

## Capitolo III

# Il diritto fondamentale delle coppie *same sex* all'unione civile tra costituzione e integrazioni europee

di Pierdomenico Logroscino

SOMMARIO: 1. Politica e unioni omoaffettive in Italia: un difficile rapporto – 2. Un diritto fondamentale omogeneamente riconosciuto sin dal 2010 – 3. Diritto costituzionale vivente: unioni civili sì, matrimonio no – 4. Integrazioni continentali e spazio della decisione interna – 4.1. La cornice di diritto UE: vincoli (limitati) e prospettive (ancora incerte) – 4.2. La cornice di diritto euroconvenzionale: uno *status* giuridico per la “vita familiare” *same sex* – 5. *Ce lo impone l'Europa!* Prima la costituzione, in realtà. Su utilità e rischi della retorica integrazionistica – 6. Le unioni civili come «specifica formazione sociale» tra adeguamento ai vincoli e libere scelte del legislatore.

### 1. Politica e unioni omoaffettive in Italia: un difficile rapporto

Il problema di dare forma giuridica alle unioni omoaffettive<sup>1</sup> ha assunto progressiva centralità nei paesi occidentali e più in generale in quelli di prevalente *Western Legal Tradition*<sup>2</sup>. L'Italia non fa eccezione. Qui, in realtà, esso ha molto faticato a passare da tema (da molti *dichiarato* importante) di *dibattito*, ad ambito centrale, e dunque con spazio concreto, dell'*agenda* politica.

Sempre, infatti, è stato avvertito come tema “scottante” perché fortemente divisivo, anche *all'interno* delle aggregazioni politiche; almeno in ognuna delle due coalizioni che nell'esperienza della “seconda Repubblica” si sono disputate la guida del Paese<sup>3</sup> e – forse proprio per questo – è stato anche utilizzato come grimaldello nella competizione politica generale: strumento di lotta per il potere, *tra e negli* schieramenti. Dunque un tema in sé mai facile da affrontare che, però, nel recente passato è

<sup>1</sup> ... perspicuamente definite dalla Corte europea dei diritti dell'uomo «*emotional and sexual relationship of a same sex couple*»; *Mata Estevez v. Spain* del 10.5.2001.

<sup>2</sup> ... non solo in quelli occidentali ma anche in alcuni di quelli il cui diritto sconta significativamente l'influenza dei primi, sebbene l'integrazione con l'Occidente sia in taluni casi buona e in altri modesta. Tali Paesi si possono dunque definire occidentalizzati; SPADARO A., *Giustizia e diritti umani* (2004), in ID., *Dai diritti “individuali” ai doveri “globali”. La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Soveria Mannelli, 2005, pp. 42-43.

<sup>3</sup> ... ossia le coalizioni di centrosinistra e centrodestra. È appena il caso di rimarcare che il sistema politico italiano è ora più complesso: da un lato a essi si è affiancato il Movimento Cinque Stelle, dall'altro la crisi profonda del centrodestra produce continue riarticolazioni, che coinvolgono anche direttamente il centro-sinistra.

divenuto ancor più scomodo. L'emergenza costituzionale prodotta dalla gravissima crisi economico-finanziaria, prima, e la mancanza di una maggioranza politica, poi, hanno infatti imposto il succedersi di governi fondati su intese assai larghe. Formule – se non alchimie – che coinvolgono partiti e gruppi parlamentari di disomogenea ispirazione ideologica o (se discutere in questo tempo di ideologie può essere fuorviante) per lo meno di differente schieramento politico<sup>4</sup>. Fondate, dunque, su equilibri tracciati solo in termini molto parziali, spesso volutamente generici o addirittura equivoci e, comunque, su accordi strutturalmente transeunti

Gli ultimi due anni consegnano all'analisi un quadro nuovo – almeno al considerarlo in termini schematici – ma comunque tutt'altro che definito. Da un lato il Partito democratico ha acquisito una preponderanza assai significativa nel consenso elettorale, dall'altro il periodo sembra caratterizzarsi per un aspro scontro permanente: si susseguono o si affastellano “battaglie” che danno la forte sensazione di avere come obiettivo, più che il far prevalere un'idea di “governo” su un tema socialmente avvertito e anche divisivo, il misurare i rapporti di forza politici.

L'origine di ciò si può probabilmente rinvenire nelle elezioni europee del maggio 2014, in cui il PD ha avuto un successo insperato: molto più ampio di quello delle diverse forze (tra loro politicamente non sommabili) che si oppongono al governo Renzi e addirittura incomparabile con quello dei propri alleati. Il partito del Presidente del Consiglio<sup>5</sup> è infatti arrivato al 40,82 %, mentre UDC e NCD (presentatisi insieme) si sono fermati al 4,38% e SC allo 0,71%; le maggiori forze di opposizione M5S, FI e Lega hanno totalizzato il 21,16%, il 16,83% e il 6,16% dei consensi; dato non smentito (dovendosi, peraltro, tener conto dei limiti del confronto) nei risulta-

<sup>4</sup> Il riferimento è agli ultimi tre governi, diversi tra loro, ma con tratti comuni significativi. L'ultimo della XVI legislatura, quello a presidenza Monti, è stato un governo di tecnici nato per dare una risposta pronta, forte e tendenzialmente unitaria alla crisi economico-finanziaria che aveva messo direttamente e immediatamente a rischio la tenuta del sistema ordinamentale e, dunque, creava emergenza costituzionale. Il governo Letta è nato invece come risposta alla crisi politica prodotta dalle elezioni “senza vincitori” del febbraio 2013 che aveva imposto un accordo assai ampio, *bipartisan*, per uscire dall'*empasse* e dare al più presto un governo al Paese. La mancanza di esso è stata però avvertita come importante fattore di riacutizzazione della *non certo superata* crisi economico-finanziaria. Il governo Renzi presenta maggiori tratti differenziali. Esso infatti non poggia (come, all'origine, entrambi i precedenti) su una maggioranza tanto ampia da essere anomala: non è espressione della solidarietà nazionale per far fronte a un'emergenza, come il governo Monti e, in qualche misura, il governo Letta. Tuttavia coinvolge comunque forze di schieramenti differenti, compresa una che apertamente si qualifica di centrodestra (Nuovo Centrodestra – NCD). Questa formula politica non è nuova, ma ricalca quella su cui si è fondato il governo Letta dalla fine di novembre 2013, cioè dopo l'uscita dalla maggioranza della parte del Popolo della libertà che ha ripreso il nome di Forza Italia.

<sup>5</sup> L'espressione non è qui scelta casualmente, ma tende a sottolineare che l'ampissimo balzo in avanti fatto dal PD rispetto alle elezioni politiche di poco più di un anno prima (circa 12 punti percentuali) è senza alcun dubbio da ascrivere al consenso personale acquisito da chi, Matteo Renzi, nel frattempo ne è divenuto Segretario, assumendo poi la prima responsabilità di governo.

ti delle elezioni regionali e amministrative celebrate nel novembre 2014 e nel maggio/giugno 2015<sup>6</sup>.

L'elezione di Sergio Mattarella a Presidente della Repubblica nel gennaio 2015 sembra poi aver marcato in modo netto la leadership di Renzi, nel consegnare la vigorosa impressione di una capacità di giocare con pari efficacia su tutti i principali tavoli della politica. E altri successi l'hanno corroborata<sup>7</sup>.

È tuttavia al referendum costituzionale del prossimo ottobre che “la politica”<sup>8</sup> ha assegnato il ruolo di “prova della verità” sull’assetto del consenso o, se si vuole, sulla stabilizzazione della nostra democrazia del leader<sup>9</sup> intorno a Matteo Renzi. Ciò, se da un lato (quello più rilevante) va stigmatizzato perché fa grave danno alla costituzione e dunque alla qualità della vita repubblicana nello strumentalizzare a obiettivi contingenti il tema delle regole fondamentali<sup>10</sup>, dall’altro si deve segnalare come causa principale delle fibrillazioni. Infatti ogni tema è ora avvertito come occasione, ghiotta, per conquistare posizioni in vista dello “scontro finale”.

È in questo quadro di equilibri del tutto precari che il Parlamento ha finalmente dato una risposta alla chiamata costituzionale ed europea (e al ripetuto *richiamo* dei giudici) ad assolvere il compito di apprestare tutela a un vero e proprio *diritto* civile: quello delle coppie stabili *same sex* a vedere giuridicamente riconosciuta e disciplinata la propria relazione.

## 2. Un diritto fondamentale omogeneamente riconosciuto sin dal 2010

Si tratta di un diritto che ha trovato suggello sin dal 2010 sia nelle giurisprudenza costituzionale sia in quella c.d. euroconvenzionale; minore appare invece il coinvolgimento del diritto UE.

<sup>6</sup> In realtà l’elemento di caratterizzazione di queste elezioni è stato l’altissimo astensionismo. Esso ha fatto aprire una riflessione sulla permanenza dei livelli di consenso del PD e invero del suo leader, inteso, però, come consenso “in assoluto”. Infatti quello relativo, misurato cioè rispetto a quello delle altre forze politiche e degli altri *leader*, sia esterni sia interni al PD, non risulta per nulla indebolito.

<sup>7</sup> ... certo quelli conseguiti in Parlamento con l’approvazione di diverse dibattute riforme; ma è apparso a molti un sostanziale successo di Renzi anche il risultato del referendum “sulle trivelle” dello scorso 17 aprile (sull’abrogazione dell’art. 6, co. 17, 3° periodo, d. lgs. 3.4.2006, n. 152).

<sup>8</sup> ... intesa nel senso più ampio, ossia come complesso di tutti gli attori rilevanti: il personale politico e gli *opinion leader*.

<sup>9</sup> Per la formula “democrazia del leader”, la relativa concettualizzazione e i problemi che tale condizione pone CALISE M., *La democrazia del leader*, Roma-Bari, 2016.

<sup>10</sup> ... quelle ontologicamente rivolte a definire la cornice entro cui la politica deve svolgersi nel tempo medio e, possibilmente, in quello lungo.

Punto di partenza sono le sentenze n. 138 pronunciata in quell'anno dal nostro giudice delle leggi (C. cost.)<sup>11</sup> e sul caso *Schalk and Kopf v. Austria* dalla I sez. della Corte Europea dei diritti dell'uomo (CoEDU)<sup>12</sup>. Esse rappresentano i *leading cases* della materia per i rispettivi ordinamenti e si caratterizzano per una sostanziale concordanza, come risulta definitivamente chiarito dalle decisioni successive in cui gli eventuali (ma si direbbe pretesi) spazi di incertezza<sup>13</sup> paiono colmati. Per la giurisprudenza euroconvenzionale vanno almeno indicate le sentenze della sez. V sul caso *Gas and Dubois v. France* del 15 marzo 2012, della sez. IV sul caso *H. (Hämäläinen) v. Finland* del 13 novembre 2012 – pienamente confermata nell'impianto dalla *Grand Chamber* (GC) nella pronuncia d'appello del 16 luglio 2014 – della GC sul caso *Vallianatos et alt. v. Spain* del 7 novembre 2013 e della sez. IV sul caso *Oliari et alt. v. Italia* del 21 luglio 2015, che qui occorre rimarcare anche perché pronunciata proprio nei confronti del nostro Paese e per la dura stigma per il Parlamento inerte che contiene. Per la giurisprudenza costituzionale il riferimento è alla sentenza n. 170 dell'11 giugno 2014.

Così i più hanno messo da parte l'opinione – errata – secondo cui la sent. *Schalk and Kopf* avrebbe avuto l'effetto di rendere superato il quadro definito appena pochi mesi prima dalla Corte costituzionale italiana. Una tesi che in un primo periodo aveva trovato l'avallo della Corte di cassazione nella nota sent. n. 4184 del 15 marzo 2012 – e poi con l'ord. n. 14329 del 6 giugno 2013<sup>14</sup> – che aveva valorizzato pretese divergenze tra i due *leading cases*. “Stirando” oltre i limiti dello strappo le argomentazioni e gli approdi della CoEDU ma anche la forza di incidenza della Convenzione sull'ordinamento, essa aveva giudicato che la sent. *Schalk and Kopf* avesse eliminato l'alterità sessuale dai requisito essenziale del matrimonio civile italiano. Le conclusioni da ciò tratte risultavano di portata ristretta: le unioni tra persone dello stesso sesso contratte all'estero restavano infatti intrascrivibili in Italia, anche se, «non più [... per la] loro “inesistenza” (...) e neppure [... per la] loro “invalidità”, ma [... per la] loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio appunto, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano»<sup>15</sup>.

Quando i “due giudici dei diritti fondamentali” (e quindi anche quello CoEDU) hanno consolidato i propri approdi l'ipotesi – probabilmente coltivata – di spingere la Corte costituzionale verso un *revirement* si è dimostrata sempre meno percorribile. E al anche al supremo giudice di legittimità non è rimasto che correggere il tiro. Con la sentenza n. 2400 del 9 febbraio 2015 ha quindi finito per convergere sulle

<sup>11</sup> ... del 15 aprile.

<sup>12</sup> ... del 24 giugno.

<sup>13</sup> Su cui si era innestata la tesi – in realtà non condivisibile – di un contrasto tra le due Corti.

<sup>14</sup> ... di remissione alla Corte costituzionale della questione poi da questa decisa con la cit. sent. 170/2014.

<sup>15</sup> § 4.3 *motivi dec.*

omogenee posizioni della giurisprudenza costituzionale ed euroconvenzionale, pur non mancando di richiamarsi anche alla propria.

Ovviamente, tutto questo non ha fatto né esaurire né scemare il dibattito dottrinale che anzi ha trovato nelle sentenze richiamate nuovi stimoli. E pure i giudici hanno dovuto continuare a occuparsi alacremente del tema per dirimere controverse ingenerate da pretese di soggetti che, talvolta, hanno prodotto anche conflitti all'interno dei pubblici poteri tra organi di amministrazione<sup>16</sup>.

È veramente sin troppo facile “profetizzare” che l'approvazione della legge n. 76 del 20 maggio 2016 – che affronta il tema in termini sistematici, ma rimane volontariamente estranea allo spinoso problema delle adozioni<sup>17</sup> – darà nuovo lavoro agli interpreti tutti.

Appare allora utile provare a tracciare la cornice di diritto vivente entro cui le scelte del legislatore sono libere da vincoli giuridici; restano opzioni legittime e dunque non sindacabili che in sede politica.

### 3. Diritto costituzionale vivente: unioni civili sì, matrimonio no

Con le sentenze 138/2010<sup>18</sup> e 170/2014, la Corte costituzionale ha prima definito e poi consolidato lo *status* costituzionale *sia* della famiglia fondata sul matrimonio e formata da un uomo e una donna *sia* dell'unione omosessuale.

I punti cardine sono: a) che ogni coppia ha diritto a poter dare stabilità giuridica al proprio rapporto; b) che però il matrimonio è *riservato* alle coppie di sesso diverso; c) che, per conseguenza, il legislatore è *costituzionalmente chiamato* a definire la cornice giuridica di inquadramento dei rapporti stabili *same sex*; d) che comunque le differenze tra i due regimi devono essere ragionevoli. Al legislatore, dunque, è attribuita in materia discrezionalità piuttosto ampia – ma ovviamente non arbitrio

<sup>16</sup> Il riferimento è alla nota contrapposizione tra Sindaci di alcune città e Ministro dell'Interno (e Prefetti) sulla trascrizione nei registri di stato civile italiani di matrimoni tra persone dello stesso sesso legittimamente celebrati all'estero. Una vicenda che ha avuto varie oscillazioni, fino alla sua risoluzione dal parte de Consiglio di Stato, che ha statuito la spettanza ai Prefetto del potere di annullamento gerarchico d'ufficio degli atti illegittimamente adottati dal Sindaco nell'esercizio della funzione di ufficiali dello stato civile tra i quali va inquadrata la trascrizione del matrimonio *same sex* estero; sez. III, sent. n. 4899 del 26.10.2015.

<sup>17</sup> L'espungere il contenuto di quello che nel d.d.l. era l'art. 5 – con cui, attraverso la modifica della legge sulle adozioni (4.5.1983, n. 184), si sarebbe introdotta la possibilità di adottare il figlio naturale del *partner* dell'unione civile (adozione co-parentale o *second-parent adoption* o *step child adoption*) – è stato il fulcro del difficile accordo politico che ha portato alla approvazione della legge. Tanto difficile da richiedere la presentazione in Senato di un maxiemendamento (da qui la struttura della legge in unico articolo di 69 commi) e l'apposizione della fiducia da parte del Governo in entrambe le Camere.

<sup>18</sup> ... subito seguita dalle ordinanze di manifesta inammissibilità e infondatezza n. 276 del 22.7.2010 e n. 4 del 5.1.2011.

– nel *quomodo* e minore nel *quando*. Non ne ha invece alcuna sull'*an*: l'inerzia lede un dovere del legislatore.

Per chiarire la portata di tali approdi è utile ripercorre il percorso motivo compiuto nella sent. 138/2010 rimarcando come su di esso si intarsino le argomentazioni svolte nella sent. 170/2014.

La pronuncia del 2010 riconosce per la prima volta “cittadinanza costituzionale” all'unione omoaffettiva stabile<sup>19</sup> nel configurarla come formazione sociale *ex art. 2 cost.*, ai cui componenti «spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente *una condizione di coppia*»<sup>20</sup>. È così che essa emerge come società intermedia tipizzata per via giurisprudenziale, *distinta* perché *differente* da quella tipizzata nel testo dell'art. 29 cost.: la famiglia fondata sul matrimonio che è *necessariamente* eterosessuale.

Secondo la Corte, infatti, un diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso non si può trarre né dall'art. 2 cost., come corollario del diritto al riconoscimento giuridico della formazione sociale coppia omosessuale<sup>21</sup>, né dalla lettura dell'art. 29 cost. in combinato disposto con l'art. 3 cost.<sup>22</sup>.

Vi è anzi di più. A un'articolata lettura dell'art. 29, l'istituto del matrimonio – sia l'atto sia il rapporto – risulta *riservato* dalla costituzione alla famiglia intesa come comunità formata da un uomo e una donna. Quell'articolo, dunque, costituzionalizza il matrimonio così per come consolidatosi nella tradizione: in profondità e diffusamente, e dalla tradizione tratto nel codice civile del 1942<sup>23</sup> per darvi «precisa conformazione e [...] articolata disciplina»<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> ... definita nella sent., indulgendo forse un po' troppo al sottinteso, «stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso»; *dir.* § 8.

<sup>20</sup> Così *dir.* § 8 (corsivo aggiunto). La locuzione “condizione di coppia” chiarisce di *quale* tipo di convivenza si tratti.

<sup>21</sup> Si legge in *dir.* § 8: «Si deve escludere [...] che l'aspirazione [...] al riconoscimento [giuridico della coppia omosessuale] – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia – possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio». Da ciò discende la declaratoria d'inammissibilità della questione di costituzionalità fondata sull'art. 2, che – come notato da ROMBOLI R. in *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio omosessuale e le sue interpretazioni*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2011, n. 3, spec. §§ 2 e 3 – la stessa Corte ha ritenuto di “creare”.

<sup>22</sup> ... e da ciò l'infondatezza nel merito della relativa questione proposta dai giudici *a quibus*; cfr. *dir.* § 9.

<sup>23</sup> ... in cui è chiaro che la famiglia si forma solo tra un uomo e una donna. Così *dir.* § 6 ove, riferendosi adesivamente a quanto indicato in una delle ordinanze di remissione e corroborando l'affermazione con il richiamo alla dottrina e giurisprudenza maggioritaria, si afferma che «l'intera disciplina dell'istituto, contenuta nel codice civile e nella legislazione speciale, postula la diversità di sesso dei coniugi, nel quadro di “una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio”».

<sup>24</sup> Così *dir.* § 9.

È appena il caso di rimarcare che l'interpretazione accolta dal giudice costituzionale non poggia su un'opzione giusnaturalistica. Al contrario, essa non solo si radica ma anche si struttura nel contesto (sociale) che è di per se stesso relativo. E lo è sia nello spazio sia nel tempo.

Osserva infatti la Corte che, al fine di tenere presenti i mutamenti sia ordinamentali sia sociali e dei costumi, i concetti di famiglia e matrimonio *possono e devono essere rivisti in via di esegesi*. Ma ciò ha un limite, che è rigoroso: l'interpretazione non può assumere carattere creativo. Non può «incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata». Questo infatti richiede la revisione: l'esercizio della funzione normativa, secondo le regole e i limiti (di competenza, procedimentali e materiali) che le sono proprie.

L'unione omosessuale è espressamente individuata come uno di quei fenomeni, di quelle problematiche. Quelli non considerati e non inclusi nella disciplina di cui all'art. 29 cost. Infatti «rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di Assemblea, benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta»<sup>25</sup>.

A tale argomento storico – di cui forse si avvertono i rischi, anche per la collisione almeno prospettica con l'argomento culturale-identitario (se si vuole, “sistematico in senso ampio”) nel suo necessario operare in termini relativi, *anche nel tempo*<sup>26</sup> – so-

<sup>25</sup> Così *dir.* § 9; sul punto v. in senso adesivo SPADARO A., *Matrimonio “fra gay”: mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa – o serve una legge costituzionale?*, in GIUFFRÈ F., NICOTRA I. (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Atti del conv. “Gruppo di Pisa”, 7-8 giugno 2013, Napoli, 2014, pp. 349 ss.

<sup>26</sup> È infatti sullo sfondo il problema delle conseguenze dell'*eventuale* radicarsi nella comunità italiana del generalizzato convincimento del carattere plurale delle società familiari e dell'irrelevanza dell'alterità sessuale per il matrimonio; del prodursi, dunque, di un quasi unanime rifiuto della “tradizione millenaria”. Tale problema emerge in RUGGERI A., “*Strane*” *idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche ed implicazioni di ordine istituzionale*, in GIUFFRÈ F., NICOTRA I. (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., spec. p. 338, ove non si cela che nei casi di rivolgimento culturale la costituzione(*di*)-Carta diviene inidonea, in punto di *forza*, a farsi argine al mutamento, ma si ritiene che *stante l'art. 29* – il suo testo, nella sua storia e nel suo contesto formale – riportarne *per via interpretativa* il significato a tali (eventuali) nuovi convincimenti generalizzati non sarebbe corretto in punto di teoria dell'interpretazione e di teoria della costituzione, strettamente embricate. Il tema è molto discusso negli USA, dove la divisione tra (le assai varie famiglie di) “originalisti” e sostenitori del *living constitutionalism* attraversa la Corte Suprema e la dottrina. I termini di quel dibattito possono essere utilmente apprezzati in *B.U.L. Rev.*, 92, 2012, pp. 1127 ss., ove gli atti del simposio del 3.11.2011 di riflessione su BALKIN J.M., *Living originalism*, Cambridge (Mass.), London, 2011 e STRAUSS D.A., *The living constitution*, New York, 2010, e nell'approfondita *Review* di tali volumi di DORF M.C., *The undead constitution*, in *Harv. L. Rev.*, 125, 2012, pp. 2011 ss. La tesi “riconciliatrice” di Balkin – che qui rileva in specie per il peso assegnato all'opinione pubblica per il tramite delle *mobilizations* nella costruzione della *constitutional culture* (ivi, pp. 81 ss., spec. pp. 89 ss.) – è oggetto di interessante critica dal versante originalista in BARNETT R.E.,

no affiancati argomenti testuali e “sistematici in senso stretto”, anche tratti dal diritto sub-costituzionale, in cui la lettura *per nulla neutrale* della Carta in materia di matrimonio e famiglia trova conferma<sup>27</sup>.

Con la sent. 138/2010 la Corte, dunque, sancisce già limpidamente che in Italia *il matrimonio è costituzionalmente riservato alle coppie di sesso diverso* ma – come detto – questo non chiude il dibattito, anzi. A fronte, quindi, delle molte spigolature della dottrina e delle riletture giurisprudenziali “innovanti” fatte dalla I sez. civ. della Cassazione (segnatamente nella sent. 4184/2012), il giudice della costituzionalità coglie la prima occasione per ri-marcare il proprio punto di approdo, consolidandolo. A fornirgliela è la stessa Cassazione (invero la stessa sez.) nel rimettere, in base ad argomenti derivati dalla propria giurisprudenza<sup>28</sup>, la questione del c.d. divorzio imposto<sup>29</sup>: lo scioglimento *ex lege* del matrimonio<sup>30</sup> in caso di cambio di sesso di un coniuge per sopravvenuta carenza del paradigma alterità sessuale<sup>31</sup>. Essa è sì proposta quale caso specifico, raro e complesso<sup>32</sup>, ma comunque rientrante nel tema dello *status* delle coppie stabili dello stesso sesso. Proprio per questo la Corte costituzionale, nel risolverla con la sent. 170/2014, non può che occuparsi ancora delle relazioni *samē sex* generalmente intese e può riaffermare che un’estensione a esse del matrimonio sarebbe *contra constitutionem*<sup>33</sup>.

*Welcome to the New Originalism: A Comment on Jack Balkin's Living Originalism*, in *Jerusalem Rev. Legal Stud.*, 2013, pp. 1 ss. Per le ragioni della revisione e la critica alla sacralizzazione del testo, soprattutto da parte del *Tea Party*, v. spec. l'Afterword to the 2011 edition in LEVISON S., *Constitutional Faith*, Princeton, Oxford, 2011, pp. 245 ss.

<sup>27</sup> La Corte rigetta anche la questione di legittimità della riserva del matrimonio alle sole coppie formate da un uomo e una donna proposta *ex art. 3 cost.*, sancendo la *diversità di condizione costituzionale* tra la famiglia di persone di sesso diverso e l'unione omosessuale.

<sup>28</sup> Invero proprio dalla sent. appena cit.

<sup>29</sup> Ord. n. 14329 del 2013, *dir.* § 7.

<sup>30</sup> ... e la a cessazione degli effetti civili del matrimonio religioso trascritto.

<sup>31</sup> Artt. 2 e 4, l. 14.4.1982, n. 164 e, in via consequenziale, art. 31, co. 6, d. lgs. 11.9.2011, n. 150. Il tema è affrontato *funditus* da GUARINI C.P. *Vicende estintivo-costitutive di «matrimonio» e «unione civile» a seguito di rettificazione anagrafica di sesso*, in questo *Volume*, cap. VI, *et amplius* in *Id.*, *Tra “divorzio imposto” e “matrimonio a tempo”. Osservazioni a margine delle sentenze n. 170 del 2014 della Corte costituzionale e n. 8097 del 2015 della Corte di cassazione, I Sezione civile*, in *Riv. AIC*, 2016, n. 2.

<sup>32</sup> ... ma emerso in più ordinamenti e che, attraverso il citato caso *H. v. Finland*, ha impegnato anche la CoEDU.

<sup>33</sup> Cfr. spec. §§ 5.2 e 5.6 *dir.* Quella data nel testo è la lettura maggioritaria: BIONDI F., *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio “imposto” (170/2014)*, in *Forum Quad. cost.* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 24.6.2014; VERONESI P., *Un'anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”: il “caso Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014*, *ivi*, 6.7.2014, spec. §§ 2-3; BIANCHI P., *Divorzio imposto: incostituzionale ma non troppo*, *ivi*, 7.7.2014; ROMBOLI R., *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto”: quando la Corte dialoga con il legislatore*,



L'argomentare netto della sentenza del 2010 diviene in quella del 2014 «decisamente più preciso (in senso conservatore e tradizionalista)». E ciò l'ha fatta ritenere idonea a riconoscere (implicitamente) al paradigma dell'alterità sessuale del matrimonio la natura di *principio supremo dell'ordinamento*: non modificabile, dunque, neanche per revisione costituzionale<sup>34</sup>. Ma si tratta solo di un'ipotesi che peraltro appare assai poco probabile, se non proprio da scartare, soprattutto al considerare il contesto europeo<sup>35</sup>.

Affermata l'esigenza costituzionale di garantire alle coppie *same sex* stabili uno *status* giuridico ed escluso che esso possa essere definito attraverso l'estensione dell'istituto del matrimonio, risulta, per ovvia conseguenza, la necessità che sia il legislatore a intervenire, sebbene «nella sua piena discrezionalità»<sup>36</sup>; che dunque una «disciplina a carattere generale» sancisca il regime giuridico dell'unione omosessuale, ossia il complesso dei diritti e doveri dei suoi componenti.

A essa si devono estendere tutte le tutele giuridiche apprestate per la famiglia che ineriscano ad ambiti in cui le due relazioni (unione omosessuale e matrimonio eterosessuale) risultano omogenee<sup>37</sup>.

---

*ma dimentica il giudice*, in *Consulta online* ([www.giurcost.org/studi/index.html](http://www.giurcost.org/studi/index.html)), 1.7.2014 e in *Giur. it.*, 2014, § 1; GUARINI C.P., *Tra "divorzio imposto"*, cit., p. 19. Vi è però chi ritiene che anche alla luce di questa sentenza (come della 138 del 2010) il paradigma dell'alterità sessuale del matrimonio potrebbe essere eliminato per modifica della sola disciplina codicistica, giacché solo in essa troverebbe fondamento la lettura dell'art. 29 cost. – definita *sistematico-tradizionalista* – fatta dalla Corte; PEZZINI B., *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in *Articolo29. Famiglia, orientamento sessuale, identità di genere* ([www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)), 15.6.2014; BRUNELLI G., *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. "divorzio imposto"*, ivi, 26.6.2014, § 3. La tesi, che peraltro deve far affidamento su un passaggio della pronuncia che non è più di un cenno tutt'altro che perspicuo, tenderebbe a ridurre l'art. 29, co. 1, cost. a norma in bianco, con correlata de-costituzionalizzazione della materia.

<sup>34</sup> VERONESI P., *op. cit.*, spec. §§ 2-3.

<sup>35</sup> Così, condivisibilmente, SPADARO A., *Matrimonio "fragay"*, cit., pp. 351-352, p. 354; RUGGERI A., *Famiglie, genitori e figli, attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, in *Consulta* 30.5.2014, § 5.1, ove una lucida considerazione sulle condizioni di fatto (di profonda mutamento delle tradizioni, di consenso) che un tale intervento riformatore, in sé legittimi, richiederebbe (spec. pp. 25-26). Per una recente «contabilità» europea (più che – come un po' ampollosamente si scrive – un dato comparatistico) in materia, che effettivamente ha un certo rilievo nell'interpretazione della CEDU e dunque dei vincoli euroconvenzionali per gli Stati membri data dalla Corte di Strasburgo, PEDULLÀ L., *Il percorso giurisprudenziale sul riconoscimento delle c.d. "unioni civili"*, in *Riv. AIC*, 2016, n. 2 § 2.

<sup>36</sup> Si legge nella sent. 138/2010, *dir.* § 8.

<sup>37</sup> Invero la sent. 138/2010 le identifica, in modo non condivisibile, come «ipotesi particolari» (*dir.*, § 8). Parrebbe però solo un «tratto di penna» sfuggito un po', che si è provato a correggere alla prima occasione. La sent. 170/2014, infatti, nel richiamare adesivamente questo approdo, forza appena la cit. testuale della sent. 138/2010 e con un sapiente «copia e incolla» rende meglio

Tutte, certo; ma solo quelle. E questo è un tema da non sottovalutare.

Diversità di fatto e dunque disomogeneità, atte a fondare diversità di trattamento giuridico, devono infatti pur essere individuabili. Altrimenti la distinzione tra i due istituti – matrimonio tra persone di sesso diverso e unione omosessuale – tracciata e rimarcata dal diritto costituzionale vivente mancherebbe di base, effetti e utilità. Sfumerebbe in una diversità nominalistica, che qualche rilievo (anche ampio) potrebbe avere sul piano politico (per lo meno in termini contingenti), ma su quello giuridico sarebbe semplicemente nulla<sup>38</sup>. L'istituto del matrimonio riservato alle coppie di differente sesso non sarebbe, dunque, che simulacro vuoto di un tempo e una società che furono. Così, però, verrebbe lesa la funzione stessa del diritto: il «mettere ordine» nella società che c'è, regolarla in ragione delle molte differenze che l'attraversano e la rendono «articolatissima». «Mettere ordine, infatti, significa fare i conti con i caratteri della realtà ordinanda»<sup>39</sup>. Quella attuale, ovviamente.

Tutto questo pare non sfuggire alla Corte, giacché in un passaggio perspicuo, sebbene fugace e apparentemente marginale, individua un elemento differenziale, capace di dare fondamento al rilievo costituzionale e alla specifica disciplina della famiglia «tradizionale». Esso – si legge nella sent. 138/2010 – sta nella «(potenziale) finalità procreativa del matrimonio» (inteso qui come rapporto): è questa «che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale»<sup>40</sup>. E allora è su questo elemento finalistico embricato con una carattere fattuale differenziante (ossia la potenziale capacità procreativa, che nel genere umano è esclusiva dell'unione tra uomo e donna) che pare possano far perno le differenze di trattamento giuridico<sup>41</sup>.

---

il concetto. Vi si legge «per un verso, [...] «nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette» [tra persone dello stesso sesso], e, per altro verso, [...] resta, però, comunque, «riservata alla Corte costituzionale la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni», nel quadro di un controllo di ragionevolezza della rispettiva disciplina» (dir., § 5.5; il corsivo segnale qui le cit. testuali della sent. del 2010). A richiedere trattamenti omogenei non sono più solo «ipotesi particolari», ma almeno, più latamente, «situazioni specifiche».

<sup>38</sup> ... e, secondo un'opinione che ha diffusione soprattutto negli Stati Uniti, anche inaccettabile. Basta qui ricordare che la Corte Suprema del Massachusetts ha valutato «not innocuous», e dunque incostituzionale, il differenziare solo per il nome il regime di unione omosessuale dal quello matrimoniale, motivando che «it is a considered choice of language that reflects a demonstrable assigning of same-sex, largely homosexual, couples to second-class status»; così l'opinione di stretta maggioranza (4 a 3) su cui si fonda il parere del 3.2.2004 reso, su richiesta, al Senato dello Stato nel corso del procedimento di legislazione in materia [440 Mass. 1201, pp. 1207 ss. (2004)]. Posizione analoga nei risultati è stata espressa (anche in questo caso con la maggioranza di 4 a 3) dalla Corte Suprema della California in *Marriage Cases* del 15.5.2008 [183 P.3d 384 (Cal. 2008)].

<sup>39</sup> GROSSI P., *Prima lezione di diritto*, 12<sup>a</sup> ed., Roma-Bari, 2012, p. 16, corsivo aggiunto.

<sup>40</sup> Ivi, dir. § 9 (corsivo non testuale).

<sup>41</sup> ... proprio in ragione del principio dell'eguaglianza formale. Esso, infatti, non solo non impone di trattare in modo eguale situazioni differenti, ma altresì richiede che la disciplina giuridica

Ciò detto, resta indiscutibile che svolgere il giudizio di omogeneità/disomogeneità tra i vari aspetti della condizione matrimoniale e della relazione omoaffettiva è assai impegnativo o, come scrive Antonio Ruggeri, non poco inquietante<sup>42</sup>. Ma è un compito costituzionale che si impone al legislatore, ai giudici, in sede di applicazione e controllo, e certamente alla Corte cost., in sede di giudizio di ragionevolezza<sup>43</sup>. In prima linea però possono trovarsi (e invero si sono trovati e si trovano) anche i giudici comuni<sup>44</sup>, a motivo del vincolo della *interpretatio secundum constitutionem*<sup>45</sup> a cui sono soggetti<sup>46</sup>. E tale condizione si fa più incomoda quando il legislatore manca ai suoi compiti: non legifera – pur essendovi chiaramente tenuto – o lo fa in modo poco chiaro oppure omissivo; magari perché il compromesso raggiunto tra le forze politiche è improprio, fittizio, meramente dilatorio<sup>47</sup>.

Ebbene nel primo di questi casi – quello dell’omissione legislativa – ci si è trovati a partire dal 2010 e per sei anni: fino all’entrata in vigore della legge in commento. Da quando, cioè, la mancata disciplina delle relazioni omoaffettive a tendenziale stabilità ha assunto i caratteri dell’inerzia dinanzi a un vincolo costituzionale “certificato” dalla Consulta.

Si tratta evidentemente di un *punctum dolens* che la questione di legittimità della disciplina sul divorzio imposto mette in luce, inesorabilmente. In gioco è la stessa credibilità della Corte: la forza dei suoi moniti per un legislatore riottoso.

sia adeguata agli svariati – e, si direbbe, assai variegati – aspetti della vita sociale, sicché «[u]na legge che pareggiasse situazioni che sono oggettivamente diverse violerebbe [...] il principio di eguaglianza»; così C. cost. già sentt. n. 3 del 16.1.1957 e n. 53 del 14.7.1958, ove la cit. (*dir.* § 2).

<sup>42</sup> *Il diritto al matrimonio e l’idea costituzionale di “famiglia”*, ora in *Id.*, “Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti, XVI, *Studi dell’anno 2012*, Torino, 2013, p. 276.

<sup>43</sup> *Ivi*, *dir.* § 8 e sent. 170/2014, *dir.* § 5.5.

<sup>44</sup> ... lo rimarca in modo forse un po’ ultroneo la I sez. civ. Cass. a chiusura della motivazione della sent. n. 2400 del 2015: quella, cioè, di sostanziale riallineamento con la giurisprudenza costituzionale e ciò potrebbe far avvertire un qualche retrogusto di rivalsa.

<sup>45</sup> ... dell’uso pieno degli strumenti ermeneutici per trarre dall’ordinamento una norma del caso concreto che sia conforme alla costituzione. Il che, del resto, «non è altro che un’applicazione del canone dell’interpretazione sistematica»; CHESSA O., *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, p. 85.

<sup>46</sup> E che la Consulta presidia, tanto da giungere a “sanzionare” le questioni di legittimità costituzionale sollevate pur potendo essere risolte dal giudice in via interpretativa con la declaratoria di inammissibilità (anche manifesta), tranne i casi in cui occorra discostarsi dal diritto vivente. V., per tutti, RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 5ª ed., Torino, 2014, pp. 208-209, ove anche indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali.

<sup>47</sup> Qualificazione che ovviamente si riprende da quella data a talune disposizioni della Carta di Weimar da SCHMITT C., *Dottrina della costituzione* (1928), trad. it. cur. Caracciolo A., Milano, pp. 52-53.

La sent. 170/2014 prova a farsene carico<sup>48</sup>, ma la *protezione* che il giudice della costituzionalità riesce ad apprestare agli interessi sostanziali dedotti in giudizio risulta debole<sup>49</sup>. Seguendo la linea di ragionamento da poco sancita dalla CoEDU nell'analogo caso *H. v. Finland*, giunge una declaratoria d'incostituzionalità. La disciplina italiana<sup>50</sup>, infatti, non consente alcun bilanciamento tra due interessi entrambi costituzionalmente tutelati: quello generale a che il matrimonio<sup>51</sup> resti riservato alle coppie eterosessuali (secondo il modello dell'art. 29 cost.) e quello delle coppie (divenute) *same sex* a che la loro relazione (peraltro fondata su un preesistente matrimonio eterosessuale) abbia una dimensione giuridica<sup>52</sup>. D'altro canto, però, la Corte valuta i propri strumenti inidonei a creare una norma conforme a costituzione. E pertanto si limita a *ri-chiamare* (ancora) il legislatore al compito di «introdurre [nella sua discrezionalità] una forma alternativa (e diversa dal matrimonio) che consenta ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione, su tal piano, di assoluta indeterminatezza»<sup>53</sup>.

La peculiarità del caso rileva nel far emergere in maniera più plastica le conseguenze negative e ingiustificate per la coppia (divenuta) *same sex* della mancata qualificazione e disciplina giuridica del loro rapporto. Ma in definitiva la sent. 170/2014 non può che *ri-chiamare* il legislatore a fare quanto gli era stato già prescritto dalla sent. 138/2010: regolare i rapporti omoaffettivi stabili; tutti.

Non è un bel segno. Infatti se nei quattro anni trascorsi quel compito (generale)

<sup>48</sup> Cfr. *dir.* § 5.6.

<sup>49</sup> Ciò almeno leggendola rigorosamente in sé, al di là del seguito che ha ritenuto di darle la I sez. della Cassazione, in maniera, peraltro, non scevra da criticità ben messe in risalto nei commenti più attenti; BALDINI V., *Riflessioni a caldo sulla sentenza n. 8097/15: il Giudice della nomofilachia smentisce la Corte costituzionale in tema di matrimonio tra omosessuali?*, in *Diritti fondamentali* (www.dirittifondamentali.it), 2015, n. 1; ROMBOLI R., *La Corte (di Cassazione) dei miracoli: una norma dichiarata incostituzionale che può risuscitare a seguito dell'auspicato intervento del legislatore*, in *GenIus* (www.articolo29.it), 2015, n. 1, pp. 120 ss.; RUGGERI A., *Il "controcanto" stonato della Cassazione alla Consulta, a riguardo del matrimonio del transessuale*, ivi, 2015, n. 1, pp. 126 ss.; PANZERA C., *Il discutibile seguito giudiziario dell'additiva di principio sul "divorzio imposto"*, in *Forum Quad. cost.*, 18.9.2015; GUARINI C.P., *Tra "divorzio imposto"*, cit.

<sup>50</sup> ... a differenza di quanto risulta per il diritto finlandese allo scrutinio fattone dalla CoEDU nelle due sent. *H. v. Finland*: IV sez., 2012, §§ 48-52 e. GC, 2014, §§ 81-88. Infatti in caso di rettifica del sesso di un coniuge giuridicamente formalizzata esso prevede la trasformazione, col consenso dell'altro coniuge, del rapporto matrimoniale in unione civile, salvi gli effetti giuridici già prodottisi, e in mancanza il divorzio.

<sup>51</sup> ... qui inteso come rapporto.

<sup>52</sup> *Dir.* § 5.6, secondo e terzo capoverso. È qui ricalcata d'appresso la motivazione su cui la IV sez. della CoEDU fonda nel 2012 il rigetto del ricorso nel caso *H. v. Finland*; la Corte, però, preferisce richiamare le pronunce, appena più risalenti, di altri giudici costituzionali statali: quello austriaco e quello tedesco.

<sup>53</sup> *Dir.* § 5.6, ult. cpv.

fosse stato assolto, il monito ascoltato, anche il caso specifico (e peculiare) *de quo* si sarebbe potuto risolvere adeguatamente. Una sentenza additiva *di garanzia* avrebbe infatti potuto definire un punto di equilibrio conforme a costituzione tra gli interessi in rilievo. Seguendo la “via finlandese”, si sarebbe potuto dichiarare l’incostituzionalità delle norme sindacate nella parte in cui non prevedono che la rettifica del sesso produca uno scioglimento punto del rapporto giuridico tra i coniugi solo nel caso in cui l’altro componente della coppia rifiuti la trasformazione di esso in quello sancito per le relazioni omoaffettive stabili (ora l’unione civile)<sup>54</sup>.

L’inerzia “opposta” dalla politica al monito del 2010, unita alla (implicante) constatazione di mancare di strumenti attraverso cui supplirvi, ha orientato la Corte nel 2014 verso una pronuncia che ha i caratteri della “messa in mora rafforzata”. Si richiama *espressamente* il legislatore ad «assolvere [a quel compito] con la massima sollecitudine». E, per dare manifestazione processuale all’urgenza, si usa la forma della sentenza additiva di principio *non autoapplicativa*: uno “strumento” dai risultati di effettiva protezione degli interessi sostanziali minimi, se non nulli<sup>55</sup>. A darvi concretezza è stata infatti la lettura *sostanzialistica* proposta dalla dottrina<sup>56</sup> e seguita dalla I sez. della Cassazione con la sent. 21 aprile 2015, n. 8097, per cui essa avrebbe dato substrato alla regola costituzionalmente obbligata del “congelamento” dello scioglimento del rapporto sino alla definizione di un regime giuridico non matrimoniale per coniugi divenuti *same sex*. Una *netta forzatura*<sup>57</sup>, che si svela ancora di più nel goffo tentativo di celarla<sup>58</sup>, quando la Cassazione aggiunge – con evidente crepa nella coerenza – che il tal modo «l’estensione del modello di unione matrimoniale alle unioni [divenute] omoaffettive» non si determinerebbe, a ragione dell’includibilità e temporaneità di tale regola, come se il contenuto di una regola dipendesse dal suo fondamento o dalla sua efficacia nel tempo.

<sup>54</sup> Va detto che tra i Paesi aderenti alla CEDU che non prevedono il matrimonio tra persone dello stesso sesso si rinviene anche una soluzione diversa da quella richiamata nel testo: Austria, Germania e Svizzera sanciscono infatti che la rettifica del sesso, pur rendendo la coppia *same sex*, non è in sé causa di scioglimento del rapporto matrimoniale sorto in precedenza e in base alla differenza di sesso.

<sup>55</sup> Ciò vale – lo si noti – per quelli dedotti nel giudizio principale e tanto più in termini generali, ossia per tutti coloro (invero probabilmente i pochi) che si trovano o si troveranno in tale situazione. Rimarca questo aspetto, criticando la scelta di tecnica decisoria fatta dalla Corte, RUGGERI A., *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi secondo Corte costituzionale n. 170 del 2014)*, in *Consulta online*, 14.6.2014.

<sup>56</sup> PEZZINI B., *A prima lettura*, cit. e adesivamente BRUNELLI G., *Quando la Corte*, cit., § 2.

<sup>57</sup> ... nuovo episodio del «confronto/scontro tra il giudice di legittimità e quello costituzionale nella controversa materia relativa al riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali»; BALDINI V., *Riflessioni a caldo sulla sentenza n. 8097/15*, cit., § 1.

<sup>58</sup> *Amplius* GUARINI C.P., *Tra “divorzio imposto”*, cit., § 4.

Al di là della sua efficacia giuridica, questo “secondo avviso di tempo scaduto” inviato al legislatore dal “suo giudice” sembra aver maggior forza del rigetto con monito della pronuncia del 2010. Si può infatti dire che la Corte abbia voluto far emergere “regole d’ingaggio” nuove nel confronto con la politica: prudenti sì – almeno se si segue la lettura di maggior rigore – ma comunque volte a dimostrare piena attenzione e soprattutto scarsa disponibilità a tollerare ancora l’inerzia<sup>59</sup>. Una presa di posizione più netta che, probabilmente, ha avuto peso.

#### 4. Integrazioni continentali e spazio della decisione interna

Negli Stati d’Europa la cornice prescrittiva entro cui *si può e si deve* muovere il legislatore interno non è tracciata solo dalle previsioni contenute nelle Carte costituzionali ed estratte dai loro giudici. Essi sono infatti caratterizzati da un reticolo così fitto di vincoli prodotti dai due processi (tuttora) incrementali d’integrazione – quello “eurounitario”<sup>60</sup> e quello “euroconvenzionale”<sup>61</sup> – che i loro ordinamenti e segnatamente le loro costituzioni si strutturano come “sistema di sistemi”<sup>62</sup>.

Se questo vale in generale, occorre verificare se e soprattutto come e con quale intensità gli ordinamenti continentali siano intervenuti nel singolo campo d’interesse: qui nei rapporti di coppia *same sex* stabili e sugli effetti di essi nei rapporti sociali e pubblici. Se dunque tali interventi si siano limitati a tracciare prospettive non vincolanti o se abbiano delimitato lo spazio di decisione interna sul tema e, in quest’ultimo caso, se essi limitino l’applicabilità di eventuali prescrizioni costituzionali divergenti che non si configurino come principi fondamentali o diritti inalienabili della perso-

<sup>59</sup> Nel commentare la sent. in dottrina si ipotizzava come risposta all’eventuale ulteriore inerzia la valorizzazione della via della verifica di legittimità dei trattamenti differenziati tra coppie sposate e coppia *same sex*; VERONESI P., *Un’anomala additiva*, cit., § 8.

<sup>60</sup> Nel riferirsi all’UE il termine “eurounitarie” – proposto da RUGGERI A., *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in *federalismi.it.* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), n. 24, 2009 e poi diffusosi – sembra da preferire a “sovranaZIONALE”. La sovranazionalità, infatti, è qualificazione la cui delimitazione è tuttora assai discussa; per tutti POLLICINO O., *Allargamento dell’Europa a est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell’impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano, 2010, *passim*, spec. pp. 451 ss.

<sup>61</sup> ... segnatamente quelle CEDU.

<sup>62</sup> Infatti sistema è già la costituzione (interna) ma essa si interseca (e quindi fa sistema) con il complesso dei precetti fondamentali (sistemi a loro volta) degli ordinamenti in cui lo Stato è, in plurime modalità, integrato; RUGGERI A., *CEDU, diritto “eurounitario” e diritto interno: alla ricerca del “sistema dei sistemi”*, in *Consulta online*, 19.4.2013, pp. 1 ss. Sul concetto di costituzione come “sistema” già ID., *L’“intensità” del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno e in vista dell’affermazione della Costituzione come “sistema”*, *ivi*, 30.1.2013, spec. pp. 5 ss.

na<sup>63</sup> (che tuttavia, in realtà, integrano proprio uno di quei principi<sup>64</sup>).

Appare utile partire, nella disanima, dall'ordinamento di integrazione continentale geograficamente più ristretto e giuridicamente più denso, profondo e implicante, in genere, ma meno coinvolto visto l'ambito di competenza. Il riferimento è, ovviamente, all'Unione europea.

#### 4.1. La cornice di diritto UE: vincoli (limitati) e prospettive (ancora incerte)

L'ordinamento eurounitario è in effetti solo marginalmente coinvolto nei temi del matrimonio *same sex*, del regime giuridico delle unioni omoaffettive stabili o, più in generale, della famiglia. Ciò perché «allo stato [tuttora] attuale del diritto dell'Unione, la legislazione in materia di stato civile delle persone rientra nella competenza degli Stati membri»<sup>65</sup>.

L'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali UE, infatti, garantisce sì i diritti eurounitari di sposarsi e di costituire una famiglia, ma solo «secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio». Sicché l'omissione, per nulla casuale<sup>66</sup>, di ogni riferimento alla diversità di sesso che si nota nel citato articolo è funzionale al riconoscimento di ciascuno dei variegati modelli di matrimonio e di famiglia apprestati dagli ordinamenti degli Stati membri, non a imporne qualcuno o tutti.

Persino il *soft law* e gli atti di mera proposta o di «persuasione istituzionale»<sup>67</sup> non

<sup>63</sup> Il riferimento è alla giurisprudenza sull'efficacia interna delle prescrizioni UE che la Corte costituzionale ha formato a partire dalle sentt. 27.12.1973, n. 183 e 8.6.1984, n. 170, ma che la Corte di giustizia UE (CGUE) in grande sezione (g. sez.), anche di recente, ha chiarito di non condividere dichiarando inopponibile da parte degli Stati *qualsiasi* norma interna, anche costituzionale, incompatibile con il diritto UE; sent. *Melloni* (C-399/2011) del 26.2.2013. Il clima attuale parrebbe però favorevole ai controllimiti: oltre alla loro (astratta) riaffermazione e alla loro opposizione in concreto; LUCIANI M., *Il brusco risveglio. I controllimiti e la fine mancata della storia*, in *Riv. AIC*, 2016, n. 2, spec. pp. 17 ss., con riferimento, in particolare, a possibili reazioni a CGUE, g. sez., sent. *Taricco* (C-105/14) dell'8.9.2015. E se ciò riguarda il dato formale, occorre tener presente che i controllimiti operano anche in via sostanziale (e sotterranea): per via di manipolazioni del diritto (anche vivente) UE da parte dei giudici interni, specie comuni; RUGGERI A., *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i "controllimiti")*, in *Forum Quad. cost.*, 9.4.2016, pp. 10 ss.

<sup>64</sup> ... sicché «possono farsi pianamente riportare all'unico limite costituito da questi ultimi»; RUGGERI A., *Primato del diritto sovranazionale*, cit., p. 1, nt. 1.

<sup>65</sup> Ciò ha puntualizzato la CGUE nei suoi più recenti approdi: g. sez., sent. *Römer* (C-147/08) del 10.5.2011, § 38 e, conformemente, V sez., sent. *Hay* (C-267/12) del 12.12.2013, § 26.

<sup>66</sup> Il riferimento a uomo e donna si è fatto cadere *deliberatamente* per lasciare agli Stati la scelta sull'estensione dell'istituto matrimoniale alle coppie omosessuali; v. le "*Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*", 2007/C 303/02, che, ex § 7 del Preambolo e art. 52, sono strumento d'interpretazione della Carta.

<sup>67</sup> PIGNATELLI N., *I livelli europei di tutela della coppie omosessuali tra "istituzione"*

sono, a riguardo, granché significativi. Al punto che spesso si è ritenuto di sottolineare come momento rilevante di emersione il semplice *rammarico* espresso nel 2012 in una risoluzione del Parlamento europeo (PE)<sup>68</sup> per la «adozione da parte di alcuni Stati membri di definizioni restrittive di “famiglia” con lo scopo di negare la tutela giuridica alle coppie dello stesso sesso e ai loro figli». Rammarico a cui segue la sottolineatura «che il diritto dell’UE viene [*id est*: deve essere] applicato senza discriminazione sulla base di sesso o orientamento sessuale, in conformità della Carta dei diritti fondamentali UE»<sup>69</sup>.

Quel rammarico, letto *a contrario* e quindi in positivo, è un invito; forse persino qualcosa di meno, come un semplice auspicio. I *destinatari* sono gli Stati membri (segnatamente quelli che non vi hanno provveduto). L’*oggetto* è apprestare tutela giuridica alle coppie *same sex* ma anche – lo si noti – ai *loro* figli. Figli di quelle coppie, dunque: ossia di entrambi, non di uno solo dei loro componenti; che però *in rebus natura* (ossia biologicamente) esistono solo nel caso di coppie che *same sex* lo siano *diventate*<sup>70</sup>. Questo aspetto potrebbe essere valorizzato in sede interpretativa – non senza una buona dose di formalismo e forse un po’ di capziosità – per ridurre (di molto) la portata dell’oggetto “del rammarico”<sup>71</sup>. Ma dinanzi a un atto privo di ogni forza prescrittiva, ciò si rivelerebbe un esercizio sterile, almeno per il giurista. Del resto, anche la forza prospettica (che ovviamente è solo politica e comunque ipotetica) di questa parte della risoluzione appare oggi scemare, se non addirittura già esaurirsi.

Infatti nel più recente documento in cui si occupa di LGBTI – la risoluzione dell’8 settembre 2015 “*sulla situazione dei diritti fondamentali nell’Unione europea (2013/2014)*”<sup>72</sup> – il PE tralascia ogni riferimento a figli delle coppie omosessuali. Ma vi è di più. Persino il termine “famiglia” è obliterato con riferimento a LGBTI, presi invece in considerazione in quanto persone<sup>73</sup>, i cui diritti fondamentali occorre – se-

*matrimoniale*” e “*funzione*” familiare, in *Riv. Dir. Cost.*, 2005, p. 255.

<sup>68</sup> “*Sulla parità tra donne e uomini nell’Unione europea*” del 13.3.2012 (2011/2244(INI)).

<sup>69</sup> Così il § 7 della cit. risoluzione; punto, peraltro, su cui è stato proposto un emendamento soppressivo respinto solo per pochi voti.

<sup>70</sup> ... per cambio di sesso di uno dei due componenti.

<sup>71</sup> Infatti “loro figli” (e quindi figli delle coppie *same sex*) molto difficilmente potrebbe essere inteso come figli adottivi; il rammarico è rivolto ai Paesi che non assegnano alcun riconoscimento giuridico alle coppie omoaffettive e dunque *a fortiori* non riconoscono loro la capacità di avere dei figli. Si potrebbe, però, obiettare che il riferimento sia ai figli non riconoscibili, e segnatamente a quelli che uno dei *partner* ha generato con tecniche di procreazione assistita o surrogata in ragione di un progetto di genitorialità della coppia.

<sup>72</sup> (2014/2254(INI)); v., in particolare il cap. intitolato ai *Diritti delle persone LGBTI*, §§ 85-92.

<sup>73</sup> ... non intese solo come singoli individui, però. Come dice Aldo Moro in Assemblea costituente (commentando il testo di quello che diverrà l’art. 2 cost.) l’uomo (o la persona) ha molteplici espressioni: «non è soltanto singolo, [...] non è soltanto individuo, ma [...] è società nelle sue varie forme»; Assemblea Plenaria, seduta pomeridiana del 27.3.1947, *Res. stenograf.*, p.



condo la risoluzione – che gli Stati rafforzino. A tal fine nel documento si valuta utile la generalizzazione (in tutti i Paesi membri, dunque) dell'accesso «a istituti giuridici quali coabitazione, unione registrata o matrimonio»<sup>74</sup>. La congiunzione scelta – “o” – è disgiuntiva e ciò rende l'idea della raggiungibilità dell'obiettivo anche attraverso la previsione di *uno solo* degli istituti elencati. Del resto nella risoluzione si «plaudefa al fatto che diciotto Stati membri offrano [...] queste opportunità»<sup>75</sup> e – per dirla con un eufemismo – non in tutti questi si prevedono tutti gli istituti richiamati. Di conseguenza anche l'invito a prenderli in considerazione formulato agli altri Stati membri non può essere inteso come uno stimolo a introdurli tutti.

Quindi dall'ordinamento UE non emerge, allo stato, un indirizzo prescrittivo ma neanche un semplice invito ai Paesi membri a introdurre il matrimonio *same sex*. Ciò che è loro “richiesto” è garantire *adeguata* tutela alle innegabili esigenze di riconoscimento e protezione della coppie omoaffettive. Anche per altra via<sup>76</sup>.

Un orientamento in tal direzione si scorge anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia, che da qualche tempo ha iniziato a estrarre (invero limitate o per lo meno solo puntuali) regole di garanzia eurounitaria negli spazi – piuttosto angusti, in materia – di competenza UE. Si è parlato a tal proposito di “incursioni” portate avanti attraverso il principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale<sup>77</sup>. Esso ha infatti trovato alcune applicazioni con riferimento all'ingiustificato diniego alle coppie omoaffettive *registrate* o ai loro componenti di benefici riconosciuti nel regime matrimoniale, quando questo sia loro precluso<sup>78</sup>.

2416.

<sup>74</sup> Risoluzione ult. cit., § 86.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> La risoluzione ult. cit. invero qualifica *disgiuntamente* come discriminatori per LGBTI i divieti di matrimonio (*cons. AR*) e di unione civile (*cons. BD*). Ma, pure a voler ascrivere a ciò significato rilevante, resterebbe prevalente osservare che la parte motiva è sì d'ausilio alla interpretazione della parte dispositiva ma solo nel rispetto di questa: dei limiti, cioè, di elasticità del suo testo.

<sup>77</sup> DONATI F., *La famiglia nella legalità costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2014, n. 4, p. 3.

<sup>78</sup> Tema affatto diverso è quello del mancato riconoscimento del diritto al matrimonio nel caso di eterosessualità sopravvenute per modificazione chirurgica del sesso, che la CGUE ha affrontato e dichiarato in linea di principio in contrasto col diritto UE già con la sent. del 7.1.2004 *K.B. v. NHS Pensions Agency* (C-117/01), basandosi anche su giuris. CoEDU (sentt. pronunciate dalla GC il 11.7.2002 sui casi *Goodwin v. UK* e *I. v. UK*). In Italia esso è a quel tempo risolto da anni: sin dall'entrata in vigore della l. 14.4.1982, n. 164, il matrimonio non è precluso alle coppie eterosessuali a motivo di rettificazione anagrafica del sesso. Con la sent. 5.11.2015, n. 221, la Corte cost. ha dato a questa disciplina l'interpretazione (di fatto estensiva) per cui *l'avvenuta definitiva modificazione del sesso* – che della rettificazione è il presupposto – *va accertata in concreto*, valutando il caso specifico. Vi si legge: «la mancanza di un riferimento testuale [nella cit. l. e spec. nel suo art. 1] alle modalità (chirurgiche, ormonali, ovvero conseguenti ad una situazione congenita), attraverso le quali si realizza la modificazione, porta ad escludere la necessità, ai fini dell'accesso al percorso giudiziale di

Le prime aperture si hanno con la sent. *Maruko*, pronunciata in grande sezione (g. sez.) il 1° aprile 2008<sup>79</sup>. Oggetto di giudizio è il mancato riconoscimento al componente superstite di una unione civile omosessuale di diritto tedesco (*Eingetragene Lebenspartnerschaft*)<sup>80</sup> di una specifica tipologia di pensione di reversibilità, riconosciuta al coniuge superstite<sup>81</sup>. La CG si limita a statuire che ciò consumerebbe una discriminazione *diretta* tra lavoratori fondata sull'orientamento sessuale<sup>82</sup> – lesiva dunque del diritto UE<sup>83</sup> – *solo qualora* «nel diritto nazionale, l'unione solidale [dovesse] po[rrre] le persone dello stesso sesso in una posizione *analoga*<sup>84</sup> a quella dei co-

rettificazione anagrafica, del trattamento chirurgico». Esso «costituisce solo una delle possibili tecniche per realizzare l'adeguamento dei caratteri sessuali» (*dir.* § 4.1). La pronuncia prosegue dando una lettura di antecedente (se non proprio di precedente conforme) a C. cost. sent. 23.5.1985, n. 161, rimarcando l'omogeneità tra l'opzione interpretativa seguita e la più recente giurisprudenza di Cassazione (I sez. civ., sent. 20.7.2015, n. 15138). Non di meno la forma per essa prescelta è quella della sentenza di rigetto nei sensi di cui in motivazione, da qualificarsi, peraltro, “adeguatrice”, giacché non può dirsi che si sia conformata a una regola di diritto (già) vivente. La piena confluenza interpretativa con l'ultima sentenza della Cassazione in materia le conferisce però forza persuasiva potenziata: una sorta di “vincolatività sostanziale”. Sui sempre discussi effetti delle sentenze interpretative di rigetto classiche o in senso stretto, qual è la 221/2015, v. MALFATTI E., PANIZZA S., ROMBOLI R., *Giustizia costituzionale*, 4ª ed., Torino, 2013, pp. 134-135; RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti*, cit., pp. 164-166.

<sup>79</sup> C-267/06. In precedenza, a fronte della richiesta del riconoscimento di diritti di natura economico-retributiva aventi sullo sfondo «la ben più complessa questione delle unioni omosessuali» *tout court* (cfr. C-249/96 *Grant*; C-122/99 *P* e C-125/99 *P*; C-117/01 *K B*), la CG aveva respinto le istanze dei ricorrenti; sul punto *amplius* LORELLO L., *Coppie omosessuali e tutela costituzionale*, Torino, 2015, pp. 23 ss.

<sup>80</sup> ... istituto riservato alle coppie *same sex* e che costituisce *la sola forma* di riconoscimento giuridico delle unioni omoaffettive stabili in Germania, essendo a queste precluso il matrimonio.

<sup>81</sup> La “pensione di vedovo” di lavoratori teatrali. A sollevare il caso in via pregiudiziale è il Tribunale amministrativo della Baviera in un giudizio avverso il diniego di concessione di tale beneficio opposto dall'Ente di previdenza dei lavoratori teatrali tedeschi.

<sup>82</sup> L'Avvocato generale (ma anche il ricorrente nel giudizio principale e la Commissione) si erano invece espressi per l'inquadramento come discriminazione *indiretta*: realizzata, cioè, attraverso la previsione di un requisito del beneficio che apparentemente è neutro, il matrimonio, ma negli effetti si rivela produttivo di ingiustificati svantaggi per gli omosessuali (invero a quelli che vogliono vivere il proprio orientamento sessuale in coppia omoaffettiva stabile) perché l'acquisizione di tale requisito è a loro preclusa.

<sup>83</sup> Testualmente sancito dall'art. 141 CE (ora 157 TFUE) e dalla direttiva 2000/78 Cons. del 27.11.2000 (artt. 1 e 2) con riferimento alla retribuzione e più in generale alle condizioni dei lavoratori, è, per giurisprudenza costante, esteso ai trattamenti pensionistici derivanti da lavoro. Ai sensi dell'art. 2, § 2, *lett. a*), *dir. cit.* «sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1 [religione, convinzioni personali, handicap, età o tendenze sessuali], una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione *analoga*» (corsivo *agg.*).

<sup>84</sup> Il corsivo è aggiunto per rimarcare che l'aggettivo utilizzato è esattamente quello che si

niugi [proprio] per quanto riguarda la detta prestazione ai superstiti»; *rectius*: la funzione di essa. Una verifica, questa, che si afferma espressamente attenere alla cognizione del giudice statale<sup>85</sup>.

Per tal via l'apporto di tutela eurounitaria parrebbe piuttosto relativo. Finisce, infatti, per aver base *tutta sulla normativa nazionale* delle unioni *same sex*, sulla (*eventuale*) equiparazione *da questa sancita* tra la condizione della coppia omoaffettiva registrata e quella dei coniugi proprio quanto alla specifico aspetto d'interesse. In altre parole, tra le righe della sentenza può quindi leggersi che la disciplina in rilievo, in effetti, viola il diritto UE solo se viola anche (si direbbe *prima*) il diritto interno: una norma di legge generale (quella che riconosca il diritto alla pensione di reversibilità ai componenti dell'unione solidale, sempre che la sua applicazione non debba nel caso di specie essere esclusa in ossequio al principio di specialità) e (comunque) il principio costituzionale della ragionevolezza<sup>86</sup>.

La CG ha però potuto ritenere tale ipotesi molto più che probabile<sup>87</sup>, giacché era stato lo stesso giudice *a quo* a rilevare che, in ragione di una modifica del codice di previdenza sociale tedesco<sup>88</sup>, «l'unione solidale è equiparata al matrimonio per quanto concerne la pensione di vedova o di vedovo» con la conseguenza – *è questo il punto* – che essa, «senza essere [divenuta] identica al matrimonio, ponga [ormai] le persone dello stesso sesso in una posizione analoga a quella dei coniugi per quanto concerne la prestazione ai superstiti controversa nella causa principale»<sup>89</sup>.

Su questa base lo stesso rinvio pregiudiziale sembrerebbe addirittura ultroneo, giacché l'accertamento dell'illegittimità di diritto interno (che alla lettura dell'atto di remissione si direbbe inevitabile) sarebbe sufficiente *in sé* a risolvere la controversia. Ma così in realtà non è, in quanto l'impostazione proposta dal giudice rimettente è invero assai "innovativa" rispetto all'orientamento consolidato nella giurisprudenza tedesca. Il rinvio, dunque, può essere letto come richiesta di un autorevole sostegno,

rinviene nel cit. art. 2, § 2, lett. a).

<sup>85</sup> Ivi, §§ 72-73.

<sup>86</sup> ... anche inteso nel senso più "blando" o minimale, proprio dell'esperienza anglosassone, di non assurdità, non manifesta illogicità per contraddittorietà; sul punto CARTABIA M., *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Relazione alla "Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola", Roma, 24-26.10.2013 ([www.cortecostituzionale.it/ActionPagina\\_199.do](http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_199.do)), § 1.1.

<sup>87</sup> Di ipotesi, invero, qui vi è solo la forma, per ossequio al tipo e alla funzione diretta del giudizio svolto: quello su rinvio pregiudiziale, in cui la CG non deve pronunciarsi sulla legittimità della norma nazionale; BIN R., CARETTI P., PITRUZZELLA G., *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Bologna, 2015, p. 103.

<sup>88</sup> ... peraltro introdotta proprio dalla novella della legge sull'unione solidale (LPartG) del 15.12.2004, entrata in vigore l'1.1.2005.

<sup>89</sup> Così sent. *Maruko*, cit., §§ 68-69.

che la CG non fa mancare, senza però rinunciare alla prudenza<sup>90</sup>. E così non stupisce che il giudice *a quo* decida nel merito di accordare il beneficio<sup>91</sup>, ma neanche che «le stesse Corti tedesche non si siano dimostrate particolarmente recettive nei confronti della sentenza» in esame<sup>92</sup>. Almeno non immediatamente.

Questo indirizzo interpretativo ha trovato consolidamento, con qualche progresso, nella giurisprudenza successiva<sup>93</sup>. Il riferimento è innanzitutto alla sent. g. sez. sul caso *Römer* del 10 maggio 2011<sup>94</sup> e, meno, alla sent. V sez. sul caso *Hay* del 12 dicembre 2013<sup>95</sup>. Esse, infatti, si segnalano rispettivamente per aver *fissato e confermato* qualche paletto per il test di omogeneità delle condizioni che l'interprete nazionale deve svolgere come base di valutazione della legittimità di trattamenti differenziati apprestati dal diritto interno; per accertare, dunque, eventuali discriminazioni dirette a motivo dell'orientamento sessuale, lesive (anche) del diritto UE.

Con la sent. *Römer* la CG giunge ad assegnare alla discriminazione diretta in materia di lavoro e occupazione un'interpretazione più estesa. Statuisce infatti che essa si consuma quando a venir trattate in maniera meno favorevole a motivo (tra l'altro) dell'orientamento sessuale siano situazioni non solo *analoghe* – come espressamente si legge nell'art. 2, § 2, lett. a) dir. 2000/78 – ma anche solamente *paragonabili*<sup>96</sup>. Da ciò consegue l'indicazione, invero vincolante, al giudice nazionale di svolgere tale più penetrante verifica<sup>97</sup>.

<sup>90</sup> Di «delicata spinta a supporto dell'interpretazione sostenuta nel rinvio» parla NINATTI S., *Ai confini dell'identità costituzionale. Dinamiche familiari e integrazione europea*, Torino, 2012, p. 106; di «prudenzia» parla anche LORELLO L., *Coppie omosessuali e tutela costituzionale*, cit., pp. 21 e 35.

<sup>91</sup> ... fondandosi sulla omogeneità appunto rispetto al tema specifico; VG München, sent. 30.10.2008, M 12 K 08.1484, spec. § 28.

<sup>92</sup> SARDO D., *Percorsi della differenza. L'orientamento sessuale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in SCHILLACI A. (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Roma, 2014, p. 145.

<sup>93</sup> In ulteriori pronunce pregiudiziali appunto in tema di mancata estensione ai partner omosessuali di unioni registrate di benefici propri di istituti matrimoniali riservati agli eterosessuali.

<sup>94</sup> Sulla causa C-147/08; questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale del lavoro di Amburgo in un giudizio intentato da un partner di un'unione solidale al fine di farsi riconoscere il beneficio della deduzione agevolata sulla pensione complementare di vecchiaia, previsto per i coniugati.

<sup>95</sup> Sulla causa C-267/12; questione pregiudiziale sollevata nel maggio 2012 dalla Corte di cassazione francese con riferimento al mancato riconoscimento a un lavoratore dipendente che aveva sottoscritto un PACS (nel caso di specie omosessuale) dei diritti al congedo straordinario e al premio stipendiale previsti per chi contragga matrimonio. Si noti che la legge 2013-404 del 17.5.2013 ha dato alle coppie *same sex* accesso all'istituto matrimoniale in Francia.

<sup>96</sup> § 40.

<sup>97</sup> §§ 41-43. Come spesso accade la CG richiama, con un po' d'indulgenza, la sent. *Maruko* come precedente conforme sul punto; corretto è invece sottolineare che già essa aveva escluso

Inoltre viene meglio chiarito quanto già emergeva (con qualche difficoltà) dalla sent. *Maruko* in ordine agli oggetti che l'interprete interno deve mettere a confronto per determinare la paragonabilità delle situazioni: solo «[i] diritti e [gli] obblighi dei coniugi e dei partner dell'unione civile registrata, quali risultanti dalle disposizioni nazionali applicabili e che appaiono pertinenti *alla luce della finalità e dei presupposti* di concessione della prestazione controversa»<sup>98</sup>.

Infine dalla citata sentenza emerge un maggior attivismo della CG: nell'abbozzare essa stessa il giudizio di comparazione sul caso concreto mostra di voler «anticipare il finale» per evitare che il giudice interno possa sottrarsi all'applicazione del diritto UE<sup>99</sup>. E così prova a esercitare un controllo più penetrante.

La sent. *Hay* si rifà in tutto e per tutto al precedente più recente (la sent. *Römer*), giacché l'unico elemento di difformità – la qualificazione del test, che ora diviene di *comparabilità*<sup>100</sup> – è solo nominale<sup>101</sup>. Essa va comunque segnalata, anche perché costituisce un passo in avanti assai significativo rispetto agli approdi della giurisprudenza euroconvenzionale in materia di estensione ai partner omosessuali di PACS di benefici derivanti dal rapporto matrimoniale (allora<sup>102</sup>) riservato dall'ordinamento francese a coppie di sesso diverso<sup>103</sup>.

Vale notare che anche nel caso *Hay* la CG si trova dinanzi alla prospettazione della mancata estensione di un beneficio riconosciuto in ragione del matrimonio *necessariamente eterosessuale* come *discriminazione indiretta*<sup>104</sup> e che anche in questo caso, coerentemente, non l'accoglie e opta per l'inquadramento come discriminazione diretta, vertendosi in una situazione in cui la coppia omosessuale ha comunque potu-

---

la necessità di situazioni *identiche* e affermato che l'esame (allora solo di analogia ora di paragonabilità) dovesse essere svolto non in generale, ma in riferimento alla specifica prestazione di cui trattasi.

<sup>98</sup> § 43, corsivo aggiunto.

<sup>99</sup> SARDO D., *Percorsi*, cit., p. 145.

<sup>100</sup> §§ 32-33.

<sup>101</sup> Del resto “paragonabile” e “comparabile” sono sinonimi.

<sup>102</sup> ... *rectius*: al momento dell'istaurazione della causa principale. La sent. *Hay* giunge infatti dopo l'entrata in vigore della legge francese di apertura del matrimonio alle coppie omoaffettive.

<sup>103</sup> Il riferimento è alla decisione di *irricevibilità per manifesta infondatezza* pronunciata sul ricorso proposto da un partner superstite di PACS che si era visto negare la pensione di reversibilità; CoEDU, sez. V, *Manenc v. France*, 21.9.2001, in cui si afferma, da un lato, che le condizioni di partner superstite di un PACS e di coniuge superstite non sono tra loro neanche comparabili a ragione delle differenze che permangono tra i due istituti e, dall'altro, che la preclusione del matrimonio alle coppie omosessuali non implica né in sé né con riferimento agli effetti di restrizione del beneficio in discussione discriminazione in base all'orientamento sessuale, ma rientra nell'ampio margine di apprezzamento riconosciuto in materia agli Stati contraenti. Questi approdi sono in larga parte confermati nella giurisprudenza successiva; v. *infra* § 4.2.

<sup>104</sup> Come nel caso *Maruko*; v. *supra* nt. 82.

to conseguire un riconoscimento e un regime giuridico<sup>105</sup>.

Si può ipotizzare, anche in base a un precedente<sup>106</sup>, che tale strada sarebbe invece percorsa se alla CG venisse sottoposto un caso di diniego a coppie omoaffettive a cui sia precluso il matrimonio e qualsiasi altro istituto di riconoscimento giuridico, o ai loro componenti di benefici riconosciuti nel regime matrimoniale. Sarebbe infatti questo un modo attraverso cui garantire loro tutela.

Dunque, allo stato attuale l'ordinamento UE impone ai Paesi membri vincoli solo minimi, o meglio *specifici, puntuali* in materia di regime delle relazioni omoaffettive<sup>107</sup>. E la via "più promettente" per una loro espansione, su cui peraltro l'Unione ha mosso solo i primi passi<sup>108</sup>, sembra essere quella del riconoscimento di *status* e diritti di coppia o familiari acquisiti in altro Paese membro. Ciò anche in quanto strumento di effettività della libertà di circolazione.

Per un'accelerazione in questa direzione spinge *de iure condendo* il PE<sup>109</sup> ma non si può escludere che essa si produca per via giurisprudenziale<sup>110</sup>.

#### 4.2. La cornice di diritto euroconvenzionale: uno status giuridico per la "vita familiare" *same sex*

A motivo dell'ambito di competenza che gli è proprio, l'ordinamento euroconvenzionale è in materia più *ampiamente* coinvolto di quello eurounitario. Ma i vincoli da esso imposti – o almeno quelli di portata più generale, che appunto travalicano gli ambiti specifici in cui si espande anche il diritto UE – per l'Italia risultano in larga parte "doppiare" quelli costituzionali (interni) senza per questo cadere nell'irrelevanza del semplice "doppione".

È infatti vero il contrario. Grazie all'equilibrato attivismo del "suo giudice", la

<sup>105</sup> In questo caso il PACS. La situazione, quanto al profilo d'interesse, è infatti del tutto omogenea a quella dell'unione solidale su cui verteva il caso *Maruko*.

<sup>106</sup> Sent. *K.B.* del 2004, cit., spec. § 30, inerente al mancato riconoscimento di pensione di reversibilità al componente transessuale di una coppia divenuta eterosessuale e rimasta coppia di fatto a causa della preclusione del matrimonio nel proprio Paese: il Regno Unito.

<sup>107</sup> RUGGERI A., *Famiglie, genitori e figli*, cit., pp. 35-36.

<sup>108</sup> Direttiva 38/2004 PE e Cons. del 29.4.2004 attuata in Italia con d. lgs. 6.2.2207, n. 30.

<sup>109</sup> V. da ultima la citata risoluzione "sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea (2013/2014)", § 86, in cui il PE «rinnova [...] il suo invito alla Commissione a presentare una proposta riguardante una disciplina avanzata per il pieno riconoscimento reciproco degli effetti di tutti gli atti di stato civile nell'Unione europea, compresi il riconoscimento giuridico del genere, i matrimoni e le unioni registrate, al fine di ridurre gli ostacoli discriminatori di natura giuridica e amministrativa per i cittadini che esercitano il loro diritto di libera circolazione».

<sup>110</sup> E in effetti il tema è stato già proposto in un rinvio pregiudiziale inerente all'interpretazione del concetto di partner di cui all'art. 2, §, lett. b) della dir. 2004/38 del PE e Cons. del 29.4.2004, ma la CGUE non l'ha potuto decidere in quanto l'autorità giudiziaria ungherese rimettente vi ha rinunciato; sez. II, ord. *Cocaj* (C-459/15) del 16.7.2015 di radiazione.

CEDU ha costituito e potrà ancora costituire non solo un importante puntolo – insieme a quello della costituzione vivente – per la “politica interna”, ma anche uno strumento ulteriore, non privo di efficacia, di riconoscimento e protezione di interessi sostanziali fortemente avvertiti e da troppo tempo frustrati.

L’attuale quadro generale del diritto convenzionale in materia è stato tracciato, in discontinuità con i precedenti, dalla sent. *Schalk and Kopf*, pronunciata dalla I sez. CoEDU nel 2010. Seguita appieno dalla giurisprudenza successiva anche della *Grand Chamber*, essa costituisce infatti tuttora il punto di riferimento quanto alla regolamentazione delle relazioni omoaffettive stabili e ai connessi diritti. È utile dunque ripercorrerne gli aspetti salienti, innestando sul suo percorso gli elementi introdotti (o specificati) con le pronunce più recenti.

Il suo apporto di maggiore peso sta nell’aver a queste riconosciuto il carattere di comunità di vita familiare (ex art. 8 CEDU). Mentre con riferimento al diritto al matrimonio (art. 12 CEDU), emerge un *revirement* dagli effetti alquanto ridotti.

È bene partire da quest’ultimo aspetto.

La sentenza segna il superamento della (chiara) lettera dell’art. 12 CEDU nel suo riferire il matrimonio solo alle coppie formate da un uomo e una donna. Esso è realizzato attingendo, con larghezza, alle risorse dell’argomento sistematico. L’interpretazione evolutiva viene infatti fondata tutta sull’art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell’*Unione europea*, in cui ogni riferimento (anche indiretto) all’alterità sessuale nel matrimonio è stato accuratamente evitato; dunque tutta *ad extra*, operando in termini di “sistema di sistemi” europei<sup>111</sup>.

Ma la conseguenza che da ciò si trae è limitata alla sola attribuzione di rilevanza (anche) convenzionale al matrimonio *same sex* legittimamente contratto. Senza che così risulti neanche minimamente incisa la libertà degli Stati di scegliere se riservare l’istituto matrimoniale a coppia di persone di sesso diverso o renderlo *gender neutral*.

La cautela, infatti, si impone: «*the marriage has deep-rooted social and cultural connotations which may differ largely from one society to another*». I giudici di Strasburgo, quindi, avvertono di non poter sostituire il proprio giudizio alla decisione politica delle autorità nazionali, «*who are best placed to assess and respond to the needs of society*»<sup>112</sup>.

In definitiva, la lettura evolutiva dell’art. 12 rimuove l’ostacolo al riconoscimento della protezione euroconvenzionale di *tutti* i matrimoni legittimi e degli *status* dei componenti delle relative famiglie: qualsiasi matrimonio e tutti i coniugi, indipendentemente dal genere, diverso o uguale, degli stessi. Non appresta invece alcuna tutela all’istanza di accesso all’istituto matrimoniale delle coppie *same sex*, di diventare coniugi; al contrario, continua a rimettere la questione alla scelta di ogni Stato

<sup>111</sup> Detto in altri termini, è il grimaldello della *norma eurounitaria* – correttamente tratta dalla disposizione che non c’è (*supra* § 4.1, spec. nt. 66) – a permettere alla CoEDU di “liberarsi” dai *chiari* vincoli testuali presenti nel *proprio* ordinamento.

<sup>112</sup> Sent. *Schalk and Kopf*, cit., §§ 62.

contraente<sup>113</sup>.

Un obbligo per gli Stati di garantire il matrimonio a qualsiasi coppia di persone – senza riguardo, dunque, alla combinazione dei generi – non può neanche discendere dal combinato disposto degli artt. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 14 (divieto di discriminazione segnatamente anche quelle fondate sul sesso) della Convenzione. A ciò si oppone infatti il principio di non contraddizione soprattutto in considerazione del fatto che quelle appena richiamate sono norme di carattere generale che dunque si pongono, quanto al tema dell'accesso all'istituto matrimoniale, in rapporto di genere a specie con le norme estratte dall'art. 12<sup>114</sup>.

È invece nell'assegnare una portata più ampia alla locuzione “vita familiare”, contenuta nell'art. 8 CEDU, che la sent. *Schalk and Kopf* imprime un cambiamento rilevante al diritto convenzionale. La giurisprudenza precedente l'aveva riservata ai rapporti di coppia eteroaffettiva stabile, anche *de facto*<sup>115</sup>, relegando quelli tra persone dello stesso sesso a mera espressione di “vita privata”<sup>116</sup>. Ora si cambia rotta. E lo si fa in modo netto e dichiarato. Attenta però a non consumare uno strappo, la Corte fonda la cesura interpretativa tutta sulla rapida evoluzione di atteggiamento, di propensione sociale verso le coppie *same sex*, che ha condotto un considerevole numero di Stati contraenti a garantirne il riconoscimento giuridico e l'UE a dare a ciò rilievo<sup>117</sup>.

In questo (nuovo) “ambiente” conservare la differenziazione sarebbe artificioso, perché avulso dalla (mutata) realtà<sup>118</sup>. Dunque, ogni relazione di coppia che abbia il

<sup>113</sup> Così I sez. nella sent. *Schalk and Kopf*, cit., §§ 62-63, espressamente seguita dalla V sez., nella sent. (2012) sul caso *Gas and Dubois v. France*, cit., § 66, dalla VI sez. e dalla GC nelle sentenze di prima istanza (2012) e d'appello (2014) sul caso *H. v. Finland*, risp. § 38 e § 96, dalla IV sez. nella sent. sul caso *Oliari* (2015), § 192.

<sup>114</sup> Sent. *Schalk and Kopf*, cit., § 101; così anche sent. *Gas and Dubois*, cit., § 63, le due cit. sent. *H. v. Finland*, risp. § 38 e § 96. Su tali profili v. anche LORELLO L., *Coppie omosessuali e tutela costituzionale*, cit., pp. 4 ss. Per analoghe conclusioni in base ad analogo ragionamento con riferimento al combinato disposto degli artt. 14 e 12 CEDU v. la sent. *Oliari*, § 193.

<sup>115</sup> ... ovviamente comprendendo anche gli eventuali figli.

<sup>116</sup> Tale consolidato orientamento aveva l'emersione più recente nella sentenza sul caso *Mata Estevez* del 2001, in cui la qualificazione come mera “vita privata” di una relazione omoaffettiva (necessariamente) *de facto* (per la preclusione dell'accesso al matrimonio alle coppie *same sex*) finiva per fondare una declaratoria di irricevibilità, *per manifesta infondatezza*, del ricorso proposto del partner superstite avverso il diniego di concessione di pensione di reversibilità. Non si era invece posto il tema dell'inquadramento delle relazioni omoparentali.

<sup>117</sup> Sent. *Schalk and Kopf*, cit., §§ 91-95, spec. § 93, richiamando la ricostruzione fatta nei §§ 27-30; in senso adesivo GC, sent. *Vallianatos*, cit., spec. §§ 73 e 91.

<sup>118</sup> Così sent. *Schalk and Kopf*, cit., § 94, immediatamente dopo sez. I, sent. *P.B. and J.S. v. Austria*, 22.7.2010, § 30, poi diffusamente e da ult. sez. II, sent. *Pajić v. Croatia*, 22.2.2016, § 64.



carattere della tendenziale stabilità<sup>119</sup> diviene ora “vita familiare” (anche) in senso giuridico<sup>120</sup>. L’alterità di genere non ha più rilievo<sup>121</sup>.

Tale nuova qualificazione si segnala non solo per la sua forza simbolica. Infatti, nell’implicito incastonarsi nel divieto di discriminazioni fondate sull’orientamento sessuale, essa favorisce un concreto avvicinamento tra relazioni stabili omoaffettive ed eteroaffettive, che però – è bene rimarcarlo – non coinvolge di per sé l’istituto matrimoniale.

La premessa da cui la Corte muove è che le coppie di sesso diverso e quelle del medesimo sesso hanno la stessa capacità di instaurare una relazione affettivo-sessuale stabile e da ciò trae la conseguenza che esse si trovano, «*as regards their need for legal recognition and protection of their relationship*», «*in a relevantly similar situation*»<sup>122</sup>. Le une e le altre, dunque, hanno necessità di un regime giuridico, senza che ciò implichi che sia necessariamente lo stesso.

Trattamenti diversi possono essere legittimamente sancite dai Paesi contraenti, ma richiedono *particularly serious reasons* di fondamento; altrimenti, poiché si verte in differenze che attengono all’orientamento sessuale, consumano discriminazioni vietate dal combinato disposto degli artt. 14 e 8 CEDU<sup>123</sup>.

Il test antidiscriminatorio è superato nettamente dalla decisione di riservare il matrimonio alle coppie di persone di sesso diverso. E con esso ci si riferisce non solo al *nomen*, ma anche al regime giuridico: «*a special status on those who enter into it*». Infatti, da un lato è un interesse serio quello avvertito da alcuni Paesi di tutelare la famiglia tradizionale e quindi rientra nel loro margine di apprezzamento, ma dall’altro la stessa protezione speciale conferita al matrimonio dall’art. 12 CEDU «*gives rise to social, personal and legal consequences*»<sup>124</sup>.

<sup>119</sup> Nella sent. *Schalk and Kopf* essa ne rinviene l’indice nella coabitazione di lungo termine (§ 94). È stato poi chiarito, a riguardo, che proprio di un indice, per quanto rilevante, e non di una condizione si tratta giacché l’assenza di coabitazione di lungo termine determinata dal tipo di progetto di vita comune o da condizioni indipendenti dalla volontà dei partner non può escludere la sussistenza di una relazione di coppia stabile; risp. sentt. GC, sent. *Vallianatos*, cit., § 73 e sez. II, sent. *Pajić*, cit., §§ 65-67.

<sup>120</sup> E ciò si estende – come verrà chiarito dalla Corte subito dopo – a ogni relazione genitoriale, dunque anche a quella omoparentale; sez. V, dec. su ammissibilità caso *Gas and Dubois v. France* 31.8.2010; GC, sent. *X et alt. v. Austria*, § 95.

<sup>121</sup> Per Antonio RUGGERI si tratta però di un’ambigua oscillazione: a suo giudizio anche nell’ordinamento CEDU (come in quello italiano) solo il matrimonio può fondare una famiglia; *Il diritto al matrimonio*, cit., pp. 267 ss., spec. p. 268.

<sup>122</sup> Sent. *Schalk and Kopf*, cit., § 99 nonché *Vallianatos*, cit., §§ 78 e 81.

<sup>123</sup> Sent. *Schalk and Kopf*, cit., §§ 96-99 e adesivamente sent. *Gas and Dubois*, cit., § 60.

<sup>124</sup> Così, perspicuamente, sent. *Gas and Dubois*, cit., § 68 e giurisprudenza ivi citata. L’affermazione è particolarmente rilevante anche per il caso che viene deciso. Si tratta infatti dell’impedimento nell’ordinamento francese dell’adozione del figlio del partner *same sex*, consentita invece al coniuge. La Corte ne esclude il carattere discriminatorio.

In questa prospettiva la contestazione avverso il mancato riconoscimento alle coppie *same sex* di uno *status* del tutto corrispondente a quello matrimoniale risulta convenzionalmente infondata<sup>125</sup>.

È viceversa sanzionata dalla Corte la scelta statale di prevedere le unioni civili ma escluderne l'accesso alle coppie *same sex*, qualora per queste non siano previste altre forme di riconoscimento e tutela. Il loro interesse a poter dare giuridica rilevanza (per via non solo contrattuale, ma anche legislativa<sup>126</sup>) alla propria relazione e alle connesse necessità di mutuo supporto e assistenza non è infatti diverso da quello delle coppie formate da un uomo e una donna<sup>127</sup>. E dunque estrometterle dallo strumento che ha propriamente tale funzione costituisce una disparità ingiustificata: una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale<sup>128</sup>.

Null'affatto ristretto è tuttora lo spazio di decisione dei Paesi contraenti in ordine a quale regime giuridico assegnare alle unioni omoaffettive. Ciò perché la CoEDU non può che registrare, in materia, la perdurante assenza di uniformità tra gli ordinamenti statali<sup>129</sup>.

Quello che si osserva è una tendenza assai rilevante, ancorché recente<sup>130</sup>, e anche progressiva<sup>131</sup>, ma solo verso *una qualche forma* di riconoscimento; non uno specifico regime.

Ecco che il margine di apprezzamento deve essere ampio con riferimento al *quomodo*, ma invece sull'*an* non c'è proprio: gli Stati che ne sono rimasti avulsi semplicemente devono seguire quel *trend*. Il *timing* di adeguamento della legislazione dipende però da condizioni interne, sicché – riconosce il giudice europeo – devono essere le autorità statali a definirlo<sup>132</sup>. Ciò implica *solo discrezionalità* nel *quando*, che certo “non copre” dilazioni *sine die*.

<sup>125</sup> Sent. *Schalk and Kopf*, cit., § 108.

<sup>126</sup> Sent. *Vallianatos*, cit., § 81.

<sup>127</sup> L'interesse è duplice: è sia alla regolamentazione sia alla legittimazione sociale. Che quest'ultimo aspetto abbia rilievo proprio per le coppie *same sex* è bene sottolineato nella sent. *Oliari*, cit., § 174.

<sup>128</sup> Sent. *Vallianatos*, cit., §§ 80 ss. La Corte sottolinea che le unioni civili sono aperte alle coppie omosessuali nella grande maggioranza dei Paesi contraenti che le prevedono (§ 91).

<sup>129</sup> Ivi, § 91. In generale sul rapporto di proporzionalità inversa che nella giurisprudenza della CoEDU lega *consensus doctrine* e *margins doctrine* cfr. BENVENISTI E., *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*, in *NYU J Int'l L & Pol*, 1999, pp. 843 ss. spec. p. 851, ove si legge: «*the less the court is able to identify a European-wide consensus on the treatment of a particular issue, the wider the margins the court is prepared to grant to the national institutions*».

<sup>130</sup> ... dell'ultima decade, scriveva sei anni fa la Corte: sent. *Schalk and Kopf*, cit., § 105.

<sup>131</sup> Sent. *Oliari*, cit., § 178.

<sup>132</sup> Sent. *Schalk and Kopf*, cit., § 105.

Lo si legge chiaramente nella sent. *Schalk and Kopf*<sup>133</sup>. Non prive di significato in tal senso sono le citate pronunce sul caso *H. v. Finland* (del 2012 e del 2014), in cui la Corte ha giudicato conforme alla CEDU l'istituto finlandese del divorzio imposto proprio perché alla coppia divenuta *same sex* era comunque garantito il diritto di accedere al regime dell'unione civile e, dunque, il riconoscimento e la garanzia giuridica della loro relazione (mutata) familiare stabile.

È tuttavia con la sent. *Oliari* – pronunciata quasi un anno orsono dalla IV sez. proprio nei confronti (anzi contro) l'Italia – che si mette un punto fermo. Si traccia un segno molto netto.

Richiamando i precedenti, vi si sottolinea che l'esigenza di garantire il rispetto della vita familiare può fare insorgere in capo agli Stati obblighi positivi. Tra questi quello di apprestare un quadro normativo volto a consentire alle coppie *same sex* «di far riconoscere e tutelare la loro relazione ai sensi del diritto interno»<sup>134</sup>. Fino qui solo un chiarimento; una ricostruzione sistematica e perspicua di quanto già sancito in varie decisioni. I casi che si erano presentati sino a quel momento avevano fatto però ritenere sufficiente sancire un regola generale; pronunciare moniti, più o meno diretti, agli Stati: farsi carico del problema in tempi ragionevoli. Ora, invece, la Corte deve confrontarsi con un'inerzia che dura da troppi anni; con un Parlamento che si è dimostrato riottoso dinanzi a ogni monito; con un diritto interno che si è dimostrato inefficace e incapace – nonostante pronunce giurisdizionali anche del più elevato livello, anche della Corte cost., anche risalenti<sup>135</sup> – di garantire protezione effettiva e omogenea a istanze che esso stesso (e non solo quello euroconvenzionale) valuta meritevoli di tutela<sup>136</sup>. Inevitabile è accertare che il tempo (non ristretto) che è ragionevole impiegare per discutere un tema certo complesso<sup>137</sup> e trovare un punto di equilibrio è già trascorso inutilmente; che il margine di discrezionalità nel *quando* è stato travalicato.

<sup>133</sup> *Ibidem* e giuris. ivi citata

<sup>134</sup> Sent. *Oliari*, cit., § 164.

<sup>135</sup> Ivi, § 180, nonché § 184, ove si rimarca che «il legislatore, intenzionalmente o per mancanza della necessaria determinazione, [ha] disatteso le ripetute esortazioni dei supremi tribunali italiani»; e in particolare si osserva che la «ripetuta inosservanza da parte del legislatore delle pronunce della Corte costituzionale o delle raccomandazioni in esse contenute relative alla coerenza con la costituzione per un significativo periodo di tempo, indebolisca potenzialmente le responsabilità della magistratura e nel caso di specie abbia lasciato gli interessati in una situazione di incertezza giuridica di cui si deve tener conto».

<sup>136</sup> Ivi, §§ 170-172, ove si sottolineano, in modo molto critico, la magmaticità del quadro giuridico in materia e le incertezze e le disparità di trattamento per le posizioni individuali che così si producono.

<sup>137</sup> ... perché direttamente inerente a questioni etiche e che, dunque, divide.

Il permanere dell'assenza di una qualsiasi disciplina delle relazioni di coppia omoaffettiva perpetra ora la violazione da parte dell'Italia dell'obbligo positivo di provvedervi, sancito dall'art. 8 CEDU. La condanna giunge scontata<sup>138</sup>.

Resta da affrontare il tema della dimensione della discrezionalità nel *quomodo* su cui possono contare gli Stati che decidono, legittimamente, di assegnare alle unioni *same sex* un regime differente da quello matrimoniale.

Sotto il *profilo soggettivo* la CoEDU ha affrontato – come sopra evidenziato – il tema della esclusione dal regime di unione civile delle coppie omoaffettive (dichiarandola illegittima). Non anche dell'esclusione di quelle eteroaffettive<sup>139</sup>. Ciò perché la riserva di tale istituto alle unioni stabili tra persone dello stesso sesso non pone problemi di discriminazione, innanzitutto in quanto non è dato fare un solo esempio di Paese contraente in cui un uomo e una donna non possano dare rilievo giuridico alla loro unione stabile. Ma anche a voler ragionare per assurdo la conclusione non potrebbe diversa. In una siffatta ipotetica situazione la coppia eteroaffettiva potrebbe invocare la garanzia autonoma del diritto a sposarsi, espressamente attribuitale dall'art. 12 CEDU. Infatti da esso discende in capo agli Stati l'obbligo positivo di istituire il matrimonio e garantirvi accesso.

Sotto il *profilo contenutistico*, dalla giurisprudenza emerge, per un canto, un tentativo di generale perimetrazione della discrezionalità, attraverso i tipici canoni della ragionevolezza e della proporzionalità. Per l'altro, e in applicazione di ciò, lo specifico riconoscimento di alcuni diritti: un contenuto minimo casistico che finisce per attenersi alla sola sfera socioeconomica e su cui non vale indugiare in questa sede<sup>140</sup>.

Quanto al primo aspetto, si deve osservare che la Corte segna più fuochi intorno a cui far ruotare i propri test: l'assenza in materia di una generale omogeneità di vedute tra i Paesi contraenti (che allarga il margine di apprezzamento); l'esigenza di *strict-scrutiny* delle differenze di trattamento connesse all'orientamento sessuale (che evidentemente lo restringe); il carattere certamente *gender neutral* di taluni *specifici* interessi.

Tutto ciò rende labili i confini esterni della discrezionalità dei legislatori statali e per il giudice europeo assai più proficuo valutarne le scelte all'interno del rispettivo ordinamento: usare, cioè, come *tertium comparationis* rispetto alla previsione o alla mancata previsione oggetto di giudizio altre norme di quell'ordinamento.

Il fermo orientamento che esclude per le coppie *same sex* la configurabilità in sede convenzionale sia di un diritto al matrimonio sia di un diritto a un regime uguale o sovrapponibile a quello matrimoniale finisce per porre un ulteriore limite al sindacato della CoEDU sul *quomodo*. Infatti un test di discriminazione fondato sull'orien-

<sup>138</sup> ... al risarcimento del danno, ma soprattutto ad adottare la necessaria normativa.

<sup>139</sup> ... come accade in Austria, Germania e ora, con la legge 20.5.2016, n. 76, anche in Italia.

<sup>140</sup> Basta qui richiamare, a titolo di esempio, il riconoscimento al partner superstite di una relazione stabile *same sex* del diritto a succedere nel contratto di locazione; sentt. I sez. *Karner v. Austria*, 24.10.2003 e IV sez., *Kozak v. Poland*, 2.3.2010.

tamento sessuale in cui siano confrontate una regola (anche che non c'è) di uno *status* (unione civile) con una regola dell'altro (matrimonio) deve superare un'obiezione in più: quella del rapporto di coesistenzialità tra regola e *status*. E questo non è affatto facile.

Ecco che negli ambiti più problematici – quelli ad alto livello di sensibilità etica, qual è in particolare quello delle adozioni omoparentali – l'approccio della Corte è di «compartimentazione dei regimi di convivenza». Tende infatti a sanzionare, in quanto discriminatorie, solo le differenze di trattamento basate sull'orientamento sessuale quando sono *interne a una certo regime*<sup>141</sup>.

Paradigmatica in tal senso è la sent. della CG sul caso *X et alt. v. Austria* (2013), soprattutto nel confronto con quella della V sez. sul caso *Gas and Debois v. France* (2012). In entrambe gli attori lamentavano la discriminazione causata dal divieto indiretto di adozione del figlio del proprio *partner same sex*. Esso si produceva, in entrambi, perché la perdita della genitorialità in caso di *single adoption* non era esclusa per il genitore biologico che fosse *partner* omoaffettivo dell'adottante. La Corte meno di un anno dopo “aver assolto” la disciplina francese, dichiara quella austriaca incompatibile con la CEDU. Ma non si tratta di discriminazione tra Paesi, ovviamente e neanche di *revirement*. I due casi sono in realtà differenti. Infatti in Francia, poiché il beneficio della conservazione della genitorialità era riservato al *coniuge* dell'adottante, l'adozione co-parentale era consentita solo all'interno del matrimonio. Ne erano escluse, quindi, *tutte* le coppie non sposate<sup>142</sup>: quelle formate da un uomo e una donna come quelle *same sex*. In Austria, invece, era vietata alle coppie di fatto *same sex* e consentita a quelle formate da un uomo e una donna. All'interno del medesimo regime, e dunque in una *relevantly similar situation*, in Francia si registrava lo stesso trattamento, in Austria un trattamento peggiore per le coppie omoaffettive<sup>143</sup>. Da qui le conclusioni opposte a cui giunge la Corte nei due casi<sup>144</sup>.

<sup>141</sup> Così, quasi testualmente, REPETTO G., *Figli irricognoscibili. Le adozioni omoparentali alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in SCHILLACI A. (a cura di), *Omosessualità*, cit., p. 155.

<sup>142</sup> ... comprese quelle che avevano stipulato un PACS (come le ricorrenti), che la disciplina vigente apriva alle coppie sia omoaffettive sia eteroaffettive.

<sup>143</sup> Cfr. sent. *Gas and Dubois*, cit., § 69 e sent. *X et alt.*, cit., §§ 111 ss., spec. §§ 129-131.

<sup>144</sup> Alla decisione di condanna della CoEDU l'Austria ha dato seguito attribuendo il beneficio dell'esclusione della perdita della genitorialità al genitore naturale partner dell'adottante in una unione civile o *Eingetragene Partnerschaft* (che in quell'ordinamento è solo *same sex*). Successivamente, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima l'esclusione delle coppie *same sex* dalla adozione congiunta, perché discriminatoria e lesiva del prevalente interesse del minore; sent. G 119-120/2014-12 dell'11.12.2014. Un percorso simile si rinviene in Germania, dove prima la novella del 2004 della legge sulle unioni civili omoaffettive ha consentito l'adozione co-parentale (art. 7 LPartG) e poi il Tribunale costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'esclusione delle coppie dello stesso sesso dalla c.d. adozione successiva: quella in cui viene adottato il figlio adottivo del *partner*; sent. del 19.2.2013 (1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09); sicché essa è stata espressamente prevista nell'art. 9, co. 7, LPartG. L'adozione congiunta (ossia contemporanea) resta invece riservata ai coniugi.

Va aggiunto che in entrambi i giudizi le parti avevano anche lamentato l'effetto discriminatorio indiretto prodotto dal combinarsi della differenza di trattamento rispetto alle coppie sposate con la riserva del matrimonio<sup>145</sup> alle coppie formate da un uomo e una donna. Tale censura è stata giudicata priva di pregio e rigettata in entrambe le sentenze senza neanche molto indugiare in argomentazioni. Ciò perché, trattandosi di confrontare il regime matrimoniale con un diverso regime, si è ritenuto marcare quello che la CoEDU considera il presupposto di ogni test antidiscriminatorio: la rilevante similitudine di condizioni<sup>146</sup>.

### **5. Ce lo impone l'Europa! Prima la costituzione, in realtà. Su utilità e rischi della retorica integrazionistica**

Dal confronto tra il diritto costituzionale, quello eurounitario e quello euroconvenzionale emerge qualche diversità ricostruttiva, di lessico soprattutto, ma anche di impostazione. Ciò non può sorprendere se si considerano le differenze ordinamentali e soprattutto la progressiva ampiezza (geografica e dunque identitaria prima ancora che giuridica) del contesto su cui insistono l'UE e la CEDU. Sarebbe però errato affermare che gli approdi integrazionistici europei mettano in tensione il diritto costituzionale vivente interno.

Infatti, dall'analisi svolta nei precedenti paragrafi, emerge schematicamente che:

a) nessuno dei due ordinamenti continentali vincola gli Stati membri a riconoscere alle coppie *same sex* il diritto di accedere all'istituto matrimoniale e, anzi, la giurisprudenza convenzionale ha sancito (anche di recente) con nettezza che la scelta di riservarlo alle coppie formate da un uomo e una donna rientra largamente nel margine di apprezzamento statale. L'art. 29 cost. così come interpretato dalla Corte cost. altro non fa che operare quella scelta al più alto livello;

b) entrambi richiedono agli Stati membri di dettare una disciplina di riconoscimento e garanzia delle unioni *same sex* a tendenziale stabilità<sup>147</sup>: però quello eurou-

<sup>145</sup> Sancita allora (ma oggi non più; v. *supra* nt. 95) in Francia e tuttora in Austria.

<sup>146</sup> Così sent. *Gas and Dubois*, cit., §§ 70-71 e, conformemente, sent. *X et alt.*, cit., §§ 105 ss., spec. § 108.

<sup>147</sup> ... della loro "vita familiare", secondo la qualificazione data dalla più recente giurisprudenza della CoEDU adottata ora anche nell'art. 1, co. 12, l. 96/2016. Ciò potrebbe far aprire qualche discussione, in quanto, stante il diritto costituzionale vivente, anche il *nomen* famiglia potrebbe ritenersi riservato nell'ordinamento italiano alla tradizionale società formata da un uomo e una donna e fondata sul matrimonio. Del resto il comma appena citato è ricalcato quasi alla lettera sull'art. 144, co. 1 cod. civ., ma, probabilmente non per caso, evita il termine famiglia ivi contenuto: qualifica infatti la residenza "comune", mentre quest'ultimo parla di "residenza della famiglia" e ne subordina la scelta al preminente interesse di questa. Parrebbe tuttavia trattarsi di questione solo nominalistica. Comunque sul punto IORIO G., *Costituzione, impedimento e altre cause di nullità, scioglimento dell'unione civile. Gli obblighi del contraente e il regime patrimoniale*, in questo *Volume*, cap. IV, sez. II, §1.

nitario in via politica e in termini prospettici, quasi di *moral suasion*, quello euroconvenzionale in via giuridica, in termini di immediata prescrizione. Una prescrizione esattamente nel medesimo senso è estratta dall'art. 2 cost. dalla sent. 138/2010 e rafforzata, quanto alla indilazionabilità, dalla sent. 170/2014. Sicché la sent. *Oliari* va letta non solo come pienamente in linea con la giurisprudenza costituzionale, ma anche come supporto alla sua efficacia<sup>148</sup>;

c) entrambi introducono un *favor* per l'omogeneità di trattamento nelle unioni stabili omoaffettive ed eteroaffettive, ma esso risulta "assai prudente", si direbbe addirittura blando e ristretto. Allo stato della giurisprudenze delle due Corti ne discendono infatti vincoli o solo inerenti a specifici benefici socioeconomici (in materia di trattamenti previdenziali, di successione nei contratti, ecc.) o di non differenziazione ma solo all'interno del medesimo regime. Con riferimento all'ordinamento italiano quest'ultimo tipo di vincolo potrebbe essere fatto valere solo nei confronti di ipotetici trattamenti difformi tra conviventi di fatto<sup>149</sup>, perché solo questo regime è aperto a tutte le coppie: sia a quelle tra un uomo e una donna sia a quelle *same sex*<sup>150</sup>. Risulta evidente, dunque, che le integrazioni continentali non impongono che le unioni omoaffettive abbiano negli Stati membri un regime giuridico identico o anche solo assai simile a quello delle unioni eteroaffettive. Si richiede solo che le differenze di trattamento (e dunque giuridiche) abbiano fondamento in una apprezzabile differenza di condizione (e dunque di fatto). Ed è proprio quello che richiede già la Costituzione per come interpretata dalla giurisprudenza costituzionale in materia. La Corte non ha infatti mancato di sottolineare – sebbene forse con un qualche eccesso di prudenza espositiva<sup>151</sup> – che vi possono essere casi in cui il trattamento omogeneo si rivela una necessità costituzionale che, se frustrata dal legislatore, le imporrebbe di intervenire attraverso il controllo di ragionevolezza<sup>152</sup>. In conclusione anche sul delicato tema della discrezionalità nel *quomodo* della disciplina delle unioni civili vi è innegabile confluenza.

<sup>148</sup> V. sent. *Oliari*, cit., spec. § 180, ma anche § 43, ove il richiamo testuale della relazione del Presidente della Corte cost. Franco Gallo alla Riunione straordinaria del 12.3.2013, in cui si lamentava il *mancato ascolto* da parte del legislatore interno dell'*invito* formulato dalla sent. 138/2010 a regolare i rapporti di coppia *same sex*, giacché è un «diritto fondamentale» quello al «riconoscimento giuridico, con i connessi diritti e doveri, della loro stabile unione» ([www.cortecostituzionale.it/ActionPagina\\_235.do](http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_235.do)), e § 184, in cui si osservano i rischi di indebolimento della responsabilità delle magistrature insiti in tale condizione di perdurante riottosità del legislatore.

<sup>149</sup> ... invero per nulla riscontrabili nella l. 76/2016 che la disciplina all'art. 1, co. 36 ss.

<sup>150</sup> Infatti il cit. co. 36 recita: «si intende per "conviventi di fatto" due *persone* maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile» (corsivo agg.).

<sup>151</sup> *Supra* nt. 37.

<sup>152</sup> Sent. 138/2010, *dir.* § 8 e sent. 170/2014, *dir.* § 5.2.

Si deve dunque concludere che le integrazioni continentali non producono vincoli (positivi o negativi) ulteriori o diversi da quelli che già emergono dalla costituzione vivente e, anzi, rispetto a questa consentono un numero maggiore di soluzioni. Il che, del resto, appare ovvio, in quanto devono poter contenere ordinamenti diversi, senza costringerli verso un'innaturale omologazione.

A questo dato di carattere astratto va però affiancata un'osservazione sul piano del fatto che peraltro ha un risvolto giuridico determinante.

I vincoli costituzionali sanciti e rimarcati dalla Corte – nelle sent. 138/2010 e poi 170/2014, persino nelle relazioni sullo stato della giurisprudenza dei suoi Presidenti – sono stati in concreto del tutto trascurati; per anni. *Vox clamantis in deserto*. Ed è indubbio che la sent. *Oliari* abbia dato una forte spinta all'approvazione della legge 76/2016.

L'argomento del “ce lo impone l'Europa”, tanto abusato dalla politica soprattutto per giustificare decisioni impopolari – distribuire sacrifici economici spesso indispensabili<sup>153</sup> – in questo caso è stato utile all'attuazione di un diritto costituzionale divisivo.

Ha dunque reso un buon servizio alla costituzione. Ma se non preso sul serio è assai pericoloso. Troppo spesso gli ordinamenti europei e in particolare le (lunghe) sentenze delle loro Corti vengono letti “a tesi” e utilizzati per corroborare un'opzione interpretativa. Qualche volta persino come “strumenti di guerra” tra le Corti interne.

Occorre evitare che un diritto europeo “rifatto in casa” – artatamente o per errore o per superficialità – possa divenire un mezzo di conformazione del diritto interno e persino di reinterpretazione della costituzione. Bisogna dunque leggere le pronunce delle due Corti direttamente, tutte; apprezzandone la moderazione.

## **6. Le unioni civili come «specifica formazione sociale» tra adeguamento ai vincoli e libere scelte del legislatore**

A questo punto occorre tirare le fila, ponendo la legge 76/2016 sul banco di prova dei vincoli emersi in sede di ricostruzione del diritto costituzionale, di quello eurounitario e di quello euroconvenzionale viventi. Ciò per verificare se il legislatore ordinario statale si sia mosso negli spazi di esercizio legittimo della decisione politica – il cui riempimento è peraltro doveroso – o se li abbia forzati.

In questa sede, tuttavia, non si possono proporre che valutazioni del tutto parziali o “a maglia larga”, perché formulate sulla base solo di osservazioni *in vitro*: prima, cioè, che la legge sia entrata in vigore e sia stata sperimentata nell'applicazione.

Del tutto evidente è che con la sua approvazione si sia assolto il vincolo positivo di apprestare riconoscimento e garanzia giuridica alle unioni omoaffettive. Si è dunque adempiuto a un obbligo di *facere* sancito sia dalla costituzione sia dalla CEDU; e, a un tempo, si è accolto un pressante invito politico formulato in sede UE.

<sup>153</sup> Quell'Europa pretensiva è l'UE.



Era ora. Anzi, per la verità, era già tardi, come è dimostrato dalla condanna euroconvenzionale per inadempimento subita dall'Italia quasi un anno prima.

Il punto è *come* si è adempiuto.

Innanzitutto si è data vita giuridica a tali unioni per via di una «*specific*a formazione sociale», come recita testualmente (ma il corsivo è aggiunto) il primo comma della legge, in esplicito richiamo della giurisprudenza costituzionale<sup>154</sup>. Una formazione sociale tipica *ex lege*, distinta dal matrimonio: altra *species* (questa tipizzata già dalla costituzione<sup>155</sup>) del medesimo *genus*.

Si tratta di una delle possibili opzioni secondo il diritto CEDU e la prospettiva politica avanzata in sede euorunitaria; l'unica per il diritto costituzionale tuttora vivente. Una scelta pertanto giuridicamente obbligata<sup>156</sup>, di cui vale, però, sottolineare la saggezza. Essa infatti emerge chiaramente all'osservare quanto difficile sia stato legiferare in materia e che sarebbe stata probabilmente vana la ricerca del consenso maggioritario intorno a un testo destinato, quasi per certo, a una declaratoria d'incostituzionalità demolitrice.

Una formazione sociale *specific*a, dunque. Ma pure – ed è il secondo aspetto – *esclusiva*, in quanto aperta *solo* alle coppie *same sex*.

Anche questa scelta rientra appieno nello spazio di decisione non vincolato. Qualche dubbio si sarebbe potuto nutrire in ordine alla legittimità costituzionale (*sub specie* di ragionevolezza) dell'opzione opposta<sup>157</sup>, base di proposte di legge poi accantonate. Vista l'inattualità del tema, non pare utile affrontarlo in questa sede. Basta solo sottolineare che, data l'esclusione dal matrimonio *same sex*, si sarebbero potute realizzare, in alternativa, due ipotesi insoddisfacenti entrambe: assegnare alle coppie eteroaffettive un'opzione tra due regimi ad alto livello di strutturazione e dunque

<sup>154</sup> Esso continua con la specificazione introdotta dal maxi emendamento «ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione». Un'aggiunta, questa, che all'analisi giuridica appare un po' ridondante e si inquadra forse meglio nell'immaginare la concitazione delle trattative che hanno portato all'accordo sull'ultima versione del testo. Il richiamo esplicito al principio di eguaglianza – che informa comunque l'ordinamento intero e pertanto ogni legge – avrà fatto da contraltare politico, con ogni probabilità, all'accettazione di qualche ulteriore – per la verità non irrilevante – elemento di differenziazione nella disciplina rispetto al matrimonio. Il riferimento è segnatamente alla rinuncia alle previsioni delle adozioni co-parentali (*supra* nt. 17).

<sup>155</sup> ... in senso cronologico prima dalla legge, dal cod. civ., ma in senso giuridico prima, perché al più alto livello, dalla costituzione.

<sup>156</sup> ... al di là di ogni obiezione avanzata ancora in sede di primo commento alla legge sulle unioni civili; al di là, dunque, della asserita "discutibilità" degli approdi della Corte in materia e della ipotizzata improbabilità che essi (pur adeguatamente raggiunti) reggano dinanzi allo «sviluppo della cultura (e della esperienza) costituzionale globale» verso il riconoscimento dei matrimoni *same sex*; così, rispettivamente, D'AMICO M., *L'approvazione del ddl Cirinnà fra riconoscimento dei diritti e scontro ideologico*, in *federalismi.it*, 2016, n. 5, p. 5; D'ALOIA A., *Verso la legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso*, in *DPCE online* ([www.dpce.it](http://www.dpce.it)), 2016, n.1, p. 3.

<sup>157</sup> ... e quindi sul carattere costituzionalmente vincolato della scelta fatta dal legislatore.

molto ravvicinati (matrimonio e unione civile) o consentire alle coppie omoaffettive solo la scelta tra un regime poco strutturato (la convivenza) e un regime a strutturazione media (come sarebbe dovuta essere l'unione civile per differenziarsi dal matrimonio).

Il terzo elemento è l'alta strutturazione data al suo regime giuridico. Esso è infatti in larghissima parte ricalcato su quello dell'unione matrimoniale. Non in tutto, però.

Anche questa è un'opzione certamente contemplata in ognuno dei due ambiti d'integrazione continentale e a livello costituzionale. Infatti non si riscontra un vincolo europeo a dare alle relazioni omoaffettive un regime giuridico identico a quello matrimoniale. La giurisprudenza euroconvenzionale anzi lo esclude apertamente e quella eurounitaria neanche si pone il problema. Quanto poi al diritto costituzionale vivente vale osservare che la riserva del matrimonio alle coppie di persone di sesso diverso – che questo tuttora sancisce – ha senso solo se riguarda l'istituto (non il solo *nomen*). E ciò implica una sua qualche differenziazione dall'unione civile, almeno, dunque, per alcune regole.

Detto ciò sulla generale legittimità o anche necessità del differenziare, l'attenzione va rivolta all'analisi puntuale delle specifiche differenziazioni. Un'analisi di legittimità – volta a verificare che il legislatore si sia mosso nello spazio di propria libera scelta – ma anche di merito, volta a sondarne l'utilità.

Qui basta indicare due degli aspetti attinenti al rispetto dei confini, ai vincoli giuridici emersi dall'analisi costituzionale e degli ordinamenti dell'integrazione in materia, rinviando per tutto il resto agli studi volti ad affrontare il regime di unione civile dettato dalla legge nel dettaglio<sup>158</sup>.

Il primo è che la legge rispetta tutti i vincoli positivi specificati dal diritto vivente: quelli espressamente sanciti – coltivando la prudenza<sup>159</sup> – dalle due Corti europee, ma anche quelli che potrebbero essere ricostruiti per via di una lettura sistematica degli approdi giurisprudenziali europei e costituzionali. Essi infatti attengono alla sfera economica e sciale; all'assistenza reciproca e ai diritti del *partner* sopravvissuto che da questa derivano. Sfera in cui l'equiparazione al matrimonio è piena.

In secondo attiene al *come* debba svolgersi la valutazione di legittimità delle singole previsioni di trattamento differenziato. I parametri della ragionevolezza e della proporzionalità richiedono che esse siano fondate su concrete disomogeneità di condizioni che implicino differenze apprezzabili nei bisogni e nelle relazioni con la comunità. Richiedono inoltre che la differenziazione nel trattamento sia funzionale alla migliore realizzazione di questi e alla migliore sintesi tra gli interessi rilevanti.

Anche nell'applicazione di tali parametri in materia la giurisprudenza delle Cor-

<sup>158</sup> In particolare *infra* IORIO G., *Costituzione, impedimento*, cit.

<sup>159</sup> ... mantenendo dunque “aperta la partita”, come si può dire con RUGGERI A., *Famiglia, genitori e figli*, cit., pp. 42-43, ove si sottolinea, anche in termini generali, l'utilità di questo atteggiamento.

ti europee si è informata al *self restraint*, riconoscendo spazio assai ampio alle scelte degli Stati, che vengono sindacate usando come *tertium comparationis* solo il diritto nazionale.

Per il clamore suscitato, vale fare un accenno, ma solo questo, a due temi specifici che caratterizzano la legge. Invero per l'assenza. Il riferimento è alla mancata previsione dell'obbligo di fedeltà tra i *partner* dell'unione civile e al mancato intervento in materia di adozioni co-parentali.

Quanto al primo vale osservare che fine dell'unione civile è riconoscere e regolare le relazioni omoaffettive stabili, ovviamente al fine di garantirle e l'obbligo di fedeltà è mezzo di stabilizzazione. È per questo che è imposto ai coniugi e assistito dalle norme che configurano la sua violazione come illecito, valutabile ai fini dell'addebito della separazione. Escluderlo per le (sole) coppie *same sex* che hanno scelto di darsi stabilità (come coppia e reciprocamente) appare del tutto irragionevole. Manca infatti ogni fatto differenziante apprezzabile in base al quale la diversità di trattamento possa trovare fondamento e meritevolezza.

Sul mancato inserimento nella legge di una specifica previsione volta a istituire l'adozione co-parentale all'interno dell'unione civile (prevista nel testo del ddl ed espunta dal maxiemendamento) basta qui rilevare che non è dato individuare un vincolo positivo europeo in materia; neanche dunque nella CEDU, come è chiarito dalla prudente giurisprudenza di Strasburgo.

Quanto al diritto costituzionale interno il tema è assai complesso e discusso, anche in sede giudiziaria, e con ogni probabilità sarà presto oggetto di pronuncia (nel merito) della Corte costituzionale<sup>160</sup>. È evidente che dedicarvi in questa sede qualche minima nota non sarebbe di alcuna utilità.

A conclusione vale osservare che la legge, nel complesso, si rivela rispettosa dei limiti positivi e negativi sanciti in materia dalle norme superiori di diritto interno e degli ordinamenti d'integrazione europea. Segna dunque un significativo passo in avanti. Il superamento di una condizione (perpetratasi per troppo tempo) di patente violazione di un diritto fondamentale: quello delle coppie *same sex* stabili al riconoscimento e alla protezione giuridica. Non è però un punto fermo. Per certo il tema, gravido di implicazioni, impegnerà ancora molto gli interpreti e la politica.

<sup>160</sup> La Corte, invero, ha già affrontato una questione di legittimità costituzionale sollevata in materia dal Tribunale dei minorenni di Bologna ma, affetta da errori d'impostazione tali da renderne carente la rilevanza, è stata dichiarata inammissibile; sent. 76 del 7.4.2016.

