriforma se ne aggiunse un altro, anch'esso diretto a valorizzare e diffondere l'educazione, ma proponendosi un fine socio-politico assai preciso, che non consisteva nell'aiutare l'Uomo a essere libero di scegliere da sé. In quel tempo il fine preciso era di addestrare "buoni soldati della Chiesa di Roma"[50]. Nei secoli successivi, a questo, altri fini sono stati sostituiti da parte delle religioni, dei gruppi di potere, dei partiti e degli Stati. Per comodità e con grande imprecisione, potremmo denominarlo comunitarista o anche collettivista-cattolico. Esso pone il gruppo sociale (di varia estensione e caratteristiche) e la sua valorizzazione e conservazione al di sopra del singolo individuo, senza il quale quest'ultimo non potrebbe esistere o avere valore.

A ben vedere, anche il filone umanistico-protestante si pone una finalità socio-politica generale, quella dello sviluppo individuale, dell'acquisizione da parte dell'Uomo della capacità di ragionare autonomamente (se mai ciò sia possibile), al fine di essere libero nelle sue decisioni personali. È forse solo perché quest'ultima idea ci è più familiare oggidì e ci è più gradita, in società nelle quali l'individualismo si è ormai ampiamente diffuso, che possiamo ritenere preferibile questo filone. D'altronde, è proprio grazie alla nostra (acquisita anche se limitata) autonomia di giudizio che dobbiamo riconoscere che pur sempre si tratta di un'opzione di valore cui è diretta l'educazione liberale e non certo un'opzione del tutto neutra. Ciò che si può dire a merito del filone umanistico-protestante è che il fine socio-politico generale dell'autonomia individuale è rimasto immutato nei secoli, a differenza delle specifiche finalità che l'indottrinamento ha perseguito nel corso delle diverse epoche storiche, spesso nell'intento di tutelare beni e valori che di volta in volta — e talvolta in perfetta buona fede — si sono ritenuti superiori: dall'unità e dalla sopravvivenza della Chiesa di Roma all'unità e alla supremazia di un Popolo, di una Nazione o di specifiche classi sociali, passando per le degenerazioni della supremazia raziale.

È con i Lumi che il filone educativo liberale si arricchisce di un ulteriore profilo[51]. La conoscenza viene chiaramente ritenuta non solo come strumento di liberazione individuale, ma anche e soprattutto come principale strumento per la libertà politica di ciascuno. Come ebbe sinteticamente a scrivere il Filangieri: "Per formare un uomo io preferisco la domestica educazione; per formare un popolo io preferisco la pubblica. L'allievo del magistrato e della Legge non sarà mai un *Emilio*; ma, senza l'educazione del magistrato e della Legge, vi sarà forse un *Emilio*, vi sarà una città, ma non vi saran cittadini"[52].

In verità, ci si muove sempre in quel filone umanistico-protestate cui s'è già fatto riferimento: gli illuministi vengono solo a svilupparne un particolare profilo. Come l'Umanesimo voleva formare l'uomo libero di sé e autonomo, così l'Illuminismo voleva che questa libertà e autonomia potesse svilupparsi anche nel campo politico. Questa continuità emerge chiaramente, ad esempio, nelle parole di un Mirabeau all'Assemblea Costituente, quando, in tema di libertà di insegnamento, spronò i deputati affinché "vostro unico fine sia di rendere all'uomo l'uso di tutte le sue facoltà, di fargli godere tutti i suoi diritti, di far nascere l'esistenza pubblica da tutte le esistenze individuali liberamente svolte, e la volontà generale da tutte le volontà private"[53].

È proprio da questo rinnovato filone che nascono le prime disposizioni costituzionali in materia di diritto all'istruzione pubblica gratuita, come ben esemplificato nel Titolo I, penultimo paragrafo, Costituzione francese del 1791[54]. E sempre sviluppando questa vena politica del filone liberale che si giunge all'istruzione pubblica, gratuita e *obbligatoria*. L'estensione del suffragio doveva essere preceduta o comunque andare di pari passo con l'estensione dell'istruzione, nella convinzione che la libertà politica sia indissolubile dalla libertà intellettuale[55]. Ed eccoci così arrivati al nostro art. 34, comma 2, Costituzione.

Anche alla luce di questa sintetica ricostruzione dell'evoluzione dell'istruzione nei nostri stati contemporanei, pare davvero difficile poter sostenere che solo la famiglia — come sostengono le iniziative regionali "anti-gender" — possa mettere bocca nell'educazione dei figli. Ormai da molti decenni — secoli forse — lo Stato è stato legittimato ad intervenire per trasmettere quelle nozioni e quello spirito critico necessario a formare individui il più possibile autonomi ed indipendenti.

49 Cfr. anche G. Compayré, *Storia della Pedagogia* cit., pp. 87 ss.

50 Cfr. *Ibidem*.

51 Cfr. ad es. C.L. de Secondat (barone di Montesquieu), *Esprit des lois* (1748), Parte I, Libro IV; J.-J. Rousseau, Émile *ou De l'*éducation (1762) e certamente anche il nostro G. Filangieri, *Scienza della legislazione* (1780), libro IV.

52 G. Filangieri, *Scienza della legislazione* cit., libro IV (1785), capo II.

53 Citato in G. Compayré, *Storia della Pedagogia* cit., p. 290.

54 Secondo cui "Il sera créé et organisé une Instruction publique commune à tous les citoyens, gratuite à l'égard des parties d'enseignement indispensables pour tous les hommes".

55 Cfr. ad es. G. Compayré, *Storia della Pedagogia* cit., pp. 552 ss.

Peraltro, se davvero lo Stato volesse impartire un'ideologia gender, avrebbero pienamente ragione quelle iniziative regionali richiamate nei precedenti paragrafi: lo Stato smentirebbe, infatti, la sua più intima essenza, sviluppatasi a partire dall'Umanesimo, come istanza di garanzia delle autonomie individuali.

Il punto, però, come si è cercato di evidenziare in precedenza, è che se anche esistesse questa teoria gender, nessuna legge dello Stato italiano sembra mai averne imposto o legittimato la diffusione, ma anzi, con l'art. 1, comma 16, della l. 13 luglio 2015, n. 107, ha operato per accentuare ancor di più il suo ruolo educativo diretto a formare donne e uomini autonomi, rimuovendo quegli ostacoli — come le tradizioni e le convenzioni sessiste — che di fatto limitano la loro uguaglianza[56], infondendo loro quello spirito critico che, come già si è accennato[57], implica nella prassi anche un certo grado di rispetto del prossimo e di riconoscimento del valore dell'uguaglianza.

Anzi, proprio alla luce dell'evoluzione storica così sommariamente tracciata, si dovrebbe dire che la previsione tanto contestata della c.d. Buona Scuola sia assolutamente in linea con quell'ambiente politico e culturale in cui si è sviluppato lo stato costituzionale moderno e si inserisce perfettamente in quel filone umanistico-protestate che si diceva, soprattutto nella sua versione post-illuministica.

Strettamente connesso al tema dell'istruzione, vi è quello della libertà di insegnamento, cui occorre accennare per completezza della trattazione. Sebbene le iniziative regionali non vi facciano espresso riferimento, infatti, qualcuno potrebbe certamente invocare l'obiezione di coscienza del docente a insegnare l'"ideologia gender", in forza dell'art. 33, comma 1, Costituzione.

A tal proposito è bene non cadere in facili equivoci che potrebbero sorgere dalla parola che viene utilizzata nel lessico giuridico per individuare questa posizione giuridica soggettiva, cioè "libertà". Questa libertà, in effetti, ha una struttura alquanto diversa rispetto alle altre (più antiche) libertà, come la libertà personale, di religione, di manifestazione del pensiero. Essa, anzitutto, non è riconosciuta a chiunque, ma solo a coloro che sono in possesso di determinate capacità accertate dallo Stato, almeno se si circoscrive il tema dell'insegnamento all'interno delle scuole dell'obbligo (che è quello che qua interessa). Questa libertà, inoltre, è contenutisticamente limitata: è infatti difficilmente contestabile che essa non possa mai significare libertà di *non* insegnare. È una libertà finalisticamente orientata e condizionata[58]: essa non viene proclamata e garantita a tutela della libertà individuale dei docenti, ma "a vantaggio dello stesso insegnamento e soprattutto dell'interesse dei suoi destinatari"[59]. Essa, infine, riguarda esclusivamente l'insegnamento e non anche altre attività, quali il proselitismo o la propaganda. Alla luce di questi caratteri, si è da sempre ritenuto compatibile con la libertà di insegnamento, la fissazione per legge o per atto amministrativo dei programmi di insegnamento, in quanto risulta del tutto coerente con i suddetti caratteri che l'ente politico esponenziale per eccellenza — lo Stato — possa determinare le caratteristiche sostanziali del servizio di istruzione che esso intende fornire attraverso le sue scuole.

56 Per un'analisi della situazione esistente a livello scolastico circa parità di opportunità tra uomini e donne, cfr. ad es. OECD, *Gender Equality in Education, Employment and Entrepreneurship: Final Report to the MCM 2012*, doc. C/MIN(2012)5, reperibile all'indirizzo https://www.oecd.org/els/emp/50423364.pdf (visitato il 7/10/2016); UNESCO-EFA, *Global Monitoring Report, Gender and EFA 2000-2015: Achievements and challenges*, Paris, UNESCO, 2015. Dalle banche statistiche nazionali degli ultimi anni, poi, risulta chiaramente che esistono delle condizioni di fatto che impediscono alle donne (in genere molto più preparate degli uomini) di accedere all'istruzione superiore e al mondo del lavoro. È infatti evidenziato che i risultati scolastici siano nettamente superiori per le donne rispetto agli uomini tanto da far parlare di un "vero e proprio svantaggio maschile" (ISTAT, *Rapporto Bes 2014: il benessere equo e sostenibile in Italia*, Roma, ISTAT, 2014, cap. 2, p. 52, reperibile all'indirizzo http://www.istat.it/it/files/2014/06/02_Istruzione-formazione-Bes2014.pdf visitato il 7/10/2016) e da far sostenere che le donne "hanno risultati nettamente migliori degli uomini" e un "crescente aumento delle differenze" a vantaggio sempre delle donne (ISTAT, *Rapporto Bes 2015: il benessere equo e sostenibile in Italia*, Roma, ISTAT, 2015, cap. 2, p. 92, reperibile all'indirizzo http://www.istat.it/it/files/2015/12/Rapporto_BES_2015.pdf visitato il 7/10/2016). Nonostante, però, questo maggiore livello culturale e di preparazione femminile (dunque di un maggior merito in generale delle donne rispetto agli uomini), sia il livello di istruzione sia la capacità di trovare lavoro per le donne resta di gran lunga inferiore rispetto a quella degli uomini e soprattutto la qualità del lavoro che trovano è peggiore per le donne (cfr. ISTAT, *Rapporto Bes 2014* cit., p. 53; ISTAT, *Rapporto Bes 2015* cit., pp. 106 ss.). Pare difficilmente contestabile allora che queste ultime difficoltà siano soprattutto il frutto di situazioni di fatto che impediscono alle donne (mediamente molto più preparate degli uomini e dunque mediamente "più meritevoli") di ottenere poi nella vita post-scolare il posto che meriterebbero o comunque opportunità analoghe a quelle degli uomini.

57 Cfr. *supra* note nn. 4 e 3.

58 Sulle implicazioni sociali della libertà dell'insegnamento, cfr. ancora oggi A. Moro, *I principi dei rapporti sociali (culturali)*, in Assemblea Costituente, *Atti della Commissione per la Costituzione*, I sottocommissione, Roma, s.d., pp. 45 ss. (scaricabile anche all'indirizzo http://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/relaz_proposte/I_Sottocommissione/06nc.pdf visitato il 6/10/2016).

59 Cfr. ad es. U. Pototschnig, voce *Insegnamento (libertà di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, 1971, p. 732.

Se allora l'art. 1, comma 16, della legge 13 luglio 2015, n. 107, davvero imponesse di propagandare una qualsivoglia ideologia, esso sarebbe certamente illegittimo, anche per violazione del principio di libertà di insegnamento scientifico. Ma così non sembra che sia. Il contenuto specifico dei programmi previsti da questa disposizione non solo non è contrastante, ma pare perfettamente in armonia con i progetti di promozione sociale fissati in molteplici disposizioni costituzionali (art. 3, commi 1 e 2, art. 51, comma 1, e 117, comma 7, Costituzione).

Anche la libertà di insegnamento non sembrerebbe, dunque, utilmente spendibile per sottrarsi agli obblighi formativi previsti dalla legge sulla c.d. Buona Scuola.

6. La famiglia e il diritto-dovere di educare i figli

Dall'analisi delle mozioni discusse e talvolta approvate nei Consigli regionali vi è un protagonista assoluto cui occorre rivolgere ora l'attenzione: la famiglia (art. 29, Costituzione), formata da un uomo e una donna (Corte costituzionale sentenza n. 138/2010), cui lo Stato rimette importanti funzioni educative (art. 30, comma 1, Costituzione).

La lettura che di queste norme costituzionali viene data dai sostenitori delle mozioni c.d. anti-gender è quella di una sfera separata e (quanto più possibile) impermeabile al diritto. Si tratterebbe di una sorta di "stato di natura" sottratto al controllo giuridico o comunque nel quale lo Stato avrebbe solo una limitatissima capacità di intervento. Così sembra che venga letto l'art. 29, comma 1, Costituzione.

L'educazione, allora, che l'art. 30, comma 1, Costituzione, assegna alla famiglia — spazio a sé, fuori dal controllo giuridico — sarebbe nella piena ed esclusiva disponibilità dei genitori e lo Stato non potrebbe interferire su tale competenza.

Senza voler entrare nel merito di questioni troppo complesse e degne di ben altro approfondimento, sembra però possibile evidenziare la fallacia di questo modo di argomentare.

In primo luogo, se una legge dello Stato impone *nelle scuole* di educare i fanciulli a sviluppare uno spirito critico circa fenomeni sociali tanto radicati da parere immutabili e "naturali"[60] — come appunto una qual certa soggezione della donna all'uomo in ancora troppi aspetti della vita — nonché fornire loro punti di vista diversi che possano garantire in futuro scelte di vita consapevoli e responsabili, non significa assolutamente che imponga *ai genitori* di fornire una data educazione o di seguire una specifica linea educativa. Se lo desiderano, la legge in esame non gli impedisce certo di continuare ad insegnare (come in effetti avviene ancora assai diffusamente) la naturale supremazia del maschio sulla femmina, le virtù del bullismo, la superiorità della razza bianca e l'aberrazione costituita dall'omosessualità, così come tante altre consimili idee[61].

In secondo luogo, se anche questo fosse il significato (implicito) delle disposizioni in esame: cioè, di controbilanciare quegli insegnamenti familiari, fondati su ataviche credenze e comportamenti sociali tanto radicati da parer "naturali", con uno spirito critico che metta appunto in luce l'artificialità di queste credenze e di questi comportamenti nonché con un rispetto del prossimo che sembra potersi ricavare dalla stessa capacità critica applicata alla prassi sociale; se anche questo fosse il significato, sembrerebbe ragionevolmente sostenibile che ciò sia pienamente giustificabile in base allo stesso testo costituzionale che viene invocato. È appunto la stessa Carta, come s'è visto, che prescrive la parità tra uomo e donna, l'eguaglianza dinanzi alla legge e l'uguale dignità tra i sessi, il divieto di discriminazioni fondate sul sesso (artt. 2, 3, 4, 29, 37 ecc.). Anzi, proprio la Costituzione impone a tutta la Repubblica — dunque, come noto, non solo lo stato-centrale, ma tutte le sue articolazioni, nonché tutti i soggetti che compongono lo stato-ordinamento — di "rimuovere gli ostacoli di ordine […] sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana" (art. 3, comma 2, Costituzione). Ora, sembra ragionevole sostenere che tra i principali ostacoli di ordine sociale che di fatto[62] limitano l'uguaglianza tra uomini e donne vi siano appunto quelle radicate credenze, quelle

60 Sul fatto che si tratti solo di convenzioni sociali e non di pretese leggi di natura, basti richiamare le società matriarcali di cui ci parlano tanti autori — sia quelli classici, tra cui Eschilo, Erodoto, Plino il Vecchio, Strabone, sia i moderni antropologhi.

61 Chi si è occupato del tema con ben maggiore approfondimento teorico, ha invece ritenuto che limiti all'educazione impartibile dai genitori ai figli possano ricavarsi sia dai principi del liberalismo sia da specifiche previsioni della Costituzione italiana: cfr. E. Diciotti, *Il valore dell'istruzione, l'insegnamento della religione e le scuole confessionali nella Costituzione italiana*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, n. 9/2009, in part. pp. 114 ss.; Idem, *L'educazione e la scuola nello stato laico e liberale*, in *Ragion pratica*, 2007, in part. pp. 112 ss.

62 Cfr. *supra* nota n. 53.

vetuste convenzioni, quei diffusi comportamenti che vogliono, soprattutto all'interno della famiglia, la sostanziale inferiorità della donna rispetto all'uomo[63]. Ostacoli di fatto[64] che neppure l'ormai non più recente riforma del diritto di famiglia del 1975 è riuscita a sradicare, forse proprio perché il diritto, senza una corretta educazione, non è in grado di incidere effettivamente sui fenomeni sociali. La disposizione costituzionale, riferendosi alla Repubblica, pone degli obblighi di intervento non solo sui poteri centrali, ma anche sulle diverse istanze autonomiche dello stato-ordinamento (regioni e famiglie comprese)[65]. La norma in questione contenuta nella legge sulla c.d. Buona Scuola troverebbe dunque un sicuro appiglio e fondamento costituzionale.

Infine, se davvero, come pretendono coloro che hanno sostenuto le mozioni e le delibere regionali, la sfera di competenza educativa che l'art. 30, comma 1, Costituzione, assegna alla famiglia fosse assoluta[66], nel senso che non ammetterebbe alcun intervento da parte del potere politico, allora quest'ultimo, in qualunque sua forma espressiva e istituzionalizzata — siano esse le regioni con le loro iniziative siano essi i gruppi consiliari con le loro mozioni — potrebbe venire legittimamente a interferire, neppure per riaffermare l'autonomia di tale sfera, altrimenti questa stessa autonomia perderebbe il suo autonomo significato. Le iniziative regionali, allora, mostrerebbero un intima contraddizione tra quanto sostenuto e quanto deliberato.

Nessuno qua nega che sia del tutto ragionevole e costituzionalmente protetta l'esigenza che le scelte relative alla vita dei bambini, almeno fino ad una certa età, siano guidate e, non poche volte, imposte dagli adulti. Né si vuole negare che — secondo convinzioni e costumi diffusi oramai da moltissimi secoli in Occidente e certamente riaffermati nelle carte fondamentali degli attuali stati liberal-democratici — gli adulti cui questo potere sui bambini sia, giustamente, attribuito siano i genitori. Ciò che si intende negare con estrema nettezza è che questo potere sia del tutto libero da vincoli giuridici, cioè che "i genitori dovrebbero avere carta bianca nell'educazione dei figli"[67].

Sembra dunque ragionevole ritenere che le mozioni e le iniziative regionali tendenti a contrastare la possibilità per lo Stato di intervenire sull'educazione dei fanciulli — anche per la parte che ricostruiscono l'art. 30 della Costituzione come conferente alla famiglia un "diritto" (*rectius*, potere) pieno (*rectius*, assoluto) di educare i figli — si fondino su assunti e argomenti quantomeno fallaci e contraddittori.

63 È stato anzi argomentato che proprio l'argomento della separazione tra sfera pubblica e sfera privata (familiare) sia stato utilizzato come grimaldello per mantenere intatto e rinsaldare il modello sociale patriarcale: A. Loretoni, Stato di diritto e differenza di genere, in *Lo stato di diritto. Storia, teoria , critica*, P. Costa e D. Zolo (a cura di), Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 406 ss., in part. 413 ss.

64 Come ci ricorda la Carlassare "Per ragioni storiche il potere è saldamente in mani maschili e ancora vi rimane, a meno che non intervengano specifiche norme a porre limiti e regole contro un *monopolio di fatto* che si protrae: solo una legge lo può spezzare. I monopoli, si sa , non finiscono spontaneamente !" (enfasi aggiunta), L. Carlassare, *Il diritto alle pari opportunità a 60 anni dall'entrata in vigore della carta costituzionale*, reperibile in http://www.csm.it/retePO/pdf/LORENZA_CARLASSARE.pdf

65 Proprio con riferimento all'art. 3, comma 2, Costituzione, il Diciotti argomenta in modo molto convincente che "Sebbene questa disposizione non tratti, almeno espressamente, di educazione e di istruzione, in base ad essa si può sinteticamente argomentare così: a) lo stato deve rimuovere gli ostacoli che impediscono ad alcuni di sviluppare pienamente la propria personalità e di partecipare effettivamente all'organizzazione politica, economica e sociale del paese; b) l'educazione e l'istruzione appaiono ragionevolmente come mezzi necessari per la rimozione di quegli ostacoli e per dare a tutti l'opportunità di conseguire quegli obiettivi; c) dunque, lo stato deve far sì che l'istruzione scolastica, e forse anche l'educazione e l'istruzione che i genitori hanno il dovere di impartire, siano finalizzate alla rimozione di quegli ostacoli ed a rendere possibile per tutti il conseguimento di quegli obiettivi. Si può cioè ritenere che questa disposizione richieda un'istruzione scolastica, e forse anche un'educazione domestica, sotto certi aspetti eguali per tutti, in quanto volte a dare a tutti le stesse opportunità di sviluppare la propria personalità e di partecipare all'organizzazione politica, economica e sociale del paese.", E. Diciotti, *Il valore dell'istruzione, l'insegnamento della religione e le scuole confessionali nella Costituzione italiana*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, n. 9/2009, pp. 116-117.

66 E ciò comunque non è, in quanto lo stesso art. 30, Costituzione, oltre a conferire il diritto di educare i figli, impone ancor prima un *dovere* di farlo, legittimando così l'imposizione di vincoli e limitazioni alla responsabilità educativa genitoriale.

67 Cfr. E. Diciotti, *L'educazione e la scuola nello stato laico e liberale*, in *Ragion pratica*, 2007, p. 112. Come chiaramente espresso dall'autore in via del tutto generale e con riferimento alle tesi sostenute da certo liberalismo, "la libertà nelle scelte educative di cui parlano i libertari non consiste in effetti nella libertà di scegliere il proprio modello educativo conformemente ai propri valori e desideri. Poiché è opinione comune, anche presso i libertari, che per i bambini debbano in ultima istanza decidere i genitori, garantire questa libertà significa semplicemente garantire il potere assoluto dei genitori, non limitato dai pubblici poteri, di scegliere il tipo di educazione e di istruzione che preferiscono o ritengono appropriato per i propri figli. Questo potere non è evidentemente giustificato dal principio dell'eguale libertà di agire secondo i propri valori e desideri, e sembra piuttosto dipendere dall'idea, presente in alcune versioni del libertarismo, che i genitori siano proprietari dei propri figli", *Ibidem*, p. 111.

7. I figli e il diritto-dovere ad essere educati

In questa polemica, peraltro, sembra finalmente apparire chi sia il vero protagonista, di cui tutti blaterano, ma che in fondo pare considerato assai poco. Si tratta del minore. E non si fa riferimento a un gruppo sociale o ancor meno a un centro di potere, ma a tutti quegli specifici e concreti bambini e bambine — assai fragili e in grado di subire facilmente condizionamenti esterni — che siedono sui banchi di scuola. Le norme in questione e le iniziative regionali riguardano proprio loro.

Se si è detto che pare assolutamente ragionevole che le vite di questi individui siano guidate e talvolta vincolate dagli adulti e che gli adulti più idonei — secondo le nostre tradizioni e le attuali convinzioni sociali[68] — siano anzitutto i genitori (o chi ne fa legalmente le veci) e, in seconda battuta, lo Stato, attraverso la scuola dell'obbligo. I fanciulli, però, hanno una loro autonomia giuridicamente rilevante e costituzionalmente tutelata. Non sono oggetti di creta plasmabili a piacimento dagli adulti, siano essi i genitori o gli educatori. Finché la Costituzione assicuri la pari dignità sociale di tutti gli individui e l'eguale loro libertà — in (parziale) attuazione degli ideali liberali —, anche ad essi non può disconoscersi un diritto all'autodeterminazione, almeno nel senso di eguali *chances* di poter sviluppare una loro autonoma personalità e personali convinzioni circa loro stessi. Per avere almeno una possibilità di conseguire ciò, occorre non solo un'educazione rivolta a sviluppare il loro spirito critico, ma anche l'opportunità di venire a conoscenza di modelli alternativi — ove la donna non sia "naturalmente" inferiore all'uomo — per una successiva scelta consapevole e responsabile sul proprio stile di vita. Peraltro è lo stesso atteggiamento razionale riflessivo che nella prassi sembra legarsi a doppio filo con il rispetto del prossimo e il valore dell'uguaglianza, senza cui non sarebbe possibile alcun discorso razionale.

D'altronde, alla base di quanto prescritto nella disposizione contestata della legge sulla c.d. Buona Scuola, non si trova tanto una (contestabile) filosofia politica e pedagogica[69], ma precise disposizioni normative a tutela dei fanciulli: la Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959 (principi primo, secondo, settimo e decimo); la Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia del 1989 (in particolare, si vd. artt. 2, 3, 5, 13, 14, 18, 19, 28 e 29), ratificata dall'Italia con legge 27 maggio 1991 n. 176[70]; la Costituzione italiana (in particolare, artt. 2, 3 e 30).

In questa ottica, allora, pare non solo legittimo che la scuola pubblica si occupi di educare alla parità tra i sessi e di prevenire la violenza di genere e tutte le discriminazioni (art. 1, comma 16, l. n. 107/2015), ma riterrei che ciò sia imposto da fonti sovraordinate cui il nostro ordinamento si deve conformare — laddove non contrastino con disposizioni costituzionali (art. 117, comma 1, Costituzione, e Corte costituzionale, sentenze n. 348 e 349 del 2007; 49/2015), le quali viceversa, nel caso di specie, si muovono proprio nella medesima direzione.

Ad analoga soluzione sembra peraltro si possa giungere anche per altra via, evidenziando cioè il valore dell'educazione nei regimi repubblicani dove — a differenza di altri regimi — risulta necessaria una costante aderenza da parte dei cittadini ai principi fondanti l'ordinamento, così come pare risultare dall'art. 54, comma 1, Costituzione. A tal proposito si è rilevato che in una repubblica — a differenza che in una autocrazia — diviene fondamentale la continua e costante condivisione degli ideali che la ispirano[71]. Peraltro, tralasciando l'antichità classica, per molti versi non comparabile agli attuali sistemi politico-istituzionali, il tema della "virtù", come elemento caratterizzante e assolutamente centrale per

68 Per chiarezza e per chiarire la posizione di chi scrive, si tiene a evidenziare che per l'autore queste siano appunto tradizioni e convenzioni, mutevoli nel tempo e nello spazio; che non discendono da nessuna pretesa legge di natura.

69 In particolare, diversi esponenti del liberalismo contemporaneo hanno evidenziato che l'educazione migliore per uno stato che voglia dirsi liberale non può consistere nel costringere i fanciulli a seguire le idee che uno specifico e ristretto gruppo sociale desideri ad esso imporre: sia esso la famiglia, sia esso una specifica religione, sia esso una scuola ideologicamente orientata: cfr. ad es. B.A. Ackerman, *La giustizia nello stato liberale*, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 228; A. Gutmann, *A cosa serve andare a scuola ? Il problema dell'educazione nell'utilitarismo e nelle teorie dei diritti*, in *Utilitarismo e oltre*, A. Sen e B. Williams (a cura di), Milano, Il saggiatore, 1990, p. 333.

70 L'art. 29 della legge, in particolare, dispone che "1. Gli Stati parti convengono che l'educazione del fanciullo deve avere come finalità: a) di favorire lo sviluppo della personalità del fanciullo nonché lo sviluppo delle sue facoltà e delle sue attitudini mentali e fisiche, in tutta la loro potenzialità; b) di inculcare al fanciullo il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dei principi consacrati nella Carta delle Nazioni Unite; c) di inculcare al fanciullo il rispetto dei suoi genitori, della sua identità, della sua lingua e dei suoi valori culturali, nonché il rispetto dei valori nazionali del paese nel quale vive, del paese di cui può essere originario e delle civiltà diverse dalla sua; d) preparare il fanciullo ad assumere le responsabilità della vita in una società libera, in uno spirito di comprensione, di pace, di tolleranza, di uguaglianza tra i sessi e di amicizia tra tutti i popoli e gruppi etnici, nazionali e religiosi, con le persone di origine autoctona […]".

71 Cfr. U. Allegretti, *Forme costituzionali della storia unitaria: monarchia e repubblica*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012, par. 1. Sull'art. 54, Costituzione, con attenzione ai temi evidenziati, cfr. ad es. L. Ventura, *La fedeltà alla Repubblica*, Milano, Giuffrè, 1984

un sistema repubblicano, risale al Machiavelli e passa per tutta la tradizione repubblicana anglosassone. Il tema della repubblica è stato da allora connesso a quello della corruzione della società e della sua classe dirigente, alla necessità della virtù e dell'uomo virtuoso[72], da educare fin da piccolo. Tra i molti ispiratori del Costituzionalismo, non si può non ricordare come il Montesquieu evidenziasse che proprio nelle repubbliche e in particolare in quelle governate da tutto il popolo (cioè nelle repubbliche democratiche, potremo chiosare noi)[73], sia essenziale l'educazione dei fanciulli che tenda a trasmettere loro quegli ideali repubblicani — tra i quali, essenziale alla nostra attuale forma di stato, è proprio quello dell'uguaglianza e del divieto di discriminazioni[74] — il cui sostegno non può provenire se non dall'adesione di ciascun singolo cittadino[75].

Potremo dunque individuare un ulteriore fondamento costituzionale che non solo legittima, ma probabilmente impone che lo Stato, attraverso la scuola dell'obbligo, educhi i fanciulli alla parità tra i sessi e alla prevenzione della violenza di genere e di tutte le discriminazioni, così come prescritto dall'art. 1, comma 16, l. n. 107/2015.

8. Una postilla in tema di competenza in materia di istruzione

Per completezza dell'analisi, pare opportuno spendere qualche breve cenno al tema della competenza delle regioni nel settore dell'istruzione e di come tale riparto di attribuzioni possa influire sulle vicende oggetto della presente trattazione.

Da questo punto di vista sembra assodata la competenza legislativa statale in materia di istruzione[76] (art. 33, comma 2, e 117, comma 2, lettera n), e comma 3, Costituzione) e più specificamente di programmi scolastici[77]. Quanto alla competenza amministrativa, il problema non si pone per quanto

72 Cfr. J.G.A. Pocock, *Il momento machiavelliano: il pensiero politico fiorentino e la tradizione repubblicana anglosassone*, II voll., Bologna, Il Mulino, 1980.

73 "C'est dans le gouvernement républicain que l'on a besoin de toute la puissance de l'éducation. La crainte des gouvernements despotiques naît d'elle-même parmi les menaces et les châtiments; l'honneur des monarchies est favorisé par les passions, et les favorise à son tour: mais la vertu politique est un renoncement à soi-même, qui est toujours une chose très pénible. On peut définir cette vertu, l'amour des lois et de la patrie. Cet amour, demandant une préférence continuelle de l'intérêt public au sien propre, donne toutes les vertus particulières : elles ne sont que cette préférence. Cet amour est singulièrement affecté aux démocraties. Dans elles seules, le gouvernement est confié à chaque citoyen. Or, le gouvernement est comme toutes les choses du monde; pour le conserver, il faut l'aimer", C.L. de Secondat (barone di Montesquieu), *Esprit des lois* (1748), Parte I, Libro IV, cap. V.

74 Cfr. artt. 2 e 3, Costituzione; Corte costituzionale sentenze nn. 1146/1988 e 203/1989.

75 Un chiaro esempio è dato dalla Francia Repubblicana, nella quale il tema dell'educazione ai valori repubblicani è sempre stato centrale: cfr. ad es. l'insieme di risorse e indicazioni fornite dal Ministero dell'istruzione nel sito http://eduscol.education.fr/cid46702/les-valeurs-de-la-republique.html (visitato il 24 dicembre 2016).

76 La Corte costituzionale ha rilevato che "rientrano nelle norme generali sull'istruzione: la definizione generale e complessiva del sistema educativo di istruzione e formazione, delle sue articolazioni cicliche e delle sue finalità ultime; la regolamentazione dell'accesso al sistema ed i termini del diritto-dovere alla sua fruizione; la previsione generale del contenuto dei programmi delle varie fasi e dei vari cicli del sistema e del nucleo essenziale dei piani di studio scolastici per la "quota nazionale"; la previsione e la regolamentazione delle prove che consentono il passaggio ai diversi cicli; la definizione degli standard minimi formativi, richiesti per la spendibilità nazionale dei titoli professionali conseguiti all'esito dei percorsi formativi, nonché per il passaggio ai percorsi scolastici; la definizione generale dei "percorsi" tra istruzione e formazione che realizzano diversi profili educativi, culturali e professionali (cui conseguono diversi titoli e qualifiche, riconoscibili sul piano nazionale) e la possibilità di passare da un percorso all'altro; la valutazione periodica degli apprendimenti e del comportamento degli studenti del sistema educativo di istruzione e formazione, attribuito agli insegnanti della stessa istituzione scolastica; i principi della valutazione complessiva del sistema; il modello di alternanza scuola-lavoro, al fine di acquisire competenze spendibili anche nel mercato del lavoro; i principi di formazione degli insegnanti" (sentenza n. 200/2009, par. 21, considerato in diritto). Per quanto qua interessa, si possono leggere a commento sulla decisione: M. Benvenuti, Ampio spazio alla potestà legislativa dello Stato in materia di istruzione, in *Treccani. La Cultura italiana*, www.treccani.it, 2014; M. Benvenuti, *Un "problema nazionale". Spunti ricostruttivi in tema di "istruzione" e "istruzione e … formazione professionale", tra Stato e Regioni, a partire dalla giurisprudenza costituzionale*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, 2015, n. 1; L. Franco, *L'"equivoca dizione" dell'art. 33, c. 2, Cost. tra "norme generali", principi fondamentali e legislazione regionale alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *RivistaAIC*, www.rivistaaic.it, 2013, n. 2; M. Gaggero, *Il diritto all'istruzione tra esigenze di unitarietà e differenziazione*, in *Quaderni Regionali* 2012, pp. 347 ss. Cfr. anche Corte costituzionale, sentenza n. n. 290/1994, par 5 diritto.

77 Cfr. ad esempio Corte costituzionale, sentenza n. 290/1994, par. 6, considerato in diritto, dove si legge che "l'autorità statale [è] competente a determinare e a modificare i predetti programmi".

qua interessa, perché indipendentemente da come essa sia ripartita, questa dovrà obbligatoriamente svolgersi nel rispetto della normativa nazionale, oltre che della autonomia costituzionalmente protetta degli Istituti scolastici (art. 117, comma 3, Costituzione).

Ora, le iniziative regionali esaminate in questo scritto hanno natura eminentemente politica, salvo un'eccezione. Esse cioè non si sono espresse attraverso l'esercizio della funzione legislativa o esecutiva, ma si sono limitate a sollevare nel dibattito pubblico alcune tematiche e hanno tentato di vincolare (politicamente) gli esecutivi regionali a muoversi in un determinato senso. Da questo punto di vista, occorre ribadire che le regioni godano senza dubbio di autonomia politica[78] nel senso che, al di là delle specifiche attribuzioni (normative, legislative, amministrative, finanziarie ecc. assegnate dal testo costituzionale), esse possiedono la capacità di determinare un proprio indirizzo politico autonomo, nella materie di propria competenza, e di dibattere su qualsiasi tema, anche al di fuori di esse[79].

Alla luce di questi sintetici richiami, pare di poter sostenere che le iniziative regionali ricordate in precedenza non possano considerarsi fuori dai limiti giuridici posti dalla Costituzione, nel senso almeno che non potrebbero dare origine a procedimenti giudiziali diretti a censurarne l'operato. Almeno fintantoché i dibattiti politici, gli strumenti di indirizzo politico e di sindacato ispettivo non si tramutino in atti e attività amministrativa (o, addirittura, legislativa) che sia in grado di violare o anche solo di ostacolare quanto disposto dalla legislazione nazionale. In questo caso, gli atti eventualmente emanati e l'attività posta in essere potrebbero essere censurati davanti al giudice amministrativo o, laddove sussistano i presupposti, alla Corte costituzionale.

L'unico atto amministrativo rilevante emanato — a quanto risulta — è la già richiamata deliberazione giuntale lombarda[80] istitutiva del nuovo servizio "Sportello Famiglia", ma su essa si è già notato che i funzionari regionali sembrano aver fatto un buon lavoro per non inserirvi alcun evidente profilo di illegittimità. Occorrerà dunque attendere la sua implementazione per capire se ne possano concretamente sorgere.

9. Notazioni finali

Dopo aver cercato di esaminare il tema sottopostomi dall'arguto amico, mi pare di accorgermi di non poter aiutare in alcun modo la mia vecchia compagna di banco del liceo: il "gender" non ho ancora ben capito cosa sia. Per fortuna, però, pretendendo entrambi di essere giuristi positivi, posso tranquillizzarla, fonti alla mano, nel senso che non pare esserci traccia del famigerato gender nella normativa nazionale in materia di istruzione. Questo sembra piuttosto un fantasma che si aggira nei discorsi di una parte della società e della politica, creando scompiglio e timori vari tra i cittadini, soprattutto tra i genitori di fanciulli in età scolare. Ciò che risulta chiaramente dall'ordinamento giuridico positivo è che le scuole debbano cercare di sviluppare negli scolari una sensibilità all'uguaglianza senza distinzione di sesso, in modo da formare cittadini più consapevoli e permettere il superamento di quegli ostacoli di fatto che impediscono, soprattutto alle donne[81], di avere le medesime opportunità nella loro vita sociale, lavorativa e politica.

Insomma, potrò riferirle che si tratta di diffondere quello spirito critico che alcuni fortunati hanno già ricevuto sia in seno alle loro famiglie sia da insegnanti illuminati, ma che per molti decenni sono rimaste escluse al grande pubblico a causa di qualcosa che ben conosciamo: l'inattuazione della Costitu-

78 Cfr. ad es. Corte costituzionale, sentenze nn. 66/1964, 829/1988, 51/1991, 342/1994, 106/2002, 69/2004, 70/2004, 71/2004, 72/2004, 73/2004, 337/2009, 219/2013.

79 Come precisato dalla Corte costituzionale: "al di là delle finalità in relazione alle quali le regioni possono svolgere le proprie competenze legislative e amministrative nelle materie loro attribuite, sussistono interessi e fini rispetto ai quali le regioni stesse possono provvedere nell'esercizio dell'autonomia politica che ad esse spetta in quanto enti esponenziali delle collettività sociali rappresentate", sentenza n. 829/1988, par. 2.2, considerato in diritto. A questo riguardo, si potrebbe fare riferimento a quelle tesi ampiamente diffuse in dottrina — già a partire dall'entrata in vigore della Costituzione e dunque ben prima dell'operatività dell'istituto regionale — quando si distinse tra funzioni regionali ad efficacia territoriale circoscritta e settoriale e funzioni c.d. costituzionali delle regioni, espressione della loro natura di enti politici, portatori di interessi generali: cfr. V. Crisafulli, *Le funzioni «costituzionali» delle Regioni*, in *Corriere amministrativo*, 1949, 834 ss.; più in generale G. D'Orazio, *Contributo allo studio delle funzioni costituzionali delle Regioni*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1972, 676 ss.

80 Cfr. Regione Lombardia D.g.r. 31 maggio 2016 - n. X/5251, pubblicata sul *Bollettino Ufficiale Regione Lombardia* n. 23 dell'8/6/2016.

81 Cfr. *supra* nota n. 53.

zione e l'ostruzionismo di maggioranza[82]. L'art. 3, comma 2, Costituzione, e quelle previsioni, introdotte successivamente, che non hanno fatto altro che implementarlo relativamente a specifici settori[83] (parità tra uomo e donna con particolare riferimento all'accesso alle cariche pubbliche), impongono a tutti i soggetti che compongono la Repubblica di rimuovere gli ostacoli e le condizioni che *di fatto* impediscono l'uguaglianza e permettono l'esistenza di discriminazioni. Questo precetto costituzionale, su cui si sono scritti fiumi di inchiostro, è però uno di quelli che non ha ancora trovato compiuta attuazione, assieme ad esempio alle norme in tema di libertà religiosa e rapporti tra Stato e confessioni religiose[84] oppure a quelle in tema di partiti politici e di sindacati. Forse allora si potrebbe comprendere una delle ragioni di questa reazione scomposta verso un tentativo di attuazione del programma contenuto nel secondo comma dell'articolo 3 della nostra Costituzione: la profonda novità dell'iniziativa che, come tutte le vere novità, è destinata normalmente a preoccupare una società.

82 Cfr. ad es. L. Basso, *Il principe senza scettro : democrazia e sovranità popolare nella Costituzione e nella realtà italiana*, Milano, Feltrinelli, 1958; P. Calamandrei, *L'ostruzionismo di maggioranza*, in *Il Ponte*, 2, 1953, 129 ss.; Idem, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, Milano, Giuffrè, 2000.

83 Articoli 51, comma 1, ultimo periodo (introdotto dalla legge costituzionale 30 maggio 2003, n. 1), e 117, comma 7 (introdotto dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

84 Cfr. ad es. M. Croce, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, Pisa, ETS, 2012.

Nausica Palazzo, Graziella Romeo***

Una pastorale americana: la *transgender youth* nella prospettiva del diritto costituzionale degli Stati Uniti

Sommario

1. Introduzione: l'argomento anti-discriminatorio e il transessualismo – 2. La *Dear Colleague Letter* del Dipartimento di Giustizia e del Dipartimento di Istruzione – 3. La disciplina dei diritti del minore transessuale nella prospettiva della separazione dei poteri: il contenzioso tra il Governo centrale e gli Stati – 4. Il transessualismo nei minori nella prospettiva del diritto costituzionale dei diritti – 5. Conclusioni

Abstract

Il saggio affronta il tema del transessualismo nei minori nella prospettiva del diritto costituzionale degli Stati Uniti, con particolare attenzione al recente contenzioso tra gli Stati e il governo federale avente ad oggetto l'accesso ai servizi e alle attrezzature scolastiche. L'analisi si sviluppa in due direzioni: in primo luogo, la disciplina dei diritti del minore transessuale è inquadrata nell'ambito del riparto di competenze tra Stati e Federazione e, parallelamente, della divisione dei poteri tra esecutivo e giudiziario. In secondo luogo, il saggio colloca il fenomeno del transessualismo nei minori nella prospettiva del costituzionalismo dei diritti, indagando gli argomenti sostanziali a supporto delle pretese di riconoscimento e tutela avanzate da coloro che esprimono un'identità di genere diversa dal sesso biologico di appartenenza.

The essay deals with transgender youth in the perspective of American constitutional law, focusing on the recent disputes between states and the federal government concerning access to school facilities. The analysis is developed in two directions: firstly, it addresses the regulation of transgenders' access to school facilities with specific attention to federalism and the functioning of the frame of government. Secondly, the essay investigates the substantive arguments in support of the claims of minors expressing a gender identity non-conforming with their biological sex.

* Dottoranda in diritto costituzionale comparato presso l'Università di Trento.
** Assistant professor di diritto costituzionale presso l'Università Luigi Bocconi.
Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

Il saggio contiene riflessioni comuni alle due autrici. Tuttavia, Graziella Romeo ha scritto i paragrafi 1 e 4, Nausica Palazzo i paragrafi 2 e 3. Il paragrafo 5 è stato redatto congiuntamente dalle due autrici.

1. Introduzione: l'argomento anti-discriminatorio e il transessualismo

Il 28 ottobre scorso la Corte Suprema degli Stati Uniti ha concesso il *certiorari* sul caso *Gloucester County School Board v. G.G.*[1]. La sentenza appellata[2] aveva dichiarato in violazione del Title IX dell'Education Amendments Act la *policy* della commissione scolastica dello Stato della Virginia che impediva agli studenti di utilizzare servizi igienici diversi da quelli assegnati al proprio sesso biologico[3]. L'alunno G.G., diciassettenne al momento del ricorso, non aveva subito alcun intervento per il cambio del sesso e ambiva a utilizzare il bagno riservato alle allieve sulla base della sua percepita appartenenza al genere femminile. Lo School Board della Virginia adotta però un codice di condotta che impedisce agli studenti l'utilizzo dei bagni sulla base della loro asserita appartenenza ad un genere diverso da quello riportato nel documento anagrafico. Ad avviso del Fourth Circuit il comportamento dello School Board integra una violazione della disposizione dell'Education Amendments Act che proibisce la discriminazione sulla base del sesso nella fruizione dei servizi e delle attrezzature scolastiche. L'interpretazione della corte di circuito si fonda, peraltro, sulla chiarificazione del contenuto della disposizione offerta da una circolare (la c.d. *Dear Colleague Letter*, sui cui si tornerà *infra*) del Dipartimento dell'Educazione. Il caso giunge così alla Corte su ricorso della scuola che contesta l'interpretazione estensiva della norma contenuta nel Title IX.

La circostanza per cui la Corte Suprema ha accettato di essere investita della decisione conferma la centralità che il tema del transessualismo giovanile ha guadagnato tanto nella pratica del diritto, quanto nella riflessione giuridica americana negli ultimi due anni. Per un verso, dopo i primi casi di discriminazione e persino violenza ai danni di studenti transessuali la comunità dei giuristi ha ritenuto di dover affrontare la questione non più nella prospettiva dell'intervento emergenziale, ma della sistematizzazione nell'ambito più generale del diritto antidiscriminatorio[4]; per altro verso, il movimento LGBT, dopo la nota pronuncia *Obergefell v. Hodges*, ha assunto la tutela giuridica del transessuale quale nuova frontiera delle lotte per il riconoscimento dei diritti[5]. In altri termini, il fenomeno acquista finalmente un'autonomia rispetto agli altri profili di rivendicazione comunque riconducibili alla libertà nella sfera sessuale. A tale autonoma rilevanza nel momento della difesa della pretesa di protezione non corrisponde però, come si cercherà di dimostrare più avanti, un'autosufficienza di tipo concettuale.

Il fenomeno del transessualismo è ricondotto, infatti e per taluni versi forzosamente, a categorie antidiscriminatorie già esistenti, con l'effetto di privare gli argomenti a difesa dei diritti (in specie, ma non solo) dei minori che esprimono un'identità di genere diversa dal sesso biologico delle opportunità di tutela dischiuse da percorsi argomentativi alternativi.

Il contenzioso è, infatti, tutto incentrato sulla legittimità di una interpretazione del Title IX che includa nella definizione di discriminazione sulla base del sesso, anche il trattamento discriminatorio fondato sulla negazione dell'identità di genere. In altri termini, la strategia cui i ricorrenti si oppongono tende ad avvicinare, ai fini dell'applicazione del diritto antidiscriminatorio, la diversità di genere e la diversità di sesso, secondo un percorso argomentativo che contraddice invece la tesi dell'opportunità di tenere distinti i due piani che pure concorrono a definire la condizione dell'individuo dal punto di vista giuridico. La pensabilità di una distinzione tra il dato dell'appartenenza ad un certo sesso biologico e l'espressione dell'identità di genere giustifica infatti la pretesa di tutela giuridica del transessualismo come condizione soggettiva.

Tale percorso argomentativo evidenzia, dunque, un'incoerenza rispetto alla ricostruzione tipica delle questioni giuridiche che attengono alle rivendicazioni dei diritti della comunità LGBT.

1 Docket No. 16-273, certiorari granted 10 October 2016. Per gli ultimi *briefs* pubblicati a gennaio sul sito della Corte Suprema, v. il seguente URL: <http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2017/01/16-273-pet-merits-brief.pdf> [ult. acc. 12 gen. 2016].

2 La pronuncia era stata resa dalla Corte di appello del Quarto Circuito. La parte soccombente aveva chiesto il *rehearing en banc*, ossia una sorta di appello endo-procedimentale in seduta plenaria, che le è stato negato con la pronuncia *G.G. v. Gloucester County School Board*, 4th Cir., May 31, 2016.

3 Pub. L. no. 92-318, 86 Stat. 235 (June 23, 1972), 20 U.S.C. §§ 1681–1688.

4 V. H.V. Franson, *The Rise of the Transgender Child: Overcoming Societal Stigma, Institutional Discrimination, and Individual Bias to Enact and Enforce Nondiscriminatory Dress Code Policies*, in 84 *U. Colo. L. Rev.* 497 (2013), R.E. Moffitt, *Keeping the John Open to Jane: How California's Bathroom Bill Brings Transgender Rights out of the Water Closet*, in 16 *Geo.J.Gender & L.* 476 (2015) e *Transgender Youth and Access to Gendered Spaces in Education*, in 127 *Harv. L. Rev.* 1722 (2013-2014).

5 Sul punto v. K.M. Barry, B. Farrell, J.L. Levi, N. Vanguri, *A Bare Desire to Harm: Transgender People and the Equal Protection Clause*, in 57 *B.C.L. Rev.* 508 (2016).

A ben vedere, l'incongruenza è però solo strategica perché determinata dalla necessità di ampliare le maglie del Title IX, sulla base di un'interpretazione estensiva fondata sulla volontà del legislatore, non già su un'asserita obiettiva intrinseca inerenza della categoria del genere a quella del sesso biologico. Un'opzione interpretativa di questo tipo conferma semmai che gli studi di genere beneficiano di contributi di tradizioni scientifiche, disciplinari e di dottrine politiche assai diverse[6], con conseguenze sul piano della difficoltà di sistematizzazione dei risultati particolarmente evidenti nel momento della *vindication* dei diritti.

L'argomentazione in punto di diritti fondamentali non è, ad ogni modo, l'unico profilo di indagine a chiamare direttamente in causa il diritto costituzionale. Vi sono infatti altre questioni di rilevanza costituzionale che verranno qui trattate in quanto immediatamente connesse al problema della realizzabilità di una tutela dei diritti del minore transessuale. Il riferimento è alle prerogative dell'amministrazione scolastica nella decisione in merito alle politiche educative, le quali possono essere censurate nell'ipotesi in cui integrino uno dei tipi di discriminazione ai danni degli allievi contenuti nell'*Education Amendments Act*. Nel caso di specie, l'autonomia nella determinazione delle *policy* scolastiche sull'utilizzo di servizi e attrezzature si giustifica, infatti, in ragione dell'asserita immediata rilevanza della condotta vietata ai fini del perseguimento degli obiettivi educativi dell'istituzione. In altri termini, l'argomento addotto da tutti i distretti scolastici sinora interessati, a vario livello, dal contezioso in materia di diritti dell'alunno transessuale è rappresentato dalla difesa dell'autonomia nella definizione degli indirizzi educativi della scuola posta l'interferenza che il fenomeno del transessualismo realizzerebbe proprio e direttamente rispetto agli obiettivi pedagogici dell'istituzione.

Tale difesa è indirizzata innanzitutto verso l'intervento del Dipartimento dell'Educazione e di agenzie federali — quali l'Office of Civil Rights istituito presso il Department of Education —, i quali hanno diramato circolari interpretative volte a vietare alle commissioni scolastiche l'adozione di politiche discriminatorie nei confronti di studenti transessuali. Per la Corte Suprema, che ha garantito il *certiorari* anche rispetto a questo specifico profilo, si tratta dunque di un'occasione per ridefinire i limiti del vincolo interpretativo realizzato da atti di questo genere, dopo lo storico precedente *Auer v. Robbins*[7], soprattutto nell'ottica di contenere quei fenomeni di "resistenza" di impronta statale che hanno caratterizzato e stanno caratterizzando il cammino dei diritti della comunità LGBT negli Stati Uniti[8]. La questione dell'autonomia dei distretti scolastici sollecita, dunque, riflessioni che attengono sia alla definizione dei limiti dell'espressione di un potere di questo genere quando esso intersechi indirizzi politici apertamente contrari[9], sia alla ricaduta in termini di tutela dei diritti dei soggetti discriminati.

Per gli studiosi del tema delle discriminazioni, il contenzioso americano offre invece la possibilità di comprendere quali siano in concreto il peso delle argomentazioni di genere nella realizzazione di una tutela giuridica del soggetto discriminato, in specie quando le istituzioni che recepiscono indicazioni anti-discriminatorie oppongono atteggiamenti di "resistenza".

La prospettiva di studio qui presentata si propone di affrontare i due profili, quello dell'analisi della disciplina dei diritti del transessuale nella prospettiva della separazione dei poteri e quello dell'indagine sul fenomeno del transessualismo nella prospettiva del diritto costituzionale dei diritti, nell'ottica di comprendere quali siano gli ostacoli alla e le *chances* di tutela dei diritti delle persone che esprimono un'identità *transgender* invece che *cisgender*.

6 Sul punto v. P. Persano, S. Rodeschini, *Studi di genere e storia del pensiero politico. Dalla revisione del canone al femminismo come metodo*, in *Storia del pensiero politico*, 2, 2014, 312.

7 519 U.S. 461 (1997). In tale sentenza la Corte aveva infatti stabilito che le corti, nell'applicare un atto di normazione del governo federale, avrebbero dovuto impiegare l'interpretazione fornita dall'agenzia che lo aveva emanato, a meno che tale ricostruzione fosse *"plainly erroneous or inconsistent with the regulation"*. Il collegio ha, ad ogni modo, lasciato intendere che non procederà con l'*overruling* di questo storico precedente. Su questi aspetti v. *Supreme Court Will Hear Title IX Transgender Discrimination Case and Challenging Social Media Restriction on Sex Offenders*, in *LGBT Law Notes*, November 2016, 457.

8 Sul punto v. M.J. Klarman, *From the Closet to the Altar: Courts, Backlash, and the Struggle for Same-Sex Marriage*, Oxford, Oxford U.P., 2013.

9 Su questi aspetti v., in prospettiva storica, G.F. Ferrari, *Localismo ed eguaglianza nel sistema americano dei servizi sociali*, Padova, Cedam, 1984, 65-66. L'A. in proposito osserva che, almeno negli anni che vanno dal 1950 al 1984, "la giurisprudenza ha fornito, con pochissime e quasi impercettibili oscillazioni, stabile supporto all'incessante rafforzamento del controllo statale sulla struttura e sull'azione delle autorità locali preposte alla gestione del servizio [scolastico]".

2. La *Dear Colleague Letter* del Dipartimento di Giustizia e del Dipartimento di Istruzione del 13 maggio 2016

Il 13 maggio 2016 il Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti ("DoJ") e il Dipartimento di Istruzione ("DoE") indirizzano una *"Dear Colleague Letter"* (o *"Joint Letter")* alle scuole, nell'intento di chiarire l'ambito di applicazione delle disposizioni del Titolo IX e annessi regolamenti di attuazione. Nella fattispecie, i chiarimenti riguardano la relativa applicabilità agli studenti transessuali. Con tale strumento l'amministrazione dà veste formale alle precedenti dichiarazioni a sostegno di una maggiore protezione degli studenti transessuali. A più riprese, come si avrà modo di chiarire, il DoE ha ribadito, difatti, la necessità di interpretare la discriminazione sulla base del "sesso" come includente anche la discriminazione sulla base dell'identità di genere, e, quindi — con un ulteriore balzo logico-interpretativo —, dello status di transessuale. Ne consegue che ogniqualvolta nel Titolo IX e nei regolamenti attuativi ricorra il lemma "*sex*", questo deve essere interpretato non nel senso di "sesso biologico", ma più correttamente come "identità di genere", ossia come quel processo di *spontanea* adesione a uno dei due generi.

In premessa si chiarisce la natura interpretativa della lettera. Natura che può desumersi anche dai numerosi esempi e *best practices* riportati in allegato, per assistere le amministrazioni scolastiche nell'adempimento dei propri obblighi giuridici. Si precisa, inoltre, che "tale guida non integra in alcun modo la legge applicabile"[10], nella mal fondata convinzione di prevenire il contenzioso. La questione è invero molto più complessa e sarà affrontata nel paragrafo dedicato al principio di separazione dei poteri (*infra* para. 4.).

Una precisazione di grande importanza riguarda il modo attraverso il quale definire l'identità di genere dello studente. Se n'è anticipata in parte la risposta nel parlare di identità di genere come "processo di *spontanea* adesione a uno dei due generi". L'identità rilevante è conseguentemente quella "asserita" dallo studente e notificata all'istituzione scolastica, indipendentemente da qualsiasi accertamento, diagnosi medica ovvero precedente trattamento sanitario.

Più in dettaglio, la lettera si articola in quattro sottoparagrafi riguardanti: 1. un ambiente sicuro e privo di discriminazioni; 2. i documenti d'identità, l'uso di nomi e pronomi; 3. le attività e strutture "*sex-segregated*" (destinate a studenti di sesso diverso); 4. la tutela della *privacy*. Nella parte *sub* 1. la violenza fisica subita in ragione dell'identità di genere, dello status di transessuale o di persona in fase di transizione è da intendersi come violenza per ragioni di sesso (conseguentemente proibita dal Titolo IX). Il secondo sottoparagrafo sancisce parimenti un obbligo giuridico per le scuole di trattare gli studenti transessuali, quanto all'uso di nomi e pronomi, in maniera conforme alle loro scelte e indipendentemente dal genere indicato nei documenti di identità o registri scolastici. Se poi la parte *sub* 4. indica accorgimenti atti a tutelare la *privacy* degli studenti transessuali (es. l'obbligo di modificare su richiesta i registri per adeguarli al nuovo genere), la terza parte contiene le indicazioni forse più interessanti ai fini della presente analisi, che vedremo essere oggetto di contestazione da parte degli Stati.

Il Titolo IX riconosce la facoltà di prevedere che alcuni segmenti di strutture scolastiche siano *sex-segragated*: armadietti, docce, spogliatoi, residenze. Quest'ultimo, riconosce inoltre la facoltà di destinare specifiche attività o corsi[11] a studenti di un determinato sesso. Cionondimeno, mediante la *Joint letter*, si chiarisce che tali strutture o attività debbano essere rese fruibili agli studenti transessuali. Resta salva la facoltà per le scuole di istruzione primaria e secondaria a carattere non professionale, e per college privati di mantenere "*single-sex schools*" (e ammettere soli studenti cisessuali), non rientrando queste ultime nell'ambito di applicazione del Titolo IX.

La *joint letter* si inserisce in realtà all'interno di un trend molto più ampio, volto a includere nella definizione di "sesso" l'identità di genere a tutti i livelli dell'amministrazione federale (e, tramite lo strumento dei *conditional grants*, statale). Come corsivamente anticipato, a più battute la pubblica amministrazione americana ha interpretato estensivamente il Titolo IX, nell'ambito dell'istruzione scolastica, ed il Titolo VII, in materia di impiego, allo scopo di proteggere non solo le donne ma anche i transessuali. Nel 2010, quando viene circolata una *Dear colleagues letter* del Dipartimento dell'Istruzione, per proibire la discriminazione a danno degli studenti transessuali nel perimetro dell'istruzione scolastica; nell'aprile 2014, quando attraverso uno *statement*, il DoE dichiara la necessaria estensione del divieto di

10 *Dear Colleague Letter on Transgender Students of the U.S. Department of Justice Civil Rights Division and U.S. Department of Education Office for Civil Rights*, p. 1, disponibile al seguente URL: <http://www2.ed.gov/about/offices/list/ocr/letters/colleague-201605-title-ix-transgender.pdf> [ult. acc. 22 ott. 2016]. *Verbatim*: "[*T*]*his guidance does not add requirements to the applicable law*".

11 Ai sensi del 34 C.F.R. § 106.34 (a), (b) le scuole d'istruzione primaria e secondaria a carattere non professionale possono offrire corsi, distinguendo gli studenti sulla base del sesso, al ricorrere di circostanze individuate.

discriminazione alle condotte a danno di transessuali e soggetti non in grado di conformarsi agli stereotipi di mascolinità o femminilità; nel dicembre 2014, quando il Procuratore generale Holder dichiara l'estensione della nozione di "sesso" di cui al Titolo VII altresì all'identità di genere ed allo status di transessuale; nel febbraio 2015, quando l'Occupational Safety and Health Administration ("OSHA") riconosce il diritto dei lavoratori all'utilizzo di strutture corrispondenti ala propria identità di genere. In ultimo, in reazione alla legge del 22 febbraio 2016 del Parlamento della Carolina del Nord, mirante a mantenere una distinzione nell'accesso alle strutture scolastiche e dell'amministrazione pubblica fondata sulla base del sesso biologico, la Commissione per le Pari Opportunità di Impiego ("EEOC") diffonde una scheda informativa allo scopo di ribadire l'inclusione dell'identità di genere nel divieto di discriminazione sulla base del sesso di cui al Titolo VII; cui si aggiunge, a breve distanza di tempo, l'esternazione del Dipartimento di Giustizia del 4 maggio, statuente l'incompatibilità tra la legge della Carolina del Nord, da una parte, e il Titolo VII ed il Titolo IX, dall'altra.

3. La disciplina dei diritti del minore transessuale nella prospettiva della separazione dei poteri

Le disposizioni contenute nella *Joint letter*, sia subito chiarito, seppur pregevoli sul piano politico e di *policy* governativa, sollevano numerose questioni di diritto costituzionale. Si profila, in particolare, una tensione tanto con il principio di separazione verticale quanto orizzontale dei poteri.

Nell'analizzare il profilo della separazione verticale viene in gioco la nozione di sussidio economico condizionato (c.d. *conditional grant*). L'erogazione dei sussidi condizionati, autorizzata dalla *spending clause* dell'art. I, §8, cl. 1 della Costituzione, consegna al Governo federale un potere di intervento potenzialmente illimitato, ben al di fuori delle materie rientranti nella propria sfera di competenze. Nel caso in cui ricorra una materia non riservata alla Federazione, quest'ultima, conscia di non poter imporre obbligazioni agli Stati al di fuori di quelle volontariamente assunte, introduce una serie di condizioni al cui rispetto è subordinata l'erogazione dei fondi federali. Tale strumento consegna inoltre una notevolissima "forza contrattuale" al Governo federale poiché, se da un punto di vista squisitamente formale a Stati, istituzioni substatali, associazioni e istituzioni private è consentito esimersi dal rispetto di dette condizioni, d'altra parte la possibilità di rinunciare ai sussidi è del tutto virtuale e impraticabile.

Ora, il divieto di differenziare le strutture scolastiche sulla base del sesso biologico, sotto minaccia di sospendere l'erogazione di "tutti" i fondi federali destinati all'istruzione, si pone in aperto contrasto con il X emendamento, e in particolare con l'interpretazione fornitane dalla Corte Suprema in *National Federation of Independent Business (NFIB) v. Sebelius*. In tale occasione, per la prima volta, la Corte decise di dichiarare incostituzionale un sussidio condizionato per violazione del X emendamento (applicando la dottrina "Dole" enunciata nel lontano 1987)[12]. Nella specie trattavasi dei fondi connessi al programma Medicaid, che, in base all'Affordable Care Act (ACA), sarebbero stati revocati *in toto* se gli Stati non avessero applicato il programma di espansione della copertura sanitaria introdotto da Obama. Secondo i giudici, mentre la sospensione di tutti i fondi destinati alla sanità era da giudicarsi incostituzionale, non così la mancata erogazione dei soli fondi connessi all'espansione del Medicaid. L'introdotto criterio di pertinenza e proporzionalità delle condizioni di accompagnamento del *grant* induce quindi a ritenere la "minaccia" contenuta nella *Joint letter* in contrasto con il X emendamento.

Sotto il secondo profilo, sembra parimenti che il principio di separazione orizzontale sia a rischio forzatura. La *Dear Colleague Letter* è grossomodo equiparabile ad una circolare interna che, nell'ambito del Potere esecutivo[13], ha la funzione di offrire supporto nell'interpretazione e applicazione di una legge (o regolamento). Tuttavia, è possibile che attraverso un simile strumento giuridico si introducano surrettiziamente nuovi elementi o condizioni alla legge interpretanda. La precisazione è di particolare rilievo per due ragioni: perché sarà uno dei motivi sui quali si appunteranno le censure degli Stati; e poiché si registra un ricorso sempre più significativo a tali strumenti all'interno del Dipartimento dell'Istruzione

12 Giusta i requisiti della dottrina "Dole", perché un sussidio possa ritenersi conforme a Costituzione *"[the] condition must be related to the particular national projects or programs to which the money was being directed"*.

13 La *Dear Colleagues Letter* ha una diversa funzione nell'ambito del Potere legislativo. Ivi, è una forma di corrispondenza ufficiale dei parlamentari o del personale della Camera o del Senato; viene di solito circolarizzata per indurre i colleghi deputati o senatori a respingere o fare la quadra intorno a una legge. Per una descrizione del crescente ricorso a *Dear Colleagues Letters* nel Congresso americano, v. K. Beatty, *Congress and the Shaping of the Middle East*, Seven Stories Press, 2016, cap. 6.

— ricorso non sempre ortodosso, a dire di alcuni studiosi di diritto costituzionale[14]. Non è casuale che la battaglia giudiziale si giocherà lungo il crinale che separa le *interpretative rules* dalle *legislative rules.*

In particolare, l'episodio è da ascriversi alla prassi dell'"*unorthodox rulemaking*"[15], che con incidenza crescente sta interessando l'amministrazione federale e il concreto atteggiarsi della sua azione esterna. Alla base del fenomeno possono rinvenirsi diverse cause. Questa non è certamente la sede opportuna per ripercorrerle; basti notare che negli ultimi anni è sempre più evidente il nesso, in termini di causalità e non di mera correlazione, tra il *rulemaking* eterodosso e la c.d. polarizzazione (divaricazione delle posizioni delle fazioni politiche)[16]; oltre che tra *rulemaking* eterodosso e i casi di governo diviso[17]. Una sintetica fenomenologia di quanto sta accadendo porta ad individuare almeno tre tendenze di rilievo: la produzione di regolamenti *omnibus*, ossia pacchetti di norme regolamentari contenenti diverse misure o riunenti materie eterogenee all'interno dello stesso strumento normativo; la decretazione d'urgenza o per "giusta causa", che esenta formalmente l'amministrazione dall'invio della *notice of proposed rulemaking* (NPRM), e che nel torno di sette anni (2003-2010) coincideva con, circa, il 40 per cento del totale dei regolamenti; il ricorso, infine, a circolari interpretative, FAQs e altri strumenti informali, anche allo scopo di precedere o pretermettere interventi legislativi.

È precisamente nell'ultimo dei tre ambiti che qui ci si muove. Una ricostruzione del contenzioso tra gli Stati e la Governo federale può risultare di aiuto alla comprensione dei termini e della portata del fenomeno.

Il più rilevante caso riguarda *Texas v. United States*[18], pendente dinanzi una corte distrettuale federale del Texas. Il 25 maggio 2016 ben undici Stati, infatti, impugnano la *Joint letter* nel Distretto del Nord del Texas. Tra gli attori in giudizio figurano Texas, Alabama, Arizona, Georgia, Louisiana, Maine, Oklahoma, Tennessee, Texas, Utah, West Virginia e Wisconsin, cui si aggiungono nel mese di luglio Mississippi e Kentucky, per un totale di 13 Stati. La causa condurrà poi all'emanazione di un provvedimento cautelare in favore dei ricorrenti, con conseguente sospensione dell'efficacia degli strumenti in questione.

Nella domanda cautelare[19] gli attori contestano la circolare — nonché le dichiarazioni del DoE e DoJ tendenti a includere nel perimetro applicativo del Titolo IX e VII anche la discriminazione di genere — sulla base di tre linee argomentative:

1) Violazione delle norme procedimentali di cui all'*Administrative Procedure Act* ("APA"), e in particolare dell'obbligo di notificare l'inizio del procedimento di redazione della circolare e del correlato diritto degli Stati di partecipare al procedimento (c.d. "notice and comment")[20].

2) Incompatibilità sostanziale delle nuove regole con i Titoli IX e VII.

3) Violazione delle norme procedimentali, e in particolare dell'obbligo di notificare e consentire la partecipazione degli Stati al procedimento, in materia di decisioni concernenti i programmi di spesa (violazione indiretta della *Spending Clause*).

Il terzo motivo è presto dimostrato dall'enorme impatto economico che avrebbe il mancato rispetto delle regole federali, ossia la perdita di fondi che ad esempio nel caso del Texas ammontano al 20 per cento del totale della spesa destinata all'istruzione primaria e secondaria.

La prima censura si fonda invece sulla distinzione tra *interpretative rules* e *legislative rules*. La circolare dichiara in apertura la sua natura interpretativa e non già integrativa della legge, e tuttavia i ricorrenti contestano tale inquadramento. La distinzione è di grande importanza se si considera che, se davvero si trattasse di regole di natura interpretativa, queste sarebbero sottratte all'obbligo di "*notice and comment*" di cui alla legge sul procedimento amministrativo. Se al contrario venissero inquadrate come regole con funzione attuativo-integrativa della legge (*legislative rules*), andrebbero rispettate le garanzie di parteci-

14 Già in passato l'emanazione di circolari sostanzialmente integrative da parte del DoE aveva sollevato numerose perplessità in dottrina. Da ultimo, si segnala l'emanazione di una *Dear Colleague Letter* in materia di gestione di procedimenti per violenza sessuale nelle scuole. Si veda in proposito la lettera aperta di 21 professori di diritto "*Law Professors' Open Letter Regarding Campus Free Speech and Sexual Assault*", disponibile qui: <www.saveservices.org/wp-content/uploads/Law-Professor-Open-Letter-May-16-2016.pdf> [ult. acc. 2 ott. 2016].

15 A.R. Gluck, A.J. O'Connell, R. Po, *Unorthodox Lawmaking, Unorthodox Rulemaking*, in *Columbia Law Review,* Vol. 115, No. 1, 2015; *Developments in the Law: Presidential Authority*, in *Harvard Law Review*, Vol. 125, No. 8 (2012), pp. 2057-2156.

16 G.E. Metzger, Agencies, *Polarization and the States*, in *Columbia Law Review*, Vol. 115, No. 7 (2015), pp. 1739-1787.

17 C.R. Farina, G.E. Metzger, *Introduction: The Place of Agencies in Polarized Government*, *Columbia Law Review*, Vol. 115, No. 7 (2015), pp. 1683-1687.

18 *Texas v. United States* (N.D. Tex.), Civil action No. 7:16-cv-00054-O.

19 *Texas v. United States* (N.D. Tex.), Complaint for Declaratory and Injunctive Relief, May 25, 2016.

20 5 U.S.C. § 553(b)-(c).

pazione al procedimento. Sulla scorta della giurisprudenza delle corti federali, i ricorrenti affermano la natura integrativa delle regole fissate dall'amministrazione Obama. Sono da considerarsi tali, infatti: le regole che vanno ad incidere su precedenti diritti o obblighi giuridici[21]; le regole di rango sublegislativo inconciliabili con precedenti disposizioni legislative (e quindi modificative di precedenti disposizioni legislative)[22]; le regole, infine, la cui natura vincolante è desumibile dal testo o rintracciabile in fase applicativa[23].

La seconda censura (facente perno sull'incompatibilità delle nuove regole con il Titolo IX e VII) è forse la più interessante, per gli scopi di questa breve trattazione. Con una lucida argomentazione imperniata sulla *legislative history*, gli attori ricostruiscono la volontà del Congresso in sede di redazione ed approvazione del Titolo VII e del Titolo IX. La ricostruzione prospettata dalla parte attorea si appunta, come è facile immaginare, sul significato originario del termine "sesso": nel contesto storico-politico in cui gli *statutes* furono emanati il termine indicava le sole differenze di natura biologica tra uomo e donna (*rectius*, maschio e femmina). L'emersione della nozione di identità di genere sarebbe, al contrario, piuttosto recente (risalendo all'incirca al 1963) e farebbe riferimento a differenze di carattere psicologico-attitudinale e culturale, non già biologico.

Secondo i ricorrenti, in sede di discussione parlamentare, quando emerse la preoccupazione che il Titolo IX avrebbe comportato la creazione di strutture scolastiche "unisex", in violazione della privacy degli studenti, fu approvato un apposito emendamento volto a consentire la costruzione di specifiche strutture da distinguersi sulla base del sesso biologico (appunto: bagni, docce, spogliatoi, dormitori, etc.). Successivamente, negli anni Settanta il Congresso ebbe a discutere numerosi emendamenti legislativi miranti ad includere la discriminazione basata sul "genere" tra il novero delle discriminazioni vietate dal Titolo VII e IX. Eppure nessuna di tali iniziative ottenne l'avallo parlamentare[24]. Infine, facendo perno su un argomento *a contrario* (*ubi lex voluit dixit*), gli attori richiamano i casi in cui il legislatore ha espressamente aggiunto la categoria della discriminazione scaturente da una specifica identità di genere. Tra questi: la legge contro la violenza nei confronti delle donne[25] e la legislazione penale in tema di crimini dell'odio[26]. Non altri. Il problema viene conseguentemente ricostruito in termini di mancato rispetto della gerarchia delle fonti dell'ordinamento.

I convenuti ribadiscono in giudizio la natura interpretativa delle regole, perciò sottratte all'applicazione della legge sul procedimento amministrativo. Ciò sull'assunto che il testo di legge è ambiguo e necessita perciò stesso di chiarimenti di carattere "pragmatico". Ora, chi ha dimestichezza con il diritto processuale civile americano sa che, per ottenere il provvedimento cautelare, gli attori hanno l'onere di dimostrare "the likelyhood of success on the merits". In esito al giudizio cautelare la Corte ritiene il *fumus* dimostrato, facendo in particolare leva sulla natura non ambigua del testo di legge, nonché del regolamento di cui alla § 106.33 (passaggio centrale nell'economia della delibazione del giudice cautelare). La *ratio legis* viene anzi chiarita in maniera adesiva rispetto alle prospettazioni attoree, secondo le quali il testo "*was designed to separate students based on their biological differences because they have a privacy right to avoid exhibiting their 'nude or partially nude body, genitalia, and other private parts' before members of the opposite sex*". Conseguentemente, deve ritenersi che l'amministrazione federale abbia violato la legge sul procedimento amministrativo, tanto nel non aver garantito la partecipazione a detto procedimento, quanto nell'aver surrettiziamente integrato un testo di legge[27], che non menziona affatto l'identità di genere (e lo *status* di transessuale) tra i motivi di discriminazione.

21 *Chrysler Corp. v. Brown*, 441 U.S. 281, 302 (1979); *Morton v. Ruiz*, 415 U.S. 199, 232 (1974); *Nat'l Family Planning & Reprod. Health Ass'n, Inc. v. Sullivan*, 979 F.2d 227, 238 (D.C. Cir. 1992).

22 *Homemakers North Shore, Inc. v. Bowen*, 832 F.2d 408, 412 (7th Cir. 1987); *Phillips Petroleum Co. v. Johnson*, 22 F.3d 616 (5th Cir. 1994); *Shell Offshore Inc. v. Babbitt*, 238 F.3d 622 (5th Cir. 2001).

23 "*[A]n agency rule is legislative 'if it either appears on its face to be binding, or is applied by the agency in a way that indicates it is binding'*", *Gen. Elec. Co. v. EPA*, 290 F.3d 377, 383 (D.C. Cir. 2001). In particolare, qui gli Stati richiamano la frequenza con cui ricorrono termini come "*must*", "*require*", e "*requirement*" (circa 25 volte).

24 Mentre fu approvato un emendamento *ad hoc* per includere nella nozione di "sesso" altresì la gravidanza e la maternità ("*pregnancy, childbirth and related conditions*").

25 *Violence Against Women Act* 2013, v. in part. 42 U.S.C. § 13925(b)(13)(A).

26 18 U.S.C. § 249, v. in part. 18 U.S.C. § 249(a)(2).

27 La contraddittorietà con il Titolo VII, IX e con la § 106.33 rileva ai sensi della § 706 dell'APA, che consente di disapplicare le norme dell'amministrazione contrastanti con fonti di rango superiore.

Tuttavia, il caso non può dirsi certamente chiuso. Non solo perché la Corte Suprema ha accettato di pronunciarsi sulla questione[28]. Ma anche dal momento che le recenti pronunce in casi in tutto simili da parte dei giudici federali sembrano giungere ad esiti opposti. Il riferimento è innanzitutto alla sentenza che ha dato luogo al *writ of certiorari* della Corte Suprema. Sentenza in cui la Corte di appello del quarto circuito rileva un'incompatibilità tra regolamento scolastico mirante alla *sex-segregation* e il Titolo IX. Da ultimo, infine, una Corte distrettuale dell'Illinois, dopo aver ricevuto una richiesta di sospensione cautelare, tra le altre, della circolare del DoJ e DoE, emana una raccomandazione nel senso di negare il rimedio cautelare[29]. Ciò sull'assunto che:

> *The law in the Seventh Circuit concerning the meaning of the term "sex" as used in Title IX may be in flux. Just last week, the Seventh Circuit vacated a decision by a panel of that court that adhered to a longstanding interpretation of the word "sex" in the almost identically worded Title VII of the Civil Rights Act of 1964 ("Title VII"), 42 U.S.C. § 2000e et seq., as very narrow, traditional and biological*[30].

Ne deriva un difetto del requisito del *fumus boni iuris*, stante la difficoltà di interpretare con sicurezza il lemma "*sex*" (come includente le sole distinzioni biologiche tra i due sessi). Il parere appare interessante sotto un ulteriore profilo: in esso si afferma che gli studenti, in esito al complesso bilanciamento tra *privacy* e divieto di discriminazione — e quindi principio di uguaglianza —, non godono di un "diritto costituzionalmente tutelato a non condividere gli spogliatoi o i servizi igienici con studenti transessuali"[31]. Il passaggio dimostra quanta parte abbia la formulazione giudiziale del quesito e di quanta discrezionalità sia investito il giudice nel (ri)costruire tale quesito tra le maglie larghe del *due process*. Una formulazione "ab absurdo" del diritto alla *privacy* è evidentemente funzionale al respingimento della domanda attorea, un po' come accadde, sia pur con esiti opposti, nella celebre pronuncia *Bowers v. Harwich*, ove si affermò che gli individui non godono di un *"fundamental right to engage in homosexual sodomy"*[32].

4. Il transessualismo nei minori nella prospettiva del diritto costituzionale dei diritti

La causa pendente di fronte alla Corte Suprema è incentrata su un problema di *statutory interpretation*, ossia sulla possibilità di impiegare le tutele offerte dal diritto antidiscriminatorio ai problemi giuridici sollevati dal transessualismo, grazie a un'interpretazione estensiva del termine "sesso" resa dalla circolare governativa. La dimensione costituzionale del conflitto è, al momento, confinata al piano dei rapporti tra Stati e federazione e, ancora, tra poteri dello Stato, mentre rimangono sullo sfondo gli argomenti fondati sui diritti fondamentali. Non è infrequente, del resto, né che il collegio tenti la via della sdrammatizzazione del conflitto, optando — quando la domanda attorea lo consenta — per la *statutory interpretation* invece che per la costituzionalizzazione della controversia[33], né che le prime tappe della

28 *G.G. v. Gloucester County School Board*, (4th Cir., May 31, 2016), v. *supra* par. 1.

29 Per dovere di completezza conviene chiarire che la corte distrettuale inoltra una richiesta di parere ad un *magistrate judge*, come consente di fare il Codice di procedura civile, tra altri, in caso di decisioni concernenti le misure cautelari. Il passaggio qui riportato è quindi tratto dal "*report and recommendation*" del *magistrate judge*.

30 *Student and Parents for Privacy v. U.S. Department of Education*, No. 1:16-cv-4945 (N.D. Ill. Oct. 18, 2016), p. 3.

31 *Ibidem*, p. 4.

32 *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

33 Il riferimento è qui alla tendenza verso l'impiego della cosiddetta *constitutional avoidance doctrine* (su cui v. W.K. Kelley, *Avoiding Constitutional Questions as a Three-Branch Problem*, in 86 *Cornell L. Rev*. 831, 837, 2001), che rappresenta lo strumento per trasferire la questione di diritto, nella misura in cui la ricostruzione sostenuta dalle parti lo consente, su un terreno diverso da quello del giudizio di costituzionalità, per esempio sanzionando la violazione di un *constitutional right* sulla base della legge federale che prescrive il relativo *remedy*, invece che attraverso l'invocazione di un principio costituzionale. Su questi aspetti v. J.B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, in 7 *Harv. L. Rev*. 129, 144, 1893 l'A. sosteneva che la dichiarazione di incostituzionalità dovesse essere confinata alle ipotesi in cui il giudice non avesse alcun *reasonable doubt* che la norma sottoposta al sindacato di costituzionalità potesse ricevere un'interpretazione conforme alla Costituzione. Grazie alla dottrina della *constitutional avoidance*, il Collegio ha evitato per lungo tempo pronunce in tema di *Equal Protection*, preferendo misurarsi con l'interpretazione delle disposizioni del Civil Rights Act del 1964, la legislazione di attuazione della clausola costituzionale in parola, piuttosto che con l'esegesi del XIV Emendamento. V. per esempio *Lewis v. Chicago*, 130 S. Ct. 2191 (2010) in materia di *facially neutral statutes*.

rivendicazione dei diritti "di categoria" siano caratterizzate dalla soluzione di questioni parzialmente eccentriche rispetto al contenuto essenziale della pretesa di tutela. Così, le censure basate sull'*Equal Protection Clause*, spesso avanzate dai ricorrenti di fronte ai giudici federali, non rientrano tra le questioni sottoposte al *certiorari* della Corte Suprema.

La clausola che sancisce il principio di eguaglianza sembrerebbe essere la base giuridica più adatta alla soluzione dei problemi posti dal fenomeno del transessualismo nei minori. Tale conclusione, intuitivamente fondata, si rivela essere perlomeno affrettata ad un esame più approfondito. Com'è noto, l'*Equal Protection Clause* è declinata in tre diversi standard di scrutinio, dotati di distinti livelli di severità, *rectius* di una crescente capacità di penetrazione del vaglio di legittimità sulle scelte compiute dal legislatore o dall'esecutivo. Il cosiddetto *intermediate scrutiny* esprime una valutazione della discriminazione fondata sulla necessità di identificare un *important interest* e, simmetricamente, una *substantial relation* tra quest'ultimo e la differenza di trattamento posta in essere dall'intervento normativo o dalla condotta governativa[34]. In altri termini, la discriminazione è costituzionalmente legittima soltanto se è possibile rintracciare una correlazione sostanziale tra la discriminazione e l'interesse pubblico che si intende realizzare. La Corte Suprema applica normalmente lo scrutinio intermedio alle differenze di trattamento fondate sul genere, riservando lo *strict scrutiny* soltanto alle cosiddette "*suspect classes*", ossia a quelle categorie di soggetti — individuati sulla base della razza, dell'origine e del sesso — ritenuti particolarmente e sistematicamente colpiti da discriminazione. L'individuazione della classe sospetta si fonda sul ricorrere di quattro elementi tipici della categoria discriminata: una storia di ostilità e stigma sociale; il possesso di un tratto immutabile e visibile; l'emarginazione dai processi politici; l'astratta capacità di contribuire in modo significativo alla società, non inibita dalla caratteristica distintiva che la rende identificabile. Taluni autori hanno avanzato l'opportunità di applicare lo scrutinio stretto anche alle differenze di trattamento giustificate dal transessualismo, argomentando nel senso della evidente rintracciabilità dei quattro elementi tipici della classe sospetta[35]. Argomenti di questo tenore convivono, nella pratica del diritto americano, con il crescente numero di ricorsi fondati su prospettazioni che impiegano invece un *Equal Protection claim* per estendere anche ai transessuali l'applicazione dell'Americans with Disabilities Act (ADA)[36], sul presupposto che l'esclusione dei *gender disorders* dalla lista delle disabilità tutelate dalla legge integri una violazione del principio di eguaglianza[37]. Invero, il ragionamento non poggia sull'affermazione della transessualità come malattia, quanto sulla circostanza per cui le condizioni concrete di vita del transessuale possano generare disturbi della personalità, legati all'impossibilità di vivere serenamente la propria identità di genere. Non è, dunque, il transessualismo in sé a potersi qualificare come *gender disorder*, ma le circostanze fattuali di vita dell'individuo che non corrisponde alle aspettative di comportamento, gusti e preferenze convenzionalmente attribuite dalla società alle persone di un determinato sesso.

L'*Equal protection claim* copre contestualmente strategie argomentative che affermano l'identità di situazione giuridica tra la condizione di transessuale e quella di individuo discriminato sulla base della sua appartenenza sessuale biologica[38] e prospettazioni di segno opposto, volte a isolare il fenomeno del transessualismo, anche nell'ambito delle rivendicazioni avanzate dalla comunità LGBT.

34 L'elaborazione dello scrutinio intermedio si fa tradizionalmente risalire al noto precedente *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 97 S.Ct. 451, 50 L. Ed. 2d 397 (1976).

35 Cfr. K.M. Barry, B. Farrell, J.L. Levi, N. Vanguri, *A Bare Desire to Harm: Transgender People and the Equal Protection Clause*, cit., 551 ss.

36 42 U.S.C. § 12101.

37 Plaintiff's Memorandum of Law in Opposition to Defendant's Partial Motion to Dismiss Plaintiff's First Amended Complaint, 16, *Blatt*, No. 5:14-cv-4822-JFL, 2015 WL 1360179. Su questi aspetti v. C.M. Duffy, *The Americans with Disabilities Act of 1990 and the Rehabilitation Act of 1973*, in C.M. Duffy (ed.) *Gender Identity and Sexual Orientation Discrimination in the Workplace: a Practical Guide*, 2014, 153 ss.

38 Invero un precedente deve essere rintracciato nel caso *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228, 250 (1989) ove la Corte Suprema ha chiarito che un dipendente che alleghi una discriminazione sulla base del sesso può invocare con successo il Title IX se la discriminazione è avvenuta in ragione del fatto che egli non si sia conformato agli stereotipi di genere. La pronuncia è stata richiamata dai ricorrenti nel caso *Doe v. Bell* in materia di *dress code* scolastici che impediscano agli studenti di impiegare un vestiario che dimostri apertamente un'appartenenza di genere non corrispondente a quella determinata dal dato biologico-sessuale. Sul punto v. Z.R. Herz, *Price's Progress: Sex Stereotyping and Its Potential for Antidiscrimination Law*, in
124 *Yale L.J.* 403 (2014). L'A. sostiene che il precedente in questione possa essere proficuamente utilizzato nelle controversie in materia di diritti dei transessuali nonostante sollevi un problema di coerenza rispetto alle ricostruzioni tradizionali che non assimilano la discriminazione sulla base del sesso con quella motivata dall'appartenenza di genere.

Che il principio di eguaglianza sia un'arma potente per la Corte Suprema è evidente; che il collegio ne faccia un uso parsimonioso è però altrettanto chiaro ove si esamini anche solo sommariamente la giurisprudenza di rilevanza costituzionale degli ultimi dieci anni[39].

Per questa ragione, le tesi che propugnano l'opportunità di costruire la rivendicazione dei diritti dei transessuali su questa base giuridica offrono una soluzione intuitivamente chiara, giuridicamente fondata e socialmente suggestiva, benché di non immediato *appeal* presso i giudici supremi. Ciononostante, tali argomentazioni sembrano al contempo non rendere del tutto giustizia alla peculiare posizione del transessuale minore che voglia fondare la propria pretesa di riconoscimento di diritti in specie nell'ambiente scolastico. In ultima analisi, la "debolezza" della pretesa del minore transessuale *vis à vis* l'interesse pubblico — rivendicato dalle istituzioni educative — a limitare la libertà di esprimere un'appartenenza di genere diversa dal sesso biologico pare dipendere dall'asserita inaffidabilità di una siffatta espressione di identità. A bene vedere, le ragioni giustificative delle *policy* che limitano di fatto la libertà di vivere la condizione di transessualità coincidono con l'intento di evitare da un lato l'alterazione delle finalità educative delle istituzioni scolastiche e, dall'altro, il ricorso pretestuoso alla libertà di espressione dell'identità di genere al fine di compiere abusi di natura sessuale. In termini più semplici, le scuole sollevano due problemi. In primo luogo, l'impossibilità di veicolare un messaggio educativo coerente nel momento in cui sia consentito agli allievi di pretendere il riconoscimento di una *gender identity* che ostacola la "fisiologica" convivenza tra i sessi negli spazi educativi, sollevando un problema di *privacy* o che addirittura pone in dubbio la classificazione binaria degli esseri umani, in ragione della possibile individuazione di spazi *gender neutral*. In secondo luogo, le scuole evidenziano il rischio di episodi di violenza, occasionati dalla promiscuità tra persone di sesso biologicamente opposto in spazi privati e non controllati.

L'elemento di problematicità è, dunque, individuato nell'inaffidabilità del minore rispetto all'espressione dell'identità di genere. In effetti, gli Stati che hanno adottato leggi che disciplinano i diritti di accesso ai servizi e alle attrezzature scolastiche da parte dello studente transessuale tendono a richiedere che lo studente si identifichi "*consistently and exclusively*" con un determinato genere sessuale[40]. Ad ottenere protezione è dunque soltanto l'espressione di appartenenza che sia attendibile, cioè fondata su un comportamento coerente e univoco.

Da questa prospettiva, la questione sembra doversi più opportunamente collocare nell'ambito del tema del *Freedom of Speech*. La pretesa dello studente transessuale, dunque, può trovare soddisfazione sulla base di una lettura della libertà di espressione che offra protezione alla libera, nel senso di autonoma e non condizionabile, espressione dell'identità di genere. I requisiti della costanza e dell'univocità dei comportamenti che segnalano una determinata identificazione di genere non devono cioè tradursi nell'apposizione di condizioni per l'esercizio della libertà, specialmente quando il processo di costruzione dell'identità soffre fisiologicamente momenti di tensione e incoerenza.

L'inquadramento della questione nell'ambito della disciplina della libertà di espressione, ossia di un *fundamental right*, implica l'applicazione dello scrutinio stretto e, di conseguenza, la necessità per l'amministrazione pubblica di provare l'esistenza di un *compelling* (e, dunque, non semplicemente *important*) *interest* che giustifica la limitazione della libertà fondamentale. Tuttavia, la concreta probabilità di successo di un'argomentazione di questo genere presso la Corte Suprema dipende dalla riconducibilità della manifestazione dell'identità di genere, nello specifico contesto scolastico, alla categoria del *protected speech*. L'espressione dell'appartenenza di genere tramite l'abbigliamento potrebbe ragionevolmente essere assimilata ad una forma di *protected speech*, dal momento che il modo in cui ci si veste è in grado di veicolare un messaggio, sufficientemente chiaro per l'interlocutore, circa l'identità di genere[41]. Più problematica appare invece la possibilità di includere nella categoria del "discorso protetto" la manifestazione della volontà di accedere ai servizi e alle attrezzature di un sesso diverso da quello biologico. Un argomento di questo genere si presta al pericolo della china scivolosa, dal momento che condurrebbe a sostenere l'incostituzionalità della separazione nell'accesso a taluni spazi aperti al pubblico giustificata sulla base dell'appartenenza sessuale. Per quanto suggestiva, questa tesi sembra assai

39 Sul punto cfr. G.F. Ferrari, *La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2005/2006 e 2006/2007*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2008, 3780 ss. V. inoltre *supra* nota 31.

40 V. per esempio la legge dello Stato della California, School Success and Opportunity Act (AB 1266). Su cui v. R.E. Moffitt, *Keeping the John Open to Jane: How California's Bathroom Bill Brings Transgender Rights Out of the Water Closet*, cit., 477 e 482 ss.

41 V. *Tinker v. Des Moines Indep. Cmty. Sch. Dist*., 393 U.S. 503, 511 (1969), ove la Corte ha chiarito che le scelte di vestiario costituiscono una "*expressive conduct*" se contengono *"an intent to convey a 'particularized message' along with a great likelihood that the message will be understood by those viewing it"*. V. anche *Zalweska v. Cnty. of Sullivan*, 316 F.3d 314, 319 (2d Cir. 2003) e *Spence v. Washington*, 418 U.S. 405, 409(1974). Sul punto v. H.V: Franson, *The Rise Of The Transgender Child: Overcoming Societal Stigma, Institutional Discrimination, And Individual Bias To Enact And Enforce Nondiscriminatory Dress Code Policies*, cit., 520.

poco plausibile nell'ottica del bilanciamento con altri diritti costituzionali, dotati di una protezione consolidata e ampia nella giurisprudenza della Corte Suprema, primo fra tutti il *right to privacy*.

5. Conclusioni

Il saggio ha inteso indagare il tema dei diritti del minore transessuale avendo riguardo alle possibilità di concreta tutela della pretesa di protezione dedotta in giudizio presso le corti federali americane e, da ultimo, davanti alla Corte Suprema.

Un dato che può immediatamente evidenziarsi porta a ritenere "non maturo" o a un "mero stato iniziale" il contenzioso in materia di diritti dei minori transessuali. La conclusione è avvalorata dal fatto che la *litigation* sia, per il momento, interamente incentrata sul principio di separazione orizzontale e verticale dei poteri. Le questioni più strettamente di diritto sostanziale paiono risolte *incidenter tantum*, quando non addirittura evase. Il riferimento è, ad esempio, alla natura ambigua o meno del termine "sex", che occupa un posto tutto sommato marginale nell'ambito delle pronunce analizzate[42].

La coerenza degli argomenti antidiscriminatori è messa a dura prova dalla necessità di ottenere giustizia nel caso concreto. Così, la difesa dei diritti dei transessuali poggia, nell'argomento di coloro che la invocano, sull'opportunità di far coincidere la discriminazione sulla base del sesso con quella fondata sul genere, sull'assunto della prossimità dei due concetti. La vicinanza, se non proprio la coincidenza, tra i due concetti è però l'ostacolo principale alla pensabilità di una tutela in favore di coloro che esprimono un'identità di genere separata, cioè distinguibile, da quella biologica.

Ricostruzioni alternative sostengono l'opportunità di inserire il transessualismo tra i *gender identity disorder*, sebbene precisando come non sia la condizione in sé a determinare la disabilità, quanto la situazione psicologica che vive in concreto chi non riesce a vivere serenamente la propria identità di genere, anche a causa di condizionamenti sociali. In questo modo, si giustificherebbe l'applicazione dell'Americans with Disability Act e l'estensione delle tutele ivi previste. Da altra prospettiva, è stata invece sostenuta la tesi della discriminazione sulla base dell'identità di genere come *suspect class* ai fini dell'applicazione dell'Equal Protection of the Laws, sull'assunto *inter alia* che il transessualismo non rappresenti di per sé una caratteristica personale tale da impedire a chi viva la condizione di transessuale l'attiva partecipazione alla comunità politica e sociale.

Come spesso accade nella decisione di *hard cases*, la Corte Suprema si concentra su aspetti che non attengono immediatamente agli aspetti sostanziali della pretesa giuridica e, dunque, non affronterà apertamente, almeno per il momento, alcuna delle tesi qui prospettate. La circostanza sembra confermare la progressività del percorso riconoscimento dei diritti della comunità LGBT. Al contempo, conferma soprattutto la molteplicità dei contributi che si rendono necessari per assicurare il successo della rivendicazione di diritti controversi, i quali interrogano la società civile attorno al fondamento e alla giustificazione di taluni degli elementi che definiscono le condizioni, spesso indiscusse, della convivenza sociale.

42 Una significativa eccezione è rappresentata dalla pronuncia *Franciscan Alliance, Inc. v. Burwell*, (ND TX, Dec. 31, 2016), con cui una corte distrettuale federale ha di recente emesso un'ordinanza cautelare per "bloccare" l'applicazione del Patient Protection and Affordable Care Act nei casi di aborto e di trattamenti di transizione per la modifica del sesso. Ciò sulla base di un'interpretazione restrittiva, suffragata dai lavori preparatori del testo di legge, del termine "sesso", includente il solo divieto di discriminazione a danno delle donne, e non dei transessuali.

*Federico Ferrari**

Pensare il genere e parlare di genere: distinguere livelli, obiettivi e contesti

Sommario

1. Introduzione – 2. Il genere come fenomeno psico-sociale – 2.1. Il livello epistemologico-transculturale – 2.2. Il livello sociologico-culturale – 2.3. Il livello contestuale-posizionale – 2.4. Il livello intra-individuale – 3. Il "genere" come discorso sul genere – 3.1. Femminismi e *Women Studies* – 3.2. *Sexuality Studies* e *LGBT Studies* – 3.3. I *Gender Studies* – 4. L'attuale "battaglia del Gender" – 4.1. La reazione genderista – 4.2. Dal pensiero sul genere all'obiettivo della comunicazione

Abstract

Alla luce del dibattito pubblico in corso sul tema del genere, vorrei proporre in questo articolo una distinzione tra diversi livelli di significato del termine: 1) il "genere" come fenomeno psico-sociale, 2) il "genere" come concetto utile ad una (auto)riflessione su tale fenomeno e, infine, 3) la "teoria del gender" come distorsione di tale concetto. Sostengo (con molti altri) che tale distorsione sia una caricatura prodotta da un moto reazionario volto a neutralizzare i cambiamenti di organizzazione e potere nel genere (come fenomeno sociale) che si sono prodotti a partire dalla riflessione su di esso, resa possibile dall'esistenza del "genere" (come concetto). Questo permetterà di interrogarci su quali siano le voci attive nel dibattito e quali a nostro avviso dovrebbero essere gli obiettivi del dibattito stesso, riflettendo sull'utilità della divulgazione, i codici comunicativi e i destinatari.

In light of the ongoing public debate on the gender theory, I would like to introduce a distinction between the different layers of the meaning of 'gender'. Firstly, 'gender' as a psychosocial phenomenon. Secondly, 'gender' as a useful tool for a (self)reflection on the phenomenon. Thirdly, the 'gender theory' as a distortion of the concept of gender. I join many others in believing that this distortion is a caricature that was produced by a reaction movement aimed at neutralizing the changes of gender (as a social phenomenon) in its organization and power. These changes originated from the reflection on gender, as enabled by the existence of 'gender' as a concept. This will allow us to question which are the the voices standing out in the relevant debated and which should be the objectives of the debate itself, by thinking about the usefulness of the dissemination, the communication codes, and the targets.

1. Introduzione

Negli ultimi tre anni il mondo delle gerarchie e delle associazioni cattoliche radicali, e dei gruppi dell'estrema destra, ha creato una campagna di allarme sulla cosiddetta *teoria/ideologia del Gender*. Essa è stata descritta come una nuova "teoria anti-umana", degenerazione del femminismo, che considera la psiche come scissa dal corpo e indipendente da esso. Le è stata attribuita la pretesa onnipotente che ciascuno

* Psicologo, psicoterapeuta, didatta di terapia sistemico-relazionale, membro direttivo di SIPSIS (Società Italiana di Psicoterapia per lo Studio delle Identità Sessuali).
Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

possa "scegliere il proprio sesso", nella totale svalutazione di ogni dato biologico. Si è arrivati a suggerire che sotto la sua egida si realizzi un complotto, presumibilmente delle lobby "omosessualiste", per manipolare i più giovani, proponendo nelle scuole di ogni ordine e grado insidiosi programmi educativi, solo apparentemente pensati per un'educazione all'affettività e al rispetto delle differenze, ma volti in realtà ad avvicinare i giovani precocemente al travestitismo e alla masturbazione, confonderli e privarli dei riferimenti identitari fondamentali, con la connivenza o la passività delle istituzioni. I genitori, dunque, sono in questi anni periodicamente richiamati alla loro funzione di vigilanza, affinché non rimangano inerti di fronte alla minaccia incombente sui loro figli.

La comunità scientifica ha ribadito più volte come una simile "teoria" altro non sia che un artificio retorico volto a screditare la "*Gender Theory*"[1], ovvero non la "teoria", ma il filone più che quarantenne di "*studi teorici*" sul genere. Esiste ormai un consenso nel ritenere che sia stato inventato un vero e proprio *fantoccio concettuale*, nella forma di una "teoria ideologica", assolutista e manipolatrice, frutto dell'accorpamento sincopato e storpiato di elementi e citazioni tratti da discorsi relativi a dimensioni e approcci diversi: un'invenzione deliberata per alimentare l'immagine dell'irragionevolezza, della follia settaria, della negazione allucinatoria della realtà di un intero campo di studi, quello appunto del *genere*.

Alla luce di questo surreale dibattito pubblico, tuttora in corso, vorrei proporre in questo articolo una distinzione tra diversi livelli di significato del termine "genere": 1) come *fenomeno* psico-sociale, articolato e analizzato su diversi livelli sistemici, 2) come *concetto* utile ad una (auto)riflessione su tale fenomeno, di cui recupereremo una sommaria genealogia storica e, infine, 3) la "teoria del gender" come *distorsione* di tale concetto. Proverò così ad offrire una cornice di lettura, che possa essere di aiuto tanto nel collocare i contenuti dei diversi contributi scientifici di cui disponiamo, quanto nel dare senso al "complottismo anti-gender" come moto reazionario volto a neutralizzare i cambiamenti di organizzazione e potere nel genere inteso come fenomeno sociale, che hanno le loro radici proprio nella tradizione dei *Gender Studies*. Questo permetterà di interrogarci su quali siano le voci attive nel dibattito e quali a nostro avviso dovrebbero essere gli obiettivi del dibattito stesso al di là di una logica sterile di conflitto. A partire dunque da tali obiettivi ci interrogheremo su quali codici comunicativi siano necessari per passare quale informazione a quale destinatario.

2. Il genere come fenomeno psico-sociale

Parlando di "genere" ci riferiamo ad un *sistema di organizzazione* dell'umano (mentale-culturale-sociale) *intorno all'idea* della differenza sessuale. Tale idea ha assunto per la vita umana una rilevanza trasversale, in parte giustificata dal fatto che il *sesso*, il ripetersi coerente di alcuni tratti morfologici all'origine della categorizzazione sessuale, è un elemento carico di conseguenze, tanto per la fisiologia individuale quanto per l'organizzazione sociale e culturale, non fosse altro per il suo potere procreativo dalle fondamentali implicazioni pragmatiche e simboliche.

Se l'idea della differenza sessuale richiama di per sé la *dualità maschio/femmina*, il genere come fenomeno complessivo non può limitarvisi. Innanzi tutto esso può elaborare tale idea di differenza sia in categorie discrete (due, ma anche tre o più) che su un continuum di polarità. Ma soprattutto, come ogni sistema organizzativo, quale che sia la "norma" che assume a riferimento, diciamo "la dicotomia obbligatoria M/F", esso deve includere accanto a tale "regola organizzativa" il rapporto con le sue violazioni e le sue eccezioni, che questo sia improntato alla disconferma, alla squalifica o alla valorizzazione, a seconda del contesto. Il genere come organizzazione, dunque, anche quando si strutturi sul riconoscimento *esclusivo* di alcune condizioni umane (maschilità e femminilità eterosessuali e complementari), dovrà costituirsi sempre anche di un lato per così dire "oscuro", cioè quella parte operante dell'organizzazione necessaria ad invisibilizzare, escludere, patologizzare e neutralizzare tutto ciò che dalla regola esce, ma che nonostante questa esiste e deve pertanto essere gestito per salvaguardarla.

Dovremmo distinguere nella nostra analisi, il genere come fenomeno generale e multiforme, da una delle sue manifestazioni storicamente più pervasive e violente: l'ideologia genderista. Essa parte da un pensiero dicotomico e naturalizzato del genere, prende le categorie maggiormente diffuse (in parte perché da essa plasmate) e le trasforma in un valore normativo, da promuovere e da difendere[2]. Il

1 S. Garbagnoli, *'L'ideologia del genere': l'irresistibile ascesa di un'invenzione retorica vaticana contro la denaturalizzazione dell'ordine sessuale*, in *About Gender. Rivista internazionale di studi di genere*, 2014, 3, 6, 250-263; Zappino, F. e Ardilli, D. *La volontà di negare. La teoria del gender e il panico eterosessuale* in *Il lavoro culturale*, http://www.lavoroculturale.org/la-volonta-di-negare/(2015).

2 F. Ferrari, *La famiglia* in*attesa. I genitori omosessuali e i loro figli*, Milano, Mimesis, 2015.

genderismo si traduce in una tautologia normativa e discriminatoria che include la *dicotomia sessuale* resa assoluta dall'idea della *finalità procreativa*, la quale giustifica a sua volta l'*ingiunzione dell'eterosessualità*, che spiega la *complementarietà dei ruoli* di genere, che prescrivono la *genitorialità ruolizzata*, che a sua volta richiama la procreatività come fine ultimo dell'incontro d'amore, chiudendo il cerchio e lasciando fuori ogni espressione sessuale che non sia conforme a tale ideologia.

Quante e quali che siano le idee di differenza sessuale in un dato contesto, e quali che siano le loro implicazioni nell'organizzazione sociale e simbolica, possiamo pensare il genere come una premessa epistemologica che si autorealizza, ovvero una lente largamente consensuale attraverso cui interpretiamo la realtà, per poi interagire con essa, costruendo la nostra mente, il nostro corpo e la società stessa in modo coerente (ma non necessariamente in accordo) a quella stessa premessa. Una premessa che ci precede e ci accoglie strutturando i processi di socializzazione nei quali ci soggettiviamo e che continuano ad interpellarci ad ogni passo della nostra vita. Si tratta cioè di un fenomeno organizzativo che condiziona in modo trasversale ogni singolo individuo, ogni società, ogni cultura. Ogni sistema e ogni individuo, però, risponde a partire dalla propria unicità.

Se ogni contesto sviluppa una propria elaborazione dell'idea della differenza, dentro ogni contesto l'esperienza di ogni individuo in rapporto a tale elaborazione sarà diversa, andando dall'adesione entusiasta e facile (più rara di quanto si creda), alla tensione costante e faticosa, all'incompatibilità e al senso di alienazione. Ogni persona, in quanto partecipante a tale sistema di genere, si rapporta con l'idea che il proprio contesto ha della differenza sessuale e si definisce a partire da tale idea: per accettarla, ri-declinarla, confutarla (far nascere idee alternative), o perdersi in una crisi identitaria. Più in un contesto sono numerose e visibili idee diverse della differenza sessuale, maggiore libertà e scelta hanno gli individui nel soggettivarsi. Ciascuno, rapportandosi a tale idea (o sistema di idee), ne conferma pragmaticamente il potere di riferimento nella costruzione sociale e, tuttavia, con il proprio posizionamento contribuisce anche a cambiarla, a farla evolvere e a riorganizzarne i significati. Il posizionamento degli individui rispetto al genere è agito e performato prima di essere dichiarato, si esprime cioè implicitamente nelle azioni, nei pensieri e nei discorsi.

L'idea post-strutturalista[3] del genere come fenomeno performativo, che considera le categorie stesse di genere come *frutto di azioni ripetute* che ne spostano costantemente i confini reali, si aggiunge al dibattito epistemologico in atto dagli anni '80[4] tra posizione essenzialista (il genere pensato in termini di *caratteristiche,* acquisite o innate, *degli individui*) e costruzionista (genere come una questione di *significati emergenti* dai contesti e dai processi di *costruzione del discorso sociale* intorno alla differenza sessuale).

Portati all'estremo questi approcci rischiano a ridurre il genere ad una questione esclusiva di "essere", "pensare" o "fare". Un approccio al genere improntato alla complessità non può a nostro avviso privarsi di alcuno di questi aspetti. Dobbiamo umilmente interrogarci su quali siano, nella loro straordinaria varianza, le dimensioni ontologiche dell'individuo, cioè i vincoli strutturali di ogni soggetto al di là delle categorie, di fronte alle categorie. Il fatto che nessuno possa dare risposte certe alla questione dell'ontologia e il fatto che oggi i paradigmi scientisti e neurobiologici flirtino pericolosamente con questa presunzione, non toglie il fatto che fingere che non esista per ciascuno un vincolo strutturale significa negare le ragioni stesse per cui le minoranze non possono assimilarsi alle maggioranze, per cui per quanto invisibilizzate esse continuano ad essere se stesse e a chiedere un'identità e un riconoscimento. Per fare questo però, dobbiamo dipanare il processo di co-costruzione sociale delle categorie di senso che costantemente si offrono come risposta alla questione dell'ontologia, per non finire per crederle e naturalizzarle. Dobbiamo indagare, invece, il loro rapporto con le caratteristiche del soggetto, tanto nelle dinamiche collettive, culturali e contestuali che assimilano le differenze individuali ad un panorama simbolico condiviso, quanto nella dinamica performativa che connette il singolo a tale panorama simbolico, offrendogli la possibilità di assimilarvisi e perpetrarne la struttura, ma anche di contestarla, contribuendo al suo cambiamento.

Uno sguardo integrato di questo tipo può giovarsi di una mappa dei diversi livelli sistemici che la riflessione sul genere ha esplorato, per descriverne il fenomeno in modo articolato (Fig. 1).

3 J. Butler, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity* (1990). Trad. it. *Questione di genere. Il femminismo e la sovversione dell'identità*, Bari, Laterza, 2013; J. Butler, *Bodies That Matter: On the Discursive Limits of "Sex"* (1993). Trad. it. *Corpi che contano. I limiti discorsivi del "sesso"*, Milano, Feltrinelli, 1996; J. Butler, *Undoing gender*. Trad it. *La disfatta del genere*, Roma, Meltemi, 2004.

4 R.T. Hare-Mustin, e J. Marecek, *The meaning of difference: Gender theory, postmodernism, and psychology*, in *American Psychologist*, 1988, 43, 455-464.; J.S. Bohan, *Essentialism, Constructionism, and Feminist Psychology* in *Psychology of Women Quarterly*, 1993, 17, 1, 5-21.

Figura 1. Mappa dei livelli sistemici di analisi

Livello epistemologico-transculturale: processi organizzativi del panorama simbolico	SOCIALIZZAZIONE DI GENERE	**Il Genere come "ordine simbolico"** *Categorizzazione* maschile-femminile come schema principale di categorizzazione dell'umano, a partire dalle *ridondanze fenotipiche più frequenti.* *Differenza sessuale* come *idea centrale* delle *rappresentazioni sociali* dell'*umano,* nei discorsi, nelle rappresentazioni, nella formulazione delle *domande* su come organizzare la vita sociale	PERFORMATIVITÀ DI GENERE
Livello socio-culturale: concezioni specifiche e contenuti simbolici contestualizzati		**Ruoli di genere** *Rappresentazioni sociali locali* e costruzione sociale degli stereotipi, delle aspettative e delle norme legate all'idea della differenza sessuale, nel modo specifico dettato dal contesto storico, culturale e sociale, così come tradotto nelle leggi, nelle istituzioni, negli usi e costumi, nella produzione culturale	
Livello contestuale-posizionale: comportamento degli individui nelle relazioni		**Espressione e posizionamenti di genere** Comportamenti che aderiscono di più o di meno ai ruoli di genere tanto da essere considerati come più o meno tipizzati, loro impatto sulla relazione e il contesto, Posizionamenti nel sistema interattivo in rapporto ai ruoli di genere ***Socializzazione*** di genere e ***performance*** di genere.	
Livello intra-individuale: identità personale e sessuale		**Ruolo di genere interiorizzato** Rappresentazione delle proprie predisposizioni e del proprio sé come più o meno aderente ai ruoli di genere, livello di limitazione della propria esperienza e interpretazione della stessa a partire dal genere **Identità di orientamento sessuale** Come ognuno pensa alla propria predisposizione all'attrazione sessuale verso l'altro, in base ai concetti culturalmente disponibili, ai valori interiorizzati e all'esperienza fatta. Può, quindi, essere fluida e cambiare nell'arco della vita in base ad esperienze, contesti e circostanze **Orientamento sessuale** Predisposizione individuale all'attrazione romantica e/o sessuale per l'uno, l'altro o entrambi i generi emergente dalla struttura profonda del Sé. Nell'arco della vita può essere esplorata e sempre meglio conosciuta ma per lo più è stabile e non può essere cambiata **Identità di genere nucleare** Identificazione primaria di sé in base alla categoriazzazione di genere, di solito come "femmina" o "maschio" **Sesso biologico** Caratterizzazione del corpo sul piano genetico, gonadico, ormonale e genitale	

2.1. Il livello epistemologico-transculturale

Un primo livello, che potremmo definire *epistemologico-transculturale*, riguarda la questione *del come* il genere finisca per assumere un ruolo centrale nel panorama simbolico della maggior parte delle culture: come l'idea della differenza sessuale si presti così facilmente a farsi "stella polare" del firmamento di significati condivisi che precedono l'individuo (l'"ordine simbolico" per Lévy-Strauss e Lacan) o, per dirla con Althusser, delle ideologie che lo interpellano. Come questa idea diviene centrale nella stragrande maggioranza delle società umane? Se l'antropologia culturale ci regala interessanti riflessioni sulla transculturalità di alcuni elementi simbolici del maschile e del femminile radicati nella ridondanza dei fenotipi sessuali[5], essa suggerisce anche come specifici macroeventi della (prei-)storia dell'uomo abbiano favorito un determinato assetto di genere transculturale[6]. La psicologia sociale, inoltre, ci permette di discernere come i meccanismi di categorizzazione sociale e di differenziazione categoriale trasformino questa semplice ridondanza nel perno di un discorso sociale che genera rappresentazioni e significati[7].

2.2. Il livello sociologico-culturale

Ad un livello logico inferiore, che potremmo chiamare *sociologico-culturale*, ci interroghiamo su *quali forme specifiche* può assumere il sistema del genere. Tanto le indagini storiche, letterarie, etnologiche sul genere nei diversi contesti, quanto la ricerca sociologica sull'evoluzione dei ruoli di genere[8] arricchiscono le nostre conoscenze a questo livello. Si tratta di descrivere quelli che Connell[9] chiama gli "ordini di genere" (plurale): le diverse complesse strutture che realizzano "localmente" l'organizzazione del genere con implicazioni politiche, economiche, sociali, relazionali e affettive (per es. nel contesto svedese o in quello siriano il genere si articola molto diversamente, a partire dalle differenti idee sulla differenza sessuale, per arrivare alle leggi sulla segregazione di genere). Possiamo attribuire a queste strutture contenuti simbolici differenti, definiti dal contesto storico-culturale, che si traducono in specifici ruoli, stereotipi e norme di genere, che corrispondono ai contenuti delle rappresentazioni sociali della differenza sessuale in un dato momento ed in un dato luogo. Le rappresentazioni sociali[10] sono il prodotto del discorso sociale di ogni collettività intorno ai temi più salienti. Esse si generano nella conversazione quotidiana, nella produzione e nello scambio formale e informale delle informazioni tra i singoli individui, al bar come sui media. Organizzano i significati intorno ad immagini semplificatorie che oggettivano e naturalizzano i concetti. Queste rappresentazioni, a loro volta, invitano i sottogruppi sociali e i singoli a prendere posizione in merito al genere in modi differenti, variando, declinando, contestando. Il genere, dunque, pur organizzandosi intorno all'idea della differenza sessuale, in ogni contesto ed in ogni ordine potrà contare su rappresentazioni sociali *egemoniche*, ovvero condivise dalla maggioranza delle persone (per es. "la dicotomia di genere complementare"), altre minoritarie ma *emancipate*, cioè indipendenti da quelle maggioritarie, per esempio perché di tipo tecnico (per es. "la varianza di genere"), o ancora *polemiche*, nel senso che sono alternative alle maggioritarie "per contrapposizione ad esse" (per es. "l'amore omosessuale come sovversione ai ruoli di genere della famiglia borghese").

5 F. Héritier, *Masculin, Féminin. La pensée de la différence.* (1996). Trad. it. *Maschile e femminile. Il pensiero della differenza*, Bari, Laterza, 2000.

6 K. Endicott, *Gender relations in hunter gatherer societies,* in R.B. Lee e R. Daly (eds.) *The Cambridge Encyclopedia of Hunters and Gatherers* (pp. 411-418), Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

7 B. Davies, *The discursive production of the Male/Female dualism in school settings,* in *Oxford Review of Education*, 1989, 15, pp. 229-241; G. Duveen, e B. Lloyd, Cambridge, *Introduction,* in G. Duveen e B. Lloyd (eds.), *Social Representations and the Development of Knowledge*, Cambridge University Press, G. 1990; F. Lorenzi-Cioldi, *Après les genres: l'androgynie* in *Revista de Psicologia Social*, 1993, 8, pp. 153-162; Poeschl, *Inégalités sexuelles dans la mémoire collective et représentations des différences entre les sexes*, in *Connexions*, 2003, 80, 2, pp. 105-124.

8 S. Piccone Stella e C. Saraceno (a cura di). *Genere. La costruzione sociale del femminile e del maschile,* Bologna, Il Mulino, 1996; C. Saraceno, *Pluralità e mutamento. Riflessioni sull'identità al femminile*, Milano, Franco Angeli, 1992; L.L. Lindsey, *Gender Roles: A Sociological Perspective,* New York, Routledge, 2015.

9 R.W. Connell, *Gender. 2nd edn* (2009). Trad. it. *Questioni di genere,* Bologna, Il Mulino, 2011.

10 S. Moscovici, *La psychoanalyse, son image et son public,* 1961. Trad. it. *La psicoanalisi la sua immagine e il suo pubblico*, Unicopli, Milano, 2011; S. Moscovici, Notes toward a description of social representations in *European Journal of Social Psychology*, 1988, 18, pp. 211-250.

2.3. Il livello contestuale-posizionale

Il livello che chiameremo *contestuale-posizionale* si riferisce agli specifici *posizionamenti* degli individui in un particolare contesto di genere. Questo può essere descritto, da un punto di vista sistemico-relazionale, nei termini di processi interattivi tra individui all'interno di un microsistema specifico (per es. le dinamiche di genere della famiglia "X"). Oppure può essere descritto da un punto di vista individuale, cioè analizzando i comportamenti dell'individuo nei suoi sistemi di appartenenza (per esempio: "Marco come esprime il genere? Come viene percepito dagli altri? Che implicazioni ha la sua espressione di genere per le sue relazioni? Come contribuisce a definire i suoi contesti?").

A questo livello possiamo cogliere le influenze del contesto sull'individuo, che strutturano l'esperienza individuale nella cornice del genere, nonché quelle dell'individuo sul contesto, che trasformano nel tempo l'ordine di genere. Queste dinamiche non fanno che esemplificare, ad uno specifico livello di analisi, la relazione dinamica tra forze *contestuali* e *implicative* proprie di ogni sistema nella sua totalità, ovvero come i fenomeni di livello logico superiore condizionino quelli di livello inferiore e viceversa, garantendo la causalità circolare dei fenomeni.

I due paradigmi che, a questo livello contestuale-posizionale, descrivono queste dinamiche opposte sono:

- la *socializzazione di genere*[11], che descrive le interazioni dentro le quali i codici di genere vengono trasmessi al soggetto in famiglia, a scuola e tramite i media. Essa si riferisce alle forze contestuali del sistema, ovvero a come l'individuo dia senso alla propria esperienza alla luce dell'ordine di genere che connota il contesto;
- la *performatività di genere*[12], che descrive come i significati di un contesto, di una relazione, di un'identità, siano prodotti dall'attuarsi e ripetersi delle azioni dei singoli, dal "fare" costante dei pensieri e delle azioni. Essa si riferisce alle forze implicative del sistema, ovvero alla capacità del dettaglio di riconfigurare il significato del contesto, il potere dell'atto sovversivo di rimettere in discussione i significati dell'ordine di genere.

Quando l'espressione di genere si allontana dalle norme tradizionalmente indicate per maschi e femmine, oggi si parla di persone ed espressioni "*gender non conforming*".

2.4. Il livello intra-individuale

Al livello ancora inferiore, quello intra-individuale, troviamo la persona, con il suo corpo, la sua esperienza e il suo mondo interiore. L'"oggetto reale", se ne esiste uno, del discorso sul genere. Qui ritroviamo le identità sessuali delle persone, complesse ed articolate[13]. A partire dal proprio corpo e dalla sua categorizzazione sessuale (*sesso biologico*: la varianza dei corpi sul piano genetico, gonadico, ormonale e genitale, segmentata dalle categorie "maschio", "femmina" o "intersessuale"), si passa alla categorizzazione di sé e della propria esperienza e all'identificazione con una delle possibilità offerte dal proprio ordine di genere (*identità di genere nucleare*), nonché alla generazione di rappresentazioni di sé che riflettono il rapporto tra la propria esperienza e le rappresentazioni sociali interiorizzate (*ruolo di genere interiorizzato*). Quando l'esperienza del corpo non corrisponde con l'identità nucleare di genere e/o con il ruolo interiorizzato, si può generare una disforia di genere, che può aprire ad una crisi identitaria e può (ma non sempre accade) risolversi nella volontà di adeguamento del sesso biologico (transessualità) o nella generazione di una nuova identità di genere più articolata (per es. "sono transgender"). A partire dall'ordine di genere interiorizzato si struttura, inoltre, la propria capacità di attrazione ed innamoramento (*orientamento sessuale*: "Da chi e come posso sentirmi attratto per mia predisposizione strutturale? Da maschi, femmine, da entrambi? Da persone transgender?"). Tale capacità rispecchia una strutturazione profonda del sé, che può essere esplorata e meglio conosciuta in molte diverse sfumature, ma che non è frutto di una scelta, né può essere controllata. Per questo ci si trova a doverne rendere conto a se stessi con le categorie disponibili, accettandola o meno, e attribuendole specifici connotati (*identità di orientamento sessuale*). Consideriamo ognuna di queste dimensioni come una variante di cui, per como-

11 J.S. Eccles, J.E., Jacobs e R.D. Harold, *Gender Role Stereotypes, Expectancy Effects, and Parents' Socialization of Gender Differences* in *Social Issues*, 1990, 46, 2, pp. 183–201.

12 Butler, 1990; 1993; 2004. Vedi nota 3.

13 R.J. Stoller, *Sex and Gender. The Development of Masculinity and Femininity*, London, Karnac Books, , 1968; J. Money, *Gender role, gender identity, core gender identity: Usage and definition of terms* in *Journal of the American Academy of Psychoanalysis*, 1973, 1, pp. 397-402; M.G. Shively e De Cecco, *Components of Sexual Identity* in *Journal of Homosexuality*, 1977, 3, 1, pp. 41-48; R. Cabaj e T. Stein (Eds.). *Textbook of homosexuality and mental health,* Washington, DC, American Psychiatric Press, 1996; P. Rigliano, J. Ciliberto, F. Ferrari, *Curare i gay? Oltre l'ideologia riparativa dell'omosessualità*, Milano, R. Cortina, 2012.

dità, classifichiamo le espressioni tramite categorie discrete, ma la cui manifestazione individuale è ricca di sfumature sempre capaci di sorprenderci. L'identità sessuale, dunque, può essere concepita come l'intreccio di diverse dimensioni, che variano secondo *continuum* distinti ed interdipendenti.

3. Il "genere" come discorso sul genere

Il *fenomeno* psico-sociale del genere è riscontrabile pressoché in ogni contesto storico-culturale, differenziandosi nel tempo e nello spazio. Tuttavia, finché esso non è stato concettualizzato come distinto da quello di "differenza sessuale", finche il *concetto* "genere" non è divenuto disponibile per essere pensato, il fenomeno è stato per lo più dato per scontato, *naturalizzato*. I contenuti comportamentali e psicologici delle categorie maschile e femminile (e le categorie stesse) erano considerati cioè un fatto indiscutibile ed immutabile della "natura": sia che questa fosse concepita come un ordine cosmico e spirituale, sia che fosse rappresentata come una summa di dati biologici e fisiologici [14].

In Occidente gli stessi movimenti femministi hanno cominciato con il chiedere un riconoscimento della propria dignità e dei propri diritti *in nome* della propria differenza "essenziale": gli equilibri sociali erano cambiati a sufficienza per mettere in discussione lo stato della *condizione femminile* in quello specifico ordine di genere. Tuttavia, tale riflessione "locale" (perché contestualizzata all'Occidente), totalmente rivoluzionaria, fu come afferrare il capo di un filo il cui ordito era ancora sconosciuto, ma che, una volta tirato, avrebbe messo a nudo la propria trama, disfacendola poco alla volta. Più la riflessione allargava i propri orizzonti nel tempo e nello spazio e più il maschile e il femminile si mostravano come frutto di un processo simbolico, storico e sociale, tanto che è divenuto necessario un *concetto* per definire tale processo. Il concetto di "genere" ha reso possibile al "pensiero sul genere" di autoidentificarsi ed interrogarsi sulle sue stesse premesse, i suoi effetti pragmatici e le sue implicazioni.

Il termine *genere* con riferimento alla categorizzazione *maschile-femminile* (e *neutro*) è da ricondurre alla linguistica, che lo utilizza per descrivere una categorizzazione grammaticale o lessicale delle parole propria a gran parte (ma non alla maggioranza) dei linguaggi umani[15]. Invero, già il greco Protagora, secondo quanto afferma Aristotele nella sua *Retorica*, classificava i nomi come maschili, femminili o inanimati, mentre i grammatici latini usavano il termine *genus* (tipo, specie, sorta) in riferimento al genere grammaticale (distinto da *sexus*, il sesso), che evolverà con la stessa accezione nell'antica parola francese *gendre*. È significativo dunque che, in alcune culture più che in altre, si intenda *maschile-femminile-neutro* (talvolta, come in italiano, solo maschile-femminile) come "la categorizzazione" per eccellenza nel lavoro linguistico di descrizione-costruzione della realtà.

Dobbiamo il trasferimento del concetto di "genere" dall'ambito puramente linguistico a quello della psicologia al sessuologo americano John William Money, che nel 1955 delineò una prima suddivisione dei "concetti sessuali di base" in cui distingueva il ruolo di genere dal sesso biologico.

> "*Il termine* ruolo di genere *è usato per riferirsi a tutto ciò che una persona dice o fa per rivelare il proprio status rispettivamente di ragazzo o uomo, di ragazza o donna. Include, senza limitarvisi, la sessualità nel senso di erotismo*"[16].

Nei decenni successivi, da un lato la sessuologia andrà articolando questi concetti di base nella moderna teoria dell'identità sessuale, dall'altro il pensiero femminista troverà in questa distinzione tra sesso e genere uno dei cardini centrali del proprio sviluppo.

14 Rispetto al dibattito tra Natura e Cultura, che pure è centrale nel discorso sul genere, ci limitiamo a ribadire che nell'*unità* tra corpo e mente, nell'interdipendenza tra fisiologia e psicologia, un'analisi del singolo a fini di generalizzazione semplicemente non può distinguere il contributo culturale-relazionale da quello naturale-biologico. Da un lato, la "natura" è una concezione culturale, e la biologia stessa si sviluppa in un contesto relazionale e culturale che la plasma, dall'altro, la cultura è prodotta nelle relazioni tra quelle stesse strutture biologiche che generano il pensiero.

15 M. Hellinger, H. e Bussmann, *Gender Across Languages: The Linguistic Representation of Women and Men: 3.*, Amsterdam, John Bejamins Publishing Company, 2003.

16 J. Money, *Hermaphroditism, gender, and precocity in hyperadrenocorticism: Psychological findings* In *Bullettin of Johns Hopkins Hospital*, 1955, 96, 6, PP. 253-264.

3.1. Femminismi e *Women Studies*

Negli anni '70-'80 del XX secolo il femminismo, dopo essersi concentrato sullo sviluppo di una soggettività politica femminile e sulla lotta per i diritti civili[17], usa la distinzione tra "sesso" e "genere" come ancoraggio epistemologico per la sua critica al patriarcato, nelle sue implicazioni per l'organizzazione sociale[18]. Seppure con alcune importanti eccezioni[19], il *mainstream* del pensiero femminista aderisce ad un pensiero della differenza[20] caratterizzato dall'adesione al binarismo di genere ed alla naturalizzazione delle differenze. Questo è coerente con l'idea ancora dominante del genere come *conseguenza* del sesso. Essa è ancorata anche ad un pensiero clinico e ad una ricerca psicoanalitici sui codici e gli ordini "simbolici" come elaborazione di pulsioni biologiche, fondati nell'esperienza incarnata e con un'attenzione specifica ai rapporti tra identità femminile e funziona materna. Negli anni '90 e 2000 il pensiero femminista è attraversato dalla critica post-colonialista, che illumina la molteplicità delle condizioni femminili attraverso le differenze etniche e culturali[21]. Ciò attiverà un importante cambiamento. Da un lato, alcune pensatrici che si identificano con il "femminismo della differenza", soprattutto europee, elaborano la molteplicità rivendicata dal post-colonialismo come *interna* alla differenza sessuale: è il caso delle italiane Adriana Cavarero, Luisa Muraro e Rosi Braidotti[22]. Esse ribadiscono l'identità sessuata del soggetto incarnato a partire da un'idea di immanenza radicale. La metodologia è plurale (il "partire da sé"), relazionale (il "dissolversi nella relazione"), il soggetto è nomade, ma sempre all'interno della sua differenza primaria, quella sessuale, che è allo stesso tempo biologica e simbolica. Quella de *le donne* rappresenta allora una categoria identificata nella contrapposizione ad un maschile astratto, il potere patriarcale, il "pensiero uno" che monopolizza il *logos* e il discorso collettivo e pseudo-neutrale. Mentre, cioè, la categoria "donne" è eterogenea e concreta, fatta di quelle persone, corpi, emozioni che non trovano riconoscimento e rappresentanza a causa dell'organizzazione di genere patriarcale, la categoria de "il maschile" riflette un *processo socio-epistemologico* di costruzione del potere maschile, cui concretamente, però, partecipano sia maschi sia femmine. Questo cortocircuito tra livelli esclude dalla riflessione *gli uomini*, gruppo maschile concreto, plurale, e permette di continuare il pensiero della differenza senza mai incappare nelle comunanze e somiglianze tra gli elementi concreti, eterogenei dei due gruppi e senza mai far emergere i *continuum* di varianze al di là dell'ordine di genere. Di più, esso permette di riscattare "la donna", che era stata (e per certi aspetti ancora è) *subordinata* dall'ordine patriarcale di genere, sacrificando e continuando ad escludere dal discorso gli *esiliati* di quell'ordine: in particolare intersessuali, transgender e transessuali.

Dall'altro lato, invece, le pensatrici costruzioniste, più spesso americane, sviluppano il post-colonialismo a partire dal pensiero di autrici come Donna Haraway e Judith Butler[23], articolando il pensiero

17 B. Friedan, *The Feminine Mystique,* 1963, Trad. it. *La mistica della femminilità*, Roma, Castelvecchi, , 2012.

18 J. Bernard, *Women and the public interest*, Chicago, Aldine, 1971; a. Oakley, *Sex, gender, and society,* New York Oakley, Harper Colophon, 1972; Chodorow, *Family Structure and Feminine Personality,* in M.Z. Rosaldo e L. Lamphere, (eds.), *Women, culture, and society*, Stanford, Stanford University Press, 1974, pp. 43-66; C.S. Ford, F. Beach, *Patterns of sexual behavior*, New York, CA, Harper and Row, 1951; G. Rubin, *The traffic in women: Notes on the "political economy" of sex,* in R.R. Reiter (ed.), *Toward an anthropology of women,* New York , Monthly Review Press, 1975, pp. 157-210; W.J. Scott, *Gender: A Useful Category of Historical Analysis*, in *American Historical Review*, 1986, 91, 5, pp. 1053-1075.

19 Delphy, C. (1970). L'ennemi principal. In *Partisans*, 54-55, pp. 157-172. Ripub. in C. Delphy (ed.) *L'ennemi principal. 1/Économie politique du patriarcat*, (pp. 31-56), Syllepse, Paris, 1998.

20 G. Greer, *The Female Eunuch,* London, Harper Collins, 1970; L. Irigaray, *Speculum. De l'autre femme, 1974, t*rad. it. *Speculum. L'altra donna*, Milano, Feltrinelli, 1975; L. Irigaray, *Ethique de la différence sexuelle*, 1984, trad. it. *Etica della differenza sessuale*, Milano, Feltrinelli, 1985; C. Gilligan, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1982; G. Steinem, *Outrageous Acts and Everyday Rebellions*, New York, Holt, Rinehart & Winston, 1983; W.J. Scott, *Deconstructing Equality–versus–Difference: Or, the Uses of Post-structuralist Theory for Feminism*, in *Feminist Studies*, 1988, 14, 1, 32-50.

21 B. Hooks, *Aint'I a Woman. Black Woman and Feminism*, Cambridge, South End Press, 1981; A. Rich, *Notes towards a politics of location*, in A. Rich (ed.), *Blood, Bread, and Poetry: Selected Prose 1979-85*, London, Little Brown & Co., 1981, pp. 210-231; G. Spivak, *Can the Subaltern Speak?* in C. Nelson, L. Grossberg (eds.), *Marxism and the Interpretation of Culture*, MacMillan Press, Basingstoke, 1988 pp. 271-313.

22 A. Cavarero, *Per una teoria della differenza sessuale*, in Aa.Vv., *Diotima. Il pensiero della differenza sessuale*, Milano, La Tartaruga, 1987, pp. 43-79; L. Muraro, *L'ordine simbolico della madre,* Roma, Editori Riuniti, 1981; R. Braidotti, *Soggetto nomade,* Roma, Donzelli, 1995; R. Braidotti, *Metamorfosi,* Milano, Feltrinelli, 2003; R. Braidotti, *Trasposizioni. Sull'etica nomade,* Roma, Luca Sossella Ed., 2008.

23 D. Haraway, *A Manifesto for Cyborgs: Science, Technology, and Socialist Feminism in the 1980s*, in *Australian Feminist Studies*, 1980, 2, 4, pp. 1-42; Butler, 1990; 1993; 2004. Vedi nota 3.

femminista in senso post-moderno e *queer*, contestando apertamente l'oggettività della categorizzazione binaria del genere, considerandola una convenzione che reitera la dicotomia e l'eterosessismo. Queste pensatrici capovolgono il rapporto causale tra il genere e il sesso, affermando che la significatività della differenza sessuale è un effetto pragmatico dell'organizzazione di genere. Già Christine Delphy, negli anni '70, notava come la struttura di potere del genere non trovi nessuna necessità nella differenza sessuale, la quale viene usata come causa fittizia di una distribuzione iniqua del lavoro e dei diritti. Butler, in seguito, ribadendo l'importanza dei corpi, mette in evidenza come la stessa biologia stia stretta nella categorizzazione maschile/femminile, dovendosi adeguare in tal senso attraverso una costante *performance*, e come le performance sovversive diventino un modo di cambiare dal basso quello stesso ordine di genere che, in primo luogo, imponeva la categorizzazione binaria[24].

È interessante notare come, in entrambe queste correnti (pensiero della differenza e costruzionismo), emergano istanze di abbandono e superamento del concetto di "genere", ma per ragioni del tutto opposte. Le critiche che vengono dal pensiero della differenza considerano il concetto di "genere" come mancante della carica politica e trasformativa del riferimento al*le donne* e segnalano il rischio che esso neutralizzi la questione su un piano "scientifico" e distaccato, fallendo nel porre l'accento sullo squilibrio di potere tra i sessi. Per alcune pensatrici che si riconoscono nel pensiero costruzionista e queer, invece, il concetto di "genere" è da superare perché esso non può distaccarsi dal binarismo, dall'eterosessismo e dalla normatività che descrive[25]. Ciò nonostante, come vedremo tra breve, il riferimento agli studi di genere trova ragioni di consenso più ampie ed è andato consolidandosi consistentemente a livello internazionale negli ultimi dieci anni.

3.2. *Sexuality Studies* e *LGBT Studies*

L'altro versante del discorso sul genere è quello che parte dallo studio medico psicologico e sessuologico delle identità sessuali, che vede apparire negli anni '50 nuovi dati scientifici sull'omosessualità[26], sulle intersessualità e la transessualità[27]. Questi studi testimoniano un nuovo interesse per tutti quei soggetti che si trovavano ad uscire dal binarismo genderista. Essi offrono uno sguardo sempre più "oggettivo" e normalizzante su queste "condizioni", aprendo il dibattito che porterà nel 1973 alla derubricazione dell'omosessualità dal DSM, nonché alla sempre maggiore diffusione del trattamento chirurgico della disforia di genere. Questa pratica, iniziata all'alba degli anni '50, vede nei decenni successivi una fortissima collaborazione con gli attivisti (come Virginia Price e Reed Erickson), che ne aiutano la diffusione facendo da ponte tra i soggetti e i centri specialistici e portano alla creazione di fondazioni per la ricerca, la clinica e i diritti delle persone transgender. La pratica medico-chirurgica, pur non depatologizzando pienamente la disforia di genere, discorso a cui si è giunti solo in questi anni, da un lato riconosce l'identità delle persone trans e dall'altro le loro possibilità di integrazione sociale.

Lo sguardo scientifico, dunque, parte dal trattamento e dallo studio di quelle che, fino a quel momento, erano state considerate "abnormità" e "patologie" della sessualità (intersessualità, transessualità e omosessualità), ricevendo da ognuna di queste condizioni esistenziali l'evidenza epistemica necessaria per articolare il costrutto dell'identità sessuale in un'ulteriore dimensione capace di presentare delle forme alternative. A cominciare dalla dimensione biologica delle *condizioni intersessuali* (allora definite '"ermafroditismo") che rompono il binarismo sessuale, per passare all'identità di genere e al ruolo di genere nel *transsessualismo* e *transgenderismo*, per concludere con l'orientamento sessuale, per quanto riguarda l'*omosessualità* e la *bisessualità*. Queste dimensioni distinte, in breve tempo, divengono un riferimento condiviso nello studio della sessualità[28]. Questi filoni di studio si sono intrecciati ai movimenti

24 A partire da questo pensiero, la biologa, genetista e studiosa di genere Anne Fausto-Sterling ha provocatoriamente proposto la necessità di contare almeno 5 sessi. Si veda: A. Fausto-Sterling, *Myths of gender: biological theories about women and men*, Basic Books NY., 1992; A. Fausto-Sterling, *Sexing the body: gender politics and the construction of sexuality*. Basic Books, NY, 2000.

25 E. De Clercq, *Gender in Italia: una forza al margine o al centro?,* in F. Corsini, e F. Monceri (eds.), *Schegge di genere. Dagli stereotipi alla cittadinanza*, (pp. 17-38), Pisa, ETS, 2012.

26 A.C. Kinsey, W.B. Pomeroy, C.E. Martin, *Sexual Behavior in the Human Male*, Philadelphia, Saunders, 1948; A A.C. Kinsey, W.B. Pomeroy, C.E. Martin, P.H. Gebhard, *Sexual Behavior in the Human Female,* Philadelphia, Saunders, 1953; E. Hooker, T*he adjustment of the male overt homosexual* in *Journal of Projective Techniques*, 1953, 21, 1, pp. 18-31; C.S. Ford, F. Beach, *Patterns of sexual behavior*, New York, Harper and Row, 1951; A. Berube, *Coming out under fire: The history of gay men and women in world war two*, New York, The Free Press, 1990.

27 Money, 1955, 1973; Stoller, 1968. Vedi note 13 e 16.

28 Shively e De Cecco, 1977; Cabaj e Stein, 1996. Vedi nota 13. Fausto-Sterling, 1993, 2000. V. nota 24.

per i diritti civili delle persone coinvolte, contribuendo a cambiare le lenti dello sguardo scientifico, da un approccio clinico-psicopatologico ad uno sempre più psicosociale.

A partire dagli anni '70[29], sempre più la psicologia dell'omosessualità da un lato ha consolidato i dati sull'assenza di patologia[30], dall'altro si è concentrata sullo sviluppo dell'identità sociale omosessuale[31] e sullo studio del pregiudizio verso l'omosessualità, le sue ragioni e i suoi effetti sulle persone omosessuali e sui sistemi familiari[32]. Molto più lunghi sono i percorsi per la piena depatologizzazione del transgenderismo e dell'intersessualità, che sono tutt'ora in atto.

Nei primissimi anni '80, inoltre, raggiungono una formulazione le *psicoterapie affermative* per le persone omosessuali, che mettono a fuoco e si concentrano sullo stigma e l'omofobia sociale, come causa del malessere di molti gay[33]. Negli stessi anni esplode a livello planetario la pandemia di HIV-AIDS che riattiva in modo esponenziale lo stigma interno ed esterno alla comunità LGBT (fu inizialmente definita "la peste dei gay"), divenendo un tema centrale nello studio delle sessualità, delle relazioni, delle identità e delle rappresentazioni sociali LGBT.

Tra gli anni '70 e '80 vengono istituiti diversi corsi universitari sulla letteratura omosessuale (il primo a Berkley, nel 1970) e vengono prodotte opere volte a riscoprire la storia e la letteratura omosessuale attraverso le civiltà, fino a quel momento sistematicamente ignorate o camuffate dalla cultura dominante[34]. Alcune università americane scelgono di dedicare un dipartimento a questi studi, sotto il nome di *Sexuality and LGBT Studies*, abbracciando scienze sociali e psicologiche, politiche, letterarie e storiche nell'analisi della sessualità e delle minoranze sessuali.

3.3. I *Gender Studies*

Negli anni '90, dall'incontro tra *LGBT Studies*, femminismo costruzionista e *Critical Theory,* hanno assunto forma sempre più autonoma e visibile i *Queer Studies.* Questi, da un lato, nell'opera di decostruzione delle categorie stesse di analisi, declinano lo studio della sessualità in termini sempre più filosofici ed epistemologici, dall'altro, fanno proprio il punto di vista del soggetto singolare, che sfugge alle identità collettive, concentrandosi sulle sue "abnormità", apparenti o nascoste, che lo rendono irriducibile alla narrazione sociale, offrendogli spazi di sovversione e capacità di visione di punti ciechi altrimenti oscurati e proibiti dall'"ordine simbolico" in generale e da quello di genere in particolare[35].

Nell'ambito delle scienze sociali, dunque, gli *LGBT Studies* gettavano uno sguardo sui temi del genere da un punto di vista minoritario, in particolare su forme alternative di maschilità che non trovavano spazio nel pensiero femminista della differenza. I *Queer Studies,* dal canto loro, richiamavano costantemente alla necessità di tenere a bada le categorizzazioni e la tendenza scientifica a reificare i concetti usati per studiare i fenomeni, puntando il riflettore sulle soggettività "impreviste", rese interstiziali e sovversive, costantemente cancellate e dimenticate da tale pratica classificatoria. Negli anni '90, inoltre, si sviluppavano i *Men's and Masculinities Studies*, con una speciale attenzione verso *le* maschilità all'interno dei gruppi maggioritari, il rapporto degli uomini con il mandato di forza e di potere della

29 Si pensi che il *Journal of Homosexuality* è stato fondato nel 1976.

30 P.W. Blumstein, e P. Schwartz, *Bisexuality: Some Social Psychological Issue,* in *Social Issues*, 33, 2, 30-45, 1977; M. Hart, H. Roback, B. Tittler, L. Weitz, B. Walston, E. McKee, *Psychological adjustment of nonpatient homosexuals: critical review of the research literature* in *Journal of Clinical Psychiatry*, 1978, 39, 7, pp. 604-608; B.F. Riess, *Psychological tests in homosexuals*. in J. Marmor (ed.) *Homosexual behavior: a modern reappraisal* (pp. 296-311), New York, Basic Books, 1980; J.C. Gonsiorek, *Results of Psychological Testing on Homosexual Populations*, in *The American Behavioral Scientist,* 1982, 25, 4, pp. 385-396.

31 V. Cass, *Homosexuality identity formation: A theoretical model*, In *Journal of Homosexuality*, 1979 4, 3, pp. 219-235; R.R. Troiden, *Gay and lesbian identity: A sociological analysis,* New York, General Hall, 1988.

32 K.T. Smith, *Homophobia: a tentative personality profile*, in *Psychological Reports,* 1971, 29, pp. 1091–1094; G. Weinberg, *Society and the healthy homosexual,* Garden City, NY, Anchor Press Doubleday & Co, 1973; K. Plummer, *Sexual stigma: An interactionist account,* London, Routledge and Kegan Paul, 1975; E. Coleman, *Homosexuality and psychotherapy,* New York, The Haworth Press, Inc, 1982.

33 A.K. Malyon, *Psychotherapeutic Implications of Internalized Homophobia in Gay Men*, in *Journal of Homosexuality*, 1982, 7, 2-3, pp. 59-69.

34 J.E. Boswell, *Christianity, Social Tolerance, and Homosexuality: Gay People in Western Europe from the Beginning of the Christian Era to the Fourteenth Century,* Chicago, University of Chicago Press, 1980; J.E. Boswell, *Rediscovering Gay History: Archetypes of Gay Love in Christian History,* London, Gay Christian Movement, 1982; M.B. Duberman, *About time: Exploring the gay past,* New York,Gay Presses of NY, 1986; M.B. Duberman, M. Vicinus, G. Chauncey, *Hidden from history: reclaiming the gay and lesbian past*, New York, NAL Books, 1989; D. Fernandez, *Le Rapt de Ganimède*, 1989, trad. it. *Il ratto di Ganimede*, Milano, Bompiani, 1992.

35 L. Bernini, *Apocalissi queer. Elementi di teoria antisociale*, Pisa, ETS, 2013.

società nei loro confronti, lo stress che ne deriva e le forme alternative di ruolo maschile che le diverse culture hanno prodotto[36].

Questo ha contribuito, in ambito scientifico, a favorire uno studio contestuale delle dinamiche di genere, a partire da tutte le soggettività coinvolte, capace di creare un dialogo tra le necessità astrattive delle discipline scientifiche e le irriducibili narrazioni individuali, per capire il fenomeno del genere in modo trasversale, ma anche diacronico e multidimensionale[37]. Grazie a questa visione complessa, oggi possiamo riconoscere le *categorie* come fenomeno cognitivo fondamentale, condizionante, e allo stesso tempo cogliere gli individui nella loro *relazione con* esse, relazione che si basa sul riconoscimento del fatto che gli individui *non sono* tali categorie.

Anche per la necessità di abbracciare questa complessità, sempre più spesso, negli ultimi dieci anni, i dipartimenti costituitisi come "*Women Studies*" cambiano la propria definizione in "*Gender Studies*", con un'accezione sempre più ampia ed inclusiva delle scienze mediche e sessuologiche. L'applicazione della lente decostruzionista ed epistemologica a questi campi di studio ha prodotto, peraltro, riflessioni importanti nel campo della filosofia della scienza, criticando aspramente quella parte della medicina di genere che negli anni ha naturalizzato le differenze come dato innato, fallendo nel cogliere gli effetti sociali sullo sviluppo biologico ed i *bias* dei ricercatori nell'interpretazione dei dati[38].

Possiamo affermare che il *pensiero sul genere* è andato acquisendo un grado sempre crescente di autoriflessività. Quando esso ha creato la *categoria autoriflessiva* per pensare se stesso (il "genere" appunto), questa ha avuto un effetto propulsivo e trasformativo straordinario, cambiando di per sé il sistema organizzativo basato sull'idea della differenza sessuale, dotandolo di un'anima autocritica. L'ordine di genere occidentale, un tempo saldamente aderente ad un'*ideologia genderista*, vede, per così dire, sorgere nuovi "ordini" improntati al riconoscimento delle differenze fino alla singolarità e alla tutela dei diritti civili di ciascuno. Questi nuovi sguardi sul genere propongono un'idea sempre più sfumata della differenza sessuale, arrivando a mettere in discussione il ricorso stesso alla categorizzazione di genere come riferimento oggettivo e assoluto nel processo di soggettivazione degli individui. Il che, si badi bene, non significa negare l'esistenza di maschi e femmine, quanto non considerare più questo aspetto come definitorio della loro umanità, ma secondario ad essa.

Si riconosce che, in fin dei conti, l'idea de "la differenza" tra maschi e femmine non dovrebbe essere il perno della nostra organizzazione del pensiero e della società, perché tale idea non fa che portare discriminazione e disconoscimento delle individualità[39], in chiaro contrasto con la ricerca di universalità che caratterizza la nostra concezione dei diritti umani[40].

Ma mentre il pensiero sul genere comincia a discutere se sia possibile e/o desiderabile uscire dal sistema del genere, alcuni dei principali nuclei di potere dell'ordine genderista non rimangono passivi: come la Chiesa Cattolica che, già a partire dagli anni '90, prepara una reazione a livello internazionale, a partire da una campagna mediatica esplosa in Italia e in Francia nel 2013, volta alla disconferma radicale di tutto il pensiero sul genere[41].

36 R.W. Connell, *Masculinities*, 1995, trad. it. *Maschilità. Identità e trasformazioni del maschio occidentale*, Milano, Feltrinelli, 1996; J. Pleck, *The gender role strain paradigm: An update*, in R.F. Levant e W.S. Pollack (eds.), *New Psychology of Men*, New York, Basic Books, 1995; R.F. Levant, *The New Psychology of Men* in *Professional Psychology: Research and Practice*, 1996, 27, 3, 259-265.

37 J. Lorber, *Paradoxes of gender*, 1994, trad. it. *L'invenzione dei sessi*, Milano, Il Saggiatore, 1995; Connell, 2009. Vedi nota 9.

38 O. Fillod, *Les sciences et la nature sexuée du psychisme au tournant du XXI siècle*, in *Genre, sexualité & societé*, 2014, 12, URL: http://gss.revues.org/3205 ; DOI: 10.4000/gss.3205; J.S. Stevens, S. Hamann, *Sex differences in brain activation to emotional stimuli: a meta-analysis of neuroimaging studies* in *Neuropsychologia*, Cambridge, MA, 2002, 50, 7, pp. 1578-1593; R.M. Jordan Young, *Brain Storm. The Flaws in the Science of Sex Differences*, Harvard University Press, 2011; I.E. Sommer, A. Aleman, M. Somers, M.P. Boks, R.S. Kahn, R.S., *Sex differences in handedness, asymmetry of the Planum Temporale and functional language lateralization*, in *Brain Research*, 2008, 1206, pp. 76-88; T.D. Wager, K.L. Phan, I. Liberzon, S.F. Taylor, *Valence, gender, and lateralization of functional brain anatomy in emotion: a meta-analysis of findings from neuroimaging*, in *Neuroimage*, 2003, 19, 3, 513-531; J.L. Rogers, *Sexing the brain (Maps of the mind)*, 1999, trad. it. *Sesso e cervello*, Torino, Einaudi, 2000; Fausto-Sterling, 1993, 2000. V. nota 24.

39 F. Monceri, *Le illusioni del genere e le sfide della cittadinanza*, in F. Corsini, e F. Monceri (a cura di), *Schegge di genere. Dagli stereotipi alla cittadinanza*, Pisa, ETS, 2012 pp. 173-194.

40 M.S. Birtolo, *La cittadinanza tra universalità e particolarismo. Il contributo di un caso di genere*, in F. Corsini, e F. Monceri (eds.), *Schegge di genere. Dagli stereotipi alla cittadinanza*, Pisa, ETS, 2012, pp. 105-126.

41 Garbagnoli, 2014. Vedi nota 1.

4. L'attuale "battaglia del Gender"

4.1. La reazione genderista

Le religioni abramitiche monoteiste (Ebraismo, Cristianesimo e Islam) sono connotate da un forte impianto genderista, che, nel tempo e nella Storia, ne ha definito radicalmente le norme e le rappresentazioni valoriali. Durante tutto l'ultimo secolo, soprattutto nel contesto occidentale, l'ascesa di un sistema di valori libertario e centrato sui diritti umani universali da un lato ha ridimensionato fortemente il potere normativo delle religioni, dall'altro, ha permesso la nascita di ordini di genere alternativi. Se i nuclei di potere più tradizionalisti hanno sempre contrastato i cambiamenti nell'organizzazione del genere (si veda per es. il contrasto delle chiese cristiane conservatrici alle leggi sul divorzio e sull'aborto), è possibile che, fino alla svolta costruzionista, tali cambiamenti siano stati percepiti come un riflesso del crescente universalismo libertario. Tuttavia, dalla metà degli anni '90 in poi, il *pensiero sul genere* sembra raggiungere una nuova rilevanza, guadagnandosi un'attenzione speciale[42] da parte (tra l'altro) dell'Opus Dei. Dopo un crescente fermento, per lo più interno alle strutture ecclesiastiche cattoliche, in forma di convegni nazionali e internazionali contro i pericoli della *Gender Theory*, è il Pontificio Consiglio per la Famiglia[43] a delineare, nel *Lexicon* (2006), il profilo de "il *gender*" o "l'ideologia di genere". Da questo momento in avanti si moltiplicano i testi, che possono riferirsi ugualmente a "la teoria del gender", "l'agenda gender" e altre formule, in cui l'uso dell'inglese alimenta l'idea di un fenomeno barbaro e alieno alla nostra cultura. Cultura che naturalmente rappresenta il *buon* "senso comune" (garanzia di saggezza popolare), conforme alla rassicurante tautologia genderista, capace di offrire una solida tradizione di rappresentazioni valoriali, in cui ogni cosa ha un posto ben chiaro e definito dal destino biologico.

Nel 2013 in Francia, con il dibattito sul *Mariage pour Tous,* la campagna anti-gender assume un posto centrale nel contrasto alla legge sul matrimonio ugualitario, con un effetto di cassa di risonanza rispetto al fantoccio concettuale preparato negli anni precedenti. La "difesa dalla *teoria del gender*" diviene così la spina dorsale di un movimento cristiano radicale e transnazionale, che si oppone localmente ad ogni proposta di riconoscimento di diritti che minacci l'ordine genderista delle istituzioni. In Italia è il momento della proposta di legge contro l'omofobia, che attiva l'associazionismo ultracattolico nell'organizzazione del *Family Day*, inserendo già sul tavolo l'argomento della difesa della famiglia tradizionale contro il matrimonio omosessuale, la cui minaccia incombe d'oltralpe. La teoria del "complotto gender" diviene un argomento politico, nelle mani dei rappresentanti cattolici e di destra, che da un lato lo usano come ariete contro ogni proposta di legge per la tutela delle persone e delle coppie omosessuali, dall'altro infondono credibilità al dibattito. Dal 2014 scoppia l'allarme per i programmi di educazione sessuale e all'affettività, che sempre più si affermano come strumento di prevenzione dei danni sociali e relazionali che l'ideologia genderista comporta già negli anni di sviluppo precoce[44]. In questo contesto, di fronte ad un atteggiamento istituzionale che identifica sempre più chiaramente l'inclusività tra i propri valori centrali, il movimento anti-gender sembra indicare come modello alternativo quello delle leggi anti-propaganda gay del Governo Russo, il cui ambasciatore viene invitato in un tour di conferenze sul tema da *ProVita Onlus*. L'allarme "gender nella scuola" si propaga tramite catene di sant'antonio e social network, suscitando più che altro sgomento e domande tra i genitori del tutto impreparati, ma offrendo un peso straordinario ai pochi individui che in ogni scuola se ne fanno portavoce, minacciando i dirigenti di cause civili e mobilitazioni generali, alimentando circolarmente gli argomenti dei politici cattolici e della destra radicale.

D'altra parte, se osserviamo il contesto sociale allargato, notiamo anche che ad un progressivo aumento delle libertà e dei diritti civili, in un panorama simbolico che vede moltiplicarsi i possibili ordini di genere, le persone tendono a mostrarsi divise e confuse. In un crocevia storico come questo, in cui la sicurezza è minacciata tanto da una crisi economica apparentemente interminabile quanto da un'escalation costante di guerre vicine e lontane, da una minaccia terroristica sempre più incombente e da ribaltamenti politici continui, le identità cercano appigli stabili e chiari. Ne sono un sintomo i rigurgiti nazionalisti e xenofobi, alimentati tanto dalla minaccia di povertà quanto dall'islamofobia, che riattiva-

42 D. O'Leary, *The Gender Agenda: Redefining Equality,* Lafayette, LA, Vital Issues Press, 1997.

43 Pontificio Consiglio per la Famiglia (2006), *Lexicon. Termini ambigui e discussi su famiglia, vita e questioni etiche*, Bologna, EDB,.

44 Un'interiorizzazione radicale e acritica degli stereotipi genderisti può essere associata, più o meno direttamente, a diversi fenomeni psicopatologici, tra cui: analfabetismo emotivo nei ragazzi, mancanza di autostima e autodeterminazione nelle ragazze, discriminazione sessista, omofobica e transfobica, stress legato al bisogno di aderire a stereotipi di genere associato a devianza sociale e psicopatologie alimentari.

no ideologie fascitoidi, ancorate a rappresentazioni genderiste che ben si accoppiano a quelle valoriali dei fondamentalismi religiosi. In questo contesto, la gran parte della popolazione che non appartiene né al cristianesimo radicale, né all'accademia dei *Gender Studies*, né all'attivismo delle minoranze (che in tali studi riconoscono un patrimonio forte di liberazione e riconoscimento sociale), coglie i messaggi di cambiamento legati al pensiero sul genere, ma non ne capisce i passaggi, né le ragioni epistemologiche e scientifiche. Costoro risultano particolarmente sensibili alla propaganda "anti-gender": come quei genitori che hanno immediatamente prestato il fianco alla caccia alle streghe scatenata contro i programmi di educazione affettiva e di genere accusati di abusi e manipolazione mentale sui bambini. Questi genitori, privi delle nozioni di base per capire cosa stesse realmente accadendo, si sono comprensibilmente allarmati per l'incolumità dei propri figli. D'altra parte è emerso come la popolazione estranea ai gruppi di interesse sulle tematiche di genere (religiosi, accademici o attivisti) risulti generalmente impreparata ad accogliere una prospettiva radicalmente decostruzionista, che mette in discussione le categorie di base dell'identità sociale e personale, delle sue rappresentazioni valoriali e della sua pace cognitiva. In Francia come in Italia i movimenti ecclesiali fondamentalisti hanno così più facilmente attinto a questa sorta di "zona grigia" per raccogliere consenso alle loro istanze politiche di opposizione ai diritti civili.

Nel 2015, durante il dibattito sul ddl Cirinnà, a questi temi di confronto sociale è stato aggiunto, secondo molti strumentalmente, l'argomento della *surrogacy*. Questo fenomeno, di estrema complessità sotto il profilo etico, antropologico e psicologico, che distingue il concetto di maternità dalla relazione biologica che si instaura durante la gravidanza (e ne rimette in discussione il significato), ha la caratteristica di chiamare in causa l'autodeterminazione della donna in modo estremamente complesso. Da un punto di vista politico alcune "femministe della differenza" hanno connotato la scelta delle portatrici come un assoggettamento, come un reiterarsi del femminile mercificato e usato come strumento di riproduzione, arrivando ad attivarsi per richiederne la messa al bando mondiale. D'altra parte, sul piano individuale e psicologico, le diverse storie delle *portatrici per altri* evidenziano come la *surrogacy* possa rappresentare, a seconda del contesto, un abuso o invece una scelta motivata e radicata biograficamente, un atto di piena consapevolezza giocata nelle relazioni costruite con le famiglie che possono fondarsi grazie a loro. Una soggettività capace di concepirsi fuori da un'idea determinista del corpo e del legame biologico come legame materno, in grado di reclamare la libertà di usare il proprio corpo a proprio piacimento, e pertanto fuori dall'idea genderista di un femminile passivo, assoggettato alle emozioni, dedito ad amare i figli in quanto frutto del proprio destino biologico. Molte femministe hanno pertanto criticato la visione politica *anti-surrogacy* proprio sulla base dal principio femminista del partire da sé e dell'eterogeneità dell'esperienza femminile.

Questo dissenso all'interno del fronte femminista evidenzia chiaramente quanto, perfino tra chi ha partecipato allo sviluppo del pensiero sul genere, il limite entro cui le categorie sessuali possono essere effettivamente decostruite vari sensibilmente, potendo provocare fatica e rifiuto. Nel gioco delle parti, mettendo sul tavolo del dibattito la *surrogacy*, il movimento anti-gender è riuscito ad ottenere che storiche rappresentanti del "pensiero della differenza", esponenti di spicco nel panorama italiano, unissero a tratti la propria voce a quella patriarcale-reazionaria, mettendo in guardia da un grado estremo di liberazione dai vincoli di genere, che ai loro occhi diviene violazione della sua umanità sessuata e dell'ordine simbolico. La differenza stava, naturalmente, nel fatto che il movimento anti-gender usava questo argomento contro le unioni civili (considerate primo passo per l'adozione gay e quindi –in un sillogismo insensato– alla *surrogacy*), mentre per le femministe della differenza si trattava ufficialmente di un'affermazione della dignità femminile. E tuttavia, ha suscitato non poche perplessità la scelta di condurre tale protesta "*anti-surrogacy*" nel momento preciso della discussione della legge sulle unioni civili (quando la stessa *surrogacy* per le coppie eterosessuali è un fenomeno antico come la bibbia), facendo da cassa di risonanza agli oppositori di questa legge che nulla aveva a che fare con la *surrogacy*, con l'effetto pragmatico di contribuire allo stralcio della *stepchild adoption* per le coppie lesbiche e gay. Tuttavia appare evidente come, in questa sorprendente alleanza, emerga soprattutto la *difesa* di un'identità sociale e valoriale (il "femminismo della differenza") che ha in comune con la sua tradizionale controparte patriarcale la naturalizzazione della differenza essenziale tra uomini e donne.

4.2. Dal pensiero sul genere all'obiettivo della comunicazione

Se il punto di vista essenzialista tende ad identificare come problematiche o patologiche le espressioni dissonanti dalle categorie considerate "essenziali" del maschile e del femminile (espressioni tuttavia sempre più numerose), la posizione costruzionista tende a porsi la questione in termini opposti: di fronte ad espressioni che non entrano nelle categorie di riferimento, saranno le categorie a dover essere

messe in discussione, in quanto appunto costrutti e non "essenze"[45]. Questo permette di portare avanti il lungo percorso di autoriflessività del genere, senza mai arrestare l'interrogativo epistemologico sulle proprie lenti di osservazione della realtà, cui possono essere date, d'altra parte, risposte molto diverse tra loro. Questo versante del dibattito è in effetti una galassia di voci differenti, che sembrano però avere in comune prospettive e valori volti all'inclusività, all'universalismo e al rispetto dell*e* differenz*e*. A partire dai diversi approcci agli studi sul genere (come antropologia, sociologia, psicologia, pedagogia e filosofia) vediamo alternarsi riflessione teorica e ricerca empirica. Il focus si sposta via via dall'identità sessuale, alle dinamiche sociali del genere, all'analisi delle premesse epistemologiche del genere, ma anche alle differenti visioni e teorizzazioni su di esso. Un insieme, dunque, di percorsi e punti di vista spesso distanti sul piano teorico e metodologico, che affrontano lo stesso argomento da diversi lati, traendo arricchimento l'uno dall'altro. Tutti questi approcci hanno in comune l'obiettivo di capire, di elaborare risposte non necessariamente concordi o definitive, ma coerenti rispetto alla premessa epistemologica costruzionista e al principio di rispetto delle differenti soggettività. E tuttavia, seppure dall'esterno queste realtà appaiano unite da una cornice e, forse, da un riferimento valoriale, rimane da stabilire se esse possano essere considerate effettivamente un'entità gruppale di qualche tipo, o piuttosto una nebulosa di pensieri vicini tra loro, ma troppo concentrati sulle differenze che li definiscono per potersi muovere con un obiettivo comune. Credo personalmente che, se un tale obiettivo potesse essere delineato, esso sarebbe di ingenerare cambiamento sociale in direzione di una maggiore inclusività del sapere umano, di un maggiore benessere sociale e psicologico di ciascuno, tramite il dialogo costante tra le diverse posizioni, la critica reciproca, la capacità di tollerare tensioni e antagonismi legati a differenze inconciliabili, ma soprattutto attraverso un'opera di *divulgazione* delle proprie acquisizioni scientifiche, filosofiche ed epistemologiche.

Se così fosse, mi sembra che la campagna anti-gender di questi anni ci rimandi l'immagine di un fallimento di tale obiettivo divulgativo. Di fronte alla proposta da parte dei movimenti ultra-conservatori di un fantoccio culturale a dir poco imbarazzante, la risposta dei media e di un grande numero di genitori nelle scuole, gente comune al di fuori dei gruppi di interesse sul genere, è stata di totale ignoranza, il che sembra indice del fatto che, dopo la loro storia quarantennale, gli studi sul genere rimangono per lo più sconosciuti all'esterno delle cerchie di accademici e attivisti. Il femminismo è arrivato alle orecchie dei più: capito e apprezzato da una maggioranza di donne che avevano vissuto la propria formazione negli anni '70, difensivamente rifiutato e ridicolizzato da una maggioranza di maschi che se ne sentivano esclusi e minacciati, più o meno dimenticato dai giovani e dalle giovani della nuova generazione. Il concetto di "genere", invece, è rimasto per i più un problema grammaticale.

La campagna anti-gender di questi anni, forse, ha avuto il pregio di spostare l'argomento dalle cattedre ai tavoli di cucina, tuttavia oggi si gioca un confronto molto duro sul piano della comunicazione, per cui diviene di fondamentale importanza che la divulgazione sia capace di trasmettere alla maggioranza delle persone una (in)formazione corretta. A questo scopo credo ci siano almeno due punti che dovremmo tenere a mente.

In primo luogo è necessario riuscire a cercare di salvare l'esattezza dei contenuti riducendo la complessità del messaggio. Un detto attribuito ad Einstein dice all'incirca "*ogni cosa dovrebbe essere resa il più semplice possibile, ma non più semplice di quello che è*"[46]. Questo può risultare problematico quando si parla di un fenomeno di costruzione di significati come il genere, che da un lato nella semplificazione rischia costantemente di essere *reificato* (con la creazione di mostri concettuali come la "teoria del gender"), dall'altro nella sua formulazione plurale e complessa richiederebbe da parte del pubblico competenze scientifiche, filosofiche, epistemologiche, semplicemente impensabili. Nello studio del genere, che è studio del pensiero in senso lato, ogni disciplina trova la sua specifica "verità" nel proprio percorso metodologico che ne contraddistingue l'identità scientifica ed epistemologica. Così la psicosessuologia si distingue dalla sociologia, ed entrambe si discostano dalla filosofia politica, così il costruttivismo si distingue dal socio-costruzionismo ed entrambi sono diversi dal decostruzionismo, etc. Ogni semplificazione che metta insieme questi discorsi risulta in parte una sfida all'identità disciplinare e alla specifica "verità" (di pensiero) che quella disciplina custodisce. Ogni semplificazione del pensiero sul genere, dunque, lo rende "*più semplice di quello che è*", in un certo senso meno "vero", e tuttavia lo rende più "utile" rispetto al suo potenziale impatto sul contesto sociale. La domanda che rimane è legata al

45 Come si è accennato, accanto al costruzionismo delle scienze sociali nelle sue varie derivazioni, anche il metodo decostruzionista, in filosofia, pur rinunciando per coerenza a sistematizzare la propria posizione epistemologica, assume implicitamente una rinuncia a qualsivoglia rappresentazione oggettiva e definitiva del reale, partendo dal presupposto che ogni sistema interpretativo presti il fianco all'emergere di contraddizioni latenti e pregiudizi inesatti, alla "decostruzione" appunto.

46 "*Everything should be made as simple as possible, but not simpler*" in A. Calaprice, (ed.). *The Ultimate Quotable Einstein*, Princeton, Princeton University Press, 2010.

grado di semplificazione adeguato e ai termini con cui essa viene compiuta, che rispecchierà sempre in qualche modo la lente disciplinare di chi la compie. Ma la scelta comunicativa può riflettere anche contesti e pubblici differenti, con linguaggi e strumenti di comprensione diversi. Scelte comunicative diverse possono raggiungere obiettivi parziali differenti. Questo può di fatto rappresentare una risorsa nella preservazione delle "verità" plurali del pensiero sul genere, permettendo di mantenere distinti i livelli di analisi e di dedicarsi specificamente ad un livello per volta, ma anche di moltiplicare i lavori divulgativi, con focus differenti, a disposizione del pubblico.

Un altro aspetto fondamentale, io credo, è la necessità di accendere l'interesse della "maggioranza", della "zona grigia", chiarendo come i temi del genere la riguardino. La maggior parte della divulgazione (ad eccezione dei progetti scolastici di educazione al genere, non a caso attaccati ferocemente) è stata infatti avanzata nell'ottica degli oppressi: il femminile, l'omosessualità, la transessualità, l'intersessualità. Si parte per lo più dal mostrare gli esclusi per dimostrare che lo schema di riferimento è riduttivo, sbagliato e ingiusto, perché li esclude. Questo ha funzionato, ma in parte, offrendo sì strumenti ai difensori dei diritti delle minoranze, ma senza coinvolgere le maggioranze. L'intero pensiero sul genere è stato percepito come una rivendicazione delle minoranze su questioni (il genere, l'orientamento sessuale e l'identità di genere) che riguarderebbero loro e loro soltanto. *Dovremmo invece insistere su come il genere e l'identità sessuale si realizzano nella maggioranza*: come si strutturano e realizzano le dicotomie quotidiane che tutti percepiscono? Quali sono le fatiche che tutti provano, le violenze che ci scandalizzano, ma che regolarmente manchiamo di associare all'ordine di genere che le alimenta? Come si realizzano quei fatti macroscopici che creano e dividono maggioranze e minoranze sessuali?

Quando anche la divulgazione riuscirà ad aprire uno squarcio nella coscienza della maggioranza sul suo stesso funzionamento da sempre dato per scontato, la maggioranza e la minoranza cominceranno ad avere qualcosa in comune e l'infinita varietà umana, che è l'oggetto principale di studio delle scienze sociali, sarà più vicina a diventare un valore e un patrimonio per l'umanità stessa.

Interventi

*Gian Paolo Dolso**

I profili processuali della sentenza costituzionale sulla *stepchild adoption*

Sommario

1. Il punto di partenza: la sentenza della Corte costituzionale n. 76 del 2016 – 2. I motivi di inammissibilità e i comunicati stampa della Corte costituzionale – 3. La "rilevanza" della questione tra giudice a quo e Corte costituzionale – 4. Gli effetti delle decisioni di "irrilevanza"

Abstract

Il punto di partenza del contributo è costituito da una sentenza della Corte costituzionale n. 76 del 2016. Si tratta di una decisione di inammissibilità, dovuta ad una interpretazione erronea della cornice normativa compiuta dal giudice rimettente. La decisione è stata accompagnata da un comunicato stampa della Corte emesso in quanto, al momento della decisione, il Parlamento era in procinto di approvare la legge sulle unioni civili. Sulla stessa sentenza il Presidente della Corte ha poi aggiunto ulteriori considerazioni: il lavoro si concentra su queste modalità di comunicazione. La decisione di inammissibilità si basa in sostanza sul fatto che la norma sospettata di incostituzionalità non si applica alla fattispecie oggetto di giudizio. Tale modus procedendi, niente affatto inusuale, fornisce l'occasione per soffermarsi sulle decisioni di irrilevanza della Corte nella prassi giurisprudenziale più recente e sugli effetti che esse dispiegano nei giudizi *a quibus*.

The starting poing of the analysis is a judgment issued by the Constitutional Court no. 76 of 2016. It refers to a decision of inadmissibility, due to a wrong interpretation of the legal framework by the judge who asked the Constitutional Court to intervene. The judgement has been published together with a press release by the Court, considering that at that time the Parliament was approving the Civil Partnership Act. In addition, the President of the Court provided further observations. This paper focuses on such a methods of communication. The decision of inadmissibility is based on the fact that the rule suspected of being unconstitutional shall not be applied in this case. This paper also deals with the incidental nature of the proceedings before the Constitutional Court.

* Associato di Diritto costituzionale, Università di Trieste.
Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

1. Il punto di partenza: la sentenza della Corte costituzionale n. 76 del 2016

Come è noto, il giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale ha la propria architrave nella natura pregiudiziale della questione di costituzionalità, che si declina, a partire dalla legge n. 87 del 1953, come "rilevanza" della questione stessa[1]. La centralità della rilevanza, oltre ad essere espressione della natura incidentale del processo, è testimoniata dall'attenzione che la Corte costituzionale dedica all'accertamento di essa e all'articolazione che tale accertamento conosce nella giurisprudenza corrente.

Una recente pronuncia in tema di adozione suona come conferma di quanto appena rilevato e può fungere anche da occasione per alcune considerazioni di carattere più generale. Iniziando dal caso di specie, esso riguarda una questione di costituzionalità proposta dal Tribunale per i minorenni di Bologna e relativa ad alcune norme della legge n. 184 del 1983, le quali, secondo la prospettazione del rimettente, non consentirebbero al giudice di disporre l'adozione nei confronti di una persona coniugata con persona dello stesso sesso (genitore biologico dell'adottando)[2]. Si tratta di una pronuncia non certo passata inosservata ma che ha attirato l'attenzione degli studiosi soprattutto con riferimento ai profili "sostanziali", non disgiunti dalla contestualità di essa rispetto all'*iter* legislativo che ha condotto all'approvazione della legge n. 76 del 2016[3]. Il Tribunale in sostanza sospetta che alcune norme della legge n. 184 impediscano di dare riconoscimento ad una adozione disposta da un'autorità giudiziaria straniera quando il richiedente sia legato al genitore naturale da un rapporto di coniugio tra persone dello stesso sesso. Tale condizione confliggerebbe con il limite a cui, in questi casi, il riconoscimento delle sentenze risulta subordinato, e cioè il rispetto dei "principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori"; tra questi rientrerebbe anche quello "secondo cui l'adozione è consentita solo a coniugi uniti in matrimonio, ai sensi dell'art. 6 della legge n. 184 del 1983"[4].

La Corte, con una motivazione sintetica ma densa di contenuti, distingue le varie ipotesi di riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di adozione: da una parte vi è il riconoscimento automatico, di cui all'art. 41, comma 1, della legge n. 218 del 1995; dall'altra parte vi è la fattispecie disciplinata dal comma 2, secondo cui rimangono ferme le disposizioni delle leggi speciali in caso di adozione di minori, le quali consentono un vaglio da parte del Tribunale per i minorenni. Il Giudice rimettente "non distingue tra i due diversi procedimenti di riconoscimento" dando luogo ad un percorso interpretativo contraddittorio "poiché l'applicazione della legislazione speciale in materia di riconoscimento della sentenza di adozione internazionale di minori che richiede un previo vaglio giudiziale […] non può che precludere il contemporaneo rinvio alle disposizioni ordinarie sul riconoscimento "automatico" dei provvedimenti stranieri"[5].

Nella fattispecie in esame, in cui la ricorrente non era, al momento della pronuncia del giudice straniero, cittadina italiana, non può trovare applicazione l'art. 36 della legge n. 184, che radica la competenza presso il Tribunale per i minorenni e giustifica i controlli a cui si è fatto cenno, ma si verifica un caso di riconoscimento "automatico" della decisione pronunciata all'estero ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 41 comma 1 della legge n. 218 del 1995[6]. Sulla base di queste considerazioni la Corte conclude

1 Sulla natura incidentale del giudizio e sulle problematiche legate a tale carattere, cfr. il pur risalente il volume di M. Cappelletti, *La pregiudiziale costituzionale nel processo civile*, Milano, 1957.

2 Il riferimento è a Corte costituzionale, sentenza n. 76 del 2016. Di tale pronuncia in questa sede si esamineranno solamente alcuni snodi processuali.

3 La sentenza in discorso è stata tra l'altro oggetto di esame da parte di A. Schillaci, *Un altro piccolo passo verso il riconoscimento dell'omogenitorialità: la Corte costituzionale e la trascrizione dei provvedimenti stranieri di adozione coparentale*, in www.dirittocomparati.it, 21 aprile 2016 e di L. Scaffidi Runchella, *Il primo intervento della consulta sul riconoscimento di provvedimenti stranieri in tema di adozione coparentale per coppie dello stesso sesso*, in *Articolo 29*, www.articolo29.it, 2016.

4 Il riferimento è all'art. 35 della citata legge n. 184 del 1983, che si applica anche al provvedimento di adozione pronunciato da un'autorità giudiziaria straniera tra cittadini italiani di cui all'art. 36, comma 4 della legge; la citazione riportata nel testo è ripresa dall'ordinanza del Tribunale di Bologna, 10 novembre 2014, con cui il Giudice ha sollevato la questione sfociata poi nella citata sentenza della Corte costituzionale. In sostanza gli artt. 35 e 36, come interpretati dal diritto vivente, sarebbero, ad avviso del Giudice rimettente, illegittimi in quanto "non consentono al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore adottato il riconoscimento della sentenza straniera che abbia pronunciato la sua adozione in favore del coniuge del genitore, a prescindere dal fatto che il matrimonio del caso abbia prodotto effetti in Italia come per la fattispecie del matrimonio tra persone dello stesso sesso".

5 Ancora Corte costituzionale, n. 76/2016, cit.

6 Il citato art. 36 prevede un vaglio del Tribunale per i minorenni anche con riguardo alle adozioni pronunciate all'estero al fine di sottoporre a controllo ipotesi in cui si potrebbe prospettare, come osserva la Corte costituzionale "un fittizio trasferimento

nel senso dell'inammissibilità della questione dovuta alla "inadeguata individuazione […] del contesto normativo", che determina una "erronea qualificazione dei fatti" sottoposti al giudizio del rimettente", tale da "riverberarsi sulla rilevanza delle questioni proposte"[7].

2. I motivi di inammissibilità e i comunicati stampa della Corte costituzionale

La motivazione della decisione a più riprese insiste sugli "errori" del giudice rimettente. Innanzitutto il Tribunale non distingue tra le due ipotesi di riconoscimento delle sentenze straniere contemplate rispettivamente dal comma 1 e dal comma 2 dell'art. 41 della legge n. 218/1995; muovendo da tale commistione il ragionamento che ne segue si rivela inficiato da "contraddittorietà" "evidente", proprio in ragione dell'irrisolta opzione per l'una o per l'altra procedura. Erronea si rivela pure la scelta del giudice di ritenere applicabile al proprio giudizio la norma di cui all'art. 36, comma 4, della legge n. 184 del 1983, dato che tale norma si riferisce a ipotesi di adozione di minori stranieri da parte dei cittadini italiani. Dopo aver rilevato anche una discrasia tra motivazione e dispositivo dell'ordinanza di rimessione, la Corte ribadisce ancora l'erroneità della ricostruzione del quadro normativo, che ridonda in "erronea" qualificazione dei fatti oggetto di giudizio[8].

Che il *leit motiv* della sentenza sia questo, è testimoniato anche dal comunicato stampa della Corte costituzionale: in esso, spiegando la pronuncia di inammissibilità, si precisa che "il Tribunale di Bologna ha erroneamente trattato la decisione straniera come un'ipotesi di adozione da parte di cittadini italiani di un minore straniero (cosiddetta adozione internazionale) mentre si trattava del riconoscimento di una sentenza straniera, pronunciata tra stranieri"[9]. Data la contestualità tra la decisione della questione e l'*iter* di approvazione della legge sulle unioni civili, la Corte ha inteso con tutta probabilità rimarcare il fatto che la sentenza non toccava i profili in quella sede in discussione. Quanto al rimettente, è ben vero che avrebbe potuto applicare norme diverse da quelle sottoposte al vaglio della Corte, ma è anche da considerare che la questione dell'applicazione della norma indicata dalla Corte implica che si tenga conto, per escludere l'applicabilità del citato art. 36 comma 4 della legge 184, del *momento* in cui fu pronunciato il provvedimento, non avendo rilievo il *momento* in cui viene chiesto il riconoscimento della sentenza.

Che la questione non fosse così scontata lo dimostra anche il contenuto dell'intervento del Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato dall'Avvocatura dello Stato. Nell'atto di costituzione la questione viene bollata come inammissibile per mancanza di rilevanza, ma per motivi del tutto diversi da quelli sottesi alla decisione della Corte. In particolare l'Avvocatura, dando per assodata la competenza del Tribunale per i minorenni, ritiene però che la fattispecie dovrebbe essere ricondotta all'art. 44, comma 1 lett d) della legge n. 184/1983, che consente l'adozione in "casi particolari", norma utilizzata in frangenti simili dalla giurisprudenza di merito e di legittimità senza che a ciò fossero di impedimento i limiti di cui all'art. 35, comma 3 della legge appena citata[10].

Il comunicato stampa non fa che fotografare la ragione dell'inammissibilità. La questione non avrebbe probabilmente richiesto tale comunicato se non si fosse determinata la contestualità tra l'adozione della decisione e l'*iter* di approvazione del disegno di legge sulle unioni civili. Sul fatto che la Corte debba tenere conto di tali circostanze "esterne" rispetto al proprio giudizio si potrebbero nutrire

della residenza all'estero", ciò che appunto giustifica un controllo del giudice italiano sulla conformità del provvedimento ai "principi della Convenzione"; diversamente, in ipotesi in cui il provvedimento non riguardi cittadini italiani, trova applicazione la norma generale di cui all'art. 41 della citata legge n. 218 del 1995 che rinvia, al riguardo, ai successivi artt. 64 e 65 della legge che contemplano un riconoscimento quasi automatico.

7 Ancora Corte costituzionale, n. 76/2016, cit.

8 In sostanza il giudice avrebbe "erroneamente ricondotto la fattispecie oggetto del proprio giudizio ad una disposizione […] volta ad impedire l'elusione, da parte dei soli cittadini italiani, della rigorosa disciplina nazionale in materia di adozione di minori in stato di abbandono, attraverso un fittizio trasferimento della residenza all'estero" (Corte costituzionale, n. 76/2016).

9 Così il Comunicato stampa rubricato "*Decisione della Corte sulla stepchild adption*" dd. 24 febbraio 2016, in www.cortecostituzionale.it.

10 Per la completa argomentazione dell'Avvocatura dello Stato si rinvia alla sentenza della Corte costituzionale, n. 76 del 2016, nella parte "*in fatto*". Si tratta di un ragionamento che, al contrario di altre circostanze, si rivela piuttosto articolato e ricco di riferimenti giurisprudenziali.

dubbi, anche in ragione del fatto che tali comunicati stampa si rivelano, guardando a quelli degli ultimi anni, del tutto eterogenei, e solo raramente riferiti a singole pronunce. Soltanto, infatti, una parte di essi riguarda una anticipazione, che di norma si concreta in una sintetica spiegazione, del contenuto delle decisioni assunte[11]: si tratta di un *modus procedendi* negli ultimi anni quasi immancabilmente adottato con riferimento alle decisioni sull'ammissibilità delle richieste di *referendum* abrogativi[12]. Quanto ai comunicati riferiti a singole decisioni, si può tuttavia osservare un deciso incremento di essi nel corso del corrente anno, in cui essi ammontano ad undici, rispetto ad una media generalmente più bassa[13]. Se forse si potrebbe immaginare comunicati *ad hoc* nel caso essi si riferiscano appunto a decisioni appena adottate, almeno per distinguerli da molti altri comunicati che nulla hanno a che vedere con la giurisprudenza della Corte costituzionale e che spesso attengono alle più svariate attività della Corte, anche legate ad esigenze di mero "cerimoniale", resta il fatto che tali comunicati, specie se accompagnati da un qualche tipo di esternazione presidenziale, possono destare qualche perplessità, soprattutto quando rischiano di ingenerare problemi e/o tensioni con altri organi o poteri dello Stato[14].

In questa prospettiva forse sarebbe utile interrogarsi sull'iniziativa di tali comunicati: si può ipotizzare che la scelta di procedere ad essi sia da intestare in capo al Presidente della Corte, in quanto espressione del ruolo di rappresentanza dell'Organo: si tratta di un potere che trova fondamento anche nelle fonti che disciplinano l'attività della Corte[15]. Se così è, la scelta delle decisioni da "anticipare" con comunicati stampa, il tenore di essi, il fatto che essi diano luogo ad ulteriori "esternazioni" presidenziali a corredo del comunicato, esternazioni che possono avere ricadute sui rapporti tra la Corte ed altri organi dello Stato, costituiscono tutti elementi di cui forse conviene tenere conto quando ci si cimenta nella delineazione della figura del Presiedente delle Corte. Se la tendenza, registrata nella prassi dell'ultimo periodo, ad un aumento di tali comunicati fosse confermata, anche la figura del Presidente ne risulterebbe rafforzata rispetto al Collegio, soprattutto ove tali comunicati fornissero poi occasione per ulteriori esternazioni presidenziali. È per vero probabile che l'utilizzo di tale strumento e le sue modalità siano legati all'interpretazione del proprio ruolo che ogni Presidente adotta, piuttosto che alla funzione stessa,

11 Al riguardo si osservi tuttavia che nell'ultimo torno di tempo, oltre ad un aumento del numero dei comunicati, si può talora registrare anche una loro maggiore articolazione: emblematico il comunicato stampa relativo al diritto del genitore "sociale" a mantenere rapporti con il minore (comunicato dd. 5 ottobre 2016). In tale comunicato, a fronte di un dispositivo di rigetto secco della questione, la Corte precisa i contorni essenziali della motivazione, precisando che "non sussiste […] il vuoto di tutela dell'interesse del minore presupposto dal Giudice rimettente": ancora un "errore" interpretativo del giudice.

12 Sulla eterogeneità di tali comunicati e sulla recente prassi, anche con riferimenti all'esperienza della Corte costituzionale tedesca, si vedano le osservazioni di A. Grignani, *Comunicati stampa dal Palazzo della Consulta anziché provvedimenti cautelari della Corte costituzionale? Sugli "effetti preliminari" della dichiarazione di incostituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2/2013, pp. 9 ss.

13 Negli anni precedenti i comunicati stampa relativi alle singole decisioni risultano di norma di numero più esiguo: in particolare, per stare agli anni più recenti, quattro nel 2015, tre nel 2014; sette nel 2013, cinque nel 2012, tre nel 2011. Per una ricognizione degli ultimi anni si rinvia a S. Panizza, *Composizione, organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Torino, 2014, p. 27.

14 Anche in dottrina si guarda con favore alla tradizionale conferenza stampa annuale, vista alla stregua di "un'occasione per un bilancio sull'attività della Corte", oltre che "un riconoscimento necessario alla conoscibilità dei suoi orientamenti da parte dei non addetti ai lavori", mentre si ritiene siano da "evitare esternazioni estemporanee": così M. Siclari, *Il Presidente della Corte costituzionale*, in *La Composizione della Corte costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere*, Torino, 2004, p. 170. Sul punto cfr. anche S. Aloisio, *Alcuni cenni sull'evoluzione delle esternazioni del Presidente della Corte costituzionale e sulle prospettive del fenomeno,* in *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, P. Costanzo (a cura di), Torino, 1996, pp. 169 ss. Rispetto alle tipologie di esternazioni ivi evidenziate (riguardanti la difesa della Corte, gli atti da essa emananti, la politica costituzionale e la politica in senso stretto) il caso che ci occupa non appare facilmente inquadrabile. Se è vero che l'esternazione muove infatti da una pronuncia della Corte, essa ha invero ad oggetto l'atto introduttivo del processo costituzionale risolvendosi in un giudizio sull'operato del giudice rimettente, rispetto al quale l'esternazione assume note di biasimo con intenti in senso lato "didascalici" *pro futuro.* Ciò a testimonianza della varietà di accenti che le stesse esternazioni possono rivestire.

15 Si tratta, in particolare, dell'art. 22 del Regolamento della Corte costituzionale del 20 gennaio 1966 e successive modificazioni: "il Presidente — recita la norma citata — rappresenta la Corte, la convoca, ne presiede le sedute, sovraintende all'attività delle Commissioni ed esercita gli altri poteri che gli sono attribuiti dalla legge e dai regolamenti". Se si esaminano le competenze dell'Ufficio di Presidenza, assai specifiche a mente dell'art. 25 del Regolamento citato, ne esce confermata l'ipotesi che il comunicato stampa possa essere espressione di una iniziativa del solo Presidente, non comparendo tale attività tra quelle assegnate all'Ufficio di presidenza, invero piuttosto tecniche (come ad esempio l'approvazione dei bilanci, la gestione finanziaria, le nomine e i conferimenti di incarichi…). Sulla figura del Presidente si vedano, per lo meno, T. Martines, *Il Presidente della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, pp. 2057 ss.; G. Cerrina Feroni, *Il Presidente della Corte costituzionale*, in *Diritto e società*, 1994, pp. 667 ss.; per ulteriori e più recenti indicazioni, cfr. E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2016, pp. 56 ss.

i cui contorni risultano ad ogni modo piuttosto sfuocati e suscettibili di assumere diverse sfumature, dovute anche al contesto generale in cui la Corte opera[16].

È ben vero che i comunicati relativi a sentenze su cui la Corte ha appena deliberato sono generalmente assai laconici e volti ad illustrare *in nuce* i contorni essenziali della pronuncia, ma sarebbe forse preferibile che la Corte si esprimesse solamente attraverso le proprie decisioni, a tacere del fatto che vi è già una sede ufficiale in cui la Corte stessa fa il punto della propria attività esaminandola sotto vari profili e aspetti, che è quella della conferenza stampa annuale del presidente[17]. Al di fuori di questa circostanza, che dà poi luogo ad una corposa elaborazione del materiale giurisprudenziale, le ulteriori comunicazioni relative a singole decisioni potrebbero essere percepite come un elemento di distonia rispetto alla natura giurisdizionale dell'organo, su cui del resto si registra un'ampia convergenza di vedute in dottrina[18]. Si noti anche che la comunicazione del mero dispositivo della pronuncia potrebbe perfino alimentare, anziché sedare, le discussioni a cui la decisione attesa ha dato luogo e in ragione delle quali il comunicato è stato adottato[19].

Un *escamotage* che potrebbe essere adottato in tali situazioni, per ovviare agli "inconvenienti" derivanti in fin dei conti dalla scissione temporale tra adozione della decisione e deposito di essa, sarebbe quello di anticipare la stesura della motivazione delle pronunce che, per una qualche ragione, siano oggetto di particolare attesa, da parte dell'opinione pubblica *tout court* o da parte di altri organi dello Stato, come, nello specifico caso, il Parlamento, che sul punto stava legiferando. In questa prospettiva va comunque notato che la prassi, da quanto si ricava da indicazioni provenienti dall'"interno" della Corte, sembra nel senso di escludere che la motivazione sia già predisposta, o abbozzata, al momento della decisione del Collegio: si tratta, invero, di una prassi che potrebbe conoscere un temperamento proprio in vista delle esigenze che si sono indicate[20]. Quando risulti opportuna una riduzione dei tempi, nulla esclude che in sede di discussione sulla pronuncia sia già disponibile, almeno nelle sue linee essenziale, una traccia di motivazione. Nel caso in cui essa riscontri una sostanziale adesione da parte del collegio, è chiaro che i tempi di redazione della motivazione registrerebbero una sensibile riduzione.

Nel caso in esame, se la decisione è stata adottata a seguito della camera di consiglio del 24 febbraio, il deposito della sentenza è avvenuto il 7 aprile. Su tale lasso di tempo si potrebbe incidere tenendo tuttavia conto del fatto che, secondo le norme che disciplinano il processo costituzionale, tutte le decisioni della Corte, dopo essere deliberate in camera di consiglio, hanno da essere oggetto, con riguardo alla motivazione nel frattempo redatta, di approvazione ulteriore da parte del "collegio in camera di consiglio"[21]. Oltre alla riduzione del tempo intercorrente tra le due camere di consiglio, si potrebbe addi-

16 Si tratta per vero di un ruolo, quello di Presidente della Corte, che conosce, soprattutto nell'attuale contesto, una singolare "ultrattività". È emerso, infatti, nel corso del periodo precedente al *referendum* sulla riforma costituzionale del dicembre 2016, che nel dibattito pubblico una particolare enfasi sia stata assegnata all'opinione dei Presidenti emeriti della Corte costituzionale, quasi a segnalarne una sorta di primazia, almeno nella percezione comune, rispetto allo *status* di giudice costituzionale: qualcosa di più, forse, di un *primus inter pares*, come dalla dottrina di norma sostenuto.

17 Che la sede della conferenza stampa annuale sia da preferire rispetto a "commenti sporadici" sulle singole decisioni è sostenuto da G. Azzariti, *Il ruolo del Presidente della Corte costituzionale*, in P. Costanzo (a cura di), *ivi*, p. 190.

18 Sul punto, da ultimo R. Romboli, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, in A. Vignudelli (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto*, Milano, 2009, 401 ss.

19 Al riguardo S. Panizza, *ivi*, 27, ricorda il caso del comunicato relativo alla dichiarazione di illegittimità della legge elettorale n. 270 del 2005: la Corte ha proceduto al comunicato in virtù della "delicatezza della questione, oltre che della "attesa" dell'opinione pubblica e del mondo politico". Il contenuto di alcune puntualizzazioni fatte dalla Corte "hanno però contribuito a suscitare un vivace dibattito, sia giornalistico che tra gli addetti ai lavori, che ha finito per precedere il testo del provvedimento"; tanto è vero che il Presidente della Corte è nel caso intervenuto con un secondo comunicato di precisazione sulla posizione dell'Organo di giustizia costituzionale.

20 Che la prassi sia quella indicata nel testo lo si desume da volume, curato dalla stessa Corte costituzionale, *Che cosa è la Corte costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it, p. 53, ove si sostiene, in relazione alla decisione in camera di consiglio, che essa "non si fonda su un progetto di decisione già scritto dal relatore (come accade in altre Corti), e non è quindi orientata da un'ipotesi già formulata".

21 Si tratta dell'art. 17 delle norme integrative approvate dalla Corte costituzionale in data 7 ottobre 2008, rubricato appunto *Deliberazione delle ordinanze e delle sentenze*: secondo tale norma "le ordinanze e le sentenze sono deliberate in camera di consiglio con voti espressi in forma palese"; dopo la descrizione delle modalità di deliberazione della sentenza e delle relative votazione, e dopo aver precisato che la "redazione" di esse "è affidata al relatore, salvo che, per indisponibilità o per altro motivo, sia affidata dal Presidente ad altro o a più giudici", si dispone che "le ordinanze e le sentenze, il cui testo è stato approvato dal collegio in camera di consiglio, sono sottoscritte dal Presidente e dal Giudice redattore": ciò implica quindi che venga fissata una ulteriore camera di consiglio in cui il testo della motivazione, presumibilmente già circolato tra i giudici, viene approvato definitivamente dal collegio. Operazione cui seguirà il deposito in cancelleria.

rittura immaginare l'approvazione, in sede di deliberazione della pronuncia, della motivazione, quando e se sui contenuti di essa vi fosse un accordo preliminare. Ciò anche in considerazione del fatto che, soprattutto in caso di mancata costituzione delle parti, e quindi di un inevitabile impoverimento della dialettica processuale, gli elementi "nuovi" da considerare sarebbero invero pressoché inesistenti rispetto al quadro già fissato nell'ordinanza di rimessione. Nulla vieta che il giudice relatore anticipi agli altri giudici una bozza di motivazione, su cui si potrebbero innestare eventuali proposte di modifica: in tal modo sarebbe possibile accorpare in una stessa camera di consiglio gli adempimenti che nella normalità dei casi sono spalmati in due scansioni successive. Se tale *modus procedendi* potrebbe suonare come una forzatura della norma citata, la sostanza di essa sarebbe nondimeno rispettata dato che la scissione temporale dei due momenti (deliberazione della sentenza e approvazione della motivazione di essa) è espressione dell'*iter* normale delle decisioni, anche se il "senso" della norma sembra quello di prescrivere l'adozione, da parte del collegio, non solo della decisione, cioè del "dispositivo", ma anche della "motivazione" di essa[22]. Quello su cui si potrebbe certamente agire è in ogni caso il tempo del deposito, che potrebbe in casi consimili essere contenuto, rendendo superflua ogni forma di comunicazione ulteriore.

Nel caso in esame, a rendere più singolare la vicenda in esame, è accaduto che il comunicato stampa sia stato accompagnato da ulteriori dichiarazioni del Presidente della Corte che, seppure volte a rimarcare l'estraneità del *decisum* rispetto al progetto di legge in discussione in Parlamento, hanno generato tensioni con l'organo giudicante e con il potere giudiziario in quanto volte a stigmatizzare il percorso argomentativo sotteso all'atto introduttivo del giudizio[23]. Che vi sia una venatura "didattica" in molte delle pronunce processuali della Corte è vero; che tale venatura traligni in note di biasimo è pure un dato che è stato a più riprese segnalato dalla dottrina; che a tutto questo si aggiunga un rimprovero espresso direttamente al giudice rimettente, e per giunta in sede diversa dalla decisione stessa, rappresenta una singolarità. Di fatto tale forma di rimprovero potrebbe trovare, se non giustificazione, almeno spiegazione, nei casi in cui l'errore del giudice abbia a che fare con le prescrizioni che lo stesso deve seguire all'atto della proposizione della questione di legittimità costituzionale, regole del resto ben desumibili dalle fonti del processo costituzionale così come elaborate dalla Corte. A questo riguardo, è noto che un'ampia gamma di indicazioni sono state via via dispensate dal Giudice delle leggi, anche se non tutte sono state metabolizzate dai giudici, a giudicare dalla frequenza con cui il loro operato viene censurato con l'inammissibilità. Talora anche la mera descrizione della fattispecie risulta carente, a tacere della proposizione, dalla Corte ritenuta inammissibile, di questioni alternative o perplesse o contraddittorie, fino ad arrivare all'ulteriore requisito, per vero oggetto di critica in dottrina, del "*petitum*" da parte del giudice rimettente[24]. La pretermissione di tali prescrizioni, da tempo somministrate dalla Corte sino a comporre un vero e proprio *vademecum* della proposizione della questione di legittimità costituzionale, potrebbe (legittimamente) fondare un "rimprovero" ai giudici che a tali criteri non si attenessero. Diversamente, ove l'inammissibilità riposi su un problema di rilevanza, cioè di applicazione/interpretazione della norma al caso di specie, la nota di biasimo diviene più discutibile proprio perché attiene ad una at-

22 In questo senso E. Lamarque, *Le nuove norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Diritto e società*, 2009, pp. 136 ss., che anzi rimarca come l'approvazione collegiale della motivazione delle decisioni sia stata estesa dalle norme integrative (con le modifiche del 2008) anche alle ordinanze, che per l'innanzi conoscevano nella prassi un *iter* decisamente più snello. Sul principio di "collegialità", inteso alla stregua di un vero e proprio "metodo di lavoro" della Corte costituzionale, insiste G. Zagrebelsky, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, pp. 67 ss.

23 A questo riguardo diverse fonti giornalistiche riportano che il Presidente della Corte, nell'occasione, oltre a ribadire che la decisione della Corte "non ha nulla a che fare con quanto bolle in pentola in parlamento", "nulla a che vedere con le coppie *gay* italiane e con il dibattito in corso", ha precisato che "l'inammissibilità era palese" e che "si trattava di una piccola questione e di un giudice che non sa fare il suo mestiere" (*La Repubblica*, 24 febbraio 2016). Si tratta di dichiarazioni che hanno determinato, tra l'altro una richiesta di chiarimenti da parte di un consigliere togato del Consiglio superiore della magistratura in riferimento alle frasi pronunciate dal Presidente della Corte costituzionale riportate da tutti i *media* (così, tra le altre testate, *Il fatto quotidiano*, 25 febbraio 2016). Di qui ulteriori precisazioni, riprese da diversi giornali, da parte di fonti della Corte costituzionale e dello stesso Presidente, nonché del Presidente del Tribunale per i minorenni di Bologna: un quadro tutt'altro che edificante di cui peraltro in questa sede non è necessario ripercorrere tutte le evoluzioni. Al di là, dunque, della condivisibilità delle esternazioni presidenziali, tese comunque a stigmatizzare un uso di fatto improprio del sindacato di costituzionalità, resta il fatto che sembra nel giusto la tesi secondo cui esse hanno da essere misurate sulla base della loro "capacità […] di rafforzare o meno il ruolo e l'autorevolezza dell'organo che si presiede e rappresenta", ciò che è dubbio sia accaduto nella presente circostanza (la citazione è tratta da G. Azzariti, *ivi*., 198). Secondo altra parte della dottrina va adottata in ogni caso una accezione assai lata del potere di esternazione, da limitare (e quindi da censurare) solo in casi estremi, di fatto talora verificatisi nel passato, non tuttavia apparentabili al caso in esame: per tale approccio, G. Gemma, *Potere di esternazione del Presidente della Corte costituzionale, quali limiti?*, in *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, P. Costanzo (a cura di), Torino, 1996, pp. 210 ss.

24 Si tratta di una ragione di inammissibilità che in dottrina è stato non a caso qualificato come "discutibile": così A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, pp. 148, 149.

tività che in realtà è, in linea di principio, di spettanza del giudice e su cui la Corte finisce per interferire solo in sede di verifica delle condizioni di proponibilità del processo costituzionale (e ai limitati fini di essa). Tale attività interpretativa, posta in essere dalla Corte in occasione del vaglio sulla rilevanza della questione, negli ultimi anni risulta assai praticata ed anzi intensificata di modo che sul pun*to* sembra opportuno soffermarsi.

3. La "rilevanza" della questione tra giudice *a quo* e Corte costituzionale

Il concetto di rilevanza, la scissione tra sindacato sulla rilevanza e sindacato sulla motivazione in punto rilevanza, la competenza a valutare la sussistenza di essa, costituiscono *topoi* tipici degli studi sulla giustizia costituzionale, ma che non perdono di attualità, né potrebbe essere diversamente. La centralità della rilevanza nel giudizio di legittimità costituzionale è del tutto evidente, in quanto espressione della natura incidentale di esso, come la Corte è solita, anche di recente, rimarcare[25]. La Corte non manca di tornare, con una certa frequenza, su questo fondamentale snodo, ricapitolando quanto nel tempo stratificato e consolidato, ma inevitabilmente aggiungendo anche alcuni spunti di novità. La connessione della rilevanza con i profili interpretativi delle norme rende ragione della perdurante vitalità del tema, come la pronuncia da cui si sono prese le mosse eloquentemente testimonia[26]. Da questo punto di vista vi può essere una certa fungibilità tra decisioni apparentemente diverse, se si tiene presente il comune denominatore di esse che riposa sullo scandaglio delle potenzialità ermeneutiche di un testo legislativo: in quest'ottica una pronuncia di inammissibilità per irrilevanza potrebbe anche assumere le sembianze di una decisione di inammissibilità per mancato esperimento del tentativo di interpretazione adeguatrice, così come potrebbe risultare in fin dei conti fungibile con una decisione di infondatezza motivata da un errore interpretativo (un'infondatezza "correttiva", come in dottrina è stata definita) o da una decisione interpretativa di rigetto[27].

La decisione che ha dato occasione a questi rilievi appare emblematica di quanto appena osservato: essa è tutta calibrata su questioni interpretative, non attingendo, se non del tutto indirettamente, profili di costituzionalità delle norme e muovendosi invece nell'ambito del sistema della legislazione ordinaria[28]. Con una serie di serrati passaggi argomentativi la Corte giunge ad affermare che la fattispecie in esame non è governata dall'art. 36, comma 4, della legge 183/1984, relativo ai provvedimenti di adozione pronunciati all'estero nei confronti di cittadini italiani, ma da altra norma, in particolare l'art. 41, comma 1 della legge n. 218/1995, che detta una regola generale in tema di riconoscimento di provvedimenti di giudici stranieri in materia di adozione, riconoscibili in Italia ai sensi degli artt. 64 e 65 della stessa legge. La Corte precisa quale debba essere considerato il *momento* significativo ai fini dell'applicazione dell'una o dell'altra norma: se il rimettente riteneva decisivo il fatto di essere cittadini italiani al momento della richiesta di riconoscimento del provvedimento straniero, la Corte mostra

25 Il punto è sviluppato, ad esempio, da Corte costituzionale, ord. n. 24 del 2015, secondo cui la risoluzione del dubbio di costituzionalità deve presentarsi come "indispensabile per la definizione del processo principale". In dottrina sul punto, da ultimo, A. Pugiotto, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 3 aprile 2015. Di "filo rosso della rilevanza" ragionava del resto anche chi, tra i primi, si era occupato del tema: il riferimento è a M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio incidentale*, Padova, 1984, 98 ss.

26 Il nesso stringente tra valutazioni che ruotano attorno alla "rilevanza" della *quaestio* e considerazioni sulla portata interpretativa della legge sottoposta al sindacato di legittimità è stato illustrato già da V. Crisafulli, *In tema di instaurazione dei giudizi incidentali di costituzionalità delle leggi*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1974, pp. 2789 ss.

27 In dottrina a questo riguardo si sono distinte pronunce interpretative di rigetto in senso stretto e pronunce di rigetto interpretative o "occulte/mascherate/anonime": così A. Ruggeri, A. Spadaro, *ivi*, p. 165.

28 Sul fatto che la Corte sottoponga ad interpretazione la norma oggetto del giudizio, e cioè quella che il giudice deve applicare, non vi sono mai stati dubbi: sul punto già chiaramente C. Mortati, *Sulla corrispondenza tra "chiesto e pronunciato" nei giudizi di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1959, p. 761; resta il fatto che negli ultimi anni tale opera interpretativa risulta, da una parte, particolarmente intensa e sofisticata e, dall'altra, sempre più intersecata con la giurisprudenza comune. Di sentenze correttive si è pure ragionato in dottrina con riguardo ai casi in cui la decisione della Corte si muova appunto nella cornice della legislazione ordinaria: in questo senso G. Lombardi, *Sentenze "correttive" di rigetto della Corte costituzionale come sentenze di accoglimento in rapporto al "punto di diritto"*, in Giurisprudenza italiana, 1961, I, 1, pp. 1153 ss.

di ritenere al contrario significativo il momento dell'emanazione del provvedimento straniero[29]. Nella pronuncia si ragiona a più riprese di "errori" da parte del giudice rimettente, di contraddittorietà del ragionamento compiuto nell'atto introduttivo del giudizio, di difetto di motivazione sulla rilevanza, di inadeguata ricostruzione del contesto normativo: pare dirimente il fatto che alla fattispecie in esame non si applichi la norma che il giudice sospetta di illegittimità, ma altra e diversa norma, che la stessa Corte, sulla base di un diverso percorso interpretativo, indica e che il giudice finirà poi per impiegare a seguito della decisione della Corte[30].

Non si tratta certo di un caso isolato: è sufficiente sfogliare un repertorio di giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni, e non solo, per avvedersi del fatto che le decisioni che hanno come baricentro la rilevanza delle questioni proposte, e quindi profili relativi all'applicazione/interpretazione delle norme oggetto di giudizio da parte della Corte sono più numerose di quanto comunemente si creda[31].

Alla luce di quanto emerge dalla giurisprudenza, pare scontato che la Corte non si limiti a restare ai margini della valutazione che il giudice, all'atto di proporre la questione di costituzionalità, generalmente compie in ordine alla rilevanza della questione, ma valuti a propria volta, talora a fondo e con acribia, se la norma sottoposta a vaglio di costituzionalità sia davvero quella che il giudice deve applicare. Questa prassi, invero corrente, non fa altro che confermare una risalente intuizione dottrinale secondo cui un giudizio in punto "rilevanza" non avrebbe potuto limitarsi a profili motivazionali, ma avrebbe fatalmente comportato una valutazione che non poteva non avere a che fare con l'applicazione della norma alla fattispecie oggetto del giudizio principale[32].

Se questo è vero, può destare una certa meraviglia che la Corte talora insista nel delimitare, una sorta di *actio finium regundorum,* la propria sfera di competenza, quasi fosse votata ad un sindacato meramente "esterno" sul giudizio compiuto dal giudice rimettente[33]. In realtà, il fatto stesso di avere

29 Sul punto la Corte rileva che, mentre il giudice rimettente ha assegnato rilievo al fatto che la ricorrente fosse cittadina italiana al momento del ricorso, lo stesso giudice "non considera che, al momento dell'adozione, ella era solo cittadina americana e che l'adozione pronunciata negli Stati Uniti d'America nel 2004 riguardava una bambina di cittadinanza americana". Si tratta di un profilo che è segnalato, in sede di primo commento alla sentenza, da L. Scaffidi Runchella, *ivi*.

30 In questo senso si veda Tribunale per i minorenni di Bologna, decreto del 5 maggio 2016.

31 A mero titolo di esempio, e per limitarsi agli anni più recenti, si possono vedere le sentt. nn. 46, 272 del 2010; le ordd. nn. 135, 144, 2237 del 2010; le sentt. nn. 23, 30, 181 del 2011; le ordd. nn. 84, 130, 143 del 2011; le sentt. nn. 223, 257 del 2012; le ordd. nn. 60, 82 del 2012; le sentt. nn. 81, 91, 202, 204, 304 del 2013; le ordd. nn. 206, 235, 306 del 2013; le sentt. nn. 90, 151, 159, 174, 270 del 2014; l'ord. n. 95 del 2014; le sentt. nn. 71, 85, 100, 192, 231 del 2015; le ordd. nn. 147, 162, 264, 269 del 2015.

32 Il riferimento è a G. Vassalli, *Giudizio sulla rilevanza ed identificazione della norma controversa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1957, p. 966. Anche altra dottrina, pure più prudentemente, ammetteva la possibilità che la Corte potesse accertare l'irrilevanza della questione, per lo meno nei casi di evidente o certa mancanza di essa: in tale senso V. Crisafulli, *Sulla sindacabilità da parte della Corte costituzionale della "rilevanza" della questione di legittimità costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1957, pp. 610 ss.; sul punto cfr. pure A. Cervati, *Esame della "rilevanza", transazione e decreto legislativo di esproprio per la riforma fondiaria*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1966, pp. 1615 ss. Quanto alla giurisprudenza più recente e agli orientamenti che essa esprime, oltre alle indicazioni di cui alla nota n. 31, si vedano anche le esemplificazioni e le considerazioni contenute in A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 214 ss.

33 Talora emerge in effetti un orientamento della Corte costituzionale teso a praticare un sindacato sulla rilevanza di tipo "esterno": ad esempio, sent. n. 263 del 1994; sent. n. 286 del 1997; sent. n. 179 del 1999; più di recente, sent. n. 34 del 2010; sent. nn. 104, 273, 280 del 2012; sent. n. 91 del 2013; sent. n. 1 del 2014. Tale ultima pronuncia, come noto relativa alla legge elettorale, ha patrocinato una accezione piuttosto blanda di sindacato sulla rilevanza, che poi ha agevolato di fatto il giudizio di merito superando anche le obiezioni secondo cui la questione proposta configurasse una *fictio litis*: su tali profili di carattere processuale, tra i molti contributi, cfr. G. Serges, *Spunti di giustizia costituzionale a margine della declaratoria di illegittimità della legge elettorale*, in *Rivista AIC*, 1/2014; S. Staiano, *La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale*, *Rivista AIC*, 1/2014; F. Ghera, *La sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale: profili processuali e "sostanziali"*, in *Dirittifondamentali.it*, 2014; C. Padula, *Spunti di riflessione sull'azione di accertamento e l'incidentalità nel giudizio di costituzionalità*, in *Consultaonline.org*, 2014; L. Pesole, *L'incostituzionalità della legge elettorale nella prospettiva della Corte costituzionale tra circostanze contingenti e tecniche giurisprudenziali consolidate*, in *Costituzionalismi.it*, 2014; M. Polese, *L'eccezione e la regola: considerazioni sulla giurisprudenza in tema di ammissibilità della questione a partire dalla sent. n. 1/2014*, in *Rivista AIC*, 3/2016. Che non si tratti di un orientamento univoco, come trapela dalla motivazione della sentenza, è dimostrato da una pronuncia di poco successiva alla sent. n. 1 del 2014 in cui si è adottata una accezione di rilevanza ben diversa: si allude alla sent. n. 193 del 2015, su cui R. Romboli, *Nota a Corte cost., sent. 193/2015*, in *Foro italiano*, 2015, I, pp. 3365 ss.; D. Monego, *La rilevanza di una questione di legittimità sul premio di maggioranza regionale fra "riscontro" del vizio, applicabilità della norma ed influenza della decisione idi incostituzionalità*, in *Forumcostituzionale.it*, 2015, che rimarca il maggior rigore adottato dalla Corte con riguardo alla valutazione sulla rilevanza della questione. Si tratta di un profilo ben colto anche da M. Troisi, *Rilevanza ad assetto variabile: in margine alla sent. n. 193 del 2015*, in *federalismi.it*, 2015. Ancora di recente, nel senso di un sindacato di "non implausibilità" della motivazione sulla rilevanza, soprattutto in sede di reiezione di eccezioni di inammissibilità, cfr. ord. n. 19 del 2016, si vedano le sentt. nn. 191 del 2015, 64 e 155 del 2014.

ammesso, senza particolare indugi, un sindacato sulla rilevanza della questione, dovrebbe confinare ad ipotesi piuttosto circoscritte, se non remote, le decisioni di inammissibilità per difetto di motivazione sulla rilevanza, soprattutto ove questa risulti in qualche misura desumibile dal contesto dell'ordinanza di rimessione[34]. Non a caso di rilevanza "implicita" talora ragiona la Corte, con l'intento di desumere, se possibile, la rilevanza della questione dal tessuto dell'atto di promovimento della questione, anche quando tale atto non si soffermi in modo esplicito sul punto[35]. Nella stessa ottica è accaduto che la Corte, al fine di verificare la possibile rilevanza della questione, anche se non debitamente illustrata in sede di ordinanza di rimessione, abbia fatto riferimento ad una "interpretazione contenutistica" dell'ordinanza di rimessione, con ciò alludendo con ogni probabilità alla possibilità di desumerla dall'atto introduttivo del giudizio pur sul punto silente[36].

Al di là dei dubbi cui un impiego — troppo massiccio — dell'inammissibilità per difetto di motivazione sulla rilevanza darebbe luogo, si può al riguardo notare come sulla ripartizione di compiti tra giudici e Corte gravino ancora alcune incertezze. Non mancano casi in cui il sindacato della Corte sul punto viene dipinto come "esterno", e quindi non particolarmente penetrante nella misura in cui non avrebbe attitudine a sovrapporsi alle valutazioni compiute dal rimettente[37]. A questo proposito, si può ricordare un recente caso in cui la Corte sul punto ha evocato, in via generale, la "costante" giurisprudenza costituzionale, stando alla quale il controllo sulla rilevanza "va limitato all'adeguatezza delle motivazioni in ordine a presupposti in base ai quali il giudizio *a quo* possa dirsi concretamente ed effettivamente instaurato, con un proprio oggetto, vale a dire un proprio *petitum,* separato e distinto dalla questione di legittimità costituzionale sul quale il giudice remittente sia chiamato a decidere"[38].

34 Parte della dottrina, al fine anche di salvaguardare un necessario spazio di competenza in capo ai giudizi rimettenti, patrocina l'idea di un sindacato non particolarmente "invasivo" in punto di rilevanza della *quaestio*: così già F. Modugno, nell'ambito di un più ampio discorso sul giudizio incidentale, *Riflessioni interlocutorie sull'autonomia del giudizio di costituzionalità*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1966, 337 ss.; più di recente, G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 291. Sulla molteplicità di approcci che si registrano in giurisprudenza, cfr. tra gli altri, F. Cerrone, *"Obiettivizzazione" della questione di costituzionalità, "rilevanza puntuale" e " rilevanza diffusa" in un recente orientamento della giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1983, pp. 2394 ss.; L. Azzena, *La rilevanza*, in *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello,* R. Romboli (a cura di), Napoli, 2006, 601 ss. A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano 2008, pp. 152 ss.; R. Bifulco, *La rilevanza tra influenza e applicabilità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, pp. 682 ss.; L. Azzena, *La rilevanza nel sindacato di costituzionalità: dalle origini alla dimensione europea*, Napoli, 2012, pp. 62 ss., ove si registra, in un'ottica diacronica, un progressivo irrigidimento del sindacato sulla rilevanza. L'osservazione della prassi giurisprudenziale porta quindi spesso ad escludere che la Corte si limiti ad un sindacato meramente "esterno" sulla rilevanza della questione: così A. Celotto, *La giustizia costituzionale*, in *Diritto Pubblico*, F. Modugno (cura di), Milano, 2012, pp. 704 ss.

35 In questo senso, ad esempio, la sentenza della Corte costituzionale n. 120 del 2015. Interessante anche la sentenza n. 201 del 2014 in cui la Corte, a fronte di una eccezione di inammissibilità per difetto di motivazione sulla rilevanza, ha modo di constatare che "dalla lettura dell'ordinanza di rimessione emerge in maniera evidente come la questione sollevata riguardi l'art. 33 del d.l. n. 78 del 2010 nel testo risultante a seguito dell'integrazione operata dall'art. 23, comma 50-*bis*, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98 [….]". "Proprio la chiara indicazione della norma impugnata — prosegue la Corte — consente di ritenere implicita nella sua censura l'affermazione che la retribuzione variabile in forma di *bonus* e *stock options* assoggettata al prelievo addizionale sia stata corrisposta al dirigente in epoca successiva a quella prevista per la sua applicazione". In sostanza la Corte dà per assodato che il giudice, all'atto di proporre la questione, avesse valutato che la norma fosse, *ratione temporis*, applicabile, ancorché tale particolare non sia specificamente illustrato dallo stesso rimettente. Non è chi non veda come, utilizzando tale ragionamento, una sorta di "presunzione", molte ipotesi di difetto di motivazione sulla rilevanza potrebbero di fatto essere superate, il che sarebbe auspicabile per lo meno al fine di evitare ulteriori, e talora non producenti, riproposizioni della stessa questione con inevitabile prolungamento dei tempi processuali. È interessante osservare che tale orientamento risulta adombrato anche dalla dottrina più attenta: al riguardo V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, p. 291, osservava che "pur mancando nell'ordinanza qualunque espressa motivazione" in ordine alla rilevanza della questione, "e pur venendo eccepito nel giudizio di costituzionalità il difetto di rilevanza, dovrebb'essere consentito alla Corte ritenere […] che questa invece sussista realmente, quando ciò risulti palese dal contesto dell'ordinanza".

36 Così, espressamente, Corte costituzionale, ordinanza n. 112 del 2015. In senso analogo anche la sent. n. 26 del 2015, in cui la Corte osserva che l'errore di individuazione della norma porta ad escludere "a priori la possibilità di pervenire in via interpretativa a superare il difetto di prospettazione" con ciò dando per scontata tale possibilità, ovviamente ricorrendone le condizioni.

37 La Corte ragiona talora letteralmente di sindacato "esterno": così, ad esempio, l'ord. n. 71 del 2015 e l'ord. n. 47 del 2016.

38 Corte costituzionale, sent. n. 110 del 2015, che sul punto richiama la sent. n. 263 del 1994; prosegue poi la Corte rilevando che "il riscontro dell'interesse ad agire e la verifica della legittimazione delle parti agli stessi fini, sono rimessi a loro volta alla valutazione del giudice *a quo* e non sono suscettibili di riesame" da parte della Corte se "sorretti da una motivazione non implausibile". In senso del tutto analogo, come già segnalato, cfr. anche la sent. 1 del 2014, su cui cfr. i contributi indicati *supra* (nota n. 33).

È tuttavia da osservare che, a fronte di questo orientamento, che non a caso si richiama alla impostazione più "tradizionale", espressione anche di prese di posizione dottrinali, per lo più risalenti[39], in altre occasioni la Corte ha modo di declinare i compiti del giudice rimettente in punto "rilevanza" in termini affatto diversi: "i giudici rimettenti sono chiamati, nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale, non solo ad indicare le circostanze che incidono sulla rilevanza delle questioni sollevate, ma anche ad illustrare, quando sia il caso, i presupposti interpretativi che implicano, nel loro giudizio, la *necessità* di fare applicazione della norma censurata"[40].

Che il giudice sia chiamato a fare qualcosa di più in ordine alla valutazione della rilevanza lo si può desumere anche dal controllo che talora la Corte pratica con riguardo alla applicabilità della norma al caso, che non può essere eventuale ma *certa* e *attuale*. Può sembrare, in questa prospettiva, potenzialmente "invasiva" delle prerogative del giudice la valutazione, che la Corte talora compie, sulle vicende del giudizio principale, onde appurare con "certezza", si potrebbe dire al di là di ogni ragionevole dubbio, l'incidenza della pronuncia sull'*iter* processuale, scongiurando in tal modo il rischio che la pronuncia possa non avere effetti sul processo principale. A prescindere dal fatto che tale *modus procedendi* potrebbe accreditare una nozione, che talora trapela in giurisprudenza, di rilevanza intesa come "influenza", resta il fatto che possono risultare molto sofisticate e penetranti le valutazioni compiute dalla Corte in un perimetro che si supporrebbe di esclusiva competenza del giudice *a quo*[41].

Si può al riguardo esemplificare.

Particolarmente significativo un caso relativo all'impugnazione di una legge regionale avente ad oggetto la disciplina del sevizio farmaceutico nella Regione Veneto sollevata dal Tribunale amministrativo regionale per il Veneto nel corso di un giudizio in cui si contestava, sotto vari profili, la legittimità di un provvedimento comunale di individuazione di nuove sedi farmaceutiche[42]. L'inammissibilità è dalla Corte ascritta non alla mancanza di rilevanza *tout court*, ma alla mancanza di "attualità" di essa. Il giudice rimettente, in sede di proposizione della *quaestio*, spiega che la questione sarebbe da considerare rilevante anche se il provvedimento fosse annullato per altri e diversi motivi, estranei rispetto alla denunciata illegittimità costituzionale della legge: ciò in quanto il Comune dovrebbe in ogni caso riesaminare la questione sulla base della stessa legge con il rischio di "reiterazione del pregiudizio". Il Tar, ad avviso della Corte, non chiarisce "se la invocata pregiudiziale soluzione dei palesati dubbi di incostituzionalità della normativa denunciata sia indispensabile per la definizione del giudizio principale"[43].

Ancora: "il TAR non solo non illustra, neppure sommariamente, le ragioni di infondatezza degli altri motivi di ricorso, nonostante la loro priorità logico-giuridica, derivante dalla constatazione che il loro accoglimento determinerebbe l'annullamento del provvedimento impugnato […], ma nel contempo […] di fatto svincola […] la proposizione del dubbio di costituzionalità dal nesso di pregiudizialità attuale con la soluzione del giudizio principale, finendo col proiettare lo scrutinio sulle future possibili ed eventuali nuove applicazioni delle medesime norme attraverso un (del tutto eventuale) riesercizio

39 Nel senso indicato, ad esempio, G. Zagrebelsky, *La rilevanza, un carattere normale ma non necessario della questione di legittimità costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1969, pp. 1001 ss.; di un sindacato non troppo invasivo delle competenze del giudice *a quo* ragiona anche V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, p. 290, il quale non manca di registrare alcune tendenze giurisprudenziali tese a verificare direttamente la rilevanza della questione non esaurendosi nel controllo sulla motivazione di essa.

40 Così Corte costituzionale, sent. n. 18 del 2015 (nostro il corsivo), che sul punto rinvia all'ord. n. 95 del 2012 e alla sent. 249 del 2010.

41 Che dalla giurisprudenza emerga la tendenza, pur non sempre univoca mente affermata, a saggiare l'*influenza* che la decisione della Corte potrà avere sulle vicende del giudizio principale, è un dato che è registrato dalla più attenta dottrina: in tal senso, oltre a quanto già sopra osservato, cfr. E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2013, p. 105, che sul punto concludono osservando che tra le accezioni sul tappeto, "quella della "necessaria influenza" o "stretta pregiudizialità" può ritenersi attualmente prevalente; in senso del tutto analogo A. Ruggeri, A. Spadaro, *ivi*, spec. pp. 219 ss. Per un riscontro giurisprudenziale di tale tendenza si possono a titolo di esempio indicare le seguenti pronunce: per limitarsi solamente agli anni più recenti, cfr. l'ord. n. 71 del 2009; le ordd. nn. 23, 54, 248 del 2010; le sentt. nn. 236, 267 del 2011; l'ord. n. 66 del 2011; le ordd. nn. 170, 315 del 2012; le ordd. nn. 96, 206, 306, 326 del 2013; la sent. n. 84 del 2014; le sentt. nn. 1, 95 del 2015; le ordd. nn. 147, 162 del 2015. Significativa, al riguardo, una recente pronuncia in cui la Corte, al fine di saggiare la rilevanza della questione, si spinge a verificare anche la delibazione del giudice sui presupposti di applicabilità della norma impugnata: "allorquando plurime sono le condizioni richieste dalla norma impugnata ai fini della sua applicabilità, il rimettente è tenuto a delibare l'esistenza di ciascuna di esse, con le relative argomentazioni ed indicazioni nell'ordinanza di rimessone": così ord. n. 128 del 2016. Che poi "rilevanza" e "influenza" possano essere considerati "praticamente la stessa cosa" è stato osservato da tempo in dottrina: cfr. V. Crisafulli, ivi, p. 287, a patto tuttavia che con influenza non si alluda alla diversità di risultati che conseguirebbero dalla risoluzione della *quaestio legitimitatis*".

42 Si tratta della sent. della Corte costituzionale n. 24 del 2015.

43 Corte costituzionale, sent. n. 24 del 2015.

del potere attribuito al Comune"[44]. Da una parte, quindi, la Corte rimprovera al rimettente di non avere sondato la fondatezza di altri denunciati vizi di illegittimità del provvedimento, che avrebbero potuto condurre all'annullamento di esso a prescindere dalla risoluzione della questione di costituzionalità, dall'altra parte lamenta che nell'atto introduttivo del giudizio non è stato dimostrato "il nesso di indispensabile pregiudizialità dello specifico scrutinio richiesto alla Corte rispetto agli esiti della decisione del giudizio principale"[45]. Sotto il primo aspetto, in qualche misura "a monte", il sindacato della Corte appare particolarmente penetrante dal momento che mette in discussione lo stesso "ordine" delle questioni che il giudice è chiamato a decidere, in sostanza esigendo, ai fini della verifica della rilevanza, che il giudice, prima di sollevare la questione di legittimità della legge su cui il provvedimento si fonda, esamini gli altri vizi di legittimità posti a base del ricorso (e il cui accoglimento renderebbe non attuale la rilevanza)[46]. Sotto il secondo aspetto, "a valle", la Corte pretende venga data prova del fatto che la decisione della *quaestio* condizioni l'esito del giudizio *a quo* trovando la norma impugnata un effettivo "riscontro" nelle vicende del processo principale, sottoposte ad un esame particolarmente penetrante[47].

In altro caso, emblematico della tendenza in discorso, la Corte è chiamata a verificare la legittimità costituzionale della legge disciplinante il sistema universitario nella parte in cui non prevede una disciplina transitoria per i provvedimenti disciplinari nei confronti dei docenti nel periodo compreso tra la soppressione del collegio di disciplina presso il consiglio universitario nazionale e la costituzione dei nuovi organi di garanzia presso ogni ateneo[48]. La decisione della Corte "entra" in modo non certo insignificante nelle dinamiche del giudizio principale. In primo luogo, rigettando un'eccezione di inammissibilità fondata sulla mancata impugnazione di una delibera del Senato accademico relativa alla disciplina dei procedimenti disciplinari (che potrebbe riverberarsi sull'ammissibilità stessa del ricorso), viene rimarcato il fatto che tale delibera fosse stata adottata in data anteriore all'avvio del procedimento: oltre a non presentarsi come "autonomamente impugnabile", la delibera stessa veniva impugnata come "atto presupposto", *in unum* con tutti quelli attinenti al procedimento disciplinare in discussione[49]. Il secondo ordine di argomentazioni, su cui si fonda invece la dichiarazione di inammissibilità, implica una ulteriore "incursione" nelle dinamiche del giudizio principale. Se il ricorrente mira ad ottenere una sorta di ultrattività della precedente disciplina con "temporanea riattribuzione della funzione disciplinare al collegio di disciplina istituito presso il CUN", la Corte osserva che tale diversa distribuzione delle competenze, pur "astrattamente idonea a determinare l'annullamento dell'atto per incompetenza dell'autorità che lo ha adottato", "appare estranea all'oggetto del giudizio *a quo* in cui non è stato denunciato alcun vizio dell'atto attinente alla competenza dell'autorità che lo ha emanato, essendo viceversa contestata la carenza di potere di tale autorità, in quanto la stessa sarebbe decaduta dal potere di esercitare l'azione disciplinare per intervenuto decorso del termine di estinzione del procedimento"[50]. In definitiva, ragiona la Corte, emerge una discrasia tra i motivi su cui si fonda il ricorso e il contenuto della questione di costituzionalità proposta, di modo che, nel giudizio costituzionale, "le censure del rimet-

44 Le citazioni sono tratte dall'ord. n. 24 del 2015: conclude sul punto la Corte constatando, molto significativamente, "la inconciliabile contraddittorietà di siffatto argomentare rispetto alla affermazione del principio di *necessità* e *attualità* della questione, quale corollario del postulato della pregiudizialità del giudizio in via incidentale" (miei i corsivi).

45 Ancora Corte costituzionale, ord. n. 24 del 2015. Nella decisione si giunge ad osservare che il *modus procedendi* del giudice, che non ha valutato la fondatezza degli altri vizi di legittimità del provvedimento impugnato, finisce per configurare "un tentativo da parte del rimettente di proporre in via diretta un controllo di costituzionalità": ciò a rimarcare l'attenzione che la Corte dedica alla salvaguardia, in questo come in altri casi, del requisito dell'"incidentalità" della questione.

46 Sul punto cfr., volendo, anche per ulteriori riferimenti di giurisprudenza, G.P. Dolso, *Le decisioni di inammissibilità nella recente giurisprudenza della Corte*, in *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2006, pp. 547 ss.

47 Se il provvedimento impugnato venisse, all'esito del giudizio, annullato per un motivo diverso da quello che è sotteso alla proposizione della questione di costituzionalità, la dichiarazione di incostituzionalità, secondo la Corte, inerirebbe ad una norma che non trova "riscontro" nelle vicende del processo. Ci si avvicina, in tal caso, ad una declinazione di rilevanza non certo sconosciuta in dottrina: sul punto cfr. A. Cerri, *ivi*, p. 172; B. Ferri, *La "riscontrabilità" nel rapporto controverso del vizio lamentato può configurarsi come requisito necessario per la rilevanza di una questione di legittimità costituzionale sollevata in via incidentale?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, pp. 4380 ss. Di un necessario "riscontro" che deve avere — ai fini della verifica sulla rilevanza — la norma impugnata nell'ambito del processo principale ragiona ad esempio la Corte costituzionale nella sent. n. 147 del 2015.

48 Si allude a Corte costituzionale, ord. n. 47 del 2016, avente ad oggetto alcune disposizioni della legge n. 240/2010.

49 Le citazioni sono tratte dalla citata ord. n. 47 del 2016.

50 Ancora ord. n. 47 del 2016.

tente non avrebbero dovuto appuntarsi sulla mancanza della disciplina transitoria bensì sull'estensione delle cause di sospensione del termine di cui alla legge 241/2010 ai procedimenti disciplinari in atto"[51].

La Corte sembra quindi interpretare il controllo sulla rilevanza della questione alla stregua di una verifica assai penetrante. Nella misura in cui essa si traduce nella necessità che la norma oggetto di giudizio si presenti come strettamente pregiudiziale rispetto all'epilogo del processo principale, ponendosi la decisione sulla *quaestio* come strumentale rispetto ad esso, la Corte si ritiene abilitata a conoscere (e ripercorrere) in profondità le vicende del giudizio *a quo*. Non si può dire che ciò non sia in sintonia con la nozione, pur in termini rigorosi declinata, di "incidentalità", concetto su cui non a caso la Corte spesso insiste anche attraverso l'opportuno richiamo alla matrice costituzionale di esso, rappresentato dall'art. 1 della legge costituzionale 1/1948[52]. In termini generali si può osservare che tale linea evolutiva della giurisprudenza depone per una accentuazione del carattere "concreto" del nostro sistema di controllo delle leggi in via incidentale[53], marginalizzando i profili di astrattezza che pure sono presenti nel sistema[54]. Le considerazioni relative all'interpretazione-applicazione delle norme al caso di specie che sovente si rintracciano in molte pronunce processuali che non a caso ruotano attorno alla rilevanza della questione, non fanno che deporre per un collegamento sempre più stretto tra le vicende del processo *a quo* e il processo costituzionale che sembrano avvinti da un legame inscindibile nella misura in cui non solo la *quaestio legitimitatis* è inevitabilmente condizionata dalle vicende del processo che si celebra di fronte all'autorità rimettente, ma tali vicende possono (e spesso sono) influenzate da decisioni della Corte che non sono di accoglimento, e nemmeno sono di rigetto o interpretative di rigetto, ma che sono

51 Corte costituzionale, ord. n. 47 del 2016, che quindi rimarca la mancanza di corrispondenza tra i motivi di ricorso di fronte al giudice amministrativo e la proposizione della questione di costituzionalità, rispetto ad essi estranea.

52 Alla necessaria pregiudizialità della questione, declinata appunto in termini rigorosi, accennano tra le altre, e di recente, la sent. n. 18 del 2015 (che ragiona di "disciplina "effettivamente" applicabile nel caso di specie"), l'ord. n. 24 del 2015 e la sent. n. 102 del 2016. A testimonianza della concretezza del giudizio, dimostrata anche dallo stretto legame che tiene avvinti giudizio in via incidentale e giudizio in via principale, è significativo notare che talora la Corte richiede che dall'ordinanza di rimessione debbano trapelare le "ragioni per le quali "quel" giudice reputi che la norma applicabile in "quel" processo risulti in contrasto con il dettato costituzionale" (così ord. n. 112 del 2015).

53 Per una declinazione del sistema in termini di "concretezza", tra i primi, A. Pizzorusso, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quaderni costituzionali*, 1982, pp. 521 ss.; cfr. sul punto anche A. Pugiotto, *La "concretezza" nel sindacato di costituzionalità*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 1994, III, pp. 7 ss.

54 A questo riguardo si noti che l'istituto di cui all'art. 18 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, secondo cui "la sospensione, l'interruzione e l'estinzione del processo principale non producono effetti sul giudizio davanti alla Corte costituzionale", sembra ancora evidenziare una venatura "oggettiva" del giudizio di costituzionalità: come esso può proseguire nei casi indicati, a prescindere dalle vicende del processo *a quo*, non sarebbe un fuor d'opera ritenere che, alla luce delle concrete vicende processuali successive alla proposizione della questione, la decisione potrebbe anche non incidere sul processo principale in ragione della "evoluzione" della situazione processuale. Diversamente si dovrebbe accedere alla teoria della cosiddetta "penultimità necessaria", secondo cui la questione di legittimità costituzionale avrebbe dovuto risultare pre-posta alla sola decisione finale del processo principale in modo da assicurarne la rilevanza (sul punto cfr. A. Cerri, *ivi*, p. 181). Ancora: diversamente opinando, la Corte non potrebbe adottare pronunce, specie di accoglimento, se non dopo aver verificato, con valutazione prognostica, che esse condizionino in qualche misura le fattispecie *sub iudice*, con ciò finendo per bandire la prassi di limitare, in certi casi, la portata delle proprie pronunce, attraverso un accoglimento parziale variamente ritagliato: esse, proprio in virtù del "ritaglio", potrebbero anche risultare estranee rispetto alla fattispecie processuale sottostante (n questo senso, cfr. la sent. n. 25 del 1992 che, solo con qualche forzatura, si attaglia alla fattispecie oggetto del giudizio principale, essendo altre le situazioni tipiche in cui la pronuncia di accoglimento trova "riscontro"). Entrambi gli orientamenti a cui si è appena accennato sembrano in qualche misura presenti nella prassi giurisprudenziale più recente: che il giudice abbia l'onere di affrontare alcuni snodi processuali prima di proporre questione di legittimità costituzionale è ad esempio lasciato chiaramente intendere dall'ord. n. 24 del 2015, che in qualche misura potrebbe richiamare alla mente la risalente tesi a cui si è sopra fatto riferimento (eco di tale impostazione si rinviene pure nella recente ord. n. 128 del 2016); d'altra parte non è nemmeno inusuale che la Corte soppesi, ai fini della valutazione della proponibilità della questione, l'idoneità della decisione ad influenzare l'esito del processo principale (in tale senso, ad esempio, cfr. la sent. n. 102 del 2016 e, ancora, l'ord. n. 24 del 2015). Tutto ciò sembra deporre per una venatura ancora più concreta del giudizio incidentale. Del resto, anche la "nuova" formulazione dell'art. 18 appena menzionato, risalente al 2008, delle due opzioni interpretative a cui la precedente versione aveva dato adito, sposa quella che meno enfatizza le caratteristiche di "astrattezza" del sistema: sul punto E. Lamarque, *Le nuove norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Diritto e società*, 2009, pp. 130 ss., secondo cui il nuovo testo della norma comporta, per la Corte, una rinuncia "all'accezione più ampia del principio di autonomia del suo giudizio dal giudizio *a quo* e alla proclamazione del carattere di astrattezza del giudizio costituzionale che la formulazione originaria delle Norme integrative, pur con qualche ambiguità, portava inevitabilmente con sé". Ciò nondimeno accade che la Corte rimarchi il carattere "autonomo" del giudizio costituzionale, anche se ciò accade per lo più con riguardo all'irrilevanza di fatti sopravvenuti, e attinenti al giudizio principale, rispetto alla proposizione della quesitone di legittimità costituzionale: in tale senso, ad esempio, cfr. le sentt. nn. 98, 162, 242 del 2014.

di inammissibilità: eppure esse possono proiettare la propria influenza sull'esito del processo risultando, rispetto ad esso, decisive[55].

La Corte, quindi, molto lavora sulla rilevanza, di modo che le ipotesi di mero difetto di motivazione sembrano rarefarsi, secondo una tendenza che pare da condividere[56]. In effetti, al di là dei casi in cui l'ordinanza di rimessione sia inficiata da carenze plateali, come ad esempio accade quando la fattispecie non venga punto descritta o quando essa si traduca in un irrisolto dubbio tra diverse opzioni interpretative della stessa cornice normativa, il che rende di fatto impraticabile ogni valutazione in merito, sembra opportuno che la Corte si concentri sulla rilevanza della questione non limitandosi ai profili motivazionali, il che potrebbe rendere "stucchevole" la pronuncia di inammissibilità, in fin dei conti nemmeno rispondente al principio di economia processuale. Si pensi al caso in cui, a seguito di una dichiarazione di inammissibilità per difetto di motivazione sulla rilevanza, la questione venga riproposta e dichiarata ancora inammissibile ma per mancanza di rilevanza: si tratta di una eventualità che la stessa Corte talora mira a prevenire quando, a margine di un riscontrato difetto di motivazione, adombra una possibile (o probabile) irrilevanza della questione, e ciò al commendevole fine di evitare riproposizioni destinate a finire nel binario morto dell'inammissibilità[57].

A testimonianza di tale approccio si osservi che non è inusuale che la Corte, pur pronunciandosi sul difetto di motivazione sulla rilevanza, e al netto dei casi in cui l'ordinanza di rimessione risulti provvista fin anche di una parvenza di motivazione, si cimenti nel tentare di ricavare indicazioni, anche implicite, dall'ordinanza di rimessione o svolga ulteriori considerazioni in definitiva funzionali a scongiurare la riproposizione di questioni che potrebbero ancora essere destinate ad arenarsi *in limine* per la presenza di ulteriori motivi di improponibilità delle questioni[58]. Sintomatica di questo tipo di approccio è una recente decisione in cui si dubita della legittimità costituzionale di una disposizione della legge

55 Si può al riguardo osservare che talora le formule decisorie indicate nel testo possono essere utilizzate con una certa promiscuità, potendo esse rispondere ad esigenze che anche altre tipologie decisorie sono in grado di soddisfare. Può quindi accadere, ad esempio, che una decisione di infondatezza, nella misura in cui si basa sul riscontro di un errore interpretativo, abbia come effetto la possibilità, che la pronuncia della Corte schiude, di applicare alla fattispecie una norma diversa da quella su cui i dubbi di costituzionalità si erano addensati. Significativa, al riguardo, la recente sent. n. 225 del 2016 in cui la Corte, rigettando il dubbio del rimettente che paventava un "vuoto di tutela" con riguardo alla tutela dei diritti del genitore "sociale" a mantenere rapporti con il minore, individua una norma codicistica (in particolare l'art. 333 c.c.) che può essere utilizzata dal giudice per risolvere il problema che aveva dato luogo alla proposizione della questione di legittimità costituzionale.

56 Distingue molto chiaramente i due tipi di giudizi, quello della motivazione sulla rilevanza da quello sulla rilevanza *tout court*, l'ord. n. 47 del 2016.

57 Emblematico esempio dello schema descritto nel testo è fornito dalla recente sentenza della Corte costituzionale n. 97 del 2016. In essa la Corte è chiamata a dirimere un dubbio legato all'art. 1751 c.c., in tema di indennità di cessazione del rapporto di agenzia: la norma subordina tale indennità al ricorrere, alternativo, anche di una sola di due condizioni dalla norma prevista anziché, come il giudice vorrebbe, anche per rendere la norma conforme alla direttiva n. 86/653/CEE, alla sussistenza di entrambe. Nella sentenza non ci si limita ad indicare una serie di carenze, nella descrizione della fattispecie, presenti nell'ordinanza di rimessione. Attraverso un intenso lavorio interpretativo sulla norma censurata la Corte intende dimostrare che le due condizioni, ancorchè previste "separatamente", in certe situazioni, che potrebbero essere quelle di fatto nel caso verificatesi, possono presentarsi come "logicamente e ontologicamente connesse": in tal caso, conchiude la Corte, la questione si appaleserebbe come irrilevante. In fin dei conti si invita il giudice rimettente a tenere conto di tali indicazioni interpretative che potrebbero, a seguito appunto di diversa interpretazione, rendere di fatto non applicabile la "norma" che il giudice ritiene illegittima.

58 In questa prospettiva, appare degna di nota la sent. n. 79 del 2016, in cui la Corte, pur non essendo del tutto superati i dubbi sulla proponibilità della questione, che avevano condotto ad una precedente pronuncia di inammissibilità (sent. n. 260 del 2011) decide in ogni caso di procedere alla decisione sul "merito" della questione. Nello stesso ordine di idee la sent. n. 140 del 2016: in essa la Corte accerta in prima battuta la sussistenza di un errore di individuazione della norma da applicare (*aberratio ictus*) il che legittimerebbe già una pronuncia di irrilevanza *in limine*: ciò nonostante essa precisa ad ogni buon conto che, anche nel caso in cui l'impugnazione avesse avuto ad oggetto la norma di fatto applicabile, il "tasso di manipolatività" della richiesta avanzata avrebbe in ogni caso condotto ad una pronuncia di inammissibilità motivata dal necessario rispetto della discrezionalità del legislatore. Non è inusuale, quindi, che la Corte, all'atto di dichiarare la questione inammissibile per ragioni che sarebbero di per sé superabili a seguito di una più appropriata motivazione, evidenzi altri e più radicali vizi al fine di evitare riproposizioni della quesitone che si rivelerebbero, in definitiva, inutili: per ulteriori indicazioni giurisprudenziali, si può rinviare a G.P. Dolso, *Giudici e Corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Milano, 2003, pp. 160 e 261 ss. Si tratta di un orientamento apprezzabile, attesa le valenza del principio di economia processuale che la Corte finisce in tal modo per realizzare: sul punto, cfr. C.P. Comoglio, *Premesse per uno studio sul principio di economia processuale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1978, pp. 588 ss. Si noti che in altri casi la Corte, pronunciandosi sull'inammissibilità della questione, non scandaglia tutte le relative eccezioni, in qualche misure ritenendole assorbite dalla dichiarazione di inammissibilità sulla base di una di esse: sul punto, anche per esemplificazioni, A Bonomi, *L'assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*, Napoli, 2013, pp. 38 ss., il quale peraltro precisa che non si tratta di una assorbimento in senso proprio, essendo questo limitato a profili che attengono al "merito" della questione di costituzionalità.

689/1989 in quanto, in relazione al regime delle sanzioni amministrative, limita il "cumulo giuridico" di esse al caso di violazione delle sole leggi in materia di previdenza e assistenza obbligatorie[59]. La parte motiva della decisione non si esaurisce nell'indicazione delle omissioni dell'ordinanza di rimessione con riguardo alla ricostruzione della fattispecie, di cui pure si certifica la lacunosità e l'incompletezza, il che potrebbe già veicolare una pronunzia di inammissibilità. La Corte va oltre, evidenziando la mancata considerazione, da parte del rimettente, di una norma del Codice delle assicurazioni private che disciplina il cosiddetto "illecito seriale"[60]. Indipendentemente dalla diretta applicabilità di tale norma alla fattispecie, compito che la Corte rilascia al giudice, quest'ultimo viene invitato a tenere conto, alla luce della norma indicata, "di una valutazione sistematica dell'illecito seriale" dato che ciò "potrebbe condurre ad una diversa conclusione" in ordine alla compatibilità della norma denunciata con il parametro costituzionale invocato[61].

L'orientamento, quindi, che sembra affermarsi è quello secondo cui la dichiarazione di inammissibilità per mero difetto di motivazione sulla rilevanza appare un poco recessiva, *ut sic*, per lo più confinata ad ipotesi di difettosa descrizione della fattispecie, nel senso che ad essa sovente si accompagnano, talora sovrapponendosi, ulteriori considerazioni volte ad illuminare *altri* vizi dell'atto introduttivo del giudizio e/o a suggerire spunti interpretativi, di norma occasionati da non soddisfacenti ricostruzioni del quadro normativo, che non di rado dispiegano effetti inibenti rispetto alla ri-proposizione della questione di legittimità costituzionale[62].

A corredo di tutto ciò, si potrebbe anche riprendere una risalente tesi, ispirata senza dubbio da ragioni più che plausibili, secondo cui, a sancire la disomogeneità dei diversi casi cui si è accennato, assai più producente sarebbe rubricare le pronunce che svelano un plateale difetto di motivazione sulla rilevanza con la formula della "restituzione degli atti al giudice *a quo*", riservando la formula dell'inammissibilità ai casi in cui il difetto evidenziato non sia dal rimettente emendabile[63]. In definitiva si potrebbe auspicare: un superamento delle spesso enunciate e altrettanto spesso nei fatti smentite limitazioni del sindacato della Corte sulla rilevanza, declinato come "esterno" rispetto alle valutazioni compiute dal giudice rimettente; una marginalizzazione delle ipotesi di inammissibilità per difetto di motivazione sulla rilevanza, rilevanza del resto talvolta suscettibile di essere desunta in via "implicita" nella trama argomentativa dell'ordinanza di rimessione; una distinzione, anche di formula decisoria, tra pronunce che si limitino a censurare i difetto di motivazione dell'ordinanza e quelle che invece escludano in radice l'applicazione della norma al caso.

4. Gli effetti delle decisioni di "irrilevanza"

Se tutto ciò è vero rimane un ultimo problema, anch'esso evidenziato dalla pronuncia da cui siamo partiti: ci si può domandare quali siano gli effetti che le indicazioni interpretative, somministrate dalla Corte in sede di giudizio sulla rilevanza della questione, producano nell'ambito del giudizio principale, se tali indicazioni siano in qualche misura "cogenti" e su quali argomenti tale cogenza potrebbe eventualmente fondarsi. Si tratta di un problema, quello del seguito delle pronunce della Corte costituzionale, assai frequentato dalla dottrina, a partire dai dubbi e dagli interrogativi che avevano circondato l'adozione delle prime pronunce interpretative di rigetto, e di poi ripropostosi in particolare con riguardo alle additive di principio[64]. Il problema in esame è in parte diverso sia per il fatto che si discorre di pronunce

59 Il riferimento è all'ord. n. 36 del 2015, in cui si invoca una violazione dell'art. 3 Cost.

60 Si tratta, per la precisione, del comma 1 dell'art. 327 del decreto legislativo n. 209/2005 (Codice delle assicurazioni private).

61 Le citazioni sono tratte dalla sent. n. 36 del 2015 in cui è evidente che la Corte, pur potendo fondare la dichiarazione di inammissibilità sulla carente descrizione della fattispecie esibita dall'atto introduttivo del giudizio, segnala al rimettente una norma che, pur trascurata, potrebbe risultare applicabile al giudizio, con conseguente dissolvimento dei dubbi di costituzionalità, oppure essere comunque utile a saggiare la perdurante consistenza degli stessi dubbi. In una analoga prospettiva è da collocare anche la già menzionata sent. n. 97 del 2016.

62 Si segnalano, in via esemplificativa, come sintomatiche di tale *modus procedendi* le decisioni della Corte costituzionale nn. 114, 269 e 270 del 2015.

63 Si tratta della tesi proposta e sviluppata da R. Romboli, *Evoluzione giurisprudenziale ed aspetti problematici della restituzione degli atti al "giudice a quo"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, pp. 561 ss.

64 In riferimento al "seguito" delle tipologie decisorie indicate nel testo si vedano almeno i contributi di E. Lamarque, *Gli effetti della pronuncia interpretativa di rigetto della Corte costituzionale nel giudizio a quo (un'indagine sul "seguito" delle pronunce costituzionali)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, pp. 685 ss.; A. D'Aloia, P. Torretta, *Sentenze interpretative di rigetto, "seguito"*

di carattere "processuale", sia anche perché le indicazioni che la Corte in tali frangenti dispensa non attengono, contrariamente a quanto accade per altre tipologie decisorie, a profili di costituzionalità ma piuttosto a profili di interpretazione di norme, o plessi di norme, della legislazione ordinaria. Che quello appena descritto sia un problema in agenda lo certifica la frequenza di decisioni, pur di varia tipologia, ricche di indicazioni interpretative, pur variamente modulate, e non sempre peraltro connesse a profili di costituzionalità strettamente intesi. Il caso più problematico è appunto quello in cui, a margine di pronunce processuali aventi a che fare con la rilevanza della *quaestio*, la Corte dispensi indicazioni interpretative le quali, suggerendo una rivisitazione dell'impostazione fatta propria dal rimettente, in sostanza finiscono per postulare l'applicazione al caso di altra e diversa norma rispetto a quella su cui i dubbi di costituzionalità si erano appuntati[65]. La non trascurabile portata di questo fenomeno pare quindi giustificare qualche breve considerazione sul punto.

È interessante muovere ancora dalla sent. n. 76 del 2016 e, in particolare, dal suo "seguito". Chiamato a decidere la questione dopo la pronuncia della Corte, il giudice rimettente, una volta ricostruito l'*iter* processuale della vicenda e riassunto il contenuto della decisione del Giudice delle leggi, conclude nel senso dalla stessa decisione indicato. "In virtù dei rilievi svolti dalla Consulta — ai quali, per autorevolezza, questo giudice intende dar seguito — non è applicabile al caso oggetto dell'odierno giudizio la disciplina in tema di riconoscimento delle sentenze di adozione internazionale di minori, di cui all'art. 36, comma 4 della legge n. 184 del 1983". Il Giudice delle leggi, prosegue il Tribunale, "ha disatteso, invero, il rilievo fatto proprio da questo Tribunale, in merito alla cittadinanza italiana della ricorrente al momento della introduzione della domanda: elemento, però, su cui non si intende fondare ulteriori spunti motivazionali": di qui la conseguenza dell'inammissibilità della questione, già peraltro adombrata come esito "naturale" del giudizio principale da parte della Corte costituzionale[66].

Anche alla luce delle considerazioni sopra svolte, la decisione appare apprezzabile nella misura in cui rappresenta lo scenario che, nella fisiologia del sistema, dovrebbe auspicabilmente realizzarsi a seguito di una dichiarazione di irrilevanza a cui si accompagnino indicazioni sulla norma applicabile alla fattispecie. Forse ci si potrebbe chiedere se l'ossequio alle prescrizioni della Corte si fondi solo sulla "autorevolezza" dell'organo da cui provengono oppure se fosse stato possibile, per il giudice, sulla base degli "ulteriori spunti motivazionali" cui si accenna nel citato decreto, insistere sulla linea interpretativa che alimentava l'ordinanza introduttiva del giudizio costituzionale[67]. A questo riguardo sembra che vi siano alcune ragioni che militino a favore di un tendenziale obbligo del giudice *quo* di attenersi a tali prescrizioni o per lo meno a non obliterarle del tutto.

Innanzitutto occorre ancora muovere dal carattere incidentale della pronuncia della Corte, carattere che trova indubbia copertura costituzionale. Se il processo costituzionale muove da un concreto giudizio, la pregiudizialità della questione, o la "rilevanza" di essa, appare un dato difficilmente eludibile: la questione proposta alla Corte non può che riferirsi ad una norma che nel processo sarà "necessariamente" applicata. Una volta che la Corte accerti che in realtà non è quella la norma che si attaglia alla fattispecie, ma altra, frutto appunto di un percorso interpretativo alternativo o comunque diverso da quello compiuto dal giudice rimettente, la Corte non fa altro che assicurare l'effettività di un requisito costituzionale del giudizio di costituzionalità delle leggi. È il sistema che richiede, "a monte", il controllo; è il sistema che esige, "a valle", che il prodotto di tale controllo, consegnato alla decisione di inammissibilità, non venga dal giudice pretermesso. A volere attenuare tale obbligo, e in una qualche analogia con quanto sostenuto con riguardo all'efficacia delle pronunce interpretative di rigetto, si potrebbe tutt'al più ritenere che al giudice sia preclusa l'applicazione della norma oggetto di giudizio non tanto perché dalla Corte riconosciuta, *per incidens*, incostituzionale, come accade appunto nelle interpretative di rigetto, quanto perché il giudice finirebbe per dare applicazione ad una norma da lui stesso ritenuta illegittima. Se la via maestra sembra quella dell'adesione all'indicazione interpretativa della Corte, una alternativa, invero non frequente sul piano effettuale, potrebbe essere quella di applicare al caso altra e

giudiziario, certezza e stabilità del diritto "conforme a Costituzione", in *"Effettività" e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, (a cura di)Napoli, 2006, pp.25 ss.; F. Politi, *L'applicazione delle additive di principio da parte dei giudici comuni e l'efficacia nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità, ivi, pp.* 181 ss.; E. Lamarque, *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali (anni 2000-2005)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2008, pp. 699 ss.

65 Per limitarsi alla prassi recente si possono tra le altre segnalare: le sentt. 27 del 2015, 57, 85, 97 102 del 2016; le ordd. 36, 80, 264 del 2015.

66 Le citazioni sono tratte dal Tribunale per i minorenni di Bologna, decreto del 5 maggio 2016, che quindi fonda la dichiarazione di inammissibilità sulla constatazione secondo cui si versa, nel caso, "in una ipotesi di riconoscimento automatico mediante trascrizione a cura dell'ufficiale dello Stato Civile negli appositi registri".

67 Le citazioni sono ancora tratta dal Tribunale per i minorenni di Bologna, decreto del 5 maggio 2016.

diversa norma, espressione di un alternativo percorso ermeneutico, diversa sia da quella su cui i dubbi di costituzionalità si erano addensati sia da quella indicata dalla Corte[68].

L'alternativa, nel caso in cui il giudice continuasse a ritenere applicabile la norma che la Corte ha ritenuto, al contrario, estranea alla fattispecie *sub iudice*, sarebbe quella della "disapplicazione", in sostanza da ascrivere ad una prevalenza del principio di legittimità costituzionale rispetto alla salvaguardia del sistema incidentale di accesso alla Corte[69]. Se è vero che la stessa dottrina che ha prefigurato tale eventualità ne ha poi riconosciuto la non riscontrabilità nella pratica giudiziale[70], ciò in realtà non dipende dalla sua consequenzialità, quanto dal fatto che, nella prassi, e il caso da cui si sono prese le mosse suona come conferma di ciò, le indicazioni somministrate dalla Corte e relative alla norma da applicare al caso sono tendenzialmente oggetto di ottemperanza da parte dei giudici rimettenti.

Il sistema non tollera che il giudice applichi norme incostituzionali: di qui l'obbligo di proposizione della questione di legittimità costituzionale ogni qual volta si profili un dubbio di costituzionalità nel corso di un "giudizio". Ma lo stesso sistema non tollera nemmeno che il giudice disapplichi norme di legge, pure se incostituzionali. I due obblighi non costituiscono altro che due facce della stesa medaglia, la cui matrice è da rinvenire nell'art. 1 della legge costituzionale n. 1 del 1948 che fornisce la base costituzionale al meccanismo incidentale. Corollario del primo obbligo è la previsione della possibilità di riproporre, all'inizio di ciascun grado di giudizio, la questione di legittimità costituzionale, proprio per scongiurare ipotesi che norme gravate da dubbi di legittimità possano trovare applicazione[71]. Corollario del secondo si può legittimamente ritenere sia costituito dal dovere, per il giudice rimettente, di soggiacere alle pronunce della Corte indicanti la norma da applicare al caso (appunto diversa da quella sottoposta al vaglio della Corte). Se questa prescrizione sembra possa radicarsi nella legge costituzionale appena citata, essa non sembra erodere la portata e il significato dell'art. 101 Cost. e, in particolare, la soggezione del giudice "solo" alla legge ivi contemplata, in sostanziale analogia con quanto avviene con riguardo al giudizio di rinvio, nell'ambito del quale il giudice rimane vincolato al principio di diritto enunciato dalla Cassazione perché così previsto dal sistema legislativo[72].

Se poi ci si interroga sulla possibile riproposizione della *quaestio* da parte dello stesso giudice a seguito della decisione di irrilevanza, si può ritenere evidente, anche alla luce del fatto che tale decisione non può che essere qualificata tra le dichiarazioni di inammissibilità di tipo "decisorio", che ad essa deve quindi applicarsi l'art. 137, comma 3, Cost. e il divieto di impugnabilità delle "decisioni" della Corte in esso prescritto[73]. Stando così le cose, è pure da escludere che la questione oggetto della decisione, pur di irrilevanza, possa essere oggetto di ulteriore rimessione alla Corte in quanto questo si tradurrebbe in una "contestazione", di fatto una impugnazione, della decisione a suo tempo resa dalla stessa Corte[74].

Il "seguito" della sent. n. 76 del 2016 da cui siamo partiti appare emblematico di una tendenza dei giudici ad uniformarsi, una volta che la questione dalla Corte "ritorni" al giudice, alle indicazioni interpretative che, in sede di valutazione della rilevanza, vengono dispensate. Fermo restando che tale tendenza andrebbe ulteriormente confermata da una indagine sui "seguiti" delle pronunce di irrilevanza, resta il fatto che essa sembra in ogni caso da approvare, oltre che per le ragioni sopra esposte, anche perché risponde ad uno spirito di collaborazione che sarebbe bene ispirasse, e molto spesso di

68 Nel senso indicato, C. Esposito, *Autorità delle decisioni di rigetto della Corte nei giudizi* a quo, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1961, pp. 1216 ss.

69 Si tratta, del resto, della risalente tesi di A. Pizzorusso, *Garanzie costituzionali (artt. 134-137),* in *Commentario della Costituzione*, G. Branca (a cura di), Bologna-Roma, 1981, p. 290. È peraltro da rimarcare la contrarietà della Corte costituzionale ad ogni ipotesi di controllo di costituzionalità "in via diffusa", come la giurisprudenza degli ultimi anni relativa al "posto" delle fonti internazionali pattizie, e in particolare della Convenzione europea dei diritti umani, eloquentemente dimostra.

70 A. Pizzorusso, *Relazione conclusiva*, in *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, 2002, pp.753 ss.

71 Cfr. art. 24, comma 2, della legge n. 87 del 1953.

72 Si tratta di un meccanismo che è stato ritenuto indenne da dubbi di costituzionalità: cfr. Corte costituzionale, sent. n. 50 del 1970, su cui A. D'Atena, *La libertà interpretativa del giudice e l'intangibilità del punto di diritto enucleato dalla Cassazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1970, pp. 563 ss.

73 Del resto, con riguardo alle pronunce di inammissibilità, si era già in passato ragionato alla stregua di pronunce che "definiscono" il giudizio: sul punto M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio incidentale*, Milano, 1986, 13 ss. Sulla differenza, da tempo praticata in giurisprudenza, tra decisioni di inammissibilità "decisorie" e decisioni di inammissibilità "non decisorie" si veda, da ultimo, A. Bonomi, *Le interpretative di inammissibilità "processuali" e "di merito": natura decisoria e effetto preclusivo*, in www.forumcostituzionale.it , 2013, pp. 4 ss.

74 Sul punto cfr. A. Saccomanno, *Divieto di impugnazione delle decisioni della Corte e effetti preclusivi delle decisioni di rigetto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, pp. 315 ss.; in senso analogo F. Dal Canto, *Art. 137*, in *Commentario alla Costituzione*, , Torino, 2006, p. 2687.

fatto ispira, i rapporti tra giudici e Corte[75]. Si possono al riguardo fare due osservazioni. A fronte di un orientamento, ormai affermato, teso a declinare la rilevanza in modo assai rigoroso, in fin dei conti rispondente alle esigenze insite nella natura pregiudiziale del giudizio di costituzionalità, le attenuazioni, o le deroghe, a tale rigore dovrebbero essere limitate ad evenienze in cui esse riposino su esigenze di respiro "costituzionale", come in fin dei conti è avvenuto nella nota sentenza n. 1 del 2014, che appare più convincente sul versante del richiamo alle zone franche o zone d'ombra del giudizio di costituzionalità rispetto a quanto argomentato per escludere la configurabilità di una vera e propria *fictio litis*, come tale comportante l'inammissibilità della *quaestio* per vanificazione appunto del requisito dell'incidentalità[76]. Lo scrutinio severo in tema di rilevanza/applicabilità della norma al caso dovrebbe quindi essere praticato in modo sistematico, anche per non alimentare il sospetto che esso possa essere dismesso quando la Corte intenda per una qualche ragione decidere la questione nel merito. Ciò potrebbe accreditare l'idea — che non pare invero trovare riscontro nella prassi — di una qualche forma "selezione" dei casi per ragioni che prescindono dal riscontro della verifica rigorosa dei presupposti del giudizio di costituzionalità[77]. Il caso da cui si è partiti quindi, nonostante le sue particolarità e la sua eco mediatica, dovuta a varie e contingenti ragioni, appare espressione di una tendenza della Corte a passare al setaccio le varie potenzialità interpretative del sistema o plesso normativo ove la norma impugnata si colloca al fine di saggiare a fondo la "inevitabilità" dell'applicazione della norma oggetto di giudizio alla fattispecie.

Resta inteso che le pronunce di cui ci siamo occupati — in sostanza di irrilevanza — non possono essere lette come un blocco monolitico e sempre uguale a sé stesso. Come emerso anche dalle esemplificazioni illustrate, tali decisioni si presentano in modo diverso a seconda del contenuto specifico di esse, pur a fronte di una forma appunto omogenea. Altro, infatti, è limitare la dichiarazione di irrilevanza alla constatazione, ad esempio, secondo cui la norma sospettata di illegittimità è del tutto estranea alla fattispecie del giudizio, oppure all'accertamento che essa è già stata applicata dal giudice, oppure deve esserlo in una fase successiva del giudizio[78]; cosa diversa è, invece, esaminare, anche a fondo, la cornice normativa che fa da sfondo alla fattispecie ed individuare la norma — diversa da quella sottoposta a giudizio di costituzionalità — che governa la fattispecie[79]. Nella prima eventualità, la decisione si limita a prendere atto, sulla scorta delle indicazioni desumibili dall'ordinanza di rimessione, della non pertinenza della norma al caso della vita oggetto del giudizio; nella seconda, invece, dalla pronuncia trapela una parte propositiva (una sorta di *pars construens*) che suona come invito al giudice ad applicare una norma diversa da quella sottoposta al vaglio di costituzionalità. Il non detto della pronuncia riguarda profili di costituzionalità. È ben vero che tali profili rimangono formalmente fuori quadro ma, quando la parte propositiva viene argomentata dalla Corte, pur con varie modulazioni, essa, saldandosi con l'atto introduttivo del giudizio, lascia in definitiva intendere che la norma di cui si predica l'applicabilità al caso rende immune la "situazione normativa" dai dubbi di costituzionalità che la circondavano[80]. L'articolazione nel senso appena indicato di alcune pronunce di irrilevanza, quindi, erode l'idea che esse, muovendosi sul piano interpretativo della legislazione ordinaria, siano per definizione estranee a profili di costituzionalità, potendo al contrario tali profili riemergere nella trama delle motivazioni[81].

75 Sul punto cfr. diffusamente E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Bari, 2012.

76 Si tratta di un profilo ben evidenziato da P. Carnevale, *La corte vince, ma non (sempre) convince. Riflessioni intorno ad alcuni profili della "storica" sentenza n. 1 del 2014 della corte costituzionale*, in *Nomos, Le attualità nel diritto*, 2/2013.

77 Cfr. al riguardo P. Bianchi, *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, Torino, 2000.

78 In certi casi si evidenzia una situazione di estraneità della norma alla fattispecie, certificata spesso con una motivazione succinta: a mero titolo di esempio; cfr. Corte costituzionale, sentt. nn. 172, 257, 280 del 2012; ordd. nn. 82, 196 del 2012; sentt. nn. 202, 204 del 2013; ordd., 206, 235, 306 del 2013; sentt. nn. 151, 159 del 2014; ordd. n. 3, 58, 95 del 2014; ordd. nn. 264, 269 del 2015; l'irrilevanza è pure evidente quando si ragiona di questioni "premature" o "tardive": nel primo senso, ad esempio, ord. n. 26 del 2012; ord. n. 128 del 2013; nel secondo senso, si veda la giurisprudenza relativa alla proposizione della *quaestio* nel corso della fase cautelare, in cui si sostiene la tardività della proposizione della questione quando il potere risulti "esaurito": così ord. n. 150 del 2012; sent. n. 172 del 2012; al riguardo cfr. A. Cerri, *ivi*, che fa riferimento ad una "sterminata giurisprudenza" sul punto.

79 In quest'ottica si vedano gli esempi indicati nel paragrafo 3.

80 A mero titolo di esempio, si veda l'ord. n. 36 del 2015, in cui la Corte segnala che la mancata considerazione, da parte del giudice, di una norma relativa alla fattispecie *de qua*, potrebbe anche condurre ad una diversa valutazione dei dubbi di costituzionalità sollevati; interessante anche la sent. n. 225 del 2016, la quale, in termini meno dubitativi, evidenzia che l'applicazione della norma indicata dalla Corte fa svanire i dubbi di costituzionalità

81 Se ciò di certo accade quando la Corte, dichiarando l'irrilevanza della questione, certifica il fatto che l'applicazione di una diversa norma porta a superare i problemi di costituzionalità segnalati dal rimettente, non è escluso che anche in altri casi ragioni di logica giuridica suggeriscano di ritenere che l'esplicita indicazione — da parte della Corte — della norma da ap-

Alla luce della giurisprudenza, che registra un intenso lavorio interpretativo da parte della Corte in sede di controllo sulla rilevanza/applicabilità della norma al caso, è infine da rimarcare la particolare cautela che dovrebbe circondare ogni valutazione del Giudice delle leggi al riguardo, non esaurendo le pronunce — pur di mera irrilevanza — la propria efficacia nella cornice del giudizio di costituzionalità. Se la logica del sistema porta il giudice a rispettare le indicazioni che comunque provengono dalla Corte costituzionale, è da considerare che esse di fatto si inseriscono nel circuito della giurisprudenza comune potendo, e in effetti già avviene, essere utilizzate alla stregua di precedenti anche da giudici diversi da quelli *a quibus*, concorrendo a realizzare quella "uniforme interpretazione della legge" che è un compito che la Corte di cassazione condivide ormai con la Corte costituzionale[82]. In tale prospettiva è da apprezzare che le decisioni di irrilevanza siano corredate da una esauriente spiegazione dei motivi su cui si fondano, che attengono in definitiva a profili applicativi della norma la caso, di modo che esse possano imporsi, appunto in forza della forza persuasiva della loro motivazione, anche in contesti giudiziari diversi e ulteriori rispetto a quello che alla questione di costituzionalità ha dato origine.

plicare, possa presupporre una contestuale valutazione sulla non incostituzionalità di essa. Anche altre tipologie di pronunce possono dispiegare effetti diversi a seconda della motivazione che le assiste e dal modo con cui esse vengono recepite dalla giurisprudenza: ciò accade, in particolare, per le interpretative di rigetto, che hanno conosciuto rapporti a tratti conflittuali con i giudici comuni e in particolare con la Corte di cassazione: sulla ricostruzione di tali dinamiche si rinvia a A. Ruggeri, A. Spadaro, *ivi*, pp. 156 ss.

82 Il riferimento è all'art. 65 del R.d. n. 12 del 1941. Quanto al fatto che in molti frangenti il contributo della Corte costituzionale all'interpretazione della legge non risulti molto diverso da quello della Corte di cassazione, si può osservare come si tratti di una constatazione già da tempo adombrata da un'attenta dottrina: si allude a C. Mezzanotte, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1982, p. 166, ove, proprio con riferimento alle pronunce che sanzionano il difetto di rilevanza, si ragiona di un "giudizio per Cassazione anticipato" anche se al contempo si esprimono dubbi sul fatto che tali pronunzie possano produrre "vincoli" per il giudice del processo principale. In questo senso appare quindi particolarmente importante che la Corte offra argomenti convincenti, in sede appunto di interpretazione delle norme oggetto di giudizio, al fine di assecondare e corroborare la tendenza dei giudici a prendere atto, e tenere conto, di tali indicazioni nella definizione dei rispettivi giudizi principali. In difetto di tale apparato argomentativo, se anche il giudice rimettente desse seguito alle indicazioni somministrate dal Giudice delle leggi, esse avrebbero minor attitudine ad inserirsi in un circuito interpretativo più vasto, contribuendo pure alla formazione o al consolidamento del "diritto vivente".

*Francesco Rizzi**

Soffia il vento del cambiamento: sapremo *costruire i mulini*?

Sommario

1. Introduzione – 2. Il caso, le norme e la decisione del Tribunale – 3. I limiti all'autonomia collettiva delle organizzazioni religiose nella giurisprudenza Cedu – 4. Spunti di diritto comparato – 5. Lavorare e vivere insieme: quali strade?

Abstract

L'articolo, muovendo dall'analisi della decisione del Tribunale di Rovereto che ha ritenuto discriminatorio il mancato rinnovo del contratto di un'insegnante a seguito delle voci sulla sua presunta omosessualità, vuole contribuire al dibattito inerente al bilanciamento tra la dimensione collettiva del diritto alla libertà religiosa e il rispetto del divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale. Innanzitutto, vengono analizzati i profili di interesse che la decisione evidenzia in riferimento ai limiti al regime derogatorio delle garanzie del diritto antidiscriminatorio previsto per il contratto di lavoro nelle organizzazioni di tendenza. Inoltre, il contributo propone una comparazione tra l'esito della decisione del Tribunale di Rovereto e gli *standard* di tutela riconosciuti nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e quelli previsti in altri Paesi Europei. L'analisi comparata vuole sottolineare il crescente riferimento alla distinzione tra mansione neutre e mansioni rappresentative dell'*ethos* dell'organizzazione per determinare quando questo ultimo debba prevalere sul divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale. Il fine del contributo è quello di analizzare le zone grigie della disciplina e in particolare sottolineare il rischio che la tutela delle dipendenti e dei dipendenti omosessuali nelle organizzazioni di tendenza religiose possa non essere effettiva quando essi "escono dall'armadio". Al di là del contenzioso, la regolamentazione di questa area del diritto antidiscriminatorio può beneficiare del paradigma del diritto riflessivo che si radica sul confronto e sul diretto coinvolgimento degli *stakeholders* nella risoluzione dei conflitti tra gruppi identitari. Richiamando la teoria dell'agire comunicativo di Habermas, l'A. avverte che tuttavia tale approccio presuppone il muto rispetto e la volontà di entrambe le parti di cooperare attivamente e riconoscere le reciproche identità.

Moving on from the review of the decision of the Tribunal of Rovereto — in which the Tribunal holds as discriminatory the choice not to renew the contract of a teacher because of the rumours about her homosexuality — the article aims at contributing to the debate concerning the balance between the right to collective religious freedom and the respect of equality on the ground of sexual orientation. Firstly, it considers the important insights laid down by the decision as for the limits of the derogative regime provided for the purpose of employment in religious organisations. Secondly, it compares the outcome of the decision with the standards employed in its case law by the ECtHR and the standards of protection adopted in other European States. This comparative analysis helps in pointing out the increasing reference made by courts and legislators to the distinction between representative and non-representative roles within the religious organisation as the key factor to establish whether religious rules should prevail over equality on grounds of sexual orientation. The main aim of the article is highlighting the persistency of grey areas in which no clear legal standards are provided and the protection of sexual orientation equality might

* Research Student, King's College London.
Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

be curtailed once the employee comes out of the closet. It is maintained that, beyond litigation, antidiscrimination legislation in this field may benefit of the doctrine of reflexive regulation which focuses on the interplay and direct involvement of different stakeholders to overcome conflicts between identity groups. Recalling the Habermas' theory of communicative action, the A. warns that such an approach presupposes mutual respect and the willingness of both sides to actively collaborate and recognise each other identity.

1. Introduzione

La lunga battaglia di mobilitazione sociale che ha restituito, anche nel nostro Paese, visibilità e riconoscimento giuridico alle richieste di eguaglianza delle persone omosessuali raccoglie in questi mesi i frutti della sua semina. Dopo l'adozione da parte del Parlamento della legge sulle unioni civili, è arrivata la decisione della Corte di cassazione sulla *stepchild adoption*, che ha sigillato il consolidamento di una giurisprudenza di merito netta sul punto e che compensa la mancanza più grave della l. 76 del 2016. Con la sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, la Cassazione ha riconosciuto l'efficacia nel nostro ordinamento del certificato di nascita di un minore spagnolo con due madri, precisando che"[*l*]*a famiglia è sempre più intesa come comunità di affetti, incentrata su rapporti concreti che si instaurano tra i suoi componenti: al diritto spetta di tutelare proprio tali rapporti*".

Il meccanismo deve essere ancora oliato[1]: dalle sentenze si dovrà passare al riconoscimento nel testo normativo dell'adozione *tout court* e ad assicurare che, più ampiamente, la parità di trattamento per le coppie dello stesso sesso trovi corrispondenza nelle pratiche amministrative — e su questo versante si dovrà combattere l'ostruzionismo di quei rappresentanti politici che dispongono di poteri istituzionali tali da poter ritardare l'accesso delle persone omosessuali ai loro diritti[2] — e nell'interazione sociale. Dalle sentenze, dove la parità è garantita *ex post*, si deve passare al riconoscimento trasversale alle diverse aree del diritto dell'eguale dignità delle persone e delle coppie omosessuali. Un ingranaggio che sembrava immobile inizia però a funzionare. Le associazioni che si battono per l'affermazione dei diritti delle persone omosessuali hanno saputo usare le forme di mobilitazione sociale (su tutte, l'accesso alle corti) così che la maggioranza non potesse più escludere la minoranza dal contratto sociale di cittadinanza.

Anche di fronte a questa attesa e dirompente *ondata di eguaglianza*, sospinta dal vento del cambiamento, la sentenza da cui muovono le considerazioni qui di seguito è, per il giurista che tratta il tema del rapporto di lavoro nelle organizzazioni di tendenza (ODT), di certo una sorpresa. Ancorché succintamente motivata, la sentenza del Tribunale di Rovereto ha il pregio di rendere più chiara la disciplina complessa e incerta della pervasività dell'ideologia su cui si fonda l'ODT nel rapporto di lavoro e, di conseguenza, sulla limitazione dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori che vi partecipano. Il caso è quello di un'insegnante a cui non veniva rinnovato il contratto di docenza in una scuola paritaria di ispirazione cattolica a seguito di voci sulla sua presunta omosessualità.

La dottrina che ha approfondito il tema del rapporto di lavoro all'interno dell'ODT con riferimento all'ordinamento italiano[3] ha messo in luce diversi profili di incertezza della disciplina. Tre sono i prin-

1 L'impostazione della Cassazione ha trovato applicazione nella decisione del Tribunale di Napoli che ha ordinato con decreto del 11 novembre 2016 — depositato il 6 dicembre 2016 — la trascrizione dell'atto di nascita spagnolo di un minore con l'indicazione di due madri e della Corte di appello di Milano, sentenza del 28 dicembre 2016, n. 3990 in un caso di due gemelli nati negli Stati Uniti tramite gestazione per altri.

2 La richiesta di una clausola di obiezione di coscienza alla celebrazione delle unioni civili è emersa anche in Italia come è avvenuto nel Regno Unito e in Francia. Cfr., sul caso francese, M Saporiti, *J'objecte! Obiezione di coscienza e matrimonio egualitario: il caso francese*, in questa *Rivista*, n.1, 2015 pp. 211 e ss. Per un'analisi in chiave comparata, sia concesso il rimando a F. Rizzi, *The religious v. sexual orientation case: a European perspective*, in corso di pubblicazione, 2017; Si vedano le recenti decisioni del Tribunale Amministrativo del Veneto, sentenza del 7 dicembre 2016 e del Tribunale Amministrativo della Lombardia, sentenza del 29 dicembre 2016, che hanno l'illegittimità e il carattere discriminatorio delle delibere dei comuni di Padova e Stezzano, nella parte in cui disponevano un diverso regime per la celebrazione delle unioni civili — luoghi, orari, tariffe — da quello previsto per la celebrazione dei matrimoni civili.

3 Per una ricostruzione della fattispecie in dottrina — a cui si rimanda per un'analisi generale delle problematiche e della casistica qui non trattata — si vedano, P. De Sanctis Ricciardone, *L'ideologia nei rapporti privati*, Napoli, Jovene, 1980; F. Santoni, *Le organizzazioni di tendenza ed i rapporti di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1983; M. Pedrazzoli, *Tutela della tendenza e "tendezschutz"*, in *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1987, pp. 749 ss.; più di recente V. Pacillo, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, Milano, Giuffrè, 2003; V. Bavaro, *Ideologia e contratto di lavoro subordinato*, in Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, 2, 98, 2003, pp. 193 ss.; R. De Luca Tamajo e F. Lunardon, *Aziende di tendenza e*

cipali nodi di criticità: la definizione dei confini della fattispecie (quali elementi qualificano un'organizzazione come di tendenza), la sussistenza di una distinzione tra mansioni ideologiche (sulle quali l'etica dell'organizzazione può incidere maggiormente, prevalendo sulle garanzie dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori) e neutre (non rappresentative né all'interno né verso l'esterno dell'etica su cui l'organizzazione si fonda) e la dubbia (per alcuni) portata risolutiva del contributo dato dal diritto europeo in materia[4]. La stessa dottrina è divisa, in Italia come all'estero, sull'incisività della revisione da parte delle autorità statali in merito alle scelte dell'organizzazione e, di fatto, su *quando* e *quanto* i diritti individuali debbano essere compressi per rispettare l'autonomia collettiva (le libertà religiosa, politica o di coscienza intese nella loro dimensione collettiva) anche di fronte a principi costituzionali che appaiono, *prima facie*, non negoziabili[5].

La decisione fornisce peraltro anche utili spunti di riflessione in merito al regime sanzionatorio conseguente l'accertamento della natura discriminatoria del comportamento contestato (*sub*. 2.2) nonché alla nozione di discriminazione per associazione (*sub* 2.3).

Più ampiamente, il conflitto tra l'ideologia religiosa e l'eguaglianza in base all'orientamento sessuale nel rapporto di lavoro di tendenza è l›occasione per riflettere su questi profili e, più ampiamente, su una questione che si pone e porrà in modo crescente ora che le persone LGBT vedono riconosciuto il loro *status* di soggetti titolari di diritti: come può il sistema giuridico ridefinire i termini dell'interazione sociale tra gruppi portatori di richieste apparentemente inconciliabili e favorire lo sviluppo di meccanismi di dialogo e convivenza?

2. Il caso, le norme e la decisione del Tribunale

2.1 Limiti al regime derogatorio delle ODT

La sentenza del Tribunale di Rovereto tratta il primo caso, sinora riportato, di conflitto tra l'etica religiosa di un'organizzazione — che può qualificarsi in termini di dimensione collettiva della libertà religiosa — e il divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale.

L'Associazione Radicale Certi Diritti e la CGIL del Trentino convenivano in giudizio innanzi al Tribunale di Rovereto in qualità di Giudice del lavoro l'Istituto delle Figlie del Sacro Cuore di Gesù, gestore di una scuola paritaria di ispirazione cattolica, al fine di far accertare l'esistenza di comportamenti discriminatori tanto di natura individuale che collettiva.

A una docente in servizio presso la scuola non veniva rinnovato il contratto di lavoro per il successivo anno scolastico dopo un colloquio con la direttrice dell'Istituto, durante il quale risultava fosse stato domandato alla docente di negare una convivenza affettiva con un'altra donna, come voci all'interno dell'organizzazione avevano riportato all'attenzione della direttrice. La ricostruzione del fatto nella decisione commentata precisa che alla docente era stato chiesto di "impegnarsi a risolvere il problema rappresentato dalla sua, presunta, omosessualità". Di fronte al rifiuto da parte dell'insegnante di rivelare qualsiasi dato inerente alla sua vita privata, il contratto di docenza non era stato rinnovato come accaduto negli anni precedenti e non veniva dato corso alla promessa di assunzione a tempo indeterminato una volta ottenuta l'abilitazione.

La difesa dell'Istituto ribatteva l'inesistenza di un'aspettativa e, tantomeno, di un diritto della docente ad essere *rinnovata* per l'anno scolastico 2014/2015 e sottolineava che a seguito dell'incontro tra la direttrice e l'insegnante era venuto meno il carattere di lealtà reciproca e di fiducia caratterizzante qualsiasi rapporto di lavoro. Ci si riferiva al fatto che il supposto e non dimostrato "pubblico dissenso manifestato dalla docente nei confronti del progetto educativo e formativo dell'Istituto" la poneva in insanabile contrasto con l'Istituto stesso, quale organizzazione di tendenza. La difesa dell'Istituto non

disciplina dei licenziamenti individuali, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3, 2004, pp. 704 ss.; R. Benigni, *L'identità religiosa nel rapporto di lavoro. La rilevanza giuridica della 'fede' del prestatore e del percettore d'opera*, Napoli, Jovene, 2008, pp. 200 ss.; A. Viscomi, *Organizzazioni eticamente fondate e rapporti di lavoro,* in *Diritti Lavori Mercati*, 2, 2009, pp. 381 ss.

4 Così A. Viscomi, ivi, si veda anche J. Pasquali Cerioli, *Parità di Trattamento e Organizzazioni di Tendenza Religiose nel "Nuovo" Diritto Ecclesiastico Europeo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica,* 1, 2013, pp. 71 ss.

5 Cfr. per riferimenti alla dottrina inglese in particolare L. Vickers, *Twin Approaches to Secularism: Organized Religion and Society*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 32, 1, 2012, pp. 197 ss. e J. Rivers, *The Law of Organized Religion. Between Establishment and Secularism*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

trascurava di negare come non fosse mai stata posta in essere qualsivoglia discriminazione in relazione all'orientamento sessuale della docente, essendosi limitati a valutare l'impegno che la stessa si era assunta nell'adesione al progetto educativo della scuola.

La legittimità del mancato rinnovo del contratto risiedeva, secondo la difesa della convenuta, nel generico richiamo ai commi da 3 a 6 dell'art. 3 del D.Lgs. 216/2003, in merito alle limitazioni ed eccezioni ivi previste[6].

È la disposizione contenuta nel co.5 che regola la disciplina del lavoro nelle ODT, mentre il co. 3 richiama l'eccezione generale al principio di parità di trattamento, che non distingue tuttavia tra ODT e organizzazioni non basate su un'etica determinata. Per quanto riguarda le ODT, il legislatore nazionale recepisce il bilanciamento operato da parte di quello europeo nella citata Direttiva 2000/78, dove è riconosciuta la facoltà agli stati membri di mantenere in essere norme già preesistenti nell'ordinamento nazionale nel caso di attività professionali di chiese o di altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali.

Il comma 5 stabilisce che il credo religioso e le convinzioni personali delle lavoratrici e dei lavoratori possono costituire un requisito essenziale in connessione allo svolgimento di determinate attività in un'ODT, così da assicurare coerenza tra l'attività svolta e l'ethos su cui l'organizzazione fonda il suo operato nella società. Esula dalla discussione offerta in questa sede un'analisi delle difficoltà applicative di tale disposizione, ovvero la complessità di valutare e stabilire caso per caso quando sussista un conflitto tra le convinzioni personali e religiose del lavoratore e quelle dell'organizzazione e se il regime derogatorio dell'ODT possa essere tale da rendere nei fatti del tutto neglette quelle libertà del lavoratore il cui esercizio può generare un conflitto ideologico[7].

La pronuncia in esame rileva per determinare in ogni caso uno dei limiti dell'incerto regime di deroga previsto per le ODT. Il Tribunale precisa che il dettato del comma 5 non include comportamenti discriminatori in ragione di fattori di discriminazione vietati diversi dalla religione e convinzioni personali. I fattori vietati di discriminazione come il sesso, l'orientamento sessuale o la razza non possono di per sé integrare un conflitto ideologico che ricade nell'ambito di operatività dell'eccezione del comma 5. Tale lettura è peraltro coerente con il testo della Direttiva che, a differenza da quanto riportato nel D.Lgs. 216/2003, specifica questo limite, stabilendo che le differenze di trattamento in ragione della religione o delle convinzioni personali nelle ODT non possano "giustificare una discriminazione basata su altri motivi" vietati dalla Direttiva (tra cui l'orientamento sessuale).

La trasposizione della Direttiva nel nostro ordinamento peraltro sceglie di non riportare (omette?) la previsione più controversa della Direttiva, ovvero l'ultimo paragrafo del comma 2 art. 4, che recita:

"A condizione che le sue disposizioni siano d'altra parte rispettate, la presente direttiva non pregiudica pertanto il diritto delle chiese o delle altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, e che agiscono in conformità delle disposizioni costituzionali e legislative nazionali, di esigere dalle persone che sono alle loro dipendenze un atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti dell'etica dell'organizzazione".

La formulazione di questa disposizione ha confini oscuri[8]. Tuttavia il riferimento alla possibilità per le ODT di richiedere ai propri dipendenti un atteggiamento di buona fede e lealtà nei confronti dell'ethos dell'organizzazione non può, come chiarisce l'inciso iniziale del paragrafo, pregiudicare il rispetto delle disposizioni della Direttiva: tra queste rientra il divieto che una legittima disparità sulla base delle convinzioni religiose possa giustificare invece un'illegittima disparità in ragione di altri fattori. Questa era al contrario la posizione dell'Istituto che, pur negando un comportamento discriminatorio nei confronti della docente, aveva di fatto considerato l'orientamento sessuale della docente come sufficiente per far venire meno il rapporto fiduciario. Il Tribunale non si spinge fino a indagare la fattispecie di cui al citato comma 2 art. 4 — che la norma nazionale, come accennato, non menziona —, arrestandosi allo

6 L'eccezione generale al principio di parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro prevista dall'art 3 introduce il criterio del cosiddetto "requisito essenziale": "Nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, nell'ambito del rapporto di lavoro o dell'esercizio dell'attività di impresa, non costituiscono atti di discriminazione ai sensi dell'articolo 2 quelle differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse alla religione, alle convinzioni personali, all'handicap, all'età o all'orientamento sessuale di una persona, qualora, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima".

7 Sul punto cfr. i contributi citati *supra* nota 2 e in particolare V. Bavaro, *ivi*.

8 Sul punto, anche per considerazioni critiche, si veda più ampiamente *infra* para 3 e 4.

stadio precedente: la deroga al divieto di discriminazione sulla base delle convinzioni religiose e personali nelle ODT non può portare a una discriminazione in ragione di un altro fattore[9].

2.2 Il regime sanzionatorio

La decisione del Tribunale di Rovereto è di particolare interesse anche sotto il profilo sanzionatorio, molto spesso trascurato nelle decisioni nazionali al contrario di quanto stabilito dal diritto europeo. Le sanzioni previste dal diritto europeo in materia di discriminazione devono rispettare i criteri di effettività, proporzionalità, deterrenza, ivi compresa la voce del risarcimento del danno. Se le Direttive Ue non impongano agli Stati membri di attribuire danni punitivi per sanzionare le condotte discriminatorie[10], esse prevedono nondimeno che il risarcimento del danno debba essere integrale e debba ricoprire ogni aspetto della lesione, incluso quindi anche il danno non patrimoniale[11]. In riferimento alla quantificazione del danno non patrimoniale, il giudice del lavoro di Rovereto riconosce alla docente ricorrente la cifra di 15mila euro, qualificando il danno non patrimoniale subito come danno dell'onore. Se la cifra è in linea o anche superiore a quella stabilita in altre pronunce nazionali in materia, sarebbe più auspicabile che i giudici facessero riferimento alla lesione della dignità umana e alla violazione dell'eguaglianza come bene della vita leso e integrante il danno non patrimoniale nei casi di discriminazione, così da dimostrare che il sistema giuridico riconosce il carattere autonomo del divieto di discriminazione accanto alle *voci* più tradizionali della tutela risarcitoria[12].

Accanto al risarcimento per la ricorrente individuale, la decisione riconosce il risarcimento del danno non patrimoniale alle associazioni ricorrenti, rafforzando la portata della tutela antidiscriminatoria. Come ho avuto già modo di evidenziare in riferimento al caso Taormina[13], il ruolo delle associazioni funge da correttivo alla mancata visibilità e rilevanza degli interessi e delle richieste del gruppo discriminato — della minoranza — nei processi decisionali. Il bene protetto è quello dell'eguaglianza, che è un bene collettivo. Come rileva il giudice di Rovereto, se le dinamiche in cui la discriminazione si realizza esondano i confini del singolo caso (l'eco pubblica che la questione ha avuto), la discriminazione tocca una molteplicità di soggetti e il fine dissuasivo della sanzione si realizza denunciando pubblicamente l'illegittimità della condotta e riconoscendo il danno non patrimoniale subito da chi opera per contrastare la diffusione delle discriminazioni. Lo svantaggio è dato dalla natura deterrente di una tale

9 Sulle problematicità irrisolte che il riferimento alla buona fede e alla lealtà può comportare si vedano i rilievi proposti *infra* para 3 e 4.

10 Sul punto, con riferimento alla decisione *Camacho* della Corte di Giustizia (Corte di giustizia UE, 17 dicembre 2015, causa C-407/14) e, più ampiamente, sulla questione del danno punitivo, F. Malzani, *Licenziamento discriminatorio e danno "punitivo ragionevole": verso il superamento di un (apparente) ossimoro*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 5, 2016, pp. 715 ss. in cui l'A. precisa, attraverso anche una puntuale ricostruzione della giurisprudenza in materia, come "[n]ella filigrana della disciplina italiana [in materia di discriminazione] sembra emergere quanto è, invece, affermato in maniera esplicita in alcune pronunce giurisprudenziali, ossia il riferimento alla gravità ed offensività della condotta che si traduce in un risarcimento che funga da monito per chi pone in essere la condotta molesta/discriminante";

11 Precisa che il carattere dissuasivo del risarcimento del danno non può avere valore solamente simbolico, Corte di appello di Brescia, sentenza del 11 dicembre 2014, *Taormina c. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI, Rete Lenford*. Sull'efficacia dei provvedimenti adottati dagli Stati membri per far valere gli scopi perseguiti dalle direttive antidiscriminatorie, Corte di giustizia UE, 10 luglio 2008, *Firma Feryn NV*, causa C-54/07, 2008, 5187 ss.; Corte di giustizia UE, 11 ottobre 2007, *Paquay*, causa C-460/06, ivi, 2007, 601 ss.; Corte di giustizia UE, 22 aprile 1997, *Draehmpaehl*, causa C-180/95, ivi, 1997, 208 ss.; Corte di giustizia UE, 2 agosto 1993, *Marshall*, causa C-271/91, *ivi*, 1993, 335 ss.; Corte di giustizia UE, 10 aprile 1984, *von Colson*, causa C-14/83, ivi, 1984, 153 ss.; per un'analisi in chiave comparata del risarcimento del danno da discriminazione, C. Troisi, *Divieto di discriminazione e forme di tutela: Profili comparatistici*, Torino, Giappicchelli, 2015;

12 Il Tribunale di Varese, sezione distaccata di Luino (23 aprile 2012, n. 31 est. G. Buffone), ha disposto il risarcimento del danno non patrimoniale patito dalla vittima di una aggressione per motivi razziali., precisando che "il diritto a non subire discriminazioni costituisce un diritto che, se leso, consente autonomo risarcimento non patrimoniale (2059 c.c.) poiché interesse tipizzato già in via legislativa (v. Tribunale di Milano, sentenza del 23 settembre 2009, in *Corriere del merito*, 2010, 1, 19) ed a protezione costituzionale. Le stesse Sezioni Unite del giudice di legittimità (Corte di cassazione, Sez. Unite, sentenza del 11 novembre 2008, n. 26972) hanno chiarito come "la violazione delle norme che vietano la discriminazione razziale costituisce una delle fattispecie in cui la legge espressamente consente il ristoro del danno non patrimoniale anche al di fuori di una ipotesi di reato". Ne consegue, precisa il Tribunale di Varese, che "in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione dei soli interessi della persona che il legislatore ha inteso tutelare attraverso la norma attributiva del diritto al risarcimento".

13 F. Rizzi, *Tre lezioni dal caso Taormina: il ruolo della società civile come strumento di empowerment dei soggetti discriminati*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2014.

condotta[14]: avendo conoscenza del comportamento discriminatorio, la pluralità di soggetti desisterebbe dal partecipare ad una selezione presso un istituto religioso cattolico Attraverso questa declinazione del divieto di discriminazione, il sistema giuridico ridefinisce, muovendo dalla singola vicenda, l'insieme di quei rapporti che perpetuano il comportamento discriminatorio.

2.3 Un caso di discriminazione per associazione?

Per il giudice di Rovereto, è altresì del tutto irrilevante determinare se la ricorrente *sia* effettivamente omosessuale. La decisione sembra così applicare la dottrina della discriminazione per associazione, che, plasmandosi sulla peculiarità del fattore protetto, si arricchisce di un'ulteriore declinazione.

Applicata per la prima volta dalla Corte di Giustizia nel noto caso *Coleman*[15], la nozione ha trovato applicazione anche in Italia con la decisione del Tribunale di Brescia nel caso *Gandossi e al. c. Lega Nord*[16] ed è stata ripresa e ulteriormente sviluppata di recente di nuovo dalla Corte di Giustizia nel caso *Chez*.

La sig.ra Coleman aveva lamentato di essere stata costretta a rassegnare le dimissioni in ragione delle cure che doveva prestare al figlio disabile. Al suo rientro sul posto di lavoro dopo la maternità, si era vista rifiutare il reintegro nella mansione che svolgeva in precedenza e la flessibilità nell'orario di lavoro riconosciuta agli altri dipendenti che non dovevano occuparsi di familiari disabili. Era in ragione della disabilità del figlio che la sig.ra Coleman lamentava di essere stata discriminata.

La questione decisa dalla Corte riguarda l'ambito soggettivo di applicazione del divieto contenuto nella direttiva 2000/78: può il divieto di discriminazione — in ragione di uno dei fattori vietati — proteggere la lavoratrice che non presenti ella stessa la caratteristica protetta?

La Corte afferma in proposito:

"Dalle disposizioni della Direttiva 2000/78 non risulta che il principio della parità di trattamento che essa mira a garantire sia limitato alle persone esse stesse disabili ai sensi di tale Direttiva. Al contrario, quest'ultima ha come obiettivo, in materia di occupazione e lavoro, di combattere ogni forma di discriminazione basata sulla disabilità. Infatti, il principio della parità di trattamento sancito da detta Direttiva in quest'ambito si applica non in relazione ad una determinata categoria di persone, bensì sulla scorta dei motivi indicati al suo art. 1 (religione, convinzioni personali, handicap, età e orientamento sessuale) (…).

"Tenuto conto di quanto precede, la Direttiva 2000/78 deve essere interpretata nel senso che il divieto di discriminazione diretta ivi previsto non è limitato alle sole persone che siano esse stesse disabili. Qualora un datore di lavoro tratti un lavoratore, che non sia esso stesso disabile, in modo meno favorevole rispetto al modo in cui è, è stato o sarebbe trattato un altro lavoratore in una situazione analoga, e sia provato che il trattamento sfavorevole di cui tale lavoratore è vittima è causato dalla disabilità del figlio, al quale egli presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno, un siffatto trattamento viola il divieto di discriminazione diretta enunciato dall'art. 2, n. 2, lett. a) della Direttiva"[17].

L'ambito di applicazione soggettivo della Direttiva non può essere limitato ai soggetti portatori del fattore vietato, perché le condotte discriminatorie si manifestano e dispiegano i loro effetti anche nei confronti di quei soggetti che sono *associati* a quelli portatori del fattore vietato.

14 Per la prima applicazione della dottrina dello "svantaggio da scoraggiamento" si veda il citato caso *Feryn*; per un commento, D. Izzi, *Discriminazione razziale e accesso al lavoro: il caso Feryn. Il divieto di discriminazioni razziali preso sul serio*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 4, 2008, pp. 765 e ss.

15 Per un commento, L. Calafà, *Disabilità, discriminazione e molestia "associata": il caso Coleman e l'estensione elastica del campo di applicazione della Direttiva 2000/78*, in *D&L - Rivista critica di diritto del lavoro*, 2008, pp. 1168 ss.

16 Sulla vetrina della sezione della Lega Nord di Adro (Brescia) compariva, nel mese di settembre 2011, un cartello, recante la seguente dichiarazione: "*Cara la mia Romana, sono tutti bravi a fare i culattoni con il culo degli altri (tipico dei comunisti: quello che tuo è tuo, quello che è mio è tuo) portatelo a casa tua il beduino sfrattato (non paga l'affitto da due anni) noi nella casa del comune ci mettiamo gente anziana e bisognosa ma di Adro. Prima i nostri poi anche gli altri! W la Lega nord, W Bossi*". Il comune di Adro, governato da una giunta a maggioranza leghista, si era distinto negli due anni precedenti per aver adottato politiche discriminatorie nei confronti degli immigrati, sempre sanzionate per il loro carattere discriminatorio dall'autorità giudiziaria. Romana Gandossi, sindacalista della CGIL, aveva proposto numerose iniziative volte a contrastare tali iniziative, portando all'attenzione dell'opinione pubblica tali politiche e organizzando incontri informativi per gli stranieri residenti nel Comune al fine di consentire loro di adire all'autorità giudiziaria. La sig.ra Gandossi presentava ricorso al Tribunale di Brescia, ritenendo che la dichiarazione riportata costituisse una discriminazione in base alla razza e all'origine etnica ai sensi dell'art 2 co.3 D.Lgs. 215/2003, in quanto essa si poteva qualificare come una molestia, fattispecie equiparata alla discriminazione dalla medesima previsione di legge. Il ricorso veniva proposto ai sensi dell'art 44 TU Immigrazione e art 4 D.Lgs. 215/2003. Per un commento, V. Protopapa, *La discriminazione per associazione e le conseguenze del comportamento discriminatorio*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 3, 2012, pp. 555 ss.

17 *Coleman*, Para.57.

Ma come si realizza quest'associazione e quali criteri determina il legale tra la vittima della discriminazione e il fattore vietato che la protegge? Quanto può essere elastico in tal senso l'ambito soggettivo di applicazione del divieto[18]?

Gli elementi che possono determinare l'*associazione* e fare rientrare nell'ambito di applicazione soggettivo del divieto soggetti non portatori in prima persona della caratteristica protetta possono riguardare tanto la storia *personale* dell'individuo, quanto elementi *inconsapevoli* e *materiali*.

Il Tribunale di Brescia ha ritenuto che l'attività di supporto e lotta contro le discriminazioni perpetrate dalla giunta leghista del Comune di Adro a danno degli stranieri costituisse il legame necessario perché la sig.ra Gandossi potesse legittimamente ritenere di essere stata discriminata in ragione della razza e dell'etnia.

Nel caso *Chez*[19], i fatti che davano origine alla causa riguardavano l'installazione, da parte dell'azienda preposta alla fornitura di energia elettrica (la *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*), in un quartiere di una città bulgara in cui risiedevano prevalentemente cittadini Rom, di contatori elettrici su pali dell'elettricità ad un'altezza di 7 metri mentre negli altri quartieri i contatori si trovavano ad un'altezza non superiore a 1,70 metri.

La sig.ra Nikolova, che abitava nel quartiere ma che non era di etnia Rom, lamentava di fronte al giudice nazionale che tale prassi costituiva una discriminazione determinata dalla appartenenza etnica della maggioranza degli abitanti del quartiere.

La Corte riconferma che il divieto di discriminazione contenuto nelle Direttive si applica in relazione ai motivi vietati, e non in relazione a una determinata categoria di persone.

Nelle sue conclusioni sul caso, l'Avvocato generale Kokott fornisce una prima analisi dei criteri che possono determinare la sussistenza di una discriminazione per associazione. Precisa infatti l'AG che se certamente "[d]*iscriminato «per associazione» è anzitutto chi si trova in un rapporto personale stretto con una persona che possiede una delle caratteristiche"* protette, "[l]*a sussistenza di un tale legame personale non è però l'unico criterio immaginabile al fine di considerare che una persona sia discriminata «per associazione. Il carattere discriminatorio «per associazione» può anche essere insito alla misura considerata, quando tale misura, in ragione del suo carattere generale e collettivo, non soltanto è idonea a colpire le persone che possiedono una delle caratteristiche [protette], ma ricomprende anche altre persone, come se si trattasse, per così dire, di «danni collaterali»*[20].

Nella decisione del Tribunale di Rovereto che qui si commenta, la dottrina della discriminazione per associazione trova applicazione perché una determinata caratteristica protetta è attribuita alla vittima del trattamento sfavorevole da parte di chi discrimina, senza che a nulla rilevi che il soggetto discriminato sia effettivamente portatore della caratteristica anche erroneamente attribuitagli. È sufficiente che l'insegnante sia ritenuta omosessuale e che quindi il trattamento sfavorevole sia motivato da un fattore vietato di discriminazione. Così declinato, il divieto di discriminazione ha il pregio di proteggere il tratto distintivo — in confronto agli altri fattori vietati di discriminazione — dell'orientamento sessuale: la sua natura potenzialmente invisibile e la sua afferenza alla vita privata dell'individuo. L'insegnante non è tenuta a dover rivelare, contro la propria volontà, il proprio orientamento sessuale né scelte personalissime inerenti alla propria vita affettiva. La protezione del divieto di discriminazione, declinata come discriminazione per associazione, previene questa invasione della sfera privata dell'individuo, essendo sufficiente che, nel caso di specie, la discriminazione sia motivata dalla supposizione che la ricorrente sia lesbica e dalla sua decisione di non voler fugare i dubbi del proprio datore di lavoro in proposito[21].

18 Per un'analisi sul punto cfr. C. McCrudden, *The new architecture of EU equality law after CHEZ: Did the Court of Justice Reconceptualise direct and indirect discrimination*, in *Queen's University Belfast School of Law: Research Paper*, 10, 2016.

19 Corte di giustizia UE, 16 luglio 2015, Chez, causa C-83/14.

20 Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott, presentate il 12 marzo 2015 nella Causa C-83/2014, reperibili a http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62014CC0083&from=EN.

21 Si vedano *infra* para. 4 e 5 per alcune considerazioni in merito alle problematiche applicative di tale impostazione quando l'omosessualità del ricorrente diviene conosciuta.

3. I limiti all'autonomia collettiva delle organizzazioni religiose nella giurisprudenza Cedu

La Corte europea dei diritti umani ha chiarito che la partecipazione alla vita di una comunità religiosa non è altro che un'estensione della libertà religiosa individuale e di conseguenza, l'art 9 Cedu prevede che una comunità possa operare pacificamente, libera dall'arbitrario intervento dello Stato[22]. La comunità di credenti ha diritto di gestire autonomamente i propri affari, creare le proprie istituzioni e gerarchie, scegliere i propri *leaders* e stabilire le regole di ammissione o esclusione alla comunità[23].

Gli Stati possono prevedere meccanismi di controllo così da verificare se le attività delle organizzazioni religiose sia contraria alla (incerta e indefinita) nozione di ordine pubblico o violi i diritti individuali[24]. È però complesso riuscire a determinare, nella giurisprudenza della Corte Edu, la linea di confine che l'organizzazione di tendenza non può oltrepassare, in particolare per quanto riguarda le norme in materia di rapporto di lavoro.

Il caso *Rommelfanger c. FDR*[25] ha riguardato il licenziamento di un medico che operava presso una struttura sanitaria di ispirazione cattolica e che aveva pubblicamente criticato le posizioni della Chiesa cattolica sull'interruzione di gravidanza. La Commissione Europea dei diritti umani rigettava il ricorso del medico perché il requisito di limitare esternazioni contrarie alla dottrina della Chiesa su un tema tanto significativo costituiva una legittima interferenza con la libertà di espressione del medico come tutelata dall'art. 10 Cedu.

Più recentemente, in *Obst c. Germany*[26], il licenziamento del ricorrente, a seguito della notizia di una relazione extra-coniugale, è apparso giustificato in ragione delle mansioni che egli esercitava quale responsabile delle pubbliche relazioni in Europa per la Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi Giorni (Chiesa Mormone) e della particolare rilevanza attribuita dalla Chiesa alla fedeltà matrimoniale. Il licenziamento risultava necessario al fine di preservare la credibilità della Chiesa e il dovere di lealtà da parte dei dipendenti alla dottrina della Chiesa era chiaramente riportato nel contratto siglato dal ricorrente.

Opposte sono le conclusioni cui giunge la Corte nel caso *Schüth c. Germania*[27]. Il dover di lealtà del dipendente, pur assunto coscientemente al momento della stipula del contratto di lavoro con una parrocchia cattolica in veste di organista, non si spinge secondo la Corte fino ad obbligare il ricorrente a vivere in astinenza in caso di separazione o di divorzio. A differenza che in *Obst*, il ricorrente non appare tenuto in forza delle mansioni esercitate, a un dovere di fedeltà particolarmente stringente[28].

Per il ragionamento che si sta qui conducendo, è utile richiamare la decisione *Lombardi Vallauri c. Italia*[29], epilogo della nota vicenda del professore di filosofia a cui non era stato rinnovato il contratto di docenza presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore, dopo che la Congregazione per l'educazione cattolica della Santa Sede aveva negato il nullaosta necessario per tutti i docenti delle università di ispirazione cattolica[30]. Le ragioni date dalla Congregazione riguardavano le riflessioni scientifiche proposte da Vallauri, che erano state considerate contrarie alla dottrina della Chiesa. Il Consiglio di Facoltà non aveva quindi neanche esaminato la domanda presentata dal docente, perché egli mancava di un requisito indispensabile — il nullaosta della Congregazione. Le corti nazionali avevano respinto il ricorso di

22 Corte Edu, *Hasan e Chaush c. Bulgaria*, para 62, sentenza del 26 ottobre 2000, ric. n. 30985/1996.

23 Corte Edu *Svyato-Mykhaylivska Parafiya c. Ukraine*, sentenza del 14 giugno 2007 ric. n. 77703/01.

24 Per una ricostruzione della giurisprudenza Cedu in materia cfr. I. Cismas, *Religious Actors and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 87 ss.

25 Commissione Edu, 1989, 62 DR 151.

26 Corte Edu, sentenza del 23 dicembre 2010, ric. n. 425/2003.

27 Corte Edu, sentenza del 23 dicembre 2010, ric. n. 1620/2003.

28 Per un'analisi di *Obst* e *Schüth* A. Bettetini, *Identità Religiosa del Datore di Lavoro e Licenziamento Ideologico nella Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo*, in *Online Working Paper* del Centro di documentazione europea - Università di Catania - 30, Aprile 2011. Si veda anche la decisione della Corte Edu *Fernández Martínez c. Spain*,12 giugno 2014, ric. n.56030/2007, nella quale la Corte riconosce come legittima, per nove voti contro otto, l'interferenza con il diritto alla vita privata di un prete che si era sposato (ottenendo un'esenzione dall'obbligo di castità da parte del Vaticano), ma a cui non era stato rinnovato il contratto come insegnate di religione nella scuola pubblica da parte del Vescovo di Cartagena.

29 Corte Edu, sentenza del 20 ottobre 2009, ric. n. 39128/2015.

30 Art 10 co. 3 Accordo di Villa Madama (L 121/1985), che prevede: "Le nomine dei docenti dell'Università Cattolica del Sacro Cuore e dei dipendenti istituti sono subordinate al gradimento, sotto il profilo religioso, della competente autorità ecclesiastica".

Vallauri, precisando che l'autorità statale non aveva giurisdizione a decidere in merito ad una valutazione ad appannaggio della sola autorità ecclesiastica. Di fronte alla Corte Edu, Vallauri aveva lamentato una violazione del suo diritto alla libertà di espressione, anche in combinato con il diritto a non esser discriminato, e il diritto a un equo processo. La Corte ha ritenuto che vi era stata una violazione della libertà di espressione del docente nella misura in cui le autorità nazionali non avevano verificato, quando investite della questione, se sussistesse un nesso tra la condizione di eterodossia del docente, come dichiarata dalle autorità ecclesiastiche, e l'attività del docente stesso all'interno dell'Università, facendo così venir meno la garanzia dell'equo processo in riferimento ad una potenziale violazione della libertà di espressione. Le autorità statali avrebbero quindi dovuto verificare la sussistenza di pericolo concreto che la manifestazione delle opinioni eterodosse si riflettesse nell'attività di insegnamento del docente in modo tale da compromettere di fatto l'interesse dell'ateneo ad offrire un magistero non incoerente con la dottrina cattolica (§ 47). La necessità del contraddittorio riguardava non le valutazioni religiose, ma il descritto giudizio di "compatibilità" demandato agli organi accademici, in prima battuta, e poi a quelli giurisdizionali (ex §§ 54 e 71).

Le decisioni qui brevemente riportate illustrano gli elementi di complessità della fattispecie, ovvero i limiti sostanziali e procedurali di scrutinio che le autorità statali prevedono in merito alle decisioni delle organizzazioni religiose e la connessione che si crea tra questi due tipi di limiti. La connessione tra il profilo sostanziale e quello procedurale non è altro che una tecnica regolativa adottata dalle corti. Tale tecnica consente di risolvere a priori la questione sostanziale oggetto del conflitto — deve prevalere l'ideologia della tendenza o essa non può pregiudicare i diritti dei dipendenti? —, adottando un approccio giurisdizionale e garantista nei confronti dell'autonomia collettiva dell'organizzazione, che nega la possibilità, per le autorità statali, di sindacare la scelta del datore di lavoro di tendenza.

La giurisprudenza della Corte Edu esaminata sembra chiara quantomeno nel precisare la sussistenza dell'obbligo per le autorità nazionali di abbandonare tale approccio e operare in concreto un bilanciamento tra le due contrapposte istanze. L'indicazione della Corte Edu a superare un limite quindi di natura, *prima facie*, procedurale obbliga le corti *a riprendere in mano,* sotto il profilo sostanziale, la questione che, grazie all'approccio giurisdizionale, veniva agilmente risolta *once for all*. Si riapre quindi il vaso di Pandora: quando l'ideologia della tendenza può comprimere i diritti dei suoi dipendenti? La richiamata giurisprudenza europea suggerisce un implicito richiamo alla dottrina della distinzione tra mansioni neutre (*Schüth*) e mansioni ideologiche (*Obst*): la protezione della tendenza acquista rilievo se e quando correlata all'attività concretamente svolta.

4. Spunti di diritto comparato

L'interpretazione funzionale (o duale), innervata sul contenuto ideologico della mansione non è necessariamente condivisa. In riferimento al quadro normativo italiano, non manca chi ha evidenziato come "non sia possibile operare tale distinzione in quanto di essa, nella norma, non vi è alcuna traccia"; da un punto di vista formale, l'art. 4 della Legge 108/1990 "non consente di distinguere tra posizioni lavorative neutre e no" e, da un punto di vista sostanziale, si afferma l'indubbia "volontà del legislatore di garantire al datore di lavoro di tendenza la possibilità di mantenere — in ogni momento — l'adesione di tutti i dipendenti alla finalità tipica[31]. All'interpretazione funzionale o duale si contrappone un'interpretazione organica (o monistica) del rapporto di lavoro nell'organizzazione di tendenza, in virtù della quale anche mansioni che non coinvolgono direttamente la diffusione del messaggio della tendenza devono essere coerenti con l'ideologia della stessa[32]. Come evidenziato, la difficoltà sta nella disparità tra, da un lato, le norme poste a tutela dei diritti fondamentali e, dall'altro, i dogmi religiosi e l'aspettativa da parte di tali organizzazioni che tutti i dipendenti adottino comportamenti coerenti ed esemplari.

Esiste un conflitto tra due sistemi normativi autonomi (*law v. religion*[33]) che da alcuni è risolto nel senso che la scelta di unirsi alla comunità include anche quella di rinunciare alle garanzie riconosciute dalle norme poste a tutela dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori[34]. Tale lettura precede, o in alcuni

31 Corte di cassazione, sentenza del 16 settembre 1998, n. 9237, cfr. sul punto A. Viscomi, *ivi*.

32 R. Fahlbeck, *Ora et Labora on the Freedom of Religion at the Work Place: A stakeholder cum Balancing Factors Model*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations,* 20, 2004, pp. 20 ss.

33 Sul punto cfr. le conclusioni del lavoro monografico di L. Zucca, *A Secular Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

34 J. Rivers, *ivi*; Critico in proposito N. Colaianni, *Voci in dialogo: organizzazioni, istituzioni di tendenza religiose e diritti delle parti. Seconda voce,* in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2013, pp. 215 ss.

casi dimentica, l'adozione delle Direttive europee in materia di non discriminazione. Se, infatti, può risultare poco chiaro determinare quando alcuni aspetti tipicamente afferenti alla vita privata del lavoratore possano avere o meno rilevanza nel rapporto di lavoro all'interno dell'organizzazione di tendenza[35], le norme europee in materia di non discriminazione sembrano invece aver chiarito come il conflitto tra la tendenza e i diritti del lavoratore non possa giustificare comportamenti discriminatori in ragione di fattori altri rispetto alle convinzioni personali.

Nella prassi, un'analisi di diritto comparato dimostra tuttavia l'incertezza applicativa che le corti incontrano quando sono chiamate a decidere su questi casi e come ogni contesto nazionale preveda regimi diversi in ragione del diverso grado di deferenza riconosciuto dai singoli ordinamenti all'autonomia religiosa collettiva[36].

Analogamente a quanto stabilito nella decisione del Tribunale di Rovereto qui commentata, l'*Equality Act 2010*[37] nel Regno Unito adotta un approccio restrittivo all'operatività delle eccezioni previste per le organizzazioni religiose. Mentre la sezione 9 para. 3 prevede la generale eccezione per le *religious organisations* di poter differenziare in ragione delle convinzioni religiose, il para. 2 della medesima sezione prevede che le *orgainsed religions* non pongano in essere un trattamento discriminatorio in ragione del sesso e dell'orientamento sessuale quando

> *show that—(a) the employment is for the purposes of an organised religion, (b) the application of the requirement engages the compliance or non-conflict principle, and (c) the person to whom A applies the requirement does not meet it (or A has reasonable grounds for not being satisfied that the person meets it).*

La norma, che prevede quindi un'eccezione formulata in termini più dettagliati di quella dell'art 4 della Direttiva 2000/78, distingue tra una *organizzazione religiosa* e una *religione organizzata* ai fini dell'applicabilità dell'eccezione. Tale distinzione rileva sia ai fini dell'attività svolta (da un lato le scuole religiose, dall'altro i luoghi di culto) sia in merito alle mansioni svolte, consentendo alle *religioni organizzate*, ma non alle *organizzazioni religiose*, di invocare, a giustificazione di un eventuale trattamento differenziato in ragione del sesso e dell'orientamento sessuale, il principio di conformità con la dottrina religiosa dell'ente (*the compliance or non-conflict principle)* e con le convinzioni dei membri della comunità[38]. Al momento dell'adozione dell'*Equality Act*, la previsione di questa eccezione aveva sollevato un accesso dibattito in parlamento, tanto che il testo del disegno di legge prevedeva originariamente la precisazione che la locuzione "*employment for the purpose of an organised religion*" fosse applicabile solo i ministri di culto o quei ruoli previsti "*to promote or represent the religion or to explain the doctrines of the religion*"[39]. Ancorché tale locuzione non è stata mantenuta nel testo definitivo, la dottrina inglese è concorde nel

35 Come precisa A. Viscomi, *ivi*, 399. "In effetti, l'art. 3, comma 5, del D.Lgs. 216 detta regole nel caso in cui religione e convinzioni — a motivo della natura delle medesime o del contesto in cui sono espletate — siano considerate a stregua di requisiti essenziali ai fini dello svolgimento delle […] attività". Ond'è che il contesto organizzativo potrebbe o dovrebbe essere inteso non tanto a stregua di parametro di valutazione ma semmai e solo come elemento presupposto, idoneo a rendere ragione del perché *religion* e *belief* incidono sullo svolgimento dell'attività. In una prospettiva del genere, non sarebbe sufficiente affermare che il matrimonio civile è non coerente con il contesto confessionale; sarebbe invece necessario dimostrare che, a motivo del contesto confessionale in cui la prestazione è eseguita, il matrimonio civile incida negativamente sullo svolgimento dell'attività dovuta. Così ragionando, potrebbe allora mantenersi in vita la distinzione tra mansioni ideologiche e neutre, e distinguere ancora, con le parole della Cassazione nella sentenza sui Padri Barnabiti, tra "la tendenza della congregazione religiosa, che gestisce la scuola cattolica" e la "tendenza confessionale della scuola, che nessun attentato può ricevere da un diverso orientamento ideologico di dipendenti e di insegnanti, che svolgono attività o insegnamenti in nessun modo influenzati dalla tendenza della scuola" medesima.

36 In Italia, come in Spagna, peculiare è lo status degli insegnanti di religione nella scuola pubblica, la cui nomina è subordinata al placet dell'autorità ecclesiastica. In proposito si veda il caso Del Soldato, deciso da Corte di cassazione, sentenza del 24 febbraio 2003, n. 2803, la mancata conferma dell'idoneità da parte della competente autorità ecclesiastica comporta l'impossibilità (giuridica)della prestazione, assoluta e definitiva, determinando la risoluzione del rapporto ai sensi dell'art. 1463 c.c. Nel caso si trattava di un'insegnante di religione incinta ma non sposata. Sul punto la Cassazione precisa che lo stato giuridico degli insegnanti di religione è contraddistinto da aspetti fortemente derogatori e "*i riflessi negativi sui livelli di tutela della maternità ne sono la semplice, necessaria, conseguenza, inidonei, come tali, ad inficiare la compatibilità costituzionale dei fattori che ne sono causa*".

37 Testo *unico* del diritto antidiscriminatorio adottato nel 2010 al fine di riunire in un solo testo coerente la frammentata legislazione esistente per i diversi fattori.

38 Un'organizzazione religiosa può essere una qualsiasi organizzazione "*with an ethos based on religion or belief, but employment "for the purposes of an organised religion" "clearly means a job, such as a minister of religion, involving work for a church, synagogue or mosque*", House of Lords Debate, 17 June 2003 cc777-780.

39 Cfr. House of Lords, Bill 20, Sch.9 (8).

ritenere che la previsione di un criterio di proporzionalità implicito nella norma ai fini dell'operatività dell'eccezione non venga meno, così che essa sia interpretata in conformità con quanto stabilito dalla giurisprudenza che aveva delimitato in modo netto l'applicabilità dell'eccezione già formulata nella normativa che l'EqA ha poi riunito in unico testo[40].

Con il caso *R (Amicus) v Secretary of State for Trade & Industry* e *Reaney v Hereford Diocesan Board of Finance*, la giurisprudenza inglese ha infatti chiarito come la dottrina della tendenza può giustificare una differenza di trattamento in ragione del sesso e dell'orientamento sessuale[41] solo in riferimento agli incarichi dei ministri di culto e di quei soggetti che hanno funzioni rappresentative all'interno della Chiesa, ma non compre il personale nelle scuole private religiose.

Anche in riferimento ai ministri di culto e alle funzioni di rappresentanza all'interno dell'organizzazione, la natura contrattuale del rapporto del lavoro ha però consentito alle corti inglesi di valutare la legittimità delle prassi adottate dalle denominazioni religiose. In *Percy v Church of Scotland*[42], ad una donna ministro di culto della Chiesa di Scozia era stato chiesto di rassegnare le dimissioni in ragione della sua relazione sentimentale con un uomo sposato. La ricorrente non lamentava una violazione dei suoi diritti in riferimento al fatto che questioni afferenti la sua vita privata potessero avere rilevanza ai fini del rapporto di lavoro con la Chiesa, ma chiedeva che fosse riconosciuto il carattere discriminatorio della misura disciplinare che le era stata irrogata in quanto analoghe condotte da parte di colleghi uomini non erano state sanzionate nello stesso modo. Il primo ostacolo che la *House of Lords* aveva dovuto superare era determinare se il rapporto tra la ricorrente e la Chiesa fosse di natura contrattuale o, al contrario, se la questione dovesse essere rimessa interamente alla valutazione delle strutture interne della Chiesa e alle regole disciplinari dell'ordinamento religioso. La *House of Lords* ha ritenuto predominante la natura contrattuale su quella religiosa e spirituale del rapporto tra la ricorrente e la Chiesa, in ragione delle specifiche previsioni contrattuali che indicavano la retribuzione, le mansioni a cui era tenuta la ricorrente e la durata del suo incarico. Pur precisando che non era compito delle corti statali sindacare quali ruoli le donne potessero ricoprire nella gerarchia ecclesiastica, la *House of Lords* precisava che, nel caso di specie, il diverso trattamento tra ministri di sesso maschile e di sesso femminile fosse discriminatorio, proprio perché il requisito della lealtà nei confronti dell'ethos dell'organizzazione era stato di fatto applicato solo nei confronti delle donne[43]. Analogamente il rifiuto di assumere, come *youth officer* della *Church of England*, un candidato omosessuale che aveva dichiarato il suo impegno ad astenersi dall'intraprendere relazioni sentimentali per adottare un comportamento conforme con la dottrina della Chiesa, è stato considerato illegittimo. Secondo l'*Employment Tribunal*, l'eccezione per le *organised religion* di poter discriminare in ragione dell'orientamento sessuale per quelle posizioni rappresentative della dottrina della Chiesa a norma del richiamato principio di conformità non poteva trovare applicazione nel caso del sig. Reany perché egli — che era stato valutato come il miglior candidato tra quelli che avevano partecipato alla selezione — si era impegnato a vivere secondo i dettami della dottrina della Chiesa, astenendosi dall'intraprendere relazioni sentimentali. Come evidenziato in dottrina, il Tribunale ha così "resistito alla tentazione di definire l'appartenenza alla Chiesa di Inghilterra limitatamente a quanto stabilito dalle autorità ecclesiastiche", preferendo trattare il sig. Reany come un membro della comunità religiosa a cui egli voleva appartenere, piuttosto che considerare la sua omosessualità come una ragione automatica di esclusione"[44]. Il caso *Reany* assume rilevanza perché riporta alla luce uno dei punti di vulnerabilità del multiculturalismo[45]. Al fine di riconoscere l'esistenza di una pluralità di

40 Si veda B.Doyle, C. Casserley, S. Cheetham, V.Gay e O. Hyams, *Equality and Discrimination. The New Law*, Jordans New Law Series, 2010, in particolare pp. 206 ss. e J. Wadhan, J, A. Robinson et al.(ed): *Blackstone's Guide to The Equality Act 2010*, 2nd Edition, 2012, pp. 71 ss.

41 *R* (*Amicus* - MSF section) *v Secretary of State for Trade* and *Industry* [2004] IRLR 430, e *Reaney v Hereford Diocesan Board of Finance* [2007] ET/1602844/06, discusso di seguito.

42 United Kingdom House of Lords,15 dicembre 2005, 73/2005.

43 Cfr. *O'Neill v Governors of St Thomas More RCVA Upper School.* Un'insegnante di religione in una scuola cattolica era stata licenziata dopo essere rimasta incinta a seguito di una relazione con un prete. La scuola aveva specificato che il licenziamento non era basato sulla gravidanza ma sulle circostanze che avevano determinato la stessa. Il Tribunale aveva respinto tale tesi. Come è stato sottolineato, "the loyalty requirement might have a different impact on men and women" dal momento che "it is often only with pregnancy that a breach of a requirement to abstain from sexual activity outside marriage will become known to the employer", L.Vickers, *Religious Freedom, Religious Discrimination at the Workplace*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p.166.

44 M. Malik, *Religious Freedom, Free Speech and Equality: Conflict or Cohesion?*, in *Res Publica*, 17, 2011, p. 38.

45 Sul punto cfr. A. Shachar, *The Paradox of Multicultural Vulnerability: Individual Rights, Identity Groups, and the State*, in *Multicultural questions*, C. Joppke e S. Lukes (ed.), Oxford, Oxford University Press, 1999.

gruppi culturali e identità religiose che devono poter vivere secondo *la loro differenza*, il rischio è quello di sacrificare i diritti di alcuni soggetti (la minoranza all'interno della minoranza) che si riconoscono come parte del gruppo: nel caso in esame, le persone omosessuali che si professano seguaci della *Church of England*. Quando il diritto si apre alla prospettiva del multiculturalismo, la varietà delle caratteristiche identitarie che contraddistinguono l'esperienza umana può essere dimenticata in ragione di una caratteristica principale che in alcuni casi nega implicitamente o non tutela tutte le altre. Così accade che le donne e le persone omosessuali che si professano seguaci di una determinata fede religiosa possano subire discriminazioni all'interno del gruppo perché la dottrina della religione si fonda su un modello patriarcale discriminatorio nei confronti delle donne e ostile all'omosessualità[46]. L'individuo si trova quindi a scegliere quale identità deve prevalere, a quale rinunciare, e sopportare il costo di tale rinuncia.

La decisione in *Reany* solleva tuttavia una problematica ancora più complessa, a cui difficilmente si dare trovare soluzione: l'esistenza di un rapporto di lavoro è sufficiente per giustificare in ogni caso — anche in riferimento a una mansione ideologica — la valutazione della legittimità delle regole interne di selezione? L'ordinamento statale può spingersi fino a influire sulle prassi e sulle norme che riguardano tanto la selezione ma anche il trattamento riservato ai ministri di culto o a quei soggetti con funzioni rappresentative dell'ideologia della tendenza?

Ma ancora più controversa e dubbiosa è la sostanza della conclusione della Corte in *Reany*: una persona omosessuale può (deve) fare parte di una religione organizzata solo se rinuncia a vivere una vita di coppia? Lo stesso criterio vale per le persone eterosessuali? Se la risposta è negativa, il risultato è che un'autorità statale sembra chiedere ai dipendenti omosessuali di *ritornare dentro l'armadio* e rinunciare a vivere liberamente (costruirsi una vita di coppia e una famiglia) la propria omosessualità, quando una simile richiesta non vale per le persone eterosessuali.

In Germania è stata data una diversa attuazione della Direttiva 2000/78. La *Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung – Allgemeines Gleichbehandlungs-gesetz* del 14 agosto 2006 prevede che le organizzazioni di tendenza, in virtù dell'autonomia che le caratterizza, possano richiedere ai loro dipendenti una piena sintonia ideologica[47], senza prestare rilevanza alla natura della mansione effettivamente esercitata. Le norme nazionali precisano peraltro che chiunque eserciti un ufficio di culto non è considerato un dipendente a norma dell'*Allgemeines Gleichbehandlungsrecht*, testo unico in materia di diritto antidiscriminatorio. L'obbligo di lealtà è comunque ugualmente stringente per tutti i lavoratori dell'istituzione, così che la distonia dal nucleo ideologico caratterizzante l'organizzazione di tendenza può legittimamente giustificare un licenziamento, a prescindere dal ruolo svolto dal lavoratore. Anche in Germania, l'orientamento sessuale non è però di per sé sufficiente a giustificare una discriminazione in ambito lavorativo. Il Tribunale di *Baden-Württemberg* ha ritenuto illegittima l'esclusione di un candidato perché omosessuale dalla selezione per una posizione all'interno di un'organizzazione religiosa che si occupava dell'educazione e della cura di persone con disabilità[48]. Al contrario, un asilo cattolico può rifiutare l'assunzione come direttore di una persona omosessuale che abbia registrato una *civil patnerhsip*[49].

L'assenza di qualsiasi distinzione nella normativa tedesca in riferimento alle mansioni svolte solleva dubbi sulla corretta trasposizione della normativa UE e di compatibilità con la giurisprudenza Corte Edu.

In Spagna, l'art 6 della *Ley Orgánica* stabilisce che "[l]e Chiese registrate, le fedi e le comunità religiose devono essere totalmente indipendenti e possono stabilire regole interne per il proprio personale. Tali regole come quelle degli enti che [le chiese] creano per perseguire i propri scopi, possono includere clausole di salvaguardia dell'identità religiosa e di rispetto delle credenze, senza pregiudizio ai diritti e alle libertà riconosciute dalla Costituzione ed in particolare ai principi di libertà, eguaglianza e non discriminazione.

Il testo della norma chiaramente non risolve il potenziale conflitto, lasciando all'interpretazione giurisprudenziale l'opera di bilanciamento. Il Tribunale costituzionale si è pronunciato in merito al

46 Per una dettagliata ricostruzione di questi aspetti e di come la dottrina religiosa possa influenzare i sistemi giuridici cfr. N. Bamforth, D. Richards, *Patriarchal Religion, Sexuality, and Gender, A Critique of New Natural Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

47 La scelta di rinunciare all'appartenenza ad una determinata denominazione religiosa giustifica la decisione di licenziare un lavoratore in un asilo nido gestito dalla congregazione perché in violazione dell'obbligo di buone fede *Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, LAG Rheinland-Pfalz*, 02.07.2008, 7 Sa 250/08, confermata in appello, Bundesarbeitsgericht, 21.12.2010, 2 AZR 516/09); sempre il Bundesarbeitsgericht con la decisione del, 25.4.2013, 2 AZR 579/12 conferma tale impostazione per un educatore di un'istituzione pubblica gestita però da un'organizzazione cattolica.

48 Tribunale di Baden-Württemberg, sentenza del 24 giugno 1993, 11 Sa 39/93, NZA 1994, 416.

49 Tribunale di Stuttgart, sentenza del 28 aprile 2010, 14 Ca 1585/09, NJOZ 2011, 1309.

conflitto tra autonomia religiosa collettiva e il divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale in materia di occupazione all'interno delle scuole religiose e ha stabilito che la risoluzione di tale conflitto (come più in generale di tutti quelli che si possono porre tra la tendenza e i diritti dei suoi dipendenti) si radica su un'analisi in concreto della mansione svolta. Se la mansione ha lo scopo di diffondere l'ethos su cui si fonda il messaggio educativo della scuola, l'autonomia religiosa collettiva potrà prevalere sui diritti individuali al contrario di quando la mansione ha la funzione di trasmettere conoscenze e sviluppare competenze tecniche[50]. Anche in Spagna, la giurisprudenza del Tribunale costituzionale precisa che l'orientamento sessuale non può di per sé essere una ragione sufficiente per discriminare. Nelle prime pronunce in materia, sembrava però che, nel momento in cui l'omosessualità del dipendente diventasse nota (nel momento quindi in cui la persona omosessuale decidesse di vivere liberamente una vita di coppia), egli potesse non vedersi più accordata tale tutela[51]. Soccorre a evitare questa conclusione controversa la giurisprudenza più recente, che distingue nettamente tra quei ruoli all'interno dell'organizzazione deputati alla diffusione dell'etica e quelli invece pertinenti l'insegnamento di materie che non hanno nulla a che fare con il messaggio religioso della scuola. In riferimento a queste mansioni, le scelte di vita personali del docente non incidono sulle sue capacità come insegnante e sulla sua conoscenza della materia[52]. In Spagna, prevale la dottrina duale o funzionale del rapporto di lavoro.

5. Lavorare e vivere insieme: quali strade?

Lo scopo di questo contributo è stato quello di riordinare e discutere alcuni profili di complessità della materia senza la pretesa che in poche pagine si possa fornire una teoria risolutiva di una fattispecie tanto articolata.

Nei paragrafi precedenti si è cercato di mettere in luce come le norme di diritto creino sottocategorie interpretative per bilanciare caso per caso due pretese contrapposte che vengono formulate in termini di diritti di eguale rilievo costituzionale e che, per molti aspetti, appaiono difficilmente conciliabili. Il rischio è che le norme positive, se brandite con pretesa risolutiva di certezza, stentino a dominare e comprendere la complessità della questione — e della dinamica sociale da cui la stessa sorge.

Si fa riferimento alla dimensione collettiva della libertà religiosa, ma essa stessa, come qualsiasi diritto, presenta dei limiti e nessun legislatore e nessuna corte potrebbero ritenere aprioristicamente legittime le violazioni dei diritti dell'individuo in nome di una supposta idoneità del diritto all'autonomia collettiva religiosa a giustificarle. Al tempo stesso, dare un contenuto alla dimensione collettiva della libertà religiosa impone che siano previsti regimi derogatori che, a determinate condizioni, giustifichino una diversa regolamentazione. Il diritto richiede quindi che si adotti una convenzione per determinare quando le organizzazioni religiose possano trasformarsi in "*islands of exclusivity and how big those islands could be*"[53].

La difficoltà nasce dal fatto che quando l'ordinamento stabilisce un divieto di discriminazione in ragione di un fattore in determinati ambiti della vita pubblica (l'accesso al lavoro e l'occupazione), fatica a mantenere coerenza se consente al tempo stesso che esistano soggetti che, all'interno di quell'ambito, possono sottrarsi al rispetto del divieto. Si potrebbe ritenere che un'organizzazione religiosa sia la manifestazione collettiva della dimensione privata della libertà religiosa e questa lettura porterebbe a far propendere per un grado di autonomia più elevato. Tuttavia, questa interpretazione non si attaglia alla realtà. Non si può sottovalutare come i gruppi religiosi, nel momento in cui si qualificano come attori della comunità sociale e.g. in veste di datori di lavoro, entrino a fare parte della sfera pubblica, magari accettando finanziamenti pubblici, aprendosi alla società e interagendo con essa in quei domini quale l'istruzione o la sanità che non hanno carattere prettamente religioso; soprattutto, per quanto riguarda l'istruzione, laddove si tratti dell'insegnamento di discipline che nulla hanno a che fare con la religione[54].

50 Tribunal Constitucional, sentenza del 12 giugno 1996, 106/1996.

51 Tribunal Constitucional, sentenza del 13 Febbraio 1981, 5/1981.

52 *Tribunal Constitucional*, sentenza del 14 Aprile 2011, *Galera c. Ministero dell'Istruzione e il Vescovo di Almeria* 51/2011.

53 L.Vickers, 2012, *ivi*;

54 A. McColgan, *Discrimination, Equality and the Law*, Oxford, Hart Publishing, 2014, cap 5;

Vi è di più. Le *religious exemptions* sono riconosciute in alcuni ordinamenti per tutelare gli individui appartenenti a minoranze religiose in riferimento a regole generalmente applicabili a tutta la collettività che, in quanto risultato di una deliberazione della maggioranza, tendono a trascurare gli interessi e le specificità dei gruppi di minoranza[55]. Ma anche un regime derogatorio pluralista di questo tipo non guarda con favore alle eccezioni ai divieti di discriminazione perché esse non farebbero altro che legittimare la perpetuazione di quelle stesse condotte che il divieto vuole eradicare. Non si tratta di tutelare minoranze "*overlooked by the legislator*"[56], ma al contrario consentire a chi ha resistito al cambiamento di poter proseguire come se nulla fosse, limitando l'applicazione della legge. Queste considerazioni sono tanto più stringenti se si passa dal piano individuale a quello collettivo, perché, riconoscendo un indeterminato regime di eccezioni ogni volta i gruppi religiosi si aprono alla *mainstream society*, l'effetto sarebbe la sistematizzazione su larga scala dei comportamenti discriminatori per tramite dell'operato in numerosi settori della vita pubblica di gruppi organizzati[57].

Come stabilito nella decisione del Tribunale di Rovereto (e nelle altre decisioni riportate nell'analisi comparata), si va delineando in modo netto una distinzione tra mansioni ideologiche, a cui è ricondotto un regime derogatorio più ampio, e mansioni neutre che non possono giustificare trattamenti derogatori in merito ai divieti di discriminazione. La ragione di questo bilanciamento sta nell'irrilevanza che alcune caratteristiche individuali possono avere rispetto all'attività svolta e alle competenze richieste per svolgerla. Di fronte a due posizioni morali contrapposte, il sistema giuridico utilizza come criterio risolutivo del giudizio di bilanciamento la rilevanza della caratteristica identitaria in relazione alla attività materiale oggetto del conflitto. Così, quest'ultimo "può verificarsi solamente nei confronti di quegli insegnamenti [e dei relativi docenti] che caratterizzano la tendenza; nell'ambito di una scuola cattolica vi sono mansioni [quelle del personale esecutivo e tecnico] e insegnamenti del tutto indifferenti rispetto alla tendenza della scuola"[58].

Allo stesso modo, l'incerto riferimento all'obbligo di lealtà e buona fede, che sembra concepito in modo del tutto peculiare per i lavoratori e le lavoratrici dell'ODT, incontra il limite del divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale. Si deve tuttavia prestare attenzione al fatto che tale limite non si può intendere solo in una prospettiva statica e formale, così da imporre ai lavoratori omosessuali, e non a quelli eterosessuali, di rinunciare di fatto a vivere per esempio una vita di coppia o a costruirsi una famiglia. Questo è forse lo scoglio più complesso da superare perché non esiste, in alcune tradizioni religiose, un *modo* accettabile di *essere* omosessuali o, se esiste, sembra inconciliabile con il nuovo paradigma di eguaglianza che i sistemi giuridici hanno accolto per restituire dignità a livello sociale alle persone omosessuali.

La decisione del Tribunale di Rovereto non tratta questo profilo o, più precisamente, applica la dottrina della discriminazione per associazione per risolvere a monte la questione. Si può tuttavia ipotizzare che, anche ove la relazione dell'insegnante fosse stata confermata, l'esito della causa sarebbe stato il medesimo, dal momento che l'approccio adottato è netto nel ritenere che l'orientamento sessuale sia un elemento estraneo all'ideologia della tendenza e la mansione svolta rientri tra quelle considerate *neutre*.

Se le norme risolvono il conflitto dal punto di vista giuridico, non necessariamente riescono, per il solo fatto che stabiliscono quale comportamento è ritenuto conforme alla legge e quale no, a risolvere il conflitto sociale tra gruppi identitari portatori di istanze contrapposte: *one should not expect law to change behaviour by simple "command and control"*[59].

In un momento storico, in cui le persone omosessuali rivendicano pubblicamente e si vedono finalmente riconosciuti i diritti di cittadinanza per lungo tempo negati, i potenziali casi di conflitto aumentano perché la loro condizione giuridica è mutata. Si rende quindi necessario, in riferimento al governo delle dinamiche sociali nelle quali il conflitto può emergere, un paradigma diverso rispetto alla contrapposizione dei due interessi di fronte al giudice o nel dibattito politico. Questa modalità di risoluzione rischia di accentuare i toni conflittuali dell'interazione tra le due parti ed essere fagocitata, per quanto riguarda il dibattito politico, dalla retorica della minaccia che l'Altro rappresenta.

55 Cfr. D. NeJaime **e** R. Siegel, *Conscience Wars: Complicity-Based Conscience Claims in Religion and Politics*, 124 *Yale Law Journal*,, 2015, pp 2516 e ss. e, degli stessi autori, *Conscience and the Culture Wars*, in *The American Prospect*, Summer Issue, 29 giugno 2015.

56 Ibid.

57 A.McColgan, *ivi*;

58 Corte di cassazione, sentenza del 16 giugno 1994, n. 5832.

59 B. Hepple, *Enforcing Equality Law: Two Steps Forward and Two Steps Backwards for Reflexive Regulation*, in *Industrial Law Journal*, 40, 4, 2011, pp. 315 e ss.

Il diverso paradigma che si può adottare è quello della *reflexive/responsive regulation*[60]. L'assunto da cui muove questa concezione del diritto è che la società non sia un sistema con una struttura gerarchica, al cui vertice stanno le norme giuridiche, ma un insieme di sottosistemi che operano autonomamente. Ogni sistema adotta un suo linguaggio interno, si autoriproduce senza necessità di riferirsi direttamente all'esterno. Tra i sottoinsiemi che esistono all'interno della società possiamo di certo inserire anche le minoranze o i gruppi culturali, che costruiscono una propria autonoma narrazione che acquisisce significato per la più ampia comunità sociale man mano che le minoranze acquistano e rivendicano visibilità. Quando queste comunità sono più radicate e sviluppate si può notare più facilmente come esse "*characteristically construct their own myths, lay down their own precepts, and presume to establish their own hierarchies of norms. More importantly, they identify their own paradigms for lawful behavior and reduce the state to just one element, albeit an important one, in the normative environment*". L'autorità della legge e dello stato è riconosciuta ma "*it does not create the inner world", their nomos*[61].

Tuttavia, i sottoinsiemi o le comunità che compongono la società sono tuttavia aperti al cambiamento che proviene dagli stimoli esterni (degli altri sottoinsiemi, il sistema giuridico, gli altri gruppi sociali). Gli input che provengono dall'esterno sono filtrati e riconcepiti nel linguaggio, nelle regole e nella cultura che caratterizzano ogni sistema[62].

A questo punto il diritto, che non rinuncia alla sua funzione regolativa e non può del tutto lasciare all'autonomia dei gruppi il perseguimento degli obiettivi che si pone con l'adozione di una determinata legge, adotta meccanismi e istituzioni il cui obiettivo è la proceduralizzazione di queste modalità di autoregolamentazione. Ne deriva un nuovo modello di governo del processo legislativo che si radica non solo su un complesso di istituzioni dotate di poteri di controllo e comando e capaci di sanzionare, ma che include anche organismi (*e.g.* le istituzioni di garanzia) a cui è assegnato un ruolo di monitoraggio, di promozione e di guida[63]. In questo processo, è centrale il coinvolgimento diretto e la partecipazione dei gruppi coinvolti nella specifica dinamica di cui si vuole raggiungere la regolamentazione e che sono portatori di interessi contrapposti, così che la soluzione che si adotta sia il risultato di un processo di incontro e dialogo tra coloro che saranno poi tenuti a rispettare le norme. Si rende così più condiviso e, in ultima istanza, certo il rispetto dei obiettivi regolativi che le norme si pongono. La rilevanza di questa concezione per la questione affrontata sta nella capacità di costruire un dialogo tra due parti (le Chiese e le associazioni che promuovono i diritti delle persone omosessuali) che raramente interagiscono in modo cooperativo e nell'obiettivo di raggiungere un accordo volontario tra le parti per risolvere il conflitto. Si declina in termini pratici la teoria dell'agire comunicativo di Habermas, stabilendo una struttura comunicativa che favorisce la formazione di una volontà comune. I meccanismi e i presupposti, tanto pratici quanto teorici, sono del tutto analoghi a quelli fondanti la concertazione nelle relazioni industriali e il dialogo tra le parti sociali.

Accade così che conflitti tra gruppi portatori di istanze *prima facie* irriconciliabili vengono risolti perché questo meccanismo di governo assicura "*greater transparency so that local people feel involved in and can challenge public decision-making*"[64]. Ed è proprio nell'operato di organismi di garanzia sia a livello europeo (cfr. *Fundamental Rights Agency* dell'Unione Europea) o a livello nazionale (cfr. *Equality and Human Rights Commission*) in tema di diritti umani e dell'eguaglianza che questo modello — che si affianca al contenzioso di fronte alle corti, abbandonando però la contrapposizione *litigiosa* che contraddistingue quest'ultimo — trova la conferma della sua efficacia. La strategia di coordinare una risposta da parte dei rappresentanti del *Muslim British Council* ha fatto sì che venisse reinterpretata la norma religiosa che riteneva i cani impuri, facendo cadere l'obiezione dei tassisti di fede mussulmana che rifiutavano di trasportare le persone cieche con cani guida ed eliminando così in modo permanente il conflitto[65]. Le agenzie per l'adozione delle diocesi cattoliche di Boston e San Francisco hanno previsto la possibilità

60 In dottrina, G. Teubner, *Law as an Autopoietic System*, tradotto da A. Bankowska and R. Adler, Oxford, Blackwell, 1993, pp. 64 ss. e N. Luhmann, tradotta da K.A. Ziegert, F. Kastner et al, *Law as a Social System,* Oxford, Oxford University Press, 2004, p.80 ss. Per l'applicazione di questo paradigma nel campo delle politiche antidiscriminatorie si veda B. Hepple, *ivi*;

61 R.M. Cover, *Thte Supreme Court, 1982 Term-Foreword: Nomos and Narrative*, in Harward Law Review, 97, 4 1983, ristampato in, *Narrative, Violence, And The Law, The Essays Of Robert Cover*, M. Minow et al. (eds), 1992, pp. 95 ss.

62 B. Hepple, *ivi*.

63 Si veda in tal senso l'esempio dell'Agenzia Europea dei diritti fondamentali, su cui si rimanda per un'analisi .a A. Von Bog Dandy e J. Von Berj'istorff, *The EU Fundamental Rights Agency within the European and international human rights architecture: the legal framework and some unsettled issues in a new field of administrative law*, in *Common Market Law Review*, 46,, 2009, pp.1035 ss.

64 M. Malik, *From conflict to cohesion: competing interests in equality law and policy*, in *Equality and Diversity Forum*, www.edf.org.uk, 2008.

65 *Eadem*, p. 37.

per le coppie omosessuali di adottare minori disabili perché, a seguito di iniziative di incontro e dialogo tra i due gruppi promosse dalle autorità statali, entrambe le parti hanno convenuto che questa soluzione fosse la migliore nell'interesse degli stessi minori[66].

Il dibattito pubblico sui diritti LGBT ha portato in alcuni casi a una riflessione interna da parte di alcune denominazioni religiose, che hanno manifestato il loro supporto all'estensione del matrimonio alle persone dello stesso sesso e l'accettazione all'interno della comunità delle persone e delle coppie omosessuali[67].

Il modello della *reflexive regulation* funziona però se i meccanismi di dialogo, consultazione e negoziazione sono istituzionalizzati e sistematizzati e mantengono un carattere di autonomia e indipendenza rispetto al potere politico.

Ulteriore presupposto per l'efficacia di questo modello regolativo è la volontà dei gruppi coinvolti di cooperare, riconoscendo la rispettiva identità e dignità. In Italia, il dibattito sui diritti delle persone omosessuali, come da ultimo nel caso dell'adozione della legge sulle unioni civili, manca di questo presupposto[68]. Lo sviluppo di un modello di diritto riflessivo sembra impraticabile in questo ambito. Il governo e le istituzioni sono spesso incapaci a separare il discorso politico dal governo della cosa pubblica e rinunciano di fatto al compito di guida nella mediazione tra interessi contrapposti. Gli organismi di garanzia mancano di risorse e il loro ruolo nell'assetto complessivo è svalutato e privo dell'indipendenza che dovrebbe caratterizzarli. Le posizioni né concilianti né propositive manifestate dalle autorità e dalle organizzazioni religiose vengono poi fagocitate e strumentalizzate dalla retorica politica[69]. Il riconoscimento dei diritti dell'Altro è veicolato come un attacco alla tradizione, che mina alla base i supposti costrutti sociali e giuridici su cui si è fondano tanto l'assetto sociale quanto quello costituzionale.

In questo panorama, riecheggiano le parole del dialogo sul tema del multiculturalismo tra Habermas e Taylor. Se è infatti vero, come ricorda Taylor, che il riconoscimento delle diverse culture può avvenire solo se si realizza una "fusione di orizzonti" che porti a rivedere i criteri di valore con i quali le stesse culture vengono valutate, è altrettanto vera l'obiezione di Habermas che lo stato di diritto può tollerare, per raggiungere la coesistenza tra culture diverse, solo orizzonti (culture) non fondamentalistici, che diano spazio ad un ragionevole dissenso perché non si basano su una pretesa di infallibilità[70].

Nonostante il quadro italiano presenti elementi di criticità che rendono più lento il percorso verso la coesione sociale tra i gruppi religiosi e le persone omosessuali, è un panorama nuovo quello che si sta delineando nel nostro paese in questi ultimi mesi. Il cambiamento giuridico, la rottura del paradigma eteronormativo, non può essere che il segno di un cambiamento nel sentire sociale che infonde nuovo significato alle norme giuridiche.

Come è stato sottolineato, "[*a*]*ccommodation and negotiation can identify practical solutions where abstract principles sometimes cannot—and, in the meantime, build mutual trust*"[71]. Accanto quindi al contenzioso, si devono promuovere iniziative di dialogo e incontro che vadano oltre una forma conflittuale di risoluzione della questione, ma che mirino, al contrario, a sistematizzare l'(auto)gestione conciliativa del conflitto stesso, così che l'interazione sociale tra identità culturali diverse si fondi su un meccanismo di cooperazione collaborativa, tesa non solo a rimuovere il conflitto sotto il profilo giuridico ma, soprattutto, a rinsaldare la coesione sociale e il mutuo riconoscimento tra gruppi portatori di istanze contrapposte.

"Quando soffia il vento del cambiamento alcuni costruiscono muri, altri mulini a vento"[72]. C'è da augurarsi che chi ha il potere di costruire i mulini — tutti noi, non solo le istituzioni — lo voglia usare in modo appropriato.

66 M. Minow, *Should Religious Groups be Exempt from Civil Rights Laws?* in *Boston College Law Review*, 48, 1, 2007, pp.1 ss.

67 Ricostruiscono il processo di cambiamento all'interno di alcune denominazioni religiose e il sostegno pubblico alla promozione di pari diritti per le coppie *same-sex*, J. G, Oliva, and H. Hall, *Same-Sex Marriage: An Inevitable Challenge to Religious Liberty and Establishment?*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 3, 1, 2014, pp. 25 ss.

68 Illustra in modo dettagliato il dibattito pubblico sul tema dell'unioni tra persone dello stesso sesso D. Accolla, *DiCo, unioni civili e narrazione eteronormativa nel dibattito pubblico italiano*, in corso di pubblicazione.

69 *Ibid*.

70 Propone questa riflessione in merito al dialogo sul multiculturalismo tra Habermas e Taylor, M. Barbera, *I rom e i paradossi del diritto antidiscriminatorio*, in *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, P. Bonetti (a cura di), Milano, Giuffrè, 2011.

71 M. Minow, *ivi.*

72 Proverbio cinese.

Osservatorio documenti

Decreto Legislativo 19 gennaio 2017, n. 5, *Adeguamento delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni, nonché modificazioni ed integrazioni normative per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettere a) e c), della legge 20 maggio 2016, n. 76*

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

Visti gli articoli 76 e 87, quinto comma, della Costituzione;

Vista la legge 20 maggio 2016, n. 76, recante Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze e, in particolare, l'articolo 1, comma 28, lettere a) e c), che delega il Governo ad adottare disposizioni per l'adeguamento delle norme dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni alle previsioni della legge sulla regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, nonché ad adottare disposizioni recanti modifiche ed integrazioni normative per il necessario coordinamento con la medesima legge delle disposizioni contenute nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti e nei decreti;

Visto il regio decreto 9 luglio 1939, n. 1238, recante Ordinamento dello stato civile;

Visto il decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, recante Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127;

omissis

Emana
il seguente decreto legislativo:

Art. 1: Modifiche al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396

1. Al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 1, comma 3, secondo periodo, dopo le parole: «n. 91,» la parola: «e» è soppressa e dopo le parole: «per la celebrazione del matrimonio» sono inserite le seguenti: «e per la costituzione delle unioni civili di cui alla legge 20 maggio 2016, n. 76»;

b) all'articolo 6, comma 1, dopo le parole: «il coniuge,» sono inserite le seguenti: «la persona a lui unita civilmente,»;

c) all'articolo 10, comma 1, dopo le parole: «i matrimoni» sono inserite le seguenti: «, le unioni civili»;

d) all'articolo 12, comma 2, primo periodo, dopo la parola: «matrimonio» sono inserite le seguenti: «, unione civile»;

e) all'articolo 16 sono apportate le seguenti modificazioni:

   1) la rubrica è sostituita dalla seguente: «Matrimoni celebrati e unioni civili costituite all'estero»;

   2) al comma 1, il primo periodo è sostituito dal seguente: «Il matrimonio e l'unione civile all'estero, quando gli sposi o le parti dell'unione civile sono entrambi cittadini italiani o uno di essi è cittadino italiano e l'altro è cittadino straniero, possono essere celebrati o costituiti innanzi all'autorità diplomatica o consolare competente, oppure innanzi all'autorità locale secondo le leggi del luogo.»;

f) all'articolo 17, secondo periodo, dopo le parole: «di matrimonio» sono inserite le seguenti: «o dell'unione civile» e dopo le parole: «se gli sposi» sono inserite le seguenti: «o le parti dell'unione civile»;

g) all'articolo 19, comma 2, dopo le parole: «matrimoni celebrati» sono inserite le seguenti: «e delle unioni civili costituite»;
h) all'articolo 26, comma 1, secondo periodo, dopo le parole: «l'atto di matrimonio» sono inserite le seguenti: «o dell'unione civile»;
i) all'articolo 49, comma 1, sono apportate le seguenti modificazioni:
   1) la lettera f) è sostituita dalla seguente: «f) gli atti di matrimonio e le sentenze dalle quali risulta l'esistenza del matrimonio, gli atti di costituzione dell'unione civile, iscritta anche ai sensi dell'articolo 70-octies, comma 5, e le sentenze dalle quali risulta l'esistenza dell'unione civile;»;
   2) alla lettera g) sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «e quelle che pronunciano la nullità o lo scioglimento dell'unione civile»;
   3) alla lettera g-bis) sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «e quelli conclusi tra le parti dell'unione civile al fine di raggiungere una soluzione consensuale di scioglimento dell'unione civile»;
   4) alla lettera g-ter) dopo le parole: «del matrimonio» sono inserite le seguenti: «e quelli di scioglimento dell'unione civile»;
l) dopo l'articolo 62 le parole: «Capo IV Della registrazione relativa agli atti di matrimonio» sono sostituite dalle seguenti: «Capo IV Della registrazione relativa agli atti di matrimonio e di unione civile»;
m) all'articolo 63 sono apportate le seguenti modificazioni:
   1) al comma 1:
      a) alla lettera a) sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «e le unioni civili costituite davanti a lui e quelle di cui all'articolo 70-octies, comma 5»;
      b) alla lettera b) sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «e le unioni civili costituite fuori dalla casa comunale a norma dell'articolo 70-novies»;
      c) alla lettera c) sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «, e le unioni civili costituite in imminente pericolo di vita di una delle parti a norma dell'articolo 70-decies»;
      d) alla lettera d) sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «, e le unioni civili costituite per delega a norma dell'articolo 70-quater»;
      e) alla lettera f) dopo la parola: «matrimoni» sono inserite le seguenti: «e di costituzione delle unioni civili»;
      f) dopo la lettera g-ter) sono aggiunte le seguenti:
      «g-quater) gli accordi di scioglimento dell'unione civile ricevuti dall'ufficiale dello stato civile, nonché di modifica delle condizioni di scioglimento;
      g-quinquies) la manifestazione congiunta di volontà di scioglimento dell'unione civile, a norma dell'articolo 1, comma 24, della legge 20 maggio 2016, n. 76, ovvero la manifestazione di volontà di scioglimento dell'unione civile di una sola parte a norma della predetta disposizione, previamente comunicata all'altra parte mediante invio di lettera raccomandata con avviso di ricevimento alla residenza anagrafica o, in mancanza, all'ultimo indirizzo noto, ovvero con altra forma di comunicazione parimenti idonea;
      g-sexies) la dichiarazione con la quale le parti, dopo la costituzione dell'unione civile, dichiarano di voler assumere, per la durata dell'unione civile, un cognome comune scegliendolo tra i loro cognomi o di anteporre o posporre al cognome comune il proprio cognome, se diverso.»;
   2) al comma 2:
      a) alla lettera b) dopo le parole: «codice civile,» sono inserite le seguenti: «e delle unioni civili costituite per delega ai sensi dell'articolo 70-quater,» e sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «o delle parti dell'unione civile»;
      b) dopo la lettera b) è inserita la seguente:
      «b-bis) gli atti di costituzione di unione civile avvenuti in un comune scelto dalle parti, trasmessi all'ufficiale dello stato civile dei comuni di residenza delle parti;»;
      c) alla lettera c) sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «e le unioni civili costituite all'estero»;
      d) dopo la lettera c) è inserita la seguente: «c-bis) gli atti dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero;»;
      e) alla lettera d) dopo le parole: «matrimoni celebrati» sono inserite le seguenti: «o le unioni civili costituite»;
      f) alla lettera e) dopo le parole: «degli sposi» sono inserite le seguenti: «e gli atti e i processi verbali di costituzione delle unioni civili avvenute in caso di imminente pericolo di vita di una delle parti dell'unione civile»;
      g) alla lettera f) sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «o dell'unione civile»;
      h) dopo la lettera g) è inserita la seguente:

«g-bis) le sentenze e gli altri atti con cui si pronuncia all'estero la nullità, lo scioglimento di unioni civili ovvero si rettifica in qualsiasi modo un atto dell'unione civile già iscritto o trascritto negli archivi di cui all'articolo 10;»;

i) dopo la lettera h-bis) è aggiunta la seguente:
«h-ter) gli accordi raggiunti a seguito di convenzione di negoziazione assistita da un avvocato, conclusi tra le parti dell'unione civile al fine di raggiungere una soluzione consensuale di scioglimento dell'unione civile, nonché di modifica delle condizioni dello scioglimento.»;

n) all'articolo 65 sono apportate le seguenti modificazioni:
1) al comma 1, dopo le parole: «o aereo,» sono inserite le seguenti: «o se l'unione civile è costituita nell'imminente pericolo di vita di una delle parti, durante un viaggio marittimo o aereo,»;
2) al comma 2, dopo le parole: «matrimoni celebrati» sono inserite le seguenti: «o alla costituzione di unioni civili» e dopo le parole: «degli sposi» sono inserite le seguenti: «o delle parti dell'unione civile,»;

o) all'articolo 66 sono apportate le seguenti modificazioni:
1) dopo il comma 1 è inserito il seguente:
«1-bis. Nella ipotesi in cui la parte dell'unione civile non conosce la lingua italiana nonché in quelle in cui é sorda, muta, o comunque impedita a comunicare, l'ufficiale dello stato civile costituisce l'unione civile o con l'ausilio di un interprete o avvalendosi di mezzi idonei per rivolgere alla parte le domande, riceverne le risposte e darle comunicazione delle disposizioni contenute nell'articolo 1, commi 11 e 12, della legge 20 maggio 2016, n. 76, e della dichiarazione di costituzione dell'unione civile tra le parti.»;
2) al comma 2 le parole: «di cui al comma 1» sono sostituite dalle seguenti: «di cui ai commi 1 e 1-bis» e sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «e per la costituzione dell'unione civile»;

p) all'articolo 67 sono apportate le seguenti modificazioni:
1) alla rubrica dopo le parole: «matrimonio celebrato» sono inserite le seguenti: «e unione civile costituita»;
2) al comma 1 dopo le parole: «codice civile» sono inserite le seguenti: «o dall'articolo 70-quater» e dopo le parole: «del matrimonio» sono inserite le seguenti: «o per la costituzione dell'unione civile»;

q) all'articolo 68 sono apportate le seguenti modificazioni:
1) al comma 1 dopo le parole: «il matrimonio» sono inserite le seguenti: «o costituito l'unione civile» e dopo le parole: «degli sposi» sono inserite le seguenti: «e delle parti dell'unione civile»;
2) al comma 2 dopo la parola: «celebrato» sono inserite le seguenti: «o l'unione civile costituita» e dopo le parole: «dell'atto di matrimonio» sono inserite le seguenti: «o di costituzione dell'unione civile»;
3) al comma 3, lettera b), dopo le parole: «all'estero» sono inserite le seguenti: «o della costituzione dell'unione civile avvenuta all'estero» e dopo le parole: «lo scioglimento» sono inserite le seguenti: «di un matrimonio o di una unione civile»;

r) all'articolo 69 sono apportate le seguenti modificazioni:
a) al comma 1 è aggiunta, in fine, la seguente lettera: «i-bis) della costituzione dell'unione civile iscritta ai sensi dell'articolo 70-octies, comma 5.»;
b) dopo il comma 1 è inserito il seguente:
«1-bis. Negli atti di costituzione dell'unione civile si fa annotazione:
a) delle convenzioni patrimoniali, delle relative modificazioni, delle sentenze di omologazione di cui all'articolo 163 del codice civile, delle sentenze di separazione giudiziale dei beni di cui all'articolo 193 del codice civile, e della scelta della legge applicabile ai loro rapporti patrimoniali operata in base alle vigenti norme di diritto internazionale privato;
b) della dichiarazione contenente la manifestazione di volontà di scioglimento dell'unione civile resa ai sensi dell'articolo 1, comma 24, della legge 20 maggio 2016, n. 76;
c) delle sentenze, anche straniere, di scioglimento dell'unione civile; di quelle che dichiarano efficace nello Stato la pronuncia straniera di nullità o di scioglimento dell'unione civile;
d) degli accordi raggiunti a seguito di convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati, conclusi tra le parti al fine di raggiungere una soluzione consensuale di scioglimento dell'unione civile;
e) degli accordi di scioglimento dell'unione civile ricevuti dall'ufficiale dello stato civile;
f) delle sentenze con le quali si pronuncia l'annullamento della trascrizione dell'atto di costituzione dell'unione civile;
g) delle sentenze dichiarative di assenza o di morte presunta di una delle parti dell'unione civile e di quelle che dichiarano l'esistenza della parte di cui era stata dichiarata la morte presunta o ne accertano la morte;

h) dei provvedimenti che determinano il cambiamento o la modificazione del cognome o del nome o di entrambi e dei provvedimenti di revoca relativi ad una delle parti dell'unione civile;
i) dei provvedimenti di rettificazione.»;

s) all'articolo 70, comma 1, dopo le parole: «il matrimonio» sono inserite le seguenti: «e nel costituire l'unione civile»;

t) dopo l'articolo 70 é inserito il seguente titolo:

«Titolo VIII-bis
Della richiesta e della costituzione dell'unione civile

Art. 70-bis.
Richiesta di costituzione dell'unione civile

1. La richiesta di costituzione dell'unione civile è presentata all'ufficio dello stato civile del comune scelto dalle parti. Chi richiede la costituzione dell'unione civile deve dichiarare il nome e il cognome, la data e il luogo di nascita, la cittadinanza e il luogo di residenza delle parti dell'unione civile, nonché l'insussistenza delle cause impeditive alla costituzione dell'unione di cui all'articolo 1, comma 4, della legge 20 maggio 2016, n. 76.
2. L'ufficiale dello stato civile deve verificare l'esattezza della dichiarazione di cui al comma 1 e può acquisire d'ufficio eventuali documenti che ritenga necessari per provare l'inesistenza di impedimenti alla costituzione dell'unione civile.
3. Ricevuta la richiesta di costituzione dell'unione civile, l'ufficiale dello stato civile redige processo verbale in cui indica l'identità delle persone comparse, la richiesta a lui fatta, le dichiarazioni delle parti o di chi le rappresenta, e lo sottoscrive unitamente ai richiedenti.
4. La richiesta di costituzione dell'unione civile può essere fatta anche all'ufficiale dello stato civile del comune di scelta delle parti da persona che ne ha avuto dalle stesse speciale incarico nei modi indicati dall'articolo 12, comma 7.

Art. 70-ter.
Verifiche

1. Le verifiche di cui all'articolo 70-bis, comma 2, devono essere effettuate entro trenta giorni dalla redazione del processo verbale. Da tale data, o anche da data antecedente, se le verifiche sono completate prima e l'ufficiale dello stato civile ne ha dato obbligatoria comunicazione ai richiedenti, le parti possono presentarsi all'ufficiale dello stato civile per costituire l'unione civile.
2. Quando è accertata l'insussistenza dei presupposti o la sussistenza di un impedimento, l'ufficiale dello stato civile ne dà comunicazione alle parti e non procede alla costituzione dell'unione civile.
3. I documenti presentati o acquisti sono registrati, dopo la costituzione dell'unione civile, negli archivi di cui all'articolo 10.
4. Quando la costituzione dell'unione civile non avviene nei centottanta giorni successivi al termine o alla comunicazione di cui al comma 1, la richiesta delle parti e le verifiche dell'ufficiale dello stato civile si considerano come non avvenute.

Art. 70-quater.
Costituzione dell'unione civile per delega

1. Quando vi è necessità o convenienza di costituire l'unione civile in un comune diverso da quello in cui è stata presentata la richiesta, l'ufficiale dello stato civile, completate le verifiche di cui all'articolo 70-bis, su istanza delle parti, delega per iscritto l'ufficiale dello stato civile del comune dalle stesse indicato.

Art. 70-quinquies.
Impedimenti

1. Quando a costituire l'unione civile osta un impedimento per il quale è stata concessa autorizzazione a termini delle disposizioni del codice civile, una delle parti dell'unione civile deve presentare copia del relativo provvedimento.

Art. 70-sexies.
Casi particolari

1. Quando una delle parti che chiede la costituzione dell'unione civile è un cittadino italiano residente all'estero, l'ufficiale dello stato civile al quale è fatta richiesta effettua le verifiche di cui all'articolo 70-bis, anche presso il competente ufficio consolare. Se invece la richiesta di costituzione dell'unione civile viene fatta all'autorità consolare, quest'ultima effettua le verifiche di cui all'articolo 70-bis tramite l'ufficiale dello stato civile del comune di iscrizione anagrafica.

Art. 70-septies.
Registrazioni

1. I documenti che giustificano le enunciazioni contenute nel processo verbale di richiesta di costituzione dell'unione civile sono registrati, costituita l'unione civile, di seguito all'atto di costituzione dell'unione civile negli archivi di cui all'articolo 10.

Art. 70-octies.
Costituzione dell'unione civile

1. Trascorso il termine previsto dall'articolo 70-ter, comma 1, l'ufficiale dello stato civile può procedere alla costituzione dell'unione civile.
2. Le parti, nel giorno prescelto, si presentano e rendono personalmente e congiuntamente, alla presenza di due testimoni, all'ufficiale dello stato civile del comune dove è stata presentata la richiesta, la dichiarazione di voler costituire unione civile.
3. Le parti possono dichiarare di assumere, per la durata dell'unione civile, un cognome comune scegliendolo tra i loro cognomi. La parte può anteporre o posporre al cognome comune il proprio cognome, se diverso, facendone dichiarazione all'ufficiale dello stato civile. Possono inoltre dichiarare di scegliere il regime della separazione dei beni nei loro rapporti patrimoniali.
4. L'ufficiale dello stato civile, ricevuta la dichiarazione di cui al comma 2, fatta menzione del contenuto dei commi 11 e 12 dell'articolo 1 della legge 20 maggio 2016, n. 76, iscrive l'atto di costituzione dell'unione civile nel registro delle unioni civili. Tale atto, dopo essere stato letto agli intervenuti, è sottoscritto dalle parti, dai testimoni e dall'ufficiale dello stato civile.
5. Nell'ipotesi di cui all'articolo 31, comma 4-bis, del decreto legislativo 1º settembre 2011, n. 150, l'ufficiale dello stato civile del comune di celebrazione del matrimonio o di trascrizione se avvenuto all'estero, ricevuta la comunicazione della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso, procede all'iscrizione dell'unione civile nel registro delle unioni civili con le eventuali annotazioni relative alla scelta del cognome ed al regime patrimoniale.

Art. 70-novies.
Costituzione dell'unione civile fuori della casa comunale

1. Se una delle parti dell'unione civile, per infermità o per altro impedimento giustificato all'ufficio dello stato civile, è nell'impossibilità di recarsi alla casa comunale, l'ufficiale si trasferisce col segretario nel luogo in cui si trova la parte impedita e, ivi, alla presenza di due testimoni, procede alla costituzione dell'unione civile.

Art. 70-decies.
Costituzione dell'unione civile in imminente pericolo di vita

1. Nel caso di imminente pericolo di vita di una delle parti, l'ufficiale di stato civile del luogo può procedere alla costituzione senza le verifiche di cui all'articolo 70-bis, comma 2, purché le parti prima giurino che non esistono tra loro impedimenti.
2. L'ufficiale dello stato civile dichiara nell'atto di costituzione dell'unione il modo con cui ha accertato l'imminente pericolo di vita e procede secondo le modalità di cui all'articolo 70-novies.

Art. 70-undecies.
Opposizione del pubblico ministero

1. L'ufficiale dello stato civile, se conosce che osta alla costituzione dell'unione civile un impedimento che non è stato dichiarato, deve immediatamente informare il procuratore della Repubblica, affinché questi possa proporre opposizione alla costituzione dell'unione civile.

2. L'atto di opposizione deve essere proposto con ricorso al presidente del tribunale del luogo dove è stata richiesta la costituzione dell'unione civile che fissa con decreto la comparizione delle parti davanti al collegio per una data compresa tra i tre e i dieci giorni da quella di presentazione del ricorso e dispone che ricorso e decreto siano comunicati al procuratore della Repubblica e siano notificati, a cura del ricorrente, entro il giorno precedente a quello fissato per la comparizione, alle parti dell'unione civile e all'ufficiale dello stato civile del comune nel quale deve essere costituita l'unione civile.
3. Il tribunale, sentite le parti ed acquisiti senza particolari formalità gli elementi del caso, decide con decreto motivato avente efficacia immediata, indipendentemente dall'eventuale reclamo.
4. Se l'opposizione è stata proposta da chi ne ha facoltà, per causa ammessa dalla legge, il presidente del tribunale può, con proprio decreto, ove ne sussista la opportunità, sospendere la costituzione dell'unione civile sino a che sia stata rimossa la opposizione.

Art. 70-duodecies.
Termine per l'opposizione

1. L'opposizione all'unione civile può essere sempre proposta prima della sua costituzione.

Art. 70-terdecies.
Annotazione dell'opposizione

1. Nel processo verbale di richiesta di costituzione della unione civile deve essere annotato l'atto di opposizione.
2. Nello stesso verbale si deve altresì annotare il decreto che rigetta od accoglie l'opposizione o il provvedimento di estinzione del giudizio.

Art. 70-quaterdecies.
Contenuto dell'atto di costituzione dell'unione civile

1. L'atto di costituzione dell'unione civile deve specificamente indicare:
   a) il nome e il cognome, il luogo e la data di nascita, la cittadinanza e la residenza delle parti dell'unione civile; il nome, il cognome, il luogo e la data di nascita e la residenza dei testimoni;
   b) la data della richiesta di costituzione dell'unione civile, salvo il caso di cui all'articolo 70-decies;
   c) il decreto di autorizzazione quando ricorre alcuno degli impedimenti di legge, salvo il caso di cui all'articolo 70-decies;
   d) la menzione dell'avvenuta lettura del contenuto dei commi 11 e 12 dell'articolo 1 della legge 20 maggio 2016, n. 76;
   e) la dichiarazione delle parti di voler costituire l'unione civile;
   f) il luogo della costituzione dell'unione civile nel caso di imminente pericolo di vita e di costituzione fuori della casa comunale ed il motivo del trasferimento dell'ufficiale dello stato civile in detto luogo.
2. Quando contemporaneamente alla costituzione dell'unione civile le parti dichiarano di scegliere il cognome comune, a norma dell'articolo 1, comma 10, della legge 20 maggio 2016, n. 76, la dichiarazione è inserita nell'atto stesso di costituzione dell'unione civile. Ugualmente si provvede nel caso di scelta del regime di separazione dei beni o di scelta della legge applicabile ai loro rapporti patrimoniali operata in base alle vigenti norme di diritto internazionale privato.

Art. 70-quinquiesdecies.
Certificazione dell'unione civile

1. La certificazione dell'unione civile riporta i dati anagrafici delle parti, l'indicazione del regime patrimoniale e della residenza, oltre ai dati anagrafici ed alla residenza dei testimoni.
2. Nei documenti e atti in cui è prevista l'indicazione dello stato civile, per le parti dell'unione civile sono riportate le seguenti formule: "unito civilmente" o "unita civilmente".»;

u) all'articolo 73, comma 1, primo periodo, dopo le parole: «cognome del coniuge» sono inserite le seguenti: «o della parte a lui unita civilmente» e dopo le parole: «coniugato, vedovo o divorziato» sono inserite le seguenti: «unito civilmente o se l'unione civile si era in precedenza sciolta per una delle cause di cui all'articolo 1, commi da 22 a 26, della legge 20 maggio 2016, n. 76».

Art. 2: Modifiche al regio decreto 9 luglio 1939, n. 1238

1. Al regio decreto 9 luglio 1939, n. 1238, sono apportate le seguenti modificazioni:
a) all'articolo 14, primo comma, è aggiunto, in fine, il seguente numero: «4-bis) di unioni civili»;
b) all'articolo 134:
1) al primo comma dopo le parole: «ai numeri 5, 6, 7 e 8,» sono inserite le seguenti: «e nell'articolo 134-bis, comma 3, alle lettere d), e) e f),» e dopo le parole: «fu celebrato» sono inserite le seguenti: «o l'unione civile costituita»;
2) al secondo comma dopo le parole: «del matrimonio» sono inserite le seguenti: «o della costituzione dell'unione civile»;
c) dopo l'articolo 134 è inserito il seguente capo:

«Capo VI-bis
Registro delle unioni civili

Art. 134-bis.
Iscrizioni e trascrizioni nel registro delle unioni civili

1. Nella parte prima del registro delle unioni civili, l'ufficiale dello stato civile iscrive gli atti di costituzione delle unioni civili avvenute davanti a lui.
2. Nella parte seconda, composta di fogli in bianco, si iscrivono:
a) gli atti di costituzione delle unioni civili fuori della casa comunale;
b) gli atti di costituzione delle unioni civili in caso di imminente pericolo di vita di una delle parti;
c) gli atti di costituzione delle unioni civili avvenuti per delega;
d) gli atti di costituzione delle unioni civili ai quali, per la particolarità del caso, non si adattano i moduli stampati.
3. Nella stessa parte seconda si trascrivono:
a) gli atti di costituzione delle unioni civili avvenute all'estero e gli atti dei matrimoni tra persone dello stesso sesso avvenuti all'estero;
b) gli atti di costituzione delle unioni civili avvenuti davanti ad un altro ufficiale dello stato civile per delega;
c) gli atti di costituzione delle unioni civili, già iscritti nel comune di costituzione, nel comune di residenza di una delle parti;
d) le sentenze passate in giudicato dalle quali risulta l'esistenza dell'unione civile;
e) le sentenze passate in giudicato con le quali si dichiara la nullità dell'unione civile ovvero si rettifica in qualsiasi modo un atto dell'unione civile già iscritto nei registri e quelle che rendono esecutive nella Repubblica sentenze straniere che pronunziano la nullità o lo scioglimento dell'unione civile;
f) le sentenze passate in giudicato con le quali si ordina la trascrizione di un atto dell'unione civile altrove costituito.».

Art. 3: Modifiche al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223

1. Al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223, sono apportate le seguenti modificazioni:
a) all'articolo 4, comma 1, dopo le parole: «vincoli di matrimonio,» sono inserite le seguenti: «unione civile,»;
b) all'articolo 12:
1) al comma 1, le parole: «e le celebrazioni di matrimonio,» sono sostituite dalle seguenti: «, le celebrazioni di matrimonio e le costituzioni di unione civile,»;
2) al comma 2, primo periodo, dopo le parole: «celebrazioni di matrimonio» sono inserite le seguenti: «e alle costituzioni di unione civile»;
c) all'articolo 20:
1) al comma 1, secondo periodo, dopo le parole: «il nome del coniuge» sono inserite le seguenti: «o della parte dell'unione civile»;
2) dopo il comma 3 è inserito il seguente: «3-bis. Per le parti dell'unione civile le schede devono essere intestate al cognome posseduto prima dell'unione civile.».

Art. 4: Modifiche al decreto del Ministro dell'interno 27 febbraio 2001

1. Con decreto del Ministro dell'interno, da adottarsi entro trenta giorni dalla pubblicazione del presente decreto, sono apportate al decreto del Ministro dell'interno 27 febbraio 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 66 del 20 marzo 2001, le necessarie modifiche di coordinamento con le disposizioni del presente decreto.

Art. 5: Modifiche al regio decreto 30 marzo 1942, n. 327

1. Al codice della navigazione di cui al regio decreto 30 marzo 1942, n. 327, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 204, alla rubrica dopo la parola: «Matrimonio» sono inserite le seguenti: «e unione civile» e al primo comma sono aggiunte, in fine le seguenti parole: «e alla costituzione dell'unione civile nel caso di cui all'articolo 65 del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, e con le forme dell'articolo 70-decies del medesimo decreto.»;

b) all'articolo 834, alla rubrica dopo la parola: «Matrimonio» sono inserite le seguenti: «e unione civile», al primo comma sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «e alla costituzione dell'unione civile nel caso di cui all'articolo 65 del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, e con le forme dell'articolo 70-decies del medesimo decreto.» e al secondo comma dopo le parole: «L'atto di matrimonio» sono inserite le seguenti: «e di costituzione dell'unione civile»;

c) all'articolo 836, primo comma, dopo le parole: «degli atti di matrimonio» sono inserite le seguenti: «, degli atti di costituzione dell'unione civile».

Art. 6: Modifiche al decreto legislativo 3 febbraio 2011, n. 71, recante ordinamento e funzioni degli uffici consolari, ai sensi dell'articolo 14, comma 18, della legge 28 novembre 2005, n. 246

1. Al decreto legislativo 3 febbraio 2011, n. 71, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) dopo l'articolo 12 è inserito il seguente:
«Art. 12-bis (Unione civile). - 1. Il capo dell'ufficio consolare riceve le dichiarazioni di cui all'articolo 1, commi 2 e 10, della legge 20 maggio 2016, n. 76, rese da cittadini italiani o da un cittadino e un non cittadino. Le dichiarazioni di costituzione di unione civile possono essere rifiutate alle condizioni di cui all'articolo 12, comma 2.»;

b) dopo l'articolo 15 è inserito il seguente:
«Art. 15-bis (Modalità di costituzione dell'unione civile).
1. Le unioni civili sono costituite pubblicamente nella sede consolare. Possono essere eccezionalmente costituite fuori della sede consolare per impedimento delle parti o per gravi motivi di sicurezza. Si osservano le disposizioni in tema di costituzione previste dalla normativa nazionale.
2. Se del caso, il capo dell'ufficio consolare, prima di ricevere le dichiarazioni delle parti, porta a loro conoscenza, alla presenza dei testimoni, la possibile inefficacia della loro unione civile nell'ordinamento locale.»;

c) all'articolo 17 è aggiunto, in fine, il seguente comma:
«1-bis. Sui ricorsi, sulle opposizioni e sulle impugnazioni in materia di unioni civili richieste o costituite all'estero è competente a decidere il tribunale del luogo di ultima residenza in Italia dell'una o dell'altra parte, ovvero il tribunale nel cui circondario si trova il Comune di iscrizione anagrafica dell'una o dell'altra.»;

d) all'articolo 18, alla rubrica, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «e di atti di unione civile» e al comma 1 dopo le parole: «matrimoni celebrati» sono inserite le seguenti: «o a unioni civili costituite»;

e) all'articolo 62, comma 1, dopo le parole: «i matrimoni» sono inserite le seguenti «, le unioni civili» e dopo la lettera b) è inserita la seguente: «b-bis) degli atti relativi a unioni civili;»;

f) all'articolo 66, comma 1, lettera d), sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «anche nel caso di unione civile»;

g) all'allegato recante la tabella dei diritti consolari, Sezione II, Atti notarili:
1) all'articolo 11 le parole: «Convenzioni di matrimonio a carattere patrimoniale» sono sostituite dalle seguenti: «Convenzioni di matrimonio o di unione civile a carattere patrimoniale»;
2) all'articolo 19 dopo le parole: «in favore dell'altro» sono inserite le seguenti: «o di una parte dell'unione civile in favore dell'altra».

Art. 7: Modifiche al decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150

1. All'articolo 31 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150, dopo il comma 4 è inserito il seguente: «4-bis. Fino alla precisazione delle conclusioni la persona che ha proposto domanda di rettificazione di attribuzione di sesso ed il coniuge possono, con dichiarazione congiunta, resa personalmente in udienza, esprimere la volontà, in caso di accoglimento della domanda, di costituire l'unione civile, effettuando le eventuali dichiarazioni riguardanti la scelta del cognome ed il regime patrimoniale. Il tribunale, con la sentenza che accoglie la domanda, ordina all'ufficiale dello stato civile del comune di celebrazione del matrimonio o di trascrizione se avvenuto all'estero, di iscrivere l'unione civile nel registro delle unioni civili e di annotare le eventuali dichiarazioni rese dalle parti relative alla scelta del cognome ed al regime patrimoniale.».

Art. 8: Disposizioni di coordinamento con il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 23 luglio 2016, n. 144

1. Entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, l'ufficiale dello stato civile, con la procedura di correzione di cui all'articolo 98, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, annulla l'annotazione relativa alla scelta del cognome effettuata a norma dell'articolo 4, comma 2, del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 23 luglio 2016, n. 144.

omissis

Decreto Legislativo 19 gennaio 2017, n. 6, *Modificazioni ed integrazioni normative in materia penale per il necessario coordinamento con la disciplina delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera c), della legge 20 maggio 2016, n. 76*

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

Visti gli articoli 76 e 87, quinto comma, della Costituzione;

Visto l'articolo 1, comma 28, lettera c), della legge 20 maggio 2016, n. 76, che delega il Governo all'adozione di modificazioni ed integrazioni normative per il necessario coordinamento con la presente legge delle disposizioni contenute nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti e nei decreti;

Visto il regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, recante approvazione del testo definitivo del codice penale;

Visto il decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 447, recante approvazione del codice di procedura penale;

omissis

Emana
il seguente decreto legislativo:

Art. 1: Modifiche al codice penale

1. Al codice penale, approvato con regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 307, quarto comma, dopo le parole: «il coniuge,» sono inserite le seguenti: «la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso,»;

b) dopo l'articolo 574-bis è inserito il seguente:
«Art. 574-ter. (Costituzione di un'unione civile agli effetti della legge penale). - Agli effetti della legge penale il termine matrimonio si intende riferito anche alla costituzione di un'unione civile tra persone dello stesso sesso. Quando la legge penale considera la qualità di coniuge come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un reato essa si intende riferita anche alla parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso. »;

c) all'articolo 649, primo comma, dopo il numero 1) è inserito il seguente: «1-bis. della parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso;»;

d) all'articolo 649, secondo comma, dopo le parole: «del coniuge legalmente separato» sono inserite le seguenti: «o della parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, nel caso in cui sia stata manifestata la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile e non sia intervenuto lo scioglimento della stessa».

Art. 2: Modifiche al codice di procedura penale

1. All'articolo 199, comma 3, del codice di procedura penale, approvato con il decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 447, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al secondo periodo, dopo le parole: «convivenza coniugale» sono inserite le seguenti: «o derivante da un'unione civile tra persone dello stesso sesso»;

b) alla lettera c) le parole: «cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto con l'imputato» sono sostituite dalle seguenti: «cessazione degli effetti civili del matrimonio o dell'unione civile tra persone dello stesso sesso contratti con l'imputato».

omissis

Decreto Legislativo 19 gennaio 2017, n. 7, *Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera b), della legge 20 maggio 2016, n. 76*

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

Visti gli articoli 76 e 87, quinto comma, della Costituzione;

Visto l'articolo 1, comma 28, lettera b), della legge 20 maggio 2016, n. 76, che delega il Governo all'adozione di disposizioni di modifica e riordino delle norme di diritto internazionale privato in materia di unioni civili tra persone dello stesso sesso;

Visto il regolamento 2009/4/CE del Consiglio del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari;

Visto il regolamento n. 1259/2010/UE del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo ad una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale;

Visto il regolamento 2016/1104/UE del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate;

Vista la legge 31 maggio 1995, n. 218, recante riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato;

omissis

Emana
il seguente decreto legislativo:

Art. 1: Modifiche alla legge 31 maggio 1995, n. 218

1. Alla legge 31 maggio 1995, n. 218, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) dopo l'articolo 32 sono inseriti i seguenti articoli:

«Art. 32-bis. (Matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani dello stesso sesso). - 1. Il matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana.

Art. 32-ter. (Unione civile tra persone maggiorenni dello stesso sesso). - 1. La capacità e le altre condizioni per costituire unione civile sono regolate dalla legge nazionale di ciascuna parte al momento della costituzione dell'unione civile. Se la legge applicabile non ammette l'unione civile tra persone maggiorenni dello stesso sesso si applica la legge italiana. Le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 4, della legge 20 maggio 2016, n. 76, sono di applicazione necessaria. 2. Ai fini del nulla osta di cui all'articolo 116, primo comma, del codice civile, non rilevano gli impedimenti relativi al sesso delle parti. Qualora la produzione del nulla osta sia preclusa in ragione del mancato riconoscimento, secondo la legge dello Stato di cui lo straniero è cittadino, dell'unione civile tra persone dello stesso sesso o di analogo istituto, il nulla osta è sostituito da un certificato o altro atto comunque idoneo ad attestare la libertà di stato, ovvero da dichiarazione sostitutiva ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. Resta salva la libertà di stato accertata o acquisita per effetto di un giudicato italiano o riconosciuto in Italia. 3. L'unione civile è valida, quanto alla forma, se è considerata tale dalla legge del luogo di costituzione o dalla legge nazionale di almeno una delle parti o dalla legge

dello Stato di comune residenza al momento della costituzione. 4. I rapporti personali e patrimoniali tra le parti sono regolati dalla legge dello Stato davanti alle cui autorità l'unione è stata costituita. A richiesta di una delle parti il giudice può disporre l'applicazione della legge dello Stato nel quale la vita comune è prevalentemente localizzata. Le parti possono convenire per iscritto che i loro rapporti patrimoniali sono regolati dalla legge dello Stato di cui almeno una di esse è cittadina o nel quale almeno una di esse risiede. 5. Alle obbligazioni alimentari si applica l'articolo 45.

Art. 32-quater. (Scioglimento dell'unione civile). - 1. In materia di scioglimento dell'unione civile la giurisdizione italiana sussiste, oltre che nei casi previsti dagli articoli 3 e 9, anche quando una delle parti è cittadina italiana o l'unione è stata costituita in Italia. I medesimi titoli di giurisdizione si applicano anche in materia di nullità o di annullamento dell'unione civile. 2. Lo scioglimento dell'unione civile è regolato dalla legge applicabile al divorzio in conformità al regolamento n. 1259/2010/UE del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo ad una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale.

Art. 32-quinquies. (Unione civile costituita all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso). - 1. L'unione civile, o altro istituto analogo, costituiti all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso abitualmente residenti in Italia produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana.»;

b) l'articolo 45 è sostituito dal seguente:

«Art. 45. (Obbligazioni alimentari nella famiglia). - 1. Le obbligazioni alimentari nella famiglia sono regolate dalla legge designata dal regolamento 2009/4/CE del Consiglio del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, e successive modificazioni.».

omissis

Italia, Decreto del Ministro dell'Interno 27 Febbraio 2017

IL MINISTRO DELL'INTERNO

omissis

Art. 2: Frontespizio e fogli dei registri di unioni civili

1. Il frontespizio dei registri di unioni civili è conforme, per la parte seconda, al modulo di cui all'Allegato 1 al presente decreto. Nella parte prima, il foglio dell'atto di costituzione dell'unione civile è conforme al modulo di cui al successivo Allegato 2.

omissis

Art. 3: Approvazione delle formule per la redazione degli atti dello stato civile in materia di unioni civili tra persone dello stesso sesso

1. Agli Allegati "A" e "B" del decreto del Ministro dell'Interno in data 5 aprile 2002 sono apportate le modifiche di cui, rispettivamente, agli Allegati 5 e 6 del presente decreto.

omissis

Allegato 2

ATTI DI UNIONE CIVILE - Parte 1	
L'anno ..... addì ..... del mese di ..... alle ore ..... e minuti ..... nella casa comunale di ..... in una sala aperta al pubblico. Avanti di me, ..., Ufficiale dello stato civile del Comune di ..... (1), vestito in forma ufficiale, sono personalmente comparsi ..... (2) e ..... (2), i quali mi hanno reso la dichiarazione di voler costituire l'unione civile tra di loro e, a questo effetto, mi hanno presentato i... document... sotto descritt... che, munit... del mio visto, inserisco nel volume degli allegati a questo registro, insieme con quelli già prodotti all'atto della richiesta di costituzione, Dall'esame di tutti gli anzidetti documenti risultandomi nulla ostare alla costituzione dell'unione, ho letto alle persone da unire civilmente i commi 11 e 12 dell'articolo 1 della legge 20 maggio 2016, n. 76, quindi ho domandato a ciascuna delle due persone da unire civilmente se intende unirsi civilmente con l'altro, ed avendomi ciascuno risposto affermativamente a piena intelligenza anche dei testimoni sottoindicati, ha dichiarato che è costituita l'unione civile tra i medesimi. A quest'atto sono stati presenti quali testimoni: ..... (2) e ..... (2) I document... presentat... (3) *omissis* Il presente atto, al quale allego il verbale della richiesta, viene letto ai dichiaranti i quali, insieme con me ed i testimoni, lo sottoscrivono. *omissis* L'UFFICIALE DELLO STATO CIVILE.....	**Numero.....** *omissis*

omissis

Allegato 5

omissis

Sezione III - Richiami di cui al n. 5 del modulo dell'atto di costituzione di unione civile tra persone dello stesso sesso

FORM. 73-quinquies
Caso in cui le persone da unire civilmente, contemporaneamente alla costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, dichiarano di scegliere il cognome comune a norma dell'art. 1, comma 10, della legge 20 maggio 2016, n. 76 (art. 70-quaterdecies, comma 2, del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396).

Inserire le parole: "Le persone da unire civilmente, alla presenza degli stessi testimoni, mi dichiarano anche di volere assumere per l'intera durata dell'unione civile tra loro, scegliendolo tra i loro cognomi, il seguente cognome comune: ..... (*indicare il cognome di una delle persone da unire civilmente e se lo stesso sia anteposto o posposto al cognome dell'altra*)".

omissis

b) al Titolo II, dopo il Capo IV è inserito il seguente:

"Capo IV-bis - Atti di unione civile

omissis

FORM. 121.4
Unione civile tra persone dello stesso sesso di cui all'art. 70-octies, comma 5, del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (art. 394-bis, comma 2, lett. d, del r.d. 9 luglio 1939, n. 1238 e artt. 63, comma 1, lett. a e 70-octies, comma 5, del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396).

Oggi .... alle ore .... e minuti .... io sottoscritto Ufficiale dello stato civile del Comune di ...., ... (*indicare se nella funzione di sindaco o di chi lo sostituisce o per delega avuta*), ho ricevuto comunicazione della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso di ..... (*indicare l'autorità che ha emesso il provvedimento*), n. ....., in data .... In esecuzione dell'ordine contenuto nella summenzionata sentenza procedo ad iscrivere nei registri di questo Ufficio l'unione civile tra:

1) ..... (*nome e cognome della persona unite civilmente*) nato (a) in .... il ...., cittadino (a) ...., residente in ..., la cui attribuzione di sesso è stata rettificata da .... (*indicare se genere maschile o femminile*) in ... (*indicare il genere rettificato*);

2) ..... (*nome e cognome della persona unite civilmente*) nato (a) in .... il ...., cittadino (a) ...., residente in ....;

il cui matrimonio tra gli stessi fu celebrato (*oppure:* il cui atto di matrimonio, avvenuto tra gli stessi, fu trascritto) presso questo Comune.

La summenzionata sentenza che, munita del mio visto, inserisco nel volume degli allegati a questo registro, è del seguente tenore: "....".

(*Segue la firma dell'ufficiale dello stato civile*)".

c) al Titolo II, dopo il Capo V-bis è inserito il seguente:
"Capo V-Ter - Accordi e manifestazioni della volontà di scioglimento dell'unione civile tra persone dello stesso sesso e scelta del cognome comune

FORM. 121-octies
Accordo di scioglimento degli uniti civilmente ai sensi dell'art. 1, commi 24 e 25, della legge 20 maggio 2016, n. 76, dell'art. 12, D.L. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162 (art. 63, comma 1, lett. g-quater, del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396).

Oggi .... avanti a me ....., Ufficiale dello stato civile del Comune di ....., ... (*indicare se nella funzione di sindaco o di chi lo sostituisce o per delega avuta*), sono comparsi gli uniti civilmente .... (*indicare le complete generalità del primo unito civilmente*), con l'assistenza dell'avvocato .... (*indicare le generalità dell'avvocato, se presente per assistere la parte*), e .... (*indicare le complete generalità del secondo unito civilmente*)), con l'assistenza dell'avvocato .... (*indicare le generalità dell'avvocato, se presente per assistere la parte, anche se è lo stesso dell'altra parte*), i quali mi dichiarano:

- di avere costituito l'unione civile tra loro in data ...., in ....., dinanzi a ....., di cui all'atto iscritto/trascritto nei registri dello stato civile del Comune di ...., n...., parte ...., anno .....);

- di essere/non essere parti in giudizio pendente, concernente lo scioglimento dell'unione civile tra gli stessi (*in caso affermativo, indicare l'autorità giudiziaria*);

- di non concordare tra di loro alcun patto di trasferimento patrimoniale;

- di volere lo scioglimento dell'unione civile tra loro.

A tal fine mi hanno prodotto i seguenti documenti (*elencarli*) che, muniti del mio visto, inserisco nel volume degli allegati a questo registro. Ho invitato le parti a comparire nuovamente davanti a questo Ufficio per la conferma dell'accordo nel giorno ..... (*indicare una data inferiore a trenta giorni da quella dell'accordo*) e li ho informati che la mancata comparazione equivale a mancata conferma dell'accordo.

Il presente atto viene letto ai dichiarante i quali, insieme con me e con gli avvocato presenti per assisterli, lo sottoscrivono.

omissis

FORM. 121-undecies

Manifestazione di volontà di scioglimento dell'unione civile tra persone dello stesso sesso di una sola parte a norma dell'art. 1, commi 24, della legge 20 maggio 2016, n. 76, previamente comunicata all'altra parte (art. 63, comma 1, lett. g-quinquies, del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396).

Oggi .... avanti a me ......, Ufficiale dello stato civile del Comune di ...., ... (*indicare se nella funzione di sindaco o di chi lo sostituisce o per delega avuta*), è comparso l'unito civilmente ... ... (*indicare le complete generalità del citato unito civilmente*), il quale mi dichiara di volere sciogliere l'unione civile, costituita innanzi a questo ufficio con .... (*indicare le complete generalità del secondo unito civilmente*) in data ...., di cui all'altro iscritto al n ...., parte ...., ... anno ......

Il dichiarante mi dichiara altresì che all'altra parte dell'unione civile egli ha previamente comunicato la manifestazione di volontà di scioglimento dell'unione mediante invio di lettera raccomandata con avviso di ricevimento in data .... (*oppure:* con la seguente forma di comunicazione parimenti idonea rispetto alla raccomandata con avviso di ricevimento: ....., e relativo documento attestante il ricevimento avvenuto in data ....) indirizzata alla residenza anagrafica della parte stessa (*oppure: all'ultimo indirizzo noto della parte stessa*).

A tal fine mi ha prodotto l'avviso di ricevimento in data .... della summenzionata raccomandata (*oppure:* il documento comprovante il ricevimento in data .... della summenzionata comunicazione) ed i seguenti ulteriori documenti: (*elencarli, ove prodotti*) che, muniti del mio visto, inserisco nel volume degli allegati a questo registro.

Il presente atto vien letto al dichiarante il quale, insieme con me, lo sottoscrive.

omissis

Osservatorio decisioni

Corte europea dei diritti umani, decisione del 30 giugno 2016, *Taddeucci e McCall c. Italia*

RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE – DIRITTO AL RISPETTO PER LA VITA FAMILIARE – DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE – DISCRIMINAZIONE INDIRETTA – SUSSISTENZA

Negare il ricongiungimento familiare alle sole coppie dello stesso sesso, indipendentemente dal trattamento riservato alle coppie conviventi eterosessuali, rappresenta una discriminazione indiretta basata sull'orientamento sessuale nel godimento del diritto al rispetto per la vita familiare che richiede dallo Stato convenuto una giustificazione particolarmente seria; in assenza di siffatte ragioni, l'Italia ha violato l'art. 14 Cedu, letto in combinato disposto con l'art. 8.

Riferimenti normativi: Artt. 8 e 14 Cedu.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPEENE DES DROITS DE L'HOMME

PREMIERE SECTION

omissis

En fait

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

7. M. Taddeucci (« le premier requérant ») est né en 1965. M. McCall (« le deuxième requérant ») est né en 1958. Ils résident à Amsterdam.

A. La demande de permis de séjour pour raison familiale du deuxième requérant

8. Les requérants forment un couple homosexuel depuis 1999. Ils ont résidé en Nouvelle-Zélande, avec le statut de couple non marié, jusqu'en décembre 2003, date à laquelle ils décidèrent de s'installer en Italie en raison de la précarité de l'état de santé du premier requérant.

9. Pendant leur première période de résidence en Italie, le deuxième requérant bénéficia d'une carte de séjour temporaire pour étudiant. Il demanda par la suite l'octroi d'un permis de séjour pour raison familiale, en vertu du décret législatif no 286 du 25 juillet 1998 (paragraphes 26 28 ci-dessous).

10. Le 18 octobre 2004, le chef de la police de Livourne rejeta sa demande au motif que les critères prévus par la loi n'étaient pas remplis.

B. La procédure civile de première instance

11. Le 27 janvier 2005, les requérants introduisirent un recours sur le fondement du décret législatif no 286 de 1998. Ils demandaient l'octroi au deuxième requérant d'un permis de séjour pour raison familiale.

12. Par un jugement du 4 juillet 2005, le tribunal civil de Florence accueillit le recours des requérants.

13. Le tribunal releva que les demandeurs étaient reconnus en Nouvelle Zélande en tant que couple, le premier requérant ayant bénéficié dans ce pays d'un permis de séjour pour raison familiale en sa qualité de

partenaire non marié. Selon le tribunal, le statut de couple non marié des requérants n'était pas contraire à l'ordre public italien, les couples de facto bénéficiant d'une reconnaissance sociale et juridique dans le système italien. De l'avis du tribunal, l'article 30 du décret législatif no 286 de 1998 (paragraphe 27 ci-dessous) devait être lu de manière conforme aux principes établis par la Constitution, ce qui amenait à considérer le concubin du même sexe comme étant un « membre de la famille » du ressortissant italien et donc comme disposant du droit à obtenir un permis de séjour.

14. Selon le tribunal, le droit revendiqué par le deuxième requérant découlait également des articles 3 et 10 de la directive no 2004/38/CE du 29 mai 2004 du Parlement européen et du Conseil (paragraphe 29 ci dessous), reconnaissant au partenaire d'un citoyen de l'Union européenne (UE) le droit à obtenir un permis de séjour dès lors que l'existence d'une relation durable était prouvée.

C. L'appel formé par le ministre des Affaires intérieures

15. Le ministre des Affaires intérieures interjeta appel du jugement du tribunal de Florence.

16. Par un arrêt du 12 mai 2006, la cour d'appel de Florence fit droit à cet appel. Elle indiqua que les autorités néo-zélandaises avaient reconnu aux requérants le statut de « partenaires concubins non mariés » et non pas celui de « membres de la même famille ».

17. D'une part, selon la cour d'appel, une lecture du décret législatif no 286 de 1998 telle que préconisée par le tribunal, amenant à considérer le « concubin » comme un « membre de la famille », n'était pas compatible avec le système juridique italien, lequel, d'après lui, donnait à ces deux concepts juridiques des portées et des significations différentes. D'autre part, la cour d'appel rappela que la Cour constitutionnelle avait affirmé à maintes reprises qu'une relation fondée sur la simple cohabitation, dépourvue de stabilité et de certitude juridique, ne pouvait en aucun cas être assimilée à la famille légitime fondée sur le mariage.

18. La cour d'appel estima que la loi néo-zélandaise ne cadrait pas avec l'ordre public italien aux motifs tout d'abord qu'elle considérait comme « concubins » des personnes de même sexe et que, qui plus est, elle pouvait être interprétée comme conférant à ces personnes la qualité de « membres de la famille » aux fins de l'octroi à celles-ci du permis de séjour. Enfin, elle ajouta que ni le droit européen, notamment la directive no 2004/38/CE (paragraphe 29 ci-dessous), ni les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme n'obligeaient les États à reconnaître les relations entre personnes de même sexe.

D. Le pourvoi en cassation des requérants

19. Les requérants se pourvurent en cassation.

20. Par un arrêt du 30 septembre 2008, dont le texte fut déposé au greffe le 17 mars 2009, la Cour de cassation débouta les requérants de leur pourvoi.

21. La Cour de cassation exposa d'abord que, aux termes de l'article 29 du décret législatif no 286 de 1998 (paragraphe 28 ci-dessous), la notion de « membre de la famille » ne comprenait que les époux, les enfants mineurs, les enfants majeurs qui n'étaient pas autonomes pour raisons de santé et les parents à charge ne disposant pas de soutien adéquat dans leur pays d'origine. Elle indiqua que, en outre, la Cour constitutionnelle ayant exclu la possibilité d'élargir aux concubins la protection reconnue aux membres de la famille légitime, la Constitution n'imposait pas une interprétation extensive de l'article 29 précité.

22. La Cour de cassation estima ensuite qu'une telle interprétation ne découlait pas non plus des articles 8 et 12 de la Convention. En effet, selon elle, ces dispositions laissaient aux États une large marge d'appréciation quant au choix des modalités d'exercice des droits qu'elles garantissaient, et ce notamment en matière de gestion de l'immigration. La Cour de cassation ajouta par ailleurs qu'il n'y avait en l'espèce aucune discrimination fondée sur l'orientation sexuelle des requérants. Elle observa à cet égard que l'exclusion des partenaires non mariés du droit à obtenir un permis de séjour pour raison familiale concernait tant les partenaires de même sexe que les couples de sexe opposé.

23. Enfin, elle jugea que la directive européenne no 2004/38/CE (paragraphe 29 ci-dessus), qui avait trait à la libre circulation des citoyens de l'UE sur le territoire d'États membres autres que leur État d'origine, ne trouvait pas à s'appliquer au cas d'espèce, au motif que celui-ci concernait le regroupement familial avec un ressortissant italien résidant dans son propre pays.

E. Le mariage des requérants

24. Ayant pris connaissance du texte de l'arrêt de la Cour de cassation, les requérants quittèrent l'Italie en juillet 2009. Ils s'installèrent aux Pays Bas, où, le 25 août 2009, le deuxième requérant obtint un permis de séjour d'une durée de cinq ans en tant que partenaire de facto engagé dans une relation durable avec un ressortissant de l'UE.

25. Le 8 mai 2010, les requérants se marièrent à Amsterdam. Ils ont précisé qu'ils ont choisi de se marier

pour des raisons personnelles et non pas pour obtenir un permis de séjour, les autorités néerlandaises en ayant déjà délivré un au deuxième requérant. Ils ont ajouté que le mariage contracté aux Pays-Bas ne leur permettait pas de vivre ensemble en Italie. Le 22 août 2014, le deuxième requérant obtint un deuxième permis de séjour aux Pays-Bas, valable pour une durée de cinq ans, soit jusqu'au 22 août 2019.

omissis

En droit

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 8

35. Les requérants allèguent que le refus d'octroyer au deuxième requérant un permis de séjour pour raison familiale s'analyse en une discrimination fondée sur leur orientation sexuelle. Ils invoquent à cet égard l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 de celle-ci.

omissis

B. Sur le fond

1. Sur l'applicabilité de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8

omissis

b) Appréciation de la Cour

53. La Cour rappelle que l'article 14 de la Convention complète les autres clauses normatives de la Convention et de ses Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante, puisqu'il vaut uniquement pour « la jouissance des droits et libertés » qu'elles garantissent. Certes, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, il possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins desdites clauses (*E.B. c. France* [GC], no 43546/02, § 47, 22 janvier 2008, *Vallianatos et autres c. Grèce* [GC], nos 29381/09 et 32684/09, § 72, CEDH 2013, et *Hämäläinen c. Finlande* [GC], no 37359/09, § 107, CEDH 2014).

54. En l'espèce, les requérants allèguent que le rejet de la demande du deuxième requérant visant à l'obtention d'un permis de séjour pour raison familiale a fait obstacle à leur souhait de continuer à vivre ensemble en Italie. La Cour doit donc déterminer si ces faits tombent dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention.

55. À cet égard, elle rappelle que, suivant un principe de droit international bien établi, les États peuvent, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, contrôler l'entrée et le séjour des non nationaux sur leur sol. La Convention ne garantit pas le droit pour un étranger d'entrer ou de résider dans un pays particulier (voir, par exemple, *Nunez c. Norvège*, no 55597/09, § 66, 28 juin 2011). Le corollaire du droit pour les États de contrôler l'immigration est que les étrangers – et donc, en l'espèce, le deuxième requérant – ont l'obligation de se soumettre aux contrôles et aux procédures d'immigration et de quitter le territoire de l'État contractant concerné lorsqu'ils en reçoivent l'ordre si l'entrée ou le séjour sur ce territoire leur sont valablement refusés (*Jeunesse c. Pays-Bas* [GC], no 12738/10, § 100, 3 octobre 2014).

56. L'article 8 de la Convention ne saurait s'interpréter comme comportant pour un État contractant une obligation générale de respecter le choix, par une famille, de son domicile commun et d'accepter l'installation de conjoints non nationaux dans le pays ou d'autoriser le regroupement familial sur son territoire (*Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 68, série A no 94, *Bouhadef c. Suisse* (déc.), no 14022/02, 12 novembre 2002, *Kumar et Seewoochurn c. France* (déc.), nos 1892/06 et 1908/06, 17 juin 2008, et *Baltaji c. Bulgarie*, no 12919/04, § 30, 12 juillet 2011). Néanmoins, les décisions prises par les États en matière d'immigration peuvent, dans certains cas, constituer une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale protégé par l'article 8 de la Convention notamment lorsque les intéressés ont, dans l'État d'accueil, des liens personnels ou familiaux suffisamment forts qui risquent d'être gravement compromis en cas d'application de la mesure en question (voir, par exemple, *Moustaquim c. Belgique*, 18 février 1991, § 36, série A no 193, *Dalia c. France*, 19 février 1998, § 52, Recueil des arrêts et décisions 1998-I, et *Hamidovic c. Italie*, no 31956/05, § 37, 4 décembre 2012).

57. En l'espèce, la Cour note que les requérants, qui forment un couple homosexuel depuis 1999, se sont installés en Italie en décembre 2003 (paragraphe 8 ci-dessus). Le deuxième requérant a pu initialement y résider grâce à une carte de séjour temporaire pour étudiant (paragraphe 9 ci-dessus). Lorsque, le 18 octobre 2004, le chef de la police de Livourne a refusé de lui octroyer un permis de séjour pour raison familiale (paragraphe 10 ci-dessus), les requérants cohabitaient déjà en Italie depuis environ dix mois.

58. La Cour rappelle que, dans son arrêt *Schalk et Kopf* (précité, § 94), elle a jugé qu'il était artificiel de continuer à considérer que, au contraire d'un couple hétérosexuel, un couple homosexuel ne saurait connaître une « vie familiale » aux termes de l'article 8. Elle a donc estimé que la relation qu'entretenaient MM. Schalk et Kopf, un couple homosexuel cohabitant de facto de manière stable, relevait de la notion de « vie familiale » au même titre que celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation (voir également *X et autres c. Autriche* [GC], no 19010/07, § 95, CEDH 2013). Elle ne voit aucune raison de parvenir à des conclusions différentes en ce qui concerne les requérants en la présente affaire.

59. Elle relève de surcroît que le Gouvernement ne conteste pas que le refus d'octroyer au deuxième requérant un permis de séjour, refus qui a été confirmé par la Cour de cassation, a impliqué pour l'intéressé l'obligation légale de quitter l'Italie (paragraphe 48 ci-dessus). Cette circonstance a donc empêché les intéressés de continuer à vivre ensemble dans ce pays. Elle a ainsi constitué une ingérence dans l'un des éléments essentiels de leur « vie familiale » telle qu'ils avaient souhaité l'organiser et donc dans leur droit au respect de celle-ci tel que garanti par l'article 8 de la Convention.

60. Pour ce qui est de l'argument du Gouvernement selon lequel les articles 8 et 14 de la Convention ne trouvent pas à s'appliquer en raison de l'absence, tant en droit italien qu'en droit de l'UE, des conditions légales requises pour la reconnaissance au deuxième requérant du statut de « membre de la famille » (paragraphes 44 à 47 ci-dessus), la Cour observe que l'existence éventuelle d'une base légale justifiant le refus d'octroyer le permis de séjour n'implique pas forcément qu'il n'y a pas eu ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale des intéressés. Cette base légale ne permet pas non plus à l'État défendeur de décliner toute responsabilité au regard de la Convention (voir, par exemple et mutatis mutandis, *Thlimmenos c. Grèce* [GC], no 34369/97, § 48, CEDH 2000-IV).

61. Quant à la durée de l'ingérence litigieuse, la Cour relève qu'elle a débuté le 18 octobre 2004, date du premier rejet de la demande de permis de séjour (paragraphe 10 ci-dessus), et qu'elle a pris fin au plus tard en juillet 2009, lorsque, à la suite du dépôt au greffe, le 17 mars 2009, de l'arrêt définitif de la Cour de cassation déboutant les requérants de leur pourvoi, ces derniers ont décidé de quitter l'Italie et de s'installer aux Pays-Bas (paragraphe 24 ci-dessus). Cette ingérence a donc duré quatre ans et neuf mois environ.

62. La Cour ayant ainsi délimité la période à prendre en considération en l'espèce, toute spéculation visant à établir si des circonstances survenues après juillet 2009 auraient ouvert au deuxième requérant la possibilité d'obtenir le permis de séjour litigieux est ainsi inutile. La Cour n'estime donc pas nécessaire de se pencher sur la question de savoir si, en vertu du mariage contracté à Amsterdam le 8 mai 2010 (paragraphe 25 ci-dessus), le deuxième requérant pourrait bénéficier de la jurisprudence italienne, citée au paragraphe 52 ci-dessus, tendant à reconnaître le droit au permis de séjour pour raison familiale à des ressortissants extracommunautaires formant des couples homosexuels avec des citoyens italiens sur la base de mariages conclus dans des pays de l'UE autres que l'Italie, ou encore si ce même droit pourrait surgir de la transposition en droit italien, par la loi no 97 du 6 août 2013, de l'article 3 § 1 de la directive européenne no 2004/38/CE prévoyant que l'État d'accueil doit favoriser le séjour, entre autres, du « partenaire avec lequel le citoyen de l'[UE] a une relation durable, dûment attestée » (paragraphes 29-30, 45 et 51 ci-dessus).

63. Il s'ensuit que les faits du litige, étant avérés entre le 18 octobre 2004 et juillet 2009, tombent sous l'empire de l'article 8 de la Convention et que l'article 14, combiné avec cette disposition, trouve à s'appliquer.

2. *Sur l'observation de l'article 14 combiné avec l'article 8*

omissis

b) Appréciation de la Cour

i. Sur le point de savoir s'il y a eu différence de traitement entre des personnes se trouvant dans des situations similaires ou traitement égal de personnes se trouvant dans des situations sensiblement différentes

81. Selon la jurisprudence bien établie de la Cour, une question ne peut se poser au regard de l'article 14 que lorsqu'il existe une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations comparables (*Hämäläinen*, précité, § 108), ou lorsque les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes (*Thlimmenos*, précité, § 44 in fine). À ce dernier égard, la Cour rappelle que l'article 14 n'interdit pas à un État membre de traiter des groupes de manière

différenciée pour corriger des « inégalités factuelles » entre eux ; de fait, dans certaines circonstances, l'absence d'un traitement différencié pour corriger une inégalité peut en soi emporter violation de la disposition en cause (*Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique (fond)*, 23 juillet 1968, § 10, série A no 6, *Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], nos 65731/01 et 65900/01, § 51, CEDH 2006 VI, et *Muňoz Diaz c. Espagne*, no 49151/07, § 48, CEDH 2009). De plus, la Cour a déjà admis qu'une politique ou une mesure générale qui ont des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes peuvent être considérées comme discriminatoires même si elles ne visent pas spécifiquement ce groupe et s'il n'y a pas d'intention discriminatoire. Une telle situation s'analyse en une « discrimination indirecte ». Il n'en va toutefois ainsi que si cette politique ou cette mesure manquent de justification « objective et raisonnable » (voir, entre autres, *Baio c. Danemark* [GC], no 38590/10, § 91, 26 mai 2016 ; *S.A.S. c. France* [GC], no 43835/11, § 161, CEDH 2014 (extraits) ; *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], no 57325/00, § 184, CEDH 2007-IV ; et *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, no 24746/94, § 154, 4 mai 2001).

82. En l'espèce, aux yeux de la Cour, il n'apparaît pas que les requérants, un couple homosexuel non marié, aient été traités différemment d'un couple hétérosexuel non marié. La qualité de « membre de la famille » étant reconnue par le droit interne seulement à l'« époux », et non au concubin (paragraphes 27-28 ci-dessus), il est raisonnable de penser que, à l'instar du deuxième requérant, un partenaire hétérosexuel non ressortissant de l'UE aurait pu lui aussi se voir refuser un permis de séjour pour raison familiale en Italie. En effet, comme la Cour de cassation l'a souligné (paragraphe 22 ci-dessus), l'exclusion des partenaires non mariés du droit à obtenir le permis en question concernait tant les couples de même sexe que ceux de sexe opposé. Les requérants ne le contestent d'ailleurs pas.

83. Cela dit, la situation des requérants ne saurait cependant être considérée comme analogue à celle d'un couple hétérosexuel non marié. À la différence de ce dernier, les intéressés n'ont pas, en Italie, la possibilité de se marier. Ils ne peuvent donc pas être qualifiés d'« époux » selon le droit national. Dès lors, une interprétation restrictive de la notion de « membre de la famille » ne constitue un obstacle insurmontable à l'octroi du permis de séjour pour raison familiale que pour les couples homosexuels. Ces derniers ne pouvaient pas non plus obtenir un mode de reconnaissance juridique autre que le mariage, étant donné qu'à l'époque des faits, e système juridique italien ne prévoyait pas, pour les couples homosexuels ou hétérosexuels engagés dans une relation stable, la possibilité d'avoir accès à une union civile ou à un partenariat enregistré attestant leur statut et leur garantissant certains droits essentiels. Par ailleurs, la Cour rappelle avoir indiqué dans son arrêt *Oliari et autres* (précité, § 170) que, en dépit des développements de la jurisprudence interne en la matière (exposés par les parties dans la présente affaire – paragraphes 64, 66 et 69 ci-dessus), la situation des couples de même sexe en Italie demeurait incertaine dans certains domaines. En tout état de cause, la Cour observe que le Gouvernement n'a pas soutenu que les développements en question allaient jusqu'à reconnaître, en matière d'immigration, un statut analogue à celui de l'« époux » aux membres d'une relation homosexuelle stable et durable.

84. La Cour note également que les requérants avaient obtenu le statut de couple non marié en Nouvelle-Zélande (paragraphe 8 ci-dessus) et que, une fois installés dans un État reconnaissant le droit au mariage entre personnes de même sexe (les Pays-Bas), ils ont décidé de se marier (paragraphe 25 ci-dessus). Dès lors, leur situation ne saurait pas non plus être comparée à celle d'un couple hétérosexuel qui, pour des raisons d'ordre personnel, ne souhaite pas s'engager dans un mariage ou dans une union civile.

85. L'ensemble des considérations qui précèdent amènent la Cour à conclure que les requérants, un couple homosexuel, ont été traités, en ce qui concerne l'octroi d'un permis de séjour pour raison familiale, de la même façon que des personnes se trouvant dans une situation sensiblement différente de la leur – à savoir des partenaires hétérosexuels ayant décidé de ne pas régulariser leur situation.

86. l reste à établir si le fait ne pas avoir appliqué un traitement différencié en l'espèce pouvait se justifier sous l'angle de l'article 14 de la Convention.

ii. Sur le point de savoir s'il existait une justification objective et raisonnable

α) Principes généraux

87. La Cour rappelle qu'une différence de traitement de situations analogues ou un traitement comparable de situations différentes sont discriminatoires s'ils ne reposent pas sur une justification objective et raisonnable, c'est-à-dire s'ils ne poursuivent pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (voir, mutatis mutandis, *Hämäläinen*, précité, § 108). De plus, l'interdiction de discrimination consacrée par l'article 14 de la Convention n'a de sens que si, dans chaque cas particulier, la situation personnelle du requérant par rapport aux critères énumérés dans cette disposition est prise en compte telle quelle. Une approche contraire viderait l'article 14 de sa substance (*Andrejeva c. Lettonie* [GC], no 55707/00, § 91, CEDH 2009).

88. Les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle

mesure des distinctions de traitement se justifient (voir, mutatis mutandis, *Burden c. Royaume-Uni* [GC], no 13378/05, § 60, CEDH 2008, et *Schalk et Kopf*, précité, § 96). L'étendue de cette marge varie selon les circonstances, le domaine et le contexte ; la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard (*Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, § 38, Recueil 1998 II, et *Hämäläinen*, précité, § 109).

89. La Cour rappelle encore que l'orientation sexuelle relève du champ d'application de l'article 14. Elle a maintes fois déclaré que, comme les différences fondées sur le sexe, celles fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des motifs impérieux ou, autre formule parfois utilisée, par des « raisons particulièrement solides et convaincantes » (*X et autres c. Autriche*, précité, § 99 ; voir, par exemple, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, nos 33985/96 et 33986/96, § 90, CEDH 1999 VI, *Lustig Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, nos 31417/96 et 32377/96, § 82, 27 septembre 1999, *L. et V. c. Autriche*, nos 39392/98 et 39829/98, § 45, CEDH 2003 I, *E.B. c. France*, précité, § 91, *Karner*, précité § 37, et Vallianatos et autres, précité, § 77), notamment lorsqu'il s'agit de droits tombant sous l'empire de l'article 8. Les différences motivées uniquement par des considérations tenant à l'orientation sexuelle sont inacceptables au regard de la Convention (*Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, no 33290/96, § 36, CEDH 1999 IX, *E.B. c. France*, précité, §§ 93 et 96, et *X et autres c. Autriche*, précité, § 99).

90. Enfin, en ce qui concerne la charge de la preuve sur le terrain de l'article 14 de la Convention, la Cour considère que, lorsqu'un requérant a établi l'existence d'un traitement comparable de situations sensiblement différentes, il incombe au Gouvernement de démontrer que cette approche était justifiée (voir, mutatis mutandis, *D.H. et autres*, précité, § 177).

β) *Application de ces principes en l'espèce*

91. La Cour doit donc d'abord déterminer si, dans le cadre de la procédure visant à l'obtention du permis de séjour pour raison familiale, le fait de n'avoir pas traité les requérants différemment des couples hétérosexuels n'ayant pas régularisé leur situation poursuivait un but légitime. Dans l'affirmative, elle vérifiera s'il existait un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but recherché (voir, mutatis mutandis, *Thlimmenos*, précité, § 46).

92. La Cour observe que, pour justifier le traitement analogue des couples homosexuels et hétérosexuels non mariés en matière d'octroi du permis de séjour pour raison familiale, le Gouvernement invoque, en substance, la marge d'appréciation dont jouissent les États pour protéger la famille traditionnelle et pour décider si les couples homosexuels doivent avoir accès à des unions civiles ou à des partenariats enregistrés, ainsi que pour déterminer la nature exacte du statut conféré (paragraphes 43, 45, 46, 47 et 65 ci-dessus).

93. Bien que la protection de la famille traditionnelle puisse, dans certaines circonstances, constituer un but légitime au regard de l'article 14, la Cour considère que, dans le domaine concerné, à savoir l'octroi d'un permis de séjour pour raison familiale à un partenaire étranger homosexuel, elle ne saurait constituer une raison « particulièrement solide et convaincante » de nature à justifier, dans les circonstances de l'espèce, une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (voir, *mutatis mutandis*, *Vallianatos et autres*, précité, § 92).

94. La Cour souligne qu'en l'espèce, elle n'est pas appelée à examiner in abstracto la question de savoir si l'État italien était obligé de prévoir, pour les couples du même sexe, une forme de reconnaissance légale au moment où le deuxième requérant s'est vu refuser le permis de séjour par le chef de la police de Livourne (18 octobre 2004) ou bien lorsque cette décision a été confirmée dans le cadre de la procédure judiciaire successive, clôturée par l'arrêt de la Cour de cassation, déposé au greffe le 17 mars 2009 (voir, *mutatis mutandis*, *Vallianatos et autres*, précité, § 78). Eu égard à la manière où le grief des requérants a été formulé, la Cour se limitera à évaluer si, dans le contexte spécifique du refus d'octroyer un permis de séjour au deuxième requérant, les décisions des autorités italiennes étaient basées sur une justification objective et raisonnable, compte tenu du fait que l'application des dispositions du décret législatif no 286 de 1998 a empêché les requérants de poursuivre leur vie familiale commune et leur relation stable et sérieuse en Italie. Il est vrai que la loi italienne ne traitait pas différemment les couples hétérosexuels non mariés des couples homosexuels (paragraphe 82 ci-dessus), mais limitait la notion de « membres de la famille » aux conjoints hétérosexuels. Cependant, le fait d'appliquer la même règle restrictive découlant du décret législatif no 286 de 1998 aux couples hétérosexuels non régularisés et aux couples homosexuels, dans le seul but de protéger la famille traditionnelle (paragraphe 93 ci-dessus), a soumis les requérants à un traitement discriminatoire. En effet, sans justification objective et raisonnable, l'État italien a omis de les traiter différemment des couples hétérosexuels et de tenir compte de la capacité de ces derniers d'obtenir une reconnaissance légale de leur relation, et donc de satisfaire aux exigences du droit interne aux fins de l'octroi du permis de séjour de famille, une possibilité dont les requérants ne jouissaient pas (*Thlimmenos*, précité, § 44).

95. La Cour observe par ailleurs que c'est précisément l'absence de la possibilité, pour les couples homo-

sexuels, d'avoir accès à une forme de reconnaissance légale qui a placé les requérants dans une situation différente de celle d'un couple hétérosexuel non marié (paragraphe 83 ci-dessus). À supposer même qu'à l'époque litigieuse la Convention n'obligeait pas le Gouvernement à prévoir, pour les personnes du même sexe engagées dans une relation stable et sérieuse, la possibilité de conclure une union civile ou un partenariat enregistré attestant leur statut et leur garantissant certains droits essentiels, ceci ne saurait affecter en rien le constat qu'à la différence d'un couple hétérosexuel, le deuxième requérant ne disposait, en Italie, d'aucun moyen légal pour se voir reconnaître le statut de « membre de la famille » du premier requérant et pour pouvoir dès lors bénéficier d'un permis de séjour pour raison familiale.

96. La Cour note que le Gouvernement n'a pas indiqué d'autres buts légitimes susceptibles de justifier la discrimination dénoncée par les requérants. Partant, elle considère que, dans le cadre de la procédure que les requérants ont engagée aux fins de l'obtention du permis de séjour pour raison familiale, le fait de ne pas avoir traité les intéressés différemment des couples hétérosexuels non mariés, qui seuls avaient accès à une forme de régularisation de leur union, n'avait aucune justification objective et raisonnable. Aux yeux de la Cour, l'interprétation restrictive appliquée au deuxième requérant de la notion de « membre de la famille » n'a pas dûment tenu compte de la situation personnelle des requérants et notamment de l'impossibilité pour eux d'obtenir en Italie un mode de reconnaissance juridique de leur relation (voir, en particulier, la jurisprudence citée au paragraphe 87 ci-dessus).

97. La Cour note également que le Gouvernement n'a contesté ni l'affirmation de l'ICJ, de l'ILGA-Europe et du NELFA selon laquelle il y aurait, au niveau mondial, une « tendance significative » à traiter les partenaires de même sexe comme des « membres de la famille » et à leur reconnaître le droit de vivre ensemble (paragraphe 77 ci-dessus) ni l'analyse de droit comparé qui a conduit l'ECSOL à conclure à l'émergence d'un consensus européen selon lequel, en matière d'immigration, les unions entre personnes de même sexe tendent à être vues comme une « vie familiale » (paragraphe 79 ci-dessus). À cet égard, elle souligne qu'il ressort des « documents européens pertinents » (paragraphes 31 à 34 ci-dessus) que tant le Parlement européen que l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ont jugé problématique une interprétation restrictive, par les États membres, de la notion de « membre de la famille » dans le domaine de l'immigration.

γ) *Conclusion*

98. À la lumière de ce qui précède, la Cour estime qu'à l'époque litigieuse, en décidant de traiter, aux fins de l'octroi du permis de séjour pour raison familiale, les couples homosexuels de la même manière que des couples hétérosexuels n'ayant pas régularisé leur situation, l'État a enfreint le droit des requérants de ne pas subir de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans la jouissance de leurs droits au regard de l'article 8 de la Convention.

99. Il s'ensuit qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. Déclare, à l'unanimité, la requête recevable quant au grief tiré de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 de celle-ci et irrecevable pour le surplus ;
2. Dit, par six voix contre une, qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8;

omissis

Corte europea dei diritti umani, decisione del 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*

GESTAZIONE PER ALTRI – ASSENZA DI LEGAMI BIOLOGICI CON ENTRAMBI I GENITORI INTENZIONALI – DIRITTO AL RISPETTO PER LA VITA PRIVATA – ALLONTANAMENTO MINORE – NON VIOLAZIONE – CORRETTO BILANCIAMENTO TRA INTERESSI PUBBLICI E PRIVATI

Pur costituendo un'interferenza nel godimento del diritto al rispetto per la vita privata protetto dall'art. 8 Cedu, l'allontanamento dai genitori intenzionali di un minore nato all'estero tramite gestazione per altri risulta giustificato quando, data l'assenza di legami biologici con entrambi e il mancato consolidamento di una relazione familiare, gli interessi pubblici in gioco, inclusa la necessità di prevenire la commissione di reati e di tutelare il minore in questione, prevalgono su quelli individuali nell'ambito dell'ampia discrezionalità riconosciuta agli Stati parte della Cedu sulla questione del riconoscimento giuridico della relazione tra minore nato all'estero tramite gestazione per altri e genitori committenti.

Riferimenti normativi: Art. 8 Cedu.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPEENE DES DROITS DE L'HOMME

GRAND CHAMBER

omissis

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

8. The applicants – a married couple – were born in 1967 and 1955 respectively and live in Colletorto.

A. The child's arrival in Italy

9. After trying to have a child and having unsuccessfully resorted to medically assisted reproduction techniques, the applicants put themselves forward as adoptive parents.

10. On 7 December 2006 the applicants obtained official authorisation from the Campobasso Minors Court to adopt a foreign child within the meaning of Law no. 184 of 1983, entitled "The Child's Right to a Family" (hereafter, "the Adoption Act"), subject to the condition that the child's age was to be compatible with the limits foreseen by the Act (see paragraph 63 below). The applicants state that they waited in vain for a child who was eligible for adoption.

11. They subsequently decided to try resorting to assisted reproduction techniques again and to a surrogate mother in Russia. To that end, they contacted a Moscow-based clinic. The first applicant stated that she travelled to Moscow, transporting from Italy the second applicant's seminal fluid, duly conserved, which she handed in at the clinic. A surrogate mother was found and the applicants entered into a gestational surrogacy agreement with the company Rosjurconsulting. After a successful in vitro fertilisation on 19 May 2010, two embryos were implanted in the surrogate mother's womb on 19 June 2010.

12. On 16 February 2011 the Russian clinic certified that the second applicant's seminal fluid had been used for the embryos to be implanted in the surrogate mother's womb.

13. The first applicant travelled to Moscow on 26 February 2011, the clinic having indicated that the child was due to be born at the end of the month.

14. The child was born in Moscow on 27 February 2011. On the same day the surrogate mother gave her written consent to the child being registered as the applicants' son. Her written declaration, bearing the same date and read aloud at the hospital in the presence of her doctor, the chief physician and the head

of the hospital department, is worded as follows (English translation of the original Russian version): "I, the undersigned... have given birth to a boy in the ... maternity hospital in Moscow. The child's parents are an Italian married couple, Giovanni Campanelli, born on ... and Donatina Paradiso, born on..., who expressed in writing their wish to have their embryos implanted in my womb. On the basis of the foregoing and in accordance with section 16(5) of the Federal Law on Civil Status and Article 51(4) of the Family Code, I hereby give my consent for the above couple to be entered in the birth record and the birth certificate as parents of the child to whom I have given birth..."

15. In the days following the child's birth, the first applicant moved with him into a flat in Moscow, rented by her in advance. The second applicant, who had remained in Italy, was able to communicate with her regularly via internet.
16. On 10 March 2011 the applicants were registered as the new-born baby's parents by the Registry Office in Moscow. The Russian birth certificate, which indicated that the applicants were the child's parents, was certified in accordance with the provisions of the Hague Convention of 5 October 1961 Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents.
17. On 29 April 2011 the first applicant went to the Italian Consulate in Moscow, with the birth certificate, in order to obtain the documents that would enable her to return to Italy with the child. The Italian Consulate issued the documents enabling the child to leave for Italy with the first applicant.
18. On 30 April 2011 the first applicant and the child arrived in Italy.
19. In a note of 2 May 2011 – which was not filed in the proceedings before the Court – the Italian Consulate in Moscow informed the Campobasso Minors Court, the Ministry of Foreign Affairs and the Colletorto Prefecture and Municipality that the paperwork in respect of the child's birth contained false information.
20. A few days later the second applicant contacted the Colletorto municipality, requesting that the birth certificate be registered.

B. The reaction of the Italian authorities

21. On 5 May 2011 the prosecutor's office opened criminal proceedings against the applicants, who were suspected of "misrepresentation of civil status" within the meaning of Article 567 of the Criminal Code, of "use of falsified documents" within the meaning of Article 489 of the Criminal Code and of the offence set out in section 72 of the Adoption Act, since they had brought the child to Italy in breach of the procedure provided for by the provisions on international adoption contained therein (see paragraph 67 below).
22. In parallel, on 5 May 2011, the Public Prosecutor's Office at the Campobasso Minors Court requested the opening of proceedings to make the child available for adoption, since he was to be considered as being in a state of abandonment for the purposes of the law. On the same date the Minors Court appointed a guardian ad litem (curatore speciale) and opened proceedings to make the child available for adoption.
23. On 16 May 2011 the Minors Court placed the child under guardianship at the request of the Public Prosecutor. The child's guardian asked the court to suspend the applicants' parental responsibility, in application of section 10 § 3 of the Adoption Act.
24. The applicants challenged the measures in respect of the child.
25. Following a request of the Minors Court on 10 May 2011, the applicants were visited by a team of social workers on 12 May 2011. Their report, dated 18 May 2011, indicated that the applicants were viewed positively and respected by their fellow citizens, and that they had a comfortable income and lived in a nice house. According to the report, the child was in excellent health and his well-being was self-evident, since he was being cared for by the applicants to the highest standards.
26. On 25 May 2011 the first applicant, assisted by her lawyer, was questioned by the Larino carabinieri. She stated that she had travelled to Russia alone in September 2008, transporting her husband's seminal fluid. She stated that she entered into a contract with the company Rosjurconsulting, which had undertaken to find a surrogate mother willing to be implanted with genetic material from the first applicant and her husband through the Vitanova Clinic in Moscow. The applicant explained that this practice was perfectly legal in Russia and had made it possible for her to obtain a birth certificate which identified the applicants as parents. In June or July 2010 the first applicant had been contacted by the Russian company, which informed her that a surrogate mother had been found, and she had given her consent to the medical procedure.
27. On 27 June 2011 the applicants were heard by the Minors Court. The first applicant stated that, after eight unsuccessful attempts at in vitro fertilisation, which had endangered her health, she had resorted to the Russian clinic, since it was possible in that country to use ova from a donor, which were subsequently implanted in the surrogate mother.
28. 28. On 7 July 2011 the court ordered that DNA testing be carried out in order to establish whether the second applicant was the child's biological father.

29. 29. On 11 July 2011 the Ministry of the Interior asked the Registry Office to refuse to enter the particulars of the birth certificate in the civil status register.
30. 30. On 1 August 2011 the second applicant and the child underwent DNA testing. The result of these tests showed that there was no genetic link between them.
31. 31. Following the outcome of these tests, the applicants sought an explanation from the Russian clinic. Months later, in a letter of 20 March 2012, the clinic's management informed them that it had been surprised by the results of the DNA test. It stated that there had been an internal inquiry, since an error had clearly occurred, but it had proved impossible to identify the individual responsible for the error, given that there had been dismissals and recruitment of other staff in the meantime.
32. 32. On 4 August 2011 the Registry Office of the Colletorto Municipality refused to register the Russian birth certificate. The applicants lodged an appeal with the Larino Court against this refusal. The subsequent proceedings are set out in paragraphs 46-48 below.
33. 33. The Public Prosecutor asked the Larino Court to give the child a new identity and to issue a new birth certificate.

C. The subsequent proceedings before the minors courts

1. The decision of the Minors Court of 20 October 2011

34. As part of the proceedings to make the child available for adoption which were then pending before the Minors Court (see paragraph 22 above), the applicants asked a psychologist, Dr I., to prepare a report on the child's well-being. The report drawn up by Dr I. on 22 September 2011, after four meetings with the child, indicates that the applicants – who were attentive to the child's needs – had developed a deep emotional bond with him. The report indicated that the grandparents and other family members also surrounded the child with affection, and that he was healthy, lively and responsive. Dr I. concluded that the applicants were suitable parents for the child, both from a psychological perspective and in terms of their ability to educate him and bring him up. She added that possible removal measures would have devastating consequences for the child, explaining that he would go through a depressive phase on account of a sense of abandonment and the loss of the key persons in his life. In her opinion, this could lead to somatic symptoms and compromise the child's psycho-physical development, and, in the long term, symptoms of psychotic pathology could emerge.
35. The applicants asked for the child to be placed with them, with a view to adopting him if necessary.
36. By an immediately enforceable decision of 20 October 2011, the Campobasso Minors Court ordered that the child be removed from the applicants, taken into the care of the social services and placed in a children's home (casa famiglia).
37. The relevant passages of the Minors Court's decision read as follows:

"... In their evidence Mr Campanelli and Mrs Paradiso stated that Mrs Paradiso had travelled to Russia carrying her husband's semen in a special container, and had there entered into an agreement with the company Rosjurconsulting. Under this agreement, Mrs Paradiso had delivered her husband's semen to a pre-determined clinic. One or more eggs from an unknown female donor had been fertilised in vitro with this semen, and then implanted into another woman, whose identity is known and who had subsequently given birth to the child in question on 27 February 2011. In exchange, Mr Campanelli and Mrs Paradiso had paid a large amount of money. Mrs Paradiso stated that the woman who had given birth to the child had waived her rights to him and had consented to him being referred to on the birth certificate, drawn up in Russia, as the son of Mr Campanelli and Mrs Paradiso (a copy of the informed consent, given on 27 February 2011 by the woman who gave birth to the child, is on file in these proceedings).

A court-appointed expert witness was then instructed to establish whether the minor child was the biological son of Giovanni Campanelli. In her report the court-appointed expert witness, Ms [L.S.], concluded that the results obtained by means of typing of the DNA of Giovanni Campanelli and the DNA of the minor child [T.C.] rule out Giovanni Campanelli as the child's biological father.

In today's hearing Mr Campanelli and Mrs Paradiso referred to their previous evidence and Mrs Paradiso repeated that she had taken her husband's semen to Russia to be used for the purpose of the intended fertilisation.

However, the conclusions of the court-appointed expert witness have not been challenged.

At the close of the hearing, the Public Prosecutor requested that the application by Mr Campanelli and Mrs Paradiso be refused, that the minor child be placed in the care of third parties and that a temporary guardian be appointed for him. The child's guardian ad litem asked that the child be placed in care under section 2 of the Adoption Act and that a guardian be appointed. Mr Campanelli and Mrs Paradiso requested primarily that the court award them temporary care of the child with a view to subsequent adoption; in the alternative, they requested the suspension of these proceedings pending the criminal

classification of the offences, and the suspension of the above-mentioned criminal proceedings against them and of the proceedings before the Campobasso Court of Appeal to challenge the refusal to register the child's birth certificate; again in the alternative, they requested the suspension of these proceedings under section 14 of Law no. 184/1983 for the purpose of a possible repatriation of the minor child to Russia, or, failing that, for the child to be placed with them under section 2 of the cited law.

That being the case, the court finds that the statements by Mr Campanelli and Mrs Paradiso regarding the delivery to Russia of Giovanni Campanelli's genetic material are not supported by any evidence. On the other hand, it has been established that the minor [T.C.] is neither the biological son of Donatina Paradiso, nor, given the evidence of the expert report, of Giovanni Campanelli. At the present time the only certainty is the identity of the woman who gave birth to the baby. The biological parents of the baby, that is, the man and the woman who provided the gametes, remain unknown.

In the light of this evidence, the present case cannot be viewed as a case of so-called gestational surrogacy, which is the case where the surrogate mother who gives birth to the baby has no genetic link to him or her, the fertilisation having taken place with the egg(s) of a third woman. Indeed, in order to be able to talk of gestational or traditional surrogacy (in the latter, the surrogate mother makes her own ovules available) there must be a biological link between the child and at least one of the two intended parents (in this specific case, Mr Campanelli and Mrs Paradiso), a biological link which, as has been seen, is non-existent."

In the court's view, the applicants had thus placed themselves in an unlawful situation:

"It follows that by bringing a baby to Italy, passing him off as their own son, in blatant infringement of the provisions of our legislation (Law no. 184 of 4 May 1983) governing inter-country adoption of children, Mr Campanelli and Mrs Paradiso have acted unlawfully. Besides any criminal offences which may have been committed (infringement of section 72(2) of Law no. 184/1983), which are not within the jurisdiction of this court, it is noted that the agreement entered into between Mrs Paradiso and the company Rosjurconsulting had unlawful elements since, given the terms of the agreement (the delivery of Mr Campanelli's genetic material for the fertilisation of another woman's ovules), it was in breach of the ban on the use of assisted reproductive technology (A.R.T.) of a heterologous type laid down by section 4 of Law no. 40 of 19 February 2004.

In any event, it is pointed out that despite being in possession of the authorisation for inter-country adoption issued by order of this court on 7 December 2006, Mr Campanelli and Mrs Paradiso, as has been stated, intentionally evaded the provisions of Law no. 184/1983, which provide not only that the intended adoptive parents must apply to an authorised body (section 31) but also for the involvement of the Commission for Inter-country Adoption (section 38), the only body competent to authorise entry and permanent residence of a foreign child in Italy (section 32)."

The court therefore found it necessary, first and foremost, to put an end to this unlawful situation:

"It is therefore necessary, above all, to prevent this unlawful situation from continuing, since to maintain it would be equivalent to ratifying unlawful conduct in open violation of the provisions of our legislation.

Accordingly, it is necessary to remove the minor child from Mr Campanelli and Mrs Paradiso and place him in an appropriate structure with a view to identifying a suitable couple to foster the child as soon as possible. The Social Services Department of the Municipality of Colletorto is therefore instructed to identify an appropriate structure and to place the child in it. The Italian legislation on adoption applies to this child in accordance with section 37a of Law No. 184/1983, there being no doubt that he is in Italy in a state of abandonment, having been deprived of his biological parents and other relatives, and the mother who gave birth to him having renounced him.

Admittedly, it cannot be denied that the child will in all likelihood suffer harm from being separated from Mr Campanelli and Mrs Paradiso. However, given the age of the child and the short time he has spent with them, the court cannot agree with the conclusions of the report by psychologist [Dr I.] (instructed by Mr Campanelli and Mrs Paradiso), finding that it is certain that the child's separation from them would entail devastating consequences. Indeed, according to the literature on this subject, the mere separation from the main care-givers is not a causal agent of a psychopathological state in a child unless other causal factors are present. The trauma caused by the separation from Mr Campanelli and Mrs Paradiso will not be irreparable, given that a search will begin immediately for a couple able to attenuate the consequences of the trauma, through a compensatory process that will encourage a new adaptation.

It is also pointed out that the fact that Mr Campanelli and Mrs Paradiso (and in particular Mrs Paradiso) have put up with the hardships and the difficulties of A.R.T (Mrs Paradiso has also stated that during one of these interventions her life was at risk) and have preferred, despite being in possession of an approval for inter-country adoption, to circumvent Italian legislation on this subject gives rise to the doubt and the fear that the minor child may be an instrument to fulfil a narcissistic desire of Mr Campanelli and Mrs Paradiso or to exorcise an individual or joint problem. In the light of the conduct of

Mr Campanelli and Mrs Paradiso during the events under examination, all of this throws a consistent shadow over their possession of genuine affective and educational abilities and of the instinct of human solidarity which must be present in any person wishing to bring the children of others into their lives as their own children.

The separation of the minor child from Mr Campanelli and Mrs Paradiso thus corresponds to the best interests of the child."

38. According to the applicants, the court's decision was enforced on the same day, without their having been informed of the decision in advance.

2. The appeal against the decision of the Minors Court

39. The applicants lodged an appeal (reclamo) before the Campobasso Court of Appeal. They argued, inter alia, that the Italian courts could not contest the Russian birth certificate. They further requested that no measures be taken concerning the child while the criminal proceedings against them and the proceedings challenging the refusal to enter the birth certificate in the Italian civil-status register were pending.

3. The Campobasso Court of Appeal's decision of 28 February 2012

40. By a decision of 28 February 2012, the Campobasso Court of Appeal dismissed the appeal.

The Court of Appeal found that the child T.C. was "in a state of abandonment" (in stato di abbandono) within the meaning of section 8 of the Adoption Act, as the applicants were not his parents. In those circumstances, the question of whether or not the applicants were criminally liable and whether or not there had been an error in the use of seminal fluid of unknown origin was not, in its view, relevant. In the Court of Appeal's opinion, it was not appropriate to await the outcome of the criminal trial or of the proceedings brought by the applicants to challenge the refusal to enter the particulars of the birth certificate in the register. The Court of Appeal also considered that section 33 of Law no. 218/95 (the Private International Law Act) did not prevent the Italian courts from refusing to comply with certified information from a foreign State, and that there was no issue of lack of jurisdiction, since, according to section 37bis of the Adoption Act, "... the Italian law governing adoption, fostering, and necessary measures in case of urgency shall be applicable to a foreign minor child who is in [Italy] in a state of abandonment" (cf. also Cass 1128/92)".

41. No appeal to the Court of Cassation lay against that decision (see paragraph 68 below).

D. Preventive seizure of the birth certificate

42. In the meantime, on 30 October 2011 the public prosecutor at the Larino Court had ordered the preventive seizure of the Russian birth certificate, on the ground that it was an essential item of evidence. In the prosecutor's view, in all probability the applicants had not only committed the offences with which they were charged, but they had attempted to conceal them. They had, according to him, inter alia, stated that they were the biological parents and had then corrected their versions of events as these were successively disproved.

43. The applicants challenged the preventive seizure order.

44. By a decision of 20 November 2012, the Campobasso Court dismissed the applicants' appeal on the ground of the strong suspicions that they had committed the offences in question. In particular, the court noted the following facts: the first applicant had spread a rumour that she was pregnant; she had gone to the Italian Consulate in Moscow and implied that she was the natural mother; she had subsequently admitted that the child had been born to a surrogate mother; she had stated to the carabinieri on 25 May 2011 that the second applicant was the biological father, which had been disproved by the DNA tests; she had thus made false statements; she had been very vague as to the identity of the genetic mother; the documents concerning the surrogate motherhood stated that the two applicants had been seen by the Russian doctors, which did not correspond to the fact that the second applicant had not travelled to Russia; the documents relating to the birth did not give any precise date. The court considered that the only certainty was that the child had been born and that he had been handed over to the first applicant against payment of almost 50,000 euros (EUR). In the court's view, the hypothesis that the applicants had behaved illegally with a view to having the particulars of the birth certificate entered in the civil status register and to circumventing the Italian legislation thus appeared well-founded.

45. In November 2012 the Public Prosecutor transmitted the decision regarding the preventive seizure to the Minors Court and indicated that a conviction under section 72 of the Adoption Act would deprive the applicants of the possibility of fostering (affido) the child and of adopting him or other minors. In the Public Prosecutor's view, there was therefore no other solution but to proceed with the adoption procedure for the child, and his temporary placement with a foster family had therefore been requested,

in accordance with sections 8 and 10 of the Adoption Act. The Public Prosecutor repeated his request and emphasised that the child had been removed more than a year previously, and that he had since been living in a children's home (casa famiglia), where he had developed meaningful relationships with the persons responsible for his care. He explained that the child had thus still not found a family environment to replace the one that had been illegally provided by the couple who had brought him to Italy. According to the Public Prosecutor, the child seemed destined for another separation, even more painful than that from the mother who had given birth to him and then from the woman who claimed to be his mother.

E. The proceedings brought by the applicants to challenge the refusal to enter the particulars of the birth certificate in the civil status register

46. An appeal having been lodged to contest the Registry Office's refusal to enter the particulars of the Russian birth certificate in the civil status register, the Larino Court declined jurisdiction on 29 September 2011. The proceedings were subsequently resumed before the Campobasso Court of Appeal. The applicants insisted that the particulars of the Russian birth certificate be entered in the Italian register.

47. By an immediately enforceable decision of 3 April 2013, the Campobasso Court of Appeal ruled on the transcription of the birth certificate into the Italian register.

By way of introduction, the Court of Appeal dismissed the objection raised by the guardian to the effect that the applicants did not have standing to bring an action before that court; it acknowledged that the applicants had standing to bring proceedings in that they were referred to as the "parents" in the birth certificate that they wished to have entered in the civil-status register.

However, the Court of Appeal considered it clear that the applicants were not the biological parents and concluded that there had not therefore been a gestational surrogacy. It noted that the parties were in agreement that the Russian legislation presupposed a biological link between the child and at least one of the intended parents before the term surrogate motherhood could be used. It concluded that the birth certificate was fraudulent (ideologicamente falso) and in breach of Russian law. In the Court of Appeal's view, given that there was nothing to show that the child had Russian citizenship, the applicants' argument that Italian law was inapplicable ran counter to section 33 of the Private International Law Act, which stated that the legal parent-child relationship was determined by the national law governing the child at the time of his or her birth.

The Court of Appeal added that it was contrary to public order to register the contested birth certificate, since it was fraudulent. It stated that although the applicants had pleaded their good faith, alleging that they were unable to explain why the second applicant's seminal fluid had not been used in the Russian clinic, this made no difference to the situation and did not alter the fact that the second applicant was not the biological father.

48. In conclusion, the Court of Appeal held that it was legitimate to refuse to register the Russian birth certificate and to grant the Public Prosecutor's request that a new birth certificate be issued. The Court of Appeal therefore ordered that a new birth certificate be issued, indicating that the child was the son of persons unknown, born in Moscow on 27 February 2011, and that he would be given a new name, determined in accordance with Presidential Decree no. 396/00.

F. The fate of the child

49. Following execution of the decision issued by the Minors Court on 20 October 2011, the child was placed in a children's home for about fifteen months, in a location that was unknown to the applicants. All contact between the applicants and the child was prohibited. They were unable to obtain any news of him.

50. In January 2013 the child was placed in a family with a view to his adoption.

51. At the beginning of April 2013 the guardian asked the Minors Court to give the child a formal identity, so that he could be registered for school without complications. He stated that the child had been placed in a family on 26 January 2013, but that he did not have an identity. This "inexistence" had a significant impact on administrative matters, particularly with regard to deciding under what name the child was to be registered for school, for vaccination records, and for residence. While accepting that this situation corresponded to the aim of preventing the applicants from discovering the child's whereabouts, for his own protection, the guardian explained that a temporary formal identity would enable the secrecy surrounding the child's real identity to be maintained, while simultaneously enabling him to have access to public services; for the time being, he was entitled only to use emergency medical services.

52. The case file indicates that this request was granted by the Minors Court and that the child received a formal identity.

53. The Government have indicated that the child has now been adopted.

G. The outcome of the proceedings before the Minors Court

54. The proceedings to make the child available for adoption were resumed before the Minors Court of Campobasso (see paragraph 22 above). The applicants confirmed their opposition to the child's placement with third persons. The guardian asked for a statement ruling that the applicants no longer had locus standi.

The Public Prosecutor asked the Minors Court not to declare the child available for adoption using the name originally given to him, on the ground that, in the meantime, he had opened a second set of proceedings requesting that the child be declared available for adoption under his new identity (child of unknown parents).

55. On 5 June 2013, the Minors Court held that the applicants no longer had standing to act in the adoption proceedings, given that they were neither the child's parents nor members of his family within the meaning of section 10 of the Adoption Act. The court stated that it would settle the question of the child's adoption in the context of the other set of adoption proceedings, referred to by the Public Prosecutor.

H. The outcome of the criminal proceedings brought against the applicants

56. No information has been provided by the parties concerning subsequent developments in the criminal proceedings brought against the applicants. It seems that those proceedings are still pending.

omissis

The law

I. SCOPE OF THE CASE BEFORE THE GRAND CHAMBER

82. In the proceedings before the Grand Chamber, both parties submitted observations concerning the complaints that had been declared inadmissible by the Chamber.

83. The Government submitted that the applicants had not exhausted the domestic remedies in so far as they complained about the refusal to recognise the foreign birth certificate. The applicants had not appealed to the Court of Cassation against the decision issued by the Campobasso Court of Appeal on 3 April 2013, by which it confirmed the refusal to register the birth certificate.

84. The Court notes that the Chamber allowed the objection of failure to exhaust domestic remedies with regard to the complaint that it had been impossible to have the details of the Russian birth certificate registered in Italy. In consequence, that complaint was declared inadmissible (see § 62 of the Chamber judgment). It follows that this complaint falls outside the scope of the examination by the Grand Chamber since, according to the Court's settled case-law, the "case" referred to the Grand Chamber is the application as it has been declared admissible by the Chamber (see, among other authorities, K. and T. v. Finland [GC], no. 25702/94, § 141, ECHR 2001-VII).

85. The applicants asked the Grand Chamber to take into account the complaints submitted by them on behalf of the child, since they were relevant to the merits (see Azinas v. Cyprus [GC], no. 56679/00, § 32, ECHR 2004-III; K. and T. v. Finland, cited above, § 141). The best interests of the child were at the heart of the case, yet they had not been taken into account at all by the national authorities.

86. In this connection, the Court notes that the Chamber found that the applicants did not have the standing to act before the Court on behalf of the child and it dismissed the complaints raised on his behalf as being incompatible *ratione personae* (see §§ 48-50 of the Chamber judgment). Accordingly, this part of the application is not within the scope of the case before the Grand Chamber (see *K. and T. v. Finland*, cited above, § 141).

87. Nonetheless, the question whether the best interests of the child are to be taken into consideration in examining the complaints raised by the applicants on their own behalf is an issue which forms part of the dispute before the Grand Chamber.

omissis

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

95. The applicants alleged that the measures taken by the Italian authorities in respect of the child, which resulted in the latter's permanent removal, had infringed their right to respect for private and family life, guaranteed by Article 8 of the Convention.

omissis

A. The Chamber judgment

98. After having declared inadmissible the complaint raised by the applicants on behalf of the child, and also their complaint based on the refusal to recognise the birth certificate issued in Russia, the Chamber focused on the measures which had led to the child's permanent removal.

As the birth certificate had not been recognised under Italian law, the Chamber considered that there was no legal relationship strictly speaking between the applicants and the child. However, the Chamber concluded that there had existed a de facto family life within the meaning of Article 8. In reaching that conclusion, it took into account the fact that the applicants had shared with the child the first important stages of his young life, and that they had acted as parents towards the child. In addition, the Chamber considered that the second applicant's private life was also at stake, given that, at domestic level, he had sought to confirm the existence of a biological link with the child through a DNA test. In conclusion, the Chamber held that the contested measures amounted to an interference in the de facto family life existing between the applicants and the child (see §§ 67-69 of the Chamber judgment), and also in the second applicant's private life (see § 70 of the Chamber judgment).

99. Further, noting that the courts had applied Italian law to determine the child's parentage and had concluded that the latter had been "in a state of abandonment" in the absence of a genetic link with the applicants, the Chamber found that the national courts had not taken an unreasonable decision. In consequence, the Chamber accepted that the interference had been "in accordance with the law" (see § 72 of the Chamber judgment).

100. The Chamber then held that the measures taken in respect of the child had pursued the aim of "prevention of disorder", in so far as the applicants' conduct was contrary to Italian legislation on international adoption and on medically assisted reproduction. In addition, the measures in question had been intended to protect the child's "rights and freedoms" (see § 73 of the Chamber judgment).

101. Having acknowledged the existence of a family life, the Chamber assessed jointly the private interests of the applicants and the best interests of the child, and weighed them up against the public interest. It was not convinced of the adequacy of the elements relied on by the Italian authorities in concluding that the child ought to be taken into the care of the social services. The Chamber based its reasoning on the principle that the removal of a child from the family setting is an extreme measure to which recourse should be had only as a very last resort, to fulfil the aim of protecting a child who is faced with immediate danger (in this regard, the Chamber referred to the following judgments: *Scozzari and Giunta v. Italy* [GC], nos. 39221/98 and 41963/98, § 148, ECHR 2000 VIII; *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* [GC], no. 41615/07, § 136, ECHR 2010; *Y.C. v. the United Kingdom*, no. 4547/10, §§ 133-138, 13 March 2012; and *Pontes v. Portugal*, no. 19554/09, §§ 74-80, 10 April 2012). On the basis of the evidence in the file, the Chamber held that the national courts had taken decisions without any specific assessment of the child's living conditions with the applicants, and of his best interests. Accordingly, it concluded that there had been a violation of Article 8 of the Convention on the ground that the national authorities had failed to strike the fair balance that ought to be maintained between the general interest and the private interests at stake (see §§ 75-87 of the Chamber judgment).

omissis

C. The Court's assessment

1. Preliminary considerations

131. The Court notes at the outset that the child T.C. was born from an embryo obtained from an ova donation and a sperm donation provided by unknown donors, and was brought into the world in Russia by a Russian woman who waived her rights to him. There was therefore no biological tie between the applicants and the child. The applicants paid approximately EUR 50,000 to receive the child. The Russian authorities issued a birth certificate stating that they were the parents under Russian law. The applicants then decided to bring the child to Italy and to live there with him. The child's genetic origins remain unknown. The present case thus concerns applicants who, acting outside any standard adoption

procedure, brought to Italy from abroad a child who had no biological tie with either parent, and who had been conceived – according to the domestic courts – through assisted reproduction techniques that were unlawful under Italian law.

132. The Court notes that in the cases of *Mennesson v. France* (no. 65192/11, ECHR 2014 (extracts)) and *Labassee v. France* (no. 65941/11, 26 June 2014), two pairs of intended parents had resorted to gestational surrogacy in the United States and had settled with their children in France. In those cases the existence of a biological tie between the father and the children was proven and the French authorities had never envisaged separating the children from the parents. The issue at the heart of those cases was the refusal to register the particulars of a birth certificate drawn up abroad in undisputed compliance with the legislation of the country of origin, and the children's right to obtain recognition of the legal parent-child relationship. The parents and children were all applicants before the Court.

133. Unlike the above-cited *Mennesson* and *Labassee* cases, the present Article 8 complaint does not concern the registration of a foreign birth certificate and recognition of the legal parent-child relationship in respect of a child born from a gestational surrogacy arrangement (see paragraph 84 above). What is at issue in the present case are the measures taken by the Italian authorities which resulted in the separation, on a permanent basis, of the child and the applicants. Indeed, the domestic courts stated that the case did not involve a "traditional" surrogacy arrangement, given that the applicants' biological material had not been used. They emphasised the failure to comply with the procedure laid down by the legislation on international adoption and the breach of the prohibition on using donated gametes within the meaning of section 4 of the Medically Assisted Reproduction Act (see the relevant passage of the decision by the Minors Court, paragraph 37 above).

134. Therefore the legal questions at the heart of the case are: whether, given the circumstances outlined above, Article 8 is applicable; in the affirmative, whether the urgent measures ordered by the Minors Court, which resulted in the child's removal, amount to an interference in the applicants' right to respect for their family life and/or their private life within the meaning of Article 8 § 1 of the Convention and, if so, whether the impugned measures were taken in accordance with Article 8 § 2 of the Convention.

135. Lastly, the Court points out that the child T.C. is not an applicant in the proceedings before the Court, the Chamber having dismissed the complaints raised by the applicants on his behalf (see paragraph 86 above). The Court is called upon to examine solely the complaints raised by the applicants on their own behalf (see, a contrario, *Mennesson*, cited above, §§ 96-102, and *Labassee*, cited above, §§ 75-81).

2. *Applicability of Article 8 of the Convention*

136. The Court reiterates that the Chamber concluded that there existed a de facto family life between the applicants and the child (see § 69 of the Chamber judgment). It further considered that the situation complained of also related to the second applicant's private life, in that what was at stake for him was the establishment of a biological tie with the child (see § 70 of the Chamber judgment). It followed that Article 8 of the Convention was applicable in the present case.

137. The Government challenged the existence of a family life in the present case, relying essentially on the absence of a biological link between the applicants and the child and on the illegality of the applicants' conduct under Italian law. They submitted that, in view of the applicants' unlawful conduct, no tie protected by Article 8 of the Convention could exist between them and the child. They also argued that the applicants had lived with the child for only eight months.

138. The applicants asked the Court to recognise the existence of a family life, in spite of the lack of a biological tie with the child and the non-recognition of a parent-child relationship under Italian law. Essentially, they argued that a legal parental relationship was recognised in Russian law and that they had formed close emotional ties with the child during the first eight months of his life.

139. The Court must therefore reply to the question whether the facts in the present case fall within the applicants' family life and/or private life.

(a) Family life

i. Relevant principles

140. The existence or non-existence of "family life" is essentially a question of fact depending upon the existence of close personal ties (see *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, § 31, Series A no. 31, and *K. and T. v. Finland*, cited above, § 150). The notion of "family" in Article 8 concerns marriage-based relationships, and also other de facto "family ties" where the parties are living together outside marriage or where other factors demonstrated that the relationship had sufficient constancy (see *Kroon and Others v. the Netherlands*, 27 October 1994, § 30, Series A no. 297-C; *Johnston and Others v. Ireland*, 18 December 1986, § 55, Series A no. 112; *Keegan v. Ireland*, 26 May 1994, § 44, Series A, no. 290; and *X, Y and Z v. the United*

Kingdom, 22 April 1997, § 36, Reports 1997 II).

141. The provisions of Article 8 do not guarantee either the right to found a family or the right to adopt (see *E.B. v. France* [GC], no. 43546/02, § 41, 22 January 2008). The right to respect for "family life" does not safeguard the mere desire to found a family; it presupposes the existence of a family (see *Marckx*, cited above, § 31), or at the very least the potential relationship between, for example, a child born out of wedlock and his or her natural father (see *Nylund v. Finland* (dec.), no. 27110/95, ECHR 1999 VI), or the relationship that arises from a genuine marriage, even if family life has not yet been fully established (see *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 28 May 1985, § 62, Series A no. 94), or the relationship between a father and his legitimate child even if it proves, years later, to have had no biological basis (see *Nazarenko v. Russia*, no. 39438/13, § 58, ECHR 2015 (extracts)), or the relationship that arises from a lawful and genuine adoption (see *Pini and Others v. Romania*, nos. 78028/01 and 78030/01, § 148, ECHR 2004 V (extracts)).

ii. Application to the present case

142. It is not contested that there is no biological tie between the applicants and the child. However, the parties submitted differing arguments as to whether the applicants were bound to the child by a legal parental relationship that was recognised under Russian law (see paragraphs 107 and 118 above).

143. Admittedly, as the Government indicated in their observations (see paragraph 118 above), the question of the birth certificate's compliance with Russian law was examined by the Campobasso Court of Appeal which confirmed the refusal to register the disputed certificate, holding that it was in breach of Russian law (see paragraph 47 above). The applicants did not challenge this argument before the Court of Cassation (see paragraph 84 above).

144. However, the wording of the provisions of Russian law applicable on 27 February 2011, the date of the child's birth, and on 10 March 2011, the date on which the applicants were registered as parents in Moscow, seems to confirm the applicants' argument before the Court that the existence of a biological tie between the child and the intended parents was not explicitly required under Russian law at the relevant time (see paragraphs 73-74 and 107 above). In addition, the certificate in question merely indicates that the applicants were the "parents", without specifying whether they were the biological parents (see paragraph 16 above).

145. The Court notes that the question of the birth certificate's compatibility with Russian law was not examined by the Minors Court in the context of the urgent measures adopted in respect of the child.

146. Before the Italian courts, the parental authority exercised by the applicants in respect of the child was recognised by implication in so far as a request was made for its suspension (see paragraph 23 above). However, the parental authority in question was uncertain, for the following reasons.

147. The applicants' situation was in conflict with national law. According to the Campobasso Minors Court (see paragraph 37 above), and irrespective of the criminal-law aspects, there had been illegality, firstly in that they had brought to Italy a foreign child who had no biological ties with either parent, in breach of the rules laid down on international adoption, and, secondly, in that they had entered into an agreement providing for the handing over of the second applicant's seminal fluid in order to fertilise ovocytes from another woman, which was in breach of the prohibition in Italian law on heterologous assisted reproduction.

148. The Court must ascertain whether, in the circumstances of the case, the relationship between the applicants and the child came within the sphere of family life within the meaning of Article 8. The Court accepts, in certain situations, the existence of de facto family life between an adult or adults and a child in the absence of biological ties or a recognised legal tie, provided that there are genuine personal ties.

149. In spite of the absence of a biological tie and of a parental relationship that was legally recognised by the respondent State, the Court has found that there existed family life between the foster parents who had cared for a child on a temporary basis and the child in question, on account of the close personal ties between them, the role played by the adults vis à vis the child, and the time spent together (see *Moretti and Benedetti v. Italy*, no. 16318/07, § 48, 27 April 2010, and *Kopf and Liberda v. Austria*, no. 1598/06, § 37, 17 January 2012). In the case of *Moretti and Benedetti*, the Court attached importance to the fact that the child had arrived in the family at the age of one month and that, for nineteen months, the applicants had shared the first important stages of his young life with the child. It also noted that the court-ordered reports on the family showed that the child was well integrated in the family and deeply attached to the applicants and to their children. The applicants had also provided for the child's social development. These elements were sufficient for the Court to find that there existed between the applicants and the child a close inter-personal bond and that the applicants behaved in every respect as her parents, so that "de facto" "family ties" existed between them (see *Moretti and Benedetti*, cited above, §§ 49-50). The *Kopf and Liberda* case concerned a foster family which had cared, over a period of about forty-six months, for a child who had arrived in their home at the age of two. Here too the Court concluded that family life

existed, given that the applicants had a genuine concern for the child's well-being and that an emotional bond had developed between the individuals concerned (see *Kopf and Liberda*, cited above, § 37).

150. In addition, in the case of *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg* (no. 76240/01, § 117, 28 June 2007) – which concerned the inability to obtain legal recognition in Luxembourg of a Peruvian judicial decision pronouncing the second applicant's full adoption by the first applicant – the Court recognised the existence of family life in the absence of legal recognition of the adoption. It took into consideration that de facto family ties had existed for more than ten years between the applicants and that the first applicant had acted as the minor child's mother in every respect.

151. It is therefore necessary, in the instant case, to consider the quality of the ties, the role played by the applicants vis-à-vis the child and the duration of the cohabitation between them and the child. The Court considers that the applicants had developed a parental project and had assumed their role as parents vis-à-vis the child (see, a contrario, *Giusto, Bornacin and V. v. Italy* (dec.), no. 38972/06, 15 May 2007). They had forged close emotional bonds with him in the first stages of his life, the strength of which was, moreover, clear from the report drawn up by the team of social workers following a request by the Minors Court (see paragraph 25 above).

152. With regard to the duration of the cohabitation between the applicants and the child in this case, the Court notes that the applicants and the child lived together for six months in Italy, preceded by a period of about two months' shared life between the first applicant and the child in Russia.

153. It would admittedly be inappropriate to define a minimal duration of shared life which would be necessary to constitute de facto family life, given that the assessment of any situation must take account of the "quality" of the bond and the circumstances of each case. However, the duration of the relationship with the child is a key factor in the Court's recognition of the existence of a family life. In the above-cited case of *Wagner and J.M.W.L.*, the cohabitation had lasted for more than ten years. Equally, in the *Nazarenko* case (cited above, § 58), in which a married man had assumed the parental role before discovering that he was not the child's biological father, the period spent together had lasted more than five years.

154. It is true that, in the present case, the duration of cohabitation with the child was longer than that in the case of *D. and Others v. Belgium* ((dec.) no. 29176/13, § 49, 8 July 2014), in which the Court held that family life, protected by Article 8, had existed for only two months before the temporary separation of a Belgian couple and a child born in Ukraine to a surrogate mother. In that case, however, there was a biological tie with at least one of the parents and cohabitation had subsequently resumed.

155. As to the second applicant's argument that he had been persuaded that he was the child's biological father, given that his seminal fluid had been handed over to the clinic, the Court considers that that belief – which was proved to be unfounded in August 2011 by the result of the DNA test – cannot compensate for the short duration of the period in which he lived together with the child (see, a contrario, *Nazarenko*, cited above, § 58) and does not therefore suffice to establish a de facto family life.

156. Although the termination of their relationship with the child is not directly imputable to the applicants in the present case, it is nonetheless the consequence of the legal uncertainty that they themselves created in respect of the ties in question, by engaging in conduct that was contrary to Italian law and by coming to settle in Italy with the child. The Italian authorities reacted rapidly to this situation by requesting the suspension of parental authority and opening proceedings to make the child available for adoption (see paragraphs 22-23 above). The present case differs from the above-cited cases of *Kopf, Moretti and Benedetti*, and *Wagner*, where the child's placement with the applicants was respectively recognised or tolerated by the authorities.

157. Having regard to the above factors, namely the absence of any biological tie between the child and the intended parents, the short duration of the relationship with the child and the uncertainty of the ties from a legal perspective, and in spite of the existence of a parental project and the quality of the emotional bonds, the Court considers that the conditions enabling it to conclude that there existed a de facto family life have not been met.

158. In these circumstances, the Court concludes that no family life existed in the present case.

(b) Private life

i. Relevant principles

159. The Court reiterates that the notion of "private life" within the meaning of Article 8 of the Convention is a broad concept which does not lend itself to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person (see *X and Y v. the Netherlands*, 26 March 1985, § 22, Series A no. 91) and, to a certain degree, the right to establish and develop relationships with other human beings (see *Niemietz v. Germany*, 16 December 1992, § 29, Series A no. 251-B). It can sometimes embrace aspects of an individual's physical and social identity (see *Mikulić v. Croatia*, no. 53176/99, § 53, ECHR 2002-I). The concept of private life also encompasses the right to "personal development" or the right to self-determination

(see *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 61, ECHR 2002 III), and the right to respect for the decisions both to have and not to have a child (see *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, § 71, ECHR 2007-I, and *A, B and C v. Ireland* [GC], no. 25579/05, § 212, ECHR 2010).

160. In its judgment in the case of *Dickson v. the United Kingdom* ([GC], no. 44362/04, § 66, ECHR 2007-V), concerning the refusal to grant the applicants – a prisoner and his wife – artificial insemination facilities, the Court concluded that Article 8 was applicable, in that the refusal of artificial insemination facilities at issue concerned their private and family lives, specifying that those notions incorporate the right to respect for their decision to become genetic parents. In the case of *S.H. and Others v. Austria* ([GC], no. 57813/00, § 82, ECHR 2011) – which concerned couples wishing to have a child using gametes from donors – the Court held that the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted reproduction for that purpose is also protected by Article 8, as such a choice is an expression of private and family life.

ii. Application to the present case

161. The Court considers that there is no valid reason to understand the concept of "private life" as excluding the emotional bonds created and developed between an adult and a child in situations other than the classic situations of kinship. This type of bond also pertains to individuals' life and social identity. In certain cases involving a relationship between adults and a child where there are no biological or legal ties the facts may nonetheless fall within the scope of "private life" (see *X. v. Switzerland*, no. 8257/78, Commission decision of 10 July 1978, Decisions and Reports 5, and, mutatis mutandis, *Niemietz*, cited above, § 29).

162. In particular, in the above-cited case of *X. v. Switzerland*, the Commission examined the situation of an individual who had been entrusted by friends with the care of their child, a task which she fulfilled. When, several years later, the authorities decided that the child could no longer remain with the individual in question, since the parents had asked to resume caring for him, the applicant lodged an appeal in order to be able to keep the child, relying on Article 8 of the Convention. The Commission held that the applicant's private life was involved, in that she was deeply attached to the child.

163. In the present case, the Court notes that the applicants had a genuine intention to become parents, initially by attempts to conceive via in vitro fertilisation, then by applying for and obtaining formal approval to adopt, and, lastly, by turning to ova donation and the use of a surrogate mother. A major part of their lives was focused on realising their plan to become parents, in order to love and bring up a child. Accordingly, what is at issue is the right to respect for the applicants' decision to become parents (see *S.H. and Others v. Austria*, cited above, § 82), and the applicants' personal development through the role of parents that they wished to assume vis-à-vis the child. Lastly, given that the proceedings before the Minors Court concerned the issue of biological ties between the child and the second applicant, those proceedings and the establishment of the genetic facts had an impact on the second applicant's identity and the relationship between the two applicants.

164. In the light of these considerations, the Court concludes that the facts of the case fall within the scope of the applicants' private life.

(c) Conclusion

165. In view of the foregoing, the Court concludes that there was no family life between the applicants and the child. It considers, however, that the impugned measures pertained to the applicants' private life. It follows that Article 8 of the Convention applies under this head.

3. Compliance with Article 8 of the Convention

166. The applicants in the present case were affected by the judicial decisions which resulted in the child's removal and his being placed in the care of the social services with a view to adoption. The Court considers that the measures taken in respect of the child – removal, placement in a home without contact with the applicants, being placed under guardianship – amounted to an interference with the applicants' private life.

167. Such interference will be in breach of Article 8 of the Convention unless it can be justified under paragraph 2 of Article 8 as being "in accordance with the law", pursuing one or more of the legitimate aims listed therein, and being "necessary in a democratic society" in order to achieve the aim or aims concerned.

(a) "In accordance with the law"

168. The applicants submitted that the manner of applying Italian law and, in particular, section 8 of the Adoption Act – defining a minor child in a state of abandonment as one who is deprived of all emotional or material support from the parents or the members of his family responsible for providing such support – amounted to an arbitrary choice on the part of the Italian courts.

169. The Court reiterates that, according to its settled case-law, the expression "in accordance with the law" not only requires that the impugned measure should have some basis in domestic law, but also refers to the quality of the law in question, requiring that it should be accessible to the person concerned and foreseeable as to its effects (see *Rotaru v. Romania* [GC], no. 28341/95, § 52, ECHR 2000-V, and *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy* [GC], no. 38433/09, § 140, ECHR 2012). However, it is for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law (see *Kruslin v. France*, 24 April 1990, § 29, Series A no. 176 A; *Kopp v. Switzerland*, 25 March 1998, § 59, Reports 1998-II; and *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano*, cited above, § 140; see also *Delfi AS v. Estonia* [GC], no. 64569/09, § 127, ECHR 2015).

170. Like the Chamber (see § 72 of the Chamber judgment), the Grand Chamber considers that the choice by the national courts to apply the Italian law on parentage, and not to base their decisions on the birth certificate issued by the Russian authorities and certified by them, was compatible with the 1961 Hague Convention (see paragraph 75 above). Under Article 5 of that Convention, the only effect of the certificate was to certify the authenticity of the signature, the capacity in which the person signing the document has acted and, where appropriate, the identity of the seal or stamp which the document bears. According to the explanatory report to that Convention, the certificate does not attest to the truthfulness of the content of the original document. This limitation on the legal effects deriving from the Hague Convention is intended to preserve the right of the signatory States to apply their own choice-of-law rules when they are required to determine the probatory force to be attached to the content of the certified document.

171. In the present case the domestic courts applied the Italian rule on conflict of laws which provides that the legal parent-child relationship is determined by the national law governing the child at the time of his or her birth (Private International Law Act, see paragraph 57 above). However, as the child had been conceived from the gametes of unknown donors, his nationality was not established in the eyes of the Italian courts.

172. Section 37bis of the Adoption Act provides that, for the purposes of adoption, placement and urgent measures, Italian law is applicable to foreign minors who are in Italy (see paragraphs 63 and 65 above). The situation of the child T.C., whose nationality was unknown, and who had been born abroad to unknown biological parents, was equated with that of a foreign minor.

173. In such a situation, the Court considers that the application of Italian law by the national courts, giving rise to the finding that the child was in a "state of abandonment", was foreseeable.

174. It follows that the interference with the applicants' private life was "in accordance with the law".

(b) Legitimate aim

175. The Government agreed with the Chamber judgment, which had accepted that the measures in question were intended to ensure "the prevention of disorder" and to protect the child's "rights and freedoms".

176. The applicants disagreed that those measures served to protect the child's "rights and freedoms".

177. In so far as the applicants' conduct ran counter to the Adoption Act and the Italian prohibition on heterologous artificial reproduction techniques, the Grand Chamber accepts the Chamber's view that the measures taken in respect of the child pursued the aim of "preventing disorder". Moreover, it accepts that those measures were also intended to protect the "rights and freedoms" of others. The Court regards as legitimate under Article 8 § 2 the Italian authorities' wish to reaffirm the State's exclusive competence to recognise a legal parent-child relationship – and this solely in the case of a biological tie or lawful adoption – with a view to protecting children.

178. The impugned measures thus pursued legitimate aims.

(c) Necessity in a democratic society

i. Relevant principles

179. The Court reiterates that in determining whether an impugned measure was "necessary in a democratic society", it will consider whether, in the light of the case as a whole, the reasons adduced to justify that measure were relevant and sufficient for the purposes of paragraph 2 of Article 8 (see, among many other authorities, *Parrillo v. Italy* [GC], no. 46470/11, § 168, ECHR 2015; *S.H. and Others v. Austria*, cited above, § 91; and *K. and T. v. Finland*, cited above, § 154).

180. In cases arising from individual applications the Court's task is not to review the relevant legislation or practice in the abstract; it must as far as possible confine itself, without overlooking the general context, to examining the issues raised by the case before it (see *S.H. and Others v. Austria*, cited above, § 92, and *Olsson v. Sweden (no. 1)*, 24 March 1988, § 54, Series A no. 130). Consequently, the Court's task is not to substitute itself for the competent national authorities in determining the most appropriate policy for regulating the complex and sensitive matter of the relationship between intended parents and a child born abroad as a result of commercial surrogacy arrangements and with the help of a medically assisted reproduction technique, both of which are prohibited in the respondent State.

181. According to the Court's established case-law, the notion of necessity implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued, regard being had to the fair balance which has to be struck between the relevant competing interests (see *A, B and C v. Ireland*, cited above, § 229). In determining whether an interference was "necessary in a democratic society" the Court will take into account that a margin of appreciation is left to the national authorities, whose decision remains subject to review by the Court for conformity with the requirements of the Convention (see *X, Y and Z v. the United Kingdom*, cited above, § 41).

182. The Court reiterates that a number of factors must be taken into account when determining the breadth of the margin of appreciation to be enjoyed by the State when deciding any case under Article 8 of the Convention (see, among many other authorities, *S.H. and Others v. Austria*, cited above, § 94; and *Hämäläinen v. Finland* [GC], no. 37359/09, § 67, ECHR 2014). Where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will normally be restricted (see Evans, cited above, § 77). Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider (see *Evans*, cited above, § 77; and *A, B and C v. Ireland*, cited above, § 232). There will usually be a wide margin of appreciation accorded if the State is required to strike a balance between competing private and public interests or Convention rights (see *Evans*, cited above, § 77, and *Dickson*, cited above, § 78).

183. While the authorities enjoy a wide margin of appreciation in the area of adoption (see *Wagner and J.M.W.L.*, cited above, § 128) or in assessing the necessity of taking a child into care (see *Kutzner v. Germany*, no. 46544/99, § 67, ECHR 2002 I), in particular where an emergency situation arises, the Court must still be satisfied in the particular case that there existed circumstances justifying the removal of the child (see *Zhou v. Italy*, no. 33773/11, § 55, 21 January 2014).

184. As regards the Court's recognition that the States must in principle be afforded a wide margin of appreciation regarding matters which raise delicate moral and ethical questions on which there is no consensus at European level, the Court refers, in particular, to the nuanced approach adopted on the issue of heterologous assisted fertilisation in *S.H. and Others v. Austria* (cited above, §§ 95-118) and to the analysis of the margin of appreciation in the context of surrogacy arrangements and the legal recognition of the parent-child relationship between intended parents and the children thus legally conceived abroad in *Mennesson* (cited above, §§ 78-79).

ii. Application of the principles to the present case

185. The applicants alleged that the child's removal had been neither necessary nor based on relevant and sufficient reasons, and that the domestic courts took their decision based solely on the defence of public order, without assessing the interests at stake. In this connection, they pointed out that the reports drawn up by the welfare service and the consultant psychologist appointed by them – which were extremely positive as to their capacity to love and care for the child – had been completely disregarded by the courts.

186. The Government argued that the decisions taken by the courts had been necessary in order to restore legality and that the child's interests had been taken into account in those decisions.

187. The Court must therefore assess the measures ordering the child's immediate and permanent removal and their impact on the applicants' private life.

188. It notes in this connection that the national courts based their decisions on the absence of any genetic ties between the applicants and the child and on the breach of domestic legislation concerning international adoption and on medically assisted reproduction. The measures taken by the authorities were intended to ensure the immediate and permanent rupture of any contact between the applicants and the child, and the latter's placement in a home and also under guardianship.

189. In its decision of 20 October 2011, the Campobasso Minors Court had regard to the following elements (see paragraph 37 above). The first applicant had stated that she was not the genetic mother; the ova came from an unknown woman; the DNA tests carried out on the second applicant and the child had shown that there was no genetic tie between them; the applicants had paid a considerable amount of

money; contrary to his statements, there was nothing to prove that the second applicant's genetic material had actually been taken to Russia. In those circumstances, this was not a case involving traditional surrogate motherhood, since the child had no genetic ties with the applicants. The only certainty was the identity of the surrogate mother, who was not the genetic mother and who had waived her rights to the child after his birth. The identity of the genetic parents remained unknown. The applicants had acted unlawfully since, firstly, they had brought a child to Italy in breach of the Adoption Act. According to that statute, before bringing a foreign child to Italy, candidates for international adoption were required to apply to an authorised organisation and then to request the involvement of the Commission for Inter-country Adoption, the only body competent to authorise entry and permanent residence of a foreign child in Italy. Section 72 of the Act made conduct contravening these rules liable to prosecution, but assessment of the criminal-law aspect of the situation was not within the competence of the minors courts. Secondly, the agreement concluded between the applicants and the company Rosjurconsulting was in breach of the Medically Assisted Reproduction Act, section 4 of which prohibited heterologous assisted fertilisation. It was necessary to bring this unlawful situation to an end, and the only way to do so was to remove the child from the applicants.

190. The Minors Court recognised that the child would suffer harm from the separation but, given the short period spent with the applicants and his young age, it considered that this trauma would not be irreparable, contrary to the opinion of the psychologist appointed by the applicants. It indicated that a search should begin immediately for another couple who could care for the child and attenuate the consequences of the trauma. In addition, having regard to the fact that the applicants had preferred to circumvent the Adoption Act in spite of the authorisation obtained by them, it could be thought that the child resulted from a narcissistic desire on the part of the couple or that he was intended to resolve problems in their relationship. In consequence, the court expressed doubts as to the applicants' genuine affective and educational abilities.

191. Furthermore, the Campobasso Court of Appeal upheld the decision of the Minors Court, and also held that the child was in a "state of abandonment" within the meaning of the Adoption Act. It emphasised the urgency in deciding on the measures in his respect, without awaiting the outcome of the proceedings on registration of the birth certificate (see paragraph 40 above).

α. *The margin of appreciation*

192. The Court must examine whether those grounds are relevant and sufficient and whether the national courts struck a fair balance between the competing public and private interests. In doing so, it must first determine the breadth of the margin of appreciation to be accorded to the State in this area.

193. According to the applicants, the margin of appreciation is restricted, given that the subject of the present case is the child's permanent removal and that the child's best interests ought to be paramount (see paragraph 110 above). In the Government's submission, the authorities enjoy a wide margin of appreciation with regard to surrogate motherhood and techniques for medically assisted reproduction (see paragraph 122 above).

194. The Court observes that the facts of the case touch on ethically sensitive issues – adoption, the taking of a child into care, medically assisted reproduction and surrogate motherhood – in which member States enjoy a wide margin of appreciation (see paragraph 182 above).

195. In contrast to the situation in the *Mennesson* judgment (cited above, §§ 80 and 96-97), the questions of the child's identity and recognition of genetic descent do not arise in the present case since, on the one hand, any failure by the State to provide the child with an identity cannot be pleaded by the applicants, who do not represent him before the Court and, on the other, there are no biological links between the child and the applicants. In addition, the present case does not concern the choice to become genetic parents, an area in which the State's margin of appreciation is restricted (see *Dickson*, cited above, § 78). Nonetheless, even where, as here, the State enjoys a wide margin of appreciation, the solutions reached are not beyond the scrutiny of the Court. It is for the latter to examine carefully the arguments taken into consideration when reaching the impugned decision and to determine whether a fair balance has been struck between the competing interests of the State and those of the individuals directly affected by the decision (see, mutatis mutandis, *S.H. and Others v. Austria*, cited above, § 97).

β. *Relevant and sufficient reasons*

196. As regards the reasons put forward by the domestic authorities, the Court observes that they relied in particular on two strands of argument: they had regard, firstly, to the illegality of the applicants' conduct and, secondly, to the urgency of taking measures in respect of the child, whom they considered to be "in a state of abandonment" within the meaning of section 8 of the Adoption Act.

197. The Court has no doubt that the reasons advanced by the domestic courts are relevant. They are directly

linked to the legitimate aim of preventing disorder, and also that of protecting children – not merely the child in the present case but also children more generally – having regard to the prerogative of the State to establish descent through adoption and through the prohibition of certain techniques of medically assisted reproduction (see paragraph 177 above).

198. Turning to the question of whether the reasons given by the domestic courts were also sufficient, the Grand Chamber reiterates that, unlike the Chamber, it considers that the facts of the case fall not within the scope of family life but only within that of private life. Thus, the case is not to be examined from the perspective of preserving a family unit, but rather from the angle of the applicants' right to respect for their private life, bearing in mind that what was at stake was their right to personal development through their relationship with the child.

199. In the particular circumstances of the case, the Court considers that the reasons given by the domestic courts, which concentrated on the situation of the child and the illegality of the applicants' conduct, were sufficient.

γ. *Proportionality*

200. It remains to be examined whether the impugned measures were proportionate to the legitimate aims pursued and in particular whether the domestic courts, acting within the wide margin of appreciation accorded to them in the present case, have struck a fair balance between the competing public and private interests.

201. The domestic courts attached considerable weight to the applicants' failure to comply with the Adoption Act and to the fact that they had recourse abroad to methods of medically assisted reproduction that are prohibited in Italy. In the domestic proceedings, the courts, focused as they were on the imperative need to take urgent measures, did not expand on the public interests involved; nor did they explicitly address the sensitive ethical issues underlying the legal provisions breached by the applicants.

202. In the proceedings before the Court, the respondent Government submitted that in Italian law descent may be established either through the existence of a biological relationship or through an adoption respecting the rules set out in the law. They argued that, in making this choice, the Italian legislature was seeking to protect the best interests of the child as required by Article 3 of the Convention on the Rights of the Child. The Court accepts that, by prohibiting private adoption based on a contractual relationship between individuals and restricting the right of adoptive parents to introduce foreign minors into Italy to cases in which the rules on international adoption have been respected, the Italian legislature is seeking to protect children against illicit practices, some of which may amount to human trafficking.

203. Furthermore, the Government relied on the argument that the decisions taken had to be seen against the background of the prohibition of surrogacy arrangements under Italian law. There is no doubt that recourse to such an arrangement raises sensitive ethical questions on which no consensus exists among the Contracting States (see *Mennesson*, cited above, § 79). By prohibiting surrogacy arrangements, Italy has taken the view that it is pursuing the public interest of protecting the women and children potentially affected by practices which it regards as highly problematic from an ethical point of view. This policy is considered very important, as the Government have pointed out, where, as here, commercial surrogacy arrangements are involved. That underlying public interest is also of relevance in respect of measures taken by a State to discourage its nationals from having recourse abroad to such practices which are forbidden on its own territory.

204. In sum, for the domestic courts the primary concern was to put an end to an illegal situation. Having regard to the considerations set out above, the Court accepts that the laws which had been contravened by the applicants and the measures which were taken in response to their conduct served to protect very weighty public interests.

205. With regard to the private interests at stake, there are those of the child on the one hand and those of applicants on the other.

206. In respect of the child's interests, the Court reiterates that the Campobasso Minors Court had regard to the fact that there was no biological tie between the applicants and the child and held that a suitable couple should be identified as soon as possible to take care of him. Given the child's young age and the short period spent with the applicants, the court did not agree with the psychologist's report submitted by the applicants, suggesting that the separation would have devastating consequences for the child. Referring to the literature on the subject, it noted that the fact of mere separation from the care-givers, without any other factors being present, would not cause a psychopathological state in a child. It concluded that the trauma caused by the separation would not be irreparable.

207. As to the applicants' interest in continuing their relationship with the child, the Minors Court had noted that there was no evidence in the file to support their claim that they had provided the Russian clinic with the second applicant's genetic material. Moreover, having obtained approval for inter-country adoption, they had circumvented the Adoption Act by bringing the child to Italy without the approval

of the competent body, namely the Commission for Inter-Country Adoption. Having regard to that conduct, the Minors Court expressed concern that the child might be an instrument to fulfil a narcissistic desire of the applicants or to exorcise an individual or joint problem. Furthermore, it considered that the applicants' conduct threw a "consistent shadow on their possession of genuine affective and educational abilities" and doubted whether they displayed the "instinct of human solidarity which must be present in any person wishing to bring the children of others into their lives as their own children" (see paragraph 37 above).

208. Before entering into the question of whether the Italian authorities duly weighed the different interests involved, the Court reiterates that the child is not an applicant in the present case. In addition, the child was not a member of the applicants' family within the meaning of Article 8 of the Convention. This does not mean however, that the child's best interests and the way in which these were addressed by the domestic courts are of no relevance. In that connection, the Court observes that Article 3 of the Convention on the Rights of the Child requires that "in all actions concerning children ... the best interests of the child shall be a primary consideration", but does not however define the notion of the "best interests of the child".

209. The present case differs from cases in which the separation of a child from its parents is at stake, where in principle separation is a measure which may only be ordered if the child's physical or moral integrity is in danger (see, among other authorities, *Scozzari and Giunta*, cited above, §§ 148-151, and *Kutzner*, cited above, §§ 69-82). In contrast, the Court does not consider in the present case that the domestic courts were obliged to give priority to the preservation of the relationship between the applicants and the child. Rather, they had to make a difficult choice between allowing the applicants to continue their relationship with the child, thereby legalising the unlawful situation created by them as a fait accompli, or taking measures with a view to providing the child with a family in accordance with the legislation on adoption.

210. The Court has already noted that the public interests at stake were very weighty ones. Moreover, it considers that the Italian courts' reasoning in respect of the child's interests was not automatic or stereotyped (see, mutatis mutandis, *X. v. Latvia* [GC], no. 27853/09, § 107, ECHR 2013). In evaluating the child's specific situation, the courts considered it desirable to place him with a suitable couple with a view to adoption, and also assessed the impact which the separation from the applicants would have. They concluded in essence that the separation would not cause the child grave or irreparable harm.

211. In contrast, the Italian courts attached little weight to the applicants' interest in continuing to develop their relationship with a child whose parents they wished to be. They did not explicitly address the impact which the immediate and irreversible separation from the child would have on their private life. However, this has to be seen against the background of the illegality of the applicants' conduct and the fact that their relationship with the child was precarious from the very moment that they decided to take up residence with him in Italy. The relationship became even more tenuous once it had turned out, as a result of the DNA test, that there was no biological link between the second applicant and the child.

212. The applicants argued that the procedure suffered from a number of shortcomings. As to the alleged failure to accept an expert opinion, the Court observes that the Minors Court did have regard to the psychologist's report submitted by the applicants. However, it disagreed with its conclusion that the separation from the applicants would have devastating consequences for the child. In this connection, the Court attaches importance to the Government's argument that the Minors Court is a specialised court which sits with two professional judges and two expert members (see paragraph 69 above).

213. As to the applicants' argument that the courts failed to examine alternatives to immediate and irreversible separation from the child, the Court observes that before the Minors Court the applicants had initially requested that the child be temporarily placed with them with a view to subsequent adoption. In the Court's view, it has to be borne in mind that the proceedings were of an urgent nature. Any measure prolonging the child's stay with the applicants, such as placing him in their temporary care, would have carried the risk that the mere passage of time would have determined the outcome of the case.

214. Moreover, apart from the illegality of the applicants' conduct, the Government pointed out that they had exceeded the age limit for adoption laid down in section 6 of the Adoption Act, namely a maximum difference in age of forty-five years in respect of one adopting parent and fifty-five years in respect of the second. The Court observes that the law authorises the courts to make exceptions from these age-limits. In the circumstances of the present case, the domestic courts cannot be reproached for failing to consider that option.

δ. *Conclusion*

215. The Court does not underestimate the impact which the immediate and irreversible separation from the child must have had on the applicants' private life. While the Convention does not recognise a right to become a parent, the Court cannot ignore the emotional hardship suffered by those whose desire to

become parents has not been or cannot be fulfilled. However, the public interests at stake weigh heavily in the balance, while comparatively less weight is to be attached to the applicants' interest in their personal development by continuing their relationship with the child. Agreeing to let the child stay with the applicants, possibly with a view to becoming his adoptive parents, would have been tantamount to legalising the situation created by them in breach of important rules of Italian law. The Court accepts that the Italian courts, having assessed that the child would not suffer grave or irreparable harm from the separation, struck a fair balance between the different interests at stake, while remaining within the wide margin of appreciation available to them in the present case.

216. It follows that there has been no violation of Article 8 of the Convention.

FOR THESE REASONS, THE COURT,

1. Dismisses, unanimously, the Government's preliminary objections;
2. Holds, by eleven votes to six, that there has been no violation of Article 8 of the Convention.

omissis

Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza del 21 giugno 2016, n. 19599

ATTO DI NASCITA STRANIERO CON INDICAZIONE DI DUE GENITORI DELLO STESSO SESSO – ISCRIZIONE NEI REGISTRI DI STATO CIVILE IN ITALIA – ORDINE PUBBLICO – NON CONTRARIETÀ – REALIZZAZIONE INTERESSE DEL MINORE IN CONCRETO

Il riconoscimento e la trascrizione nei registri dello stato civile in Italia di un atto straniero, validamente formato in Spagna, nel quale risulti la nascita di un figlio da due donne – in particolare, da una donna italiana che ha donato l'ovulo ad una donna spagnola che l'ha partorito, nell'ambito di un progetto genitoriale realizzato dalla coppia, coniugata in quel paese – non contrastano con l'ordine pubblico per il solo fatto che il legislatore nazionale non preveda una simile fattispecie, dovendosi avere riguardo al principio, di rilevanza costituzionale primaria, dell'interesse superiore del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla continuità dello *status filiationis* validamente acquisito all'estero (nella specie, in un altro paese della UE).

Riferimenti normativi: legge 31 maggio 1995, n. 218; D.P.R. n. 396 del 2000; art. 269, terzo comma, cc.; art. 8 Cedu; art. 3 Convenzione sui diritti del fanciullo; art. 24 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE

omissis

ha pronunciata la seguente
SENTENZA

omissis

Fatti di causa

1. Le signore ...*omissis*... cittadina spagnola, e ...*omissis*... cittadina italiana, hanno contratto matrimonio in Spagna il ...*omissis*...

   ...*omissis*... dal certificato di nascita del minore ...*omissis*... nato a ...*omissis*... risulta che entrambe sono madri: la ...*omissis*... ("madre A") lo ha partorito e la ...*omissis*... ("madre B"), avendo donato gli ovuli necessari per il concepimento mediante procreazione medicalmente assistita, è madre genetica di ...*omissis*... che è cittadino spagnolo e porta i cognomi delle due donne.

   Entrambe hanno chiesto congiuntamente la trascrizione dell'atto di nascita in Italia, ma l'ufficiale dello stato civile di Torino ha opposto un rifiuto per ragioni di ordine pubblico; successivamente, hanno divorziato consensualmente in Spagna, sulla base di un accordo, sottoscritto dalle parti in data ...*omissis*... che prevede l'affidamento congiunto del minore ad entrambe, con condivisione della responsabilità genitoriale.
2. Il ricorso avverso il diniego dell'ufficiale di stati civile è stato rigettato dal Tribunale di Torino il quale, per quanto ancora interessa, ha ritenuto infondata la domanda di trascrizione dell'atto di nascita forma-

to all'estero, perché contrastante con il principio, di ordine pubblico, in base al quale nell'ordinamento italiano madre è soltanto colei che ha partorito il bambino.

3. Il decreto del Tribunale è stato reclamato dalle signore ...*omissis*... e ...*omissis*... le quali hanno chiesto: di dichiarare esistente il rapporto di filiazioni tra il minore ...*omissis*... e la ...*omissis*... a norma dell'art. 33 della legge 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato); di accertare la sussistenza dei requisiti di legge per il riconoscimento dell'atto di nascita nello Stato italiano ed il consequenziale diritto del minore di acquistare la nazionalità italiana; di ordinare all'Ufficiale dello stato civile di provvedere alla trascrizione e/o annotazione dell'atto di nascita del minore.

4. La Corte d'appello di Torino, con decreto del 4 dicembre 2014, in accoglimento del reclamo, ha ordinato all'Ufficiale dello stato civile di Torino di trascrivere l'atto di nascita di ...*omissis*...

La Corte ha premesso che il rapporto di filiazione tra la ...*omissis*... e il minore e la cittadinanza di quest'ultimo sono regolati dal diritto internazionale privato e, in particolare, dall'art. 33 della legge n. 218 del 1995, che rimette ogni determinazione al riguardo alla legge nazionale del figlio; pertanto, essendo ...*omissis*... figlio (anche) di una cittadina italiana ...*omissis*... secondo il diritto spagnolo, egli è anche cittadino italiano, a norma dell'art. 2 della legge 5 febbraio 1992, n. 91 (Nuove norme sulla cittadinanza), e quindi l'atto di nascita è trascrivibile nei registri dello stato civile italiano, ...*omissis*... , restando precluso al giudice italiano di sovrapporre autonomi accertamenti sulla validità di un titolo formato all'estero secondo la legge straniera.

Per i giudici di merito, la nozione di ordine pubblico, ai fini del diritto internazionale privato, deve essere valutata sotto il profilo dell'ordine pubblico internazionale e, quindi, in termini di conformità al complesso dei principi caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico e fondati sulle esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, comuni ai diversi ordinamenti e, quindi, sulla base di valori condivisi nella comunità giuridica sovranazionale, di cui parte importante è la giurisprudenza della Corte Edu ex art. 117, primo comma, Cost. e della Corte di giustizia Ue, valori tutti da interpretare in correlazione all'interesse superiore del minore.

Tanto premesso, la sentenza impugnata ha escluso la violazione del principio di ordine pubblico con riguardo ai diversi profili considerati: in ordine alla presunta incomparabilità con la nozione di "famiglia", intesa dal diritto italiano come unione di persone di sesso diverso, alle quali soltanto sarebbe data la possibilità di avere figli, la Corte di merito ha evidenziato la rilevanza costituzionale delle unioni di persone dello stesso sesso (art. 2 Cost.), i cui componenti sono titolari del diritto alla "vita familiare" (e non solo alla vita privata) e, in definitiva, del diritto inviolabile – azionabile a prescindere dall'intervento del legislatore ordinario in materia – di vivere liberamente la propria condizione di coppia e di ricevere un trattamento omogeneo a quello assicurato alle coppie eterosessuali; in ordine alla mancata derivazione del nato da un evento, come il parto, considerato dal nostro ordinamento come essenziale per il riconoscimento della filiazione materna (art. 269 c.c., terzo comma), la Corte ha posto l'accento sul rilievo decrescente conferito dall'ordinamento all'aspetto biologico o genetico nella determinazione della maternità, come della paternità, e sul rilievo invece crescente attribuito ai profili della volontarietà e della responsabilità genitoriale: indicazioni in tal senso ha tratto sia dalla legittimità delle pratiche di procreazione medicalmente assistita (PMA) di tipo eterologo, che consentono di attribuire la maternità e la paternità a coloro che, indipendentemente dall'apporto genetico, abbiano voluto il figlio, accettando di sottoporsi alle regole deontologiche e giuridiche che disciplinano tali pratiche, sia dal D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, che ha individuato nel concetto di responsabilità genitoriale il profilo caratterizzante il rapporto di filiazione.

Inoltre, ad avviso della Corte, la valutazione dell'interesse del bambino deve essere operata non sul piano del rapporto tra i partners, ma con riferimento allo *status* e alla tutela del figlio, senza introdurre *ex novo* una situazione giuridica inesistente, ma garantendo la copertura giuridica ad una situazione in essere da anni, nell'esclusivo interesse del bambino, cresciuto da due donne che la legge spagnola riconosce entrambe come madri: in tale interesse è implicito un divieto di disconoscimento di un rapporto, anche di fatto, validamente costituito fra la co-madre ...*omissis*... e il figlio.

Ulteriori argomenti la Corte ha tratto dalle due sentenze della Corte Edu del 26 giugno 2014 (*Mennesson e Labassee c. Francia*), che hanno ravvisato la violazione dell'art. 8 della Convenzione nel diniego opposto dalla Francia al riconoscimento del rapporto di filiazione e alla registrazione nei registri dello stato civile degli atti di nascita di bambini, legalmente formati in uno Stato estero, da due coppie di sesso diverso che avevano fatto ricorso, in quei casi, alla pratica della maternità surrogata (mediante donazione dei gameti maschili a due donne, estranee alle coppie, che avevano partorito), secondo modalità conformi alla legge del luogo di nascita.

In conclusione, secondo la Corte torinese, la mancata trascrizione dell'atto di nascita di ...*omissis*... comprimerebbe il diritto alla sua identità personale e al suo *status i*n Italia, sul cui territorio egli non avrebbe alcuna relazione parentale: né con la ...*omissis*..., che pure è la sua madre genetica (avendo donato l'ovulo), né con i parenti di quest'ultima, con la conseguenza che nessuno potrebbe esercitare la responsabilità genitoriale nei suoi confronti e rappresentarlo nei rapporti con le istituzioni sanitarie e

scolastiche e che sarebbe persino problematico per ...*omissis*... tenerlo con sé e spostarsi insieme a lui, senza considerare l'incertezza giuridica in cui il bambino si troverebbe nella società italiana, anche per la perdita dei diritti successori nei confronti della famiglia della ...*omissis*... Tali pregiudizi sarebbero infine aggravati in considerazione del fatto che la ...*omissis*... e la ...*omissis*... hanno divorziato consensualmente e che il bambino è stato affidato ad entrambe le madri, con condivisione della responsabilità genitoriale, cui consegue la necessità del loro reciproco consenso per prendere ed eseguire le decisioni più importanti, relative all'educazione, alla salute e agli spostamenti all'estero del minore.

5. Avverso il suddetto decreto hanno proposto ricorsi per cassazione il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Torino, sulla base di un complesso motivo, e il Ministero dell'Interno, sulla base di due motivi. Resistono ad entrambi i ricorsi, con distinti controricorsi, la ...*omissis*... e la ...*omissis*...

Ragioni della decisione

...*omissis*...

2. Il Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Torino, a sostegno del ricorso, proposto a norma dell'art. 111, settimo comma, Cost., avverso un provvedimento avente carattere decisorio, incidente su diritti soggettivi, e definitivo, ha denunciato la violazione o falsa applicazione degli artt. 18 del D.P.R. n. 396 del 2000, 269, terzo comma, c.c., e 65 della legge n. 218 del 1995, imputando alla Corte di merito di avere erroneamente escluso la contrarietà all'ordine pubblico di un atto di nascita, quale quello di specie, nel quale risulta che due donne sono madri dello stesso figlio.

In particolare, il decreto impugnato avrebbe erroneamente valorizzato alcune pronunce della Corte Edu del 2014, senza tuttavia considerare che la stessa Corte aveva riconosciuto agli Stati un ampio margine di apprezzamento discrezionale in materia, anche con riferimento alle pratiche di maternità surrogata, che in Italia sono vietate alle coppie dello stesso sesso, a norma dell'art. 12, comma 2, legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), non inciso dalla sentenza della Corte cost. n. 162 del 2014, che ha ammesso la fecondazione eterologa, al solo scopo di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana nelle coppie di sesso diverso, ma non di consentire di generare un figlio geneticamente o biologicamente riconducibile a due individui dello stesso sesso.

Inoltre, ad avviso del Procuratore Generale, la filiazione come discendenza da persone di sesso diverso è principio – desumibile dall'art. 269, terzo comma, c.c., in base al quale può essere riconosciuta madre del bambino solo colei che lo partorisce – che assurge al rango di principio di ordine pubblico e di diritto naturale, fondamentale e immanente nell'ordinamento, non essendo ammissibile l'attribuzione della maternità a due donne e non rilevando né la circostanza che la nascita sia avvenuta nell'ambito di un rapporto matrimoniale tra persone dello stesso sesso, inidoneo a produrre effetti nel nostro ordinamento, né il richiamo all'interesse del minore di vedere garantita la conservazione del rapporto genitoriale con la madre genetica (...*omissis*...), trattandosi di una mera situazione di fatto non tutelabile.

3. Il Ministero dell'Interno, a sua volta, ha denunciato, nel primo motivo, la violazione e falsa applicazione dell'art. 18 del D.P.R. n. 396 del 2000, per avere la Corte torinese accolto una "definizione eccessivamente estesa di ordine pubblico", che finirebbe per svuotare di significato la stessa norma italiana che quel limite pone a salvaguardia dell'insieme di principi e valori ritenuti fondamentali dal legislatore, tra i quali quello della imprescindibile differenza di sesso tra i genitori, quale requisito indispensabile per il riconoscimento del rapporto di filiazione nei confronti di un terzo soggetto. E non sarebbero pertinenti le due richiamate sentenze della Corte Edu (*Mennesson* e *Labbasse c. Francia*, del 26 giugno 2014), sia perché da esse non potrebbe farsi discendere automaticamente un obbligo per l'Italia di trascrivere un atto di nascita attestante una doppia maternità – che contrasterebbe con l'ordine pubblico, anche tenuto conto del notevole margine di apprezzamento che, come precisato dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 24001 del 2014, riconosciuto agli Stati – sia perché le citate sentenze della Corte di Strasburgo riguardano coppie eterosessuali e, quindi, situazioni non assimilabili a quella in esame.

Nel secondo motivo è denunciata la violazione e falsa applicazione degli artt. 5 e 9 della citata legge n. 40 del 2004, che confermerebbero il principio in base al quale la nozione di filiazione è intesa nel nostro ordinamento quale discendenza da persone di sesso diverso, avendo il legislatore posto un chiaro limite di carattere soggettivo alla possibilità di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA), precludendola alle coppie dello stesso sesso con una norma (art. 5) che è ancora in vigore (anche dopo la rimozione del divieto di fecondazione eterologa da parte della Corte costituzionale con la sentenza n. 162 del 2014) e la cui violazione è punita con una sanzione amministrativa pecuniaria a

carico di chiunque applichi tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie di persone dello stesso sesso (art. 12, comma 2); inoltre, alla possibilità di riconoscere l'esistenza di un rapporto di filiazione tra la controricorrente ...*omissis*... e ...*omissis*... osterebbe anche l'art. 9, comma 3, il quale prevede, in caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo, che il donatore di gameti non acquisisca alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non possa far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi.

...*omissis*...

4. Entrambi i ricorsi, da esaminare congiuntamente, sono infondati.

5. La questione che si pone, per la prima volta all'esame di questa Corte, consiste nello stabilire se la trascrizione in Italia (nella specie, richiesta all'Ufficiale dello stato civile di Torino) dell'atto di nascita, formato in Spagna e valido per il diritto spagnolo, di un bambino che risulti figlio di due donne coniugate in quel Paese – una spagnola (...*omissis*..., che l'ha partorito, e una italiana ...*omissis*..., che ha donato l'ovulo (nell'atto integrale di nascita esse sono indicate come "madre A" e "madre B") – sia consentita oppure contrasti con l'ordine pubblico, a norma degli artt. 18 del D.P.R. n. 396 del 2000 e 65 della legge n. 218 del 1995.

Premesso che ...*omissis*... è figlio, in Spagna, di entrambe le donne e cittadino spagnolo perché nato da cittadina di quel Paese, il decreto impugnato ha ritenuto che egli sia (anche) cittadino italiano, perché figlio anche di una cittadina italiana in base ad un atto valido secondo il diritto spagnolo e, quindi, trascrivibile in Italia, a norma dell'art. 17 del D.P.R. n. 396 del 2000 (che disciplina la trascrizione degli atti formati all'estero e relativi ai cittadini italiani).

Tale conclusione della Corte di merito è condivisibile all'ovvia condizione che l'atto di nascita straniero non sia incompatibile con l'ordine pubblico e, quindi, sia riconoscibile in Italia come titolo valido per la costituzione del rapporto di filiazione nei confronti della madre genetica (...*omissis*...), rapporto che costituisce il presupposto dell'acquisto della cittadinanza italiana, per il combinato disposto degli artt. 1, comma 1, lett. a) e 2, comma 1, della legge n. 91 del 1992. In altri termini, l'essere cittadino italiano di ...*omissis*... dipende dall'accertamento dell'esistenza di un rapporto di filiazione che sia valido (anche) per il diritto italiano: tale accertamento costituisce il presupposto (logico e giuridico) della questione relativa alla cittadinanza italiana, che nel giudizio di merito il Ministero ha contestato in via meramente incidentale e consequenziale rispetto a quella relativa allo status *filiationis* di ...*omissis*... nel suo rapporto con la ...*omissis*... secondo il diritto italiano.

È opportuno precisare che sulla questione della cittadinanza non v'è uno specifico motivo di censura da parte dei ricorrenti in questa sede.

6. La Corte torinese, in conformità alla giurisprudenza di legittimità, ha osservato che lo *status* di figlio, a norma dell'art. 33, commi 1 e 2, della legge n. 218 del 1995 (...*omissis*...), è determinato dalla sua legge nazionale al momento della nascita, cui è demandato di regolare presupposti ed effetti del relativo accertamento – ove, come nella specie, manchino norme di diritto interno di applicazione necessaria (art 17 della citata legge del 1995) –, sicché quello *status* dipende dai provvedimenti accertativi dello Stato estero di nascita, con divieto per il giudice italiano di sovrapporre propri accertamenti e fonti di informazione nazionali o estranee (cfr. Cass. n. 15234 del 2013, n. 367 e 14545 del 2003).

Tuttavia, sebbene l'atto di nascita di ...*omissis*... (nel quale egli risulta essere figlio di due donne) sia valido per il diritto spagnolo richiamato dall'art. 33, commi 1 e 2, della legge n. 218 del 1995, ai fini del riconoscimento in Italia del suo principale effetto, che è la costituzione di un rapporto di filiazione in Italia con la ...*omissis*... (donatrice dell'ovulo e, quindi, madre genetica), è necessario verificare se quell'atto sia contrario all'ordine pubblico, in applicazione degli art. 65 (e 16) della legge n. 218 del 1995 e 18 del D.P.R. n. 396 del 2000, norme in rapporto (correttamente definito dal Ministero dell'Interno in termini) di complementarietà: l'atto di stato civile formato all'estero validamente secondo la legge straniera ma, in ipotesi, contrario all'ordine pubblico non produrrebbe effetti in Italia, da ciò conseguendo l'impossibilità di trascriverlo. Questa verifica è stata adeguatamente compiuta dalla Corte torinese sulla base di argomentazioni infondatamente censurate dai ricorrenti.

A quest'ultimo riguardo, è indispensabile soffermarsi sul contenuto e sull'evoluzione della nozione di ordine pubblico nella giurisprudenza di legittimità.

7. Si è avuta una progressiva evoluzione nell'interpretazione della nozione di ordine pubblico (cui si aggiungeva, nell'abrogato art. 31 delle disposizioni sulla legge in generale, il richiamo al buon costume), inteso originariamente come espressione di un limite riferibile all'ordinamento giuridico nazionale, ai fini della salvaguardia di determinate concezioni di ordine morale e politico, particolarmente affermate nella società statuale e assunte dal legislatore (ordinario) a criteri direttivi e informatori della sua opera. Specialmente intorno agli anni Trenta dello scorso secolo, la nozione di ordine pubblico era funzionale ad escludere l'applicabilità delle norme straniere costituenti espressione di principi etici contrastanti con quelli dell'ordinamento interno in un determinato momento storico, o più precisamente con quei principi a cui lo Stato "non può o non crede di dover rinunziare" ovvero con i "sommi inderogabili canoni del nostro sistema positivo" (Cass., sez. un., n. 1220 del 1964; n. 3881 del 1969). La nozione di

ordine pubblico in senso internazionale veniva ritenuta non pertinente, in quanto troppo astratta (cfr. Cass. n. 818 del 1962), oppure legata ai principi dell'ordinamento interno, cioè alle regole di contenuto rigido, aderenti alle esigenze peculiari del singolo Stato e perciò destinate ad operare solo nel suo ambito. La conseguenza era di impedire l'applicazione, nel territorio dello Stato, di qualsiasi disposizione del diritto straniero non conforme a quelle norme di diritto interno che dal giudice fossero ritenute rappresentative di uno stabile assetto normativo nazionale.

A questa concezione di ispirazione statualista se ne è opposta un'altra, di maggiore apertura verso gli ordinamenti esterni e più aderente agli artt. 10, 11 e 117, primo comma, della Costituzione e alla corrispondente attuale posizione dell'ordinamento italiano in ambito internazionale. Tale più aperta concezione si fonda su una maggiore partecipazione dei singoli Stati alla vita della comunità internazionale, la quale sempre meglio è capace di esprimere principi generalmente condivisi e non necessariamente tradotti in norme interne, così da sottrarre la nozione di ordine pubblico internazionale sia ad un'eccessiva indeterminatezza sia ad un legame troppo rigido con i mutevoli contenuti delle legislazioni vigenti nei singoli ordinamenti nazionali. Se l'ordine pubblico si identificasse con quello esclusivamente interno, le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all'applicazione di norme materiali aventi contenuto analogo a quelle italiane, cancellando la diversità tra i sistemi giuridici e rendendo inutili le regole del diritto internazionale privato (cfr. Cass. n. 10215 del 2007, n. 14462 del 2000).

Questa evoluzione della nozione di ordine pubblico segna un progressivo e condivisibile allentamento del livello di guardia tradizionalmente opposto dall'ordinamento nazionale all'ingresso di norme, istituti giuridici e valori estranei. Se ne ha conferma nella normativa comunitaria, che esclude il riconoscimento delle decisioni emesse in uno Stato membro (ora previsto come automatico) nei soli casi di "manifesta" contrarietà all'ordine pubblico (cfr., ad es., l'art. 34 del regol. CE 22 dicembre 2001 n. 44, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale; l'art. 26 del regol. CE 11 luglio 2007 n. 864, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali; l'art. 22 e 23 del regol. CE 27 novembre 2003, n. 2201, in tema di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e della responsabilità genitoriale; l'art. 24 del regol. CE 18 dicembre 2008, n. 4/2009, in materia di obbligazioni alimentari). Nella giurisprudenza comunitaria il ricorso al limite dell'ordine pubblico presuppone l'esistenza di una minaccia reale, attuale e grave nei confronti di un interesse fondamentale della società (cfr. Corte giust. UE, 4 ottobre 2012, C-249/11, per giustificare le deroghe alla libera circolazione delle persone invocabili dagli Stati membri).

Nella giurisprudenza di legittimità più recente prevale il riferimento all'ordine pubblico internazionale, da intendersi come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria (cfr., tra le tante, Cass. n. 1302 e 19405 del 2013, n. 27592 del 2006, n. 22332 del 2004, n. 17349 del 2002). Il legame, pur sempre necessario con l'ordinamento nazionale, è da intendersi limitato ai principi fondamentali desumibili, in primo luogo, dalla Costituzione (già secondo Corte cost. n. 214 del 1983, la verifica del rispetto dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale costituisce un "passaggio obbligato della tematica dell'ordine pubblico"), ma anche – laddove compatibili con essa (come nella materia in esame) – dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo.

In altri termini, i principi di ordine pubblico devono essere ricercati esclusivamente nei principi supremi e/o fondamentali della nostra Carta costituzionale, vale a dire in quelli che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario (non sarebbe conforme a questa impostazione, ad esempio, l'orientamento espresso da Cass. n. 3444 del 1968 che, in passato, negava ingresso alle sentenze straniere di divorzio, solo perché la legislazione ordinaria dell'epoca stabiliva l'indissolubilità del matrimonio, sebbene detta indissolubilità non esprimesse alcun principio o valore costituzionale essenziale; v. Corte cost. n. 169 del 1971 sulla dissolubilità degli effetti civili del matrimonio concordatario).

Ciò significa che un contrasto con l'ordine pubblico non è ravvisabile per il solo fatto che la norma straniera sia difforme contenutisticamente da una o più disposizioni del diritto nazionale, perché il parametro di riferimento non è costituto (o non è costituito più) dalle norme con le quali il legislatore ordinario eserciti (o abbia esercitato) la propria discrezionalità in una determinata materia, ma esclusivamente dai principi fondamentali vincolanti per lo stesso legislatore ordinario. La ricerca di tali principi – è opportuno precisare – richiede una delicata operazione ermeneutica che non si fermi alla lettera della disposizione normativa, seppure di rango costituzionale, com'è dimostrato dal fatto che esistono in Costituzione norme dalle quali non si evincono principi inviolabili e che, quindi, non concorrono ad integrare la nozione di ordine pubblico (è il caso, ad esempio, dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali che, sebbene sancito dall'art. 111, sesto comma, Cost. non rientra tra i principi inviolabili fissati a garanzia del diritto di difesa, cfr. Cass. n. 3365 del 2000).

Il giudice, al quale è affidato il compito di verificare preventivamente la compatibilità della norma straniera con tali principi, dovrà negare il contrasto con l'ordine pubblico in presenza di una mera in-

compatibilità (temporanea) della norma straniera con la legislazione nazionale vigente, quando questa rappresenti una delle possibili modalità di espressione della discrezionalità del legislatore ordinario in un determinato momento storico. Da tempo, infatti, questa Corte ha precisato che le norme espressive dell'ordine pubblico non coincidono con quelle imperative o inderogabili (cfr. Cass. n. 4040 del 2006, n. 13928 del 1999, n. 2215 del 1984), sicché il contrasto con queste ultime non costituisce, di per sé solo, impedimento all'ingresso dell'atto straniero; il giudice deve avere riguardo non già all'astratta formulazione della disposizione straniera o alla correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o di quello italiano, bensì "ai suoi effetti" (come ribadito da Cass. n. 9483 del 2013), in termini di compatibilità con il nucleo essenziale dei valori del nostro ordinamento.

Si tratta di un giudizio (o di un test) simile a quello di costituzionalità, ma preventivo e virtuale, dovendosi ammettere il contrasto con l'ordine pubblico soltanto nel caso in cui il giudice possa motivatamente ritenere che al legislatore ordinario sarebbe ipoteticamente precluso di introdurre, nell'ordinamento interno, una norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con valori costituzionali primari.

La progressiva riduzione della portata del principio di ordine pubblico – tradizionalmente inteso come clausola di sbarramento alla circolazione dei valori giuridici cui tende, invece, il sistema del diritto internazionale privato – è coerente con la storicità della nozione e trova un limite soltanto nella potenziale aggressione dell'atto giuridico straniero ai valori essenziali dell'ordinamento interno, da valutarsi in armonia con quelli della comunità internazionale.

Al riguardo, può osservarsi che in tale prospettiva si colloca una condivisibile pronuncia della Corte federale di giustizia tedesca (10-19 dicembre 2014, X c. Land di Berlino, in *www.personaedanno.it*, 2015), la quale, in tema di valutazione dell'interesse del minore alla conservazione dello *status* di filiazione legittimamente acquisito all'estero, ha stabilito che i giudici tedeschi si devono adeguare non all'ordine pubblico nazionale, ma al più liberale principio dell'ordine pubblico internazionale, con il quale una sentenza straniera non è incompatibile solo perché il giudice, giudicando sulla base delle norme imperative tedesche, sarebbe giunto a un risultato diverso, essendo invece determinante che il risultato dell'applicazione del diritto straniero non sia in contraddizione radicale con principi fondamentali di giustizia.

Si deve, pertanto, affermare il seguente principio di diritto: il giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero (nella specie, dell'atto di nascita), i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia, a norma degli artt. 16, 64, 65 della legge n. 218 del 1995 e 18 D.P.R. n. 396 del 2000, deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Si tratta, in particolare, della tutela dell'interesse superiore del minore, anche sotto il profilo della sua identità personale e sociale, e in generale del diritto delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia, valori questi già presenti nella Carta costituzionale (artt. 2, 3, 31 e 32 Cost.) e la cui tutela è rafforzata dalle fonti sovranazionali che concorrono alla formazione dei principi di ordine pubblico internazionale.

8. La *ratio* principale alla base del decreto impugnato sta, infatti, nella tutela del superiore e preminente interesse del minore che, come evidenziato dalla Corte costituzionale (sent. n. 31 del 2012), è complesso e articolato in diverse situazioni giuridiche, che hanno trovato riconoscimento e tutela sia nell'ordinamento internazionale sia in quello interno.

Quanto al primo, vengono in rilievo: innanzitutto, la Convenzione sui diritti del fanciullo (cioè di "ogni essere umano avente un'età inferiore a diciotto anni, salvo se abbia raggiunto prima la maturità in virtù della legislazione applicabile", ai sensi dell'art. 1), fatta a New York il 20 novembre 1989, resa esecutiva in Italia dalla legge 27 maggio 1991, n. 176; la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996, resa esecutiva dalla legge 20 marzo 2003, n. 77, che nell'art. 6, nel disciplinare il processo decisionale nei procedimenti riguardanti i fanciulli, detta le modalità cui l'autorità giudiziaria deve conformarsi "prima di giungere a qualunque decisione", stabilendo in particolare che l'autorità stessa deve acquisire "informazioni sufficienti al fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del minore"; la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e riproclamata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, che nell'art. 24, par. 2, prescrive che "in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente".

E non diverso è l'indirizzo dell'ordinamento interno, nel quale l'interesse morale e materiale del minore (la cui tutela è già implicita nell'art. 30, primo comma, Cost. sul diritto-dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli) ha assunto carattere di piena centralità, specialmente dopo la riforma attuata con la legge 19 maggio 1975, n. 151 (Riforma del diritto di famiglia), e dopo la riforma dell'adozione realizzata con la legge 4 maggio 1983, n. 184 (Disciplina dell'adozione e dell'affidamento

dei minori), come modificata dalla legge 28 marzo 2001, n. 149 (Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184), cui hanno fatto seguito varie leggi speciali che hanno introdotto forme di tutela dei diritti del minore sempre più incisive (cfr. artt. 336 bis e 337 quater c.c., inseriti negli artt. 53 e 55 del D.Lgs. n. 154 del 2013, e, da ultimo, la legge 19 ottobre 2015, n. 173, sul diritto alla continuità dei rapporti affettivi dei minori in affido familiare).

8.1. L'obiezione, sostanzialmente richiamata dai ricorrenti – secondo cui l'interesse del minore rileverebbe esclusivamente nelle decisioni relative alla valutazione della capacità e responsabilità genitoriale (ad esempio, ai fini dell'adozione) e non ai fini del riconoscimento dello *status* di filiazione, che si fonderebbe soltanto sulla discendenza biologica (da persone di sesso diverso) -, è smentita sia dai ricordati dati normativi, che impongono al giudice di valutare come "preminente" l'interesse "superiore" del minore "in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi" (art. 3, par. 1, della Convenzione di New York), sia dalla constatazione che l'interesse del minore "trascende le implicazioni meramente biologiche del rapporto con la madre (e) reclama una tutela efficace di tutte le esigenze connesse a un compiuto e armonico sviluppo della personalità" (Corte cost. n. 205 del 2015, al p. 4).

Contrariamente a quanto sostenuto dai ricorrenti, l'interesse del minore ha un valore non di mero fatto, ma giuridico e preminente, com'è ulteriormente confermato da solidi indici di rilievo sistematico: dalla necessità di valutare gli stessi "principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori (…) in relazione al superiore interesse del minore" (art. 35, terzo e quarto comma, della legge n. 184 del 1983, in tema di adozione di minori stranieri); dalla illegittimità costituzionale della norma del codice penale (art. 569) che faceva derivare, dalla condanna del genitore per il delitto di alterazione di stato (previsto dall'art. 567, secondo comma), l'automatica perdita della potestà genitoriale, in tal modo pregiudicando il *best interest* del minore "a vivere e crescere nella propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori" (Corte cost. n. 31 del 2012, al p. 3).

8.2. L'interesse superiore del minore che, come detto (v. n. 8), è complesso e articolato in diverse situazioni giuridiche, nella specie si sostanzia nel diritto a conservare lo *status* di figlio, riconosciutogli da un atto validamente formato in un altro Paese dell'Unione europea.

Il diritto alla continuità di tale *status* è conseguenza diretta del *favor filiationis*, scolpito negli artt. 13, comma 3, e art. 33, commi 1 e 2, della legge n. 218 del 1995, ed è implicitamente riconosciuto nell'art. 8, par. 1, della Convenzione di New York sul "diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali".

La Corte Edu (*Marckx c. Belgio*, 13 giugno 1979) e la Corte costituzionale (da ultimo, con la citata sentenza n. 31 del 2012) hanno affermato da tempo il diritto del minore all'integrazione nella famiglia di origine fin dalla nascita e alla continuità dei rapporti con i suoi familiari; la Corte di Strasburgo ha evidenziato la "relazione diretta" tra il diritto alla "vita privata" e quello all'identità, non solo fisica, ma anche sociale del minore (*Mikulic c. Croazia*, 7 febbraio 2002, p. 34-36), essendo la filiazione un "aspetto essenziale dell'identità delle persone" (nel caso *Mennesson c. Francia* del 2014, p. 80 e anche 46, 77, 96 ss.); il diritto alla conservazione del cognome costituisce un profilo complementare del diritto all'identità e alla circolazione delle persone (Corte giust. UE, 2 ottobre 2003, C-148/02, *Garcia Avello c. Belgio*; 14 ottobre 2008, C-353/06, *Grunkin c. Germania*); e poiché, come nella specie, la nazionalità dipende – si è detto (cfr., *supra*, p. 4) – dalla sussistenza del rapporto di filiazione, il mancato riconoscimento di quest'ultimo avrebbe l'effetto di compromettere quel diritto all'identità personale del figlio di cui la nazionalità è un elemento costitutivo (Corte Edu, *Genovese c. Malta*, 11 ottobre 2011, p. 33).

Il mancato riconoscimento in Italia del rapporto di filiazione, legalmente e pacificamente esistente in Spagna, tra ...*omissis*... e uno dei genitori (...*omissis*...), determinerebbe una "incertezza giuridica", già stigmatizzata dalla Corte Edu (nel più volte menzionato caso *Mennesson c. Francia*, p. 96 ss.), ovvero una "situazione giuridica claudicante" (Corte federale tedesca del 2014 cit.), che influirebbe negativamente sulla definizione dell'identità personale del minore, in considerazione delle conseguenze pregiudizievoli concernenti la possibilità, non solo di acquisire la cittadinanza italiana e i diritti ereditari, ma anche – come accertato dalla Corte torinese e non censurato dai ricorrenti – di circolare liberamente nel territorio italiano e di essere rappresentato dal genitore nei rapporti con le istituzioni italiane, al pari degli altri bambini e anche di coloro che, nati all'estero abbiano ottenuto il riconoscimento negato al piccolo ...*omissis*...

Su questi aspetti, connessi al rapporto di filiazione tra il minore e il proprio genitore, non incide lo scioglimento del rapporto matrimoniale *medio tempore* intervenuto tra i coniugi ...*omissis*... e ...*omissis*..., come rilevato dalla Corte di merito, la quale ha implicitamente e plausibilmente desunto la meritevolezza dell'interesse di ...*omissis*... ad essere riconosciuto figlio della ...*omissis*... (in Italia) anche dal consenso manifestato dall'altro genitore.

Neppure si può trascurare che precludendosi al minore di avere un secondo genitore (a lui, tra l'altro, legato geneticamente), oltre a quello che l'ha partorito, per considerazioni legate a finalità preven-

tive e repressive, si violerebbe il suo interesse ad avere due genitori e non uno solo, in contrasto cui la regola posta nell'art. 24, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, secondo il quale "il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo quando ciò sia contrario al suo interesse" (questa prospettiva è stata valorizzata anche nell'ordinamento interno fin dalla legge 8 febbraio 2006, n. 54, sull'affidamento condiviso, ed ora dal D.Lgs. n. 154 del 2013: cfr. il previgente art. 155, primo comma, ed il vigente art. 337 ter, primo comma, c.c.).

8.3. I ricorrenti hanno, poi, sottolineato l'ampio "margine di apprezzamento" riconosciuto dalla Corte Edu agli Stati nelle materie eticamente sensibili, al fine, non solo, di autorizzare o no le pratiche di fecondazione assistita e di riconoscere o no un legame di filiazione nei confronti dei minori concepiti all'estero, ma anche di scoraggiare i loro cittadini dall'accedere all'estero alle pratiche di fecondazione assistita vietate nel loro territorio.

Tuttavia, la Corte di Strasburgo ha precisato che, quando sono in gioco aspetti importanti dell'esistenza o dell'identità degli individui, il margine di apprezzamento degli Stati è di norma ristretto (cfr. sentenza *Mennesson* cit., p. 77 e 80) e che, in ogni caso, "il riferimento all'ordine pubblico non può essere preso come una carta bianca che giustifichi qualsiasi misura, in quanto l'obbligo di tenere in considerazione l'interesse superiore del minore incombe allo Stato indipendentemente dalla natura del legame genitoriale, genetico o di altro tipo" (sentenza 27 gennaio 2015, Paradiso e Campanelli c. Italia, p. 80).

Non si può ricorrere alla nozione di ordine pubblico per giustificare discriminazioni nei confronti dei minori e, nella specie, del piccolo ...*omissis*..., qualora fosse disconosciuto il suo legittimo *status* di figlio della ...*omissis*..., a causa nella scelta di coloro che lo hanno messo al mondo mediante una pratica di procreazione assistita non consentita in Italia: delle conseguenze di tale comportamento, imputabile ad altri, non può rispondere il bambino che è nato e che ha un diritto fondamentale alla conservazione dello *status* legittimamente acquisito all'estero (v., *infra*, p. 10.3). Vi sarebbe altrimenti una violazione del principio di uguaglianza, intesa come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali.

8.4. Il Ministero dell'interno ha ulteriormente obiettato che, riconoscendo l'atto di nascita di ...*omissis*..., si finirebbe per introdurre in Italia, di fatto e surrettiziamente, la possibilità di trascrivere atti di nascita da persone dello stesso sesso, nonostante l'assenza di una previsione legislativa che lo consenta e regoli la fattispecie. È agevole replicare che il giudizio riguardante la compatibilità con l'ordine pubblico secondo il diritto internazionale privato – è finalizzato non già ad introdurre in Italia direttamente la legge straniera, come fonte autonoma e innovativa di disciplina della materia, ma esclusivamente a riconoscere effetti in Italia ad uno specifico atto o provvedimento straniero relativo ad un particolare rapporto giuridico tra determinate persone.

Si deve enunciare il seguente principio di diritto: il riconoscimento e la trascrizione nei registri dello stato civile in Italia di un atto straniero, validamente formato in Spagna, nel quale risulti la nascita di un figlio da due donne – in particolare, da una donna italiana (indicata come madre B) che ha donato l'ovulo ad una donna spagnola (indicata come madre A) che l'ha partorito, nell'ambito di un progetto genitoriale realizzato dalla coppia, coniugata in quel paese – non contrastano con l'ordine pubblico per il solo fatto che il legislatore nazionale non preveda o vieti il verificarsi di una simile fattispecie sul territorio italiano, dovendosi avere riguardo al principio, di rilevanza costituzionale primaria, dell'interesse superiore del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla continuità dello *statua filiationis*, validamente acquisito all'estero (nella specie, in un altro paese della UE).

9. È senz'altro vero, sul piano assiologico, che l'interesse del minore presenta un rilievo costituzionale primario e, quindi, sovraordinato a valori confliggenti espressi dalla legislazione nazionale ordinaria. Tuttavia, il PG di Torino e il Ministero dell'interno deducono l'esistenza di altri principi e valori fondamentali, di pari rango, a livello costituzionale, con i quali anche il principio del *best interest* del minore si dovrebbe confrontare, con un esito interpretativo che si invoca in senso opposto a quello cui è approdata la Corte d'appello di Torino nel decreto impugnato.

In effetti, il principio dell'interesse del minore "da solo non può essere decisivo" (in tal senso, Corte Edu, 3 ottobre 2014, *Jeunesse c. Olanda*, p. 109): altrimenti, tale diritto diventerebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente garantite alla persona, che costituiscono nel loro insieme la tutela della sua dignità; infatti, tutti i diritti costituzionalmente protetti si trovano in rapporto di integrazione reciproca e sono soggetti al bilanciamento necessario ad assicurare una tutela unitaria e non frammentata degli interessi costituzionali in gioco (Corte cost. n. 85 del 2013, n. 10 del 2015, n. 63 del 2016).

La dottrina ha opportunamente evidenziato come il principio dell'interesse del minore, anche se preminente, debba essere bilanciato con altri valori e principi, di pari rango, che – nella fattispecie – i ricorrenti hanno indicato: nelle regole inderogabili stabilite dalla legge n. 40 del 2004, in tema di procreazione medicalmente assistita; nel principio secondo cui, nel nostro ordinamento, è madre solo colei che partorisce e, implicitamente, nel fatto che nella tutela riconoscibile (e ora riconosciuta dalla legge 20 maggio 2016, n.76) alle coppie dello stesso sesso non è compresa quella di generare e allevare figli.

Se tali principi avessero davvero una rilevanza costituzionale primaria e, quindi, fossero vincolanti per lo stesso legislatore ordinario, allora – seguendo il delineato percorso metodologico (cfr., *supra*, p.7) – si dovrebbe ammettere il contrasto con l'ordine pubblico dell'atto straniero di nascita da due donne, dal momento che una disciplina analoga a quella spagnola non sarebbe – in tesi introducibile in Italia dal legislatore nazionale.

Si tratta, allora, di valutare se quelli invocati dai ricorrenti integrino principi e valori essenziali o irrinunciabili del nostro ordinamento, oppure soltanto opzioni legislative in ambiti materiali nei quali – come in quelli disciplinati dalla legge n. 40 del 2004 o dall'art. 269 c.c., terzo comma, – non esistano "rime costituzionali obbligate".

10. I ricorrenti partono dal presupposto che quella realizzata dalle signore ...*omissis*... e ...*omissis*... sia stata una surrogazione di maternità o maternità surrogata o una pratica ad essa assimilabile, poiché a rivendicare lo *status* di madre è una donna (...*omissis*...) diversa da colei che ha partorito; evidenziano che la sentenza della Corte cost. n. 162 del 2014, che ha dichiarato incostituzionale il divieto incondizionato della fecondazione eterologa nelle coppie eterosessuali, non abbia inciso sui persistenti divieti per le coppie *same-sex* di fare ricorso alle pratiche di PMA, essendo rimasta ferma la punibilità sia dei terzi che le applichino con una sanzione amministrativa pecuniaria (art. 5, e art. 12, comma 2 della legge n. 40 del 2004), sia di coloro che realizzino una "surrogazione di maternità" con una sanzione penale (art. 12, comma 6); osservano che, alla possibilità di riconoscere l'esistenza di un rapporto di filiazione tra la ...*omissis*... e ...*omissis*..., osterebbe anche l'art. 9, comma 3, della stessa legge, che prevede, in caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo, che il donatore di gameti non acquisisca alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non possa far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi; di conseguenza, non potrebbe riconoscersi lo *status* di figlio a chi è nato in conseguenza della violazione delle richiamate norme imperative dell'ordinamento italiano.

Tali argomentazioni sono infondate.

10.1. Si deve ribadire che la difformità della legge spagnola rispetto a quella italiana non è causa, di per sé sola, di violazione dell'ordine pubblico, a meno che non si dimostri che la legge n. 40 del 2004, contenga principi fondamentali e costituzionalmente obbligati e che, quindi, non sarebbe consentito al legislatore italiano porre una disciplina analoga o assimilabile a quella spagnola. Questa evenienza è da escludere, trattandosi di materia in cui ampio è il potere regolatorio e, quindi, lo spettro delle scelte possibili da parte del legislatore ordinario, come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale (nella sent. n. 162 del 2014, p. 3.5), la quale ha osservato che si tratta di 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".

Quest'ultima è una condivisibile constatazione che conduce ad un esito opposto a quello invocato dai ricorrenti, poiché, se è ampia la discrezionalità del legislatore nella concreta disciplina della materia, ciò significa che non esiste un vincolo costituzionale dal punto di vista dei contenuti, ed allora non si può opporre l'ordine pubblico per impedire l'ingresso nell'ordinamento interno dell'atto di nascita di ...*omissis*..., solo perché formato all'estero secondo norme non conformi a quelle attualmente previste dalle leggi ordinarie italiane, seppure imperative, ma astrattamente modificabili dal legislatore futuro.

Si deve affermare il seguente principio di diritto: l'atto di nascita straniero (valido, nella specie, sulla base di una legge in vigore in un altro paese della UE) da cui risulti la nascita di un figlio da due madri (per avere l'una donato l'ovulo e l'altra partorito), non contrasta, di per sé, con l'ordine pubblico per il fatto che la tecnica procreativa utilizzata non sia riconosciuta nell'ordinamento italiano dalla legge n. 40 del 2004, la quale rappresenta una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario su una materia, pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, sulla quale le scelte legislative non sono costituzionalmente obbligate.

10.2. La legge n. 40 del 2004, non consente alle coppie dello stesso sesso di accedere alle tecniche di PMA (art. 5) e punisce chi le "applica" con una sanzione amministrativa pecuniaria (art. 12, comma 2). Di "surrogazione di maternità" e di "commercializzazione di gameti o di embrioni" parla l'art. 12, comma 6, che le vieta con una norma che – come sottolineato dalla Corte cost. n. 162 del 2004 (al p. 9) – è attualmente in vigore e le punisce con una sanzione penale detentiva nei confronti di "chiunque, in qualsiasi forma, (le) realizza, organizza o pubblicizza".

Per surrogazione di maternità o maternità surrogata (o gestazione per altri) si intende la pratica con la quale una donna assume l'obbligo di provvedere alla gestazione e al parto per conto di altra persona o di una coppia sterile, alla quale si impegna a consegnare il nascituro: in tal caso, una donna utilizza il corpo di un'altra donna che presta il proprio al solo fine di aiutarla a realizzare il suo esclusivo desiderio di avere un figlio.

Nel caso in esame, invece una donna (...*omissis*...) ha partorito un bambino (anche) per sé, sulla base di un progetto di vita della coppia costituita con la sua partner femminile (...*omissis*...): quest'ultima non si è limitata a dare il consenso alla inseminazione da parte di un donatore di gamete maschile (eviden-

temente esterno alla coppia), ma ha donato l'ovulo che è servito per la fecondazione ed ha consentito la nascita di ...*omissis*... (partorito dalla ...*omissis*...), frutto dell'unione di due persone coniugate in Spagna.

È questa una fattispecie diversa e non assimilabile ad una surrogazione di maternità: tale conclusione non è contraddetta dalla constatazione degli elementi di diversità (ma anche di comunanza) rispetto alle tecniche di PMA riconosciute dalla legge italiana.

Quella utilizzata dalle signore ...*omissis*... e ...*omissis*... è una tecnica fecondativa simile sia a una fecondazione eterologa (consentita alle coppie eterosessuali a certe condizioni) – in virtù dell'apporto genetico di un terzo (ignoto), donatore del gamete per la realizzazione del progetto genitoriale proprio di una coppia che, essendo dello stesso sesso, si trovi in una situazione assimilabile a quella di una coppia di persone di sesso diverso cui sia diagnosticata una sterilità o infertilità assoluta e irreversibile -, sia a una fecondazione omologa, in virtù del contributo genetico dato da un partner all'altro nell'ambito della stessa coppia. E, tuttavia, si distingue da entrambe: da quest'ultima, perché il gamete maschile è stato fornito necessariamente da un donatore terzo; dalla prima, avendo la ...*omissis*... donato l'ovulo e, quindi, contribuito geneticamente all'attuazione di un progetto genitoriale comune con la partner partoriente (contrariamente a quanto accade nella comune fecondazione eterologa, nella quale è anche possibile che il feto non sia geneticamente legato a nessuno dei due genitori legali, in caso di utilizzazione di entrambi i gameti esterni alla coppia, ove la donna della coppia si limiti a portare avanti la gravidanza fino al parto). E ciò rende non pertinente il richiamo, nella fattispecie, all'art. 9, comma 3, che esclude che il donatore di gameti acquisisca relazioni giuridiche parentali con il nato e possa far valere nei suoi confronti diritti o essere titolare di obblighi.

Pertanto, la pratica fecondativa utilizzata nel caso in esame non è configurabile come una maternità surrogata, presentando aspetti comuni ad una fecondazione eterologa e il fatto che sia disciplinata dal legislatore spagnolo (che riconosce il nato come figlio di due madri) in modo difforme rispetto alla nostra attuale legge n. 40 del 2004, come s'è detto, non significa, di per sé, che l'atto di nascita spagnolo contrasti con l'ordine pubblico italiano. La previsione di una sanzione amministrativa pecuniaria (art. 12, secondo comma, della legge n. 40 del 2004) per i terzi che applichino le tecniche di fecondazione eterologa alle coppie composte da persone dello stesso sesso, non esprime un valore costituzionale superiore e inderogabile, idoneo ad assurgere a principio di ordine pubblico.

Si deve affermare il seguente principio di diritto: in tema di PMA, la fattispecie nella quale una donna doni l'ovulo alla propria partner (con la quale, nella specie, è coniugata in Spagna) la quale partorisca, utilizzando un gamete maschile donato da un terzo ignoto, non costituisce un'ipotesi di maternità surrogata o di surrogazione di maternità, ma un'ipotesi di genitorialità realizzata all'interno della coppia, assimilabile alla fecondazione eterologa, dalla quale si distingue per essere il feto legato biologicamente ad entrambe le donne registrate come madri in Spagna (per averlo l'una partorito e per avere l'altra trasmesso il patrimonio genetico).

10.3. Inoltre, è decisivo il rilievo (cui si è accennato *supra*, p. 8.3) che le conseguenze della violazione delle prescrizioni e dei divieti posti dalla legge n. 40 del 2004 – imputabile agli adulti che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale in Italia – non possono ricadere su chi è nato, il quale ha un diritto fondamentale, che dev'essere tutelato, alla conservazione dello *status filiationis* legittimamente acquisito all'estero nei confronti della madre genetica e alla continuità dei rapporti affettivi. Di ciò è ben consapevole lo stesso legislatore che, all'art. 9, comma 1, della legge n. 40 del 2004, ha previsto che, in caso di ricorso a tecniche (allora vietate) di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, il coniuge o convivente consenziente non possa esercitare l'azione di disconoscimento della paternità né impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità.

È significativo che la Corte Edu (nel caso *Mennesson*, cit.), pur escludendo la violazione del diritto alla vita familiare lamentata dagli aspiranti genitori che avevano fatto ricorso all'estero ad una tecnica di PMA vietata in Francia abbia affermato la violazione del diritto alla vita privata dei figli minori, per avere la Francia disconosciuto il loro *status filiationis* acquisito all'estero.

È opportuno richiamare la sentenza n. 494 del 2002 (al p. 5), con la quale la Corte costituzionale, dichiarando l'illegittimità dell'art. 278, primo comma, c.c. che escludeva la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità nei casi in cui era vietato il riconoscimento dei figli incestuosi, ha affermato che imporre una *capitis deminutio* perpetua e irrimediabile ai figli (in quel caso incestuosi) come conseguenza oggettiva di comportamenti di terzi soggetti, costituirebbe "una evidente violazione del diritto a uno *status filiationis*, riconducibile all'art. 2 della Costituzione, e del principio costituzionale di uguaglianza, come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali".

11. Al superiore interesse del minore alla continuità dello *status filiationis*, validamente acquisito all'estero nei confronti della madre genetica (donatrice dell'ovulo), e alla connessa tutela della sua identità personale e sociale, non può validamente opporsi – come invece sostenuto dai ricorrenti – il principio secondo cui, nell'ordinamento italiano, è madre solo colei che partorisce (art. 269, 3 comma, cc.), con la conseguenza che non può esserlo anche colei che abbia contribuito alla nascita del figlio con la do-

nazione dell'ovulo. Secondo i ricorrenti, questo sarebbe un principio di diritto naturale e, comunque, fondamentale dell'ordinamento nazionale e, come tale, rilevante sotto il profilo dell'ordine pubblico, in quanto espressione dell'importanza imprescindibile che per lo sviluppo e la formazione dell'essere umano assume la relazione del tutto particolare e insostituibile con la madre durante il periodo della gestazione. Il Collegio ritiene che tale impostazione debba essere in parte rimeditata.

11.1. Quello enunciato dal terzo comma dell'art. 269 c.c. ha costituito per millenni un principio fondamentale (*Mater semper certa est*), idoneo a fotografare gli effetti, sul piano del diritto, della piena coincidenza in una sola donna di colei che partorisce e di colei che trasmette il patrimonio genetico. Questa coincidenza, tuttavia, nel tempo è divenuta non più imprescindibile, per via dell'evoluzione scientifico-tecnologica che ha reso possibile scindere la figura della donna che ha partorito da quella che ha trasmesso il patrimonio genetico grazie all'ovulo utilizzato per la fecondazione. Se è indiscutibile l'importanza della gravidanza per il particolarissimo rapporto che si instaura tra il feto e la madre, non si può negare l'importanza del contributo dato dalla donna che ha trasmesso il patrimonio genetico, decisivo per lo sviluppo e per l'intera vita del nato.

Il citato terzo comma dell'art. 269 c.c. impedisce a colei che ha contribuito alla nascita, trasmettendo il patrimonio genetico, di rivendicare lo *status* di madre, con i connessi diritti, ma anche con le responsabilità nei confronti del nato. Il problema che si pone è se questa disposizione esprima un principio che trovi un diretto fondamento nella nostra Costituzione, al punto di non consentire al legislatore ordinario di modificarla per adeguarla ai tempi e al mutato contesto sociale: perché solo in tal caso (seguendo il percorso metodologico delineato *supra*, al p. 7) essa potrebbe assurgere al rango di principio di ordine pubblico, idoneo quindi ad impedire, nella specie, il riconoscimento in Italia di un atto di nascita spagnolo difforme, che riconosca la qualità di madre anche alla donna che ha donato l'ovulo alla propria partner, in attuazione di un progetto genitoriale comune.

Il Collegio non condivide l'impostazione dei ricorrenti, seguendo la quale si dovrebbe concludere che la Costituzione – che pure, all'art. 31, secondo comma, "protegge la maternità" direttamente (cioè senza l'intermediazione del legislatore) e nelle diverse declinazioni che essa può assumere nell'evoluzione del costume sociale – tuteli esclusivamente la maternità che si manifesti con il parto, relegando nel mondo dell'irrilevanza giuridica la trasmissione del patrimonio genetico racchiuso nell'ovulo donato dalla donna. Tanto più quando ciò sia avvenuto deliberatamente nell'ambito di un progetto di vita comune e responsabile, il cui esito – consentito dalla legge straniera – è stato quello della bigenitorialità materna (avendo entrambe le donne contribuito a dare la vita al nato, l'una con la gravidanza e il parto, l'altra trasmettendo il proprio patrimonio genetico e avendolo entrambe allevato e accudito). Ed è nota l'importanza assunta nell'evoluzione normativa, quale profilo caratterizzante il rapporto di filiazione (cfr. il D.Lgs. n. 154 del 2013), dal concetto di responsabilità genitoriale, che si manifesta nella decisione di colei che la assume in proprio, accudendo e allevando il nato nella propria famiglia.

L'intuizione di una parte della dottrina, secondo la quale l'art. 269, terzo comma, c.c. è una norma riguardante la prova della maternità, trova conferma nel secondo comma, del medesimo articolo, il quale stabilisce che "la prova della paternità e della maternità può essere data con ogni mezzo" (analoga disposizione è contenuta nell'art. 241 c.c., sulla "prova in giudizio" della filiazione "quando mancano l'atto di nascita e il possesso di stato"); questa Corte ha avuto occasione di affermare che la prova del parto "non costituisce l'unica prova ammissibile al predetto fine, potendo, in mancanza di quella dimostrazione, la prova della filiazione essere data con ogni altro mezzo, anche presuntivo, ed in particolare attraverso altra sentenza civile o penale da cui la maternità indirettamente risulti, salva restando la prova contraria da parte del controinteressato" (cfr. Cass. n. 1465 del 1983).

Neppure si può negare l'importanza del legame genetico sotto il profilo dell'identità personale, nella quale sono compresi il diritto di accertare la propria discendenza biologica (Corte Edu, 14 gennaio 2016, *Mandet c. Francia*), il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini (Corte cost. n. 278 del 2013) e il diritto del nato di vivere ed essere allevato nella famiglia di origine, essendo l'adozione una *extrema ratio* (da ultimo, Cass. n. 7391 del 2016). L'imprescrittibilità riguardo al figlio delle azioni di stato (artt. 270, primo comma; 263, secondo comma; 244, quinto comma, c.c.) dimostra l'importanza della discendenza biologica e della connessa identità personale, la cui tutela rientra a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona riconosciuti dalla nostra Costituzione, prima ancora che dalle fonti internazionali. La Corte costituzionale, infatti, ha ritenuto (nell'ordinanza n. 7 del 2012) che "la crescente considerazione del *favor veritatis* (la cui ricerca risulta agevolata dalle avanzate acquisizioni scientifiche nel campo della genetica e dall'elevatissimo grado di attendibilità dei risultati delle indagini: sentenze n. 50 e n. 266 del 2006) non si ponga in conflitto con il *favor minoris*, poiché anzi la verità biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell'interesse del medesimo minore, che si traduce nella esigenza di garantire ad esso il diritto alla propria identità e, segnatamente, alla affermazione di un rapporto di filiazione veridico (sentenze 322 del 2011, n. 216 e n. 112 del 1997)".

Infine, dalla giurisprudenza europea emerge un principio di favore per il riconoscimento degli atti stranieri di nascita formati all'estero, in conformità alla *lex loci*, quantomeno quando vi sia un legame

genetico tra l'aspirante genitore e il nato, a prescindere dalla tecnica procreativa utilizzata (Corte Edu, *Mennesson*, cit.; Corte di cassazione federale tedesca 10 dicembre 2014, cit.; Corte di cassazione francese, Assemblea Plenaria, 3 luglio 2015, n. 620 e Corte federale svizzera, 21 maggio 2015, n. 748/2014, in *Report of the February 2016 Meeting of the Expert's Group on Parentage/Surrogacy*).

Si deve affermare il seguente principio di diritto: la regola secondo cui è madre colei che ha partorito, a norma del terzo comma dell'art. 269 c.c., non costituisce un principio fondamentale di rango costituzionale, sicché è riconoscibile in Italia l'atto di nascita straniero dal quale risulti che un bambino, nato da un progetto genitoriale di coppia, è figlio di due madri (una che l'ha partorito e l'altra che ha donato l'ovulo), non essendo opponibile un principio di ordine pubblico desumibile dalla suddetta regola.

12. Nelle censure proposte dai ricorrenti è implicita quella secondo la quale le unioni tra persone dello stesso sesso sarebbero costituzionalmente tutelabili (a norma dell'art. 2 Cost.) soltanto come relazione orizzontale tra persone maggiorenni, non come luogo di accoglienza di figli, sia adottivi che naturali; vi sarebbe, anzi, un divieto costituzionale, desumibile dall'art. 29 Cost., che vede nella famiglia matrimoniale l'unica comunità riconosciuta idonea ad accogliere figli.

12.1. Queste censure non sono pertinenti al caso di specie.

Nel presente giudizio, infatti, non si tratta di verificare la conformità alla legge italiana della legge spagnola, in base alla quale è stato formato all'estero l'atto di nascita di un bambino da due madri, essendo evidente la difformità delle rispettive discipline: la legge italiana non consente alle nostre autorità di formare un atto di nascita del genere.

La questione che si pone – è opportuno ribadire (cfr., *supra*, p. 7) – è se questa difformità di disciplina renda incompatibile con l'ordine pubblico l'ingresso in Italia (non della legge straniera come nuova disciplina della materia ma) di un particolare e specifico atto giuridico riguardante il rapporto di filiazione tra determinati soggetti. Si è detto che una simile incompatibilità potrebbe sussistere soltanto qualora la norma straniera (costituente fonte normativa dell'atto di cui si tratta) fosse contrastante con principi fondamentali della nostra Costituzione, da enuclearsi in armonia con quelli desumibili dalle principali fonti internazionali, poiché solo in tal caso potrebbe opporsi un principio di ordine pubblico, a norma degli artt. 16 e 65 della legge n. 218 del 1995 e 18 del D.P.R. n. 396 del 2000, art. 18, idoneo ad impedire all'atto straniero di produrre effetti in Italia.

Tanto ribadito, non è possibile sostenere l'esistenza di un principio costituzionale fondamentale – in tal senso, di ordine pubblico e, quindi, immodificabile dal legislatore ordinario – idoneo ad impedire l'ingresso in Italia dell'atto di nascita di ...*omissis*..., in ragione di un'asserita preclusione ontologica per le coppie formate da persone dello stesso sesso (unite da uno stabile legame affettivo) di accogliere, di allevare e anche di generare figli.

Si è detto che la contraria scelta manifestata in tale senso dalla legislazione vigente (con l'art. 5 della legge n. 40 del 2004) – ispirata all'idea di fondo che l'unica comunità nella quale sarebbe possibile generare figli sia quella formata da persone di sesso diverso, sul presupposto che le altre unioni beneficerebbero della, in tesi, più limitata tutela prevista dall'art. 2 Cost. – non esprime una opzione costituzionalmente obbligata.

Se l'unione tra persone dello stesso sesso è una formazione sociale ove la persona "svolge la sua personalità" e se quella dei componenti della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia costituisce "espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi" delle persone, ricondotta dalla Corte costituzionale (sent. n. 162 del 2014, p. 6, e n. 138 del 2010, p. 8) agli artt. 2, 3 e 31 Cost. (e, si noti, non all'art. 29 Cost.), allora deve escludersi che esista, a livello costituzionale, un divieto per le coppie dello stesso sesso di accogliere e anche di generare figli. Infatti, "il matrimonio non costituisce più elemento di discrimine nei rapporti tra i coniugi e figli (…) identico essendo il contenuto dei doveri, oltre che dei diritti, degli uni nei confronti degli altri" (v. Corte cost. n. 166 del 1998): di conseguenza, l'elemento di discrimine rappresentato dalla diversità di sesso tra i genitori – che è tipico dell'istituto matrimoniale – non può giustificare una condizione deteriore per i figli né incidere negativamente sul loro *status*.

Inoltre, questa Corte (sent. n. 601 del 2013) ha escluso che vi siano certezze scientifiche, dati di esperienza o indicazioni di specifiche ripercussioni negative sul piano educativo e della crescita del minore, derivanti dall'inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale, atteso che l'asserita dannosità di tale inserimento va dimostrata in concreto e non può essere fondata sul mero pregiudizio.

Che le coppie di persone dello stesso sesso ben possano adeguatamente accogliere figli e accudirli, è ora confermato dalla possibilità di adottarli, a norma dell'art. 44, comma 1, lett. d), della legge 4 maggio 1983, n. 184 (cfr. Cass. n. 12962 del 2016).

La famiglia è sempre più intesa come comunità di affetti, incentrata sui rapporti concreti che si instaurano tra i suoi componenti: al diritto spetta di tutelare proprio tali rapporti, ricercando un equilibrio che permetta di contemperare gli interessi eventualmente in conflitto, avendo sempre come riferimento, ove ricorra, il prevalente interesse dei minori.

La nozione di "vita familiare", nella quale è ricompresa l'unione tra persone dello stesso sesso (cfr. Corte Edu, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria* e, da ultimo, 27 luglio 2015, *Oliari c. Italia*), neppure presuppone necessariamente la discendenza biologica dei figli, la quale non è più considerata requisito essenziale della filiazione (secondo la Corte Cost. n. 162 del 2016, p. 6, "il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa"). E, comunque, tale requisito – è opportuno ribadire – sussiste nel caso in esame, avendo una dona partorito e l'altra donato il proprio patrimonio genetico.

Pertanto, al riconoscimento di un atto di nascita straniero, formato validamente in Spagna, da cui risulti che il nato è figlio di due donne (avendolo l'una partorito e l'altra contribuito alla nascita, donando l'ovulo alla prima, nell'ambito di un progetto genitoriale realizzato da una coppia coniugata in quel paese), non è opponibile un principio di ordine pubblico, consistente nella pretesa esistenza di un vincolo o divieto costituzionale che precluderebbe alle coppie dello stesso sesso di accogliere e generare figli, venendo in rilievo la fondamentale e generale libertà delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia, a condizioni non discriminatorie rispetto a quelle consentite dalla legge alle coppie di persone di sesso diverso.

13. I ricorrenti hanno richiamato, a sostegno delle proprie tesi, la sentenza di questa Corte n. 24001 del 2014, la quale ha confermato la decisione di merito che aveva dichiarato lo stato di adottabilità di un minore, generato da una donna ucraina su commissione di una coppia italiana, ritenendo contraria all'ordine pubblico la pratica della maternità surrogata.

Questo precedente, tuttavia, riguarda una fattispecie non assimilabile a quella oggi in esame e, quindi, non è pertinente, almeno per due ragioni: la prima, perché, in quel caso, non esisteva alcun legame biologico tra i coniugi, aspiranti genitori, e il nato; la seconda, perché l'atto di nascita era invalido secondo la stessa legge del paese (Ucraina) nel quale esso era stato formato, che falsamente attestava che il nato era figlio di quei coniugi.

14. Si rileva, infine, che la legge 20 maggio 2016, n. 76 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze), entrata in vigore il 5 giugno 2016, non contiene disposizioni applicabili, anche *ratione temporis*, nella fattispecie dedotta in giudizio, ivi compreso l'art. 1, comma 28, lett. a) e b).

15. In conclusione, il ricorso è rigettato.

...*omissis*....

P.Q.M.

riuniti i ricorsi, li rigetta *...omissis...*

Corte di appello di Milano, decreto del 28 ottobre 2016

COPPIA DELLO STESSO SESSO – GEMELLI NATI ALL'ESTERO – TRASCRIZIONE ATTO DI NASCITA IN ITALIA – ORDINE PUBBLICO – NON CONTRARIETÀ

La trascrizione di un atto di nascita, formato in California, relativo a due minori, nati da parto gemellare a seguito di ricorso alla gestazione per altri, e legati geneticamente a una stessa donatrice e, rispettivamente, a due padri, cittadini italiani, non è contraria all'ordine pubblico e persegue il fine ultimo di tutelare il loro interesse preminente inteso tanto come diritto all'identità personale e sociale quanto come garanzia di certezza dei rapporti giuridici, rendendo altresì irrilevante le modalità con cui sono venuti al mondo.

Riferimenti normativi: legge 31 maggio 1995, n. 218; D.P.R. n. 396 del 2000; art. 8 Cedu; art. 3 Convenzione sui diritti del fanciullo.

PROC. N. 345/2016+346/2016 V.G.

LA CORTE D'APPELLO DI MILANO
SEZIONE V CIVILE

omissis

ha pronunciato il seguente
DECRETO

omissis

La Corte

esaminati gli atti, sentiti i difensori delle parti e queste ultime personalmente, sentito il P.G.;

considerato che:

1. con decreto emesso il 12.5.2016, depositato il 26.10.2016, il Tribunale di Milano ha respinto il ricorso dei due reclamanti ...*omissis*... e ...*omissis*..., cittadini italiani, avverso i provvedimenti del 23.3.2016 di diniego da parte dell'Ufficiale di Stato Civile di Milano di trascrizione nei registri di Stato Civile degli atti di nascita formati in California USA, riguardanti i minori: ...*omissis*..., gemella, ...*omissis*..., riconosciuta come figlia da ...*omissis*..., e ...*omissis*..., gemello, ...*omissis*..., riconosciuto come figlio da ...*omissis*...;
2. avverso detto decreto hanno proposto tempestivi reclami separati ...*omissis*... e ...*omissis*..., chiedendo ciascuno dei due, in via principale, l'accoglimento della richiesta di trascrizione integrale in Milano dell'atto di nascita formato all'estero del proprio figlio; in via subordinata, ordinarsi la trascrizione parziale dell'atto di nascita del proprio figlio, con omissione della sola dicitura "Twin"; in via ulteriormente subordinata, la trascrizione parziale dell'atto di nascita del proprio figlio, con indicazione di un solo cognome del bambino, quello del padre biologico, e l'omissione della dicitura "Twin", con rifusione delle spese di giudizio;
3. nessuno si è costituito per l'Ufficiale di stato Civile del Comune di Milano, nonostante tempestiva notifica dei reclami e dei decreti di fissazione udienza;
4. all'udienza del 28.10.2016, i due procedimenti separati sono stati riuniti, riguardando questioni dello stesso tipo, come già avvenuto in primo grado; sono state sentiti i reclamanti e i difensori che si sono

riportati alle loro conclusioni; il P.G presente nulla ha opposto alla trascrizione degli atti di nascita dei due minori e la Corte si è riservata di decidere;

5. osserva ora il collegio che il reclamo è fondato;

6. gli atti di nascita (prodotti dalle parti in originale, con apposizione di regolare "Apostille" in base alle disposizioni della Convenzione dell'Aja del 5.10.1961) di cui si chiede la trascrizione riguardano due bambini, ...*omissis*... e ...*omissis*..., nati nella stessa data, alla stessa ora, in California il ...*omissis*..., partoriti da una sola donna, con parto gemellare; i due minori sono nati dalla fecondazione di due distinti ovuli, donati da donna rimasta anonima; ciascun ovulo è stato fecondato con il seme di uno dei due reclamanti e i due embrioni ottenuti sono stati impiantati nell'utero della donna che li ha poi partoriti, con ricorso alla tecnica di "gestazione per altri", lecita nello Stato della California, dopo la stipulazione tra ciascun reclamante con la gestante e partoriente di un "agreement for gestational carriers"; in data 24.6.2015 la Corte Superiore di ...*omissis*... in California, verificati i predetti contratti, ritenuti conformi alle leggi di quello Stato, ha pronunciato un "Judgement declaring the existance of parental rights", con cui è stato ordinata la formazione degli atti di nascita dei due nascituri, con l'indicazione nell'atto per ciascun nato del nome secondo le indicazioni di ...*omissis*... e ...*omissis*... e del nome completo del genitore, con le sue generalità, nel campo "madre/genitore";

7. i due nati sono cittadini statunitensi, figli riconosciuti di due cittadini italiani, i reclamanti, che hanno richiesto all'Ufficiale di Stato Civile del Comune di Milano, ove risiedono, la trascrizione dei due atti di nascita; l'Ufficiale ha respinto la richiesta di trascrizione, rilevando che "*Una valutazione che esuli dagli aspetti puramente formali palesa come estremamente difficile, biologicamente, che da filiazione gemellare possano essere attribuite paternità diverse ai nascituri e suscita quel* fumus boni iuris *che porterebbe a ritenere gli atti prodotti come elusivi della normativa ex Legge 19 febbraio 2004, n. 40 e pertanto contrari all'ordine pubblico secondo l'art. 18 del D.P.R. 396/2000 …. considerata la singolarità del caso in questione emerge l'impossibilità, allo stato, di procedere alla trascrizione degli atti in questione, evidenziando altresì, che non essendo consentito di indicare nei registri come madri, soggetti di sesso maschile, non è neppure possibile la trascrizione parziale recante l'indicazione di singoli padri di due minori indicati come gemelli*";

8. il Tribunale di Milano ha respinto il ricorso presentato dai due reclamanti, ritenendo la contrarietà all'ordine pubblico dei due atti di nascita, che attribuirebbero ai due bambini uno *status* di fratelli gemelli che invece non avrebbero, in quanto aventi in comune solo la madre, sia quella donante gli ovuli, sia quella che li ha partoriti, e non anche il padre, e non essendo possibile la trascrizione parziale dei due atti recante la indicazione di singoli padri di due minori indicati come gemelli;

9. va innanzitutto rilevato che in base all'art. 33 della L. 218/1995, lo stato di figlio dei due bambini è determinato dalla legge dello Stato della California, essendo ambedue cittadini statunitensi al momento della nascita secondo le leggi di quello Stato; secondo la legge californiana, ciascun minore ha potuto essere riconosciuto dal padre biologico ricorso a tecnica di gestazioni per altri, con madre che non lo ha riconosciuto, tecnica lecita e regolamentata dalla stessa legge californiana, e ha ottenuto il cognome indicato dallo stesso padre biologico;

10. contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di primo grado, la dicitura "Twin", gemello in italiano, indicata negli atti di nascita, non vale ad attribuire nessun rapporto di fratellanza tra i due bambini; indica semplicemente uno stato di fatto, la nascita contemporanea del bambino con altro bambino nato dalla stessa madre; dal punto di vista biologico infatti, secondo la letteratura scientifica, i gemelli si definiscono come "persone nate contemporaneamente"; ...*omissis*... e ...*omissis*..., sono sicuramente di fatto gemelli dizigoti, in quanto nati dalla fecondazione di due ovociti ad opera di due spermatozoi diversi, e partoriti dalla stessa donna contemporaneamente; non può pertanto ritenersi contrario all'ordine pubblico una dicitura su un atto di nascita che indica una verità indiscussa a livello scientifico;

11. va smentita altresì l'affermazione dell'Ufficiale di stato Civile del Comune di Milano che ha ritenuto estremamente difficile "biologicamente" che da filiazione gemellare possano essere attribuite paternità diverse ai nascituri; la comunità scientifica ha registrato vari casi, sia pure pochissimi nel mondo, di gemelli nati da ovuli della stessa madre, fecondati con lo sperma di uomini diversi, casi definiti dai medici di "superfecondazione eteroparentale", che succede quando la madre rilascia ovuli multipli e quando ha rapporti con due uomini nello stesso periodo; il caso di cui ci si occupa non è quindi impossibile a livello biologico, pur essendo stato creato artificialmente con una fecondazione eterologa di due ovociti fecondati volutamente con il seme di due uomini diversi;

12. è certo che ...*omissis*... è figlia biologica di ...*omissis*... e che ...*omissis*... è figlio biologico di ...*omissis*...; i due bambini sono nati con tecnica di gestazione per altri vietata nel nostro Stato in base alle norme di cui alla L. 40/2004, tecnica invece lecita e regolamentata però nello Stato della California, dove i minori sono nati e sono stati concepiti in base ad un contratto con la madre gestante, che non ha poi riconosciuto i due bambini;

13. come ha rilevato ancora recentemente la Cassazione, sez. prima civile, con sentenza n. 19599/16, "*il giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero (nella specie dell'atto di nascita), i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia, a norma degli artt. 16, 64 e 65 della legge*

n. 218 del 1995 e 18 DPR n. 396 del 2000, deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo desumibili dalla Carta Costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo. Si tratta in particolare della tutela dell'interesse superiore del minore anche sotto il profilo della sua identità personale e sociale e in generale del diritto delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia, valori questi già presenti nella Carta Costituzionale (artt. 2, 3, 31 e 32 Cost.) e la cui tutela è rafforzata dalle fonti sovranazionali che concorrono alla formazione dei principi di ordine pubblico internazionale";

14. l'interesse preminente del minore, rileva sempre la sentenza sopra citata, "è complesso e articolato in *diverse situazioni giuridiche, che hanno trovato riconoscimento e tutela sia nell'ordinamento internazionale sia in quello interno. Quanto al primo, vengono in rilievo: innanzitutto, la Convenzione dei diritti del fanciullo…. fatta a New York il 20.11.1989, rese esecutiva in Italia dalla legge 27 maggio 1991, n. 176; la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli… (art. 6); la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea…. che nell'art. 24, par. 2 prescrive che in tutti gli atti relativi ai minori, siano esse compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente. E non diverso è l'indirizzo dell'ordinamento interno…; i ricordati dati normativi… impongono al giudice di valutare come preminente l'interesse superiore del minore "in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi (art. 3, par.1 della Convenzione di New York)…. L'interesse superiore del minore che è complesso e articolato in diverse situazioni giuridiche, nella specie si sostanzia nel diritto a conservare lo status di figlio, riconosciutogli in un atto validamente formato in un altro paese… Il diritto alla continuità di tale status è conseguenza diretta del* favor filiationis *scolpito negli artt. 13, c.3, e 33 commi 1 e 2, della legge 218 del 1995 ed è implicitamente riconosciuto nell'art. 8 della Convenzione di New York sul "diritto del minore e preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali". La Corte EDU (*Marckx v. Belgio, *13 giugno 1979) e la Corte Costituzionale (da ultimo con la sentenza 31 del 2012) hanno affermato da tempo il diritto del minore all'integrazione nella famiglia di origine fina dalla nascita e alla continuità dei rapporti con i suoi familiari; la Corte di Strasburgo ha evidenziato la "relazione diretta" tra il diritto alla vita privata e quello all'identità, non solo fisica, ma anche sociale del minore (*Mikulic c. Croazia, *7.2.2002…), essendo la filiazione "un aspetto essenziale dell'identità delle persone (nel caso* Menesson c. Francia *del 2014); il diritto alla conservazione del cognome costituisce un profilo complementare del diritto all'identità e alla circolazione delle persone…. e poiché…la nazionalità dipende…dalla sussistenza del rapporto di filiazione, il mancato riconoscimento di quest'ultimo avrebbe l'effetto di compromettere quel diritto all'identità personale del figlio di cui la nazionalità* è elemento costitutivo";

15. alla luce di tali principi delle norme internazionali, così come interpretate dalla Corte di giustizia della Comunità europea e dalla Corte EDU, che costituiscono parte integrante dell'ordinamento giuridico italiano, anche nel caso in esame, il mancato riconoscimento in Italia del rapporto di filiazione, legalmente e pacificamente esistente in USA tra ...*omissis*... e suo padre e ...*omissis*... e suo padre "*determinerebbe una "incertezza giuridica" già stigmatizzata dalla Corte Edu (nel caso* Menesson c. Francia,*…)* ovvero *"una situazione giuridica claudicante" (Corte federale tedesca del 2014,...) che influirebbe negativamente sulla definizione dell'identità personale del minore, in considerazione delle conseguenze pregiudizievoli concernenti la possibilità, non solo di acquisire la cittadinanza italiana e i diritti ereditari, ma anche…. di circolare liberamente nel territorio italiano e di essere rappresentato dal genitore nei rapporti con le istituzioni italiane, al pari degli altri bambini e anche di coloro che nati all'estero, abbiano ottenuto il riconoscimento negato*" ai piccoli ...*omissis*... e ...*omissis*...;

16. non può avere rilevanza, ai fini della trascrizione degli atti di nascita dei due bambini, il fatto che gli stessi siano stati messi al mondo mediante una pratica di procreazione assistita, con cd. maternità surrogata, non consentita in Italia; la stessa Cassazione sopra citata rileva che "*delle conseguenze di tale comportamento, imputabile ad altri, non può rispondere il bambino che è nato e che ha un diritto fondamentale alla conservazione dello status legittimamente acquisito all'estero… Vi sarebbe altrimenti una violazione de principio di uguaglianza, intesa come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali.*"; la Suprema Corte, nella stessa recentissima sentenza, ha ribadito che la difformità della legge straniera (che consente la gestazione per altri) da quella italiana, non è causa di per sé sola, di violazione dell'ordine pubblico, "*a meno che non si dimostri che la legge 40 del 2004 contenga principi fondamentali e costituzionalmente obbligati e che quindi non sarebbe consentito al legislatore italiano porre una disciplina analoga o assimilabile a quella*" straniera; "*Questa evenienza è da escludere, trattandosi di materia in cui ampio è il potere regolatorio e , quindi, lo spettro delle scelte possibili da parte del legislatore ordinario, come riconosciuto dalla stessa Corte Costituzionale (nella sentenza 162 del 2014..) la quale ha osservato che si tratta di 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"…. Se è ampia la discrezionalità del legislatore nella concreta disciplina della materia, ciò significa che non esiste un vincolo costituzionale dal punto di vista dei contenuti, ed allora non si può opporre l'ordine pubblico per impedire l'ingresso nell'ordinamento interno dell'atto di nascita di (omissis) solo perché formato*

all'estero secondo norme non conformi a quelle attualmente previste dalle leggi ordinarie, seppure imperative, ma astrattamente modificabili dal legislatore futuro";

17. va richiamata ancora la sentenza della Corte EDU (nel caso *Menesson c. Francia*), la quale in un caso in cui l'autorità francese aveva disconosciuto lo *status filiationis* ai figli minori di una coppia che avevano fatto ricorso all'estero ad una tecnica di maternità surrogata, ha affermato la violazione del diritto alla vita privata dei figli minori; va ricordato che il nostro ordinamento prevede la possibilità che i figli siano riconosciuti da un solo genitore e tutela il diritto al mantenimento del cognome originariamente attribuito ai figli nati all'estero e cittadini di uno stato estero, in base alle norme dello Stato in cui sono nati;

18. gli atti di nascita di cui i reclamanti chiedono la trascrizione non appaiono contrari all'ordine pubblico dunque e non solo perché contenenti dati di verità quali lo stato di gemelli e il riconoscimento di ciascuno da parte del proprio genitore biologico, ma anche perché quest'ultimo non è stato indicato nell'atto di nascita formato in California come "madre", pur essendo di sesso maschile; il nome di ciascun padre è stato inserito in un campo degli atti che fa riferimento non solo all'eventuale madre, ma anche al "parent", genitore, privo di connotazioni di genere, quindi anche ad un genitore di sesso maschile;

19. va quindi ordinato all'Ufficiale di Stato Civile del Comune di Milano la trascrizione integrale dei due atti di nascita riguardanti i minori ...*omissis*... e ...*omissis*..., in quanto detti atti, formati in California secondo la legge di quello Stato, non appaiono contrari all'ordine pubblico;

...*omissis*...

PQM

La Corte d'Appello di Milano, in riforma dell'impugnato decreto, così provvede:

1. Ordina all'Ufficiale di Stato Civile di provvedere alla trascrizione integrale dell'atto di nascita formato in California, ...*omissis*..., relativo a ...*omissis*..., con le indicazioni tutte ivi contenute;

2. Ordina all'Ufficiale di stato Civile del Comune di Milano di provvedere alla trascrizione integrale dell'atto di nascita formato in California, ...*omissis*..., relativo a ...*omissis*..., con le indicazioni tutte ivi contenute.

Milano, 28.10.2016

Il Presidente est.
M. Cristina Canziani

Tribunale per i minorenni di Milano, sentenza del 17 ottobre 2016, n. 261

COPPIA DELLO STESSO SESSO – ADOZIONE RECIPROCA DEI RISPETTIVI FIGLI BIOLOGICI – RICHIESTA ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI – RIGETTO

Non possono essere accolte le domande di adozione "incrociata" avanzate da due donne nei confronti del figlio biologico dell'altra, avuti all'estero tramite inseminazione artificiale da medesimo donatore, poiché non è consentito interpretare l'art. 44, lett. d), della legge 184/1983 estendendolo a ogni caso di impossibilità giuridica di ricorrere all'adozione legittimante e sulla base della sola valutazione dell'interesse del minore.

Riferimenti normativi: Art. 44, lett. d), legge 184/1983.

Sent. n. 261/2016
R.G. n. 250+251/15AD

TRIBUNALE PER I MINORENNI DI MILANO
REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

omissis

Svolgimento del processo

Con ricorso depositato il 3.4.2015 (nr 250/15) la signora ...*omissis*... ha chiesto di adottare, ai sensi dell'art. 44, lett. d) legge n. 184/83, la minore ...*omissis*... figlia biologica della sig.ra ...*omissis*...

Con contestuale ricorso depositato il 3.4.2015 (nr 251/15) la signora ...*omissis*... ha chiesto di adottare ai sensi dell'art. 44, lett. d) legge 184/83 la minore ...*omissis*... figlia biologica della sig.ra ...*omissis*...

I ricorsi sono stati pertanto riuniti avendo per oggetto istanze "incrociate" di adozione delle figlie biologiche di ciascuna delle ricorrenti.

In merito al ricorso le ricorrenti hanno esposto quanto segue

- dal settembre 2002 era nata tra loro una stabile relazione affettiva dopo un periodo di frequentazione;
- nel giugno 2005 erano andate a convivere e nel corso degli anni successivi il rapporto affettivo si era consolidato e si erano stabilizzate anche le reciproche situazioni lavorative;
- dal profondo legame affettivo era maturato un progetto di genitorialità condivisa;
- nel mese di febbraio 2010 avevano effettuato una richiesta di fecondazione assistita presso una clinica ...*omissis*... sottoponendosi a tutti gli esami clinici necessari, a seguito dei quali avevano deciso che ...*omissis*... sarebbe stata la madre biologica mentre ...*omissis*... sarebbe stata l'altra figura di riferimento co-genitoriale;
- ...*omissis*... è nata il ...*omissis*...;
  insieme avevano anche deciso di conservare presso la Clinica il seme dello stesso donatore per tre anni, sottoscrivendo apposito documento nella prospettiva che anche ...*omissis*... potesse in futuro sottoporsi alla fecondazione assistita con il medesimo seme;
- infatti il ...*omissis*..., seguendo le medesime procedure, è nata ...*omissis*..., figlia di ...*omissis*...;

- per ogni gravidanza era stata effettuata la crio-genazione e la conservazione delle cellule staminali del cordone ombelicale.

Esponevano, altresì, le ricorrenti di aver condiviso le due gravidanze con mutua assistenza, partecipando ciascuna ai corsi previsti per il partner, scegliendo insieme il nome delle bambine, scegliendo il pediatra ed affrontando insieme ogni problema economico conseguente (periodo di maternità, assenze sul lavoro, babysitter, programmazione dei periodi di ferie, etc.).

Dopo la nascita delle figlie il rapporto si era ulteriormente consolidato ed anche le risorse economiche erano sempre state investite per progetti comuni.

Le ricorrenti hanno evidenziato che quando ad es. ...*omissis*... aveva patito alcuni problemi di salute che avevano richiesto il ricovero, la sig.ra ...*omissis*... aveva sempre interagito con lo staff medico nel ruolo di mamma.

La nascita delle due figlie è stata accolta dalle famiglie d'origine di entrambe le ricorrenti che hanno documentato un profondo affetto sia da parte dei nonni che dei propri fratelli.

Le due ricorrenti risultano iscritte nel registro delle unioni civili di ...*omissis*... dal ...*omissis*...

È stata effettuata indagine da parte della ...*omissis*... che ha depositato relazione conclusiva predisposta dal Servizio Adozioni e pervenuta il 1.2 2016.

La relazione sostanzialmente dà atto di un positivo legame tra le due ricorrenti le quali, nel tempo, avevano maturato questo progetto genitoriale consapevoli della complessità del percorso ed usufruendo anche di un sostengo psicologico.

La relazione ha ripercorso le tappe già indicate nel ricorso ed ha approfondito la relazione delle bambine con entrambe le ricorrenti, le quali sono parse consapevoli di dover accompagnare le minori nell'esplorazione della loro nascita, nella figura del "donatore" assente e del loro assetto famigliare, sostenute da amici e parenti.

Le bambine sono parse serene nella relazione con entrambe, curiose e riflessive sulla situazione famigliare, notando differenze rispetto ad altri nuclei, complessivamente serene, anche dalle informazioni assunte, nel contesto familiare, sociale o scolastico.

Le ricorrenti sono comparse all'udienza dell'11.4.2016 ed hanno richiamato le ragioni poste a fondamento del ricorso.

In particolare hanno evidenziato esigenze di tutela legale ed economica come, a titolo di esempio:

- che non vengano separate le sorelle in caso di eventi o accadimenti che riguardino le stesse o ciascuna delle ricorrenti;
- possibilità di ereditare in eguale misura, non ritenendo sufficienti le deleghe e le disposizioni testamentarie in quanto soggette ad interpretazione;
- aspetti sanitari e scolastici che necessitano sempre del consenso;
- esigenza di poter portare gli stessi cognomi;
- poter regolare la situazione delle minori in caso di disaccordo tra loro.

Il Pubblico Ministero ha chiesto l'accoglimento del ricorso in base alle argomentazioni di cui al parere riportato in epigrafe.

Motivi della decisione

Il Tribunale ritiene che il ricorso debba essere rigettato in quanto non sussistenti, in fatto, i presupposti di cui all'art. 44 lett. d) legge 184/ 83.

Premessa

Occorre premettere che la legislazione italiana conosce due forme di adozione.

Ai sensi dell'art. 7, l. 184/83, l'adozione è consentita a favore dei minori dichiarati in stato di adottabilità ai sensi degli articoli seguenti.

Il successivo art. 8 stabilisce che sono dichiarati in stato di adottabilità i minori di *cui sia accertata la situazione di abbandono* perché privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, purché la mancanza di assistenza non sia dovuta a causa di forza maggiore di carattere transitorio (adozione legittimante).

Il procedimento, disciplinato a garanzia del minore e dei genitori, richiede l'accertamento dello stato di abbandono, cui segue la dichiarazione di adottabilità, la scelta di una coppia idonea da parte del Tribunale e la verifica del positivo periodo di affidamento pre-adottivo di un anno.

L'adozione legittimante è consentita solo ai coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni (requisito di stabilità che può ritenersi realizzato anche quando i coniugi abbiano convissuto in modo stabile e continuativo prima del matrimonio da almeno tre anni).

L'età degli adottanti deve superare di almeno diciotto e di non più di quarantacinque anni l'età dell'adottando.

Accanto a questa forma di adozione (c.d. legittimante) è prevista l'adozione ex art 44, l. 184/83.

La norma in esame prevede che i minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni previste dall'art. 7 c. l (minori dichiarati in stato di adottabilità) nei seguenti casi:

a) da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile duraturo anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento, (integrazione di cui alla legge 19.10.2015 n. 173) 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 nell'art. 3 co.1 della legge 5.2.1992 n. 104 (minori disabili) e sia orfano di padre e di madre;

d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo.

Nei casi di cui alla lett. a) e) e d) l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato. Se l'adottante è però persona coniugata o separata, l'adozione può essere tuttavia disposta solo a seguito di richiesta da parte di entrambi i coniugi.

Nei casi di cui alla lett. a) e d) l'età dell'adottante deve superare di almeno di 18 anni quella di coloro che egli intende adottare (l'adozione legittimante prevede anche un età non superiore a 45 anni).

L'impianto dell'adozione c.d. 'in casi particolari disciplinata dalla L 184/83 aveva come obiettivo, riconosciuto nei lavori preparatori e sempre richiamato da dottrina e giurisprudenza, quanto alla ipotesi di cui alla lett. b) di rafforzare legami di fatto esistenti nell'ambito dì una nuova unità famigliare e, quanto alle altre ipotesi, di evitare a minori per i quali non fosse possibile l'adozione legittimante, una prolungata istituzionalizzazione.

L'adozione ex art 44 legge 184/ 83 ha caratteristiche specifiche ed effetti diversi rispetto alla adozione legittimante.

L'art. 46 prevede necessariamente l'assenso dei genitori e del coniuge dell'adottando e la mancanza dell'assenso da parte del genitore che esercita la responsabilità genitoriale può essere ostativa all'adozione.

L'adottato mantiene tutti i diritti e doveri verso la famiglia d'origine in quanto il rapporto adottivo rimane circoscritto all'adottante e all'adottato non estendendosi alle rispettive famiglie.

Solo l'adottato acquista diritti ereditari ed esclusivamente nei confronti dell'adottante; il minore sarà assoggettato alla responsabilità del genitore o genitori adottivi, assume il cognome dell'adottante anteponendolo al proprio e , se straniero, la cittadinanza italiana.

Se cessa l'esercizio della responsabilità genitoriale da parte dell'adottante, può comunque riprendere, a determinate condizioni, l'esercizio da parte dei genitori (art 50).

Il caso in esame è stato inquadrato dalle ricorrenti nella fattispecie di cui all'art 44 lett. d) ed anche il P.M. ha chiesto raccoglimento del ricorso ai sensi di tale norma.

Si tratta quindi di valutare, innanzitutto, se la fattispecie possa rientrare nella ipotesi di legge che prevede la possibilità di adozione *quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo*.

Occorre dare atto di una situazione di fatto incontestabile: nel caso di specie, come del resto in tutti i casi presi in considerazioni da pronunce che hanno ammesso 1'adozione ex art 44 lett. d) in ipotesi analoghe, vi è la presenza di un genitore che esercita adeguatamente la responsabilità genitoriale e l'adozione è chiesta dal convivente (in questo caso le conviventi rispetto alle rispettive figlie).

Sul punto si può richiamare il contenuto del ricorso, la relazione della ATS ed anche la estesa documentazione prodotta relativa all'andamento del percorso scolastico, le cure mediche, i rapporti con la famiglia allargata etc.

Ne consegue che non può, nel caso di specie, riconoscersi alcuno stato di abbandono materiale o morale delle minori che anzi godono certamente, per quanto attiene ad accudimento, educazione ed affetto, di particolare attenzione da parte sia delle madri biologiche che delle rispettive compagne.

Non si è entrati nel merito di eventuali problematiche psico-evolutive in relazione alle figure genitoriali in quanto si ritiene di dover evidenziare, in primo luogo, la mancanza dei presupposti di fatto che consentono il ricorso alla adozione di cui alla lett. d).

L'art. 44 lett. d) e il presupposto relativo alla "constatata impossibilità di affidamento preadottivo"

Questa premessa rileva perché in ordine alla interpretazione della dizione indicata dalla legge "*constatata impossibilità di affidamento preadottivo*" si sono sviluppati recenti orientamenti giurisprudenziali che hanno esteso la fattispecie a tutti i casi in cui sia di fatto o anche "giuridicamente" impossibile pronunciare una dichiarazione di adottabilità per mancanza dei presupposti di cui all'art 7 L. 184/83 (stato di abbandono del minore) sempre – ovviamente – che 1'adozione ex art 44 lett. d) corrisponda al concreto interesse del minore.

L'orientamento tradizionale ha sempre ritenuto che il termine impossibilità di affidamento pre-adottivo debba essere considerato come una constatata impossibilità di fatto di procedere alla adozione legittimante ritenendo che la fattispecie riguardi solo i casi in cui sussista una effettiva situazione di abbandono (seguita, per taluni interpreti, anche dalla espressa dichiarazione di adottabilità) e non sia stato possibile di fatto collocare il minore ad es. per l'età già adolescenziale, per caratteristiche personologiche e/o psicologiche "difficili" etc. che non hanno consentito il reperimento di una famiglia disponibile ad accoglierlo.

A sostegno di tale interpretazione sono generalmente riportate le seguenti argomentazioni di fondo:

a) tassatività delle ipotesi di cui all'art. 44 che sono quindi di stretta interpretazione;

b) utilizzo della espressione "constatata impossibilità" che richiama la verifica di una situazione di fatto preesistente e che dunque dovrebbe ricollegarsi ad un effettivo accertamento, appunto in fatto, di una situazione che non ha consentito, nonostante la sussistenza di una situazione di abbandono, il ricorso alla adozione legittimante;

c) la 'ratio' della legge: l'adozione legittimante costituirebbe sempre il canale preferenziale per il collocamento del minore in stato di abbandono perché idonea ad offrirgli maggiori garanzie; il legislatore inoltre ha voluto evitare prassi di affidamento a terzi mediante l'elusione delle norme che comportano, invece, la necessaria verifica. da parte dell'autorità giurisdizionale e dei servizi preposti, della idoneità della coppia adottiva.

d) Il legislatore avrebbe consentito la ratifica di situazioni di fatto preesistenti solo in limitati casi; in particolare, per quanto attiene alla lett. d) nel caso in cui pur sussistendo sostanzialmente una situazione di abbandono, il minore risulti inserito in un contesto di legami a lui favorevole e, contestualmente, non sarebbe verosimilmente concretizzabile, per la difficile situazione, un percorso adottivo attraverso l'adozione legittimante;

e) sotto questo profilo l'intero istituto dell'adozione ex art 44 è stato inquadrato, quindi, nel contesto complessivo della disciplina di cui alla L.184/83, accanto all'adozione legittimante, in quanto diretto a consentire l'acquisizione di uno 'status' di figlio in ipotesi specifiche quando il minore sia già inserito in un contesto affettivo solido che è opportuno mantenere ovvero per l'opportunità di mantenere i legami con la famiglia d'origine e sempre in relazione alla specificità delle situazioni considerate.

Secondo un diverso orientamento cd. "estensivo" l'originaria impostazione del legislatore effettivamente mirava alle finalità sopra accennate; tuttavia 1'evoluzione dei costumi e delle diverse forme dei legami affettivi significativi avrebbe ampliato la portata della norma (art 44 lett. d) considerata di valore "residuale" giacché il principio fondamentale cui ispirarsi dovrebbe, comunque, considerarsi sempre "il preminente interesse del minore nel caso concreto".

L'*impossibilità di affidamento preadottivo*, potrebbe, dunque, essere valutata non solo come impossibilità di fatto, che consente di realizzare l'interesse preminente di minori in stato di abbandono ma non collocabili in affidamento preadottivo, ma anche in ipotesi di impossibilita "*di diritto*" ad accedere alla adozione legittimante.

Questa soluzione permetterebbe di tutelare il preminente interesse del minore a permanere in un contesto adeguato secondo una valutazione da effettuare di caso in caso, in concreto e in relazione alle sue esigenze di crescita ed allo sviluppo della sua personalità e sempre che l'adozione corrisponda, quindi, al suo superiore interesse; ad es. nel caso appunto di ricorso avanzato dal convivente non coniugato per l'adozione del figlio biologico del partner al quale sia legato da stabile legame e sussistano esigenze di tutela tali da consigliare l'adozione . dovendosi esimere il Tribunale da qualsiasi valutazione circa la libera ed insindacabile scelta dei ricorrenti di non coniugarsi.

Sarebbe paradossale, secondo questa impostazione, consentire l'adozione da parte del coniuge del figlio biologico dell'altro coniuge pur dopo la separazione legale o il decesso del coniuge stesso, come affermato in dottrina e giurisprudenza, e non consentirla al convivente che mantenga stabile rapporto di convivenza con il genitore del minore. (in merito vedi Tribunale per i Minorenni Milano 28.3.2007 nr 626 e Corte d'Appello Firenze Sez. Minori 4.10.2012 nr 1724 richiamate in relazione alla specifica fat-

tispecie in esame anche da Tribunale Roma 30.6.2014 nr 429/14, definitivamente confermata anche da Corte Cassazione 26.5.2016 nr 12692).

Le ragioni poste alla base di questo orientamento, approfondite dal Tribunale di Roma nella sentenza 30.6. 2014 - che riguardava la richiesta di adozione del partner omosessuale del figlio biologico della compagna (caso analogo a quello in esame) - si sostanziano, quindi, nelle seguenti argomentazioni (richiamate anche dal P.M. nell'esteso parere):

a) non è ravvisabile nel nostro ordinamento, diversamente dall'adozione legittimante, il divieto per la persona singola di adottare ai sensi dell'art 44 c. 1 lett. d) della legge 184/83;

b) con la menzionata disposizione il legislatore ha inteso favorire il consolidamento di rapporti tra minore e parenti o persone che già se ne prendono cura, prevedendo un modello adottivo con effetti più limitati rispetto a quelli di cui all'art. 8 184/83;

d) la *ratio legis* deve essere individuata nella verifica della realizzazione dell'interesse del minore da intendersi come limite invalicabile e chiave interpretativa dell'istituto;

e) sussistenza nel caso concreto (identico a quello in esame nel presente procedimento) di un concreto interesse del minore per la presenza di un legame con persona perfettamente in grado di occuparsene per il perdurante rapporto affettivo e di convivenza;

f) per quanto attiene, poi, alla richiesta di adozione da partner omosessuale è stata sottolineata insussistenza di ostacoli normativi relativi all'orientamento sessuale della coppia; il superamento della distinzione tra coppia unita in matrimonio e coppia di fatto sarebbe già avvenuto nell'ordinamento giuridico nel suo complesso sia nel contesto costituzionale che comunitario; quindi in caso di esito positivo delle indagini ai sensi dell'art. 57 che consentono di rilevare la piena rispondenza dell'adozione al preminente interesse del minore tale pronuncia potrebbe rientrare nella ipotesi di cui all'art. 44 lett. d).

La tesi sviluppata dalle sentenze in esame è stata confermata, come accennato, anche da Cass. Civile 26.5.2016 (dep. 22.6.2016) sez. I, nr 12962, che confermando quanto statuito da Tribunale Roma 30.6.2014 (e dalla successiva pronuncia della Corte d'Appello) ha accolto 1'interpretazione suddetta, per cui il presupposto della "constatata impossibilità di affidamento preadottivo" possa intendersi esteso anche alla c.d. "impossibilità di diritto" proprio cosi da comprendere anche minori non in stato di abbandono, ma relativamente ai quali nasca l'interesse concreto al riconoscimento di un rapporto di genitorialità.

Si ritiene che questa interpretazione non corrisponda alla lett. a) della norma né alla *ratio* dell'istituto.

Come evidenziato anche dalla Suprema Corte nella sentenza 26.5.2016, l'impianto dell'istituto deve essere sicuramente valutato muovendo dal quadro normativo costituto dalla legge 183/84 interpretato alla luce dei successivi interventi in materia di filiazione, dal quadro costituzionale e dalla normativa convenzionale più volte richiamata nelle recenti pronunce cc.dd . "estensive" e ciò al fine di verificare se la *ratio* originaria sia rimasta intatta, ovvero sia mutata in conseguenza dell'evoluzione delle norme in esame.

L'interpretazione c.d. "estensiva" parte dalla considerazione per cui l'art. 44 primo comma non richiede 1'accertamento di una situazione di abbandono (art. 8 e 1, 1. 184/83) che non costituisce, differentemente dall'adozione legittimante, una condizione necessaria per l'adozione in casi particolari, e tale prescrizione di carattere generale si applica a tutte le ipotesi previste dalle lett. a) b) e) e d) dello stesso articolo il quale stabilisce appunto i minori possono essere adottati *anche quando non ricorrono le condizioni di cui al e 1 dell'art. 7.*

Nel contesto della disciplina dell'adozione l'art. 44 è destinato ad affrontare situazioni peculiari che, non potendo essere risolte nell'ambito dell'adozione legittimante, devono essere valutate in concreto nell'interesse del minore.

In base a queste considerazioni sia i giudici di merito che la Corte di Cassazione traggono la conclusione che, per farsi luogo all'adozione ex art 44 lett. d) non sia indispensabile la precedente situazione di abbandono, così come non lo è previsto per le altre ipotesi di cui all'art 44.

Sul punto tali pronunce rilevano che tale interpretazione avrebbe già trovato avallo ermeneutico nella giurisprudenza costituzionale.

Il Tribunale di Roma ha valorizzato innanzitutto la sent. 198/1986 ove la Corte ha chiarito che dal criterio dell'"adeguatezza in concreto" all'interesse del minore 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 positiva tutela i rapporti creatisi nel tempo tra il minore e gli affidatari nell'interesse esclusivo del minore, consentendo quindi al giudice di abbandonare soluzioni rigide prevedendo che la valutazione sia fatta in concreto*. Si tratta di una pronuncia che valuta un caso del tutto particolare in cui era stata chiesta ai sensi dell'art. 79 L. 184/83 l'estensione degli effetti della nuova disciplina anche al figlio dì genitori coniugati al tempo dell'adozione (1971) ma poi divorziati e non più coniugati al momento della entrata in vigore della nuova legge.

In tal caso la Corte aveva parificato tale ipotesi a quella prevista dall'art. 25 L. 184/83 (separazione intervenuta nel corso dell'affidamento preadottivo) valorizzando appunto il rapporto di fatto instauratosi nel tempo con entrambi i genitori adottivi.

A parte il richiamo al principio generale del 'supremo interesse del minore' ed alla valorizzazione in generale dei legami di fatto instaurati dal minore, il caso sottoposto al vaglio della Corte in questo caso, non pare inerente alle situazioni di cui all'art. 44.

Una ulteriore e più decisiva conferma sarebbe ricavabile dalla sentenza della Corte Costituzionale nr 383/1999.

La Corte aveva deciso in merito alla rilevata incostituzionalità sollevata dal Tribunale per i Minorenni di Ancona dell'art 44 lett. a) e e) (si noti ora lett. d perché la lettera e) attualmente riguarda i minori in condizioni di disabilità) nella parte in cui non consente l'adozione di minori ai parenti entro il quarto grado (attualmente la legge prevede anche fino al sesto) che abbiano mantenuto con loro significativi rapporti ed i cui genitori siano stati dichiarati decaduti dalla potestà (ora responsabilità) genitoriale.

Analogamente il Tribunale per i Minorenni di Roma aveva sollevato identica eccezione di incostituzionalità della lett. e) nella parte in cui subordina alla "constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo" l'adozione di minori da parenti entro il quarto grado (zio materno e sua moglie in un caso, nell'altro caso zia paterna e suo marito) ai quali erano stati affidati fin dalla tenera età a seguito della dichiarazione di decadenza dei genitori, ovvero in caso in cui il minore fosse orfano di un solo genitore e vi fosse il consenso del genitore superstite.

I giudici remittenti rilevavano disparità di trattamento ex art 3 Cost. (il solo Tribunale di Ancona anche per contrasto con l'art. 30) tra il minore orfano adottabile ex art 44 lett. a) dai parenti entro quarto grado (attualmente anche fino al sesto) e quello del minore affidato a parenti entro il quarto grado in cui i genitori risultavano ancora in vita pur se decaduti, ovvero con il consenso del genitore superstite e quindi regolata dalla lett. c) (ora lett. d) laddove però il minore non si trovava "*tecnicamente*" in stato di abbandono, in quanto assistito dai parenti.

In entrambi i casi i minori erano assistiti da parenti; tuttavia il minore orfano poteva essere adottato ex art. 44 lett. a) mentre il minore nelle condizioni sopraccennate non avrebbe potuto essere adottato pur in analoga condizione perché non era nella condizione di abbandono di cui all'art 7, e non rientrando nell'ipotesi della lett. a) non riceveva analoga tutela potendo essere cresciuto ed accudito dai parenti, ma non adottato.

L'art. 44 lett. e) (ora lett. d) presupponeva, infatti, "l'impossibilità di affidamento preadottivo" e quindi uno stato di abbandono e *uno stato di adottabilità già dichiarato* mentre nel caso concreto non ne sussistevano le condizioni appunto essendo da un lato presenti parenti entro il quarto grado d'altro lato, il caso non rientrava nella ipotesi di cui alla lett. a) perché i minori non erano orfani di entrambi i genitori. Veniva quindi. denunciata la disparità di trattamento di due situazioni sostanzialmente identiche.

La Corte ha ritenuto che tale interpretazione non fosse coerente con la ratio dell'art. 44 offrendo una possibilità interpretativa della nonna che non comportava una disparità di trattamento.

Pare importante riportare testualmente:

"L'art. 44 si sostanzia in un clausola residuale per casi speciali non inquadrabili nella disciplina della adozione legittimante, consentendo comunque l'adozione *anche quando non ricorrono e condizioni dell'art. 7*".

In questa valvola di apertura la lettera e) (ora lett. d) fornisce una ulteriore "valvola" per i casi che non rientrano in quelli più specifici previsti dalle lett. a e b).

"L'adozione ex art 44 - continua la Corte - *non recide i legami con la famiglia d'origine*, ma offre al minore la possibilità di *rimanere nella famiglia che lo ha accolto*, formalizzando il rapporto affettivo instauratosi con determinati soggetti che si stanno occupando effettivamente di lui; parenti o persone con cui hanno rapporti stabili e duraturi *preesistenti alla perdita* dei genitori, *ovvero il nuovo coniuge* del genitore.

"Le ordinanze di remissione - rilevavano i giudici della Consulta - ritengono di dover trarre dal riferimento letterale della disposizione impugnata alla "constatata impossibilità di affidamento preadottivo" il presupposto interpretativo secondo cui, per far ricorso all'ipotesi prevista dalla lett. e) (ora d) della norma, occorre necessariamente la previa dichiarazione dello stato di abbandono del minore e quindi la declaratoria formale di adottabilità, nonché il vano tentativo del predetto affidamento".

"In realtà - prosegue la Corte - l'*art. 44 è tutto retto dall'assenza di condizioni previste dal primo comma del precedente art. 7 della medesima legge 184: pertanto gli stessi principi relativi alle prime di ipotesi dell'art. 44 valgono anche per la lett. c)*.

Sarebbe assurdo, quindi, secondo i giudici della Consulta, che dalla disciplina impugnata discenda l'impossibilità di far luogo all'adozione in casi particolari da parte di parenti che già si prendono cura del minore e l'interpretazione sistematica della lett. c (ora d) non consente tale conclusione.

Infatti qualora vi siano parenti entro il quarto grado, i quali prestino al minore l'assistenza morale e materiale che *i genitori non sono più in grado di offrire* la legge, *in mancanza di presupposto dell'abbandono non esige la dichiarazione dello stato di adottabilità*, si realizza uno dei casi in cui esistendo già un nucleo con vincoli di parentela disposto ad accogliere stabilmente il minore per fornirgli ambiente adatto alla sua crescita, - "non è necessario tentare di trovarne e altri, né si deve formalmente constatare l'impossibilità di un affidamento diverso da quello già in atto".

La Corte specificava che una ulteriore conferma della adottabilità dei minori ex art. 44 anche quando non sono stati o non possono essere formalmente dichiarati adottabili si trae dal disposto del primo comma del precedente art. 11 il quale stabilisce che quando risultano deceduti i genitori del minore *non risultano esistenti parenti entro il quarto grado* il Tribunale provvede alla dichiarazione di adottabilità, salvo che esistano domande di adozione ex art. 44.

È evidente, secondo la Corte, che nelle ipotesi considerate, il legislatore ha voluto favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore ed i parenti che già si prendono cura di lui, prevedendo possibilità dì un adozione, sia pure con effetti più limitati rispetto a quella "legittimante" ma con presupposti necessariamente meno rigorosi, di quest'ultima.

Ciò è pienamente conforme al principio ispiratore di tutta la disciplina in esame; e cioè l'effettiva realizzazione dell'interesse del minore.

Conclude infatti la Corte: "l'art. 44 lett. e) *non esige la dichiarazione dello stato di adottabilità e che sia concretamente tentato l'esperimento dell'affidamento preadottivo e ne sia constatata l'impossibilità quando il minore sia chiesto in adozione da parenti entro il quarto grado (e quindi non sia dichiarabile l'adozione) idonei a fornirgli l'assistenza morale e materiale di cui ha bisogno*. In questo caso rimaneva superato, quindi, anche il profilo di illegittimità costituzionale della lett. a).

Appare evidente, tuttavia, che tale pronuncia non ha genericamente esteso l'adozione di cui all'art. 44 lett. d) a *tutti* i casi in cui non è esperibile l'adozione legittimante .Non si comprende in tal caso perché il legislatore avrebbe indicato casi specifici e numerati. (la stessa Corte si riferisce alle ipotesi contemplate nell'art. 44 come casi "*speciali*").

La Corte Costituzionale aveva evidenziato un altro principio e cioè che in tutte le specifiche ipotesi dell'art. 44 potrebbero non sussistere i presupposti dell'adozione legittimante ex art. 7, per motivi diversi, e tale principio vale sia per le prime due ipotesi ma anche per la fattispecie di cui alla lett. c) (ora lett. d).

Ciò non significa che i presupposti previsti per una fattispecie siano identici alle altre; le casistiche, specificamente previste, sono unificate solo dall'assenza dei presupposti dell'adozione legittimante di cui all'art. 7 che in ogni fattispecie, però, sono diversi.

Se si prende in considerazione proprio la lett. a) si comprende, a parere del Tribunale, il significato della pronuncia della Corte.

Nel caso di cui alla lettera a) ad es. vi può essere una vera e propria situazione di abbandono come prevista dall'art. 7 per la mancanza di genitori e parenti tenuti a provvedervi, ma il legislatore ha salvaguardato la possibilità di consentire 1'adozione - se richiesta da parente entro il sesto grado (quindi in contesto di parentela più ampio di quello indicato dall'art. 8) oppure parente single (non legittimato ad accedere all'adozione legittimante) ovvero in caso di rapporti preesistenti di affido; il legislatore ha voluto consentire un percorso adottivo che preservi la continuità di legami con famiglia di origine, percorso che ha ritenuto, in un bilanciamento di valutazioni, potrebbe corrispondere maggiormente all'interesse del minore rispetto all'adozione legittimante da parte di una coppia estranea alla famiglia d'origine.

Tale situazione può quindi verificarsi nel caso in cui sussista uno stato di abbandono ex art. 7 ad es. quando genitori siano deceduti e manchino parenti entro il quarto grado: in tal caso potrebbe procedersi alla dichiarazione di adottabilità, ma se vi sono le richieste come sopra ipotizzate può farsi luogo all'adozione ex art 44 lett. a); ma può verificarsi anche nel caso in cui non sussistano le condizioni di cui all'art. 7 (minore orfano e presenza di parenti entro il quarto grado, in quanto in tal caso non si procede alla dichiarazione di adottabilità, ed i parenti non solo possono accudire il nipote, ma anche adottarlo ai sensi dell'art. 44) così come del resto richiamato anche dall'art. 11.

La lett. a) è stata attualmente ampliata prevedendo la possibilità di adozione ex art 44 del minore orfano anche da parte di persone unite da vincolo stabile e duraturo derivante da un prolungato periodo di affidamento e quindi sia nell'ipotesi che esistano parenti in grado di accudirlo, ma si reputi più conveniente per il minore l'acquisizione di uno *status filiationis* da parte della famiglia affidataria, sia in mancanza di tale legame parentale e quindi in situazioni di abbandono che potrebbero in linea astratta giustificare anche l'adozione legittimante.

Parimenti nel caso di cui alla lett. d) potrebbe sussistere una situazione di abbandono ex art. 7, essere stata dichiarata la adottabilità, ma essere stato inutilmente esperito il tentativo di trovare una coppia

idonea senza esito e a questo punto il legislatore ha ritenuto opportuno consentire l'adozione a chi si è già occupato del minore.

Come nella ipotesi considerata dalla Corte Costituzionale, proprio per la premessa contenuta nell'art. 44, potrebbe anche non sussistere una situazione di abbandono nel senso indicato dall'art. 7 quando ad es il minore fosse privo per motivi diversi da quelli indicati dalla lett. a) di figure genitoriali idonee (genitori decaduti dalla responsabilità genitoriale, orfano di un solo genitore e l'altro decaduto o aderente all'istanza di adozione) ma accudito da parenti entro il quarto grado che ben potrebbero adottarlo ex art 44 lett. d) senza che vi sia necessità di dichiarare l'adottabilità e esperire un tentativo di affidamento preadottivo.

Occorre conseguentemente condividere la conclusione per cui ipotesi di cui alla lett. c) (ora lett. d) si riferisce a casi che non richiedano necessariamente la dichiarazione di adottabilità o esperimento dell'affidamento preadottivo di cui all'art. 7, nel senso chiarito dalla Corte.

È importante però evidenziare che anche i casi considerati dalla Corte Costituzionale riguardano sempre situazioni in cui il minore è *sostanzialmente privo di un contesto genitoriale idoneo* a sostenere la sua crescita, benché inserito in un contesto di legami parentali od affettivi che vengono preferiti come aspiranti genitori adottivi rispetto alla coppia scelta dal Tribunale.

Tale conclusione appare conforme al preciso dettato costituzionale che prevede all'art. 30, co. 2, che "nei casi di *incapacità dei genitori*, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti".

Sotto altro profilo occorre evidenziare anche l'importanza di un secondo orientamento della giurisprudenza di merito che ha esteso l'ipotesi di cui all'art. 44 lett. d) alle cc.dd. ipotesi di semiabbandono permanente (in particolare vedi Tribunale Bari sent. 7.5.2008) cioè in tutte quelle ipotesi in cui la famiglia del minore risulti sostanzialmente insufficiente a garantire i suoi bisogni, pur mantenendo un ruolo affettivo che non è opportuno cancellare definitivamente. Nello stesso tempo, però, non vi è alcuna ragionevole possibilità di prevedere un miglioramento delle capacità della famiglia, tale da renderla idonea a svolgere il suo compito educativo in modo sufficiente, anche con il sostegno dei Servizi Sociali. In tutti questi casi, non potendosi pronunciare, in difetto di situazione di abbandono morale e materiale del minore, la dichiarazione di adottabilità, si potrà far luogo ad una adozione definita "mite" ai sensi dell'art. 44 lett. d) che non recide appunto i legami con la famiglia d'origine.

Questo indirizzo giurisprudenziale (si vuole prescindere in questa sede da un valutazione di merito) ha inteso salvaguardare situazioni non definibili facilmente sul piano sociale che da un lato chiedevano un inquadramento giuridico a tutela del minore ma che, dall'altro, esigevano una più profonda valutazione dei rapporti del minore con la famiglia d'origine , quando lo stesso risultava aver sviluppato vincoli affettivi ed identitari con la famiglia affidataria o una singola persona.

Si riportano i passi ritenuti significativi, sul punto, contenuti nella pronuncia:

"La giurisprudenza ha da tempo affermato il principio che per far luogo all'adozione ex art 44 lett. d) non è necessario che vi sia stata una dichiarazione di adottabilità del minore *se sussistano i requisiti essenziali del suo abbandono*".

La disposizione della lett. d) dell'art. 44 (che recita "quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo") *va coordinata con la prima frase dell'art. 44 c. 1* secondo cui i minori possono essere adottati, anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma l dell'art. 7 e cioè quando non vi è una situazione di abbandono tale che comporti la dichiarazione dello stato di adottabilità.

La disposizione dell'art 44 lett. d) va poi coordinata con quelle degli artt. 45 e 46 della stessa legge in base alle quali in questa, come in tutte le ipotesi dell'art 44 non si esige il presupposto dell'abbandono morale o materiale, ma il consenso dei genitori o del tutore all'adozione. ovvero la mancanza di esercizio della responsabilità genitoriale

In sostanza l'art. 44 non è applicabile solo nei casi di minori adottabili per il quale non è stato possibile di fatto addivenire all'adozione legittimante ma anche appunto (in un contesto più ampio) nei casi definiti secondo una espressione ormai divenuta usuale di "*semi-abbandono permanente*".

Occorre rilevare che questo orientamento aveva sollevato discussioni proprio per la parificazione della situazione dì "abbandono" a quella di "semi-abbandono" e quindi relativamente alla preoccupazione di ratificare situazioni di affido protrattisi nel tempo con ripercussioni circa la scelta stessa della famiglia, il rapporto con la famiglia di origine, il problema della doppia identità familiare del minore.

Ma, prescindendo anche dal merito di tali problematiche, vale la pena sottolineare che anche questo orientamento si era mosso nella prospettiva di valutare la mancanza delle condizioni di cui all'art. 7 in termini diversi da quelli prospettati dalla c.d. "impossibilità giuridica" e sempre in relazione ad una sostanziale abdicazione dall'esercizio di una sufficiente responsabilità genitoriale e comunque ha dato luogo all'adozione da parte della coppia di affidatari coniugati.

In sostanza deve ritenersi che le ipotesi di adozione ex art 44 lett. a) c) e d) si riferiscano tutte a situazioni che hanno alla base situazioni di abbandono o di grave carenza delle figure genitoriali che

determinano il grave rischio per il minore di non poter essere inserito in un contesto ove possa legarsi con soggetti idonei a sopperire a tale mancanza e porsi come figure genitoriali sostitutive.

Tale situazione era proprio quella individuata nei lavori preparatori della legge ove si pensava a "situazioni di fatto" ai cc.dd. bambini di difficile collocazione (vedi lavori preparatori Camera dei deputati VIII legislatura) ove peraltro si era sottolineata l'assoluta priorità di evitare ratifiche di situazione di fatto determinate da un preteso "diritto alla genitorialità" rappresentando come tutto l'istituto dell'adozione (particolarmente studiato ed approfondito rispetto a moltissimi Paesi europei ed extraeuropei) era volto a garantire la massima tutela al minore e non le aspettative degli adulti, certamente comprensibili, ma che mai potevano prevalere rispetto all'interesse di chi si trovava in una situazione dì mancanza di tutela.

La Corte di Cassazione (Sez. I, n. 22292 del 27.9.2013) aveva, peraltro, ancor più rigorosamente delimitato l'estensione dell'art. 44 lett. d) proprio in una ipotesi in cui una minore era stata dichiarata adottabile dopo un lungo periodo di permanenza presso una famiglia affidataria che ne aveva chiesto l'adozione ex art 44 lett. d) . La Corte di Cassazione, dando atto che si era concluso, dopo un apprezzabile "iter procedimentale" il procedimento ex art. 8 e 1, L. 184 del 1983, con la dichiarazione di adottabilità, ha ritenuto ne derivasse l'inammissibilità della domanda ex art 44 lett. d) che presupponeva l'impossibilità di affidamento preadottivo.

Si tratta evidentemente di una ipotesi diversa e non assimilabile a quelle oggetto di disamina. Tuttavia in questa sentenza la Corte di Cassazione aveva espressamente indicato che le ipotesi di cui all'art 44 erano *ipotesi tassative* (e non semplicemente indicative) e quindi non suscettibili di interpretazione estensiva o analogica.

"*... per un verso deve condividersi l'opinione secondo cui la norma contenuta nell'art. 44 individua ipotesi tassative e si stretta interpretazione e quindi "pare contrario alla ratio legis" dilatare la nozione di impossibilità di affidamento pre-adottivo ricomprendendovi non solo l'Ipotesi del mancato reperimento o del rifiuto di aspiranti all'adozione legittimante, ma anche ipotesi in contrasto con l'interesse del minore in quanto (quest'ultimo) criterio guida di tutta la normativa sull'adozione*".

Certamente questa pronuncia ha preso atto delle problematiche derivanti dalla prolungata permanenza presso famiglie o casa-famiglia, ma sostanzialmente ribadendo che tali problematiche non avrebbero potuto sovvertire la legislazione vigente. Si richiama la pronuncia per ribadire come un orientamento "estensivo" non risulti in verità radicato nella giurisprudenza di merito o di legittimità.
Infine occorre anche evidenziare come il termine "impossibilità giuridica" si riveli molto generico e suscettibile di applicazione indiscriminata a tutti i casi di impossibilità ad accedere all'adozione legittimante.

Per quanto attiene alla ipotesi di cui alla lett. b) dell'art. 44, la stessa presupporle proprio una assenza di stato di abbandono o semi abbandono, ed anzi, presuppone la presenza di un genitore biologico idoneo ad esercitare la responsabilità genitoriale e l'eventuale mancanza, ovvero l'incapacità di esercitare la responsabilità genitoriale da parte dell'altro (per vari motivi: morte, decadenza, mancato riconoscimento ovvero in forza del suo assenso anche se non decaduto, quando ad es. le circostanze della vita hanno determinato la sua estraneità al nucleo famigliare, per lontananza etc., anche se in quest'ultimo caso è quasi sempre richiesta un previa pronuncia di decadenza).

In questo caso l'assenza di presupposti di cui all'art. 7 attiene proprio alla presenza di un genitore che esercita la responsabilità: la ratio della richiesta di adozione si poggia, rispetto a quella delle altre ipotesi esaminate, all'esigenza di riconoscere e garantire l'unità familiare nella quale il minore sta crescendo identificando, in genere dopo una apprezzabile convivenza, nel coniuge del genitore naturale un legame genitoriale

Ma l'art. 44 lett. b) prevede anche che l'altro genitore, per motivi diversi (morte, decadenza, lontananza etc. di cui si è detto) sia sostanzialmente assente dalla vita del minore come figura genitoriale pur garantendo il legame del minore con la sua famiglia d'origine.

Non è un caso che l'art. 57 preveda proprio l'assenso del genitore esercente la responsabilità genitoriale. L'art. 48 dispone che la responsabilità genitoriale sia esercitata dall'adottante e se gli adottanti sono coniugati, da entrambi. Non si configurano, infatti, due forme concorrenti di genitorialità (sul punto vedi Cass. civ, sez. I, 8.5.2002, nr 6633: la Suprema Corte ha rigettato il ricorso avverso la sentenza che aveva ritenuto che l'esistenza di un forte legame affettivo del minore con il proprio padre – il quale peraltro aveva negato l'assenso all'adozione ex art 46 L. 184/83 – fosse ostativo all'adozione dovendosi evitare alla luce dell'interesse del minore stesso il sovrapporsi di due figure paterne).

Ulteriori elementi ricavabili dal contesto normativo in cui è inserito l'art. 44 confermano senza dubbio questa interpretazione.

Il successivo art. 57 prevede, infatti, che il Tribunale per i Minorenni, per ogni ipotesi di adozione non legittimante, oltre alla acquisizione dell'assenso del genitore dell'adottando (art. 46 primo comma citato) è tenuto a verificare:

1) *se ricorrono le circostanze di cui all'art. 44*;

2) *se l'adozione realizza il preminente interesse del minore* ed a tal fine sente i genitori, dispone l'esecuzione di adeguate indagini, etc.

La legge prevede quindi due condizioni; l'esistenza delle circostanze previste e la verifica del preminente interesse del minore a vedere dichiarata l'adozione.

Anche sotto questo profilo la norma sarebbe veramente pleonastica se l'unica valutazione dovesse ritenersi quella, in concreto, di una verifica dell'interesse del minore.

Concludendo deve ritenersi che il riferimento all'art. 7 significa solo che l'adozione si può pronunciare anche in casi in cui non sussistano le condizioni di abbandono previste dall'art. 8 (come ad es. nella lett. b) ovvero in altri casi peculiari in cui il legislatore ha ritenuto che, pur sussistendo la situazione di abbandono (nella specificità sopra. chiarita), per la peculiarità della situazione non sia opportuno precedere all'adozione legittimante al fine di favorire il permanere del minore in un contesto famigliare che sia però sostitutivo della famiglia d'origine proprio per garantirgli i due "genitori" che altrimenti non avrebbe.

Poiché la fattispecie di diritto deve disciplinare le situazioni di fatto che ad essa sono riconducibili non vi è dubbio che il caso di specie si configuri in realtà come un caso di adozione ex art lett. b) in cui manca il presupposto per legge imprescindibile del rapporto di coniugio tra il ricorrente ed il genitore biologico del minore.

Per superare tale ostacolo non è possibile accedere ad una interpretazione della lett. d) estendendo la possibilità dell'adozione relativa ai casi di impossibilità di affidamento preadottivo ad ogni ipotesi di impossibilità "anche giuridica" di ricorrere alla adozione legittimante e quindi alla sola valutazione dell'interesse del minore.

Anche sotto questo profilo non si comprenderebbe la *ratio* di un'esclusione evidentemente voluta dal legislatore che espressamente usa il termine "coniuge" (termine non diversamente interpretabile) se tale possibilità fosse di fatto riconducibile ad altre ipotesi di adozione contemplate nell'ambito dell'art. 44 tenuto conto che tutte le ipotesi di adozione presuppongono il vaglio dell'interesse del minore.

L'art. 44 lett. b) è inserito in quadro normativo che non consente l'estensione al convivente (ipotesi, infatti, neppure adottata dalle sentenze che hanno dato luogo, nei casi analoghi a quello in esame, all'adozione ex art. 44 lett. d).

Sotto questo profilo, peraltro, la questione attinente alla discriminazione tra coppie eterosessuali e omosessuali affrontata nella giurisprudenza citata non pare rilevante perché assorbita dalla mancanza, in entrambi í casi, dei presupposti per far luogo all'adozione ex art. 44 lett. d).

L'art. 44 lett. b)

Pare opportuno, comunque, brevemente richiamare i principi relativi all'evoluzione legislativa e giurisprudenziale anche in relazione all'art 44 lett. b) perché dagli stessi si trae una conferma della coerente disciplina del legislatore delle diverse ipotesi riconducibili alle lett. b) e d) e nell'ottica di valutare anche un possibile e diverso inquadramento della fattispecie in esame.

Nel nostro ordinamento esistono due istituti giuridici che interessano la materia, quello del matrimonio e quello della filiazione.

La riforma della filiazione introdotta con D.Lgs. 28. 12.2013 nr 154 è stata informata ad una precisa scelta di separare la disciplina dello *status familiae* e dello *status filiationis*, pur riconoscendo che la personalità di un soggetto si sviluppa comunque nel contesto dei legami anche familiari.

L'art. 315 c.c. sancisce ora l'uguaglianza tra i figli nati fuori dal matrimonio e quelli nati all'interno del matrimonio.

È stato introdotto il principio della "unicità" dello stato di "figlio" anche adottivo tramite eliminazione dei riferimenti presenti nelle norme ai figli "legittimi" ed ai figli "naturali" introducendo il principio per cui la filiazione fuori dal matrimonio produce effetti successori nei confronti di tutti i parenti e non solo con i genitori.

L'art. 315 bis c.c. afferma e riconosce i diritti fondamentali del minore come persona, ed anche l'art. 29 e art. 2 della Costituzione sono letti in prospettiva di tutela della famiglia in funzione della persona.

Per quanto attiene alla convivenza/ rapporti di fatto tra partner fuori dal matrimonio è dato acquisito che nella società sono sempre più frequenti convivenze o rapporti di fatto che, qualora assumano stabi-

lità affettiva ed esprimano un profondo vincolo di solidarietà materiale e morale, possono porsi come situazioni che richiedano tutela giuridica, generalmente riconosciuta nel contesto di cui all'art. 2 Cost.

Si è dato atto che la convivenza è per sua natura difficilmente inquadrabile in una disciplina giuridica che ne individui reciproci diritti e doveri ed assimilabile al matrimonio, anche perché in tal senso è sempre stata valutata come una libera scelta della persona di non unirsi in un vincolo istituzionalizzato.

La comparabilità delle discipline riguardanti aspetti particolari di queste relazioni che possano presentare analogie con il matrimonio è stata operata, ai fini di un controllo di ragionevolezza con riferimento all'art. 3 Costituzione, potendo accadere che, in ipotesi particolari, si sia reso necessario un trattamento omogeneo.

Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha progressivamente accentuato il valore di tutela dell'art. 8 della Convenzione rispetto alle coppie di fatto (anche omosessuali) sotto il profilo del rispetto della vita famigliare (non solo della vita privata) nella maggior parte dei casi letto congiuntamente all'art. 14 (divieto di discriminazione).

Nella nostra legislazione si possono facilmente individuare interventi legislativi e giurisprudenziali che hanno ampliato quindi la tutela della persone conviventi sotto vari profili (es. assistenza medica, assegnazione di alloggi di edilizia popolare, successione nel contratto di locazione etc.).

Tuttavia diversi sono i profili che attengono al vaglio di ragionevolezza e non discriminazione per quanto attiene alla disciplina attinente al rapporto tra i coniugi o conviventi e quelli relativi al rapporto degli stessi con i figli.

Per quanto attiene al rapporto genitori-figli vengono in rilievo gli artt. 30, co. 1, e 30, co. 3, Cost. che riguardano, rispettivamente il diritto e dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio e il principio per cui "la legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica' o sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima".

In applicazione di detti principi erano già intervenute una serie di riforme, volte ad eliminare la disparità di trattamento tra figli legittimi e figli nati fuori dal matrimonio, prima indicati come illegittimi e poi come "naturali" dalla riforma del 1975.

Le normative in questione erano state censurate alla luce di una pluralità di parametri costituzionali:

- in relazione all'art. 2 in quanto la disciplina costituiva una palese violazione del diritto allo *status filiationis* costitutivo dell'identità personale, protetta, oltre che dagli arti 7 e 8 Convenzione dei diritti del fanciullo, proprio dall'art. 2 Cost;

- in relazione all'art 3 Cost. per contrasto con il principio di uguaglianza, come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali o sociali;

- con riguardo infine agli artt. 30, co. 1 e 30, co. 3, Cost. i quali riconoscono solo due categorie di figli, quelli nati entro e quelli nati fuori dal matrimonio, non sussistendo la possibilità di prevedere subdistinzioni nell'ambito della seconda categoria e dovendosi assicurare agli stessi ogni tutela giuridica e sociale compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima.

Si era giunti, quindi, al riconoscimento al genitore affidatario di prole naturale il diritto alla trascrizione del titolo di assegnazione della casa famigliare ovvero la possibilità di riconoscimento dei figli incestuosi rilevando che il dovere di sanzionare comportamenti riprovevoli non deve ricadere su chi li ha subiti.

Successivamente è intervenuta appunto la riforma del 2013.

Questa centralità della persona e dei diritti del minore aveva già informato la riforma dell'adozione di cui alla L. 4.5.1983 nr 184 e l'ulteriore riforma introdotta con la legge 28.3.2001 nr 149.

In questo senso la disciplina della adozione deve essere letta alla luce delle successive innovazioni legislative.

L'art. 1 L. 183/84 sancisce il diritto del minore a crescere ed essere educato nell'ambio della propria famiglia e proprio questo diritto è stato ripreso dalla riforma e inserito nell'art 315 bis c.c.

Tutta la disciplina della adozione è stata orientata ad assicurare il preminente interesse del minore.

Nei lavori preparatori si legge che la riforma voleva abbandonare una impostazione che imprimesse all'istituto la funzione preminente di assicurare una discendenza a chi non aveva figli ma fosse soprattutto orientata alla finalità di dare una famiglia a chi ne era privo.

Non è mai stato sancito un "diritto" del genitore all'adozione e questo principio pare confermato anche dalle Convenzioni europee in materia ed anche dalla giurisprudenza CEDU.

Molte legislazioni europee hanno espressamente riconosciuto la possibilità di accedere alla adozione legittimante o non legittimante a persone singole ed alle coppie non coniugate, come si specificherà più oltre.

Deve premettersi, comunque, che la Corte EDU, più volte chiamata a pronunciarsi in casi similari, ha costantemente affermato che se pur sono tutelabili situazioni particolari in cui sia emersa o possa emerge una relazione di fatto suscettibile di apprezzamento, non esiste "un diritto all'adozione", anche

perché ciò ridurrebbe, essendo il diritto una posizione azionabile, il minore ad oggetto di pretesa da parte dell'adulto in senso stretto.

Questo principio appare di rilevanza fondamentale sia per valutare il limite della discrezionalità legislativa in materia, sia come principio interpretativo.

Nell'ordinamento italiano l'adozione legittimante è prevista solo per i coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni (art. 1) e solo nei casi particolari di cui all'art 44 lett. a) c) e d) è estesa anche a chi non è coniugato.

Anche l'ipotesi di cui all'art 44 lett. b) è sempre stata limitata all'adozione da parte del coniuge del figlio, anche adottivo dell'altro coniuge.

Occorre valutare se tale requisito attiene ad una possibile mancanza di tutela dei diritti riconosciuti alle coppie conviventi ovvero sia riconducibile ad una diversa "ratio" intesa a tutelare (secondo la scelta del legislatore) l'interesse del minore.

La Corte Costituzionale, con sent. nr. 281/1994, aveva dichiarato inammissibile la questione relativa alla discriminazione tra coniugi e coppie conviventi da tre anni e successivamente coniugate precisando che non è previsto nell'ordinamento un "diritto" all'adozione ed è riservata al legislatore la scelta della cornice giuridica di tutela pur in considerazione del fatto che la solidità della vita matrimoniale potrebbe risultare oltre che da una convivenza successiva alle nozze protratta per tre anni, anche da lungo periodo precedente alle nozze caratterizzato da una stabile e completa comunione materiale e spirituale di vita delle coppia stessa che assuma poi con il matrimonio forza vincolante.

Ed, infatti, anche in seguito a tale pronuncia il legislatore del 2001, al fine del perfezionamento del requisito della durata dei tre anni del rapporto di coniugio (art 6, co. 4) ha considerato anche la convivenza precedente appunto protratta per tre anni.

Pertanto la scelta, ora introdotta anche dalla legge, potrebbe cadere anche su coniugi sposati da meno di tre anni ma con una convivenza "more uxorio" precedente alle nozze.

Ciò dimostra che il legislatore della riforma aveva ben presente situazioni di coppie conviventi che avrebbero potuto, per disponibilità personale ed adeguatezza nell'esercizio delle funzioni genitoriali, accedere all'adozione e proprio per questo ne ha favorito l'inclusione tra le coppie idonee all'adozione, chiedendo però sempre il presupposto del matrimonio ancorché, susseguente, in un'ottica esclusivamente, quindi, di tutela giuridica del minore.

La riforma della filiazione del 2013 non ha inciso su tale requisito anche con riferimento all'art 44 lett. b) e non ha esteso la possibilità di adozione da parte del convivente pur avendo sostanzialmente portato a termine il lungo percorso di equiparazione tra figli legittimi e figli nati fuori dal matrimonio.

Anche la recente legge 19.10.2015 nr 173 (modifiche alla legge 4.5.1983 nr 184 sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e della bambine in affido famigliare) ha sostanzialmente confermato questi riferimenti normativi.

L'art. 5 bis, come riformato dalla legge, prevede che qualora, durante un prolungato periodo di affidamento, il minore sia dichiarato adottabile ai sensi delle disposizioni del capo 11 del titolo II e qualora, sussistendo i requisiti previsti dall'art. 6, la famiglia affidataria , chieda di poterlo adottare il Tribunale per i minorenni, nel decidere sull'adozione, tiene conto dei legami affettivi significativi e del rapporto stabile e duraturo consolidatosi. tra il minore e la famiglia affidataria.

La legge ha consentito questa soluzione soltanto se la coppia ha i requisiti per l'adozione, ai sensi della normativa vigente e cioè se sia una coppia coniugata da tre anni (o legata da convivenza stabile per tre anni precedenti al matrimonio).

Per quanto attiene all'art. 44 la modifica ha riguardato solo la lettera a) ampliando la possibilità di adozione alle persone legate da vincoli di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo *anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento*, sempre quando il minore sia orfano di padre e di madre,

Non sono mutate le altre disposizioni dell'art. 44 ed, in particolare, la lettera b).

Tale impostazione pare coerente, a livello sistematico, con la generale disciplina della filiazione.

Infatti nel caso del figlio biologico di due persone conviventi, la situazione di fatto (cioè il fatto di essere genitore "di un determinato figlio") corrispondeva perfettamente a quella regolata dalla filiazione c.d. legittima e, pertanto, una disciplina diversa rispetto al quella prevista per la filiazione legittima era stata considerata giustamente discriminatoria.

Nel caso di un rapporto tra un minore e due persone che non sono genitori biologici ovvero del rapporto di fatto tra una persona ed il figlio biologico di un'altra persona non esiste una norma che consenta direttamente la possibilità di attribuire lo "*status filiationis*".

Si tratta di un rapporto di filiazione che deve costituirsi tra un minore e soggetti che non sono a lui legati da filiazione biologica.

Pertanto il legislatore ha individuato come norma di "sistema" quella relativa allo "status" di coniuge al fine di giustificare la possibile attribuzione al minore di uno "status" di figlio altrimenti priva di una norma giuridica di riferimento, ed è una scelta delle parti non accedere a tale istituto senza che possa individuarsi una carenza normativa nella tutela del minore.

La adozione è un istituto giuridico che prescinde dal dato biologico e richiede, quindi, un modello giuridico di riferimento (che invece già esiste per la filiazione biologica) per sancirne la disciplina.

Per cambiare il modello di riferimento occorre inevitabilmente la scelta del legislatore perché altrimenti si opererebbe una indebita intromissione in un ambito di discrezionalità legislativa.

Il riferimento al matrimonio è il quadro normativo di tutela massima per il minore adottato tanto è vero che nelle legislazioni in cui si è ampliata la possibilità di adottare ad altre forme di convivenza nella quasi totalità dei Paesi si è cercato di individuare una disciplina delle convivenze che potesse, appunto, costituire un modello giuridico di riferimento.

Tutta la disciplina è tesa a garantire la tutela al figlio adottivo che è stato, infatti, parificato, ad adozione avvenuta, al figlio legittimo.

Il legislatore ha espressamente stabilito che 1'adozione ex art. 44 è permessa anche a chi non è coniugato nei casi di cui alla lett. a) e) e d) proprio per sopperire alla mancanza o inidoneità permanente anche se non completa, della famiglia d'origine, mentre nel caso di cui all'art. 44 lett. b) in presenza di un genitore idoneo non vi era motivo per discostarsi dalle norme generali disciplinanti l'adozione.

La "ratio" delle due forme di adozione è quella di assicurare al minore una adeguata famiglia sia essa quella di origine o quella sostituiva.

Non si tratta, quindi, di affermare una presunta idoneità personale del coniuge che invece deve essere sempre verificata in concreto, perché l'idoneità dell'adottante deve essere valutata caso per caso in ogni forma di adozione.

Il fatto che esistano, in concreto, coppie conviventi concretamente più unite rispetto a "volatili" matrimoni, pare una valutazione che non rileva per valutare la ragionevolezza della diversa disciplina giuridica volta ad individuare presupposti fondati su comune esperienza (in concreto anche un minorenne potrebbe essere più maturo di un maggiorenne) e che trova invece la sua ratio nella profonda delicatezza richiesta per la tutela del minore soggetto alla istanza di adozione.

Il legislatore per istituire lo "status" di figlio tra il minore ed un adulto legato da un vincolo affettivo (e non biologico) ha richiesto una garanzia maggiore e cioè la presenza di un vincolo di coniugio perché questo vincolo comporta l'instaurarsi di una cornice giuridica nella coppia (reciprocità e corrispettività di diritti e doveri, certezza nel regime patrimoniale, controllo giurisdizionale in caso di scioglimento etc.) che ricade come sicurezza anche sul minore.

In secondo luogo il vincolo coniugale stabile per un periodo di tempo apprezzabile è stato ritenuto ancora generalmente sintomatico della volontà di mantenere un effettivo legame affettivo, di comunione materiale e morale.

La convivenza, laddove questa non sia almeno previamente regolata proprio ai fini di consentire la valutazione di sussistenza di presupposti minimi di garanzia dell'adottando, presenta invece difficoltà di definizione, di accertamento e riconoscibilità dei legami famigliari (ad es. una persona può essere legata da vincolo filiale a persona non convivente con il genitore biologico, a maggior ragione nell'ambito di famiglie pluri-allargate). Analoghe considerazioni attengono alla scelta di limitare l'adozione da parte delle persone singole, ritenendo più tutelante per il minore, generalmente, il rapporto con entrambe le figure genitoriali.

La ratio dell'art. 44 lett. b) mira quindi a garantire che l'adozione avvenga nel contesto maggiormente tutelante per il minore convivente salvi i diritti del singolo tutelabili anche all'interno di diversi nuclei "famigliari" non matrimoniali ai sensi dell'art 2 Cost.

Parimenti non si ritiene sul punto sussistere alcuna discriminazione tra le coppie di fatto etero sessuali e quelle omosessuali.

Sul punto la legislazione vigente ha trovato un vaglio di legittimità costituzionale nella sent. Corte Cost. 138/2010 laddove è chiarito che:

- il matrimonio civile si riferisce soltanto all'unione stabile tra un uomo ed una donna poiché l'intera disciplina dell'istituto contenuta nel codice civile e nella legislazione speciale, postula la diversità di sesso dei coniugi;

- nell'ambito dell'art. 2 della Costituzione è invece da annoverare "quale formazione sociale" anche l'unione omosessuale quale stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta diritto di vivere liberamente una condizione di coppia ottenendone, nei tempi e nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge, il riconoscimenti giuridico con i connessi diritti e doveri.

Può accadere che in ipotesi particolari sia riscontrabile la necessità di trattamento omogeneo tra la condizione di coppia coniugata e quella di coppia omosessuale, trattamento che la Corte può garantire attraverso un controllo di ragionevolezza.

La Corte ha escluso che tale riconoscimento possa essere realizzato *soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio*.

L'art. 29 ha posto, infatti, il matrimonio a fondamento della famiglia legittima, definita società naturale cioè titolare di diritti originari e preesistenti allo stato e da questo riconosciuti.

Ciò posto è vero che i concetti di famiglia e di matrimonio, siccome dotati della duttilità propria dei principi costituzionali non possono ritenersi "cristallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore e vanno quindi "interpretati", ma questa attività di interpretazione non può spingersi fino ad incidere sul nucleo della norma modificandola in modo tale da includervi fenomeni e problematiche non considerate dalla norma quando fu emanata.

Non è casuale del resto che la stessa Costituzione abbia trattato la tutela dei figli nell'art. 30 aprendo la tutela anche ai figli nati fuori dal matrimonio; in tal caso la norma è stata interpretata nell'ottica di una parificazione sempre più profonda proprio perché conferme allo spirito della Costituzione.

Nella sent. nr 170/14 (sul c.d. 'divorzio imposto') la Corte ha ritenuto illegittima la normativa che prevede lo scioglimento del matrimonio in caso di rettificazione di sesso di uno dei coniugi nella parte in cui non consente agli stessi di mantenere in vita una relazione di coppia giuridicamente regolata; ha confermato i principi della sent. 138/10 con riferimento ai parametri costituzionali di cui agli artt. 2 e 29 Cost. stabilendo che non vi è equiparazione tra matrimonio ed unione omosessuale, conseguentemente sollecitando in relazione al parametro di cui all'art. 2 Cost. la necessità di una normativa che tutelasse tali forme di vita familiare.

Con riferimento alle norme CEDU, secondo il costante orientamento della Corte Costituzionale (cfr. Corte Cost. nr 348 e 349/2007 e nr 80/2011) per i giudici nazionali vige un obbligo di interpretazione conforme alle norme convenzionali, nella esegesi offerta dalla CEDU e, solo nel caso di impossibilità di interpretazione conforme, essi hanno l'onere di sollevare questione di illegittimità costituzionale per contrasto con la norma convenzionale interposta per violazione dell'art. 117 Cost.

Il Tribunale di Roma, nella sentenza citata, ha rilevato che l'esclusione della possibilità di ricorrere all'istituto dell'adozione da parte delle coppie di fatto omosessuali - a motivo del loro orientamento - si porrebbe in contrasto con gli artt. 14 e 8 della Cedu.

Si è già premesso che tale conclusione era fondata sull'inquadramento della ipotesi come adozione ex art. 44 lett. d) ma pare importante riportarne le motivazioni per l'inquadramento complessivo della fattispecie.

Il Tribunale rilevava che le sentenze nr 348 e 349/2007 e 317/2009 della Corte Costituzionale avevano precisato l'ambito di applicazione dell'art. 117 Cost, primo comma, il quale opera come rinvio mobile alle disposizioni CEDU nella interpretazione che ne dà la Corte europea dei diritti dell'Uomo; queste ultime acquistano titolo di fonti interposte e vanno ad integrare il parametro costituzionale di riferimento.

Nel rispetto dei principi costituzionali spetta al giudice ordinario il compito di operare una "interpretazione convenzionalmente orientata" delle norme nazionali.

Qualora non sia percorribile questa via, il giudice dovrebbe sollevare questione di legittimità costituzionale innanzi alla Corte per contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost.

Sul punto occorre anche osservare che la Corte costituzionale nella valutazione del diritto alla vita familiare è arrivata a declaratorie di illegittimità costituzionale sulla base di parametri costituzionali diversi dal citato art. 117 in relazione all'art. 8 CEDU come interpretato dalla Corte, ricorrendo in genere ai parametri costituzionali di cui all'art. 2, 29, e 31 Cost., sostanzialmente rendendo a volte assorbita l'analisi del parametro interposto di cui all'art. 8 CEDU filtrato dall'art. 117 Cost. (ad es. nella sent. 170 del 2014 dice la Corte "In assenza di un consenso trai 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 della coppie di soggetti appartenenti al medesimo sesso" ed ha fondato la decisione in riferimento al precetto di cui all'art. 2 Cost.)

Come già accennato, la Corte di Strasburgo ha sempre negato l'esistenza di un "diritto ad adottare" e di conseguenza la sua invocabilità avanti alla Corte in quanto questo diritto non è previsto dalla Convenzione.

Ha affermato certamente che "interferire sulla vita di un genitore adottante o di un minore adottato ricade nella sfera dell'art. 8".

Se spetta allo Stato regolare l'adozione, rientra poi tra i compiti della Corte verificare se la normativa violi o meno il diritto al rispetto della vita famigliare e il diritto alla non discriminazione. Nell'ambito convenzionale così come non è stato mai affermato un diritto alla adozione (e quindi anche da parte

delle coppie non coniugate) parimenti non è mai stato ritenuto automaticamente equiparabile il matrimonio all'unione omossessuale.

In molti Paesi Europei vigono disposizioni diverse che consentono l'adozione anche alle c.d. coppie di fatto.

Come accennato, in questi Paesi spesso tali situazioni sono adeguatamente disciplinate dalla legge anche sotto questo profilo e, pertanto alle stesse è riconoscibile una certa stabilità e vi è regolata anche la disciplina della adottabilità.

Occorre quindi rilevare che solo in questi casi, nella giurisprudenza CEDU, si è posto un problema di discriminazione con le coppie omosessuali.

La CEDU ha dapprima incluso nella protezione dell'art. 8 le coppie "more uxorio" che avessero certi caratteri di stabilità (ad es. coppie con figli o molti anni di convivenza) e successivamente ha riconosciuto questi caratteri anche alle coppie omosessuali che avessero gli stessi criteri distintivi.

Analoghe considerazioni attengono all'adozione da parte dei single.

Anche sul punto, infatti, la Corte ha affermato che concedere l'adozione ai "single" appartiene alla discrezionalità delle politiche nazionali; se poi uno Stato decide di ammetterla non può discriminare rispetto all'orientamento omosessuale, creando in tal caso una situazione di fatto per cui la Corte potrebbe valutare la propria competenza ex art. 8 Convenzione.

Si riportano alcune pronunce rilevanti su questo tema:

a) sent. Cedu, 24.06.2010, prima sez. caso Schalk e Kopf c. Austria.
   ...omissis...

b) sent. CEDU, sez. II, 28.4.2010, caso Moretti e Benedetti c. Italia.
   La Corte ha accolto il ricorso presentato da due coniugi che avevano tenuto una bambina in affido per un apprezzabile periodo di tempo ed avevano proposto domanda di adozione che non era stata considerata dal Tribunale, ma era stata respinta dopo la dichiarazione di adottabilità.
   La Corte d'Appello pur avendo riconosciuto l'illegittimità della reiezione della loro domanda aveva po confermato la dichiarazione di adottabilità, in seguito a CTU che aveva confermato il suo positivo inserimento nella famiglia.
   La Corte EDU aveva però condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU confermando che tale norma non assegna un "diritto a creare una famiglia" né riconosce "un diritto all'adozione" dei minori abbandonati.
   Esso tutela una vita famigliare esistente che può riguardare anche rapporti di fatto purché, oltre al requisito dell'affetto, sussistano altri indici di stabilità attuale o potenziale quale potrebbe essere quello di filiazione naturale o di affidamento pre-adottivo.
   Considerando il forte legame stabilitosi tra i ricorrenti e la bambina la Corte ha statuito, nonostante l'assenza di un giuridico rapporto di parentela, che esso potesse rientrare nella nozione di vita famigliare ai sensi dell'art. 8 Cedu.
   La sentenza sottolinea la rilevanza di una vita familiare anche in situazioni di fatto al di fuori del matrimonio che lo Stato deve poter valutare, ma non afferma una equiparazione tra le coppie di fatto e le coppie coniugate ed espressamente ribadisce che l'art 8 non sancisce un diritto ad adottare;

c) Sent. Corte Cass., sez. I, nr 4184/2012
   ...omissis...

d) Sent. Grande Camera 15.3.2012 Gas e Dubois c. Francia.
   La Grande Camera ha ritenuto che non vi fosse violazione dell'art. 14 in combinato disposto dell'art. 8 nel caso di una richiesta di adozione "simple" da parte di partener omosessuale.
   La Corte ha ribadito che la discriminazione esiste solo nel caso in cui la legge di uno Stato disponga in modo che alcune persone o categorie di persone ricevano un trattamento svantaggioso rispetto alle altre che si trovano in situazioni analoghe senza ragionevoli motivi.
   Importante è sottolineare che nella stessa sentenza, si ribadisce come la Convenzione non impone agli Stati membri l'obbligo di riconoscere alle coppie omosessuali il diritto al matrimonio e lascia agli stessi Stati un certo margine di apprezzamento nel definire lo Statuto delle forme legali di convivenza che essi decidano di istituire. Trattasi, insomma, di situazioni giuridiche non equiparabili.
   Non è discriminatoria una normativa che disciplini diversamente esercizio della responsabilità genitoriale per le coppie omosessuali unite civilmente e le coppie sposate.
   Anche in questo caso non è stato ritenuto esservi violazione perché (al momento della sentenza) la legislazione francese ammetteva 1'adozione da parte del singolo ma con particolari effetti (la cogenitorialità solo alle coppie sposate e quindi né le coppie eterosessuali non sposate né quelle omossessuali potevano accedere alla c.d. "adoption simple"). La Cedu ha ribadito che la Convenzione non richiede ai governi degli Stati membri di prevedere il matrimonio per le coppie omosessuali e

comunque, anche quando gli Stati decidessero di offrire una tutela legale, mantengono la discrezionalità per quanto attiene la disciplina di tali unioni.

e) sent. Grande Camera, 19.2. 2013, X ed altri c. Austria, ric. 1910/07.
Si trattava di richiesta avanzata da una donna di adottare il figlio biologico dell'altra: la Corte osservando che in Austria non è consentito il matrimonio omosessuale e richiamato l'art. 3 par. 1 della Convenzione dei diritti del fanciullo di New York in base al quale il canone da tenere presente è costituito dal miglior interesse del minore, ha ritenuto discriminatoria per violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8 CEDU, la legge austriaca che non consente l'adozione in tali casi, ma perché concessi in quell'ordinamento alle coppie di fatto eterosessuali.
La sentenza quindi attiene ad una pretesa discriminazione tra coppie di fatto eterosessuali ed omosessuali che nel nostro ordinamento invece sotto questo profilo, si ribadisce, non è sussistente, perché non è riconosciuta l'ammissibilità dell'adozione da parte delle coppie di fatto eterosessuali ai sensi dell'art. 44 lett. b) e non rientrando l'ipotesi di specie nel caso di cui alla lett. d).

f) sent. Cedu, sez. IV, 21.7.2015, Oliari ed altri c. Italia del. 21.7.2015.
...omissis...

g) sentenza CEDU, 9.6.2016, Chapin et Cherpentier c. France.
...omissis...

Come è noto la problematica ha trovato una cornice legislativa nella legge 11.5.2016 nr 76 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze).

La legge in questione (art 20 - clausola generale di estensione) dispone che, al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti ed il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti la parola "coniuge" o termini equivalenti si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile *non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizione di cui alla legge 4.5.1983 nr 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia dì adozione dalle norme vigenti.*

A maggior ragione ovviamente tale esclusione vale per le coppie di fatto.

Il fatto che nella discussione della legge si sia posto il problema dibattuto se estendere o meno la adozione ex art. 44 lett. b) (anzi in genere l'adozione) alle unioni civili dimostra all'evidenza che originariamente non era stato previsto.

La dizione "resta fermo" non può certamente essere intesa nel senso di introdurre una nuova normativa che la legge non aveva previsto perché sarebbe un controsenso logico e, pertanto, deve essere intesa nel senso che potrà essere valutato eventualmente ne caso concreto l'accesso alla adozione ogni qualvolta la stessa sia ammessa anche da parte di chi non è coniuge.

Se è pur vero che tale normativa non è applicabile, a rigore, al caso di specie, in quanto il ricorso è stato depositato precedentemente, appare comunque desumibile dalla stessa la chiara volontà del legislatore di confermare la normativa vigente per quanto attiene all'art. 44 lett. b).

P.Q.M

Visto il parere del P.M.
Visti gli artt. 44 ss., l. n.184/83, come modificati dalla l. n.149/01, e 299 c.c.

RIGETTA

i ricorsi presentati da *...omissis...* e *...omissis....*
...omissis...

Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, ordinanza del 7 dicembre 2016

UNIONE CIVILE FRA PERSONE DELLO STESSO SESSO – COSTITUZIONE – MODALITÀ – TRATTAMENTO DIFFERENTE TRA UNIONI CIVILI E MATRIMONI – PRESUNTA DISCRIMINAZIONE

L'applicazione di modalità diverse per la costituzione delle unioni civili rispetto a quelle applicate dal Comune per la celebrazione dei matrimoni civili, specialmente per quanto riguardo i giorni e luoghi dedicati alle dichiarazioni di costituzione di dette unioni, appare caratterizza da intento discriminatorio e come tale va sospesa in via cautelare.

Riferimenti normativi: legge 20 maggio 2016, n. 76.

N. 00640/2016 REG.PROV.CAU.
N. 01389/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente
ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 1389 del 2016, proposto dal Circolo di Iniziativa Omosessuale "Tralaltro" – Comitato Territoriale Arcigay, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Francesca Leurini e Fabio Corvaja e con domicilio stabilito *ex lege* presso la Segreteria del T.A.R., in Venezia, Cannaregio, nn. 2277/2278

contro

- Comune di Padova, in persona del Commissario straordinario, rappresentato e difeso dagli avv.ti Marina Lotto, Vincenzo Mizzoni, Paolo Bernardi ed Antonio Sartori e con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Venezia, San Polo, n. 2988
- Ministero dell'Interno, non costituito in giudizio

per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia,

- della nota del Capo del Settore servizi demografici e cimiteriali del Comune di Padova prot. n. 0262798 del 16 settembre 2016, lì dove sono designati, quali giorni dedicati alle dichiarazioni di costituzione delle unioni civili regolate dalla legge 20 maggio 2016, n. 76, il lunedì, il mercoledì e il giovedì e vengono considerate inapplicabili ai procedimenti di costituzione delle unioni civili le norme contenute nel Regolamento per la celebrazione dei matrimoni civili, approvato dal Comune di Padova con deliberazione del Consiglio comunale n. 18 del 7 marzo 2016, e le disposizioni contenute nella deliberazione della Giunta comunale n. 113 dell'8 marzo 2016, poi modificata e integrata con deliberazione n. 431 del 25 agosto 2016, previste per la celebrazione dei matrimoni civili e riguardanti luoghi, orari e tariffe connessi a tali procedimenti;
- di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale.

....omissis...

Considerato che ad un sommario esame degli atti il ricorso appare assistito da *fumus boni juris*, in quanto il Comune di Padova non ha fornito adeguati elementi a giustificazione delle proprie scelte in ordine a giorni e luoghi dedicati alle dichiarazioni di costituzione delle unioni civili, atti a fugare i sospetti di un intento discriminatorio;

Ritenuta, per quanto esposto, la sussistenza dei presupposti per l'accoglimento dell'istanza cautelare di cui all'art. 55 c.p.a.;

Ritenuto di dover fissare la trattazione del merito all'udienza pubblica del 5 aprile 2017;

....omissis...

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), accoglie la suindicata istanza cautelare.

Fissa la trattazione del merito della causa all'udienza pubblica del 5 aprile 2017.

....omissis...

Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia, sentenza del 14 dicembre 2016

UNIONE CIVILE TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO – COSTITUZIONE – DISPOSIZIONI DI REGOLAMENTO COMUNALE RELATIVE ALLA CELEBRAZIONE DEL MATRIMONIO CIVILE – CLAUSOLA DI EQUIVALENZA EX ART. 1, COMMA 20, DELLA LEGGE – APPLICABILITÀ – SUSSISTE

Deve essere dichiarata l'illegittimità della delibera comunale che per le celebrazioni delle unioni civili assegna uno spazio diverso e distinto rispetto a quello previsto per i matrimoni civili: infatti, in virtù del processo di automatica etero-integrazione generato dall'art. 1 comma 20 d.l. n. 76 del 2016, le norme originariamente previste per il solo istituto del matrimonio civile devono considerarsi automaticamente applicabili anche all'unione civile, senza necessità di una modifica espressa. Di conseguenza, le disposizioni del regolamento comunale per la celebrazione dei matrimoni civili devono considerarsi applicabili anche alle unioni civili disciplinate dalla l. n. 76 del 2016.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.; sul ricorso numero di registro generale 1291 del 2016, proposto da: *-omissis-*, rappresentati e difesi dagli avvocati Massimo Giavazzi, Stefano Chinotti e Vincenzo Miri, con domicilio presso la Segreteria del T.A.R. in Brescia, via C. Zima 3, ai sensi dell'art. 25 c.p.a.;

contro

Comune di Stezzano, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Ernesto Tucci e Paolo Loda, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Brescia, via Romanino 16;

per l'annullamento

previa sospensiva, della deliberazione della giunta comunale n. 199 del 27/09/2016;
Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Stezzano;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2016 il dott. Giorgio Calderoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

Fatto

I. Con l'atto introduttivo del giudizio, depositato il 22 novembre 2016, i ricorrenti, Signor G. e Signor I. - che dichiarano di essere conviventi *more uxorio* e di risiedere da undici anni in Comune di Stezzano - espongono in fatto che il pomeriggio del giorno 4 ottobre 2016 il Signor G. (il quale si era rivolto all'ufficio servizi demografici di quel Comune onde avere delucidazioni sulla documentazione da predisporre in vista della costituzione di una unione civile con il sig. I., ai sensi della Legge 76/2016) fu informato da un'impiegata di quell'ufficio, oltre che dei documenti a ciò necessari, anche della circostanza che "con deliberazione assunta qualche giorno prima, la giunta comunale aveva disposto che le unioni civili fossero costituite in una stanza adiacente a quell'ufficio"; stanza che gli fu poi mostrata.

Il Sig. G. fece rilevare immediatamente "come la stanza mostratagli, angusta e indecorosa, non fosse affatto idonea ad accogliere la cerimonia di costituzione dell'unione quale se l'era prefigurata con il compagno, alla presenza di parenti e amici, e come essa fosse assai diversa dalla sala di rappresentanza del municipio riservata alla celebrazione dei matrimoni civili".

Quindi, i ricorrenti chiesero e ottennero di prendere visione della delibera in questione e di ogni precedente in materia di matrimonio civile adottato dal Comune di Stezzano, tra cui:

- deliberazione di giunta 29.10.2010, n. 125, che aveva esteso la facoltà di celebrazione dei matrimoni, oltre che nella casa comunale costituita da Villa Grumelli Pedrocca, in altre due dimore storiche, Villa Caroli Zanchi e Villa Moroni, site entrambe all'interno del territorio comunale;

- deliberazione del consiglio comunale 1.06.2011, n. 29, di approvazione di un apposito regolamento per la disciplina della celebrazione del matrimonio civile, a norma del quale si destinava, per la celebrazione dei matrimoni nella casa comunale, la sala di rappresentanza del palazzo; in particolare, all'art. 7 di tale regolamento si stabiliva che "nelle celebrazioni nelle sale comunali il Comune garantisce che la sala sia allestita con un tavolo, un numero adeguato di sedie per gli sposi ed i testimoni e i divani abitualmente presenti nel locale. I richiedenti possono, a propria cura e spese, arricchire la sala con ulteriori arredi ed addobbi che, al termine della cerimonia, dovranno essere tempestivamente ed integralmente rimossi, sempre a cura dei richiedenti";

- successiva deliberazione della giunta comunale n. 66 del 23.04.2015, con cui furono stabilite le tariffe per la celebrazione dei matrimoni civili introducendo un distinguo di costi tra persone residenti e non residenti, i primi onerati della somma di € 50 per la celebrazione a palazzo comunale ed € 100 per quelle a Villa Caroli Zanchi e Villa Moroni; i secondi, invece, rispettivamente, delle somme di € 150 ed € 250.

Infine, con l'impugnata deliberazione 27 settembre 2016, n. 199, la Giunta comunale adottò un atto di indirizzo per la "celebrazione delle unioni civili", in cui si prevede la possibilità d'una cerimonia di costituzione delle unioni a Villa Caroli Zanchi e a Villa Moroni (al medesimo costo previsto per la celebrazione del matrimonio civile), limitando tuttavia la costituzione delle unioni civili, nel palazzo municipale, al locale sopramenzionato, adiacente all'ufficio servizi demografici: locale che, dopo alcuni articoli apparsi sulla stampa e su siti internet, è stato svuotato e modificato negli arredi. Ritenendo, tuttavia, quest'ultimo intervento non sufficiente a emendare la stessa delibera giuntale da violazione di legge e conseguenze discriminatorie, i ricorrenti ne chiedono l'annullamento, previa sospensione, deducendo, in sintesi, le seguenti censure:

a) eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità, manifesta ingiustizia del provvedimento impugnato e sua inadeguatezza a modificare una precedente deliberazione del consiglio comunale: previo richiamo all'art. 1 della legge della L. 76/2016 (secondo cui "La presente legge istituisce l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli artt. 2 e 3 della Costituzione ...") e alla sentenza 10/5/2011, in causa C-147, Römer della Corte di Giustizia - Grande Sezione, i ricorrenti sostengono:

- che sussisterebbe l'equiordinazione valoriale (nello Stato laico) del matrimonio eterosessuale all'unione omosessuale;

- che non sarebbe consentito a una pubblica amministrazione di discriminare due soggetti in ragione dei loro orientamenti sessuali;

- non vi sarebbe alcuna valida ragione organizzativa tale da giustificare la scelta di assegnare alle due (costituzionalmente equiordinate) funzioni dell'ufficio dello stato civile due differenti stanze;

- che tale scelta contrasterebbe con i canoni di "buon andamento" e "imparzialità" dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost.; con il combinato disposto degli artt. 8 ("diritto al rispetto della vita privata e familiare") e 14 ("divieto di discriminazione") della CEDU; con gli artt. 1 della Carta dei diritti fondamentali UE sull'inviolabilità della dignità umana e 21 sul divieto di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale;

- che l'impugnata deliberazione di giunta contrasterebbe con quella consiliare del 2011 e che competente a disciplinare la costituzione dell'unione civile sarebbe, ex art. 42, comma 2, lett. a) del D.Lgs. n. 267/2000, lo stesso Consiglio comunale;

- che la stessa deliberazione giuntale non si risolverebbe in una mera misura logistica relativa al palazzo municipale, ma determinerebbe le modalità di esercizio di una funzione, stabilendo che la celebrazione delle unioni civili sia effettuata da soggetti (i consiglieri comunali che hanno comunicato la propria disponibilità e, in caso di indisponibilità dei consiglieri, il dipendente comunale cui sono state delegate le funzioni di ufficiale di stato civile) differenti da quello (sindaco) cui è attribuito il compito di officiare i matrimoni eterosessuali;

b) violazione degli artt. 2 e 3 Cost., stante lo svolgimento della pubblica funzione *de qua* secondo modalità differenti e deteriori rispetto a quella riservata a persone con orientamento eterosessuale, cui è concessa la possibilità di accedere ad altri e più pregevoli spazi loro riservati, mentre il nuovo istituto delle unioni civili sarebbe permeato dal medesimo fondamento solidaristico del matrimonio, come si evincerebbe dalla recente sentenza Corte Cost. n. 174/2016 (punto 3.2);

c) mancato rispetto del disposto del comma 20 della L. 76/2016, che recita: "Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti").

Il legislatore non avrebbe inteso estendere il matrimonio civile alle coppie formate da persone dello stesso sesso, ma avrebbe scelto di riservare a esse un nuovo istituto (l'unione civile), pur nella consapevolezza che, stante la pari dignità sociale di ogni forma di relazione familiare (da tempo affermata sia dalla Corte Costituzionale sia dalle Corti sovranazionali), non avrebbe potuto introdurre un trattamento discriminatorio tra le coppie formate da persone dello stesso sesso.

Di qui, la disposizione recata dal surriportato comma 20, il quale - ferma restando la non equiparazione tra i due istituti - determinerebbe esclusivamente <la piena e, per così dire, "rapida" regolamentazione di quello nuovo> al fine di porlo al riparo da trattamenti deteriori rispetto al matrimonio civile: con la conseguenza, rispetto al caso di specie, che il "Regolamento comunale per la celebrazione dei matrimoni civili" del Comune di Stezzano si applicherebbe inderogabilmente - stante la suddetta fonte normativa di rango superiore - anche alla costituzione delle unioni civili, cosicché "la circostanza che il luogo individuato per la costituzione delle unioni civili sia diverso da quello assegnato ai matrimoni civili dall'art. 3 del citato regolamento rende, ex se, illegittima la delibera di giunta comunale n. 199/2016".

II. Il Comune di Stezzano si è costituito in giudizio il 9 dicembre 2016, depositando documentazione e memoria difensiva, in apertura della quale sostiene che "il ricorso avversario è privo di fondamento perché si basa in primo luogo su una erronea lettura del provvedimento impugnato", in quanto sarebbe evidente:

- <che nella delibera in esame si tengono sempre distinte le parole "celebrazione", intesa come "celebrazione del matrimonio" fra persone eterosessuali, di cui al Libro Primo, Sezione IV, artt. 106 e seguenti del Codice Civile, e "costituzione di unione civile", intesa come unione fra persone dello stesso sesso, di cui alla legge n. 76 del 2016>;

- <che il contenuto della delibera della G.M. n. 199/2016 si applica ad entrambi gli istituti e non soltanto alle unioni fra omosessuali, come sostengono i ricorrenti, forse fuorviati da un dato testuale non adeguatamente esplicato>: dunque, la disposizione relativa all'ufficio servizi demografici si applicherebbe anche alla celebrazione dei matrimoni fra persone eterosessuali, tanto è vero che è prevista la celebrazione dei matrimoni civili e della costituzione delle unioni civili proprio nella sala dedicata, attigua all'ufficio servizi demografici, come risulterebbe dalla documentazione prodotta.

In ogni caso - prosegue il Comune - "l'interpretazione del contenuto della delibera in questione non può che essere quella che oggi il Comune ribadisce nelle presenti difese".

In secondo luogo, i ricorrenti censurerebbero la delibera *de qua* sotto un profilo del tutto inconferente, in quanto è pacifico che competa "al Sindaco (e non al Consiglio Comunale) il potere di delegare, come per i matrimoni fra persone eterosessuali, per la costituzione delle unioni civili fra persone eterosessuali, un soggetto diverso da sé, ovvero i "consiglieri comunali che abbiano dato la propria disponibilità o il dipendente comunale a cui siano state delegate le funzioni di Ufficiale di Stato Civile", ai sensi e per gli effetti degli artt. 1 e seguenti del D.P.R. n. 396/2000".

Dunque, la delibera di Giunta non farebbe che confermare la delega del Sindaco, non potendo per questo essere ritenuta illegittima.

In terzo luogo, la delibera impugnata non violerebbe la competenza del Consiglio Comunale in materia, proprio perché in forza dell'art. 3 del D.P.R. n. 396/2000 la Giunta ha specifica competenza per istituire o sopprimere uno o più separati Uffici dello Stato Civile, nel cui ambito può regolare il funzionamento degli uffici con i relativi servizi, senza dover ricorrere ogni volta a una previa delibera del Consiglio Comunale (come testimonierebbero "i numerosi precedenti di delibere di Giunta Comunale - di altri Comuni - in materia", pure prodotti).

Nemmeno potrebbe essere accolta la censura formulata dai ricorrenti circa la scelta del Sindaco di delegare ad altri la celebrazione dei matrimoni e della costituzione delle unioni civili, essendo tale facoltà di delega stata riconosciuta dal Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, nell'adunanza del 15 luglio 2016. III. All'odierna Camera di consiglio del 14 dicembre 2016, alla quale era chiamata per la decisione la domanda cautelare proposta dai ricorrenti, il Collegio ha informato i difensori presenti dell'intenzione di procedere ex art. 60 c.p.a., in ragione dell'obiettiva rilevanza della controversia: dopodiché, terminata la discussione orale tra gli stessi difensori, la causa è stata trattenuta in decisione per la definizione immediata del giudizio, seppur con sentenza non propriamente semplificata, stante la peculiarità della questione trattata.

Diritto

1. Il quadro giuridico complessivo in tema di unioni civili.

Per una migliore organicità espositiva, alla concreta disamina della fattispecie dedotta in causa occorre premettere un indispensabile riepilogo del complessivo quadro giuridico in cui essa si colloca.

le sollecitazioni di Corte costituzionale e Corte EDU

Come è noto, prima nel 2010 (sentenza n. 138) e poi nel 2014 (sentenza n. 170), la Corte costituzionale aveva sollecitato il Parlamento a garantire con legge il diritto delle coppie dello stesso sesso ad ottenere la formalizzazione della loro unione, consentendo loro di ricondurre a un rapporto giuridicamente regolato dallo Stato il desiderio di vivere liberamente una condizione di coppia.

L'anno successivo, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha accertato la violazione dell'art. 8 della Convenzione da parte dell'Italia, per aver omesso di adottare una legislazione diretta al riconoscimento e alla protezione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso (sentenza 21 luglio 2015, caso Oliari e a. contro Italia, nei ricorsi riuniti n. 18766/11 e 36030/11) e ha riconosciuto, a carico dello stato italiano, un risarcimento di € 5.000,00 ad ogni ricorrente, per i danni non patrimoniali sofferti. La Corte, richiamando la propria giurisprudenza in tema di diritti delle coppie *same sex* (Corte EDU, 24 giugno 2010, Schalk and Kopf e Vallianatos c. Austria), ha ribadito che le coppie formate da persone dello stesso sesso hanno la medesima capacità di dare vita ad una relazione stabile e hanno il medesimo bisogno di riconoscimento e di protezione della propria unione di quelle formate da persone di sesso diverso. La Corte richiama, poi, a supporto anche la citata sentenza Corte costituzionale n. 138/2010 (par. 180) e la sentenza 9 febbraio 2015, n. 2400 della Corte di cassazione (par. 45).

La Corte riconosce tuttavia (par. 159 e par. 162) che, nell'applicare le misure positive per assicurare il rispetto effettivo dei diritti tutelati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, lo Stato gode di un certo margine di apprezzamento.

Invero, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, se per un verso il diritto al matrimonio può essere riconosciuto alle persone dello stesso sesso sulla base di una scelta riservata ai singoli Stati (Corte europea dei diritti dell'uomo, 15 marzo 2012, Gas e Dubois c. Francia), per altro verso, la Convenzione garantisce alle coppie dello stesso sesso di disporre di uno specifico quadro giuridico per il riconoscimento e la tutela delle unioni omosessuali.

E anche la Corte costituzionale aveva ritenuto non «costituzionalmente obbligata», in riferimento all'art. 29 Cost., l'introduzione del matrimonio per coppie dello stesso sesso (ancora sent. 138/2010).

la legge 76/2016

Tenendo conto di tali indicazioni, con la l. 76/2016 il legislatore italiano non ha percorso la via del matrimonio egualitario (pure intrapresa da diversi paesi europei) e ha optato, invece, per la soluzione presente in altri paesi europei, i cui ordinamenti contemplano un istituto analogo al matrimonio, ma

da esso formalmente distinto (*partnership* variamente denominate, che nella legge 76 sono state definite "unioni civili").

Secondo Cassazione penale sez. I 27/06/2016, n. 44182, "la finalità perseguita dal legislatore con tale nuova regolamentazione è quella di parificare, pur distinguendo le relative discipline positive e specifiche, la nozione di coniuge con quella di persona unita civilmente" (capo 3 in diritto). Di seguito si analizzeranno brevemente tali analogie e distinzioni.

1.3. analogie e differenze tra gli istituti del matrimonio e dell'unione civile.

In linea generale può riprendersi l'osservazione contenuta in uno dei primi commenti dottrinali alla legge 76 e secondo cui l'unione civile è istituto che condivide con il matrimonio i tratti essenziali, sia per quel che riguarda il momento costitutivo (il profilo dell'«atto»), sia per quanto riguarda la relazione interpersonale (il profilo del «rapporto») e la rilevanza nei confronti dei terzi e della collettività. Invero, passando a una rapida esemplificazione:

- complessivamente analoghi al matrimonio sono il regime dell'invalidità per mancanza di presupposti soggettivi (libertà di stato, assenza di vincoli di parentela e affinità, assenza dell'impedimento *ex delicto)* o per vizi derivanti dalla mancata espressione di un consenso libero e consapevole; e identica è anche la disciplina dei termini per proporre la relativa azione;

- anche gli effetti dell'unione nei rapporti tra i *partner* sono disciplinati sulla falsariga di quelli propri del matrimonio, con esclusione delle norme relative ai rapporti tra genitori e figli e alla separazione personale dei coniugi;

- per quanto riguarda i rapporti patrimoniali e successori, gli obblighi alimentari, l'istituto dell'amministrazione di sostegno e il rapporto di lavoro, si applicano le norme previste per i coniugi: ed è prevista anche la facoltà di scelta del cognome comune;

- anche per quanto riguarda i reciproci diritti e doveri (assistenza morale e materiale, coabitazione, contribuzione), sussiste analogia con quanto previsto per i coniugi dagli artt. 143, 144, 145 c.c..

Tutto ciò emerge dalla stessa tecnica legislativa seguita dalla legge 76, che costruisce la disciplina dell'unione civile mediante ripetuti rinvii, quasi *per relationem,* a quella codicistica del matrimonio, come osservato questa volta in altro commento dottrinale che adduce quale esempio paradigmatico in tal senso l'art.1, comma 5 (secondo il quale « si applicano gli artt. 65 e 68, nonché le disposizioni di cui agli articoli 119, 120, 123, 125, 126, 127, 128, 129 e 129-bis del codice civile »).

Ma proprio questa tecnica sta a marcare anche la principale differenza, sotto il profilo formale, tra unione civile e matrimonio, in quanto essa sottolinea la scelta di affidare la disciplina delle unioni civili a una legge speciale, anziché farvi posto nel codice civile.

Con l'ulteriore conseguenza che ogni mancato richiamo alle disposizioni codicistiche segna anche una differenza tra le rispettive discipline dei due istituti, come nel caso del mancato richiamo all'art. 78 del codice civile che, comporta - ancora secondo la prevalente opinione dottrinale - una differenza tra gli *status* di coniuge e di unito civilmente, in quanto sarebbe da escludere che l'unione civile generi il vincolo di affinità tra ciascuna parte ed i parenti dell'altra.

Altra differenza riguarda l'età: solo il maggiorenne può contrarre unione civile. Infine, le principali differenze tra matrimonio e unione civile concernono lo scioglimento del vincolo: nell'unione civile, infatti, non è prevista alcuna forma di separazione legale, ma soltanto il divorzio.

1.4 In particolare: la costituzione del vincolo

Differenze tra matrimonio e unione civile si registrano anche per quanto riguarda sia il procedimento di costituzione del vincolo (per l'unione è omessa la fase delle pubblicazioni e delle eventuali opposizioni), sia la celebrazione (oltre alla dichiarazione delle parti, non è prevista per l'unione quella dell'ufficiale di stato civile): ma identica è la natura giuridica dell'atto costitutivo. Invero, anche la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso avviene mediante atto formale e pubblico (dichiarazione del consenso manifestato dalle parti «di fronte all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni»), successivamente registrato dallo stesso ufficiale di stato civile nell'archivio di stato civile.

Mentre è pacifico che nel sistema della legge 76 rivesta natura contrattuale solo l'istituto, nettamente distinto dall'unione civile, del contratto di convivenza, contratto tipico, con propri requisiti sostanziali e formali, introdotto e disciplinato dai commi 50 e seguenti dell'articolo unico della legge 76.

2. L'art. 1 comma 20: chiave di volta e norma di chiusura della disciplina dell'unione civile

Così come è pacifico - nelle prime esegesi, dottrinali e giurisprudenziali, della medesima legge 76 - che il comma 20 dello stesso articolo unico (qui integralmente riportato al capo I dell'esposizione in fatto) rappresenti al contempo la chiave di volta dell'istituto dell'unione civile e la norma di chiusura dell'intera sua disciplina positiva.

Nella dottrina civilistica si è, così, definita regola generale quella contenuta nel comma 20 e si è affermato che - per effetto del rinvio ivi effettuato ad ogni disposizione diversa dal codice civile non espressamente richiamata - tutti i diritti previsti dalla legge per il matrimonio sono riconosciuti anche ai *partner* di unione civile in materia di lavoro, assistenza, previdenza, sanità, pensioni, immigrazione e in campo penale, penitenziario, fiscale.

Anche la dottrina processualcivilistica, pur critica nei confronti della modalità espressiva che caratterizza l'*incipit* finalistico del comma 20, riconosce che attraverso questa norma si compie l'equiparazione tra unione civile e matrimonio.

E, seppur in un *obiter dictum*, è la stessa Corte Costituzionale ad aver qualificato recentemente (sentenza 14/07/2016, n. 174, punto 3.2. del Considerato in diritto, cui si richiamano anche i ricorrenti nella propria censura sub "b") come "clausola generale" quella del comma 20, in forza della quale l'istituto della pensione di reversibilità è stato applicato alle unioni civili "in modo coerente con i princìpi di eguaglianza e ragionevolezza".

Di recente e a proposito dello stesso istituto della pensione di reversibilità, la Sez. lavoro della Cassazione civile (sentenza 3/11/2016, n. 22318) ha parimenti affermato che la nuova normativa di cui alla legge 76/2016 non prevede in favore del convivente *more uxorio* la pensione di reversibilità, <a differenza dell'ampia previsione dei trattamenti riconosciuti al comma 20 dell'art. 1 alla parte della "unione civile" disciplinata nelle forme previste dalla stessa legge>.

Infine, per quanto riguarda invece un esempio di automatica applicazione in sede amministrativa del comma 20, si può segnalare la circolare prot. 0003511 del 05/08/2016, con cui la Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo del Ministero dell'Interno ha pregato i Prefetti di informare le associazioni e i rappresentanti delle comunità straniere presenti sul territorio che, in virtù del comma 20, "il diritto al ricongiungimento familiare di cui all'art. 29 e seguenti del D.Lgs. 286/98 (T.U. Immigrazione), si estende ai cittadini stranieri dello stesso sesso uniti civilmente" e che "la procedura di rilascio del nulla osta e conseguente ingresso del ricongiunto non subisce alcuna modifica operativa se non con riferimento all'aggiornamento della modulistica in uso".

3. La questione dell'<obiezione di coscienza>.

L'introduzione nell'ordinamento giuridico interno di un istituto a forte tasso di innovatività qual è quello dell'unione civile è stata prevedibilmente preceduta, accompagnata e seguita da un dibattito pubblico – politico e istituzionale – assai acceso, all'interno del quale non sono mancati i richiami alle tematiche dell'obiezione di coscienza.

I profili strettamente giuridici di tali problematiche sono stati espressamente affrontati e risolti nell'articolato parere (citato anche dal Comune nella propria memoria difensiva) reso per legge dalla Sezione Consultiva per gli Atti Normativi del Consiglio di Stato nell'Adunanza 15 luglio 2016 (parere 21/07/2016, n. 1695/2016) sullo schema di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri con cui, nella presente fase di prima applicazione della legge 76, sono dettate alcune disposizioni attuative "con il circoscritto fine di consentire l'immediata operatività dei registri delle unioni civili, onde così corrispondere alle richieste presentate ai Comuni dalle coppie omosessuali per l'applicazione ad esse del nuovo istituto" (così lo stesso parere).

Ebbene, al capo 4 della lettera A del suddetto parere, il Consiglio di Stato non si esime dall'affrontare <una seconda questione di carattere generale, che attiene ai doveri di adempimento da parte dei Comuni in ordine alle richieste formulate dalle coppie omosessuali aventi diritto> e che <riguarda la possibilità stessa, evocata di recente da alcuni sindaci, di una "obiezione di coscienza" motivabile con il rifiuto, in base a convinzioni culturali, religiose o morali, di concorrere – appunto, nella qualità di sindaco – a rendere operativo l'istituto della unione civile tra persone dello stesso sesso>.

Vale la pena di riportare integralmente le considerazioni svolte sul punto dal parere:

<<Ritiene il Consiglio di Stato che il rilievo giuridico di una "questione di coscienza" - affinché soggetti pubblici o privati si sottraggano legittimamente ad adempimenti cui per legge sono tenuti - può derivare soltanto dal riconoscimento che di tale questione faccia una norma, sicché detto rilievo, che esime dall'adempimento di un dovere, non può derivare da una "auto-qualificazione" effettuata da chi sia tenuto, in forza di una legge, a un determinato comportamento.

Il primato della "coscienza individuale" rispetto al dovere di osservanza di prescrizioni normative è stato affermato – pur in assenza di riconoscimento con legge – nei casi estremi di rifiuto di ottempe-

rare a leggi manifestamente lesive di principi assoluti e non negoziabili (si pensi alla tragica esperienza delle leggi razziali). In un sistema costituzionale e democratico, tuttavia, è lo stesso ordinamento che deve indicare come e in quali termini la "coscienza individuale" possa consentire di non rispettare un precetto vincolante per legge.

Allorquando il Legislatore ha contemplato (si pensi all'obiezione di coscienza in materia di aborto o di sperimentazione animale) l'apprezzamento della possibilità, caso per caso, di sottrarsi ad un compito cui si è tenuti (ad esempio, l'interruzione anticipata di gravidanza), tale apprezzamento è stato effettuato con previsione generale e astratta, di cui il soggetto "obiettore" chiede l'applicazione. Nel caso della legge n. 76/2016 una previsione del genere non è stata introdotta; e, anzi, dai lavori parlamentari risulta che un emendamento volto ad introdurre per i sindaci l'<obiezione di coscienza> sulla costituzione di una unione civile è stato respinto dal Parlamento, che ha così fatto constare la sua volontà contraria, non aggirabile in alcun modo nella fase di attuazione della legge. Del resto, quanto al riferimento alla "coscienza individuale" adombrato per invocare la possibilità di "obiezione", osserva il Consiglio di Stato che la legge, e correttamente il decreto attuativo oggi in esame, pone gli adempimenti a carico dell'ufficiale di stato civile, e cioè di un pubblico ufficiale, che ben può essere diverso dalla persona del sindaco.

In tal modo il Legislatore ha affermato che detti adempimenti, trattandosi di disciplina dello stato civile, costituiscono un dovere civico e, al tempo stesso, ha posto tale dovere a carico di una ampia categoria di soggetti – quella degli ufficiali di stato civile – proprio per tener conto che, tra questi, vi possa essere chi affermi un "impedimento di coscienza", in modo che altro ufficiale di stato civile possa compiere gli atti stabiliti nell'interesse della coppia richiedente.

Del resto, è prassi ampiamente consolidata già per i matrimoni che le funzioni dell'ufficiale di stato civile possano essere svolte da persona a ciò delegata dal sindaco, ad esempio tra i componenti del consiglio comunale, sicché il problema della "coscienza individuale" del singolo ufficiale di stato civile, ai fini degli adempimenti richiesti dalla legge n. 76/2016, può agevolmente risolversi senza porre in discussione - il che la legge non consentirebbe in alcun caso – il diritto fondamentale e assoluto della coppia omosessuale a costituirsi in unione civile>>.

Una volta delineato lo scenario giuridico di fondo in cui la presente controversia si inserisce, si può più agevolmente analizzarne gli specifici profili.

4. La portata dispositiva dell'impugnata deliberazione giuntale n. 199/2016, così come ricostruita alla stregua degli usuali canoni ermeneutici.

Preliminare si rivela la ricognizione dell'esatto significato e della reale portata provvedimentale della deliberazione giuntale impugnata, atteso che il Comune ne ha fornito, in questa sede giudiziale (cfr. la memoria difensiva del 9 dicembre 2016), una interpretazione per così dire estensiva, secondo la quale il suo contenuto (anche per ciò che concerne lo svolgimento delle cerimonie nel locale adiacente all'ufficio servizi demografici) si applicherebbe indifferentemente ad entrambi gli istituti del matrimonio civile e delle unioni civili: e ciò in quanto nella delibera in esame si terrebbero <sempre distinte le parole "celebrazione", intesa come "celebrazione del matrimonio" fra persone eterosessuali, di cui al Libro Primo, Sezione IV, artt. 106 e seguenti del Codice Civile, e "costituzione di unione civile", intesa come unione fra persone dello stesso sesso, di cui alla legge n. 76 del 2016>.

4.1. La tesi confligge apertamente con gli usuali canoni dell'interpretazione letterale e sistematica dei provvedimenti amministrativi, tenuto di quanto è dato evincere dalle varie parti che compongono il provvedimento de quo (oggetto, motivazione, dispositivo).

Invero:

a) l'oggetto recita testualmente "atto di indirizzo celebrazioni unioni civili" e nella motivazione si richiamano esclusivamente:

- l'art. 3 del D.P.R. n. 396/2000 e la relativa circolare del Ministero dell'Interno n. 10/2014 che hanno ad oggetto la Celebrazione del matrimonio civile presso siti diversi dalla casa comunale;

- la deliberazione n. 125/29.10.2010 con la quale la Giunta Comunale approvava l'istituzione di separati uffici di stato civile per la celebrazione dei matrimoni, presso la Villa Caroli-Zanchi e la Villa Moroni;

- il D.P.C.M. 23.7.2016, n. 144, cioè il Regolamento recante disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile, ai sensi dell'articolo 1, comma 34, della legge 20 maggio 2016, n. 76 su cui il Consiglio di Stato ha espresso il citato e preventivo parere n. 1695/201;

b) nella stessa motivazione non viene mai citato il Regolamento comunale per la celebrazione dei matrimoni civili, approvato dal Consiglio comunale di Stezzano con la menzionata deliberazione comunale 1.6.2011, n. 29, al cui articolo 3 si indicano quali luoghi della relativa celebrazione la sala di rappresentanza del Municipio e le sale di Villa Caroli-Zanchi e di Villa Moroni; e al cui art. 2 si stabilisce espressamente che "la celebrazione dei matrimoni civili viene effettuata dal Sindaco nelle funzioni di

Ufficiale dello Stato civile o da persone dallo stesso delegate ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1 del D.P.R. 3.11.2000, n. 396";

c) dopodiché, l'unico passaggio argomentativo della motivazione - prima del "ritenuto" in cui si riportano le determinazioni da assumere che saranno ripetute nella parte dispositiva - è il seguente:

"Considerato che questa Amministrazione Comunale, per finalità di promozione e valorizzazione del territorio comunale, intende confermare le locations sia per le celebrazioni che per le costituzioni delle unioni civili";

d) quindi, nella parte dispositiva si delibera espressamente:

- 1."di autorizzare la celebrazione o la costituzione delle unioni civili, oltre che nella sede comunale, presso l'ufficio dei servizi demografici, anche presso la Villa Caroli-Zanchi e la Villa Moroni";

- 2. "di confermare le seguenti tariffe comunali vigenti": si tratta delle tariffe stabilite con la deliberazione giuntale n. 66 del 23.04.2015, articolate per ubicazione e per residenza, di cui si è dato conto al capo I dell'esposizione in fatto;

- 3. "di stabilire che le celebrazioni e costituzioni civili siano effettuate:

- dai consiglieri comunali che hanno comunicato la propria disponibilità;

- in caso di indisponibilità dei consiglieri, dal dipendente comunale cui sono state delegate le funzioni di Ufficiale di Stato Civile".

4.2. L'insieme dei dati testuali appena riportati e dei richiami ovvero non richiami a precedenti atti deliberativi del Comune conduce inequivocabilmente a concludere che - lungi dal costituire la regolamentazione *uno actu* della celebrazione dei matrimoni civili e delle unioni civili, come prospettato nella memoria difensiva comunale - l'impugnata deliberazione n. 199/2016 introduca una autonoma e distinta disciplina della celebrazione delle sole unioni civili.

E ciò per le seguenti ragioni:

aa) innanzitutto quella letterale: non è vero che nella delibera *de qua* si tengano *sempre* distinte le parole "celebrazione" (intesa come "celebrazione del matrimonio" fra persone eterosessuali) e "costituzione di unione civile".

Tanto al secondo capoverso del ritenuto delle "premesse", quanto al punto 3 del dispositivo le parole "celebrazioni" e "costituzione civili" sono unite tra loro dalla congiunzione "e", che serve chiaramente a ricomprendere in una locuzione unica non già due realtà tra loro distinte (matrimonio e unione civile), bensì due momenti o due fasi (la celebrazione/rito; la costituzione/atto pubblico) della procedura in cui si articola l'unico istituto giuridico "unione civile".

È dunque esclusivamente a questo istituto che la deliberazione intende riferirsi quando individua quali possibili "celebranti" solo i consiglieri comunali disponibili o, in difetto, il dipendente comunale/ufficiale di stato civile: chè altrimenti, a voler seguire l'interpretazione della memoria difensiva comunale, si dovrebbe pervenire alla conclusione che la delibera n. 199/2016 abbia voluto stabilire la regola che in Comune di Stezzano nessun matrimonio civile sia celebrato dal Sindaco, ponendosi così in palese contrasto con il citato art. 2 del regolamento comunale del 2011;

bb) che poi la stessa delibera n. 199/2016 intenda riferirsi alle sole unioni civili anche per quanto riguarda i luoghi comunali messi a disposizione lo si ricava, questa volta, non tanto dal dato letterale (obiettivamente ambiguo in tal caso, poiché i due termini sono uniti in motivazione dalle congiunzioni correlative "sia ... che", mentre al punto 1 del dispositivo è tra loro interposta la congiunzione disgiuntiva "o"), quanto dall'unico passaggio realmente motivazionale della delibera stessa: cioè la finalità di promozione del territorio che ispira dichiaratamente la scelta di autorizzare l'utilizzo delle due ville storiche Caroli-Zanchi e Moroni e, per quanto riguarda il palazzo comunale, l'ufficio servizi demografici.

Anche in questo caso l'interpretazione prospettata dal Comune in questo giudizio condurrebbe all'esito di un contrasto con l'art. 3 del Regolamento comunale, che riserva ai matrimoni civili la sala di rappresentanza del Municipio;

cc) l'interpretazione della difesa comunale deve essere, dunque, disattesa, perché contra legem (duplice contrasto con il Regolamento comunale del 2011 per la celebrazione dei matrimoni civili) e non *secundum legem;*

dd) né in contrario possono valere gli ulteriori argomenti addotti dalla difesa comunale, in quanto:

* nessun rilievo probatorio può assumere il documento 3 prodotto dalla stessa difesa, in quanto si tratta di un semplice elenco "prenotazioni matrimoni/unioni civili-sala presso uffici demografici", pur redatto su carta intestata dei Servizi demografici ma privo di data e sottoscrizione da parte del relativo responsabile, in cui figurano due matrimoni (per il 17.12.2016 e il 4.2.2017) e una unione civile per la primavera 2017 "in data da definire", con l'indicazione dei rispettivi contraenti. Al di là dell'inammissibilità, sotto il profilo formale, di un siffatto mero elenco di prenotazioni per il futuro, quel che in ogni caso avrebbe potuto rivelarsi di un certo interesse sarebbe stata una certificazione del funzionario dei servizi demografici circa il locale della Residenza Municipale (sala di rappresentanza, ufficio servizi demografici) in cui si sono effettivamente svolte le celebrazioni dei matrimoni civili a partire dall'adozione

della delibera n. 199/2016, dichiarata immediatamente eseguibile e sino al momento della costituzione in giudizio del Comune;

* neppure può condividersi l'argomento per cui la memoria difensiva del Comune varrebbe quale sorta di interpretazione autentica, perché tale facoltà è riservata per un sin troppo noto principio generale al solo organo che emanato l'atto della cui interpretazione si tratta.

Inoltre, ben avrebbe potuto la Giunta comunale, se lo avesse voluto, adottare un apposito atto di siffatta interpretazione autentica prima o dopo la notifica del ricorso, tanto più tenuto conto che nella delibera 25 ottobre 2016, n. 225 (di incarico all'attuale difensore in questa controversia) si dà atto di una richiesta di annullamento in autotutela avanzata dai legali dei ricorrenti e della fissazione di un appuntamento del Sindaco con i ricorrenti stessi e i loro legali.

E in ogni caso una semplice deliberazione giuntale non sarebbe stata neppure sufficiente, stante che – ove interpretata come proposto dalla difesa comunale – la deliberazione n. 199/2016 costituirebbe modificazione del Regolamento comunale 2011 sulle celebrazioni dei matrimoni civili.

4.3. È inevitabile, pertanto, concludere che l'argomento interpretativo dispiegato dalla difesa comunale integra un mero espediente difensivo e che, nell'attuale ordinamento del Comune di Stezzano, matrimonio civile e unioni civili non trovano affatto una fonte disciplinare comune nella delibera giuntale n. 199/2011, ma risultano autonomamente regolamentati da due distinte fonti e due difformi discipline:

- per le celebrazioni dei matrimoni civili, si applica il Regolamento di cui alla deliberazione del Consiglio Comunale 1.6.2011, n. 29, alla stregua del quale le relative celebrazioni avvengono nella sala di rappresentanza del Municipio e nelle sale di Villa Caroli-Zanchi e Villa Moroni (art. 3) e sono effettuate dal Sindaco o da suoi delegati ai sensi dell'art. 1 D.P.R. n. 396/2000 (art. 2);

- per la celebrazione delle unioni civili, si applica l'atto di indirizzo così espressamente intitolato e approvato dalla Giunta municipale con deliberazione 27.9.2016, n. 199, ai sensi della quale le relative celebrazioni avvengono, in Municipio presso l'ufficio dei servizi demografici e nelle sale di Villa Caroli-Zanchi e Villa Moroni; e sono effettuate dai consiglieri comunali che si siano dichiarati a ciò disponibili ovvero, in caso di loro indisponibilità, dal dipendente comunale cui siano state delegate le funzioni di Ufficiale di Stato civile.

4.4. Come risulta evidente si tratta di due discipline tra loro non solo distinte ma anche qualitativamente differenti: e tale carattere deteriore impresso dalla Giunta comunale di Stezzano alle modalità di svolgimento delle celebrazioni delle unioni civili non si rivela rispettoso del vigente quadro normativo, così come ricostruito al precedente capo 1 della presente esposizione in diritto e alla cui essenziale componente normativa si richiamano esattamente anche talune delle censure svolte in ricorso.

5. L'assorbente fondatezza di alcune delle censure dedotte dai ricorrenti avverso tale atto.

Alcune delle censure dedotte in ricorso si rivelano, infatti, puntuali e risultano fondate in misura assorbente rispetto alle rimanenti, cioè tali da evidenziare ex se l'illegittimità delle determinazioni contenute nella deliberazione impugnata e da comportarne il conseguente annullamento.

5.1. Il riferimento è in primo luogo alla censura sub c), con cui si deduce il mancato rispetto dell'art. 1 comma 20 legge 76/2016 e si sostiene che il "Regolamento comunale per la celebrazione dei matrimoni civili" del Comune di Stezzano si applicherebbe inderogabilmente - stante la suddetta fonte normativa di rango superiore - anche alla costituzione delle unioni civili.

La censura coglie nel segno ed è in grado di determinare di per sé l'annullamento del punto 1 del dispositivo della delibera 199/2016, in quanto il citato comma 20 (il quale stabilisce che "le disposizioni che si riferiscono al matrimonio (...) ovunque ricorrono (...) nei regolamenti si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso) riveste un'automatica efficacia etero-integratrice delle norme regolamentari originariamente "pensate" per (e dedicate a) il (solo) istituto del matrimonio in allora esistente, nel senso che tali norme devono ora intendersi automaticamente estensibili e applicabili anche all'istituto delle unioni civili pur senza la necessità di una apposita modifica espressa in tal senso.

Ed invero - come si è esposto al precedente capo 2 - questo significato e questa valenza le nostre giurisdizioni superiori hanno attribuito a tale clausola generale in materia di pensione di reversibilità; e in questo senso si è orientato lo stesso Ministero dell'Interno che, con semplice circolare, ha preso e dato atto che l'istituto del ricongiungimento familiare dovesse "semplicemente" valere anche nei confronti del *partner* dello stesso sesso unito civilmente, previo mero aggiornamento della modulistica in uso.

Né l'operatività del comma 20 nei confronti di un Regolamento comunale che disciplina la celebrazione del matrimonio civile può trovare ostacoli nel ricordato *incipit* dello stesso comma 20, il quale espressamente pone il "fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti ... derivanti dall'unione civile

tra persone dello stesso sesso": se è vero, infatti, che, in questo caso il diritto non può derivare da una unione civile non ancora costituita, è altrettanto e ancor di più vero che - come questa volta si è già osservato al capo 1.4. - essendo identica tra matrimonio e unione civile la natura giuridica dell'atto costitutivo, la *vis espansiva* del comma 20 non può non estendersi al momento genetico dell'istituto, in modo da assicurare sin dall'origine e sin dal suo sorgere quella "parificazione", pur nella distinzione delle relative e specifiche discipline positive, della nozione di coniuge con quella di persona unita civilmente, parificazione già individuata da Cass. Pen. n. 44182/2016 (citata al capo 1.2.) quale finalità perseguita dal legislatore della legge 76/16; nonché quella equiparazione tra unione civile e matrimonio a sua volta riconosciuta dalla dottrina menzionata al capo 2.

Se così non fosse, se si ammettesse che le modalità (anche esteriori) di formazione del vincolo dell'unione civile potessero differire così sensibilmente rispetto a quelle riservate alla costituzione del vincolo matrimoniale, da essere *ictu oculi* percepibili come *deminutio* del primo rispetto al secondo ciò significherebbe inevitabilmente un depotenziamento ontologico del nuovo istituto e una frustrazione/violazione della complessiva finalità di tutela espressamente perseguita dal comma 20.

Merita, pertanto, condivisione la censura dedotta sub c) del ricorso introduttivo, laddove si afferma che "la circostanza che il luogo individuato per la costituzione sia diverso da quello assegnato ai matrimoni civili dall'art. 3 del citato regolamento rende, ex se, illegittima la delibera di giunta comunale n. 199/2016" e si sostiene che il comma 20 "dovrebbe esplicitare la sua portata regolamentare " non solo "rispetto al rapporto generato dall'unione già costituita", ma anche "rispetto alla fase genetica di quel rapporto".

5.2. Parimenti condivisibile è l'ultimo profilo del motivo sub a) del ricorso introduttivo con cui i ricorrenti lamentano che la celebrazione delle unioni civili sia effettuata da soggetti (i consiglieri comunali che hanno comunicato la propria disponibilità e, in caso di indisponibilità dei consiglieri, il dipendente comunale cui sono state delegate le funzioni di ufficiale di stato civile) differenti da quello (sindaco) cui è attribuito il compito di officiare i matrimoni eterosessuali.

Invero, il punto 3 del dispositivo dell'impugnata deliberazione n. 199/2016 non si limita affatto, come pure sostiene la difesa comunale, a indicare i soggetti delegati dal Sindaco per celebrare le unioni civili (consiglieri comunali disponibili; in mancanza il funzionario delegato quale Ufficiale di Stato civile), ma al contrario sia per l'organo che adotta la disposizione (non il Sindaco quale organo monocratico, bensì l'organo collegiale Giunta), sia per il categorico tenore letterale della disposizione (si stabilisce che le celebrazioni e costituzioni civili siano effettuate dagli anzidetti soggetti) non costituisce affatto esercizio di delega, bensì individua aprioristicamente e in via generale la platea dei soggetti abilitati in via esclusiva alla celebrazione delle unioni civili.

E tra questi soggetti non figura il Sindaco (come invece prevede, unitamente alla facoltà di delega, l'art. 2 del Regolamento per la celebrazione dei matrimoni civili). Ma questa preventiva e generalizzata (auto)esclusione del Sindaco costituisce evidente manifestazione di quella obiezione di coscienza non prevista nel caso della legge n. 76/2016 (come evidenziato dal parere Cons. Stato n. 1695/2016) e un altrettanto evidente tentativo di aggirare, nella fase di attuazione della legge, la volontà espressa sul punto dal Parlamento, allorquando ha respinto un emendamento volto ad introdurre per i sindaci l'<obiezione di coscienza>.

Anche questo come già ampiamente e chiaramente argomentato nel suddetto parere del Consiglio di Stato che:

- è stato pubblicato due mesi prima dell'adozione della deliberazione n. 199/2016; - risulta espressamente richiamato nelle premesse del DPCM 23 luglio 2016, n. 144 che pure la stessa delibera n. 199/2016 dà per "visto";

- è consultabile liberamente e integralmente, sin dalla sua pubblicazione, sul sito istituzionale della Giustizia amministrativa www.giustizia-amministrativa.it.

Il quale parere esplicita chiaramente anche che - in caso di "impedimento di coscienza" - resta integra in capo al Sindaco la facoltà/possibilità di fare ricorso all'istituto delle delega: naturalmente secondo le modalità e i parametri propri del corretto esercizio di tale istituto ovvero, in primo luogo, delega *ad personam* (ad uno dei soggetti individuati dall'art. 1 comma 3 D.P.R. n. 396/2000: consiglieri o assessori comunali; cittadini italiani che hanno i requisiti per la elezione a consigliere comunale; dipendenti comunali; segretario comunale) e non a una categoria indeterminata (i consiglieri comunali che si siano dichiarati disponibili).

Il punto 3 del dispositivo della deliberazione n. 199/2016 introduce, pertanto, una macroscopica differenziazione soggettiva (quanto al celebrante) tra matrimonio civile e unione civile, come esattamente denunciato dai ricorrenti all'ultimo profilo del motivo sub a), sì da porsi in contrasto con l'art. 1 comma 20 legge 76/2016, che gli stessi invocato ricorrenti al motivo sub c).

Per tali ragioni, anche tale punto deve essere annullato.

5.3. Ciò stante, il Collegio può prescindere dalla disamina delle residue censure svolte in ricorso, in quanto da un loro eventuale accoglimento non poterebbe derivare ai ricorrenti alcun ulteriore risultato utile.

Peraltro, a conferma della non indispensabilità di tale disamina, si può osservare che tali residue censure:

- per un verso, si affidano a parametri di illegittimità di carattere ampio e generale (violazione articoli 2 e 3 Cost.; eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità, manifesta ingiustizia) rispetto a quelli assai più puntuali *supra* presi in considerazione e ritenuti fondati;

- per altro verso, prospettano un possibile profilo di incompetenza della giunta municipale che risulta contraddittorio con la censura di mancato rispetto della comma 20 legge 76/2016, censura questa che presuppone non la competenza a deliberare dell'uno o dell'altro organo comunale, bensì la non necessità di alcuna attività provvedimentale da parte del Comune, per effetto della forza eterointegratrice della norma invocata.

5.4. Infine, va incidentalmente rilevato che il punto 2 del dispositivo della deliberazione n. 199/2016, oltre a non essere oggetto di autonome e specifiche censure, costituisce, al contrario, proprio l'esempio di corretta applicazione, per tale profilo, del comma 20 legge 76/16, nel senso che si limita a confermare, per le unioni civili, la stesse tariffe comunali vigenti per i matrimoni civili: esattamente come il Ministero dell'Interno ha disposto l'immediata estensione ai *partner* delle unioni civili delle norme e dei permessi per ricongiungimento familiare.

Tale parte della deliberazione impugnata non deve, pertanto, essere annullata.

6. Conclusioni: accoglimento parziale del ricorso (limitatamente ai capi 1 e 3 del dispositivo della deliberazione impugnata) e carattere auto-esecutivo della presente sentenza.

Per le considerazioni che precedono, il ricorso deve essere parzialmente accolto e l'impugnata deliberazione deve essere annullata nelle seguenti parti:

- quanto alla premesse: limitatamente al primo e al secondo capoverso del "ritenuto";

- quanto al dispositivo: limitatamente al punto 1 e al punto 3.

Poiché l'accoglimento parziale del presente ricorso consegue all'accertata violazione, relativamente alle parti sopraindicate, dell'art. 1 comma 20 legge 76/2016, ne consegue anche il carattere auto-esecutivo della presente sentenza, nel senso che di seguito si precisa:

i) per effetto della eterointegrazione derivante dalla suddetta norma, le disposizioni del regolamento comunale per la celebrazione dei matrimoni civili approvato con deliberazione del Consiglio comunale di Stezzano 1.6.2011, n. 29 (e in particolare i suoi articoli 2 e 3) devono intendersi automaticamente valevoli e applicabili anche nel caso di celebrazione delle unioni civili disciplinate dalla legge n. 76 del 2016;

ii) nessuna ulteriore attività provvedimentale da parte del Comune di Stezzano è richiesta per dare esecuzione alla presente sentenza, stante che essa elimina dal mondo giuridico le statuizioni della delibera giuntale n. 199/2016 che si frapporrebbero a tale automatica applicabilità;

iii) tutti gli effetti della presente sentenza, quelli annullatori e quelli precisati alla precedente lett. i) decorrono dalla data della sua pubblicazione.

7. Sulle spese di lite.

Le spese di lite seguono come per legge il principio della soccombenza.

Ai fini della loro liquidazione, può essere utile la quantificazione contenuta alle lettere c), d), e) del punto 3 del dispositivo della già citata deliberazione n. 225/2016, con cui la Giunta comunale di Stezzano ha conferito l'incarico all'attuale difensore, e precisamente:

c. euro 1.902,00 per la fase introduttiva del giudizio;

d. euro 2.226,00 per la fase istruttoria e di trattazione;

e. euro 4.857,60 per la fase decisionale.

Al successivo punto 4 si dà atto che il legale ha praticato su tali importi lo sconto del 50%: ne deriva un ammontare di euro 4.493, oltre accessori di legge.

Tenuto conto del parziale (seppur sostanzioso) annullamento disposto con la presente sentenza e della limitata salvezza di una sola determinazione del provvedimento per il resto annullato, appare equo stabilire in complessivi € 4.000,00 (euro 4.000/00) oltre al 15% per spese generali, Iva e Cpa, l'ammontare delle spese di giudizio che il Comune di Stezzano dovrà rifondere ai ricorrenti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi, nei limiti e agli effetti specificati al capo 6 della motivazione.

Condanna il Comune di Stezzano a rifondere ai ricorrenti, in solido tra loro, le spese di giudizio che liquida in complessivi € 4.000,00 (euro 4.000/00) oltre al 15% per spese generali, Iva e Cpa.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1 D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare i ricorrenti *-omissis-*.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente, Estensore
Mauro Pedron, Consigliere
Mara Bertagnolli, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Giorgio Calderoni

Tribunale di Rovereto, ordinanza del 21 giugno 2016

INSEGNANTE DIPENDENTE DI SCUOLA PARITARIA – RICHIESTA ALLA LAVORATRICE DI SMENTIRE VOCI IN ORDINE A RELAZIONE OMOSESSUALE – RIFIUTO – MANCATO RINNOVO DEL CONTRATTO – ORGANIZZAZIONI DI TENDENZA – DISCRIMINAZIONE DIRETTA PER ORIENTAMENTO SESSUALE E NON PER MOTIVI RELIGIOSI – RISARCIMENTO DEI DANNI – LIQUIDAZIONE ANCHE IN FAVORE DI ASSOCIAZIONI RAPPRESENTATIVE

Ha natura discriminatoria la condotta del datore di lavoro che richieda ad una insegnante dipendente di una scuola paritaria di ispirazione religiosa cattolica in forza di rapporto di lavoro a tempo determinato di smentire voci in ordine ad una sua pretesa relazione omosessuale, disponendo il mancato rinnovo del contratto in ragione del suo rifiuto. La condotta non incontra i limiti di applicazione del divieto di discriminazione per le organizzazioni di tendenza vertendosi in ipotesi di discriminazione per orientamento sessuale e non per motivi religiosi» ed atteso che il rifiuto di rivelare la propria vita privata non configura manifestazione di «determinate convinzioni personali». Consegue il diritto della lavoratrice e delle associazioni rappresentative ricorrenti al risarcimento dei danni patiti.

Il Giudice del lavoro del Tribunale di Rovereto dott. Michele Cuccaro ha pronunciato la seguente ordinanza nella causa promossa con ricorso ex art. 4 D.L.vo 216/2003 depositato il 15.12.2015 sub nr. XXXXX R.G. da:

XXXXX YYYYYY e ASSOCIAZIONE RADICALE CERTI DIRITTI, rappresentati e difesi dall'avv. Alexander Schuster del Foro di Trento giusta delega allegata al ricorso

CGIL DEL TRENTINO, rappresentata e difesa dall'avv. Alexander Schuster e dall'avv. Stefano Giampietro del Foro di Trento giusta delega allegata al ricorso

RICORRENTI

contro

ISTITUTO DELLE FIGLIE DEL SACRO CUORE DI GESÙ,

rappresentato e difeso dagli avvocati Marina Prati ed Alberto Raimondi del Foro di Trento e Claudio Damoli, Enrico Togni e Alessandra Testi del Foro di Verona giusta delega allegata alla memoria difensiva

CONVENUTA

In punto: accertamento condotta discriminatoria

CONCLUSIONI

Ricorrente: "voglia l'Ill.mo Tribunale di Rovereto, respinta ogni contraria istanza, eccezione e deduzione in accoglimento del ricorso,

In via principale:

A. accertare e dichiarare il carattere discriminatorio delle condotte realizzate e delle dichiarazioni rese dalla parte convenuta e consistenti nell'avere in più occasioni nel periodo 16 luglio – 24 ottobre 2014 affermato privatamente e pubblicamente di non voler assumere e mettere a contatto con minori docenti omosessuali o sospettati tali;

B. accertare e dichiarare il carattere discriminatorio delle condotte a danno della ricorrente XXXXX, consistite nella negata riassunzione o comunque discriminazione nella valutazione professionale della stessa e della condotta autonoma e indipendente consistita nel averne pubblicamente leso l'onore attribuendole fatti falsi;

C. per gli effetti, ordinare ex art. 28, c. 7, D.Lgs. n. 150/2011 all'Istituto convenuto di dare adeguata pubblicità alla decisione giudiziale tramite la pubblicazione a stampa su almeno un quotidiano a tiratura nazionale di un estratto, in formato idoneo a garantire un'adeguata visibilità, dell'emananda ordinanza di condanna;

D. ordinare alla convenuta di disporre un piano di rimozione ai sensi dell'art. 28, 5° comma, D.Lgs. n. 150/11, con fissazione, ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c., della somma di denaro dovuta per ogni violazione o inosservanza successiva o per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento;

E. ordinare alla convenuta di formulare un'offerta di lavoro a tempo indeterminato in favore della ricorrente XXXXX aventi le caratteristiche dell'ultimo contratto a tempo determinato ovvero, alternativamente alla proposta di assunzione, che le sia riconosciuta una indennità pari a quindici mensilità calcolate sugli importi dell'ultimo contratto di lavoro, pari a € 25.344,00, o di importo equitativamente determinato da codesto Tribunale; F. condannare la convenuta al pagamento in favore della ricorrente XXXXX a titolo di risarcimento del danno patrimoniale subito dalla stessa per il periodo 1° settembre 2014 – 31 agosto 2015, della somma pari a € 10.293,27, e per il periodo dal 1° settembre 2015 fino alla proposta di assunzione da parte della convenuta di una somma pari a € 56,32 per giorno, oltre alle contribuzioni accessorie dovute dal datore di lavoro, o per quegli importi maggiori o minori ritenuti di giustizia;

G. condannare la convenuta al risarcimento del danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. e ex art. 28, c. 5 e 6, D.Lgs. 150/2011, in favore della ricorrente XXXXX da quantificarsi rispettivamente in € 16.000,00 per la condotta discriminatoria ai fini della riassunzione, e in € 72.000,00 per gli atti discriminatori consistenti nell'attribuzione di fatti falsi e diffamatori a mezzo stampa lesivi dell'onore della ex dipendente XXXXX, ovvero nelle maggiori o minori somme ritenute di giustizia;

H. condannare la convenuta al risarcimento del danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. e ex art. 28, c. 5, D.Lgs. 150/2011 in favore di CGIL del Trentino e di Associazione radicale Certi diritti di una somma quantificarsi in via equitativa in € 12.000 a ciascuna organizzazione, ovvero in una somma maggiore o minore ritenuta di giustizia.

Con vittoria di spese e competenze del presente giudizio, oltre ad IVA e CPA come per legge, da liquidarsi secondo i parametri ministeriali forensi ex DM 55/2014".

Convenuto: "In via pregiudiziale: accertarsi e dichiararsi il difetto di legittimazione attiva dell'Associazione Radicale Certi Diritti e della C.G.I.L. del Trentino

Nel merito: respingersi integralmente, per tutte le ragioni sopra esposte, le domande ex adverso proposte nei confronti dell'Istituto delle Figlie del Sacro Cuore di Gesù in quanto infondate in fatto ed in diritto.

Con vittoria di spese, competenze di causa, oltre I.V.A. e C.P.A..

In via istruttoria come in memoria di costituzione ed in note d'udienza dd. 22.3.2016".

Fatto e diritto

Con ricorso ex artt. 28 D.Lvo 150/2011, 4 D.L.vo 216/2003 e 702 bis c.p.c. depositato il 15.12.2015 XXXXX YYYYYY, l'Associazione Radicale Certi Diritti e la CGIL del Trentino convenivano in giudizio innanzi a questo Tribunale l'Istituto delle Figlie del Sacro Cuore di Gesù al fine di far accertare l'esistenza di atti discriminatori di matrice tanto individuale che collettiva e di farlo conseguentemente condannare al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali, all'adozione di un piano di rimozione ai sensi dell'art. 28, comma 5 D.L.vo 150/11 ed alla pubblicazione della decisione giudiziale sulla stampa ai sensi del successivo comma 7.

A sostegno della loro pretesa evidenziavano come la XXXXX – già insegnante dipendente dell'Istituto, gestore di una scuola paritaria di ispirazione religiosa cattolica, in forza di distinti rapporti di lavoro a tempo determinato – era stata convocata per essere valutata ai fini del rinnovo del contratto di lavoro per l'anno scolastico 2014/15 da parte della superiora dell'Istituto suor ZZZZZ; in quella sede la religiosa le aveva chiesto di negare di avere una relazione di convivenza affettiva con un'altra donna, asseritamente oggetto di voci all'interno dell'organizzazione o, comunque, di impegnarsi a risolvere il problema rappresentato dalla sua, del tutto presunta, omosessualità; a fronte del rifiuto da parte dell'insegnante di rivelare elementi della sua vita privata, il contratto di docenza non era stato rinnovato come era accaduto negli anni precedenti e non era stato dato corso alla promessa assunzione a tempo indeterminato una volta ottenuta l'abilitazione; la vicenda, inoltre, era stata oggetto di importante rilevanza mediatica.

Nel costituirsi in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso, il convenuto eccepiva il difetto di legittimazione ex art. 5 D.L.vo 216/2003 dell'O.S. CGIL e dell'Associazione Radicale Certi Diritti; evidenzia-

va l'inesistenza di un'aspettativa e, tantomeno, di un diritto della XXXXX ad essere riassunta per l'anno scolastico 2014/2015 (tenuto anche conto della carenza dei requisiti per accedere all'insegnamento); sottolineava che a seguito dell'incontro del 16.7.2014 era anche venuto meno il carattere di lealtà reciproca e di fiducia caratterizzante qualsiasi rapporto di lavoro (avuto riguardo al fatto che il pubblico dissenso manifestato dalla XXXXX nei confronti del progetto educativo e formativo dell'Istituto la poneva in insanabile contrasto con l'Istituto stesso quale organizzazione di tendenza); negava di avere mai posto in essere qualsivoglia discriminazione in relazione all'orientamento sessuale della docente, essendosi limitata a valutare l'impegno che la stessa si era assunta nell'adesione al progetto educativo della scuola; affermava che l'ordinamento italiano, pur riconoscendo il principio di parità di trattamento, prevede - ai commi da 3 a 6 dell'art. 3 del D.L.vo 216/2003 ed in perfetta sintonia con il diritto europeo - delle limitazioni ed eccezioni dello stesso certamente ricorrenti nel caso qui in esame; escludeva, da ultimo, la ricorrenza di danni risarcibili, tanto di natura individuale, che collettiva.

Esperito senza esito un tentativo di conciliazione, veniva effettuato l'interrogatorio libero delle parti.

All'udienza odierna, precisate dalle parti le conclusioni in epigrafe trascritte, la causa veniva decisa come da dispositivo letto pubblicamente, con contestuale deposito della presente ordinanza.

****

Discriminazione individuale.

Le domande meritano in gran parte accoglimento.

Il 16.7.2014 vi fu tra la prof.ssa XXXXX ed il Gestore dell'Istituto convenuto prof.ssa Ida Libratore (suor ZZZZZ) un colloquio, ricostruito dalle parti in sede di interrogatorio libero nei seguenti termini:

ricorrente: "il fatto è avvenuto mercoledì 16 luglio 2014, verso le 10:30 del mattino; io avevo ricevuto una settimana prima una telefonata da parte di suor ZZZZZ ZZZZZ, la quale mi chiedeva di recarmi presso l'Istituto con una certa urgenza, dal momento che aveva bisogno di parlarmi di alcune questioni legate alla sfera professionale; immaginando che ella volesse propormi ulteriori ore sulle superiori in aggiunta a quelle già effettuate sulle medie, le dissi che non vi erano problemi; tuttavia mi vedevo costretta a posticipare l'incontro dal momento che in quei giorni stavo svolgendo degli esami per l'abilitazione PAS, di cui l'istituto era a conoscenza; chiesi quindi a suor ZZZZZ se poteva spostare l'incontro alla settimana successiva; lei mi disse che era d'accordo; tuttavia, avendomi anticipato l'urgenza di parlare con me, le proposi, se ne aveva necessità, di anticiparmi l'oggetto del nostro colloquio; lei mi rispose negativamente, dicendomi che era sua intenzione parlarne di persona; la settimana seguente mi recai all'Istituto; al momento del mio arrivo presso il portone venni bloccata dall'addetta alla portineria; la cosa mi risultò piuttosto strana; le dissi che ero attesa da suor ZZZZZ in amministrazione; ella mi replicò di essere a conoscenza del fatto che suor ZZZZZ stava attendendo una persona, ma non le era stato specificato chi fosse ed aggiunse che aveva ricevuto ordini precisi di far accomandare tale persona sul corridoio antistante la sala di ricevimento delle famiglie quando queste si recavano a ricevimento presso i docenti; la cosa mi risultò piuttosto insolita, dal momento che sapevo che i colloqui non avvenivano lì, quantomeno non i colloqui tra il personale e la dirigenza; mi recai nel luogo indicatomi dalla portinaia e restai in attesa per circa 5-10 minuti, non credo di più; in quel lasso di tempo ebbi modo di sentire provenire dall'altra parte del corridoio delle voci che fuoriuscivano dalla segreteria; non ero, tuttavia, in grado di percepire il senso delle frasi; riconobbi però la voce di suor ZZZZZ; quest'ultima dopo una decina di minuti circa uscì dalla segreteria, mi venne incontro, mi salutò; aprì la porta della sala di ricevimento, mi fece accomodare e chiuse la porta dietro di sé; faccio presente come quella porta sia di norma chiusa a chiave; Suor ZZZZZ incominciò parlando del più e del meno; mi disse qualcosa a proposito della sua salute; mi chiese della mia; successivamente prese a rinnovarmi i suoi complimenti circa il mio operato quale docente di arte presso l'Istituto; io la ringraziai e colsi l'occasione per metterla a conoscenza dei primi risultati raggiunti negli esami PAS atteso che le valutazioni erano risultate tutte più che positive; lei ne fu contenta, tuttavia mi disse che l'oggetto della nostra conversazione era di tutt'altra natura; lei mi aveva chiesto di passare lì a scuola poiché era venuta a conoscenza di alcune voci secondo le quali io avevo una compagna con la quale intrattenevo una relazione affettiva-sentimentale e con la quale vivevo assieme; io rimasi letteralmente basita; la suora proseguì dicendo che il problema non era tanto quello di avere dei compagni, ma la natura dei rapporti che si intrattenevano con essi, dal momento che lei dirigeva un istituto religioso nel quale si trovavano dei minori che lei doveva assolutamente tutelare; io balbettai qualcosa circa l'assoluta estraneità di queste voci, dal momento che la cosa mi giungeva assolutamente nuova; suor ZZZZZ mi interruppe dicendomi che per risolvere il problema sarebbe stato sufficiente che io confermassi o negassi queste voci, così da garantire una continuità professionale presso l'Istituto; a quel punto cominciai a capire qual era esattamente il senso delle parole della suora e le risposi che non ero assolutamente tenuta a rispondere alle sue domande e che il problema non era la mia

presunta omosessualità, ma che lei si permettesse di pormi simili domande, le quali devono riguardare unicamente la sfera privata delle persone; le dissi, pertanto, che io non ero tenuta né a confermare né a negare e che anzi mi ritenevo molto dispiaciuta del fatto che lei avesse inteso convocarmi in istituto per rispondere a simili domande; suor ZZZZZ si arrabbiò molto; il suo tono si fece più concitato; ella insisteva nel fatto che io avrei dovuto assolutamente rispondere, dal momento che non rispondere a quella domanda equivaleva ad asserire di essere omosessuale; a quel punto io le feci presente che non avevo intenzione di essere lì ad essere ulteriormente umiliata e che per quanto mi riguardava la conversazione poteva chiudersi lì, dal momento che la suora aveva evidentemente già deciso il mio futuro professionale volendo dare peso a queste voci, a sostenere la sua posizione circa l'ordinamento dell'Istituto; io feci per alzarmi; la suora, che evidentemente non si aspettava questa reazione da parte mia, mi chiese di fermarmi ancora e tentò di nuovo di avere un tono e dei modi più affabili; mi disse nuovamente che aveva problemi come dirigente dell'Istituto a rinnovare il contratto ad una persona ritenuta omosessuale e che tuttavia lei in particolare sarebbe stata disponibile a chiudere un occhio nei miei confronti qualora io mi fossi impegnata a risolvere il problema, cominciando con ciò ad alludere al fatto che l'omosessualità è un problema, una malattia o comunque qualcosa che vi è la necessità di curare; a quel punto io le dissi fermamente che non avrei mai, mai e poi mai risposto alla sua domanda, anche a costo di perdere il posto di lavoro, perché è un mio diritto mantenere la privacy circa la mia vita privata, la quale non deve essere oggetto di alcun datore di lavoro; le dissi anche che l'inquisizione era terminata secoli prima; a quel punto suor ZZZZZ si arrabbiò molto, alzò la voce e mi disse: "come si permette? Lei è ancora una nostra dipendente"; io feci un sorriso amaro e le dissi che lei si sbagliava su questo, dal momento che da 15 giorni a quella parte io ero in stato di disoccupazione, cosa che avveniva tutti gli anni per via della tipologia di contratto a tempo determinato; a quel punto mi alzai e la lasciai seduta nella sala; sentii che continuava a borbottare qualcosa, ma io ero decisa ad andarmene e così feci".

Convenuto: "in quel periodo in cui è avvenuto il fatto io ero impegnata nel capitolo generale della congregazione che vedeva riuniti tutti i rappresentanti delle varie nazioni per l'elezione della nuova generale e del suo consiglio; per tale ragione io non potevo assentarmi; io ho appreso del fatto attraverso i giornali e gli altri media; ciò, in quanto ero presente, quando la madre provinciale suor Erminia Morelli, presente con me al capitolo generale, chiese il silenzio stampa; tutto ciò è quanto io so di scienza diretta; come detto, tutto il resto io ho appreso dalle notizie di stampa; quanto al rapporto di lavoro io posso dire che personalmente ho fatto un contratto di consulenza esterna con la signora Franca Penasa nell'anno 2012; era in programma un progetto di revisione di quella che era la gestione e l'amministrazione della scuola; essendoci stato un cambio di amministrazione, mi premeva in particolare che l'aspetto concernente il rapporto di lavoro rispecchiasse veramente quello che il contratto AGIDAE prevede e ciò in tutte le sue fasi, dall'assunzione fino all'estinzione del rapporto di lavoro; in tutte le nostre scuole in Italia la prassi che sosteniamo ed alla quale siamo fedeli è quella di passare per l'assunzione attraverso il primo colloquio con la preside o comunque la responsabile del settore interessato, successivamente col gestore che si identifica generalmente con la superiora (nel caso concreto suor ZZZZZ) e successivamente ancora con l'amministratore e ciò affinché la persona che intratteneva il colloquio ai fini dell'assunzione avesse un quadro chiaro e completo di quanto veniva richiesto; sempre per prassi, alla fine di questi tre colloqui, vi era una sospensione temporale affinché le tre persone coinvolte potessero confrontarsi tra loro riguardo alle varie persone che avevano esaminato e potessero scegliere quella più idonea, anche con riferimento all'identità specifica delle nostre scuole, le quali contengono uno specifico progetto religioso-educativo; su quest'aspetto dell'identità della scuola il gestore è il primo responsabile al fine di assicurare il rispetto di esso; per quanto conosco io suor ZZZZZ, nel frattempo deceduta, posso riferire come ella fosse una persona molto appassionata nella scuola, non solo nella veste di gestore, ma anche in quella di preside; ribadisco come ella avesse non solo la responsabilità ma anche il dovere di vigilare affinché il progetto educativo fosse rispettato; faccio peraltro presente come il contratto AGIDAE, il quale si riferisce a tutte le scuole dipendenti dall'autorità ecclesiastica, individua tra i documenti di assunzione l'accettazione da parte di tutto il personale, non solo docente ma anche non docente, del progetto educativo ed il rispetto di esso. Con riferimento a quanto riferito in sede di interrogatorio della ricorrente escludo che corrisponde al vero la circostanza che quella sala sia sempre chiusa; essa, al contrario, è sempre aperta; si tratta, invero, di una sala di accesso che, ove fosse chiusa, impedirebbe l'accesso alle suore".

La circostanza che suor ZZZZZ ebbe a porre nel corso del colloquio insistenti domande circa l'inclinazione sessuale della XXXXX ed a ritenere la sua (del tutto presunta) omosessualità in contrasto con la matrice cattolica della scuola paritaria da lei diretta trova inequivoca conferma nelle plurime dichiarazioni rese dalla medesima suor ZZZZZ a vari organi di stampa, che sono state allegate al ricorso e sono rimaste prive di contestazione da parte del convenuto. Valga richiamare, per tutte, l'intervista pubblicata sul quotidiano trentino "L'Adige" in data 24.10.2014 (recante il sottotitolo "Prof lesbica non confermata? Lo rifarei"): "Quest'estate lei non ha confermato il contratto ad una docente lesbica, che lavorava nella scuola media del Sacro Cuore. Pentita? O lo rifarebbe?" "quello è stato un temporale

estivo, conclusosi in maniera tranquilla. È come aver dato una mano di lucido all'istituzione. Oggi sono convinta più di prima che sia stata fatta la scelta giusta. Non c'è stata discriminazione. Lo ha confermato anche la Provincia (ho avuto dei colloqui ufficiali con il governatore Rossi). La docente non è stata cacciata. Il suo contratto era scaduto. Ho ricevuto tantissime email e telefonate di sostegno di genitori. Io avevo sentito delle eco su di lei da parte di famiglie e colleghi insegnanti. Ho voluto sentire la docente, chiedendo una smentita che non è arrivata. Ho avuto la conferma di una tipologia di persona non adatta a questo ambiente. È una persona che ha una sua identità e che si dovrebbe collocare da sola in un posto a lei adatto. È come se una donna che volesse abortire si rivolgesse all'ospedale (cattolico) San Camillo. So che la mia decisione ha causato anche dei mal di pancia, ma la cosa andava fatta. Io a scuola le cose voglio semplificarle, non complicarle".

L'intervista non risulta essere stata oggetto di smentita e si pone, come prima anticipato, sulla stessa linea di plurimi altri interventi resi dalla religiosa tra l'estate e l'autunno del 2014 su organi mediatici.

La circostanza secondo la quale il gestore dell'Istituto suor ZZZZZ avrebbe "sentito delle eco su di lei da parte di famiglie e colleghi insegnanti" appare niente più che una giustificazione difensiva a posteriori, tenuto conto che – a fronte di un totale silenzio nel comunicato stampa dell'Istituto dd. 17.7.2014 – la versione emerge per la prima volta solo nel comunicato del 21.7.2014.

Tale cambio di impostazione da parte dell'Istituto è stato ben colto dai giornali dell'epoca. Si confronti, ad es., articolo del 22.7.2015 del quotidiano "Trentino": "Al quarto giorno da quando il caso della docente non confermata al Sacro Cuore perché <<sospettata>> di essere lesbica, arriva la quarta versione dell'Istituto scolastico. <<Varie persone avevano espresso lamentele riguardo ai discorsi dell'insegnante sulla sessualità, considerandoli inopportuni, fuori luogo e non compatibili con l'ambiente scolastico>>, scrive la scuola in una nota diffusa ieri mattina ...".

Alla luce di quanto sin qui sintetizzato, appare in tutta chiarezza come il punto centrale del colloquio del 16.7.2014 fosse stato per suor ZZZZZ quello dell'orientamento sessuale della XXXXX.

Ciò ha determinato una patente violazione del principio di parità di trattamento di cui all'art. 2, comma 1 D.L.vo 216/03, secondo cui "Ai fini del presente decreto e salvo quanto disposto dall'articolo 3, commi da 3 a 6, per principio di parità di trattamento si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta a causa della religione, delle convinzioni personali, degli handicap, dell'età o dell'orientamento sessuale. Tale principio comporta che non sia praticata alcuna discriminazione diretta o indiretta, così come di seguito definite: a) discriminazione diretta quando, per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga ...".

La tesi di parte convenuta secondo la quale la fattispecie rientrerebbe nella clausola di salvaguardia prevista dai commi da 3 a 6 dell'art. 3 per le cd. organizzazioni di tendenza non può essere accolta, dal momento che nel caso qui in esame è stata perpetrata una discriminazione per orientamento sessuale e non per motivi religiosi. Da ciò discende che non possono ritenersi operanti le limitazioni ed eccezioni al principio generale previste dal comma 3 ("nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza e purché la finalità sia legittima") e dal comma 5 ("non costituiscono atti di discriminazione ai sensi dell'articolo 2 le differenze di trattamento basate sulla professione di una determinata religione o di determinate convinzioni personali che siano praticate nell'ambito di enti religiosi o altre organizzazioni pubbliche o private, qualora tale religione o tali convinzioni personali, per la natura delle attività professionali svolte da detti enti o organizzazioni o per il contesto in cui esse sono espletate, costituiscano requisito essenziale, legittimo e giustificato ai fini dello svolgimento delle medesime attività", atteso che l'orientamento sessuale di un'insegnante – per di più di educazione WWWWWW quale era la ricorrente - è certamente estraneo alla tendenza ideologica dell'Istituto. Ciò senza considerare che anche per le organizzazioni di tendenza i margini di manovra sono piuttosto limitati, come riconosciuto, ad es., dalla sentenza 23 settembre 2010, proc. 1620/03 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che ha considerato illegittimo il licenziamento operato da una parrocchia della Chiesa cattolica di Essen (Germania) nei confronti del proprio organista dopo che questi aveva divorziato e aveva avuto un figlio da un'altra relazione.

Deve dunque affermarsi che la ricorrente ha subito una condotta discriminatoria tanto nella valutazione di professionalità, quanto nella lesione all'onore.

Nessun dubbio può sorgere, invero, circa il fatto che il colloquio del 16.7.2014 avesse ad oggetto una possibile conferma dell'incarico di insegnamento anche per l'anno successivo, posto che non si comprenderebbe altrimenti la ragione per cui – a fronte di un contratto scaduto il precedente 30.6.2014 – la responsabile dell'Istituto si sarebbe preoccupata di convocare la XXXXX presso la scuola.

Parimenti è incontestabile che l'ampia risonanza mediatica della vicenda abbia leso l'onore della ricorrente, la quale si è vista costretta a prendere pubblica posizione a difesa del diritto costituzionalmente tutelato alla libera espressione della sua identità sessuale.

Tali conclusioni non consentono, tuttavia, di accogliere nella loro interezza le pretese della ricorrente XXXXX.

In particolare, non può accedersi alla richiesta di condannare l'Istituto convenuto a formulare un'offerta di lavoro a tempo indeterminato, non essendovi in atti alcun elemento anche solo di tipo presuntivo idoneo a far ipotizzare che lo sbocco dei plurimi incarichi di insegnamento avuti negli anni precedenti sarebbe stato quello di un'assunzione in via definitiva. A diversa conclusione deve, invece, pervenirsi in riferimento alla perdita di chance di assunzione a tempo determinato per i successivi anni scolastici. La XXXXX era stata ininterrottamente incaricata dell'insegnamento della materia di educazione artistica a partire dall'anno scolastico 2009. È ben vero, come osservato dal convenuto, che ciò non determinava un diritto o un'aspettativa alla conferma del contratto per gli anni successivi. Tuttavia la XXXXX aveva certamente la fondata chance di vedersi offrire nuovi incarichi, anche perché l'originario difetto della cd. abilitazione PAS o la mancanza di una domanda scritta non costituivano certo ostacoli insuperabili alla stipula di un nuovo rapporto di lavoro a tempo determinato.

Parimenti non può essere attribuito rilievo alla perdita di fiducia nei confronti della XXXXX che sarebbe derivata all'Istituto convenuto a seguito del colloquio del 16.7.2014 dal momento che, ancora una volta, la presunta omosessualità dell'insegnante nulla aveva a che vedere con la sua adesione o meno al progetto educativo della scuola.

Tenuto conto dell'importo dei pregressi contratti (pari a circa 10.000 euro per anno scolastico), appare equo determinare in € 10.000, oltre interessi legali dalla data odierna al saldo, l'importo da riconoscersi alla ricorrente a titolo di danno patrimoniale da condotta discriminatoria nella valutazione di professionalità.

Il danno non patrimoniale all'onore della ricorrente va, invece, quantificato in € 15.000 (sempre espressi in moneta attuale), tenuto conto della già sottolineata ampia risonanza mediatica della vicenda, dell'ostinata reiterazione delle affermazioni offensive e dell'assenza di qualsivoglia forma di resipiscenza.

Il riconoscimento di una tutela di tipo solo economico esclude la necessità - o anche solo l'utilità - di disporre il piano di rimozione richiesto al punto D) delle conclusioni attoree.

L'Istituto va, invece, condannato, ai sensi del comma 7 dell'art. 28 D.L.vo 150/2011, a pubblicizzare adeguatamente – ed omettendo ogni riferimento al nominativo della ricorrente - la presente ordinanza sui quotidiani locali "L'Adige" e "Trentino", come richiesto al punto C) delle conclusioni.

Discriminazione collettiva.

L'eccezione di carenza di legittimazione formulata dal convenuto va disattesa, non essendo dubbio:

a) che sia la CGIL del Trentino che l'Associazione radicale Certi diritti costituiscono organizzazioni rappresentative dell'interesse leso;

b) che in ricorso sono state lamentate condotte discriminatorie non solo nei confronti della XXXXX, ma anche dell'indistinta platea dei lavoratori interessati a non subire discriminazioni in ragione della loro identità sessuale.

Nel merito la pretesa va accolta, dal momento che la condotta posta in essere dall'Istituto attraverso la sua legale rappresentante – con particolare riferimento alle dichiarazioni rese agli organi mediatici dopo il colloquio del 16.7.2014 – ha colpito non solo la ricorrente, ma anche ogni lavoratore potenzialmente interessato all'assunzione presso l'Istituto.

Secondo quanto già ritenuto dalla Corte d'appello di Brescia nella sentenza 11.12.2014, invero, "il contenuto discriminatorio di una condotta lesiva delle disposizioni normative in discussione va valutato in considerazione del pregiudizio, anche soltanto potenziale, che una categoria di soggetti potrebbero subire in termini di svantaggio o di maggiore difficoltà, rispetto ad altri non facenti parte di quella categoria, nel reperire un bene della vita, quale l'occupazione".

Affermata, quindi, l'esistenza anche di una discriminazione collettiva, appare equo quantificare in € 1.500 per ciascun ente l'importo da porre a carico del convenuto a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale.

Spese.

Le spese, liquidate nella misura indicata in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Giudice del lavoro del Tribunale di Rovereto, visto l'art. 28 D.L.vo 150/2011 accertata la natura discriminatoria, tanto individuale che collettiva, della condotta posta in essere dal convenuto a decorrere dal 16.7.2014, condanna lo stesso:

a) al pagamento in favore della ricorrente XXXXX dell'importo di € 25.000, oltre interessi legali dalla data odierna al saldo, a titolo di risarcimento danni patrimoniali e non patrimoniali;

b) al pagamento in favore dei rimanenti ricorrente di un importo pari ad € 1.500 ciascuno, oltre interessi legali dalla data odierna al saldo, a titolo di risarcimento danni non patrimoniali;

c) a pubblicizzare adeguatamente - ai sensi del comma 7 dell'art. 28 D.L.vo 150/2011 ed omettendo ogni riferimento al nominativo della ricorrente - la presente ordinanza sui quotidiani locali "L'Adige" e "Trentino";

d) al pagamento delle spese del presente giudizio che liquida in € 4.000 oltre I.V.A., C.N.P.A. e 15% in favore della ricorrente XXXXX ed in € 1.800 complessivi, oltre I.V.A., C.N.P.A. e 15%, in favore dei rimanenti ricorrenti.

Rovereto, 21 giugno 2016

Il Giudice
dott. Michele Cuccaro

Corte costituzionale, sentenza del 24 febbraio 2016, n. 76

ADOZIONE – MATRIMONIO CONTRATTO ALL'ESTERO TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO – ADOZIONE ALL'ESTERO DEL FIGLIO DI UNO DEI CONIUGI DA PARTE DELL'ALTRO – RICONOSCIMENTO IN ITALIA DI SENTENZA STRANIERA CHE ABBIA PRONUNCIATO L'ADOZIONE – L. 4 MAGGIO 1983 N. 184, ARTICOLI 35 E 36 – APPLICABILITÀ – ESCLUSIONE – L. 31 MAGGIO 1995 N. 218, ARTICOLI 41, 64, 65, 66 – APPLICABILITÀ – CONSEGUENZE

Alla fattispecie di trascrizione di un provvedimento straniero di adozione del figlio del coniuge si applica la disciplina di cui agli artt. 64, 65 e 66 della legge 31 maggio 1995, n. 218, richiamati dall'art. 41 della medesima legge e non, come erroneamente ritenuto dal giudice rimettente, gli artt. 35 e 36 della legge 4 maggio 1983, n. 184.
Sono, pertanto, inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 l. 4 maggio 1983, n. 184, censurati, per violazione degli artt. 2, 3, 30, 31 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nella parte in cui — come interpretati secondo diritto vivente — non consentono al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore adottato all'estero, il riconoscimento della sentenza straniera che abbia pronunciato la sua adozione in favore del coniuge del genitore, a prescindere dal fatto che il matrimonio stesso abbia prodotto effetti in Italia, come per la fattispecie del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Giuseppe FRIGO; Giudici : Paolo GROSSI, Giorgio LATTANZI, Aldo CAROSI, Marta CARTABIA, Mario Rosario MORELLI, Giancarlo CORAGGIO, Giuliano AMATO, Silvana SCIARRA, Daria de PRETIS, Nicolò ZANON, Franco MODUGNO, Augusto Antonio BARBERA, Giulio PROSPERETTI,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), promosso dal Tribunale per i minorenni di Bologna sul ricorso proposto da B.E.M. con ordinanza del 10 novembre 2014, iscritta al n. 259 del registro ordinanze 2014 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 4, prima serie speciale, dell'anno 2015.

Visti gli atti di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri e dell'associazione Avvocatura per i diritti LGBTI;

udito nella camera di consiglio del 24 febbraio 2016 il Giudice relatore Nicolò Zanon.

Ritenuto in fatto

1. Con ordinanza del 10 novembre 2014 il Tribunale per i minorenni di Bologna ha sollevato questioni di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), «nella parte in cui – come interpretati secondo diritto vivente – non consentono al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore adottato (all'estero), il riconoscimento della sentenza straniera che abbia pronunciato la sua adozione in favore del coniuge del genitore, a prescindere dal fatto che il matrimonio stesso abbia prodotto effetti in Italia (come per la fattispecie del matrimonio tra persone dello stesso sesso)», per violazione degli artt. 2, 3, 30, 31 e 117 della Costituzione, quest'ultimo in riferimento agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti «CEDU»), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848.
2. Il giudice a quo riferisce di essere chiamato a definire un giudizio promosso dalla signora B.E.M., al fine di ottenere il riconoscimento della sentenza straniera di adozione deliberata, in data 22 gennaio 2004, dal Tribunale di Prima Istanza dello Stato dell'Oregon, Contea di Multnomah, negli Stati Uniti d'America, con la quale era stata disposta l'adozione piena della minore J.B.S.E. in favore della ricorrente, con responsabilità genitoriale congiunta a quella della madre biologica J.E.A.

   Il rimettente riferisce che la minore J.B.S.E. è nata da J.E.A. in data 4 ottobre 2003, in seguito ad inseminazione artificiale, allorché J.E.A. già conviveva con B.E.M., nell'ambito, dunque, di uno specifico progetto di genitorialità delle due madri (biologica e adottiva). Subito dopo la nascita di J.B.S.E., B.E.M. ha presentato domanda di adozione al Tribunale dello Stato dell'Oregon che, dopo aver accertato l'idoneità della richiedente a svolgere il ruolo di madre e l'idoneità del nucleo familiare ad ospitare la bambina, ne ha statuito appunto l'adozione. In seguito, in data 6 giugno 2013, J.E.A. e B.E.M. hanno contratto matrimonio agli effetti della legge degli Stati Uniti d'America. Il 27 marzo 2013 il Consolato Generale d'Italia con sede a San Francisco ha attestato che B.E.M., cittadina statunitense, è anche cittadina italiana per discendenza. L'intero nucleo familiare risiede ora a Bologna. Ricorda, infine, il giudice a quo che la ricorrente non ha presentato domanda finalizzata ad ottenere l'adozione di J.B.S.E., bensì ha richiesto, anche in nome della figlia adottata, il riconoscimento, in Italia, del provvedimento statunitense di adozione della minore.
3. Il Tribunale per i minorenni di Bologna ricorda, quindi, come i provvedimenti di adozione siano riconoscibili, in Italia, ai sensi dell'art. 41 della legge 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato), il quale rinvia agli artt. 64, 65 e 66 della medesima legge, ferme restando le norme speciali in materia di adozione dei minori (in particolare, gli artt. 35 e 36 della legge n. 184 del 1983). Con riferimento alla fattispecie oggetto del suo giudizio, il rimettente rileva che sussistono «tutte le condizioni di carattere procedurale e processuale» richieste dalla legge per il riconoscimento del provvedimento straniero, in quanto lo stesso si è perfezionato negli Stati Uniti d'America secondo legalità e sulla base della competenza dell'autorità adita. Ritiene, tuttavia, che, nel caso di specie, osti al riconoscimento della sentenza pronunciata all'estero la sua contrarietà all'ordine pubblico, limite previsto dalle disposizioni citate.

   Assume, infatti, il Tribunale che, sulla scorta di una lettura – «da ritenersi prevalente e maggioritaria, di fatto corrispondente a "diritto vivente"» degli artt. 41 della legge n. 218 del 1995 e 44, comma 1, lettera b), della legge n. 184 del 1983 (relativo, quest'ultima disposizione, all'adozione, in casi particolari, del figlio del coniuge) – debba escludersi che un minore possa essere adottato da persona che sia coniuge del genitore nell'ambito di un matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso, costituendo la necessaria diversità dei sessi un presupposto implicito e inderogabile della disciplina adottiva, «così cogente da dovere essere collocato nell'ambito di quelli che si connotano per partecipazione all'area semantica dell'Ordine pubblico interno».

   Ad avviso del giudice rimettente, tale interpretazione delle disposizioni sopra citate costituirebbe l'approdo di un "diritto vivente" formatosi nell'applicazione degli artt. 35 e 36 della legge n. 184 del 1983. Viene ricordata, in particolare, una pronuncia della Corte di cassazione (sezione prima civile, 14 febbraio 2011, n. 3572), secondo la quale l'adozione disposta ai sensi dell'art. 36, comma 4, della legge n. 184 del 1983 – ossia l'adozione pronunciata all'estero su istanza di cittadini italiani che dimostrino, al momento della pronuncia, di avere soggiornato continuativamente nel Paese straniero e di avervi avuto la residenza da almeno due anni – non avrebbe introdotto alcuna deroga al principio generale enunciato al comma 3 del precedente art. 35, ove si stabilisce che il riconoscimento del provvedimento di adozione di un minore pronunciato all'estero non può avere luogo ove contrario «ai principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori». Tra questi principi – secondo il giudice a quo – vi sarebbe anche quello secondo cui l'adozione è permessa solo a coniugi «uniti in matrimonio» ai sensi dell'art. 6 della legge n. 184 del 1983 (matrimonio che, nell'ordinamento italiano, è consentito solo a persone di sesso diverso).

4. Tanto premesso, il Tribunale per i minorenni di Bologna ritiene di non potersi discostare dall'orientamento giurisprudenziale indicato. Al tempo stesso, afferma di non condividerlo, se applicato alla fattispecie oggetto del suo giudizio, trattandosi di genitori (per quanto dello stesso sesso) con ventennale convivenza, poi confluita in un matrimonio regolarmente celebrato all'estero, in cui il coniuge del genitore ha adottato il figlio di quest'ultimo.

Il giudice a quo muove, infatti, dal presupposto che il matrimonio contratto all'estero tra persone del medesimo sesso non possa più essere considerato contrario all'ordine pubblico, in quanto detto matrimonio, nel nostro ordinamento, pur improduttivo di effetti giuridici, non sarebbe inesistente (è citata la sentenza della Corte di cassazione, sezione prima civile, 15 marzo 2012, n. 4184). Inoltre, il giudice a quo evoca alcune decisioni in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo avrebbe affermato che la coppia formata da persone dello stesso sesso è da considerare "famiglia" (sentenza 24 giugno 2010, Schalk e Kopf contro Austria, e sentenza 19 febbraio 2013, X e altri contro Austria). Infine – ricorda sempre il rimettente – la stessa Corte costituzionale avrebbe riconosciuto che la coppia omosessuale rientra tra le formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost. (sentenza n. 170 del 2014).

Il Tribunale per i minorenni di Bologna ritiene pertanto che la disciplina «in materia di riconoscimento dell'adozione perfezionatasi all'estero» sia censurabile sotto due distinti profili.

In primo luogo, gli artt. 35 e 36 della legge n. 184 del 1983 violerebbero gli artt. 2 e 3 Cost., in quanto, per la sola omosessualità dei genitori, esse impedirebbero in modo assoluto alla famiglia formatasi all'estero di continuare ad essere "famiglia" anche in Italia. Il giudice a quo ricorda come la Corte costituzionale abbia affermato che, pur spettando al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento delle unioni omosessuali, è ad essa riservata la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni (sentenza n. 138 del 2010). Il rimettente, pur riconoscendo l'interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio e della famiglia, ritiene che non possa essere totalmente sacrificato il contrapposto interesse della coppia omogenitoriale a che l'unione dei membri della famiglia non sia cancellata in modo completo e irreversibile.

La questione non riguarda qui – precisa il Tribunale rimettente – il rapporto di coniugio tra persone dello stesso sesso, ma esclusivamente il rapporto genitoriale e l'interesse preminente del minore al suo riconoscimento.

In secondo luogo, il giudice a quo ritiene che la disciplina censurata contrasti con gli artt. 2, 3, 30, 31 e 117 Cost., quest'ultimo in riferimento agli artt. 8 e 14 della CEDU, in quanto il divieto assoluto di riconoscimento della decisione straniera cancellerebbe «in modo netto e irrazionale» la possibilità, per il giudice italiano, di condurre un vaglio sull'effettivo interesse del minore, vanificando principi di matrice internazionale ed europea.

Il rimettente, su tale aspetto, ricorda anzitutto i principi espressi in alcuni trattati internazionali: la Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, in forza della quale «[i]n tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente» (art. 3, comma 1); la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva con legge 20 marzo 2003, n. 77; la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adottata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 (art. 24, comma 2). Dai trattati in questione emergerebbe la necessità che, in ogni atto comunque riguardante il minore, il suo interesse debba sempre essere considerato preminente. Disposizioni come quelle censurate impedirebbero, invece, al giudice di verificare quale sia l'interesse del fanciullo e, dunque, si porrebbero in contrasto con l'art. 3 Cost., sotto il profilo della ragionevolezza, e con gli artt. 2, 30 e 31 Cost., che assicurano al minore il diritto fondamentale ad una famiglia.

Inoltre, l'impossibilità di riconoscere il provvedimento di adozione, formatosi all'estero, in favore di una famiglia omogenitoriale, si paleserebbe in contrasto con gli artt. 8 e 14 della CEDU. Il giudice a quo ricorda i principi espressi dalla Corte EDU nella sentenza 19 febbraio 2013, X e altri contro Austria, e nella sentenza 28 giugno 2007, Wagner e J.M.W.L. contro Lussemburgo. In particolare, in quest'ultima decisione, la Corte EDU avrebbe riscontrato una violazione dell'art. 8 della CEDU da parte dell'autorità che si era rifiutata di riconoscere una sentenza straniera di adozione piena, poiché, quando si è già formata di fatto una famiglia, è inammissibile un rigetto della richiesta di riconoscimento della sentenza straniera che contrasti con l'interesse del minore nel caso concreto: la Corte EDU avrebbe, cioè, affermato che, «quando si è già formata di fatto una famiglia, è inammissibile un rigetto della richiesta di exequatur che contrasti con l'interesse del minore nel caso concreto».

5. Espone, infine, il giudice a quo che le questioni prospettate sarebbero rilevanti, in quanto, in assenza di una declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme censurate, sarebbe preclusa allo stesso rimettente una valutazione del superiore interesse del minore ad ottenere il riconoscimento, anche nell'ordinamento italiano, del vincolo di filiazione già regolarmente costituito per un ordinamento giuridico

straniero. In assenza di una pronuncia di accoglimento – secondo il giudice a quo – il ricorso andrebbe senz'altro rigettato.

6. Il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha spiegato intervento nel presente giudizio di legittimità costituzionale con atto depositato il 17 febbraio 2015, chiedendo che le questioni siano dichiarate inammissibili per difetto di rilevanza.

In particolare, l'Avvocatura generale dello Stato ritiene che il Tribunale per i minorenni di Bologna, omettendo la doverosa ricerca di una soluzione costituzionalmente orientata della fattispecie sottoposta al suo giudizio, avrebbe erroneamente trascurato la possibilità di riconoscere la sentenza straniera secondo una disposizione diversa da quelle censurate, e cioè l'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983, la quale consente l'adozione «in casi particolari», avuto specifico riguardo alla «constatata impossibilità di affidamento preadottivo».

Dopo aver ricordato che, sulla base di tale disposizione, è stata ammessa l'adozione internazionale da parte di una persona singola, quando la stessa corrisponda all'interesse del minore (è ricordata l'ordinanza della Corte costituzionale n. 347 del 2005), e assumendo che tale condizione rilevi «per analogia» anche nel caso di «persona same sex coniugata in altro Paese con il genitore biologico», l'Avvocatura generale dello Stato ritiene che, essendo ammessa l'adozione internazionale da parte di persona singola, dovrebbe a maggior ragione concludersi che possa essere riconosciuta una decisione in tal senso assunta dal giudice straniero.

Né – secondo l'Avvocatura generale dello Stato – tale riconoscimento sarebbe impedito dall'obbligo, stabilito dall'art. 35, comma 3, della legge n. 184 del 1983, di osservanza dei principi fondamentali dell'ordinamento nazionale in materia di famiglia e minori. In particolare, riguardo al matrimonio contratto all'estero fra persone dello stesso sesso, la difesa del Presidente del Consiglio dei ministri ricorda che la Corte di cassazione, pur avendo escluso che tale matrimonio possa essere trascritto negli atti dello stato civile, avrebbe, tuttavia, riconosciuto come lo stabile nucleo fondato su una relazione omosessuale vanti un diritto alla protezione della vita familiare ai sensi dell'art. 8 della CEDU, e che da ciò deriverebbe anche la possibilità di adire il giudice a tutela di specifiche situazioni (è citata la sentenza della Corte di cassazione, sezione prima civile, 15 marzo 2012, n. 4184). Tale indirizzo giurisprudenziale sarebbe armonico rispetto alle decisioni della Corte EDU (in particolare, alla sentenza 24 giugno 2010, Schalk e Kopf contro Austria). Sono, infine, richiamate anche le sentenze della Corte costituzionale n. 138 del 2010 e n. 170 del 2014, le quali avrebbero affermato la «rilevanza anche giuridica dell'unione omosessuale».

D'altra parte – prosegue l'Avvocatura generale dello Stato – la questione dell'adozione ad opera di persone singole e quella della relazione matrimoniale non suscettibile di riconoscimento sarebbero contigue, ma non coincidenti, aprendosi spazi per la soluzione dell'una indipendentemente dalla disciplina della seconda. La giurisprudenza di merito avrebbe già applicato l'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983 al caso dell'adozione, da parte di una donna, della figlia naturale della sua compagna e coniuge, in relazione ad un matrimonio celebrato all'estero (è citata la sentenza del Tribunale per i minorenni di Roma 30 luglio 2014, n. 299). La clausola dell'impossibilità dell'affidamento preadottivo – se interpretata tale impossibilità come causata da impedimenti di "diritto", oltreché da ostacoli "di fatto" – sarebbe utilizzabile come «"porta aperta" sui cambiamenti che la nostra società ci propone». Tale soluzione si imporrebbe a maggior ragione nei casi in cui si tratti solo di riconoscere un rapporto adottivo già istituito all'estero, quando essa appaia corrispondere agli interessi del minore preso in considerazione.

Non sarebbe, infine, d'ostacolo alla soluzione proposta la decisione della Corte di cassazione secondo la quale non potrebbero essere trascritti nei registri dello stato civile provvedimenti esteri di adozione legittimante, se non con riguardo a coniugi uniti in matrimonio (sezione prima civile, 14 febbraio 2011, n. 3572). In quel caso – sempre secondo l'Avvocatura generale dello Stato – era stata rilevata la portata ostativa dell'effetto legittimante del provvedimento da trascrivere, ma non era stata esclusa la possibilità di riconoscere l'adozione del singolo con effetti non legittimanti. E, del resto, la Corte di cassazione avrebbe, in altra occasione, ammesso finanche la possibilità di adozioni legittimanti, se corrispondenti all'interesse del minore (è citata la sentenza della sezione prima civile, 18 marzo 2006, n. 6078).

7. In data 16 febbraio 2015 l'associazione Avvocatura per i diritti LGBTI ha depositato «atto di costituzione e intervento nel giudizio di legittimità costituzionale», chiedendo che le questioni sollevate dal Tribunale per i minorenni di Bologna siano ritenute fondate.

In apertura dell'atto, la citata Associazione riconosce che la giurisprudenza costituzionale tendenzialmente esclude l'ammissibilità dell'intervento di soggetti che non siano parti del giudizio principale o portatori di un interesse immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio. È sollecitata, però, un'apertura della giurisdizione costituzionale al contributo di enti esponenziali volti alla tutela di diritti fondamentali dei cittadini, come già avvenuto, in parte, grazie ad alcune decisioni della Corte costituzionale (sono citate le sentenze n. 45 del 2005, 76 del 2001 e 314 del 1992, nonché le ordinanze n. 250 del 2007 e n. 389 e n. 50 del 2004). La difesa e l'affermazione dei diritti delle persone

omosessuali, bisessuali e transessuali, anche con riguardo specifico a giudizi celebrati innanzi alle Corti nazionali e sovranazionali, costituisce d'altra parte – osserva l'interveniente – uno specifico obiettivo statutario dell'Associazione.

L'atto di intervento prosegue con una diffusa esposizione delle ragioni che imporrebbero il riconoscimento della sentenza statunitense cui si riferisce il giudizio principale, e comunque esponendo le ragioni che dovrebbero indurre la Corte costituzionale all'accoglimento della questione sollevata dal giudice a quo.

Considerato in diritto

1. Il Tribunale per i minorenni di Bologna solleva questioni di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), «nella parte in cui – come interpretati secondo diritto vivente – non consentono al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore adottato (all'estero), il riconoscimento della sentenza straniera che abbia pronunciato la sua adozione in favore del coniuge del genitore, a prescindere dal fatto che il matrimonio stesso abbia prodotto effetti in Italia (come per la fattispecie del matrimonio tra persone dello stesso sesso)», per violazione degli artt. 2, 3, 30, 31 e 117 della Costituzione, quest'ultimo in riferimento agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti «CEDU»), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848.

Gli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost. sarebbero violati perché le disposizioni censurate determinerebbero un'irragionevole compressione del diritto fondamentale del minore alla conservazione del nucleo familiare in cui è stabilmente inserito.

Le disposizioni censurate, inoltre, contrasterebbero con l'art. 117 Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU, nella parte in cui questi ultimi impediscono ad un'autorità pubblica di interferire nella vita familiare – e, in particolare, di ostacolare la vita familiare di un nucleo che si è già formato – salvo che tale ingerenza sia prevista dalla legge, persegua uno o più degli scopi previsti dalla norma convenzionale, e sia necessaria, in una società democratica, al fine di raggiungere tali finalità.

2. In via preliminare, deve essere dichiarato inammissibile l'intervento dell'associazione Avvocatura per i diritti LGBTI. Tale associazione chiede che il suo intervento sia dichiarato ammissibile, in quanto la difesa e l'affermazione dei diritti delle persone omosessuali, bisessuali e transessuali, anche con riguardo a giudizi celebrati innanzi alle Corti nazionali e sovranazionali, costituisce uno specifico obiettivo statutario dell'associazione.

Non può che essere ribadito, tuttavia, il costante orientamento di questa Corte, secondo il quale non possono partecipare al giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale i soggetti che non siano parti nel giudizio a quo, né siano titolari di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio (ex plurimis, da ultimo, in relazione alla richiesta di intervento da parte di soggetti rappresentativi di interessi collettivi o di categoria, sentenze n. 221, n. 178 e n. 37 del 2015, n. 162 del 2014; ordinanze n. 156 del 2013 e n. 150 del 2012).

Nel caso in esame, appare evidente come la posizione giuridica di tale associazione non risulti suscettibile di essere pregiudicata in alcun modo dall'esito del giudizio di costituzionalità, in quanto il rapporto sostanziale dedotto in causa concerne solo profili attinenti alla posizione dei soggetti privati parti del giudizio a quo.

3. La questione è inammissibile, non già per gli argomenti addotti dall'Avvocatura generale dello Stato, peraltro inconferenti rispetto alle questioni di legittimità costituzionale sollevate, bensì per le diverse ragioni di seguito illustrate.

3.1. In primo luogo, trascurando di compiere una corretta ricognizione del quadro normativo di riferimento, il Tribunale per i minorenni affronta in modo contraddittorio la questione relativa all'esistenza della propria potestas iudicandi sulla fattispecie sottoposta a giudizio.

Nel suo iter logico-argomentativo, il giudice rimettente opera, infatti, un immediato ma indistinto riferimento all'art. 41 della legge 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato), in tema di riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di adozione.

L'articolo appena citato, tuttavia, nei suoi due commi, prevede due ben diversi procedimenti per giungere a tale riconoscimento.

Il comma 1 stabilisce, quale regola di carattere generale, un riconoscimento "automatico" dei provvedimenti stranieri in materia di adozione, attraverso il rinvio agli artt. 64, 65 e 66 della medesima legge, relativi, rispettivamente, alle sentenze straniere, ai provvedimenti stranieri e ai provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione.

Il comma 2, invece, stabilendo che «[r]estano ferme le disposizioni delle leggi speciali in materia di adozione dei minori», opera un riferimento alla disciplina contenuta nella legge n. 184 del 1983 e dunque, anzitutto, agli artt. 35 e 36 di tale legge, i quali prevedono che il riconoscimento in parola sia subordinato ad un vaglio da parte del Tribunale per i minorenni.

Il giudice a quo non distingue tra questi due diversi procedimenti di riconoscimento. Dapprima, infatti, egli afferma che la sentenza statunitense di adozione – che è chiamato a riconoscere – risponde a «tutte le condizioni di carattere procedurale e processuale» previste dagli artt. 64, 65 e 66 della legge n. 218 del 1995, quelle a cui rinvia il comma 1 dell'art. 41 della medesima legge; immediatamente dopo, però, aggiunge che l'adozione non può essere dichiarata efficace in Italia perché non risponde ai requisiti previsti dalla normativa interna in materia di adozione di minori, in particolare, a quelli previsti agli artt. 35 e 36 della legge n. 184 del 1983, richiamati dal comma 2 del citato art. 41.

La contraddittorietà di tale percorso argomentativo risulta evidente, poiché l'applicazione della legislazione speciale in materia di riconoscimento della sentenza di adozione internazionale di minori – che richiede un previo vaglio giudiziale, ad opera del Tribunale per i minorenni – non può che escludere il contemporaneo rinvio alle disposizioni ordinarie sul riconoscimento "automatico" dei provvedimenti stranieri.

La giustificazione che il giudice a quo fornisce in ordine all'esistenza della propria potestas iudicandi esibisce così un difetto di motivazione sulla rilevanza: se egli avesse ritenuto che la sentenza straniera dovesse essere riconosciuta "in modo automatico", ai sensi del comma 1 dell'art. 41 della legge n. 218 del 1995, avrebbe dovuto dichiarare inammissibile la domanda, poiché, in tale ipotesi, il provvedimento straniero potrebbe essere direttamente presentato all'ufficiale di stato civile per la trascrizione; se, invece, avesse adeguatamente motivato in ordine al fatto che la legge n. 218 del 1995 gli consentiva di svolgere un "giudizio" ai fini del riconoscimento della sentenza di adozione pronunciata all'estero, avrebbe dovuto fare riferimento unicamente all'art. 41, comma 2, della legge n. 218 del 1995 e alle pertinenti disposizioni della legge n. 184 del 1983.

3.2. In realtà, richiamando la disposizione da ultimo citata, il giudice a quo ha erroneamente ritenuto applicabile al caso oggetto del suo giudizio la disciplina in tema di riconoscimento delle sentenze di adozione internazionale di minori, riconducendo la fattispecie da cui origina il giudizio principale all'art. 36, comma 4, della legge n. 184 del 1983, che estende il controllo giudiziale del Tribunale per i minorenni ad una particolare ipotesi di adozione di minori stranieri in stato di abbandono da parte di cittadini italiani.

Tale disposizione – relativa al riconoscimento di decisioni di adozione assunte in Stati che risultano parti della Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, fatta a L'Aja il 29 maggio 1993, ratificata e resa esecutiva con legge 31 dicembre 1998, n. 476, o che abbiano stipulato specifici accordi bilaterali con lo Stato italiano – stabilisce che «[l]'adozione pronunciata dalla competente autorità di un Paese straniero a istanza di cittadini italiani, che dimostrino al momento della pronuncia di aver soggiornato continuativamente nello stesso e di avervi avuto la residenza da almeno due anni, viene riconosciuta ad ogni effetto in Italia con provvedimento del tribunale per i minorenni, purché conforme ai principi della Convenzione».

Il rimettente, ricordando come la Corte di cassazione (sezione prima civile, 14 febbraio 2011, n. 3572) abbia ritenuto che, anche in tale ipotesi, il giudice debba verificare se la sentenza pronunciata all'estero contrasti con i «principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori» – limite contenuto nel comma 3 dell'art. 35 – solleva le questioni di legittimità costituzionale in esame, assumendo che proprio quel limite impedirebbe il riconoscimento della sentenza pronunciata negli Stati Uniti d'America come un'adozione in casi particolari del figlio del coniuge (ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera b, della legge n. 184 del 1983) nell'ambito di una coppia dello stesso sesso.

Queste, dunque, le ragioni del sollevato dubbio di legittimità costituzionale, che, peraltro, nel dispositivo dell'ordinanza di rimessione coinvolge, nella loro interezza, gli artt. 35 e 36 della legge n. 184 del 1983; mentre, nella motivazione, si appunta soltanto sul comma 4 dell'art. 36 e sul comma 3 dell'art. 35.

La fattispecie da cui ha avuto origine il giudizio di costituzionalità non è, però, correttamente riconducibile all'art. 36, comma 4, della legge n. 184 del 1983.

Il Tribunale per i minorenni di Bologna ritiene evidentemente determinante il fatto che la ricorrente sia – al momento del ricorso – cittadina italiana. Non considera, tuttavia, che, al momento dell'adozione, ella era solo cittadina americana e che l'adozione pronunciata negli Stati Uniti d'America nel 2004 riguardava una bambina di cittadinanza americana. Ha quindi erroneamente ricondotto la fattispecie oggetto del proprio giudizio ad una disposizione – appunto il citato art. 36, comma 4 – volta ad impedire l'elusione, da parte dei soli cittadini italiani, della rigorosa disciplina nazionale in materia di adozione di minori in stato di abbandono, attraverso un fittizio trasferimento della residenza all'estero.

L'inadeguata individuazione, da parte del giudice rimettente, del contesto normativo determina, dunque, un'erronea qualificazione dei fatti sottoposti al suo giudizio, tale da riverberarsi sulla rilevanza delle questioni proposte (ex plurimis, ordinanze n. 264 del 2015 e n. 116 del 2014).

Per Questi Motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), sollevate, in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117 della Costituzione, quest'ultimo 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 legge 4 agosto 1955, n. 848, dal Tribunale per i minorenni di Bologna, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 24 febbraio 2016.

F.to:
Giuseppe FRIGO, Presidente
Nicolò ZANON, Redattore
Roberto MILANA, Cancelliere

Depositata in Cancelleria il 7 aprile 2016.

Il Cancelliere
F.to: Roberto MILANA

Announcement

submitted by Kees Waaldijk* to the editors of the journal GenIUS for inclusion in its January 2017 issue

The LawsAndFamilies Database

A new online resource on aspects of legal family formats available to same-sex and/or different-sex couples in European countries

January 2017 sees the publication of *The LawsAndFamilies Database*.[1] This database is one of the milestones of the larger EU-funded FamiliesAndSocieties research project.[2] This new online open-access resource will make it easier to find and compare legal information about marriage, registered partnership and cohabitation in European countries. The database will be accessible via *www.LawsAndFamilies.eu*.

The information in the database has been provided by selected legal experts in more than 20 countries in the European Economic Area (typically two experts per country).[3] In a questionnaire the experts were asked, for some 60 typical legal consequences and formalities of marriage, to what degree and since when these consequences and formalities are now available to same-sex and / or different-sex couples via one or more of three possible legal family formats (marriage, registered partnership, cohabitation).[4] The questionnaire was divided in six sections on formalisation, income, trouble, parenting, migration, splitting up, and death. The experts were also asked to mention the relevant legal sources and to provide some explanations. Everywhere in the database, the user can access these detailed references and explanations. The questionnaire and the resulting database have been developed by research teams at Leiden Law School in the Netherlands and the Institut national d'études démographiques (INED) in France.

The database will also link to interesting sociological and statistical research regarding same-sex families. Its core is an interactive database with legal information about the situation of same-sex and different-sex families over the last 50 years in over 20 countries. It will allow lawyers, judges, policymakers, legislators, activists, researchers and others to look up a specific legal issue for a specific country, or to generate colourful overviews comparing different countries, different issues, or different legal family formats. The database thus will help to discover patterns of legal development in a very interesting period during which family law and related fields of law gradually became more diverse and more inclusive. This ongoing process has been much faster or much broader in some countries than in others. For example, during the course of the 4-year research project several more countries made marriage available to same-sex couples, and several other countries – including Italy – introduced registered partnership. Other countries go on to attach more legal consequences to registered partnership or same-sex marriage, while a number of countries are beginning – if at all – to give some legal recognition to cohabiting partners of the same-sex. Such steps are typically (but not always) preceded by some recognition of *different-sex* cohabitation. For example, a few western European countries now allow joint adoption by registered same-sex couples, but not joint adoption by cohabitants, even if the latter are of different sexes.

* Professor of comparative sexual orientation law, Leiden Law School, www.law.leidenuniv.nl / waaldijk.

1 K. Waaldijk, M. Digoix, N. Nikolina, G. Zago, D. Damonzé, A. Caporali & K. Nait Abdellah (eds.), *The LawsAndFamilies Database – Aspects of legal family formats for same-sex and different-sex couples.* Paris: INED, 2017, www.LawsAndFamilies.eu.

2 Acknowledgement: 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, www.familiesandsocieties.eu.

3 The legal experts for Italy in this survey are Matteo Winkler and Marco Gattuso. Their answers and detailed references and explanations have been brought together in six papers that will be included in the database referenced in note 1 above: M. Winkler authored the papers 'Formalisation of legal family formats in Italy', 'Parenting and legal family formats in Italy' and 'Migration and legal family formats in Italy', while M. Gattuso is the author of the papers 'Income, troubles and legal family formats in Italy', 'Splitting up and legal family formats' and 'Death and legal family formats in Italy'.

4 K. Waaldijk, J.M. Lorenzo Villaverde, N. Nikolina & G. Zago, 'The LawsAndFamilies questionnaire on legal family formats for same-sex and / or different-sex couples: Text of the questions and of the accompanying guidance document', *FamiliesAndSocieties Working Paper* 64(2016) www.familiesandsocieties.eu.

The questionnaire used for creating the *LawsAndFamilies Database*, introduced the term 'legal family format', to refer to family forms (for couples) that have legal effects. It distinguishes between three such legal family formats: marriage, registered partnership, cohabitation. It was a challenge to precisely define the distinction between cohabitation and registered partnership. On the basis of his expertise on Spanish legislations,[5] José María Lorenzo Villaverde (who as a researcher for this project at Leiden Law School played an important role in developing the questionnaire) contributed to the definition of this distinction in the questionnaire. After he had thus contributed to the elaboration of the definition for the 2014 test-version of the questionnaire, I gratefully used a similar definition in my article 'Great diversity and some equality' in *GenIUS*.[6] In the end, the guidance document for the experts answering the final version of the questionnaire gave the following definition:

> '[…] registered partnership is defined here as a legal family format for two partners:
> (1) that is constituted in a procedure that results in registration,
> (2) for which it is *not* a condition that the partners are already living together for a substantial period of time (six months or more),
> (3) that is registered in a register kept by a public authority,
> (4) that has an extended or limited set of substantive legal consequences,
> (5) and that is *not* dissolved automatically when the partners no longer live together.'[7]

And reversely, as regards 'cohabitation' the document specified:

> 'When a condition for registration is that the partners must have been living together already for a substantial period (six months or more), then such a legal regime does not count as registered partnership, because it is not created by the act of registration. It should then be classified as "cohabitation". Also when the registration is not in a *public* register, it should be considered here as a form of cohabitation. Idem, when the formalisation is only valid for as long as the partners live together.'[8]

It seems that the Italian legislation of 2016 meets all five conditions.[9] The same is true for Greece (that opened up registered partnership to same-sex couples at the start of 2016) and probably also for Cyprus (where registered partnership legislation entered into force in 2015), [10] but maybe not yet for Estonia (where partnership legislation entered into force in 2016).[11] Not counting Estonia, the number of countries allowing same-sex partners to marry or to register their partnership, is now 21 among the 28 countries of the European Union, 24 among the 31 countries of the European Economic Area, and 26 among the 47 countries of the Council of Europe. The *LawsAndFamilies Database* also shows that the number of countries with some recognition for cohabiting same-sex couples is even greater. However, such cohabitation recognition mostly only applies to some specific issues. And the material scope of registered partnership is mostly more limited than that of different-sex marriage. In a few countries that is also true for same-sex marriage. The new database should be a good tool to establish the precise legal scope of such legislation in different countries.

5 Expertise gained and developed in his PhD research at the Faculty of Law of the University of Copenhagen since 2009. See J.M. Lorenzo Villaverde (2015), *The Legal Position of Same-Sex Couples in Spain and Denmark. A Comparative Study of Family Law*. Copenhagen: Faculty of Law of the University of Copenhagen (PhD thesis defended April 2016, not yet published).

6 See K. Waaldijk, 'Great diversity and some equality: non-marital legal family formats for same-sex couples in Europe', 1 *GenIUS – Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere* 2014/2, p. 42 and 47.

7 Waaldijk et al. 2016 (note 4 above), p. 20.

8 Idem, p. 19.

9 See the forthcoming papers by Winkler and Gattuso (note 3 above).

10 For a chronological overview of the 21 European countries that introduced registered partnership for same-sex partners earlier, see Waaldijk 2014 (note 6, above), p. 44. In 2015 also Luxembourg and Ireland have opened up marriage to same-sex couples.

11 About the implementation problems regarding the new Estonian law, see P. Roudik, 'Estonia: legalization of civil partnerships', *Global Legal Monitor*, 2016, https://www.loc.gov/law/foreign-news/article/estonia-legalization-of-civil-partnerships/.

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