

**Matrimonio *same-sex* e unioni civili:
alla ricerca di una tutela costituzionale e sovranazionale (*)**

Giuditta Brunelli**

(11 novembre 2015)

1. Considerazioni introduttive – 2. Il quadro costituzionale e convenzionale in cui si inserisce il d.d.l. sulle unioni civili – 3. Evoluzioni della giurisprudenza interna in materia di coppie *same-sex* – 4. La vicenda del c.d. divorzio imposto, e in particolare la sentenza n. 8097 del 2015 della Corte di cassazione – 5. Alcuni aspetti problematici del d.d.l. attualmente all'esame delle Camere

1. Prima di proporre alcune brevi osservazioni sul merito del d.d.l. sulle unioni civili e le convivenze (n. 2081, c.d. Cirinnà *bis*) tra breve all'esame dell'Aula del Senato, vorrei soffermarmi sul quadro costituzionale (e convenzionale, con riferimento alla CEDU) nel quale esso viene ad inserirsi. In particolare, vorrei ribadire in questa sede quanto ho già avuto modo più volte di affermare e di scrivere a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 2010, che molti hanno interpretato (in dottrina e, più in generale, nel dibattito pubblico) come un divieto posto dal giudice costituzionale al legislatore ordinario di introdurre nell'ordinamento il matrimonio *same-sex*, non compatibile con il vigente art. 29 Cost. Cosicché, una eventuale riforma di questo tipo dovrebbe necessariamente essere preceduta da una revisione dell'art. 29 Cost.

In realtà, la sentenza costituzionale del 2010, pur caratterizzata da una (a mio avviso, criticabile) interpretazione originalista e tradizionalista dall'art. 29 Cost., non giunge affatto ad affermare l'incompatibilità con la Carta costituzionale del matrimonio tra persone dello stesso sesso, e questo trova oggi conferma in una evoluzione piuttosto incalzante della giurisprudenza di merito e di legittimità, che – pur relativamente a temi diversi e anche, talora, con esiti differenti – va verso una netta affermazione del principio secondo cui le unioni tra persone dello stesso sesso devono accedere ad «un grado di tutela equiparabile a quello matrimoniale»¹.

Del resto è questa la direzione in cui si muovono ormai numerosi paesi di cultura giuridica simile o equiparabile alla nostra: basta leggere la recente Risoluzione sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea (2013-2014), nella quale il Parlamento europeo sottolinea che «i diritti fondamentali delle persone LGBTI sarebbero maggiormente tutelati se esse avessero accesso a istituti giuridici quali coabitazione, unione registrata o matrimonio; plaude al fatto che diciotto Stati membri offrano attualmente queste opportunità e invita gli altri Stati membri a prendere in considerazione tali istituti», rinnovando il suo invito alla Commissione «a presentare una proposta riguardante una disciplina avanzata per il pieno riconoscimento reciproco degli effetti di tutti gli atti di stato civile dell'Unione europea, compresi il riconoscimento giuridico del genere, i matrimoni e le unioni registrate, al fine di ridurre gli ostacoli discriminatori di natura giuridica e amministrativa per i cittadini che esercitano il loro diritto di libera circolazione»². E non molto tempo prima, nella Risoluzione sui diritti umani approvata il 12

¹(*) Questo saggio è destinato agli *Scritti in memoria di Paolo Cavaleri*

²Corte di cassazione, sentenza 9 febbraio 2015, n. 2400.

² Risoluzione PE 8 settembre 2015 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea (2013-2014) (2014/2254 (INI)), par. 86.

marzo di quest'anno, il Parlamento aveva preso atto «della legalizzazione del matrimonio o delle unioni civili tra persone dello stesso sesso in un numero crescente di paesi del mondo, attualmente diciassette», incoraggiando «le istituzioni e gli Stati membri dell'UE a contribuire ulteriormente alla riflessione sul riconoscimento del matrimonio e delle unioni civili tra persone dello stesso sesso in quanto *questione politica, sociale e di diritti umani e civili*»³.

2. La sentenza costituzionale n. 138 del 2010, com'è noto, non afferma la titolarità del diritto a contrarre matrimonio in capo alle persone omosessuali, alle quali riconosce invece, alla luce dell'art. 2 Cost., il diritto fondamentale di «vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri», ed esclude che tale riconoscimento «possa essere realizzato *soltanto* attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio». Si tratta di una decisione certamente criticabile, sia per l'esclusione del profilo discriminatorio sia per l'inversione logica, sul piano interpretativo, tra l'art. 3 e l'art. 29 Cost., sia per la criticabile interpretazione originalista e tradizionalista della disposizione costituzionale relativa alla famiglia e al matrimonio⁴. Elementi, questi, che consentono al giudice delle leggi di non misurarsi con la vera domanda di fondo che dovrebbe porsi: se esista, ed eventualmente quale sia, un interesse costituzionale concorrente che giustifichi il divieto di matrimoni *same-sex*. Dico che è questa la domanda centrale (alla quale la Corte, appunto, non risponde) perché nella nostra cultura giuridica non vi è alcun dubbio sul carattere tassativo dei casi di limitazione dei diritti fondamentali (e in alcune sentenze la Corte costituzionale ha esplicitamente parlato del diritto *fondamentale* a contrarre matrimonio)⁵. Tali diritti possono essere incisi soltanto se vi sia la necessità di tutelare un diverso diritto del medesimo rango o un interesse costituzionale concorrente. Ciò in applicazione del criterio della *proporzionalità* «del trattamento giuridico rispetto alla classificazione operata dal legislatore, tenendo conto del fine obiettivo insito nella normativa considerata», proporzionalità che va esaminata «in relazione agli effetti pratici prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita» (sentenza n. 163 del 1993). È significativo che, nella sentenza 21 luglio 2015, *Oliari e altri c. Italia*, la Corte EDU fondi la sua decisione di condanna proprio sulla circostanza che il governo italiano non abbia «dedotto un *interesse collettivo prevalente* in rapporto al quale bilanciare gli importantissimi interessi dei ricorrenti», e, non ottemperando all'obbligo positivo (imposto dall'art. 8 della Convenzione) di garantire che essi disponessero di uno specifico quadro giuridico di riconoscimento e tutela delle loro unioni omosessuali, ha ecceduto il proprio margine di discrezionalità⁶.

³ Par. 162, contenuto nella parte relativa ai «Diritti LGBTI» (corsivo non testuale).

⁴ Rinvio, per queste osservazioni critiche, a G.BRUNELLI, *Le unioni omosessuali nella sentenza n. 138/2010: un riconoscimento senza garanzia?*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di B.Pezzini e A.Lorenzetti, Napoli, Jovene, 2011, 143 ss.; Id., *Dimensione antidiscriminatoria del principio di eguaglianza e diritto fondamentale a contrarre matrimonio*, in *GenIUS*, n. 2, 2014, 6 ss.

⁵ Sentenze nn. 445 del 2002 e 245 del 2011.

⁶ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 21 luglio 2015, *Oliari e altri c. Italia* (ricorsi nn. 18766/11 e 36030/11), traduzione a cura del Ministero della Giustizia, in www.giustizia.it, par. 185 (corsivo non testuale). Tra i numerosi commenti alla decisione vedi F.ALICINO, *Le coppie dello stesso sesso. L'arte dello Stato e lo stato della giurisprudenza* (22 agosto 2015), in www.forumcostituzionale.it; C.NARDOCCI, *Dai moniti del Giudice costituzionale alla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo. Brevi note a commento della sentenza Oliari e altri c. Italia* (3 settembre 2015), in www.forumcostituzionale.it; G.ZAGO, *A victory for Italian same-sex couples, a victory for European homosexuals? A commentary on Oliari v Italy* (21 agosto 2015), in www.articolo29.it.

E, d'altra parte, non si può far riferimento ad un presunto (ed indeterminato) "interesse pubblico" a non "snaturare" l'istituto codicistico richiamato dall'art. 29 Cost. Un istituto sul quale il costituente era già intervenuto in profondità, imponendo l'eguaglianza morale e giuridica tra i coniugi, e così scardinando una tradizione non meno consolidata di discriminazione di genere e di subordinazione femminile. E sul quale anche il legislatore ordinario è incisivamente intervenuto nel 1970 con la legge n. 898 sul divorzio e nel 1975 con la riforma del diritto di famiglia. Né la posizione giuridicamente subordinata della donna né il carattere dell'indissolubilità, dunque, appartenevano al nucleo caratterizzante, all'essenza, per così dire, del matrimonio. Non si vede perché lo stesso non possa dirsi per il suo carattere (fino ad oggi) eterosessuale.

Su questo aspetto, ha pronunciato parole precise e definitive la sentenza *Obergeffel v Hodges* della Corte Suprema degli Stati Uniti, nella quale si sottolinea come la storia del matrimonio sia «tanto di continuità quanto di cambiamento», essendosi l'istituzione evoluta nel tempo in modo rilevante, con il superamento di norme relative al consenso dei genitori, al sesso e alla razza «che una volta molti pensavano fossero fondamentali»⁷. Non si trattò di «meri cambiamenti superficiali», ma di «profonde trasformazioni» nella struttura dell'istituto, relative ad «aspetti del matrimonio a lungo considerati da molti come essenziali (...). Queste nuove visioni hanno rafforzato e non indebolito l'Istituto del matrimonio». Quest'ultima affermazione mostra come l'argomento del richiamo alla tradizione – che la Corte costituzionale italiana, secondo una lettura dottrinale condivisibile⁸, ha utilizzato nella sentenza del 2010 in funzione conservatrice – possa invece sostenere un'interpretazione del testo costituzionale capace di esaltarne le potenzialità evolutive, di adeguamento "ragionevole" al mutare dei contesti storico-sociali (qualità che dovrebbe del resto essere propria e tipica di ogni costituzione, nata per durare il più possibile nel tempo, aspirando anzi addirittura all' «eternità ordinamentale»⁹). La Corte nordamericana sottolinea come siano proprio la *storia* e la *tradizione* a guidare e disciplinare l'indagine del giudice nella identificazione e protezione dei diritti fondamentali, esercitando «un motivato giudizio nell'individuare interessi delle persone tanto fondamentali che lo Stato debba accordare loro il proprio rispetto»; tutto questo, però, «senza consentire al passato da solo di governare il presente»¹⁰. Vengono così individuati quattro principi «tradizionali» relativi al carattere *fondamentale* del matrimonio, che si applicano «con egual forza» alle coppie omosessuali (si tratta dell'autonomia individuale, della specifica e peculiare importanza del matrimonio rispetto ad ogni altra forma di unione di due persone, della salvaguardia dei figli e della famiglia¹¹, e del fatto che «i precedenti e

⁷ Sentenza 26 giugno 2015, 576 US, in www.articolo29.it (traduzione italiana di R.De Felice). Sulla decisione vedi M.M.WINKLER, *Il matrimonio è un diritto. Di tutti e di tutte* (30.06.2015), in www.lavoce.info.

⁸ I.MASSA PINTO, C.TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio». Ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*, in www.dircost.unito.it, 10 ss.

⁹ Così M.LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, a cura di G.Brunelli e G.Cazzetta, Milano, Giuffrè, 2013, 31.

¹⁰ « Se i diritti fossero definiti da chi li ha esercitati nel passato, allora pratiche invalse servirebbero come loro stessa perdurante giustificazione, e nuovi gruppi non potrebbero invocare diritti una volta negati».

¹¹ Con l'importante precisazione, peraltro, che il riferimento all'interesse superiore dei figli non significa affatto «che il diritto al matrimonio sia meno significativo per coloro che non hanno o non possono avere figli», dal momento che «[l]a capacità, il desiderio o l'impegno a procreare non è e non è stato mai un prerequisito per un matrimonio valido in un solo Stato». Di tutt'altro tenore l'ambiguo (e assai criticabile) riferimento della Corte costituzionale italiana alla «(potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale» (sentenza n. 138 del 2010, punto 9 del considerato in diritto).

la tradizione della Nazione rendono palese che il matrimonio è un fondamento del nostro ordine sociale»).

Tornando alla decisione n. 138 del 2010, essa, nonostante i suoi (non pochi) aspetti discutibili, non giunge ad affermare l'incompatibilità con la Carta fondamentale del matrimonio tra persone dello stesso sesso, e ciò si può evincere da una serie di elementi:

- a) ciò che la Corte afferma è che la Costituzione *presuppone* la nozione civilistica di matrimonio, nozione che non può essere superata *in via ermeneutica* (nemmeno dalla stessa Corte costituzionale), ma soltanto in via di *riforma legislativa* (si vedano anche le ordinanze nn. 276 del 2010 e 4 del 2011). La Costituzione, in altri termini, non fornisce una definizione dell'istituto matrimoniale, limitandosi a dare per acquisita la nozione accolta dal legislatore, una nozione non «cristallizzata» (sent. n. 138 del 2010), che può dunque mutare nel tempo (attraverso nuove scelte legislative);
- b) a ragionare diversamente, si commetterebbe un grave errore giuridico, dal momento che «in tutte le sedi giurisdizionali (e quindi non solo in quella costituzionale) occorre interpretare le leggi ordinarie alla luce della Costituzione, e non viceversa» (sentenza n. 1 del 2013);
- c) laddove la Corte ha voluto affermare la necessità di una revisione costituzionale, lo ha fatto esplicitamente: basti pensare alla sentenza n. 262 del 2009, sulla legge n. 124 del 2008 relativa alla sospensione dei processi penali per i titolari di quattro alte cariche dello Stato, dichiarata incostituzionale proprio perché «solo una fonte di rango costituzionale sarebbe idonea (...) ad escludere il contrasto [della legge impugnata] con la Costituzione»;
- d) la pronuncia della Corte costituzionale si inserisce in un contesto in cui i diritti fondamentali sono tutelati anche con riferimento al parametro offerto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) e dalla relativa Corte. Questa protezione giurisdizionale si è indubbiamente rafforzata dopo che la Corte costituzionale ha chiarito il rapporto fra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti, da effettuare «mirando alla massima espansione delle garanzie» (sentenza n. 317 del 2009). Da ricordare, altresì, il riconoscimento alla Carta europea dei diritti fondamentali (cosiddetta Carta di Nizza-Strasburgo) del medesimo valore giuridico dei Trattati europei (conseguente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il 1° dicembre 2009), con lo scopo di «migliorare la tutela dei diritti fondamentali» anche nell'ambito del sistema dell'Unione europea, «ancorandola a un testo scritto, preciso e articolato» (sentenza n. 80 del 2011). E la Corte Edu, nella sentenza *Schalk e Kopf c. Austria* del 2010 (di poco successiva alla pronuncia n. 138 della Corte italiana) ha reinterpretato l'art. 12 Cedu alla luce dell'art. 9 della Carta di Nizza-Strasburgo, riferendolo anche al matrimonio omosessuale (pur riconoscendo il margine di apprezzamento degli Stati circa l'introduzione nel loro ordinamento del *same-sex marriage*)¹². Oggi, dunque, la nozione di matrimonio caratterizzante il sistema della Convenzione europea non

¹² In questo senso anche la citata sentenza *Oliari e altri c. Italia* del 2015, nella quale si ribadisce che l'art. 12 CEDU «non può essere interpretato come se esso ponga in capo agli Stati contraenti l'obbligo di concedere l'accesso al matrimonio alle coppie omosessuali» (par. 191).

esclude dal proprio orizzonte il matrimonio omosessuale, riconosciuto in numerosi Stati membri del Consiglio d'Europa. E, com'è noto, a partire dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale, le norme della Cedu, *nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo*, integrano, come norme interposte, il parametro espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., entrando così a far parte del *materiale normativo* cui deve conformarsi la legislazione ordinaria. Si tratta ormai, alla luce della sentenza *Oliari e altri c. Italia*, che conferma la linea interpretativa della *Schalk e Kopf c. Austria* circa la conformità del matrimonio tra persone dello stesso sesso all'art. 12 della Convenzione¹³, di un « "diritto consolidato" generato dalla giurisprudenza europea», di un orientamento ormai definitivo che il giudice interno, anche quello costituzionale, è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo¹⁴.

Sulla base di tutti questi argomenti, mi pare dunque possibile sostenere che la scelta di consentire o no l'accesso al matrimonio alle coppie del medesimo sesso appartenga alla discrezionalità del legislatore *ordinario*, come del resto ha esplicitamente riconosciuto non molto tempo fa la Corte di cassazione (ordinanza n. 14329 del 2013: «la scelta di estendere il modello matrimoniale anche ad unioni diverse da quella eterosessuale è rimessa al legislatore ordinario. Non sussiste un vincolo costituzionale (art. 29 Cost.) o proveniente dall'art. 12 della Cedu in ordine all'esclusiva applicabilità del modello matrimoniale alle unioni eterosessuali (Corte cost. n. 138 del 2010; Cedu caso *Schalk e Kopf*») e come è del resto desumibile dalla stessa sentenza costituzionale del 2010, laddove essa esclude che il riconoscimento giuridico dei diritti e dei doveri della coppia omosessuale stabilmente convivente (tutelata dall'art. 2 Cost.) «possa essere realizzata *soltanto* attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio» (corsivo aggiunto).

Queste conclusioni non appaiono contraddette dalla sentenza n. 170 del 2014, sul c.d. "divorzio imposto", che sul piano interpretativo non sembra contenere novità rispetto alla sentenza del 2010, limitandosi a riproporre la lettura originalista e tradizionalista dell'art. 29 Cost., pur in presenza di una fattispecie «sul piano fattuale innegabilmente infrequente», che avrebbe permesso di impostare il ragionamento nei termini di regola-eccezione, consentendo – *solo per questa specifica e peculiare ipotesi* – di proseguire lo *status* matrimoniale, attraverso una pronuncia manipolativa che sostituisce il divorzio automatico con un divorzio a domanda. Come vedremo, peraltro, si tratta di una decisione che ha avuto un seguito inatteso, e certamente positivo, con la sentenza n. 8097 del 2015 della Corte di cassazione.

3. Dicevo prima della accelerazione subita negli ultimi tempi dalla giurisprudenza interna (di merito e di legittimità, e anche amministrativa) su profili di indiscutibile rilievo per il tema che stiamo qui trattando (trascrizione dei matrimoni *same-sex* celebrati all'estero, c.d. divorzio imposto, richiesta di pubblicazioni matrimoniali tra persone dello stesso sesso, titolarità del permesso di soggiorno per il compagno extracomunitario di cittadino italiano sposatosi all'estero).

Penso in primo luogo alla sentenza della Cassazione, sez. I civile, n. 4184 del 2012 che, leggendo congiuntamente le citate decisioni del 2010 della Corte costituzionale e della Corte di Strasburgo, ha stabilito che l'intrascrivibilità delle unioni omosessuali non dipende dalla loro «inesistenza» o «invalidità», ma «dalla loro inidoneità a produrre, quali

¹³ Par. 191.

¹⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 49 del 2015.

atti di matrimonio, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano», utilizzando una categoria (quella, appunto, della *inidoneità*) di incerta individuazione sul piano strettamente giuridico, e che tuttavia potrebbe alludere ad un futuro superamento della situazione attuale, in una prospettiva di apertura.

Sempre in tema di trascrizione del matrimonio, ricordo l'ordinanza 3 aprile 2014 del Tribunale di Grosseto, che ha ordinato al Comune la registrazione di un matrimonio omosessuale celebrato all'estero. Secondo il giudice, il matrimonio omosessuale, dopo la sentenza *Schalk e Kopf c. Austria*, non può essere considerato contrario all'ordine pubblico (così anche Cass., sent. n. 4184 del 2012, cit.); nella normativa nazionale non vi è alcuna disposizione che preveda, quale condizione necessaria per contrarre matrimonio, la diversità di sesso tra i coniugi; infine, il matrimonio contratto all'estero risulta valido, perché soggetto alle forme previste nel luogo di celebrazione e produttivo di effetti giuridici, non essendo ravvisabili impedimenti formali o sostanziali idonei a vietarne la trascrizione nei registri nello stato civile del Comune.

In questa materia è senz'altro da sottolineare, per la sua importanza, la sentenza del Tar Lazio n. 3907 del 2015, la quale ha stabilito che spetta all'autorità giudiziaria disporre l'eventuale annullamento delle trascrizioni nel registro dello stato civile dei matrimoni tra persone dello stesso sesso contratti all'estero¹⁵. Il Tar si è pronunciato sul ricorso presentato da una coppia omosessuale sposatasi in Spagna nel settembre 2010, il cui matrimonio era stato trascritto ad opera del Sindaco di Roma ed aveva poi subito la cancellazione con provvedimento prefettizio. I giudici precisano che l'ordinamento dello stato civile non prevede alcun potere sostitutivo in capo al Prefetto, con l'unica eccezione dell'inerzia del Sindaco; il potere di intervenire sui registri dello stato civile è attribuito all'organo giudiziario, ed è quindi esclusivamente quest'ultimo che può disporre la cancellazione di un atto indebitamente trascritto nel registro matrimoniale. Certo, pur accogliendo il ricorso nella parte relativa all'illegittimità del provvedimento statale, il Tar ribadisce comunque l'intrascrivibilità degli atti di matrimonio tra coppie omosessuali, derivante «dalla loro inidoneità a produrre qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano», in difetto del requisito sostanziale della diversità di sesso dei nubendi. A questo proposito, è stato giustamente osservato¹⁶ che se il matrimonio *same-sex* non può dirsi inesistente né contrario all'ordine pubblico, è difficile comprendere quale ragione vi possa essere (se non quella discriminatoria sulla base dell'orientamento sessuale) per negare il riconoscimento di uno *status* acquisito all'estero. Tanto più che la giurisprudenza Cedu ritiene che il mancato riconoscimento di uno *status* personale acquisito all'estero appare legittimo unicamente quando corrisponda ad un imperativo sociale e sia proporzionato allo scopo che si prefigge¹⁷.

¹⁵ In senso analogo Tar Friuli Venezia Giulia, sez. I, sentenza 21 maggio 2015, n. 228. Vedi anche Tar Toscana, sez. I, sentenza 25 settembre 2015, n. 1291 e Tar Lombardia, sez. III, sentenza 29 settembre 2015, n. 2037. Si veda tuttavia la recentissima sentenza 26 ottobre 2015, con cui il Consiglio di Stato ha riformato la decisione del Tar Lazio n. 3907 del 2015, citata nel testo. Il Consiglio di Stato rileva la carenza del diritto soggettivo del cittadino alla trascrizione in Italia di un matrimonio celebrato all'estero fra persone dello stesso sesso. La diversità di sesso dei nubendi appare infatti condizione implicita secondo la legge italiana, dovendo il matrimonio omosessuale qualificarsi addirittura come «inesistente». Con la trascrizione, dunque, «si finirebbe per ammettere, di fatto, surrettiziamente ed elusivamente, il matrimonio omosessuale anche in Italia», pur in assenza di una «scelta (libera e politica) del Parlamento nazionale». Quanto al potere prefettizio di annullamento della trascrizione, secondo i giudici amministrativi esso sarebbe conseguenza del potere gerarchico di sovraordinazione del Prefetto al Sindaco, quale ufficiale di governo delegato alla tenuta dei registri di stato civile, il quale «comprende, in sé, anche quello (generale) di autotutela sugli atti adottati *contra legem* dell'organo subordinato» (*Il Consiglio di Stato sui poteri del prefetto in materia di stato civile* (27 ottobre 2015), in www.articolo29.it).

¹⁶ L.MORASSUTTO, *La cassaforte dei diritti e il grimaldello della circolare Alfano*, in www.questionegiustizia.it (16 aprile 2015).

Il carattere essenziale del requisito della diversità di sesso tra i coniugi, e dunque il *paradigma eterosessuale del matrimonio*, è stato di recente ribadito dalla Corte di cassazione con la sentenza del 9 febbraio 2015 n. 2400, con la quale è stato confermato il diniego della richiesta di pubblicazioni matrimoniali fra persone dello stesso sesso. E' la decisione che chiude la vicenda iniziata con la campagna di "affermazione civile" promossa fin dal 2007, e che ha provocato la sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale. E' comunque importante notare che secondo la Suprema Corte l'unione omoaffettiva riceve «un diretto riconoscimento costituzionale dall'art. 2 Cost.» e «può acquisire un *grado di protezione e tutela equiparabile a quello matrimoniale* in tutte le situazioni nelle quali la mancanza di una disciplina legislativa determina una lesione dei diritti fondamentali». Tale «operazione di omogeneizzazione può essere svolta dal giudice comune e non soltanto dalla Corte costituzionale in quanto tenuto ad un'interpretazione delle norme non solo costituzionalmente orientata ma anche convenzionalmente orientata»¹⁸.

Questo significa, evidentemente, che i diritti fondamentali hanno ormai una struttura e una dimensione, sia costituzionale che sovranazionale, tale da ottenere tutela anche in assenza di decisioni della politica (peraltro auspicabili, com'è ovvio). Una tutela episodica, legata alle evoluzioni a volta lente, a volte contraddittorie, della giurisprudenza (meglio: delle giurisprudenze). Ma, comunque, una tutela¹⁹.

4. E che una tutela vi sia – anche in assenza di un intervento legislativo - è confermato dalla sentenza della Corte di cassazione n. 8097 del 2015, in tema di mantenimento del vincolo matrimoniale dopo la rettificazione di sesso di uno dei coniugi. Com'è noto, in questa vicenda era intervenuta la già ricordata sentenza della Corte costituzionale n. 170 del 2014, che aveva dichiarato l'illegittimità, per contrasto con l'art. 2 Cost., degli artt. 2 e 4 della legge n. 164 del 1982, nella parte in cui non prevedevano «che la sentenza di rettificazione del sesso di uno dei coniugi, che comporta lo scioglimento del matrimonio» potesse consentire, ove entrambi i coniugi lo avessero richiesto, di mantenere in vita «un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, la cui disciplina rimane demandata alla discrezionale scelta del legislatore». Fin da subito

¹⁷ Corte EDU, sentenza 3 maggio 2011, *Negrepontis-Giannisis c. Grecia* (ricorso n. 56759/08). Si consideri altresì la libertà di circolazione in ambito Ue, e in particolare la direttiva 2004/38/CE (recepita in Italia con d.lgs. n. 30 del 2007, modificato con legge n. 129 del 2011), che agevola l'ingresso e il soggiorno in Italia del/della partner con cui il cittadino dell'Unione sia legato da matrimonio o abbia una relazione stabile e documentata.

¹⁸ Resta poi «riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (com'è avvenuto per le convivenze *more uxorio*...). 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 in controllo di ragionevolezza» (sentenza n. 138 del 2010).

¹⁹ Sull'insufficienza della tutela accordata "caso per caso" dall'autorità giudiziaria si veda la sentenza *Oliari*: la Corte di Strasburgo ritiene, infatti, «che la necessità di ricorrere ripetutamente ai tribunali interni per sollecitare la parità di trattamento in relazione a ciascuno dei molteplici aspetti che riguardano i diritti e i doveri di una coppia, specialmente in un sistema giudiziario come quello italiano, costituisca già un ostacolo non irrilevante agli sforzi dei ricorrenti volti a ottenere il rispetto alla propria vita privata e familiare. Ciò è ulteriormente aggravato dallo stato di incertezza» (par. 171). Pertanto, in assenza di matrimonio, le coppie omosessuali hanno «un particolare interesse a ottenere la possibilità di contrarre una forma di unione civile o di unione registrata, dato che questo sarebbe il modo più appropriato per poter far riconoscere giuridicamente la loro relazione e garantire loro la relativa tutela – sotto forma di diritti fondamentali relativi a una coppia che ha una relazione stabile – senza ostacoli superflui» (par. 174). Non dissimile è la posizione della Corte costituzionale, quando si riferisce alla necessità di una «disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia» (sentenza n. 138 del 2010, corsivo non testuale).

la dottrina aveva segnalato la difficoltà di tutelare *effettivamente* i diritti costituzionali dei soggetti coinvolti, in presenza di un dispositivo *additivo di principio* che sembrava rinviare ad un intervento futuro ed incerto del legislatore (legislatore che, secondo la motivazione della sentenza n.170, è tenuto ad introdurre «con la massima sollecitudine» una forma alternativa di unione che possa superare la «condizione d'illegittimità della disciplina in esame per il profilo dell'attuale deficit di tutela dei diritti dei soggetti in essa coinvolti»).

Personalmente, in un commento a prima lettura della decisione, avevo sottolineato come quello additivo di principio sia un dispositivo *di accoglimento*, che, in quanto tale, non può non determinare una modificazione dell'ordinamento giuridico. Certo, non viene formulata una regola direttamente applicabile (plurime essendo le soluzioni normative ipotizzabili, e dunque affidate alla discrezionalità del legislatore), ma, appunto, un *principio*, che, da un lato, vincola il legislatore nel compito di dettare la disciplina necessaria e, dall'altro, affida ai giudici comuni «quello di reperire nell'ordinamento la regola del caso concreto, in attesa di un intervento legislativo puntuale»²⁰. Si tratta di uno strumento decisorio elaborato dal giudice delle leggi per evitare vuoti di tutela nell'ambito dei diritti fondamentali (soprattutto dei diritti sociali), e che la Corte utilizza proprio quando intende comunque *incidere* sul sistema normativo; se così non fosse, si limiterebbe (e avrebbe potuto farlo anche nel caso della sentenza n. 170) a pronunciare una inammissibilità con monito al legislatore, che si muove invece sul piano meramente persuasivo. Si rendeva pertanto necessario individuare una soluzione transitoria, che riconoscesse la forza giuridica intrinsecamente connessa alla dichiarazione di illegittimità costituzionale: e in questo senso si muoveva la soluzione subito proposta da Barbara Pezzini, secondo la quale gli artt. 2 e 4 della legge n. 164 del 1992 avrebbero potuto produrre gli effetti propri dello scioglimento soltanto al momento dell'entrata in vigore di una disciplina legislativa che consenta la conversione del matrimonio in una convivenza registrata.

Si tratta esattamente della soluzione oggi accolta dalla Suprema Corte con la citata sentenza n. 8097, secondo la quale «al fine di dare attuazione alla declaratoria di illegittimità costituzionale contenuta nella sentenza n. 170 del 2014» risulta necessario accogliere il ricorso, così conservando «alle parti ricorrenti il riconoscimento dei diritti e doveri conseguenti al vincolo matrimoniale legittimamente contratto fino a quando il legislatore non consenta ad esse di mantenere in vita il rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata che ne tuteli adeguatamente diritti ed obblighi. La conservazione dello statuto dei diritti e dei doveri propri del modello matrimoniale è, pertanto, sottoposta alla condizione temporale risolutiva costituita dalla nuova regolamentazione indicata dalla sentenza». Cioè, fino a quando il legislatore non avrà colmato il vuoto normativo «costituzionalmente intollerabile». Si tratta di una sentenza fortemente innovativa, e benchè la Cassazione senta l'esigenza di precisare di aver seguito una opzione ermeneutica costituzionalmente obbligata, che «non determina l'estensione del modello di unione matrimoniale alle unioni omoaffettive», non vi è dubbio che si tratti di un passo ulteriore nella direzione del superamento del paradigma eterosessuale del matrimonio²¹. Un passo reso necessario, ancora una volta, dall'inerzia del legislatore e dall'intrinseca funzione contromaggioritaria del giudice costituzionale,

²⁰ G.ZAGREBELSKY-V.MARCEÑO', *Giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2012, 403.

²¹ Per un approccio critico alla pronuncia della Cassazione vedi C.PANZERA, *Il discutibile seguito giudiziario dell'additiva di principio sul "divorzio imposto"* (18 settembre 2015), in www.forumcostituzionale.it. La soluzione accolta dalla Suprema Corte era stata prospettata in dottrina da B.PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)* (15 giugno 2014), in www.articolo29.it. In argomento, sia consentito rinviare anche a G.BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.c. "divorzio imposto"* (26 giugno 2014), in www.articolo29.it.

descritta con grande efficacia nella già ricordata sentenza *Obergeffel v Hodges* della Corte Suprema americana: «La dinamica del nostro sistema costituzionale è che gli individui non devono aspettare l'azione del legislatore prima di far valere un diritto fondamentale (...). Un individuo può invocare la protezione costituzionale di un diritto quando è lesa, anche se il più vasto pubblico è contrario e anche se il Parlamento rifiuta di agire».

5. Vi è dunque un'area riservata alla decisione politica del legislatore, spettando al Parlamento, «nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni» *same-sex* (sentenza n. 138 del 2010), ed è tenuto a farlo «con la massima sollecitudine» (sentenza n. 170 del 2014), per colmare un vuoto di tutela ormai conclamato. In questa sfera rientra la scelta dello strumento giuridico attraverso il quale fornire adeguata protezione ai diritti e agli obblighi di tali coppie, che può senz'altro consistere in un'unione registrata ad esse riservata. Ciò è compatibile sia con gli orientamenti appena ricordati della Corte costituzionale sia con la posizione della Corte di Strasburgo, ad avviso della quale, poiché il matrimonio ha connotazioni sociali e culturali che possono differire molto da una società all'altra, essa non può spingersi fino a sostituire l'opinione delle autorità nazionali con la propria, dato che queste si trovano in una posizione migliore per valutare e rispondere alle esigenze della società. Pertanto, l'art. 12 della Convenzione non obbliga gli Stati membri ad assicurare l'accesso al matrimonio della coppia omosessuale²².

Che si tratti di una scelta costituzionalmente e convenzionalmente compatibile non significa, tuttavia, che essa non presenti profili problematici. Si tratta, soprattutto, di capire in quale misura i diritti e i doveri riconosciuti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso si differenzino rispetto a quelli nascenti dal matrimonio, e se tali (pur limitate) disparità di trattamento siano compatibili con la ragionevolezza e la proporzionalità delle scelte normative, dal momento che «[o]gni limitazione di diritti fondamentali deve partire dall'assunto che, in presenza di un diritto inviolabile, "il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante"» (sentenza n. 249 del 2010). Detto altrimenti, eventuali scelte discriminatorie operate dal legislatore darebbero vita a un testo normativo destinato ad essere smantellato in sede giurisprudenziale, come è accaduto (e potrebbe continuare ad accadere) per la legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita. Per limitarsi agli interventi demolitori della Corte costituzionale (assai numerose e rilevanti essendo anche le pronunce dei giudici comuni, che non solo per tali interventi hanno preparato il terreno, ma «hanno spesso aggirato o disattivato gli effetti sanzionatori dei divieti della legge 40»²³), basti ricordare l'eliminazione dell'obbligo all'unico e contemporaneo impianto degli embrioni creati e del limite al numero degli embrioni da impiantare (sentenza n. 151 del 2009), la dichiarazione di illegittimità del divieto assoluto di fecondazione eterologa (sentenza n. 162 del 2014)²⁴ e, da ultimo, la rimozione del divieto di ricorrere alla diagnosi preimpianto per le coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili (sentenza n. 96/2015)²⁵. Una vicenda davvero emblematica, dal

²² Vedi *supra*, par. 2.

²³ A.D'ALOIA, *L'ex) 40* (23 giugno 2015), in www.confronticostituzionali.eu.

²⁴ P.VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 1/2015, 5 ss.

²⁵ In argomento vedi M.GIACOMINI, *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?* (28 giugno 2015), in www.forumcostituzionale.it.

forte valore “pedagogico” nei confronti di un legislatore che deve avere ben chiari i limiti (costituzionali) delle sue scelte discrezionali.

Quanto al disegno di legge attualmente in discussione al Senato, vorrei soffermarmi su quegli aspetti del testo che possono suscitare problemi interpretativi, ponendosi anche in taluni casi – come elementi da cui la futura giurisprudenza (compresa quella costituzionale) potrebbe prendere le mosse per una sempre più ampia parificazione tra unione civile e matrimonio. Vorrei proporre, in particolare, alcune osservazioni sull’espressione “specifiche formazioni sociali”, contenuta nel nuovo testo dell’art. 1 (oggetto di un emendamento presentato in Commissione giustizia da parlamentari cattolici, e riformulato dalla relatrice Cirinnà); sulla tecnica legislativa «mista»²⁶, che affianca regolamentazione *ad hoc* dell’unione civile²⁷ a rinvii alla legislazione sul matrimonio²⁸; sulla c.d. adozione non legittimante, prevista dall’art. 5 del disegno di legge²⁹, la disposizione più controversa sia in sede politica che nel più generale dibattito pubblico sulla nuova legge.

Il riferimento alle “specifiche formazioni sociali” non è altro che il recepimento di quanto già affermato dalla Corte costituzionale (in particolare nella più volte ricordata sentenza n. 138 del 2010, e poi confermato nella decisione n. 170 del 2014), e dunque il riconoscimento che anche le convivenze stabili tra coppie dello stesso sesso appartengono al *genus* che, ai sensi dell’art. 2 Cost., comprende famiglia (legittima e di fatto), associazioni di vario tipo, partiti politici, sindacati, confessioni religiose, minoranze linguistiche, e l’elenco potrebbe continuare. Si tratta di un’espressione usata in senso «latissimo e generico»³⁰, che sul piano giuridico-costituzionale assume un significato meramente descrittivo. Se dunque i proponenti l’emendamento intendevano porre un limite ad eventuali future evoluzioni della giurisprudenza (comune e costituzionale) verso una più netta parificazione tra unione civile e matrimonio, essi hanno certamente percorso una strada senza uscita. Ciò che hanno ancora una volta ottenuto, tuttavia, è la riaffermazione *sul piano meramente simbolico* della difformità intrinseca tra i due istituti, distinti e separati sulla base dell’orientamento sessuale dei loro destinatari. Non sottovaluto affatto l’importanza dei simboli nella vita associata, soprattutto quando legati al tema dell’eguaglianza; e tuttavia mi sembra importante precisare che, sotto il profilo giuridico, dire che l’unione civile è una formazione sociale specifica non determina alcuna conseguenza³¹.

²⁶ M.GATTUSO, *Le Unioni civili in mare aperto: ecco il progetto di legge che andrà in Aula al Senato*, in www.articolo29.it.

²⁷ Vedi, ad esempio, i primi due commi dell’art. 3 (rubricato «Diritti e doveri derivanti dall’unione civile tra persone dello stesso sesso»), i quali prevedono rispettivamente che «Con la costituzione dell’unione civile tra persone dello stesso sesso le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; dall’unione civile deriva l’obbligo reciproco alla fedeltà, all’assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni» e che «Le parti concordano tra loro l’indirizzo della vita familiare e fissano la residenza comune; a ciascuna delle parti spetta il potere di attuare l’indirizzo concordato».

²⁸ Si vedano, ad esempio, gli artt. 3, commi terzo e quarto, 4, 6.

²⁹ L’art. 5 (rubricato «Modifiche alla legge 4 maggio 1983 n. 184») prevede che «All’art. 44 lettera b) della legge 4 maggio 1983 dopo la parola “coniuge” sono inserite le parole “o dalla parte dell’unione civile tra persone dello stesso sesso”». Diventa così possibile l’adozione del figlio sia biologico che adottivo dell’altra parte.

³⁰ R.BIN, *Formazioni sociali*, in *Dizionario della Costituzione*, a cura dell’Accademia della Crusca, Pubblicazioni dell’Assemblea regionale toscana, Firenze, 2009.

³¹ In questo senso M.GATTUSO, *Le Unioni civili*, cit., secondo il quale «l’indicazione che le unioni omosessuali si qualificano come *formazioni sociali* ex art. 2 e non ex art. 29 non aggiunge e non toglie nulla alla scelta di fondo (unione civile e non matrimonio)». In argomento vedi A.SCHILLACI, *Le parole, la politica, il diritto: cambia davvero*

Con riferimento alla tecnica legislativa utilizzata, mi limito ad una breve osservazione. La soluzione migliore sarebbe certamente quella dell'integrale rinvio esterno alla normativa vigente sul matrimonio, evitando parziali regolamentazioni *ad hoc*, specialmente se in tutto o in parte ripetitive di quanto già previsto per l'istituto matrimoniale. La *ratio* del rinvio esterno, infatti, sta proprio nella finalità del nuovo atto normativo di «appropriarsi di un contenuto prescrittivo che è stato formulato in un atto diverso, il quale non viene toccato in nulla da tale richiamo»³², consentendo di utilizzare un enunciato normativo già interpretato e sperimentato e di rendere meno ridondante l'ordinamento, favorendone la sistematica³³. E, del resto, il meccanismo del rinvio, mentre elimina ogni dubbio sull'applicazione all'unione civile delle norme codicistiche sul matrimonio, sottolinea altresì l'alterità (confermata anche sul piano, per così dire, topografico) dei due istituti (unione civile e matrimonio).

Infine, il tema dell'adozione ex art. 44, lett. b), legge n. 184 del 1983. Si tratta notoriamente di una questione controversa, che tuttavia oggi si trova al centro di una significativa evoluzione della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale in diverse decisioni ha escluso che siano giustificate disparità di trattamento fra eterosessuali ed omosessuali sotto il profilo dell'accesso alla genitorialità³⁴, in particolare in materia di adozioni³⁵. C'è dunque da chiedersi se l'espressa esclusione, per le coppie dello stesso sesso unite civilmente, della possibilità di avvalersi dell'istituto dell'adozione legittimante (cosicché per esse non sarà possibile adottare congiuntamente minori in stato di abbandono, italiani o stranieri) potrà davvero reggere ai colpi (prevedibili) della giurisprudenza costituzionale. Questa, infatti, non potrà non avere come criterio-guida quello del superiore interesse del minore, verificabile solo in concreto, e non certo sulla

qualcosa con l'approvazione dell'emendamento Fattorini?, in www.articolo29.it, secondo il quale «[s]u di un piano strettamente giuridico (...) "specifico" non equivale necessariamente a "non omogeneo" o "non sovrapponibile", ai fini del controllo di ragionevolezza (da parte della Corte costituzionale) o dell'eventuale applicazione dell'interpretazione estensiva o dell'analogia (da parte del giudice comune), specie perché quello che conta in tale sede - sia detto in estrema sintesi - è la sostanza, e non soltanto la forma. E la sostanza dell'unione civile è quella di un istituto modellato sul matrimonio ad esso omogeneo e quindi aperto ad un giudizio di analogia con quello, come ritenuto, ad esempio, dalla Commissione Affari costituzionali del Senato nel suo parere del 12 maggio 2015». Nel Parere a cui l'A. fa riferimento (reperibile in www.articolo29.it) si legge infatti che l'unione omosessuale, formazione sociale con caratteri peculiari, «seppure non omologabile al matrimonio, sul piano della regolazione del rapporto può correttamente essere accostata all'istituto matrimoniale, con richiami specifici, in quanto compatibili, alle disposizioni del codice civile in materia, come prevede il testo unificato». Si legge, altresì, che non è in alcun modo da escludersi un'evoluzione interpretativa dell'espressione «società naturale» contenuta nell'art. 29 Cost.: «In ragione della duttilità propria dei principi costituzionali, quella formula è suscettibile di essere oggetto di un'ulteriore indagine ermeneutica, che svincoli il dato normativo dello stretto richiamo alla *voluntas* del legislatore costituente, avvinta - per evidenti ragioni di contesto storico e culturale - al paradigma eterosessuale del vincolo affettivo, per aprire ad un'interpretazione evolutiva, che tenga conto delle profonde trasformazioni sociali palesate negli ultimi decenni e delle mutate coordinate culturali alle quali il diritto non può restare insensibile». La stessa Corte costituzionale ha del resto precisato che con l'espressione «società naturale», come si desume dai lavori preparatori dell'Assemblea costituente, «si volle sottolineare che la famiglia contemplata dalla norma aveva dei diritti originari e preesistenti allo Stato, che questo doveva riconoscere», e non si intese certo «cristallizzare» nel tempo un concetto immutabile di famiglia (sentenza n. 138 del 2010).

³² G.U.RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, Zanichelli, 1998, 176.

³³ R.PAGANO, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Milano, Giuffrè, 2004, 98.

³⁴ M.GATTUSO, *Le Unioni civili*, cit.

³⁵ Vedi, da ultimo, Corte europea dei diritti umani, sentenza 19 febbraio 2013, *X e Altri c. Austria*, ric. 19010/07, secondo la quale costituisce violazione dell'art. 14, in combinato disposto con l'art. 8 della Convenzione, la previsione in materia di adozione di minori di una norma che disciplina diversamente le condizioni di esercizio della potestà genitoriale per le coppie di fatto dello stesso sesso e per quelle di sesso diverso.

base di una astratta ed ipotetica inidoneità derivante dall'orientamento affettivo e sessuale della coppia³⁶. Così, non sembra fuori luogo ipotizzare che un tale divieto possa prima o poi cadere sotto la scure di quella giurisprudenza costituzionale, ormai diffusa e consolidata, che colpisce gli *automatismi legislativi*, vale a dire «quelle previsioni che al verificarsi di una data evenienza ricollegano una conseguenza giuridica predeterminata e inderogabile», in particolare «quando esse sono formulate modo tale da non permettere al giudice (...) di tenere conto delle peculiarità del caso concreto e di modulare gli effetti della regola in relazione alle peculiarità della specifica situazione»³⁷. E non mi sembra un caso che alcune delle più importanti decisioni riconducibili a questo orientamento giurisprudenziale riguardino proprio la materia dei rapporti di filiazione: si pensi alla sentenza n. 303 del 1996, sul divario di età tra adottante e adottato, che in base alla legge non poteva superare *in nessun caso* il limite dei 40 anni, regola colpita dalla Corte proprio nella parte della *inderogabilità* del limite³⁸, e, ancora, alla sentenza n. 31 del 2012, dichiarativa dell'illegittimità di una disposizione legislativa che prevedeva la perdita automatica della potestà genitoriale per il genitore che avesse commesso il delitto di alterazione di stato, «così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto»³⁹.

Né, mi pare, potrà facilmente sopravvivere la previsione contenuta nell'art. 5 della legge n. 40 del 2004, che consente l'accesso alle tecniche di procreazione assistita alle sole «coppie maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi». A parte, infatti, l'evidente discriminazione a danno di una categoria specificamente individuata (la coppia stabile omosessuale), e lo stigma sociale che ne deriva, si pone anche in questo caso un problema di tutela dell'interesse del minore. Come si è giustamente osservato, infatti, la permanenza del divieto posto dalla legge n. 40 condurrà alla conseguenza pratica che il minore dovrà essere "adottato" anche in quei casi, ormai molto numerosi, nei quali la sua venuta al mondo è frutto in realtà di una scelta comune dei due genitori⁴⁰. C'è dunque da

³⁶ B.PEZZINI, *Riconoscere, negare o giustificare la discriminazione matrimoniale delle persone omosessuali? A proposito dell'interpretazione sistematico-originalista del matrimonio nell'art. 29 Cost.*, in *Genius*, n. 2, 2014, 23. Del resto, in più di un'occasione la giurisprudenza ha già oggi applicato la norma sull'adozione in casi particolari (art. 44, lett. d), legge n. 184 del 1983), poiché ciò che va valorizzato è l'interesse concreto del minore al riconoscimento del rapporto genitoriale di fatto instauratosi con il genitore sociale: così il Tribunale di Roma con sentenza 30 luglio 2014, che ha consentito ad una donna l'adozione della figlia biologica della propria compagna, essendo l'omogenitorialità di per sé una genitorialità "diversa", ma parimenti sana e meritevole di essere riconosciuta in quanto tale.

³⁷ M.CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it, 12.

³⁸ L'art. 6, secondo comma, della legge n. 184 del 1983 viene, infatti, dichiarato illegittimo «nella parte in cui non prevede che il giudice possa disporre l'adozione, valutando esclusivamente l'interesse del minore, quando l'età di uno dei due coniugi adottanti superi di oltre quaranta anni l'età dell'adottando, pur rimanendo la differenza di età compresa in quella che di solito intercorre tra genitori e figli, se dalla mancata adozione derivi un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore».

³⁹ Significativa, a questo riguardo, la sentenza 11 dicembre 2014 della Corte costituzionale austriaca, che ha ritenuto illegittima la norma che permetteva l'adozione congiunta soltanto ai coniugi (necessariamente di sesso diverso, secondo la legge austriaca), escludendo i partner registrati dello stesso sesso. Secondo la Corte, tale disciplina configura una discriminazione basata sull'orientamento sessuale, implicando una inidoneità *a priori* della coppia omosessuale all'adozione. Il divieto assoluto precluderebbe, infatti, la possibilità della valutazione del caso concreto da parte del giudice, mentre non si può sostenere che l'adozione congiunta corrisponda all'interesse del minore solo se attuata da una coppia eterosessuale: vedi F.B.d'USSEAU, *La Corte Costituzionale austriaca sancisce l'ammissibilità dell'adozione congiunta da parte di coppie registrate dello stesso sesso* (2 febbraio 2015), in www.articolo29.it.

⁴⁰ Così M.GATTUSO, *Le Unioni civili*, cit., il quale osserva altresì come permanga una differenza di trattamento fra la relazione giuridica instaurata dal bambino con il genitore c.d. biologico e quello c.d. sociale, dal momento che l'adozione *ex art. 44* legge n. 184 del 1983 non è piena, ma contempla qualche differenza di trattamento. Non viene poi risolta la situazione in cui la coppia di genitori si sia già separata prima dell'entrata in vigore della nuova legge (e

chiedersi se anche questo aspetto (apertamente discriminatorio) della legge sulla fecondazione assistita finirà finalmente per cedere di fronte alle esigenze poste dalla realtà e dalle situazioni soggettive che in essa si manifestano e che chiedono tutela e protezione.

** Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico - Università di Ferrara

Forum di Quaderni Costituzionali

dell'emanazione di un provvedimento di adozione). In questi casi sarà ancora necessario ricorrere all'applicazione dell'art. 44 lettera d) della legge del 1983, sull'adozione in casi particolari.