

FRANCESCO BILOTTA

*Quanto è lontana l'Europa?*

ABSTRACT

The issues concerning same-sex couples and their children involve the Italian legal system and other legal systems at the same time. The conceivable relationships among these jurisdictions are: 1. separation; 2. integration; 3. fusion. They express three visions of legal policy: the first could be called isolationist; the second refers to the necessary interaction between legal systems for practical reasons; the third is congruent with a vision of transnational protection of fundamental rights, which is of the greatest importance into the European Union and in the Council of Europe legal system. In order to fuse the different legal systems and to give effects to fundamental rights regarded, there is no need of new laws in Italy. We must interpret the existing laws according to the principles and values typical of Italian legal system, as embedded in European law.

Le questioni riguardanti le coppie formate da persone dello stesso sesso e i loro figli coinvolgono oltre l'ordinamento italiano anche altri sistemi giuridici. Le relazioni possibili tra questi ordinamenti sono: 1. separazione; 2. integrazione; 3. fusione. Esse esprimono tre visioni di politica del diritto: la prima isolazionista; la seconda di necessaria interazione tra ordinamenti per ragioni di carattere pratico; la terza coerente con una visione transnazionale della tutela dei diritti fondamentali, centrale sia nell'ordinamento dell'Unione europea sia in quello del Consiglio d'Europa. In un'ottica di fusione degli ordinamenti, per rendere effettivi i diritti fondamentali considerati non vi è necessità di nuove leggi sul piano nazionale, ma di interpretare quelle esistenti secondo i principi e i valori che caratterizzano il nostro sistema giuridico in forza della partecipazione dell'Italia alle istituzioni europee.

KEYWORDS

Marriage, homosexuality, parent-child relationship, fundamental rights, equality.

Matrimonio; omosessualità; filiazione; diritti fondamentali, uguaglianza.

FRANCESCO BILOTTA\*

## *Quanto è lontana l'Europa?*

*1. Premessa – 2. I possibili rapporti tra i sistemi giuridici – 3. I rapporti tra sistemi giuridici: la separazione  
3.1. La giurisprudenza della Corte costituzionale – 3.2. La giurisprudenza della Corte EDU – 4. I rapporti tra  
sistemi giuridici: il coordinamento – 4.1. Il legame familiare e il legame coniugale – 4.2. La separazione  
e il coordinamento degli ordinamenti giuridici: due prospettive incompatibili? – 5. I rapporti tra sistemi  
giuridici: la fusione – 6. La tutela della filiazione e l'orientamento sessuale – 7. Conclusioni*

### *1. Premessa*

Le riflessioni che seguono concerneranno i problemi giuridici sollevati dalla crescente visibilità sociale, acquisita non solo nel nostro Paese, delle coppie formate da persone dello stesso sesso e dei loro figli. È preferibile considerare separatamente questi due casi<sup>1</sup> per una serie di ragioni: le norme e i principi dell'ordinamento che è necessario invocare per ciascuno di essi sono diversi; l'uso del termine "famiglia" – che genericamente si potrebbe utilizzare tanto per le coppie formate da persone dello stesso sesso con figli tanto per quelle senza figli – finisce per confondere l'analisi, dal momento che non consente di enucleare i differenti significati sociali e giuridici delle due situazioni.

L'altra precisazione terminologica necessaria in apertura riguarda la parola "Europa", contenuta nel titolo. Le argomentazioni che si utilizzeranno prenderanno le mosse tanto dal sistema normativo dell'Unione europea, tanto dal sistema normativo del Consiglio d'Europa. Di volta in volta, sarà necessario distinguere tra i due sistemi giuridici e immaginare un coordinamento tra gli stessi, anche in relazione all'ordinamento nazionale. Ciò che è importante rilevare subito, però, è che il tema delle coppie formate da persone dello stesso sesso e dei loro figli pone l'interprete dinanzi a due questioni di teoria generale del diritto di non poco conto: da un lato infatti, è l'intera teoria delle fonti del diritto a essere messa in discussione (sul piano interno per ciò che concerne il rapporto tra norme costituzionali e norme ordinarie e sul piano sovranazionale per ciò che concerne la rilevanza delle norme comunitarie e delle convenzioni internazionali, prima fra tutte la Convenzione europea dei diritti umani); da un altro lato poi, emerge con evidenza il mutamento prodottosi nel tempo – e ormai tacitamente accettato dagli operatori del diritto italiano – del rapporto sussistente tra fonte del diritto scritta e fonte del diritto non scritta. Occorre precisare che in quest'ultimo caso non si farà riferimento soltanto alla produzione giurisprudenziale sul tema, ma altresì alle prassi amministrative che si vanno formando grazie alla continua sollecitazione da parte dei/delle cittadini/e omosessuali<sup>2</sup>.

\* Ricercatore confermato di Diritto privato, Università di Udine. E-mail: [francesco.bilotta@uniud.it](mailto:francesco.bilotta@uniud.it).

<sup>1</sup> Qui il termine "caso" viene utilizzato nell'accezione precisata in ZAGREBELSKY 2008, 191 ss., quale fatto portatore di un significato e di un valore dal punto di vista della vita sociale.

<sup>2</sup> Ci si riferisce al fatto che le Questure di Milano, Roma, Rimini, Lucca, Treviso, Varese, Treviso, Cagliari, Firenze, Venezia, Genova, Bolzano, Brindisi, Palermo, Pordenone e Verona a partire dal 2012 hanno rilasciato la carta di

È bene sottolineare che le questioni giuridiche più rilevanti e urgenti rispetto alle coppie formate da persone dello stesso sesso e ai loro figli sono di carattere personale e sono strettamente connesse alla tutela dei diritti fondamentali. Rimangono invece sullo sfondo le questioni patrimoniali, che se afferiscono ai rapporti tra le parti trovano nel contratto uno strumento regolativo duttile e utile. Non è possibile invece ipotizzare la stessa soluzione per le questioni attinenti ai diritti sociali (quali la pensione di reversibilità) o ai rapporti con i terzi, rispetto ai quali il contratto non è idoneo a dispiegare alcuna funzione regolativa<sup>3</sup>. Focalizzare l'attenzione sui diritti fondamentali implicati nella fattispecie non è senza conseguenze sul piano argomentativo, perché i diritti fondamentali non tollerano alcuna discrezionalità del legislatore circa il loro riconoscimento, la loro tutela e quindi la loro effettività<sup>4</sup>.

Da ultimo, occorre rammentare che il coinvolgimento – ormai decennale – delle Corti italiane nella soluzione delle questioni che andiamo considerando, in assenza di uno specifico intervento legislativo,

soggiorno per familiare di cittadino europeo al coniuge dello stesso sesso di un italiano; al fatto che attualmente è in corso una battaglia legale originata dalla decisione di Sindaci di varie città di trascrivere nei registri dello stato civile il matrimonio contratto all'estero di residenti nei propri Comuni; al fatto che l'Ufficio di stato civile del Comune di Roma con provvedimento in data 4 febbraio 2015 ha provveduto alla trascrizione del certificato di nascita di un bambino di tre anni, nato a Buenos Aires, da una madre italiana e da una madre argentina, in seguito a procreazione medicalmente assistita.

<sup>3</sup> È frequente l'affermazione che le coppie dello stesso sesso potrebbero regolare le loro unioni attraverso la mera sottoscrizione di un contratto di convivenza, in base alle norme sui contratti in generale del Codice civile italiano. Si trascura però che, attraverso i contratti di convivenza, le coppie (anche) dello stesso sesso: a) possono regolare solo gli aspetti patrimoniali del loro rapporto, ma non possono comunque scegliere come regime patrimoniale quello previsto in caso di matrimonio (ossia la comunione legale) che è più favorevole alla parte debole economicamente; b) non possono regolare in alcun modo gli aspetti non patrimoniali del loro rapporto, in quanto i contratti in Italia possono regolare solo rapporti a contenuto patrimoniale (art. 1321 c.c.). La sottoscrizione di un contratto di convivenza non consente a uno dei conviventi: a) di esprimersi su scelte che attengono alla salute del partner, che sia incapace di intendere e di volere, se la sua volontà è in contrasto con quella dei parenti prossimi del partner; b) di esprimersi riguardo alle scelte che attengono la cremazione del partner che non abbia previamente dichiarato la destinazione del suo corpo dopo la morte (come previsto dall'art. 79 DPR 10 settembre 1990, n. 285, Approvazione del regolamento di polizia mortuaria); c) di concorrere nella successione del partner in presenza di persone a cui la legge riserva una parte del patrimonio con la stessa tutela di cui gode il coniuge, a norma dell'art. 540 del Codice civile italiano; d) di ricevere alcunché del patrimonio del defunto in mancanza di un testamento con cui venga istituito erede; e) di ottenere la pensione di reversibilità, che è riservata al coniuge (anche separato o divorziato), ai figli e in mancanza ai genitori e in mancanza di questi ai fratelli e alle sorelle non sposate dall'art. 22 Legge 21 luglio 1965, n. 903, Avviamento alla riforma e miglioramento dei trattamenti di pensione della previdenza sociale; f) di creare un'impresa familiare, poiché l'art. 230 bis, 3° co., definisce impresa familiare quella cui collaborano il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo. Tutto ciò serve solo a fornire qualche esempio dell'ampiezza degli ambiti che la sottoscrizione del contratto di convivenza lascia privi di regolamentazione. Più precisamente i contratti di convivenza servono solo a gestire i rapporti di natura patrimoniale interni alla coppia, rimanendo irrilevanti per quanto riguarda gli aspetti di natura personale e per quanto riguarda i rapporti con i terzi e con la pubblica amministrazione. Ogni qual volta una norma preveda la sussistenza di uno *status* coniugale per poter tutelare i partner, un contratto di convivenza è assolutamente irrilevante.

<sup>4</sup> Una definizione di "diritto fondamentale", che mi sembra particolarmente convincente e utile sul piano pratico, è quella proposta da FERRAJOLI 2001, 5: «Sono "diritti fondamentali" tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a "tutti" gli esseri umani in quanto dotati dello *status* di persone, o di cittadini o di persone capaci d'agire; inteso per "diritto soggettivo" qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta a un soggetto da una norma giuridica, e per "*status*" la condizione di un soggetto prevista anch'essa da una norma giuridica positiva quale presupposto della sua idoneità a essere titolare di situazioni giuridiche e/o autore degli atti che ne sono esercizio». Sulla valenza teorica delle questioni giuridiche legate all'omosessualità, si veda RIDOLA 2014, 14 che le definisce «una spia per cogliere importanti scenari di trasformazione dei diritti fondamentali del costituzionalismo contemporaneo», sottolineando altresì la funzione *counter-majoritarian* che la giurisprudenza ha svolto all'estero e che (forse) potrebbe (dovrebbe?) svolgere anche nel nostro Paese.

costituisce l'attuazione di una strategia di *cause lawyering* volta a sollecitare il formante dell'ordinamento<sup>5</sup>, ossia la magistratura, più immediatamente raggiungibile da parte dei/delle cittadini/e<sup>6</sup>. In tal modo, si è dato impulso alla creazione di un "contesto argomentativo", in cui l'aspetto emotivo, che ha caratterizzato il dibattito pubblico in precedenza, ha perso mordente a favore di un approccio maggiormente razionale<sup>7</sup>. Il ricorso alle Corti, dunque, ha svolto (o meglio sta svolgendo) una funzione culturale nel senso più ampio del termine, perché fa emergere questioni altrimenti passate sotto silenzio e a esse attribuisce un senso non sulla base delle personali convinzioni di ciascuno, bensì a partire dal contenuto di norme giuridiche. Vi è, in altri termini, un'attribuzione di senso ai fatti della vita, che caratterizzano le coppie formate da persone dello stesso sesso e i rapporti di filiazione che esse vivono, fondata su principi iscritti nel nostro sistema giuridico. Ciò non vuol dire che l'aspetto valoriale delle questioni sottoposte all'attenzione delle Corti sia completamente trascurato. Ciò vuol dire piuttosto che l'attribuzione di valore al fatto, cui si riconosce finalmente un significato sociale, avviene sulla base di argomentazioni fondate sui principi iscritti nella Costituzione e nelle Convenzioni internazionali e non a partire da un punto di vista soggettivo.

## 2. I possibili rapporti tra i sistemi giuridici

Come si è avuto già modo di accennare, i bisogni delle coppie formate da persone dello stesso sesso e dei loro figli per più di un motivo finiscono per coinvolgere sistemi giuridici ulteriori rispetto a quello italiano. E ciò o perché gli atti giuridicamente rilevanti nelle diverse fattispecie sono contraddistinti da un elemento di estraneità (sono stati compiuti all'estero, hanno coinvolto cittadini di Paesi diversi dall'Italia) o perché, pur in mancanza di un collegamento con un ordinamento straniero, le Corti italiane sono state sollecitate ad "aprire" l'ordinamento a principi e a norme contenute in Trattati e Convenzioni internazionali, in ossequio a quanto previsto dagli artt. 10, 11 Cost. e dal testo novellato dell'art. 117 Cost.

A voler sintetizzare le alternative finora emerse nei rapporti tra sistemi giuridici che andiamo considerando, possiamo enucleare tre diverse prospettive. È possibile concepire il rapporto tra l'ordinamento italiano e gli altri sistemi giuridici (di altri Stati o di istituzioni sovranazionali, quali l'Unione europea o il Consiglio d'Europa) come caratterizzato (a) da una forte autonomia, tendente alla separazione tra gli stessi; (b) dalla necessità di una loro integrazione, tendente al loro coordinamento; (c) da un'interdipendenza che conduce alla incorporazione del nostro sistema giuridico di principi sanciti in provvedimenti normativi sovranazionali e comunque condivisi da Paesi culturalmente assimilabili all'Italia.

Queste tre modalità di relazione tra ordinamenti, emergenti dall'osservazione di quanto fino a oggi è accaduto in ambito giurisprudenziale, sottendono differenti visioni di politica del diritto: la prima isolazionista, poco coerente con l'apertura all'Europa (nel senso ampio che si è chiarito all'inizio) che

<sup>5</sup> Si fa riferimento alla "teoria dei formanti", di cui è ideatore, come è noto, Rodolfo Sacco (cfr. SACCO 1992a e SACCO 1992b). Non va dimenticato un altro concetto fondamentale della teoria sacchiana delle fonti, ossia quello di *Criptotipo*; quella regola, cioè, esistente nella società e non espressa da nessuno degli altri formanti. Si tratta in altre parole di una regola presupposta a tutte le altre che, informando la visione del mondo degli operatori del diritto e in genere dei cittadini e delle cittadine, li influenza in maniera del tutto inconscia. Per esemplificare, si può ricordare l'eurocentrismo nei modelli occidentali, oppure riguardo al tema che stiamo trattando l'eteronormatività del nostro sistema giuridico. Tra i formanti dell'ordinamento vi è una relazione dinamica come sottolinea BOGNETTI 1994, 84, secondo il quale con la parola formante si indicano «talune tipiche componenti dell'ordinamento giuridico in quanto dinamico intreccio di attività normogenetiche e normoplasmani d'ogni specie».

<sup>6</sup> Sul tema del *cause lawyering* cfr. SARAT, SCHEINGOLD 2005 e SARAT, SCHEINGOLD 2006.

<sup>7</sup> Sono testimonianza del salto qualitativo che il discorso pubblico ha subito in questi anni i recenti volumi di SCHILLACI 2014 e di VASSALLO 2015.

testualmente l'art. 117 Cost. impone; la seconda attenta alle prerogative dell'ordinamento nazionale, pur nella consapevolezza di una necessaria apertura all'esterno per ragioni di carattere pratico, dovendo comunque il giudice rispondere alla domanda di giustizia che gli viene rivolta; la terza coerente con una visione transnazionale della tutela dei diritti fondamentali.

### 3. *I rapporti tra sistemi giuridici: la separazione*

Tra le fonti del diritto scritte da considerare vi è da un lato l'art. 9 della Carta di Nizza, che riconosce il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, senza alcun cenno alla differenza di sesso tra i nubendi<sup>8</sup> e dall'altro l'art. 12 CEDU, come interpretato nella sentenza della Corte EDU *Shalk and Kopf* contro Austria del 24 giugno 2010, che consente di giungere a una conclusione analoga<sup>9</sup>. La nostra Corte di Cassazione con le sentenze n. 4184/2012 e n. 2400/2015 ha preso atto che la nozione di matrimonio giuridicamente rilevante nel nostro sistema giuridico è stata modificata grazie alla lettura congiunta di tali articoli<sup>10</sup>. Ha così accolto nell'ambito del giuridicamente rilevante il legame coniugale tra persone dello stesso sesso.

Eppure, siffatta apertura ermeneutica (che nasce da un'imprescindibile interdipendenza tra gli ordinamenti) fatica a trasformarsi in tutela effettiva delle coppie formate da persone dello stesso sesso, poiché, a tutti i livelli, le Corti apicali continuano ad affermare la piena discrezionalità del legislatore in materia. Si giunge così al paradosso di riconoscere la sussistenza di una nozione rinnovata di matrimonio, negando al contempo che il negozio matrimoniale, celebrato nei Paesi in cui ciò è possibile, spieghi alcuna efficacia.

È evidente che in questa lettura dell'ordinamento non trovi alcun posto la considerazione del matrimonio come diritto fondamentale. Il matrimonio in tale prospettiva viene visto come un meccanismo giuridico di organizzazione di alcune attività socialmente rilevanti, quali la procreazione e la mutua assistenza tra i membri della famiglia. Non si distingue tra diritto al matrimonio e matrimonio quale istituto giuridico.

La domanda a cui la Corte di cassazione continua a non rispondere è la seguente: le persone con orientamento omosessuale hanno il diritto di contrarre matrimonio? La risposta potrebbe essere formulata affermativamente a partire da due diverse prospettive: una nazionale, giacché è principio più volte affermato dalla giurisprudenza costituzionale che il diritto di contrarre (o non contrarre) matrimonio è un diritto fondamentale<sup>11</sup>; 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

<sup>8</sup> Art. 9 Carta di Nizza: «Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio».

<sup>9</sup> Corte EDU, 24 giugno 2010, *Shalk and Kopf c. Austria*, ricorso n. 30141/2004.

<sup>10</sup> Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, e Cass., 9 febbraio 2015, n. 2400.

<sup>11</sup> 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). Inoltre, si ricordi la sentenza della Corte costituzionale n. 245/2011 in cui si parla di «un diritto fondamentale inalienabile quale quello alla libera scelta di contrarre matrimonio senza distinguere tra cittadini ed immigrati, ma utilizzando il parametro dell'universalità».

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.

Eppure, tale prospettiva fatica a trovare spazio tanto nella giurisprudenza della Cassazione tanto in quella della Corte costituzionale italiana e perfino presso la Corte EDU. La conclusione è sempre la stessa: è il legislatore il solo ad avere il potere di rendere egualitario il matrimonio. Nonostante tale approdo comune, i motivi che sorreggono la giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte EDU sono affatto diversi e vale la pena prenderli in considerazione separatamente.

### 3.1. *La giurisprudenza della Corte costituzionale*

La Corte costituzionale italiana continua ad andare alla ricerca della nozione di matrimonio nell'ordinamento giuridico italiano, per colmare la lacuna definitoria della nostra Carta costituzionale<sup>12</sup>. A tal fine, non solo si esclude *a priori* di prendere in considerazione la compenetrazione del nostro ordinamento con l'ordinamento europeo e con quello della Convenzione europea dei diritti umani, ma con un errore logico prima che ermeneutico si utilizza l'oggetto del sindacato di costituzionalità (le norme codicistiche in materia matrimoniale) per integrare il parametro di valutazione della sua stessa costituzionalità, ossia l'art. 29 Cost. Nella lettura della Consulta l'isolazionismo è massimo: la Carta costituzionale viene letta solo ed esclusivamente alla luce del Codice civile italiano, come se non esistesse altra norma o principio rilevante nel nostro sistema giuridico. Val come dire che i giudici delle leggi ritengono di non accedere a una rinnovata concezione dell'istituto matrimoniale come quella offertaci dalla Corte di cassazione che non incorre nell'errore interpretativo segnalato, ossia colmare la lacuna testuale della Carta costituzionale concernente la nozione di matrimonio innestando sull'art. 29 Cost. il contenuto del Codice civile.

La Corte costituzionale, infatti, non conviene con la Cassazione sul fatto che la nozione di matrimonio in Italia sia attualmente *gender neutral*. Spetta al legislatore ordinario, quindi – se lo vorrà – modificare i connotati essenziali dell'istituto matrimoniale<sup>13</sup>.

Della legittimità costituzionale di un siffatto intervento legislativo si è dubitato quando in occasione di una decisione, concernente il caso di una sopravvenuta uguaglianza di sesso tra i coniugi a causa della riattribuzione chirurgica di sesso di uno dei due in costanza di matrimonio, la Consulta ha definito “essenziale” (rispetto al diritto vigente) l'eterosessualità del matrimonio<sup>14</sup>. L'aggettivo – se correttamente inserito nel contesto in cui viene utilizzato – non allude certamente ad una costituzionalizzazione del paradigma eterosessuale del matrimonio, bensì indica nella differenza di sesso tra i nubendi un elemento strutturale di quel negozio giuridico alla luce della legislazione vigente, o meglio della sua inveterata interpretazione.

La giurisprudenza della Corte costituzionale può essere compresa solo se si tiene conto della finalità cui tacitamente tende, ossia non mettere in discussione le competenze del Parlamento e non acuire in tal guisa quello che viene percepito come un dissidio lacerante il tessuto sociale dal punto di

<sup>12</sup> Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138.

<sup>13</sup> Il legislatore attuale è convinto di non poter aprire il matrimonio in senso egualitario anche in forza della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale. ANGELINI 2014, 105 analizzando questo argomento precisa che nella sentenza «si esclude che le nuove garanzie da predisporre possano essere “realizzate *soltanto* attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio”: si aprono, dunque altre possibilità quali la disciplina delle unioni fra omosessuali, accanto alla prima che rimane comunque percorribile. Diversa sarebbe stata infatti l'indicazione finalizzata ad escludere *tout court* l'equiparazione fra unione e matrimonio, per la quale sarebbe bastato alla Corte eliminare l'avverbio “soltanto” dalla frase appena citata per trasformarla di fatto in senso preclusivo».

<sup>14</sup> Corte cost., sent., 11 giugno 2014, n. 170.

vista culturale e antropologico. La Corte costituzionale in tal modo sceglie di assolvere alla sua funzione (politica) di tutela della pace tra i diversi soggetti storici che animano la società. Lascia perplessi, però, il fatto che per raggiungere tale scopo si arrivi a riconoscere la più totale discrezionalità del legislatore (che certo non può essere considerato rappresentativo di una minoranza) svincolata da ogni limite costituzionale. E soprattutto che non si tenga in alcun conto il diritto (fondamentale) al matrimonio per concentrarsi esclusivamente sull'istituto matrimoniale.

### 3.2. *La giurisprudenza della Corte EDU*

Le ragioni che supportano l'opinione della Corte EDU di non considerare obbligatorio per gli Stati aderenti, ai sensi dell'art. 12 CEDU, l'apertura del matrimonio in senso egualitario riposano sulla natura giuridica dello strumento convenzionale che la Corte è chiamata a salvaguardare. Il sistema giuridico derivante da una Convenzione internazionale trae la propria legittimità dal convergere delle volontà degli Stati che l'hanno sottoscritta. Un'interpretazione evolutiva della Convenzione non può non tenere conto della volontà attuale degli Stati aderenti. Da qui nasce la dottrina del "margine di apprezzamento dello Stato". La si potrebbe meglio esprimere così: gli Stati non sono vincolati al rispetto di una regola di comportamento che non emerge espressamente dalla Convenzione, a meno che nell'ottica di proteggere uno dei diritti dalla stessa sanciti, la maggioranza degli stessi abbia adottato un nuovo comportamento differente rispetto a quello diffuso al momento della redazione del testo originario. Ciò fa immaginare che, se si dovesse modificare la Convenzione, la maggioranza degli Stati prenderebbe in considerazione l'introduzione di questo nuovo comportamento. Tale modo di ragionare sul piano teorico rischia di minare lo stesso concetto di diritto fondamentale, ma sul piano pratico risponde all'esigenza di tenere conto della multiformità non solo giuridica, ma anche sociale e culturale dei 47 Paesi membri del Consiglio d'Europa.

Fatta tale premessa generale, osserviamo ora quale sia il rapporto tra la Convenzione europea dei diritti umani e il nostro ordinamento. Infatti, ai sensi dell'art. 117 Cost., la Convenzione europea dei diritti umani nell'interpretazione che ne dà la Corte di Strasburgo rappresenta un parametro interposto di costituzionalità. Pertanto, qualora la Corte EDU sancisca la necessità che gli Stati aderenti alla Convenzione tutelino un certo diritto fondamentale, il giudice italiano si dovrà conformare a tale *dictum* (salvo un controllo di costituzionalità della *regula iuris* enucleata), ma l'esclusione della vincolatività (come nel nostro caso) di un certo comportamento da parte degli Stati aderenti, affermata dalla Corte di Strasburgo, non può costringere il giudice italiano, qualora in forza delle norme italiane vigenti – anche di rango costituzionale – un certo diritto fondamentale debba essere riconosciuto e tutelato<sup>15</sup>. Detto altrimenti, affermare che vi è un margine di discrezionalità dello Stato aderente con riferimento alla Convenzione europea dei diritti umani, non priva il giudice ordinario italiano del potere di affermare che nel proprio ordinamento quel diritto vada riconosciuto e tutelato immediatamente, senza attendere l'intervento del legislatore.

Quanto stabilito dalla Convenzione europea dei diritti umani, in base all'interpretazione che di essa dà la Corte di Strasburgo, deve essere temperato con l'esigenza del rispetto del sistema costituzionale italiano. Il vincolo di interpretare la Convenzione in conformità all'interpretazione assicurata

<sup>15</sup> La Corte costituzionale nella sentenza 22 ottobre 2014, n. 238 ha ribadito che gli obblighi internazionali che costringono l'Italia trovano un limite nei diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione. Così ha affermato che la pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia del 3 febbraio 2012, che ha imposto al giudice italiano di negare la propria giurisdizione nella causa di risarcimento per crimini contro l'umanità, commessi da uno Stato straniero sul territorio italiano, in assenza di altra forma di riparazione giudiziaria dei diritti fondamentali violati, è in contrasto con il principio della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali assicurata dalla Costituzione italiana agli artt. 2 e 24 Cost.

dalla Corte europea non è, dunque, assoluto, ma deve cedere a favore di un'interpretazione delle disposizioni convenzionali maggiormente in sintonia con il sistema costituzionale italiano<sup>16</sup>.

Non sembra, dunque, sufficiente evocare il “margine di apprezzamento” in questo ambito, come si fa a Strasburgo, per giungere alla conclusione che sicuramente la materia *de qua* sia affidata alla incondizionata discrezionalità del legislatore e quindi sottratta completamente al potere giudiziario e al controllo di costituzionalità. Occorre farsi carico della questione se tale discrezionalità sia in linea con il nostro ordinamento costituzionale e in particolare con gli artt. 2 e 3 Cost. su cui si fondano meta-principi costituzionali, quali il principio di autodeterminazione, il principio di uguaglianza e di non discriminazione e il principio della tutela dei diritti fondamentali. In altri termini, la separazione dei diversi ordinamenti che la dottrina del “margine di apprezzamento” determina, dal punto di vista dell'interprete nazionale potrebbe (o meglio, dovrebbe) essere superata per rendere effettiva la realizzazione di tali principi costituzionali.

In definitiva, l'approccio separatista, o statalista che dir si voglia, finora considerato una specie di scudo impenetrabile a un ampliamento in senso egualitario dell'istituto matrimoniale, dal punto di vista strettamente ermeneutico è un castello costruito sulla sabbia. È un approccio legalistico che disconosce completamente la dimensione della legittimità costituzionale della regola che esso esprime. La sua unica ragion d'essere non riposa sul piano giuridico, ma su quello dei rapporti di forza rinvenibili nella nostra società e – a dispetto della promessa della Costituzione – impedisce a una minoranza di cittadini di partecipare pienamente alla vita politica, economica e sociale del Paese con pari dignità rispetto a tutti gli altri cittadini. Inoltre, dimostra come i nostri interpreti non siano capaci di percepire la rilevanza che – dato l'attuale assetto delle fonti del nostro ordinamento – assume la dimensione europea in cui siamo immersi, e i principi di diritto su cui essa si fonda.

#### 4. I rapporti tra sistemi giuridici: il coordinamento

Il rassicurante isolazionismo dell'approccio separatista, che in definitiva rinvia tutto alle scelte future del legislatore, ha un altro punto debole: la forza delle cose mette l'interprete dinanzi a problemi concreti del vissuto quotidiano delle persone. Se il genitore biologico e quindi legale del minore in una coppia dello stesso sesso non è in grado di svolgere le sue funzioni genitoriali per i più diversi motivi, se occorre chiedere un risarcimento del danno perché uno dei due coniugi è morto in un incidente, se occorre nominare un amministratore di sostegno – gli esempi potrebbero continuare – non è possibile rispondere a chi chiede di essere tutelato e di amministrare la giustizia qui e ora, di attendere che il legislatore prenda una qualche decisione. Sicché sempre più sarà necessario chiedersi se e come il matrimonio celebrato all'estero tra persone dello stesso sesso possa spiegare effetti nel nostro ordinamento, nonostante la chiusura attuale della Corte di cassazione.

A tale esigenza di tutela (effettiva e immediata) si è risposto a due livelli. Uno più prettamente nazionale e uno europeo. In entrambi i casi si è stati costretti a immaginare strumenti di coordinamento tra il sistema giuridico nazionale e quello europeo e tra il sistema giuridico nazionale e quello di altri Paesi.

<sup>16</sup> Vi può essere una non coincidenza tra quanto sancito dalla Convenzione europea e quanto sancito dal nostro ordinamento costituzionale, in merito all'esigenza di immediata tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione. Tanto che è la stessa Consulta ad ammettere – sia pure in linea teorica – l'eventualità di un conflitto tra la Convenzione e la Costituzione italiana. Nella sentenza n. 348/2007 la Corte costituzionale ha escluso che «le sentenze della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali», soggiungendo che «[t]ale controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, primo comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione».

Inizialmente la giurisprudenza di merito ha ostacolato la strada del coordinamento tra ordinamenti, evocando la clausola generale dell'ordine pubblico<sup>17</sup>. Si tratta di un vero e proprio sbarramento che impedisce la comunicazione tra sistemi giuridici, in modo tale che il nostro ordinamento non possa essere influenzato da quanto accade altrove per evitare il rischio di uno stravolgimento dell'assetto normativo esistente a livello nazionale. Con riferimento al matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero, la Corte di cassazione ha rimosso tale ostacolo evitando il sorgere di un'antinomia che sarebbe stata altrimenti evidente<sup>18</sup>. Se infatti l'Italia partecipa all'ordinamento comunitario, e se in questo ordinamento il matrimonio è *gender neutral*, non è coerente con tale premessa argomentativa considerare il matrimonio tra persone dello stesso sesso come contrario ai principi caratterizzanti il nostro sistema giuridico e quindi capace di destabilizzarlo radicalmente. Dal punto di vista della legalità della interpretazione della Cassazione, ha giocato un ruolo fondamentale la Carta di Nizza, in quanto sintesi delle tradizioni costituzionali dei Paesi aderenti all'UE e la Convenzione EDU come interpretata dalla Corte di Strasburgo, quale parametro interposto di costituzionalità ai sensi dell'art. 117 Cost.

Eliminato tale ostacolo, e a fronte delle richieste sempre più numerose delle coppie formate da persone dello stesso sesso, anche in Italia il loro matrimonio ha assunto una rilevanza giuridica. Infatti, anzi tutto in una prospettiva europea, affermare l'inefficacia del matrimonio celebrato all'estero tra persone dello stesso sesso urta contro un dato normativo evidente, ossia che i cittadini italiani sono contemporaneamente cittadini europei e godono non solo del diritto di libertà di circolazione all'interno dell'Unione europea, ma del diritto di non essere discriminati in base al loro orientamento sessuale tutte le volte in cui la relazione di coniugio sia il presupposto per l'applicazione di una norma di fonte comunitaria. Qui il coordinamento non è frutto della sagacia dell'interprete, ma il portato di una regola che sancisce la primazia del diritto europeo rispetto a quello nazionale nelle materie di competenza della UE. Ragionando in astratto circa la capacità di produrre effetti in Italia di un matrimonio tra persone dello stesso sesso, non si può non prendere in considerazione il caso di due coniugi dello stesso sesso che vivano in Italia ma che siano cittadini di un Paese in cui sia stato possibile per loro contrarre matrimonio. In tal caso, il loro *status* coniugale non potrebbe essere messo in discussione dalle autorità italiane, quanto meno con riferimento al godimento dei diritti che discendono dall'essere cittadini europei (sia pure residenti in Italia)<sup>19</sup>.

Il matrimonio celebrato all'estero tra persone dello stesso sesso, dunque, produce effetti nel nostro ordinamento tutte le volte in cui occorra far applicazione di norme di fonte europea, nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 9 della Carta di Nizza. È quanto ha precisato il Tribunale di Reggio Emilia in un caso di ricongiungimento familiare tra un cittadino italiano e un cittadino non comunitario coniugati all'estero<sup>20</sup>. In seguito a quella pronuncia, il Ministero dell'Interno ha inviato una comunicazione, il 15 novembre 2012, diretta alle Questure di Firenze e Pordenone in forza della quale

<sup>17</sup> Anche se in alcune pronunce la Suprema corte non sembra distinguere nettamente tra i profili etici e la nozione di ordine pubblico, non è difficile rintracciare massime in cui l'ordine pubblico viene descritto più propriamente come l'insieme dei «principi fondamentali dell'ordinamento riconosciuti dal legislatore come condizioni necessarie per l'esistenza della società», così Cass., 23 gennaio 1980, n. 543, in Foro it., 1980, I, 2221. Nello stesso senso, Cass., sez. II civ., n. 389/1970, Cass., sez. I civ., 17 aprile 1991, n. 4104, Cass., sez. I civ., n. 17349/2002; Cass., sez. lav., n. 22332/2004. Il Trib. Latina, decr. 10 giugno 2005, ha confermato la legittimità del rifiuto di trascrizione di un matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero, in conformità del parere espresso dal Ministero dell'Interno con nota del 28 febbraio 2004, in base all'art. 18 DPR 3 novembre 2000, n. 396, che vieta la trascrizione di atti formati all'estero se contrari all'ordine pubblico.

<sup>18</sup> Cfr. Cass., sent., 15 marzo 2012, n. 4184, par. 2.2.3. motivazione in diritto.

<sup>19</sup> Sulla necessità di riconoscere in Italia uno *status* validamente sorto all'estero cfr. Trib. Grosseto, 17 febbraio 2015.

<sup>20</sup> Trib. Reggio Emilia, decr. 13 febbraio 2012.

ormai sono decine le coppie formate da persone dello stesso sesso, di cui una cittadina non comunitaria, coniugate all'estero che hanno ottenuto il ricongiungimento familiare.

Dunque, non è corretto affermare che il matrimonio celebrato all'estero tra persone dello stesso sesso non produca effetti nel nostro ordinamento. Produce effetti nel nostro ordinamento tutte le volte in cui lo *status* coniugale sia il presupposto per l'applicazione in Italia di norme di fonte europea per le quali la differenza di sesso tra i coniugi non è più un requisito per la validità e l'efficacia del matrimonio stesso ai sensi dell'art. 9 Carta di Nizza.

La fattispecie che stiamo analizzando si compone da un lato di un fatto giuridico (la celebrazione del matrimonio) e dall'altro di un effetto (il sorgere del vincolo coniugale) che a sua volta è un fatto giuridico presupposto da tutte quelle norme che attribuiscono diritti e doveri ai coniugi nei loro reciproci rapporti e nei rapporti con i terzi, privati e pubblici che siano. Ora queste norme attributive di diritti e doveri in forza della sussistenza del vincolo coniugale non sono solo quelle nazionali, ma sono altresì quelle europee e quelle di altri ordinamenti che è necessario applicare in Italia, in virtù della nostra legge di diritto internazionale privato.

Quella che la Cassazione ha ritenuto – pur non avendola espressamente qualificata in tal modo – una “inefficacia assoluta” del negozio, è in effetti una “inefficacia relativa”, perché – ammesso che il negozio in considerazione non sia idoneo per le ragioni espresse dalla Suprema corte e dalla Corte costituzionale a produrre effetti in base alle norme nazionali – è assolutamente idoneo a produrre effetti in Italia in base alle norme europee e di diritto internazionale privato che richiamino ordinamenti in cui si consente il matrimonio anche alle coppie formate da persone dello stesso sesso.

#### 4.1. *Il legame familiare e il legame coniugale*

Oltre a quelle già svolte, vi è un'ulteriore considerazione da fare in merito alle ricadute sistematiche del coordinamento tra diversi sistemi giuridici. Non ci si è posti mai la questione se nel diritto attualmente vigente l'unico effetto giuridico del matrimonio sia esclusivamente il sorgere dello *status* coniugale. Infatti, anche in virtù della vigenza degli artt. 8 e 12 CEDU e delle direttive europee in materia di circolazione delle persone, siano esse cittadine di uno degli Stati membri siano esse cittadine non comunitarie, con riferimento alle coppie dello stesso sesso, oggi il matrimonio ha come effetto naturale non più solo quello di far sorgere lo *status* coniugale, ma anche quello di far sorgere un “legame familiare” tra le parti. Infatti, anche rispetto alle direttive europee in materia di libertà di circolazione, come in materia di protezione internazionale dei cittadini dell'Unione e di quelli provenienti da altri Paesi, all'interno dell'UE è lo *status* di familiare che rileva e tale *status* è automaticamente riconosciuto ai coniugi dello stesso sesso a prescindere dal fatto che lo Stato membro consenta sul territorio nazionale la celebrazione del matrimonio.

Alla luce del diritto comunitario, dunque, con il matrimonio le coppie formate da persone dello stesso sesso acquisiscono lo *status* di “familiare”. Ciò consente loro: a) di essere trattati come coniugi quando occorre far applicazione del diritto di fonte europea; b) di vedere tutelato (automaticamente) il proprio diritto alla vita familiare, almeno finché non ci sia un chiarimento legislativo sulla perfetta equiparabilità delle coppie dello stesso sesso e delle coppie di sesso diverso quanto agli effetti del matrimonio.

In sintonia con la visione plurale dei modelli familiari diffusi nell'ordinamento italiano<sup>21</sup>, si può ritenere che nel nostro sistema il matrimonio non sia solo il presupposto per il sorgere del solo vincolo coniugale, ma altresì il presupposto per il sorgere di un vincolo familiare. In tal modo, possiamo dire

<sup>21</sup> Di pluralità di modelli familiari parla la Corte di cassazione nell'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale 6 giugno 2013, n. 14329/2013.

che la causa del negozio matrimoniale tra persone dello stesso sesso non è più tale da contrastare con il resto delle norme vigenti a livello nazionale. Giacché la sua funzione – quella di far sorgere un rapporto familiare tra le parti – gode della copertura degli artt. 2 e 29 Cost., dell'art. 9 Carta di Nizza e degli artt. 8 e 12 CEDU e pertanto non si può considerare un negozio inidoneo a produrre effetti. Non è difficile cogliere i benefici di una tale visione rinnovata del diritto di famiglia alla luce del diritto comunitario e sovranazionale: in tal modo le coppie formate da persone dello stesso sesso possono accedere fin da subito al matrimonio al fine di costituire un vincolo familiare rispetto al quale potrebbero immediatamente vedere tutelato ogni interesse omogeneo rispetto a quello di coppie coniugate di sesso diverso<sup>22</sup>. E ciò senza il gravoso onere di prova dell'esistenza, della stabilità e della durata di una relazione giuridicamente rilevante tra di loro, nell'ambito di procedimenti amministrativi e giudiziari.

#### 4.2. *La separazione e il coordinamento degli ordinamenti giuridici: due prospettive incompatibili?*

Ci si può chiedere a questo punto come sia possibile che convivano attualmente nell'interpretazione del sistema giuridico italiano, tanto un approccio al problema che tende alla separazione tanto un approccio volto al coordinamento tra i vari ordinamenti. Il punto è che ciascuno di essi guarda a un profilo della fattispecie. Si considerano in maniera isolata e autonoma gli ordinamenti quanto al matrimonio-atto (cioè alla fonte dello *status*) mentre si cerca (o meglio si è costretti a cercare) un coordinamento tra i differenti sistemi giuridici quanto al matrimonio-rapporto (cioè agli effetti del negozio)<sup>23</sup>.

È un approccio pragmatico al problema che affronta con realismo un tratto della nostra società contemporanea, ossia la mobilità delle persone e quindi il necessario superamento di una connotazione territoriale (nazionale) del diritto, mettendo in campo rimedi che corrispondano alle pretese degli attori sociali piuttosto che ragionare in termini di tutele di diritti soggettivi<sup>24</sup>. Se fosse questa seconda strada quella percorsa, infatti, si dovrebbe trovare o nella legge o in un atto di autonomia privata consentito dall'ordinamento la fonte di quel diritto. E invece, guardando alla tutela dell'interesse concretamente fatto valere come qualcosa di oggettivamente imposto dall'ordinamento non c'è alcun bisogno non solo di tracciare una linea di confine tra un ordinamento e l'altro, ma neppure di andare alla ricerca della fonte della pretesa. Sicché la questione della configurabilità o meno del matrimonio tra persone dello stesso sesso o della rilevanza giuridica dell'omogenitorialità viene privata di senso: ciò che conta è assicurare alle parti la tutela di interessi concreti ritenuti meritevoli di tutela.

È la c.d. "politica dei piccoli passi" inaugurata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 138/2010, in base alla quale si ammette un trattamento differenziato tra una coppia formata da persone dello stesso sesso e una coppia coniugata di sesso diverso, dinanzi alla richiesta di tutela di un interesse giuridicamente rilevante identico nei due casi, a condizione che il trattamento differenziato sia ritenuto "ragionevole". L'approccio remediale è anche quello che connota le proposte di legge che prevedono istituti alternativi al matrimonio. Se i problemi concreti che le coppie formate da persone dello stesso sesso e dai loro figli sono risolti senza intaccare il paradigma eterosessuale del

<sup>22</sup> La necessità di tale tutela si desume dal par. 8 della motivazione in diritto della sentenza della Corte costituzionale 138/2010. La Consulta dopo aver ribadito che spetta al Parlamento individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni di persone dello stesso sesso, aggiunge che resta 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».

<sup>23</sup> Mette in evidenza il differente approccio delle Corti alcune delle quali si concentrano sull'acquisizione dello *status* coniugale, mentre altre sugli effetti che lo stesso dovrebbe produrre VITUCCI 2014.

<sup>24</sup> ZAGREBELSKY 2008, 396 ss.

matrimonio, continuare a insistere sul suo allargamento in senso egualitario viene percepito come espressione di ideologia, estremismo, radicalità. Non ci si avvede di quale sia il prezzo che i cittadini dovranno pagare nel breve e nel lungo periodo. Nel breve periodo, infatti, toccherà alle persone omosessuali evocare le Corti tutte le volte in cui singole posizioni giuridico-soggettive non siano state considerate meritevoli di tutela dal diritto (sia esso di fonte legale sia esso di fonte giurisprudenziale) con dispendio di tempo e di denaro<sup>25</sup>. Nel lungo periodo, inoltre, non è possibile prevedere cosa comporterà (per tutti, non solo per gli omosessuali) l'aver infranto uno dei principi caratterizzanti l'ordine costituzionale, ossia il principio di eguaglianza, ergendo una caratteristica personale dei componenti di una minoranza a motivo di esclusione sociale. Nessuno si avvede che allargare il matrimonio in senso egualitario ha costi per la tenuta complessiva del sistema costituzionale molto meno gravosi rispetto a un approccio remediale alla fattispecie o all'introduzione di un istituto separatista alternativo al matrimonio.

### 5. I rapporti tra sistemi giuridici: la fusione

Il nostro attuale sistema giuridico è la risultante dell'interazione di più fonti del diritto. Non solo fonti scritte e fonti non scritte, distinzione che semplicisticamente in passato consentiva di ascrivere gli ordinamenti ai sistemi di *common law* o di *civil law* in base alla predominanza delle une o delle altre all'interno del Paese considerato. Oggi le fonti che occorre prendere in considerazione sono molteplici in forza della permeazione nell'ordinamento da parte di fonti del diritto alla cui formazione il nostro Paese contribuisce solo parzialmente grazie alla sua partecipazione a organismi e istituzioni sovranazionali. Sicché nel ricostruire le categorie ordinanti del nostro sistema giuridico nazionale non è più possibile ignorare le relazioni tra le fonti interne e le fonti sovranazionali<sup>26</sup>.

Finora con riguardo all'istituto del matrimonio e alla filiazione di coppie dello stesso sesso, le regole sono state enucleate considerando esclusivamente le norme di fonte interna. Il che è come dire che l'ordinamento nazionale è stato separato di netto dagli ordinamenti a cui pure esso partecipa, quali l'Unione europea e il Consiglio d'Europa. E quando si è stati costretti a creare un coordinamento tra regole appartenenti a ordinamenti diversi, comunque – sia pure implicitamente – si è arginata la capacità innovativa di tale relazione considerandola una specie di eccezione rispetto alla regola. In tal modo, si è circoscritta la giuridica rilevanza del matrimonio tra persone dello stesso sesso o la giuridica apprezzabilità della relazione di filiazione che coinvolge uno o più genitori omosessuali.

Ciò che si è trascurato è stato il fatto che tanto il matrimonio tanto il rapporto di filiazione sottendono la tutela di posizioni giuridico-soggettive che si possono ascrivere alla categoria dei diritti fondamentali, ossia quelle pretese che sono funzionali alla realizzazione della umanità di ciascuno e alla concretizzazione del progetto di vita che si è autonomamente prescelto in base ai valori cui si è improntata la

<sup>25</sup> In due Paesi per tanti versi affini giuridicamente all'Italia, quali sono la Francia e la Germania, dopo l'introduzione di istituti alternativi al matrimonio, si è dovuto più volte ricorrere per via giurisprudenziale (specialmente in Germania dove la Corte costituzionale è stata più volte evocata) o per via legislativa (specialmente in Francia) a una modificazione di quegli istituti. E ciò non tanto per una dimenticanza originaria del legislatore, ma perché è apparsa di volta in volta irragionevole l'esclusione di una certa tutela per le coppie formate da persone dello stesso sesso, riconosciuta invece a coppie di sesso diverso in quanto coniugate.

<sup>26</sup> Com'è noto, a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale, le norme della CEDU, nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti umani, integrano, come norme interposte, il parametro espresso dall'art. 117, 1° co., Cost., entrando così a far parte del materiale normativo cui deve conformarsi la legislazione ordinaria, avendo ben presente il principio secondo cui «la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (Corte cost., sent., 19 novembre 2012, n. 264).

propria esistenza. La tutela dei diritti fondamentali – qualora non si accolga la prospettiva di una lettura congiunta dei diversi ordinamenti cui l'Italia partecipa – discende in primo luogo dalla nostra Carta costituzionale e comunque caratterizza la tradizione giuridica di tutti i Paesi culturalmente affini all'Italia<sup>27</sup>. L'attuazione del principio personalista che è cardine del nostro sistema costituzionale non può essere disgiunta da una tutela dei diritti fondamentali. Tutela non vuol dire semplicemente impegno per il legislatore a provvedere, né tanto meno vuol dire limite alla discrezionalità del legislatore. Tutela qui vuol dire prima di tutto effettività della pretesa connessa al diritto fondamentale.

L'effettività del diritto fondamentale non può essere messa a repentaglio dall'assenza di una norma ordinaria espressa, nella misura in cui si ritenga la sua tutela necessitata dalla Costituzione. Il legislatore non ha il potere – e se se lo arroga lo fa illegalmente – né di disconoscere la sussistenza del diritto fondamentale in questione né di impedirne l'esercizio, viepiù se la giustificazione di queste azioni consiste nel dare rilevanza a una caratteristica personale ascritta qual è l'orientamento sessuale, dal momento che una “condizione personale” non può assurgere a motivazione di un trattamento differenziato davanti alla legge secondo l'art. 3 Cost. È evidente che il legislatore possa provvedere a implementare gli strumenti giuridici a disposizione dei cittadini perché possano attuare le pretese connesse ai diritti fondamentali di cui sono titolari, ma non è vero il contrario: il legislatore non ha alcun potere di restringere fino ad annullare la portata giuridica di un diritto fondamentale. Ci troveremmo altrimenti davanti a un'antinomia: da un lato una norma di rango costituzionale riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo (per usare l'espressione dell'art. 2 Cost.) e dall'altro una norma ordinaria non solo non li garantisce a determinate categorie di cittadini, ma addirittura nega loro che possano acquisirne la titolarità, restringendo in tal modo la loro capacità giuridica in spregio a quanto previsto dall'art. 22 Cost.

Sotto questo profilo, il nostro ordinamento non può essere “separato” da altri ordinamenti, perché il principio della tutela dei diritti fondamentali, così come della dignità della persona, della sua autonomia, dell'eguaglianza sono l'essenza stessa delle tradizioni costituzionali di Paesi culturalmente affini al nostro. Tanto che dalla Dichiarazione universale dei diritti umani, passando per la Convenzione europea dei diritti umani, fino ad arrivare alla Carta di Nizza la loro tutela è sempre e costantemente ribadita.

Si consideri, inoltre, che la caratteristica dell'universalità dei diritti fondamentali fa sì che non si possano operare distinzioni di alcun tipo nel prescegliere i soggetti che ne possono essere titolari, giacché l'interesse che intendiamo salvaguardare attraverso la loro tutela coincide con “l'essere persona”. Il diritto al matrimonio, inteso quale diritto a scegliere liberamente la persona con cui sposarsi, non può subire restrizioni legali irragionevoli né essere considerato prerogativa esclusiva delle persone eterosessuali. In quanto istituto funzionale alla realizzazione della sfera esistenziale e affettiva delle persone, non è giustificabile costituzionalmente negare l'accesso al matrimonio a qualcuno in forza di una sua caratteristica ascritta, quale l'orientamento sessuale<sup>28</sup>. Considerando tale diritto in stretta

<sup>27</sup> È stata la stessa Corte costituzionale, del resto, ad affermare che Costituzione e Carte internazionali dei diritti «si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione» (sent., 13 ottobre 1999, n. 388).

<sup>28</sup> Secondo CARTABIA 2011 il legislatore sarebbe libero di limitare a suo piacimento il godimento del diritto al matrimonio. Del resto – si dice – l'età, i rapporti tra i futuri coniugi, 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 consigliano 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 una coppia formata da persone di sesso diverso rispetto a una coppia formata da persone dello stesso sesso non sottenda una realtà identica, ossia la volontà di

connessione con il principio di eguaglianza formale, quindi, anche l'istituto delle c.d. "unioni civili" si appalesa come uno strumento di segregazione di una parte della popolazione capace di vulnerare un diritto fondamentale delle persone omosessuali.

In virtù degli artt. 2 e 3 Cost., tutto ciò sarebbe sostenibile anche se si prescindesse da ogni valutazione dell'impatto sul sistema giuridico italiano della partecipazione del nostro Paese all'Unione europea e al Consiglio d'Europa, negando la fusione tra l'ordinamento italiano e gli ordinamenti dell'Europa quanto alla tutela dei diritti fondamentali. In tal senso, la Corte costituzionale, che si è rifiutata di valutare la rilevanza nella fattispecie analizzata dell'art. 117 Cost., ha comunque mancato nel rispondere alla sollecitazione della prima (in ordine di tempo) ordinanza di remissione del Tribunale di Venezia che chiedeva alla Corte una lettura congiunta degli artt. 2 e 29 Cost. affinché si esprimesse circa la natura costituzionale del diritto a contrarre matrimonio e circa l'illegittimità del mancato riconoscimento di tale diritto in capo a una persona solo perché omosessuale<sup>29</sup>.

## 6. *La tutela della filiazione e l'orientamento sessuale*

Alcune considerazioni a parte merita il caso della filiazione connessa all'orientamento sessuale di uno o di entrambi i genitori.

A tal proposito, è bene sottolineare il tipo di legame che può sorgere tra un minore e il genitore o i genitori. Possiamo distinguere ormai due tipi di legame: uno di tipo biologico e uno di tipo sociale. Considerando il primo, bisognerebbe distinguere tra tre ipotesi. Sia in una coppia di lesbiche che di gay il bambino potrebbe essere legato geneticamente a uno dei genitori perché frutto dell'uso dei suoi gameti, ma essere partorito da una gestante per altri. In una coppia lesbica invece il bambino potrebbe essere legato geneticamente a una delle due donne ed essere partorito dalla stessa. Infine, sempre in una coppia lesbica il bambino potrebbe essere geneticamente legato a una delle due donne ed essere partorito dall'altra.

Nella prima ipotesi, nonostante il divieto, assistito da sanzione penale, della maternità surrogata, le coppie di uomini che vi ricorrono all'estero non hanno problemi a tornare in Italia dichiarando padre legale del bambino uno dei due uomini (non necessariamente anche padre biologico del bambino), senza che ciò desti alcuna perplessità. Invece, per la madre genetica, ma non partoriente, sarebbe impossibile vedersi riconoscere lo stesso *status* familiare, poiché nel nostro ordinamento il parto è ancora considerato come dimostrazione del legame genetico tra la donna e il bambino. Infatti, nella terza ipotesi – pure verificatasi nella pratica, ma non ancora portata all'attenzione delle Corti italiane – l'unica a poter vantare la qualità di madre legale sarebbe la partoriente pur in mancanza di alcun legame genetico con il bambino. È forse questa ultima ipotesi che condanna all'obsolescenza norme giuridiche immaginate prima che la tecnica consentisse alle persone di procreare in modo diverso da quello "naturale". Del resto, la questione non riguarda soltanto le coppie dello stesso sesso, ma nel loro insieme tutte le coppie che ricorrono alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita, come dimostra il caso recente di coppie di sesso diverso incappate nell'increscioso caso di "scambio di provette" in un Ospedale romano.

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.

<sup>29</sup> Trib. Venezia, ord., 3 aprile 2009.

Ma a parte il rapporto sussistente tra la determinazione della genitorialità legale e i profili biologico e genetico della filiazione, l'omogenitorialità (ossia la filiazione riferita a una coppia di persone dello stesso sesso) obbliga a ridefinire il concetto stesso di genitorialità, quando uno dei due genitori non ha alcun legame né biologico né genetico con il bambino o quest'ultimo (come nel caso della coppia lesbica in cui una delle due partorisce il figlio geneticamente legato all'altra) viene considerato giuridicamente irrilevante. Possiamo ancora parlare di genitorialità? In questo caso l'aggettivo "sociale" prende il posto di "legale", a rimarcare il tipo di relazione che legherà il bambino a questa persona. Eppure, anche la genitorialità sociale sta acquisendo una progressiva rilevanza giuridica.

Cerchiamo ora di capire come gli interpreti stiano affrontando la situazione in assenza di una disciplina legislativa, senza però dimenticare che diversamente dal caso del matrimonio tra persone dello stesso sesso – almeno in Italia – ci sono pochissime decisioni, perché, timorose delle conseguenze che un esito del giudizio potrebbe avere, le coppie omogenitoriali raramente varcano le soglie di un Tribunale. Così centinaia di genitori omosessuali vivono la loro quotidianità ricorrendo ai più diversi espedienti affinché anche il genitore sociale possa avere una parte attiva nella crescita e nell'educazione del bambino.

Che l'omosessualità in sé non sia una caratteristica della persona che impedisca l'assolvimento delle proprie responsabilità (legali) di genitore è chiaro almeno dalla fine degli anni '90 del secolo scorso, quando un caso deciso dalla Corte EDU ha dichiarato illegittima ogni decisione in senso contrario<sup>30</sup>. Tale giurisprudenza è penetrata nel nostro Paese ed oggi è assolutamente pacifico che la scoperta dell'omosessualità di uno dei due genitori di sesso diverso non possa essere la ragione per negare l'affidamento condiviso in caso di separazione<sup>31</sup>.

In un caso risalente, anche rispetto alla omogenitorialità vi è stato il tentativo di isolare il nostro ordinamento in un orizzonte nazionalista<sup>32</sup>. A servire allo scopo ancora una volta la clausola dell'ordine pubblico. A distanza di anni, due sentenze ci dicono che quel tentativo rimarrà senza seguito. Sia il Tribunale dei minorenni di Milano<sup>33</sup> sia quello di Roma<sup>34</sup> in casi molto diversi tra loro, basano la loro decisione su un profilo: la cura dell'interesse del minore. In un caso, la centralità nella fattispecie di tale interesse porterà i giudici a escludere che la madre sociale possa avere dei rapporti con i minori dopo il naufragio della sua relazione con la loro madre naturale e nell'altro caso a disporre l'adozione in casi particolari a favore della madre sociale. Ed è ancora l'interesse del minore a far dire alla Corte EDU che la previsione come reato della maternità surrogata non può essere di ostacolo alla giuridica rilevanza del legame di filiazione sorto all'estero tra il minore e la coppia committente<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> Corte EDU, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, 21 dicembre 1999, ricorso n. 33290/96.

<sup>31</sup> Si consenta il rinvio a BILOTTA 2011.

<sup>32</sup> Trib. Min. Brescia, 25 settembre 2006, riguardante un'adozione perfezionatasi all'estero, precisamente in Massachusetts, dove una coppia di uomini italiani viveva da tempo e dove aveva contratto matrimonio prima di decidere di adottare un bambino. Il Tribunale ha respinto la richiesta di trascrizione dell'adozione, perché non essendo possibile – a giudizio del Tribunale – far luogo a un matrimonio tra due persone dello stesso sesso nel nostro Paese, non sarebbe possibile ottenere in Italia la trascrizione del provvedimento pronunciato all'estero. Aggiunge poi una notazione preoccupante: il rifiuto della trascrizione in Italia del provvedimento di adozione non si giustifica per la contrarietà all'ordine pubblico (che viene ritenuta insussistente) ma per la contrarietà ai "principi fondamentali etici e sociali". L'affermazione è preoccupante, perché si sostituisce al parametro legale, cioè l'ordine pubblico, che, sia pur con tutti i limiti di una clausola generale, trova nei precedenti delle Corti una sua oggettività, un parametro del tutto soggettivo (le opzioni etiche) che non hanno riscontro in nessuna norma vigente.

<sup>33</sup> Trib. Min. Milano, 2 novembre 2007.

<sup>34</sup> Trib. Min. Roma, 30 luglio 2014.

<sup>35</sup> È quanto affermato in due sentenze identiche del 26 giugno 2014 dalla Corte EDU, *Labasse c. Francia*, ricorso n. 65941/11 e *Menesson c. Francia*, ricorso n. 65192/11.

Ecco il principio capace di conformare l'ordinamento rispetto a un vuoto legislativo. Un principio che in sé – almeno al suo nascere – è metagiuridico, non fondato su alcuna norma scritta. In questi casi la giurisprudenza non si fa scrupolo di essere “creativa”. Forse perché di fronte all'interesse del minore, si pone una questione di giustizia sostanziale che va oltre la pura legalità. Ripugna in altri termini a chiunque partecipi dei nostri valori e della nostra cultura immaginare che si possa misurare solo in termini di rapporto genetico e/o biologico la capacità di cura e di affetto nei confronti di un minore dell'adulto o degli adulti di riferimento.

Date queste premesse risulta evidente che quando consideriamo la tutelabilità del rapporto di coppia tra due persone dello stesso sesso tiriamo in ballo argomentazioni di carattere legale, scisse dalla considerazione dei principi di giustizia che connotano quel caso, mentre non facciamo altrettanto nel caso della filiazione. Qui il senso di giustizia prevale rispetto a qualsiasi valutazione di carattere legale. Neppure la sanzione penale, decisa democraticamente dai Parlamenti – secondo la Corte EDU – è in grado di menomare la tutelabilità in concreto del miglior interesse del bambino a continuare a essere accudito da chi nei fatti ha dimostrato di esserne all'altezza.

## 7. Conclusioni

Non si tratta di accreditare “artifici ermeneutici” per assicurare l'estensione in senso egualitario del matrimonio né per tutelare il minore, figlio di una coppia dello stesso sesso. La posta in gioco è molto più alta. Occorre mettere l'interprete, e prima di tutto il giudice delle leggi, dinanzi alla necessità di amministrare la giustizia qui e ora affinché la garanzia dei diritti fondamentali non diventi una mera declamazione retorica.

Nelle fattispecie che abbiamo considerato, il ruolo del giudice non si sovrappone a quello del legislatore, giacché nel garantire il godimento di un diritto fondamentale non si sottrae a quest'ultimo alcuna discrezionalità. Ci troveremmo dinanzi a una giurisprudenza “creativa” se il giudice fosse costretto a declamare l'esistenza di un “nuovo” diritto che nessuna norma (costituzionale o ordinaria) prevede. Altrettanto “creativa” sarebbe quella giurisprudenza che cancellasse la vigenza di un diritto rendendolo ineffettivo. Ma dinanzi alla richiesta di due persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio o di vedere tutelato il proprio rapporto di filiazione non ci troviamo dinanzi a prospettive simili.

Si tratta piuttosto di riconoscere che i casi considerati già oggi rientrano a pieno titolo nell'ambito della giuridicità; che ad essi si attribuisce un valore profondo sul piano collettivo e personale; che costituiscono espressione dell'autonomia delle persone e della loro dignità sociale. Il legislatore non ha il potere di disconoscere la rilevanza giuridica del matrimonio tra persone dello stesso sesso. A tutto concedere, può spettargli un compito conformativo di quel diritto, a condizione che sappia rendere esplicite le ragioni che lo inducono a modificare le tutele connesse al rapporto coniugale che coinvolge due persone di diverso sesso. Né – come riconosciuto dalla Corte EDU – si può immaginare una norma che sacrifichi l'interesse del minore sul presupposto indimostrabile dell'astratta inidoneità alle funzioni genitoriali di una coppia dello stesso sesso.

L'ampliamento in senso egualitario del matrimonio metterebbe fine a un conflitto tra un principio portante del nostro ordinamento costituzionale, ossia la tutela della persona e dei suoi diritti fondamentali, e una regola non scritta, di fonte ermeneutica, che esclude dal matrimonio alcune persone in forza di una loro caratteristica personale. È un conflitto che mette a rischio la legalità costituzionale e se riguardato dalla visuale del principio (anche sovranazionale) di tutela dei diritti fondamentali non può che essere risolto a favore dell'apertura del matrimonio anche alle coppie formate da persone dello stesso sesso. A tal fine, i giudici che procedessero per questa strada non farebbero che attuare quei principi senza disconoscere alcuna prerogativa del potere legislativo. È vero che il matrimonio tra

persone dello stesso sesso rappresenta un mutamento sul piano culturale e antropologico, ma tale mutamento si è già prodotto a livello sociale in tutti i Paesi culturalmente affini all'Italia. È miope chi pensa che la società aspetti il via libera di una maggioranza parlamentare per poter modificare le dinamiche che la caratterizzano.

Se poi si tiene distinta – come si è cercato di fare – la tutela della filiazione nell'ambito di una coppia dello stesso sesso rispetto alla tutela della coppia dello stesso sesso in quanto tale, ci si accorge che in questo secondo caso non si è ancora pienamente diffusa la consapevolezza tra gli operatori del diritto che vi è un intero sistema di valori e di principi a essere coinvolto nella fattispecie. Così come la tutela dell'interesse del minore evoca la necessità per l'interprete di superare qualsiasi ostacolo normativo e qualsiasi vuoto pur di assicurare il risultato in concreto, lo stesso non si fa per l'allargamento in senso egualitario del matrimonio.

È come se in questo caso, la mancanza assoluta di tutela o una tutela dimezzata, come quella evocata dall'istituto delle unioni civili, non sia percepita come capace di minare la possibilità di "essere persona" nel contesto sociale di riferimento. Ciò che non è chiaro è che anche rispetto al matrimonio tra persone dello stesso sesso, sono in gioco il benessere e la dignità delle persone. Prima che una questione di legalità è una questione di giustizia. Come non si può imporre a una persona di essere o non essere omosessuale, non si può imporre a nessuno la scelta della persona con cui realizzare un progetto di vita comune.

La tutela della dignità, dell'autodeterminazione, dell'uguaglianza sono principi che nessun legislatore può cancellare, e sono parametri di giudizio sulla legittimità dell'operato delle maggioranze che si succedono nelle aule parlamentari. Ma sono anche condizioni per la piena espressione della personalità di ciascuno che vanno garantite in concreto dalla magistratura, almeno finché avremo uno stato costituzionale di diritto. Pensare di poter fare un'eccezione in forza di una caratteristica personale, quale è l'omosessualità, potrà avere come risultato solo quello di rinviare nel tempo l'adeguamento dell'ordinamento alla modificazione profonda che già si è prodotta nella nostra società.

Il nostro sistema giuridico partecipa pienamente della legalità europea, ma non è questo dato formale a essere dirimente. La tutela delle coppie formate da persone dello stesso sesso e dei loro figli passa per una piena condivisione da parte degli interpreti dei principi e dei valori che caratterizzano questo luogo simbolico e al contempo istituzionale che chiamiamo Europa. La tutela delle coppie formate da persone dello stesso sesso e dei loro figli è un'altra epifania dell'atavico dissidio tra legge e diritto. Prima di invocare il varo di nuove norme preoccupandoci della legalità, è necessario che tutti gli operatori del diritto, a qualsiasi livello essi operino, facciano uno sforzo culturale e si preoccupino prima di tutto della legittimità.

*Riferimenti bibliografici*

- ANGELINI F. 2014. *Quando dirsi "sì" fa la differenza. Modelli di famiglia e orientamento sessuale*, in SCHILLACI A. (ed.), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Roma, Carocci, 93 ss.
- BILOTTA F. 2011. *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in «Diritto della famiglia e delle persone», 2011, par. 1- 3.1, (2), II, 899 ss. e par. 4 ss., (3), II, 1375 ss.
- BOGNETTI G. 1994. *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Il metodo*, Torino, Giappichelli.
- CARTABIA M. 2011. *Matrimonio ad ogni costo, la pretesa dei falsi diritti*, disponibile in <http://www.ilsussidiario.net/News/Cronaca/2011/6/28/NEW-YORK-Matrimonio-a-ogni-costo-la-pretesa-dei-falsi-diritti/2/190094/> (consultato il 9 febbraio 2015).
- FERRAJOLI L. 2001. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, in VITALE E. (ed.), Roma-Bari, Laterza.
- RIDOLA P. 2014. *Presentazione*, in SCHILLACI A. (ed.), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Roma, Carrocci, 11 ss.
- SACCO R. 1992a. *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Utet.
- SACCO R. 1992b. *Formante*, in *Digesto disc. priv. sez. civ.*, VIII, Torino, Utet.
- SARAT A., SCHEINGOLD S.A. (eds.) 2005. *The Worlds Cause Lawyers Make*, Stanford, Stanford University Press.
- SARAT A., SCHEINGOLD S.A. (eds.) 2006. *Cause Lawyers and Social movements*, Stanford, Stanford University Press.
- VASSALLO N. 2015. *Il matrimonio omosessuale è contro natura. Falso!*, Roma-Bari, Laterza.
- VITUCCI M.C. 2014. *In viaggio per i diritti. Coppie omosessuali e diritto internazionale privato*, in SCHILLACI A. (ed.), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Roma, Carrocci, 112 ss.
- ZAGREBELSKY G. 2008. *La legge e la sua giustizia*, Bologna, il Mulino.