

Dipartimento di Scienze Politiche
Università degli Studi Roma Tre

LE COPPIE DELLO STESSO SESSO: LA PRIMA VOLTA IN CASSAZIONE

a cura di RAFFAELE TORINO





Tommaso Cascella, *inv.* 2012

SCIENZE SOCIALI

Dipartimento di Scienze Politiche
Università degli Studi Roma Tre

LE COPPIE DELLO STESSO SESSO: LA PRIMA VOLTA IN CASSAZIONE

Seminario di studi
4 giugno 2012

a cura di
RAFFAELE TORINO

Roma TrE-Press
2013

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Edizioni: Roma TrE-Press ©
Roma, ottobre 2013
ISBN: 978-88-97524-04-5

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Sommario

<i>Introduzione</i>	5
BARBARA PEZZINI, <i>La sentenza n. 4184/2012 della Corte di Cassazione in una prospettiva costituzionale: il paradigma eterosessuale incrinato e la faticosa rielaborazione di categorie concettuali</i>	9
GIOVANNI GENOVA, <i>La sentenza n. 138/10 della Corte costituzionale: il diritto fondamentale per gli omosessuali di vivere liberamente una condizione di coppia</i>	37
AURELIO GENTILI, <i>Un ossimoro giudiziario: l'efficace inefficacia del matrimonio omosessuale</i>	57
MATTEO M. WINKLER, <i>Le coppie dello stesso sesso tra vita privata e familiare nella giurisprudenza di Strasburgo</i>	75
ROBERTO DE FELICE, <i>Libertà di circolazione delle persone e libertà di circolazione degli status nell'unione europea</i>	95
ANNA LORENZETTI, <i>La giurisprudenza nazionale di merito: acquisizioni recenti e possibili sviluppi</i>	121
PAOLA MORESCHINI, <i>Formazione del giurista e riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali</i>	139
ANNA MARIA TONIONI, <i>Il ruolo dell'Avvocatura nella prospettiva dei formanti dell'ordinamento</i>	145
ANTONIO ROTELLI, <i>Famiglie formate da persone dello stesso sesso, matrimonio e legislatore</i>	155
FRANCESCO BILOTTA, <i>Il matrimonio per le coppie dello stesso sesso: le ragioni del sì</i>	173

Introduzione

1. Il 15 marzo 2012 la Corte di Cassazione ha pronunciato una sentenza (la n. 4184) che è immediatamente assurta agli onori della cronaca italiana per il suo oggetto e le sue statuizioni, generando finanche le eccessive reazioni di alcuni politici italiani, i quali sono giunti a invitare il Capo dello Stato a promuovere un procedimento disciplinare contro il giudice estensore.

Con tale sentenza, che segue i primi due gradi decisi dal Tribunale di Latina e dalla Corte di Appello di Roma, la Corte di Cassazione si è pronunciata per la prima volta sulla questione della trascrivibilità negli atti dello stato civile italiani di un matrimonio fra due persone del medesimo sesso (due cittadini italiani) celebrato all'estero.

È subito apparso che sotto il profilo delle argomentazioni in essa seguite la innovativa pronuncia può essere ben considerata una *summa* dei temi e delle argomentazioni che riguardano il riconoscimento e l'ammissibilità nell'ordinamento italiano del matrimonio fra persone del medesimo sesso celebrato all'estero, specie per la sua acuta attenzione alle conseguenze della partecipazione dell'Italia alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza.

L'importanza e la centralità della sentenza rispetto alle – a volte accese – discussioni che da anni si vanno oramai svolgendo anche nell'ordinamento italiano circa il riconoscimento delle relazioni di coppia omosessuali, in cui fatica ad affermarsi la piena tutela della dignità sociale delle persone omosessuali e dove hanno sino ad oggi avuto pessima sorte nelle aule parlamentari i progetti di legge per il riconoscimento giuridico delle relazioni affettive fra persone dello stesso sesso, mi hanno spinto, anche a vantaggio degli studenti, anzitutto dell'Università degli Studi Roma Tre, a individuare un'occasione di approfondimento dei contenuti, delle argomentazioni e delle possibili conseguenze della sentenza della Suprema Corte.

È nata così l'idea, sostenuta dalla preziosa collaborazione degli amici Francesco Bilotta e Antonio Rotelli di Avvocatura per i diritti LGBT - Rete Lenford, di organizzare un pomeriggio di studio e di riflessione, aperto al contributo di giuristi di varia formazione, sì da analizzare da diversi punti di vista e secondo differenti sensibilità una sentenza che ha probabilmente segnato il primo vero significativo passo verso il riconoscimento della vita familiare delle coppie omosessuali nel nostro ordinamento.

Questa pubblicazione nel formato e-book, ai fini di una sua più ampia possibile diffusione a beneficio della discussione e dell'approfondimento di un tema centrale per la tutela dei diritti di tutte le persone, vuole anche essere un ringraziamento a ciascuno dei partecipanti al seminario, i quali con le loro relazioni – di cui do brevemente conto in appresso – hanno reso possibile il nostro incontro di studio e riflessione.

Invero, nella fase di costruzione del presente volume, ho pensato fosse utile al lettore avere una visione più ampia del tema, allargando la trattazione alle sentenze che hanno preceduto e che costituiscono i presupposti della sentenza della Cassazione n. 4184/2012. È questa la ragione per la quale ho accolto l'invito a integrare le relazioni del seminario svoltosi all'Università degli Studi Roma Tre con alcuni contributi elaborati in occasione di un incontro che Avvocatura per i diritti LGBT - Rete Lenford ha organizzato a Bologna, qualche giorno dopo il seminario romano, presso la sede comunale di Palazzo D'Accursio.

2. Una prima analisi della sentenza ha preso le mosse dai profili costituzionali coinvolti nel ragionamento dei giudici supremi e strettamente connessi alle categorie del diritto civile che stanno alla base della decisione. Tale prospettiva è stata discussa da Barbara Pezzini (ordinaria di diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Bergamo), la quale – ricollegando la sentenza n. 4184/2012 alla precedente sentenza della Corte costituzionale n. 138/2010 (analizzata in maggiore dettaglio dal contributo di Giovanni Genova, avvocato in Bologna) – ha sottolineato la centralità della pronuncia esaminata nell'ambito del processo di progressivo superamento del paradigma eterosessuale del matrimonio, illustrando la necessità – *in primis* per i giuristi – di un ripensamento delle categorie concettuali in relazione al fenomeno delle coppie del medesimo sesso. Aurelio Gentili (ordinario di istituzioni di diritto privato presso l'Università degli Studi Roma Tre) ha analizzato criticamente la tecnica giuridica utilizzata nella redazione della sentenza, concentrando la propria attenzione sull'abile (ma di difficile gestione) argomentazione della Corte di Cassazione secondo cui le unioni omosessuali celebrate all'estero, giuridicamente né inesistenti, né invalide, ma inidonee a produrre qualsiasi effetto come atto giuridico di

matrimonio nell'ordinamento italiano, richiedono un trattamento omogeneo a quello discendente dal matrimonio.

3. Il confronto con il dato normativo e, soprattutto, giurisprudenziale europeo (derivante dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dal diritto dell'Unione europea) rappresenta elemento centrale nelle argomentazioni dei giudici della Corte di Cassazione. Essi traggono dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (in particolare, dalla sentenza *Schalke e Kopf c. Austria* del 24 giugno 2010), il convincimento che i componenti di una coppia formata da persone dello stesso sesso, conviventi in una stabile relazione, siano titolari del diritto alla 'vita familiare' e del conseguenziale diritto inviolabile di vivere liberamente la propria condizione di coppia. Tali diritti non possono rimanere sforniti di tutela giurisdizionale, e pertanto la Suprema Corte ribadisce quanto già affermato dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza prima ricordata, ossia che è possibile adire i giudici comuni per essere tutelati in specifiche situazioni concretamente espressione dei suddetti diritti fondamentali.

L'importanza delle sollecitazioni europee, nell'ambito del sistema normativo multi-livello instauratosi anche rispetto a diversi profili del diritto di famiglia, è stata approfondita nelle relazioni di Matteo Winkler (avvocato in Milano) e Roberto De Felice (avvocato dello Stato presso l'Avvocatura Generale dello Stato in Roma). Nella prima relazione l'analisi si è concentrata sulla ricostruzione del dato giurisprudenziale proveniente dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che risulta essere meno chiuso a visioni ideologicamente orientate della famiglia e della coppia e maggiormente attento alla indubbia evoluzione del concetto di famiglia, sebbene i giudici di Strasburgo rimangano rispettosi del ruolo decisivo riconosciuto al legislatore nazionale rispetto alla equiparazione delle coppie del medesimo sesso alle coppie eterosessuali in relazione al matrimonio. L'oggetto della seconda relazione è stato il dato normativo – legale e giurisprudenziale – proveniente dal diritto dell'Unione europea, con particolare attenzione al ruolo svolto dalla cittadinanza europea e dalla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo nel passaggio dalla libertà di circolazione delle persone alla libertà di circolazione degli *status*, in applicazione del principio di non discriminazione anche alle c.d. 'nuove famiglie'.

4. Nell'ottica di allargare il dibattito e la riflessione oltre la sentenza n. 4184/2012 e di cogliere la sua duplice natura di (intermedio) risultato di un processo già avviatosi e nello stesso tempo di stimolo per futuri sviluppi, la relazione di Anna Lorenzetti (dottoranda di ricerca, Università di Bergamo) ha ricostruito il quadro della giurisprudenza italiana che si è occupata di dare

risposta alle esigenze di riconoscimento e tutela avanzate dalle coppie formate da persone dello stesso sesso in relazione alla loro vita familiare, secondo le diverse possibili espressioni della medesima. Dal canto loro, le relazioni di Paola Moreschini (avvocato in Roma) e Anna Maria Tonioni (avvocato in Bologna) hanno inquadrato il ruolo dell'avvocato e, più ampiamente, del giurista – specie in relazione alla formazione del medesimo – rispetto alla domanda di giustizia proveniente dalle coppie del medesimo sesso.

5. Infine, non poteva mancare la riflessione circa la possibilità (la necessità, ritengo di poter dire) di prevedere anche nell'ordinamento giuridico italiano l'esplicito riconoscimento legislativo del matrimonio fra persone del medesimo sesso. Antonio Rotelli (avvocato in Roma) ha ricostruito e indagato, partendo dalle esperienze straniere maggiormente significative, il ruolo del legislatore – nella dialettica con le corti, specie nei paesi di *Common law* – nel riconoscimento del diritto al matrimonio fra persone del medesimo sesso. Francesco Bilotta (ricercatore di diritto privato presso l'Università degli Studi di Udine) ha illustrato con chiarezza le ragioni giuridiche che depongono per il matrimonio egualitario, non 'chiuso' dal paradigma eterosessuale, fra cui meritano di essere particolarmente considerate il rispetto della dignità delle coppie omosessuali e della loro vita familiare e la maggiore tutela giuridica e sicurezza sociale che l'accesso al matrimonio assicurerebbe loro.

Roma, 20 maggio 2013

Raffaele Torino

Barbara Pezzini

La sentenza n. 4184/2012 della Corte di Cassazione in una prospettiva costituzionale: il paradigma eterosessuale incrinato e la faticosa rielaborazione di categorie concettuali

Il paradigma eterosessuale incrinato

Il cammino è iniziato quando, chiedendo le pubblicazioni di matrimonio, due persone dello stesso sesso¹ hanno sfidato il «paradigma eterosessuale del matrimonio»².

Ed il ripensamento del nesso che il diritto costruisce tra eterosessualità, famiglia e matrimonio procede per tappe, lungo le quali raccogliamo segnali significativi, ma non sempre univoci, da interpretare.

A cominciare dalla sent. 138/2010 della Corte costituzionale, della quale sono state proposte letture anche significativamente diverse tra loro³ ed alla quale la sentenza della Cassazione civile, come potremo vedere, si ricollega ampiamente nella motivazione; così offrendo, a sua volta, una propria lettura di almeno due punti cruciali della sentenza costituzionale: da un lato, quello relativo all'individuazione del livello normativo nel quale risulta radicato il paradigma eterosessuale, ricondotto al livello della normazione primaria e non già costituzionale⁴; dall'altro, quello relativo all'attivazione delle competenze proprie dei giudici comuni per la tutela delle situazioni di omogeneità tra unioni *same-sex* e coppie coniugate.

La distanza e la radicalizzazione delle posizioni nel dibattito, e le connesse difficoltà del dialogo che emergono anche tra i giuristi, dipendono specificamente dal carattere paradigmatico dell'eterosessualità del matrimonio, che implica qualcosa di più di un presupposto implicito dell'istituto: mentre la presupposizione rimanda più semplicemente alla non necessità di una vera dimostrazione della connessione tra eterosessualità e matrimonio – consegnata alla tradizione, all'origine, alla natura – la paradigmaticità delimita un orizzonte di senso inamovibile.

Nel paradigma, infatti, e nel suo operare all'interno di qualsiasi ambito scientifico, si cristallizza una visione globale (e globalmente condivisa) del

mondo, e più specificatamente, del mondo in cui opera e su cui indaga la comunità di studiosi di una determinata disciplina; il paradigma costituisce il campo di indagine e delimita la logica e la prassi della ricerca (che si svolge entro i confini della logica paradigmatica stessa, cui ancora tanto il suo oggetto di studio, quanto la tecnica per affrontarlo). Proprio per questa sua funzione, ogni messa in discussione del paradigma comporta la ridefinizione del campo di indagine, della metodologia e dei concetti fondamentali impiegati nella ricerca.

Anche la rottura – o almeno l’‘incrinatura’ – del paradigma eterosessuale del matrimonio si riflette sulle categorie ed i concetti utilizzati dall’interpretazione giuridica, che subiscono la sfida di un indispensabile aggiornamento: diventa, infatti, necessario esplicitare le argomentazioni e le giustificazioni che sorreggono quella ‘regola’ (la configurazione giuridica dell’istituto matrimoniale riservata alle coppie di persone dello stesso sesso) che si era, sin qui, considerata un postulato.

Ma, proprio perché di un paradigma si tratta, l’elaborazione critica dell’apparato concettuale necessario al suo superamento non procede linearmente, ma registra la presenza di elementi anche ambigui e tra loro contraddittori. Altrettanto faticosamente procede la costruzione dei concetti meglio in grado di esprimere il nuovo, nel contesto di un difficile dialogo tra chi si trova sui due fronti opposti del mutamento paradigmatico⁵ e si trova ad osservare un transito, qualcosa che potrebbe diventare – ma ancora non è – il punto di rottura decisivo: mentre chi si colloca ‘oltre’ il paradigma riconoscendo – senza una particolare forzatura – un nuovo significato, nuove parole per esprimerlo, una ricomposizione degli effetti, compie una riorganizzazione cognitiva degli strumenti disciplinari che gli sono propri (e, nel nostro caso, dei formanti giuridici), a chi rimane nell’atmosfera culturale del paradigma precedente le idee innovative possono apparire inaccettabili forzature, effetti paradossali.

Una riflessione sulla funzione del diritto (della responsabilità del giurista di fronte al mutamento del paradigma)

Quando la messa in discussione del paradigma, sino al suo superamento, è affidata al formante giurisprudenziale⁶, il processo si snoda per gradi e tappe successive, spesso non lineari: ai momenti di rottura possono seguire arretramenti, in cui interviene la messa in opera di strumenti giuridici che ribadiscono il paradigma, ricostruendolo ‘artificialmente’ per imporlo ad una comunità che comincia a mostrarsi recalcitrante.

Tuttavia, quando del paradigma emerge la dimensione conflittuale (nei confronti dei formanti giuridici), esso ha già cessato di essere tale (quantomeno,

di essere interamente tale); per quanta resistenza si possa osservare ad una rielaborazione che registra il superamento del paradigma, per quanto il diritto venga specificamente impiegato a confermarlo e ribadirlo, ne appare tutta l'artificialità: sono proprio la forza e la forma del diritto ad essere impiegate per conservarlo.

Quando il paradigma eterosessuale viene sfidato dal 'mestiere di vivere', l'ordinamento giuridico – che si era in passato strutturato intorno a tale paradigma – diventa il campo di rappresentazione alternativa della funzione che il diritto può assumere: da una parte, il diritto può fornire gli strumenti per resistere alla sfida, ricostruendo giuridicamente proprio il paradigma vacillante per ribadirlo e consentirgli di operare con una funzione ordinante e di disciplinamento delle vite delle persone; dall'altra, il diritto può accettare la sfida di sganciarsi dai presupposti impliciti nel paradigma, interrogandosi su quali strumenti complessivi si offrano, per così dire, al di fuori e a prescindere dal paradigma in crisi, per fornire risposte adeguate al 'mestiere di vivere' delle persone⁷. La messa in discussione del paradigma viene interrogata, in questa prospettiva, innanzitutto come manifestazione di una domanda di tutela da parte dei soggetti coinvolti.

Nel momento dell'incrinatura del paradigma, ogni operatore del diritto assume anche la responsabilità di scegliere il verso dell'esercizio della propria funzione. Personalmente, non ho dubbi circa la necessità di usare gli strumenti della riflessione critica per sollecitare il verso dei formanti nella seconda direzione: elaborare nella dottrina le costruzioni e le categorizzazioni coerenti; chiedere al legislatore risposte adeguate; proporre alla giurisprudenza le opzioni interpretative ed applicative necessarie.

Da costituzionalista, ritengo che proprio il personalismo costituzionale vada inteso in questo modo e che, nel rispetto dei vincoli complessivamente posti dalle norme costituzionali – da quelli sulla separazione dei poteri a quelli sulla costituzionalizzazione di determinati istituti – l'interpretazione costituzionale debba indirizzarsi a massimizzare uguaglianza e libertà di ciascuno nella configurazione del percorso di vita liberamente scelto (per questo ho altrove cercato, al meglio delle mie possibilità, di dimostrare che è sufficiente premettere la configurazione dell'uguaglianza nei diritti fondamentali per approdare ad una interpretazione dell'art. 29 che legittima pienamente il matrimonio *same-sex*⁸).

Da questo punto di vista, la vicenda complessiva dei matrimoni *same-sex* che ci troviamo ad osservare, a studiare e a commentare, ha punti significativi di contatto con altri storici processi di superamento di concezioni paradigmatiche, quale, in particolare, l'inferiorità 'naturale' della donna rispetto all'uomo; ripensando ad alcuni momenti e luoghi cruciali del processo di

smantellamento del paradigma di genere, possiamo misurare esattamente quanto, una volta definitivamente compiuto il 'salto', le argomentazioni ed i ragionamenti appaiano, nella nuova prospettiva, inconsistenti ed artificiali⁹.

Ma questo è, precisamente, il contesto in cui andrà collocata la nostra lettura della sentenza della Cassazione che, di questo transito, può rappresentare una tappa particolarmente significativa.

La questione della trascrizione del matrimonio same-sex celebrato all'estero tra due cittadini italiani

Come va inquadrata la questione della possibilità di trascrizione in Italia del matrimonio *same-sex* celebrato all'estero tra due cittadini italiani (o tra due soggetti di cui almeno uno abbia cittadinanza italiana)?

In linea generale, in base alle norme del codice civile e del diritto internazionale privato (l. 218/1995), i matrimoni celebrati all'estero tra due cittadini italiani (o tra un italiano e uno straniero) hanno immediata validità e rilevanza a condizione del rispetto delle forme previste dalla legge del luogo di celebrazione (forme che consentono di spiegare effetti nell'ordinamento del paese di celebrazione) e dei requisiti sostanziali previsti dalla legge italiana (l'art. 115 c.c. richiama i cosiddetti impedimenti dirimenti di cui agli articoli da 84 a 88; l'art. 27 l. 218/95 prescrive che la capacità e le altre condizioni per contrarre matrimonio siano regolate dalla legge nazionale del nubendo); la loro trascrizione non ha effetto costitutivo, bensì natura meramente certificativa e funzione pubblicitaria di un atto validamente costituito all'estero. Contemporaneamente, la trascrizione dell'atto di matrimonio nei registri dello stato civile costituisce, per tutti i matrimoni, un passaggio necessario per poter reclamare il titolo di coniuge e gli effetti del matrimonio (art. 130 c.c.).

La trascrizione è disciplinata anche da fonti secondarie (d.P.R. 396/2000, regolamento di delegificazione relativo all'ordinamento di stato civile), che, in particolare, affermano l'intrascrivibilità degli atti formati all'estero se «contrari all'ordine pubblico» (art. 18).

Il limite dell'ordine pubblico è affermato anche nell'art. 65 della l. 218/1995, che dispone che i provvedimenti stranieri relativi all'esistenza di rapporti di famiglia hanno effetto «purché non siano contrari all'ordine pubblico».

Il limite dell'ordine pubblico, quindi, (a prescindere, per il momento, sia dall'interpretazione che si debba dare del contenuto di questa clausola generale, sia dal diverso livello delle fonti che lo richiamano) agisce separatamente su due piani differenti: innanzitutto, nei confronti della trascrivibilità dell'atto (condizione di riconoscibilità dell'avvenuta celebrazione del matrimonio); in

secondo luogo, nei riguardi della possibilità di riconoscere gli effetti (i singoli specifici effetti) del matrimonio dal punto di vista sostanziale. La trascrizione, infatti, opera come condizione necessaria ma non sufficiente al riconoscimento degli effetti connessi allo *status* di persona coniugata, potendo, a valle della trascrizione e nonostante la stessa, gli effetti essere preclusi dalla clausola dell'ordine pubblico.

L'approccio tradizionale al tema incorpora il paradigma eterosessuale nel contenuto essenziale all'esistenza del matrimonio¹⁰: pur mancando tanto una espressa definizione del matrimonio come relazione eterosessuale, quanto una espressa enunciazione della differenza di sesso dei nubendi come condizione di validità (o della mancata differenza come impedimento), sulla base di questo presupposto la categoria dell'inesistenza si configura come un ostacolo insormontabile alla trascrizione del matrimonio *same-sex*, che agisce prima ancora che siano pensabili o prospettabili le questioni relative alla capacità, all'esistenza di impedimenti dirimenti o all'apprezzamento del limite dell'ordine pubblico. Vale a dire, prima e a monte di quelle sole questioni che, in presenza di due coniugi di sesso opposto, impedirebbero la trascrizione: in un diretto confronto con un matrimonio contratto all'estero tra due persone di sesso differente, «a parità delle altre condizioni la trascrizione non potrebbe essere negata»¹¹.

Sempre all'«interno», per così dire, del paradigma, agisce anche l'automatica associazione della differenza di sesso dei coniugi al limite dell'ordine pubblico, senza alcun vero approfondimento delle basi normative di tale nozione: così, ad esempio, nella circolare n. 55 del 2007 del Ministero dell'Interno – Direzione Centrale Servizi Demografici – Area III Stato civile, si invitano gli ufficiali di stato civile a prestare particolare attenzione «affinché al momento di trascrivere un matrimonio contratto all'estero da un cittadino, pongano particolare cura alla verifica che i due sposi siano di sesso diverso» affermando semplicemente che «il nostro ordinamento non ammette il matrimonio omosessuale e la richiesta di trascrizione di un simile atto compiuto all'estero deve essere rifiutata perché in contrasto con l'ordine pubblico interno».

In realtà, la nozione di ordine pubblico (negli artt. 18 e 65 sopra citati) rimanda alla necessità di garantire il rispetto dei principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento, di fronte al rischio che l'effetto prodotto dal riconoscimento con essi confligga, alterando la coerenza interna dell'ordinamento stesso. E, dunque, vi sono diversi ostacoli da superare se si intende ricomprendere in questa clausola la «qualità omoaffettiva della relazione» tra i coniugi (attribuendo ad essa l'alterazione – da intendersi in senso rigoroso – dei principi fondamentali dell'ordinamento): vi si oppongono, infatti, sia il divieto di discriminazione per fattori legati all'orientamento sessuale (che coinvolgono sia la condizione personale, sia il sesso¹²), sia il pieno riconoscimento della tutela

delle relazioni omosessuali come relazioni familiari, alla luce sia dell'art. 2 Cost., sia dell'art. 12 CEDU; in ogni caso, sarebbe indispensabile evidenziare in modo circostanziato e specifico i supposti interessi di ordine generale che impediscono di accogliere l'esperienza giuridica straniera.

Per contro, chi si sottrae alla logica paradigmatica dell'eterosessualità del matrimonio non può accettare scorciatoie argomentative o presupposizioni: in assenza di cause di invalidità, che sono solo quelle tassativamente enunciate, il matrimonio che è stato validamente contratto all'estero deve essere trascritto nei registri di stato civile; d'altra parte, il limite dell'ordine pubblico (ex art. 18 reg. stato civile) non risulta opponibile per le ragioni sopra indicate.

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

È chiaro che il vero problema, a questo punto, sarebbe rappresentato dalla difficoltà di giustificare la disparità di trattamento tra i cittadini italiani che si sposano all'estero e quelli che non possono farlo in Italia.

Nella prospettiva che guarda 'oltre' il paradigma eterosessuale del matrimonio, è giustificato muovere alla sent. 4184 critiche anche radicali, che, come già alla sentenza della Corte costituzionale 138/2010, non devono essere risparmiate; tuttavia, la consapevolezza che la rottura ed il superamento di un paradigma difficilmente si compiono in modo lineare – tanto più se il legislatore, cui spetta innanzitutto il compito di garantire l'innovazione dell'ordinamento giuridico, a tale sua responsabilità si sottrae – impongono di compiere lo sforzo di interrogare attentamente in questa sentenza le discontinuità e gli elementi di novità che la giurisprudenza introduce e che sono destinati a sedimentare, mutando progressivamente il quadro di riferimento.

Leggere la sentenza n. 4184/2012

Una lettura complessa

Non appena resa nota, la sentenza della Cassazione ha suscitato non solo attenzione, ma discussioni e polemiche di tono e natura essenzialmente politici (anche perché la lunghezza – 76 pagine – e la complessa articolazione delle motivazioni ne rendono la lettura poco agevole – come vedremo, anche fra gli specialisti e tanto più – ai non tecnici).

Testimonia il clima – ed insieme un po' stupisce¹³ – l'eco delle contrapposizioni giunto sino al Quirinale che, in data 19 aprile, annuncia in un apposito «Comunicato» di avere ricevuto due diverse lettere in relazione alla sentenza in oggetto (rispettivamente dei senatori Gasparri e Giovanardi e delle deputate nazionale Concia ed europea Alfano), cui ha risposto con altrettante lettere il Segretario generale Marra: ai primi facendo presente che, fermo il diritto di critica spettante a chiunque in relazione ai provvedimenti della magistratura, non pareva, al Capo dello Stato, che la sentenza avesse inteso interferire sulle scelte del legislatore; alle seconde ricordando, invece, che la pronuncia della Cassazione ha affermato in più punti che compete esclusivamente alla discrezionalità degli Stati prevedere o meno il matrimonio tra coppie omosessuali e, per l'effetto, valutare se «stabilire diritti differenti tra coppie sposate e coppie dello stesso sesso che non possono contrarre matrimonio: senza che ciò costituisca una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare e del divieto di ogni forma di discriminazione», nonché che, a questo scopo, più proposte di legge sarebbero già all'esame del Parlamento.

Volendo rivolgere l'attenzione ai primi commenti della dottrina, va innanzitutto osservato che la lettura della sentenza ne rileva l'andamento logico particolarmente complesso, quasi in due parti separate tra di loro, con indubbe contraddizioni e questioni che restano in sospeso.

Tanto che per taluni la contraddizione tra la prima e la seconda parte è ciò che viene maggiormente evidenziato, conducendo comunque a non valorizzarne la portata innovativa (Bilotta, Massa Pinto, anche se da prospettive differenti); la contraddizione, in realtà, più apparente che reale, conduce altri (Lorello) addirittura ad un palese fraintendimento, per cui solo la prima parte della sentenza ne costituirebbe il contenuto effettivo. Più convincentemente, invece, vi è chi (Franco) spiega l'andamento della motivazione come una sorta di cautela o astuzia diplomatica della Cassazione nei confronti della Corte costituzionale, che le consente di superare la lettura originalista proposta dalla seconda nella sent. 138/2010 senza doverla apertamente respingere, ed anzi, potendone riconoscere espressamente la «non palese arbitrarietà».

Le reazioni della dottrina

Venendo ad esaminare più da vicino le letture della sent. 4184 sin qui circolate, uno dei primi commenti a caldo si deve a Michele Di Bari¹⁴, che coglie e sottolinea immediatamente, quale elemento di novità, come la Cassazione abbia aderito alle tesi più 'aperturiste' in tema di matrimonio *same-sex* (tesi che ritengono che anche la sent. 138/2010 abbia lasciato aperta al legislatore la strada di una estensione del matrimonio alle coppie dello stesso

sesso), confermandone la solidità¹⁵. Per il resto, la nota si orienta soprattutto ad un inquadramento della sentenza nella dialettica giurisprudenziale europea, di cui sottolinea la capacità di cogliere il mutamento sociale con una visione inclusiva delle posizioni giuridiche soggettive senza invadere la sfera di competenza propria del legislatore. In questo senso, legge la pronuncia come superamento «in maniera definitiva» di quello che chiama «dualismo complementare» tra famiglia matrimoniale ed eterosessualità: sottolinea come l'affermazione di un «diritto alla vita familiare» riconosciuto prescindendo da matrimonio e sesso dei conviventi sia debitore dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale di ambito CEDU e, d'altro canto, come l'elemento della comparabilità di situazioni di unioni stabili omosessuali e unioni coniugali vada iscritto nel filone della giurisprudenza comunitaria (Maruko e Roemer)¹⁶.

Luigi Franco¹⁷ rileva, invece, tra la pronuncia della Cassazione e la sent. 138/2010 della Corte costituzionale una decisa discontinuità: la prima revocerebbe in dubbio la prospettiva originalista alla quale la seconda si era discutibilmente richiamata. Nel contempo, non manca di rimarcare adeguatamente anche le cautele con le quali la Suprema Corte si esprime, costruendo una argomentazione che le consente di prendere le distanze da alcune più discutibili implicazioni di taluni passaggi argomentativi della sent. 138 senza doverli apertamente rigettare.

Coglie così, esattamente, la discontinuità del paradigma¹⁸ ed, altrettanto puntualmente, coglie l'andamento complesso, ma anche complessivamente coerente, della sent. 4184: in una prima parte della motivazione, come nota Franco, il paradigma eterosessuale del matrimonio viene ricostruito e qualificato come un «postulato non arbitrario»; a ciò segue, però, una seconda ampia parte argomentativa della sentenza che, valorizzando anche la giurisprudenza della Corte EDU, revoca in dubbio il concetto di tradizione adottato dalla sent. 138/2010 per approdare, conclusivamente, ad un rovesciamento della propria giurisprudenza pregressa (laddove «qualifica come non inesistente il matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso»).

Aprendo al raccordo interordinamentale, la Cassazione arriva a mostrare i limiti della tradizione del Giudice delle leggi: se la tradizione viene proposta come un'argomentazione adeguata a giustificare come non arbitraria l'assunzione del postulato eterosessuale, è proprio questa premessa a consentire alla Cassazione di non porsi «direttamente in rotta di collisione» con la Corte costituzionale¹⁹; il momento di morfogenesi del concetto giuridico di matrimonio²⁰ è determinato dalle connessioni interordinamentali: è l'interpretazione combinata di 12 e 14 CEDU, 9 Carta diritti fondamentali UE, unitamente a 6 TUE, a determinare una decisiva ridefinizione della questione del *same-sex marriage* nell'ordinamento italiano.

Franco sottolinea le conseguenze «di grande rilievo»²¹ di tale prospettiva:

da un lato, il mero richiamo alla tradizione ed al postulato implicito dell'ordinamento italiano non regge più²²; dall'altro, anche gli effetti del matrimonio *same-sex* contratto all'estero potrebbero essere più coerentemente spiegati nei termini di un «atto in linea con l'ordinamento europeo, di cui anche l'Italia fa parte, compiuto nel rispetto della *lex loci*, non inesistente, né (ormai) contrario alla tradizione (anche italiana) e finalizzato a giuridificare una situazione» che la stessa giurisprudenza costituzionale nazionale ha già riconosciuto meritevole di positivo apprezzamento ex art. 2 Cost.

La Corte di Cassazione, però, si è limitata ad arrestarsi di fronte alla sovranità del legislativo: ed è qui che la coerenza argomentativa della pronuncia cade e l'inidoneità assume contorni paradossali²³.

In un certo senso specularmente opposta è la lettura di Ilenia Massa Pinto²⁴, che muove dall'osservazione di una «*koiné* culturale sovranazionale» ispiratrice di una giurisprudenza delle Corti in dialogo tra loro volta a smantellare i residui «della cultura politica delle forze che strutturano i sistemi politici nazionali».

Il commento di Massa Pinto è critico sulla possibilità di derivare dalla sentenza *Schalk e Kopf* il superamento del paradigma eterosessuale: osserva, infatti, che il passaggio argomentativo avverrebbe solo in un inciso che la Cassazione avrebbe dilatato, usandolo come un grimaldello che scardina il significato letterale del significante 'matrimonio' (ancorato dalla tradizione al paradigma eterosessuale), per estenderlo alle unioni di persone dello stesso sesso. Le sue critiche rilevano, oltre che quelle che considera le intrinseche debolezze dell'argomentazione della sentenza di Strasburgo²⁵, la stessa interna contraddittorietà tra motivazione in diritto e dispositivo della sent. 4184, rilevata anche da Franco: per definire il trattamento applicabile in Italia alle unioni *same-sex* costituite all'estero come vero e proprio matrimonio, la Cassazione ricorrerebbe, alla fine, all'argomento analogico, anche se quello letterale/inclusivo che ha formulato in precedenza – nel ragionamento che si basa sulla stretta connessione e sulla mutua integrazione interpretativa tra la carta costituzionale nazionale e le carte europee – si presterebbe a conclusioni ben più dirompenti. Ancor più che sull'esito del processo interpretativo²⁶, le riserve di Massa Pinto si indirizzano sul metodo, per la preoccupazione che il mutamento si produca «a colpi di sentenze, e non in forza di processi politici di integrazione»²⁷.

Matteo Winkler²⁸ sottolinea, a sua volta, come la sentenza riconosca l'incompatibilità tra il dato sociale dell'effettiva esistenza delle coppie *same-sex* con il dato giuridico di una inesistenza artificialmente configurata, che implica un giudizio di valore, l'espressione di un rifiuto che, sul piano sociale, sarebbe oggi decisamente superato.

Prosegue rilevando negativamente il mancato riconoscimento del diritto fondamentale al matrimonio, ancora riservato alle sole unioni eterosessuali,

ma anche mettendo in luce come la sentenza della Cassazione trasferisca chiaramente anche ai giudici comuni il compito di assicurare la necessità di un trattamento omogeneo tra unioni stabili *same-sex* e coppie coniugate²⁹: una lezione all'interprete, nelle parole di Winkler, per il quale proprio tale diritto ad un trattamento omogeneo appare atto a garantire, anche in assenza di iniziativa legislativa del Parlamento italiano, l'effetto utile delle disposizioni sovranazionali che riconoscono alle coppie *same-sex* il diritto alla tutela della vita familiare (art. 12 CEDU riletto in *Schalk e Kopf* secondo art. 9 Carta europea).

Molto critico anche Bilotta, nella relazione orale presentata al seminario svolto a Bergamo il 21 maggio 2012³⁰, che enfatizza la contrapposizione e la contraddizione tra la prima parte della sentenza (che attraverso la categoria dell'inesistenza legittima l'incorporazione 'non arbitraria' nel formante legislativo del postulato ancorato ad un preteso elemento naturalistico) e la seconda (che la relativizza, ma solo per ricondurre le tutele a disposizione della coppia omosessuale alla convivenza inquadrata nell'art. 2 Cost., non già al matrimonio). La 'timidezza' della Cassazione la consegna all'incapacità di superare realmente i limiti della sent. 138, anche al prezzo di utilizzare tesi incongrue – come quella della divaricazione tra riconoscimento e garanzia – e di rinunciare a rivendicare il proprio specifico ruolo interpretativo della legislazione.

Pone particolare attenzione alla prima parte della sentenza anche Lorello³¹, alla quale sembra che la Cassazione voglia trarre dalla sentenza *Schalk e Kopf* della Corte di Strasburgo conseguenze epocali che non troverebbero un riscontro ben definito in quella pronuncia.

In realtà, Lorello apprezza i contenuti delle prime 34 pagine (fino al punto 2.2.3) e considera che esse, confermando la tesi dell'inesistenza, costituiscano la vera motivazione della sentenza, cui seguirebbero «considerazioni doviziose e talora ridondanti, non però decisive rispetto alla conclusione raggiunta» (p. 2); così facendo, trascura il fatto che, se la sentenza avesse confermato la tesi della inesistenza, non vi sarebbe stato alcun bisogno di correggerne la motivazione in diritto ai sensi dell'art. 384 c.p.c. sostituendo la tesi dell'inesistenza con quella della inidoneità. Lorello comunque sottolinea che l'omogeneità di trattamento tra unioni omosessuali e coppie coniugate va intesa per «omogenee specifiche situazioni, non omogeneità di condizione strutturale» (p. 3); e, ancora più radicalmente in senso critico, ritiene che la caduta del postulato implicito del diverso sesso dei partner coniugali con la conseguente apertura dell'art. 12 CEDU anche al matrimonio omosessuale (che riconosce essere affermata dalla Cassazione a p. 71), conduca ad una poco persuasiva differenziazione dell'inidoneità dall'inesistenza – un «arzigogolo» (p. 4) – non capace di superare il limite che trova «nella natura e nella forma del matrimonio e con esso della famiglia una delle espressioni più autentiche dell'identità costituzionale del nostro Stato».

Una vera e propria stroncatura proviene da M. Finocchiaro³² che, dopo avere contestato la sovrabbondanza di argomenti impiegati dalla Cassazione a fondamento della conclusione raggiunta, obietta al fatto che la sentenza contenga affermazioni, in diritto, estranee allo stretto *thema decidendi* oggetto del giudizio, che sarebbero da ritenersi «assolutamente» precluse alla Corte di Cassazione. In netto dissenso³³ con la tesi della Suprema Corte che, agendo ai sensi dell'art. 384, co. 4, c.p.c. corregge la motivazione della sentenza d'appello (pur confermando il dispositivo di intrascrivibilità), Finocchiaro insiste sulla contrarietà all'ordine pubblico del matrimonio contratto all'estero da due soggetti dello stesso sesso (ribadendo che l'intera disciplina dell'istituto postula la diversità di sesso e che il diritto fondamentale di contrarre matrimonio non è riconosciuto a due persone dello stesso sesso), aggiungendo che il relativo accertamento «precede e non segue l'indagine sugli effetti dell'atto»³⁴.

Sembrano, invece, non cogliere alcun elemento di novità nella sent. 4184 Mosconi e Campiglia³⁵, che si limitano ad osservare che la decisione di resa in primo grado dal Tribunale di Latina «è stata confermata nel 2006 dalla Corte d'Appello di Roma e nel 2012 dalla Cassazione». Anche se poi – invero solo in nota – mettono in evidenza il richiamo all'ordine pubblico sarebbe stato censurato dalla Corte di Cassazione che ha motivato l'intrascrivibilità non più in base alla inesistenza delle unioni omosessuali e neppure alla loro invalidità, ma alla loro inidoneità a produrre effetti giuridici quali atti di matrimonio, dando, altresì, atto delle posizioni «aperturiste» della Cassazione: che la sentenza avrebbe ricavato da una «minuziosa rilettura» della giurisprudenza europea e costituzionale, che valorizza il diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia ed il diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, consentendo di adire i giudici comuni per fare valere il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata.

Due letture di più ampio respiro della sent. 4184 si devono a Schuster e Gattuso.

Schuster³⁶ rimarca, innanzitutto, la rapidità del cambiamento della prospettiva, tanto italiana, quanto europea, in tema di statuto giuridico della 'famiglia gay'.

La sua riflessione richiama un precedente (Cass., I Sez. pen., n. 1328 del 19 gennaio 2011) in cui la Corte di Cassazione avrebbe riconosciuto «gli effetti di un matrimonio fra persone dello stesso sesso contratto all'estero» nell'ambito dell'applicazione del reato di ingresso e soggiorno illegale (art. 10 bis del TUI); l'imputato, cittadino extracomunitario, risultava avere contratto matrimonio in Spagna con un partner dello stesso sesso cittadino comunitario, ma il giudice di pace di Mestre aveva ignorato il vincolo matrimoniale, ritenendo che un matrimonio *same-sex* fosse privo di effetti nell'ordinamento italiano e così disconoscendo il diritto di libera circolazione e soggiorno di «familiare» di comunitario. La sent. 1328/2011,

annullando la sentenza con rinvio, si limita a rilevare con motivazione assai stringata che il giudice di Mestre ha qualificato l'imputato come «partner di una situazione non riconoscibile in Italia», chiedendogli invece, in sede di rinvio, di «verificare se, sulla base della legislazione interna dello stato membro [nel quale il matrimonio risulta celebrato] l'unione in parola sia qualificabile – o equiparabile – a rapporto di coniugio», dal momento che lo status di coniuge, equiparato alla cittadinanza di Stato membro europeo, rende inapplicabile il d. lgs. 286/98 – TUI³⁷.

Il collegamento con la sent. 1328 viene utilizzato da Schuster per criticare, per differenza³⁸, quella che gli appare come l'incongruenza della sent. 4184: facendo, in particolare, leva sull'espressione usata dalla sentenza, che parla di un'«inidoneità a «produrre qualsiasi effetto nell'ordinamento italiano», ritiene che la «nuova» categoria dell'inidoneità – che sostituisce quella inesistenza ritenuta dalla sentenza non più plausibilmente argomentabile – si configuri, in realtà, in assoluta continuità con l'inesistenza³⁹.

Ciò non gli impedisce di apprezzare e sottolineare gli elementi di interesse e di novità della pronuncia, a partire dal consapevole richiamo al ruolo dei giudici comuni nel garantire le condizioni di omogeneità di trattamento necessarie caso per caso tra coppie *same-sex* e coppie coniugate⁴⁰. Schuster dedica, in particolare, un'approfondita disamina alla maggiore novità potenziale della pronuncia, consistente nel riconoscimento della competenza del legislatore ordinario in materia di matrimonio *same-sex* e nella lettura della sent. 138/2010 in tal senso: e mi sembra che le conclusioni dell'ampio ragionamento sviluppato sul punto (nel par. 6) approdino al riconoscimento della presa di posizione della Cassazione sulla questione⁴¹, anche se non manca di avvertire che talune complessità del quadro normativo interordinamentale non consentirebbero di operare il riconoscimento della discrezionalità del legislatore in sede europea come risolutivo anche ai fini dell'individuazione del rango della fonte competente nel quadro interno.

Viene anche sottolineato il fatto che la Cassazione mette in rapporto il diritto fondamentale riconosciuto ex art. 2 Cost. all'unione *same-sex* come formazione sociale e la tutela della pari dignità sociale ai sensi dell'art. 3, co. 1, Cost., ricavandone precise garanzie di tutela contro l'omofobia⁴².

Gattuso⁴³ registra, da un lato, il tramonto dell'inesistenza e, dall'altro, la valorizzazione della nozione di diritto alla vita familiare – ed alla connessa protezione giuridica – come recepimento di una «doppia svolta» della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Dall'abbandono della categoria dell'inesistenza trae conseguenze rilevanti di ordine sistematico soprattutto per quanto riguarda i matrimoni *same-sex* celebrati all'estero tra cittadini stranieri che, oltre che risultare qualificabili come atti di matrimonio, risulterebbero suscettibili di produrre, per il sistema del diritto internazionale privato, gli effetti che la legge straniera ad essi attribuisce;

quando, invece, uno o entrambi i coniugi abbiano cittadinanza italiana, poiché le condizioni per contrarre matrimonio e la capacità matrimoniale dipendono dalla legge italiana (alla luce dell'art. 115 c.c. e del 27 l. 218/95 (nt. 36), il matrimonio resterebbe «affetto da nullità insanabile, per la mancanza di una condizione per contrarre matrimonio» (par. 7): la tesi della nullità radicale resta per lui la più coerente e persuasiva, nonostante la Cassazione non si sia limitata a stabilire il superamento dell'inesistenza, ma abbia anche negato ogni assimilabilità all'invalidità, sia pure senza darne alcuna ulteriore illustrazione (contrariamente al superamento dell'inesistenza, cui sono dedicate decine di pagine della sentenza).

Gattuso, comunque, sottolinea che la lettura della sentenza costituzionale 138/2010 operata dalla Cassazione – nel senso dell'assenza di preclusioni costituzionali alla possibile introduzione per via legislativa del matrimonio *same-sex* – costituisce una interpretazione dell'art. 29 Cost. non solo particolarmente significativa, per la posizione nel sistema dell'interprete, ma anche estremamente ragionevole, in quanto volta a ricomporre un quadro interordinamentale evitando ogni conflitto tra Corti e Carte nazionali ed europee.

Considerando le reazioni della dottrina, la sent. 4184 sembra riuscire, contemporaneamente, a scontentare tutti.

Non soddisfa chi ne critica il dispositivo, che resta comunque di chiusura rispetto alla possibilità di trascrizione del matrimonio *same-sex* contratto all'estero, quanto chi non ne apprezza l'abbandono della tesi dell'inesistenza; chi ritiene che abbia superato i limiti rigorosamente posti della sent. 138/2010 a tutela del paradigma eterosessuale, quanto chi lamenta che sia rimasta troppo vincolata agli stessi contraddittori e criticabili presupposti interpretativi in senso originalistico e tradizionalistico della pronuncia della Corte costituzionale; chi saluta con favore il fatto che la Cassazione abbia tratto dalla giurisprudenza di Strasburgo (*Schalk e Kopf*) specifiche conseguenze in tema di doverosa rilettura della nozione di matrimonio nella CEDU, con apertura potenziale al matrimonio omosessuale – sia pure entro un ribadito margine di apprezzamento nazionale – quanto chi critica il mancato ribaltamento del dispositivo di intrascrivibilità.

Una lettura con luci ed ombre

La formulazione di un nuovo principio di diritto: il matrimonio same-sex celebrato all'estero esiste ed è valido ma, restando inidoneo a produrre effetti tipici del matrimonio, non è trascrivibile

Volendo procedere autonomamente ad una lettura critica della sent. 4184, va innanzitutto esaminato il contenuto della decisione, pronunciata ai sensi dell'art. 384, co. 4, c.p.c. (parte 2): ritenuto che il dispositivo della pronuncia

della Corte d'Appello (decreto 16 luglio 2006, n. 53050/05, di diniego della trascrizione) fosse conforme al diritto, ma erroneamente motivato, la Corte di Cassazione ne ha corretto direttamente la motivazione (enunciandola nel punto 4.3).

Correggendo la motivazione in diritto, quindi, enuncia un nuovo principio di diritto⁴⁴: la non trascrivibilità dell'atto di matrimonio *same-sex* validamente celebrato all'estero non dipende dall'«inesistenza» del matrimonio stesso, bensì dalla sua «inidoneità» a produrre gli effetti giuridici del matrimonio.

La formulazione utilizzata nella conclusione del punto 4.3 della sentenza è particolarmente complessa. Dice la Corte di Cassazione:

«Per tutte le ragioni ora dette, l'intrascrivibilità delle unioni omosessuali dipende – non più dalla loro inesistenza (cfr. supra n. 2.2.2.), e neppure dalla loro «invalidità», ma – dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio appunto, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano».

Si conferma l'intrascrivibilità del matrimonio *same-sex*, specificando che essa non deriva né dall'inesistenza, né dall'invalidità, bensì dall'inidoneità a produrre effetti giuridici (si noti l'inciso: «quali atti di matrimonio appunto»).

Di conseguenza, per comprendere gli effetti della sentenza è necessario interrogarsi sulla categoria della «inidoneità»: che, da un lato, in negativo, si distingue sia dalla inesistenza, sia dalla invalidità; dall'altro, in positivo, impedisce la trascrivibilità (si perdoni il gioco di parole – «in positivo impedisce»: l'inidoneità di cui ci parla questa sentenza ha il contenuto positivamente dichiarato di determinare l'intrascrivibilità, di rendere intrascrivibile l'atto di matrimonio).

La categoria dell'inidoneità costituisce un'innovazione, nonché il cuore della sentenza, ciò che va più attentamente compreso. Fino ad oggi, infatti, non risulta si fosse affrontato in questo modo il ragionamento sul matrimonio *same-sex* celebrato all'estero: ritenuto da taluni inesistente⁴⁵, da altri invalido perché contrario all'ordine pubblico, da altri ancora validamente trascrivibile e destinato a produrre gli effetti di riconoscimento di una condizione (*status* di coniugato).

Consideriamo, innanzitutto, la configurazione che all'inidoneità la Cassazione imprime «a contrario» rispetto alla inesistenza.

Cosa distingue l'inesistenza dall'inidoneità?

L'inesistenza si distingue dall'inidoneità, innanzitutto, per il fondamento giuridico.

L'inesistenza è fondata sul cosiddetto 'elemento naturalistico' del matrimonio: il paradigma eterosessuale è indissolubilmente e intrinsecamente incorporato nel matrimonio, associato ad esso come una premessa fattuale obiettiva (in questo senso il ragionamento giuridico usa la categoria della «naturalità»

come rimando ad una evidenza); invece, l'inidoneità viene più semplicemente fondata sulla scelta del legislatore che, nei margini consentiti dalla sua discrezionalità, non ha – sin qui – ritenuto di stendere l'istituto del matrimonio, nato per coppie di sesso diverso, a coppie dello stesso sesso.

Il mutamento di prospettiva nel fondamento della intrascrivibilità appare, già di per sé, particolarmente significativo: pur scegliendo di rimanere interamente nel quadro proposto dalla sent. 138/2010, la Cassazione segue, infatti, quella parte della dottrina che l'ha letta come una perimetrazione della discrezionalità del legislatore⁴⁶, come un limite al ventaglio delle opzioni interpretative che il giudice, persino costituzionale, potesse autonomamente compiere.

Mostra, insomma, di condividere la tesi secondo la quale il matrimonio *same-sex* è, per il legislatore, un'opzione costituzionalmente aperta: del cui mancato esercizio risponde, come di ogni scelta discrezionale, nel quadro della propria «responsabilità politica»⁴⁷.

Ciò consente di aprire un inciso relativo al piano del discorso politico.

L'unica scelta che il legislatore potrebbe spiegare con il mero richiamo della Costituzione è quella di non cancellare il matrimonio fra soggetti di sesso differente, a vantaggio del quale gioca – per così dire – l'argomento della tradizione: questo era, infatti, il matrimonio storicamente incorporato nell'art. 29 Cost. (per innovare profondamente, anche all'interno della famiglia, i rapporti uomo/donna sulla base del principio fondamentale anti-subordinazione di genere⁴⁸). Il matrimonio tra una donna e un uomo rappresenta, per ciò stesso, una sorta di contenuto 'minimo' storicamente garantito, per rimuovere il quale sarebbe necessaria una revisione costituzionale.

Il legislatore deve, invece, non solo giustificare ragionevolmente la mancata predisposizione di forme di garanzia del «diritto fondamentale», riconosciuto ai componenti delle unioni stabili omosessuali sulla base dell'art. 2 Cost., «di vivere liberamente una condizione di coppia ottenendone il riconoscimento giuridico»⁴⁹; deve altresì proporre coerenti giustificazioni positive del perché ritenga necessario mantenere istituti separati per le coppie etero e per quelle *same-sex*.

Sul piano del ragionamento più strettamente giuridico, tuttavia, collocando la costruzione della categoria dell'inidoneità entro il quadro complessivo dello sviluppo della motivazione della sent. 4184, mi sembra si possa cogliere più della differenza di fondamento giuridico tra inesistenza e inidoneità.

L'inesistenza riguarda, insieme, l'atto ed ogni altro aspetto dell'istituto giuridico di cui parliamo (il matrimonio *same-sex*), precludendone radicalmente ogni effetto possibile: l'inesistenza impedisce di riconoscere il legame contratto tra due persone dello stesso sesso come situazione configurabile concettualmente entro la categoria giuridica di 'matrimonio' e da ciò fa

discendere che nessun effetto giuridicamente apprezzabile possa ‘ricondursi a/o discendere da’ tale legame.

Invece, l’inidoneità riguarda l’atto considerato come tale nella specificità della sua tipologia, lasciando aperta la possibilità che gli effetti che come matrimonio non può produrre siano recuperati dall’ordinamento per altra via: attraverso l’applicazione alla coppia omosessuale coniugata all’estero dello stesso trattamento riconosciuto dall’ordinamento italiano alle coppie eterosessuali coniugate, per riconosciuta ‘omogeneità’ delle loro condizioni ai fini della possibilità di vivere liberamente la vita di coppia.

Pur non riconoscibile come atto di matrimonio, il rapporto contratto costituisce un dato giuridicamente rilevante dal quale discendono effetti potenzialmente omogenei a quelli di un matrimonio⁵⁰. Esso attesta, infatti, indubbiamente l’esistenza di una «formazione sociale» specifica e, per quanto non sia ritenuto idoneo ad essere trascritto ed a produrre effetti come matrimonio, è idoneo ad essere identificato ed a produrre gli effetti di un «istituto giuridico». Il matrimonio *same-sex* contratto all’estero diviene identificabile nei termini dell’«unione omosessuale» di cui ha parlato la sent. 138, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso: istituto giuridico costituzionalmente tutelato nel diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia ottenendone il riconoscimento giuridico con connessi diritti e doveri; «formazione sociale» specificamente tutelabile – oltre da una legge di disciplina generale, che rappresenta la via maestra del riconoscimento, ma resta subordinata alla discrezionalità di tempi e modi della decisione politica del legislatore – anche per via dell’estensione ad essa dello stesso trattamento che l’ordinamento riconosce alle coppie coniugate (che l’ordinamento, quindi, fa derivare dal matrimonio), in specifiche situazioni in cui l’omogeneità di condizione sia rilevabile attraverso il cosiddetto controllo di ragionevolezza.

La distinzione dell’inidoneità dall’invalidità e la questione della contrarietà all’ordine pubblico

Per quanto poi riguarda la configurazione in negativo e per differenza della inidoneità rispetto alla invalidità, va notato che mentre la sentenza ricostruisce ampiamente le basi giuridiche dell’inesistenza – per poi, conclusivamente, dichiararne l’abbandono «essendo stata radicalmente superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile» del matrimonio (e si noti la forza, la perentorietà dell’affermazione di un compiuto ‘radicale’ abbandono di tale prospettiva) – e richiama tale ampia ricostruzione nel passaggio finale (con espresso rinvio al precedente punto 2.2.2.), non si sofferma, invece, sull’invalidità (e sulla connessa nozione del limite dell’ordine pubblico).

L'ampiezza della prima parte argomentativa sull'inesistenza potrebbe persino servire (oltre che nel senso indicato da Franco, vedi *supra*) proprio per giustificare il mancato rilievo della questione «diversa e delicata» del limite dell'ordine pubblico⁵¹.

Come la sentenza ricorda espressamente (nel punto 2.2. alla lettera A), le cause di invalidità disciplinate dagli artt. 84-88 c.c. costituiscono i c.d. impedimenti dirimenti, che «pongono, di regola⁵², [...] norme di ordine pubblico».

Il limite dell'ordine pubblico in materia matrimoniale rileva espressamente nell'art. 65 l. 218/1995 (che impedisce che abbiano effetto in Italia provvedimenti stranieri relativi a rapporti di famiglia) e nell'art. 18 del reg. 396/2000 (che impedisce la trascrizione del matrimonio).

Tuttavia, se le cause di invalidità sono tassative, ad esse non si potrebbe aggiungere la identità di sesso dei coniugi, a meno di non costruirla come un requisito costituzionalmente imposto (in tal caso, la mancanza della norma espressa che riconosce l'identità di sesso come impedimento dirimente verrebbe colmata dalla necessità di una interpretazione adeguatrice additiva del requisito costituzionalmente dovuto)⁵³.

Non per caso, infatti, nella dottrina e nella giurisprudenza, la creazione della categoria dell'inesistenza era servita anche ad aggirare l'ostacolo: come la Corte di Cassazione mostra di essere ben consapevole, argomentando specificamente sulla questione nel punto 2.2.3., l'assunzione della prospettiva dell'inesistenza, agendo a monte, esime dall'affrontare la questione della contrarietà all'ordine pubblico ex art. 18 d.P.R. 396/2000, che pure era stata originariamente indicata dall'ufficiale di stato civile a giustificazione del rifiuto di trascrizione.

Una volta superata 'radicalmente' la concezione dell'inesistenza, la questione dovrebbe, tuttavia, riacquistare un autonomo rilievo: accade, invece, che, a questo punto, la sentenza sembri dimenticarsene⁵⁴ e proceda senza riprendere espressamente l'argomento del limite dell'ordine pubblico.

Ma la diversità di sesso, che non è più condizione di esistenza del matrimonio (e quindi non agisce più a monte della sua trascrivibilità), può ancora rientrare in gioco nell'ambito del limite dell'«ordine pubblico», che impedisce la trascrizione ex art. 18 (e gli effetti ex art. 65)?

Da un primo punto di vista, come già visto, la creazione interpretativa di un ulteriore impedimento dirimente potrebbe discendere solo dalla sua doverosità costituzionale.

Ma la sentenza argomenta ampiamente sul fatto che l'istituto del matrimonio *same-sex* (o meglio, del matrimonio sganciato dal paradigma eterosessuale, quindi indifferentemente aperto alle coppie dello stesso come di differente sesso) sarebbe, sì discrezionalmente disponibile nell'*an* da parte del legislatore – nella ricostruzione proposta dalla Cassazione⁵⁵ – ma certamente

«non è contrario all'ordine pubblico», avendo le proprie basi giuridiche di riconoscimento – non imposto, ma possibile – nell'art. 12 CEDU riletto alla luce dell'art. 9 Carta europea dei diritti fondamentali.

Ed in ogni caso, non potendo più essere la differenza di sesso condizione di esistenza del matrimonio, la mancanza di tale differenza potrebbe diventare rilevante solo nei termini di una «causa di invalidità» del matrimonio stesso: ma la sentenza espressamente esclude che l'intrascrivibilità di un matrimonio tra persone dello stesso sesso dipenda tanto dalla inesistenza «quanto dall'invalidità», riconducendola «in via esclusiva all'inidoneità».

Per quanto l'abbia fatto con una certa reticenza e con eccessivo *understatement*, a me sembra proprio che la Cassazione abbia reso inutilizzabile anche l'argomento della contrarietà all'ordine pubblico e che il principio di diritto enunciato nella pronuncia imponga una rilettura dell'art. 18 del reg. 396/2000 (nonché dell'art. 65 l. 218/1995 di riforma del sistema di diritto internazionale privato⁵⁶), tale da escludere che nel riferimento all'ordine pubblico possa essere ricompresa anche la condizione di identità di sesso dei coniugi⁵⁷.

L'identità di sesso dei coniugi – che non conduce più all'inesistenza – rilevarebbe solo in quanto risultasse assimilabile ad un profilo di invalidità (impedimento implicito ovvero contrarietà all'ordine pubblico); dal momento che la tesi dell'invalidità del matrimonio *same-sex* contratto all'estero viene espressamente respinta, viene, con essa, esclusa la possibilità che la trascrizione dell'atto possa essere negata per contrarietà all'ordine pubblico: la norma regolamentare dell'art. 18 d.P.R. 396/2000 va quindi disapplicata – come ampiamente spiegato nel punto 2.2 alla lett. C (in cui la Cassazione ampiamente chiarisce che le norme di delegificazione sono indirettamente soggette al controllo di costituzionalità attraverso la legge abilitante il governo alla delegificazione⁵⁸ e direttamente nell'ambito dei poteri di annullamento e disapplicazione dei giudici ordinari e amministrativi per vizi esclusivamente propri).

Gli effetti dell'inidoneità

La sentenza parla di «inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio appunto, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano» e dà applicazione a quell'effetto specifico dell'inidoneità consistente nell'impedimento alla trascrizione; tuttavia, ciò non deve indurre nell'errore di ritenere che inidoneità ed inesistenza coincidano quanto agli effetti (come sembra invece ritenere Schuster).

Per quanto l'atto sia inidoneo a produrre effetti «quale atto di matrimonio» – in quanto e fino a quando il relativo 'modello' di matrimonio *same-sex* (o meglio, come già visto, matrimonio che prescinde dalla differenza di sesso)

non sarà introdotto da quel legislatore cui tale innovazione sarebbe riservata – esso è pur tuttavia idoneo a produrre determinati effetti giuridici, come affermato esplicitamente dalla sentenza al punto 4.2 (cui rinviava anche in conclusione del punto 3.2, parlando di «rilevanti conseguenze sul piano della tutela giurisdizionale dell'unione omosessuale»): effetti «analoghi», in specifiche situazioni, agli effetti del matrimonio, garantiti dal diritto ad ottenere trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e rivendicabili per mezzo della possibilità di adire i giudici comuni, eventualmente sollevando le conferenti eccezioni di legittimità costituzionale delle disposizioni applicabili alle singole fattispecie.

Il superamento delle categorie dell'inesistenza e dell'invalidità e la loro sostituzione con quella della inidoneità a produrre gli effetti del matrimonio ha 'liberato' la possibilità di riconoscere al matrimonio *same-sex* celebrato all'estero determinati «specifici effetti analoghi» a quelli di un matrimonio riconosciuto, in applicazione degli artt. 2 e 3 Cost. (secondo quanto già avvenuto, come abbiamo visto, in altre recenti pronunce, quali la sentenza del Tribunale di Reggio Emilia del 14 febbraio 2012 e la sent. 1328/2011 della prima sezione della Cassazione penale).

Il divieto di discriminazioni fondate sul sesso

Vi sono, nella sent. 4184, ulteriori profili di interesse che vanno, sia pure sommariamente, richiamati.

In particolare, la sentenza (pt. 3.2: p. 42) deriva il diritto fondamentale dei componenti la coppia omosessuale 'direttamente' anche dall'art. 3 Cost. e ricava dal precetto di uguaglianza senza distinzione di sesso il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sia sull'identità che sull'orientamento omosessuale.

Con ciò mette in luce un aspetto importante della autonoma fondazione del diritto antidiscriminatorio nella Costituzione italiana, che lo rende relativamente indipendente dalla sua costruzione euro-unitaria⁵⁹, entro la quale l'orientamento sessuale viene affermato, dalla direttiva 78/2000, come *ground* di discriminazione autonomo e distinto dal fattore sesso. Nel diritto europeo, come del resto anche nella giurisprudenza degli Stati Uniti⁶⁰, opera, infatti, il presupposto dell'incapacità del parametro riferito al sesso di produrre effetti sulla discriminazione basata sull'orientamento sessuale, nella misura in cui si privilegia il confronto diretto tra donne lesbiche ed uomini gay, che non risultano diversamente discriminati tra di loro (ma solo in quanto lo sono entrambi, come di tutta evidenza, rispetto a uomini e donne eterosessuali...).

In realtà, l'identificazione dell'orientamento sessuale di una persona (etero – piuttosto che omosessuale) è una condizione leggibile solo a partire dalla

identificazione del sesso di quella persona e costituisce, pertanto, elemento che la distingue «in base al» o «a partire dal» sesso.

Considerando acquisito che nel divieto di discriminazioni in base al sesso siano da intendersi ricomprese tutte le discriminazioni che hanno a che fare con le costruzioni sociali che marcano e definiscono le persone in base al loro sesso (con il 'genere' delle persone), è facile riscontrare che l'orientamento sessuale è uno degli elementi che più significativamente marcano e costruiscono il 'genere', cioè il ruolo e le aspettative sociali legate al sesso (*sex-gender system*).

L'assunzione da parte della Cassazione di questa prospettiva appare un passaggio da sottolineare: con essa, infatti, si riconosce che l'aspettativa di un orientamento eterosessuale costituisce regola di genere ricavata immediatamente dal sesso e rappresenta un elemento che costruisce il *sex-gender system* eteronormativo; una visione che consente di superare la rigida partizione tra *ground* di discriminazione e 'pacchetti di tutela' specifici, per procedere nel senso di una visione integrata e complessiva del diritto antidiscriminatorio, unificata dalla sua funzione di garanzia del principio fondamentale di uguaglianza.

Nell'immediato, la Corte di Cassazione ne ricava la sottolineatura del «divieto di qualsiasi atteggiamento o comportamento omofobo», con la necessità di relativa tutela: infatti, il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia «discende anche dall'art. 3, primo comma, Cost., laddove questo assicura la pari dignità sociale di tutti (i cittadini) e la loro uguaglianza davanti alla legge «senza distinzione di sesso», e quindi vieta qualsiasi atteggiamento o comportamento omofobo e qualsiasi discriminazione fondata sull'identità o sull'orientamento sessuale» (p. 42).

In prospettiva, l'approccio che ricollega direttamente al sesso la discriminazione nei confronti dell'orientamento omosessuale consentirebbe di meglio percepire, soprattutto nell'approccio al tema del matrimonio tra persone dello stesso sesso, gli stereotipi di genere impliciti nelle giustificazioni tradizionali in difesa del paradigma eterosessuale del matrimonio stesso: stereotipi che, in altri ambiti, non consentirebbero di giustificare, perpetuandole, classificazioni normative basate sul sesso. In particolare, si tratta di tutti quei riferimenti che rimandano all'idea che uomini e donne in quanto tali, semplicemente in virtù del proprio sesso, sono in grado di offrire distinti modelli di ruolo di genere ai propri figli nello svolgimento del proprio ruolo genitoriale; ovvero ad una complementarietà, supposta indispensabile, dei ruoli dei due sessi all'interno del matrimonio. Una giurisprudenza attenta, infatti, potrebbe rilevare l'esplicita connessione tra la discriminazione diretta rilevante nelle normative che mantengono il matrimonio restrittivamente ancorato al paradigma eterosessuale e la riproduzione di stereotipi di genere incorporati nelle argomentazioni che vengono avanzate per sorreggerne la ragionevolezza⁶¹.

Conclusioni

Nel complesso di questa pronuncia della Corte di Cassazione densa di elementi di novità, non mancano, però, le ombre.

In particolare, appare assai poco persuasivo il ragionamento costruito intorno al (mancato) riconoscimento del «diritto fondamentale» al matrimonio, che resta, di per sé, strettamente legato al paradigma eterosessuale; la previsione del matrimonio *same-sex* viene ammessa sul solo terreno legislativo e ad esso viene, pertanto, negato il riconoscimento di diritto fondamentale (si ammette, così, la possibilità di distinguere, in ordine ad un medesimo istituto, la qualificazione dell'accesso ad esso in termini di diritto fondamentale entro una relazione eterosessuale e in termini di mero diritto legislativo entro una relazione omosessuale).

Altrettanto poco persuasiva è la contraddizione e la inaccettabile ambiguità della separazione tra momento del «riconoscimento» e momento della «garanzia» di un diritto: una separazione che, dal punto di vista della natura dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, appare semplicemente improponibile.

Infatti, mentre la separazione tra riconoscimento e garanzia è relativamente accettabile per la Corte EDU, essendo un carattere strutturalmente connesso al sistema della Convenzione – che non può che assegnare agli Stati membri l'attuazione di diritti di cui si fa garante di ultima istanza – tale separazione risulta assolutamente incongrua sul piano del diritto costituzionale nazionale, alla luce dell'art. 2 Cost. che unifica riconoscimento e garanzia dei diritti fondamentali.

Strettamente connessa a questo tema risulta anche l'invocazione della discrezionalità del legislatore, che sembra riguardata indistintamente dalla Cassazione sia sul piano del diritto europeo, sia sul piano del diritto nazionale: ma non è sulle medesime basi e con i medesimi effetti che la Corte EDU rinvia la questione al legislatore nazionale nel complesso della dottrina del «margine di apprezzamento», rispetto alla Corte costituzionale che, dichiarando l'inammissibilità di una questione o rigettandola a motivo del riconoscimento di una sfera riservata alla discrezionalità del legislatore, agisce nel contesto del rispetto della dottrina della separazione dei poteri.

E questo porta diritti alla vicenda, stimolante, ma estremamente complessa, del dialogo inter-ordinamentale sui diritti fondamentali e sulla loro tutela, ed alla necessità di contestualizzare e distinguere le specificità del contesto in cui pronunce giudiziali ed affermazioni interpretative vengono compiute: un tema di riflessione cruciale, rispetto al quale la sent. 4184 aggiunge, con le sue luci e le sue ombre, un proprio significativo tassello.

¹ La 'sfida' ha precedenti risalenti al 1980 (Trib. Roma, 28 giugno 1980, in «Giurisprudenza italiana», I, sez. II, 1982, p. 169, su cui vedi P. TINCANI, *Diritto, natura, diritti. L'affaire del matrimonio omosessuale*, in *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, a cura di B. Pezzini, Jovene, Napoli 2008, p. 174 segg.), ma si è rinnovata con una maggiore consapevolezza negli anni più recenti, all'interno, di quel complessivo processo di mutamento del clima sociale e politico intorno alla condizione omosessuale restituito con lucida profondità dall'analisi di M. NUSSBAUM, *Disgusto e umanità. L'orientamento sessuale di fronte alla legge*, Saggiatore, Milano 2011; per l'Italia, vedi anche G. STRAZIO, M. WINKLER, *L'abominevole diritto*, Saggiatore, Milano 2011. Sulla campagna di *Affermazione civile* promossa nel 2007 dalla Rete Lenford e che ha coinvolto associazioni per la lotta dei diritti delle persone LGBTI, vedi <<http://www.retelenford.it>> (ultimo accesso 23.07.2013), nonché F. BILOTTA, *L'interpretazione delle norme vigenti: il ruolo dell'avvocato*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sent. 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di B. Pezzini, A. Lorenzetti, Jovene, Napoli 2011, p. 64.

² Ho usato per la prima volta il riferimento alla dimensione esclusivamente eterosessuale del matrimonio in termini di «paradigma» commentando la sent. CGCE, D. c. Consiglio, causa T-264/97, in *Matrimonio e convivenze stabili omosessuali. Resistenza del paradigma eterosessuale nel diritto comunitario e difficoltà del dialogo con le legislazioni nazionali (nonostante la Carta dei diritti)*, in «DPCE», 2001, p. 1519, e successivamente in *Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale nel matrimonio secondo la Costituzione italiana*, in *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, a cura di B. Pezzini, cit., p. 91; l'espressione «paradigma eterosessuale» che – dopo essere stata assunta nell'intitolazione del seminario ferrarese *Amicus curiae* del 2010: *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio* – risulta consolidata nel dibattito giuridico, in particolare costituzionalistico, non si limita a sottolineare l'esistenza di un «modello di riferimento di valore fondamentale», ma rimanda, sulla scorta degli studi di Thomas Kuhn, all'esistenza di una vera e propria matrice disciplinare di una comunità scientifica. Sul punto, vedi M. GATTUSO, *Il dialogo tra le Corti*, in *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di R. Bin [et al.], Giappichelli, Torino 2010, p. 159.

³ R. ROMBOLI, *La sent. 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sent. 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di B. Pezzini, A. Lorenzetti, cit., p. 3.

⁴ Con diverse motivazioni, tale opinione è stata sostenuta, tra gli altri, da B. PEZZINI, R. ROMBOLI, G. FERRANDO, F. BRUNELLI, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sent. 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di B. Pezzini, A. Lorenzetti, cit., ma decisamente contrastata da A. RUGGERI, *"Famiglie" di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?*, in <<http://www.rivistaaic.it>> (ultimo accesso 23.07.2013), 4/2011.

⁵ Kuhn richiama in proposito «i profili di Rubin», 'figure ambigue' (le immagini sono leggibili, alternativamente, come un vaso o due profili di donna) che consentono all'osservatore due soluzioni non percepibili simultaneamente, ciascuna delle quali necessita di una specifica ricomposizione visiva e concettuale e di una riorganizzazione cognitiva *ad hoc*: come il c.d. «riordinamento gestaltico», infatti, anche il passaggio da un paradigma ad uno opposto è necessariamente complessivo e globale (sebbene non si compia necessariamente in un solo passaggio: sul piano concettuale è indispensabile la 'globalità' della riorganizzazione, su quello temporale non è richiesta la simultaneità).

⁶ Essenzialmente per questa ragione la via legislativa sarebbe astrattamente preferibile; il problema, tuttavia, si manifesta quando l'intervento del legislatore si configura come alternativa non praticabile in mancanza delle condizioni politico-istituzionali adeguate: sul punto vedi G. BRUNELLI, *Le unioni omosessuali nella sent. n. 138/2010: un riconoscimento senza garanzia?*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sent. 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di B. Pezzini, A. Lorenzetti, cit., p. 156.

⁷ È noto che l'espressione deriva dalla giurisprudenza costituzionale italiana sulla riconoscibilità dei figli nati da rapporti incestuosi (sent. 494/2002, che, negando recisamente che l'ingresso di figli naturali in un rapporto coniugale e in una vita familiare legittima possa costituire di per sé una violazione di diritti, ha riassunto complessità e drammaticità di un simile evento parlando di «un incerto del mestiere di vivere», assegnando al diritto di occuparsi ragionevolmente della vita quale essa è, non di forzarla entro i binari di modelli astratti.

⁸ PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?* in *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di R. Bin [et al.], cit., p. 5.

⁹ Particolarmente significativa la questione della isolata pronuncia della Corte d'Appello di Ancona del 1906, che riconobbe il diritto delle donne all'iscrizione nelle liste elettorali, poi annullata in Cassazione: su cui sia consentito il rinvio PEZZINI, *Donne e costituzione: le radici ed il cammino*, in *La Costituzione della repubblica italiana. Le radici e il cammino*, (Atti del convegno e del corso di lezioni) Bergamo, ottobre-dicembre 2005, in «Studi e ricerche di storia contemporanea», n. 68, 2007, p. 163; nella stessa prospettiva la vicenda è apparsa significativa anche a BRUNELLI, *Minoranze sociali, norme discriminatorie e funzione del giudice costituzionale*, in *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di R. Bin [et al.], cit., p. 45.

¹⁰ In proposito, la giurisprudenza della Cassazione parla di «requisito minimo indispensabile per la stessa esistenza del matrimonio civile come atto giuridicamente rilevante»: vedi 1808/1976; 1304/1990; 1739/1999; 7877/2000, citate dalla stessa 4184 (a p. 27); le stesse sono menzionate anche nella sent. 138/2010, al punto 6 C.I.D., che rimarca come si sia sempre trattato di *obiter dicta*.

¹¹ Lo afferma testualmente la stessa sent. 4184 a p. 27: così riconoscendo che la sola base per negare la trascrizione risiede nel differente orientamento sessuale dei partner.

¹² Vedi oltre, par. 4.3.1.4.

¹³ Ci si sarebbe aspettati che il Presidente comunicasse in via riservata ai politici, che da opposte prospettive l'avevano investito con una richiesta di reazione alla sentenza, l'assenza di qualsivoglia sua competenza attivabile in materia; il rilievo dato, invece, al caso dal comunicato ufficiale va probabilmente inquadrato in una generale tendenza a non sottrarsi a questioni squisitamente politiche da parte della presidenza Napolitano.

¹⁴ *Considerazioni a margine della sent. 4184/2012 della Corte di Cassazione: la Cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nel contesto delle coppie same-sex anche alla luce della sent. n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in «Rivista AIC», 1, 2012.

¹⁵ P. 9: «Aderisce alle più ottimistiche osservazioni emerse in dottrina che avevano (ora si può dire a ragione) intravisto nella sent. 138/2010 un'apertura della Corte costituzionale in materia di matrimonio *same-sex*».

¹⁶ La complessità della sent. 4184 poco si presta ad una sintetica ricostruzione di prima lettura che, limitandosi ad illustrare i successivi passaggi della sentenza, non ne scioglie i nodi e quasi non mostra di rilevare talune incongruenze di una loro semplice giustapposizione; né appare

condivisibile l'affermazione secondo cui la sentenza avrebbe rigettato la tesi della contrarietà all'ordine pubblico addirittura in modo esplicito (nel punto 1 della motivazione, infatti, sono solo riassunte le tesi dei ricorrenti).

¹⁷ L. FRANCO, *Autonomia della famiglia e identità personale*, ESI, Napoli 2012.

¹⁸ *Ibid.*, p. 167: «la nuova struttura paradigmatica dovrà essere declinata da parte della giurisprudenza di merito [...] e da parte della dottrina».

¹⁹ *Ibid.*, p. 169.

²⁰ Su cui vedi anche L. FRANCO, M. PEDRAZZA GORLERO, *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio. Note costituzionali*, in «Diritto pubblico», 1-2, 2010, p. 247.

²¹ FRANCO, *Autonomia della famiglia e identità personale*, cit., p. 173.

²² Ad esempio – *Ibid.*, p. 174, nota 41 –, in riferimento critico alla sentenza della Corte d'Appello di Bologna 18 maggio 2011, che proprio su quel richiamo tradizionale e su quel postulato si fonda.

²³ FRANCO prosegue proponendo di risolvere il paradosso con una concezione 'performativa' del principio di sussidiarietà.

²⁴ «“Fiat matrimonio!” *L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte costituzionale, Corte europea dei Diritti dell'uomo e Corte di Cassazione: può una sentenza della Corte di Cassazione attribuire a (un inciso di) una sentenza della Corte europea il potere di scardinare «una consolidata ed ultramillenaria tradizione (superando anche il giudicato costituzionale)?*», in <<http://www.rivistaaic.it>> (ultimo accesso 23.07.2013), 2, 2012.

²⁵ Tra cui individua la neutralità dell'art. 9 Carta europea: così, però, disconosce il fatto che proprio la neutralità in materia è già sufficiente a scardinare il paradigma eterosessuale, definendo il matrimonio come un istituto giuridico potenzialmente indifferente al sesso dei contraenti (mentre, l'argomento tradizionale associa indissolubilmente il matrimonio al solo irrinunciabile presupposto della diversità di sesso dei coniugi).

²⁶ A proposito del quale osserva a p. 9: «i dati storico-sociali si stanno progressivamente frantumando: che sia un bene o un male, non sta al giurista stabilirlo».

²⁷ Ma su ciò valga quanto osservato sopra in nota 6.

²⁸ *I matrimoni same-sex stranieri di fronte alla Cassazione*, in «Int'l Lis», 1, 2012, p. 7.

²⁹ Lo fa, in effetti, al punto 4.2 osservando che i componenti della coppia omosessuale possono adire i giudici comuni per far valere il diritto ad un trattamento omogeneo, solo «eventualmente» sollevando, in tale sede, le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale: che questa fosse una conseguenza del riconoscimento dell'esistenza di un diritto fondamentale ex art. 2 Cost. da parte della sent. 138/2010 era stato sottolineato anche da PEZZINI, *La sent. 138/2010 parla (anche) ai giudici*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sent. 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di B. Pezzini, A. Lorenzetti, cit., p. 95.

³⁰ Organizzato dalla Rete Lenford – Avvocatura per i Diritti LGBTI, presso la sua sede nazionale di Bergamo, dal titolo «*La Cassazione 4184/12 e il diritto alla vita familiare: prospettiva etica per un diritto alla felicità*», relatori F. BILOTTA, Rete Lenford e Università di Udine e U. SOSSI, filosofo e analista.

³¹ *La Cassazione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale*, in <<http://www.rivistaaic.it>> (ultimo accesso 23.07.2013), 2, 2012.

³² *L'atto deve essere considerato inidoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento*, in «Guida al Diritto», n. 14, 31/3/2012, p. 35 segg.

³³ P. 38: «Dissentito anche da tale affermazione».

³⁴ A prima vista può sorprendere l'incoerenza tra l'intitolazione del commento (riportata in nota 31) e la sua sottotitolazione («L'ufficiale di Stato civile, allorché gli è trasmesso

un certificato di matrimonio celebrato da due omosessuali, può rifiutarsi di trascriverlo in quanto lo stesso è contrario all'ordine pubblico italiano»): due formulazioni che sembrano sintetizzare in modo contrastante il contenuto di una stessa sentenza; in realtà, solo la prima illustra i contenuti della sentenza, mentre il sottotitolo riferisce la posizione critica del commentatore.

³⁵ *Matrimoni tra persone dello stesso sesso: livello «federale» e livello statale in Europa e negli Stati Uniti*, in «Rivista di diritto internazionale privato e processuale», 2012, p. 299.

³⁶ *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, in <<http://www.forumcostituzionale.it>> (ultimo accesso 23.07.2013), 10 aprile 2012: Schuster analizza anche la sentenza *Gas e Dubois* della Corte EDU, sulla quale qui non è possibile soffermarsi, evidenziando positivamente, in una pronuncia ritenuta «alquanto problematica», l'estensione della tutela familiare dalla dimensione esclusivamente orizzontale della coppia a quella verticale dell'omogenitorialità.

³⁷ La sent. 1328, che non risulta massimata né pubblicata, viene menzionata decreto del Trib. Reggio Emilia 13 febbraio 2012, in «Diritto immigrazione e cittadinanza», IV, 2011, p. 155, che riconosce il diritto a soggiornare in Italia di uruguaiano coniugato in Spagna con italiano dello stesso sesso: ricollegandosi, da un lato, a *Schalk e Kopf* per quanto riguarda la rilettura della nozione di matrimonio ai fini dell'applicazione della Direttiva 2004/38/CE, ma anche alla attuazione del diritto fondamentale riconosciuto dalla sentenza costituzionale 138/2010, il Tribunale accogliendo il ricorso presentato annulla il diniego di carta di soggiorno della Questura di Reggio Emilia.

³⁸ Schuster parla di contrasto di giudicati, di antinomia nel formante giurisprudenziale (par. 8).

³⁹ Par. 7: «L'ormai moribonda categoria dell'inesistenza [...] trova così nuova vita sotto mentite spoglie, con effetti simili, ma non identici».

⁴⁰ Opportunamente Schuster sottolinea che si tratta solo di una conferma di quanto risulta-va implicito già nella sent. 138/2010, in relazione all'assetto del sistema in ordine alle questioni di costituzionalità: che sono sollevabili in via incidentale in assenza di interpretazione adeguatrice autonomamente applicabile dal giudice comune.

⁴¹ Per quanto non la riconosca come 'esplicita'; superfluo rimarcare, come invece fa Schuster, il fatto che l'ultima parola in materia spetterà pur sempre alla Corte costituzionale una volta investita della questione a valle di un'ipotetica legge innovativa in materia: come elemento di novità è più che sufficiente il fatto che la giurisprudenza della Cassazione conferma significativamente una lettura a favore della discrezionalità, che non tanto e non solo dipende dalla sent. 138/2010 – che pure potrebbe essere stata ambigua o addirittura perplessa nello svolgere il punto – ma dal quadro costituzionale complessivo.

⁴² Schuster parla di una delle poche «interpolazioni originali» della Cassazione nella rassegna della giurisprudenza europea e costituzionale.

⁴³ «*Matrimonio*», «*famiglia*» e *orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la “doppia svolta” della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in «Famiglia e diritto», 7, 2012.

⁴⁴ Nelle sentenze pronunciate ex art. 384, co. 4, c.p.c., l'enunciazione del principio opera in funzione nomofilattica senza effetti nel processo *a quo*, in funzione essenzialmente «preventiva»: così M.R. MORELLI, *L'enunciazione del principio di diritto*, in *Il nuovo giudizio di cassazione*, a cura di I. Morcavallo, Giuffrè, Milano 2010, p. 501, osservando che «la Corte evita, infatti, che la sentenza di rigetto del ricorso possa veicolare, come implicitamente da essa avallata, non corretti enunciati contenuti nell'iter argomentativo della, comunque esatta, decisione impugnata». Sottolinea G.F. RICCI, *Diritto processuale civile*, vol. II, Giappichelli,

Torino 2006, p. 290: «se l'enunciazione del principio di diritto è relativa ad una decisione di Cassazione senza rinvio o di rigetto del ricorso, essa assumerà solo il carattere di prescrizione nomofilattica, costituente un precedente da seguire nella risoluzione di questioni analoghe». Anche per F.P. LUISO, *Diritto processuale civile II*, Giuffrè, Milano 2011, p. 470, il legislatore con la riforma del 2006 ha voluto favorire la finalizzazione del principio di diritto anche al di fuori del processo in cui è emesso, prendendo atto che la Corte di Cassazione, enunciando il principio di diritto «fa una sorta di interpretazione autentica della propria decisione, in quanto enuncia l'effettiva *ratio decidendi* che sorregge la sentenza», tanto che, a tal fine, «il principio di diritto enunciato quando vi è accoglimento del ricorso vale quanto quello enunciato quando il ricorso è rigettato».

⁴⁵ L'inesistenza ha consentito l'invenzione di un vizio radicale e insanabile (più grave della nullità assoluta per mancanza di elemento essenziale che, pure operando *ex tunc*, non impedisce la riconoscibilità dell'atto), consentendo di superare la tassatività dell'elencazione dei vizi e la mancanza di una regola espressa sul requisito della diversità di sesso dei coniugi (ricavabile, come noto, solo in via interpretativa da un insieme di disposizioni civilistiche).

⁴⁶ Sia consentito il rinvio a PEZZINI, *Il matrimonio same-sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2010, p. 2715.

⁴⁷ Anche GATTUSO, *Il dialogo tra le Corti*, cit., p. 8, sottolinea che «la sussistenza di un preteso schermo costituzionale funge da pretesto per le forze politiche per escludere ogni apertura la matrimonio egualitario».

⁴⁸ PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere*, cit., p.16; più in generale sul principio antisubordinazione, PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, in *Scritti Carlassare*, vol. III, Jovene, Napoli 2009, p. 1159.

⁴⁹ Giustificazione pretesa, sul piano interno, alla luce dell'affermazione del diritto fondamentale nella sent. 138/2010 della Corte costituzionale; ma anche richiesta dalla giurisprudenza della Corte EDU, da quando, con *Schalk e Kopf*, ha chiaramente affermato il diritto alla tutela della vita familiare delle unioni omosessuali ex art. 8 CEDU. Diversamente da quanto avvenuto nel caso austriaco considerato in *Schalk e Kopf*, in cui la disciplina di riconoscimento delle unioni civili nel frattempo adottata dall'Austria ha consentito di escludere il profilo discriminatorio, difficilmente, a mio parere, la Corte EDU potrebbe ritenere sufficiente la protezione della vita familiare offerta dal ricorso ai giudici – con eventuale intervento della Corte costituzionale – per estendere alle unioni stabili omosessuali il trattamento delle coppie coniugate nei casi ritenuti «omogenei» (che è, allo stato, l'unica tutela giuridica della vita familiare delle unioni omosessuali conosciuta in Italia). In merito, si può considerare che il D.L. n. 30 del 6 febbraio 2007 in attuazione della direttiva 2004/38 all'art. 2 («definizioni») riconosce come «familiare» anche «il partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante»: dopo la sentenza 138/2010 si può sostenere che l'Italia «equipara l'unione registrata al matrimonio» sulla base dell'art. 2 Cost., nella misura in cui esso garantisce alla formazione sociale «unione stabile omosessuale» il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia (ottenendo il riconoscimento giuridico, con i connessi diritti e doveri, da parte del legislatore e, comunque, ottenendo direttamente dal giudice quel trattamento omogeneo che risultasse necessario a tutela di particolari situazioni).

⁵⁰ Una distinzione significativamente diversa da quella operata da Schuster tra atto e fatto:

a parte l'impiego che ne fa Schuster, che la utilizza nel c.d. *distinguishing* tra le sentenze 1328/2011 (matrimonio riconosciuto come fatto) e 4184/2012 (matrimonio non riconoscibile come atto), si ritiene qui che sia direttamente la sent. 4184 ad attribuire al matrimonio in questione l'inquadramento non come mero fatto giuridico ma come un vero e proprio «istituto giuridico».

⁵¹ Il par. 2.2.3 si apre con «pertanto» e afferma non essere necessario affrontare la questione del limite dell'ordine pubblico.

⁵² «Di regola» perché non agiscono nel caso delle norme sulle pubblicazioni.

⁵³ Il Ministero dell'Interno, nella circolare 55/2007 sopra richiamata, incorporando nell'ordine pubblico non solo l'assenza di impedimenti dirimenti ma anche il positivo riscontro della condizione di esistenza, sembra richiamare implicitamente questa tesi. Anche Trib. Treviso 19 maggio 2010, su cui WINKLER, *Ancora sul rifiuto di trascrizione in Italia di same-sex marriage straniero: l'ennesima occasione mancata*, in «Diritto di famiglia e delle persone», 3, 2011, p. 1236, avverte il bisogno di rinforzare con il richiamo della costituzione la nozione – esclusivamente eterosessuale – dell'istituto matrimoniale affermando che il «concetto di matrimonio riconosciuto dall'ordinamento giuridico italiano e posto dallo stesso art. 29 Cost. è quello dell'unione di persone di sesso diverso»; la sentenza, comunque, pronuncia sulla base dell'inesistenza, che opera preliminarmente al limite dell'ordine pubblico di cui all'art. 18.

⁵⁴ WINKLER, *Ibidem*, p. 7: «la Corte – forse abilmente, ma sicuramente in modo consapevole – non entra nel merito del problema, irto di difficoltà, della compatibilità del matrimonio *same-sex* con l'ordine pubblico, fermandosi invece alla qualificazione della fattispecie». Schuster sembra, invece, ritenere che anche l'inidoneità operi a monte della trascrivibilità e, dunque, che questa sia la ragione per cui la Cassazione non avrebbe sentito il bisogno di riprendere esplicitamente l'argomentazione relativa al limite dell'ordine pubblico. La prospettiva di S. non pare condivisibile per le ragioni che marciano la differenziazione tra inesistenza e invalidità: vedi oltre par. 4.3.1.3.

⁵⁵ Per la tesi che fa discendere da una rigorosa interpretazione del combinato disposto degli articoli 2, 3 e 29 Cost. significativi limiti di tale ampia discrezionalità, si rinvia a PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, cit., e *Il matrimonio same-sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore*, cit.

⁵⁶ Il tema della contrarietà all'ordine pubblico in materia matrimoniale rileva nell'art. 65 l. 218/1995 e nell'art. 18 del reg. 396/2000; per quanto sopra argomentato, e fermo restando il diverso grado di efficacia delle due fonti, la possibilità di incorporare in tale concetto il requisito della differenza di sesso dei coniugi viene a cadere nell'una e nell'altra fonte: nel senso che in tale richiamo dell'ordine pubblico non può in alcun modo ritenersi compreso. Ciò agisce sia per la trascrizione di matrimoni contratti all'estero da almeno un cittadino italiano (art. 18), sia per il riconoscimento degli effetti del matrimonio contratto all'estero da cittadini stranieri (art. 65): i matrimoni tra stranieri sono regolati interamente dalla legge straniera (ai sensi dell'articolo 27 l. 218/1995 la capacità e le condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo al momento del matrimonio, mentre la forma della celebrazione dipende, ex art. 28, dalla legge del luogo di celebrazione, dalla legge nazionale di almeno uno dei due o dalla legge dello stato di comune residenza all'atto del matrimonio), ma al riconoscimento degli effetti si applica l'art. 65.

⁵⁷ Nello stesso senso anche per FRANCO, *Autonomia della famiglia e identità personale*, cit., p. 175, l'ordinamento italiano non considera l'atto «né invalido, né inesistente, né (ormai) contrario alla tradizione e all'ordine pubblico».

⁵⁸ Nel caso l'art. 2, co. 12, l. 127/1997, nella parte in cui avesse posto principi incostituzionali o omissi di porre principi in materie che costituzionalmente li richiedono.

⁵⁹ Sul tema si veda PEZZINI, LORENZETTI, *Il principio di parità tra uomo e donna nell'integrazione europea: costruzione del genere e costruzione dell'uguaglianza*, in *Politica e diritti sociali nell'Unione Europea. Quale modello sociale europeo?*, a cura di P. Gargiulo, ESI, Napoli 2011, pp. 81-113.

⁶⁰ Vedi D.A. WIDDIS, E.L. ROSENBLATT, D. NEJAIME, *Exposing sex stereotypes in recent same-sex marriage jurisprudence*, in «Harvard Journal of Law & Gender», 461, 2007.

⁶¹ Si veda, nel contributo citato nella nota precedente, la ricognizione – e la decostruzione – di tali stereotipi nella giurisprudenza statunitense a proposito di matrimonio *same-sex*, accompagnata dall'auspicio che l'argomento della discriminazione per ragione di sesso – presente in *Baehr c. Levin*, 852 P.2d 44 (Haw. 1993), ma poi abbandonato o esplicitamente rigettato dalla giurisprudenza successiva – riesca ad emergere di nuovo nelle decisioni delle Corti, con altrettanta chiarezza e consapevolezza di quanto riesce ad averne nella dottrina (da A. KOPPELMANN, *The Misgendering Analogy: Sodomy Law as Sex Discrimination*, in «The Yale Law Journal», vol. 98, n. 1, 1988 e S. LAW, *Homosexuality and the Social Meaning of Gender*, in «Wisconsin Law Review», 1988, p. 187, a CASS R. SUNSTEIN, *Homosexuality and the Constitution*, in «Indiana Law Journal», vol. 70, n. 1, 1994 e S. FARELL, *Reconsidering Gender-Equality Perspective for Understanding LGBT Rights*, in «Law & Sexuality», vol. 13, 2004).

Giovanni Genova*

*La sentenza n. 138/10 della Corte costituzionale: il diritto
fondamentale per gli omosessuali di vivere liberamente
una condizione di coppia*

Premessa: il lungo cammino per giungere alla decisione della corte

Prima di affrontare l'esame della sentenza n. 138/10 della Corte costituzionale è necessario richiamare brevemente i termini dell'iniziativa di affermazione civile realizzata, tra gli altri, dall'associazione Avvocatura per i diritti LGBT - Rete Lenford, che aveva lo scopo di far nascere un dibattito dottrinario e giurisprudenziale sulla questione del diritto al matrimonio per le persone dello stesso sesso.

In numerosi comuni italiani, sparsi su tutto il territorio nazionale, alcune coppie omosessuali hanno depositato formale richiesta di pubblicazione di matrimonio, al fine di iniziare il procedimento amministrativo portante alla celebrazione dello stesso, ottenendo dagli Ufficiali di stato civile un netto rifiuto, così come previsto dalle circolari ministeriali vigenti in materia¹.

I provvedimenti di diniego emessi sono quindi stati impugnati avanti l'Autorità Giudiziaria Ordinaria, competente per materia, in più di venti Fori. Ove i giudici di primo grado hanno rigettato il ricorso è stato proposto appello.

I ricorsi puntavano ad ottenere la disapplicazione degli articoli del Codice Civile relativi al matrimonio nn. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 bis e 156 bis nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non prevedono la possibilità di matrimonio *same sex*, per palese contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 117 Cost., ovvero, in subordine, la remissione degli atti alla Consulta perché ne dichiarasse l'incostituzionalità.

Quattro sono state le ordinanze delle corti di merito che, dichiarata rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, hanno disposto la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale: quelle rispettivamente emesse dal Tribunale di Venezia (RGV 2497/08 depositata il 03.04.09), dalla Corte d'Appello di Trento (RGV 149/09 depositata il 29.07.09), dalla Corte d'Appello di Firenze (RGV 349/09 depositata il 13.11.09) e dal Tribunale di Ferrara (RGV 1163/09 depositata il 11.12.09).

I giudici remittenti, infatti, non hanno ritenuto possibile una disapplicazione *tout court* del principio di diritto sotteso alle norme codicistiche in questione in quanto, a loro avviso, «l'istituto del matrimonio, così com'è previsto nell'attuale ordinamento, si riferisce indiscutibilmente solo ad una unione fra persone di sesso diverso» (Tribunale Venezia 03.04.09), con la conseguenza che per poter dare una diversa interpretazione alle norme *de quibus* sarebbe ineludibile il conforme intervento della Corte costituzionale (di diverso avviso F. Bilotta, secondo cui «una nozione di 'matrimonio' non si trova né nella Costituzione, né nel Codice Civile; soprattutto, nessuna norma giuridica, esplicitamente, prevede la diversità dei sessi come requisito di validità o esistenza dell'atto matrimoniale», in *Le unioni tra persone dello stesso sesso*, Mimesis, Milano 2008, sez. IV).

Le motivazioni delle corti remittenti: l'art. 2 Cost. e il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo

Accertata quindi la necessità di un intervento da parte del Giudice delle Leggi, il primo articolo della Carta costituzionale che le ordinanze di remissione ritengono in contrasto con il divieto di matrimonio per le persone dello stesso sesso è l'art. 2, nella parte in cui prevede che «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità».

Si tratta di una norma che è stata frutto di una grande elaborazione giurisprudenziale e che ha costituito la fonte del riconoscimento di tutta una serie di diritti fondamentali² che non risultavano fatti oggetto di un esplicito dettato normativo, quali il diritto alla dignità della persona e quello alla identità personale.

Il percorso logico operato dalle corti di merito parte dal riconoscimento del diritto della persona alla libera espressione del proprio orientamento sessuale omosessuale.

Il Tribunale di Venezia ricorda come fin dal 1973 negli Stati Uniti d'America l'omosessualità è stata cancellata dall'elenco dei disturbi psichici contenuto nel DSM (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*), ed è stata trasformata, in ambito psichiatrico, da patologia in caratteristica della personalità, con conseguente introduzione di una nuova definizione della stessa, quale «variante non patologica del comportamento sessuale».

Successivamente, giova evidenziarlo, in data 17.05.90 l'Organizzazione Mondiale della Sanità, con efficacia *erga omnes* in considerazione del suo indiscusso riconoscimento internazionale, ha depennato l'omosessualità dalla lista delle malattie mentali e dal 1993 ha iniziato a definirla «una variante naturale del comportamento umano».

Di questa mutazione dell'orientamento sociale e scientifico hanno tenuto conto le corti italiane: già nel 1994 la Corte costituzionale con sentenza n. 13/1994 ha sancito che «il diritto alla identità personale è il diritto ad essere sé stessi e a quella sfaccettatura di esso costituita dal diritto alla tutela del proprio orientamento sessuale», con conseguente indiscusso riconoscimento della protezione costituzionale del diritto a manifestare liberamente il proprio orientamento sessuale.

Sulla stessa scia, recentemente, vi sono la sentenza 25.07.07 n. 16417 della I sezione civile della Cassazione³ che afferma la «pari identità sociale e giuridica della persona a prescindere dal suo orientamento sessuale» e l'inedita sentenza 12.03.09 n. 16968 della Cassazione penale che, ribaltando la propria precedente giurisprudenza⁴, in riforma di una decisione della Corte d'Appello di Bologna ha sostenuto che i sentimenti di affetto e di amore (propri di ogni essere umano) hanno lo stesso valore, sia che si tratti di persona omosessuale che eterosessuale⁵.

Accertato come all'orientamento omosessuale già da anni venga riconosciuta pari dignità rispetto a quello eterosessuale sia in ambito scientifico che giurisprudenziale, è opportuno notare come tale impostazione trovi oggi una solida base normativa non solo, in via interpretativa, negli artt. 2 e 3 della Costituzione, ma anche *expressis verbis* nell'art. 21 comma 1 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza) che letteralmente vieta ogni forma di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale.

Orbene, secondo la Corte costituzionale, «la sessualità è uno dei modi essenziali di espressione della persona umana, il diritto di disporne liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrata tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 impone di garantire» (Corte cost. 18.12.87, n. 561).

Ciò necessariamente comporta, secondo il Tribunale di Venezia, che l'art. 2 Cost. renda ineludibile la possibilità (*rectius* riconosca il diritto assoluto, fondamentale e inviolabile), per la persona omosessuale di manifestare ed esprimere liberamente la propria sessualità «non solo nella sua sfera individuale ma anche, e forse soprattutto, nella sua sfera sociale, ossia, secondo la formula della norma, «nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità», fra le quali indiscutibilmente la famiglia deve essere considerata la prima e fondamentale espressione». Secondo la famosa sentenza n. 183/1988 della Consulta, infatti, «alla famiglia va il riconoscimento *pleno jure* di formazione sociale primaria».

Da questo indiscusso assioma il Tribunale di Venezia trae il corollario che tale libertà di espressione nell'ambito familiare non possa non comprendere

anche il diritto inviolabile a sposarsi (o a non sposarsi) con la persona amata, diritto riconosciuto come fondamentale sia normativamente in ambito internazionale, sia in via giudiziale dall'uniforme orientamento della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione che, recentemente, con la sentenza 05.05.09, n. 8941, ha ritenuto corretto annullare le disposizioni testamentarie condizionanti l'eredità o il legato alla circostanza dell'avvenuto matrimonio del beneficiario, non solo, come avveniva passato, al mero spotalizio con una persona determinata, trattandosi di una libertà (così) fondamentale, da non poter essere condizionata per motivi patrimoniali.

Alle stesse conclusioni giungono le altre Corti remittenti⁶, che pongono anche l'accento su un'ulteriore elemento a sostegno della incostituzionalità delle norme impugnate per contrarietà all'art. 2 Cost.: «il diritto di contrarre matrimonio», a parere della Corte d'Appello di Trento «costituisce oggettivamente un momento essenziale di espressione della dignità umana», anch'esso diritto fondamentale costituzionalmente tutelato, «sicché», aggiunge la Corte d'Appello di Firenze, «ogni interpretazione riduttiva della tutela accennata sembra del tutto insostenibile»⁷.

Un particolare ulteriore aspetto viene poi colto dal Tribunale di Venezia che sottolinea come lo *status* di persona coniugata assurge a segno caratteristico all'interno della società e conferisce un insieme di diritti e di doveri del tutto peculiari e non sostituibili tramite l'esercizio dell'autonomia negoziale. Il riconoscimento pubblico e formale dell'unione nell'atto di matrimonio (o in altro atto di analoga natura), pertanto, costituisce momento essenziale dell'attribuzione di pari dignità al rapporto di amore e solidarietà su cui si fonda e non può essere negato a un consistente gruppo di individui quali i cittadini omosessuali.

Le motivazioni delle corti remittenti: l'art. 3 Cost. e il principio di uguaglianza

Un'altra norma che le Corti remittenti considerano lesa dalle norme del Codice Civile è l'art. 3 della Costituzione, secondo il quale «tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali».

Il nostro art. 3, diversamente da alcune recenti carte costituzionali come quella sudafricana, non prevede espressamente il principio di non discriminazione in relazione all'orientamento sessuale, ma la sua interpretazione sistematica, anche alla luce dell'art. 21 della Carta di Nizza, non può esimere il lettore dal ritenerne estesa l'applicazione anche a questo aspetto della natura

umana, con conseguente impegno per la Repubblica di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana».

Ovviamente, così come ampiamente elaborato dalle corti di *common law*, l'uguaglianza non può essere solo formale, ma necessariamente deve estendersi al piano sostanziale. Pertanto nulla rileva che la persona omosessuale possa formalmente sposarsi con un'altra persona di sesso diverso, ciò che conta è che ne venga rispettata la dignità sociale e che le venga data la possibilità di unirsi in matrimonio con la persona che ama, impedendo così che la contingente inclinazione sessuale possa costituire motivo di discriminazione fra i cittadini.

Argomenta infatti la Corte d'Appello di Firenze che «bisogna ritenere che la libertà di scegliere un coniuge dotato di un certo sesso piuttosto che di un altro sia garantita dall'ordinamento».

Invero, secondo il Tribunale di Ferrara, «il diritto di contrarre il matrimonio è un momento essenziale di espressione della dignità umana, esso deve essere garantito a tutti, senza discriminazioni derivanti da sesso o dalle condizioni personali, quale l'orientamento sessuale, con conseguente obbligo dello Stato ad intervenire in caso di impedimenti dell'esercizio. La norma che esclude o comunque non consenta alle persone omosessuali il diritto di contrarre il matrimonio con persone dello stesso sesso, così seguendo il proprio orientamento sessuale, che non è né patologico e né illegale, non ha alcuna giustificazione razionale, soprattutto se va affrontata l'analoga situazione delle persone transessuali».

A parere delle Corti remittenti le cosiddette «teorie tradizionalistiche», in base alle quali «il matrimonio è sempre stato fra eterosessuali, e così dovrà sempre essere», invocano ragioni etiche, legate alla tradizione e alla natura che non costituiscono argomenti idonei a soddisfare il rigore argomentativo richiesto dal giudizio di legittimità. Inoltre è un dato oggettivo che i costumi familiari si sono radicalmente trasformati negli anni, la società italiana, così come quella europea, è cambiata, ci sono tantissime coppie formate da persone omosessuali che convivono, addirittura con figli.

Secondo la Corte d'Appello di Firenze «al giorno d'oggi [...] sarebbe davvero ridicolo, se non reativo, contrapporre l'inclinazione omosessuale alla dignità dell'uomo o all'integrità morale del consorzio civile»⁸. Viene in proposito alla mente la sentenza *Branse c. Bureau of Vital Statistics* del 27.02.98 della Corte Suprema dell'Alaska secondo cui «la questione rilevante non è se il matrimonio tra persone dello stesso sesso sia tanto radicato nelle nostre tradizioni da essere un diritto fondamentale, ma se la libertà di scegliere il proprio *life partner* sia tanto radicata nelle nostre tradizioni».

Senza appello, in proposito, la sentenza 01.12.05 della Corte Suprema del

Sudafrica che, dichiarando incostituzionale il divieto di matrimonio omosessuale ha dedotto che «l'antichità di un pregiudizio non è una buona ragione per la sua sopravvivenza», notando che «quando le condizioni umane mutano e le idee di giustizia e di equità si evolvono, anche le concezioni dei diritti assumono nuova trama e significato».

Il Tribunale di Venezia e il Tribunale di Ferrara hanno poi sollevato un ulteriore elemento di disuguaglianza: la disparità di trattamento tra le persone omosessuali e quelle transessuali a cui, una volta intervenuta la rettificazione di sesso è concesso dalla legge di sposarsi con una persona avente il proprio sesso di origine.

Tale deduzione discende proprio dall'esame della sentenza n. 161 del 06.05.85 della Corte costituzionale, che valutando la legittimità costituzionale della legge 164/82, ha riconosciuto il diritto al matrimonio derivandolo dalla necessità di rispettare l'orientamento psico-sessuale dell'individuo transessuale, non dal mero fatto fisico dell'intervenuto mutamento degli organi genitali.

Le motivazioni delle corti remittenti: l'art. 29 Cost. e la famiglia intesa come società naturale fondata sul matrimonio

L'art. 29 Cost. recita: «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio». Da tale dettato normativo le corti de quibus traggono un ulteriore elemento a sostegno della non manifesta incostituzionalità degli articoli del Codice Civile impugnati.

A loro avviso, infatti, va seguito il così detto orientamento storicista, secondo cui «la dimensione naturale della famiglia – ciò che fa di essa appunto una «società naturale» – risiede nel fatto che la sua costituzione risponde a un'esigenza connaturata all'essere umano, un bisogno primario e insopprimibile, vincolato all'espressione della sua spontanea socialità, che lo Stato è tenuto a proteggere. Sicché la famiglia, così intesa, si presenta come una realtà aperta alle dinamiche sociali; non già unica e assoluta, bensì plurale e relativa, venendo ad assumere la forma dei modelli che si realizzano in un dato momento storico»⁹.

La validità di tale interpretazione è data dal fatto che dal 1948 in poi i mutamenti sociali hanno traghettato la legislazione italiana sulla famiglia da un modello per quell'epoca 'tradizionale', basato su un matrimonio indissolubile e su una struttura gerarchica a subordinazione femminile (che oggi riteniamo universalmente barbara), al modello attuale, che consente il divorzio e che vede l'assoluta parità tra i coniugi.

Il concetto di famiglia, come società naturale, va quindi adeguato al

mutamento della realtà fattuale e sociale; deve pertanto, di conseguenza, riconoscere l'esistenza nella nostra società italiana ed europea di numerose famiglie basate su un rapporto omosessuale, prendendo atto della riconosciuta 'normalità' (*rectius* non anormalità) sociale del fenomeno.

Da questo discende, come necessario corollario, che anche la famiglia *same sex* è una famiglia e deve potersi fondare sul matrimonio ex art. 29 Cost.

Nessun rilievo, infatti, può avere la c.d. funzione procreativa della famiglia in quanto, come affermato dalla Corte d'Appello di Firenze, non c'è dubbio che la finalità procreativa svolga ormai un ruolo soltanto tendenziale nel giustificare l'instaurazione del matrimonio, istituto sicuramente accessibile alle coppie eterosessuali sterili (sempre più numerose per scelta o per necessità), nel perseguimento di interessi solidaristici e morali che sarebbe palesemente incongruo precludere alle coppie omosessuali¹⁰.

Parimenti, come limpidamente argomentato dal Tribunale di Ferrara, va da sé che non può essere attribuito al termine naturale ciò che viene ritenuto tale da una particolare concezione ideologica, religiosa o altro: l'uso di un tale criterio interpretativo sarebbe aberrante in uno Stato che si è fondato costituzionalmente in contrapposizione (e superamento) del modello di Stato etico, quale che sia questa etica.

La Costituzione italiana del dopoguerra non è certamente eticamente orientata, sebbene si fondi, ovviamente, su dei valori o non potrebbe esistere altrimenti e, date le esperienze del passato, il valore principale fondante è indubbiamente il rispetto della dignità della persona, di ciascuna persona, sia presa in sé come valore assoluto, sia presa in rapporto agli altri, con i quali essa convive e si confronta.

Di conseguenza non appare conforme alla dignità della persona privare qualcuno della possibilità di fondare una famiglia in ragione di un criterio come quello dell'orientamento sessuale, che, come quello della razza, della nazionalità, dell'origine etnica, ecc., non fa parte delle scelte individuali, ma è dato, inerente, connaturato, congenito.

Le motivazioni delle corti remittenti: l'art. 117 Cost. e il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali

Da ultimo, le Corti che hanno sollevato la questione di incostituzionalità, traggono ulteriore sostegno alla propria tesi dall'interpretazione sistematica dell'art. 117 della Costituzione.

A loro parere, il necessario adeguamento a fonti del diritto quali la Carta di Nizza e la convenzione CEDU, che garantiscono il diritto alla vita familiare e

alla non discriminazione basata sull'orientamento sessuale, così come il diritto a sposarsi, non può che passare attraverso il riconoscimento del diritto al matrimonio anche per le coppie omosessuali.

Tale convinzione nasce anche dall'esame della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che 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 piena realizzazione personale.

Viene a tal proposito fatto espresso riferimento al caso *Goodwin c. Regno Unito*, 17.07.02, quando la Corte di Strasburgo ha dichiarato contrario alla Convenzione il divieto di matrimonio del transessuale con persona del suo stesso sesso originario, per violazione del principio di rispetto della vita privata, superando il proprio precedente orientamento con il quale aveva ritenuto che il diritto di sposarsi garantito dall'art. 12 CEDU potesse essere riferito solo a persone di sesso biologico opposto (*Rees c. Regno Unito*, 17.10.86), riconoscendo di fatto che non ha senso essere titolari di un diritto al matrimonio, se poi non si può scegliere con chi sposarsi¹¹.

La decisione della Corte costituzionale: il diritto per gli omosessuali alla vita familiare

La pronuncia della Corte costituzionale si compone di un doppio dispositivo, equamente distribuito per le quattro norme parametro costituzionali che i giudici *a quibus* hanno indicato quali norme rilevanti per la valutazione circa la legittimità costituzionale; le questioni sollevate in riferimento agli artt. 2 Cost. e 117, comma 1, Cost. sono dichiarate «inammissibili», quelle afferenti gli artt. 29 Cost. e 3, comma 1, Cost. sono dichiarate «non fondate».

Pur essendo stata rigettata la questione di legittimità, questa sentenza rappresenta comunque una svolta storica nella giurisprudenza italiana, in quanto porta ad un vero e proprio ribaltamento di prospettiva: non si discute più se la Costituzione vieti o meno il riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali, ma se e in che termini imponga il riconoscimento normativo di tali diritti¹².

Viene definitivamente riconosciuta una rilevanza costituzionale alle unioni omosessuali e, di conseguenza, ritenuta necessaria una disciplina legislativa di carattere generale che ne disciplini diritti e doveri. In altri termini, la famiglia omosessuale entra finalmente, e prepotentemente, nell'ambito dell'universo giuridico del nostro ordinamento e vi fa il proprio ingresso dalla porta principale, sotto la stella protettrice della Costituzione italiana.

Passando all'esame del testo della sentenza n. 138/10, la novità più rilevante è relativa alla interpretazione data dalla Consulta all'art. 2 Cost.

La Corte rileva un contrasto tra gli articoli del Codice Civile, sistematicamente interpretati, e i principi costituzionali; tuttavia, il superamento del conflitto non le appare costituzionalmente obbligato, non essendovi un'unica via praticabile per eliminare il vizio di incostituzionalità (coerente con la logica del sistema giuridico italiano)¹³.

Essa infatti ritiene che la questione, così com'è stata posta, necessita di una interpretazione additiva e pertanto, a suo avviso, è dunque imprescindibile che il Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, all'interno della rosa delle scelte normative possibili, tra cui indubbiamente rientra anche l'equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio, individui delle forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni *same sex*.

Tale intervento dovrà comportare obbligatoriamente «una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia» che dovrà tener conto del diritto fondamentale (e di conseguenza inalienabile) di cui sono titolari anche le persone omosessuali, di vivere liberamente una condizione di coppia, così come desumibile interpretativamente dall'art. 2 Cost.

Il carattere innovativo della sentenza risiede proprio nel riconoscimento come diritto fondamentale del libero sviluppo della persona anche nell'ambito della coppia omosessuale. La Corte, infatti, avanza una lettura dell'art. 2 Cost., in relazione alle unioni omosessuali, assai significativa e per nulla pacifica – né sul piano dottrinario e ancor meno sul piano giurisprudenziale – che, a ragione, autorevoli commentatori hanno giudicato sia destinata ad assumere nell'ordinamento italiano una portata storica¹⁴.

La Consulta, infatti, con questa sentenza, è passata dal riconoscimento del diritto di vivere liberamente la propria condizione di persona omosessuale, a quello di vivere liberamente una condizione di coppia omosessuale: ora è anche la coppia nel suo insieme ad essere tutelata dalla Costituzione; essa è infatti considerata a pieno titolo una formazione sociale in cui l'individuo ha il diritto di realizzare sé stesso¹⁵, in sostanza viene equiparata, a tutti gli effetti, ad una famiglia.

Sul punto di grande incisività è M. Gattuso¹⁶, secondo cui «con l'affermazione, da parte della Corte costituzionale – nella sentenza n. 138 del 2010 – della rilevanza costituzionale dell'unione omosessuale, d'un fenomeno, dunque, che assume necessariamente rilevanza esterna, si dà atto della necessità costituzionale di assicurare tutela anche per le manifestazioni esteriori della affettività». Qui non si parla del diritto delle persone consenzienti di fare sesso nel chiuso delle loro camere da letto; si tratta del diritto di amarsi, di passeggiare

tenendosi per mano, di baciarsi in pubblico, di vedere trattato in un film l'amore omosessuale al pari di quello eterosessuale.

Non è però soltanto un riconoscimento di natura culturale. È un riconoscimento giuridico vero e proprio che comporta non solo una totale equiparazione tra le coppie conviventi *more uxorio*, eterosessuali ed omosessuali, ma anche la necessità per il legislatore di garantire, «in relazione ad ipotesi particolari», «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».

La Consulta, infatti, si è espressamente riservata, con questa sentenza, «la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze *more uxorio*: sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988)» e questo, chiaramente, sia in relazione alla disciplina legislativa che il Parlamento vorrà adottare, sia in relazione alle norme attualmente vigenti, disciplinanti particolari aspetti della vita sociale, nelle more dell'introduzione della necessaria disciplina di carattere generale.

Così come lucidamente afferma Barbara Pezzini, la discrezionalità del legislatore viene riconosciuta in funzione di limite rispetto alla possibilità di una pronuncia manipolativa di tipo additivo da parte della Corte, ma risulta anche precisamente indirizzata e delimitata, tant'è vero che risultano specificamente prefigurati persino i rimedi attivabili in caso di un esercizio carente o inadeguato della discrezionalità legislativa stessa. Il riferimento alla piena discrezionalità del legislatore va, quindi, letto alla luce della nuova interpretazione data all'art. 2 Cost.¹⁷.

La Consulta, come sostiene correttamente Gattuso, ha quindi quasi individuato uno spazio intermedio tra le convivenze eterosessuali *more uxorio* (che attualmente possono liberamente essere trasformate in matrimonio) e le coppie coniugate, inserendovi le convivenze omosessuali, che per la attuale situazione normativa in essere non possono evolversi in un rapporto di coniugio¹⁸.

Sicché questo apre la via, non solo a possibili giudizi dinnanzi alla Corte costituzionale tesi a verificare la ragionevolezza della disparità di trattamento tra le coppie eterosessuali sposate e quelle omosessuali conviventi, ma anche, e soprattutto, ad un vero e proprio controllo di legittimità costituzionale 'dal basso', diffuso sul territorio, in quanto è compito precipuo del giudice disapplicare *tout court* la legge ordinaria, ovvero darle una interpretazione costituzionalmente orientata, ogni qualvolta questa risulti in contrasto con l'art. 2 Cost. così come inteso dalla sentenza in esame della Corte costituzionale¹⁹.

Ciò posto, sicuramente nessuna ragion d'essere può più avere una disparità di trattamento fra coppie conviventi *more uxorio* eterosessuali ed omosessuali. È quindi da considerare più che valido e condivisibile l'orientamento

giurisprudenziale già manifestato da alcune corti di merito²⁰ che ha visto attestata la rilevanza della relazione di convivenza ai fini della sublocazione di un immobile²¹, riconosciuto la qualifica di obbligazione naturale alle donazioni tra conviventi omosessuali²², accertato il diritto del convivente omosessuale *more uxorio* ad iscriversi alla Cassa Mutua nazionale per le banche di credito cooperativo²³, riconosciuto il diritto al risarcimento del danno da morte del convivente omosessuale²⁴ o il diritto a costituirsi parte civile nel processo penale a carico del presunto assassino²⁵.

Già i primi risultati della sentenza n. 138/10 su questo punto si sono visti in concreto.

A puro titolo esemplificativo si può citare l'orientamento espresso dal Tribunale di Reggio Emilia che ha riconosciuto il diritto al coniuge extracomunitario *same sex* di cittadino italiano di ottenere, sulla base del matrimonio contratto all'estero, il permesso di soggiorno²⁶, che ha portato ad un adeguamento spontaneo anche da parte delle questure non interessate da quel procedimento, oggi esteso anche agli individui che hanno stipulato unioni civili (e non solo matrimoni) all'estero con cittadini italiani (con ciò disattendendo l'orientamento espresso recentemente in materia dalla Corte di Cassazione con sentenza Sez. I, 17.03.09, n. 6441²⁷).

Sintomo del nuovo clima è pure la modifica operata in via di autotutela dal Ministero dell'Interno ad una propria circolare in materia di mobilità a domanda del personale della Polizia di Stato, che ha eliminato il riferimento al sesso diverso dei conviventi *more uxorio* in relazione all'equiparazione di quel tipo di rapporto a quello di coniugio in funzione dell'attribuzione dei punteggi per i trasferimenti²⁸.

La decisione della Corte costituzionale: il mancato obbligo di riconoscere il diritto al matrimonio

Una volta riconosciuto il diritto delle coppie omosessuali alla vita familiare sulla base dell'art. 2 Cost., la Consulta non ritiene che dall'art. 29 Cost. discenda un loro diritto al matrimonio.

Infatti, dopo aver iniziato il proprio ragionamento apparentemente richiamando l'orientamento storicista, vira verso una interpretazione definita dal Mastromartino come storico-originalista²⁹.

Secondo la Corte, infatti, «è vero che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere «crystallizzati» con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto

delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi. Detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata».

Di conseguenza, «questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa».

Questa lettura data dalla Consulta all'art. 29 Cost. è, a parere di chi scrive, intrinsecamente errata.

A prescindere dal fatto che l'argomento originalista è stato impiegato dalla Corte soprattutto nei primi anni della sua attività e che dal 2000 in poi non è più stato utilizzato nel quadro di decisioni in materia di diritti, nella precedente giurisprudenza costituzionale non possiede mai una funzione decisiva. Nell'ambito di una argomentazione assolve invece generalmente un ruolo suppletivo ed integrativo, essendo il suo impiego volto fondamentalmente a suffragare interpretazioni che si ricavano altrimenti, attraverso l'uso di altri argomenti.

Inoltre, l'orientamento espresso sul punto dalla Consulta contrasta platealmente con l'interpretazione evolutiva data nella medesima sentenza in relazione all'art. 2 Cost. ed al riconoscimento del diritto per le coppie omosessuali alla vita familiare, che presuppone il recepimento di un concetto di famiglia preso non certo in considerazione dai padri costituenti³⁰.

Peraltro, collegando il concetto di matrimonio al concetto tradizionale dello stesso, «finisce per schiacciare la famiglia sul mero dato giuridico-positivo, peraltro di formazione precedente alla Carta, essendo la disciplina del matrimonio contenuta nel Codice Civile del 1942. Sicché si realizza un ribaltamento della gerarchia delle fonti, in forza del quale la disposizione costituzionale, nella parte in cui si riferisce alla famiglia, viene interpretata in base a una fonte di ordine inferiore, rispetto alla quale, al contrario, dovrebbe possedere una vincolante normatività»³¹.

Inoltre, si pone in contrasto con la stessa *ratio legis* espressa dai padri costituenti in relazione all'art. 29 Cost., come chiaramente evincibile da alcune considerazioni svolte, in Assemblea Costituente dall'on. Aldo Moro nella seduta del 30.10.46: «La famiglia è la cerchia sociale nella quale l'uomo si esprime più naturalmente; va considerata, in quanto tale, come un limite dello Stato [...] come garanzia della stessa democrazia; lo Stato ha dinanzi a sé delle realtà autonome da cui esso stesso prende le mosse, sia pure, a sua volta, influenzandole»³².

La decisione della Corte costituzionale: l'assenza di discriminazione derivante dall'orientamento sessuale

Quanto poi alla eccepita illegittimità costituzionale delle norme codicistiche impugnate, per contrasto col principio di uguaglianza contenuto all'art. 3 Cost., la Corte nega l'esistenza di una irragionevole disparità di trattamento su un doppio ordine di considerazioni.

In primo luogo, di fronte al combinato disposto degli artt. 3 e 29 Cost., la Consulta invece di utilizzare la pretesa soggettiva all'uguaglianza quale corretta premessa del ragionamento, riducendone *ab initio* la complessità ed evitando la manipolazione normativa della realtà, sceglie di assumere come riferimento principale l'istituto del matrimonio così come sopra interpretato, rovesciando così i termini di paragone e degradando l'uguaglianza da situazione soggettiva assoluta, sulla base della quale verificare eventuali discriminazioni, a mera ragionevolezza nella valutazione delle disparità di trattamento³³, ragionevolezza che, peraltro, non si preoccupa neppure di declinare e argomentare³⁴. In questo modo risulta «alla fine ragionevole il criterio distintivo basato sul paradigma eterosessuale in quanto il legislatore avrebbe, a suo tempo, accolto tale paradigma nella disciplina legislativa»³⁵.

In secondo luogo ritiene che «la normativa medesima non dà luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio».

Tale affermazione non risulta solo apodittica, non trovando nel prosieguo della motivazione nessuna dimostrazione, ma appare intrinsecamente errata in quanto, come ricorda Gattuso, la Corte sembra comparare una realtà sociale qual è l'unione omosessuale con un istituto giuridico come il matrimonio così compiendo un inspiegabile errore di ordine categoriale³⁶.

La decisione della Corte costituzionale: la mancata violazione della normativa europea

Da ultimo, la Corte ritiene inammissibile la questione di incostituzionalità anche in relazione all'art. 117 Cost. sulla base della considerazione che la normativa europea non impone il modello matrimoniale quale unica modalità di regolamentazione giuridica dell'unione omosessuale.

Vari sono, infatti, gli istituti utilizzabili, tutti ugualmente validi a garantire quella necessaria normativa di carattere generale che la Corte ritiene necessaria per la tutela e la regolamentazione delle coppie omosessuali: dal matrimonio vero e proprio (come in Spagna o in Belgio), alle unioni civili

che, salvo il *nomen juris*, conferiscono ai partecipanti gli stessi diritti e doveri del coniugio (come in Gran Bretagna), alle unioni civili che prevedano diritti ridotti (come in Germania o in Austria) ai P.A.C.S. (come in Francia).

Peraltro, secondo la Consulta il richiamo alla sentenza *Goodwin c. Regno Unito* dell'11.07.02 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo viene considerato non pertinente perché, come già argomentato in sentenza in relazione all'art. 3 Cost., a parere della nostra Corte costituzionale è incomparabile la condizione dell'omosessuale con quella del transessuale che ha ottenuto la rettificazione di sesso, in quanto «nel transessuale [...] l'esigenza fondamentale da soddisfare è quella di far coincidere il soma con la psiche ed a questo effetto è indispensabile, di regola, l'intervento chirurgico che, con la conseguente rettificazione anagrafica, riesce in genere a realizzare tale coincidenza (sentenza n. 161 del 1985, punto tre del Considerato in diritto). La persona è ammessa al matrimonio per l'avvenuto intervento di modificazione del sesso, autorizzato dal tribunale. Il riconoscimento del diritto di sposarsi a coloro che hanno cambiato sesso, quindi, costituisce semmai un argomento per confermare il carattere eterosessuale del matrimonio, quale previsto nel vigente ordinamento».

In nessun conto la Corte tiene le motivazioni che l'hanno portata, nella sentenza n. 161/85, a ritenere costituzionalmente legittimo il matrimonio del transessuale, che avevano come stella polare il rispetto dell'«orientamento psico-sessuale» del transessuale³⁷.

Conclusioni

Sicuramente, come si è visto, il riconoscimento del diritto fondamentale per gli omosessuali di vivere liberamente una condizione di coppia costituisce la grande novità della sentenza n. 138/10, anche e soprattutto per le conseguenze che l'interpretazione dell'art. 2 Cost. ha già avuto e potrà avere a cascata in futuro sulla giurisprudenza e sulla stessa legislazione, quale la sentenza n. 4184/12 della Corte di Cassazione che, elaborando l'insegnamento della Consulta, ha espressamente affermato il diritto per le coppie omosessuali di essere considerate una famiglia.

D'altra parte questo provvedimento non ha sciolto il dubbio sulla costituzionalità del matrimonio tra persone dello stesso sesso e ciò correttamente, perché non questo era chiamato a risolvere. Il quesito infatti poneva la questione se il divieto di contrarre il matrimonio per le coppie omosessuali contenuto nelle attuali norme codicistiche fosse incostituzionale, cioè se, nell'attuale sistema costituzionale e normativo, le persone omosessuali avessero il diritto,

costituzionalmente garantito a sposarsi. Non veniva chiesto se la Costituzione italiana vietasse o meno il matrimonio *same sex*.

Ciò nonostante la dottrina ha animosamente e lungamente dibattuto se, nelle pieghe della sentenza in esame, potesse individuarsi un orientamento sul punto.

Alcuni ritengono che l'aver affermato che le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio abbia voluto alludere al fatto che, al di là del dato giuridico legislativo e costituzionale, vi sarebbe una tradizione sedimentata da tempo immemorabile, che letteralmente precluderebbe al legislatore di aprire il matrimonio alle coppie omosessuali, in forza del fatto che l'iniziativa del Parlamento non potrebbe che risultare impotente di fronte alla resistenza di ciò che deve rimanere così poiché così è sempre stato³⁸, con la conseguenza che «nel nostro ordinamento, la diversità di sesso resta un elemento necessario ed imprescindibile per l'esistenza stessa del matrimonio, così come già era stato concepito dai costituenti nella formulazione dell'art. 29 Cost.»³⁹, altri addirittura dissentono dalla stessa interpretazione data dalla Corte all'art. 2 Cost., negando ogni la tutela alle coppie *same sex* perché ex art. 29 Cost. non potrebbero essere considerate famiglia⁴⁰, alcuni arrivano persino a motivare il proprio orientamento sulla base della 'verità rivelata' espressa dalla nota del Consiglio episcopale permanente del 28.03.07, secondo cui «le situazioni giuridiche dei conviventi di fatto anche omosessuali dovrebbero trovare soddisfazione esclusiva nell'ambito dei diritti individuali, senza la necessità di ravvisare una nuova figura giuridica «alternativa al matrimonio e alla famiglia» e che «produrrebbe più guasti di quelli che vorrebbe sanare»⁴¹.

Altri, come il Gattuso, ritengono che la Corte semplicemente non si sia espressa sul punto, in quanto in tutta la motivazione la Corte non introduce nessun elemento espressamente diretto a condizionare la discrezionalità del legislatore, né sarebbe conforme alla sua pregressa giurisprudenza in materia familiare coartare, in un senso o nell'altro, la volontà parlamentare. Inoltre dalla lettura della sentenza non emerge alcun argomento per sostenere che l'apertura al matrimonio violi diritti od interessi di terzi e della famiglia eterosessuale e che quindi si contrapponga alla *ratio* di garanzia dell'art. 29 Cost.⁴².

Altri, infine, con argomentazioni tutt'affatto condivisibili, ritengono che la Corte si sia già di fatto espressa per la legittimità costituzionale del matrimonio tra persone dello stesso sesso⁴³.

In particolare la Pezzini basa la sua argomentazione sulla stessa motivazione della Consulta relativa all'interpretazione dell'art. 29 Cost, nella parte in cui deriva il significato del concetto di matrimonio, quale «società naturale» dalla visione tradizionale e dalla implicita definizione data all'istituto stesso dal Codice Civile. Orbene «visto che la Corte costituzionale fa riferimento a quello che è il Codice Civile come base, nel momento in cui cambiasse la

normativa di riferimento, è ovvio che il «substrato» che sta sotto l'interpretazione della Corte costituzionale viene meno. Di conseguenza bisognerebbe adeguare l'interpretazione dell'art. 29 alla situazione di fatto anche del diritto vigente, e di conseguenza vi sarebbe addirittura una copertura costituzionale dell'art. 29 al matrimonio fra le persone dello stesso sesso»⁴⁴.

Questa interpretazione trova linfa e sostegno nella sentenza della Corte Europea dei Diritti Umani *Schalk and Kopf* del 24.06.10 che, innovando profondamente la propria giurisprudenza, ha dato una nuova nozione di matrimonio, che comprende espressamente anche le coppie formate da coniugi dello stesso sesso.

In conclusione, cristallino e inconfutabile rimane, a parere di chi scrive, il ragionamento con cui la Corte Suprema del Sudafrica, con la sentenza *Minister of Home Affairs c. Fourie* del 01.12.05, ha dichiarato incostituzionale il divieto di matrimonio omosessuale, ritenendo che «l'antichità di un pregiudizio non è una buona ragione per la sua sopravvivenza» in quanto «quando le condizioni umane mutano e le idee di giustizia e di equità evolvono, anche le concezioni dei diritti assumono nuova trama e significato», perché, come affermato dalla Corte Suprema del Massachusetts, con la sentenza *Goodridge c. Department of Public Health* del 18.11.03, «il diritto di contrarre matrimonio significa ben poco, se non include il diritto di sposare la persona che si è scelto di amare».

* Avvocato in Bologna.

Membro del Comitato Esecutivo di Avvocatura per i Diritti LGBTI

¹ Ministero Interno, nota 28.07.04, prot. 04005452-15100/15952 e Ministero Interno, circolare 18.10.07, n. 55, in «Il Diritto di Famiglia e delle Persone», 2008, p. 549.

² Di notevole intensità e chiarezza, sul punto, è la definizione di diritto fondamentale data dal compianto prof. F. Galgano: «Ci sono diritti che sono creati dal diritto oggettivo, secondo quel processo di soggettivazione che abbiamo a suo luogo descritto; ma ci sono diritti soggettivi che si dicono solo trovati dal diritto oggettivo: sono i diritti dell'uomo, che si considerano esistenti indipendentemente da ogni diritto oggettivo che li riconosca e che questo si limita a garantire. A differenza di ogni altro diritto soggettivo, la cui esistenza dipende dalla mutevole valutazione dello Stato-ordinamento – mutevole nel tempo e nello spazio, a seconda dei diversi sistemi politici e sociali – i diritti dell'uomo, detti anche diritti della persona umana o diritti della personalità, si considerano come diritti spettanti all'uomo in quanto tale, indipendentemente dal tipo di sistema politico o sociale entro il quale egli vive, e come diritti che ogni Stato ha il dovere di riconoscere e di garantire [...] Ad essi la nostra Costituzione fa riferimento nell'art. 2: «la Repubblica

riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità». Questo loro carattere di inviolabilità ha un duplice referente: sono diritti dell'uomo inviolabili da parte della pubblica autorità, nell'esercizio delle sue funzioni legislative, esecutive o giudiziarie; sono inoltre diritti dell'uomo inviolabili da parte degli altri uomini, nell'ambito dei rapporti fra privati» F. GALGANO, *Diritto Privato*, CEDAM, Padova 1985³, pp. 84-85.

³ In «Diritto dell'immigrazione e della cittadinanza», 2007, p. 126.

⁴ Nel 1968 la Cassazione penale sosteneva ancora che «l'omosessualità rappresenta di per sé una anomalia una alterazione del comportamento sessuale» (Cass. pen., 12.03.68, n. 428 in «Archivio Penale», n. 33, 1970) e nel 1979 indicava i rapporti omosessuali come «innaturali» (Cass. pen., 26.04.79, n. 6535, in «Foro Italiano», II, 1980, p. 32).

⁵ «Non ricorre la circostanza aggravante del motivo abietto in relazione all'omicidio commesso da un omosessuale in danno di un soggetto del quale egli si era innamorato, venendone respinto. Deve infatti escludersi che il concetto di "abietto" possa riferirsi ai sentimenti di affetto e di amore propri di ogni essere umano, sia esso omosessuale ovvero eterosessuale», in «CED Cassazione 2009».

⁶ Secondo la citata ordinanza del Tribunale di Ferrara «il diritto di sposarsi configura un diritto fondamentale della persona riconosciuto sia a livello sovranazionale (artt. 12 e 16 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, artt. 8 e 12 CEDU e ora all'artt. 7 e 9 della Carta di Nizza del 07.12.00), sia dall'art. 2 della Costituzione: è un diritto inteso sia nella sua accezione positiva di libertà di contrarre matrimonio con la persona prescelta (così anche Corte cost. n. 445/2002), sia in quella negativa di libertà di non sposarsi e di convivere senza formalizzare l'unione (Corte cost. 13.05.98 n. 166). La libertà di sposarsi (o di non sposarsi) e di scegliere il coniuge autonomamente riguarda la sfera dell'autonomia e dell'individualità ed è quindi una scelta sulla quale lo Stato non può interferire, a meno che non vi siano interessi prevalenti incompatibili; ora, nell'ipotesi in cui una persona intenda contrarre matrimonio con altra persona dello stesso sesso nessun pericolo di lesione ad interessi pubblici o privati di rilevanza costituzionale, quali potrebbe essere la sicurezza o la salute pubblica, appare verificarsi».

⁷ Corte Appello Firenze (13.11.09) «innanzi tutto, sembra davvero arduo negare al diritto di sposarsi – che non a caso è divenuto uno dei cavalli di battaglia delle militanze omosessuali in tutto il mondo – la dignità di diritto fondamentale della persona. L'art. 2 Cost. «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità» e non v'è il minimo dubbio che l'unione coniugale costituisca un sodalizio in cui si esprima la personalità dell'individuo, anzi può ben dirsi che costituisca il nucleo sociale in cui la personalità dell'individuo trova l'espressione più intima e basilare, sicché, se la carta costituzionale si preoccupa di garantire e tutelare senza discriminazioni l'accesso dell'individuo alle più varie formazioni sociali (di tipo politico, sindacale, culturale o sportivo), davvero non si vede come possa restare indifferente alla preclusione del matrimonio rispetto all'individuo di orientamento omosessuale. Che l'istituto della *coniugio* esprima uno dei profili essenziali in cui si manifesta la dignità umana, del resto, è apertamente riconosciuto dagli artt. 12 e 16 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, nonché dagli artt. 8 e 12 della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali del 1952 e, infine, dagli artt. 7 e 9 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea del 2000, sicché ogni interpretazione riduttiva della prospettiva di tutela accennata sembra del tutto insostenibile».

⁸ «Il progresso della sensibilità comune ha ormai felicemente emancipato l'omosessualità

dal ghetto di emarginazione, se non di aperta repressione, in cui ideologie autoritarie del passato l'avevano confinata, facendo comprendere e rispettare alla generalità dei consociati "un modo d'essere" (per usare le parole spese da Corte cost. n. 165/1985 per i transessuali) che risponde a moti insindacabili dell'animo umano, di cui la normativa di un ordinamento civile non può che prendere atto e consentire l'affermazione, evitando anzi ingerenze e sgombrano il campo da ogni ostacolo al dispiegarsi del diritto di autodeterminazione di ciascuno» Corte Appello Firenze, 13.11.09.

⁹ F. MASTROMARTINO, *Il matrimonio conteso: le unioni omosessuali in un'eclettica pronuncia della Corte costituzionale italiana*, in «Diritto e Famiglia» 1, 2011, p. 439. Vedasi anche T. MANCINI, *Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell'art. 29 Cost.*, in «Rivista di diritto civile», 1963, p. 223 e segg.; P. BARCELLONA, *Famiglia (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, Giuffrè, Milano 1967, 780 segg., secondo cui per individuare il denotato del concetto di famiglia si deve «far leva esclusivamente sui modi di rilevanza concretamente riscontrabili in un determinato sistema positivo».

Per una ricostruzione esemplare di questo orientamento, cfr. R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in «Studium iuris», 10, 2000, pp. 1066-1067.

¹⁰ Si veda, in proposito, A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*, relazione svolta al Convegno «Questioni attuali in materia di famiglia», Verona, Facoltà di Giurisprudenza, 29.02.08.

¹¹ Va evidenziato come, nel cambiare il proprio orientamento, la Corte abbia fatto riferimento a quello che ha definito come «*the very essence of the right to marry*» e all'artificiosità dell'idea che i soggetti transessuali dopo l'operazione, non sarebbero privati del diritto di sposarsi potendo comunque sposare una persona del sesso opposto a quello loro originario.

¹² Sul punto leggesi M. GATTUSO, *La sentenza della Corte costituzionale apre nuove prospettive di tutela* in «Politeia», n. 100, 2010.

¹³ A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2001³, p. 236.

¹⁴ F. DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in «Il Foro Italiano», I, 2010, p. 1370 e GATTUSO, *La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in «Famiglia e Diritto», 7, 2010, pp. 657-658.

¹⁵ Sul punto particolarmente efficace è B. Pezzini, secondo cui «la sentenza specifica che le formazioni sociali di cui parla l'art. 2 vanno intese nel contesto di valorizzazione del modello pluralistico e vengono identificate in ogni forma di comunità, semplice o complessa, in base alla capacità di rendere possibile ed agevolare il libero sviluppo della persona nella vita di relazione. Su tale premessa definitoria, rileva che l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, va annoverata fra le formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost. e, di conseguenza, identifica la tutela costituzionale garantita alle unioni omosessuali ricavando direttamente dall'art. 2 il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia *same sex*» (in B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza N. 138 del 2010 della Corte costituzionale*, in «Giurisprudenza Costituzionale», 3, 2010, p. 2715).

¹⁶ In GATTUSO, *Orientamento sessuale, famiglia, eguaglianza*, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», n. 12, dicembre 2011.

¹⁷ PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza N. 138 del 2010 della Corte costituzionale*, cit., p. 2715.

¹⁸ GATTUSO, *Orientamento sessuale, famiglia, eguaglianza*, cit.

¹⁹ Di estrema chiarezza sul punto M. Gattuso secondo cui «poiché, come noto, un giudice può promuovere una questione di legittimità costituzionale soltanto nel caso in

cui la questione non possa essere risolta già attraverso un'interpretazione adeguatrice della norma, il giudice, innanzi ad una coppia che chieda tutela e che a suo avviso necessiti d'un trattamento omogeneo a quello di una coppia coniugata, dovrà applicare direttamente la normativa prevista per la coppia sposata, attraverso una interpretazione analogica, evolutiva, costituzionalmente orientata della norma, e solo se tale interpretazione non sia possibile dovrà ricorrere alla Corte costituzionale perché verifichi se la disparità di trattamento sia legittima». ID., *La sentenza della Corte costituzionale apre nuove prospettive di tutela*, cit.

²⁰ Di cui dà conto analiticamente in ID., *Orientamento sessuale, famiglia, eguaglianza*, cit.

²¹ Trib. Roma, 20.11.82, in «Rivista giuridica dell'edilizia», I, 1983, p. 959, per cui «la convivenza *more uxorio* nell'immobile locato, del conduttore omosessuale con un amico, alla pari dell'ipotesi di convivenza tra eterosessuali, esclude la configurabilità di un rapporto di sublocazione che legittima il locatore a chiedere la risoluzione del contratto».

²² Trib. Firenze, 11.08.86, in «Diritto ecclesiastico», II, 1989, p. 367, Trib. Milano, 01.07.93, in «Gius», 1994, p. 103.

²³ Trib. Milano, Sez. Lavoro, 15.12.09, inedita.

²⁴ Trib. Milano, ord. 13.11.09, in «Responsabilità civile e previdenza», 2010, p. 412, con nota di F. BILOTTA, *La convivenza tra persone dello stesso sesso è ancora un tabù?*

²⁵ G.U.P. Roma, ord. 19.07.07, inedita.

²⁶ Trib. Reggio Emilia, RGV 1401/11, 13.02.12, inedita.

²⁷ Secondo cui «In tema di diritto dello straniero al ricongiungimento familiare, il cittadino extracomunitario legato ad un cittadino italiano ivi dimorante da un'unione di fatto debitamente attestata nel paese d'origine del richiedente, non può essere qualificato come "familiare" ai sensi dell'art. 30 comma 1 lett. c) d.lg. n. 286 del 1998, in quanto tale nozione, delineata dal legislatore in via autonoma, agli specifici fini della disciplina del fenomeno migratorio, non è suscettibile di estensione in via analogica a situazioni diverse da quelle contemplate, non essendo tale interpretazione imposta da alcuna norma costituzionale» Cass. Civ. Sez. I, 17.03.09, n. 6441 in «Giustizia civile Mass.», 3, 2009, p. 464.

²⁸ Ministero Interno, Dipartimento della Pubblica Sicurezza, Circolare 333-A/9807.E.1./3368-2012 del 14.05.12, modificata dalla Circolare 333-A/9807.E.1./6750-2012 del 17.09.12 del medesimo organo.

²⁹ MASTROMARTINO, *Il matrimonio conteso: le unioni omosessuali in un'eclettica pronuncia della Corte costituzionale italiana*, cit.

³⁰ Dello stesso avviso DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, cit., p. 1371.

³¹ MASTROMARTINO, *Il matrimonio conteso: le unioni omosessuali in un'eclettica pronuncia della Corte costituzionale italiana*, cit.

³² In *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Tipografia della Camera dei Deputati, VI, Roma 1971, p. 635.

³³ PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza N. 138 del 2010 della Corte costituzionale*, cit.

³⁴ MASTROMARTINO, *Il matrimonio conteso: le unioni omosessuali in un'eclettica pronuncia della Corte costituzionale italiana*, cit.

³⁵ PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza N. 138 del 2010 della Corte costituzionale*, cit.

³⁶ GATTUSO, *La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*, cit., p. 658.

³⁷ Corte cost. n. 161/1985: «E poiché il transessuale, più che compiere una scelta propriamente libera, obbedisce ad una esigenza incoercibile, alla cui soddisfazione è spinto

e costretto dal suo “naturale” modo di essere, il legislatore ha preso atto di una simile situazione, nei termini prospettati dalla scienza medica, per dettare le norme idonee, quando necessario, a garantire gli accertamenti del caso ovvero a consentire – sempre secondo le indicazioni della medicina – l’intervento chirurgico risolutore, e dare, quindi, corso alla conseguente rettificazione anagrafica del sesso. In definitiva, la legge n. 164 del 1982 si è voluta dare carico anche di questi «diversi», producendo una normativa intesa a consentire l’affermazione della loro personalità e in tal modo aiutarli a superare l’isolamento, l’ostilità e l’umiliazione che troppo spesso li accompagnano nella loro esistenza»

³⁸ Per tutti, R. ROMBOLI, *Il diritto Consentito al matrimonio e il diritto garantito alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice troppo e troppo poco* in «Rivista dell’associazione italiana dei costituzionalisti», 02.07.10, su <<http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>> (ultimo accesso 24.07.2013), 2, Id., *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali che non possono accedere al matrimonio*, in «Foro Italiano», I, 2010, p. 1368, A. MELANI, *Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costituzionale: la questione resta aperta*, in «Quaderni costituzionali» su <<http://www.forumcostituzionale.it/site/>> (ultimo accesso 24.07.2013), 12, DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, cit., p. 1372, P.A. CAPOTOSTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010*, in «Quaderni costituzionali», 2, 2010.

³⁹ L. MORLOTTI, *Il no della consulta al matrimonio gay*, in «Responsabilità civile e previdenza», 7-8, 2010, p. 1505.

⁴⁰ G. GIACOBBE, *Famiglia o famiglie: un problema ancora dibattuto*, in «Diritto di famiglia e delle persone.», 2009, p. 307 ritiene che «dovendosi ricostruire il sistema ordinamentale costituzionale nel suo complesso, l’art. 2 Cost. deve essere interpretato avuto riguardo a quanto dispone il successivo art. 29 Cost. Ciò comporta che nel sistema delineato dalla Costituzione, la tutela generale ed indifferenziata delle formazioni sociali, con riferimento alla famiglia, trova specificazione nell’art. 29: il quale, identificando l’aggregazione familiare, alla quale riconosce diritti, nella società naturale fondata sul matrimonio, ha determinato sul piano normativo di rilevanza costituzionale che non ogni aggregazione interpersonale può essere qualificata come famiglia, ma soltanto quella aggregazione che ha nel matrimonio il suo fondamento, nel senso che l’atto matrimonio costituisce il titolo giuridico per l’attribuzione e quindi l’esercizio dei diritti riconosciuti alla famiglia».

⁴¹ R. PINARDI, *La Corte, il matrimonio omosessuale e il fascino (eterno?) della tradizione*, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», n. 11, 2010, pp. 527-536.

⁴² GATTUSO, *La sentenza della Corte costituzionale apre nuove prospettive di tutela*, cit., ove tra l’altro si legge «L’ancoraggio proposto dalla Corte all’intenzione soggettiva dei costituenti pare strettamente connesso alla necessità di prevenire interpretazioni “creative”, d’evitare cioè fughe in avanti giurisprudenziali, di salvaguardare il principio di tripartizione dei poteri, come potrebbe già desumersi dall’indicazione per cui “questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica”. Alla Corte, peraltro, è stato chiesto se l’art. 29 imponga il riconoscimento del matrimonio tra omosessuali, mentre non è stato chiesto se l’art. 29 possa consentire tale apertura. Sarebbe allora certamente paradossale che al disconoscimento della Corte di interpretazioni “creative” del giudice conseguiva una limitazione per lo stesso potere legislativo, imposta... proprio per via giudiziaria!»

⁴³ PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza N. 138 del 2010 della Corte costituzionale*, cit.

⁴⁴ *Ivi*.

Aurelio Gentili

*Un ossimoro giudiziario: l'efficace inefficacia
del matrimonio omosessuale*

Introduzione

Si può fare l'omelette senza rompere le uova?

La nostra Cassazione ritiene di sì¹ e dalla conferma dell'inidoneità delle unioni omosessuali a valere come matrimonio, fa derivare la possibilità di un trattamento omogeneo a quello matrimoniale.

È possibile giudicare la pronuncia da due diversi punti di vista.

Quello di politica del diritto. L'operazione compiuta in questa sentenza apparirà allora, a chi si batte per il riconoscimento, magari insufficiente ma certamente commendevole, sotto molti aspetti coraggiosa, indubbiamente intelligente; e a chi si oppone eversiva, intrusiva delle prerogative parlamentari e probabilmente irrilevante. In tutti i casi, un trionfo, o una prevaricazione, del diritto vivente sul diritto vigente.

Quello della tecnica giuridica. L'argomentazione usata in questa sentenza risulta allora ove brillante ove carente; e la formula tecnica cui perviene (le unioni omosessuali, giuridicamente né inesistenti né invalide, sono inidonee a produrre qualsiasi effetto come atto giuridico di matrimonio ma richiedono un trattamento ad esso omogeneo) una costruzione di grandissima perizia, ma anche una manifestazione dell'italico «qui lo dico, qui lo nego».

Comunque si giudichi (politicamente) la sentenza, bisogna riconoscere (tecnicamente) che la Corte ha fatto molto. Il guaio è che molto per gli uni non è abbastanza e per gli altri è troppo. Ma questo dipende, si sa, dallo scontro frontale che esiste sul tema. Per comporre il quale l'argomentazione della Cassazione si torce come Laocoonte tra le spire dei serpenti.

Le sette premesse della statuizione

Se si apre la sentenza al paragrafo quattro, pagina sessantotto, si vede

come i giudici della Corte Suprema tirino i fili di una lunga e dotta ricognizione del rapporto tra legislazione interna e legislazione internazionale, giurisdizioni interne e giurisdizioni internazionali. E comincino il loro tortuoso ragionamento con il porre una serie di premesse dalle quali poi – come vedremo – traggono due statuizioni. Scopo di questa analisi è mettere a fuoco il senso e le conseguenze di queste statuizioni. Ma non si può farlo senza indugiare sulle premesse, che meritano un chiarimento e qualche commento.

Prima premessa. Al paragrafo 4.1. si scrive: «se il diritto di contrarre matrimonio è diritto fondamentale, in quanto derivante dagli artt. 2 e 29 della Costituzione, dall'art. 16 della Dichiarazione universale, dall'art. 12 della CEDU [...], esso spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica ma in quanto esseri umani».

Vero è che un'affermazione simile l'aveva fatta poco prima la Corte costituzionale. Ma c'è di che stupire. Uno studioso (come me) del diritto civile italiano poteva pensare che fossimo da almeno due secoli giuspositivisti e scoprire che siamo anche un po' giusnaturalisti. Perché, per quanto si possa dire che appartiene al patrimonio culturale di tutti gli ordinamenti del mondo occidentale che certi diritti siano diritti inviolabili della persona, affermare che il diritto di contrarre matrimonio spetta ai singoli non in quanto partecipi di una comunità politica ma in quanto esseri umani, è proprio un modo di scrivere e di ragionare da giusnaturalista. Senza con ciò esprimere né apprezzamento né biasimo.

Le conseguenze, se la Corte le traesse, potrebbero essere enormi: la legislazione, le stesse Carte costituzionali, scavalcate.

Naturalmente, ci sarebbe da chiedersi se il diritto 'secondo natura' di contrarre matrimonio sia solo quello tra persone di sesso diverso o anche quello tra persone dello stesso sesso. E qui per l'ennesima volta appelli, altrettanto stucchevoli e inconciliabili, da un lato a una asserita *natura hominis* per cui l'omosessualità sarebbe contro natura², e dall'altro alla incontestabile natura dei 'diversi' e al fatto che l'omosessualità è universalmente presente nella natura³.

Un dibattito tra sordi, neppur degno di parteciparvi⁴. In cui coloro che – come un ministro d'altri tempi ed un sindaco dei nostri – oggi volessero ripetere l'abusato argomento «non potersi approvare gente che non vive 'secondo natura', perché se tutti facessero così il mondo finirebbe», in base al principio metaetico di universalizzazione⁵ – per cui un asserto deve essere applicato a tutti i casi che vi ricadono – potrebbero sentirsi rispondere: «Ah, sì...i sacerdoti».

Un conflitto ideologico dunque, come tale insolubile. Perché non c'è modo di mettere d'accordo razionalmente una prospettiva che parte da premesse metafisiche normative sulla natura dell'uomo e una prospettiva che parte da premesse fisiche descrittive. Come scriveva Uberto Scarpelli: «nessuna ragione è una valida

ragione per chi non condivide il principio che ne fa una ragione»⁶.

La Corte comunque le conseguenze non le trae. Affermare il «diritto in quanto esseri umani di contrarre matrimonio» non le serve realmente a fissare una premessa di diritto naturale, ma solo per derivarne *a maiori ad minus* un'interpretazione delle Carte dei diritti che senza negare l'estraneità dell'unione tra persone dello stesso sesso al matrimonio come attualmente regolato, fondi quel trattamento ad esso in qualche misura omogeneo di cui più avanti meglio si dirà.

Seconda premessa. «Il riconoscimento di tale diritto fondamentale comporta necessariamente non soltanto l'appartenenza di esso al patrimonio giuridico costitutivo e irretrattabile del singolo individuo quale persona umana, ma anche l'effettiva possibilità del singolo individuo di farlo valere *erga omnes* e di realizzarlo, nel che consiste la garanzia del suo riconoscimento, secondo l'inscindibile binomio contenuto nell'art. 2 della Costituzione».

Anche questa premessa si rivela enfatica. *Nulla quaestio* per l'unione eterosessuale. Ma ad applicarla coerentemente imporrebbe il matrimonio omosessuale. Invece la Corte ne deriva la conclusione opposta.

L'eccesso assiologico è evidente. Il commentatore deve rilevare: per la Corte il riconoscimento comporta la garanzia. Binomio indissolubile. La Corte lo dice (se ne pentirà più avanti, lo si è detto e lo vedremo facilmente; ma lo dice, espressamente). Ed *erga omnes*. Quindi anche nei confronti dello Stato. Ma allora, se questo riconoscimento è attribuito anche alle unioni tra persone dello stesso sesso (e come ora constateremo per la ora Corte così è), anche la garanzia dello Stato deve essere ad esse estesa.

Il commentatore però in tal modo segue la logica, e non la sentenza. La Corte infatti non trae la conseguenza. Vale anticipare che fermo il riconoscimento sulla garanzia concluderà all'opposto. Perché nonostante affermi come visto la necessità imposta dal riconoscimento dell'«effettiva possibilità del singolo individuo di far valere *erga omnes* e di realizzare» il diritto fondamentale al matrimonio, ne deriverà che «il diritto fondamentale secondo Costituzione e CEDU di contrarre matrimonio, spettante ai singoli in quanto esseri umani e valevole *erga omnes*»nonostante ciò ove esercitato da due persone dello stesso sesso «è inidoneo a produrre quale atto di matrimonio qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano».

Terza premessa. La Corte di Cassazione (che usa molta diplomazia nei confronti delle altre giurisdizioni) ricorda che la Corte costituzionale non è d'accordo con la tesi del riconoscimento e della garanzia. Nella sua sentenza n. 138⁷ quest'ultima afferma che il riconoscimento di quel diritto fondamentale e soprattutto la sua garanzia, cioè l'eventuale disciplina legislativa diretta a regolarne l'esercizio, non sono costituzionalmente obbligati, anzi, sono

rimessi alla libera scelta del Parlamento. Dunque, né il riconoscimento né la garanzia sono obbligati per la Corte costituzionale⁸.

La terza premessa sconfessa così la seconda. Anzi, pone l'esatta negazione di quello che è stato detto prima dalla Cassazione, per cui il riconoscimento del diritto umano fondamentale a contrarre matrimonio è negli artt. 2 e 29 della Costituzione, oltre che nell'art. 16 della Dichiarazione universale, nell'art. 12 della CEDU, e soprattutto spetta ai singoli in quanto esseri umani. Si ha l'impressione che la Corte costituzionale dia alla Costituzione un senso («la Costituzione non riconosce il diritto al matrimonio con qualunque altra persona») del tutto diverso da quello («secondo Costituzione e CEDU è riconosciuto a ogni persona in quanto essere umano il diritto fondamentale di contrarre matrimonio») che le attribuisce la Corte Suprema.

Vedremo subito appresso che questa posizione della Corte costituzionale coincide con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. E che la Corte Suprema si allinea alla conclusione (che la garanzia è rimessa allo Stato), sebbene non alla premessa (che lo stesso riconoscimento sia a discrezione dello Stato). Ma se per ora tralasciamo l'argomento *ex auctoritate* e ci limitiamo a quello *ex cohaerentia*, dobbiamo constatare che la Cassazione salpa in una direzione per poi navigare in quella opposta. L'esegeta cade in dubbio: la Carta, come integrata dalle altre Carte fondamentali valide in Italia⁹, riconosce o no il diritto di qualunque persona al matrimonio con qualunque persona?¹⁰.

In subordine, ammesso che la nostra Carta non prescriva sul punto resterebbe da vedere se essa sia integrata o corretta da altre carte fondamentali ratificate dall'Italia.

Come che sia, per l'esegeta della sentenza questi dubbi si rivelano sterili. Siano o no d'accordo nelle premesse interpretative circa la Carta fondamentale, le due Corti sono poi d'accordo sulle conclusioni: la piena discrezionalità del legislatore.

Quarta premessa. La Cassazione ricorda che secondo la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo¹¹ il diritto al matrimonio include anche quello al matrimonio di persone dello stesso sesso, quale nuovo contenuto ermeneuticamente emergente dai predetti diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione e dalla Carta EDU¹².

Il richiamo della posizione della Corte europea ha un ruolo fondamentale nell'argomentazione della Cassazione. Le consente di affermare che quanto alla nozione di matrimonio il nostro ordinamento costituzionale è radicalmente mutato¹³: oggi esso include anche l'ipotesi di matrimonio omosessuale¹⁴. Ciò perché per effetto delle norme interposte recate dalle Carte di diritti recepite negli ordinamenti degli Stati aderenti, e quindi in Italia, come interpretate dalla Corte europea, il diritto di matrimonio è positivamente attribuito dalla

normativa costituzionale anche alle persone dello stesso sesso che vogliano contrarlo¹⁵.

Ma – ricorda subito la Cassazione – fermo resta tuttavia anche nell'interpretazione della Corte europea che la sua garanzia è rimessa al potere legislativo dei singoli Stati. C'è il riconoscimento, ma non c'è la garanzia.

L'esegeta si chiede se ha capito bene. Non ha poco sopra letto (prima premessa) che il riconoscimento del diritto umano fondamentale a contrarre matrimonio è negli artt. 2 e 29 della Costituzione, oltre che nell'art. 16 della Dichiarazione universale, nell'art. 12 della CEDU? e soprattutto che spetta ai singoli in quanto esseri umani? e non ha sopra letto (seconda premessa) che il riconoscimento di tale diritto fondamentale comporta necessariamente anche l'effettiva possibilità del singolo individuo di farlo valere *erga omnes* e di realizzarlo, nel che consiste la garanzia del suo riconoscimento?

Eppure ora legge che fermo il riconoscimento la garanzia è rimessa al potere legislativo.

Così – ed è la prima osservazione di commento su questo punto – la quarta premessa nega la seconda: là riconoscimento e garanzia; qui riconoscimento senza garanzia.

C'è poi da fare una seconda osservazione di commento. Sfugge alla capacità di un civilista capire in che consista il riconoscimento se non c'è la garanzia. Riconoscere un diritto significa concedere un potere. Negare la garanzia significa revocarlo. Davvero – se si segue la logica – c'è da domandarsi cosa la Corte europea, e la Cassazione nella sua scia, intendano dire quando ritengono che il riconoscimento ci sia, ma la garanzia sia rimessa alle scelte degli Stati.

È ovvio, non dobbiamo essere così ingenui da non capire che questa è una necessità politica, per conciliare il significato delle Carte dei diritti con la volontà politica di lasciare agli Stati margini per realizzare al loro interno scelte legislative – anche totalmente negative – in una materia politicamente rilevante che divide aspramente. Si scontrano qui i due ingredienti di cui è fatta la democrazia: la legge del numero (per cui laddove sopravvive una maggioranza avversa il suo sentimento ostile alle unioni omosessuali va rispettato) e lo Stato di diritto (per cui i diritti fondamentali non dipendono dai gusti della maggioranza). Non basta: è un cardine proprio dello Stato di diritto che il legislativo non sia espropriato dal giudiziario (non a caso dopo il deposito di questa sentenza alcuni deputati notoriamente nemici dei gay hanno lamentato con il Quirinale l'intrusione della Corte nelle competenze del parlamento). Per contro, sarebbe da vedere se davvero il numero – presso i cittadini, non i parlamentari – sia ancora contro, e dopo aver accettato la pubblica omosessualità di cantanti, attori, politici e scrittori, non sia disposto a consentirla anche agli altri. Questioni difficili.

Però, se invece di essere fini politici non fossimo che giuristi, resteremmo perplessi. Ricorderemmo che nei libri di teoria generale del diritto, o più umilmente nei capitoli iniziali dei manuali di diritto privato, c'è scritto che il diritto è la protezione di un interesse, cioè la garanzia che l'ordinamento dà al privato che quell'interesse riconosciuto degno sarà realizzato. E allora veramente dovremmo domandarci che significhi il riconoscimento senza la garanzia.

Che cosa significhi per la Corte Suprema lo scopriremo tra poco, venendo alle sue statuizioni: non l'estensione agli omosessuali del matrimonio, ma almeno di un trattamento equivalente.

Quinta premessa. Il limitato, ma determinante, effetto dell'interpretazione della Corte europea (secondo cui la Corte non ritiene più che il diritto al matrimonio di cui all'art. 12 debba essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto), sta secondo la Cassazione (che coglie pienamente nel segno) nell'aver fatto cadere un postulato implicito: che, cioè, il requisito minimo indispensabile a fondamento dell'istituto matrimoniale sia costituito dalla diversità di sesso dei nubendi.

Da che l'osservazione della Corte di Cassazione che quindi la Corte europea ha definitivamente rimosso l'ostacolo, la diversità di sesso dei nubendi, che impediva il riconoscimento del diritto al matrimonio omosessuale, ancorché riservando la garanzia alle scelte legislative.

Ora, delle due, l'una.

O il riconoscimento senza la garanzia non opera. Ed allora – vale anticipare anche questo – non si capisce più su che base la Cassazione possa più avanti concludere che alle coppie omosessuali spetta «adire i giudici comuni per far valere, in presenza [...] di 'specifiche situazioni', il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata».

O il riconoscimento opera anche senza garanzia. Ed allora la Corte Suprema avrebbe dovuto dire che alle coppie omosessuali spetta il diritto allo 'stesso' trattamento assicurato dalla legge alla coppia eterosessuale coniugata.

Se non ci si preoccupa che dell'argomentazione, o troppo o troppo poco. Lo affermiamo sommamente. Ma l'impressione invincibile dell'esegeta è che la Corte Suprema abbia speso tesori di sapienza per dimostrare che due più due fa tre.

Sesta premessa. La sentenza della Corte costituzionale numero 138 ha affermato – come ci viene ricordato – che nelle formazioni sociali di cui all'art. 2 della Costituzione è inclusa l'unione omosessuale. La Cassazione si allinea.

Così anche nell'ambito del diritto italiano, nonostante la posizione della Corte costituzionale contraria alla conseguenza dell'ammissione del matrimonio omosessuale, troviamo la conferma che la giurisdizione costituzionale non è contraria alla premessa, accolta pure dalla Cassazione, del riconoscimento e garanzia

delle unioni omosessuali come espressione di diritti inviolabili dei singoli.

E questa non è una premessa di tipo giusnaturalistico, perché qui non si dice (da parte della Corte costituzionale nella sentenza n. 138) che tale diritto è (solo) un diritto degli individui in quanto persone umane, bensì si dice che è (anche) un diritto dei cittadini in quanto membri di uno Stato, la cui Carta Costituzionale riconosce le formazioni sociali e tra queste quella consistente nell'unione omosessuale. Come detto, la Cassazione si allinea.

L'esegeta invece si interroga. Non c'è bisogno della legge fondamentale per rendere possibile a due persone dello stesso sesso di legarsi. E molte cose (i reciproci rapporti patrimoniali, l'ammissione testamentaria alla successione) possono anche essere governate con gli ordinari strumenti privatistici. Ma molte altre no. Non poter fruire dell'assistenza e previdenza del compagno, non godere dei diritti successori *ex lege*, soprattutto non esistere giuridicamente come consorte di colui di cui si è scelto di condividere la sorte, è estraneo al riconoscimento ed alla garanzia della formazione sociale protetta dall'art. 2 Cost.?

Proprio qui sembra assumere rilevanza quel «trattamento omogeneo a quello delle coppie coniugate» che come siamo per vedere è il risultato assolutamente nuovo della sentenza. Quel trattamento omogeneo, infatti, avrà valore non dove la prudenza e previdenza degli interessati potrebbe arrivare da sé, ma laddove essi non avrebbero gli strumenti.

Ma è davvero questo che la Corte ha inteso dire?

Sarebbe importante saperlo. Siamo pratici: se il «trattamento omogeneo» sarà questo, altro che DICO e PACS! la Corte avrà introdotto il coniugio (non chiamiamolo matrimonio) omosessuale; ma se il trattamento omogeneo si limita al fatto che il convivente può proseguire sino a scadenza la locazione del compagno titolare premorto, beh, forse era più semplice ricordare alle coppie gay che potrebbero sempre firmare la locazione in due. Certo, la Cassazione vuole anche contribuire a rimuovere le discriminazioni in base all'orientamento sessuale – proibite dalle Carte – che i privati perpetrano. Ma non è un po' ipocrita lo Stato che impone ai privati di trattare gli omosessuali come gli eterosessuali, ma si rifiuta di farlo anche lui?

Comunque, almeno è chiaro quale sarebbe il punto di svolta: attribuire alle stabili coppie gay a titolo di trattamento equivalente non quello che la loro accortezza consentirebbe ma (in una misura che resta da ragionare) quello che solo il riconoscimento giuridico dell'unione consentirebbe *erga omnes*.

Settima premessa. «Spetta però al Parlamento nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette».

Di nuovo, qui, indipendentemente da quale possa essere il giudizio sul merito, e limitandosi al metodo, l'esegeta si confonde. Se la Corte costituzionale nella

sentenza n. 138 afferma che l'unione omosessuale è una formazione sociale, e la Cassazione la segue, come può poi trarne la conseguenza che spetta insindacabilmente al Parlamento nell'esercizio della sua 'piena' discrezionalità individuare le forme di garanzia e riconoscimento per le unioni suddette. Quindi anche nessuna, come finora è stato.

Viene in mente l'antica diatriba, ma di oltre sessanta anni fa, sulla natura precettiva o solo programmatica delle norme costituzionali. Ma è un reperto archeologico, del quale nessuno oggi osa riesumare il cadavere.

Ma se le norme costituzionali sono precettive, come può la legge ordinaria non essere obbligata a dare almeno una qualche misura di garanzia a questo tipo di formazione sociale, una volta ammesso – come ora le due Corti supreme ammettono – che essa è inclusa? Se assumiamo che anche questa formazione sociale è riconosciuta e garantita dall'art. 2 della Costituzione, il legislatore ordinario ha una discrezionalità non piena ma 'limitata', nel 'come' ma non nel 'se'. E allora per logica una qualche forma di garanzia legale deve essere apprestata anche a questa formazione sociale.

Anche da questo punto di vista la sentenza in commento non è troppo conseguente: un trattamento legale omogeneo sarebbe l'esito logico della tesi che l'art. 2 Cost. riconosce – e garantisce – come formazione sociale anche l'unione omosessuale. La tesi avversa può negare questa premessa (ed effettivamente, se la coppia dello stesso sesso è contro il diritto eterno di natura, è da dubitare dell'interpretazione secondo cui una Carta positiva la ammetterebbe come formazione protetta: ma di questo l'esegeta inesperto non dirà). Ma se non può negare la premessa, la logica le impone la conseguenza.

Come che sia, la Corte avverte evidentemente che sul piano della politica legislativa non c'è da attendersi alcuna soluzione immediata. E – come ora finalmente vedremo – tenta di fornirne una che per quanto possibile salvi capra e cavoli.

La prima statuizione: il diritto ad un trattamento equivalente a quello dei coniugati

Siamo così alle statuizioni.

La prima: «I componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, se – secondo la legislazione italiana – non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero, tuttavia – a prescindere dall'intervento del legislatore in materia – quali titolari del diritto alla 'vita familiare' e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla

tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di «specifiche situazioni», il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili alle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza».

Suona molto pacato. Ma potrebbe essere esplosivo. Perché la Corte sta dicendo che se il legislatore non interviene possono i giudici comuni, ed eventualmente la Corte costituzionale, fare quello che il legislatore non fa, assicurando alle coppie omosessuali il trattamento (quantomeno) omogeneo a quello delle coppie eterosessuali coniugate che non venga assicurato dalla legislazione ordinaria.

La Corte Suprema compie così una audace operazione di politica del diritto. A ben vedere specificamente voluta: pronunziarsi su questo non era necessario nell'economia del caso sottoposto. Una operazione duplice.

Conferma anzitutto (ma per la forma più che per la sostanza) che il legislatore ha il pieno diritto di legiferare in materia come crede. Ma di fatto lo limita perché assevera che non potrà senza violare la Costituzione non assicurare un trattamento delle stabili coppie omosessuali che non sia in specifiche situazioni omogeneo a quello matrimoniale.

E afferma poi (ben conoscendo le cause non rimosse dell'inerzia legislativa) che se il legislatore continuerà a non far nulla, una serie di risultati potranno essere acquisiti per via giudiziaria: i giudici comuni riconosceranno i diritti delle coppie dello stesso sesso ad ottenere in specifiche situazioni un trattamento omogeneo a quello del matrimonio¹⁶ e se l'istanza delle parti si scontrerà con una legge ordinaria che disconosce o semplicemente non riconosce in quella specifica situazione quel diritto ad un trattamento omogeneo, la giurisdizione ordinaria (cui così è impartito un principio di non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità) a fronte della sollevata eccezione di illegittimità costituzionale dovrà rimettere gli atti al giudice delle leggi, il quale, poiché ha riconosciuto la coppia gay come formazione sociale ai sensi dell'art. 2 della Costituzione, non potrà che dire che non è costituzionalmente legittimo quanto nella legge ordinaria – negando quello che in quelle specifiche situazioni è riconosciuto ai coniugati – disconosce il valore di formazione sociale garantita dall'ordinamento giuridico dell'unione omosessuale.

Solo un punto resta vago. Quali saranno le «specifiche situazioni» degne di tutela giurisdizionale omogenea a quella dei coniugati? Potranno le coppie omosessuali rivendicare quelle conseguenze applicative che sono state lungamente discusse, ma non hanno poi avuto esplicito riconoscimento: dai doveri

di assistenza reciproca ai diritti sul patrimonio, dai trattamenti previdenziali a quelli assistenziali, dai diritti successori a quelli del riconoscimento da parte di terzi di certe esigenze della convivenza, come l'intervento nei casi di malattia del compagno, o la prosecuzione della locazione in favore del convivente (per fare degli esempi)?

La Corte non indica tali specifiche situazioni. Si limita a dire che vi rientrano segnatamente quelle intese alla tutela di diritti fondamentali. Gli esempi ricordati paiono appunto rientrarvi. E se così è, la sentenza – ove rigorosamente applicata – sarà davvero rivoluzionaria.

Ove rigorosamente applicata. Ma cosa dobbiamo attenderci? Supponiamo che un giorno la compagna di un'altra donna improvvisamente mancata chieda all'INPS la pensione di reversibilità e faccia causa dinanzi al giudice del lavoro e magari sollevi l'eccezione di illegittimità costituzionale perché la legislazione vigente in materia – che richiede il matrimonio – non lo prevede. Supponiamo che il compagno di un signore improvvisamente malato e in condizioni di non potere badare a se stesso voglia rivendicare quelle almeno limitate prerogative che verrebbero riconosciute al coniuge e chieda al giudice in via di urgenza di pronunziarle: scelte per esempio in ordine a soluzioni terapeutiche, diritto di visita, etc. Supponiamo che la persona che è stata legata per anni a una convivenza omosessuale e che improvvisamente ha perduto il partner faccia valere, visto che non c'è una successione testamentaria, i diritti successori che sono riconosciuti al coniuge dal nostro Codice Civile. I tribunali ordinari glieli riconosceranno?

Ammessa la premessa, pare difficile negare che queste «specifiche situazioni» siano espressione di diritti fondamentali. Senza quelle prerogative l'unione resta un fatto marginale, socialmente e giuridicamente quasi irrilevante. Ma certo è che così il matrimonio omosessuale sarebbe di fatto introdotto. E probabilmente non era questo che la Cassazione voleva. Ma ha avviato una catena logica. E la logica non si accorcia e si allunga secondo le opportunità.

L'esegeta si chiede se i nostri giudici saranno puri logici. E ne dubita.

La seconda statuizione: l'inidoneità del matrimonio omosessuale contratto all'estero, né inesistente né invalido, a produrre effetti in Italia

La seconda conclusione, certamente nell'ordine espositivo, ma a mio giudizio anche nell'importanza, che la Cassazione trae è che alla domanda «se due cittadini italiani dello stesso sesso, i quali abbiano contratto matrimonio all'estero [...] siano o no titolari del diritto alla trascrizione del relativo atto nel corrispondente registro dello stato civile italiano, va data una risposta che

«si fonda su ragioni diverse da quella finora ripetutamente affermata della «inesistenza» di un matrimonio siffatto per l'ordinamento italiano».

Dall'ingresso nell'ordinamento italiano dell'art. 12 della CEDU – come interpretato dalla Corte europea, che ha privato di rilevanza giuridica la diversità di sesso dei nubendi segue il superamento della pregressa giurisprudenza di legittimità per cui la diversità di sesso era requisito di esistenza del matrimonio civile. Oggi quindi è radicalmente superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile, per così dire naturalistico, della stessa esistenza del matrimonio. E quindi l'intrascrivibilità¹⁷ non dipende dalla sua inesistenza, e neppure dalla sua invalidità per contrarietà all'ordine pubblico¹⁸.

Asseverata l'esistenza giuridica del matrimonio tra persone dello stesso sesso, asseverata anche la sua validità, l'esegeta per logica si aspetterebbe la conclusione della trascrivibilità del matrimonio omosessuale contratto all'estero. Sbaglierebbe.

Per la Corte Suprema infatti «l'intrascrivibilità delle unioni omosessuali dipende – non più dalla loro «inesistenza», e neppure dalla loro «invalidità» ma – dalla loro inidoneità a produrre quali atti di matrimonio, appunto, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano».

Si impongono due commenti.

Il primo, sui principi e sulla loro logica, nasce dalla sensazione – non già dal punto di vista del giudizio sul merito o di politica del diritto, ma dal punto di vista della mera tecnica giuridica – che la Corte di Cassazione arrivando a questa conclusione – che per tanti aspetti si spiega e si capisce – si sia ingarbugliata da sé, perché tutte le premesse che ha posto non sorreggono bene la conclusione a cui è arrivata.

Se partiamo dalla prima premessa, presupposto giusnaturalistico, dobbiamo dire che questa scavalca la conclusione della inefficacia. Se partiamo dalla seconda e sesta premessa, cioè il riconoscimento della coppia omosessuale come formazione sociale, anche questo scavalca non soltanto l'inesistenza e l'invalidità ma a maggior ragione l'inefficacia. Se partiamo dalla quarta e quinta premessa, cioè l'asseverazione da parte della Carta europea dei diritti umani come interpretata dalla Corte europea dell'irrelevanza della diversità di sesso dei nubendi e dal fatto che essa è ormai diritto costituzionale italiano, ancora una volta la nostra legislazione tradizionale è superata.

L'unica premessa che va nella direzione di questa conclusione è quella – la terza dell'ordine espositivo seguito dalla Cassazione e qui riprodotto – insistentemente ripetuta, che questa è materia riservata alla discrezionalità del legislatore ordinario. Ma se la si sviluppa coerentemente tale premessa non va solo in quella direzione, ma la oltrepassa: se il legislatore ha piena discrezionalità, e se allo stato non riconosce l'unione omosessuale come possibile matrimonio, allora questo nell'attuale ordinamento nazionale non è solo inidoneo a produrre

effetti ma semplicemente non è matrimonio (inesistente) o quanto meno non è valido matrimonio (nullo).

Di nuovo, dunque, o troppo o troppo poco.

Per arrivare coerentemente alla seconda statuizione occorre argomentare diversamente. Abbiamo visto come indipendentemente dal giudizio di politica del diritto che si voglia dare, non si è riusciti a trovare in questa sentenza le ragioni per le quali il legislatore ordinario a fronte di tutte le altre premesse non sarebbe costituzionalmente obbligato a legiferare assicurando almeno una certa misura di riconoscimento, sia pure poi scegliendo le forme in cui darlo (non necessariamente il matrimonio). Se invece si assumesse che il legislatore ordinario è obbligato a legiferare dando una qualche forma di riconoscimento e garanzia alla coppia dello stesso sesso, ma non necessariamente l'ammissione del matrimonio, ne seguirebbe bene che da un lato i giudici comuni possano supplire, ma dall'altro il matrimonio sia come tale non trascrivibile (anche se – ma di ciò tra poco – lascia perplessi la formula tecnica della «inidoneità»).

Si comprendono gli scrupoli politici della Corte (che sono anche scrupoli di rispetto del principio di divisione dei poteri). Ma l'esegeta non può non vedere tensione tra una costruzione che dà per acquisito il diritto fondamentale delle persone di un medesimo sesso, già come persone e comunque in base all'art. 12 CEDU ed all'art. 2 Cost., di avere una vita coniugale giuridicamente riconosciuta, e la piena discrezionalità del legislatore in materia con la conseguenza tra l'altro – non avendo allo stato il legislatore legiferato – della intrascrivibilità del matrimonio omosessuale contratto all'estero.

Il secondo commento, sulla tecnica, nasce dalla singolarità del concetto di atto giuridico esistente e valido, ma inidoneo agli effetti¹⁹ Per il giurista che da centinaia di anni si è sentito insegnare che un atto giuridico quando integra la fattispecie legale («esistente») e riunisce i requisiti legali («valido») produce gli effetti giuridici, è come sentirsi improvvisamente dire che l'acqua non è umida o che il fuoco non brucia. Che dire? Non si finisce mai di imparare.

Qui il civilista si ricorda di come è nata (o rinata) la nozione dell'inesistenza giuridica del matrimonio²⁰. È stata (re)inventata dalle Corti francesi alla metà dell'800 proprio a proposito del problema del matrimonio fra le persone dello stesso sesso. Successe che una supposta signorina contrasse matrimonio con un signore e poi si scoprì che, sebbene allevata per oltre venti anni in abiti femminili, non era realmente una signorina, ma un giovanotto affetto da una malformazione²¹. Ma il matrimonio era stato dichiarato, l'ordinamento francese del tempo era rigidamente attestato sul principio «*pas de nullité sans texte*», e il legislatore non diceva che il comune sesso fosse causa di nullità. Quel tribunale francese si trovò in un mare di guai, perché non sapeva come cavarsela. L'*éscamotage* fu aggiungere alla *nullité* degli atti giuridici l'*inexistence*.

La Cassazione deve essersene ricordata. Supera la tesi dell'inesistenza²². E come il tribunale francese inventò una categoria giuridica perché aveva un dispositivo precostituito, ma non sapeva come motivarlo in base agli argomenti correnti, così essa ha inventato l'atto esistente e valido ma inidoneo agli effetti. Costruire le categorie sugli scopi non è forse un buon metodo di concettualizzare il diritto. È però un metodo molto comune.

L'effetto finale è che l'unione omosessuale, quantunque efficace ai fini di un trattamento (in una misura che sarà da determinare) equivalente, è inefficace per la trascrizione in Italia come matrimonio.

Conclusioni

Se dovessi riassumere in una frase l'esito dell'analisi direi che la Corte più che il giudice ha fatto l'avvocato.

Ha cioè sostanzialmente detto – con un atteggiamento abbastanza beffardo – a tutti coloro che lungamente si erano impegnati in questa vicenda per trovare una soluzione al difficile problema del riconoscimento delle coppie gay: non siete stati bravi a trovare l'argomento vincente, e allora ve lo suggerisco io. Ve ne do uno che scavalca sia le strettoie legislative che quelle della giurisdizione costituzionale. È l'argomento che sul riconoscimento senza garanzia attinge per un non matrimonio un trattamento a quello omogeneo.

Io non so se l'argomento della Cassazione – per quanto certamente abile (ovviamente: dal punto di vista di chi vorrebbe vedere in qualche misura riconosciuti i diritti di queste coppie) – sia veramente un argomento vincente. Dipenderà da come i giudici comuni – e la Corte costituzionale se del caso – intenderanno il trattamento omogeneo di specifiche situazioni.

Forse è un argomento astuto. Ma forse l'astuzia si infrangerà sul fatto che la Cassazione resta a metà del guado. Trascina (per così dire) fuori dall'inferno – parlando naturalmente sempre nella prospettiva di coloro che sono favorevoli al riconoscimento – le coppie che vi hanno finora vissuto; ma non mi sembra che le porti in paradiso. Le lascia in una specie di limbo, a metà tra due mondi, in cui resta vago quale sarà il trattamento che ad esse sarà riservato, e quanto davvero omogeneo a quello cui aspirano.

E così, in una sentenza certo dotta e argomentata, ma alla fine dubbia nelle sue ricadute, mi pare di constatare solo una cosa con certezza.

Che cioè non soltanto la via dell'inferno, ma anche la via del limbo è lastricata di buone intenzioni.

¹ La sentenza in commento è Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, in «Il diritto di famiglia e delle persone», I, 2012, p. 696 segg.

Su essa M. GATTUSO, «Matrimonio», *“famiglia” e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la “doppia svolta” della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in «Famiglia e diritto», 2012, p. 1 segg.

² Oggi questa tesi mutuata dall’idea dell’oggettiva realtà dei valori non è propria neppure di chi invoca un ritorno all’oggettivismo: cfr. M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Laterza, Roma-Bari 2012, p. 65.

³ Senza scomodare gli scienziati, varrà ricordare uno scrittore: A. GIDE, *Corydon*, Dall’Oglio, Milano 1967.

⁴ Tentativi seri di risolvere secondo criteri razionali (e non ideologici) il problema del trattamento politico e giuridico dell’omosessualità in realtà non sono mancati (a partire quantomeno da J. BENTHAM, *Offences Against One’s Self: Paederasty*, ora in trad. it., Id., *Libertà di gusto e d’opinione. Un altro liberalismo per la vita quotidiana*, Dedalo, Bari 2007, p. 69 segg.; ma il tema scatena a tal punto l’emotività ed il radicalismo dei *discussants* da non poter essere mai trattato razionalmente in sede politico-legislativa.

Una analisi del «disgusto» (che notoriamente è alla base delle posizioni avverse al riconoscimento giuridico dell’omosessualità) in D. CARUSI, *L’ordine naturale delle cose*, Giappichelli, Torino 2011.

Una compiuta esposizione delle ragioni di gay e lesbiche per un riconoscimento giuridico in M.M. WINKLER, G. STRAZIO, *L’abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Il Saggiatore, Milano 2011.

⁵ *A Companion to Ethics*, edited by P. Singer, Malden-Oxford-Carlton, 2006, pp. 456-457.

⁶ U. SCARPELLI, *Gli orizzonti della giustificazione*, in *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, a cura di L. Gianformaggio, E. Lecaldano, Laterza, Bari 1986, p. 41.

⁷ Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in «Foro italiano», I, 2010, p. 1361, nota R. ROMBOLI, F. DAL CANTO; e in «Foro italiano», I, 2010, p. 1701 (m), nota M. COSTANTINO; e in «Famiglia e diritto», 2010, p. 653, nota di GATTUSO; e in «Previdenza Forense», 2010, p. 126, nota P. ROSA; e in «Iustitia», 2010, p. 311 (m), nota di M. COSTANZA; e in «Responsabilità civile», 2010, p. 1491, nota di MORLOTTI; e in «Famiglia e minori», fasc. 5, 2010, p. 42, nota SALERNO; e in «Giurisprudenza costituzionale», 2010, p. 1604, nota di ROMBOLI; e in «Giurisprudenza italiana», 2011, p. 537 (m), nota P. BIANCHI; e in «Famiglia, persone e successioni», 2011, p. 179, nota F.R. FANTETTI; e in «Giurisprudenza costituzionale», 2010, p. 2715, nota B. PEZZINI; e in «Il diritto di famiglia e delle persone», 2011, 3 (m), nota di V. TONDI DELLA MURA; e in «Famiglia e diritto», 2010, p. 653, con nota di GATTUSO: «È infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 bis e 156 bis c.c., nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, in riferimento agli art. 3 e 29 Cost. È inammissibile, perché diretta ad ottenere una pronuncia additiva non costituzionalmente obbligata ed implica comunque scelte rimesse alla discrezionalità del legislatore, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 bis e 156 bis c.c., nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, in relazione agli art. 12 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e 9 della carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, in riferimento agli art. 2 e 117, 1° comma, Cost.».

Su essa vedi anche *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza n. 138 del 2010: quali*

prospettive, a cura di B. Pezzini, A. Lorenzetti, Jovene, Napoli 2011.

⁸ Contro questo modo di argomentare L. FERRAJOLI, *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia*, I. *Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2007, afferma invece che il riconoscimento costituzionale obbliga il legislatore ordinario a legiferare in coerenza al principio fondamentale.

⁹ Questo principio per cui la Costituzione è integrata dalle norme CEDU come norme interposte è ormai fermo a partire da Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, in «Foro italiano», I, 2008, p. 39, nota di ROMBOLI, TRAVI, CAPPUCCIO, GHERA; e in «Corriere giuridico», 2008, p. 193, nota di LUCIANI, CONTI; e in «Giurisprudenza italiana», 2008, p. 309 (m), nota di REPETTO; e in «Giurisprudenza italiana», 2008, p. 565, nota di CONFORTI, CALVANO; e in «I diritti dell'uomo», 2007, p. 120, nota di DONATI, GULLOTTA, SACCUCCI, VI; e in «Giornale di diritto amministrativo», 2008, p. 25 (m), nota di RANDAZZO, MAZZARELLI, PACINI; e in «Rivista di diritto internazionale», 2008, p. 229, nota di GAJA, CANNIZZARO, PADELLETTI, SACCUCCI; e in «Responsabilità civile e previdenza», 2008, p. 58, nota di MIRATE; e in «Giustizia civile», I, 2008, p. 49 (m), nota di DUNI, STELLA RICHTER; e in «Giurisprudenza costituzionale», 2007, p. 3535, nota di CARTABIA, GUZZAROTTI, SCIARABBA; e in «Rassegna di diritto civile», 2009, p. 1121, nota di FALCONE: «L'art. 117, 1° comma, Cost. condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello stato e delle regioni al rispetto degli obblighi internazionali, fra i quali rientrano quelli derivanti dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo, le cui norme pertanto, così come interpretate dalla corte europea dei diritti dell'uomo, costituiscono fonte integratrice del parametro di costituzionalità introdotto dall'art. 117, 1° comma, Cost., e la loro violazione da parte di una legge statale o regionale comporta che tale legge deve essere dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale, sempre che la norma della convenzione non risulti a sua volta in contrasto con una norma costituzionale»; da ultimo Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113, in «Giurisprudenza costituzionale», 2, 2011, p. 1523.

¹⁰ Inoltre, e logicamente più a monte, se – prendendo alla lettera il senso giusnaturalista della prima premessa, partissimo dal presupposto giusnaturalista enfaticamente affermato da entrambe le corti, noi dovremmo trascendere il valore della Carta costituzionale. La Carta costituzionale in prospettiva giusnaturalista non potrebbe togliere alla persona umana quello che sul piano giuridico (positivo? naturale?) è un suo essenziale attributo «non in quanto partecipe di una determinata comunità politica ma in quanto essere umano».

¹¹ Corte EDU, 24 giugno 2010, *Shalk e Kopf c. Austria*, in «Nuova giurisprudenza civile commentata», I, 2010, p. 1337, con nota di WINKLER.

¹² Per un quadro del trattamento dell'orientamento sessuale nelle fonti europee e internazionali vedi da ultimo C. VITUCCI, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, in c.s.

¹³ Per la verità è mutato soprattutto l'atteggiamento della Cassazione, che già nella sentenza Cass. 17 marzo 2009, n. 6441, in «Famiglia e diritto», 2009, p. 454, con nota di ACIERNO, aveva rilevato che la Carta europea dei diritti fondamentali non richiede più come requisito necessario per invocare la garanzia del diritto fondamentale al matrimonio da essa previsto, la diversità di sesso.

¹⁴ Un quadro della normativa italiana e straniera in materia, e dei progetti di legge, in M. SESTA, *Diritto di famiglia*, CEDAM, Padova 2005, p. 417 segg.

¹⁵ L'orientamento della Corte europea è stato generalmente condiviso. Per una critica radicale A. DONATI, *Omosessualità e procedimento di adozione in una recente sentenza della Corte di Strasburgo*, in «Il diritto di famiglia e delle persone», 2008, p. 1090 segg.

Questa statuizione della Cassazione dovrebbe tacitare definitivamente quella dottrina (ad

es. G. MANERA, *Se un'elevata conflittualità tra i genitori (uno dei quali tacciato di omosessualità) escluda l'applicazione in concreto dell'affidamento condiviso*, in «Il diritto di famiglia e delle persone», 2007, p. 1692) che affermava la contrarietà all'art. 29 Cost. di ogni forma di introduzione nell'ordinamento di matrimonio omosessuale.

¹⁶ Non si tratterebbe di una novità assoluta. Ad esempio, il Trib. Milano, 15 dicembre 2009, in «Rivista critica di diritto e del lavoro privato e pubblico», 2010, p. 152, nota di SCORCELLI, HUGÉ; e in «Responsabilità civile e previdenza», 2010, p. 866, nota di FALLETTI; e in «Foro padano», I, 2011, p. 97, nota di GALBIATI; ha statuito: «Ove lo statuto di una cassa mutua di assistenza sanitaria integrativa annoveri tra i soggetti aventi diritto alle prestazioni il convivente *more uxorio* risultante dallo stato di famiglia, deve ritenersi discriminatorio e quindi illegittimo il diniego di iscrizione alla cassa del convivente omosessuale del lavoratore, risultante dallo stato di famiglia, motivato sulla base dell'uguaglianza sessuale del convivente rispetto al richiedente. L'interpretazione della locuzione *more uxorio* deve essere condotta secondo i principi dettati dall'art. 1369 c.c. e alla luce dei principi generali dell'ordinamento nazionale e comunitario che impongono di attribuire alla stessa un significato non discriminatorio, con la conseguenza che tale locuzione deve ritenersi compatibile anche con la convivenza omosessuale».

¹⁷ Questione analoga e parallela quella del rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di rifiutare a due persone dello stesso sesso le pubblicazioni: altra via per cui le unioni omosessuali sono giunte all'esame della giurisprudenza. In tema una ricapitolazione in A. RENDA, *Commento all'art. 98 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, dir. da E. Gabrielli, *Della famiglia*, I, a cura di L. Balestra, UTET, Torino 2010, p. 126 segg.

¹⁸ È questa dell'invalidità per contrarietà all'ordine pubblico come noto la tesi classica, affermata da ultimo da Trib. Latina, 10 giugno 2005, in «Il diritto di famiglia e delle persone», 2005, p. 1259, con nota di P. CAVANA, *Sulla intrascrivibilità dell'atto di matrimonio validamente contratto all'estero tra persone dello stesso sesso*. Seguita da C. app. Roma, 13 luglio 2006, in «Famiglia e diritto», 2007, p. 166, con nota di SESTA.

La tesi dell'inesistenza si trova invece da ultimo quanto meno implicita in C. app. Bologna, 18 maggio 2011, in «Nuova giurisprudenza civile», 2012, I, p. 254, nota di SCHUSTER: «L'art. 4 l. 14 aprile 1982 n. 164 prevede l'automatico effetto dello scioglimento del vincolo matrimoniale della sentenza che dispone la rettificazione dell'attribuzione di sesso».

¹⁹ Una peculiare analisi tecnica di tale inidoneità a produrre effetti è in GATTUSO, «Matrimonio», «famiglia» e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la «doppia svolta» della Corte europea dei diritti dell'uomo, cit, p. 9 seg.

²⁰ Una ricapitolazione in R. TOMMASINI, *Commento all'art. 117 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, I, a cura di L. Balestra, cit., p. 243 segg. (e *ivi* bibliografia).

²¹ Il resoconto in H. BARBIN, *Una strana confessione. Memorie di un ermafrodito (presentate da Michel Foucault)*, Einaudi, Torino 1979.

²² Nella sua giurisprudenza d'altronde solo implicita: Cass., 26 maggio 1976, n. 1808, in «Repertorio della giurisprudenza italiana», 1976, p. 51; Cass., 22 febbraio 1990, n. 1304, in «Rivista di diritto internazionale privato e processuale», 1991, p. 726: «Se il giudice italiano è chiamato a verificare la validità di un matrimonio contratto all'estero e – ove sia affetto da vizi formali – a stabilire se si sia verificata una delle ipotesi di sanatoria previste dagli artt. 113, 131, 132 ed anche 137 c.c., egli deve anzitutto accertare che esso non sia inesistente per mancanza dei requisiti minimi essenziali»; Cass., 9 giugno 2000, n. 7877, in «Famiglia e diritto», 2000, p. 509: «Il matrimonio tra una cittadina

italiana ed un cittadino israeliano celebrato in Italia secondo il rito religioso ebraico deve ritenersi nullo per contrasto con la disposizione dell'art. 26 disp. prel. al Codice Civile (applicabile, nella specie, *ratione temporis*), ma non inesistente, riscontrandosi, nella specie, la sussistenza dei requisiti minimi per la giuridica configurabilità del matrimonio medesimo, e cioè la manifestazione di una volontà matrimoniale da parte di due persone di sesso diverso espressa in presenza di un ufficiale celebrante (tale dovendosi ritenere, nella specie, il rabbino officiante la funzione), verificandosi, per converso, una situazione di inesistenza nella sola ipotesi in cui risulti in radice esclusa ogni possibilità di assegnare effetti ad un fatto non riconducibile nello schema del rapporto matrimoniale per totale assenza di quella realtà fenomenica che costituisce la base naturalistica della fattispecie».

Matteo M. Winkler

*Le coppie dello stesso sesso tra vita privata e familiare
nella giurisprudenza di Strasburgo*

*Per uscire dalla regressione
nella quale siamo precipitati,
nulla sarebbe più forte del riconoscimento pieno
dei diritti degli omosessuali.*

STEFANO RODOTÀ

Introduzione

In una recente sentenza la Suprema Corte di Cassazione ha affermato che le coppie formate da persone dello stesso sesso sono titolari di un «diritto alla vita familiare» e possono quindi ottenere dal giudice tutela delle diverse declinazioni che tale diritto proietta nella loro vita quotidiana¹.

Questa affermazione non è piaciuta ad alcuni politici italiani, che hanno invitato il Capo dello Stato a promuovere un procedimento disciplinare contro il giudice estensore². Anche qualche autore ha reagito ingenerosamente nei confronti della stessa pronuncia, qualificando la statuizione testé riportata come inappropriata o inutile³.

Queste reazioni tradiscono – a tacer d'altro – «una limitata sintonia con i rapidi sviluppi del dibattito, italiano ed europeo, in materia di famiglia ed orientamento affettivo»⁴ e rendono urgente un'analisi del tema che sia scevra da visioni ideologicamente orientate della famiglia e della coppia.

In tal senso deve precisarsi che la Cassazione si è semplicemente limitata a «ratificare» quanto statuito dalla Corte europea dei diritti umani nella sentenza resa il 24 giugno 2010 nel caso *Schalk e Kopf c. Austria*⁵. In tale decisione, la Corte di Strasburgo ha stabilito che le coppie omosessuali sono protette dal diritto al rispetto della «vita familiare» ai sensi dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950 (CEDU)⁶.

Per capire la pronuncia della Cassazione occorre quindi ripercorrere le tappe della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di «diritto al rispetto della vita privata e familiare»⁷. Nello specifico, dopo aver esaminato l'art. 8 nel suo complesso (§ 2), vedremo con quali declinazioni i concetti di «vita privata» (§ 3) e «vita familiare» (§ 4) sono stati definiti dalla giurisprudenza della

CEDU, come si è svolto il passaggio dal primo al secondo e, infine, quali implicazioni comporta l'inserimento delle coppie gay e lesbiche all'interno delle dinamiche proprie del diritto al rispetto della vita familiare (§ 6).

Il «diritto al rispetto della vita privata e familiare»

L'art. 8 CEDU riconosce a ciascun individuo il «diritto al rispetto della «vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza»⁸. Per quanto ontologicamente diversi, tali concetti sono stati collettivamente inseriti in un'unica norma su imitazione dell'art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 10 dicembre 1948⁹. L'elemento che li accomuna risiede nel «confine» che essi tracciano – tutti insieme, evidentemente, e tuttavia ciascuno con un proprio autonomo ambito – rispetto all'intervento dello Stato. A meno che ricorrano gravi ragioni, infatti, lo Stato non può interferire negli ambiti indicati, che appartengono quindi alla sfera intangibile e riservata dell'individuo¹⁰.

Si badi che non si tratta solamente di un obbligo 'negativo' di protezione, cioè di non ingerenza. Lo Stato è infatti tenuto anche a un obbligo 'positivo', consistente nel dovere di apprestare «*un arsenal juridique adéquat et suffisant*» a garanzia di tale diritto¹¹.

Ciò significa da un lato che lo Stato 'può' in qualche modo regolare fattispecie appartenenti alla vita privata o familiare, senza tuttavia superare la «soglia» oltre la quale tale intervento assume la forma di un'interferenza illegittima; dall'altro lato, lo Stato 'deve' assumere l'iniziativa a garanzia del rispetto di tale soglia, altrimenti incorre in una violazione della Convenzione. In tal senso, l'implementazione dell'art. 8 non può che passare attraverso la lente del caso concreto, sicché la determinazione dei confini della sfera individuale non avviene una volta per tutte, bensì di volta in volta in relazione al singolo istituto oggetto della controversia¹².

Sebbene la Corte di Strasburgo si serva talvolta del concetto – «*nébuleuse*», come l'ha definito qualcuno¹³ – di «vita privata e familiare», e per quanto in dottrina si legga talvolta che non sussisterebbe una differenza tra le due fattispecie se non sul piano «semantico e simbolico»¹⁴, le definizioni di «vita privata» e di «vita familiare» mantengono nondimeno almeno alcuni tratti distintivi¹⁵.

Si evidenziano anzitutto 'due diverse dimensioni individuali'. Al centro della «vita privata» vi è l'individuo considerato nella sua «singolarità», nel suo essere «io», «tu», «sé»¹⁶; diversamente, nella vita familiare è centrale la «relazione privilegiata» che si registra tra una pluralità di persone in un ambito sociale nel quale il «sé» appare decisamente superato dal «noi»¹⁷. La vita familiare, in

sostanza, si concretizza nella specifica qualificazione del vincolo, che invece manca quando si parla di vita privata.

Cambia in secondo luogo il 'ruolo del giudice'. Sotto questo particolare aspetto, il concetto di vita privata si presta a un'attività 'empatica' del giudice, il quale si rivela disponibile ad atteggiamenti pedagogici nei confronti delle persone da proteggere dalle indebite interferenze dello Stato¹⁸; diversamente, il concetto di vita familiare è il risultato di un'attività meramente 'ricognitiva' o di semplice presa d'atto, limitata a verificare se il diritto rivendicato in giudizio appartenga o meno, agli occhi della società, a una relazione qualificata. Il che spiega il diverso ruolo giocato dal 'consenso sociale' presente nell'insieme degli Stati membri del Consiglio d'Europa, che come vedremo si atteggia ad argomentazione meramente aggiuntiva nella prima ipotesi e quale elemento decisivo per la *ratio decidendi* nella seconda.

È in base a questa dicotomia (contenuto e ruolo del giudice) che si può esaminare la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di coppie dello stesso sesso.

Coppie dello stesso sesso e «vita privata»: «sexual and emotional relationship»

Per le coppie dello stesso sesso il diritto alla vita privata si traduce nel riconoscimento delle due dimensioni sessuale ed emozionale. La prima dimensione è quella più intima e privata di tutte, che l'art. 8 CEDU tutela a partire dal celebre caso *Dudgeon c. Regno Unito*¹⁹. La seconda dimensione protegge la capacità dell'individuo di instaurare e coltivare relazioni con altri esseri umani in modo libero da indebite interferenze da parte dello Stato.

Queste due dimensioni si compenetrano a vicenda. Il piano sessuale, infatti, costituisce solo una parte dell'aspetto relazionale, che invece rappresenta il cuore del concetto di vita privata. Quest'ultimo aspetto, peraltro, esprime la dicotomia presente nella nota espressione «orientamento sessuale», mettendo in luce come ad assumere una posizione cruciale non sia tanto l'aggettivo, quanto il sostantivo «orientamento», che denota la capacità espansiva della caratteristica personale data dall'omosessualità.

Da un lato, quindi, lo Stato non può negare, distruggere o caricare di negatività la caratteristica in parola. Non può, insomma, interferire nel libero svolgimento delle emozioni individuali in modo da dirigerle verso soluzioni o paradigmi ritenuti più convenienti o socialmente utili. In tale ottica, ad esempio, l'art. 8 CEDU si oppone a tutte le prescrizioni – giuridiche ma anche sociali – volte ad assicurare l'immediata realizzazione del «paradigma eterosessuale», come invece avviene ad esempio nella celebre dottrina denominata

«*Don't Ask Don't Tell*», che impone la «disidentificazione» (*passing*) delle persone omosessuali concedendo, in contropartita, l'assenza di discriminazioni²⁰. Il *passing* obbliga l'individuo al silenzio sul proprio orientamento sessuale, silenzio che si vuole far passare per volontario ma che al contrario è puramente 'prescrittivo'²¹. Il punto non è, quindi, 'se' le persone omosessuali possano tenere celato il loro orientamento sessuale, quanto perché esse dovrebbero farlo, e in particolare se una tale limitazione possa dirsi giustificata, proprio come richiede l'art. 8, da esigenze imperative, cosa che certamente non è²².

Dall'altro lato, la giurisprudenza di Strasburgo obbliga il singolo interprete, ogniquale volta rilevi una simile interferenza relativa alla sfera personale dell'individuo, a domandarsi se, tra le motivazioni addotte, non sia proprio lo specifico orientamento sessuale considerato a costituire la base dell'atteggiamento dell'ordinamento rispetto alla fattispecie presa in esame²³.

Tutto questo vale ad escludere che all'aggettivo «privata» possa attribuirsi un significato puramente domestico o legato ai concetti di *privacy* o di riservatezza conosciuti dagli ordinamenti di *common law*, che hanno invece un contenuto più ristretto. Infatti, il concetto di vita privata non comprende solo l'«*inner circle*» all'interno del quale l'individuo svolge la propria personalità, ma anche «*the right to establish and develop relationships with other human beings*»²⁴, includendo così anche manifestazioni «pubbliche» dell'orientamento sessuale come il *Gay Pride*, ovvero semplici espressioni di omoaffettività quali ballare insieme, baciarsi o tenersi per mano, in luoghi che esulano l'ambito propriamente domestico, quali ambienti di lavoro, discoteche, chat virtuali e così via.

Ad accorta dottrina non sono sfuggite le difficoltà che una lettura tanto estensiva dell'art. 8 CEDU, per quanto corretta sul piano della tutela dei diritti, è destinata a generare in capo ai giudici di Strasburgo²⁵. Non a caso questi ultimi si son sentiti in dovere di precisare che il «*right to relate*» discende da quella norma solo «*to a certain degree*», formula arcana che però possiamo con un buon grado di sicurezza riferire a quei casi nei quali è richiesto alla Corte di effettuare un bilanciamento con interessi di altro tipo, esattamente come avviene quando nel ricorso si domanda il riconoscimento di un diritto per sua natura familiare.

La dinamica delle decisioni della Corte rivela peraltro un marcato ruolo pedagogico o empatico nella parte in cui devono mettersi in evidenza le dimensioni sessuali o relazionali, ruolo che cessa completamente quando i giudici di Strasburgo si ritrovano a occuparsi di «famiglia». Tipica espressione di una funzione empatica si ha nelle sentenze della «Generazione *Dudgeon*», ove il collegio indossa le vesti dei ricorrenti, analizzandone le sofferenze personali e allargando la visuale fino a considerare le «*collateral consequences*» di

leggi repressive dell'omosessualità sul piano sociale ed individuale, ad esempio sul luogo di lavoro²⁶ e nei rapporti di locazione²⁷. Ove le sentenze parlino di «*anxiety and guilt feelings of homosexuals leading, on occasions, to depression and the serious consequences*»²⁸, solitamente la decisione si conclude con una vittoria dei ricorrenti.

Coppie dello stesso sesso e «vita familiare»: «a committed stable relationship»

Quando viene in gioco la specifica qualificazione di una determinata situazione quale «famiglia», il ruolo della Corte si modifica radicalmente. I giudici cessano infatti di mostrarsi comprensivi con la condizione personale dei ricorrenti ed assumono, invece, la posizione di organo di mera ricognizione del consenso esistente tra gli Stati membri. Se la decisione sia favorevole o meno ai ricorrenti dipende, in ultima analisi, dal risultato di tale operazione.

Può notarsi a questo riguardo che per lungo tempo la Corte di Strasburgo ha escluso che le coppie dello stesso sesso potessero qualificarsi come espressione di «vita familiare» sulla base di un'interpretazione dei legami familiari alla luce della loro considerazione nell'ordinamento interno dello Stato convenuto in giudizio.

Così, nel caso *X & Y c. Regno Unito* del 1983, la Corte poté negare il diritto di un ricorrente omosessuale alla conservazione della relazione col suo compagno nei confronti di un provvedimento di espulsione sulla base dell'assenza di un legame qualificato²⁹. Analogamente, nel successivo caso *Mata Estevez* del 2001 in tema di prestazione della pensione di reversibilità a favore del convivente dello stesso sesso, la Corte di Strasburgo poté affermare senza mezzi termini che, mentre la «*relation affective et sexuelle*» tra due persone dello stesso sesso poteva dirsi espressione della loro vita privata, la loro «*liaison*» non poteva essere protetta dall'art. 8 CEDU perché non era qualificabile come «famiglia». In particolare, l'assenza di qualificazione viene giustificata dalla Corte in virtù della difesa della famiglia fondata sul matrimonio³⁰.

Se si confrontano i casi testé ricordati con la pronuncia più recente di *Schalk e Kopf*, si noterà che il concetto di «*liaison*» corrisponde alla definizione di «*stable committed relationship*», venendo a denotare l'elemento peculiare della convivenza, cioè l'*affectio* – o, se si vuole, la «presa a carico», la responsabilità – le quali a loro volta si concretano in aspetti tipici quali la fedeltà, la stabilità, la coabitazione e l'assistenza reciproca.

Una volta sostenute in giudizio tali caratteristiche, la questione da risolvere si riduce tutta nella seguente domanda: l'*affectio* che caratterizza un'unione tra persone dello stesso sesso è qualificabile oppure no come «*commitment*»?

Per due decenni, la Corte di Strasburgo ha risposto negativamente, finché si è accorta che una siffatta risposta è divenuta ad un certo punto del tutto «*artificial*», aggettivo che può essere inteso in due modi: da una parte, esso può leggersi come l'affermazione della piena parità, in 'dignità sociale' prima ancora che giuridica, dei legami tra persone dello stesso sesso rispetto a quelli tra persone di sesso diverso, e dunque tra orientamento omosessuale ed eterosessuale; dall'altra parte, in esso può vedersi il compimento di un percorso giurisprudenziale, passato attraverso tre casi.

Il primo è il noto caso *Karner*, deciso nel 2003, riguardante il ricorso di un convivente omosessuale, privato del suo diritto a succedere al compagno defunto nel contratto di locazione dell'immobile adibito a dimora parteneriale. Anche qui, come nel precedente caso del 2001, era controversa la possibilità di riconoscere al partner *same-sex* un diritto che la legge – nel caso quella austriaca – conferiva invece espressamente al convivente eterosessuale. Secondo i giudici, la giustificazione addotta dal governo austriaco, cioè la tutela della famiglia «tradizionale», appariva del tutto insufficiente a supportare la discriminazione, in relazione al diritto del ricorrente «al rispetto della vita privata e familiare»³¹. Così facendo, la Corte ha aperto una breccia nella fortezza della «vita familiare» sancita con la giurisprudenza precedente, in quanto l'esistenza di una discriminazione tra coppie conviventi di sesso opposto e coppie conviventi dello stesso sesso è, sul piano logico, incompatibile con la contestuale qualificazione delle prime come «famiglie» e l'esclusione delle seconde da tale nozione³².

Nel 2006, in un secondo caso, la Corte si è trovata ad esaminare il ricorso di due sorelle conviventi, una delle quali reclamava il godimento di benefici fiscali che la legge del Regno Unito riservava ai coniugi e, dopo il *Domestic Partnership Act* del 2005, alle coppie *same-sex* registrate. La Corte, nel rigettare il ricorso, ha giustamente notato che lo Stato può legittimamente perseguire «*policies designed to promote marriage*», anche quando rende «*available the fiscal advantage attendant on marriage to committed homosexual couples*»³³. Qui la Corte prende atto della libertà dello Stato di estendere alle coppie omosessuali i benefici previsti dal diritto interno alle coppie eterosessuali sposate.

Una terza decisione favorevole si registra nel 2010, con la decisione resa nel caso *Kozak*, promosso contro la Polonia. Qui la Corte ha osservato che l'asserita promozione della «famiglia tradizionale» non può rappresentare una ragione sufficiente per escludere le coppie *same-sex* dalla disciplina della successione nel contratto di locazione, in quanto lo Stato contraente «*must necessarily take into account developments in society and changes in the perception of social, civil-status and relational issues, including the fact that there is not just one way or one choice in the sphere of leading and living one's family or private life*»³⁴.

Da qui, l'artificialità di ogni distinzione tra coppie fondata unicamente sulla diversità di genere delle persone che le compongono, come peraltro ha avuto modo di affermare, senza esitazione, l'Alto Commissario dell'ONU per i diritti umani, nel senso che «*unmarried same-sex couples are treated in the same way and entitled to the same benefits as unmarried opposite-sex couples*»³⁵.

(Segue): attività ricognitiva del giudice e ruolo del consenso

Sembra a questo punto opportuno offrire qualche spunto in merito all'operazione ricognitiva posta in essere dalla Corte di Strasburgo in relazione al tema che qui ci occupa.

Il primo punto da sottolineare è che una siffatta operazione è dettata proprio dal diritto internazionale, ove al termine «famiglia» deve assegnarsi «*a broad interpretation to include all those comprising the family as understood in the society of the State party concerned*»³⁶. In tal senso, la famiglia non può essere definita una volta per tutte, ma dipende dalla definizione che ne dà 'la società civile' in un dato momento storico.

Da un lato, lo scopo di tale definizione è intuitivo: in assenza di un criterio oggettivo, le norme in materia sarebbero in definitiva inapplicabili, potendo lo Stato contraente sottrarsi in qualsiasi momento alle obbligazioni assunte, semplicemente modellando la nozione di famiglia a proprio uso e consumo, a tutto svantaggio della certezza del diritto.

Dall'altro lato, però, non si può trascurare che, come stabilisce l'art. 16, par. 3, della Dichiarazione universale dei diritti umani, che «*[t]he family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State*». La famiglia, pertanto, occupa una posizione cruciale nella comunità umana, che nel Preambolo – non a caso – viene qualificata come «*human family*». Si richiede quindi all'interprete, che è chiamato a svolgere il ruolo di sociologo, il massimo rigore nello svolgimento della propria indagine³⁷.

Assumendo un atteggiamento aperto al pluralismo, la Corte di Strasburgo ha notato che nell'ultimo decennio sempre più Stati hanno riconosciuto, attraverso normative nazionali *ad hoc*, il diritto delle coppie dello stesso sesso di vedere sanzionata giuridicamente la loro unione, tendenza fatta propria anche dall'Unione europea attraverso la regolamentazione del ricongiungimento familiare³⁸.

Quanto al consenso accertato a livello di normative nazionali, la Corte sembra dare per scontato, peraltro correttamente, che queste ultime abbiano natura «familiare», non semplicemente contrattuale. La conclusione non è per nulla ovvia: essa conduce, precisamente, alla constatazione che il livello di protezione assicurato nei Paesi europei alle coppie gay e lesbiche è questione

non risolvibile attraverso lo strumento contrattuale, bensì riconducibile all'impianto del diritto di famiglia.

Quanto poi alla disciplina dell'Unione europea, la Corte estende il concetto di famiglia fatto proprio da un'organizzazione internazionale composta da 27 Stati membri a un'altra organizzazione internazionale, il Consiglio d'Europa, che ne incorpora altri 20. Tale passaggio, speculare rispetto alla lettura dell'art. 12 CEDU attraverso la lente dell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, rivela un'interessante «dialogo tra Carte» o, meglio, tra «sistemi», che passa attraverso la ricognizione dello stato della materia tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa³⁹.

Com'è noto, la formula utilizzata dalla giurisprudenza consiste nella relazione inversa tra consenso e margine di apprezzamento. Ove sia riscontrabile un grado di consenso pari alla maggioranza degli Stati membri del Consiglio d'Europa, il relativo diritto diviene parte integrante dell'operazione ermeneutica della Corte ed entra pertanto nel linguaggio della Convenzione. Viceversa, ove la ricognizione effettuata dai giudici porti alla constatazione di una diversità sostanziale di vedute tra gli Stati, allora la materia rientrerà nel loro margine di apprezzamento e la Corte dichiarerà che non vi è stata violazione della Convenzione⁴⁰.

La formula è tutt'altro che nuova ed anzi è stata oggetto, in tempi recenti, di grande interesse da parte della dottrina⁴¹. Peraltro, il punto che ci interessa evidenziare nella presente sede non è se sia legittimo per la Corte preoccuparsi della propria credibilità sul piano politico sovranazionale anziché del proprio ruolo quale «giudice dei diritti», quasi si trattasse di un organo democraticamente eletto o soggetto a una qualche forma di «*accountability*» da parte di soggetti esterni, quanto piuttosto se il riconoscimento delle coppie gay e lesbiche come famiglia abbia qualche conseguenza sul piano concreto. Di quest'ultimo aspetto ci occuperemo subito di seguito.

Implicazioni

L'affermazione per cui le coppie gay e lesbiche possono considerarsi espressione di «vita familiare» avrebbe dovuto condurre la Corte nel caso *Schalk* all'accertamento della violazione del principio di non discriminazione per orientamento sessuale. Invece, i giudici hanno ritenuto che non sussistesse violazione, in virtù del fatto che lo Stato convenuto (l'Austria) aveva introdotto una disciplina delle unioni civili che in qualche modo suppliva al vuoto legislativo esistente. Così, i giudici hanno evitato di rispondere alla domanda cruciale, posta dai ricorrenti, se la Convenzione imponga il riconoscimento

‘di una qualche tutela giuridica’ per le coppie dello stesso sesso, questione che la Corte ha abilmente lasciato aperta a futuri sviluppi⁴².

Nondimeno, il concetto è stato ribadito in tempi recenti in almeno due occasioni.

Anzitutto, nella sentenza resa in data 15 marzo 2012 nel caso *Gas et Dubois* la Corte, dopo aver qualificato come «vita familiare» la relazione verticale tra una coppia omogenitoriale e la prole, ha escluso però che l’assenza di «*step-parent adoption*» in seno a una coppia di donne lesbiche francesi *pacées* possa configurare una discriminazione per orientamento sessuale⁴³.

Inoltre, nella pronuncia relativa al caso *Van de Heijden*, decisa il 2 aprile 2012, la Corte ha riconosciuto nuovamente che la convivenza tra due persone dello stesso sesso è vita familiare ai sensi dell’art. 8 CEDU, escludendo nondimeno che lo Stato convenuto, nella specie l’Olanda, fosse tenuto a garantire a una donna lesbica la facoltà di astenersi dal testimoniare nel processo penale promosso contro la compagna. Qui infatti la Corte ha preferito salvaguardare il margine di apprezzamento degli Stati, garantendo al legislatore olandese la possibilità di decidere, all’interno delle molteplici relazioni familiari esistenti, a quali nello specifico – nel caso le coniugali e quelle registrate con *domestic partnership* – assicurare il beneficio dell’astensione⁴⁴.

Queste prime applicazioni della sentenza *Schalk* sembrano dare conto della valenza puramente ‘ricognitiva’ del concetto di vita familiare, nel senso sopra descritto. In altre parole, poiché non le spetta descrivere la realtà familiare ma solo prenderne atto, la Corte non può che farsi da parte in relazione a un fenomeno, quello familiare appunto, ancora troppo legato alle diverse realtà nazionali. Ciò è ampiamente dimostrato, a nostro modesto giudizio, dai costanti riferimenti, rinvenibili in entrambe le pronunce da ultimo menzionate, al fatto che «*le législateur national est mieux placé que le juge européen pour changer des institutions qui concernent la famille, les rapports entre les adultes et les enfants*»⁴⁵. In aggiunta, sembra che dalla qualificazione come «famiglia» non derivi affatto, almeno sul piano europeo, l’automatica estensione alle coppie dello stesso sesso dei benefici propri del rapporto matrimoniale.

La creazione di una sorta di «riserva di legge» in tal senso, di per sé difficilmente compatibile con un sistema di tutela giudiziaria dei diritti, può essere compresa solo guardando al ruolo assunto dalla Corte di Strasburgo quale giudice sovranazionale in un sistema variegato qual è quello europeo. Rispetto a tale scenario, va precisato che il pluralismo esistente non si atteggia a mero incidente di percorso o retaggio del passato, ma deve essere visto come un’attuale caratteristica dell’ordinamento internazionale, nel bene come pure nel male.

Vero è che la statuizione della Corte per cui gay e lesbiche sono in grado di formare una famiglia, acquisendone la piena dignità, ‘deve’ per forza di

cose produrre un qualche effetto che non sia limitato a un'affermazione di principio. Ed è precisamente qui che interviene la nostra Corte di Cassazione con un'affermazione che, considerata da molti eversiva e pericolosa, demanda agli organi nazionali – Parlamento e autorità giudiziaria – il dovere di trarne le giuste conseguenze.

Da una parte, viene definitivamente contraddetta l'opinione di chi ancora oggi vede la famiglia come un'associazione esclusiva marcata dal paradigma eterosessuale, magari accompagnata dal privilegio del coniugio⁴⁶. Si badi che tale convinzione è molto più diffusa di quanto si possa credere, e ciò è vero soprattutto nel nostro Paese, ove una simile idea è costantemente divulgata sul piano politico anche da persone che in realtà non vi credono più o non la mettono più in pratica.

Dall'altra parte, non trovano più diritto di cittadinanza sul piano giuridico «postille» come quelle rinvenibili nella sentenza del Tribunale di Milano del 12 settembre 2011 la quale, dopo aver attribuito al convivente il risarcimento del danno da perdita del compagno, si è premunito di specificare che tale attribuzione era avvenuta «senza dover equiparare in alcun modo la convivenza omosessuale alla famiglia»⁴⁷.

Il merito della Cassazione, dunque, è di aver compreso la reale portata dell'enunciato della Corte di Strasburgo, proiettandolo sul piano nazionale e traducendolo nella nota formula delle «ipotesi particolari», già usata dalla Corte costituzionale nella celebre pronuncia n. 138/2010, sicché «i componenti della coppia omosessuale [...] possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di 'specifiche situazioni', il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata». È su questa formula che si gioca oggi il futuro dei diritti di gay e lesbiche in Italia, ed è in questa formula che si producono gli effetti più evidenti dell'appartenenza delle coppie gay e lesbiche al novero delle famiglie.

Conclusioni

Ci sono norme che non si limitano a regolare direttamente comportamenti umani, ma svolgono una «funzione narrativa». L'art. 8 CEDU è una di queste. Al di là degli obblighi negativi e positivi che sancisce a carico degli Stati contraenti, esso racconta cosa accade quando il diritto incontra la vita, in particolare la vita quotidiana di una coppia di persone che, superando difficoltà e pregiudizi, si amano e condividono tutto.

Ciò che norme come questa fanno, all'interno di un mondo giuridico sempre più complesso e affetto da una quasi patologica moltiplicazione delle

fonti, è svelare il ruolo che può svolgere il diritto nella vita delle persone. Nel caso delle persone omosessuali, la storia insegna che il diritto è stato tutt'altro che clemente, anzi terribilmente ingiusto, finanche abominevole. Quando il giudice attribuisce alle famiglie composte da persone dello stesso sesso la dignità sociale che esse meritano, non compie solo un gesto doveroso sotto il profilo giuridico, ma comunica in un linguaggio socialmente comprensibile una realtà dalla quale è impossibile fuggire.

¹ Cass. civ., sez. I, 12 marzo 2012, n. 4184, in «Famiglia e diritto», 2012, p. 665 segg., con nota di M. GATTUSO, «Matrimonio», «famiglia» e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la «doppia svolta» della Corte europea dei diritti dell'uomo. Sulla pronuncia vedi S. PATTI, *I diritti delle persone omosessuali e il mancato riconoscimento del matrimonio contratto all'estero*, in «Famiglia, persone e successioni», 2012, p. 456 segg., per il quale (p. 458) la sentenza «segna [...] un momento di grande rilievo nell'evoluzione dell'ordinamento italiano in materia di unioni omosessuali»; vedi inoltre la nostra nota sintetica *I matrimoni same-sex stranieri di fronte alla Corte di Cassazione*, in «Int'l Lis», 2012, p. 7 seg., nonché le note di S.A. GALLUZZO e M. FINOCCHIARO in «Guida al diritto», n. 14, 2012, p. 14 segg.; di prossima pubblicazione è invece il commento articolato di M. WINKLER, F. CHIOVINI, *Dopo la Consulta e la Corte di Strasburgo, anche la Cassazione riconosce i diritti delle coppie omosessuali*, in «Giustizia civile», 2012. Per una concreta applicazione di tale affermazione da parte dei giudici di merito vedi Trib. Reggio Emilia, 13 febbraio 2012, in «Famiglia e diritto», 2012, p. 510 segg., in «Famiglia, persone e successioni», 2012, p. 310 segg. e in «Diritto immigrazione e cittadinanza», IV, 2011, p. 155 segg., con cui è stato riconosciuto il diritto del coniuge brasiliano di un cittadino italiano, con il quale risultava sposato in Spagna, di ottenere dalle autorità italiane il permesso di soggiorno per motivi familiari.

² Vedi la lettera inviata dagli on. Gasparri e Giovanardi al Presidente della Repubblica, che accusa il giudice estensore di aver «espresso opinioni del tutto personali su come il Parlamento dovrebbe operare in futuro». Il Capo dello Stato ha risposto con lettera datata 19 aprile 2012, rifiutando di entrare nel merito della pronuncia ma affermando al contempo «il diritto di chiunque a criticare le affermazioni contenute nella sentenza e, tra queste, anche quelle relative al diritto della coppia omosessuale alla 'vita familiare', a 'vivere liberamente una condizione di coppia', a ottenere conseguentemente tutela giurisdizionale di specifiche situazioni attinenti ai relativi diritti fondamentali. Affermazioni che, secondo alcuni, erano estranee all'oggetto del giudizio e secondo altri, invece, necessarie a spiegare le ragioni per le quali la questione sottoposta all'esame della Cassazione non veniva rimessa alla Corte costituzionale».

³ Vedi al riguardo il commento di FINOCCHIARO, cit., p. 37 seg.

⁴ Sono parole di GATTUSO, «Matrimonio», «famiglia» e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la «doppia svolta» della Corte europea dei diritti dell'uomo, cit., p. 680.

⁵ Corte eur. dir. uomo, 24 giugno 2010, ric. n. 30141/04, *Schalk e Kopf c. Austria*, in «Nuova giurisprudenza civile commentata», I, 2010, p. 1137 segg., con nostra nota *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo*, e sulla quale vedi pure

C. RAGNI, *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Schalk e Kopf*, in «Diritti umani e diritto internazionale», 2011, p. 639. commento della sentenza in italiano vedi A. SCHUSTER, *Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato ed europeo*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sent. 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di B. Pezzini, A. Lorenzetti, Jovene, Napoli 2011, p. 255 segg., spec. p. 284 segg.; G. REPETTO, «Non perdere il proprio mondo». *Argomenti dei giudici e matrimonio "same-sex", Corte di Strasburgo e Corte costituzionale*, in «Rivista critica del diritto privato», 2010, p. 525 segg.; R. CONTI, *Profili costituzionali del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali alla luce di una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in «Corriere giuridico», 2011, p. 573 segg.; in inglese, invece, D. SUTHERLAND, *A Step Closer to Same-Sex Marriage Throughout Europe*, in «Edinburgh Law Review», 15, 2011, p. 97 segg.; C. CERNA, *Introductory Note to European Court of Human Rights: Schalk & Kopf c. Austria*, in «Int'l Legal Materials», 49, 2010, p. 1302 segg.; L. HODSON, *A Marriage by Any Other Name – Schalk and Kopf c. Austria*, in «Human Rights Law Review», 11, 2010, p. 170 segg.; J.M. SCHERPE, *Same-Sex Couples Have Family Life*, in «Cambridge Law Journal», 69, 2010, p. 463 segg. sul tema in generale cfr. inoltre G. FERRANDO, *Diritti delle persone e comunità familiare nei recenti orientamenti della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in «Famiglia, persone e successioni», 2012, p. 281 segg., spec. p. 284 segg.; P. RESCIGNO, *Il matrimonio same-sex al vaglio di tre corti*, in «Corriere giuridico», 2012, p. 861 segg.; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *I matrimoni tra persone dello stesso sesso: livello «federale» e livello statale in Europa e negli Stati Uniti*, in «Rivista di diritto internazionale privato e processuale», 2012, p. 299 segg.; L. PALADINI, *Le coppie dello stesso sesso tra la sentenza della Corte costituzionale n.138 del 14 aprile 2010 e la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 giugno 2010 nel caso Schalk and Kopf c. Austria*, in «Diritto pubblico comparato ed Europeo», 2011, p. 137 segg.; L. MAGI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio fra individui dello stesso sesso*, in «Rivista di diritto internazionale», 2011, p. 396 segg.

⁶ Corte eur. dir. uomo, 24 giugno 2010, *Schalk*, cit., par. 94, ove si legge che: «*the Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple cannot enjoy "family life" for the purposes of Article 8. Consequently the relationship of the applicants, a cohabiting same-sex couple living in a stable de facto partnership, falls within the notion of "family life", just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would.*».

⁷ L'art. 8 CEDU così recita: «ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza». La norma è la prima delle tre che, nel sistema della CEDU, si occupa di famiglia; la seconda disposizione in materia è costituita dall'art. 12, ai sensi del quale «[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», mentre la terza si trova nell'art. 5 del Protocollo n. 7 alla CEDU, firmato a Strasburgo il 22 novembre 1984 ed entrato in vigore per l'Italia il 1° febbraio 1992, il quale sancisce «l'uguaglianza di diritti e di responsabilità di carattere civile» dei coniugi tra di loro e rispetto ai figli, fatte salve le misure che gli Stati possono adottare nell'interesse di questi ultimi.

⁸ L'art. 8 CEDU così recita: «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.

2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società

democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

Sulla pluralità di interessi sottesi alla norma in esame vedi S. FOSTER, *Human Rights and Civil liberties*, Edimburgh, 2006², p. 562.

⁹ L'art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti umani, proclamata il 10 dicembre 1948, così recita: «*No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks*». Per un commento vedi G. ALFREDSSON, A. EIDE, *The Universal Declaration of Human Rights*, Martinus Hijhoff, The Hague, 1999, p. 251 segg. Sul richiamo a tale articolo nei lavori preparatori della CEDU vedi Council of Europe, *Travaux préparatoires on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, Doc. A.28.696, 9 agosto 1956, p. 4 seg.

Simile è il successivo art. 17 del Patto internazionale dei diritti civili e politici del 1966 (ICCPR), con identica formulazione salvo per l'aggettivo «*arbitrary*», che risulta sostituito da «*unlawful*». Sulle differenze vedi A.M. CONNELLY, *Problems of Interpretation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, in «*Int'l and Comparative Law Quarterly*», 35, 1986, p. 567 segg., p. 569.

¹⁰ La norma, infatti, «tutela quattro distinte sfere dell'autonomia personale». Così L. TOMASI, Art. 8, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, CEDAM, Padova 2011, p. 298.

¹¹ Corte eur. dir. um., 25 gennaio 2000, ric. n. 31679/96, *Affaire Ignaccolo-Zenide c. Romania*, § 108. Vedi al riguardo il *leading case* in materia costituito da Corte eur. dir. um., 27 aprile 1979, ric. n. 6833/74, *Marckx c. Belgio*, in Ser. A, n. 31, e in «*Foro italiano*», IV, 1979, c. 342 segg., § 31: «*[b]y proclaiming in paragraph 1 the right to respect for family life, Article 8 signifies firstly that the State cannot interfere with the exercise of that right otherwise than in accordance with the strict conditions set out in paragraph 2. As the Court stated in the 'Belgian Linguistic' case, the object of the Article is 'essentially' that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities (judgment of 23 July 1968, Series A no. 6, p. 33, § 7 [in «Foro italiano», IV, 1969, c. 1 segg.]). Nevertheless it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective 'respect' for family life. This means, amongst other things, that when the State determines in its domestic legal system the regime applicable to certain family ties such as those between an unmarried mother and her child, it must act in a manner calculated to allow those concerned to lead a normal family life. As envisaged by Article 8, respect for family life implies in particular, in the Court's view, the existence in domestic law of legal safeguards that render possible as from the moment of birth the child's integration in his family. In this connection, the State has a choice of various means, but a law that fails to satisfy this requirement violates paragraph 1 of Article 8 without there being any call to examine it under paragraph 2*».

Sull'obbligo positivo vedi qualche nota critica di CONNELLY, *Problems of Interpretation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 572 segg. Più di recente vedi TOMASI, Art. 8, cit., p. 301 seg.; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, Paris 2011, pp. 497-499; R. PISILLO MAZZESCHI, *Responsabilité de l'Etat pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, in «*Recueil des Cours*», vol. 333, 2008, p. 197 segg.

¹² Nel senso che la determinazione del concetto di «vita familiare» deve avvenire secondo

un metodo casistico vedi L. DE GRAZIA, *Il diritto al rispetto della vita familiare nella giurisprudenza degli organi di Strasburgo: alcune considerazioni*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», 2002, p. 1069 segg., p. 1072.

¹³ L'aggettivo è di SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, cit., p. 501.

¹⁴ L'opinione riferita nel testo è di SCHUSTER, *L'abbandono del dualismo eteronormativo della famiglia*, in *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, a cura di A. Schuster, Mimesis, Udine-Milano 2011, p. 35 segg., p. 52.

¹⁵ Trattasi comunque di concetti di non immediata percezione. Infatti, «*the concept of 'private life' is a broad term not susceptible to exhaustive definition*»: Corte eur. dir. um., 29 aprile 2002, ric. n. 2346/02, *Pretty c. Regno Unito*, in «Reports», III, 2002, § 61. Cfr. inoltre la sentenza della Grande Camera del 10 aprile 2007, ric. n. 6339/05, *Evans c. Regno Unito*, § 71: «*'private life' [...] is a broad term encompassing, inter alia, aspects of an individual's physical and social identity including the right to personal autonomy, personal development and to establish and develop relationships with other human beings and the outside world*».

¹⁶ F. RIGAUX, *La vie privée. Une liberté parmi les autres?*, Larcier, Bruxelles, 1992, p. 9, evidenzia che «*[l]es attributions de la personne sont multiples, ils concentrent le corps du sujet, ce qui inclut son intégrité physique, mais surtout sa relation à autrui et, plus particulièrement, les relations qualifiées d'intimes. Tel paraît bien l'objet spécifique de la liberté de la vie privée : c'est la personne humaine dans sa singularité. Les autres libertés fondamentales jettent sur le sujet un regard abstrait, on pourrait dire désincarné*». Nello stesso senso Corte eur. dir. um., 24 febbraio 1988, ric. n. 153/1996/772/973, *Botta c. Italia*, in «Reports», I, 1998, § 32, per la quale «*[p]rivate life [...] includes a person's physical and psychological integrity; the guarantee afforded by Art. 8 of the Convention is primarily intended to ensure the development, without outside interference, of the personality of each individual in his relations with other human beings*».

¹⁷ Vedi al riguardo M.-TH. MEULDERS-KLEIN, *Vie privée, vie familiale et droits de l'homme*, in «Revue internationale de droit comparé», 1992, p. 767 segg., p. 774, la quale osserva che «*la notion même de vie familiale diffère de celle de vie privée dans la mesure où elle implique l'existence d'une famille, donc un nœud de relations interindividuelles privilégiées entre des êtres proches qui lui donne la dimension d'un 'nous' différente de celle du 'je' de la Privacy et confère aux membres de la famille des droits et des devoirs réciproques aussi bien que des intérêts convergents [...]*».

¹⁸ Le corti assumono una posizione empatica quando «*get inside the skin of another human being*». T. BRUCE, *The Empathy Principle*, in «Law & Sexuality: Review of Lesbian & Gay Legal Issues», 6, 1996, p. 109 segg., p. 112. Sull'uso dell'«empatia» in ambito giuridico-processuale vedi S. LEBEN, *An Expectation of Empathy*, in «Washburn Law Journal», 51, 2011, p. 49 segg.; C. CROWE, *Videri Quam Esse: The Role of Empathy in Judicial Discourse*, in «Law & Psychology Review», 34, 2010, p. 121 segg.; J.D. ROSENBERG, *Teaching Empathy in Law School*, in «University of San Francisco Law Review», 36, 2000-2001, p. 621 segg.; sui profili legati all'uso dell'empatia in casi di discriminazione vedi J.D. WEINBERG, L.B. NIELSEN, *Examining Empathy: Discrimination, Experience, and Judicial Decisionmaking*, in «South California Law Review», 85, 2011-2012, p. 313 segg., nonché M.J. ZIMMER, *Systemic Empathy*, in «Columbia Human Rights Law Review», 34, 2002-2003, p. 575 segg.

¹⁹ Cfr. Corte eur. dir. um., 22 ottobre 1981, ricorso n. 7527/76, *Dudgeon c. Regno Unito*, in *Série A*, n. 45, apparsa anche in «Foro italiano», 1982, c. 177 segg. e in «Int'l Legal

Materials», 21, 1982, p. 554 segg. Si ricordi che l'espressione «sodomy laws» si riferisce a tutte le norme repressive di attività sessuali non procreative, non limitandosi dunque alla «sodomia» in senso stretto. Come nota al riguardo la Corte Suprema americana nel celebre caso *Lawrence c. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), p. 568 seg., «early American sodomy laws were not directed at homosexuals as such but instead sought to prohibit nonprocreative sexual activity more generally». Quest'ultima sentenza è pubblicata anche in «Foro italiano», IV, 2004, c. 42 seg., con nota di A. PASSAGLIA, *Il Grande Fratello non abita più qui: la Corte Suprema statunitense riconosce la liceità degli atti di sodomia posti in essere in privato tra adulti consenzienti*. Sulla giurisprudenza relativa alla depenalizzazione delle leggi anti-sodomia vedi il volume a cura dell'International Commission of Jurists, *Sexual Orientation, Gender Identity, and Justice: A Comparative Law Casebook*, Geneva 2011, p. 7 segg.; M. WINKLER, G. STRAZIO, *L'abominevole diritto, Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Il Saggiatore, Milano 2011, pp. 39-55, parlano al riguardo di «Generazione Dudgeon»; in giurisprudenza cfr. Corte eur. dir. um., 22 aprile 1993, ricorso n. 15070/89, *Modinos c. Cipro*, in *Série A*, n. 259; 26 ottobre 1988, ricorso n. 10581/83, *Norris c. Irlanda*, *Ibid.*, n. 142.

²⁰ Sul *passing* vedi ancora WINKLER, STRAZIO, *Ibid.*, p. 36 segg., nonché K. YOSHINO, *Covering. The Hidden Assault on Our Civil Rights*, Random House, New York, 2006, pp. 50-73. Esso consta di tre componenti: normativa, religiosa e sociale. Si parla al riguardo di «*protecting closet*» per definire una sorta di «perimetro di sicurezza» entro il quale la persona può, restando nascosta, proteggersi da aggressioni esterne.

Sulla prima componente, è noto che si tratta di un regime introdotto nel 1993 in ambito militare nell'ordinamento federale degli Stati Uniti e definitivamente abrogato nel 2010. Esso è ancora oggi diffuso in una certa giurisprudenza nazionale, specie in materia di asilo, che respinge le richieste di asilo promosse da immigrati omosessuali sulla base della motivazione che, praticando una minima «discrezione» nel loro paese d'origine, esse sarebbero in grado di sottrarsi alla «persecuzione». Un siffatto orientamento è oggi sottoposto a critica dalla prassi giudiziaria. Vedi a proposito la sentenza della *House of Lords*, 7 luglio 2010, *HJ (Iran) and HT (Cameroon) c. Secretary of State for the Home Department et al.*, [2010] UKSC 31, in «Corriere giuridico», 2011, p. 1375 segg., con nostra nota «A silent right is not a right»: *orientamento sessuale, diritti fondamentali e «coming out» a margine di una sentenza inglese in tema di rifugiati*.

Quanto inoltre alla componente religiosa, può ricordarsi che nella dottrina cattolica la persona che presenta un'«inclinazione omosessuale» va accolta con «rispetto, compassione, delicatezza», mentre il problema risiede negli «atti» omosessuali, che sono «intrinsecamente disordinati e contrari alla legge naturale». Al riguardo, «[i]l problema della discriminazione non si pone a meno che l'individuo non identifichi se stesso come avente questa tendenza [*sic*] o almeno qualche comportamento esterno lo manifesti». Cfr. *Catechismo della Chiesa Cattolica*, Città del Vaticano, 1992, p. 2357 segg.

La componente sociale della dottrina in parola si esprime nella convinzione di coloro che ritengono che l'omosessuale che non mi mette in crisi è quello che non vedo», o che «i gay sarebbero più accettati se non esibissero la loro omosessualità». Sono frasi riportate da M. GRAGLIA, C. CHIARI, *Visibilità e invisibilità nei contesti della salute*, in *Gay e lesbiche in psicoterapia*, a cura di P. Rigliano, M. Graglia, Cortina, Milano 2006, p. 209 segg., pp. 229 e 227.

²¹ Così GRAGLIA, *Omofofia. Strumenti di analisi e di intervento*, Carocci, Roma 2012, p. 161, che parla di «prescrizione al silenzio».

²² Non ci occupiamo qui delle sofferenze psicologiche subite da chi vive senza dichiararsi, del tutto o solo in alcune sfere della sua vita quotidiana quali la famiglia o l'ambiente di

lavoro, che sono invece oggetto di approfondimenti da parte della scienza psichiatrica.

²³ Vedi al riguardo la decisione della Corte eur. dir. um. 21 ottobre 2010, ricorsi nn. 4916/07, 25924/08, 14599/09, *Alekseyev c. Russia*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», 2011, p. 463 segg., con nota di R. PERROTTA, *Si al Gay Pride per le strade di Mosca: dopo la condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo, la città russa opta per i diritti dei gay*, nella quale la violazione dell'art. 10 CEDU in tema di libertà di espressione e di associazione è stata determinata, in relazione al rifiuto delle autorità russe di concedere l'autorizzazione al *Gay Pride* di Mosca, in conseguenza del fatto che «[n]on è il comportamento o l'abbigliamento che la gente trova discutibile, ma che i partecipanti vogliano identificarsi come gay e lesbiche, individualmente o come gruppo».

²⁴ Corte eur. dir. um., 16 dicembre 1992, ric. n. 13710/88, *Case of Niemietz c. Germania*, in *Sér. A*, n. 251-B, § 29, per cui «*it would be too restrictive to limit the notion to an 'inner circle' in which the individual may live his own personal life as he chooses and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings*». Con la vistosa eccezione di K. WAALDIJK, *The Right to Relate. A Lecture on the Importance of "Orientation" in Comparative Sexual Orientation Law*, in via di pubblicazione e gentilmente concesso dall'Autore in lettura allo scrivente, il concetto di «*right to relate*» non è stato oggetto di approfondite analisi da parte della dottrina e della giurisprudenza.

²⁵ Per una critica in questo senso vedi N.A. CROQUET, *The European Court of Human Rights' Norm-Creation and Norm-Limiting Processes: Resolving a Normative Tension*, in «Columbia Journal of European Law», 17, 2010-2011, p. 307 segg., p. 322 segg.

²⁶ Se non altro perché, come nota la Corte Suprema americana in *Lawrence*, cit., p. 576, la condanna per *sodomy* viene annotata nel casellario giudiziale e deve essere dichiarata nelle domande di assunzione o al momento del colloquio di lavoro.

²⁷ Per un'elencazione dei settori nei quali le *sodomy laws* producono i loro effetti vedi W.N. ESKRIDGE, *Dishonorable Passions. Sodomy Laws in America 1861-2003*, Viking, New York 2008, p. 320.

²⁸ Corte eur. dir. um., 26 ottobre 1988, *Norris*, § 33. Sulla necessità, anche per i giudici, di assumere un atteggiamento di «immaginazione» nei confronti di gay e lesbiche vedi da ultimo M. NUSSBAUM, *From Disgust to Humanity. Sexual Orientation and Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford 2010.

²⁹ Cfr. Comm. eur. dir. um., 3 maggio 1983, ricorso n. 9363/81, *X & Y c. Regno Unito*, in «Décisions et rapports», vol. 32, p. 220 segg.; 10 febbraio 1990, ricorso n. 16106/90, *Z.B. c. Regno Unito*, *ibid.*, vol. 64, p. 278 segg. A commento, in «German Law Journal», 12, 2011, p. 1746 segg., p. 1756, osserva che «[g]iven the broadness of the phrase, it is perhaps unsurprising that the earliest judgments from Strasbourg show 'private life' to be the first prong of Article 8 to be interpreted to recognize same-sex relationships. Getting the ECtHR to recognize that same-sex couples share a 'family life' under Article 8 however, has not been as easy».

³⁰ Corte eur. dir. um., 10 maggio 2001, ric. n. 56501/00, *Mata Estevez c. Spagna*, in «Recueil», VI, 2001, § 3, per cui «*la liaison du requérant avec son partenaire [...] ne relève pas de l'article 8 dans la mesure où cette disposition protège le droit au respect de la vie familiale*». Il caso riguardava un cittadino spagnolo che, dopo la morte del compagno, aveva richiesto all'ente previdenziale spagnolo il pagamento di una pensione di reversibilità. Dopo aver esaurito i tentativi di ricorso dinanzi ai tribunali spagnoli contro il diniego opposto dall'ente pensionistico, l'interessato adiva la Corte europea, per vedersi

opporre un altro rifiuto. Come si legge nella decisione, la «*relation affective et sexuelle*» tra persone omosessuali – ricorda la Corte – «*relève de [la] vie privée au sens de l'article 8 § 1 de la Convention*», e tuttavia la titolarità del diritto alla pensione risulta conferita dall'ordinamento spagnolo in virtù del legame coniugale, cioè per il perseguimento di un fine legittimo legato alla tutela della vita familiare, «*à savoir la protection de la famille fondée sur les liens du mariage*».

³¹ Secondo la Corte (sent. 23 luglio 2003, ric. n. 40016/98, *Karner c. Austria*, in «Reports», IV, 2003, § 41), «[t]he aim of protecting the family in the traditional sense is rather abstract and a broad variety of concrete measures may be used to implement it. In cases in which the margin of appreciation afforded to States is narrow, as is the position where there is a difference in treatment based on sex or sexual orientation, the principle of proportionality does not merely require that the measure chosen is in principle suited for realising the aim sought. It must also be shown that it was necessary in order to achieve that aim to exclude certain categories of people – in this instance persons living in a homosexual relationship – from the scope of application of section 14 of the Rent Act. The Court cannot see that the Government have advanced any arguments that would allow such a conclusion». Per un commento alla sentenza in parola vedi AVETA, *Vita familiare e coppie dello stesso sesso: il caso Karner c. Austria innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in «I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie», 2004, p. 74 segg.

³² In questo senso, esattamente, vedi TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea tra mercato interno e spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, CEDAM, Padova 2007, p. 25, secondo la quale la sentenza *Karner* «apre la strada all'inclusione [della coppia omosessuale] nel concetto di vita familiare, di cui la coppia eterosessuale già è parte».

³³ Corte eur. dir. um., 12 dicembre 2006, ric. n. 13378/05, *Burden and Burden c. Regno Unito*, § 59, ricordata da TOMASI, *Ivi*, p. 25, in nota. Nella sentenza della Grande Camera che ha poi definito il caso, i giudici assimilano le coppie eterosessuali sposate a quelle omosessuali registrate, in opposizione alle coppie di conviventi, per le quali «*the absence of such a legally binding agreement between the applicants renders their relationship of cohabitation, despite its long duration, fundamentally different to that of a married or civil partnership couple*»: cfr. sent. 29 aprile 2008, in «Reports», 2008, § 65.

³⁴ Corte eur. dir. um., 2 marzo 2010, ric. n. 13102/02, *Kozak c. Polonia*, § 98. La sentenza è pubblicata in «Famiglia e diritto», 2010, p. 874 ss., con nota di C. DANISI, *Successione nel contratto di affitto: quale protezione per la famiglia tradizionale dopo il caso Kozak c. Polonia alla Corte di Strasburgo?* Secondo S.L. COOPER, *Marriage, Family, Discrimination and Contradiction: An Evaluation of the Legacy and Future of the European Court of Human Rights' Jurisprudence on LGBT Rights*, in «German Law Journal», 12, 2011, p. 1746 segg., p. 1761, il caso *Kozak* «*represented a significant shift in the [Court]'s jurisprudence because it signaled a departure from the [Court]'s previously hostile attitude towards the idea that same-sex couples shared a 'family life'*».

³⁵ Cfr. *United Nations Human Rights, Office of the High Commissioner, Born Free and Equal. Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law*, New York/Geneva 2012, p. 53.

³⁶ Vedi in tal senso *Human Rights Committee (HRC)*, «32nd Sess., General Comment No. 16», HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. I), 8 aprile 1988, § 5. Sul punto vedi S. JOSEPH, J. SCHULTZ, M. CASTAN, *The ICCPR. Cases, Materials and Commentary*, Oxford University Press, Oxford 2005, p. 488; NOWAK, *UN CCPR Commentary*, Engel, Kehl 1993, p. 299.

³⁷ Ad esempio, nel domandarsi se la proclamazione di una gara d'appalto per la costruzione

di un complesso alberghiero in un'area originariamente adibita a luogo di sepoltura a beneficio di una tribù locale sia compatibile con il diritto dei componenti della tribù a una «vita familiare» ai sensi dell'art. 17 ICCPR, lo *Human Rights Committee* ha risposto nel senso che anche il rapporto con gli antenati costituisce espressione di vita familiare, in quanto «*essential element of their identity*». Cfr. il caso *Hopu and Bessert c. Francia*, 29 luglio 1997, Comm. n. 549/93, § 10.3 (anche in JOSEPH, SCHULTZ, CASTAN, *Ibid*, p. 589 segg.), per cui «*cultural traditions should be taken into account when defining the term 'family' in a specific situation. It transpires from the authors' claims that they consider the relationship to their ancestors to be an essential element of their identity and to play an important role in their family life*». Si trattava di un ricorso promosso da due discendenti delle comunità autoctone di Tahiti, che lamentavano la violazione del proprio diritto alla vita privata e familiare in relazione alla concessione, rilasciata dal governo francese a una società locale, di costruire un albergo su un terreno adibito a luogo di sepoltura.

³⁸ Vedi C. PITEA, *L'interpretazione evolutiva del diritto al rispetto della vita privata e familiare in materia di libertà sessuale e di tutela dell'ambiente*, in *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, a cura di L. Pineschi, Giuffrè Milano 2006, p. 384 segg., spec. p. 385, per il quale la nozione di «vita familiare» impressa dall'art. 8 CEDU «non copre esclusivamente le relazioni derivanti dalla famiglia tradizionale basata sul matrimonio e sui rapporti di filiazione legittima».

Sulle legislazioni nazionali in materia di *domestic partnership* e unioni civili vedi Corte eur. dir. um., 24 giugno 2010, *Schalk*, cit., §§ 24-34. Sul tema vedi SCHUSTER, *Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato ed europeo*, cit., p. 262 segg.; WINKLER, STRAZIO, *L'abominevole diritto, Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, cit., cap. V;

Sul riferimento alla legislazione dell'Unione europea v. Corte eur. dir. um., 24 giugno 2010, *Schalk*, § 26.

³⁹ Sul «dialogo tra Carte» vedi GATTUSO, «Matrimonio», «famiglia» e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la «doppia svolta» della Corte europea dei diritti dell'uomo, cit.

⁴⁰ Sul punto vedi P.G. CAROZZA, *Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in «*Notre Dame Law Review*», 73, 1998, p. 1217 segg., p. 1221.

⁴¹ La letteratura in materia è molto vasta. Tra i lavori più interessanti si possono citare quelli di K. DZEHTSIAROU, *European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights*, in «*German Law Journal*», 12, 2011, p. 1730 segg., spec. p. 1734 segg.; C.L. ROZAKIS, *The European Judge as Comparatist*, in «*Tulane Law Review*», 80, 2005-2006, p. 257 segg. e la risposta di A. BARAK, *Response to The Judge as Comparatist: Comparison in Public Law*, (2005) *Faculty Scholarship Series*, p. 195 segg.; P. MAHONEY, *The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?*, in «*Human Rights Law Journal*», 19, 1998, p. 1 segg.; E. BENVENISTI, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, in «*New York University Journal of Int'l Law & Politics*», 31, 1999, p. 843 segg.

⁴² Corte eur. dir. um., 24 giugno 2010, *Schalk*, § 103, per cui «*Given that at present it is open to the applicants to enter into a registered partnership, the Court is not called upon to examine whether the lack of any means of legal recognition for same-sex couples would constitute a violation of Article 14 taken in conjunction with Article 8 if it still obtained today*». Critica SUTHERLAND, *A Step Closer to Same-Sex Marriage Throughout Europe*, cit., p. 101, la quale nota che «*the reasoning of the majority appeared to be leading towards one*,

*inescapable conclusion. However, instead of concluding, as did the three dissenting judges, that there was, therefore, a violation of the applicants' rights under article 14 in conjunction with article 8, they allowed themselves to be diverted. Noting that, as a result of the new Austrian Registered Partnership Act, the applicants could now gain legal recognition of their relationship, they concluded that there was no longer a live issue to consider». Cfr. inoltre l'opinione dissenziente dei giudici Rozakis, Spielmann e Jebens alla sentenza *Schalk*, i quali «note a contradiction in the Court's reasoning. Having decided in paragraph 94 that 'the relationship of the applicants falls within the notion of family life', the Court should have drawn inferences from this finding. However, by deciding that there has been no violation, the Court at the same time endorses the legal vacuum at stake, without imposing on the respondent State any positive obligation to provide a satisfactory framework, offering the applicants, at least to a certain extent, the protection any family should enjoy».*

⁴³ Corte eur. dir. um., 15 marzo 2012, ric. n. 25951/07, *Affaire Gas et Dubois c. Francia*, di prossima pubblicazione in «Nuova giurisprudenza civile commentata», 2012, con commento di F. CHIOVINI, *Omogenitorialità, margine di apprezzamento, interesse del minore: l'instabile bilanciamento dei giudici di Strasburgo*, § 37, ove la Corte considera che «l'examen in concreto de la situation des requérantes permet de conclure à la présence d'une 'vie familiale' au sens de l'article 8 de la Convention. De plus, l'orientation sexuelle relève de la sphère personnelle protégée par l'article 8 de la Convention. Il s'ensuit que les faits de la cause tombent 'sous l'empire' de l'un au moins des articles de la Convention, qui pourra être complété par l'article 14 invoqué en l'espèce».

⁴⁴ Corte eur. dir. um., 2 aprile 2012, ric. n. 42857/05, *Affaire Van der Heijden c. Paesi Bassi*, reperibile sul sito <<http://hudoc.echr.coe.int>> (ultimo accesso 24.07.2013), commentata da M. PELAZZA, *Obbligo di testimonianza del convivente more uxorio: la Corte EDU non apre alle coppie di fatto. Riflessioni su art. 384 c.p. e famiglia di fatto*, in «Dritto penale contemporaneo», 15 giugno 2012.

⁴⁵ In tal senso l'opinione concordante del giudice Costa, al quale ha aderito il giudice Spielmann, nella sentenza medesima del 15 marzo 2012, *Gas et Dubois*, v. *supra* nota 43 nonché Corte eur. dir. um., 2 aprile 2012, *Van der Heijden*, § 55, nel senso che «grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'Etat se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour évaluer les besoins et le contexte locaux».

⁴⁶ Il riferimento è a A. RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come "famiglie"*, in *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di R. Bin [et al.], Giappichelli, Torino 2010, p. 307 segg.

⁴⁷ In questo senso GATTUSO, «Matrimonio», «famiglia» e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la «doppia svolta» della Corte europea dei diritti dell'uomo, cit., p. 689. La sentenza riferita nel testo è Trib. Milano, 12 settembre 2011, in «Nuova giurisprudenza civile commentata», I, 2012, p. 205 segg., con nota di A. LORENZETTI, *Anche al convivente same-sex spetta il risarcimento del danno per la morte del compagno*, per la quale, peraltro, «anche se, allo stato attuale, è pacifico che un rapporto di convivenza fra due persone unite da un legame affettivo caratterizzato da stabilità e da mutua assistenza morale e materiale non possa essere qualificato come 'famiglia legale', al contrario non si comprende la ragione per cui tale relazione non possa essere inquadrata come famiglia di fatto. Né di converso si comprende quali sarebbero le ipotesi inquadrabili nella famiglia di fatto, se non quelle non dotate di un riconoscimento giuridico».

Roberto De Felice*

*Libertà di circolazione delle persone e libertà di circolazione
degli status nell'unione europea*

*La libertà di circolazione delle persone: dalla disciplina dell'emigrazione alla
cittadinanza europea*

Il Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea¹ proclamava – nell'intento (vedi la premessa) di elevare il tenore di vita dei cittadini degli Stati membri mediante la soppressione degli ostacoli agli scambi – di volere instaurare un mercato comune interno (art. 2) caratterizzato dalla eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali (art. 3 c).

Come osserva la migliore dottrina² il Trattato di Roma creava – in un processo graduale e a tappe – un'unione doganale e assicurava la circolazione dei fattori della produzione, tra cui la manodopera, tra gli Stati membri. Tuttavia era stato preceduto da un vasto dibattito postbellico tendente all'avvicinamento dei popoli europei e della loro integrazione al fine di evitare qualsiasi occasione di futuri conflitti.

Sotto l'enfatica Rubrica intitolata alla «libera Circolazione delle persone» gli artt. 48-51 (oggi riprodotti nel TFUE)³ si limitavano a trattare della libera circolazione dei lavoratori, che potevano rispondere a offerte di lavoro, emigrare e spostarsi in altro stato membro e rimanervi dopo la cessazione del rapporto di lavoro, a pari condizioni con i residenti e conservando il diritto al cumulo dei trattamenti previdenziali. L'art. 49 demandava al Consiglio la adozione dei pertinenti regolamenti attuativi.

L'esame delle norme recate dal diritto derivato consente di concludere che sin dalla prima attuazione di tale libertà, il Consiglio, andando ben al di là dell'intento del trattato, dove il lavoratore è un fattore della produzione reso mobile tra gli Stati membri, il soggetto di questa libertà assume il carattere di 'persona', ossia soggetto di diritti e doveri che evidentemente vanno oltre il mero emigrare e il mero intento economico.

Infatti, il regolamento 38/64⁴ all'art. 17 prevedeva che il coniuge e i figli

minori dei 21 anni, nonché gli ascendenti, del lavoratore avessero il diritto di ricongiungersi a lui, quale che fosse la loro cittadinanza e che lo stato ospite dovesse favorire in ogni modo il ricongiungimento degli altri familiari a carico e conviventi. Così veniva data una definizione di famiglia rilevante ai fini del diritto comunitario, pur se limitata al settore in esame. Il precedente Regolamento 15/61⁵ all'art. 12 aveva – nel provvedere sul ricongiungimento – previsioni più limitative, esigendo che il coniuge fosse cittadino di uno Stato membro e non contemplando tra i familiari gli ascendenti del lavoratore e del coniuge. Il successivo regolamento 1612/68⁶, in vigore per lunghissimo tempo, e, per quanto ci riguarda, sino alla emanazione della direttiva 2004/38⁷, che assorbiva la materia del ricongiungimento e ne abrogava gli artt. 10 e 11, avrebbe confermato le disposizioni del regolamento 38/64. In questo quadro, enormemente più avanzato delle scarse, economicistiche disposizioni del Trattato, era protetto l'interesse alla unità familiare e dunque era dato valore allo *status familiae* del lavoratore e dei suoi più stretti congiunti, e al fascio di rapporti che la persona-lavoratore ha con i suoi più stretti congiunti in base al diritto di famiglia, rapporti conservati, tutelati e favoriti dai citati Regolamenti.

Anticiperò da subito che è grazie a questa norma sul ricongiungimento del coniuge, abbozzata nel 1964 e riprodotta in fonti successive che la recente giurisprudenza di merito (Trib. Reggio Emilia, decreto 13 febbraio 2012⁸) ha riconosciuto il diritto del cittadino straniero sposatosi validamente all'estero con cittadino di italiano e del medesimo sesso, al ricongiungimento e alla Carta di soggiorno.

La storia giuridica di questa libertà ha visto successivamente al regolamento del 1968 soprattutto pronunzie della Corte di Giustizia; nel 1990 però al Reg. 1612/68, nonché al Reg. 1251/70 della Commissione, relativo al diritto di permanere – dopo avere occupato un impiego – nello Stato di emigrazione erano affiancate tre Direttive del Consiglio, le nn. 364, 365 e 366⁹.

La prima estendeva il diritto di soggiorno a tutti i cittadini degli Stati membri che non ne avessero diritto a diverso titolo come quello di lavoratore emigrato o pensionato, di cui ai citati Regolamenti, di Studente di cui alla Dir. 366 e di pensionato – ancorché non avesse lavorato nello Stato del richiesto soggiorno – di cui alla Dir. 365. La Direttiva 364 è fondamentale perché – pur se, alla pari con le altre fonti sinora citate prevede la necessaria disponibilità di risorse in capo al cittadino, che non lo pongano a carico dello Stato ospitante – generalizza il diritto di soggiorno di tutti i cittadini degli Stati membri tra i vari Paesi della Comunità, e precorre quindi le disposizioni del trattato di Maastricht, del successivo 1992, che, all'art. G.C introduceva la cittadinanza dell'Unione (il nuovo art. 8 del trattato Cee). Tale

cittadinanza, secondo la nuova disposizione, significativamente, si aggiunge a quella nazionale. L'art. 8 A – introdotto sempre dal Trattato di Maastricht – istituzionalizza la libera circolazione dei cittadini – ora europei – tra i vari Stati, non importa a quale titolo. La Direttiva 364 continuava a vigere, dopo l'entrata in vigore dell'art. 8A, assicurandone l'attuazione sino alla sua sostituzione a opera della Dir 2004/38¹⁰ del Parlamento e del Consiglio¹¹. La nuova Direttiva sostituisce anche l'art. 10 e l'art. 11 del reg. 1612 e in particolare aggiunge alla lista dei congiunti il «partner registrato», alla iugulatoria condizione che lo Stato ospitante preveda una simile unione e la equipari al matrimonio, nonché i suoi ascendenti e discendenti e i figli del coniuge (da precedenti unioni); inoltre, fra i beneficiari dell'interesse legittimo al ricongiungimento¹² figurano tutti gli altri familiari o conviventi o a carico (le due condizioni non devono più, come sotto il regime del reg. 1612, e precedenti, cumularsi) e il partner di una «relazione stabile debitamente attestata». Solo dopo tre mesi è richiesto il requisito della autosufficienza economica. La direttiva è vigente ed è stata trasposta nell'ordinamento italiano¹³. A questo punto, osserviamo che dal mero disciplinare l'emigrazione il Trattato si è arricchito conferendo il fondamentale diritto di circolazione a tutti i cittadini europei. Richiamando la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo su praticamente tutte le «libertà» di circolazione, uno Stato non può porre degli ostacoli normativi o di fatto all'esercizio di questo diritto anche solo per rendere tale esercizio più difficile¹⁴.

A questo dato si aggiunga che il Trattato di Maastricht all'art. 6 – odierno art. 6 TUE – ha recepito i diritti garantiti dalla CEDU come principi generali, per cui occorre 'leggere' il diritto comunitario anche alla luce dei diritti garantiti dalla Convenzione di Roma.

La libertà di circolazione del cittadino europeo e dei suoi familiari nella giurisprudenza della Corte. Dalla non discriminazione alle 'nuove famiglie'

Applicando il diritto derivato in materia di libera circolazione delle persone la Corte di Lussemburgo ha reso numerose sentenze in cui ha ritenuto necessario che al lavoratore emigrato fossero riconosciuti gli effetti di atti o fatti giuridici compiuti altrove che, se compiuti nello Stato di residenza da un suo cittadino, sarebbero stati rilevanti per la sua anzianità o posizione previdenziale, mentre gli stessi atti, perfezionati all'estero, non erano in sé rilevanti per lo Stato ospite. Così nella sentenza *Ugliola*¹⁵, la Germania Federale ha dovuto riconoscere ai fini dell'anzianità il servizio militare prestato dal lavoratore in Italia (ovviamente senza alcuna rilevanza per il diritto tedesco), e nella

sentenza *Janssen*¹⁶ ha obbligato lo Stato ospite al computo ai fini previdenziali di un lavoratore autonomo, dei periodi di contribuzione relativi a prestazione di lavoro subordinato in altri Stati membri. Possiamo dunque concludere che nelle prime sentenze in materia la Corte affermava che lo Stato ospite non poteva disconoscere all'emigrato diritti dipendenti da fatti che, se compiuti da un lavoratore nazionale in patria, sarebbero stati invece rilevanti, anche ove tali medesime fattispecie, fossero state, estranee e irrilevanti per lo Stato ospite perché compiute all'estero.

Ma solo dopo Maastricht la Corte ha esteso l'esame sulla natura dell'ostacolo all'esercizio della fondamentale libertà di circolare concessa ai cittadini europei. Emblematica è la sentenza *Zhu et Chen*¹⁷ del 19.10.04 resa in C-200/02. Il figlio, cittadino comunitario irlandese, *jure soli*, in quanto nato nell'Ulster¹⁸, di una madre extracomunitaria non avente di per sé titolo al permesso di soggiorno in altro Stato dell'Unione, ha diritto di soggiorno in qualunque Stato membro (trattavasi di bambina di quattro anni all'atto della decisione) e con lui lo ha la madre che se ne occupi: argomentare il contrario significa privare di qualsiasi effetto utile il diritto del figlio, cittadino comunitario, a trattenersi in Stato diverso da quello della acquisita cittadinanza, l'Eire, ma in quello di nascita: la Gran Bretagna, della quale notoriamente l'Ulster fa parte. In questo caso, si noti la evanescenza del collegamento al diritto comunitario: la bambina non era, dopo la nascita, mai uscita dal territorio della Gran Bretagna, e, come affermato in altri casi, non avendo esercitato il diritto ex art. 21 TFUE non avrebbe potuto invocare la direttiva 2004/38.

Identicamente si è pronunciata in *Ruiz Zambrano*¹⁹, dove un colombiano e sua moglie, in stato di protezione internazionale in Belgio, dopo un primo periodo di integrazione, in cui erano allietati dalla nascita di un figlio, cittadino belga e comunitario *jure soli*, subivano il rifiuto della concessione dell'indennità di disoccupazione, perché privi di permesso di soggiorno. La Corte afferma, esattamente, che il diniego del permesso di lavoro e relative conseguenze in materia di indennità di disoccupazione avrebbero costretto all'emigrazione i figli, cittadini comunitari, ed erano incompatibili con il diritto fondamentale di cui all'art. 21 TFUE.

Come si vede, in questi casi lo status di cittadino comunitario del figlio di un immigrato vieta allo Stato ospite di negare a coloro che siano legati al cittadino (minore) dal fondamentale rapporto di filiazione, di adottare provvedimenti che pongano in pericolo non solo il circolare ma anche il permanere del cittadino europeo nello Stato ove si trova. Per ribadire autorevole dottrina²⁰ «a semplice presenza di un cittadino europeo sul territorio europeo permette [...] di attivare gli strumenti di tutela che il diritto comunitario ha predisposto [...] al fine di garantire l'effetto utile dell'art. 21 TFUE».

Principi rinvenibili anche in *Metock*²¹, in cui la Grande Sezione, in un caso di cui coniugi camerunensi, uno dei quali con cittadinanza britannica, sposatisi in Irlanda nel 2006 ben dopo la nascita dei loro figli, non possono sentirsi opporre dalla Gran Bretagna il diniego del ricongiungimento, perché il coniuge non britannico non aveva soggiornato regolarmente in un paese dell'Unione. La Grande Sezione motiva che tale condizione esorbita dai requisiti richiesti dalla Direttiva 2004/38 e che è assolutamente influente che il coniuge extracomunitario si sia sposato prima o dopo l'ingresso nel territorio dell'Unione «[...] dato che il diniego [...] sarebbe tale da dissuadere il menzionato cittadino dell'Unione dal continuare a risiedere nel detto stato membro (ospite)». Parole pesantissime e che comunque operano, come la sentenza *Zhu*, una inversione dei termini logici della direttiva, data dall'affermato principio che come un bimbo non può ragionevolmente vivere senza la madre, così non lo può un coniuge senza l'altro. Finalmente, nel diritto comunitario relativo alla libertà di circolazione delle persone siamo di fronte a uomini in carne ossa e sentimenti, la cui sintesi, la dignità dell'essere umano, diviene un fine che la libertà di circolazione serve a tutelare. Continua la Corte che, «se i cittadini comunitari non fossero autorizzati a vivere una normale vita matrimoniale nello stato ospitante, sarebbe seriamente ostacolato l'esercizio delle libertà loro garantite dal Trattato». La Grande Sezione richiama all'ordine le difese statali, invitandole al rispetto della vita familiare sancito dall'art. 8 Cedu.

Le decisioni *Carpenter*²² (sentenza 11.7.02 in C-60/00) è ancor più radicale. La signora Carpenter, filippina, dopo la scadenza del suo visto come *visitor* in Gran Bretagna, sposa un cittadino inglese, poiché clandestina, viene espulsa. Il marito ha esercitato il diritto di recarsi in altri Paesi per prestare servizi, ma nessuna direttiva o norma pertinente regola ancora la fattispecie, perché il signor Carpenter è residente nel suo Stato di origine, dunque non intende 'circolare' con la moglie in altro Stato. Occorre – afferma la Corte – riferirsi ai principi generali, dei quali fanno parte, come accennato, quelli della CEDU. E la Cedu risulta violata, perché il matrimonio è vero, non fittizio e la Carpenter non rappresenta alcun pregiudizio per l'ordine pubblico britannico²³.

La sentenza *Grunkin*²⁴ (sentenza 14.10.08 in C-353/06) concerne il cognome del figlio di due tedeschi, nato in Danimarca, cittadino tedesco. Egli riceveva *ex lege* il doppio cognome secondo le disposizioni danesi, ma la Germania si rifiutava di riconoscere tale doppio cognome, in quanto tale opzione era prevista solo se i coniugi l'avessero dichiarato all'atto del matrimonio. La Corte, in Grande Sezione, constata che il bambino, solo per avere circolato dalla Danimarca alla Germania, si è visto privato del doppio cognome, il che comporta infiniti problemi pratici, dato che vive in Danimarca.

E ciò si risolve in un ostacolo alla libera circolazione. Sempre in materia di cognomi, *García Avello*²⁵ (sentenza 2.10.03, in C-148/02) concernente il caso di un cittadino comunitario, nato in Belgio (Stato che prevedeva l'attribuzione del solo cognome paterno) e figlio di padre spagnolo e madre belga, si vede attribuire il solo cognome paterno nonostante, oltre alla cittadinanza comunitaria, possieda *jure sanguinis* quella dei due genitori, delle quali la spagnola gli consente la attribuzione del doppio cognome in effetti avvenuta tramite registrazione consolare. Uno spagnolo non può essere discriminato, perché nato in Belgio, sulla attribuzione del doppio cognome. Tale situazione non ricade in una materia disciplinata dal diritto comunitario, ma vi è collegata in virtù dell'esercizio – con le conseguenze descritte – del diritto di circolazione degli interessati²⁶.

La circolazione degli status: il matrimonio, con specifico riferimento al matrimonio tra persone dello stesso sesso

Da un quadro di disciplina del razionale sfruttamento del lavoro degli immigrati, votato a considerazioni quasi esclusivamente economiche, siamo quindi, nella evoluzione di questa libertà fondamentale del diritto comunitario, pervenuti, inaspettatamente, alla tutela dei diritti personalissimi, come il nome, e della effettiva unità familiare. La tutela di questa libertà comunitaria diviene dunque funzionale alla tutela del 'nucleo duro' del patrimonio giuridico della persona, tra cui i segni distintivi – il nome – e, deve ammettersi, anche gli *status* familiari, che caratterizzano la persona in modo fondamentale. Può dedursi, dalla rassegna di decisioni, certamente sommaria, che precede, che l'acquisto di uno *status* o di uno dei diritti che fanno parte del patrimonio fondamentale delle situazioni giuridiche di cui un soggetto è titolare, deve essere rispettato e tutelato nonostante qualunque contraria disposizione dello Stato in cui ci si sposti, a qualsiasi materia, anche apparentemente non pertinente al diritto comunitario, appartenga²⁷.

Ciò anche in virtù dei principi scolpiti mai tanto icasticamente quanto dai Giudici di Lussemburgo nella decisione *Baumbast*²⁸ del 17.9.92 in C-413/99. La decisione tratta della coppia Baumbast, formata da un tedesco e da una colombiana e coniugatasi in Gran Bretagna, e della loro figlia, cittadina colombiana e tedesca, cui fu negato il definitivo permesso di soggiorno a tempo indeterminato in Gran Bretagna. Ora, la Corte osserva che la figlia, ex art. 12 del Reg. 1612/68, poteva restare in Inghilterra per completare la sua educazione, non così i genitori, in caso di divorzio, licenziamento del padre o altre cause ostative alla applicazione del Regolamento: situazione che

poneva a rischio l'esercizio effettivo del diritto della figlia a permanere ivi. Perciò la decisione britannica andava riformata. La Corte afferma che l'art. 18 TCE aveva introdotto un diritto soggettivo per tutti i cittadini comunitari di muoversi nello spazio comune, soggetto a limitazioni ragionevoli soggette a controllo giudiziale, e che la cittadinanza europea di cui all'art. 17 TCE (ora 20 TFUE) è destinata a divenire lo status fondamentale negli Stati membri.

Tale diritto a conservare lo *status* legittimamente acquisito all'estero, a nostro parere, deve operare anche quando il cittadino comunitario ritorna nello stato d'origine. Perdere un diritto fondamentale all'andata, o al ritorno, di un atto di esercizio del diritto di cui all'art. 21 TFUE, è la stessa cosa, visto che ora non si ragiona più, non è consentito, in termini economici e di braccia da sfruttare a pari condizioni con le altre braccia disponibili nel Paese. Si ragiona e si decide in termini di tutela dei diritti umani fondamentali, per cui (come nelle decisioni *Zhu* e soprattutto *Ruiz Zambrano*) è rilevante anche il rischio che un cittadino (in questo caso minore) anziché circolare tra gli Stati, possa essere costretto a lasciare il loro territorio, pur non avendo mai circolato tra uno Stato membro e altri.

Sul punto specifico, cfr. il punto 19 della sentenza *Singh*²⁹: «Un cittadino di uno Stato membro potrebbe essere dissuaso dal lasciare il suo paese d'origine per esercitare un'attività lavorativa subordinata o autonoma, ai sensi del Trattato CEE, nel territorio di un altro Stato membro se non potesse fruire, allorché ritorna nello Stato membro di cui ha la cittadinanza per esercitare un'attività lavorativa subordinata o autonoma, di agevolazioni in fatto di entrata e di soggiorno almeno equivalenti a quelle di cui può disporre, in forza del Trattato CEE o del diritto derivato, nel territorio di un altro Stato membro».

Si rileva, particolare il legislatore italiano, nel trasporre la Direttiva 2004/38 con il citato dlgs. 30/07, si preoccupava, all'art. 23, di estenderne le disposizioni a tutti i familiari extracomunitari (come definiti nella Direttiva) di cittadini italiani, «se più favorevoli», di quelle altrimenti applicabili. Tale sarebbe il caso, secondo parte della giurisprudenza, del familiare extracomunitario e 'clandestino' qualora il familiare italiano non abbia mai esercitato il diritto di circolazione e non possa invocare la Direttiva³⁰.

In particolare: il dictum di Cass. 4184/12

Premesso quanto sopra, nel caso concluso con la sentenza – di pessima fattura e rivelatrice di due ferocemente contrapposte linee motivazionali – 4184/12, la Suprema Corte di Cassazione³¹, investita della opposizione al rifiuto di trascrivere il matrimonio di due cittadini italiani dello stesso sesso, migrati e coniugatisi nel Regno dei Paesi Bassi, affronta l'argomento, pur proposto dalle parti, della

incompatibilità con il diritto comunitario alla libera circolazione delle persone, delle norme che apparentemente imporrebbero di non trascrivere tale matrimonio.

Correttamente argomentando, la norma da applicare ai fini della trascrizione del matrimonio sarebbe stata solo una, l'art. 18 DPR 396/00³², che prevede la non trascrivibilità degli atti di stato civile contrari all'ordine pubblico internazionale, contrarietà che la prolissa sentenza comunque nega. Visto che sarebbe stato possibile trascrivere un atto – eventualmente – semplicemente nullo o invalido (invece, secondo il Collegio, inefficace) in virtù delle norme richiamate dal sistema di diritto internazionale privato, ogni altra questione non era pertinente.

Invece la Corte si è posta il problema se il matrimonio fosse valido, come preliminare ai fini del riconoscimento della trascrizione. Nel lunghissimo, poco originale argomentare della Corte, con riferimento alle questioni qui trattate, si ritiene, con una superficialità sconcertante, che la libera circolazione delle persone sia limitata al diritto di entrare e uscire da uno Stato all'altro, senza porsi il problema se la perdita – quanto meno in termini di pubblicità – di uno *status* non costituisca un ostacolo all'esercizio del diritto ex art. 21. Sempre dimostrandosi non all'altezza del suo compito, la Corte ritiene che la materia non sia comunitaria, mentre le sentenze *García Avello* e *Grunkin* affermano che una materia non comunitaria in sé laddove nella fattispecie sia o divenga strettamente connessa all'esercizio di un diritto previsto dai Trattati lo diventa e può essere sindacata³³ se e nella parte in cui ostacola l'esercizio di un diritto sancito dai trattati e diritto derivato³⁴. E può essere inclusa quindi nell'ambito di operatività della carta di Nizza³⁵, per quanto occorra³⁶, e qui, a nostro modesto avviso, occorre³⁷. La Cassazione, invece, ne nega l'applicazione, perché il matrimonio non è materia di competenza dell'Unione, senza affrontare una analisi approfondita di cosa divenga 'comunitario' a seconda delle circostanze. Non resta che attendere un intervento cogente della Unione volto al riconoscimento dei matrimoni con chiunque e dovunque stipulati³⁸.

Non credo che la sentenza meriti ulteriori commenti, ma il problema, non solo della trascrivibilità – scontata – di siffatti matrimoni ma della loro validità in Italia mi pare risolvibile alla luce del principio che il cittadino che eserciti, anche rientrando nel proprio Stato, il diritto di cui all'art. 21 non può perdere status o diritti caratterizzanti la sua persona e la sua dignità, come il matrimonio validamente contratto con persona del medesimo sesso in altro Stato. Diversamente argomentando il diritto di libera circolazione sarebbe ostacolato dalla circostanza che il cittadino italiano non potrebbe acquisire diritti nel paese comunitario in cui si rechi e conservarli in Italia. La perdita di diritti previdenziali, benefici fiscali e diritti successori, totale in questo

caso, è tale da interdire a una persona di senso comune il reingresso in Italia, e ciò è palesemente contrario all'art. 21 TFUE. Situazione identica a quella decisa dalla sentenza *Grinck* in cui il minore comunitario, lo si ricorda, non era cittadino danese ma tedesco, e secondo le autorità tedesche non poteva conservare il doppio cognome acquisito – senza la cittadinanza – per il solo fatto di essere nato in Danimarca. E dove la Corte valorizza i grandi ostacoli e le incertezze date alla vita quotidiana da questo conflitto di leggi, ivi peraltro limitate alla diversità del cognome, cioè a molto meno di quanto avvenuto nel caso deciso dalla Cassazione. Di conseguenza le Autorità italiane, amministrative e giudiziarie, devono disapplicare il principio generale della necessaria diversità di sesso dei coniugi, richiamato dall'art. 27 della legge 31 maggio 1995 n. 218 tra le condizioni per contrarre matrimonio – ove il matrimonio sia contratto all'estero tra due coniugi, di cui almeno uno sia cittadino italiano – in quanto esso rinvia alla legge italiana, che tale matrimonio non consente, per incompatibilità con l'art. 21 TFUE; nel caso di coniugi stranieri, la legge nazionale di ciascuno dei quali consenta il matrimonio omogenerico, deve limitarsi ad applicarla³⁹.

Matrimoni omosessuali contratti nei Paesi SEE o in Paesi terzi

Le medesime conclusioni si applicano anche ai matrimoni omogenerici contratti in Islanda e Norvegia, che sono legate alla UE dal Trattato di Oporto del 2.5.92, istitutivo dello Spazio Economico Europeo (SEE). In detto accordo gli artt. 28, 29 e 30 riproducono le vecchie norme del Trattato di Roma sulla Circolazione delle persone, ossia dei lavoratori, ma detti articoli – come numerosi altri del Trattato – rinviano ad allegati contenenti svariati atti legislativi comunitari, tra cui il Quinto che rende applicabile il Regolamento 1612/68⁴⁰; inoltre con decisione 158 del 7.12.07 il Comitato congiunto SEE⁴¹ ha recepito la Direttiva 2004/38 e quindi incorporato nel diritto SEE anche i principi che essa reca, come quello di libera circolazione dei cittadini autosufficienti e delle loro famiglie, con divieto di discriminazione. Non pare revocabile in dubbio allora, che se un cittadino comunitario possa recarsi per qualunque motivo in tali Paesi, al ritorno, per le considerazioni sopra espresse, non possano essergli disconosciuti *status* ivi eventualmente acquisiti, in quanto, pur non esistendo una cittadinanza SEE, come ribadito in calce alla delibera 158 dal *Joint Committee*, il cittadino comunitario esercita in tale qualità i diritti riconosciutigli dalla Dir. 2004/38, fin tanto che essa sia e resti recepita nell'accordo SEE, uno Stato membro deve considerare gli *acquis* dei suoi *status* e diritti fondamentali in spazio SEE come un corollario della cittadinanza

europea e non può disconoscerli, pena rendere eccessivamente difficoltoso l'esercizio dei diritti di cui alla citata Direttiva, integrativa dell'art. 21 TFUE. Ciò vale anche nel caso di cittadini SEE, omogenericamente sposati, che si trasferiscano in uno Stato dell'Unione, ma solo in esecuzione del Trattato di Oporto e Allegati, comprendenti la Direttiva 2004/38, nessun ruolo avendo in questo caso l'art. 20-21 TFUE.

Queste conclusioni si applicano anche ai matrimoni omogenerici contratti da un cittadino europeo con un cittadino di uno Stato terzo, perché la giurisprudenza della Corte, sopra esaminata, mira a tutelare (vedi la sentenza *Carpenter*) le reali situazioni familiari di cui il cittadino sia latore, non importa dove e con chi costituite. Quanto ai matrimoni omogenerici contratti da cittadini di Stati terzi, dovrà applicarsi il regime di diritto internazionale privato di ciascuno Stato membro, che, quanto all'Italia, come abbiamo esposto, per quanto concerne la trascrizione, inibita dalla sola contrarietà all'ordine pubblico ex art. 18 DPR 396/00, non deve trovare ostacoli, secondo quanto affermato dalla Cassazione nella sent. 4184/12, che la esclude; quanto alla validità, deve applicarsi la legge competente a norma della L. 219/95, senza poter opporre che in Italia tale istituto non sia previsto.

La filiazione adottiva. I limiti dell'interpretazione del giudice italiano

A identica soluzione deve giungersi, in ambito europeo, con riferimento agli altri *status familiae*, e in particolare allo stato di filiazione. Nell'adozione, non importa se operata da *single*⁴², da coppie coniugate del medesimo sesso o da coppie in regime di *partnership* o di semplice convivenza, di un minore, lo Stato italiano non potrebbe, per le stesse – e anche più gravi – ragioni, disconoscere tali rapporti o la loro trascrizione nei registri di stato civile. Così operando, renderebbero estremamente difficile l'esercizio del diritto dei genitori e dei loro figli adottivi alla circolazione, e in particolare a stabilirsi nello stato italiano, poiché lì non consterebbe il rapporto di filiazione da un semplice certificato anagrafico e quindi i genitori, per curare, iscrivere a scuola, accudire, detti figli dovrebbero volta per volta provare la loro qualità esponendosi al rischio di una lite. Lo stato attuale della normativa italiana pone delle notevoli aporie. In base alle disposizioni generali del nostro diritto internazionale privato si dovrebbe applicare la legge dello Stato che pronunzia la adozione, nel caso in cui gli adottanti siano entrambi cittadini di quello Stato, ovvero vi risiedano o abbiano ivi «prevalentemente localizzato la vita matrimoniale», in base all'art. 38 della L. 218/95, cit. e quindi far delibare il provvedimento di adozione ai sensi dell'art. 65 successivo, con il solo limite dell'ordine pubblico

internazionale italiano. Nei casi in cui gli adottanti siano italiani ambedue, o siano cittadini, entrambi, di un medesimo Stato che, come l'Italia, non prevede tali forme di adozione, ovvero risiedano o siano 'localizzati' in Italia o Stato congenere, le Autorità – se fosse applicabile la disciplina generale – dovrebbero pertanto disapplicare la legge italiana, richiamata dall'art. 38 e applicare quella dell'autorità che ha pronunciato l'adozione. Ma nel caso di adozione di minori l'art. 41 della stessa legge 218 impone il rispetto della disciplina nazionale sulle adozioni internazionali, che è estremamente restrittiva, non in sé, ma per come è stata recepita dal legislatore. Tale disciplina, introdotta nella nostra legge sull'adozione in (pretesa) esecuzione della Convenzione de L'Aja del 29 maggio 1993⁴³ impone, in tutti i casi in cui due cittadini italiani, ancorché residenti all'estero per ragioni non legate alla adozione del minore, l'applicazione degli artt. 29 e segg. L. 184/83, inseriti dalla stessa legge di ratifica. Pertanto, ai sensi dell'art. 35 co. 3 L. 184 è assolutamente necessario che gli adottanti siano una coppia sposata. Anche nel caso in cui gli adottanti si trovino all'estero da oltre due anni, in modo continuativo, prima del provvedimento straniero di adozione, caso che secondo l'art. 36 co. 4 dovrebbe comportare il riconoscimento quasi automatico del provvedimento in Italia, salva la verifica della conformità del provvedimento ai principi generali della Convenzione, la Cassazione ha affermato che torna applicabile l'art. 35 co. 3 della stessa, che impone di rispettare i principi generali del diritto italiano, tra cui quello dell'art. 6, relativo ai requisiti degli adottanti⁴⁴.

Tuttavia la Convenzione stessa non autorizza tale automatismo e afferma che il riconoscimento di un provvedimento in materia di adozione può essere rifiutato (art. 25) solo nel caso in cui sia contrario all'ordine pubblico internazionale, tenuto conto dell'interesse del minore⁴⁵. Sono dunque due i parametri di cui tenere conto. Conclusivamente, non pare dubbio che l'interesse del bambino a essere riconosciuto figlio di chi lo accudisce ed è stato a ciò ritenuto idoneo dalle Autorità competenti, non possa essere rifiutato sol perché contrario a un presunto ordine pubblico leso dalla natura non matrimoniale della famiglia, o dal suo carattere omogenerico, non essendo un matrimonio omogenerico (e quindi, *a majori ad minus*, una *partnership* o una semplice situazione di coppia omosessuali) contrario di per sé all'ordine pubblico stesso, come insegna la Cassazione (sent. 4184/12, più volte citata) ed essendo la norma di cui all'art. 35, terzo e ultimo comma in manifesto contrasto con l'art. 25 della Convenzione, e non essendo ragionevole presumere l'assoluta inidoneità di tali coppie al ruolo di genitore, peraltro oggetto di riscontro scientifico da parte dell'autorità pronunziante. Le stesse considerazioni valgono per la *step-child adoption*. Tuttavia la Cassazione è attestata sulla posizione contraria, per cui vale più il feticistico ossequio degli artt. 35 e 6

L. 184 del benessere del minore, il cui rispetto sarebbe imposto dalla stessa Convenzione⁴⁶.

Se, come abbiamo accennato in nota, l'erronea trasposizione della Convenzione nell'ordinamento non può essere invocata come fonte di illegittimità dell'art. 35, tuttavia alla fattispecie è sicuramente applicabile anche la Dichiarazione dei diritti dell'infanzia⁴⁷, art. 3, che prevede che il criterio supremo cui devono informarsi i provvedimenti relativi al minore debba essere quello del loro *best interest*. Richiamando la appassionata motivazione della sentenza *Wagner*⁴⁸, è nostra opinione che il giudice del procedimento ex art. 3, anche ove acclari la violazione degli artt. 29 bis co. 1 e 2 (sulla necessaria presenza del requisito matrimoniale ex art. 6 in fase di accertamento di idoneità) 35 co. 3 (sulla delibazione dell'adozione) e co. 4 (sulla delibazione dell'affidamento preadottivo) e co. 6 a) (sulla essenzialità per tali delibazioni del requisito ex art. 6) L. 184/83, e 36 co. 4, come integrato, secondo la Cassazione dall'art. 35 co. 3, sulla delibazione speciale delle adozioni estere di italiani all'estero residenti da almeno due anni, come interpretato dalla Cassazione, debba svolgere una indagine in concreto sul benessere del minore e se debba essere privilegiato al rapporto familiare già formato il rispetto di quelle norme. Tali conclusioni valgono per tutte le adozioni pronunziate legittimamente fuori del territorio dell'Unione e del SEE.

Il panorama giuridico è diverso nel caso in cui la circolazione dei genitori e del figlio adottivo avvenga in ambito comunitario: ciò perché le norme del Trattato prevalgono sia sulle norme 'abusivamente' inserite nella L. 184, sia sulla stessa Convenzione, anche se applicabile per esserne gli Stati membri interessati entrambi parte.

Tali casu, non può disconoscersi l'adozione, disposta nell'ambito dell'Unione⁴⁹, solo perché in Italia sia diversamente configurata. Abbiamo già dimostrato che – sulla scorta di Cass. 4184/12 – non esistono possibili contrarietà all'ordine pubblico internazionale. Qui trattandosi di una situazione di esercizio di un diritto fondamentale spettante a cittadino europeo, in applicazione della Carta dei Diritti Fondamentali, applicabile ex art. 51 della stessa, e del suo art. 24 l'interesse del minore è il parametro supremo con cui il giudice della delibazione deve deliberare, non l'ordine pubblico che le citate norme richiamano⁵⁰, né le norme di applicazione necessaria della speciale delibazione dell'ambito dell'adozione internazionale, in particolare l'art. 35 L. 184/83.

Co-maternità e surrogacy

Per i casi in cui una coppia di donne si giovi – come in Norvegia⁵¹ – di

una disposizione nazionale che, in caso di ricorso alla fecondazione eterologa di una di esse, consenta l'attribuzione dello status di co-maternità all'altra valga quanto segue.

Va ribadito che la famiglia è un fatto in parte spontaneo, in parte regolato dal diritto. Il caso della co-maternità, non potendosi, seguendo la dottrina di *Schalk e Kopf*, negare valore familiare all'unione tra le co-madri, anche secondo la giurisprudenza italiana, comporta che il fenomeno risultante (due madri, un figlio) sia considerato una famiglia nel suo complesso e non possa essere scisso dalla legislazione di uno Stato dissenziente su quest'istituto. Si ricorda che la carta di Nizza, è qui ex art. 51 della medesima pertinente ove si tratti di coppia che, acquisito tal *status* di co-maternità in tale paese SEE o in altro paese dell'Unione che lo consenta Essa contiene all'art. 24 co. 2 l'affermazione che l'interesse del minore, nei provvedimenti che lo riguardano, è sempre prevalente, e non sembra facile argomentare, nel caso di specie, che il suo *best interest* sia essere separato da parte della sua famiglia. Se la co-maternità si è realizzata fuori dell'ambito dell'Unione, quindi in uno Stato terzo e fra cittadine di Stati terzi, tornerà applicabile l'art. 3 della Convenzione dei diritti dell'Infanzia, per cui l'interesse fondamentale da tutelare è comunque quello del minore, che non può essere privato del rapporto con le co-madri se si trasferisce in uno Stato dell'Unione.

Resta da esaminare il caso della procreazione mediante *una mère porteuse*⁵². Al di là di dubbi etici – da noi condivisi sotto il profilo della offesa alla dignità umana data dalla creazione di un mercato delle gravidanze – sul ricorso a tale istituto, non si deve confondere la probabile contrarietà all'ordine pubblico internazionale italiano, e anche a principi sulla dignità umana ben presenti nei Trattati e nella carta, vedi il suo art. 3 co. 2, terzo punto, con la situazione soggettiva del bambino nato per questa procedura, che comunque ha diritto a una famiglia. Premessa l'incontestabilità dello *status* di genitore dell'altro genitore biologico, se facente parte della coppia, si rileva che la *surrogacy* è diversamente regolata in pochi Stati, e quasi sempre esclude che la *mère porteuse* possa essere retribuita. Il problema, a nostro avviso, è ancora più delicato nel caso in cui la legge straniera applicata consenta un *pre-birth order* che, dopo l'accordo tra i futuri genitori e la *mère porteuse*, consenta l'attribuzione della paternità ai partner e non anche alla madre, sia essa o meno biologica, perché ciò che conta, per la dignità umana, non è chi abbia donato l'ovulo, ma chi abbia sostenuto la gravidanza, come insegna autorevole dottrina⁵³. Una Corte si troverebbe di fronte a un dilemma etico nel quale, caso per caso, dovrebbe verificare se, a prescindere dall'illecito uso del corpo altrui – anche per violazione delle norme sulla *surrogacy* dove consentita – il migliore interesse del minore sia quello di rimanere con la madre surrogante – *ex hypothesi*

disinteressata al figlio – o con i genitori surrogati. Se la situazione ha carattere comunitario infatti si applicherà il principio di cui all'art. 24 della Carta, per cui l'interesse del minore è prevalente. Se non lo è comunque andrebbe applicato l'identico principio di cui all'art. 3 della Convenzione dei diritti dell'Infanzia⁵⁴. Aggiungeremo che l'art. 8 della medesima Convenzione proibisce ingerenze sull'identità del minore, compreso il nome e le relazioni familiari. Dunque non vi è spazio per un disconoscimento in astratto di provvedimenti che tale status conferiscano e che siano giudicati o siano pure obiettivamente immorali, perché, e questa è la cosa che rileva nella fattispecie, il minore ha diritto a un riconoscimento in concreto di quello *status* da cui i genitori potranno decadere in caso di maltrattamenti o indegnità (art. 19 Conv. Dir.Inf.). Tanto più che il minore non può essere discriminato per l'orientamento sessuale o la condizione sociale dei suoi genitori (art. 2 co. 2), anche se essi hanno fatto ricorso a un illecito (ad esempio, retribuendo, in violazione di tutte le normative in materia di *surrogacy*, la madre).

Unioni civili e coppie conviventi riconosciute dalla legge

Un ultimo cenno va fatto alle situazioni in cui la coppia sia unita da un istituto diverso dal matrimonio, o in cui sia la legge a conferire alla coppia diritti (come in gran Bretagna, per l'adozione), per il solo fatto della convivenza⁵⁵.

La *Partnership*, istituto ampiamente diffuso e diversamente regolato negli stati dell'Unione e del SEE, non è un semplice contratto ma costituisce la base di una serie di diritti, assimilabili a quelli di una coppia sposata, nelle leggi di questi Stati, essa, poi, non è risolubile *ad nutum*. Concorrendo tali condizioni, non è negabile che essa conferisca uno *status familiae*, per cui dovrà essere riconosciuta anche in Italia, dove l'istituto non esiste. Appare però – a un superficiale esame – difficile una trascrizione nei registri dello stato civile, improntati a tipicità e formalità, di un atto non contemplato dalla legge di stato civile. Ma proprio perché – si fa rinvio alle difficoltà della vita pratica denunciate dalla Corte in *García Avello* e *Grunkin* – ciò potrebbe ostacolare o comunque rendere difficile la vita in Italia di una *Partnership* priva di ogni forma di pubblicità l'art. 49 dpr 396/00 va disapplicato ove non consente l'annotazione a margine dell'atto di nascita di tali atti di *partnership*.

Le *partnership* sorte in paesi terzi e fra cittadini di paesi terzi, all'atto del trasferimento nel territorio dell'Unione e in particolare in uno Stato che non le preveda né le riconosca, troveranno la loro tutela nell'art. 8 CEDU, che inibisce ingerenze ingiustificate nella vita familiare, e tale è anche quella di una unione civile, come si desume da *Schalk e Kopf*.

Se la coppia convivente, invece, riceve un riconoscimento dalla legge, senza necessità di solenni e formali dichiarazioni di volontà, appare impossibile considerare i diritti – di solito limitati e di carattere amministrativo o ‘emergenziale’⁵⁶ – accordati dall’ordinamento straniero per la stessa precarietà della situazione. Tuttavia – e il discorso vale, a questo punto, anche per le coppie italiane, conviventi, non si può disconoscere loro il diritto a vivere liberamente una vita familiare, di cui parla appunto Cass. 4184/12, e a vedere rimossi gli ostacoli al libero svolgimento di tale vita familiare. E, in questo caso, se non potrà portare con sé, nel circolare in Europa, alcuno *status*, potrà pretendere in ciascuno Stato membro di godere, alla pari dei nazionali, dei diritti ‘minori’ concessi dall’ordinamento del luogo, e chiedere, come insegna la citata sentenza di Cassazione, al Giudice, previa eventuale rimessione alla Consulta, la rimozione degli ostacoli predetti.

Il limite dell’abuso del diritto

Le nostre conclusioni vanno – ove parte in causa sia almeno un cittadino di Stato terzo – riferite alla tutela di situazioni reali, non di situazioni artatamente create attraverso un opportuno *forum shopping* in uno Stato dell’Unione o del SEE che consenta quanto non sia permesso nello Stato cui le parti siano effettivamente e stabilmente collegate, senza avere significativi rapporti con lo Stato in cui convengono il negozio giuridico altrimenti loro precluso. Il principio appena menzionato, definito come principio dell’abuso del diritto da cospicua giurisprudenza, fra cui spicca la sentenza *Akrich*⁵⁷.

La fattispecie ivi decisa concerne un cittadino marocchino entrato nel Regno Unito con un visto mensile, la successiva richiesta di permesso di soggiorno era respinta, con provvedimento confermato in sede di reclamo giurisdizionale. Condannato per lievi reati ed espulso, faceva rientro nel medesimo Stato, venendone nuovamente espulso, ritornandovi *en cachette* e sposando una cittadina britannica. Nuovamente espulso e stabilitosi con la moglie in Irlanda, chiedeva la revoca del provvedimento, poiché aveva soggiornato in uno Stato dell’Unione. Il diniego della revoca era impugnato, e la Corte ha deciso che il coniuge di cittadino comunitario può comunque ricongiungersi al cittadino se soggiornava legalmente in uno Stato membro, diversamente, il ricongiungimento può essergli negato se il matrimonio è di comodo, ma non nel caso in cui sia autentico, ostandovi l’art. 8 CEDU. In realtà, nel caso *Akrich*, i due coniugi avevano un legame solo strumentale con l’Eire, per potere rientrare nel Regno Unito, onde era necessario anche accertare l’effettività del loro matrimonio.

Il descritto limite opera solo nel caso in cui una delle parti sia cittadina di Paese terzo, diversamente, e salvo casi eccezionali, un cittadino dell'Unione si può recare e può permanere in altro Stato per qualsiasi ragione e per il tempo che desideri.

Conclusioni

È auspicabile che il principio che il diritto fondamentale di circolare tra gli Stati dell'Unione e i Paesi SEE non possa essere ostacolato dalla *lex fori* che elida diritti fondamentali e legittimamente acquisiti altrove⁵⁸, penetri nella giurisprudenza della Corte Suprema. La questione, coinvolgendo i diritti fondamentali della persona umana, non ammette ritardi, né formalismi. Nessuna entità statale può ledere diritti fondamentali della persona con il pretesto di applicare il proprio diritto nazionale, non conforme a quello dello Stato in cui questo diritto è stato acquisito. Nessuno può separare i vincoli familiari per il solo fatto del passaggio di una linea di confine. Non comprendere questo, appoggiandosi a una formalistica interpretazione del proprio diritto nazionale, è, oltretutto, ipocrita, essendo preferibile l'espressione diretta ed esplicita della disapprovazione per contrarietà a supposti principi etici di tali istituti sentiti estranei.

* Avvocato dello Stato presso l'Avvocatura Generale dello Stato in Roma,
già Magistrato Ordinario

¹ Trattato Istitutivo della Cee, fatto a Roma il 25 marzo 1957, ratificato dalla Repubblica Italiana con Legge 14 ottobre 1957 n. 1203 pubblicata nella GURI del 23.12.57 n. 317, entrato in vigore il 1. Gennaio 1958.

² T. BALLARINO, *Diritto dell'Unione Europea*, CEDAM, Padova 2010⁹, p. 35: «quando venne creata, la Comunità (economica) europea aveva un'impronta mercantilistica ed era poco più di un'unione doganale (come all'epoca il Benelux) con in più l'aspirazione di creare il quadro normativo che consentisse una concorrenza libera ed effettiva»; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, CEDAM, Padova 2010⁶, p. 477.

³ Precisamente, costituiscono gli attuali artt. 45, 46, 47 e 48 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, G.U.C. 83 del 30.3.2010. Rispetto al Testo originario è variato l'art. 48, per tenere conto delle nuove procedure di approvazione degli atti normativi dell'Unione.

Non è inutile ricordare che il Trattato di Lisbona del 13.12.07, ratificato dall'Italia in base a L. 2 agosto 2008 n. 130 – GURI 8 agosto 2008, SO n. 188, entrato in vigore

il 1 dicembre 2009, agli artt. 1 e 2 modifica il Trattato sull'Unione Europea (Trattato fatto a Maastricht il 7 febbraio 1992, ratificato dalla Repubblica Italiana in base alla L. 3 novembre 1992 n. 454 – GURI/SO 24.11.92 n. 277, entrato in vigore il 1 novembre 1993 e pubblicato sulla G.U.C. 191 del 29 luglio 1992) e il Trattato Cee, spostando disposizioni dall'uno all'altro, e, in particolare ridenominando il secondo Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, per semplicità TFUE, rinumerandoli giusta la disposizione di proprio art. 5 e dell'Allegato. L'Unione succede alla Comunità europea – così ridenominata dal citato Trattato di Maastricht elidendo l'attributo 'economica' ai sensi dell'art. 1, ultima parte del TUE.

⁴ Reg. 38/64/Cee del Consiglio, del 25 marzo 1964, pubblicato sulla G.U. 62 del 17 aprile 1964, entrato in vigore il 1 maggio 1964.

⁵ Reg. 15/61/Cee del Consiglio, del 16 agosto 1961, pubblicato sulla G.U. 57 del 26 agosto 1961 ed entrato in vigore il 1 settembre 1961 (art. 52).

⁶ Reg. 1612/68/Cee, del Consiglio, del 15 ottobre 1968, pubblicato sulla G.U. L257 del 19 ottobre 1967 ed entrato in vigore il giorno 8 novembre 1968.

⁷ Direttiva 2004/38/Ce del Parlamento e del Consiglio, del 29 aprile 2004, pubblicata nella G.U. L. 158 del 30 aprile 2004, in vigore dal 30 aprile (art. 41 Direttiva), scaduta il 29 aprile 2006, recepita dalla Repubblica Italiana con D.lgs. 6 febbraio 2007 n. 30 pubblicato nella G.U. 72 del 27 marzo 2007; ex art. 38 co. 1 gli artt. 10 e 11 del Regolamento 1612 sono abrogati con effetto 29 aprile 2008.

Le residue disposizioni del Regolamento 1612 sono state unificate nel nuovo – vigente – Regolamento (UE) del Parlamento e del Consiglio 492/11 del 5 aprile 2011, pubblicato nella G.U. L. 141 del 27 maggio 2011, in vigore dal 16 giugno 2011.

⁸ Citato da C. DANISI in «Famiglia e Diritto», n. 10, 2012, p. 958.

⁹ Direttive del Consiglio nn. 364, 365 e 366/Cee del 28.6.90, pubblicate nella G.U. L. 180 del 13 luglio 1990 e in vigore la 364 dal 28 giugno 1990 in quanto notificata precedentemente agli Stati, la 365 e la 366 invece dal 16 luglio, data della notifica agli Stati, la 366, tutte da attuare entro il 30 giugno 1992 (cfr. art. 5 Dir. 364 e della Dir. 365 e art. 6 della 366).

¹⁰ Vedi nota 7.

¹¹ Se ne sottolinea il quinto «considerando»: «Il diritto di ciascun cittadino dell'Unione di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri presuppone, affinché possa essere esercitato in oggettive condizioni di libertà e di dignità, la concessione di un analogo diritto ai familiari, qualunque sia la loro cittadinanza».

¹² Per questa categoria di familiari lo Stato ospite deve fare tutto il possibile per agevolare il ricongiungimento degli stessi, esprimendosi, in caso di diniego, all'esito di approfondita istruttoria e con motivato provvedimento (art. 3 comma 2).

¹³ Nota 7.

¹⁴ Per tutti: CGCE, sentenza 11 luglio 1974 in C-8/74, Rec. 1974/837 *Dassonville*.

¹⁵ CGCE sentenza 15 ottobre 1969 in C-15/69 annotata da G. NAPOLETANO, *Libera circolazione dei lavoratori e limiti al principio di non discriminazione*, in «Rivista di diritto internazionale», 1972, pp. 693-700.

¹⁶ CGCE sentenza 27 ottobre 1971 in C-23/71, Racc. 1971, 859.

¹⁷ CGUE sentenza del 19 ottobre 2004 in C-200/02, Racc. 2004 I 9925, cfr. G.F. AIELLO, S. LAMONACA, *Diritto di soggiorno dei familiari del cittadino europeo: erosione del limite delle situazioni puramente interne e delimitazione del nucleo essenziale del diritto di cittadinanza*, in «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», 2012, p. 321-348,

nonché G. PERIN, *In margine alla sentenza Chen: il diritto di circolazione dei familiari di cittadini comunitari*, in «Diritto Immigrazione e Cittadinanza», 2005, pp. 89-97.

¹⁸ In base al XIX emendamento della Costituzione dell'Eire, è cittadino irlandese «ogni persona nata nell'isola d'Irlanda, compresi i suoi mari e isole minori, ha titolo per diritto di nascita di essere parte della nazione irlandese». Quindi anche i nati nel britannico Ulster acquisivano tale *status civitatis*. Già l'art. 3 della Costituzione del 6.12.22, che collegava la cittadinanza al domicilio in Irlanda, riferito alla data di entrata in vigore della Costituzione, era stato interpretato nel senso che l'Irlanda comprendesse l'Ulster: cfr. la sentenza *In re Logue* [1933] «67 ILTR 253». Nel 1935 la legge sulla cittadinanza prevede, limitativamente, che solo i nati nell'Eire acquistassero la cittadinanza irlandese, mentre i nati nell'Ulster la potessero acquistare per diritto di sangue se i loro genitori fossero stati cittadini irlandesi; la successiva legge del 1955 conferiva a tutti i nati nell'Ulster il diritto di chiedere di essere considerati i cittadini irlandesi, se discendenti di cittadini dell'Eire. L'emendamento XIX, che segnava il massimo allargamento dello *jus soli*, proprio a causa della sentenza *Chen*, era modificato dal XXVII emendamento del 2004, che richiede, oltre alla nascita nell'Ulster, la cittadinanza irlandese di uno dei genitori.

¹⁹ Sentenza dell'8 marzo 2011 in C-34/09, non ancora nella Raccolta, in dottrina, per tutti, P. MENGOZZI, *La sentenza Zambrano: prodromi e conseguenze di una pronuncia inattesa*, in «Studi sull'integrazione europea», n. 3, 2011, pp. 417-432.

²⁰ AIELLO, LAMONACA, *Diritto di soggiorno dei familiari del cittadino europeo: erosione del limite delle situazioni puramente interne e delimitazione del nucleo essenziale del diritto di cittadinanza*, cit.

²¹ CGUE, sentenza del 25 luglio 2008 in C-127/08, Racc. 2008 I 6241, cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *L'esercizio della libertà di circolazione non tollera ostacoli alla coesione familiare*, in «Il Corriere giuridico», 2008, pp. 1375-1379 nonché C. BERNERI, *Il diritto dei familiari extracomunitari di cittadini dell'Unione a risiedere in uno Stato membro*, in «Quaderni costituzionali», 2009, pp. 413-416.

²² CGCE, sentenza dell'11 luglio 2002 in C-60/00, Racc. 2002 I 6279, cfr. L. VALENTINO, *La tutela del coniuge, cittadino di uno Stato terzo, entra a far parte della "famiglia" dei diritti fondamentali*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», 2002, pp. 1656-1660, nonché S. ACIERNO, *La sentenza Carpenter: diritti fondamentali e limiti dell'ordinamento comunitario*, in «Il diritto dell'Unione Europea», 2002 pp. 653-670, infine F. GHERA, *Riflessioni sull'efficacia dei diritti fondamentali "comunitari" nei confronti degli Stati membri*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2004, pp. 786-792 e C. BERNERI, *Chen e la cronaca di una rivoluzione: la cittadinanza dell'Unione europea, Dieci Casi sui Diritti in Europa: uno strumento didattico*, Il Mulino, Bologna 2011, pp. 143-157.

²³ Vedi la puntuale e sintetica osservazione di L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione Europea*, CEDAM, Padova 2007: «nella sentenza *Carpenter* la Corte ha riconosciuto che l'impossibilità di conservare l'unità familiare costituisce ostacolo alla libertà di circolazione del cittadino comunitario».

²⁴ CGUE, sentenza del 14 ottobre 2008 in C-353/06, Racc. 2008 I 6739, L. TRUCCO, *Ancora un "via libera" della Corte di Lussemburgo alla "circolazione" dei cognomi (un altro contributo all'elaborazione pretoria dello "Statuto europeo del nome")*, in «Giurisprudenza italiana», 2009, pp. 301-306; G. AUTORINO STANZIONE, *Autonomia familiare e attribuzione del cognome: i dubbi in Italia e le certezze in Europa*, in «Il Corriere giuridico», 2009, pp. 496-507; C. HONORATI, *Free Circulation Of Names For EU Citizens?*, in «Il diritto dell'Unione Europea», 2009, pp. 379-401.

²⁵ CGCE sentenza del 2 ottobre 2003 IN C-148/02, Racc. 2003 I 11613; A. LANG, *Cittadinanza dell'Unione, non discriminazione in base alla nazionalità e scelta del nome*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», 2004, pp. 247-249; A. Quiñones Escámez, *Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJCE, asuntos K.B. y García Avello)*, in «Revista de Derecho Comunitario Europeo», 2004, pp. 507-529; C. FIORAVANTI, *Attribuzione uniforme di nomi e cognomi secondo la Convenzione di Monaco*, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», n. 2, 2004, pp. 562-567; G. PALMERI, *Doppia cittadinanza e diritto al nome*, in «Europa e diritto privato», 2004, pp. 217-230, per la quale, esatissimamente, «[l']inestricabile interrelazione che si determina tra svariati profili della persona umana, fa sì che i singoli diritti non possano essere considerati isolatamente, in quanto, non di rado, l'esercizio di uno di essi è funzionale al soddisfacimento di interessi connessi a più aspetti della personalità e, quindi, a più diritti»; E. CASTORINA, *Il caso "García Avello" innanzi alla Corte di giustizia: conferme e caute aperture in materia di cittadinanza europea*, in «Giurisprudenza italiana», 2004, pp. 2011-2015, che, in particolare, rileva «nella pronuncia annotata l'istituto viene in rilievo per la carica espansiva tendente a coprire, [...] settori attinenti a diritti della personalità».

²⁶ TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione Europea*, cit.: «la Corte ha ritenuto nella pronuncia García Avello che tale libertà fondamentale implichi il diritto del cittadino a ottenere che la trascrizione del proprio nome nei registri di Stato civile dello Stato di residenza sia conforme [...] all'iscrizione [...] dell'altro Stato di cittadinanza». Si precisa che la Corte nella sentenza 5 maggio 2011 in C-434/09, *McCarthy*, non ancora nella Réc., precisa che tali diritti non spettano al cittadino che non eserciti il diritto di circolazione. La fattispecie – nozze tra una cittadina britannica e un cittadino giamaiicano, clandestino – rende sospetta la decisione. Infatti anche in *Zhu and Chen* non vi era stato esercizio del diritto di circolazione da parte della bambina. Forse a causa della reazione irlandese (vedi *infra*) costituita dalla introduzione del XXVII emendamento costituzionale la Corte ha dato prova di moderazione, senza smentire espressamente il proprio precedente, e comunque motivando alquanto sommariamente. Anche nella sentenza 15 novembre 2011, *Dereci*, in C-256/11, non ancora nella Réc., la Corte, solo apparentemente torna indietro rispetto alla sentenza *Zhu*. Trattasi di questioni pregiudiziali sollevate da giudici amministrativi austriaci circa la pretesa di cittadini turchi, sposati con donne austriache, alcuni dei quali con figli minori, a permanere stabilmente in Austria. La Corte, pur riaffermando la dottrina *McCarthy*, e quindi la inapplicabilità della direttiva 2004, rimette al giudice nazionale la verifica se l'espulsione dei detti cittadini violi l'art. 8 CEDU – se non collegata al diritto comunitario – o l'art. 7 Carta Dir. Fond. – in caso di collegamento –. Sostanzialmente la Corte preferisce suggerire al giudice nazionale di applicare i principi della CEDU – e quindi di aprire la strada a un ricorso alla CtEDU in caso di diniego da parte del giudice nazionale. Del resto, la CtEDU si è pronunciata sul punto in senso favorevole alla situazione di un iraniano espulso per reati dalla Danimarca, dove aveva moglie e due figli: sentenza *Amrollahi*, 11.7.02, ricorso 56811/00. Confermata da numerose altre, tra le più recenti, *Maslov*. In buona sostanza, la Corte si è dichiarata incompetente in caso di affare in cui il giudice nazionale 1) avrebbe dovuto accertare l'effettiva natura familiare del rapporto 2) in caso positivo, applicare l'art. 8 CEDU.

²⁷ Visto il necessario rispetto dei diritti garantiti dalla CEDU, va ricordato che nella nozione di famiglia si intendono compresi anche i figli naturali: CtEDU 26 maggio

1994, *Keegan*, anche nel caso in cui siano nati al termine della relazione tra i genitori, di mero fatto, e non siano mai stati affidati al padre – ricorrente nel caso di specie.

Vedi anche CGCE, sentenza 2 dicembre 1997 in C-336/94, *Dafeki*, Rec. 1997 I 6761, per la quale ogni stato membro deve attenersi ai certificati e atti analoghi dello stato civile del paese di origine del lavoratore, salvo contestarli fornendo prova contraria.

²⁸ CGCE sentenza del 17 settembre 2002 in C-413/99, Racc. 2002 I 7091; cfr. A. LANG, *Libera circolazione delle persone in ipotesi atipiche*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», 2003 pp. 470-474; S. MARZUCCHI, *Efficacia diretta del diritto comunitario di soggiorno: posso andare a vivere dove voglio?*, in «Giurisprudenza italiana», 2003, pp. 861-863.

²⁹ CGCE sentenza 7 luglio 1992 in C-370/90, Racc. 1992 I 4265.

³⁰ Cfr. la sentenza *Schempp* (CGCE, sentenza 12 luglio 2005 in C-403/03, Rec., 2055 I 6421), parr. 20-25.

³¹ Pubblicata in «Famiglia e Diritto», 2012, 665 con nota di M. GATTUSO.

³² Decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000 n. 396, pubblicato sulla GURI 303 del 30.12.00, in vigore dal 30.3.00 – art. 109 – contenente i regolamenti per la semplificazione e la revisione dell'ordinamento dello stato civile.

³³ Cfr. Corte di Giustizia Cee, sentenza 11 luglio 1985 in C-60 e 61/84, Rec., 1985, 2605, con cui si afferma che la Corte ha il potere di sindacare la legge nazionale alla luce della Cedu, intesa come insieme di principi generali, se la situazione non sia interamente rimessa al legislatore nazionale.

³⁴ Ribadiamo, con HONORATI, *Free Circulation Of Names For EU Citizens?*, cit., p. 394 «*the Court has continuously asserted his competence to scrutinize any rule of national law conflicting with EU law, regardless of his nature as long as it can prejudice the fundamental freedoms granted by the EC Treaty [...]*».

Cfr. F. GHERA, *Riflessioni sull'efficacia dei diritti fondamentali "comunitari" nei confronti degli Stati membri*, cit., che ricorda come «i diritti fondamentali, tutelati dalla (Corte) in quanto principi generali non scritti del diritto comunitario, possono essere fatti valere, oltre che nei confronti delle istituzioni, [...] anche degli atti degli Stati membri [...] che ricadano nello spazio di applicazione del diritto comunitario [...] sia quando [...] danno esecuzione al diritto comunitario, (sia) quando si tratti di atti statali con cui vengano apportate limitazioni alle libertà di circolazione [...] protette dal Trattato. In tali ipotesi [...] possono essere sindacati alla stregua dei diritti fondamentali [...]».

³⁵ L'attuale Testo della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, modificato dal Trattato di Lisbona e così denominato dal medesimo, è pubblicato nella GUUE 2010 C/83/02. Per la ratifica dell'Italia, si rinvia alla nota 3. L'originaria Carta di Nizza, redatta dalla Convenzione europea istituita dal Consiglio europeo di Colonia del 3-4 giugno 1999, era stata approvata nell'ottobre 2000 dal Consiglio Europeo e dal Parlamento e solennemente proclamata dal Consiglio Europeo a Nizza il 7 dicembre 2000, aveva il carattere di *weak law*, cioè sostanzialmente una rilevanza solo interpretativa. Era stata pubblicata nella GU 2000/C 364/01 come 'proclamazione solenne' ma non ebbe mai natura di Trattato o Regolamento. Il nuovo testo del 2007, adottato dal Parlamento, dal Consiglio e dalla Commissione (GU 2007/ 303/01) sarebbe entrato in vigore con il Trattato di Lisbona, che la rendeva, a norma dell'art. 1 n. 8 del Trattato stesso, che inseriva nel TUE l'art. 6.

³⁶ La Carta, ora parte dei Trattati, proibisce ogni discriminazione fondata sull'orientamento sessuale all'art. 21.

³⁷ Perché, come affermato nel testo, una materia pur estranea alle funzioni dell'Unione, e quindi sottratta all'efficacia della Carta dall'art. 51 della stessa, come il diritto matrimoniale diviene rilevante se la sua applicazione ostacola l'esercizio di un diritto previsto dai Trattati (sentenze *Grink*, *Garcia Avello*, etc.). Quindi l'ostacolo alla conservazione di uno status pel solo fatto di stabilirsi in altro Stato è un ostacolo al diritto alla circolazione delle persone, vitato, in più, se lo Stato di arrivo non riconosce i matrimoni omogeneici, anche perché la legislazione di tale Stato sostanzialmente discrimina, ai fini del matrimonio, sulla base dell'orientamento sessuale. E a questi fini non interessa che detto Stato non conceda tale diritto ai propri cittadini, perché lo status è anteriore e si è legittimamente acquisito nell'ordinamento di altro Stato membro (o paese SEE, vedi *infra*).

³⁸ Basti confrontare la nota decisione 138/10 della nostra Corte costituzionale, su cui non occorre alcun commento, e la sentenza C-577/11 della *Corte Constitucional* della Repubblica di Colombia, che non solo, pur in presenza di un articolo della Costituzione, il n. 44, che recita «*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla*» ha ritenuto sia 'famiglia' anche la coppia stabile omosessuale, ma ha esortato (leggi: condannato) il legislatore la provvedere a una effettiva equiparazione entro un termine, decorso inutilmente il quale dette coppie potranno solennizzare la loro unione avanti un notaio o un giudice con un contratto che avrà gli stessi effetti giuridici del matrimonio.

³⁹ Per inciso, la CGCE, in causa di pubblico impiego dei dipendenti delle istituzioni comunitarie, ha negato che, ai fini dei benefici previdenziali e assistenziali, l'unione registrata omosessuale di un proprio dipendente (svedese) fosse assimilabile a un matrimonio per mancanza di *consensus* tra gli stati membri: sentenza 31 maggio 2001 in C-122 e 125/99, D/Consiglio e altra, per poi mutare orientamento a seguito della Direttiva del Consiglio 27 novembre 2000 n. 2000/78 (G.U.C.E. L. 303 del 2.12.00) nel caso *KB* (da me commentato su «Rassegna mensile dell'Avvocatura dello Stato», 2004, pp. 135-137) a proposito di coppia, non potutasi sposare per la impossibilità di rettifica dell'atto di nascita nel diritto inglese, formata da un uomo e da un transessuale MtF. Va detto che lo statuto del personale è stato modificato nel senso di estendere i diritti spettanti a coniugi alle Unioni di Fatto, nel 2004.

⁴⁰ È importante svolgere alcune considerazioni testuali. Il Trattato SEE è finalizzato al rafforzamento del commercio e delle relazioni economiche tra i Paesi dell'UE e alcuni Paesi dell'EFTA, tra cui Norvegia e Islanda, mediante la applicazione del principio di libera circolazione delle persone (art. 1 co. 1 e co. 2, lett. B). Ora, l'art. 28 riproduce l'art. 48 trattato Cee aggiungendo il comma V, che dispone che «[l]'Allegato V contiene specifiche previsioni sulla libera circolazione dei lavoratori; in particolare, il testo originario dell'Allegato si riferiva al Regolamento 1612, con l'espressione «[g]li atti si riferivano a: (omissis) . 2) Reg 1612/68 etc.».

⁴¹ Delibera reperibile all'indirizzo <<http://www.efta.int/legal-texts/eea/adopted-joint-committee-decisions.aspx?folderId={A7695512-CC7C-46AD-B752-BFA5A8DC9483}&Page=2>> (ultimo accesso 24.07.2013). La delibera è entrata in vigore l'8.12.07; ex art. 7 del Trattato SEE, si ricorda, che le Direttive recepite hanno per gli Stati SEE lo stesso effetto delle direttive comunitarie, vincolando nel fine gli Stati, in ogni caso, poiché la direttiva 2004/38.

Il Trattato istitutivo dello Spazio Economico Europeo, fatto ad Oporto il 2 maggio 1992, entrato in vigore il 1.1.94 e pubblicato sulla GU L1 del 3.1.94, è un accordo di associazione che riproduce numerose norme del Trattato Cee rendendole applicabili agli

Stati terzi, cioè la Norvegia, il Liechtenstein e l'Islanda, membri, com'è noto, dell'EFTA. Il Trattato SEE riproduce agli artt. 28 e 29 gli artt. 48 e 49 Trattato Cee e rinvia al suo allegato V all'art. 28 co. V. Allegato che contiene numerose norme in materia di circolazione delle persone, tra cui il Reg. 1612/68. Ora, sappiamo che la parte per noi più interessante del regolamento è stata sostituita (intendiamo gli artt. 10 e 11) dalla complessa regolamentazione della direttiva 2004/38. Il Trattato di Oporto, per l'aggiornamento degli Allegati in questione, prevede la pronuncia di una decisione da parte di un Comitato Misto (art. 102); in particolare gli Organi della UE devono informare rappresentanti Efta di eventuali modifiche di atti normativi facenti parte degli Allegati. Nel caso che ci riguarda, la decisione 158 motiva «dato che [...] 3) la Direttiva 2004/38 del Parlamento e del Consiglio [...] sul diritto dei cittadini dell'Unione e i membri delle loro famiglie di circolare e risiedere liberamente sul territorio degli Stati membri [...] modificando il regolamento 1612 [...] deve essere incorporata nell'accordo [...] 6) e abroga, con effetto dal 30 aprile 2006, gli artt. 10 e 11 del regolamento 1612 [...] che è parte dell'accordo [...] ha così deciso: art. 1) l'Annesso VIII all'accordo deve essere così emendato: il testo del punto 3 [...] riferito alla Direttiva 73/148/Cee deve essere sostituito dalla direttiva 2004/38». L'annesso VIII si riferisce al diritto di stabilimento e le correzioni apportate consentono ai pensionati, che abbiano lavorato in Paesi EFTA, di rimanervi, e viceversa. All'art. 2 si modifica l'Annesso V, riferito alla circolazione dei lavoratori, sostituendo gli artt. 10 e 11 del regolamento 1612 con la direttiva 38. La decisione, entrata in vigore il giorno successivo, e pubblicata sulla GU L 124 del giorno 8.5.08, ha così inserito negli allegati all'accordo SEE tale direttiva, rendendola parte dello stesso, e con ciò obbligatoria anche per i Paesi EFTA. Ovviamente, il termine fissato nella direttiva essendo scaduto e le sue norme essendo precise e dettagliate, le sue norme vanno considerate alla stregua di un regolamento. Infatti, nella sentenza EFTA *Surveillance Authority/Iceland* la Corte Efta (sentenza 29.10.08 in causa E-2/08, vedila pubblicata sul sito della Corte <www.efracourt.int> (ultimo accesso 24.07.2013)) ha statuito che se la decisione del comitato congiunto di recepire una direttiva negli allegati (direttiva il cui termine di attuazione potrebbe essere scaduto, visto il gap temporale tra l'adozione della direttiva stessa e la sua recezione nell'accordo SEE) non fissa un termine per l'adempimento, esso deve considerarsi scaduto il giorno della entrata in vigore della decisione stessa.

⁴² CtEDU, sentenza 28 giugno 2007, *Wagner*, resa in caso di non riconoscimento – lussemburghese – di provvedimento di adozione a donna non sposata, il Tribunale – che vanamente aveva investito due volte la Corte costituzionale della questione di legittimità dell'art. 370 c.c., e questo si chiama coraggio e senso civico, non aveva potuto che rigettare la richiesta di *exequatur*, con sentenza confermata in Appello e Cassazione. Premessa l'esistenza di una famiglia di fatto, la Corte ha dichiarato la violazione dell'art. 8 CEDU, operata dal Lussemburgo nel non accordare alla ricorrente l'adozione piena, ma solo quella parziale. Ciò comporta inenarrabili ostacoli nella vita quotidiana e il disconoscimento di una realtà familiare esistente. «Le Corti lussemburghesi non potevano ragionevolmente rifiutare di riconoscere i legami familiari che preesistevano de facto tra le ricorrenti e così prescindere da un reale esame della situazione...le giustificazioni addotte dallo Stato [...] ossia la stretta osservanza dell'art. 367 c.c. [...] non sono sufficienti ai fini dell'art. 8 co. 2 CEDU». Altrimenti detto, lo Stato non deve osservare le disposizioni interne e inderogabili sull'istituto richiamate dalla pertinente norma di diritto internazionale privato (ivi, l'art. 370 c.c.) ma giudicare in concreto: esiste una famiglia?

In concreto, e coniugando i principi di *Wagner* con quelli di *Schalk e Kopf* (sentenza 24

giugno 2010) per cui (parr. 91 e segg.) «la nozione di famiglia non è confinata alle relazioni fondate sul matrimonio ma comprende i legami di fatto, laddove le parti convivano [...]. È artificioso mantenere il punto di vista che [...] una coppia dello stesso sesso non possa godere ai fini dell'art. 8 di una vita familiare [...] è inevitabile riconoscere la validità dei matrimoni omogenerici contratti all'estero. Trattasi di famiglie preesistenti, non possono essere disconosciute – salvo grossolane simulazioni».

⁴³ Fatta a L'Aja e aperta alla firma il 29 maggio 1993, sottoscritta dall'Italia l'11 dicembre 1995 e ratificata dal Capo dello Stato con strumento depositato il 18.1.00 previa autorizzazione con L. 31 dicembre 1998 n. 476, pubblicata in GURI n. 8 del 12 gennaio 1999, in vigore dal 27 gennaio 1999. La Convenzione è entrata in vigore (art. 46) dopo il terzo strumento di ratifica il 1 maggio 1995, per l'Italia il 1 maggio 2000, cioè dopo tre mesi dal deposito della ratifica, ex art. 46 co. 2a).

⁴⁴ Trattasi di un grossolano errore del legislatore. La Convenzione stessa afferma che il suo campo di applicabilità è limitato al caso dell'espatrio di un minore dallo Stato di origine a quello di adozione. Dunque, il caso della coppia di italiani che abbia vissuto all'estero per ragioni diverse dal procurarsi un figlio adottivo, non è contemplato dalla Convenzione e dovrebbe essere trattato alla stregua dei principi generali: sotto il profilo processuale, quindi, mediante la mera delibazione – soggetta al limite dell'ordine pubblico internazionale – di cui all'art. 65 L. 218. Invece le norme, aggiunte dalla legge di ratifica alla L. 184, si applicano a tutte le adozioni di un minore straniero. Il legislatore, però, ha la discrezionalità – in sede di ratifica di un trattato – di estendere, se il trattato non lo vieta, le disposizioni di questo anche a casi da esso non contemplati. Anche, peraltro, se il trattato ciò vietasse, la unica conseguenza, non potendo una Convenzione, recente, di cui attualmente sono parti solo 89 Stati, essere considerata fonte di *jus cogens* – con le relative conseguenze in tema di costituzionalità per violazione dell'art. 10 Cost, sarebbe la responsabilità internazionale dell'Italia. Cfr. Corte cost. 183/94.

Come osserva esattamente G. MAGNO, vedi nota che segue, da una parte, le disposizioni degli artt. 29 e ss. della L. 184 vanno interpretate restrittivamente perché speciali, dall'altra l'art. 35 e l'art. 36 si riferiscono a tre fattispecie diverse: l'art. 35 alle adozioni internazionali in cui si è proceduto a norma della Convenzione, l'art. 36, ai primi tre commi, a quelle cui si è proceduto fuori dalla sfera di applicazione della Convenzione, per non essere lo Stato di origine parte della stessa, e l'art. 36 co. 4 alle adozioni di persone da lungo tempo, e quindi per ragioni diverse da un presunto 'turismo adottivo' abbiano risieduto all'estero, dove hanno chiesto e ottenuto l'adozione: e se nei primi due casi si dettano i criteri da rispettare ai fini della delibazione, nel terzo l'unico criterio è quello del rispetto dei principi generali della stessa. Dunque l'art. 35 co. 3 non si applica al caso di adozione di cui all'art. 36 co. 4. L'A. conclude: «pur dovendosi ritenere sacrosanto che ogni Stato conservi l'ordinamento che più gli conviene, è altrettanto giusto rispettare le idee degli altri e consentire ai propri cittadini – almeno quando vivono e risiedono all'estero da un certo tempo – di avvalersi delle leggi del paese in cui abitano [...] in questo equilibrio convivono ottimamente l'identità nazionale, i buoni rapporti internazionali, i diritti dei cittadini e in special modo quelli dei minorenni».

⁴⁵ Sul punto vedi F. BILOTTA, in *Omogenitorialità*, a cura di A. Schuster, Mimesis, Milano-Udine 2011, p. 210.

⁴⁶ Sulla inammissibilità di adozione da parte di persona *single* vedi Cassazione Civile, sez. I, 6078/06, in «Foro Italiano», 2006/ 1/1726; conforme, quantunque il ricorrente fosse stato residente all'estero da oltre due anni ex art. 36 co. 4 L. 184, Cass. I civ. 3572/11,

che dichiara comunque applicabile l'art. 35 co. 3, e che dichiara prevalente il sistema di cui agli artt. 29 e ss. L. 184 sull'art. 65 L. 218/95, in quanto speciale. Vedi le decise note contrarie di G. MAGNO, in «Il diritto di Famiglia e delle persone», 2012, I, p. 131-146; di M.A. ASTONE, *La delibazione del provvedimento di adozione internazionale di minore a favore di persona singola*, in «Famiglia e Diritto», 7, 2011, p. 697.

⁴⁷ *Infra*, nota 43. La Convenzione è stata ratificata da quasi tutti gli Stati del mondo, in ambito ONU e previa approvazione dell'Assemblea generale, ed è un Trattato non prevalentemente procedurale, come la citata convenzione di L'Aja sulla adozione internazionale, ma espressivo di principi largamente figuranti in altri ambiti convenzionali. Si potrebbe sostenere che l'art. 3 sulla assoluta preminenza del criterio dell'interesse del minore – anche sull'ordine pubblico internazionale – configuri ormai una norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta, la cui violazione comporta la violazione dell'art. 10 Cost.

⁴⁸ Nota 38.

⁴⁹ E quindi ogni adozione pronunciata da un'autorità dell'Unione nei confronti di soggetti di qualunque nazionalità, la cui famiglia risieda nel territorio dell'Unione, nonché ogni adozione, pronunciata legittimamente da un'Autorità di uno stato terzo, quando ne sia parte un cittadino europeo.

⁵⁰ Cfr. BILOTTA, in *Omogenitorialità*, a cura di A. Schuster, cit., che però indica come rilevante, il Regolamento 2201/03, invece non pertinente, perché il suo art. 1 co. 3 b) esplicitamente esclude dal campo di applicazione l'adozione. Quanto alla norma della Convenzione dei diritti dell'infanzia, pure citata dall'A., e da noi *infra*, cioè l'art. 3, essa è ovviamente recessiva a fronte dell'identica norma dell'art. 24 Carta Dir. Fond., che deve trovare esclusiva e cogente applicazione nel caso di specie.

⁵¹ Legge n. 7 dell'8 aprile 1981, sui figli, art. 3 comma 2, a seguito delle modifiche di cui alla Legge 53 del 27 giugno 2008, Articolo II, paragrafo 3.

⁵² Nel territorio dell'Unione, ciò è consentito, a titolo gratuito, solo in Belgio e nei Paesi Bassi; in Gran Bretagna – dopo una proibizione penale della *surrogacy* a titolo gratuito, giusta il *Surrogacy Arrangements Act* 1985, giusta il *fertilization and human reproduction act* 2008, art. 54 – invece è ammesso il rimborso delle spese, generalmente determinato da una Corte. In molti Stati dell'est Europeo, principalmente in Ucraina, in Canada e negli Stati Uniti (a seconda degli Stati o delle Provincie) la *surrogacy* è largamente ammessa.

⁵³ Per tutti: C.M. BIANCA, *La Famiglia, le Successioni*, in *Diritto Civile*, Vol II, Giuffrè, Milano 1985, p. 299 e segg.

⁵⁴ Aperta alla firma il 20 novembre 1989 a New York, dopo essere stata approvata dalla Assemblea generale dell'ONU; in vigore dal 2 settembre 1990, data del ventesimo strumento di ratifica; per l'Italia, adesione il 26.1.90, autorizzazione alla ratifica approvata con L. 27 maggio 1991 n. 176, pubblicata sulla GURI 11.6.91 n. 135-SO, legge in vigore dal 12.6.91, convenzione ratificata il 5.9.91 e in vigore dal 5.10.91.

⁵⁵ Abbiamo limitato la nostra faticosa analisi all'Unione Europea e ai paesi SEE. In Austria: *Bundsgesetz über die eingetragene Partnerschaft (EGP)*, vigente dal 1.1.10, di cui segnaliamo gli artt. 6, che prevedono la solenne dichiarazione di fondare una EGP davanti all'Ufficio di Stato Civile, resa contemporaneamente dalle due parti presenti (cosa vietata dal fortunatamente abortito ddl sui DICO dell'On Bindi, che prevedeva dichiarazioni separate – onde non imitare la cerimonia matrimoniale – da comunicarsi via raccomandata con a.r.: omettiamo ogni commento); l'art. 43, che contiene l'elenco categorico delle disposizioni relative ai coniugi estesi ai partner, tra cui quelle relative alla successione.

In Germania: la *Eingetragene Lebenspartnerschaft* venne introdotta con legge; anche in Germania è prevista una dichiarazione dei partner, pubblica e contestuale, all'Ufficio di Stato civile (art. 1), ma i diritti dei partner sono più ampi, includendo quello di scegliere un nome comune (art. 3). Lo stesso sistema vige nella Repubblica Ceca (legge 26 gennaio 2006 n. 115/06, senza diritto di adozione, dove però non sono riconosciuti benefici fiscali e previdenziali). In Ungheria esiste un'unione registrata che invece è equiparabile – salvo le adozioni – al matrimonio (L. 29/09 del 1.7.09). Limitati, invece i diritti della *partnership* in Slovenia. In Finlandia, dal 2002 (*Lakirekisteröidystäparisuhteesta* n. 950 del 10.11.01), vigente dal 1.3.02 è riconosciuta la *civil partnership*, con diritti eguali – salvo l'adozione (art. 9 co. 2), al matrimonio (art. 8 co. 1). In Francia, invece, il PACS (*Loi* 99-944) è aperto a tutte le coppie anche eterosessuali e prevede un istituto contrattuale, cui sono collegati numerosi benefici fiscali, ma scarsissimi diritti, prova ne sia che un partner non è erede legittimo dell'altro. In Lussemburgo, la legge sulle *Partnership* (L. 29.7.04 vigente dal 1.11.04) è mutuata su quella francese. Nel mondo di *common law*, invece, la situazione è più fluida. Comunque il *Civil partnership Act* britannico del 2004 riserva l'istituto alle coppie LGBT, prevede un istituto praticamente eguale al matrimonio, pubblicazioni incluse, e all'art. 71 statuisce i medesimi effetti successori; la legge vale in Scozia e nell'Irlanda del Nord con minime variazioni. In Eire vige il *Civil Partnership Bill* 3009 promulgato il 19 luglio 2010, che prevede sia una *partnership* registrata, riservata alle coppie gay e lesbiche, con reciproco diritto di successione, ed equiparazione alle coppie sposate sotto la quasi totalità degli aspetti fiscali e previdenziali, ma senza la possibilità di adottare come coppia, sia una coabitazione (di coppie etero e omosessuali) che diviene qualificata dopo 2 o 5 anni, e che attribuisce diritti e doveri inerenti alla organizzazione della vita familiare. Nel Liechtenstein, vedi la legge 16 marzo 2011, vigente dal 1 settembre 2011, che introduce una *Partnerschaft* riservata agli omosessuali (art. 2 n. 1 senza *jus adoptandi* (art. 25).

Pochi Stati dell'Unione o del SEE ammettono l'adozione da parte di coppie LGBT. La legge più liberale è senz'altro quella britannica (*Adoption and Children Act* 2002) che la consente anche a coppie non sposate o a *single*, dello stesso sesso o di diverso sesso (artt. 49, 144). In Belgio, la legge 18 maggio 2006, pubblicata il 20 successivo, modifica l'art. 343 del *code civil* aprendo l'adozione a coppie dello stesso sesso, sposate, registrate o anche solo conviventi da almeno tre anni. Nel Regno dei Paesi Bassi, la notissima legge del 21 dicembre 2000, in vigore dal 1.4.01, pubblicata nello *Staatsblad* 10 dell'11.1.01, emenda l'art. 227 del locale Codice civile consentendo l'adozione, oltre che ai *single* e alle coppie sposate (eventualmente dello stesso sesso) anche a quelle conviventi da almeno tre anni; in Spagna, la nota L. 13 del 2005 ha modificato l'art. 175 c.c. confermando il principio generale che l'adottante dev'essere una sola persona o una coppia sposata, anche del medesimo sesso. In Danimarca vige lo stesso principio, ma l'adozione alle *partnership* registrate è stata riconosciuta dal 2010; con l'attuale L. 532/12 del 12 giugno 2012, in vigore dal 15 giugno ha 1) introdotto il matrimonio omogenerico 2) abolito la *partnership* 3) consentito alle *partnership* anteatte di perdurare o di convertirsi in matrimonio: di conseguenza, i *single* (principio generale) le coppie sposate (anche LGBT) e le *partnership* perduranti possono adottare. In Svezia le *partnership*, esistenti dal 1995 (LU 28), hanno ottenuto dal 1.2.03 il diritto di adottare, nel 2009 è poi stato steso il matrimonio alle coppie LGBT, con gli stessi effetti in tema di adozione (Codice svedese degli Statuti 1987: 230, novellato e reso *gender neutral* dall'art. 1 del CSS 2009:253, vedi l'art. 1 che definisce il matrimonio: sono coniugi i due soggetti sposati tra di loro). La Legge 260/09

sopprime la legge sulla *partnership* dal 1.5.09 e le *partnership* in essere possono, a richiesta, essere equiparate a un matrimonio ai fini fiscali (art. 3). In Norvegia la *Partnership*, riservata a gay e lesbiche, è stata introdotta dalla Legge 30 aprile 1993, in vigore dal 1 agosto successivo, e il diritto di adottare è stato aggiunto dalla legge nel 2002; dal 1 gennaio 2009, grazie alla Legge 17 giugno 2008, è stato introdotto il matrimonio omogenerico senza sopprimere la *partnership* che però produce gli stessi effetti de matrimonio, *de jure*. Infine, in Islanda, la *Partnership* fu introdotta con decreto 564 del 1996, che riservava l'istituto alle coppie omogeneriche (art. 1), indi, pur equiparando la coppia a quella matrimoniale all'art. 6 escludeva lo *jus adoptionis*; con successiva legge 2 giugno 2006 era soppresso l'art. 6 estendendo il diritto di adottare; infine, con legge dell'11 giugno 2010 ha esteso il matrimonio alle coppie omogeneriche abrogando la *partnership* per il futuro. I partner attuali possono 1) divorziare 2) sposarsi 3) essere riconosciuti come matrimonio in via semplificata a semplice richiesta 4) in ogni caso assumono *ex lege* gli stessi diritti e doveri dei coniugi.

In Irlanda, Germania, Finlandia è ammessa solo la *step-childadoption* all'interno delle coppie LGBT.

È appena il caso di rilevare che degli Stati Fondatori solo l'Italia non ha mai adottato legislazione in materia. Degli stati della Unione a 15 l'Italia condivide il triste primato con la Grecia. Poiché il conservatorismo sociale ha un effetto disastroso su ogni innovazione sociale e anche economica, questo può risolvere, in questo momento di perdurante scommessa al ribasso sui nostri titoli di Stato (ottobre 2012) alcune perplessità sulle cause di tale atteggiamento dei mercati.

⁵⁶ Vedi il nostro art. 3 L 354/75 sull'ordinamento penitenziario, che disciplina un permesso speciale al detenuto per visitare il convivente in pericolo di vita.

⁵⁷ CGCE, sentenza 23 settembre 2003 in C-109/01, Akrich, Racc. 2003 I 9607. Su di essa vedi sempre BERNERI, cit.

⁵⁸ Cfr. le ottime conclusioni di BERNERI, *Ivi*, p. 347: come ex art. 9 Carta Diritti Fondamentali l'Unione demanda a ciascuno Stato la competenza legislativa sullo *jus nubendi*, e rispetta tale diritto nazionale, così ciascuno Stato membro deve rispettare e applicare il diritto degli altri Stati in *subjecta* materia. Pertanto «il diritto a costituire una famiglia secondo le leggi nazionali diviene diritto a vedere riconosciuto in tutto il territorio comunitario il proprio status familiare e i rapporti familiari costituiti in uno Stato membro in conformità del diritto di quest'ultimo».

Anna Lorenzetti

*La giurisprudenza nazionale di merito:
acquisizioni recenti e possibili sviluppi*

Convivenze more uxorio e coppie formate da persone dello stesso sesso

Il percorso di progressivo riconoscimento del diritto alla vita familiare per le coppie formate da persone dello stesso sesso ha preso il via, negli anni Settanta, dall'estensione, anche nei confronti dei conviventi *more uxorio*¹, delle tutele previste per i coniugi, cui è seguito un timido ampliamento settoriale per via legislativa².

La giurisprudenza di legittimità aveva riconosciuto rilievo alle unioni di fatto ai fini dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, ritenendo di includere, tra i redditi degli 'altri' familiari conviventi facenti capo all'interessato, anche quelli del convivente *more uxorio*³; il rilievo è altresì passato attraverso l'estensione delle tutele previste per il delitto di maltrattamenti in famiglia ex art. 572 c.p.⁴, mentre ne è stata negata rilevanza, rispetto all'applicazione della causa di non punibilità prevista per chi compia un reato costretto dalla necessità di salvare sé o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà e nell'onore⁵ e, in ragione del divieto di analogia *in malam* parte, ai fini dell'applicazione dell'aggravante per il reato di omicidio nei confronti di congiunti (art. 577, 2° co., c.p.).

Inoltre, la giurisprudenza di merito ha mostrato significative aperture circa l'applicabilità anche ai conviventi *more uxorio* della scriminante prevista per i delitti contro il patrimonio (art. 649, 1° co., n. 1, c.p.)⁶, in aperto contrasto con la maggioritaria giurisprudenza di legittimità⁷ e, in ambito civile, in tema di subentro nella locazione al decesso del convivente⁸, astensione dalla testimonianza⁹ e rimborso di spese mediche sostenute¹⁰.

Se a queste pronunce è possibile riconoscere il merito di aver sottratto all'area del 'vuoto giuridico'¹¹ rapporti affettivi spesso consolidati e sprovvisti di tutela, si rendono tuttavia necessarie due precisazioni.

Da un lato, trattandosi di interventi, frammentati e settoriali, la dottrina¹²

ha riconosciuto come non possa ritenersi che questi abbiano l'effetto di favorire il riconoscimento delle unioni di fatto, in particolare di quelle omosessuali, al contrario, rendendole implicitamente eccezione ad una 'regola' rappresentata dalla famiglia fondata sull'unione matrimoniale eterosessuale.

Inoltre, nell'ordinamento interno, ragionando sulla differenza fra coppie di fatto di sesso diverso e coppie dello stesso sesso, va tenuto conto di come, nel primo caso, la non giuridicità del legame rappresenta il frutto di una scelta espressione di «libertà dal diritto»¹³, a fronte della possibilità – comunque garantita – di accedere all'istituto del matrimonio, mentre nel secondo, è preclusa *ex lege* ogni forma di riconoscimento giuridico, anche alternativa al matrimonio. A ciò dovrebbe conseguire, paradossalmente, un minore portato estensivo delle disposizioni in materia di coniugio nei confronti delle coppie di sesso diverso che, pur potendo, hanno optato per la non regolamentazione¹⁴.

Peraltro, il vuoto legislativo con il quale le coppie *same-sex* devono confrontarsi impone ai giudici una continua verifica circa la configurabilità delle «specifiche situazioni» che, riprendendo quanto affermato dalla Corte costituzionale, richiederebbero «un trattamento omogeneo» rispetto a quello delle coppie coniugate (sentenza 138/2010, pt. 8 Considerato in diritto)¹⁵ e relativamente alle quali vanno registrate recenti e significative acquisizioni.

Acquisizioni recenti: il risarcimento del danno da morte del convivente

La risarcibilità del danno da morte del convivente *more uxorio*, tendenzialmente esclusa dalla giurisprudenza penale¹⁶, era stata accolta da quella civile di legittimità¹⁷, che ha superato un primo orientamento negativo da parte dei giudici di merito: in considerazione del fatto che le attribuzioni patrimoniali tra conviventi *more uxorio* costituiscono adempimento di un'obbligazione naturale, ai sensi dell'art. 2034 c.c.¹⁸, si sosteneva l'assenza di un obbligo giuridico a provvedere al mantenimento del partner, e quindi l'assenza anche del risarcimento in caso di decesso¹⁹.

L'iniziale posizione di chiusura²⁰ nei confronti dei diritti delle coppie di fatto era incentrata sulla valutazione del rapporto di convivenza quale libera scelta volta a sottrarsi alla giuridicità del legame coniugale. Tale scelta rendeva, per ciò solo, il convivente *more uxorio* carente di legittimazione ad agire per il risarcimento dei danni cagionati dall'uccisione del partner, salvo non dimostrasse che il fatto illecito aveva leso un suo diritto, derivante da legge o da patto nei confronti della persona offesa dal reato²¹. La concezione tradizionale, infatti, considerava danno risarcibile ex art. 2043 c.c., solo quello derivante dalla lesione di un diritto, condizione che il convivente *more uxorio* non

era in grado di soddisfare, non potendo vantare alcun diritto nei confronti del compagno/a, né quando questi era in vita (essendo i rapporti patrimoniali inquadrati nell'ambito di un'obbligazione naturale), né in caso di decesso per colpa di terzi (trattandosi di diritti inesistenti *ab origine*).

Tuttavia nel campo del diritto di famiglia, con accentuata vivacità, la realtà sociale 'entra' nello specchio e ne modella le fibre, ottenendo, a volte con forzature, un adeguamento dello strumento alle evidenze e alle esigenze dell'esperienza. Questa 'irruzione' avviene, com'è ovvio, con l'interpretazione e l'applicazione, ed è ciò a cui ci si riferisce quando si parla di «diritto vivente»²². In tal senso, il costume sociale ha creato una sorta di zona di confine nella quale l'esperienza che tradizionalmente ha nome di 'famiglia' si è venuta stemperando in modalità di convivenza differenti: così la costruzione, relativamente atipica, di legami di convivenza giuridicamente rilevanti ha determinato l'esigenza di cercare, esercitando le personali libertà o impegnandosi in forme di autonomia privata, forme di 'vincolo' diverse dal modello coniugale, in grado di offrire ai componenti della coppia condizioni analoghe di tutela.

Costituisce esplicitazione paradigmatica di questa tendenza evolutiva il riconoscimento della legittimazione del convivente omosessuale a costituirsi parte civile per ottenere il risarcimento dei danni (patrimoniali e non) derivanti dalla morte del partner che è stato affrontato, per la prima volta, dal GUP del Tribunale di Roma²³ e, successivamente, dal Tribunale di Milano²⁴, in entrambi i casi con esito positivo e che, dunque, può essere considerata una recente acquisizione in tema di riconoscimento alla vita familiare per le coppie *same-sex*.

Nel 2009, il Tribunale di Milano riconosce la risarcibilità del danno (patrimoniale e non) ex art. 2059 c.c., in favore del convivente superstite, sulla base dello stabile e duraturo rapporto affettivo e di convivenza con la vittima del sinistro, rapporto caratterizzato da mutua assistenza morale e materiale che, accertato mediante prove testimoniali, aveva già legittimato la costituzione in giudizio del partner di fatto. Nel caso in esame, il danno non viene connesso ad uno *status* o ad un particolare orientamento sessuale, ma alla sofferenza – propria della condizione umana – derivante dalla perdita della persona con cui si condivideva l'esistenza, a nulla rilevando che si tratti di una coppia *same-sex*²⁵.

Nel riconoscere la risarcibilità del danno da morte del convivente, il giudice torna più volte sulla questione di come ciò non comporti l'equiparazione della convivenza omosessuale non soltanto ad un rapporto di coniugio foriero di precisi diritti e doveri riconosciuti dall'ordinamento, ma pure alla famiglia tanto legale, quanto di fatto. Queste valutazioni, quasi una *excusatio non petita* criticabile nella misura in cui appaiono voler delimitare la propagazione – in via analogica – degli effetti della pronuncia in altri casi, sembrano implicitamente

ammettere una sorta di legittimazione al risarcimento differente e differenziata per persone (e coppie) ritenute differenti da un paradigma assunto a modello di riferimento.

In realtà, se dal punto di vista relazionale la convivenza tra persone dello stesso sesso non si differenzia dalle unioni sentimentali statisticamente maggioritarie (ovvero quelle eterosessuali, consacrate o meno dal vincolo del matrimonio), è il riconoscimento tributato a queste ultime dall'ordinamento a fare la differenza. Ma anche se, allo stato attuale, è pacifico che un rapporto di convivenza fra due persone unite da un legame affettivo caratterizzato da stabilità e da mutua assistenza morale e materiale non può essere qualificato come 'famiglia legale', al contrario non si comprende la ragione per cui tale relazione non possa essere inquadrata come famiglia di fatto. Né di converso si comprende quali sarebbero, a parere del giudice, le ipotesi in quest'ultima inquadrabili, se non quelle fondate su una relazione affettiva stabile e duratura ma mancanti di un riconoscimento giuridico.

Dall'analisi di tale pronuncia emerge un altro dei tratti evolutivi del sistema rappresentato dal riconoscimento del declino del modello fondato sulla famiglia-istituzione, alla quale il codice civile era rimasto ancorato e a cui si è progressivamente sostituito quello della famiglia come comunità, come luogo di incontro e di vita comune dei suoi membri, tra i quali si stabiliscono relazioni di affetto e di solidarietà riferibili a ciascuno di essi²⁶, quale «sfera intangibile di affetti e di reciproca solidarietà»²⁷ al cui interno può trovare piena esplicazione la persona umana.

Se è la famiglia come comunità a costituire il bene leso dall'illecito, allora appare evidente come, ai fini risarcitori, non debba né possa rilevare in alcun modo il sesso dei partner, che non può essere fattore impeditivo alla configurabilità della perdita del/la compagno/a quale fatto illecito, risarcibile come danno ingiusto. Altrettanto criticabile è l'affermata estraneità, ai principi che animano la nostra Carta costituzionale, dell'interpretazione della Convenzione europea dei diritti umani, offerta dalla Corte di Strasburgo, in tema di equiparazione dei diritti di una coppia omosessuale ad una coppia sposata, smentita dalla feconda giurisprudenza di matrice euro-comunitaria²⁸.

Anche questo passaggio mette in luce il tentativo di circoscrivere l'effetto e la portata della pronuncia a fronte di un'evidenza che non avrebbe potuto comunque ammettere alcun diverso esito, posto che, per consolidata giurisprudenza, al convivente superstite è riconosciuta la risarcibilità del danno, conseguente alla morte della persona con la quale aveva una stabile ed effettiva relazione affettiva di convivenza, derivante da fatto illecito. Un diverso esito avrebbe dunque significato un trattamento differenziato sulla base del sesso o comunque dell'orientamento sessuale, sicuramente in contrasto con

la Costituzione e con il diritto sovranazionale²⁹, posto che se il convivente superstite fosse stato di un altro sesso, avrebbe visto riconosciuto senza indugi il diritto al risarcimento del danno tanatologico derivante da fatto illecito.

Al di là di questi profili critici, il Tribunale, in conclusione, arriva a riconoscere che la sofferenza del convivente superstite è pari a quella che il medesimo evento avrebbe provocato in una coppia di sesso diverso, dunque anche non sposata; tuttavia, pur a fronte di tale constatazione, il giudice ribadisce nuovamente come, in tal modo, si sia voluta accordare una tutela ad una situazione affettiva e di convivenza stabile, senza per ciò implicare il riconoscimento di diritti simili o uguali a quelli derivanti da un matrimonio civile.

Alla luce degli spunti di riflessione successivamente offerti dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 138/2010, in particolare laddove riconosce la necessità di un trattamento omogeneo fra coppie coniugate e unioni di fatto (pt. 8, CID), la sentenza milanese rappresenta, nonostante tutto, un approccio importante in quanto conferma la risarcibilità del danno da fatto illecito (la cui monetizzazione è rinviata a un separato giudizio in mancanza degli elementi per effettuare una precisa quantificazione) che cagioni la morte del convivente di una coppia *same-sex*.

In questa prospettiva, va condiviso il giudizio sulla natura tendenzialmente egualitaria della responsabilità civile, posto che, se da un lato, l'illecito e le conseguenze dannose sono cieche rispetto alle differenze, siano esse di sesso, genere, colore, nazionalità o condizione sociale³⁰, dall'altro il risarcimento del danno dovrebbe essere espressione di quel fondamentale principio di pari dignità sociale iscritto nell'art. 3 Cost.³¹.

I diritti previdenziali

Mutatis mutandis, sui medesimi binari della sopra richiamata sentenza, si colloca una pronuncia che ha deciso a favore del riconoscimento, per il convivente omosessuale, del diritto di usufruire dei benefici erogati dalla Cassa Mutua nazionale per il personale delle banche di credito cooperativo³², 'beneficio' spettante ai conviventi *more uxorio*.

In specie, il Tribunale di Milano ha ritenuto che il riferimento alla convivenza non potesse essere inteso come etimologicamente connotato da una distinzione tra eterosessualità o omosessualità della coppia³³.

In sede di appello l'esito della sentenza di primo grado è stato confermato, con il riconoscimento del diritto ad una vita familiare e del carattere arbitrario e discriminatorio dell'eventuale esclusione del partner *same-sex*, dai benefici previsti per il convivente³⁴. Di rilievo il richiamo alle parole della

Corte costituzionale, laddove ha ‘consacrato’ nel novero delle formazioni sociali «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» (sentenza n. 138/2010), nonché alle affermazioni della Corte europea dei diritti umani³⁵. L’aspetto forse più interessante della pronuncia, è dato dallo ‘scalpore’ con il quale è stata accolta, non giustificabile alla luce della formulazione dello Statuto della Cassa che non lasciava margini interpretativi, facendo riferimento all’espressione neutra di convivente *more uxorio*. In tal senso, la Corte d’appello ha esplicitamente riconosciuto che «nell’attuale realtà politico-sociale la convivenza *more uxorio*, intesa quale comunione di vita caratterizzata da stabilità e dall’assenza del vincolo del matrimonio, nucleo familiare portatore di valori di solidarietà e sostegno reciproco, non è soltanto quella caratterizzata dall’unione di persone di sesso diverso, ma è altresì quella propria delle unioni omosessuali alle quali il sentimento socialmente diffuso riconosce il diritto alla vita familiare propriamente intesa»³⁶.

Permesso di soggiorno per il coniuge same-sex

Un importante approdo cui è recentemente giunta la giurisprudenza di merito è rappresentato dal riconoscimento del titolo di soggiorno per il coniuge *same-sex*, cittadino non Ue, di un cittadino europeo, residente in Italia³⁷.

In precedenza, la questione del riconoscimento del titolo di soggiorno «per motivi familiari»³⁸ proveniente da una coppia formata da un cittadino italiano e un cittadino extra Ue era stata rigettata: in realtà, l’istanza, supportata da una certificazione ufficiale che attestava l’esistenza e il riconoscimento dell’unione da parte dello Stato di provenienza del partner³⁹, era stata accolta in primo grado sulla base di una lettura costituzionalmente orientata delle norme in materia e sulla scorta dell’efficacia del provvedimento emesso dallo Stato estero⁴⁰; il provvedimento era stato poi revocato in secondo grado e in Cassazione, in virtù della non equiparabilità della condizione di partner di fatto di un cittadino italiano, a quelle di coniuge, della non estendibilità della nozione di «familiare» – dettata specificamente per la disciplina del fenomeno migratorio⁴¹ – al partner di fatto e sulla base della contrarietà all’ordine pubblico della norma straniera sulla base della quale era stata rilasciata l’attestazione di coppia di fatto⁴².

Ribaltando questo precedente, in una recente pronuncia, il Tribunale di Reggio Emilia, a fronte dell’assenza di qualsiasi forma di riconoscimento dell’unione *same-sex* nell’ordinamento interno e della conseguente impossibilità di ottenere i diritti riconosciuti al coniuge, fra cui quello il titolo di

soggiorno, ha accolto l'istanza, rifacendosi al diritto alla libera circolazione all'interno dell'Unione europea, con una significativa apertura che introduce oltretutto il dubbio di una possibile discriminazione per i cittadini italiani, cui non sono riconosciuti analoghi diritti.

Il richiamo a quanto contenuto nella sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 2010, che ha affermato il «diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia», ha indotto il giudice reggiano ad individuare in questo caso una delle situazioni eccezionali nelle quali vi è la necessità di un trattamento omogeneo rispetto alla coppie coniugate, sia pure con la precisazione che non si tratta di un riconoscimento di un nuovo *status*, quanto piuttosto di un punto di equilibrio fra le prerogative statali e il diritto individuale ad una vita di coppia.

Al di là dei profili critici incentrati sul trattamento differenziato (e deteriore) per le coppie formate da almeno un componente con cittadinanza italiana, è di rilievo porre l'accento sul riconoscimento del diritto ad una vita familiare per le coppie *same-sex*, frutto dell'interpretazione evolutiva delle parole della Corte costituzionale che, se da un lato ha riconosciuto la discrezionalità del legislatore nel disciplinare la materia, dall'altro ha certamente inteso 'parlare' ai giudici⁴³.

La giurisprudenza di fronte all'omogenitorialità

Nonostante sul piano interno venga ancora considerata un tabù e contrariamente a quanto generalmente si ritiene, la questione dell'omogenitorialità rappresenta una realtà relativamente frequente⁴⁴. Sono numerosi i casi in cui il legame di filiazione è precedente alla relazione *same-sex* o in cui il 'progetto procreativo' a cui tende la coppia si è realizzato all'estero. A fronte del fenomeno della circolazione delle esperienze giuridiche⁴⁵ e delle persone, queste ipotesi di vita vissuta, che rappresentano formazioni analogamente idonee all'educazione ed alla cura dei minori⁴⁶, costringono la giurisprudenza nazionale a confrontarsi con istituti vietati o non disciplinati in Italia.

In proposito, è interessante ripercorrere un caso che ha visto il rifiuto di trascrivere un provvedimento di adozione di un minore emesso da una corte statunitense a favore di due persone dello stesso sesso regolarmente coniugate⁴⁷, sulla base della contrarietà all'ordine pubblico⁴⁸.

Nonostante l'istanza fosse stata presentata da uno solo dei componenti della coppia⁴⁹, il Tribunale ha indicato il matrimonio quale requisito irrinunciabile⁵⁰ e, visto il non riconoscimento in Italia del *same-sex marriage*, ha affermato la contrarietà ai «nostri principi etici e sociali» del provvedimento straniero di adozione.

In assenza di un'argomentazione giuridica più complessa del semplice rinvio alla tradizione, l'esito della vicenda appare determinato dalla convinzione della necessaria eterosessualità del matrimonio (e della coppia di genitori), posta la completa assenza di una valutazione dell'interesse del minore e posto il diverso esito in vicende analoghe che hanno interessato *single* o coppie di fatto eterosessuali che, dopo aver adottato in paesi esteri, avevano richiesto il riconoscimento del provvedimento in Italia⁵¹.

Un equivoco sembra oltretutto confermare il pregiudizio alla base del ragionamento del Tribunale, ovvero l'apparente centralità del dilemma sul consentire o meno la creazione di un rapporto genitoriale tra un minore e due persone dello stesso sesso⁵². Problema non pertinente, in quanto, nel caso di specie, l'istanza era stata presentata da un singolo e comunque il minore era già riconosciuto come figlio del ricorrente (e del coniuge) secondo l'ordinamento statunitense. Ma la circostanza che il rapporto di filiazione già esistesse, sia giuridicamente (nell'ambito dell'ordinamento straniero in cui era stato riconosciuto), sia concretamente, essendosi instaurato un legame affettivo fra il minore e coloro che egli considerava i propri genitori, non sembra aver avuto peso alcuno nell'analisi del giudice.

Queste osservazioni conducono a chiedersi se la decisione sia stata realmente assunta avendo come obiettivo l'interesse del minore che deve, o dovrebbe, sempre e comunque prevalere.

In questo senso, non si comprende in che termini il diniego di riconoscere un rapporto di filiazione, consolidato e giuridicamente riconosciuto da un altro ordinamento, potrebbe essere inteso come finalizzato alla migliore tutela del minore; questi infatti, a seguito della pronuncia, si è visto negare giuridicamente un legame con quelli che ha ritenuto, fino a quel momento, i propri genitori e dei quali aveva peraltro assunto il nome.

Nel giustificare il rigetto dell'istanza, il Tribunale fa riferimento al criterio dell'ordine pubblico, ovvero a «quell'insieme di principi fondamentali ed indefettibili del nostro ordinamento che non possono essere derogati senza grave turbamento dell'ordine sociale e senza urtare contro le basi etiche della nostra convivenza civile nazionale», non riempiendo tuttavia di contenuto una clausola generale che appare un mero guscio vuoto. Posta la delicatezza degli interessi coinvolti, il giudice non avrebbe dovuto semplicemente limitarsi a richiamare una clausola generale, presa a scudo di valori astrattamente proclamati, ma avrebbe meglio spiegato la sua funzione se avesse considerato i principi fondamentali iscritti nella nostra Costituzione, facendone prudente applicazione ad un caso di profonda complessità.

Lascia, perciò, perplessi l'apodittica affermazione, priva di idonea dimostrazione, per cui il riconoscimento di un legame di filiazione omogenitoriale, nato

mediante adozione ottenuta all'estero, verrebbe a turbare gravemente l'ordine sociale, urtando contro le basi etiche della convivenza civile nazionale.

Una delle motivazioni della sentenza rimaste inesprese si potrebbe rintracciare nel timore che un eventuale accoglimento della questione avrebbe potuto incoraggiare una sorta di 'turismo familiare' verso paesi che ammettono la possibilità di adottare o di accedere a tecniche di fecondazione medicalmente assistita anche alle coppie dello stesso sesso. Tuttavia, pure riconosciuta la possibilità di un tale rischio, si sarebbe dovuto ragionevolmente ritenere che tale situazione non potesse giustificare la compressione dell'interesse del minore coinvolto nel caso concreto⁵³. Peraltro, una simile analisi, che attiene più alla politica del diritto che al diritto degli affetti, appare in contrasto con il «diritto del minore ad una famiglia» sancito dalla legge n. 149/2001, la cui *ratio* dovrebbe essere di garantire al minore (che per essere stato dichiarato adottabile ha già subito un abbandono) la stabilità familiare.

Forse potrebbe riconoscersi come, piuttosto che dare una risposta concreta ad un'ipotesi certamente inusuale, il giudice ha ritenuto di interpretare la vicenda alla luce della necessaria e presupposta eterosessualità della coppia e del matrimonio, che tuttavia rappresenta una condizione (implicitamente) fissata dall'ordinamento e pertanto potenzialmente mutevole visto il suo carattere essenzialmente sociale e culturale, preferendola in sede di 'bilanciamento' rispetto all'interesse che deve sempre prevalere, ovvero quello del minore.

Quali possibili sviluppi?

Partendo dalla considerazione della progressiva e inesorabile erosione del paradigma eterosessuale del matrimonio⁵⁴, che si combina con una sempre più condivisa accettazione sociale delle coppie *same-sex*, è prevedibile pensare che la giurisprudenza, anche a seguito della circolazione delle coppie che importa forme di regolamentazione diverse da quelle proprie della tradizione giuridica interna, verrà interpellata nuovamente sull'estensibilità di norme e regole originariamente riservate alle coppie coniugate, anche alle coppie di persone dello stesso sesso, coniugate (all'estero) o meno; come visto soprattutto in alcuni ambiti, a marcare la differenza sembra essere non tanto la giuridicità del legame, in presenza del quale il caso concreto comunque è stato risolto negativamente⁵⁵, quanto il carattere omosessuale dell'unione.

Volendo offrire una rapida panoramica degli ambiti che potrebbero essere interessati da future prossime evoluzioni della giurisprudenza di merito, il primo settore di interesse è quello che riguarda la filiazione, recentemente protagonista di alcuni casi di cronaca.

La difficoltà nel trattare i casi di omogenitorialità potrebbe trovare una composizione attraverso la progressiva emersione del fenomeno nella realtà sociale, in particolare a fronte della circolazione di coppie provenienti da paesi che riconoscono la possibilità di adozione, di accesso a forme di procreazione medicalmente assistita, così come della *step parent adoption*⁵⁶, nonché nei casi di richiesta di tutela da parte delle realtà comunque esistenti.

Il precedente risolto negativamente dal Tribunale di Brescia sembra infatti poter essere superato in riferimento al superiore interesse del minore, alla luce della considerazione per cui non si tratterebbe comunque di dare vita ad un legame di genitorialità omosessuale, quanto più spesso di riconoscere un legame (giuridico e affettivo) già esistente e garantire una tutela e giuridica e una stabilità affettiva al minore.

In un caso di cronaca recentemente riportato dalla stampa⁵⁷, una coppia di donne (una con cittadinanza italiana e una spagnola) ha visto negare alla bambina concepita in Spagna grazie a tecniche di fecondazione assistita, l'iscrizione all'anagrafe degli italiani residenti all'estero (AIRE), in nome della presunta contrarietà all'ordine pubblico. La minore, che in Spagna era giuridicamente figlia di entrambe, era infatti stata partorita dalla cittadina spagnola, per cui la co-mamma, italiana, secondo l'ordinamento interno, non avrebbe titolo per trasmettere la cittadinanza. Il timore di addivenire a una qualsiasi forma di riconoscimento delle unioni *same-sex* è giunta a qualificare l'iscrizione di una minore ad un registro amministrativo come contraria all'ordine pubblico, in virtù di una condizione personale dei genitori, con un'aperta violazione dei diritti e degli interessi costituzionalmente garantiti, primo fra tutti, quello all'identità personale. L'interrogativo da considerare attiene alla possibile risposta che un giudice potrebbe ragionevolmente offrire, sembrando prevalente l'interesse del minore, in assenza di una prova concreta circa il rischio, per l'ordine pubblico, che il riconoscimento porterebbe con sé.

Analogamente, si pone il caso, su cui la giurisprudenza non si è ancora interrogata direttamente⁵⁸, della crisi di una coppia *same-sex*, che vede la necessaria regolamentazione dei rapporti fra il co-genitore, dunque il genitore non biologico, e la prole. Interessante è provare ad ipotizzare quale esito avrebbe il giudizio promosso verso il genitore non biologico che si rifiuti di partecipare alle spese per il mantenimento e all'assistenza morale, in nome della sua estraneità al minore. La verifica dei confini dell'ordine pubblico dovrebbe indurre a considerare una diversa prospettiva di bilanciamento rispetto all'interesse del minore che deve (o dovrebbe) comunque sempre prevalere. Questo a meno di non ritenere prevalente il paradigma eterosessuale della coppia e un astratto interesse dello Stato all'eterosessualità del vincolo coniugale. Ma trattandosi di affermazioni di principio, senza riscontro

pratico e che sembrano difficilmente motivabili, se non in riferimento ad opzioni ideologiche, non sembra che possano trovare spazio considerazioni che non risolvono il caso concreto sulla base del criterio del *best interest of the child*, interpretandolo alla luce delle persistenti e rigide regole di genere che 'impongono' come 'naturale' il requisito dell'eterosessualità della coppia, presupposto indispensabile per la creazione (o il mantenimento) del legame di filiazione. Questo anche nel caso in cui porti l'operazione ermeneutica con sé l'abbandono, o comunque la messa in discussione, del paradigma eterosessuale della coppia, effetto collaterale cui occorrerebbe inevitabilmente 'rassegnarsi'.

Sempre in tema di filiazione, anche l'accesso alla procreazione medicalmente assistita, consentito per le coppie di sesso diverso, anche non coniugate, induce a domandarsi se possa essere esteso, per via pretoria, un trattamento analogo anche alle coppie omosessuali. La rigidità della formulazione normativa non sembra lasciare spazi all'interpretazione, anche se andrebbe approfondito il fondamento del trattamento differenziato (e deteriore) che la legge 40/2004 configura, della cui compatibilità con il principio di uguaglianza è lecito dubitare. Eventuali ragioni che possono legittimare la disparità di trattamento sulla base di una condizione personale quale è l'omosessualità dovrebbero infatti essere adeguatamente approfondite e motivate, tenendo presente che le limitazioni devono comunque rispettare il criterio di ragionevolezza. Ma posto che la questione non chiama in causa il diritto del minore ma il diritto a divenire genitori⁵⁹, che pare trovare un limite proprio nella discrezionalità del legislatore, può ipotizzarsi che la questione verrebbe rigettata in nome della ragionevolezza della distinzione.

Un'altra ipotesi che potrebbe essere intesa come situazione eccezionale tale da imporre un trattamento omogeneo rispetto a quello delle coppie coniugate è quella che si riferisce ai permessi per le persone in stato di detenzione a favore del proprio partner o coniuge *same-sex*. In questo caso oltretutto, l'interesse contrapposto che, in un ipotetico bilanciamento, potrebbe essere invocato per negare i permessi, non sembra evidenziarsi con chiarezza, per cui un'eventuale decisione in questo senso difficilmente potrebbe essere sorretta da adeguata motivazione e giustificata nell'ottica della ragionevolezza. La compressione del diritto ad una vita familiare, costituzionalmente garantito anche alle persone in stato di detenzione, potrebbe infatti essere ammessa soltanto in presenza di cogenti ragioni di ordine pubblico e pubblica sicurezza; tuttavia, considerare i legami affettivi omosessuali, come in generale ogni altro tipo di legame affettivo (come riconosciuto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 494/2002, a proposito del riconoscimento dei figli incestuosi), contrari all'ordine pubblico non sembra in linea con la tutela della dignità della persona.

Casi di studio potrebbero essere considerati quelli che riguardano i regimi di tassazione e l'ambito successorio.

Nel caso in cui, ad esempio, il vedovo di un cittadino italiano, regolarmente coniugato all'estero, agisse in giudizio per vedersi riconosciuta la posizione nell'asse ereditario a seguito del decesso del proprio congiunto, potrebbe il giudice ignorare la creazione di un legame giuridicamente valido, sia pure in un altro ordinamento, e disconoscerlo, in nome di un ordine familiare precostituito ma non (più) corrispondente alla realtà? L'inerzia del legislatore che, sola, pone le unioni *same-sex*, nel limbo del vuoto legislativo potrebbe essere addotta per motivare il diniego di una legittima fondata su un legame giuridicamente valido (sia pure all'interno di un altro ordinamento)? Se una decisione negativa imporrebbe di approfondire quale principio o valore verrebbe considerato prevalente in sede di bilanciamento, dovendosi confrontare con il criterio di ragionevolezza, dovrebbe forse ammettersi che proprio in nome dell'inerzia del legislatore sia possibile giungere a riconoscere, per via pretoria, la necessità di un trattamento omogeneo, anche in caso di successione, inquadrandola come ipotesi eccezionale.

Analogamente, è interessante pensare al caso di scuola, in tema di tassazione, settore apparentemente neutro, ma nel quale, proprio in virtù dell'apparente neutralità, emergono con chiarezza le 'regole di genere' e la rigidità del paradigma eterosessuale sul quale esse sono costruite. Un interrogativo da porsi riguarda la risposta della giurisprudenza a fronte della ipotetica richiesta da parte di un soggetto che versa gli alimenti al proprio coniuge o partner *same-sex* di dedurli in sede di dichiarazione dei redditi. Potrebbe il giudice, in nome del carattere eterosessuale della coppia, comprimere diritti a contenuto economico? E in nome di quale diritto o interesse contrapposto? La concretezza della questione, decisa nei termini dell'equiparazione, dal Tribunale costituzionale tedesco⁶⁰, mostra forse con maggiore linearità la non fondatezza delle obiezioni, talvolta di matrice prevalentemente ideologica, che vengono mosse all'equiparazione delle coppie di persone dello stesso sesso alle coppie *same-sex*.

Conclusioni

Le possibili prospettive di sviluppo che, può immaginarsi, la realtà concreta non tarderà a porre, condurranno la giurisprudenza ad esprimersi su terreni nuovi e non sperimentati rispetto ai quali il semplice richiamo a criteri generali e astratti, come ad esempio l'ordine pubblico o il carattere tradizionalmente eterosessuale della coppia, non potranno essere ritenuti sufficienti.

Al contrario, nell'espletamento dell'attività ermeneutica, sembra di dover valorizzare il potenziale espansivo delle formule elaborate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 138 del 2010; se adeguatamente interpretato dalla giurisprudenza di merito, il riconoscimento per cui, alle coppie formate *same-sex*, in situazioni eccezionali, è dovuto un trattamento omogeneo a quello delle coppie coniugate, potrà condurre ad una progressiva ma inesorabile messa in discussione del paradigma eterosessuale del matrimonio che attualmente comprime il diritto alla vita familiare delle persone sulla base del proprio orientamento sessuale.

La compressione di diritti e libertà costituzionalmente garantite, infatti, potrebbe essere consentita soltanto in presenza di diritti e interessi contrapposti di rango costituzionale, diversamente ammettendosi un ribaltamento per cui non sarebbe il diritto a dover rispondere alle domande che la realtà pone ad esso, ma al contrario, la realtà a doversi forzatamente ricondurre ad un modello, prefigurato dal legislatore e dagli interpreti, a prescindere da qualsiasi corrispondenza con la realtà. Tale impianto non appare compatibile con il principio personalista e con la tutela della dignità individuale che dovrebbe garantire ad ogni individuo il diritto alla libertà di espressione sia come individuo, sia nell'ambito delle formazioni sociali cui può dare vita.

Questo tuttavia, chiama in causa il ruolo delle regole giuridiche che non dovrebbe essere quello di fissare, secondo rigidi criteri e paradigmi, un modello (nel caso di specie, della coppia eterosessuale) al quale è necessario conformarsi a meno di non accettare un trattamento peggiore (*rectius* discriminatorio), quanto piuttosto rimuovere le disuguaglianze nell'ottica dell'uguaglianza sostanziale.

¹ Vedi Ass. Genova, 13 marzo 1982, in «Giurisprudenza di merito», II, 1983, p. 433; Trib. Verona, 3 dicembre 1980, in «Responsabilità civile e previdenza», 1981, p. 74; Trib. Lanciano, 29 aprile 1991, in «Giurisprudenza italiana», I, 2, 1993, p. 108; Trib. Milano, 18 giugno 1990, in «Responsabilità civile e previdenza», 1991, p. 886.

La giurisprudenza costituzionale, mentre in una prima fase aveva escluso la rilevanza giuridica della convivenza *more uxorio* (Corte cost., 14.4.1969, n. 79; Corte cost., 27.3.1974, n. 82; Corte cost., 14.4.1980, n. 45), è giunta ad affermare la rilevanza sotto il profilo giuridico, in quanto parte delle «formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'uomo», enfatizzando il rilievo dell'*affectio* e della solidarietà che essa manifesta: Corte cost., 18.11.1986, n. 237; vedi anche Corte cost., 27.10.1994, n. 372. Sul tema, vedi S. ROSSI, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, a cura di B. Pezzini, Jovene, Napoli 2008, p. 135 segg.; M. GATTUSO, *La giurisprudenza e le unioni same-sex*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138/2010: quali prospettive?*, a cura di B. Pezzini, A. Lorenzetti, Jovene, Napoli 2011.

Recentemente vedi Corte cost., 14.4.2010, n. 138 su cui *infra*.

In tema di famiglia di fatto, G. FERRANDO, *Sul problema della «famiglia di fatto»*, in «Giurisprudenza di merito», II, 1975, p. 134; in *La famiglia di fatto* (Atti del convegno nazionale), Pontremoli 27-30 maggio 1976, Montereleggio-Parma, 1977; E. ROPPO, *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non diritto nella fenomenologia delle libere unioni*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1980, p. 697 segg.; A. FALZEA, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, in *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, ESI, Napoli, 1988, p. 51 segg.; M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, in *Dig. VIII ed. (disc. priv.)*, sez. civ., Torino, UTET 1992, p. 192; F. BILOTTA, *La convivenza tra persone dello stesso sesso è ancora un tabù?*, in «Responsabilità civile e previdenza», 2, 2010, p. 413 segg.

² Così il convivente può essere nominato amministratore di sostegno (l. 9 gennaio 2004, n. 6), essere tutelato dagli ordini di protezione (l. 4 aprile 2001, n. 154), ricevere informazioni da parte dei medici in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti (art. 3, l. 1 aprile 1999, n. 91); si vedano altresì le discipline in materia di permessi e congedi (l. 8 marzo 2000, n. 53, d. lgs. 26 marzo 2001, n. 151).

³ Art. 76, 2° co., d.p.r. n. 115/2002; Cass. pen., sez. VI, 31 ottobre 1997, n. 4264, in «Cassazione Penale», 2000, p. 665; Cass. pen., sez. IV, 28 gennaio 2004, n. 13265, in «Cassazione Penale», 4, 2005, p. 1297; Cass. pen., sez. IV, 17 febbraio 2005, n. 19349, in «Cassazione Penale», 4, 2006, p. 1512; Cass. pen., sez. IV, 26 ottobre 2005, n. 109, in «Cassazione Penale», 11, 2006, p. 3732.

⁴ Vedi ad esempio Cass. pen., sez. III, 3 luglio 1997, n. 8953, in «Cassazione Penale», 1998, p. 2614; Cass. pen., sez. II, 2 ottobre 2009, n. 40727, in «Cassazione Penale», 2009.

⁵ Vedi artt. 307, 4° co. e 384, 1° co., c.p.; Cass. pen., sez. VI, 28 settembre 2006, n. 35967, in «Cassazione Penale», 7-8, 2007, p. 2847; Corte Cost., 20 aprile 2004, n. 121.

⁶ Trib. Latina, 28 novembre 2003, in «Rivista penale», 2005, p. 606; Trib. Terni, 26 marzo 2009, in «Giurisprudenza di Merito», 12, 2009, p. 3089; Trib. Imperia, 6 maggio 1999, in «Foro italiano», II, 1999, p. 746.

⁷ Cass. pen., sez. II, 13 ottobre 2009, n. 44047, in «Cassazione Penale», 2009; Cass. pen., sez. II, 12 giugno 2009, n. 27143, in «Rivista penale», 11, 2009, p. 1271. Vedi però Cass. pen., sez. IV, 21 maggio 2009, n. 32190, in «CED Cassazione», 2009.

⁸ Trib. Roma, 20 novembre 1982, n. 13445, in «Rivista giuridica economica», I, 1983, p. 959.

⁹ Ass. Torino, 19 novembre 1993, in «Rivista penale», 1994, p. 55.

¹⁰ Trib. Firenze, 11 agosto 1986, in «Nuovo diritto», 1988, p. 321.

¹¹ *Contra* B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in *La «Società naturale» e i suoi nemici*, a cura di R. Bin [et al.], Giappichelli, Torino 2010, p. 15, che sottolinea come, nel caso di specie, vi sia «un pieno di diritto».

¹² Di recente i contributi in *La famiglia di fatto. Terza Giornata di studi in memoria dell'avv. Mario Jaccheri*, a cura di C. Cecchella, PLUS, Pisa 2009; L. BALESTRA, *La famiglia di fatto*, CEDAM, Padova 2004.

¹³ PEZZINI, *La sentenza 138/2010 parla (anche) ai giudici*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di B. Pezzini, A. Lorenzetti, cit., p. 110.

¹⁴ FERRANDO, *La «via legislativa» al matrimonio same-sex*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di B. Pezzini, A. Lorenzetti, cit., p. 31 segg.

¹⁵ *Inter alia* vedi i contributi di PEZZINI, *La sentenza 138/2010 parla (anche) ai giudici*, cit., p. 95 segg., G. BRUNELLI, *Le unioni omosessuali nella sentenza n. 138/2010: un riconoscimento senza garanzia?*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di B. Pezzini, A. Lorenzetti, cit., p. 143 segg., R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010*

della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di B. Pezzini, A. Lorenzetti, cit.; per un quadro prima della sentenza Corte cost. 138/2010 si rinvia a *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, a cura di B. Pezzini, cit., e *La «Società naturale» e i suoi nemici*, a cura di R. Bin [et al.], cit.

¹⁶ Cass. pen., sez. I, 7 luglio 1992, in «Giurisprudenza italiana», II, 1993, p. 659; Cass. pen., sez. IV, 12 giugno 1987, in «Rivista penale», 1988, p. 253; Cass. pen., sez. IV, 5 novembre 1982, n. 5410, in «Giurisprudenza penale», III, 1984, p. 243; *contra*: Cass. pen., sez. I, 4 febbraio 1994; App. Milano, sez. II, 17 marzo 2008 n. 830, entrambe in Banca dati «De Jure». Sul punto vedi ROSSI, *Nessuno al mio fianco. Note sul risarcimento del danno da morte del convivente omosessuale*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138/2010: quali prospettive?*, a cura di B. Pezzini, A. Lorenzetti, cit., p. 219 segg.

¹⁷ Cass. civ., sez. III, 7 giugno 2011, n. 12278, in «CED Cassazione», 2011; Cass. civ., sez. III, 16 settembre 2008, n. 23725, in «Nuova giurisprudenza civile commerciale», I, 2009, p. 44; Cass. civ., sez. III, 12 luglio 2006, n. 15760, in «Corriere giuridico», 10, 2006, p. 1375.

¹⁸ Trib. Verona, 3 dicembre 1980, in «Responsabilità civile e previdenza», 1981, p. 74; Trib. Lanciano, 29 aprile 1991, in «Giurisprudenza italiana», I, 2, 1993, p. 108; Trib. Roma, 9 luglio 1991, in «Repertorio della giustizia civile», 1992, voce *Danni*, p. 36; Trib. Milano, 21 luglio 1997, in «Giurisprudenza Milanese», 1998, p. 63.

¹⁹ *Contra* Trib. Milano, 9 marzo 2004, in «Nuova giurisprudenza civile commerciale», 2005, p. 213; Cass. civ., sez. III, 29 aprile 2005, n. 8976, in «Giurisprudenza italiana», 2006, p. 246; Trib. Milano, sez. X, 29 novembre 2006, in «Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali», 7-8, p. 815; Trib. Bologna, sez. III, 14 aprile 2010, in «Il civilista», 1, 2011, p. 54.

²⁰ Cass. 19 luglio 1935, in «Annali diritto comparato e studi legislativi», XIII, I, p. 49; Cass. civ., 24 marzo 1938, n. 956, in «Foro italiano», I, 1938, p. 1026; ancora App. Milano, 1 marzo 1958, n. 538, in «Responsabilità civile e previdenza», 1958, p. 493; Cass. civ., 24 gennaio 1958, n. 169, in «Responsabilità civile e previdenza», 1958, p. 483; Trib. Roma, 7 novembre 1962, n. 6178, in «Temi romana», I, 1963, p. 605; Cass. pen., sez. IV, 21 settembre 1981 in «Responsabilità civile e previdenza», 1982, p. 405; *contra* Trib. Verona, 3 dicembre 1980, cit.; Ass. Genova, 18 marzo 1982, in «Giurisprudenza Italiana», II, p. 67; Ass. Genova 24 ottobre 1984, in «Foro italiano», II, 1986, p. 621.

²¹ Vedi Cass. civ., sez. I, 7 luglio 1992, in «Giurisprudenza italiana», II, 1993, p. 659; Cass. civ., 12 giugno 1987, n. 9424, in «Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali», 1988, p. 630; Cass. pen., 5 novembre 1982, in «Giustizia penale», III, 1984, p. 243; Trib. Perugia, 30 ottobre 1996, in «Rassegna giuridica Umbra», 1997, p. 747; Ass. Milano, 20 maggio 1998, in «Nuova giurisprudenza civile commerciale», I, 1999, p. 598; Trib. Rovigo, sez. civ., 29 dicembre 2006, n. 143, in «Responsabilità e risarcimento», 6, 2007, p. 56.

²² P. ZATTI, *Familia, Familiae. Declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in «Familia», I, 2002, p. 15 segg.

²³ Trib. Roma, sez. gup., ord. 19 luglio 2007, in Banca dati «De Jure», 2007.

²⁴ Trib. Milano, sez. IX pen., 13 novembre 2009, in «Responsabilità civile e previdenza», 2, 2010, p. 410.

²⁵ LORENZETTI, *Anche al convivente same-sex spetta il risarcimento del danno per la morte del compagno*, in «Nuova giurisprudenza civile commerciale», 3, 2012, p. 207 segg.

- ²⁶ Cass. civ., sez. I, 10 maggio 2005, n. 9801, in «Corriere giuridico», 2005, p. 921.
- ²⁷ Cass. civ., sez. III, 16 settembre 2008, n. 23725, cit.; Cass. civ., sez. III, 3 febbraio 2011, n. 2557, in <<http://www.personaedanno.it>> (ultimo accesso 24.07.2013).
- ²⁸ Vedi Corte giust. CE, 1 aprile 2008, causa C-267/06, *Maruko*; Corte giust. CE, 10 maggio 2011, causa C-147/08, *Romer*; Co.Du., 2 giugno 2010, *Kozac c. Polonia*; Co.Du., 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*.
- ²⁹ Per l'approfondimento di questi profili, sia consentito rinviare a LORENZETTI, *Anche al convivente same-sex spetta il risarcimento del danno per la morte del compagno*, cit.
- ³⁰ ROSSI, *Nessuno al mio fianco. Note sul risarcimento del danno da morte del convivente omosessuale*, cit., p. 226.
- ³¹ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano 1964, p. 89 segg.
- ³² E. FALLETTI, *La convivenza omosessuale non modifica il concetto di more uxorio*, in «Responsabilità civile e previdenza», 4, 2012.
- ³³ Trib. Milano, sez. lav., 15 dicembre 2009, in <<http://www.personaedanno.it>> (ultimo accesso 24.07.2013).
- ³⁴ App. Milano, 31 agosto 2012, 7176.
- ³⁵ CoDu., 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*.
- ³⁶ ROSSI, *Rientra nel rapporto more uxorio anche la coppia omosessuale*, in <<http://www.personaedanno.it>> (ultimo accesso 24.07.2013).
- ³⁷ Trib. Reggio Emilia, 13 febbraio 2012, in <<http://www.personaedanno.it>> (ultimo accesso 24.07.2013).
- ³⁸ In realtà il ricorrente era già titolare di un permesso di soggiorno per motivi di studio e aveva richiesto la conversione, ai sensi dell'art. 30, co. 1, lett. c) d. lgs. 286/1998, in relazione agli artt. 24 e 65, l. n. 218/1995.
- ³⁹ Trib. Firenze, decr. 7 luglio 2005, n. 266.
- ⁴⁰ Così l'art. 65, l. n. 218/1995, secondo cui hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri, purché non siano contrari all'ordine pubblico (e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa).
- ⁴¹ In tale nozione vengono ricompresi il coniuge, i figli minori e maggiorenni se non autosufficienti per ragioni di salute, i genitori che non dispongano di un sostegno familiare adeguato nel paese di origine o provenienza (art. 29, co. 1, d. lgs. 286/1998).
- ⁴² App. Firenze, decr. 6 dicembre 2006, in «Nuova giurisprudenza civile commerciale», 2007, p. 1171 segg.; cfr. pure L. PASCUCCI, *Coppie di fatto. Un limite al ricongiungimento familiare?*, in «Famiglia e diritto», 11, 2007, p. 1040; ancora Cass. civ., sez. I, 17 marzo 2009, n. 6441, in «Corriere giuridico», 1, 2010, p. 91, su cui PEZZINI, LORENZETTI, *Famiglia e costituzione. La costruzione costituzionale dei rapporti di genere*, in *La tassazione della famiglia*, a cura di C. Sacchetto, Rubettino, Soveria Mannelli 2010, p. 115 segg.
- ⁴³ Così il titolo del contributo di PEZZINI, *La sentenza 138/2010 parla (anche) ai giudici*, cit., p. 110.
- ⁴⁴ C. LALLI, *Buoni genitori. Storie di mamme e papà gay*, Il Saggiatore, Milano 2009; *Crescere in famiglie omogenitoriali*, a cura di C. Cavina, D. Danna, Franco Angeli, Milano 2009; E.C. PERRIN, *Technical Report: Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents*, in «Pediatrics», 109, 2002, p. 339; sul tema vedi anche il contributo di A. VINCENTI, R. BOSISIO, *We are family! Fare ricerca sulle famiglie omoparentali*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di B. Pezzini, A. Lorenzetti, cit., p. 231 segg.
- ⁴⁵ R. SACCO, *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in «Digesto civile», II, UTET, Torino 1998, p. 365 segg.

⁴⁶ Si vedano in proposito le ricerche scientifiche realizzata dall'*American Psychological Association*, in particolare *Lesbian & Gay Parenting* del 2005 e disponibile su <<http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/parenting.aspx>> (ultimo accesso 24.07.2013).

⁴⁷ Trib. Min. Brescia, 26 settembre 2006, in «Fam. min.», 2007, p. 74. Sul tema vedi BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Omogenitorialità*, a cura di A. Schuster, Mimesis, Milano-Udine 2011, p. 163 segg.; M.M. WINKLER, *Le unioni same-sex straniere in Italia dopo la sentenza n. 138/2010: indicazioni per i giudici*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di B. Pezzini, A. Lorenzetti, cit., p. 297.

⁴⁸ Così l'art. 36, co. 4, l. n. 184/1983, introdotto dalla l. n. 476/1998. La Convenzione sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale, sottoscritta all'Aja il 29 maggio 1993, all'art. 24 prevede che «il riconoscimento dell'adozione può essere rifiutato da uno stato contraente solo se esso è manifestamente contrario all'ordine pubblico, tenuto conto del superiore interesse del minore». Sull'eccezione di ordine pubblico si veda WINKLER, *Omogenitorialità e diritto internazionale privato*, in *Omogenitorialità*, a cura di A. Schuster, cit., p. 115 segg.

⁴⁹ Probabilmente nella consapevolezza che agire come coppia *same-sex* avrebbe determinato un esito negativo alla luce del non riconoscimento del legame in Italia, l'istanza era infatti stata presentata da uno soltanto dei due componenti.

⁵⁰ Così l'art. 6, l. n. 184/1983, anche alla luce delle modifiche introdotte con la l. n. 149/2001.

⁵¹ Trib. Brescia, decr. 31 ottobre 2006, che riguardava una donna *single* e Trib. Brescia, decr. 19 ottobre 2004, proc. n. 26/4 RGDD, a quanto consta inedita, che riguardava una coppia di fatto di sesso diverso.

⁵² Così infatti afferma il Tribunale, ritenendosi investito della decisione in tal senso.

⁵³ WINKLER, *Omogenitorialità e diritto internazionale privato*, cit., p. 119 sottolinea che laddove l'interesse del minore imponga il riconoscimento di legami familiari anche in spregio alla legge nazionale o alla clausola di ordine pubblico, il caso dovrebbe essere risolto disapplicando la norma di conflitto e consentendo un'adesione del diritto «evidentemente inadeguato, alle odierne realtà familiari».

⁵⁴ Questa espressione, che si riferisce al carattere esclusivamente eterosessuale del matrimonio quale unione fra un uomo e una donna, è stata 'coniata' da Barbara Pezzini (vedi *Matrimonio e convivenze stabili omosessuali. Resistenza del paradigma eterosessuale nel diritto comunitario e difficoltà del dialogo con le legislazioni nazionali (nonostante la Carta dei diritti fondamentali)*, in «DPCE», 2001, p. 1519-1522) in un lavoro di commento alla pronuncia della Corte di giustizia *D. e Svezia c. Consiglio* (Corte giust., 31 maggio 2001, cause riunite C-122/99 P e C-125/99 P) ed è divenuta di uso frequente in seguito al Seminario "preventivo" *Amicus curiae* organizzato dall'Università di Ferrara nel febbraio 2010 dal titolo *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*.

⁵⁵ Trib. Min. Brescia, 26 settembre 2006, cit., e Cass. civ. 17 marzo 2009, n. 6441, cit.

⁵⁶ Si tratta dell'adozione del figlio del coniuge o partner, da parte del genitore non biologico.

⁵⁷ Si veda l'articolo pubblicato sul quotidiano La Repubblica, sez. Torino, il 4 agosto 2012, da Meo Ponte.

⁵⁸ Non direttamente sui profili patrimoniali, si veda Trib. Minorenni di Milano, decr. 2 novembre 2007 (in «Fam. Min.», 3, 2008, p. 86, con commento di BILOTTA) che si è pronunciato, pur in assenza di qualunque norma a legittimare le richieste del genitore di fatto, su un caso di separazione omogenitoriale. La vicenda riguardava una coppia di

donne, una delle quali aveva avuto, durante la relazione e con il consenso dell'altra, due figli con l'auto-inseminazione, grazie alla collaborazione di un amico della coppia. Il Tribunale si era pronunciato sul difetto di legittimazione della co-mamma, rimettendo però gli atti al pubblico ministero e dichiarando la propria incompetenza a favore del tribunale ordinario. È di rilievo notare che è stata dichiarata non la carenza di interesse, bensì una carenza di legittimazione ad agire della ricorrente, la quale non essendo titolare di alcuna potestà sui minori, «neppure è legittimata a richiedere ed ottenere un provvedimento che sia espressione dell'esercizio della potestà genitoriale». Sul punto, con riferimento ad un caso analogo, il Tribunale per i Minorenni di Milano, con decreto del 20 ottobre 2009, ha osservato che la ricorrente non era titolare del diritto potestativo di ottenere una decisione nel merito in quanto «è pacifico che la titolarità della potestà spetti soltanto ai 'genitori', presupponendo un rapporto di filiazione, biologica o legale (si vedano le ipotesi di adozione), tra i soggetti...». Le C.T.U. avevano accertato l'inequivocabile ruolo genitoriale svolto dalla mamma biologica e dalla di lei compagna, evidenziando l'emersione della Sindrome da alienazione genitoriale (o PAS, dall'acronimo di *Parental Alienation Syndrome*, detta anche sindrome di Gardner) tipica delle separazioni problematiche, causata dalla pressione del genitore affidatario nel voler distruggere, agli occhi dei figli, l'immagine dell'altro. Il Tribunale però, ritenute superabili le problematiche legate alla separazione, ha constatato che la situazione dei minori era positiva, stabilendo quindi di non dover procedere e di archiviare il caso.

⁵⁹ La configurabilità di un 'diritto alla genitorialità' non appare del tutto condivisibile, risultandone eccessivamente compresso il diritto del minore.

⁶⁰ BVerfG, 1 BvR 3295/07, che riguardava l'equiparabilità fra partneriati e matrimonio; vedi F. SAITTO, *La giurisprudenza tedesca in materia di eingetragene Lebenspartnerschaft tra garanzie d'istituto e Abstandsgebot. Spunti di comparazione con la sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale italiana*, in <<http://www.forumcostituzionale.it>> (ultimo accesso 24.07.2013).

Paola Moreschini

*Formazione del giurista e riconoscimento
dei diritti delle coppie omosessuali*

Gli avvocati sono spesso definiti come gli esperti del processo perché sono prevalentemente impegnati nel contenzioso giudiziale e studiano e si occupano per lo più di regole processuali.

E in generale tra i giuristi si parla più spesso di giustizia in termini procedurali: il processo, le forme di soluzione delle controversie diverse dal processo, i molteplici riti, la semplificazione dei riti, il processo telematico.

Ma l'orizzonte di riferimento per l'avvocato sta nella centralità della persona con i suoi diritti, i diritti umani primari, i diritti fondamentali alla dignità, all'integrità, alla vita, alla libertà.

Il tema dei diritti implica un programma di riacculturamento umanistico dell'avvocatura, che consenta agli avvocati di uscire dal ristretto gioco delle regole del processo e di diventare più consapevoli e impegnati, meno tecnici, meno formalisti.

La Scuola Superiore dell'Avvocatura, costituita nel 2007 dal Consiglio Nazionale Forense per coordinare le attività formative delle scuole forensi degli ordini degli avvocati territoriali, ha scelto di puntare l'attenzione, specie dei giovani avvocati, sulla centralità dei diritti della persona, sull'etica professionale e sulla responsabilità sociale dell'avvocato verso la comunità civile.

Per sottolineare l'importanza dell'impegno degli avvocati nella tutela dei diritti umani la Scuola Superiore dell'Avvocatura ha organizzato nel 2010 una conferenza internazionale su *I diritti umani e fondamentali nella formazione dell'avvocato europeo* ed a conclusione dei lavori è stata approvata una dichiarazione che testimonia l'impegno degli avvocati europei per la valorizzazione del loro ruolo di difensori dei diritti umani. Ha, inoltre, pubblicato il volume *Il codice dei diritti* in collaborazione con la facoltà di giurisprudenza dell'Università di Padova, che viene distribuito ai partecipanti alle scuole forensi, ed ha promosso L'Osservatorio Lisbona con l'obiettivo di raccogliere le principali sentenze delle Corti europee di Strasburgo e Lussemburgo, della

Corte costituzionale e della Corte di Cassazione in materia di diritti umani e fondamentali, oltre a organizzare ogni anno visite guidate dei praticanti avvocati alle istituzioni europee ed a curare una pubblicazione trimestrale dal titolo *Cultura e diritti*.

La tutela dei diritti umani ha ormai assunto una connotazione necessariamente europea ed internazionale. E proprio con riferimento all'Europa, in un periodo in cui la politica europea è incerta e bloccata per tante ragioni, certamente acuite dalla crisi economica, sul versante dei diritti umani è stato fatto un significativo passo avanti nella direzione dell'integrazione europea. Grazie alla sensibilità di molti giuristi si è messo in atto il cammino virtuoso per la costruzione di una comune cultura giuridica europea che mette al centro la tutela dei diritti fondamentali delle persone.

Il fatto che la carta di Nizza, la carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000, attraverso il Trattato di Lisbona nel 2009 abbia assunto il valore di fonte primaria di diritto, ha comportato la valorizzazione del ruolo dei giudici di merito chiamati ad aprire nuove prospettive interpretative ed applicative della normativa interna statale, e contemporaneamente l'esaltazione del ruolo degli avvocati nella creazione del diritto oltre che nella garanzia di effettività dei diritti già positivizzati.

Il problema è di cambio culturale sia da parte dei giudici che da parte degli avvocati, rispetto al quale è più aperto non solo chi conosce ed utilizza meglio le nuove tecnologie o le lingue, elementi indispensabili ma non sufficienti, ma è più aperto chi sa guardare oltre le logiche del presente perché vive immerso nelle dinamiche della società con una forte tensione etica (di qualunque matrice sia la sua etica).

E da alcuni anni si sono aperti spazi finora impensabili per la costruzione dal basso di un diritto europeo fondato sui diritti umani a partire dalle decisioni dei casi concreti. Ed ha ragione Cassese quando sostiene (ne *I tribunali di Babele*) che i compiti della giurisdizione cambiano nel corso del tempo e che oggi è importante che essa svolga il compito intergiurisprudenziale che favorisca il collegamento tra gli ordinamenti nazionali dei paesi membri dell'UE e che garantisca l'avanzamento di una cultura giuridica europea comune entro uno spazio giuridico in cui la differenza tra ordinamenti di *civil law* e di *common law* si fa sempre meno rilevante.

E, certamente, per dedicarsi a questi nuovi compiti i tribunali dovrebbero essere alleggeriti del carico del contenzioso seriale, di quello bagatellare e del contenzioso relativo a conflitti per i quali sono più adatti strumenti di risoluzioni diversi rispetto alla giurisdizione (mediazione, conciliazione e le altre *Alternative Dispute Resolution*). Perché è bene che davanti alle corti arrivino le questioni nelle quali sono in gioco i problemi legati alle vita ed alla morte

delle persone, affinché i giudici, attraverso la soluzione del singolo caso, applicando le norme della carta di Nizza come principi generali del diritto, abbiano la possibilità di fare avanzare il livello di tutela delle persone.

E questo è reso possibile dall'opera degli avvocati che selezionano i casi da portare davanti alle Corti, studiano le regole vigenti oltre ai documenti del caso specifico, istruiscono il processo, avanzano proposte interpretative innovative, prospettano soluzioni che fanno progredire le tutele.

È sempre importante per gli avvocati domandarsi cosa sta cambiando nella società con riferimento ai diritti delle persone. Cosa accade nel settore del lavoro, della famiglia, della coppia e delle coppie, della casa, della salute, della disabilità, dell'immigrazione. Quali diritti vengono spontaneamente rispettati e quali no. Quali diritti sono tutelati dalla legge e quali no. Quali diritti vengono portati davanti ai tribunali e quali no. Quali diritti diventano esigibili e quali no.

Ed uno dei fronti di impegno civile è quello del riconoscimento dei diritti di coppie stabilmente conviventi, comprese quelle formate da persone dello stesso sesso, specie da quando non è più possibile affermare legittimamente che si tratta di situazioni affettive private senza alcun rilievo pubblico. Infatti, oggi le unioni omosessuali costituiscono una «vita familiare», ai sensi dell'art. 8 CEDU¹.

In Italia la Corte costituzionale, con la sentenza n.138 del 2010, pur respingendo la tesi secondo cui la Costituzione imporrebbe di estendere la disciplina del matrimonio anche alle coppie omosessuali, ha riconosciuto che tali unioni nelle formazioni sociali di rilievo pubblico, garantite dall'art. 2 della Costituzione. Su questa base il giudice delle leggi, inoltre, ha esortato il legislatore a procedere ad una regolamentazione delle unioni di fatto (eterosessuali o omosessuali), rivolgendo un chiaro monito: qualora non vi provveda la politica, sarà la stessa Corte a estendere alle coppie di fatto (anche) omosessuali determinati diritti riconosciuti ai coniugi, per mezzo di sentenze 'additive' d'incostituzionalità.

Quello che è evidente è, quindi, che per via giurisprudenziale potrebbero per ora essere risolte singole questioni di discriminazioni delle coppie dello stesso sesso, attraverso lo stesso percorso seguito dalla giurisprudenza che nel tempo ha visto il riconoscimento di alcuni specifici diritti in capo alla coppia di fatto eterosessuale sulla base della non discriminazione rispetto alle coppie sposate.

Il riferimento è alla sentenza della Corte di Cassazione n. 285 del 1989, che ha ritenuto che tra i conviventi viga un'obbligazione naturale avente a oggetto il mantenimento reciproco; oppure alla sentenza n. 5632 del 2006, che ha qualificato il convivente come «familiare» dell'imprenditore ai fini dell'applicabilità della disciplina sull'impresa familiare; o, infine, alla sentenza n. 23725 del 2008, con cui la Corte di Cassazione ha riconosciuto il diritto al

risarcimento del danno al convivente del defunto, qualora la morte derivi da fatto illecito, se vi è la prova di «uno stabile contributo economico apportato, in vita, dal defunto al danneggiato» e se la relazione risulta dimostrata «caratterizzata da tendenziale stabilità e da mutua assistenza morale e materiale». E va ricordata anche la sentenza della Corte costituzionale n. 404 del 1988, che ha esteso al convivente *more uxorio* il diritto a succedere nel contratto di locazione intestato al proprio partner, in caso di morte di quest'ultimo, quando vi sono figli.

L'art. 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo riconosce il diritto al matrimonio come diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto. E la Corte europea dei diritti dell'uomo ha anche recentemente riaffermato il diritto dei singoli stati di decidere sulla disciplina da adottare nei confronti delle coppie dello stesso sesso. Questa libertà dei legislatori nazionali è all'origine di difformità di disciplina, che sono state talvolta superate facendo prevalere normative europee di carattere settoriale, quali quelle in tema di immigrazione².

È evidente che su un piano teorico si presenta attualmente l'anomalia di dover considerare le persone di una stessa coppia come coniugi ai fini della legge sull'immigrazione, con particolare riferimento ai ricongiungimenti familiari, e non, invece, come coniugi in base al diritto di famiglia. Mentre ai fini esclusivamente anagrafici la 'famiglia' è definita in modo tale da rappresentare un maxi-contenitore che tiene insieme: famiglie fondate sul matrimonio, *singles* e varie forme di convivenza, di coppia o anche di più persone³.

Ma queste sono le contraddizioni tipiche di una fase in cui manca ancora una disciplina e si confrontano le tesi di chi lotta per la non discriminazione delle coppie *same-sex* e per una equiparazione dei diritti degli omosessuali rispetto agli eterosessuali e chi, seppure senza alcuna volontà di contrapposizione muove da una prospettiva più tradizionale, sottolineando che è necessario separare la valorizzazione della famiglia fondata sul matrimonio (art. 29 Cost.) rispetto al riconoscimento ed alla valorizzazione delle stabili convivenze che rientrano tra le formazioni sociali (art. 2 Cost.), sul presupposto che si tratta di due fenomeni diversi tra di loro ma che interessano entrambi un legislatore attento alla forza dei legami sociali.

Volendo, però, attribuire rilievo alla tutela delle situazioni concrete non può negarsi che il rifiuto prolungato di registrazione del matrimonio contratto all'estero, il ritardo nell'accogliere la domanda di registrazione di questo tipo di matrimoni, e l'opposizione di ostacoli burocratici possono creare conseguenze che incidono negativamente sulla vita familiare e personale sia dei cittadini che degli stranieri, ed andare a ledere i diritti della persona. Questo principio, che è stato recentemente affermato dalla Corte di Lussemburgo⁴,

potrebbe condurre coloro che non hanno ottenuto la registrazione del loro matrimonio, o l'hanno ottenuta con estremo ritardo, a chiedere allo Stato il risarcimento del danno non patrimoniale, con particolare riferimento al profilo esistenziale.

La strada che stanno percorrendo gli avvocati impegnati nella lotta per il riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali dimostra con chiarezza che il diritto europeo non è solo una nuova materia di studio ma una sfida per gli avvocati, più o meno giovani. Una sfida che comporta la necessità di una attività di formazione, specie di chi aspira ad esercitare la professione legale, che metta insieme il nuovo diritto europeo, i suoi riflessi sulla legge e sul processo ed anche i doveri di responsabilità dell'avvocato verso la comunità in cui vive ed opera, per farla evolvere verso livelli sempre maggiori di giustizia ed equità⁵.

¹ Precedentemente tali unioni erano considerate semplice espressione di «vita privata», protetta sempre dall'art. 8 CEDU ma in maniera meno intensa in quanto diritto dell'individuo e non della coppia (principio affermato dalla sentenza *Schalk e Kopf c. Austria* del 24 giugno 2010 della Corte europea dei diritti dell'Uomo).

² Le norme della Direttiva europea 2004/38 sui ricongiungimenti familiari, che ha riconosciuto il diritto di soggiorno ai familiari anche stranieri dei cittadini dell'Unione Europea, interpretata secondo una Comunicazione della Commissione europea del luglio 2009 che prevede che in linea di principio debbono essere riconosciuti tutti i matrimoni contratti validamente in qualsiasi parte del mondo, hanno consentito al Tribunale di Reggio Emilia (con un decreto del 13/2/2012) di riconoscere ad un cittadino uruguayano che aveva contratto matrimonio in Spagna con un italiano il diritto al ricongiungimento in quanto coniuge e non in quanto partner. Lo stesso diritto è, infatti, riconosciuto al partner legato da una unione registrata ma solo se la legislazione interna dello Stato membro equipara l'unione registrata al matrimonio. Equiparazione che manca in Italia.

³ Il Dpr 223/1989 al comma 1 dell'art. 4 definisce così la «famiglia anagrafica»: «Agli effetti anagrafici per famiglia s'intende un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso Comune».

⁴ La CEDU ha rilevato, nella sentenza del 20/7/2010 nel procedimento *Dadouch/Malta* relativa al caso di un cittadino maltese che aveva ottenuto la registrazione del suo matrimonio contratto in Russia nel 2003 con 28 mesi di ritardo, che: «il rifiuto di registrare il suo matrimonio per un periodo di oltre due anni è stata una eccessiva ingerenza rispetto al suo diritto alla vita privata, in violazione con l'art. 8. In base all'art. 41 la Corte stabilisce che Malta debba pagare al sig. Dadouch 3.000,00 euro a titolo di danno non patrimoniale ed euro 3.000,00 per costi e spese».

⁵ Stralcio dalla relazione dell'Avvocato Alarico Mariani Marini al Seminario *L'avvocato europeo e i nuovi diritti. La collaborazione tra le avvocature olandese e italiana* tenutosi

a Roma il 14 giugno 2012: «Si delinea una più ampia nozione dell'etica professionale, che non è più soltanto riducibile alla tradizionale nozione di deontologia forense, tradizionalmente ristretta ai doveri inerenti al mandato professionale e alla condotta dell'avvocato nel processo, ma che è comprensiva delle responsabilità verso gli altri, anche estranei al processo, verso la comunità umana e le future generazioni, come ammonisce il preambolo della Carta di Nizza. Si tratta oggi per l'avvocato di coniugare nelle scelte difensive i doveri inerenti al mandato con i doveri nascenti dalla responsabilità sociale della professione, doveri verso gli altri e verso la società perché, come ha scritto il Nobel dell'economia Amartya Sen, agire nell'interesse proprio o di un altro non è uguale ad agire nell'interesse di tutti gli altri».

Anna Maria Tonioni

*Il ruolo dell'Avvocatura
nella prospettiva dei formanti dell'ordinamento**

Introduzione

In Italia il matrimonio tra persone dello stesso sesso non è previsto, ma il panorama cambia notevolmente appena ci allontaniamo dai confini nazionali. Sono moltissimi, infatti, gli Stati che lo consentono o che offrono una qualche forma di tutela, più o meno analoga.

L'Unione europea raccoglie ventisette Stati membri. Sedici Stati membri regolano le unioni tra persone dello stesso sesso: sei Stati adottano una definizione di matrimonio neutra quanto al genere degli sposi e consentono il matrimonio *same-sex* (Paesi Bassi, Belgio; Spagna; Svezia; Portogallo; Danimarca); dieci Stati offrono altri dispositivi: unioni paramatrimoniali registrate più o meno assimilabili al matrimonio (Finlandia; Regno Unito; Germania; Irlanda; Austria; Slovenia) e patti simili legati allo *status* di convivenza (Francia; Lussemburgo; Repubblica Ceca; Ungheria). Ancora più variegata poi è la scena se si considerano i quarantasette Stati membri del Consiglio d'Europa, e gli Stati degli altri continenti.

La pluralità delle opzioni normative fa sorgere esigenze di coordinamento dei sistemi sempre più marcate e frequenti e stimola l'intervento di tutti i concorrenti naturali nel processo di costruzione di un diritto uniforme europeo dei diritti fondamentali. Tra questi vi sono coloro che danno consiglio in affari giuridici e prestano la difesa nei processi giudiziari, gli avvocati: indispensabili e singolari formanti dell'ordinamento, cui lo stesso assegna il compito di agire «per i fini della giustizia e per gli interessi superiori della nazione».

Indispensabili perché, proprio secondo il sistema, devono agire affinché altri possano intervenire e ristabilire l'ordine. Singolari perché necessari portatori di conflitto. Conflitto regolato e non violento¹.

Lo scenario: la situazione dell'Unione europea ed extra europea

Sei Stati membri dell'Unione Europea adottano una definizione di matrimonio neutra quanto al genere degli sposi²:

- Paesi Bassi (legge 21.12.2000, entrata in vigore il 01.04.2001). Oltre al matrimonio, dal 1998 è prevista l'unione registrata, accessibile a coppie formate da persone dello stesso sesso o di sesso diverso. È inoltre possibile regolare le convivenze di fatto mediante contratti di coabitazione. È prevista la possibilità di adozione per la coppia dello stesso sesso unita in matrimonio e/o registrata.
- Belgio (legge 13.02.2003, entrata in vigore il 01.06.2003). Oltre al matrimonio, dal 1998 esiste la legge sulla *cohabitation légale*, unione registrata aperta a coppie omosessuali e eterosessuali. Dal 2006 le coppie omosessuali sposate o conviventi possono adottare, anche nel caso di minori stranieri. L'accesso alle tecniche di fecondazione è consentito a tutte le coppie e ai single.
- Spagna (legge 01.07.2005, entrata in vigore il 03.07.2005). Accanto al matrimonio, continuano ad esistere le leggi e i registri delle coppie di fatto che riguardano sia le coppie eterosessuali sia quelle omosessuali. Già dal 1998 esistevano numerosi esempi di riconoscimento di unioni *same-sex* (Catalogna dal 1998, Aragon dal 1999, Navarra dal 2000, Valencia, Baleari e Madrid dal 2001, Asturie e Andalusia dal 2002, Canarie, Estremadura e Paese Basco dal 2003). I coniugi omosessuali hanno il diritto di adottare congiuntamente, oltre che quello di adottare l'uno i figli dell'altro, biologici o adottivi che siano.
- Svezia (legge 01.04.2009, entrata in vigore il 01.05.2009). Con l'apertura al matrimonio *same-sex* è stata abrogata la legge sul partnerariato registrato del 1994, che già consentiva alla coppia omosessuale l'adozione congiunta, e dal 2005 la possibilità di ricorrere alla fecondazione artificiale. L'estensione del matrimonio alle coppie *same-sex* ha effetto anche sulla Chiesa luterana svedese, come già accade per la Chiesa di Norvegia. Accanto al matrimonio continua ad esistere la legge sui conviventi, approvata nel 2003, che regola vari aspetti della vita in comune, dall'abitazione ai beni acquistati per uso comune nel corso della convivenza, prescindendo dal sesso delle coppie.
- Portogallo (legge 11.02.2010). La legge che ha introdotto il matrimonio tra persone dello stesso sesso ha superato il vaglio della Corte costituzionale portoghese nel giudizio di legittimità costituzionale preventivo instaurato dal presidente della repubblica (decisione n. 121 del 08.04.2010). È esclusa la possibilità di adozione per la coppia dello stesso sesso unita in matrimonio. Oltre al matrimonio, per quel che riguarda i meri conviventi, già dal 2001

esistono due leggi: la prima estende alle coppie di persone dello stesso sesso gli stessi diritti di cui già godono, dal 1999, le coppie di conviventi *more uxorio* di sesso opposto, la seconda si applica a coloro che – per varie ragioni – vivono in una situazione di «*economia comum*».

- Danimarca dal giugno 2012. Con l'introduzione del matrimonio *same-sex* è stata abrogata la legge 372/1989 sulla *partnership* registrata. Le coppie dello stesso sesso possono scegliere di sposarsi in Municipio o in Chiesa, ma i ministri del culto 'obiettori' non sono tenuti a celebrare le nozze.

Uno Stato prevede un'unione registrata cui si applica la disciplina del rinvio a tutta la normativa matrimoniale, fatte salve alcune disposizioni sulla potestà sui figli e l'adozione:

- Finlandia. Un progetto di legge che autorizza il matrimonio fra persone dello stesso sesso è stato presentato nel marzo 2012.

Vari Stati prevedono unioni paramatrimoniali registrate con normativa specifica, per molti versi analoga al matrimonio:

- Regno Unito. Conosce il *civil-partnership* dal 2005. L'istituto è riservato unicamente a coppie formate da persone dello stesso sesso e attribuisce diritti e doveri sostanzialmente identici a quelli coniugali; non è possibile celebrare l'unione mediante rito religioso. Il primo ministro inglese, David Cameron, ha annunciato che il governo varerà una disciplina volta a estendere il matrimonio alle coppie dello stesso sesso entro il 2015. In Scozia il parlamento discuterà la proposta di legge per l'introduzione del matrimonio *same-sex* entro la fine del 2012.
- Germania. Dal 2001 regola l'unione registrata, riservata a persone dello stesso sesso. I partner registrati possono scegliere un cognome comune e hanno obbligo di assistenza e sostegno reciproco, anche dopo la separazione; al partner superstite sono attribuiti gli stessi diritti che il matrimonio conferisce ai coniugi in materia di successioni e di pensione di reversibilità. Ai partner registrati non è riconosciuto il diritto di adozione congiunta, ma dal 2004 è possibile la c.d. *step parent adoption*, l'adozione del figlio dell'altro/a.
- Austria. Conosce l'unione civile registrata dal 2010.
- Slovenia. Regola le unioni registrate dal 2005. Gli effetti della legge riguardano alcuni aspetti patrimoniali, il diritto-dovere di contribuire al sostegno economico del partner più debole ed alcuni limitati profili di diritto successorio.
- Irlanda. La *Civil partnership Bill* del 2011 riconosce alle coppie conviventi, eterosessuali e omosessuali, diritti e doveri molto simili a quelli coniugali. La *civil-partnership* riconosce diritti uguali al matrimonio in materia di fisco e servizi sociali, pensione e obbligo al mantenimento del coniuge in caso di separazione.

Alti Stati ancora prevedono la registrazione di patti tra i partner, sia eterosessuali che omosessuali, o forme simili legate allo *status* di convivente:

- Francia. Ha introdotto il Patto civile di solidarietà (PACS) nel 1999. Si tratta di un contratto tra due persone dello stesso sesso o di sesso diverso finalizzato a organizzare la loro vita in comune. Il PACS offre ampia tutela alla convivenza (rapporto di locazione, misure fiscali, ecc.), ma non disciplina molte delle situazioni che accompagnano, caratterizzandola, la vita familiare: rapporti personali, successione ereditaria, filiazione, adozione, e altre ancora. Il presidente della Repubblica francese, François Hollande, ha annunciato l'approvazione di una legge su matrimonio e adozione a favore delle coppie omosessuali entro la primavera del 2013.
- Lussemburgo. Conosce la *Partnership* registrata dal 2004. Il progetto di legge che prevede l'apertura al matrimonio alle coppie *same-sex* dovrebbe essere votato nel corso del 2013.
- Repubblica Ceca. Dal 2006 conosce le unioni registrate che non consentono l'adozione né l'utilizzo del cognome del partner e a livello fiscale offrono una disciplina di minore favore rispetto al matrimonio.
- Ungheria. Regola le convivenze registrate dal 2010. Le principali differenze tra matrimonio e convivenza registrata riguardano l'impossibilità, per i conviventi registrati, di scegliere un cognome comune, di adottare e di valersi di tecniche di procreazione assistita.

Se si considerano, poi, i 47 Stati membri del Consiglio d'Europa:

- Norvegia nel 2008 e l'Islanda nel 2010 hanno aperto l'istituto del matrimonio anche alle coppie dello stesso sesso. La Norvegia aveva introdotto già dal 1993 la possibilità per le coppie dello stesso sesso di registrare la propria unione così accedendo a molti dei diritti e doveri riconosciuti alle coppie sposate, eccetto l'adozione congiunta e i diritti parentali. Dal 2002 uno/a dei partner registrati può comunque adottare i figli dell'altro, sia biologici che adottati.
- Andorra dal 2005, Svizzera dal 2007 e Liechtenstein dal 2011 prevedono un'unione registrata con normativa per molti versi analoga al matrimonio. In Svizzera l'unione domestica registrata è riservata alle coppie omosessuali. La coppia unita in un'unione domestica registrata non può né adottare né ricorrere a tecniche di fecondazione assistita. In Liechtenstein, l'unione registrata riconosce gli stessi diritti del matrimonio in materia fiscale, di eredità, assicurazioni sociali, previdenza professionale e naturalizzazione, ma esclude l'adozione e vieta il ricorso alla fecondazione assistita.
- La Croazia, che diventerà membro dell'Unione Europea nel luglio 2013, conosce le unioni civili dal 2003.

Negli altri continenti:

- hanno rimosso il divieto di matrimonio *same-sex*: Sud Africa dal 2006, Canada dal 2005, Distretto federale di Città del Messico dal 2009; Argentina dal 2010, e negli Stati Uniti d'America: Vermont dal 1999, Massachusetts dal 2003, Connecticut dal 2005, New Hampshire dal 2008, Iowa dal 2009, Distretto di Washington DC dal 2010, New York dal 2011.
- prevedono forme varie, più o meno ampie, di tutela: Nuova Zelanda dal 2004; Colombia dal 2007; Ecuador dal 2008; Uruguay dal 2008 (un progetto di legge per introdurre il matrimonio *same-sex* è in corso di approvazione); Australia³; Brasile⁴;
- Lo Stato di Israele riconosce i matrimoni omosessuali contratti all'estero in base ad una decisione della Corte Suprema del 2006 e ne ammette la registrazione⁵; lo stesso accade in Aruba e nelle Antille Olandesi dal 2007⁶.

Cosa accade in Italia

In un simile scenario, in Italia sono intervenute la sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 14 aprile 2010 e la sentenza della Corte di Cassazione n. 4184 del 15 marzo 2012. Le due decisioni, attraverso l'interpretazione del diritto vigente, riconoscono che le persone lesbiche e gay hanno un diritto fondamentale ad essere tutelate quando decidono di formare una famiglia, che il matrimonio è giuridicamente possibile anche tra persone dello stesso sesso, e che spetta al Parlamento il potere di consentire e regolare le unioni *same-sex* e ai giudici quello di garantire alla coppia formata da persone dello stesso sesso il medesimo trattamento riservato alla coppia coniugata, in situazioni omogenee.

Entrambe le sentenze vanno lette insieme alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 giugno 2010 *Schalk e Kopf c. Austria*, che ha chiarito che la protezione garantita dall'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo, che salvaguardia la vita privata e familiare, si applica nella sua interezza alla coppia omosessuale, che non vi è differenza tra coppie omosessuali e coppie eterosessuali in termini di capacità di instaurare relazioni stabili ed impegnative, e che il godimento dei diritti che sono riconosciuti ai membri di una comunità familiare (art. 8 CEDU) non può variare per la connotazione omosessuale di tale comunità, indipendentemente dal potere del c.d. margine di apprezzamento dei singoli Stati in materia matrimoniale.

Alle tre decisioni fa da corollario il decreto del 13.02.2012 del Tribunale di Reggio Emilia che rappresenta un ulteriore tassello del cammino intrapreso

dalla giurisprudenza italiana in materia.

Il caso riguardava un cittadino extracomunitario coniugato in Spagna con un cittadino italiano a cui era stata negata la carta di soggiorno. Il Tribunale di Reggio Emilia ha chiarito che la nozione di coniuge rilevante ai fini del rilascio della carta di soggiorno è quella derivante dal diritto comunitario (direttiva n. 2004/38) e non dal diritto interno di famiglia, e che il termine «matrimonio» e il termine «coniuge», ai sensi della Carta dell'Unione Europea e a norma della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, devono essere intesi in senso inclusivo le coppie formate da persone dello stesso sesso. Per tale ragione, il Tribunale ha riconosciuto il diritto al rilascio della carta di soggiorno per motivi familiari al cittadino extracomunitario che ha contratto matrimonio all'estero con un cittadino italiano dello stesso sesso, matrimonio questo che non è ritenuto trascrivibile in Italia e che – sempre in Italia – non è ritenuto idoneo a fare conseguire lo *status* coniugale. Il decreto non è stato impugnato e la Questura di Reggio Emilia ha rilasciato la carta di soggiorno.

In conformità a quel decreto, anche la Questura di Milano nel maggio 2012 ha rilasciato la carta di soggiorno per motivi familiari, ai sensi del DL 30/2007, a un cittadino brasiliano coniugato in Spagna con un cittadino italiano. Di recente si è avuta notizia del rilascio, sempre da parte della Questura di Milano, di un permesso di soggiorno per motivi familiari anche a favore di una cittadina non comunitaria unita in PACS ad una cittadina italiana.

Non si può non applaudire la rapida convergenza della regola amministrativa alla giurisprudenza.

Il ruolo dell'Avvocatura

Gli avvocati dell'Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI hanno patrocinato tutte le cause che hanno portato alla sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 2010, e alle ordinanze, sempre della Corte costituzionale, n. 276 del 2010 e n. 4 del 2011, e hanno patrocinato il giudizio di primo e secondo grado e il giudizio davanti alla Corte di Cassazione della causa sulla trascrizione del matrimonio contratto all'estero (all'Aja) da due uomini italiani, causa da cui rampolla la sentenza n. 4184 del 15 marzo 2012.

Alla prima sentenza si è giunti grazie ad un'attività di studio e di ricerca rigorosa e tenace durata anni, tra innumerevoli questioni di diritto processuale e sostanziale, interno e sovra/extra-nazionale, e grazie al sostegno dell'associazione Certi Diritti, che ha promosso una campagna di *Affermazione civile* per il riconoscimento del diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso.

In concreto 25 coppie omosessuali hanno chiesto ai propri Comuni di

appartenenza le pubblicazioni matrimoniali ex art. 93 c.c., hanno subito un rifiuto e impugnato l'atto di diniego. Tra il 2007 e il 2009 sono stati depositati 25 ricorsi ex artt. 98 c.c., 95 D.p.r. 396/2000 e 737 c.p.c. avanti a vari Tribunali (Firenze, Roma, Venezia, Trento, Pavia, Bergamo, Milano, Bologna, Ferrara, Padova, Saluzzo, Savona) e a seguito dei vari rigetti 15 reclami davanti alle Corti d'Appello (Firenze, Roma, Trento, Brescia, Milano, Venezia, Torino, Genova). I giudizi hanno prodotto 4 ordinanze – del Tribunale di Venezia, della Corte d'Appello di Firenze, della Corte d'Appello di Trento e del Tribunale di Ferrara – di rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale di una serie di norme del codice civile nella parte in cui non consentono che le persone dello stesso sesso possano contrarre matrimonio. E si è così giunti alla prima risposta della Corte di legittimità, la sentenza n. 138 del 2010.

L'eccezione di legittimità costituzionale sollevata è stata rigettata con una doppia pronuncia, di inammissibilità e di infondatezza; il percorso compiuto non ha consentito alle parti di ottenere ciò che formava oggetto del *petitum* sostanziale dei vari ricorsi, ma le acquisizioni giuridiche raggiunte con la sentenza 138/2010 si fondano sui principi di uguaglianza e di tutela dei diritti inviolabili della persona, e costituiscono un patrimonio importante di civiltà giuridica.

All'inizio della professione siamo chiamati a prestare un giuramento: «Giuro di adempiere ai miei doveri professionali con lealtà, onore e diligenza per i fini della giustizia e per gli interessi superiori della nazione».

La formula fa esplicito riferimento ai «fini di giustizia» e agli «interessi superiori della nazione»⁷. Ciò a significare che la nostra funzione di avvocati non è diretta solo alla difesa del nostro assistito, non interessa solo le parti di ogni singolo processo, ma interessa direttamente anche lo Stato: fare applicare il diritto e allo stesso tempo partecipare alla sua produzione, come le parti da sole non sanno fare e come il giudice da solo non può fare, o farebbe malamente⁸.

L'avvocato può valutare la conformità del caso che la parte gli offre alle fattispecie legali, e formare quei giudizi giuridici che sono necessari allo svolgimento delle ragioni della parte, e attraverso la sua invenzione, una lettura originale del sistema, condurre a razionalità e giustizia il conflitto e contribuire alla creazione della regola giuridica. La difesa tecnica, infatti, è uno degli elementi indispensabili che contribuiscono al comporsi del processo ed è una componente della sua sintesi, la decisione. Con la coscienza della portata espansiva di quella decisione, intorno alla quale, poi, «gli altri formanti dell'ordinamento hanno l'opportunità di costruire nuove narrazioni»⁹.

Rodolfo Sacco scriveva che per conoscere un ordinamento non basta sapere in che modo sono stati giudicati i problemi che si sono verificati ieri, ma anche «quali sono i dati di oggi i quali determinano la soluzione dei casi che dovessero nascere ora o nell'immediato futuro»¹⁰. I dati di oggi registrano

una ridefinizione del diritto di famiglia in tutti i suoi aspetti relazionali, una nozione di famiglia estesa anche alle unioni omosessuali, e una sempre maggiore attenzione dei legislatori verso l'approntamento dell'istituto del matrimonio anche a favore delle coppie formate da persone dello stesso sesso o quanto meno di istituti variamente denominati tesi a garantire l'unione *same-sex*. Sul fronte interno, i dati registrano l'assenza tuttora di una disciplina legislativa, e quindi la necessità di garantire comunque alle unioni omosessuali una tutela omogenea a quella fino ad oggi riservata alle sole unioni coniugali.

L'auspicio è che chi dà consiglio in affari giuridici e presta la difesa nei processi utilizzi tale patrimonio conoscitivo non solo e non tanto per tutelare gli interessi già realizzati ma per promuovere la protezione del diritto all'emancipazione, porti conflitto, gestito e non violento, e in alleanza con altri formanti dell'ordinamento (la dottrina, la giurisprudenza, la prassi delle varie amministrazioni pubbliche e private, il legislatore) diventi creatore di diritto obiettivo.

Vorrei ricordare una scena del film *Philadelphia*, diretto da Jonathan Demme: il dialogo tra l'avvocato Joseph Miller (interpretato da Denzel Washington) e il proprio cliente Andrew Beckett (interpretato da Tom Hanks), un brillante giovane avvocato, licenziato ingiustamente da un prestigioso studio legale perché omosessuale e sieropositivo; chiamato al banco dei testimoni, il giovane avvocato viene interrogato:

Joseph Miller : «Lei è un buon avvocato, Andrew?»

Andrew Beckett: «Sono un eccellente avvocato».

Joseph Miller: «Cosa la rende un avvocato eccellente?»

Andrew Beckett: «Io amo il diritto, conosco il diritto, sono eccellente nella sua pratica».

Joseph Miller: «Cosa le piace del diritto, Andrew?»

Andrew Beckett: «Molte cose. Cosa mi piace di più del diritto? Sì. Il fatto che una volta, ogni tanto, non sempre, ma a volte diventi parte integrante della giustizia applicata alla realtà».

Ecco il senso del ruolo che andiamo cercando: poter diventare parte integrante della giustizia applicata alla realtà.

Prima del 1970, sui trattati di diritto civile e penale italiani si studiava che il matrimonio è un vincolo indissolubile e informato sul principio gerarchico uomo/donna, oggi la definizione che leggiamo dell'istituto è decisamente diversa: i coniugi possono decidere di sciogliere il vincolo e l'istituto è fondato sul principio di uguaglianza e pari dignità tra i coniugi e sul rispetto delle individualità, figli compresi; oggi i manuali riportano anche l'art. 9 della Carta Europea dei diritti fondamentali, recepita dal Trattato di Lisbona, e l'art. 12 della CEDU nell'interpretazione imposta dalla Corte di Strasburgo («la Corte non considera più che il diritto di sposarsi ai sensi dell'art. 12 debba essere

necessariamente limitato al matrimonio tra persone di sesso opposto»).

Se guardiamo al diritto di famiglia, constatiamo che lo strumento giudiziario ha accompagnato la battaglia civile a favore del divorzio, le lotte per un diritto di famiglia fondato sul principio di uguaglianza nei rapporti uomo-donna e attento ai diritti delle donne, la battaglia sulla fecondità responsabile e l'interruzione volontaria di gravidanza, fino alla lotta sulla fecondazione assistita. Il diritto tuttavia non ha finito di inseguire una realtà che si muove incessante. E il tema oggi è quello del diritto delle coppie formate da persone omosessuali di vivere la vita familiare come le coppie formate da persone eterosessuali: liberamente, scegliendo di sposarsi se lo vogliono, e se lo vogliono scegliendo di formare una famiglia con figli.

Ma questa ultima è un'altra questione, la prossima, certamente, sulla quale saremo chiamati a confrontarci, mossi da una società civile che già chiede tutela, nel vuoto normativo.

* La nota riproduce, accomodandolo, l'intervento introduttivo del seminario *Il diritto delle coppie dello stesso sesso alla vita familiare - Profili giurisprudenziali*, organizzato a Bologna il 08.06.2012 da Avvocatura per i Diritti LGBTI - Rete Lenford, con il Patrocinio del Comune di Bologna e dell'Associazione Sindacale Avvocati di Bologna e dell'Emilia Romagna.

¹ Sull'argomento si consiglia la lettura di: F. CARNELUTTI, *Avvocato e procuratore*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. I, p. 644; J.M. VERGÈS, *Strategia del processo politico*, Einaudi, Torino 1968; P. BARCELLONA, in P. BARCELLONA, D. HART, U. MUCKENBERGER, *L'educazione del giurista*, De Donato, Bari 1973, pp. 9-63; R. SACCO, *Formante*, in *Digesto civile*, Vol. 8, UTET, Torino 1992; C.M. MARTINI, G. ZAGREBELSKY, *La domanda di giustizia*, Einaudi, Torino 2003; G. ALPA, P. RESCIGNO, G. ZAGREBELSKY, in *Piero Calamandrei - Fede nel diritto*, Laterza, Roma-Bari 2008; M. MONTALTI, *Sudafrica: la Suprema Corte e il same-sex marriage*, in «Forum di Quaderni costituzionali», 2006; A. PUGIOTTO, *La famiglia e i suoi diritti nella Costituzione* (Lezione Magistrale), in «Materiali 2009 - Scuola di formazione per una consapevole cultura costituzionale», Università di Ferrara, Facoltà di Giurisprudenza; N. BOBBIO, *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Il Saggiatore, Milano 2010; R. LAUDANI, *Disobbedienza*, Il Mulino, Bologna 2010; S. RODOTÀ, *Diritti e libertà nella storia d'Italia. Conquiste e conflitti 1861-2011*, Donzelli, Roma 2011; U. BECK, *Disuguaglianza senza confini*, Laterza, Roma-Bari 2011; F. BILOTTA, *L'interpretazione delle norme vigenti: il ruolo dell'avvocato*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2012: quali prospettive?*, a cura di B. Pezzini, A. Lorenzetti, Jovene, Napoli 2011, pp. 43-94.

² Anche altri quattro Stati membri, che nel frattempo disciplinano altrimenti le unioni

same-sex, hanno in programma l'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso: Finlandia, Inghilterra, Lussemburgo, Francia.

³ In Australia vari interventi legislativi hanno progressivamente assimilato, in tutti gli otto Stati e territori, il trattamento della famiglia di fatto alla normativa matrimoniale dettata a livello federale dal *Family Law Act* del 1975; in sette Stati e territori la relativa disciplina si applica anche ai conviventi dello stesso sesso. In più, le unioni registrate sono previste negli stati di Tasmania e Victoria dal 2008, nel Nuovo Galles del Sud limitatamente alla città di Sidney e nell'Australian Capital Territory dal 2009.

⁴ A seguito di una sentenza della Corte Suprema del maggio 2011 alle coppie *same-sex* sono riconosciuti gli stessi diritti riservati alle coppie di fatto eterosessuali sul piano economico e sociale in materia di pensioni, eredità, assistenza sanitaria e adozione di minori. Manca, però, una legge che disciplini le unioni civili e i matrimoni di coppie dello stesso sesso.

⁵ Corte Suprema di Israele 21.11.2006 *Yosri Ben Ari and others c. DPA Ministry of Interior*. Il fatto sottoposto alla Suprema Corte riguardava cinque coppie dello stesso sesso che avevano contratto matrimonio in Canada, chiesto di trascrivere l'atto di matrimonio e si erano viste respingere la domanda poiché lo stato di Israele non prevede il matrimonio *same-sex*.

⁶ La Corte Suprema di Aruba con sentenza 13.04.2007 ha dichiarato l'obbligo di riconoscere i matrimoni *same-sex* contratti nel Regno dei Paesi Bassi, di cui fanno parte Aruba e le Antille Olandesi.

⁷ La formula differisce da quella pronunciata ai sensi dell'art. 4 della L. 23.12.1946 n. 478 dai magistrati dell'Ordine giudiziario e amministrativo, dagli avvocati e procuratori dello Stato e dai notai, che recita: «Giuro di essere fedele alla Repubblica italiana ed al suo Capo, di osservare lealmente le leggi dello Stato e di adempiere con coscienza i doveri inerenti al mio ufficio».

⁸ CARNELUTTI, *Avvocato e procuratore*, cit., p. 644.

⁹ BILOTTA, *L'interpretazione delle norme vigenti: il ruolo dell'avvocato*, cit., p. 65.

¹⁰ SACCO, *Formante*, cit., p. 8.

Antonio Rotelli

*Famiglie formate da persone dello stesso sesso¹,
matrimonio e legislatore*

Introduzione

Negli ultimi anni il tema del matrimonio tra persone dello stesso sesso è stato oggetto di importanti pronunce giurisprudenziali, anche grazie all'iniziativa di «Affermazione civile» patrocinata dall'Associazione Avvocatura per i Diritti LGBTI - Rete Lenford².

Numerose coppie hanno presentato richiesta di pubblicazioni matrimoniali presso i comuni di residenza e a seguito del rifiuto opposto dagli ufficiali di stato civile hanno fatto ricorso ai giudici ordinari attraverso gli avvocati e le avvocate della Rete. Il percorso dell'affermazione civile è ancora 'in itinere', essendo appena approdato in Cassazione e, probabilmente, proseguirà presso la Corte europea dei diritti umani, in caso di esito negativo del procedimento in corso dinanzi all'ultimo grado di giudizio interno. L'affermazione civile ha già ottenuto il risultato di provocare la prima nota pronuncia della Corte costituzionale sul tema, nella quale il Giudice delle leggi ha affermato che l'accesso al matrimonio da parte delle persone dello stesso sesso non è una soluzione costituzionalmente obbligata per il legislatore, alla cui discrezionalità è rimessa la scelta di come garantire il diritto fondamentale delle persone gay e lesbiche di vedere regolamentate le loro famiglie³.

Tra i meriti certi dell'affermazione civile vi è anche quello di avere sconfitto l'apatia o il pregiudizio della dottrina e dei giudici verso il matrimonio tra persone dello stesso sesso, prima generalmente liquidato con argomentazioni sommarie, tralatzie o paragiuridiche, visto come una eccentricità contraria o non rilevante per il diritto. A partire dalla rimessione della questione alla Corte costituzionale è cresciuto esponenzialmente il numero di articoli scientifici e delle pubblicazioni che si occupano del tema⁴.

Nel 2012 è stata pronunciata anche la prima sentenza della Corte di Cassazione, chiamata a decidere sulla legittimità del rifiuto di trascrivere in Italia

l'atto di matrimonio contratto all'estero tra due cittadini italiani dello stesso sesso⁵. Nella sentenza la Corte, pur affermando la legittimità della decisione impugnata, ha approfondito l'analisi giuridica sul tema della famiglia e del matrimonio omosessuale, facendo una sintesi giuridica tra la sentenza della Corte costituzionale e la di poco successiva *Schalk e Kopf c. Austria* della Corte europea dei diritti umani (EDU)⁶.

Un elemento comune alle tre sentenze citate è il richiamo al formante legislativo. La Corte costituzionale, riconosciuto che alla stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia e il riconoscimento giuridico di diritti e doveri mediante una disciplina di carattere generale, afferma che deve essere la legge a fissarla, escludendo che «possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio».

La Corte di Cassazione, a sua volta, sul punto richiama direttamente il *decisum* del Giudice delle leggi, concludendo che il riconoscimento e la garanzia del matrimonio « – cioè l'eventuale disciplina legislativa diretta a regolarne l'esercizio – in quanto non costituzionalmente obbligati, sono rimessi alla libera scelta del Parlamento; ciò che trova espressa conferma nell'art. 12 della CEDU e 9 della Carta (ndr. dei diritti fondamentali dell'Unione europea), i quali riservano appunto alla disciplina legislativa dei singoli Stati contraenti della Convenzione e/o membri dell'Unione Europea la garanzia del "diritto al matrimonio" (CEDU) e dei diritti "di sposarsi e di costituire una famiglia" (Carta)».

La Corte EDU, invece, dalla sua particolare prospettiva, facendo una rilettura dell'art. 12 della Convenzione EDU alla luce dell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, riconosce che il diritto a sposarsi va interpretato nel senso che include l'accesso al matrimonio anche alle coppie formate da persone dello stesso sesso, ma che «si lascia decidere alla legislazione nazionale dello Stato Contraente se permettere o meno il matrimonio omosessuale. [...] A tale riguardo la Corte osserva che il matrimonio ha connotazioni sociali e culturali radicate che possono differire molto da una società all'altra. La Corte ribadisce di non doversi spingere a sostituire l'opinione delle autorità nazionali con la propria, dato che esse si trovano in una posizione migliore per valutare e rispondere alle esigenze della società».

Sia la Corte costituzionale che la Cassazione utilizzano un argomento comune per motivare la necessità che sia il Legislatore a dover operare una scelta discrezionale sul regime giuridico da adottare per regolamentare le unioni tra persone dello stesso sesso: ritengono che la Costituzione italiana non contempli l'obbligo della introduzione del matrimonio *same sex*. Invece, la Corte EDU utilizza un argomento sovrapponibile a quello delle due corti italiane, ma da una prospettiva sovranazionale: la convenzione EDU consente ma non

obbliga gli Stati ad aprire il matrimonio. La Corte non lo dice, ma lo si può facilmente dedurre, che la decisione potrebbe essere rivista qualora il quadro complessivo si modificasse nel senso di una opzione maggioritaria da parte degli Stati firmatari della convenzione in favore del matrimonio egualitario.

Matrimonio e famiglia come diritti fondamentali da garantire

Il rinvio alla discrezionalità del legislatore, in particolare per quanto riguarda le corti italiane, non è condivisibile. Le motivazioni lasciano un dubbio fortissimo che i giudici non abbiano metabolizzato la questione che gli era sottoposta per la prima volta e abbiano preferito un interlocutorio rinvio al legislatore per un formale rispetto alla classica divisione dei poteri⁷, oppure che abbiano voluto assumere un atteggiamento di cautela di fronte al paradigma eterosessuale del matrimonio⁸. Tuttavia, la domanda avanzata e che si continuerà ad avanzare ai giudici non richiede la creazione di un nuovo diritto fondamentale, ma la sua estensione a tutti i cittadini. Si tratta di un tema, insomma, prettamente costituzionale e giudiziario, piuttosto che legislativo.

La natura di diritto fondamentale del matrimonio nell'ordinamento italiano e nei Paesi di comune tradizione giuridica è indubbia. La Corte di Cassazione ricorda, all'inizio del paragrafo 4.1 della sentenza citata – e non senza apparente contraddizione con le conclusioni alle quali giunge –, che il diritto di contrarre matrimonio è un diritto fondamentale e afferma che «se il diritto di contrarre matrimonio è diritto fondamentale – in quanto derivante dagli artt. 2 e 29 Cost., ed espressamente riconosciuto, come più volte rilevato, dall'art. 16, paragrafo 1, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, dall'art. 12 della CEDU del 1950, dall'art. 23, paragrafo 2, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966 e dall'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000-2007 – esso spetta “ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani”, cioè alla persona in quanto tale (cfr., *ex plurimis*, Corte costituzionale, sentenze nn. 105 del 2001, 249 del 2010, 245 del 2011 cit.). Il riconoscimento di tale diritto fondamentale comporta necessariamente non soltanto l'appartenenza di esso al patrimonio giuridico costitutivo ed irretrattabile del singolo individuo quale persona umana, ma anche la effettiva possibilità del singolo individuo di farlo valere *erga omnes* e di realizzarlo, nel che consiste la “garanzia” del suo “riconoscimento”, secondo l'inscindibile binomio contenuto nell'art. 2 Cost. (“La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili ...”)»⁹. Anche la Corte Suprema statunitense, guardando ad un paese di *common law*, dal 1888 ha affermato in almeno quattordici sentenze che il matrimonio è un

diritto fondamentale che spetta a tutti gli individui e che la libertà della scelta personale in materia matrimoniale è protetta dalla clausola del *Due Process*¹⁰.

Altrettanto fondamentale è il diritto di costituire una famiglia, di cui l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea riconosce l'autonomia rispetto al diritto di sposarsi, trattandosi di due distinti diritti¹¹. Tale diritto la Corte costituzionale lo riconosce esplicitamente anche alle coppie omosessuali, trovandone il fondamento nell'art. 2 della Costituzione, anche se nel dichiararlo non utilizza l'espressione famiglia (si veda la citazione riportata nella nota n. 3). Ma che si tratti di famiglia e di diritto fondamentale di costituire una famiglia lo si deriva facilmente dalle sentenze della Corte EDU¹² e della Cassazione¹³.

Se il diritto di formare una famiglia e quello di sposarsi sono dunque entrambi riconosciuti e garantiti come diritti umani fondamentali dal nostro ordinamento, posto che alle coppie omosessuali deve essere garantita tutela come famiglie, il problema giuridico relativo al riconoscimento dell'accesso al matrimonio va risolto chiedendosi perché le famiglie omosessuali dovrebbero esserne escluse e non, al contrario, chiedendosi perché dovrebbero potervi accedere. La domanda così posta assume un rovesciamento di prospettiva e esclude che possa essere discrezionale la scelta della limitazione all'esercizio di un diritto fondamentale, del quale tutti dovrebbero poter godere, a meno che non sia riscontrabile la violazione di altri diritti fondamentali che la Costituzione garantisce. Ad avviso dello scrivente, tali violazioni non esistono e l'esclusione si manifesta come una discriminazione che non può, per definizione, sottostare alla discrezionalità del legislatore, essendo l'uguaglianza e la pari dignità dei cittadini cardini della Costituzione.

A tal proposito poche osservazioni, non esaustive, sono utili a corroborare il ragionamento fin qui seguito:

- a. Fino a pochi decenni fa, il pregiudizio nei confronti delle persone gay e lesbiche e la repressione sociale, culturale, religiosa e anche giuridica dell'omosessualità, hanno contribuito a mantenere invisibili le persone omosessuali e il problema della loro cittadinanza era inesistente. Quando il pregiudizio e la repressione hanno cominciato ad essere cancellati, le persone gay e lesbiche hanno rivendicato diritti e richiesto tutele per sé e per le proprie famiglie. Nessuna legge prima del 1989 ha mai regolato un'unione tra persone dello stesso sesso¹⁴ e solo nel 2001 il primo Paese al mondo ha riconosciuto loro l'accesso al matrimonio¹⁵. Leggi e costituzioni, tra cui la nostra, fino a pochi anni fa hanno disciplinato la unica forma di famiglia che si conosceva, quella formata da un uomo e una donna¹⁶. Sostenere per questa ragione che le famiglie omosessuali debbano continuare a non potere accedere al matrimonio confermerebbe quanto

sostenuto dalla Corte costituzionale del Sud Africa nella sentenza *Minister of Home Affairs c. Fourie*: la vulnerabilità di una determinata categoria umana dipende da un significativo e profondo passato di svantaggi, ma l'antichità di un pregiudizio non è ragione sufficiente per fondarne la sua sopravvivenza¹⁷.

- b. Pur essendo il diritto di sposarsi e quello di costituire una famiglia due distinti diritti, il primo rappresenta la veste giuridica approntata dagli ordinamenti civili per istituzionalizzare la seconda. In assenza di differenze tra la famiglia eterosessuale e omosessuale diventa una prova diabolica l'individuazione di una base giuridica all'esclusione delle ultime dall'accesso al matrimonio. La Corte costituzionale, nella sentenza n. 138 più volte citata, sostiene al contrario che «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio», in ragione della «(potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale». L'affermazione della Corte è però priva di pregio. È noto, infatti, che la finalità procreativa, anche solo potenziale, non è un presupposto per la celebrazione o una ragione di nullità o annullamento del matrimonio. Al contempo è vero che le persone gay e lesbiche sono potenzialmente fertili e procreative quanto le persone eterosessuali e sempre più spesso la scelta di diventare genitori fa parte del loro progetto di vita familiare. Senza dimenticare che attraverso l'istituto dell'adozione la filiazione, oltre che biologica, è anche civile. Anche in Italia sono numerose le famiglie omosessuali con figli e non presentano speciali problematiche né dal punto di vista della capacità genitoriale, né da quello dell'interesse e del diritto del minore ad una famiglia in grado di allevarlo in maniera sana ed equilibrata, fornendogli amore¹⁸.
- c. L'introduzione di un istituto alternativo al matrimonio, riservato alle coppie omosessuali, anche laddove avesse lo stesso contenuto di diritti e doveri del primo, non eliminerebbe la discriminazione insita nella proposizione di una legislazione «*separate but equal*» (sul punto si rinvia alla nota 27).
- d. L'apertura del matrimonio alle coppie dello stesso sesso non lede, né diminuisce, né altera il medesimo diritto fondamentale di cui godono le coppie eterosessuali.

Il matrimonio tra persone dello stesso sesso all'estero tra parlamenti e corti

La questione qui dibattuta con riferimento alla situazione italiana, si è posta in termini non molto diversi anche altrove. Guardando all'esperienza dei Paesi, in numero sempre crescente, in cui negli ultimi tre lustri l'accesso

al matrimonio è stato aperto alle coppie omosessuali, si nota che in via principale ciò si è realizzato per l'intervento del legislatore, ma non mancano Paesi nei quali è stato l'intervento delle corti a renderlo possibile. In alcuni casi la legge è stata approvata a seguito di pronunce delle corti costituzionali, mentre in altri le pronunce di tali corti sono intervenute a confermare successivamente la costituzionalità delle leggi adottate dai parlamenti. Quel che si nota è che non esiste sostanziale differenza tra i paesi di *civil law* e quelli di *common law* relativamente al percorso seguito. Non è privo di significato, invece, il fatto che in nessuno stato confessionale le coppie dello stesso sesso possano sposarsi.

Con riferimento alla tipologia di ordinamento esistente nel Paese, il matrimonio tra persone dello stesso sesso è celebrato in:

- a. paesi di *civil law* (11 più altri facenti parte di federazioni): Olanda (2001), Belgio (2003), Spagna (2005), Norvegia (2009), Svezia (2009), Argentina (2010), Islanda (2010), Messico (a partire dal 2010, solo in un solo Stato), Portogallo (2010), Brasile (a partire dal 2011, solo in alcuni Stati), Danimarca (2012), Francia (2013), Uruguay (2013);
- b. paesi di *common law* (3 più altri facenti parte di federazioni): Canada (2006), Stati Uniti (a partire dal 2009¹⁹), Nuova Zelanda (2013), Inghilterra e Galles (presumibilmente entro la fine 2013);
- c. paesi con sistema misto (1): Sud Africa (2006).

Con riferimento al percorso attraverso il quale il matrimonio omosessuale è stato riconosciuto, è possibile organizzare i Paesi nel seguente modo:

- a. via legislativa (12 Paesi): Olanda, Belgio, Spagna, Norvegia, Svezia, Argentina, Islanda, Portogallo, Danimarca, Francia, Nuova Zelanda;
- b. via giudiziaria che ha preceduto la via legislativa (3 Paesi più alcuni Stati degli Stati Uniti d'America): Stati Uniti (1993, Corte suprema delle Hawaii, caso *Baehr c. Miike*, originariamente *Baehr c. Lewin*), Canada (sentenza del 12 luglio 2002 della Corte Superiore dell'Ontario, *Halpern c. Canada*), Sud Africa (sentenza del 1 dicembre 2005 della Corte Suprema), Uruguay (nel giugno del 2012 il Tribunale di Montevideo, su rinvio della Corte d'appello, ha disposto la trascrizione e riconosciuto gli effetti dei matrimoni contratti all'estero da cittadini uruguaiani. La sentenza ha accelerato il dibattito in corso da anni in Parlamento);
- c. via giudiziaria a cui non ha fatto ancora seguito la via legislativa (3 Paesi): Nepal (la sentenza del 17 novembre 2008 della Corte Suprema ha stabilito che alle persone e alle coppie gay e lesbiche devono essere riconosciuti pari diritti di quelle eterosessuali. Al momento l'Assemblea costituente che deve riscrivere la costituzione tenendo conto del monito della Corte risulta sciolta per non aver assolto al suo compito entro il termine assegnatole), Brasile (la sentenza del 5 maggio 2011 della Corte Suprema

Federale ha esteso alle coppie dello stesso sesso i diritti riconosciuti alle 'Unioni Stabili', mentre non era in discussione l'estensione del matrimonio; poiché le Unioni Stabili possono essere convertite in matrimonio, essendo a questo equivalenti nei contenuti di diritti e doveri, diverse corti hanno accolto la richiesta di coppie dello stesso sesso di convertire in matrimonio la propria Unione Stabile), Colombia (il 26 luglio 2011 la sentenza della Corte costituzionale ha chiesto al Parlamento di rendere egualitario il matrimonio entro due anni, pena la sua estensione automatica. Il 24 aprile 2013 il Congresso Colombiano ha bocciato a larga maggioranza la proposta di legge per l'estensione del matrimonio);

- d. intervento delle corti successivamente all'approvazione della legge per verificarne la costituzionalità (3 Paesi): Portogallo (2010), Spagna (2012), Francia (ricorso presentato nel 2013, manca ancora la pronuncia);
- e. casi particolari (2 Paesi): Israele²⁰, Messico²¹.

Al vaglio della Corte Suprema degli Stati Uniti sono stati sottoposti due casi che riguardano il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Nel primo di essi, *Stati Uniti c. Windsor*, la Corte è stata chiamata a valutare l'incostituzionalità della sezione 3 del *Defense of Marriage Act* (DOMA), la legge federale approvata nel 1996 che definisce il matrimonio come sola unione di un uomo e una donna, per quel che concerne benefici e diritti di competenza federale e i rapporti interstatali²². Nel secondo, *Hollingsworth c. Perry*, la Corte deve valutare la costituzionalità o meno del referendum tenuto in California nel 2008, conosciuto come *Proposition 8*, che ha modificato la Costituzione dello Stato introducendo la definizione di matrimonio come unione tra un uomo e una donna, privando così le coppie dello stesso sesso della possibilità di sposarsi, diritto ivi consentito²³. Tale referendum dichiarato in un primo momento costituzionale dalla Corte Suprema della California, nel caso *Strauss c. Horton*²⁴, è stato successivamente dichiarato incostituzionale dalla Corte distrettuale per il Nord della California²⁵ e successivamente dalla Corte federale di Appello per il Nono Circuito, pur se con motivazioni differenti²⁶. I promotori del referendum si sono quindi rivolti alla Corte Suprema per ottenere il rovesciamento dei precedenti giudizi.

La vicenda giudiziaria relativa alla *Proposition 8* è di particolare interesse con riferimento al tema della discrezionalità del potere legislativo, perché indaga la legittimità stessa della privazione del godimento di un diritto fondamentale attraverso il ricorso alla volontà popolare, che è il fondamento di una democrazia rappresentativa. Nel caso *Strauss c. Horton*, la Corte Suprema della California ha affermato la costituzionalità del referendum, contemporaneamente facendo salva la validità e gli effetti dei 18 mila matrimoni tra persone dello stesso sesso

già celebrati. Tuttavia nella motivazione la Corte definisce meramente nominalistica la portata della *Proposition 8*. Secondo la Corte essa «ragionevolmente deve essere interpretata in un modo limitato come l'eliminazione del solo diritto per le coppie dello stesso sesso di accedere in maniera egualitaria alla denominazione matrimonio, mentre non intacca in nessun modo il diritto costituzionale di tali coppie di dare vita ad una stabile relazione familiare riconosciuta» dalla legge²⁷. E poco sotto precisa: «Di conseguenza, anche se la *Proposition 8* elimina la possibilità per le coppie dello stesso sesso di entrare in un rapporto ufficiale designato "matrimonio", per tutti gli altri aspetti tali coppie continuano a possedere, sotto la tutela costituzionale della privacy e della *due process clause*, il nucleo base e sostanziale dei diritti legali e associati tradizionalmente al matrimonio» incluso «il più fondamentale, la possibilità di una persona di dare vita – con la persona con la quale ha scelto di condividere la sua vita – a una famiglia legalmente riconosciuta e protetta in possesso di reciproci diritti e responsabilità e titolata allo stesso rispetto e dignità riconosciute ad una unione tradizionale chiamata matrimonio».

Nella sentenza della Corte Federale di Appello per il Nono Circuito, invece, i giudici non riconoscono legittimi i motivi addotti dai difensori a sostegno del referendum: ritengono, infatti, che l'accesso al matrimonio delle coppie omosessuali non influisce sull'educazione dei figli, dal momento che non vengono modificate le norme che disciplinano la genitorialità e l'adozione da parte di uomini e donne; non influisce sulla scelta delle coppie di sesso opposto di procreare; non realizza l'obiettivo di 'procedere con cautela' nel modificare le istituzioni sociali, dal momento che oltre 18 mila coppie dello stesso sesso erano già sposate e l'intenzione dei promotori del referendum è stata quella di elevare una vera e propria barriera in Costituzione.

Secondo i giudici la *Proposition 8* ha avuto il solo scopo, in contrasto con la Costituzione, di ledere lo *status* e la dignità delle persone gay e lesbiche, sancendo l'inferiorità delle loro unioni e famiglie rispetto a quelle formate da persone di sesso opposto. Richiamando il precedente della Corte suprema *Romer c. Evans*²⁸, sottolineano che la *Proposition 8* discrimina tali coppie togliendo loro, e solo a loro, l'accesso al diritto fondamentale di sposarsi, in violazione della protezione che l'*Equal Protection Clause* garantisce ai gruppi di minoranza, impedendo che possano essere privati, senza un legittimo motivo, di un diritto (di cui godono). Infatti, i cittadini della California con il referendum non hanno ottenuto alcun vantaggio, ma hanno solo tolto a una minoranza svantaggiata (*disfavored class*) un titolo istituzionalizzato di 'straordinario significato' – il nome che la società dà alla relazione che conta di più tra due adulti. Il matrimonio, infatti, conferisce alle coppie un '*honored status*', che riconosce dignità (*dignified*) alle loro relazioni. L'esclusione delle coppie dello stesso sesso

porta i giudici alla ‘inevitabile deduzione’ che la motivazione della *Proposition 8* è stata la ‘disapprovazione di gay e lesbiche come classe’, non avendo altro effetto pratico che quello di togliere a gay e lesbiche il loro diritto di utilizzare la denominazione ufficiale che lo Stato e la società danno alle coppie che si assumono un impegno, pregiudicando il loro status e la loro dignità. Al momento non si conosce ancora l’esito del giudizio instaurato dinanzi alla Corte suprema federale, ma quale che sia il giudizio, appare di poter condividere il principio che in democrazia la volontà popolare incontra dei limiti quando sceglie di escludere una minoranza dal godimento di un diritto fondamentale.

Nel contesto Europeo, invece, la Corte costituzionale portoghese, con la sentenza del 31 luglio del 2009 adottata con una maggioranza di 3 favorevoli e 2 contrari, aveva rigettato la richiesta di pubblicazioni matrimoniali da parte di una coppia di due donne, affermando che la Costituzione non contiene un obbligo a consentire l’accesso al matrimonio alle coppie omosessuali. Tuttavia, riconosciuto che la Costituzione non contiene neppure un divieto, aveva affidato la scelta di una soluzione alla discrezionalità del legislatore. Chiamata nuovamente a pronunciarsi nel 2010 sulla costituzionalità della legge che ha reso egualitario il matrimonio, la Corte ha ribadito le sue motivazioni, con una decisione presa con una maggioranza di 11 contro 2, confermando questa volta la costituzionalità della legge²⁹.

La crescente consapevolezza che l’accesso delle famiglie omosessuali al diritto fondamentale del matrimonio sia un tema di rilevanza costituzionale, potrebbe giungere presto ad una evoluzione importante: l’Irlanda infatti potrebbe diventare il primo Paese al mondo ad inserire in costituzione un esplicito riferimento ad esso. La Convenzione per la riforma della Costituzione, istituita nel 2011, ha avuto il mandato, tra l’altro, di verificare se la Costituzione debba proteggere il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Il 14 aprile 2013 la Convenzione ha raccomandato, con una maggioranza di favorevoli del 79% e 18% contrari, di rendere egualitario in Costituzione il matrimonio civile. La proposta dovrà essere discussa dall’*Oireachtas*, l’insieme delle due Camere del Parlamento e del Presidente della repubblica e, successivamente, essere sottoposta a referendum. Una indagine qualitativa e quantitativa condotta per il governo a fine 2011 ha rilevato che il 73% degli irlandesi è favorevole all’inclusione del matrimonio egualitario in Costituzione³⁰. Questo passaggio, laddove dovesse realizzarsi, assumerebbe la stessa rilevanza che a partire dalla metà del XX secolo ebbe per il matrimonio stesso e la famiglia il loro inserimento nelle costituzioni e nelle convenzioni internazionali.

Conclusioni

Provando a trarre alcune provvisorie conclusioni da quanto scritto innanzi, mi pare di poter affermare che l'estensione del diritto fondamentale del matrimonio, questione affatto diversa rispetto a quella della creazione di un nuovo diritto fondamentale, possa essere realizzata – e in caso di inerzia del legislatore debba esserlo – direttamente dai giudici. A ciò non sono di ostacolo le pronunce esaminate o il fatto che in altri ordinamenti sia stato il potere legislativo, piuttosto che il giudiziario, ad operare tale estensione in un numero maggiori di casi. La diversità di sesso dei coniugi, pur se elemento tradizionalmente presente nel matrimonio, non rappresenta un presupposto giuridico in grado di impedire l'accesso al matrimonio alle coppie dello stesso sesso. Si tratta del contrasto tra la tradizione e il dover garantire un diritto fondamentale a tutti i cittadini, indipendentemente da loro caratteristiche personali ascritte. La estensione del matrimonio in senso egualitario porta benefici incommensurabili ai diritti e alla dignità delle persone omosessuali e delle loro famiglie, mentre la sua conservazione come istituto riservato provoca discriminazione e non genera alcun beneficio ulteriore a favore di chi può accedervi.

In questa prospettiva si tratta di sviluppare il programma che la nostra Costituzione contiene, dando applicazione ai suoi principi, anche in ragione dei mutamenti sociali e culturali intervenuti fin dalla data della sua approvazione. La Corte di Appello per il Nono Circuito degli Stati Uniti, nella sua sentenza già citata, esprimendosi sul matrimonio e quel che significa in termini sia sociali che giuridici, afferma icasticamente che: *«Like opposite-sex couples, same-sex couples enjoy this protection not as a matter of legislative grace, but of constitutional right»*.

Dunque una legge non può essere la condizione per il riconoscimento – finalmente – dell'accesso al matrimonio delle famiglie omosessuali, i cui componenti fanno parte di una minoranza discriminata. Altra cosa è l'auspicare che questa intervenga per rimuovere il *vulnus* esistente e ridia, come valore aggiunto, dignità alla rappresentanza politica attraverso il recupero del ruolo di tutela delle minoranze che in una democrazia rappresentativa è inevitabilmente affidata alla maggioranza, oltre che ai giudici.

Al legislatore italiano basterebbe modificare alcune disposizione del codice civile per superare le difficoltà riscontrate dalla Corte costituzionale e dalla Corte di Cassazione. In caso contrario, i giudici continueranno ad essere sollecitati ad intervenire per riconoscere, attraverso l'interpretazione, che la garanzia di un diritto fondamentale dal quale è esclusa la minoranza dei cittadini gay e lesbiche non è legata alla discrezionalità del legislatore e neppure alla volontà popolare, ma discende dalla Costituzione.

¹ Nel prosieguo, per facilitare la lettura, si utilizzeranno anche le espressioni ‘famiglie omosessuali’ o ‘coppie omosessuali’, avvertendo fin d’ora che si tratta di espressioni imprecise. L’orientamento omosessuale dei due partner o coniugi, infatti, non connota la natura della famiglia o della relazione, che non differisce da quella di qualunque altra famiglia o stabile relazione d’affetto. Per le stesse ragioni si farà ricorso all’espressione ‘matrimoni *same sex*’.

² L’iniziativa «Affermazione civile» è stata lanciata da Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford nel 2008 insieme all’Associazione Certi Diritti, raccogliendo l’adesione di circa 24 coppie formate da persone dello stesso sesso che chiedevano di potersi sposare. L’iniziativa ha avuto dall’inizio il duplice scopo di portare i giudici italiani a pronunciarsi sul tema in assenza di iniziativa da parte del legislatore e a spingere le coppie omosessuali che intendono contrarre matrimonio, a prendere coscienza che la loro «affermazione civile» in quanto cittadine e cittadini dipende anche dalla loro volontà di rivendicare il riconoscimento e la garanzia di diritti fondamentali.

³ Corte costituzionale, sentenza n. 138 del 2010, testo disponibile sul sito della Corte costituzionale all’URL <<http://www.cortecostituzionale.it/actionGiurisprudenza.do>> (ultimo accesso 24.07.2013). Inoltre la Corte ha pronunciato le ordinanze nn. 276 del 2010 e 4 del 2011 relative a due procedimenti successivi vertenti su identica materia. La Corte costituzionale ha affermato che l’art. 2 della Costituzione riconosce alle coppie dello stesso sesso «il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. Si deve escludere, tuttavia, che l’aspirazione a tale riconoscimento – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia – possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio». Per un approfondimento si possono leggere: *La “società naturale” e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di R. Bin [et al.], Giappichelli, Torino 2010; *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sent. 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di B. Pezzini, A. Lorenzetti, Jovene, Napoli 2011. Per una rassegna bibliografica delle note a sentenza e delle diverse letture ed interpretazioni sulla sentenza si veda R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in *La “società naturale” e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di R. Bin [et al.], cit., pp. 4-29.

⁴ Se ad esempio si inserisce nel motore di ricerca DoGi il parametro ‘omosessualit*’, vengono restituiti 365 *items* pubblicati in circa 250 riviste giuridiche italiane dal 1970 al 2013 (fino a marzo). Di questi 236 sono stati pubblicati dal 1970 al 2009, mentre 129 dal 2010 al 2013. Se si cambiano i parametri in ‘omosessual* matrimonio’, gli *items* si riducono a 85 nel periodo dal 1970 al 2009, di cui una buona percentuale hanno per oggetto la remissione alla Corte costituzionale del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Invece nel periodo 2010-2013 gli *items* restituiti sono ben 96. L’incremento è stato, per difetto, del 1500 per cento su base annua. Invece, sul fronte, giudiziario, i decreti dei tribunali che hanno rigettato i ricorsi avverso il diniego di pubblicazioni matrimoniali, raramente superavano le dieci righe di motivazione, limitandosi ad indicare, alternativamente o contemporaneamente, la contrarietà all’ordine pubblico o l’inesistenza del matrimonio tra due persone dello stesso sesso. A volte non mancava la citazione della Circolare del Ministero dell’Interno n. 55 del 18 ottobre 2007 – che risulta ancora non ritirata – la quale afferma «in mancanza di modifiche legislative in materia, il nostro

ordinamento non ammette il matrimonio omosessuale» e, continua, con riferimento al caso di cui si occupa che «la richiesta di trascrizione di un simile atto compiuto all'estero deve essere rifiutata perché in contrasto con l'ordine pubblico interno».

⁵ Corte di Cassazione, Sez. I, sentenza n. 4184 del 2012, testo disponibile sul sito della Corte di Cassazione all'URL <<http://www.cortedicassazione.it/Notizie/GiurisprudenzaCivile/SezioniSemplici/SchedaNews.asp?ID=3036>> (ultimo accesso 24.07.2013). Per alcune note a sentenza si possono vedere: M. GATTUSO, *“Matrimonio”, “famiglia” e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la “doppia svolta” della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in «Famiglia e diritto», n. 7, 2012, p. 678; M. DI BARI, *Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di Cassazione: la Cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nel contesto delle coppie same-sex anche alla luce della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in «Rivista telematica giuridica dell'Associazione italiana costituzionalisti», n. 1, 2012, testo consultabile all'URL <<http://www.rivistaaic.it/articolo-rivista/considerazioni-margine-della-sentenza-41842012-della-corte-di-cassazione-la>> (ultimo accesso 24.07.2013); D. FERRARI, D. FIORATO, *Lo status giuridico delle coppie omosessuali. Il diritto alla vita familiare in due recenti pronunce*, in «La Nuova giurisprudenza civile commentata», fasc. 7-8, 2012, p. 615; F. ANGELINI, *La Corte di Cassazione su unioni matrimoniali omosessuali: nell'inerzia del legislatore la realtà giuridica si apre alla realtà sociale*, in «Giurisprudenza costituzionale», n. 2, 2012, p. 1520; L. MARIOTTI, in *La tutela delle unioni omosessuali nel dialogo tra corti interne e Corte europea dei diritti umani*, in «Giurisprudenza italiana», n. 2, 2013, p. 330; F. CHIOVINI, M. WINKLER, *Dopo la Consulta e la Corte di Strasburgo, anche la Cassazione riconosce i diritti delle coppie omosessuali*, in «Giustizia civile», n. 7/8, parte I, 2012, p. 1707; ROMBOLI, *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso: gli effetti nel nostro ordinamento dei dicta della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione della Corte di Cassazione*, in «Foro italiano», n. 10, parte I, 2012, p. 2756; G. GABASSI, *Matrimonio coppie omosessuali*, in «Studium Iuris», n. 7/8, 2012, p. 893; V. CARBONE, *Matrimonio omosessuale e trascrizione*, in «Corriere giuridico», n. 5, 2012, p. 618; E. CALEVI, *Unioni same-sex: dall'inesistenza all'inidoneità a produrre effetti giuridici*, in «Giurisprudenza italiana», n. 8/9, 2012, p. 1767; P. RESCIGNO, *Il matrimonio same-sex al giudizio di tre corti*, in «Corriere giuridico», n. 7, 2012, p. 861.

Si sottolinea che, pur in assenza di statistiche, il numero di coppie italiane o miste che hanno scelto di contrarre matrimonio all'estero nell'impossibilità di farlo in Italia, è ragguardevole, superando – a parere di scrive – quello di alcune migliaia. Nel fare questo calcolo, il sottoscritto si è basato sulla sua personale esperienza di volontario per la Rete Lenford, che dal 2005 ad oggi ha offerto supporto e consulenza per sposare all'estero ad oltre 500 coppie. In particolare, la Rete ha redatto anche delle guide per poter contrarre matrimonio in Spagna, in Olanda, in Norvegia e a New York, facilmente reperibili sul sito dell'Associazione <www.retelenford.it> (ultimo accesso 24.07.2013).

⁶ Corte europea dei diritti umani, *Schalk e Kopf c. Austria*, sentenza del 24 giugno 2010, testo disponibile all'URL <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605>> (ultimo accesso 24.07.2013). Per alcune note a sentenza si possono vedere: M. WINKLER, *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della corte di Strasburgo*, in «Nuova giurisprudenza civile commentata», n. 11, 2010, p. 1148; L. PALADINI, *Le coppie dello stesso sesso tra la sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 14 aprile 2010 e la pronuncia della corte europea dei diritti dell'uomo del 24 giugno 2010 nel caso Schalk e Kopf c. Austria*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», n. 1, 2011, p. 137.

⁷ Interessante a tal proposito è S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari 2012, pp. 47-61. L'autore parlando dei poteri tra legislazione e giurisdizione, analizza il ruolo che quest'ultima è andata assumendo in materia di diritti fondamentali e ricorda che il modello della tripartizione dei poteri si è adattato ai tempi e alle differenziazioni istituzionali «in una situazione in cui governo, amministrazione e giurisdizione, pur nella necessaria loro distinzione, intrattengono rapporti nuovi, o almeno diversi da quelli del passato». Di fronte all'obbligo del giudice di offrire una risposta alla domanda di giustizia ricorda che: «[...] mentre la politica, pur in presenza di domande sociali di cui si riconosce forza e rilevanza, può decidere di non prenderle in considerazione, al giudice questa possibilità è preclusa tutte le volte che nel sistema si può, e dunque si deve, trovare una base legale per la risposta. Proprio questa diversità porta con sé una rappresentazione della magistratura come istituzione destinata comunque a incontrare il "nuovo", anche quando questo incontro è giudicato dalla politica intempestivo, non conveniente o immaturo, magari per una inadeguatezza culturale della stessa politica. [...] L'attesa del sì politico, la via della legislazione parlamentare come la sola democraticamente percorribile, dunque, sono proposizioni che devono essere considerate nel contesto complessivo dei processi istituzionali, che non tollerano vuoti o silenzi. Altrimenti, il blocco della politica può anche tramutarsi nel blocco della democrazia».

⁸ Sul punto vedasi G. BRUNELLI, *Le unioni omosessuali nella sentenza n. 138/2010: un riconoscimento senza garanzia?*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di B. Pezzini, A. Lorenzetti, cit., pp. 143-160.

⁹ La sentenza della Cassazione dimentica di citare la sentenza n. 445 del 2002, punto 3 della parte in diritto, della Corte costituzionale che espressamente definisce il matrimonio un diritto fondamentale.

¹⁰ Dalla sentenza *Maynard c. Hill* del 1888 a *Lawrence c. Texas* del 2003. Un elenco è consultabile al seguente URL <<http://www.afef.org/blog/14-supreme-court-cases-marriage-is-a-fundamental-right/>> (ultimo accesso 24.07.2013).

¹¹ Anche la Corte costituzionale sembra riconoscere, in un *obiter dictum* della sentenza n. 138 del 2010, punto 9 in diritto, che famiglia e matrimonio sono due diritti distinti in quanto concetti autonomi: «Ciò posto, è vero che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere "cristallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi».

¹² Nella sentenza *Schalk e Kopf c. Austria*, la Corte, per la prima volta, riconosce che le stabili unioni omosessuali devono essere protette come forma di «vita familiare» e non solo come «tutela della vita privata» ai sensi dell'art. 8 della Convenzione. Afferma nei par. 92-94: «la giurisprudenza della Corte ha ritenuto unicamente che la relazione affettiva e sessuale di una coppia dello stesso sesso costituisce "vita privata", ma non ha ritenuto che essa costituisca "vita di famiglia", anche quando si tratta di un rapporto molto duraturo tra partner conviventi. Nel giungere a tale conclusione, la Corte ha osservato che, nonostante la crescente tendenza in un certo numero di Stati europei verso il riconoscimento giuridico e giudiziario delle stabili relazioni di fatto tra omosessuali, data l'esistenza di poca uniformità tra gli Stati contraenti, questa era un'area nella quale essi disponevano ancora di un ampio margine di apprezzamento. [...] La Corte osserva che [...] una rapida evoluzione di atteggiamenti sociali nei confronti delle coppie dello stesso sesso c'è stata in molti Stati membri. Da allora un considerevole numero di Stati membri ha accordato

riconoscimento legale alle coppie dello stesso sesso (vedi, *supra*, parr. 27-30). Talune disposizioni della normativa UE riflettono anche una crescente tendenza a includere coppie dello stesso sesso nel concetto di “famiglia” [...]. Alla luce di questa evoluzione, la Corte ritiene artificiale mantenere l’opinione che, a differenza di una coppia di sesso diverso, una coppia dello stesso sesso non può godere di “vita familiare” ai sensi dell’art. 8. Di conseguenza, il rapporto dei ricorrenti, un coppia dello stesso sesso convivente in una stabile relazione di fatto, rientra nella nozione di “vita familiare”, così come vi rientrerebbe il rapporto di una coppia di sesso diverso nella stessa situazione».

¹³ Nella sentenza n. 4184 del 2012, paragrafo 4.2, scrivono i giudici: «I componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, se – secondo la legislazione italiana – non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all’estero, tuttavia – a prescindere dall’intervento del legislatore in materia – quali titolari del diritto alla “vita familiare” e nell’esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di “specifiche situazioni”, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza».

¹⁴ La Danimarca è stata la prima nazione al mondo ad introdurre le *Registered partnership* il 7 giugno 1989, riservate alle coppie dello stesso sesso. Nel 2012, la legge è stata sostituita dall’apertura del matrimonio sia civile che religioso anche a tali coppie. La Chiesa della Danimarca riconosceva già prima ai propri pastori la possibilità di benedire le unioni registrate, ritenendo che sono le persone ad essere benedette e non le istituzioni. I pastori possono tuttavia rifiutare la celebrazione di matrimoni tra persone dello stesso sesso nelle loro chiese.

¹⁵ Il Parlamento olandese ha approvato in via definitiva la legge sul matrimonio egualitario il 19 dicembre 2000 ed è entrata in vigore il 1° aprile 2001. Il Parlamento aveva istituito nel 1995 una commissione speciale con il compito di investigare sulla possibilità di aprire il matrimonio civile alle coppie dello stesso sesso. I lavori della commissione si conclusero nel 1997 con una indicazione positiva.

¹⁶ La Corte costituzionale nella sentenza n. 138 del 2010, proponendo la sua molto criticata interpretazione originalistica dell’art. 29 della Costituzione, scrive che: «Infatti, come risulta dai citati lavori preparatori, la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di Assemblea, benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta. I costituenti, elaborando l’art. 29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un’articolata disciplina nell’ordinamento civile. Pertanto, in assenza di diversi riferimenti, è inevitabile concludere che essi tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che, come sopra si è visto, stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso». Se corrisponde al vero che la questione delle «unioni omosessuali» rimase del tutto estranea al dibattito nella Costituente, la Corte erroneamente afferma che la «condizione omosessuale» era all’epoca conosciuta. Si tratta di un paralogismo, perché la mera esistenza delle persone omosessuali non prova nulla e la loro «condizione» trovava eventualmente spazio unicamente nei fatti di cronaca, spesso nera, con la condanna morale generalizzata degli atti omosessuali. Ancora nel 1960 alla Camera dei Deputati veniva

presentata la proposta di legge n. 1920 che chiedeva la criminalizzazione dell'omosessualità e identica proposta veniva presentata l'anno successivo (atto Camera n. 2990). Si era ben lungi, e nessuno lo aveva ancora fatto, dalla richiesta di riconoscimento delle relazioni tra due donne o due uomini o anche solo dalla richiesta di una tutela contro l'emarginazione e le discriminazioni. Dal punto di vista sociale e della rivendicazione di diritti la realtà è cominciata a cambiare in tutto il mondo solo dopo i moti di Stonewall a New York nel 1969. Il fatto che la nostra Costituzione e le leggi di tutto il mondo ancora negli anni 1946-1948 non affrontassero il problema è solo perché una 'questione omosessuale' non esisteva. Quella della Corte, pertanto, non rappresenta una motivazione decisiva per ritenere legittima l'esclusione delle coppie omosessuali dal matrimonio. Per un interessante punto di vista sull'interpretazione dell'art. 29 della Costituzione vedasi BIN, *La famiglia: alla radice di un osimoro*, in «Studium Iuris», 10, 2000, p. 1066; il testo è consultabile al seguente URL: <http://www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=21430> (ultimo accesso 24.07.2013).

¹⁷ Corte costituzionale del Sud Africa, *Minister of Home Affairs c. Fourie*, sentenza del 1 dicembre 2005. Per un approfondimento si veda: F.R. DAU, *La Corte costituzionale del Sudafrica si esprime in modo favorevole all'estensione del matrimonio alle coppie omosessuali*, in «Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti», 2006, testo disponibile all'URL <http://archivio.rivistaaic.it/cronache/estero/matrimonio_omosessuali/index.html> (ultimo accesso 24.07.2013).

¹⁸ La Corte di Cassazione, nella sentenza n. 601 del 2013, decidendo sulla legittimità dell'affido del figlio minore alla madre lesbica convivente in una relazione stabile con altra donna, ha rigettato il ricorso dell'ex marito affermando che «Alla base della doglianza del ricorrente non sono poste certezze scientifiche o dati di esperienza, bensì il mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale. In tal modo si dà per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino». In tema di affidamento dei figli minori, le corti di merito escludono costantemente da anni che l'omosessualità di uno dei genitori possa essere di per sé stessa ragione di esclusione. La Corte EDU già nel 1999, nella sentenza *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, aveva condannato il Portogallo per il mancato affidamento del figlio al padre omosessuale stabilmente convivente con altro uomo. La stessa Corte nella sentenza del 19 febbraio 2013 della Grande Camera, *X e altri c. Austria*, ha riconosciuto il diritto all'adozione da parte di una partner omosessuale dei figli dell'altra partner ogni qualvolta lo stesso diritto è garantito alle coppie eterosessuali non coniugate. Afferma la Corte che: «Il Governo non è stato in grado di addurre alcuna argomentazione specifica, alcuno studio scientifico o la minima prova che dimostri che una famiglia con due genitori dello stesso sesso non sia in grado di provvedere, in alcuna circostanza, ai bisogni di un bambino». Una decisione di analogo tenore la Corte aveva adottato nel diverso caso dell'adozione da parte di una persona single omosessuale, sentenza *E.B. c. Francia* (2008), affermando che se i single eterosessuali sono ammessi all'adozione non possono non esserlo quelli omosessuali. Per un approfondimento non giuridico sul tema si vedano gli interventi del Prof. Vittorio Lingiardi sul Corriere della Sera, disponibili al seguente URL <<http://27esimaora.corriere.it/articolo/si-cresce-bene-anche-con-genitori-gayecco-i-risultati-di-30-anni-di-ricerche/>> (ultimo accesso 24.07.2013). Il tema sul quale attualmente l'Italia presenta un grave vuoto normativo è quello relativo al riconoscimento dei figli che le coppie dello stesso sesso generano facendo ricorso a tecniche di fecondazione medicalmente assistita all'estero. Questi figli vivono una situazione giuridica peculiare avendo due status diversi: nel Paese di nascita sono giuridicamente figli

delle due donne o dei due uomini che hanno voluto metterli al mondo, mentre in Italia risultano figli del solo genitore biologico, con grave pregiudizio per la tutela dei loro diritti nel caso di crisi familiare o di perdita del genitore biologico.

¹⁹ Negli USA il matrimonio egualitario non è riconosciuto a livello federale, ma solo in 12 Stati: Connecticut, Delaware, Iowa, Maine, Maryland, Massachusetts, Minnesota, New Hampshire, New York, Rhode Island, Vermont e Washington. È inoltre riconosciuto nel Distretto della Columbia, che comprende la capitale Washington e in tre tribù di Nativi Americani: Coquille, Little Traverse Bay Bands of Odawa Indians e Suquamish. In California, invece, sono stati fatti salvi i matrimoni celebrati prima dell'approvazione del referendum che ha inserito in Costituzione la definizione del matrimonio come unione di un uomo e una donna, attualmente al vaglio della Corte Suprema federale.

²⁰ Israele, stato confessionale, non riconosce i matrimoni civili e non dispone di una legislazione uniforme in materia matrimoniale. Matrimoni e divorzi sono regolati dalla legge personale dell'individuo che coincide con la legge della religione alla quale appartiene, che deve essere una delle religioni riconosciute nello Stato. Se un cittadino israeliano non appartiene a nessuna religione o appartiene ad una che non è riconosciuta, non possiede una legge personale. Non è quindi possibile, per due persone dello stesso sesso contrarre matrimonio, anche se in astratto ciò diventerebbe possibile se professassero una religione che consente i matrimoni tra due donne o due uomini e tale religione fosse riconosciuta in Israele. Nel caso sia stato celebrato matrimonio civile tra due cittadini stranieri, che solo successivamente siano immigrati in Israele e ne siano diventati cittadini, grazie alla legge sul ritorno, il matrimonio è valido anche in Israele se risulta valido in base alle leggi della precedente nazionalità (C.A. 191/51 *Skornik c. Skornik*, 8 P.D. 141). Se invece due cittadini israeliani contraggono matrimonio civile all'estero, il loro matrimonio può essere trascritto in Israele, ma senza produrre effetti, in quanto la trascrizione ha un mero valore amministrativo che non conferisce validità o riconoscimento all'atto (HCJ 143/62 *Funk Shlezinger c. Ministero dell'Interno*, 17 PD 225 (1963)). Sulla scorta di quanto premesso è possibile inquadrare la sentenza della Corte Suprema del 21 novembre 2006, caso HCJ 3045/05 *Ben-Ari c. Ministero dell'Interno*, che ha riconosciuto la possibilità di trascrivere in Israele i matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso. La Corte ha ribadito, rifacendosi al precedente *Funk Shlezinger*, che la trascrizione non consente di godere, in Israele, dei diritti e dei doveri riconnessi al matrimonio. Il testo della sentenza nella traduzione inglese è disponibile sul sito della Corte al seguente URL <http://elyon1.court.gov.il/files_eng/05/450/030/a09/05030450.a09.htm> (ultimo accesso 24.07.2013).

²¹ Il Messico è uno Stato Federale formato da 31 stati e un Distretto Federale, nel quale la materia matrimoniale è di competenza dei singoli stati. Nel Distretto Federale di Mexico City il parlamento ha reso egualitario il matrimonio a fine 2009, mentre nel 2012 nello stato di Quintana Roo è stato il Ministro dell'Interno a disporre la celebrazione di matrimoni tra persone dello stesso sesso sulla base della mancata indicazione nel codice civile della diversità di sesso tra gli sposi. La Corte costituzionale messicana con la sentenza 1 luglio-16 agosto 2010, procedimento 2-2010, ha confermato la costituzionalità della legge del Distretto Federale e ha esteso la validità dei matrimoni tra persone dello stesso sesso, intesa come 'esistenza dell'atto formale', a tutti gli stati della federazione, lasciando ai singoli stati la facoltà di decidere quali effetti avranno in ciascuno di essi. In caso di inerzia è presumibile che le questioni vengano risolte, caso per caso, dai magistrati. Il testo della sentenza è disponibile all'URL <<http://ius.scjn.gob.mx/paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?ID=225538&Clase=DetalleTesisEjecutorias>> (ultimo accesso 24.07.2013).

Successivamente, decidendo un ricorso *de amparo* (n. 581/2012) presentato da tre coppie dello stesso sesso dello stato di Oaxaca, la prima sala della Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità del rifiuto di celebrare il matrimonio, opposto alle tre coppie sulla base dell'art. 143 del codice civile di quello stato, che riconosce il matrimonio «tra un solo uomo e una sola donna». Secondo la Corte la formulazione di tale articolo impedisce l'autodeterminazione delle persone e viola il diritto al libero sviluppo delle loro personalità e deve interpretarsi nel senso che il matrimonio può celebrarsi tra due persone indipendentemente dal loro sesso. La Corte ha ritenuto che la motivazione del legislatore statale, secondo cui il matrimonio serva «per perpetuare la specie e offrirsi reciproco sostegno nella vita» viola il principio di ragionevolezza. Il testo in bozza del provvedimento del 5 dicembre 2012 è disponibile al seguente URL: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=143969>> (ultimo accesso 24.07.2013). Quest'ultima decisione ha la forza di un precedente autorevole, ma è vincolante solo nei tre casi di *amparo* presentati dai ricorrenti. Tuttavia, se alla Corte verranno presentati altri casi di *amparo*, provenienti da qualunque stato, il precedente diventerà vincolante, obbligando i legislatori dei singoli stati a rendere egualitario il matrimonio. Prima ancora, probabilmente, verrà modificata la disciplina in materia di *amparo* che consentirà alla Corte costituzionale di fissare principi che valgono in ogni caso, vincolanti per tutti, e non solo nel caso concreto in decisione. In conclusione, è possibile già ascrivere il Messico al novero dei paesi nei quali il matrimonio egualitario si raggiunge per via giudiziaria, nonostante nel Distretto Federale il legislatore sia intervenuto prima.

²² Procedimento 12-307, URL <<http://www.supremecourt.gov/Search.aspx?FileName=/docketfiles/12-307.htm>> (ultimo accesso 24.07.2013); l'audio e la trascrizione dell'udienza che si è tenuta il 26 marzo 2013 è disponibile al seguente URL <http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_audio_detail.aspx?argument=12-307> (ultimo accesso 24.07.2013).

²³ Procedimento 12-144, URL <<http://www.supremecourt.gov/Search.aspx?FileName=/docketfiles/12-144.htm>> (ultimo accesso 24.07.2013); l'audio e la trascrizione dell'udienza che si è tenuta il 27 marzo 2013 è disponibile al seguente URL <http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_audio_detail.aspx?argument=12-144> (ultimo accesso 24.07.2013).

²⁴ Corte suprema della California, *Strauss c. Horton*, testo della sentenza disponibile all'URL <<http://www.courts.ca.gov/documents/S168047.pdf>> (ultimo accesso 24.07.2013).

²⁵ United States District Court for the Northern District of California, *Hollingsworth e altri c. Perry e altri*, testo della sentenza disponibile all'URL <<https://ecf.cand.uscourts.gov/cand/09cv2292/files/09cv2292-ORDER.pdf>> (ultimo accesso 24.07.2013).

²⁶ United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, casi nn. 10-16696, 10-166577, sentenza del 7 febbraio 2012, testo scaricabile all'URL <<http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/general/2012/02/07/1016696com.pdf>> (ultimo accesso 24.07.2013).

²⁷ Merita ricordare che in California, fin dal 1999, esiste l'istituto della *domestic partnership* riservato alle coppie dello stesso sesso, che negli anni è stato modificato fino a ricomprendere diritti e doveri equivalenti a quelli nascenti dal matrimonio. Le battaglie delle coppie dello stesso sesso sono tuttavia continuate sostenendo che niente altro che il matrimonio può realizzare parità di diritti e dignità tra i cittadini indipendentemente dall'orientamento sessuale. Si lamenta che la creazione di istituti riservati alle coppie dello stesso sesso, identici nei contenuti, ma alternativi al matrimonio cui le coppie non possono accedere, perseguono la politica del «*separate but equal*» già sperimentata con le leggi che consentivano la segregazione razziale. La *domestic partnership* è regolata

dalla sezione 297-297.5 del codice di famiglia della California, il cui testo è disponibile al seguente URL <<http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=fam&group=00001-01000&file=297-297.5>> (ultimo accesso 24.07.2013). Già nel 2000, gli elettori della California approvarono un referendum, la *Proposition 22*, che aggiungeva nel codice di famiglia la previsione che solo il matrimonio tra due persone di sesso opposto «è valido o riconosciuto in California». Questo avrebbe consentito di non riconoscere in California matrimoni tra persone dello stesso sesso contratti altrove, cosa che il codice avrebbe consentito, mentre già stabiliva (dal 1977 nel codice civile e dal 1992 nel codice di famiglia) che il matrimonio potesse essere celebrato solo tra un uomo e una donna. Con la sentenza del Maggio 2008, nel caso *In re Marriage*, questo referendum è stato dichiarato contrario alla costituzione dalla Corte suprema Californiana.

²⁸ Il caso *Romer c. Evans*, procedimento 94-1039, fu deciso dalla Corte Suprema nel 1996. La sentenza dichiara l'incostituzionalità di un referendum tenuto nel 1992, chiamato *Emendamento 2*, con il quale era stata modificata la costituzione dello Stato del Colorado, introducendovi la seguente disposizione: «Divieto di introdurre misure di protezione fondate sull'orientamento omosessuale, lesbico o bisessuale. Né lo stato del Colorado, attraverso ognuno dei suoi uffici o dipartimenti, né alcuna delle sue agenzie, circoscrizioni politiche, municipalità o distretti scolastici, potrà emanare, adottare o applicare statuti, regolamenti, ordinanze o politiche nei quali l'orientamento, la condotta, le pratiche o le relazioni omosessuali, lesbiche o bisessuali costituiscano o altrimenti siano il fondamento o il titolo in base al quale una persona o una classe di persone possiedano o possano rivendicare uno statuto di minoranza, la riserva di quote, uno status di protezione o pretesa di essere oggetto di discriminazione. Questa Sezione della Costituzione si applica immediatamente in tutte le sue parti». Il referendum era stato proposto dopo che varie municipalità dello Stato avevano approvato ordinanze che vietavano la discriminazione in vari ambiti nei confronti delle persone gay, lesbiche e bisessuali. La Corte suprema, nel dichiarare l'incostituzionalità dell'emendamento, riconosce che l'emendamento impone un particolare disfavore contro le persone gay, lesbiche e bisessuali. Ricorda che le leggi antidiscriminatorie non costituiscono un privilegio, ma servono a proteggere i diritti fondamentali di cui tutti gli altri cittadini già godono. L'enumerazione delle persone o classi di persone a cui le disposizioni antidiscriminatorie si applicano ha una funzione meramente dichiarativa o ricognitiva dei soggetti a cui i diritti fondamentali ancora sono negati e l'esplicita esclusione delle sole persone gay, lesbiche e bisessuali da questo novero costituisce una palese violazione di privazione di diritti garantiti agli altri cittadini.

²⁹ Il testo della sentenza n. 359 del 2009 è disponibile sul sito della Corte costituzionale portoghese all'URL <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090359.html>> (ultimo accesso 24.07.2013). Il testo della sentenza n. 121 del 2010, tradotto in italiano grazie ad Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford, è disponibile all'URL <<http://www.retelenford.it/node/852>> (ultimo accesso 24.07.2013). Il ricorso, avverso il decreto n. 9/XI del Parlamento, era stato presentato dal Presidente della Repubblica, il quale ha il potere di ricorrere alla Corte costituzionale, quando ritenga – prima della promulgazione della legge – che possa essere incostituzionale.

³⁰ La ricerca commissionata dal *Department of Public Expenditure and Reform* è stata presentata al Parlamento ed è disponibile all'URL <<http://per.gov.ie/2012/02/22/information-note-research-on-reasons-behind-voter-behaviour-in-the-oireachtas-inquiry-referendum-2011/>> (ultimo accesso 24.07.2013). Un articolo di stampa può leggersi all'URL <<http://www.pinknews.co.uk/2012/02/23/poll-finds-irish-support-for-gay-marriage-at-73/>> (ultimo accesso 24.07.2013).

Francesco Bilotta

Il matrimonio per le coppie dello stesso sesso: le ragioni del sì

Le parole sono importanti (anche) per il diritto

Le espressioni più utilizzate in Italia a proposito delle coppie formate da persone dello stesso sesso sono ‘unioni civili’ e ‘unioni di fatto’. È piuttosto raro, invece, sentir utilizzare le parole ‘famiglia’ o ‘matrimonio’. Tale dato lessicale per alcuni versi è negativo e per altri positivo.

È positivo perché testimonia l’abbandono definitivo nel nostro Paese di una profonda convinzione, che costituiva il sostrato culturale della mancanza di un approfondito dibattito giuridico su questo tema, ossia l’irrelevanza sociale prima che giuridica della stabile unione tra due persone dello stesso sesso¹.

È negativo perché conferma l’impressione che la strada del ‘compromesso’ che (purtroppo) stiamo imboccando, vada verso la conferma del paradigma eterosessuale della famiglia e del matrimonio, concedendo – proprio perché la pressione sociale e istituzionale è diventata insostenibile – il minimo sul piano giuridico e cancellando, attraverso un uso artato del linguaggio, la realtà della vita familiare che tante coppie dello stesso sesso sperimentano nella loro quotidianità².

Si può meglio comprendere cosa si cela dietro espressioni in apparenza neutre ponendosi la seguente domanda: diremmo che è necessario tutelare una coppia formata da persone di sesso diverso con un’unione civile? Ovviamente no, perché una coppia formata da persone di sesso diverso, rientra pienamente nel paradigma culturale che sottosta alle regole giuridiche vigenti in Italia, in forza delle quali si ritiene che il matrimonio sia un istituto che possa accogliere solo coppie di sesso diverso.

Guardando una coppia di sesso diverso che porta a spasso un bambino che parola ci viene subito in mente? È molto probabile che la parola sia: famiglia. Succede la stessa cosa se la coppia è formata da persone dello stesso sesso? Probabilmente no. Ecco dimostrato che c’è un problema culturale: senza

accorgercene escludiamo dall'orizzonte del pensabile la famiglia formata da persone dello stesso sesso.

Forse non sarà sfuggito al lettore che finora ho sempre utilizzato l'espressione 'coppia formata da persone dello stesso sesso' o 'coppia formata da persone di sesso diverso', mentre ho evitato di utilizzare l'espressione 'coppia omosessuale' o 'coppia eterosessuale'. Non è un caso. Al diritto non interessa l'orientamento sessuale delle persone quando deve ammetterle al matrimonio. Se io sono gay e sposo una donna lesbica, per il diritto non c'è alcun problema. Ovviamente mi riferisco al diritto civile, quello canonico per chi scrive è assolutamente inconferente. Le ragioni di questo stato di fatto normativo sono varie: prima di tutto il diritto di famiglia vigente, anche nella riforma del 1975, non ha mai preso in considerazione l'orientamento sessuale delle persone sotto alcun profilo. In secondo luogo, è innegabile che vi sia un nesso culturale più che giuridico tra le norme in materia di matrimonio e l'uso a fini procreati della sessualità³. E siccome a tale scopo ciò che conta sono solo corpi capaci di produrre gameti tra loro complementari, di nuovo non ha alcun rilievo l'orientamento sessuale.

Non meno imprecisa è l'espressione 'coppie dello stesso genere'. Al diritto la dimensione culturale della sessualità non importa per le stesse ragioni che ho appena espresso con riferimento all'orientamento sessuale. L'obiezione classica è che le persone che hanno ottenuto la modificazione degli atti anagrafici a seguito di riconversione chirurgica del sesso, cromosomicamente sono dello stesso sesso delle persone che sposano, anche se legalmente appartengono a un sesso diverso. L'obiezione contiene in sé già la risposta: è il sesso legale e non il sesso biologico a essere giuridicamente rilevante, posto che al momento dell'entrata in vigore delle norme in materia di famiglia, sesso legale e sesso biologico erano indistricabilmente correlati.

Anche siffatte inconsapevoli convenzioni linguistiche ci dicono molto sul contesto in cui si svolge il dibattito. Le rare volte che viene utilizzata la parola 'matrimonio' con riferimento a una coppia formata da persone dello stesso sesso, questa viene aggettivata con 'omosessuale'. Quello che va stigmatizzato in una simile pratica linguistica è il messaggio implicito del lemma 'matrimonio omosessuale': ossia la necessità di inventare qualcosa di nuovo sul piano giuridico che porti questo nome, giacché il matrimonio privo di aggettivazioni è e non può non essere che quello 'eterosessuale' e così evitare di dover modificare il sistema fin dal suo fondamento, ossia la Costituzione.

Di qui in avanti, utilizzerò l'espressione 'matrimonio tra persone dello stesso sesso' o in alcuni casi l'espressione 'matrimonio egualitario' che rinvia all'unico problema giuridico realmente esistente per chi si oppone all'allargamento del matrimonio: la violazione del principio di uguaglianza formale, in

forza del quale una condizione personale non può essere il presupposto per negare a qualcuno la titolarità di un diritto che invece spetta a tutti gli altri.

Nelle pagine che seguono, cercherò di elencare le ragioni per cui l'istituto matrimoniale debba includere le coppie formate dallo stesso sesso, ma prima intendo chiarire: a) quale sia la differenza giuridica tra matrimonio e diritto al matrimonio e le sue implicazioni sulla modificazione dello stato attuale dell'interpretazione delle norme vigenti in materia; b) quale sia lo stato dell'arte in ambito giuridico, perché mi pare poco diffusa la consapevolezza del grado di avanzamento raggiunto nel nostro Paese rispetto alla tutela delle coppie dello stesso sesso, pur in assenza di una novellazione delle norme codicistiche; c) quali siano i rischi delle proposte alternative al matrimonio che in questo momento sono in discussione. Già questi passaggi renderanno autoevidenti le ragioni del sì al matrimonio egualitario. Pertanto, alla fine non resterà che farne un'elencazione. Ma fin d'ora è importante sottolineare che ci sono 'ragioni', ossia motivazioni oggettive alla base della proposta di aprire il matrimonio a tutti. E tra queste la prima che sarà bene ricordare è che le maggiori tutele giuridiche connesse al matrimonio aiuterebbero le coppie formate da persone dello stesso sesso a vivere una vita migliore, maggiormente sicura sul piano sociale e del welfare, oltre a conferire loro dignità sociale, senza nulla togliere alle coppie formate da persone di sesso diverso che potrebbero continuare indisturbate a sposarsi e a formare una famiglia⁴.

C'è una differenza tra matrimonio e diritto al matrimonio

Nel linguaggio giuridico la parola matrimonio fa riferimento sia all'atto matrimoniale sia al rapporto che da quell'atto discende⁵. La distinzione è necessaria dal punto di vista giuridico perché il negozio matrimoniale deve rispettare certi presupposti per la sua validità e la volontà dei nubendi deve essere espressa in una certa forma dinanzi all'ufficiale dello stato civile, al momento della celebrazione, culmine di una fattispecie procedimentale il cui *incipit* è la richiesta delle pubblicazioni matrimoniali. Compiutosi il negozio matrimoniale, l'effetto principale che ne discende è il sorgere di una relazione giuridica tra due persone che prima per il diritto erano perfette estranee: si tratta del rapporto di coniugio. Tale rapporto conosce regole che disciplinano i più diversi accadimenti che possono verificarsi tra il momento della celebrazione e il momento della cessazione del rapporto, dagli acquisti a titolo patrimoniale, alla filiazione, con strascichi ulteriori rispetto alla fine del rapporto come possono essere i riflessi personali riguardanti, per esempio, le decisioni sul corpo del coniuge defunto o patrimoniali come può essere la pensione di reversibilità.

Quando si discute del matrimonio tra persone dello stesso sesso, ci si riferisce tanto al matrimonio-atto tanto al matrimonio-rapporto. Infatti, rispetto a entrambi i profili si possono rintracciare norme la cui interpretazione impedirebbe alle coppie dello stesso sesso di sposarsi. È da notare che tali regole sono contenute in norme di carattere ordinario. È a questo livello delle fonti che il paradigma eterosessuale del matrimonio è esplicitato. Né la Costituzione italiana, né norme di carattere sovranazionale vincolanti per il giudice al pari della Costituzione, segnatamente la Carta di Nizza e la Convenzione europea dei diritti umani, connotano in senso eterosessuale il matrimonio.

Quanto alla Costituzione, il dettato dell'art. 29 sul piano letterale non consente alcun dubbio: la famiglia è descritta come una società naturale fondata sul matrimonio, senza altre puntualizzazioni⁶. E ciò a differenza delle Costituzioni di altri Paesi dove pure è stato introdotto il matrimonio egualitario. Penso prima di tutto alla Spagna.

Quanto alla Carta di Nizza, non solo il dato letterale, ma gli stessi lavori preparatori ci avvertono del fatto che il diritto di sposarsi è stato reso *gender neutral* poiché al momento della sua emanazione vi erano già alcuni paesi dell'Unione ad avere matrimoni o istituti a esso equiparati per le coppie formate da persone dello stesso sesso⁷.

Infine, la Convenzione europea dei diritti umani, che, pur menzionando espressamente nel suo art. 12 gli uomini e le donne, è stata riletta dalla Corte europea per i diritti umani alla luce dell'art. 9 della Carta di Nizza, nel senso di non considerare rilevante per la nozione di matrimonio la differenza di sesso tra i coniugi⁸.

Dunque, la situazione è la seguente: le norme ordinarie precisano che il matrimonio può essere tra un uomo e una donna, mentre le norme a esse sovraordinate non prevedono tale requisito. *Quid iuris?* La cosa più semplice sarebbe che la nostra Corte costituzionale e comunque i nostri giudici ordinari interpretassero in senso costituzionalmente conforme le norme ordinarie vigenti. Non sarebbe la prima volta né l'ultima che per via giurisprudenziale si ottengono riforme normative che riconducano il sistema alla legalità costituzionale. Finora, né i giudici ordinari né la Corte costituzionale hanno ritenuto di assolvere fino in fondo al loro ruolo di attuatori della legalità costituzionale. La risposta è stata: si tratta di una riforma strutturale e complessa che solo il legislatore può compiere. Se lo facessero i giudici violerebbero la divisione dei poteri. Ma in cosa questa riforma si può immaginare complessa? Ci sono aspetti delle norme in materia matrimoniale che discrezionalmente il legislatore potrebbe non estendere alle coppie formate da persone dello stesso sesso? Non è il luogo per fare una disamina minuta di buona parte del libro primo del codice civile e di molte leggi a esso complementari. A volerla farla breve

il problema è uno solo: estendere *sic et simpliciter* le norme vigenti in ambito matrimoniale alle coppie formate da persone dello stesso sesso comporterebbe automaticamente riconoscere loro il diritto di adottare e comunque di avere all'interno della coppia diritti/doveri sui figli di entrambi i partner.

Il problema è culturale, prima che giuridico. Centinaia di ricerche internazionali non sono riuscite ancora a sconfiggere il pregiudizio che sia un male per un bambino crescere all'interno di una coppia formata da persone dello stesso sesso⁹. La circostanza singolare è che la maggior parte di coloro che esprimono tale opinione non sono non hanno letto, ma ignorano l'esistenza stessa di tali ricerche. Se si prendesse atto dei risultati delle ricerche internazionali sul tema dell'omogenitorialità, sarebbe facile rendersi conto della totale sovrapponibilità della condizione delle coppie formate da persone dello stesso sesso rispetto alle coppie formate da persone di sesso diverso: le finalità, le modalità, le dinamiche che caratterizzano questi nuclei famigliari sono le stesse, anche quando ci sono bambini. Ma se è così, perché il trattamento giuridico dovrebbe essere diversificato, sia pure per volontà del legislatore?

Dunque, rinviare ogni decisione a quanto stabilirà il legislatore (ammesso che lo stabilisca) significa non solo abdicare al dovere di rendere immediatamente operative le norme costituzionali, interpretando la legislazione ordinaria in modo conforme alla Carta costituzionale, ma in definitiva significa cedere a un pregiudizio che vuole le coppie formate da persone dello stesso sesso inadatte a svolgere funzioni genitoriali.

Il dibattito – anche giuridico – potrebbe conoscere una diversa curvatura se si prendessero le mosse non dall'istituto matrimoniale in sé, ma dal diritto di ciascuno e di ciascuna a contrarre matrimonio. Nel ragionamento che abbiamo condotto finora, infatti, abbiamo dato per presupposto qualcosa che non lo è, ossia che si possa scindere l'interpretazione delle norme vigenti in materia di matrimonio, dalla differente questione: chi ha diritto di contrarre matrimonio? O se vogliamo porre la stessa domanda in modo più preciso: le persone con orientamento omosessuale hanno il diritto di contrarre matrimonio? Invero, la domanda formulata in questi termini è ancora imprecisa. Infatti, si potrebbe rispondere: sì, tutti hanno il diritto di contrarre matrimonio a condizione che lo facciano con una persona di sesso differente. Ma una persona omosessuale perché dovrebbe volersi sposare con una persona di sesso differente? Del resto, che nessuno possa essere limitato nella libertà di scegliere il proprio coniuge è un principio del nostro ordinamento. Perché si dovrebbe fare un'eccezione nel caso delle persone omosessuali? La domanda si potrebbe formulare più correttamente così: le persone omosessuali hanno il diritto di contrarre matrimonio con chi vogliono?

La risposta a questa domanda potrebbe essere affermativa a partire da due

diverse prospettive: una nazionale, giacché è principio più volte affermato dalla giurisprudenza costituzionale che il diritto di contrarre matrimonio, ma anche quello di non contrarlo, è un diritto fondamentale¹⁰; una sovranazionale, poiché l'art. 9 della Carta di Nizza e l'art. 12 CEDU, così come interpretato dalla Corte europea, a loro volta qualificano come fondamentale tale diritto anche per le persone omosessuali. Si tratta dunque di un diritto fondamentale, cui bisogna riconoscere una tutela immediata alla luce dell'art. 2 Cost. italiana, che sancisce un dovere ben preciso in capo alla Repubblica Italiana non solo di 'riconoscere', ma anche di 'garantire', ossia rendere effettivi i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali in cui svolge la sua personalità.

Se il diritto al matrimonio è un diritto fondamentale, bisogna riconoscerlo a tutte e a tutti senza che abbia rilevanza quella particolare condizione personale che è l'omosessualità. Tale diritto esiste e va reso immediatamente effettivo sia in assenza di un intervento legislativo sulle norme vigenti, sia nel caso dell'entrata in vigore di un istituto alternativo al matrimonio destinato solo alle persone omosessuali.

La questione da porsi è che in effetti è stata posta senza ottenere una risposta esplicita alla Corte costituzionale italiana è: l'esclusione di cittadine e cittadini dal godimento del diritto al matrimonio, in considerazione di una loro condizione personale, ossia l'orientamento sessuale, significa lederne la dignità e violare allo stesso tempo il principio di uguaglianza? Del resto, la Corte ha eluso un'altra questione cruciale attinente alla natura giuridica del diritto al matrimonio, giacché se avesse affermato che si tratta di un diritto fondamentale, ciò avrebbe implicato: a) che lo Stato non possa disconoscerne il godimento ad alcuno se non a fronte di un interesse prevalente (e abbiamo visto come questo non possa essere la tutela dei minori che eventualmente la coppia possa accogliere al suo interno, giacché non ci sono evidenze scientifiche che giustifichino un disfavore verso le coppie omogenitoriali); b) che lo Stato (e per esso i suoi apparati, quali la pubblica amministrazione, la magistratura) non possa sostituirsi al titolare del diritto nella scelta delle modalità di esercizio dello stesso, ancora una volta in assenza di un interesse prevalente; c) che in quanto fondamentale esso è una pretesa, espressione della libertà personale, sostenuta dalla forza della Costituzione¹¹.

In definitiva, l'assenza di un interesse antagonista e prevalente, in uno con la natura di diritto fondamentale, comporta che il mancato riconoscimento per le coppie formate da persone dello stesso sesso del diritto di contrarre matrimonio generi tre differenti violazioni di principi espressi dalla Costituzione repubblicana, in quanto in tal modo: 1. si lede la dignità della persona; 2. si viola il principio di uguaglianza; 3. si restringe immotivatamente la libertà morale (l'autodeterminazione) della persona.

C'è, infine, un aspetto trascurato dai più: continuare a sostenere l'interpretazione tradizionale che non riconosce alle persone omosessuali il diritto di contrarre matrimonio, fa sì che esse siano nella stessa situazione giuridica delle persone interdette, che non possono contrarre matrimonio vista la loro condizione «di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi» (art. 414 c.c.). Una specie di ironia della sorte: pensavamo di esserci liberati dello stigma della malattia mentale dopo l'eliminazione nel 1974 dal *Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali* (DMS) della voce «omosessualità», e ci ritroviamo giuridicamente ingabbiati nella stessa condizione delle persone mentalmente inferme.

Un altro parallelo ci dovrebbe far rabbrivire maggiormente. Rendere le persone legalmente incapaci di contrarre matrimonio in forza di una loro condizione personale era ciò che avveniva con le leggi razziali del 1938. I costituenti, proprio per evitare che quell'orrore si ripetesse, hanno introdotto nella nostra Costituzione un articolo apposito, il ventiduesimo, che, letto insieme all'art. 2 sui diritti inviolabili della persona e al 3 contenente il principio di uguaglianza formale, rende palesemente incostituzionale sia l'attuale esclusione dal matrimonio delle coppie formate da persone dello stesso sesso sia una futura legge che dovesse sancire a esclusivo uso degli omosessuali un istituto alternativo al matrimonio¹².

I ghetti (anche giuridici) sono i luoghi in cui la dignità della persona viene calpestata e uno Stato come il nostro, sorto dalle ceneri di un regime autoritario, non può tollerarlo in alcun modo senza tradire una nostalgia per quei giorni bui della nostra storia carichi di morte e di violenza.

Cessata la cultura del silenzio, è cessato anche il silenzio del diritto

Nella letteratura e nella mitologia sia greca sia romana, i rapporti tra persone dello stesso sesso non solo erano oggetto di narrazione, ma andavano oltre l'atto erotico fino ad avvolgere la sfera dei sentimenti¹³. Il punto è che quando le relazioni tra persone dello stesso sesso abbandonano l'ambito della *paideia* greca e tentano – anche attraverso la letteratura – un salto di qualità nella legittimazione sociale si scontrano con la paura ancestrale della estinzione e con la messa in discussione della supremazia del maschio¹⁴. Di ciò il diritto si fa interprete e fa calare lentamente una caligine sulla narrazione sociale diffusa, negando il significato umano dell'atto omosessuale. Il diritto come strumento di potere diviene il baluardo della conservazione sociale¹⁵. Il diritto ebraico, il diritto greco, il diritto romano filtrano esigenze di carattere sociale ben precise, che permeeranno l'organizzazione di società molto

diverse tra loro e inoculeranno nella nostra tradizione culturale occidentale l'idea che il silenzio e la condanna siano i soli atteggiamenti che si possano assumere verso coloro che fanno sesso con persone del proprio stesso sesso. La religione e il diritto sono due esperienze umane connesse in molte società dal punto di vista antropologico e culturale¹⁶. E in pochi campi come in questo si sono mosse in perfetta sintonia poiché a monte avevano le stesse esigenze: a) assicurare la perpetuazione della specie; b) rinsaldare la supremazia del maschio nell'organizzazione sociale. Questa sintonia culturale per tanti secoli è stata anche una sintonia istituzionale: nell'età giustinianea e poi più avanti in epoca medievale l'autorità spirituale e l'autorità temporale si sostenevano vicendevolmente e spesso i due ruoli si confondevano nella stessa persona. Non meraviglia pertanto che anche i precetti religiosi, quando non erano di per sé giuridici, come nel diritto ebraico, sostenevano i precetti giuridici con il silenzio e con la condanna¹⁷. Anche il silenzio costituisce una forma di esercizio del potere, perché aiuta a rimuovere un fenomeno, a farlo dimenticare, a impedire che evolva sul piano culturale.

In Italia, per secoli il silenzio ha avvolto le vite e l'esistenza stessa delle persone omosessuali, fino a pochi anni fa. Grazie all'estensione all'Italia unita dei codici francesi alla fine dell'800 in Italia si cessò di condannare l'omosessualità, ma non si cominciò a parlare di omosessualità. E paradossalmente l'assenza di una condanna ha reso ancora più profondo il silenzio. Quando fu approvato in epoca fascista il codice penale attualmente vigente, non si prevede il reato di omosessualità, perché in Italia – così disse il Ministro della Giustizia – non c'erano omosessuali¹⁸.

Se si vede il film-documentario che Pasolini ha girato in Italia nel 1965, *Comizi d'amore*, intervistando gli italiani del nord e del sud Italia per parlare di «invertiti», «sesso», «prostitute», «divorzio», la prima cosa di cui ci si accorge è che le persone hanno difficoltà a usare questi termini, perché su di loro agisce un automatismo culturale: poiché quei comportamenti vengono giudicati dalla morale dominante in modo negativo, bisogna rimuoverli, non parlarne, tacere. Sono comportamenti nefandi, etimologicamente, di cui cioè non si deve parlare. E anche quando a partire dagli anni '70 si è cominciato a parlare di omosessualità, la condanna morale della Chiesa cattolica ha supplito alla mancanza di una condanna giuridica, utilizzando come rafforzativo del sistema di rimozione sociale basato sul silenzio¹⁹ il pregiudizio fondato sulla più risalente narrazione dell'omosessualità di epoca romanistica, per cui chi è omosessuale tradisce prima di tutto la sua identità di ruolo (se è maschio è effeminato e se è femmina sarà mascolino) e con un comportamento disordinato mette in pericolo la sopravvivenza della specie²⁰. Poiché era chiaro che la rimozione attraverso il silenzio non era più possibile, il pregiudizio è divenuto

la nuova arma per impedire alle persone omosessuali di accedere a una qualche forma di legittimazione sociale e quindi a una tutela in ambito giuridico²¹.

Della vita delle persone omosessuali l'Italia contemporanea conosceva poco, fino all'incirca a 10 anni fa, quando appunto ha avuto inizio una discussione pubblica sul riconoscimento dei diritti delle persone omosessuali che vivono una vita di coppia²². Cominciano i dibattiti pubblici, cominciano le trasmissioni televisive. Si comincia a parlare di affettività, ma viene ancora tenuta sullo sfondo la tematica dei genitori omosessuali. Erotismo e sterilità, le due caratteristiche basilari che fondavano il pregiudizio anti-omosessuale vengono progressivamente messe in secondo piano. Ciò ha creato la premessa di un progressivo interessamento del diritto al fenomeno degli «omosessuali moderni»²³.

Il silenzio che aveva caratterizzato la sfera pubblica e che l'aveva privata di una riflessione intorno al fenomeno piano piano è svanito. Le relazioni omosessuali cessano di essere argomento da confessionale²⁴. Questo spiega l'avversione esagerata che tutti i fenomeni di socializzazione intorno all'omosessualità generano nel nostro Paese: il comando di tacere viene violato dalla rappresentazione pubblica di una modalità di vivere la sfera sessuale ed emotiva alternativa a quella eterosessuale.

Il diritto italiano, in tutte le sue manifestazioni ignorava l'omosessualità: a) non esiste un reato legato all'omosessualità; b) ma non esiste neppure un reato che condanni l'omofobia; c) non esistono norme scritte sulle relazioni tra persone dello stesso sesso; d) si continua a ignorare che le persone omosessuali fanno figli; e) fino a qualche tempo fa non esistevano nemmeno sentenze che riguardassero a qualche titolo le persone omosessuali. Il silenzio del diritto era espressione del silenzio della cultura e della società²⁵. Oggi non è più così, perché anche in assenza di regole legislative, i teorici del diritto e i giudici si occupano sempre più diffusamente dell'omosessualità e delle coppie formate da persone dello stesso sesso.

Il diritto alla vita familiare è ormai riconosciuto a tutti i livelli giurisdizionali

Smettere di tacere, indebolire il pregiudizio e il suo potere di esclusione, sono passaggi necessari per consentire l'estensione del matrimonio alle coppie dello stesso sesso. In questo momento in Italia siamo a metà del guado.

Sono finiti i tempi degli slogan sulla necessità di tutelare i c.d. 'diritti individuali' e non assisteremo più (o almeno lo speriamo) ai goffi tentativi parlamentari di confondere la tutela delle coppie conviventi formate da persone di sesso diverso (che non si vogliono sposare) con la tutela delle coppie conviventi formate da persone dello stesso sesso (che non si possono sposare)²⁶.

In maniera convergente, la Corte europea dei diritti umani, la Corte costituzionale italiana e la Corte di Cassazione hanno affermato che la coppia formata da persone dello stesso sesso ha un diritto (fondamentale) alla vita familiare²⁷. Detto in altri termini, per il diritto due persone dello stesso sesso con un comune progetto di vita sono una famiglia e pertanto vanno tutelate in quanto tale in tutte le manifestazioni interne o esterne alla coppia del loro stare insieme. Focalizzandoci in particolare su una lettura congiunta di queste decisioni, possiamo dire di aver raggiunto le seguenti acquisizioni:

- a. si è superata «la concezione secondo la quale la diversità di sesso dei nubendi è un presupposto indispensabile per la stessa esistenza giuridica del matrimonio»;
- b. la Corte di cassazione ha confermato che non esiste un ostacolo costituzionale che impedisca l'introduzione in Italia di un matrimonio egualitario da parte del Parlamento, chiarendo un passaggio controverso della precedente sentenza della Corte costituzionale;
- c. infine, sempre la Corte di Cassazione, ribadendo quello che aveva detto la Corte costituzionale e richiamandosi alla sentenza della Corte europea dei diritti umani ha chiarito che la coppia formata da persone dello stesso sesso ha «diritto alla vita familiare» e quindi deve godere delle stesse tutele di una coppia coniugata eterosessuale, potendo in caso di discriminazione rivolgersi a un giudice per chiedere tutela.

Però nessuna delle giurisdizioni che ho appena ricordato si è spinta fino al punto di dire che il matrimonio debba includere anche le coppie formate da persone dello stesso sesso.

Allo stato attuale in ambito giuridico si distinguono le 'famiglie non coniugali' dalle 'famiglie coniugali', in quanto punti di riferimento di differenti blocchi normativi. Sul piano antropologico e culturale, il lemma 'famiglia non coniugale' appare decisamente eversivo, perché a) mette in secondo piano il matrimonio quale fondamento del nostro concetto di famiglia; b) implica che – se riferita a una coppia formata da persone dello stesso sesso – si debbano finalmente prendere in considerazione le coppie omogenitoriali, giacché nel nostro ambiente alla parola famiglia si associa quasi sempre la presenza di figli; c) favorisce nello stesso tempo una rivalutazione simbolica della libertà di scegliere come costruire un progetto di vita solidale.

Grazie alla sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale e della sentenza n. 4184/2012 della Corte di Cassazione, siamo passati dall'irrelevanza giuridica alla piena legittimità costituzionale delle famiglie formate da persone dello stesso sesso, in quanto 'famiglie non coniugali'. Questa realtà sociale ha avuto una legittimazione istituzionale inattesa e per certi versi insperata.

Dalla premessa che le coppie omosessuali abbiano un diritto fondamentale

al riconoscimento giuridico, la Consulta ha fatto discendere una conseguenza di non poco momento: ha ricordato a sè stessa e a tutti gli attori istituzionali (compresi i magistrati), in virtù della sussunzione della fattispecie nell'art. 2 Cost., che sarà necessario, di qui in avanti, operare un controllo di ragionevolezza, e quindi in definitiva di costituzionalità, per tutte quelle norme che dinanzi a interessi identici prevedano un trattamento differenziato per le coppie coniugate eterosessuali e per le coppie conviventi omosessuali. Un controllo di costituzionalità che va operato sul diritto vigente, da subito²⁸.

In verità, la Corte costituzionale prima ancora che ai giudici, segnala uno spiraglio di progressivo riconoscimento giuridico ai cittadini e alle cittadine omosessuali e ai loro avvocati. Lo scenario che si può immaginare è una specie di 'guerriglia giudiziaria', in cui si cerchi, pezzo dopo pezzo, di estendere analogicamente le tutele che sono previste per le coppie coniugate alle coppie conviventi omosessuali.

A ben riflettere, però, questa non è la sola alternativa – nell'attesa di un atto legislativo – che la pronuncia della Corte lascia immaginare. Il formante che si potrebbe attivare potrebbe essere non quello giudiziario, grazie agli avvocati, ma quello amministrativo, sia a livello di pubblica amministrazione centrale che di pubblica amministrazione periferica.

Un governo del futuro potrebbe infatti, attuando l'indicazione della Corte, emanare una serie di provvedimenti capaci di incidere significativamente sulla condizione giuridica delle coppie formate da persone dello stesso sesso. Si pensi, ad esempio, alla possibilità che il Ministro dell'Interno ritiri le circolari che qualificano come contrario all'ordine pubblico la trascrizione del matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero o che il ministro delle finanze estenda con una circolare interpretativa le facilitazioni fiscali previste per le coppie coniugate eterosessuali, alle coppie formate da persone dello stesso sesso. Gli esempi ovviamente potrebbero continuare in considerazione della competenza di ogni ministero²⁹. Una valanga di circolari potrebbe, pezzo dopo pezzo, equiparare il trattamento giuridico delle coppie formate da persone dello stesso sesso alle coppie coniugate eterosessuali.

Alla fine di questo lungo e faticoso lavoro, se il Parlamento si esprimesse ancora negativamente sul matrimonio tra persone dello stesso sesso, finirebbe per impuntarsi sul nome da dare alla situazione generatasi sul piano giuridico, che avrebbe tutta la sostanza dell'istituto matrimoniale.

Lo stesso criterio potrebbe essere adottato dalle amministrazioni locali, le quali nei limiti delle loro competenze potrebbero decidere di attuare un sistema di monitoraggio di tutte le norme che regolano il loro agire, in modo da escludere qualsiasi trattamento differenziato tra una coppia coniugata eterosessuale e una coppia convivente omosessuale³⁰.

La Corte sembra adombrare una metodologia di azione. Sembra che suggerisca, parafrasando Bobbio, un passaggio «dalla struttura alla funzione» dell'istituto matrimoniale. In effetti, il lento assottigliarsi sul piano giuridico del differente trattamento tra le coppie coniugate eterosessuali e le coppie conviventi omosessuali potrebbe rispondere a un'esigenza di pedagogia sociale. Gli italiani eterosessuali imparerebbero a riconoscere l'esistenza e la dinamica quotidiana delle coppie omosessuali e, come già è successo altrove, dalla conoscenza della realtà deriverebbe un declino inesorabile del pregiudizio nei loro riguardi e quindi una minor resistenza al loro riconoscimento giuridico.

Ma la Corte fa più politica in questo modo, o rispondendo direttamente, con un uso corretto delle metodologie ermeneutiche a sua disposizione, alla domanda: è costituzionalmente legittimo interpretare le norme vigenti in modo da escludere due gay o due lesbiche dal matrimonio?

Il paradigma eterosessuale del matrimonio

La proposta di estendere *sic et simpliciter* il matrimonio, per come oggi è regolato dalle leggi ordinarie, alle coppie formate da persone dello stesso sesso incontra due obiezioni: una formale e una sostanziale.

Quella formale, ripropone sotto altra veste la centralità del legislatore che sarebbe libero di limitare a suo piacimento il godimento di un diritto³¹. Del resto – si dice – l'età, i rapporti tra i futuri coniugi, le condizioni personali legate alla salute, come nel caso degli interdetti, consentono già oggi di impedire a qualcuno di contrarre matrimonio. Non ci si avvede però che tutte le limitazioni attualmente sancite dall'ordinamento sono disposte per legge e non in via interpretativa, per ragioni che si fondano essenzialmente sulla tutela delle persone che chiedono di accedere al matrimonio. Non si capisce bene quali siano le esigenze di tutela per i nubendi che consiglino di non ammettere al matrimonio due persone dello stesso sesso. Qui non c'è nessuna 'differenziazione ragionevole' che il legislatore potrebbe operare a meno che: a) si indichi precisamente quale obiettivo meritevole di tutela conduca a escludere le coppie dello stesso sesso dal matrimonio; b) si riesca a dimostrare che la richiesta di accedere al matrimonio da parte di due eterosessuali rispetto a due omosessuali non sottenda una realtà identica, ossia la volontà di realizzare un progetto di vita comune per ragioni affettive; c) si giustifichi in che senso sarebbe messa in discussione la legittimità della distinzione tra la normativa riguardante la famiglia matrimoniale e quella riguardante la famiglia non matrimoniale: una tale distinzione sarebbe sempre possibile, e il legislatore ordinario potrebbe continuare a promuoverla, giacché una volta

ristabilita la parità di trattamento, anche le coppie formate da persone dello stesso sesso potrebbero scegliere di convivere, senza accedere al matrimonio, esattamente come fanno oggi le coppie formate da persone di sesso diverso.

L'obiezione sostanziale, invece, ha a che fare con il viatico che il matrimonio consentirebbe verso l'istituto dell'adozione e in genere l'apertura verso il riconoscimento sociale e giuridico dell'omogenitorialità. La Consulta è chiara nel sostenere che la «potenzialità procreativa» consentirebbe un diverso trattamento delle coppie formate da persone di sesso diverso rispetto alle coppie formate da persone dello stesso sesso. L'argomento usato dalla Corte è assolutamente debole poiché non è conferente con alcuni presupposti fattuali incontrovertibili: a) non è vero che la potenzialità procreativa sia un requisito richiesto alle coppie di sesso diverso; per questa via dovremmo pretendere l'effettuazione di un test di fertilità al momento della richiesta di pubblicazioni matrimoniali; b) da una ricerca svolta dall'Istituto superiore di sanità in collaborazione con Arcigay nel 2005 (chiamata *Modi. di.*) è emerso che in Italia circa 100.000 minori crescono all'interno di una coppia formata da persone dello stesso sesso; anche contestando il dato numerico in termini assoluti, la ricerca evidenzia che moltissimi bambini già oggi nel nostro Paese crescono in una coppia omogenitoriale; c) le maggiori associazioni di psicologi e psichiatri nel mondo hanno concluso nel senso che la funzione genitoriale non è legata a ruoli di genere, ma alla capacità dei genitori di amore e di cura nei confronti dei minori.

L'opinione della Corte si basa su un solo presupposto: il pregiudizio implicito circa l'inidoneità delle coppie omosessuali a essere buoni genitori. Eppure, liberarsi dal pregiudizio consentirebbe di prendere atto che la genitorialità delle persone omosessuali è già una realtà per il nostro sistema giuridico. Le persone omosessuali possono esercitare la loro potestà genitoriale sui loro figli nati in matrimoni o convivenze con persone di sesso diverso. L'affidamento familiare non è precluso al single o alla single omosessuale e può consentire loro di stabilizzare tale relazione di affetto e di cura con un'adozione in casi particolari, giacché è possibile l'adozione anche per il/la single omosessuale nel caso previsto dall'art. 25, co. 5, della legge sull'adozione. Ma ciò che più conta è che gli omosessuali fanno figli come tutti gli altri e non sono affatto sterili come si continua a ripetere. Si potrebbe obiettare che è la coppia a essere sterile, in quanto un figlio non potrebbe essere concepito con l'apporto genetico di entrambi i partner, ma pur in questa accezione la circostanza non ha rilevanza alcuna, perché quello che conta non è come viene concepito o chi concepisce il minore, ma il fatto che venga accudito, educato e cresciuto all'interno della coppia³².

Le ragioni del sì al matrimonio per le coppie dello stesso sesso

Ci sono delle buone ragioni per dire di sì al matrimonio. Queste motivazioni sono di carattere giuridico, come ho cercato di dire fin qui. La nostra Corte costituzionale ha giustamente ritenuto che quando sono uguali gli interessi che sottostanno a un rapporto di coppia tra persone dello stesso sesso e quelli che sottostanno a un rapporto tra coniugi (di sesso diverso), l'ordinamento deve apprestare le medesime tutele, a meno che non ci siano delle ragioni particolarmente stringenti che suggeriscano di fare altrimenti. Purtroppo, fuori da questo asserto è rimasta la questione della filiazione. Ciò costituirà un vincolo per il legislatore qualunque strada decida di intraprendere: ogni suo cedimento sulla strada dell'eguaglianza aprirà le porte a una questione di legittimità costituzionale.

Ma al di là di tali valutazioni giuridiche, le ragioni a sostegno del matrimonio egualitario devono fare i conti con la realtà, con i bisogni quotidiani delle persone e con le dinamiche sociali che a essi sono connesse. Le motivazioni a favore del matrimonio per le coppie dello stesso sesso le possiamo ascrivere a due aree differenti: quella privata connessa al rapporto di coppia e quella pubblica connessa al contesto sociale.

Sotto il primo profilo, al di là degli aspetti sentimentali, che al diritto non interessano, il matrimonio assolve a una funzione di *social policy* evidente: serve a legare giuridicamente due persone, facendo sorgere in capo a ciascuna di esse un dovere di cura nei confronti dell'altra³³. In quest'ottica ha davvero rilievo il sesso di ciascuno dei coniugi?

Inoltre, le ricerche sociali smentiscono ogni timore di quelli che potremmo chiamare gli 'oppositori progressisti' al matrimonio per le coppie dello stesso sesso. Sono persone che rifiutano il matrimonio come istituto in sé, in quanto storico ambiente di sottomissione della donna. Ebbene, le indagini sociali ci inducono a pensare che non solo il rapporto di coppia, ma lo stesso matrimonio può subire una modificazione della sua struttura interna di potere³⁴. Infatti, l'uguaglianza dei sessi innesca un'uguaglianza dei ruoli e delle dinamiche interne alla coppia³⁵. Tutto ciò avrebbe un rilievo positivo non solo sul piano privato, ma anche su quello pubblico, giacché una così radicale trasformazione della cellula elementare della società non potrebbe non riflettersi all'esterno favorendo un'implementazione dell'uguaglianza e dell'inclusività sociale.

Il vincolo giuridico che nasce con il matrimonio rinsalda il rapporto di coppia, perché lo rende immediatamente riconoscibile da parte della società e innesca automatismi di tutela sia sul piano personale sia sul piano patrimoniale. Il che in momenti di crisi o di difficoltà è un bene prezioso in quanto

consente di concentrarsi sul problema da affrontare senza perdere tempo ed energie a cercare di convincere gli altri della bontà del proprio diritto di intervenire o di reagire o di essere tutelato.

Sul piano sociale, invece, una ragione per allargare il matrimonio alle coppie omosessuali dovrebbe essere particolarmente cara ai sostenitori del matrimonio eterosessuale. Sembra paradossale, ma se ci si riflette bene l'alternativa al matrimonio è la creazione di istituti alternativi che se aperti alle coppie eterosessuali, rischiano – data la loro flessibilità – di indirizzare verso quegli istituti anche gli etero sviandoli dal matrimonio, che così finirebbe per perdere il proprio significato sociale³⁶.

L'altra alternativa, ossia creare un istituto diverso dal matrimonio riservato agli omosessuali, non sembra socialmente più accettabile, almeno nell'ottica di una società egualitaria, giacché riproduce la dinamica tipica dei regimi segregazionisti, quella del «*separate but equal*».

Infine, non si può trascurare l'aspetto simbolico che sul piano sociale è legato al matrimonio e che per le coppie dello stesso sesso nel contesto culturale in cui viviamo acquisisce un significato particolare. Il matrimonio conferisce alla scelta di vita di una coppia di persone dello stesso sesso la stessa dignità della scelta fatta da due persone di sesso diverso. Dire di sì al matrimonio tra persone dello stesso sesso significa prendere sul serio quella dichiarazione di volontà di vivere insieme.

In definitiva, il matrimonio egualitario costituisce un modo per rispettare e promuovere la dignità delle persone³⁷. Se questo non avverrà non saranno solo le persone omosessuali a doversene preoccupare.

¹ In Italia, i primi contributi dottrinari in tema di unioni tra persone dello stesso sesso sono stati pubblicati tra la fine degli anni '90 del secolo scorso e i primi anni del 2000: vedi A. D'ALOIA, *Famiglia e nuove formazioni sociali. A proposito delle unioni omosessuali*, in «Rivista giuridica del Molise e del Sannio», 1996, p. 69; M.R. MARELLA, F. GRILLINI, *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza tra status e contratto*, Jovene, Napoli 2001; M. BONINI BARALDI, *Società pluraliste e modelli familiari: il matrimonio tra persone dello stesso sesso in Olanda*, in «Familia», n. 3, 2001, pp. 419-459.

² Mi riferisco alla proposta, messa attualmente in campo dalle forze politiche di centro sinistra, di introdurre in Italia un istituto simile alla *Lebenspartnerschaft* tedesca, su cui vedi M.T. RÖRIG, *Germania, in Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, a cura di P. Passaglia, che si può leggere a questo link: <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_Il_matrimonio_tra_persone_stesso_sesso_12012010.pdf> (consultato il 04.02.2013).

³ Il nesso è più culturale e antropologico che giuridico come ben spiega G. FERRANDO, *Il matrimonio gay: il testimone passa alla Consulta*, in «Responsabilità civile e previdenza»,

2009, p. 1910: «Il riferimento al carattere naturale della differenza di sesso tra gli sposi non sembra argomento convincente: un argomento troppo spesso usato per difendere gravi discriminazioni poi ritenute illegittime, non ultima quella tra uomini e donne ben radicata nel diritto matrimoniale italiano. Né, si può aggiungere, ha attualmente fondamento l'argomento che fa leva sull'assenza della finalità procreativa tipica del matrimonio. Anche in Italia, il matrimonio civile non è più istituzionalmente orientato alla procreazione. Dal 1975 l'impotenza non costituisce causa di invalidità del matrimonio se non quando materia di errore in cui sia incorso l'altro coniuge (art. 122 c.c.). Inoltre possono contrarre matrimonio anche le persone che, avendo cambiato sesso, sono inidonee alla generazione e quelle che, a causa dell'età, tale attitudine non hanno più».

⁴ Cfr. V. LINGIARDI, *Citizen gay. Affetti e diritti*, Il Saggiatore, Milano 2012, edizione aggiornata.

⁵ Su questa distinzione per tutti vedi FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano 2002.

⁶ Per un'attenta disamina della interpretazione dell'art. 29 vedi M. SAPORITI, *Esiste la famiglia naturale?*, Mimesis, Milano 2010.

⁷ Vedi sul punto la Nota del *Presidium*, l'organismo che ha elaborato il testo della Carta di Nizza, dell'11 ottobre 2000, Convent 49), che a proposito dell'art. 9 afferma: «Questo articolo si basa sull'art. 12 della CEDU, che 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." La formulazione di questo diritto è stata aggiornata al fine di disciplinare i casi in cui le legislazioni nazionali riconoscono modi diversi dal matrimonio per costituire una famiglia. L'articolo non vieta né impone la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso. Questo diritto è pertanto simile a quello previsto dalla CEDU, ma la sua portata può essere più estesa qualora la legislazione nazionale lo preveda».

⁸ Corte europea dei diritti umani, *Schalk c. Gov. Austria*, 24 giugno 2010, in «Nuova giurisprudenza civile commentata», I, 2010, p. 1137, con nota di M. WINKLER.

⁹ Una rassegna delle ricerche psico-sociali in materia è possibile reperirla in C. LALLI, *Buoni genitori. Storie di mamme e di papà gay*, Il Saggiatore, Milano 2009 e in D. CIRIELLO, *Lo sviluppo delle figlie e dei figli nelle famiglie omogenitoriali*, in *Crescere in famiglie omogenitoriali*, a cura di C. Cavina e D. Danna, Franco Angeli, Milano 2009, pp. 27-41. Si veda, inoltre, il Capitolo II del volume di M. BOTTINO, D. DANNA, *La gaia famiglia. Che cos'è l'omogenitorialità?*, Asterios, Trieste 2005, in cui è possibile trovare una ricca panoramica ragionata delle ricerche effettuate e il Capitolo IV del volume di LINGIARDI, *Citizen gay. Affetti e diritti*, cit., p. 129 e segg.

¹⁰ È un diritto inteso sia nella sua accezione positiva di libertà di contrarre matrimonio con la persona prescelta (Corte cost. n. 445/2002), sia in quella negativa di libertà di non sposarsi e di convivere senza formalizzare l'unione (Corte cost. 13 maggio 1998, n. 166). Interessante sul punto quanto afferma M. DI BARI, *La lettura in parallelo delle sentenze n. 138/2010 e n. 245/2011 della Corte costituzionale: una breve riflessione*, in <http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2010/0044_nota_138_2010_245_2011_dibari.pdf>, 13 settembre 2011, (consultato il 04.02.2013) sull'atteggiamento della Corte costituzionale in merito alla qualificazione del diritto al matrimonio come fondamentale. Infatti, l'autore rileva una forte contraddizione tra quanto espresso dalla Consulta nella sentenza n. 138/2010 rispetto alla lettura della sentenza n. 245/2011 con cui «si è difeso un diritto fondamentale inalienabile quale quello alla libera scelta di contrarre matrimonio senza distinguere tra cittadini ed

immigrati, ma utilizzando il parametro dell'universalità».

¹¹ Si noti che tali implicazioni significative per il nostro diritto costituzionale sono le medesime espresse da M.C. NUSSBAUM, *From disgust to Humanity. Sexual orientation & Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford 2010, p. 126 segg. di cui si può leggere anche la traduzione in italiano edita con il titolo *Disgusto e umanità. L'orientamento sessuale di fronte alla legge*, Il Saggiatore, Milano 2011, con un saggio introduttivo di LINGIARDI e N. VASSALLO.

¹² L'art. 22 Cost. recita: «Nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome».

L'art. 22 Cost. letto congiuntamente al principio di eguaglianza, di cui all'art. 3 Cost., ha indotto autorevole dottrina a concludere che «nessuno può essere privato (né, deve intendere, menomato) della capacità di agire, per motivi politici come pure per motivi di sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali» (così C. LAVAGNA, voce *Capacità di diritto pubblico*, in «Enciclopedia del diritto», vol. VI, Giuffrè, Milano 1960, p. 102).

¹³ Seguendo il pensiero di M. Foucault di ciò si può dare una spiegazione con il fatto che non solo la parola omosessualità, ma l'individuazione di quello che Foucault chiama «l'ambito omosessuale» (ossia la specificità omosessuale della pratica sessuale, della forma di piacere, del tipo di legame tra le persone) risale comunque alla fine del XIX secolo. Non è un caso che tutti gli studiosi dell'antichità parlino delle relazioni sessuali tra persone dello stesso sesso come una delle varianti della sessualità, totalmente interscambiabile con una tipologia di sessualità coinvolgente una persona di sesso diverso. Dunque, al di là di quello che potevano effettivamente provare le persone coinvolte in una dinamica relazionale omosessuale, la socializzazione della stessa si focalizzava più sull'atto omoerotico che sulla possibilità che tra le stesse ci fosse un legame affettivo profondo.

¹⁴ Del resto le c.d. *sodomy laws* fanno riferimento a tutti gli atti sessuali che non hanno una finalità procreativa a prescindere dal fatto che siano tenuti da persone dello stesso sesso o di sesso opposto, ma si chiamano *sodomy laws* e sodomiti è un altro modo di chiamare gli omosessuali.

¹⁵ Come è noto, a partire dal 342 d.C. si introdusse norme punitive nei confronti dei rapporti sessuali tra due uomini, che prevedevano – solo per gli omosessuali passivi – la castrazione. Solo con Giustiniano, per la prima volta in un atto normativo, si fa riferimento agli «atti contro natura» e la pena prevista fu la condanna a morte per tutti i soggetti coinvolti nell'atto omoerotico. Indagano nel dettaglio i rapporti tra condanna religiosa dell'omosessualità e condanna giuridica P. PEDOTE, *Storia dell'omofobia*, Odoya, Bologna 2011, pp. 45-51 e G. DALL'ORTO, *I comportamenti omosessuali e il diritto occidentale prima della Rivoluzione francese*, in *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario, comparato*, a cura di F. Bilotta, Mimesis, Milano 2008, p. 24 segg.

¹⁶ «Da quasi un secolo è chiarito – contro un diffuso contrario pregiudizio – che il diritto si distingue nettamente dalla morale e dalla religione anche nelle società tradizionali. Ma il soprannaturale può offrire al diritto soccorsi di ogni tipo: può legittimare il potere, può dettare o suggerire il contenuto della norma, può offrire motivazioni per ottemperare alla norma, può agevolare l'accertamento del fatto, può indicare dove stanno la ragione o il torto», così R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Il Mulino, Bologna 2007, p. 212.

¹⁷ In epoca medievale si sviluppò l'uso di definire l'omosessualità *vitium nefandum*, ossia peccato di cui non si doveva neppure parlare tanto era l'orrore che il solo nominarlo destava.

¹⁸ Più precisamente Alfredo Rocco, Ministro della Giustizia, al tempo dell'approvazione del Codice penale attualmente vigente in Italia, nella sua relazione sul progetto di Codice penale,

afferma di aver soppresso la disposizione incriminatrice dell'omosessualità perché quasi tutti i soggetti interpellati dichiararono che «il turpe vizio, che si sarebbe voluto colpire, non è così diffuso in Italia da richiedere l'intervento della legge penale». Lo ricorda S. BOLOGNINI, *Diritto e omosessualità tra ottocento e la seconda guerra mondiale*, in *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario, comparato*, a cura di F. Bilotta, cit., p. 45.

È interessante notare che un'affermazione simile è stata fatta il 24 settembre 2007 dal Presidente iraniano Mahmoud Ahmadinejad ha detto alla Columbia University. Si tratta probabilmente di un modo sintetico per dire che nella società italiana del 1930, così come nell'Iran attuale, gli omosessuali non hanno alcuna considerazione, sono disconosciuti nella loro dignità di persone e quindi i loro comportamenti non interessano al diritto. Di loro si occuperanno quelle Autorità che gestiscono il campo della morale. In Italia, la Chiesa cattolica.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 46-48.

²⁰ Cfr. E. CANTARELLA, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, BUR Rizzoli, Milano 1995.

²¹ Con riguardo ai pregiudizi nei confronti delle persone gay e lesbiche vedi L. PIETRANTONI, G. PRATI, *Gay e lesbiche. Quando si è attratti da persone dello stesso sesso*, Il Mulino, Bologna 2011, p. 43 segg.

²² Nonostante il fatto che la prima proposta di legge depositata presso il Parlamento italiano per la tutela delle coppie formate da persone dello stesso sesso risalga al 1987, solo con il deposito della proposta di legge dal titolo Patto civile di solidarietà e unione di fatto, presentata il 21 ottobre 2002, XIV Legislatura, A. C. n. 3296, dall'On. Franco Grillini, si è sviluppato un diffuso dibattito in Italia sulla questione.

²³ Per utilizzare la definizione di due sociologi italiani M. BARBAGLI e A. COLOMBO, co-autori di un libro di successo, *Omosessuali moderni. Gay e lesbiche in Italia*, Il Mulino, Bologna 2001, pubblicato in una nuova edizione nel 2007.

²⁴ L'immagine è ispirata a FOUCAULT, *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, vol. 1, Feltrinelli, Milano 2008¹³, pp. 20-21, dove si analizza il ruolo assolto dalla pratica della confessione nello sviluppo dei discorsi sulla sessualità.

²⁵ Fino a qualche anno fa in Italia non c'era nessuna norma che facesse riferimento all'orientamento sessuale. Nel 2003 – lo stesso anno in cui negli Stati Uniti la Corte suprema dichiarava incostituzionali le *sodomy laws*, con la sentenza *Lawrence c. Texas*, 26 giugno 2003, trad. it. di BILOTTA, in <www.retelenford.it> che ha overruled *Bowers c. Hardwick*, del 1986, facendo venire meno le c.d. *sodomy laws* nei residui 14 Stati americani che le prevedevano – finalmente in Italia viene introdotta una norma il d. lgs. 216/2003 in attuazione della direttiva comunitaria 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, in cui si usa per la prima volta questa espressione. Ma ciò non basta a narrare una realtà. «Orientamento sessuale» è un'espressione sulla carta e tale rimane tutt'ora in questo settore, visto che in 9 anni nemmeno un datore di lavoro italiano è stato condannato per questo motivo.

²⁶ Su cui vedi A. ROTELLI, *I contratti di unione solidale: luci e ombre*, in *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario, comparato*, a cura di F. Bilotta, cit., p. 247 segg.

²⁷ Oltre alla già citata sentenza della Corte EDU, *Schalk c. Gov. Austria*, 24 giugno 2010, le sentenze a cui mi riferisco sono Corte costituzionale, 15 aprile 2010, n. 138, in «Foro italiano», I, f. 5, 2010, c. 1361, con nota di R. ROMBOLI e F. DAL CANTO; in «Foro italiano», I, f. 6, 2010, c. 1701, con nota di M. COSTANTINO; in «Giurisprudenza costituzionale», 2, 2010, p. 1604, con nota di ROMBOLI; in «Giurisprudenza costituzionale», f. 3, 2010, p. 2715, con nota di B. PEZZINI; in «Famiglia e diritto», 2010, p. 653, con nota

di M. GATTUSO; e Cassazione civile, sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184, in «Diritto di famiglia e delle persone», 2, 2012, p. 696, con nota di GATTUSO e in «Giustizia civile», I, 2012, p. 1691, con nota di F. CHIOVINI e WINKLER.

²⁸ Nel par. 8 della motivazione in diritto della sentenza n. 138/2010, la Corte costituzionale così si esprime: «nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze *more uxorio*: sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988). 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».

²⁹ Del resto, quanto si ipotizza nel testo sta già cominciando ad accadere, come testimonia la recente circolare del Ministero dell'Interno, 6 ottobre 2012, prot. n. 8996, inviata a tutte le questure con cui dispone che il matrimonio tra un cittadino italiano e un non comunitario dello stesso sesso celebrato all'estero, sia presupposto per il rilascio della «Carta di soggiorno per familiari di cittadini europei», ai sensi del d. lgs. n. 30/2007.

³⁰ Anche questo più che un auspicio è una realtà in divenire. Infatti, tutti gli ultimi provvedimenti comunali sui c.d. Registri delle unioni civili, in particolare quello di Torino, di Milano e di Bari non si limitano ad una formale iscrizione delle coppie in un registro, ma impegnano gli uffici comunali ad una revisione di tutte le norme vigenti a livello locale al fine di eliminare le discriminazioni a carico delle coppie formate da persone dello stesso sesso.

³¹ È la tesi sostenuta, prima della sua nomina a giudice costituzionale da parte del Presidente della Repubblica, da M. CARTABIA, in un articolo pubblicato sul sito internet www.sussidiario.net il 28 giugno 2011, in occasione dell'approvazione a New York della legge sui matrimoni tra persone dello stesso sesso, con un titolo che ben riassume il senso del testo New York. Matrimonio a ogni costo, la pretesa dei falsi diritti, <<http://www.ilsussidiario.net/News/Cronaca/2011/6/28/NEW-YORK-Matrimonio-a-ogni-costo-la-pretesa-dei-falsi-diritti/190094/>> (consultato il 04.02.2013).

³² Per un maggiore approfondimento sui risvolti giuridici del tema si consenta il rinvio a BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, par. -3.1., in «Diritto di famiglia e delle persone», II, 2, 2011, pp. 899-938 e par. 4-10, in «Diritto di famiglia e delle persone», II, 3, 2011, pp. 1375-1405.

³³ È l'argomento principale di J. CORVINO in J. CORVINO e M. GALLAGHER, *Debating same-sex marriage*, Oxford University Press, Oxford 2012.

³⁴ G. VIGGIANI, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso come atto queer*, in «AG About Gender - Rivista internazionale di studi di genere», 2, gennaio 2013. Disponibile all'indirizzo: <<http://www.aboutgender.unige.it/ojs/index.php/generis/article/view/42/64>> (consultato il 04-02-2013).

³⁵ È quanto sostengono BARBAGLI e COLOMBO, *Omosessuali moderni. Gay e lesbiche in Italia*, cit., pp. 212-214.

³⁶ Sul punto vedi W.N. ESKRIDGE, JR., *The emerging menu of quasi-marriage options. Why Traditionalists Should Favor Same-Sex Marriage*, in <http://writ.news.findlaw.com/commentary/20000707_eskridge.html> (ultimo accesso il 04.02.2013).

³⁷ Sulla rilevanza giuridica del concetto di dignità si vedano le considerazioni di G. RESTA, *La dignità*, in *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà, M.C. Tallacchini, Giuffrè, Milano 2010, pp. 259-296.

