

LIBER AMICORUM
PER
PASQUALE COSTANZO

ROBERTO ROMBOLI

LE UNIONI OMOAFFETTIVE TRA LEGISLATORI E GIUDICI

17 MARZO 2020



Roberto Romboli Le unioni omoaffettive tra legislatori e giudici

SOMMARIO: 1. *La destinazione dello scritto.* – 2. Due premesse. – 3. A) *Unioni omoaffettive come formazioni sociali.* Il diritto politico: la mancanza di riferimenti alla omosessualità nelle previsioni delle Carte costituzionali del secondo dopoguerra. Il *soft law* e la Carta di Nizza. Dalla fase dell’“indifferenza” a quella della “tolleranza”. – 4. *Segue:* il diritto giurisprudenziale. Le unioni omoaffettive come rilevanti per la nozione di “vita familiare” ed il riconoscimento del “diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia”. La “pressione” della Corte costituzionale e della Corte Edu sul legislatore italiano. La legge 76/2016 sulle unioni civili. Dalla fase della “tolleranza” a quella del “riconoscimento”. – 5. B) *Unioni omoaffettive e matrimonio.* Il riferimento a “uomini e donne” nelle Carte costituzionali. Il riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso come soluzione non imposta, né vietata, ma lasciata alla scelta del legislatore. – 6. *Segue.* Le relazioni tra legislatori e Giudici costituzionali: 1) in caso di assenza di una disciplina del matrimonio omosessuale: le esperienze del Portogallo, dell’Italia e della Francia; 2) in caso di giudizio sulla legge che ha riconosciuto il matrimonio omosessuale: le esperienze del Portogallo, della Francia e della Spagna. Un elemento comune: il rispetto delle scelte del legislatore. – 7. C) *Unioni omoaffettive e adozione di minori.* La posizione del legislatore e quella della giurisprudenza (Corte Edu, *Tribunal constitucional* spagnolo, *Conseil constitutionnel* e Corte di cassazione). – 8. *Segue.* La c.d. *stepchild adoption*. La posizione della giurisprudenza italiana di merito e di legittimità in ordine all’applicazione dell’art. 44, comma 1, lett. d), l. 184/1983 alle coppie dello stesso sesso. La posizione di “pesce in barile” del legislatore in occasione dell’approvazione della legge sulle unioni civili. – 9. *Segue.* L’accesso delle coppie omosessuali alle tecniche di PMA e la supposta discriminazione rispetto alle coppie etero conviventi. La questione di costituzionalità della l. 40/2004 e la risposta della Corte costituzionale. I limiti dell’intervento del Giudice costituzionale per rispetto delle scelte del legislatore: una soluzione “allo stato” ed alla luce “degli apprezzamenti correnti”. – 10. Una riflessione conclusiva.

1. La destinazione dello scritto.

Il presente lavoro, che rappresenta una rielaborazione di un intervento al Convegno dello scorso anno tenutosi a Catania sulle formazioni sociali a cura di Adriana Ciancio, è destinato agli scritti in onore di Lino Costanzo.

Negli ultimi anni mi sono trovato nella particolare condizione, che non nego mi ha procurato una particolare sensazione, di scrivere un lavoro destinato ad onorare amici, molto più che colleghi, che hanno terminato, per limiti di età, il loro servizio e con i quali ho avuto il piacere di condividere molti anni della carriera universitaria e dell’attività di ricerca.

Tra questi uno dei più cari in assoluto è certamente Lino Costanzo, che ho avuto modo di conoscere molti anni fa, quando collaborava, insieme a Giancarlo Rolla e Memmo Floridia, alla cattedra di diritto costituzionale allora tenuta da Federico Sorrentino.

La vicinanza tra Pisa e Genova ed il rapporto scientifico che Federico aveva con il mio Maestro, fecero sì che frequenti furono i momenti di incontro con Lino, che culminarono con la decisione di Pizzorusso di inviarmi quale “pisano” nella tana dei “genovesi” (nostri storici nemici) per partecipare ad una ricerca sulla giurisprudenza costituzionale. Si trattava di un metodo di ricerca quasi rivoluzionario, in quanto fondato su criteri informatici in anni in cui nessuno aveva minimamente sentito neppure parlare di computers o cose simili.

Forse anche da questo nascerà l’amore di Lino per l’informatica giuridica che lo porterà ad essere uno dei maggiori (a mio giudizio il maggiore) esperto dei principi costituzionali della materia.

Da quel momento le occasioni di incontro e collaborazione con Lino sono state davvero tantissime e per questo impossibili da ricostruire ed anche semplicemente da citare.

Mi piace però ricordare le diverse occasioni in cui insieme abbiamo partecipato, spesso anche con le rispettive famiglie, agli incontri del Gruppo di ricerca sulla giustizia costituzionale annualmente organizzate ad Aix-en-Provence da Luis Favoreu, la fondazione del Gruppo di Pisa, di cui Lino sarà apprezzato presidente e poi la partecipazione ai relativi incontri annuali, il

commentario ai lavori della Commissione Bicamerale D'Alema (insieme a Ferrari, Florida e Sicardi), l'organizzazione delle Giornate italo-spagnole-brasiliane, che ci ha portato a trascorrere insieme periodi sia in Spagna, sia in Brasile. Specie in un paio di occasioni "brasiliane" ho avuto modo di ricavare utili elementi proprio per il tema oggetto del presente scritto¹, come certamente Lino ricorda molto bene per avermi aiutato nella raccolta di materiali.

L'aspetto più rilevante che mi piace ricordare non è comunque quello scientifico, ma quello personale e direi familiare. Per alcuni anni siamo stati infatti insieme a fare una settimana bianca con mogli e figli, passando così anche serate a fare giochi a casa di uno dei due.

Anche in questi casi, e non solo sulle piste, era chiaro lo spirito competitivo di Lino. Ricordo che una sera ad uno dei giochi da tavolo durante il quale si confrontavano le famiglie Costanzo e Romboli, noi avemmo la meglio (i miei figli sono maggiori di alcuni anni). La mattina successiva, di primo mattino venne a trovarmi Lino con tre pagine di regole nuove che aveva scritto evidentemente durante la notte e che avrebbero permesso, come accadde, alla famiglia Costanzo di potersi aggiudicare il secondo scontro.

In altra occasione, sempre di ordine familiare, fummo per alcuni giorni in gita di piacere a Parigi ed in questo caso l'abilità del mio amico si mostrò nella organizzazione meticolosa dei tempi di visita del parco di Eurodisney, tale da poter concentrare in un solo giorno quello che noi facemmo in due giorni. L'efficienza portava anche a pagare i biglietti per un solo giorno, anziché per due (famosa parsimonia genovese!).

Un'esperienza che, per alcuni versi ricordo con vera angoscia per i tempi nei quali siamo stati costretti a lavorare, è stata quella della partecipazione alla commissione nazionale per le abilitazioni alla prima ed alla seconda fascia, nella quale mi trovai a subentrare al collega Paco Balaguer.

Credo di non aver mai lavorato così tanto e con tale intensità, ma a distanza di tempo l'angoscia lascia il posto ad un bellissimo ricordo quando penso al clima di armonia e di serenità nel quale abbiamo lavorato e che dobbiamo principalmente alla presidenza preziosa ed apprezzata di Lino.

Certamente, dati i numeri ed i tempi, forse abbiamo in quella occasione potuto compiere alcuni errori di valutazione, ma credo di poter dire che sempre abbiamo operato in maniera del tutto disinteressata e mai per aiutare o danneggiare qualcuno. Anche di questo penso dobbiamo essere grati al nostro presidente di commissione per il modo sempre trasparente con il quale ha condotto i nostri lavori.

La permanenza in servizio, per inarrestabili ragioni di tempo, cessa ad una determinata data, mentre l'amicizia e la stima non hanno scadenza, per questo sono contento, caro Lino, che noi e le nostre famiglie continuino a frequentarsi come avviene da anni, anche in occasioni (come quella recentissima all'abbazia di San Fruttuoso) che niente hanno a che fare con il diritto costituzionale, ma solo con l'amicizia e la stima.

2. Due premesse.

La esposizione del tema delle unioni omoaffettive tra legislatori e giudici richiede due brevi premesse a giustificare il metodo seguito e le finalità della mia riflessione sul tema.

La trattazione farà riferimento, come evidente, ad alcune importanti decisioni specialmente dei Giudici costituzionali nazionali e delle Corti sovranazionali. Da qui un problema preliminare che potrebbe porsi consiste nel decidere se tali Corti, dato il tema da trattare, siano da qualificare quali "giudici" oppure quali "legislatori".

Specie negli ultimi anni non si è mancato ad esempio di rilevare come la posizione della Corte costituzionale si stia avvicinando sempre più a quella del legislatore e come l'"anima politica" stia decisamente prendendo il sopravvento su quella giurisdizionale.

¹ Cfr. G. VIDAL MARCILIO POMPEU, F. FACURY SCAFF (curr.), *Discriminação por orientação sexual, Giornate italo-spagnolo-brasiliane di diritto costituzionale*, Florianopolis, 2012.

Importanti e molto note decisioni, alcune delle quali saranno in seguito richiamate specificamente, hanno di recente fatto riferimento in modo esplicito alla necessità di porre in essere un'opera di collaborazione con il legislatore, quasi legittimando l'affermazione per cui la Corte sia ormai divenuta una sorta di terza camera, con conseguente spostamento del pendolo l'anima politica².

Mi riferisco, solo per fare qualche esempio, alle decisioni sulle leggi elettorali, sulla modulazione degli effetti temporali, sul caso Cappato, sulla prostituzione, sul divorzio imposto ed in ordine al fenomeno della omosessualità che vedremo più avanti.

Anche della Corte di giustizia della Unione europea si potrebbe dubitare la collocazione tra giudice e legislatore in ragione della concreta realizzazione delle sue competenze e della efficacia delle sue decisioni. Si pensi all'effetto vincolante delle interpretazioni del diritto dell'Unione contenute nelle sue pronunce, parificabili quindi quanto ad effetto ad una fonte del diritto, alla trasformazione della questione pregiudiziale di interpretazione in un controllo di comunitarietà delle leggi nazionali, con conseguente potere di disapplicazione da parte del giudice nazionale.

La Corte europea dei diritti dell'uomo con sempre maggiore frequenza è solita andare oltre il caso da decidere e fare affermazioni che vanno ad incidere su aspetti strutturali degli stati membri, valga per tutti l'utilizzo delle sentenze pilota e l'attività appena iniziata di "consulenza", seppure non vincolante, ai sensi del protocollo XVI della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Si tratta, come noto, del problema assai dibattuto della natura dei Giudici costituzionali e delle Corti sovranazionali, il quale certamente non potrà essere esaminato, neppure in parte, in questa sede.

Il mio esame infatti avrà ad oggetto la presenza e l'influenza, nel riconoscimento dei diritti delle unioni omoaffettive, accanto ad un diritto politico, anche di un diritto giurisprudenziale o "culturale", come lo ha definito Alessandro Pizzorusso, dando assolutamente per pacifica l'esistenza di entrambe le forme di produzione normativa.

A questo fine pertanto la distinzione sarà fondata in particolare sul procedimento di formazione della fonte (metodo politico o metodo giurisdizionale) e sul tipo di legittimazione riconosciuta a coloro che producono la fonte ed in questo senso credo non sia dubbio che i Giudici costituzionali e le Corti sovranazionali appartengono alla categoria dei "giudici" e non a quella dei "legislatori".

Fatta questa prima premessa, la seconda è ancora più semplice.

Il tema delle unioni omoaffettive è oggetto ormai da anni di studi approfonditi sotto differenti aspetti, di natura storica, etica, morale, filosofica, giuridica e, per quanto più ci riguarda, di analisi generali e su singoli aspetti dal punto di vista costituzionale.

Il mio interesse sarà rivolto esclusivamente alla relazione fra legislatori e giudici, tra diritto politico e diritto giurisprudenziale, allo scopo di evidenziare i momenti di raccordo, quando ci sono stati, tra i due soggetti e quelli di reciproca influenza nelle varie fasi che hanno caratterizzato il cammino delle unioni omoaffettive nel nostro paese.

A tal fine ho ritenuto di seguire questo cammino attraverso tre momenti che mi sono sembrati maggiormente caratteristici ed idonei allo scopo: quello delle unioni omoaffettive come a) formazioni sociali, come b) titolari del diritto ad accedere al pari delle coppie eterosessuali all'istituto matrimoniale e come c) titolari, quale coppia omosessuale, della possibilità di adottare minori.

3. A) Unioni omoaffettive come formazioni sociali. *Il diritto politico: la mancanza di riferimenti alla omosessualità nelle previsioni delle Carte costituzionali del secondo dopoguerra. Il soft law e la Carta di Nizza. Dalla fase della "indifferenza" a quella della "tolleranza".*

Iniziando dalla prima (unioni omoaffettive come formazioni sociali), il dato di partenza non può che essere quello delle carte costituzionali del secondo dopoguerra e quindi del diritto politico.

² In proposito v. Ricordando Alessandro Pizzorusso. *Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, a cura di R. Romboli, Torino, 2017; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Milano, 2017; C. DRIGO, *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Bologna, 2016.

Con riguardo alla dichiarazione universale dei diritti umani, alla nostra Costituzione repubblicana (entrambe del 1948) ed alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950), i principi che con maggiore frequenza vengono richiamati con riguardo al tema che ci occupa sono quelli della libertà personale, di tutela della persona e della sua dignità, del riconoscimento e tutela delle formazioni sociali e delle minoranze, del divieto di discriminazione, del rispetto della vita privata e della vita familiare e del diritto al matrimonio.

Un primo elemento che può essere sottolineato è quello per cui in nessuna di queste Carte compare alcun riferimento alla omosessualità. Neppure tra le possibili ragioni di discriminazione.

La dichiarazione universale infatti fa riferimento a ragioni "di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione" (art. 2), la nostra Costituzione vieta discriminazioni "di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali" (art. 3), la Cedu esclude distinzioni "di sesso, di razza, di colore, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di appartenenza a una minoranza nazionale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione" (art. 14).

Anche in conseguenza di ciò, negli anni successivi è accaduto che il diritto ad un proprio orientamento sessuale - riconducibile alla libertà di scegliere una persona dello stesso sesso come proprio partner con il quale condividere una vita familiare - è stato definito come "diritto nuovo", accostato quindi a quei diritti che non sarebbero stati pensabili al momento in cui le Carte suddette furono approvate, ma che sono emersi solo successivamente a seguito degli sviluppi della scienza. Quali i diritti collegati ad internet, alla genetica, ai nuovi risultati raggiunti dalla medicina.

Eppure, la omosessualità, e tutti i problemi ad essa connessi, erano certamente noti ai compilatori di quelle Carte e per alcuni versi potremmo aggiungere "tragicamente noti".

Nei regimi autoritari fascisti e nazisti i rapporti omosessuali tra maggiorenni consenzienti infatti erano qualificati come reato, determinando l'effetto di rendere "invisibile" il fenomeno e costringendo quindi a mascherare la propria omosessualità con matrimoni di comodo.

Nei campi di sterminio nazisti, dopo gli ebrei, gli omosessuali hanno rappresentato la categoria più numerosa.

Le Carte costituzionali, nate dalla resistenza e dalla esplicita volontà di opporsi agli orrori dei regimi precedenti e quindi caratterizzate principalmente come "antifasciste" o "antinaziste", non hanno ciò nonostante ritenuto di introdurre alcun riferimento alla condizione degli omosessuali.

Potremmo affermare che si passa dalla situazione di "persecuzione" ad una situazione di sostanziale "indifferenza", facendo come se il fenomeno della omosessualità non esistesse o comunque non meritasse di essere ricordato nel testo costituzionale.

Negli anni successivi il diritto politico, nella forma del c.d. *soft law*, ha assunto posizioni di maggiore attenzione verso i diritti degli omosessuali e delle coppie di persone dello stesso sesso.

A livello europeo meritano di essere segnalate una serie di prese di posizione, contenute in atti ufficiali, da parte di organi della Comunità economica europea (ora Unione europea).

Nel 1981 l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa approvò una raccomandazione (1° ottobre 1981, n. 924) con cui invitava in generale gli stati membri a prendere provvedimenti finalizzati ad eliminare le disuguaglianze fra omosessuali ed eterosessuali, richiedendo in particolare la depenalizzazione degli atti omosessuali tra adulti consenzienti.

Nel 1994 un risoluzione del parlamento europeo (8 febbraio) suscitò particolare scalpore, in quanto rivolse un appello alla parità di diritti per gli omosessuali nella Comunità europea e raccomandò di eliminare qualsiasi discriminazione collegata alle "tendenze sessuali" degli individui e, per quando riguarda più specificamente il tema di questo scritto, di "porre fine agli ostacoli frapposti al matrimonio di coppie omosessuali" o di prevedere "un istituto giuridico equivalente, garantendo pienamente diritti e vantaggi del matrimonio e consentendo la registrazione delle unioni".

Nel 2000 una nuova risoluzione del parlamento europeo (16 marzo) sollecitò gli stati membri "a garantire eguaglianza di diritti alle coppie unite in matrimonio e alle coppie di fatto, alle coppie

omosessuali e alle famiglie monoparentali”, esortando i paesi a riconoscere parità di diritti in materia di legislazione fiscale, regime patrimoniale e diritti sociali.

Nello stesso anno una direttiva comunitaria (2000/78/Cee), dedicata a combattere le discriminazioni sessuali sui luoghi di lavoro, si riferì esplicitamente alle discriminazioni fondate sull’orientamento sessuale e una raccomandazione del Consiglio d’Europa (26 settembre 2000) chiese al Consiglio dei ministri di aggiungere alle cause di discriminazione vietate dalla Cedu quella fondata sull’orientamento sessuale.

Nel 2003, con una risoluzione del 15 gennaio, il parlamento europeo chiese agli stati membri di riconoscere le *partnerships* non matrimoniali sia eterosessuali che omosessuali e di concedere loro gli stessi diritti derivanti dal matrimonio e di inserire nell’agenda politica le questioni del mutuo riconoscimento delle *registered partnerships* e del matrimonio fra persone del medesimo sesso, nonché di elaborare specifiche proposte normative su queste due questioni.

Nella relazione annuale del parlamento europeo (12 marzo 2015) è stato rivolto un invito a riflettere sul riconoscimento delle unioni omoaffettive come titolari del diritto a sposarsi o almeno ad essere qualificate e disciplinate come unioni civili, “in quanto questione politica, sociale e di diritti umani e civili”.

Nonostante ciò per un formale riconoscimento in una Carta dei diritti, seppure ancora priva di effetti giuridici, occorre attendere il nuovo secolo e l’approvazione della Carta di Nizza (2000) (poi, con valore giuridico, quale Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, a decorrere dall’entrata in vigore del Trattato di Lisbona).

All’art. 21, rubricato “non discriminazione” si legge infatti: “è vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l’origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l’appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l’età o l’*orientamento sessuale*”.

Per la prima volta l’orientamento sessuale viene ritenuto degno di essere espressamente tutelato e considerato come possibile elemento di discriminazione (vietata).

Tale riconoscimento appare come un momento decisamente importante nel diritto politico, tale da favorire, a mio avviso, il passaggio dalla fase che abbiamo chiamato della “indifferenza” a quella che potremmo definire della “tolleranza”.

La condizione dell’omosessuale viene riconosciuta e vista dalla prevalente opinione pubblica come una situazione di libertà individuale, da tollerare e finanche rispettare, purché rimanga una libertà di carattere personale, relativa appunto alla vita privata e non ambisca ad essere riconosciuta come vita familiare e come situazione di coppia.

Emblematica in proposito la nota del Consiglio episcopale permanente del 28 marzo 2007, dove si dice espressamente; “riconoscendo la dignità di ogni persona, siamo coscienti che esistono situazioni specifiche nelle quali possono essere utili le garanzie e tutele giuridiche per la persona convivente, però siamo convinti che questo obiettivo può essere perseguito nell’ambito dei diritti individuali, senza ipotizzare una nuova figura giuridica che sarebbe alternativa al matrimonio e alla famiglia e produrrebbe più guasti di quelli che vorrebbe sanare”.

A questa posizione hanno in qualche misura risposto indirettamente il Tribunale costituzionale spagnolo e la Corte suprema degli Stati Uniti.

Il primo ha infatti sottolineato come “trattasi di un diritto di titolarità individuale, ma non di esercizio individuale, dal momento che richiede un’altra persona per realizzarsi ed un mutuo consenso liberamente espresso dai contraenti”³, mentre la seconda sottolinea l’aspirazione degli omosessuali ad una vita di coppia simile o identica a quella delle coppie eterosessuali e “la loro speranza è di non essere condannati a vivere in solitudine (...) essi chiedono l’eguale dignità agli occhi della legge. La Costituzione garantisce loro quel diritto”⁴.

³ *Tribunal constitucional de Espana* 6 novembre 2012, n. 198

⁴ Corte suprema Usa 26 giugno 2015, *Obergefell c. Hodges*

4. Segue: *il diritto giurisprudenziale. Le unioni omoaffettive come rilevanti per la nozione di “vita familiare” ed il riconoscimento del “diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia”*. La “pressione” della Corte costituzionale e della Corte Edu sul legislatore italiano. La legge 76/2016 sulle unioni civili. Dalla fase della “tolleranza” a quella del “riconoscimento”.

Nel cammino delle unioni omoaffettive verso il riconoscimento dei loro diritti di coppia e di una normale vita di relazione, un ruolo decisivo è stato quindi svolto dal diritto giurisprudenziale.

Particolare importanza assumono in proposito due decisioni pronunciate a distanza di pochi mesi l’una dall’altra nel 2010, la prima è quella della Corte Edu, la seconda della nostra Corte costituzionale.

La Corte europea, con giurisprudenza fino ad allora consolidata, aveva sempre riferito il diritto all’orientamento sessuale alla sfera della vita privata, di cui all’art. 8 della Convenzione.

Con la decisione del giugno 2010⁵ la Corte rileva come nel corso dell’ultimo decennio l’opinione pubblica nei riguardi delle coppie dello stesso sesso abbia subito una rapida evoluzione nei paesi membri, molti dei quali hanno loro dato un riconoscimento legale. Da questo la Corte conclude che la situazione di una coppia omosessuale che vive una relazione stabile, rileva non solo con riguardo alla “vita privata”, ma pure riguardo alla nozione di “vita familiare”, allo stesso titolo di una coppia eterosessuale.

La nostra Corte costituzionale, nella nota decisione relativa alla legittimità costituzionale della mancata previsione della possibilità di una coppia omosessuale di unirsi in matrimonio, ha volutamente “creato” una questione di costituzionalità che non le era stata sottoposta dal giudice *a quo*, vale a dire quella della conformità ai principi costituzionali della mancanza di una qualsiasi disciplina del rapporto tra due persone dello stesso sesso.

La questione viene risolta nel senso che una simile lacuna dell’ordinamento non può essere riempita dal Giudice costituzionale, il quale può solo intervenire a sanzionare singole, specifiche disparità di trattamento. La conclusione è quindi nel senso della inammissibilità perché la soluzione richiesta eccede i poteri del Giudice costituzionale.

La decisione si presenta comunque come una inammissibilità di principio attraverso la quale viene affermata la necessità di un intervento del legislatore a dettare una disciplina generale ed organica, fissando i principi ai quali lo stesso dovrà attenersi ed ai quali potrà riferirsi il giudice e la stessa Corte costituzionale fintanto che ciò non si sarà verificato.

La Corte costituzionale si è posta, come detto, autonomamente la questione e lo ha fatto, a mio avviso, con uno scopo ben preciso, che non è quello di accogliere la stessa (dichiarata appunto inammissibile), ma di poter esprimere una importante affermazione di principio.

Con essa infatti la Corte ha ricondotto tra le formazioni sociali di cui all’art. 2 Cost. l’unione omosessuale, “intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il *diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia*, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”⁶.

⁵ Corte europea dei diritti dell’uomo 24 giugno 2010, Schalk e Kopf c. Austria, la quale ha altresì sostenuto che “una differenza di trattamento fondata sull’orientamento sessuale deve essere giustificata *“par des motifs particulièrement impérieux”*”.

⁶ [Corte cost. 15 aprile 2010, n. 138.](#)

Per riferimenti ai moltissimi commenti alla decisione si rinvia alle indicazioni facilmente reperibili nel sito della Corte costituzionale: ricerca sulle decisioni, dottrina a commento o in quello di [Consulta OnLine](#), dove le osservazioni sono riportate in testa alla relativa pronuncia.

Diversi anni prima Paolo Barile aveva sostenuto che all’unione di due persone omosessuali ed alla loro convivenza, difficilmente può negarsi quella che può essere definita la funzione di “luogo degli affetti”, dove maturano e si svolgono i valori della persona protetti dall’art. 2 Cost., dal momento che le coppie omosessuali “pure sono fondate, come le altre, su un’*affectio* che le assimila a quelle eterosessuali; rendendone anzi più essenziale l’elemento spirituale” (P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 358)

In tal modo il Giudice costituzionale ha inteso inviare al legislatore un evidente monito ad intervenire a regolare la materia, pur se lasciandolo libero nello scegliere “i tempi, i modi ed i limiti”.

Passati tre anni senza che il legislatore fosse intervenuto a dettare una normativa con la quale fissare una regolamentazione dei diritti e dei doveri della vita di coppia per le unioni omoaffettive, l’allora Presidente della Corte Gallo, nell’ambito della annuale conferenza stampa sulla giustizia costituzionale, ha provveduto ad integrare il monito, aumentando fortemente la sua intensità.

In quella occasione infatti il Presidente ricordò quale esempio di “invito” rimasto sino ad allora inascoltato, quello contenuto nella [sentenza n. 138 del 2010](#), richiamando espressamente l’affermazione secondo cui due persone dello stesso sesso hanno comunque il «diritto fondamentale» di ottenere il riconoscimento giuridico, con i connessi diritti e doveri, della loro stabile unione e di aver così affidato al Parlamento la regolamentazione della materia nei modi e nei limiti più opportuni.

Nella stessa occasione Franco Gallo sostenne altresì che i moniti “costituiscono l’unico strumento a disposizione della Corte per indurre gli organi legislativi ad eliminare situazioni di illegittimità costituzionale che, pur da essa riscontrate, non portano ad una formale pronuncia di incostituzionalità” e che “queste esortazioni non equivalgono al mero auspicio ad un mutamento legislativo, ma costituiscono l’affermazione – resa nell’esercizio tipico delle funzioni della Corte – che, in base alla Costituzione, il legislatore è tenuto ad intervenire in materia” (corsivo aggiunto)⁷.

Essere “tenuto” ad intervenire equivale pertanto all’affermazione di un obbligo del legislatore, il quale può di conseguenza essere sanzionato in quanto tale ed è appunto quello che la Corte costituzionale ha fatto l’anno successivo.

Il caso è quello conosciuto del c.d. divorzio imposto, vale a dire la questione di legittimità costituzionale della disposizione secondo la quale, in caso di mutamento di sesso di uno dei due coniugi, il matrimonio, indipendentemente e quindi anche contro la volontà della coppia, si intende automaticamente sciolto, per il venir meno della diversità di sesso dei coniugi.

Anche questo caso mostra alcune particolarità, le quali si riconnettono a quelle prima ricordate con riguardo alla [sentenza 138/2010](#).

La Corte costituzionale perviene infatti alla dichiarazione di incostituzionalità della disposizione impugnata, ma non per l’effetto da essa prodotto (scioglimento automatico del matrimonio), ma perché ad essa viene ricollegato l’omesso intervento del legislatore nel regolare la situazione delle coppie omosessuali. È infatti l’omissione legislativa che in realtà viene dichiarata incostituzionale, nella considerazione che, bilanciando il carattere eterosessuale del matrimonio (la cui legittimità viene ribadita) con l’interesse della coppia omosessuale alla vita di relazione, questo ultimo risulta essere eccessivamente sacrificato⁸.

Di nuovo quindi una questione, quella in realtà affrontata dal Giudice costituzionale, diversa da quella sollevata e quindi autopropostasi dalla Corte, allo scopo stavolta di sanzionare l’omesso intervento del legislatore.

La particolarità della pronuncia appena segnalata ha determinato il sorgere di diverse letture fornite dalla dottrina in ordine agli effetti di tale, anomala, dichiarazione di incostituzionalità ed altresì la discutibile soluzione adottata dal giudice *a quo*, una volta riassunto il giudizio a seguito della dichiarazione di incostituzionalità e della conseguente restituzione degli atti processuali.

La Corte costituzionale - mentre nella maggior parte dei casi di “sentenze di principio” ha sostenuto che il principio doveva ritenersi diretto al legislatore, ma che nell’immediato avrebbe dovuto guidare il giudice nella ricerca della soluzione del caso da decidere – nel caso della [sent. 170/2014](#) aveva affermato che “la disciplina rimane demandata alla discrezionalità di scelta del legislatore”, senza alcun riferimento alla attività del giudice.

⁷ Relazione del Presidente della Corte costituzionale Franco Gallo alla stampa del 12 aprile 2013

⁸ [Corte cost. 11 giugno 2014, n. 170](#).

Per riferimenti ai molti commenti alla decisione si rinvia alle indicazioni facilmente reperibili nel sito della Corte costituzionale: ricerca sulle decisioni, dottrina a commento o in quello di [Consulta OnLine](#), dove le osservazioni sono riportate in testa alla relativa pronuncia.

L'autorità giudiziaria rimettente⁹ da un lato sostiene di ritenere applicativa la dichiarazione di incostituzionalità, ma dall'altro pare al contrario prescindere dalla stessa.

Sulla base infatti della dichiarazione di incostituzionalità della disposizione che dispone l'automatico scioglimento del matrimonio il giudice avrebbe dovuto, di conseguenza, considerare ancora valido il rapporto matrimoniale, venendo quindi meno la necessità di indicare una normativa regolante diritti e doveri della coppia omosessuale. La Cassazione al contrario, in maniera alquanto creativa, individua essa stessa la disciplina applicabile, indicandola in quella relativa al matrimonio, sebbene in via temporanea, vale a dire in attesa dell'intervento del legislatore¹⁰.

L'anno ancora successivo è dato registrare un altro pesante intervento giurisprudenziale, stavolta da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dello stato italiano.

La Corte osserva come la presenza in Italia dei registri delle unioni civili debbono ritenersi uno strumento certamente insufficiente e con valore quasi esclusivamente simbolico e che il mancato riconoscimento di una qualsiasi disciplina delle unioni omoaffettive si pone in contrasto con il necessario rispetto della loro vita familiare, sancito dall'art. 8 della Cedu.

La Corte europea osserva altresì come in Italia il riconoscimento delle coppie omosessuali rispecchi il sentimento della maggioranza della popolazione e come l'inerzia dello Stato, nonostante i molti richiami interni ed esterni al medesimo, non possa essere ricondotto ad alcun legittimo interesse pubblico o agli interessi della collettività nel suo insieme¹¹.

Da segnalare, per il tema che ci occupa dei rapporti tra legislatori e giudici, il, per certi versi, curioso atteggiamento tenuto dal governo italiano di fronte alla Corte europea.

Mentre "in patria" il legislatore lamentava frequentemente in materia gli sconfinamenti dei giudici nel terreno proprio delle scelte discrezionali ad esso spettanti, davanti alla Corte esso ha cercato di evitare la condanna, sostenendo che, pur in mancanza di una normativa in materia, l'intervento dei giudici vale a garantire il rispetto dei diritti delle unioni omoaffettive.

La Corte europea ha però respinto tale argomentazione, osservando che le decisioni caso per caso non possono essere considerate una soluzione sufficiente a potersi dire rispettato il disposto dell'art. 8 della Cedu.

A seguito delle citate decisioni della Corte costituzionale e della Corte Edu, una legge che desse riconoscimento alle unioni omoaffettive diviene costituzionalmente e convenzionalmente necessaria ed il legislatore viene posto nella condizione di dover intervenire, ad evitare tra l'altro una spirale di condanne da parte della Corte europea.

La legge n. 76 del 2016 viene quindi a chiudere la fase della "tolleranza", attraverso la istituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso "quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione" (art. 1, comma 1).

A seguito della approvazione di tale legge può ritenersi realizzato il passaggio dalla fase della "tolleranza" a quella che potremmo chiamare del "riconoscimento"¹², un risultato realizzato

⁹ Cass. 21 aprile 2015, n. 8097.

¹⁰ La legge 20 maggio 2016 n. 76, contenente la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, ha poi risolto il problema, stabilendo che "alla rettificazione anagrafica di sesso, ove i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili, consegue l'automatica instaurazione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso" (art. 1, comma 27).

La stessa soluzione non è prevista invece per il caso di rettificazione del sesso nell'ambito di una coppia unita civilmente, per il quale è previsto l'automatico scioglimento dell'unione civile, senza la previsione di una trasformazione in matrimonio.

¹¹ Corte europea dei diritti dell'uomo 21 luglio 2015, Oliari c. Italia.

Questa la conclusione della Corte, punto 185: "non avendo il governo italiano dedotto un interesse collettivo prevalente in rapporto al quale bilanciare gli importantissimi interessi dei ricorrenti, così come individuati in precedenza, e alla luce del fatto che le conclusioni dei tribunali interni in materia sono rimaste lettera morta, la Corte conclude che il governo italiano ha ecceduto il suo margine di discrezionalità e non ha ottemperato all'obbligo positivo di garantire che i ricorrenti disponessero di uno specifico quadro giuridico che prevedesse il riconoscimento e la tutela delle loro unioni omosessuali".

¹² Decisamente più rapido il cammino seguito nel riconoscimento delle unioni omoaffettive negli Stati Uniti, dove in meno di trenta anni si è passati dalla repressione alla legittimazione matrimoniale.

attraverso un'attività di collaborazione tra giudici e legislatore, grazie alla forte pressione esercitata dai primi sul secondo, al quale è stata fornita una valida ragione per giustificare il proprio intervento e per superare le remore della parte meno sensibile ai diritti delle coppie omosessuali¹³.

5. B) Unioni omoaffettive e matrimonio. *Il riferimento a “uomini e donne” nelle Carte costituzionali. Il riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso come soluzione non imposta, né vietata, ma lasciata alla scelta del legislatore.*

Venendo adesso al secondo dei momenti indicati nella premessa (unioni omoaffettive e accesso all'istituto matrimoniale), è opportuno, anche in questo caso, ricordare i principi costituzionali in materia.

Questi, come già ricordato, non contengono alcun riferimento alla situazione degli omosessuali ma, nel riconoscere il diritto al matrimonio, richiamano significativamente la differenza di sesso.

La Dichiarazione universale dei diritti umani (1948) prevede in proposito che “*uomini e donne* in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione” (art. 16) e la Cedu, a proposito del diritto al matrimonio, stabilisce analogamente che “*uomini e donne* in età maritale hanno diritto di sposarsi e di formare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto”.

Nella nostra Costituzione, come noto, non compare il riferimento a “uomini e donne”, ma vengono riconosciuti “i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”.

Al di là della formulazione letterale, credo che, qualora ritenessimo di seguire una interpretazione originalista, al fine di ricostruire cioè la volontà di coloro che hanno approvato le Carte suddette,

Negli anni Ottanta infatti molti stati sanzionavano penalmente i rapporti omosessuali consenzienti tra maggiorenni e comunque anche negli altri stati esisteva una forte discriminazione e limitazione nei diritti sociali e lavorativi.

Una legge della Georgia che puniva penalmente gli atti omosessuali fu ritenuta non in contrasto con i principi costituzionali nel 1986 dalla Corte suprema, la quale la considerò invece incostituzionale solo nel 2003.

Un importante momento di svolta è comunemente individuato in una sentenza del 1993, che ritenne discriminatoria una legge che limitava il matrimonio alle coppie omosessuali, pur non autorizzando il matrimonio per le medesime.

La disciplina del matrimonio rientra nella competenza dei singoli stati, ma nel 1996 fu approvata la legge a difesa del matrimonio etero (DOMA: *Defense of Marriage Act*), che consentiva agli stati di non riconoscere matrimoni fra coppie dello stesso sesso celebrati in altri stati e che quando una legge federale parla di “matrimonio”, questo deve intendersi come l'unione tra un uomo ed una donna.

Nonostante il DOMA in diversi stati fu riconosciuta la legittimità del matrimonio omosessuale.

Un secondo momento di svolta avvenne con la sentenza Windsor del 2013, con la quale la Corte suprema ha dichiarato incostituzionale la DOMA, nella parte in cui, definendo il matrimonio nella l. federale come solo etero, impediva al governo federale di ritenere validi i matrimoni tra coppie dello stesso sesso, pur autorizzati da leggi dei singoli stati.

Nel 2014 una sentenza della stessa Corte negò il *certiorari* contro le sentenze che avevano dichiarato illegittimi i matrimoni omosessuali di alcuni stati, aprendo così al matrimonio per le unioni omoaffettive.

Infine, nel 2015 (Corte suprema 26 giugno 2015, Obergefell, cit.) è stato dichiarato incostituzionale, per violazione del XIV emendamento la sez. II del DOMA, per cui gli stati non possono negare la licenza di matrimonio alle coppie dello stesso sesso né il riconoscimento di matrimoni legalmente autorizzati e contratti in altri stati dell'Unione.

¹³ Successivamente alla approvazione della legge 76/2016, il nostro paese è stato nuovamente condannato dalla Corte di Strasburgo per aver lasciato i ricorrenti in una situazione di vuoto normativo e quindi privi di protezione nel periodo precedente l'entrata in vigore della legge.

La Corte europea ha infatti ritenuto che, nel caso di specie, “lo Stato italiano non potesse ragionevolmente ignorare la situazione dei ricorrenti, che corrispondeva a una vita familiare ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione, senza offrire ai ricorrenti alcun mezzo per tutelare la loro relazione. Tuttavia, fino a poco tempo fa, le autorità nazionali non avevano riconosciuto tale situazione né fornito alcuna forma di tutela all'unione dei ricorrenti, in conseguenza del vuoto giuridico esistente nella legislazione italiana (nella misura in cui prima del 2016 essa non aveva previsto alcuna unione in grado di tutelare la relazione dei ricorrenti). Ne consegue che lo Stato non è pervenuto a un giusto equilibrio tra gli interessi concorrenti in gioco, in quanto non ha garantito che i ricorrenti disponessero di uno specifico quadro giuridico che prevedesse il riconoscimento e la tutela delle loro unioni omosessuali.” (Corte europea dei diritti dell'uomo 14 dicembre 2017, Orlandi ed altri c. Italia, punto 210).

penso che pochi dubbi possano nutrirsi sul fatto che questi avevano inteso il matrimonio come l'unione di un uomo ed una donna.

La fase temporale in cui tali atti furono approvati infatti è quella che abbiamo chiamato la fase della "indifferenza", ci si comporta cioè come se l'omosessualità non esistesse o fosse, al massimo, un fatto privato.

Nella Carta di Nizza invece scompare il riferimento espresso a "uomini e donne" e, a proposito del diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, è previsto che "il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio" (art. 9).

Né l'eliminazione suddetta può ritenersi casuale, infatti nelle spiegazioni ufficiali fornite a riguardo della approvazione della Carta, si legge: "la formulazione di questo articolo è stata aggiornata con lo scopo di disciplinare i casi in cui le leggi nazionali riconoscono modalità diverse dal matrimonio per fondare una famiglia. L'articolo non proibisce e non impone il riconoscimento dello *status* matrimoniale alle unioni tra persone dello stesso sesso. Questo diritto è pertanto analogo a quello della Cedu, ma la sua applicazione può essere più ampia se la legislazione nazionale lo consente".

Chiara pertanto la volontà di aprire ai matrimoni fra persone del medesimo sesso, senza che questo debba ritenersi un obbligo per gli stati membri, ma al tempo stesso escludendo che lo stesso si ponga in contrasto con i principi della Carta.

La stessa lettura è stata seguita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo la quale, con una giurisprudenza inaugurata nel 2010 (sent. Schalk, cit.) e poi sempre ribadita, ha ritenuto che l'art. 12 Cedu non impone agli stati di riconoscere il matrimonio anche per le coppie dello stesso sesso, ma neppure limita questo diritto alle coppie eterosessuali, lasciando liberi gli stati di decidere. Essi infatti si trovano nelle migliori condizioni per valutare allo scopo la situazione sociale e culturale del paese.

Una simile interpretazione, come detto, è sempre stata ribadita fino ad oggi, pure se deve essere sottolineato come, in una delle ultime occasioni (sent. Orlandi del dicembre 2017, cit.), la Corte di Strasburgo ha affermato che "gli stati sono 'tuttora' liberi, ai sensi dell'art. 12, in combinato con gli artt. 8 e 14, Cedu, di limitare l'accesso al matrimonio alle coppie eterosessuali" (corsivo aggiunto).

L'utilizzo del termine "tuttora" potrebbe far pensare ad una situazione che sta evolvendo verso l'obbligo di aprire alle coppie dello stesso sesso, una sorta cioè di "autorizzazione in scadenza" per gli stati membri.

6. Segue. *Le relazioni tra legislatori e Giudici costituzionali: 1) in caso di assenza di una disciplina del matrimonio omosessuale: le esperienze del Portogallo, dell'Italia e della Francia; 2) in caso di giudizio sulla legge che ha riconosciuto il matrimonio omosessuale: le esperienze del Portogallo, della Francia e della Spagna. Un elemento comune: il rispetto delle scelte del legislatore.*

Sempre con riguardo al diritto giurisprudenziale, ma a livello nazionale, assai interessante si rivela l'analisi delle decisioni dei Giudici costituzionali i quali sono stati chiamati, attraverso vie di accesso diverse, a pronunciarsi sulla conformità ai principi costituzionali (in realtà abbastanza analoghi nelle diverse esperienze) del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

In proposito, è utile distinguere tra le ipotesi in cui il Giudice costituzionale è stato chiamato ad intervenire a proposito di una situazione normativa, la quale non prevedeva, senza però escluderla formalmente, la possibilità delle coppie omosessuali di unirsi in matrimonio e quelle in cui invece lo stesso ha giudicato sulla costituzionalità di una legge che aveva introdotto nel paese il matrimonio omosessuale.

Tre sono le esperienze del primo tipo che possono essere richiamate: in ordine di tempo quella portoghese, italiana e francese.

Il Tribunale costituzionale portoghese nel 2009 ha pronunciato una decisione di infondatezza, con la quale, con una maggioranza di tre giudici a due, ha escluso che il riconoscimento del matrimonio

omosessuale potesse ritenersi imposto in base alle previsioni costituzionali che sanciscono i principi di dignità e di eguaglianza ed il diritto alla formazione e preservazione della famiglia¹⁴.

Il significato di questa decisione sarà, come vedremo, meglio precisato con una sentenza dell'anno successivo.

Nel 2010 è la nostra Corte costituzionale ([sent. n. 138, cit.](#)) ad affrontare l'analogo problema di costituzionalità.

La Corte, pur ritenendo che i principi costituzionali non possono essere intesi secondo una interpretazione originalista che cristallizzerebbe i medesimi al tempo della loro approvazione, sostiene che l'attività interpretativa incontra limiti e non può incidere sul nucleo essenziale di una norma. La nozione di matrimonio di cui all'art. 29 Cost., secondo la Corte, esprime un elemento essenziale nella differenza di sesso dei coniugi, senza della quale non potrebbe parlarsi di matrimonio. Le unioni omoaffettive sono considerate non omogenee al matrimonio e quindi viene esclusa una violazione dell'art. 3 Cost.

La stessa posizione, nella sostanza, la Corte costituzionale ha ribadito pure nella ricordata decisione sul c.d. divorzio imposto ([sent. 170/2014](#)), con cui ha ritenuto che la norma impugnata (scioglimento automatico del matrimonio in caso di rettificazione del sesso di uno dei coniugi) risulta costituzionalmente necessaria perché l'introduzione, nei casi quale quello in esame, di un divorzio a domanda "equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost."

L'anno seguente è la volta del *Conseil constitutionnel*, il quale pure conclude con una decisione di rigetto della questione di costituzionalità, ritenendo che per condurre una normale vita di relazione non è indispensabile accedere al matrimonio e che evidentemente il legislatore ha ritenuto che la differenza intercorrente tra coppie eterosessuali e coppie dello stesso sesso possa giustificare una differenza di trattamento sulle regole che disciplinano il diritto di famiglia.

In base a tali considerazioni, il *Conseil* ritiene che non spetta ad esso sostituire il proprio giudizio a quello del parlamento, il quale deve ritenersi libero di modificare la disciplina vigente o di abrogarla, mentre il Giudice costituzionale non gode di analogo potere, ma può solamente pronunciarsi sulla conformità di una disposizione normativa ai diritti ed alle libertà garantite dalla Costituzione¹⁵.

Volendo svolgere qualche valutazione conclusiva sulle esperienze ricordate in ordine alla relazione tra diritto politico e diritto giurisprudenziale, possiamo rilevare come in nessun caso il Giudice costituzionale ha ritenuto di sostituire il legislatore nella scelta se riconoscere o meno il matrimonio tra persone dello stesso sesso, anche se attraverso motivazioni sensibilmente differenti.

Mentre i Giudici costituzionali portoghese e francese hanno ritenuto la scelta riservata al legislatore ordinario, a fronte di principi costituzionali che non impongono, ma al tempo stesso non escludono tale possibilità, la nostra Corte costituzionale è invece parsa precludere in assoluto la stessa, richiedendo in proposito un intervento di revisione costituzionale¹⁶.

Una simile diversità di atteggiamento ha avuto i suoi riflessi sulle scelte successive del legislatore, infatti dopo pochi mesi dalle ricordate pronunce di rigetto, in Portogallo ed in Francia è stata approvata la legge che ha riconosciuto la possibilità delle coppie dello stesso sesso di far ricorso all'istituto matrimoniale in condizioni di parità rispetto alle coppie eterosessuali.

Questo ha determinato l'effetto che la legge è stata immediatamente impugnata davanti al Giudice costituzionale, in quanto ritenuta contrastante, in maniera speculare rispetto alle precedenti questioni, ai principi costituzionali.

In Portogallo la questione è stata proposta dal Presidente della repubblica in sede di controllo preventivo all'atto di promulgazione della legge.

¹⁴ *Tribunal constitucional de Portugal*, sez. I, 9 luglio 2009, n. 359

¹⁵ *Conseil constitutionnel* 28 gennaio 2011, n. 2010-29

¹⁶ Cass. civ., sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184, segue invece una interpretazione analoga a quella della Corte di Strasburgo (per la Cedu) e dei Giudici costituzionali portoghese e francese, ritenendo che la Costituzione non esclude il riconoscimento del matrimonio omosessuale in Italia, ma rimette la scelta al legislatore.

Il *Tribunal constitucional* ha ritenuto che l'iniziativa legislativa non si poneva in contrasto con la garanzia dell'istituzione matrimoniale, il cui nucleo essenziale, a differenza di quanto sostenuto dalla nostra Corte, non viene cancellato con il superamento della regola della diversità del sesso e che l'estensione del matrimonio alle persone dello stesso sesso non collide con il riconoscimento e la protezione della famiglia alla stregua di un "elemento fondamentale della società".

Assai diversa anche la posizione espressa dal Giudice costituzionale portoghese anche a proposito dei limiti alla interpretazione del testo costituzionale¹⁷.

Anche in Francia la legge viene portata all'esame del *Conseil constitutionnel* in via preventiva a seguito del ricorso delle minoranze parlamentari.

Il *Conseil* respinge le censure di incostituzionalità proposte, negando che il matrimonio possa essere considerato "naturalmente" come l'unione di un uomo ed una donna.

Nel merito il Giudice costituzionale francese ha sostenuto che, con l'apertura del matrimonio alle coppie dello stesso sesso, il legislatore ha ritenuto che la differenza tra coppie omo e coppie etero non giustifica più la differenza di trattamento con la esclusione delle prime dalla possibilità di accedere alla protezione delle norme disciplinanti il matrimonio e che non spetta ad esso sostituire la propria valutazione a quella del legislatore. Viene sottolineato altresì che un simile riconoscimento non determina alcun attentato ai diritti acquisiti derivanti da precedenti matrimoni¹⁸.

Un terzo giudice costituzionale è stato successivamente chiamato a valutare la conformità a Costituzione della legge che ha riconosciuto la possibilità di matrimonio per le coppie omosessuali.

Si tratta del *Tribunal constitucional* spagnolo, a seguito della impugnazione in via principale da parte della minoranza parlamentare.

La Costituzione spagnola, al pari della Cedu e della Dichiarazione universale, contiene l'espreso riferimento all'uomo ed alla donna (art. 32: "*el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*").

Questo elemento letterale viene superato dal *Tribunal*, il quale respinge comunque la interpretazione originalista e rileva come, in sede costituente, il matrimonio tra persone dello stesso sesso non fu né accettato, né escluso. L'art. 32 Cost., a giudizio del *Tribunal*, esprime la volontà del costituente di garantire la uguaglianza tra l'uomo e la donna, senza voler risolvere le altre possibili questioni, il che certo non significa che avevano accolto la possibilità di matrimonio tra persone dello stesso sesso, ma neppure che questa ipotesi fosse stata esclusa.

Il *Tribunal* affronta pure il problema delle caratteristiche essenziali della istituzione matrimoniale e, a differenza della nostra Corte costituzionale, ha considerato come elementi essenziali la uguaglianza tra coniugi, la libera volontà di contrarre matrimonio con persona di propria scelta e la manifestazione di tale volontà, ma non quindi la differenza di sesso tra coniugi¹⁹.

Dalle tre esperienze sopra richiamate circa il rapporto tra giudici e legislatori possiamo derivarne la conclusione che i primi, pur evitando di operare una scelta rimessa alle scelte discrezionali dei secondi, hanno operato una interpretazione evolutiva dei principi costituzionali, tale da permettere l'approvazione di una legge ordinaria che ha riconosciuto alle coppie dello stesso sesso di unirsi in matrimonio. Successivamente i giudici, operata la scelta da parte del legislatore, hanno ritenuto questa conforme a Costituzione.

¹⁷ Il *Tribunal constitucional de Portugal*, plenum, 8 aprile 2010, n. 121, ha infatti rilevato che, sebbene possa ritenersi che il matrimonio postulato dalla Costituzione, tenuto del contesto giuridico in cui è stata approvata, fosse il matrimonio tra persone di sesso diverso, può concludersi con certezza che essa non contiene alcuna opzione che impedisca lo sviluppo della istituzione. Il *Tribunal* ha pure sostenuto in proposito che la Costituzione attribuisce al legislatore l'onere di mantenere la necessaria connessione tra diritto e realtà sociale; che la nozione costituzionale di matrimonio è un concetto aperto che ammette non solo diverse conformazioni da parte del legislatore, ma anche diverse concezioni politiche, etiche e sociali, essendo affidato al legislatore ordinario il compito di cogliere e di trasfondere nell'ordinamento giuridico, in ogni momento storico, ciò che, in quel determinato momento, corrisponde alle concezioni dominanti.

¹⁸ *Conseil constitutionnel* 17 maggio 2013, n. 669.

¹⁹ *Tribunal constitucional de Espana* 6 novembre 2012, n. 198, cit., la quale è stata pronunciata dopo circa sette anni dalla proposizione del ricorso.

In un differente ordinamento, quale quello statunitense, le posizioni di chi aveva sostenuto che le scelte in merito al matrimonio omosessuale debbono spettare necessariamente al legislatore, sono state risolutamente respinte dalla Corte Suprema (sent. Obergefell del 2015, cit.), secondo la quale il sistema parlamentare non può limitare, con i suoi ritardi, l'esercizio e la garanzia dei diritti fondamentali, la cui tutela non può che spettare all'autorità giudiziaria ("quando i diritti sono violati, la Costituzione richiede un rimedio da parte delle Corti").

Le Corti, ha sostenuto la Corte Suprema, debbono essere aperte alle persone che richiedono la tutela dei loro diritti, la quale non può dipendere dall'esito del voto e dai risultati elettorali ("non ha importanza se i difensori del matrimonio tra persone dello stesso sesso godano o manchino del consenso nel processo democratico. La questione posta davanti a questa Corte è questione giuridica: se la Costituzione protegge o meno il diritto delle coppie omosessuali a sposarsi").

7. C) Unioni omoaffettive e adozione di minori. *La posizione del legislatore e quella della giurisprudenza (Corte Edu, Tribunal constitucional spagnolo, Conseil constitutionnel e Corte di cassazione).*

Il terzo aspetto indicato nella premessa riguarda il tema, per molte ragioni, forse più controverso, relativo alla possibilità per le coppie dello stesso sesso di adottare minori, cui più di recente, come vedremo, si è aggiunto pure quello, per alcuni versi accostabile, dell'accesso delle coppie omosessuali (in specie formate da due donne) alle pratiche di procreazione medicalmente assistita (PMA).

Nell'ipotesi della adozione appare chiaro come il problema venga a porsi in termini certamente differenti quanto a valori in gioco, dal momento che assume un ruolo preminente su tutti gli altri l'interesse superiore del minore, nella logica, generalmente accolta, secondo cui l'interesse è quello del minore ad avere una famiglia e non quello della coppia ad avere un figlio. Di conseguenza certe valutazioni o conclusioni relative alla situazione in generale della coppia omosessuale, anche con riguardo ai principi costituzionali coinvolti ed alla loro interpretazione, non possono ritenersi automaticamente estensibili al nostro caso.

Pure in questo terzo aspetto l'attenzione viene ovviamente portata, ed in gran parte limitata, alla relazione tra giudici e legislatori, tra il diritto giurisprudenziale e quello politico, che offre, come vedremo, alcuni spunti interessanti.

Nel caso della adozione di minore da parte di coppia omosessuale possiamo distinguere il piano della disciplina astratta, contenuta nella legge e quello della (eventuale) valutazione concreta sul caso singolo affidata ovviamente al giudice.

Sul primo piano è evidente che una scelta del legislatore la quale escludesse in via generale ed esplicita la possibilità di adozione da parte di coppie di persone dello stesso sesso, eliminerebbe qualsiasi possibile potere valutativo del giudice, al quale resterebbe solo la possibilità di sottoporre alla Corte costituzionale la ragionevolezza della scelta legislativa.

In assenza di un intervento chiaro ed univoco del legislatore, il giudice potrebbe valutare caso per caso la idoneità della coppia alla adozione del minore, ponendo tra i vari elementi anche quello della omosessualità della coppia al pari delle altre caratteristiche e requisiti valutabili dal giudice.

La posizione assunta in proposito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo risulta favorevole ad una soluzione nel secondo senso.

Così già nel 2002, con riguardo ad un caso riguardante la esclusione dalla adozione di persona sola non sposata ed omosessuale, la Corte Edu ritenne che certamente i legislatori statali godono di un margine di apprezzamento largo e sono nelle migliori condizioni per valutare le sensibilità ed i contesti locali, ma dal momento che, come già ricordato, l'adozione è "dare una famiglia ad un bambino" e non "dare un bambino ad una famiglia", lo Stato deve accertarsi che le persone siano

quelle in grado di offrire le migliori condizioni e, a questo riguardo, non è possibile affermare oggi che queste condizioni non possano essere offerte da una coppia omosessuale²⁰.

Successivamente la stessa Corte ha affermato che, qualora uno Stato consenta l'adozione del figlio del *partner* a favore di coppie etero conviventi, il principio di non discriminazione fondato sull'orientamento sessuale impone la sua estensione alle coppie formate da persone dello stesso sesso²¹.

Interessanti in proposito anche alcune esplicite prese di posizione di Giudici costituzionali nazionali sul tema che ci occupa.

Il *Tribunal constitucional* spagnolo, nella ricordata decisione sulla legge che ha riconosciuto il matrimonio per le coppie omosessuali, ha esaminato pure i rilievi di costituzionalità mossi nei confronti della legge, per la parte in cui riconosce la possibilità di adozione congiunta da parte della coppia omosessuale.

La disposizione era stata ritenuta contraria all'art. 39, comma 2, della Costituzione spagnola che prevede il dovere di protezione integrale dei figli, in quanto avrebbe anteposto la legittimazione ed omologazione delle relazioni omosessuali all'interesse del minore, sul quale invece dovrebbe fondarsi l'istituto della adozione.

Il *Tribunal*, nel dichiarare infondata la questione di costituzionalità, ha rilevato come l'interesse del minore viene tutelato in ogni caso concreto sulla base delle caratteristiche dei richiedenti e indipendentemente dal loro orientamento sessuale, concludendo che non è costituzionalmente ammissibile presumere l'esistenza di un rischio di alterazione della personalità del minore per il mero fatto dell'orientamento sessuale di uno dei genitori. Per questo, ad avviso del *Tribunal*, misure fondate sull'orientamento sessuale sono da qualificare quali misure discriminatorie vietate dalla Costituzione spagnola.

Anche il *Conseil constitutionnel* è stato chiamato a pronunciarsi sul riconoscimento, da parte della legge che ha aperto al matrimonio omosessuale, della possibilità di adottare da parte di coppia di persone dello stesso sesso.

Il *Conseil* (sent. 17 maggio 2013, n. 669, cit.) ha respinto l'eccezione di costituzionalità, rilevando come la legge non ha lo scopo di riconoscere alle coppie omosessuali il diritto ad adottare un minore, ma solo quello di parificare le stesse a quelle eterosessuali, sottoponendole alle medesime regole, condizioni e controlli imposti a tutte le coppie per l'adozione di minori.

In Italia, seppure nel contesto dell'assegnazione dei figli in caso di separazione, pare da sottolineare l'affermazione contenuta in una sentenza della Corte di cassazione, sul caso di minore affidato alla madre ed allontanato dal padre in quanto violento.

La madre era quindi andata a vivere con altra donna ed il padre chiedeva la revoca dell'affidamento, fondando la sua richiesta principalmente sul danno che sarebbe derivato al minore dal fatto di vivere e crescere con una coppia omosessuale.

La cassazione rileva come il motivo di ricorso si fonda non su dati scientificamente provati, ma su un "pregiudizio", dando così per scontato quello che invece si dovrebbe dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino. Per il giudice di legittimità il contesto di coppia omosessuale non può ritenersi di per sé dannoso per il figlio e la eventuale dannosità non può essere presunta, ma deve al contrario essere dimostrata²².

8. Segue. *La c.d. stepchild adoption. La posizione della giurisprudenza italiana di merito e di legittimità in ordine all'applicazione dell'art. 44, comma 1, lett. d), l. 184/1983 alle coppie dello stesso sesso. La posizione di "pesce in barile" del legislatore in occasione dell'approvazione della legge sulle unioni civili.*

²⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo 26 febbraio 2002, Frette c. Francia.

²¹ Corte europea dei diritti dell'uomo 19 febbraio 2013, X c. Austria.

²² Cass. 11 gennaio 2013, n. 601

Un profilo particolare del più generale tema dell'adozione da parte di coppie dello stesso sesso è quello relativo alla possibilità del *partner* di adottare il figlio della compagna/o (c.d. *stepchild adoption*), ipotesi, come noto, prevista invece per le coppie eterosessuali, ai sensi dell'art. 44, lett. b), l. 184/1983. L'adozione co-parentale è presente e possibile da tempo nel panorama europeo (ad es. nel Regno Unito, in Spagna, in Francia, in Danimarca, in Belgio ed in Germania).

Su di esso si è verificata una ipotesi, per alcuni versi come vedremo particolare, di relazione tra legislatore e giudici.

Alcuni giudici di merito hanno ritenuto possibile la trascrizione dell'atto di adozione di una minore da parte della *partner* della madre biologica effettuato in Spagna, in quanto non contrario all'ordine pubblico e sempre che, in concreto, corrisponda al superiore interesse della minore al mantenimento della vita familiare con le due figure genitoriali²³.

Più interessante la prevista possibilità di applicare al nostro caso l'art. 44, lett. d), l. n. 184 del 1983.

Tale disposizione fa riferimento alla possibilità di derogare alle regole generali sull'adozione in caso di "constatata impossibilità di disporre l'affidamento preadottivo". In tali casi interrompere i legami affettivi già instaurati dal minore con una persona o due persone che non potrebbero ottenere un'adozione legittimante, ma che hanno con lui un legame affettivo significativo, comporterebbe un grave pregiudizio per il minore che ha già maturato un senso di appartenenza alla famiglia dell'istante, considerandola come la propria. Da qui la necessità di valutare in concreto se la interruzione di quel rapporto possa nuocere al minore.

Alcuni giudici di merito avevano fatto applicazione di tale disposizione accogliendo la domanda di adozione avanzata ad esempio dalla compagna omosessuale della madre della minore²⁴.

Essi avevano ritenuto che l'adozione ai sensi dell'art. 44.1 lett. d), l. 184/1983 può essere disposta se esiste e viene accertato in concreto l'interesse del minore al riconoscimento di una relazione affettiva già instaurata e consolidata con chi se ne prende stabilmente cura, non avendo alcuna rilevanza l'orientamento sessuale dell'adottante (nella specie bambina di sei anni da parte della compagna della madre che vi aveva acconsentito)²⁵.

Tale giurisprudenza aveva sollevato, come prevedibile, un ampio dibattito anche fuori dall'ambito strettamente giuridico, coinvolgendo anche l'opinione pubblica e quindi ovviamente l'ambiente politico.

Mentre alcuni si erano dichiarati apertamente favorevoli alle aperture offerte dalla surricordata giurisprudenza, altri avevano espresso una fortissima critica, denunciando l'attivismo della magistratura ed una invasione della sfera riservata al legislatore, altri ancora, andando oltre, avevano sporto denunce alla procura della repubblica (*sic!*) e richiesto l'attivazione di un procedimento disciplinare nei confronti dei magistrati componenti i collegi giudicanti.

Di tutto questo non poteva non aversene eco nelle aule parlamentari dove veniva finalmente in discussione l'iniziativa legislativa relativa alla disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso.

Il disegno di legge, conseguentemente, aveva previsto una disciplina anche dell'aspetto in questione, riconoscendo pure nel nostro paese la possibilità della *stepchild adoption* in una misura più ristretta rispetto al risultato raggiunto dalla ricordata giurisprudenza, dal momento che l'accesso alla PMA veniva riconosciuto solamente alle coppie omosessuali che avessero costituito una unione civile e non a tutte quelle semplicemente conviventi (come per le coppie eterosessuali).

Ragioni politiche, che avevano fatto temere per la tenuta della maggioranza sullo specifico aspetto della adozione co-parentale, hanno consigliato il legislatore di eliminare tale previsione, rinviando ad una legge successiva, che era facile capire che non ci sarebbe poi stata.

²³ In tal senso App. Milano 10 dicembre 2015. Si veda pure Trib. min. Firenze, decr. 7 marzo 2017, che ha riconosciuto per la prima volta in Italia la trascrizione nei registri dello stato civile dell'adozione di due minori in stato di abbandono pronunciata all'estero a favore di una coppia omosessuale.

²⁴ Trib. min. Roma 30 luglio 2014.

²⁵ App. Roma 23 dicembre 2015 e App. Torino 27 maggio 2016.

Il nostro legislatore ha scelto sul punto di assumere la posizione del “pesce in barile”, non prendendo posizione né nel senso di escludere la possibilità di adozione in queste circostanze, né di consentirla, pur ben consapevole della presenza della indicata giurisprudenza.

Difficile in questo caso, per il legislatore, parlare di invasione di campo di scelte ad esso riservate – ma volutamente evitate – se non di una invasione assolutamente auspicata e voluta o addirittura di una sorta di delega all’autorità giudiziaria a risolvere, almeno per il momento, un problema collegato con la tutela di un diritto fondamentale che a livello normativo il legislatore non aveva potuto o voluto risolvere.

La soluzione normativa è stata infatti una “ammiccante” disposizione, secondo la quale “resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti” (art. 1, comma 20, l. 76/2016), che mi richiama per certi versi la formula che un collega ed amico preside di facoltà utilizzava nel verbalizzare le delibere del consiglio: “alla presenza dei soli aventi diritto”.

Molto attesa era quindi la posizione che avrebbe assunto la Corte di cassazione in ordine alla ricordata giurisprudenza di merito sulla interpretazione dell’art. 44, comma 1, lett. d), l. 184/1983. Questa si è espressa il mese successivo alla approvazione della legge sulle unioni civili e lo ha fatto nel senso di confermare la posizione espressa dai giudici di merito²⁶.

In conclusione: a fronte di un vuoto lasciato dal legislatore-“pesce in barile”, una risposta è venuta dalla giurisprudenza, dal momento che il giudice, a differenza del legislatore, non ha la possibilità di non decidere o di rinviare la soluzione ad un futuro momento più favorevole, ma è obbligato a dare una risposta, positiva o negativa che sia, al cittadino che chiede il rispetto di un suo diritto (vero o supposto tale).

9. Segue. L’accesso delle coppie omosessuali alle tecniche di PMA e la supposta discriminazione rispetto alle coppie etero conviventi. La questione di costituzionalità della l. 40/2004 e la risposta della Corte costituzionale. I limiti dell’intervento del Giudice costituzionale per rispetto delle scelte del legislatore: una soluzione “allo stato” ed alla luce “degli apprezzamenti correnti”.

La legge sulle unioni civili ha lasciato aperto altresì il problema del raccordo tra l’istituto delle unioni civili delle coppie omosessuali e la possibilità di accedere da parte delle stesse alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA).

La necessità di un raccordo deriva dal fatto che la l. n. 40 del 2004, notoriamente assai restrittiva in tema di accesso alla PMA, pone limiti sia di carattere oggettivo che soggettivo.

Nel primo senso consente il ricorso alle tecniche di PMA solo quando sia accertata l’impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione e lo circoscrive comunque ai casi di sterilità o di infertilità documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico.

Nel secondo senso limita l’accesso alle *coppie* di maggiorenni di *sex diverso*, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi e sanziona espressamente quanti facciano applicazione delle tecniche di PMA a coppie che siano composte da *soggetti dello stesso sesso*.

Alla luce dei principi introdotti nel nostro ordinamento dalla legge che ha istituito le unioni civili, ci si è chiesti se fosse ancora ragionevole in particolare il diverso trattamento riconosciuto alle coppie conviventi eterosessuali rispetto alle coppie dello stesso sesso, unite civilmente e caratterizzate quindi da una formalizzazione del rapporto non esistente nell’altro caso.

Alcuni giudici, nel corso di giudizi instaurati a causa del rifiuto della autorità sanitarie di accesso alle tecniche di PMA da parte di una coppia di donne, hanno sollevato la questione di costituzionalità delle disposizioni della l. 40/2004, fondandosi sul riconoscimento della coppia omosessuale quale formazione sociale e sulla legge istitutiva delle unioni civili.

²⁶ Cass. 22 giugno 2016, n. 12962

Più in specifico è stato osservato nelle ordinanze di rinvio che, se da un'unione civile scaturisce una famiglia idonea ad accogliere il nuovo nato, non vi sono spazi per il legislatore per negare il diritto alla genitorialità mediante accesso alla PMA ad una coppia di donne unita civilmente.

In questo caso non ci sarebbero interessi contrapposti da bilanciare non risultando per niente pregiudicate le prerogative del nuovo nato, né venendo in rilievo le questioni di ordine etico, quali derivano dalla ipotesi di maternità surrogata, per cui la esclusione delle coppie omoaffettive integrerebbe una chiara discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, come tale lesiva della dignità della persona umana, anche perché il divieto implicherebbe una negazione del diritto alla genitorialità²⁷.

La Corte costituzionale²⁸ rileva come la questione deve essere in realtà limitata a coppie omosessuali di sole donne e non di uomini, per i quali si dovrebbe ricorrere alla diversa pratica della maternità surrogata, la quale è vietata in assoluto, in quanto contraria all'ordine pubblico.

La Corte precisa altresì come i giudici *a quibus* auspicano l'effetto di rendere fruibile la PMA alle coppie omoaffettive in quanto tali, anche quindi a prescindere da patologie che pongano la coppia in condizione di infertilità o di altra condizione patologica, con la conseguenza che la PMA verrebbe estesa anche alla infertilità "sociale" o "relazionale", fisiologicamente propria della coppia omosessuale in quanto tale.

Elemento centrale viene individuato nella necessità di decidere se esista o meno un diritto a procreare o alla genitorialità, tale da comportare la libertà di scegliere non solo se e quando, ma anche come farlo. Se il desiderio di avere figli con le nuove tecniche mediche meriti cioè sempre e comunque di essere soddisfatto oppure se l'accesso alle stesse debba essere regolato, ponendo dei limiti, specie per la salvaguardia dei diritti del concepito e del futuro nato.

Al proposito, come abbiamo visto, la legge del 2004 ha posto le ricordate due chiare restrizioni relative all'aspetto oggettivo ed a quello soggettivo.

A giudizio del Giudice costituzionale l'ammissione delle coppie omosessuali alla PMA comporterebbe la espresa sconfessione di entrambe le limitazioni, che rappresentano le linee guida della legge.

Per l'aspetto oggettivo la Corte non vede una incongruenza interna: l'infertilità "fisiologica" della coppia omosessuale non è affatto omologabile all'infertilità (assoluta e irreversibile) della coppia etero, allo stesso modo che non lo è la infertilità della donna sola o della coppia troppo anziana.

Mentre per l'aspetto soggettivo, la scelta per una situazione para-naturale (due genitori di sesso diverso) come la più idonea per accogliere e crescere il nuovo nato, non può ritenersi in sé arbitraria o irrazionale, a prescindere dalla capacità della donna sola o della coppia omoaffettiva di assolvere le funzioni genitoriali.

La Corte costituzionale conclude quindi per la infondatezza della questione sollevata, risolvendo il problema centrale sopra indicato nel senso che la tutela della "salute" non può essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia reputi essenziale, tale da rendere incompatibile con essa ogni ostacolo frapposto alla sua realizzazione.

Questa conclusione non è ritenuta contraddetta dalla recente giurisprudenza prima ricordata a proposito della adozione da parte di coppie omosessuali o del figlio del partner, ai sensi dell'art. 44.1, lett. d), l. 184/1983.

La Corte pone infatti in rilievo come tra adozione e PMA vi sia una essenziale differenza.

La prima presuppone l'esistenza in vita di un minore e non serve a dare un figlio alla coppia, ma a dare una famiglia ad un minore, che è già nato, per cui assume interesse preminente che possa mantenere relazioni affettive già instaurate.

La seconda serve invece a dare alla coppia un figlio non ancora venuto in esistenza, realizzando le aspirazioni genitoriali. Il bambino deve ancora nascere ed allora non è irragionevole, a giudizio della

²⁷ Trib. Pordenone, ord. 2 luglio 2018, G.U., 1° s.s., n. 38 del 2018; Trib. Bolzano, ord. 3 gennaio 2019, G.U., 1° s.s., n. 17 del 2019.

²⁸ [Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221.](#)

Corte, che il legislatore si preoccupi di garantirgli quelle che, secondo la sua valutazione ed alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità appaiono le migliori situazioni di partenza²⁹.

Con riguardo al tema che ci occupa, relativamente ai rapporti tra legislatori e giudici in ordine allo sviluppo ed alla realizzazione delle coppie omoaffettive, si deve segnalare come nella sentenza in esame la Corte costituzionale sottolinea che la disciplina esaminata tocca materia eticamente sensibile, le cui scelte non possono che spettare al legislatore.

Più in particolare la Corte pare voler distinguere tra interventi che vanno a modificare il testo normativo su singoli aspetti, mantenendo però ferme le scelte di fondo operate in proposito dal legislatore ed interventi che invece sono tali da impattare proprio con tali scelte, venendo quindi a modificare l'ispirazione di fondo seguita dal legislatore.

Per il Giudice costituzionale interventi del secondo tipo, di norma, non rientrano nei poteri della Corte, anche se tale affermazione viene in parte temperata dal ripetuto riferimento della stessa "allo stato" ed al momento storico in cui la decisione è pronunciata, allo scopo di non precludersi una diversa soluzione per il futuro, anche non troppo lontano.

La Corte ritiene infatti che "la scelta espressa dalle disposizioni censurate si rivela non eccedente il margine di discrezionalità del quale il legislatore fruisce *in subiecta materia*, pur rimanendo quest'ultima *aperta a soluzioni di segno diverso, in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata*" e che, nel richiedere "la diversità di sesso dei componenti della coppia – condizione peraltro chiaramente presupposta dalla disciplina costituzionale della famiglia – il legislatore ha tenuto conto, d'altronde, anche *del grado di accettazione del fenomeno della cosiddetta 'omogenitorialità' nell'ambito della comunità sociale, ritenendo che, all'epoca del varo della legge, non potesse registrarsi un sufficiente consenso sul punto*".

Anche nel porre la distinzione tra adozione e utilizzo delle tecniche di PMA riguardo alla esclusione delle coppie omosessuali, la Corte ritiene non irragionevole che il legislatore si preoccupi di garantirgli quelle che, secondo la sua valutazione "e alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale, appaiono, in astratto, come le migliori condizioni 'di partenza'".

10. Una riflessione conclusiva.

²⁹ Successivamente alla [summenzionata](#) decisione, la Corte costituzionale è stata nuovamente chiamata a pronunciarsi sul tema.

Il presupposto è stata la posizione assunta dalla Corte di cassazione, secondo la quale, posto che l'ordine pubblico osta al riconoscimento di efficacia in Italia di un atto di stato civile straniero non già allorché questo sia espressione di una disciplina normativa contrastante con disposizioni anche imperative o inderogabili di diritto interno, ma solo quando il diritto straniero di riferimento sia incompatibile con la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Costituzione, dai trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il giudice può disporre la trascrizione dell'atto di nascita straniero (nella specie, spagnolo) nel quale, conformemente alla legge di quel paese, risulti la nascita di un figlio da due donne, una (spagnola) che l'ha partorito, l'altra (italiana) che ha donato l'ovulo, tanto nell'ambito di un progetto genitoriale realizzato dalla coppia, ivi coniugata, in quanto non collidono con l'ordine pubblico, come sopra delineato: 1) la circostanza che la tecnica riproduttiva utilizzata, comunque non rapportabile alla maternità surrogata, non sia riconosciuta dall'ordinamento italiano; 2) il contrasto con la disposizione di cui all'art. 269, comma 3, c.c., secondo cui è madre solo colei che ha partorito, trattandosi oltretutto di disposizione sulla prova della filiazione; 3) l'essere la coppia genitoriale composta da persone dello stesso sesso, unite da stabile legame affettivo, posto che nessun principio, tanto più di rilevanza costituzionale, preclude a costoro di accogliere, allevare, nonché generare figli, anche considerato che la discendenza biologica non è ormai più requisito essenziale della filiazione; di contro, si deve aver riguardo al principio, di rilevanza costituzionale primaria, di tutela dell'interesse superiore del minore, che si sostanzia anche nel suo diritto alla continuità dello status di filiazione, nella specie con riferimento a due donne, ad entrambe le quali è biologicamente legato, validamente acquisito all'estero, oltretutto in altro paese dell'Ue (Cass. 30 settembre 2016, n. 19599).

Sulla base di tali affermazioni è stata sollevata questione di costituzionalità per la mancata previsione della possibilità di formare in Italia l'atto di nascita di un bambino da due madri.

La questione - riguardo alla quale pare utile segnalare il mancato intervento nel giudizio costituzionale del Presidente del consiglio dei ministri - è stata dichiarata inammissibile, per difetto di motivazione in ordine alla individuazione della norma impugnata ([Corte cost. 15 novembre 2019, n. 237](#)).

Una brevissima riflessione per concludere.

Come accaduto per molti altri diritti, il cui riconoscimento nessuno, o quasi, oggi sembra porre in discussione, anche per le coppie omoaffettive è possibile indicare un cammino che, partendo dalle ipotesi allora quasi pionieristiche dei registri comunali³⁰, è giunta a quella fase che ho chiamato del “riconoscimento”, partendo da quella della “persecuzione” e passando attraverso quelle della “indifferenza” e della “tolleranza”.

In questo cammino abbiamo cercato di porre al centro le relazioni tra legislatori e giudici, evidenziando i momenti di collaborazione ed anche di ambiguità o di eccessi.

Potremmo chiederci se quel cammino debba considerarsi come un cammino a senso unico verso la realizzazione dei diritti umani sanciti dalle Carte costituzionali oppure se sia possibile o pensabile un cammino in senso inverso, nel senso di una limitazione del livello di riconoscimento e di tutela raggiunti in merito a certi diritti.

Fino a ieri non avrei avuto esitazione a dare alla domanda una risposta negativa.

Non è pensabile un ritorno alla situazione in cui la donna era esclusa dalla magistratura oppure alla carcerazione dei giovani che, per ragioni di coscienza, rifiutavano il servizio di leva allora obbligatorio o ancora ad una nozione di famiglia, per la quale il marito era indicato come il “capo” della medesima o alla qualificazione come reato della scelta della donna di interrompere la gravidanza nei primi tre mesi e così via.

Pur restando della convinzione che il cammino dei diritti è un percorso a senso unico, non posso negare che il clima che caratterizza la situazione politica attuale del nostro paese rende meno sicura la mia risposta o quanto meno insinua elementi di preoccupazione.

Il percorso a ritroso comincia, come sempre, dai meno tutelati, vale a dire dagli ultimi arrivati (come gli immigrati) e dalle minoranze.

Di recente sono state approvate leggi che sanzionano coloro che salvano vite umane in mare, provvedimenti che hanno escluso dalle mense scolastiche bambini stranieri fondati sulla richiesta di certificazioni del paese di origine, impossibili da ottenere, abbiamo assistito a fatti quali l’assalto ad una famiglia cui era stata legittimamente attribuita una casa popolare, in quanto rom e potremmo certo continuare.

Il ministro della famiglia del primo governo Conte, in una delle sue prime affermazioni ha sostenuto che per lui le unioni omoaffettive “non esistono”.

Un’affermazione che certamente può essere inquadrata in un percorso a ritroso che potremmo collocare in un ritorno “dal riconoscimento” alla “indifferenza”, senza neppure passare per la “tolleranza”.

³⁰ R. ROMBOLI, E. ROSSI, *I registri comunali delle unioni civili ed i loro censori*, in *Foro it.*, 1996, III, 525