

UNIVERSITÀ DELLA CALABRIA
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
“COSTANTINO MORTATI”

DOTTORATO DI RICERCA
“IMPRESA, STATO, MERCATO”
XXI CICLO
IUS/21

Titolo della tesi

Il diritto all'espressione dell'orientamento sessuale nel panorama comparatistico con particolare riferimento all'ordinamento italiano e spagnolo, nonché nella prospettiva europea

Coordinatore

Prof. Guerino D' Ignazio

Relatrice

Prof.ssa Donatella Loprieno

Candidata

Dott.ssa Francesca Ugolino

Indice sommario

Introduzione p. 5

Capitolo I.

L'orientamento sessuale: origini e sviluppi di un nuovo divieto di discriminazione

1. L'orientamento sessuale p. 10
2. Le origini del termine "omosessualità" p. 11
 - 2.1) Le relazioni omosessuali nelle civiltà antiche p. 13
 - 2.2) La categoria dell'omosessualità: origine del termine 'omosessuale' p. 16
 - 2.3) L'omosessualità e le religioni p. 21
 - 2.4) L'omosessualità nel XX secolo. I primi 'movimenti gay' p. 24
3. L'omosessualità oggi p. 27
4. Le minoranze sessuali p. 33
5. La tutela delle minoranze sessuali come riconoscimento del libero orientamento sessuale p. 38
 - 5.1) Il modello esplicito di tutela dell'orientamento sessuale p. 40
 - 5.2) il modello implicito di tutela dell'orientamento sessuale p. 43

Capitolo II

Il diritto all'espressione dell'orientamento sessuale nell'ordinamento italiano

1. La tutela del libero orientamento sessuale nell'ordinamento italiano p. 44
2. L'articolo 2 della Costituzione ed i principi-valori fondamentali della Costituzione p. 45
 - 2.1) I diritti inviolabili dell'uomo: il valore della persona nell'ordinamento democratico e costituzionale p. 49

2.2) L'articolo 2 della Cost.: clausola generale di 'chiusura' o di 'apertura'?	p. 57
3. L'articolo 3 della Costituzione come principio fondamentale per il "pieno sviluppo della persona umana"	p. 62
3.1) Il divieto di discriminazione fondato sull'orientamento sessuale come discriminazione di fatto	p. 71
4. Il riconoscimento del diritto all'orientamento sessuale alla luce della Giurisprudenza.....	p. 73

Capitolo III

La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale nel diritto comunitario e nell'ordinamento nazionale

1. Il principio di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nell'ordinamento comunitario	p. 78
1.1) L'intervento europeo in riferimento al divieto di discriminazione fondato sull'orientamento sessuale	p. 81
2. La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo in ordine all'orientamento sessuale	p. 89
3. La giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee in relazione all'orientamento sessuale	p. 97
4. Il principio di non discriminazione nella Direttiva 2000/78/CE	p.105
5. L'attuazione della Direttiva 2000/78/CE nell'ordinamento italiano	p.109

Capitolo IV

Il riconoscimento giuridico delle relazioni 'affettive' fra persone dello stesso sesso nelle esperienze nazionali ed, in specie, nell'ordinamento italiano

1. Il riconoscimento giuridico della famiglia non fondata sul matrimonio	p. 113
2. La disciplina delle convivenze omosessuali nelle esperienze degli Stati europei	p. 115
3. Il matrimonio fra persone dello stesso sesso negli ordinamenti stranieri	p. 119
4. La tutela delle unioni omosessuali in ambito sovranazionale	p. 122

5. Il riconoscimento delle unioni fra persone dello stesso sesso:
quale normativa nell'ordinamento italiano? *p. 125*
6. Alcuni aspetti problematici sul tema delle unioni omosessuali:
il matrimonio *p. 134*
7. Il matrimonio fra persone dello stesso sesso nell'ordinamento
italiano: quale destino? *p. 140*

Capitolo V

La tutela del diritto all'espressione dell'orientamento sessuale nell'esperienza spagnola

1. Introduzione *p. 144*
2. La depenalizzazione delle condotte omosessuali ed il riconoscimento
del diritto all'espressione dell'orientamento sessuale nell'ordinamento
spagnolo. ... *p. 150*
3. La disciplina delle unioni di fatto come espressione della libertà di
coscienza e del libero sviluppo della personalità *p. 153*
4. Il fondamento costituzionale delle unioni di fatto *p. 161*
 - 4.1) Le unioni di fatto tra l'istituto matrimoniale e il concetto di
famiglia *p. 162*
 - 4.2) Riconoscimento e tutela delle unioni di fatto alla luce del
dettato costituzionale. *p. 166*
5. Le competenze dello Stato e delle Comunità Autonome in materia di diritto
civile matrimoniale. *p. 169*
6. Le leggi sulle unioni di fatto delle Comunità Autonome *p. 175*
7. Le proposte di legge in materia di unioni di fatto nelle *Cortes Generales* *p. 185*
8. *La ley 13/2005 de 1 de julio*: il matrimonio tra persone dello stesso sesso *p. 190*

Conclusioni *p. 194*

Bibliografia *p. 199*

Introduzione

Negli ultimi decenni, nella maggior parte dei Paesi Occidentali, e non solo, parlare di orientamento sessuale, e quindi dei diversi modi di esprimere la propria sessualità, non è più considerato un argomento tabù e, soprattutto, le persone che esprimono un orientamento sessuale diverso da quello della maggioranza eterosessuale non sono più considerate ‘invisibili’ o costrette a ‘nascondere’ il proprio modo di essere. La sessualità è considerata uno dei possibili modi di esprimere la propria personalità che, al pari delle altre caratteristiche personali, dovrebbe essere tutelata, pertanto il diritto all’espressione dell’orientamento sessuale rientra pienamente tra i c.d. ‘nuovi diritti della personalità’.

Inizialmente, occorre precisare che le società liberal-democratiche, caratterizzate dai principi fondamentali quali l’uguaglianza, la dignità umana e, dunque, basate sul valore centrale e fondamentale della persona e della sua piena realizzazione; oggi, più che in passato, sono chiamate a dare concreta attuazione ed effettività a tali principi-valori senza, appunto alcuna ingiustificata distinzione, che leda la dignità delle persone.

L’analisi concernente la condizione giuridica della categoria “LGBT” (lesbiche, omosessuali, bisessuali e transessuali), in termini di non discriminazione, nonché il processo evolutivo di riconoscimento e tutela dei diritti delle persone con un orientamento affettivo/sexuale verso persone dello stesso sesso, rappresenta uno dei possibili ‘parametri’ per misurare la democraticità degli ordinamenti giuridici degli Stati contemporanei. È ben noto che le persone con un orientamento affettivo/sexuale diverso da quello eterosessuale, nel corso della storia hanno conosciuto periodi di tolleranza, ma anche periodi di aperta condanna e persecuzione; oggi il progresso tecnologico e dell’informazione ha consentito una maggiore visibilità per le persone LGBT e, difatti, si parla di “esplosione dell’omosessualità”. Si è così acquisita una maggiore consapevolezza dell’universalità di tale ‘categoria’.

Negli ultimi tempi si è registrata, e continua a registrarsi, una evoluzione costante, seppur lenta, dei diritti e delle libertà delle persone che non si riconoscono in quella che viene qualificata come la sessualità ‘normale’; ciò nonostante, le problematiche intorno

al riconoscimento ed alla tutela dei diritti delle persone LGBT, continuano ad essere ancora aperte. Occorre, però, precisare che se in passato la “questione omosessuale” era incentrata sulle origini di tale orientamento sessuale e dunque sulle motivazioni che conducevano a tali condotte (il c.d. turpe vizio), oggi la questione centrale per le società democratiche, intorno al riconoscimento ed alla tutela della pari dignità sociale delle persone omosessuali, è rappresentata dalle diverse forme di discriminazione fondate sull’orientamento sessuale, nei vari ambiti sociali, o in altri termini dai comportamenti omofobi che continuano a manifestarsi anche nelle società ‘formalmente democratiche’, che non considerano l’omosessualità come reato.

Il lavoro di ricerca è stato affrontato seguendo certamente il metodo giuridico ma, poiché l’oggetto di studio si presta per sua natura ad una indagine in cui gli apporti delle altre discipline risultano indispensabili, non sono stati disdegnati le altre scienze come la storia, la sociologia, la scienza politica ed in generale le altre scienze mediche, assolutamente fondamentali per un approccio consapevole alla materia stessa.

Pertanto, precisando che la tesi di ricerca è strutturata in cinque capitoli, nel primo capitolo, si è ritenuto opportuno ricostruire storicamente la posizione e la diversa “tolleranza” mostrata, nei riguardi dell’omosessualità, dalle diverse civiltà occidentali (e non solo). L’omosessualità è stata per lungo tempo considerata ‘inesistente’ e costretta al silenzio, seppure la storia e la letteratura antica testimonino che individui non conformisti quanto a sesso e genere siano sempre esistiti. Storicamente, le origini della categoria ‘omosessualità’ sono riconducibili al XIX secolo, epoca in cui il desiderio sessuale verso persone dello stesso sesso era considerato una malattia, un peccato, una inversione morale, etc. Successivamente, verso la metà del XIX secolo inizia il c.d. processo di depenalizzazione delle condotte omosessuali, in particolare nei Paesi di religione cattolica; ciò nonostante, la ‘religione’ ha sempre avuto un ruolo determinante nell’alternarsi di periodi di tolleranza e d’intolleranza nei confronti delle minoranze sessuali. Tuttavia, le persecuzioni, i maltrattamenti e le umiliazioni di cui gli omosessuali sono stati vittime nel corso del 1900, ha determinato la nascita di una vera e propria avversione verso le persone omosessuali, che viene definita con il termine ‘omofobia’. Seppure dal 1973 l’omosessualità non è più considerata come una patologia o un disturbo della personalità, ancora diversi Paesi considerano illegali le relazioni fra persone dello stesso sesso. A seguito di tali premesse, nella prima parte del

lavoro di tesi, si è poi proceduto alla ricostruzione dei diversi *step* in ordine al riconoscimento dei diritti delle persone omosessuali, inizialmente considerando, seppur in linee essenziali, la fase di depenalizzazione delle condotte omosessuali e poi l'affermazione del divieto di discriminazione fondato sull'orientamento sessuale nelle diverse esperienze dei Paesi Occidentali.

Nel secondo capitolo, la ricerca si è incentrata sui profili costituzionali più prettamente interni all'ordinamento giuridico italiano; difatti, sono stati indagati i più importanti principi (i diritti inviolabili della persona umana, l'eguaglianza formale e sostanziale, la pari dignità) che dottrina e giurisprudenza hanno ritenuto essere fondamento e cardine per il riconoscimento del divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale. Precisamente, l'ordinamento italiano, secondo i lineamenti essenziali tracciati dalla Costituzione del 1948, considera la persona umana come il più alto valore giuridico positivo; in virtù degli articoli 2 e 3 della Costituzione italiana, contemplanti rispettivamente il principio personalista e il principio di eguaglianza formale e sostanziale, si assume come 'obiettivo' fondamentale la pari dignità sociale, che se da una parte richiede di garantire a tutti le stesse possibilità di sviluppo, dall'altra, si specifica nel divieto di discriminazione, anche in ordine al proprio orientamento sessuale.

Il lavoro di ricerca, nel terzo capitolo, è stato incentrato sul ruolo assolutamente unico, *in subiecta materia*, delle istituzioni comunitarie e del diritto da esse prodotto. Si rileva, seppur sinteticamente, che l'analisi è stata affrontata considerando le numerose Risoluzioni del Parlamento Europeo e le Raccomandazioni del Consiglio d'Europa adottate a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta del secolo scorso, nonché, la Direttiva 2000/78/CE sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. Particolare attenzione è stata volta alla giurisprudenza delle due Corti europee: la Corte di Giustizia delle Comunità europee e la Corte dei diritti dell'Uomo. L'impulso europeo nel processo di riconoscimento dei diritti delle persone con tendenze sessuali diverse dalla maggioranza, è stato determinante per molti Stati. Da tale impulso sono conseguiti: il processo di depenalizzazione delle condotte omosessuali (primo *step*); il riconoscimento del divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale, come principio fondamentale (secondo *step*), ma soprattutto,

è stata favorita l'equiparazione degli effetti giuridici tra le coppie unite in matrimonio e le coppie di fatto (terzo *step*).

In riferimento a tale ultimo profilo, nel quarto capitolo, sono state richiamate le diverse esperienze nazionali dell'area europea, ma anche alcune esperienze straniere, in ordine al riconoscimento giuridico delle relazioni affettive fra persone dello stesso sesso. Sottolineando che l'evoluzione sociale ha determinato dei mutamenti anche nel *modus convivendi* degli individui e che, sempre più Paesi hanno adottato non solo misure volte a eliminare discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale ma, altresì, normative concernenti il riconoscimento delle unioni di fatto (eterosessuali ed omosessuali) ed in alcune esperienze nazionali si è riconosciuto il diritto di contrarre matrimonio anche alle coppie formate da persone dello stesso sesso, si è poi proceduto all'analisi della situazione italiana. In particolar modo, per quanto concerne l'esperienza italiana, l'analisi si è incentrata sulle questioni e sulle problematiche concernenti l'assenza di disciplina sulle unioni di fatto, anche omosessuali, ed inoltre, si è volta l'attenzione all'eventuale possibilità di riconoscere nell'ordinamento italiano il matrimonio fra persone dello stesso sesso. In tale quadro è stato considerato l'intervento del Giudice costituzionale ma anche dei Tribunali ordinari in ordine alle sempre più frequenti rivendicazioni sociali, oltre che giuridiche, sulla parificazione dei diritti delle coppie di fatto a quelli riconosciuti alle coppie unite in matrimonio, nonché alle recenti questioni costituzionali sul riconoscimento del matrimonio fra persone dello stesso sesso.

Infine, tra le diverse esperienze nazionali analizzate nel capitolo precedente, si è ritenuto di dover approfondire il caso spagnolo (oggetto di studio del quinto capitolo), particolarmente interessante (ma altresì problematico) per l'alto livello raggiunto in ordine al riconoscimento della parità e della dignità delle persone omosessuali. Si ricorda che in Spagna, seppur non sia prevista a livello statale una legge sulle unioni di fatto, sempre più Comunità Autonome (ad oggi tredici su diciassette) prevedono una regolamentazione delle unioni di fatto eterosessuali ed omosessuali; inoltre, la Spagna è stata tra i primi Paesi ad aver introdotto, con *Ley 13/2005* di modifica del Codice civile, la possibilità anche per le coppie formate da persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio.

A tal punto, vorrei ringraziare sentitamente la Prof.ssa Donatella Loprieno, supervisore del mio lavoro di tesi di dottorato che, in questo periodo di ricerca, talvolta difficile ma altrettanto ricco di momenti importanti e gratificanti per la mia formazione, ha seguito, con grande professionalità, i miei studi, attraverso consigli e suggerimenti preziosi, 'guidandomi' verso la realizzazione di un obiettivo davvero importante. Ringrazio, inoltre il Prof. Guerino D'Ignazio, coordinatore del Dottorato, per aver reso questi anni di ricerca stimolanti ed interessanti, attraverso le diverse attività formative, ed, anche, per i consigli che hanno contribuito alla realizzazione della mia tesi. Ringrazio, infine, il Prof. Jorge Lozano Miralles, per aver reso il periodo di ricerca presso l'Università di Jaén particolarmente proficuo, ed ancora, tutti i Professori del Dipartimento di Scienze Sociali e Giuridiche dell'Università di Jaén.

Dedico la tesi di dottorato: a mia sorella Vicky, la sorella che ognuno vorrebbe avere, per il suo affetto incondizionato e per essermi stata sempre vicino nonostante la distanza; ai miei genitori, Francesco e Maria Antonietta, che ringrazio, anche se non sarà mai abbastanza, per i loro insegnamenti e per avermi aiutato a capire sin da piccola i valori dell'uguaglianza, della tolleranza e della libertà e, soprattutto, per avere appoggiato ogni mia scelta; ed a Matteo Agrippino per la pazienza, la comprensione e l'amore che mi ha sempre donato.

Capitolo I

L'orientamento sessuale: origini e sviluppi di un “nuovo” divieto di discriminazione

1. L'orientamento sessuale

Per orientamento sessuale può intendersi la “caratteristica personale che viene in rilievo al momento della scelta del *partner* della persona; pertanto vi può essere un orientamento sessuale eterosessuale od omosessuale”¹.

Negli ultimi tempi, l'orientamento sessuale viene considerato, nella maggior parte dei Paesi dell'area occidentale, tra i fattori che possono concorrere a determinare condizioni discriminatorie dal momento che tale predisposizione può essere considerata come un ulteriore profilo della persona. Tuttavia, non può dimenticarsi che, proprio nelle società occidentali, si è sempre distinto l'orientamento sessuale secondo una rigida separazione fra il modello eterosessuale, definito ‘normale’, e il modello omosessuale considerato ‘perverso’ o ‘anormale’². Per cui, è evidente che “quando si parla di discriminazioni basate sull'orientamento sessuale, ci si riferisce al fenomeno delle relazioni omosessuali, in quanto le relazioni eterosessuali rappresentano l'archetipo classico dei rapporti affettivi fra due individui”³.

Eppure, sono sempre esistiti individui non conformisti quanto a sesso e genere che, in alcuni periodi, hanno goduto di un notevole grado di accettazione, in altri invece, sono stati emarginati o perseguitati. Nei Paesi occidentali, fino a pochi decenni fa,

¹ Cfr. E. Ceccherini, “Il principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale. Un breve sguardo sullo stato del dibattito nelle esperienze costituzionali straniere”, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2001.

² Cfr. V. Baird, *Le diversità sessuali*, Carocci Editore, Roma, 2003, p. 9.

³ A tal proposito si veda, E. Ceccherini, ult. Op. cit.; E. Ruspini (a cura di), *Donne e uomini che cambiano. Relazioni di genere, identità sessuali e mutamento sociale*, Guerini Scientifica, 2005, p. 184.

l'omosessualità era 'inesistente' poiché le "realtà delle vite degli uomini o delle donne gay e lesbiche, tendeva ad essere confinata in uno 'spazio invisibile'"⁴, mentre oggi, le persone gay, lesbiche e bisessuali⁵ che "percepiscono la propria identità di genere, sociale o biologica non corrispondente a come si sentono di essere"⁶, lottano per poter essere ciò che sono, per la garanzia dei diritti umani, per non subire violenze, intimidazioni, discriminazioni o persecuzioni; lottano per il diritto ad avere rapporti consenzienti con altre persone senza perdere la vita, la libertà o i mezzi di sostentamento, e soprattutto, per il diritto ad essere considerati come cittadini con pari titolarità di diritti e ad essere trattati con piena e pari dignità sociale.

2. Le origini del termine 'omosessualità'

L'omosessualità viene definita oggi "sia come una condizione soggettiva caratterizzata dalla tendenza a rivolgere l'interesse libidico (desiderio sessuale) verso persone del proprio stesso sesso, sia come una categoria culturale d'identità che ha importanti implicazioni sociali, politiche, etc"⁷.

Storicamente si ritiene che le origini della categoria 'omosessualità' siano da ricercarsi nelle nozioni ottocentesche, quando il desiderio sessuale verso persone dello stesso sesso era considerato una malattia, un peccato, una degenerazione e una inversione morale. Gli studi delle varie scienze mediche e sociali hanno aperto la strada ad un ripensamento di tale visione della categoria sessuale in esame. Le ricerche sul fenomeno omosessuale hanno condotto all'idea che in tali rapporti siano coinvolti

⁴ Cfr. M. Bonini Baraldi, *Le famiglie omosessuali nel prisma della realizzazione personale*, in www.famiglienellacostituzione.it/images1/boninibaraldi.pdf, p.10.

⁵ Con il termine bisessualità si intende la consapevole attrazione che determinate persone provano per entrambi i sessi, la bisessualità rappresenta la "rara eccezione" alla regola che distingue il desiderio sessuale in eterosessuale ed omosessuale, tra tutti si veda, M. Mieli, *Elementi di critica omosessuale*, Feltrinelli, Milano, 2002, p. 63.

⁶ Così, V. Baird, *Le diversità sessuali...* cit., p.11.

⁷ In riferimento al concetto di omosessualità nella società contemporanea, si veda la voce "omosessualità" di Gilbert Herdt, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1996.

atteggiamenti e norme concernenti l'espressione dell'identità sessuale, in particolare nel contesto della vita pubblica. Si sostiene, inoltre che occorre distinguere, all'interno dell'omosessualità, varie forme storico-culturali di comportamento e identità sessuale, alle quali corrispondono diversi modelli di relazioni sociali⁸. La nozione stessa di omosessualità, considerata come concetto specifico, va quindi storicizzato; difatti la contrapposizione eterosessualità/omosessualità è stata considerata essenziale, naturale e normale nel mondo occidentale solo a partire dall'età moderna.

Le ricostruzioni storiche delle diverse forme di relazione sessuale evidenziano una sostanziale diversità tra l'omosessualità nelle società premoderne non occidentali e i modelli di relazioni omosessuali tipici delle società occidentali contemporanee. Si tenterà di richiamare, seppur brevemente, alcuni modelli di relazioni omosessuale, ma anche bisessuale e *transgender*, che nei vari periodi storici hanno goduto o meno di un certo grado di tolleranza e di considerazione. È opportuno, come sottolineano gli antropologi⁹, tenere ben presente il contesto culturale in cui si collocano le relazioni omosessuali, ed altresì i sistemi simbolici di credenze, regole, norme e ruoli sessuali che formano la cultura di un popolo.

2.1 Le relazioni omosessuali nelle civiltà antiche

La prima osservazione che può farsi è che l'attrazione tra persone dello stesso sesso non sempre ha costituito motivo di riprovazione¹⁰: nella Grecia classica, come noto, l'omosessualità, o in altri termini la pederastia¹¹, era data per scontata e per le "pudibonde civiltà è stato impossibile cancellare questo dato"¹². L'arte classica e la

⁸ *Ibidem*, p. 333.

⁹ Così in B. Adam, "Age structured homosexual organization," in *Anthropology and homosexual behavior*, E. Blackwood (a cura di), New York, 1986, pp. 1-34.

¹⁰ Per tutti si veda E. Ruspini (a cura di), *Donne e uomini...* cit., pp. 189 e ss.

¹¹ Il termine 'pederastia' indica il desiderio sessuale verso i ragazzi (dello stesso sesso) e in passato veniva usato come sinonimo del concetto di omosessualità tipico nella Grecia antica.

¹² Cfr. V. Baird, *Le diversità sessuali...* cit., p. 43.

religione della Grecia antica presentano numerosi riferimenti all'amore tra individui dello stesso sesso, ovvero, si riteneva che le scelte sessuali non dovessero essere mutualmente esclusive e che ci si potesse sentire indifferentemente attratti dalla bellezza di entrambi i sessi¹³.

La letteratura e la filosofia greca ci inducono a ritenere che, in quella epoca, i comportamenti sessuali, che oggi definiamo omosessuali e bisessuali, fossero diffusi e accettati¹⁴. Si ricorda che nelle pagine del *Simposio* di Platone, nella parte in cui si racconta di un banchetto allietato dal vino, Aristofane, in una conversazione sul sesso, racconta agli altri commensali come pensa che sia avvenuta la distinzione tra sesso e genere. Egli sosteneva che all'inizio "l'uomo era un tutto completo. C'erano tre generi, maschio, femmina ed ermafrodito, e ognuno venne tagliato da Zeus come punizione per la superbia umana. Il sesso dell'amato è quindi deciso dalla natura di quel tutto cui l'individuo originariamente apparteneva; così ogni metà si strugge dal desiderio per la metà da cui è stata separata"¹⁵. Un'ulteriore conferma dell'amore fra persone dello stesso sesso, secondo Platone, è contenuto nel dialogo di Pausania in cui si parla dell'esistenza di due tipi di amore: "il primo è quello ispirato da Afrodite di *Pandēmos*, che è l'amore 'volgare'; esso è, infatti l'amore che ispira gli uomini dappoco, che amano indifferentemente le donne e i ragazzi, e che amano più i corpi che le anime; il secondo invece, è ispirato da Afrodite Urania, a differenza del primo, non è lascivo: esso è quello di coloro che amano i ragazzi ed è ispirato dall'amore 'celeste'"¹⁶.

Nel mondo antico, in Grecia come a Roma, ma anche nel mondo arabo, i "limiti della normalità non ruotavano, come oggi, attorno all'asse omo/eterosessualità, quanto piuttosto sulla divisione tra ruolo attivo e ruolo passivo, ruolo dominante e ruolo

¹³ Nel mondo greco, ad esempio, Zeus viene rappresentato come bisessuale (si pensi al suo inseguire l'affascinante Ganimede). Ciò rende evidente quanto tali comportamenti fossero diffusi ed accettati.

¹⁴ Si osserva che "da Saffo ad Anacreonte, da Teognide a Pindaro, le passioni tra persone dello stesso sesso hanno ispirato bellissime pagine della letteratura antica. Per altre ragioni e sotto forme diverse, i Romani e i Greci consideravano perfettamente normale che gli uomini avessero rapporti sessuali tanto con altri uomini che con le donne", cfr. D. Borrillo, *Omofobia, storia e critica di un pregiudizio*, postfazione di S. Fabeni, Edizioni Dedalo, Bari, 2009, p. 43.

¹⁵ Come riportato da R. A. Isay, *Essere omosessuali. Omosessualità maschile e sviluppo psichico*, Raffaello Cortina, Milano 1989, p. 21.

¹⁶ Con riguardo all'amore omosessuale secondo Platone, si veda E. Cantarella, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Rizzoli, Milano, 1995, pp. 35 e 36.

dominato”¹⁷. La relazione omosessuale ideale più diffusa nella Grecia antica era tra un uomo adulto tra i venti ed i trenta anni di età (*erastes*) e un adolescente (*eromenos* o *paidika*), con il quale si instaurava un rapporto maieutico nel quale il discepolo riceveva una educazione completa. Tuttavia, nel mondo classico, l’apertura alle relazioni omoerotiche era tutt’altro che incondizionata. Gli attori, infatti, dovevano seguire precisi canoni di comportamento pensati a salvaguardia dei confini di genere: non doveva comprometersi la maschilità, e ciò era ritenuto possibile solo seguendo precise norme sociali, come ad esempio, l’assunzione di un ruolo attivo con una persona di *status* inferiore; per l’adulto; la presa di distanza dal piacere per i fanciulli ed il rifiuto dell’assunzione del ruolo passivo una volta diventati adulti. La condizione femminile versava, invece, in uno *status* di inferiorità per cui non sorprende che l’amore lesbico compaia di rado nella letteratura e nella filosofia greca: “dopo Saffo, l’amore fra donne smise di essere raccontato, non poteva essere diversamente dal momento che le donne erano state relegate al ruolo di riproduttrici, escluse da ogni forma di educazione e di partecipazione alle vite dello spirito e dell’intelletto”¹⁸.

Come già anticipato, anche nel mondo arabo è possibile rintracciare una fiorente letteratura sull’erotismo omosessuale. Saadi Gaon, un ebreo vissuto nella civiltà musulmana del X secolo, ad esempio, discute della desiderabilità di “un amore appassionato”, in cui manifestamente si riferisce alla passione omosessuale. Nelle “Mille e una notte”, classico della letteratura araba, si trovano tre riflessioni sulla preferibilità dell’amore omosessuale o eterosessuale: nella novella 419, una donna che osserva un uomo intento a fissare con bramosia alcuni giovinetti gli dice: “intuisco che sei fra coloro che preferiscono gli uomini alle donne”. È evidente che nelle opere arabe classiche è frequente il richiamo, in tono neutrale, alle relazioni omosessuali e l’omosessuale è pensato come un tipo a sé di essere umano¹⁹. Si osserva inoltre che, nel

¹⁷ Cfr. E. Ruspini (a cura di), *Donne e uomini...* cit., p. 190, ove si ricorda come il maschio che accettava il ruolo passivo era assimilato alla femmina, ed era quindi biasimevole in quanto veniva a trovarsi in una posizione di inferiorità.

¹⁸ Così, E. Cantarella, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico...* cit., pp. 17 e ss.

¹⁹ Cfr. V. Baird, *Le diversità sessuali...* cit., p. 45, parla, al proposito, di un importante testo di psicologia del IX secolo attribuito a *Qustà ibn Luqà*, il quale identifica venti ambiti secondo cui gli esseri umani possono essere distinti dal punto di vista psicologico, tra questi uno concerne la scelta sessuale; gli uomini sostiene *Qustà* sono disposti verso le donne, altri verso gli uomini ed altri verso entrambi. La maggior parte degli uomini musulmani di scienza, peraltro, sosteneva che l’omosessualità fosse ereditaria.

711, a seguito dell'invasione degli Arabi in Spagna, furono cancellate le repressive leggi cristiane contro l'omosessualità che prevedevano come pena la castrazione, la rasatura, la fustigazione e la messa al bando. Il dominio arabo per settecento anni nella Spagna meridionale, favorì un periodo di grande tolleranza intellettuale, religiosa e sessuale. I poeti della tradizione mistica del sufismo dedicarono particolare attenzione alle forme di comportamento *transgender* e omoerotico e, difatti, in quest'epoca furono scritti i più bei versi d'amore maschile nella storia della letteratura mondiale²⁰.

Inoltre, anche in Cina – sin dal III secolo a.C. – è possibile rintracciare relazioni di tipo omosessuale numerose essendo le biografie di personaggi, dell'epoca, chiaramente omosessuali. Le relazioni omoerotiche fra uomini erano tollerate, nella misura in cui fossero stati comunque garantiti i doveri procreativi. Fu però soprattutto nel XVII secolo che la letteratura omoerotica in Cina fiorì ed ebbe il proprio riconoscimento²¹.

Nelle società dei nativi d'America, le consuetudini sessuali tra persone dello stesso sesso erano predominanti ed i costumi di tali popolazioni erano caratterizzati da matrimoni con persone dello stesso sesso, sia per le donne che per gli uomini. Quando gli europei scoprirono tali pratiche definirono gli indiani d'America con il termine francese *berdache*²² che significava “ragazzo schiavo”, utilizzato per indicare gli omosessuali passivi. I travestiti o guaritori della propria tribù assumevano compiti religiosi specifici e godevano di speciali qualità intellettuali, artistiche e spirituali: la capacità di unire qualità maschili e femminili gli conferiva il ruolo di mediatori fra i due sessi (e tra le divinità e gli uomini). Nelle società indiane del Nordamerica per le donne era facile assumere ruoli tradizionalmente maschili e vivere come uomini. Nello Yukon,

²⁰ *Ibidem*, p. 45.

²¹ Ad esempio, lo scrittore Shen Defu, scrisse sull'omosessualità maschile, come un fatto normale nelle province del Fujian, *ult. op. cit.* p. 48.

²² I *berdaches* erano uomini e donne che sin dai primi anni di vita assumevano il genere del sesso opposto, indossandone gli abiti, assumendone i comportamenti, il linguaggio, le mansioni. Spesso intrattenevano rapporti sessuali con persone dello stesso sesso con le quali potevano anche sposarsi. Interessante da ricordare è che lo *status* di *berdaches* non era necessariamente permanente, anche se, non erano infrequenti i casi di coloro che rimanevano tali tutta la vita. Tuttavia, i *berdaches* non erano necessariamente attratti da persone dello stesso sesso biologico, e vi erano casi di omosessualità svincolati dal fenomeno del *gender-crossing* (cambiamento di genere). Ciò significava che in quella cultura non si cambiava genere per essere omosessuali, ma piuttosto che l'omosessualità costituiva una logica conseguenza del cambiamento. Cfr. E. Ruspini (a cura di), *Donne e uomini...* cit., p. 192.

le ragazze che rifiutavano matrimonio e gravidanza avrebbero indossato i panni maschili e preso parte a battute di caccia²³.

Altresì, vi sono prove di forme di erotismo fra persone dello stesso sesso o comportamenti *transgender* che erano conosciuti nel continente africano ancor prima dell'assoggettamento e dell'influenza straniera. Ad esempio, fin da tempi antichi, pratiche di omoerotismo intergenerazionale si sono manifestate nel popolo *Azande* (l'attuale Sudan sudoccidentale) o in territori quali il Congo o la Repubblica centroafricana mentre l'attività *transgender* è documentata fra le tribù *Nuba* nella regione nilotica del Sudan. Gli uomini che fanno sesso con altri uomini sono indicati con vari nomi e fra loro avvengono spesso dei matrimoni. I maschi omosessuali hanno ricoperto anche in Africa, come nelle antiche civiltà cinesi e americane, ruoli di guida spirituale in molte culture, come il popolo dei *Lango* in Uganda, i *Muru* in Kenia, gli *Ila* dello Zambia meridionale e gli *Zulu* del Sudafrica.

2.2 La categoria dell'omosessualità: origine del termine 'omosessuale'

Alcuni studiosi²⁴ della prima età moderna, fanno risalire l'emergere dell'identità del 'sodomita' all'inizio del XVIII secolo, epoca in cui l'attrazione omosessuale era un fenomeno normale, gli uomini potendo amare fanciulli e le donne graziose fanciulle, senza che venissero violati i codici sessuali del periodo. Finché non si verificava la penetrazione genitale, i rapporti omosessuali non mettevano in discussione la struttura patriarcale della società, viceversa, quando il rapporto sessuale si consumava gli uomini venivano definiti "ermafroditi" e le donne "saffiche". Nel XVIII secolo emergeva, dunque, la sodomia come nuova categoria per indicare le inclinazioni e le pratiche omosessuali in varie società occidentali.

²³ V. Baird, *Le diversità sessuali...* cit., p. 47.

²⁴ Tra gli studiosi che fanno risalire l'emergere della 'categoria' del sodomita agli inizi del 1700, si ricordano l'inglese Randolph Trumbach e l'olandese Theo Ven der Meer, cfr. "omosessualità" di Gilbert Herdt, in *Enciclopedia...* cit., p. 333.

La categoria dell'omosessualità come comportamento innaturale o anormale, in quanto diverso dal concetto di sessualità intesa come rapporto eterosessuale finalizzato alla riproduzione, invece, trova origine nel XIX secolo.

Nell'Ottocento, le relazioni fra persone dello stesso sesso erano considerate un argomento tabù, si censurarono i testi classici greci e latini al fine di 'nascondere' i comportamenti 'sessualmente anormali'; fu un periodo, definito da alcuni studiosi, tra i "più sessuofobici della storia, ma anche quello in cui, mitizzando la scienza fino a farla diventare un "nuovo credo", si cercava di innalzare il velo su tutti i misteri dell'esistenza umana"²⁵. Fino alla prima metà del XIX secolo, furono soprattutto i magistrati e i teologi ad occuparsi dell'omosessualità, ma successivamente il medico prese il posto del prete e del confessore, sostituendo vizi e virtù con le classificazioni scientifiche dei comportamenti sani e patologici, naturali e innaturali, normali o anormali. In poco tempo i rapporti fra persone dello stesso sesso uscirono dal campo della religione, della filosofia e della morale, per entrare in quello della biologia, dell'antropologia criminale, della psichiatria e della scienza in generale²⁶. In quegli anni si intrapresero nuovi studi in ordine all'omosessualità, al fine di rintracciarne l'origine e le eventuali cure. Fu anche un periodo caratterizzato dai primi episodi di ribellione ad opera di gay e lesbiche; in particolare, si ricorda, fra i più clamorosi, il caso di Karl Heinrich Ulrichs, uno studente in legge tedesco, giornalista e segretario di vari funzionari pubblici e diplomatici, il quale di sua iniziativa propose l'abrogazione di tutte le leggi che criminalizzavano l'attività sessuale fra persone dello stesso sesso. Nel 1879, il giovane Ulrichs aveva pubblicato dodici volumi, nei quali espresse il proprio "credo scientifico", motivato dalla paura che la Prussia invadesse l'Hannover ed estendesse l'ordinanza contro gli omosessuali prevista dal codice penale prussiano, cosa che poi effettivamente si verificò. Egli sosteneva che "gli organi sessuali erano indifferenziati nella fase iniziale di sviluppo del feto, così per analogia, riteneva che il desiderio omosessuale era quindi "naturale", proprio come la coesistenza degli opposti sessi nell'embrione in formazione. Perciò, il desiderio verso persone dello stesso sesso era congenito e risultava disumano punire per legge gli omosessuali come se si trattasse di

²⁵ Cfr. L., *Il nemico dell'uomo nuovo. L'omosessualità nell'esperimento totalitario fascista*, Feltrinelli, Milano, 2005, p. 36.

²⁶ *Ibidem*, p. 37.

criminali per libera scelta”²⁷. Dopo l’invasione della Prussia, Ulrichs fu imprigionato e successivamente costretto a lasciare l’Hannover. A Monaco di Baviera, nel 1867, al Congresso dei giuristi tedeschi tenne un discorso sui diritti degli omosessuali che segnò l’esordio pubblico del movimento di emancipazione degli omosessuali in Germania. Comunque, quando la legislazione prussiana contro gli omosessuali fu estesa a tutta la Germania unificata, Karl Heinrich lasciò la Germania e trascorse gli ultimi anni di vita in Italia.

Il termine omosessualità²⁸, coniato nel 1869 dal tedesco-ungherese Karoly Maria Kertbeny e composto dal termine greco *omo* (uguale) e dal vocabolo latino *sexualis* (sessuale), dopo alcuni decenni entrò nel vocabolario inglese e fu John Addington Symonds, nel 1891, a servirsi dell’espressione “istinti sessuali” nel suo libro “*A problem in modern ethics*”. Tuttavia, solo verso la fine del XIX secolo, si è affermata la distinzione tra omosessualità, come contatto socio-sessuale tra *partners* maschili e lesbismo come contatto socio-sessuale femminile, dove la forma maschile è diventato lo stereotipo culturale specifico.

Con il processo di secolarizzazione²⁹, la sodomia, che fu a lungo considerata un’azione commessa contro le leggi di Dio e della natura, divenne oggetto di dibattito giuridico: in particolare, si discuteva se considerarla un reato e quindi punirla legalmente o se considerarla una malattia da curare. Le torture e le pene inflitte per lungo tempo alle persone omosessuali iniziarono a diminuire, in particolare nei Paesi in cui l’influsso illuministico aveva portato a criticare la ferocia con cui veniva combattuta la sodomia, considerandosi la prevenzione la misura più opportuna per garantire il benessere dei cittadini. Si ricorda che in Francia, l’ultima condanna a morte di un

²⁷ Per ulteriori approfondimenti si veda V. Baird, *Le diversità sessuali...* cit., p.24.

²⁸ In realtà le diverse fonti non concordano sulla data precisa in cui si fa risalire l’origine del termine omosessuale; nella definizione data dallo Zingarelli 2007, secondo cui per omosessuale si intende l’inclinazione sessuale di chi è attratto da persone del proprio sesso, l’origine del termine risale al 1900.

²⁹ Cfr., da ultimo, G. E. Rusconi (a cura di), *Lo Stato secolarizzato nell’età post-secolare*, il Mulino, Bologna, 2008. Una definizione particolarmente interessante di secolarizzazione è quella suggerita da G. Calogero (a cura di), *Ermeneutica della secolarizzazione*, Padova, 1976, p. 72, secondo cui essa sarebbe “l’insieme di tutte le idee filosofiche e regole costituzionali e comportamenti politici, che impediscono a tutti coloro che esercitano un’autorità riguardo a quello che concerne la vita *dopo* la morte, di esercitare anche una autorità riguardo a quello che concerne la vita *prima* della morte” (corsivo dell’autore). Sul punto, si veda da ultimo D. Loprieno, *La libertà religiosa*, Milano, Giuffrè, 2009.

omosessuale è stata eseguita il 10 ottobre 1783, è fu solo con la Rivoluzione francese che si pose fine alle condanne per sodomia.

La diffusione del codice napoleonico, secondo cui religione e diritto, morale e legge dovevano restare separati, contribuì a diffondere l'idea che la sessualità fosse una libertà individuale appartenente alla sfera privata nella quale lo Stato poteva intervenire solo nel caso di violazione della libertà altrui³⁰. Tale principio fu accolto anche da alcuni Stati italiani preunitari³¹, che cancellarono la sodomia dall'elenco dei comportamenti punibili mentre rimasero sanzionabili solo gli atti omosessuali avvenuti senza il consenso di uno dei partner. Tuttavia, questo spirito di tolleranza restava precario, dal momento che, nel Novecento, anche in Francia è stato reintrodotta il reato di omosessualità, in seguito alle modifiche del codice penale introdotte dal regime del maresciallo Pétain. Solo nel 1982, eliminando le differenze del consenso sessuale, la Francia ha posto definitivamente fine alla discriminazione penale degli atti omosessuali.

Nei Paesi di tradizione anglosassone, fino ai primi decenni del 1800, si continuò a vietare severamente la sodomia, talvolta con esecuzioni capitali, come accadde in Gran Bretagna e in Germania; fino alla fine del secolo rimase elevato il numero degli omosessuali condannati al carcere o ai lavori forzati. Si ricorda, a tal proposito, tra i personaggi più famosi dell'epoca, Oscar Wilde, che, nel 1895, fu processato in quanto aveva espresso preferenze sessuali di tipo omosessuale. Egli si considerava esponente di una *élite* culturale che si contrapponeva alla moderna eterosessualità filistea. Alla domanda del giudice "Cos'è l'Amore che non osa pronunciare il proprio nome?", Wilde rispose che "l'amore, che non osa dire il suo nome in questo secolo, è il grande affetto di un uomo anziano nei confronti di un giovane, lo stesso che esisteva tra Davide e Gionata e che Platone aveva messo alla base stessa della sua filosofia, lo stesso che si

³⁰ Cfr. L. Benadusi, *Il nemico dell'uomo nuovo. L'omosessualità nell'esperimento totalitario fascista...* cit., p. 90.

³¹ In altri Stati preunitari, come quello Austro-Ungarico e quello di Sardegna, i codici penali continuarono ad includere la sodomia come comportamento perseguibile penalmente. Quando l'Italia fu riunificata, in seguito alla caduta di Napoleone, i Savoia decisero di estendere il loro codice penale anche al resto del Paese, in attesa del nuovo codice; il nuovo Regno d'Italia prevedeva quindi la condanna delle relazioni omosessuali, ma nel 1861, la Commissione incaricata di estendere il codice anche al Regno delle Due Sicilie, decise di abolire l'articolo 425 che prevedeva il reato dell'omosessualità, in quanto in quella parte di territorio nazionale, per anni era stato in vigore il codice napoleonico che non prevedeva il suddetto reato.

può trovare nei sonetti di Michelangelo e di Shakespeare (...) Non c'è nulla di innaturale in tutto ciò". In seguito, Wilde dovette ritrattare la propria condizione definendola "una pazzia", ma ciò comportò comunque il carcere e due anni di lavori forzati. Sebbene oggi Oscar Wilde venga considerato "un martire gay", egli non ritenne di dover appoggiare la causa della depenalizzazione dell'omosessualità.

Secondo alcuni autori³², la depenalizzazione della sodomia avvenuta in alcuni Paesi, come la Francia, l'Italia, la Spagna, il Portogallo, etc., verso la metà del XIX secolo, piuttosto che in altri, fu dovuta al ruolo della Chiesa cattolica. L'idea che Stato e Chiesa dovessero avere competenze distinte, comportò che la Chiesa assumesse il ruolo di controllore dei costumi e della morale e ciò contribuì ad una maggiore indulgenza nei confronti dell'omosessualità. La qual cosa non avvenne nei Paesi protestanti, in quanto il compito di reprimere le relazioni fra persone dello stesso sesso restava di competenza dello Stato. In realtà, si sostiene che l'idea di depenalizzare la sodomia, e quindi, di non renderla oggetto di disciplina per il legislatore, evitando di parlarne, avrebbe rappresentato il modo migliore per affrontare questo "vizio", o meglio per negare *tout court* l'omosessualità.

L'uso di definirsi come gay o lesbica³³, tra gli omosessuali, si diffonde a partire dagli anni Sessanta del 1900. In ogni modo, occorre sottolineare che l'idea di una identità gay non è universale; in alcune parti del mondo molte persone intrattengono relazioni sessuali con individui dello stesso sesso senza identificarsi affatto come gay. Nel mondo esistono e sono sempre esistite pratiche e culture omoerotiche senza alcun bisogno di utilizzare il concetto "occidentale" di "identità gay"³⁴.

³² In tal senso, si veda per tutti, Cfr. L. Benadusi, *Il nemico dell'uomo nuovo...* cit., pp. 103 e 104.

³³ Nei paesi di lingua anglosassone, invece, si utilizza l'espressione '*queer*', per indicare l'omosessualità sia maschile che femminile.

³⁴ Con riguardo alle pratiche e culture omoerotiche presenti in particolare nei Paesi del Sud del mondo, cfr. V. Baird, in *Le diversità sessuali...* cit., pp. 17-19, il quale ricorda, ad esempio, il caso delle donne afrosurinamesi che si identificano *mati*, le quali hanno rapporti sessuali lunghi ed intensi, spesso alla luce del sole con altre donne o in concomitanza alle relazioni sessuali con gli uomini, eppure tali donne non vengono considerate "lesbiche"; inoltre, in Cina, il termine utilizzato per indicare gay, lesbiche o bisessuali è *tongzhi*, che significa "compagno", tali persone considerano la sessualità solo come una delle componenti fondamentali della vita e perciò non si sentono catalogati in una categoria a sé.

2.3 L'omosessualità e le religioni

Come più volte rilevato, il rapporto tra cultura sessuale e sistema di valori e principi culturali, in specie quelli religiosi, è di cruciale importanza per capire i diversi comportamenti sessuali nelle varie epoche storiche. In tale analisi, si rileva che le religioni monoteiste (cristianesimo, ebraismo e islam) hanno avuto una grande influenza nella marginalizzazione delle persone omosessuali. Difatti, nell'epoca dell'Impero romano e sotto l'influenza del cristianesimo, nel 324 con l'imperatore Costanzo II fu adottata la prima legge contro gli omosessuali, iniziando così una forte repressione dei rapporti tra persone dello stesso sesso. Si riteneva che solo i rapporti eterosessuali monogami fossero naturali e morali, fino a giungere nel 390, con l'imperatore Teodosio I a ordinare la condanna al rogo di tutti gli omosessuali passivi. Secondo il Codice Teodesiano del 390 (Teodosio II), il ruolo passivo era considerato una minaccia per il vigore e la sopravvivenza di Roma, in quanto associato inevitabilmente alla femminilità. I racconti di Sodoma e Gomorra dell'Antico Testamento, le lettere paoline³⁵ contenute nel Nuovo Testamento, consentono di riproporre la vecchia ostilità nei confronti degli omosessuali e rappresentano la prova incontestabile dell'odio biblico nei confronti dell'omosessualità.

Nella religione ebraica, nei passi del Levitico, si afferma che “non avrai con maschio relazioni come si hanno con una donna: è abominio”³⁶. “Se uno ha con un uomo relazioni carnali come si hanno con una donna, ambedue hanno commesso cosa abominevole; dovranno essere messi a morte; il loro sangue ricadrà su di loro”³⁷. Questo pensiero ha influenzato per secoli il modo di pensare degli Ebrei per quanto concerne le relazioni omosessuali: “ancora oggi la legge religiosa ha un ruolo fondamentale non

³⁵ Paolo, a differenza degli altri discepoli, nella lettera a Timoteo torna sulla “questione dell'omosessualità”, dicendo: “noi sappiamo che la Legge è buona, purché se ne faccia un uso legittimo, ma bisogna tener presente che la legge non è fatta per il giusto, bensì per i cattivi e i ribelli, gli empi e i peccatori, per i sacrileghi e profanatori, i parricidi e i matricidi, gli omicidi, gli impudichi, i sodomiti...”; in *Lettera a Timoteo*, I. 8-10.

³⁶ Levitico XVIII 22.

³⁷ Levitico XX 13.

solo nella formazione di aree importanti del diritto civile, ma anche come fonte sussidiaria quando non sia possibile decidere secondo la legge, i precedenti giurisprudenziali o l'analogia"³⁸.

Gli studiosi della Bibbia ritengono che questi duri comandamenti potrebbero forse avere origine negli sforzi degli antichi israeliti per distinguersi dai Cananei che avevano vissuto in quella terra prima del loro arrivo. Secondo quest'ultimi la diversità, sia di genere sia di sesso, veniva collegata all'adorazione di una divinità femminile, per cui al fine di sradicare la religione dei Cananei si è ritenuto necessario, secondo gli Ebrei dell'epoca, eliminare le pratiche erotiche connesse a quella fede. I simboli più potenti di queste pratiche erano le sacerdotesse e i sacerdoti, i quali erano considerati "prostituti sacri" della dea *Athirat* e del consorte *Baal*. Si sostiene che per trecento anni vennero condotte delle violente campagne da parte di alcuni Re d'Israele e di Giuda, mentre alcuni monarchi più tolleranti li ospitarono nei propri templi³⁹.

Ancora oggi, la Chiesa Cattolica non si è 'pentita' delle atrocità commesse contro gli omosessuali, come invece accaduto per altre storiche persecuzioni, anzi si continuano a giustificare le discriminazioni di cui gli omosessuali sono ancora vittime. Il Vaticano ritiene, secondo quanto espresso in un documento della Congregazione della Fede, che le condanne del Levitico e quelle dell'apostolo Paolo restano attuali. Inoltre, nell'ultima versione del Catechismo si legge che "gli atti omosessuali sono contrari alla legge naturale. Essi precludono all'atto sessuale il dono della vita. Non sono il frutto di una vera complementarietà affettiva e sessuale. In nessun modo possono essere approvati"⁴⁰.

Il buddhismo invece, risulta essere la religione più rispettosa delle diversità sessuali e di genere, nonostante gli atteggiamenti siano cambiati nel corso delle epoche storiche e dell'evoluzione culturale. L'induismo moderno appare del tutto ostile all'omosessualità, mentre, l'avversione dei musulmani nei confronti delle pratiche omosessuali affonda le sue radici nella storia; si sostiene che il profeta Maometto abbia pronunciato le seguenti parole: "Sia maledetto da Dio, chi commette ciò che ha commesso il popolo *Lot* (...),

³⁸ Cfr. A. Zanotti, "La secolarizzazione dei diritti a base religiosa: il paradigma del matrimonio", in *Lo stato secolarizzato nell'età post-secolare*, G. E. Rusconi (a cura di), Bologna, 2006, p. 184.

³⁹ V. Baird, *Le diversità sessuali...* cit., p. 90.

⁴⁰ Cfr. *Catechismo della Chiesa Cattolica*, 2357.

nessun uomo deve guardare le parti intime di un altro uomo e nessuna donna le parti intime di un'altra donna"⁴¹. Occorre però precisare, che non tutti i musulmani accettano questa ricostruzione dal momento che il Corano non è molto chiaro sul punto, di tal che la controversia dell'Islam sull'omosessualità è ancora aperta: secondo alcuni l'omosessualità è illegale per l'Islam; secondo altri invece, il Corano non condanna chiaramente gli atti omosessuali⁴².

Nel corso della storia umana, la religione è stata spesso strumentalizzata al fine di opprimere ora un gruppo ora un altro. È evidente che “le incoerenze dogmatiche unitamente all'alternarsi dell'accettazione e del rifiuto, della tolleranza e dell'intolleranza dimostrano che il pregiudizio religioso contro le minoranze sessuali raramente è intrinsecamente religioso. Le ragioni che hanno mosso tali “persecuzioni” sono state per lo più politiche e volte alla conservazione del potere e della superiorità”⁴³.

2.4 L'omosessualità nel XX secolo: i ‘primi’ movimenti gay.

È asserito che “la dicotomia eterosessualità-omosessualità nelle società occidentali rappresenta una costante biologica”⁴⁴, secondo cui l'eterosessualità è la regola e l'omosessualità l'eccezione. Nel corso della storia, gli omosessuali sono stati vittime di drammatiche vicende e ciò ha determinato la nascita di una vera e propria avversione verso le persone omosessuali, definita con il termine “omofobia”. Nonostante nei primi anni del 1900, la Germania, precisamente Berlino, divenne il centro della ricerca sessuale e iniziò a svilupparsi una cultura omosessuale, con l'avvento del nazismo e delle politiche hitleriane, a partire dal 1933, cominciò un periodo di persecuzione e di

⁴¹ Si ricorda, che il popolo dei *Lot* era il popolo che praticava l'omoerotismo definito *Liwat*.

⁴² In tal senso, si rileva che nel mondo islamico parte del diritto privato è disciplinato da leggi religiose e le Costituzioni nazionali spesso fondano i propri precetti sulla “Rivelazione, a quella *Shari'* a che Allah ha donato all'uomo per la sua salvezza”, cfr. A. Zanotti, “La secolarizzazione dei diritti a base religiosa... cit. p. 183.

⁴³ *Ibidem*, p. 96.

⁴⁴ Cfr. E. Ruspini (a cura di), *Donne e uomini che cambiano...* cit., p. 207.

umiliazione per coloro che all'epoca erano definiti "degenerati sessuali". Secondo la politica di Hitler "coloro che prendono in considerazione l'amore dell'uomo con l'uomo o della donna con la donna sono nostri nemici"⁴⁵. Per diverso tempo si ignorò la politica attuata dai nazisti nei confronti degli omosessuali, probabilmente perché l'omosessualità veniva considerata un reato ancora in gran parte dell'Europa⁴⁶, tant'è che risulta difficile effettuare una stima precisa delle persone omosessuali che furono seviziate, maltrattate o spedite nei lager. Gli omosessuali erano considerati all'ultimo livello della gerarchia carceraria, molti di loro furono oggetto di sperimentazioni mediche poiché si pensava di poter eliminare l'omosessualità attraverso disumane sperimentazioni. Solo negli anni Settanta, con la nascita del movimento per i diritti dei gay furono scoperte le persecuzioni naziste, quando già un decennio prima le due Germanie decisero di modificare le leggi repressive della sodomia⁴⁷.

Anche in Italia, con l'avvento del fascismo, l'attività repressiva nei confronti degli omosessuali divenne più dura e invasiva e la pederastia veniva considerata una vera e propria forma di devianza. Seppure non esistesse una norma contemplante il reato di "omosessualità"; la repressione di questo 'vizio', in quanto non conforme alle norme del regime, era affidata all'opera fascista di rigenerazione della società e degli italiani. In quel periodo gli omosessuali furono identificati ed iscritti in appositi registri dalle prefetture provinciali e continuamente minacciati di confino⁴⁸. Tutto ciò rese difficile l'esistenza delle persone omosessuali, non solo per l'ostilità del sistema e della

⁴⁵ Si veda V. Baird, *Le diversità sessuali...* cit., p. 62.

⁴⁶ Fino alla fine degli anni Cinquanta, molti paesi in Europa ancora prevedevano severe sanzioni penali per le persone omosessuali; in Gran Bretagna ad esempio, si dovette attendere il 1954, quando fu costituito il *Wolfenden Committee* dalla Camera dei Lord, per la depenalizzazione degli atti omosessuali in privato tra adulti consenzienti.

⁴⁷ Occorre ricordare che in Germania, nel 1871, fu introdotto nel codice penale il c.d. 'paragrafo 175', con il quale gli atti omosessuali venivano considerati un crimine. Tale normativa, nel periodo nazista fu ampliata, includendo qualunque atto osceno; la stima delle persone omosessuali che furono deportate nei lager, dopo esser state identificate con un triangolo rosa, risulta essere di un numero che va da 5000 a 15000 persone. Tuttavia, la condanna degli omosessuali proseguì anche nel dopoguerra, gli emendamenti apportati al paragrafo 175, dal regime nazista restarono in vigore nella Germania ovest fino al 1969, mentre la Germania est ritornò, nel 1950, all'originaria versione della legge che condannava l'omosessualità. Successivamente, furono effettuate diverse modifiche alla legge in commento, attenuando i casi di condanna dell'omosessualità, ma solo nel 1994, il paragrafo 175 fu abrogato.

⁴⁸ A proposito di repressione della pederastia si veda per tutti, L. Benadusi, *Il nemico dell'uomo nuovo...* cit., p.140.

popolazione ma anche sul fronte familiare e del lavoro; iniziarono così a crearsi gruppi di omosessuali con spazi autonomi e in luoghi nascosti dove poter esprimere ‘liberamente’ la propria identità.

Altresì, la Spagna del generale fascista Franco, nel corso della sanguinosa guerra civile del 1936-39, visse un periodo di feroce avversione nei confronti degli omosessuali, dettata dal ritorno ai valori tradizionali e dalla dottrina sociale della Chiesa cattolica. In seguito alla morte di Franco nel 1975 e contestualmente alla rinascita della democrazia nacque un movimento di liberazione di gay e lesbiche.

Nel regime dei soviet, seppur tra il 1905 e il 1917 la cultura e la politica dei gay conobbe un fiorente periodo, l’idea dei diritti degli omosessuali fu contrastata da Lenin e Trockij, in quanto l’omosessualità era ancora considerata una malattia da curare. Negli anni Trenta, l’omosessualità non veniva più menzionata in letteratura, poiché i gay furono rinchiusi in cliniche psichiatriche e la legge sovietica collocò l’omosessualità tra i reati contro lo Stato, al pari delle attività controrivoluzionarie, dello spionaggio o del sabotaggio. La Cina maoista fu ancora più ostile⁴⁹: i gay furono fisicamente eliminati e le lesbiche esiliate, da poter ‘candidamente’ dichiarare inesistente l’omosessualità.

Verso la metà del XX secolo, l’idea che l’omosessualità fosse una malattia cominciò ad essere superata soprattutto negli Stati Uniti. Tuttavia, si intrapresero nuovi metodi psichiatrici al fine di condurre i gay alla consapevolezza dell’errore del loro modo di essere.

Secondo alcuni autori⁵⁰, i “movimenti di liberazione gay in occidente” (*Gay Liberation Front*)⁵¹, iniziarono a diffondersi solo dopo la Seconda guerra mondiale, in particolare, un episodio ha rappresentato l’atto di nascita di tali movimenti: nel 1869, presso lo *Stonewall Inn Greenwich Village*, di New York, si verificò una rissa che vide come protagonisti manifestanti omosessuali. Nonostante alcune sommosse simili si fossero già verificate a Parigi ed Amsterdam, l’episodio accaduto a New York ebbe

⁴⁹ V. Baird, *Le diversità sessuali...* cit., p. 64.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 23.

⁵¹ Alcuni autori, sostengono che il “Gay liberation Front” negli Usa rappresenta la seconda ondata del “movimento di liberazione”; la prima ondata avvenuta in Europa e precisamente in Germania, è stata occultata dalle esperienze totalitarie della prima metà del Novecento, in tal senso M. Mieli, *Elementi di critica omosessuale...* cit., p. 15.

maggior rilevanza, non solo perché da allora iniziarono a diffondersi le manifestazioni di persone gay, ma soprattutto perché, in tale periodo, gli omosessuali iniziarono ad organizzarsi in associazioni, venendo “allo scoperto”⁵². Tali mutamenti sociali, e le ripercussioni nel campo letterario e nel campo cinematografico, sono stati sicuramente favoriti dal contributo degli studiosi della psiche visto che, nel 1973, l'*American Psychiatric Association* cessava di considerare l'omosessualità come una patologia o un disturbo della personalità. Gli studi della psicologa Evelyn Hooker intrapresi nel 1957⁵³, dimostrarono che gli omosessuali non sono meno psicologicamente adatti del resto della popolazione, come invece sostenevano la psicologia e la psichiatria dell'epoca che classificavano l'omosessualità come “malattia mentale”. Eppure, già qualche decennio prima, Sigmund Freud, in una intervista pubblicata sul giornale *Die Zeit*, affermò che “gli omosessuali non dovevano essere trattati come persone malate e non potevano essere perseguibili penalmente”⁵⁴.

Negli anni Settanta e Ottanta, in altre parti del mondo, aumentò il sentimento omofobico, in particolare nell'esperienza dittatoriale dell'America Latina; in Cile, ad esempio, furono emanate leggi che dichiaravano l'omosessualità come atto di terrorismo nei confronti della famiglia; in Brasile, all'indomani del colpo di Stato militare del 1976, gli attivisti gay vennero torturati e uccisi, ciò nonostante, nel 1982 alcuni movimenti gay iniziarono a riorganizzarsi, ma negli ultimi periodi della dittatura s'intraprese una nuova ondata di sterminio nei loro confronti.

⁵² In riferimento alle prime manifestazioni del “movimento gay” si veda fra gli altri, R. A. Isay, *Essere omosessuali. Omosessualità...* cit., p. VII; V. Baird, *Le diversità sessuali...* cit., pp. 23 e ss.

⁵³ Evelyn Hooker fu una celebre psicologa che, nel 1957, studiò “*the adjustment of the male over homosexual*”, (l'adattamento psicologico del maschio omosessuale dichiarato). Nel condurre tali studi, la Hooker aveva somministrato test psicologici a gruppi di omosessuali ed eterosessuali, chiedendo poi ad esperti del settore, basandosi esclusivamente sui risultati dei test e senza conoscere i soggetti, di individuare quali di loro fossero omosessuali. Gli esperti non riuscirono a individuare le persone omosessuali in percentuale statisticamente significativa rispetto al caso. Tale studio ebbe conseguenze notevoli, fu ripetuto più volte da altri studiosi fino a raggiungere l'importante conclusione che l'omosessualità non può essere considerata una malattia mentale.

⁵⁴ Si veda, R. A. Isay, *Essere omosessuali. Omosessualità maschile e sviluppo psichico...* cit., pp. 1 e 2, il quale precisa come Freud tende a fornire un'interpretazione il più possibile definitiva del fenomeno omosessuale. Tuttavia di volta in volta le sue interpretazioni variano: in una prima fase considera l'esistenza in chiunque di tendenze omoerotiche ed in particolare nei bambini, giungendo alla conclusione che l'omosessualità è congenita; in seguito si interroga sulla genesi dell'omosessualità. Sul punto, cfr. M. Mieli, *Elementi di critica omosessuale...* cit., p. 55.

3. L'omosessualità oggi.

Forte della ricostruzione seppure sintetica appena effettuata, paiono potersi avallare le conclusioni cui pervengono alcuni studi recenti⁵⁵ in merito al ruolo che i processi di globalizzazione hanno svolto sulla diffusione dei movimenti gay. In effetti, fino a pochi decenni fa, per i gay e le lesbiche dei Paesi occidentali, era quasi impossibile la circolazione delle informazioni sull'omosessualità nei paesi africani, asiatici o latinoamericani. Negli ultimi tempi, si è assistito ad una vera e propria “esplosione di visibilità per gli omosessuali”⁵⁶; sicuramente le nuove tecnologie si sono rivelate importantissime per la globalizzazione delle informazioni in tema di diversità sessuale, acquisendosi maggiore consapevolezza del fatto che il desiderio omosessuale è universale⁵⁷.

Si ricorda a tal proposito la recente (2007) tragica vicenda di un giovane iraniano⁵⁸ di circa vent'anni che dopo un anno di carcere, in seguito all'accusa di essere gay e di aver avuto rapporti sessuali con altri ragazzini quando aveva 13 anni, è stato giustiziato nel cortile del carcere di *Kermanshah*⁵⁹. Al momento dell'arresto, avvenuto nel centro della città di *Paveh*, il giovane fu costretto a salire su un asino, venendo umiliato pubblicamente per tutto il centro cittadino; il suo avvocato ricorda, inoltre che nel corso del processo la confessione fu estorta con violenza. Nonostante il ritiro delle denunce delle “presunte” parti lese, la sospensione della pena decretata dal magistrato e la mobilitazione internazionale, il ragazzo è stato giustiziato, dopo sei anni dai reati

⁵⁵ In tal senso V. Baird, *Le diversità sessuali...* cit., p. 14

⁵⁶ *Ibidem*, p. 14.

⁵⁷ Nei vari paesi del mondo l'omosessualità ha conosciuto in periodi diversi, diverse condizioni: negazione, persecuzione, tolleranza, etc. tuttavia è possibile riconoscere che il desiderio omosessuale è universale e non limitato a determinate aree, a tal proposito, M. Mieli, *Elementi di critica omosessuale...* cit., p. 13.

⁵⁸ Pare opportuno ricordare, che in Iran, con l'ascesa al potere dell'Ayatollah Khomeini, avvenuta nel 1979, fu impiantata una forma di Stato di stampo religioso islamico sciita, basata su uno stretto moralismo di linea fondamentalista, secondo cui l'omosessualità deve essere condannata. Da allora migliaia sono state le esecuzioni avvenute nello Stato iraniano e denunciate dalle varie organizzazioni internazionali

⁵⁹ In ordine alla vicenda del giovane ragazzo iraniano impiccato perché gay, cfr. *La Repubblica*, venerdì 17 dicembre 2007, p. 19.

contestati. Ancora una volta, l'esecuzione di una persona omosessuale ha riportato l'attenzione alle violazioni dei diritti umani in Iran, nonostante l'attuale Presidente iraniano continui a negare l'esistenza dei gay nel suo Paese e nonostante la sodomia continui ad essere una delle tante accuse che portano alla pena di morte⁶⁰.

Sebbene la dicotomia eterosessualità-omosessualità, ovvero, normalità-diversità, continui ad alimentare sentimenti omofobici, le ricerche e gli studi delle diverse discipline come la biologia, la psichiatria, l'antropologia, la psicologia e la sociologia, hanno permesso di correggere, seppur in parte, tale visione della sessualità umana. È evidente che esiste un legame naturale tra omofobia e reazione a modelli sessuali diversi, in quanto ancora in molti paesi l'idea che porta alla condanna dell'omosessualità si basa sul fatto di "intrattenere relazioni sessuali con persone dello stesso sesso, violando così una regola sociale fondata su presupposti di naturalità"⁶¹. Tuttavia tale visione dell'omosessualità considera solo la "dimensione erotica della relazione, e non prende in considerazione il fatto che le relazioni omosessuali significano soprattutto attrazione, intesa come possibilità di innamorarsi e amare persone dello stesso sesso"⁶². Difatti, il termine "omosessuale", etimologicamente conduce al concetto di sessualità verso chi è uguale; per tale motivo, negli ultimi tempi, i movimenti gay e lesbici preferiscono utilizzare la definizione "lesbo/omo-affettivo" piuttosto che omosessuale. Nell'immaginario collettivo, l'omosessualità rappresenta una devianza dalla normalità, poiché l'omosessuale si definisce per 'differenza dal' e 'negazione del' paradigma eterosessuale, in quanto lontana rispetto a ciò che dovrebbe essere. Un eterosessuale normalmente non deve dichiarare la propria identità sessuale, la quale è data per scontata, e per certi versi pretesa e non incide sull'immagine complessiva di un soggetto. Diversamente, l'omosessuale nei diversi ambiti della vita sociale si trova dinnanzi a due alternative: nascondere o simulare la propria identità

⁶⁰ Secondo l'organizzazione musulmana per i diritti degli omosessuali *Al Fatiha*, circa 4000 tra gay e lesbiche sono stati uccisi nel paese a partire dalla rivoluzione fondamentalista; anche in Afghanistan e in Arabia, sono state registrate esecuzioni di altrettanti uomini e donne, così, V. Baird, *Le diversità sessuali...* cit., p.67.

⁶¹ Cfr. E. Ruspini (a cura di), *Donne e uomini che cambiano...* cit., p. 187.

⁶² *Ibidem*, p. 188.

sessuale ovvero, palesare la propria condizione sessuale, “venendo allo scoperto”, in altri termini praticando il c.d. “*coming out*”⁶³.

Alcuni autori⁶⁴ invece, ritengono che il problema non è rappresentato dal fatto che le persone omosessuali violino l’ordine simbolico “tradizionale”, ove gli uomini sono attratti dalle donne e le donne dagli uomini, alterando i c.d. comportamenti sessuali normati, ma ciò che alimenta il sentimento omofobico è il fatto che gli omosessuali hanno tradito il proprio genere naturale di appartenenza e di aver violato confini non valicabili.

La recente preoccupazione per tale ostilità nei confronti di gay e lesbiche modifica il modo in cui finora è stata affrontata la questione; difatti invece di concentrarsi, come in passato, sullo studio del comportamento omosessuale in quanto deviante, l’attenzione viene ormai posta sulle ragioni che hanno portato a considerare questa forma di sessualità come deviante. Come osservato da alcuni autori, “lo spostamento dell’oggetto di analisi verso l’omofobia corrisponde ad un cambiamento tanto epistemologico quanto politico. Epistemologico, dal momento che non si tratta tanto di conoscere e di comprendere l’origine ed il funzionamento dell’omosessualità, quanto di analizzare l’ostilità suscitata da questa specifica forma di orientamento sessuale. Politico, poiché non è più la *questione omosessuale* ma proprio la *questione omofobica* che merita oggi di essere affrontata in quanto tale”⁶⁵.

Tutt’oggi non mancano episodi di persone poco tolleranti che esprimono la loro posizione nei confronti dell’omosessualità, disprezzando tali persone perché disgustosa appare l’idea di due uomini (o due donne) che si congiungono carnalmente.

⁶³ L’espressione “*coming out*”, in passato era utilizzata per designare il rito di entrata in società delle giovani debuttanti. Tale espressione è stata ripresa dagli omosessuali americani, prima degli anni ’30, per indicare la presentazione di uno di loro alla comunità gay, in occasioni di feste e più recentemente ‘l’uscita allo scoperto’. La definizione “*coming out*”, oggi viene utilizzata in tutti i Paesi occidentali, per definire il lungo, difficile e doloroso processo che va dal primo desiderio omoerotico alla dichiarazione della propria identità sessuale; in tal senso, cfr. M. Barbagli, A. Colombo, *Omosessuale moderno*, il Mulino, Bologna, 2001, p. 19.

⁶⁴ Per una più ampia definizione del concetto di omofobia si veda per tutti, E. Ruspini (a cura di), *Donne e uomini che cambiano... cit.* p. 188.

⁶⁵ Cfr. D. Borrillo, *Omofobia, storia e critica di un pregiudizio... cit.*, p. 8.

Spesso siamo venuti a conoscenza di episodi di discriminazione nei confronti delle persone gay o lesbiche, talvolta si è trattato di vicende di condanna della sodomia verificatesi anche in Paesi che esplicitamente non prevedono leggi contro l'omosessualità. A tal proposito, pare opportuno richiamare alcuni esempi di omofobia di matrice fondamentalista islamica, avvenuti in alcune parti dell'Occidente: le dichiarazioni del decano della prestigiosa moschea di Regent's Park nel centro di Londra, Sheikh Sharkhawy, che ha pubblicamente invocato la pena di morte per i gay di età superiore ai dieci anni e l'ergastolo per le lesbiche; od ancora, l'omicidio di uno studente gay nel Kansas che è stato festeggiato da un pastore protestante che, nel proprio sito web, ha ringraziato Dio per l'assassinio. Di conseguenza, può dunque, avvalorarsi l'idea di alcuni autori secondo cui, "l'omofobia predominante in Occidente è la versione cristiana del fondamentalismo"⁶⁶.

Ad oggi, sono circa 82 i Paesi in cui vigono normative *ad hoc* contro l'omosessualità, dieci dei quali prevedono come pena addirittura la condanna a morte⁶⁷. Anche nei Paesi dove si aderisce con 'entusiasmo' alla globalizzazione economica ed all'ideologia del libero mercato, ci sono reazioni di stampo conservatore al progredire del cambiamento sociale: ne costituiscono esempi l'Indonesia e la Malaysia. In quest'ultimo Paese, le donne continuano a vivere in una condizione servile, mentre gli uomini omosessuali o transgender sono rifiutati⁶⁸. Difatti, si ricorda il caso di Anwar Ibrahim⁶⁹, principale oppositore politico del Premier della Malaysia Mohamad Mahathir che, nel 2000, fu arrestato per sodomia, poi rilasciato nel 2004 quando la Corte federale

⁶⁶ *Ibidem*, p. 68.

⁶⁷ Tra i Paesi che attualmente prevedono la pena di morte per le persone omosessuali, si ricorda in Africa: Mauritania, Nigeria, Somalia e Sudan; in Asia: Arabia, alcune regioni dell'Autorità Nazionale Palestinese, Bangladesh, Emirati Arabi Uniti, Iran, Pakistan e Yemen; così come riportato nel sito www.sodomylaws.org.

⁶⁸ Si richiama l'articolo 377 del codice penale della Malaysia ove si dispone che "chiunque volontariamente abbia relazioni carnale contro l'ordine della natura con uomini, donne o animali, dovrà essere punito, (...). Ogni uomo che, in pubblico o in privato, commette o favorisce o tenta o procura in concorso con un altro uomo, qualunque atto di grave oscenità con un altro uomo, dovrà essere punito con la prigione per un periodo estendibile fino a due anni.

⁶⁹ Sul punto, cfr. V. Baird, *Le diversità sessuali...* cit., p. 16.

rigettò tale accusa ma nel 2008 fu nuovamente arrestato per aver avuto relazioni omosessuali con un collaboratore.

In tale ricostruzione, si ricorda tra le vicende di condanna delle persone gay e lesbiche, un episodio che è stato seguito da un interesse e clamore di notevole importanza, concernente le dichiarazioni del Presidente dello Zimbabwe Robert Mugabe che, nel 1995, impedì all'associazione gay e lesbica nazionale (GALZ) di partecipare alla Fiera Internazionale del Libro, ad Harare, sul tema "*Human Rights and Justice*". Il Presidente Mugaba affermò di trovare "estremamente scandaloso e ripugnante per la coscienza umana che delle organizzazioni immorali e disgustose, come quelle di omosessuali che offendono tanto le leggi della natura quanto i valori morali e le credenze religiose della società, dovessero avere un posto fra i presenti ma anche altrove nel mondo"⁷⁰. Mugaba sottolineò inoltre, di non credere che gli omosessuali debbano avere alcun diritto, essi degradano la dignità umana, "è innaturale e non può nemmeno discutersi sull'eventualità di consentire agli omosessuali di comportarsi peggio di cani e maiali". Le parole di avversione al fenomeno omosessuale del Presidente dello Zimbabwe furono appoggiate dal partito di maggioranza ZANU-PF, poiché si riteneva necessario mantenere i valori tradizionali e culturali dello Zimbabwe.

Poco tempo dopo, la questione omosessuale fu dibattuta in Parlamento e l'idea prevalente fu quella di considerare l'omosessualità "una minaccia alla società ed ai valori culturali, uno stile di vita malsano importato dall'occidente europeo, un fenomeno innaturale contrario alla volontà di Dio e al bisogno di riproduzione della specie umana"⁷¹. Pare chiaro che tali concezioni prendano in considerazione solo la visione delle relazioni tra persone dello stesso sesso, come caratteristica esclusiva della cultura occidentale; tuttavia, come precedentemente ricordato, esempi di relazioni sessuali, diverse da quelle 'tradizionali', sono rintracciabili anche in alcuni zone del continente africano. Ad oggi, nello Zimbabwe il sentimento prevalente è quello di intolleranza pubblica nei confronti della sodomia e difatti, l'articolo 73 del codice penale ne dispone l'illegalità.

⁷⁰ Le affermazioni del Presidente Robert Mugaba, in occasione della Fiera del libro tenutasi ad Harare nel 1995, sono riprese da, M. Montalti, *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia contemporanea di un diritto fondamentale*, Bologna, 2007, pp. 4 e 5.

⁷¹ *Ibidem*, p. 5

La vicenda richiamata ha comunque segnato l'esordio di numerose campagne antidiscriminatorie che hanno avuto eco in tutto il mondo. La dimensione internazionale del problema è stata poi ripresa in Inghilterra qualche tempo dopo le dichiarazioni del Presidente dello Zimbabwe; difatti, quando Mugaba si recò a Londra, fu sottoposto ad un arresto simbolico per "crimini contro il proprio popolo" dal militante attivista dei diritti gay Peter Tatchell⁷².

Secondo alcuni autori⁷³ il dibattito politico dello Zimbabwe è caratterizzato da quel sentimento di panico assai diffuso anche in altri contesti sociali, spinto dall'idea che una maggiore tolleranza pubblica dell'omosessualità possa corrodere la struttura sociale. È evidente che tali offensive concezioni risultano irrazionali e prive di plausibilità, in quanto si fondano su stereotipi e premesse fattuali false circa la condotta omosessuale, ma la realtà è che sin dalla nascita gli uomini si trovano sottoposti al giogo di credenze morali e sociali, le quali determinano il paradigma in cui si alimentano e controllano il pensiero e le sensazioni umani, ponendo il limite fra ciò che è ritenuto ragionevole e ciò che non lo è.

Tuttavia, l'omosessualità, che sia una scelta di vita sessuale o una caratteristica strutturale del desiderio erotico verso le persone dello stesso sesso, deve essere considerata una forma di sessualità legittima come l'eterosessualità, e dunque, semplice manifestazione del pluralismo sessuale, una variante costante e regolare della sessualità umana⁷⁴.

4. Le minoranze sessuali.

In molti paesi essere gay, lesbiche o bisessuali, è ancora considerato un grave crimine, la violazione dei diritti umani da parte dei governi nazionali nei confronti delle

⁷² La vicenda del Presidente dello Zimbabwe è riportata inoltre in, V. Baird, *Le diversità sessuali...* cit., p. 14.

⁷³ In tal senso, cfr. M. Montalti, *Orientamento sessuale e costituzione decostruita...* cit., p. 5.

⁷⁴ Cfr. D. Borrillo, *Omofobia, storia e critica di un pregiudizio...* cit., pp. 8 e 9, secondo l'autore l'omosessualità come attributo della personalità dovrebbe finire con l'essere istituzionalmente irrilevante.

persone omosessuali è giustificata in nome della cultura, della morale, della religione e della salute pubblica; pertanto, in tali paesi si continua ad applicare la normativa penale contro le persone che esprimono una tendenza sessuale diversa da quella maggioritaria.

In altri termini, l'eterosessualità rappresenta “il metro a partire dal quale tutte le altre sessualità vanno commisurate. Tutte le altre forme di sessualità appaiono, nel migliore dei casi, incomplete, accidentali e perverse e, nel peggiore, patologiche, criminali, immorali e distruttrici della civiltà. In questa logica, il diverso trattamento di situazioni differenti non costituisce affatto una discriminazione ingiustificata”⁷⁵. Tutti questi meccanismi di assoggettamento dell'individuo, capaci di strutturare il modo di pensare il sé, sono all'origine delle moderne forme di dominio⁷⁶. Il pensiero differenzialista appare come il fondamento ideologico di un certo modo di produrre dei soggetti la cui identità sessuata e sessuale s'articola intorno alla categoria uomo/donna, etero/omo, categorie non autonome in quanto una non esiste senza l'altra e senza la negazione del suo contrario.

In particolare, si rileva che “gran parte delle società insegna ai propri membri ad evitare determinati gruppi di persone ritenuti fisicamente disgustosi, portatori di una contaminazione che gli elementi sani della società devono tenere a bada. Il senso di disgusto ha spesso avuto un ruolo influente nel diritto, essendo stato posto a giustificazione primaria, a volte addirittura come unica giustificazione, nel sancire

⁷⁵ *Ibidem*, p. 26; in cui l'autore afferma che il riconoscimento dell'eterosessualità come sessualità di rango superiore, conduce a ritenere che vi sia una “gerarchia delle sessualità”.

⁷⁶ In tal senso, si veda M. Foucault, *Histoire de la sexualité*, Gallimard, Paris 1976-1984, 3 voll.; trad. it., *La volontà di sapere. Storia della sessualità I*, Feltrinelli, Milano, 1978, p. 56 e p. 64. Secondo Foucault, “la verità non appartiene all'ordine del potere, ma è in una parentela originaria con la libertà: altrettanti temi tradizionali della filosofia che una “storia politica della verità” dovrebbe capovolgere, mostrando che la verità non è libera per natura, né l'errore servo, ma che la sua produzione è intimamente attraversata dai rapporti di potere. (...) bisogna farsi un'immagine capovolta del potere per credere che ci parlino di libertà tutte quelle voci che, da tanto tempo, nella nostra civiltà, ripetono senza fine la formidabile ingiunzione di dire ciò che siamo, quel che facciamo, quel che ricordiamo e quel che abbiamo dimenticato, quel che nascondiamo e quel che si nasconde, quello a cui non pensiamo e quel che pensiamo di non pensare. Lavoro immenso al quale l'Occidente ha piegato delle generazioni per produrre – mentre altre forme di lavoro assicuravano l'accumulazione del capitale – l'assoggettamento degli uomini; voglio dire la loro costituzione come “soggetti” nel duplice senso della parola (soggetti e sudditi)”. Seppure, come ben precisa l'illustre pensatore la società “che si sviluppa nel XVIII secolo non ha posto al sesso un rifiuto fondamentale di riconoscerlo. Ha al contrario messo in opera tutto un apparato per produrre su di esso dei discorsi veri. Non solo ne ha parlato molto, ed obbligato ciascuno a parlarne; ma ha incominciato a formulare la verità organizzata”.

l'illegalità di certi atti. Anche le leggi sulla sodomia sono state giustificate appellandosi semplicemente al disgusto che le persone giudiciose proverebbero al pensiero di atti simili⁷⁷. In alcuni territori, fino al 1960, vigevano le c.d. *sodomy laws*⁷⁸ che proibivano ogni rapporto sessuale orale o anale tra uomini, donne o uomo e donna. Negli Stati Uniti, Canada, New Zelanda, Regno Unito e Irlanda era proibita ogni *same-sex sexual activity*⁷⁹, mentre nella maggior parte dei Paesi dell'Europa occidentale, a partire dal 1944, i divieti all'attività sessuale omosessuale iniziarono a scomparire in almeno 12 Paesi del Consiglio d'Europa prima del 1989. Si sottolinea che raramente le *sodomy laws* venivano applicate e tuttavia, la loro previsione incideva notevolmente su altri tipi di discriminazione dell'orientamento sessuale, come ad esempio sul lavoro o sulla custodia dei bambini. Dal 1955, con la promulgazione del *Model Penal Code*, l'*American Law Institute* raccomandava di depenalizzare le attività sessuali private fra adulti consenzienti ma inizialmente pochi furono gli Stati che seguirono tale raccomandazione. Solo nel 2003 la Suprema Corte americana⁸⁰ affermò definitivamente l'incompatibilità delle *sodomy laws* con l'impianto costituzionale e ciò nonostante, 13 Stati conservarono la normativa anti-sodomia. In tale quadro, si sottolinea che anche in India, recentemente (2 luglio 2009) l'Alta Corte di New Delhi ha depenalizzato l'omosessualità, giudicando legali i rapporti tra adulti gay ed è stata così 'cancellata' la legge di epoca coloniale che assimilava questi rapporti al "sesso contro natura" e che prevedeva severe pene come: la detenzione fino a 10 anni ed in casi più gravi l'ergastolo.

Attualmente in Europa non esistono norme espressamente pensate contro la sodomia ma occorre precisare che i sentimenti di intolleranza, o meglio di disgusto, sono ancora fortemente radicati in alcuni Paesi, come ad esempio la Romania. In questo Paese neocomunitario dove seppur dal 2002 i rapporti omosessuali non sono più punibili, in

⁷⁷ Il "disgusto" nei confronti della sodomia, viene ampiamente analizzato in M. C. Nussbaum, *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, Carocci, Roma, 2005, p. 96.

⁷⁸ Cfr. M. Montalti, *Orientamento sessuale e costituzione decostruita...* cit., p. 21.

⁷⁹ In riferimento alle *sodomy laws* ancora vigenti in alcuni Paesi si veda, www.sodomylaws.org; oppure www.arcigaymilano.org/crono/sezione.asp?sez=Leggi&sotto=Omofobia&IDEvento=515

⁸⁰ Con la sentenza *Lawrence v. Texas* 539 U.S. 558 (2003), la Suprema Corte americana ha dichiarato incostituzionale la legge del Texas che prevedeva la condanna degli atti sessuali fra persone dello stesso sesso.

seguito all'abrogazione dell'articolo del codice penale che prevedeva la condanna dell'omosessualità, restano ancora da superare i forti pregiudizi radicati nella società.

Il disgusto come la vergogna sono sensazioni o turbamenti che s'incontrano spesso nella vita sociale; si sostiene che proprio in virtù del "senso di vergogna e di disgusto, tutte le società selezionano determinati gruppi ed individui costringendoli a vergognarsi, bollandoli come "anormali" ed esigendo che essi si sentano a disagio a causa delle loro caratteristiche e della loro identità"⁸¹. Nella cultura invalsa si pone maggiore attenzione all'orientamento sessuale delle persone piuttosto che ad altre caratteristiche personali, cosicché, nelle prassi sociali, gli individui vengono catalogati in base alla loro prevalente od esclusiva tendenza sessuale verso maschi, femmine o per entrambi i sessi. In tale necessità di categorizzare gli individui e di segnare la loro "diversità" si annida la discriminazione, mentre, la normalità è rappresentata da ciò che la maggioranza considera come usuale, perciò chiunque non faccia ciò che la maggioranza della gente fa, o chiunque non sia come è la maggioranza delle persone, viene visto con vergogna e disgusto.

In contesti formalmente democratici, l'omofobia è presente negli insulti, nelle battute, nelle caricature e nel linguaggio comune; difatti le persone gay e lesbiche vengono presentate come creature grottesche, oggetto di derisione. Come affermato 'ironicamente' da Eric Fassin: "In questo mondo sociale, tutti amano gli omosessuali in generale e molti, in particolare, coltivano amicizie con omosessuali, ma nessuno si spingerebbe al punto di credere nell'uguaglianza delle sessualità, affermazione radicale che urta il senso comune: l'omosessualità non ha nulla di anormale, ma il matrimonio o la genitorialità aperti alle coppie dello stesso sesso, lo sanno tutti che non è normale"⁸².

In tale quadro, si rileva che "costringere chi è diverso a vergognarsi costituisce un aspetto nocivo delle consuetudini sociali, un aspetto che non dovrebbe essere legittimato nelle nostre pratiche giuridiche. Di conseguenza la legge dovrebbe proteggere la pari dignità di tutti i cittadini, attraverso strumenti che consentano alle persone già

⁸¹ Cfr. M.C. Nussbaum, *Nascondere l'umanità, il disgusto, la vergogna, la legge...* cit., p. 209

⁸² E. Fassin, "Le outing de l'homophobie est-il de bonne politique? Définition et dénomination", in D. Borrillo, P. Lascoumes (a cura di), *L'homophobie, comment la définir, comment la combattre?*, ProChoix, Paris, 1999.

stigmatizzate come diverse di poter condurre una vita dignitosa”⁸³, evitando che la legge collabori ad infliggere socialmente la vergogna.

Secondo tale prospettiva si può affermare che le minoranze sessuali⁸⁴ sono il riconoscimento di un gruppo di persone che in base alle proprie tendenze sessuali – diverse da quelle che ha la maggior parte delle persone – assumono la consapevolezza di una propria identità distintiva “minoritaria”, la quale lo induce a rivendicare determinati diritti e libertà. Inoltre, anche per le persone che hanno un orientamento sessuale non eterosessuale, come per la maggior parte delle minoranze tutelate negli ordinamenti nazionali, nasce l’esigenza di far valere il proprio *status* di minoranza in riferimento a passate, presenti o potenziali discriminazioni e ingiustizie, a cui sono stati, sono o potrebbero essere sottoposti. Cosicché, l’idea di minoranza risulta strumentale alla lotta contro le discriminazione.

La complessità del fenomeno sessuale e della sessualità riflette la difficoltà nel definire un gruppo sessuale come minoranza distinta con caratteristiche specifiche e costanti⁸⁵. Le diverse culture e i vari contesti storici d’appartenenza incidono profondamente sulla condizione dei membri di un gruppo, in particolare, i membri di una minoranza sessuale possono avere una valutazione diversa tra un ordinamento giuridico ed un altro. A tal proposito, si osserva che, in alcuni Paesi è prevista la condanna dell’omosessualità solo maschile⁸⁶, ciò è dovuto certamente alle convinzioni

⁸³ Cfr. M.C. Nussbaum, *Nascondere l’umanità, il disgusto, la vergogna, la legge...* cit., p. 209

⁸⁴ L’espressione “minoranze sessuali” è stata menzionata per la prima volta all’interno della *sub-Commission Working Group on Slavery and Slavery-like Practices*, come riportato in M. Montalti, *Orientamento sessuale e costituzione decostruita...* cit., p. 21.

⁸⁵ Si osserva che il concetto di minoranza è un concetto assai generico e di difficile definizione. In via generale una minoranza è un gruppo di persone che si distingue per qualche aspetto da tutti gli altri. In questa accezione il concetto di minoranza è infinito, perché infiniti sono i possibili elementi di distinzione. (...) Sul piano giuridico tendono tuttavia ad assumere rilievo solo quei gruppi minoritari ai quali l’ordinamento riserva un trattamento speciale. Così, E. Palici di Suni Prat, *Intorno alle minoranze*, Giappichelli Editore, Torino, 1999, p. 5.

⁸⁶ Tra i Paesi che prevedono leggi specifiche contro l’omosessualità maschile, vi sono: Gambia, Ghana, Kenya, Lesotho, Malawi, Mauritius, Seychelles, Sierra Leone, Swaziland, Uganda, Zambia, Zimbabwe, Autorità Nazionale Palestinese (Gaza), Bahrein, Bangladesh, Brunei, Kuwait, Malaysia, Singapore, Sri Lanka, Turkmenistan, Uzbekistan, Repubblica Turca di Cipro, Grenada, Giamaica, Saint Kitts e Nevis, Fiji, Isole Cook, Kiribati, Nauru, Niue, Palau, Papa Nuova Guinea, Samoa, Tokelau, Tonga, Tuvalu, Guyana. Recentemente (aprile 2009), anche in Burundi in seguito alla modifica del codice penale, approvata con legge dall’Assemblea nazionale, è stata abolita la pena di morte per tutti i reati; tuttavia, è

culturali che inducono a ritenere l'omosessualità maschile più vergognosa, poiché, non prendere in considerazione il lesbismo trova giustificazione nel fatto che le donne hanno sempre vissuto “in posizione socialmente inferiore e subordinata, considerate non degne di interesse e quindi neppure di disprezzo”⁸⁷.

Tuttavia, si osserva che oggi non è immaginabile proferire, senza correre rischi, affermazioni offensive nei confronti di altre minoranze, dal momento che la legge lo vieta; per gli omosessuali non è lo stesso, poiché molti Paesi non prevedono una protezione giuridica contro l'odio omofobico. Ciò appare ancora più grave “se si considera che l'omosessualità ha il triste privilegio di essere stata combattuta, negli ultimi due secoli, in quanto peccato, crimine e malattia allo stesso tempo. Questa crudeltà ha lasciato tracce profonde nella coscienza dei gay e delle lesbiche, al punto che sono essi stessi ad aver accettato troppo spesso la violenza quotidiana – di cui sono le prime vittime – come qualcosa di normale e in un certo senso inevitabile”⁸⁸.

È pacifica l'idea che nel mondo esistono minoranze sessuali, ma è altrettanto chiaro che i singoli gruppi non sono omogenei fra loro e d'altronde i fenomeni sessuali possono essere classificati non in ragione del fatto che in natura esistono distinte categorie di erotismo, ma in virtù di norme sociali di comportamento prevalenti rispetto ad altre. Gli omosessuali, infatti, non sono “diversi” dagli eterosessuali, essi esprimono desideri sessuali atipici rispetto alla maggioranza delle persone ed è per questo che rivendicano eguale rispetto e considerazione di una condizione di vita minoritaria e delle scelte che ne conseguono. A seguito di tali considerazioni, si ritiene che è soprattutto la natura dei diritti che si rivendicano a indurre a credere che i gruppi sessuali possano qualificarsi come minoranze⁸⁹.

stato introdotto, tra gli altri, il reato di omosessualità, punendo le condotte sessuali fra persone dello stesso sesso con la detenzione da due a tre anni e con una sanzione pecuniaria da 50000 a 100000 franchi burundesi.

⁸⁷ Per quanto concerne il fenomeno omosessuale femminile, come fenomeno trascurato, cfr. per tutti E. Ruspini (a cura di), *Donne e uomini che cambiano. Relazioni di genere, identità sessuali e mutamento sociale...* cit., p. 193.

⁸⁸ Cfr. D. Borrillo, *Omofobia, storia e critica di un pregiudizio...* cit., p. 38.

⁸⁹ Ancora sul concetto di minoranze sessuali, cfr. M. Montalti, *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia contemporanea di un diritto fondamentale...* , cit., p. 25.

5. La tutela delle minoranze sessuali come riconoscimento del libero orientamento sessuale

L'uso della locuzione minoranza sessuale, oggi, appare giustificabile in considerazione del fatto che le recenti rivendicazioni al diritto al libero orientamento sessuale trovano origine nelle passate oppressioni e discriminazioni. Altresì, pare necessario l'intervento degli Stati contemporanei, in specie quelli di stampo liberal-democratico, per tutelare e promuovere l'integrazione dei gruppi di persone con differenti orientamenti sessuali, predisponendo misure idonee ad evitare eventuali discriminazioni.

Attualmente diverse Dichiarazioni di diritti e numerosi trattati internazionali contemplano tra le varie fattispecie che possono concorrere a determinare condizioni discriminatorie, anche l'orientamento sessuale. Talvolta, tale divieto di discriminazione è previsto in modo implicito, come ad esempio: nell'art. 7 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo del 1948, in cui si proibisce ogni forma di discriminazione, dichiarando che "Tutti sono eguali dinnanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad una eguale tutela da parte della legge. Tutti hanno diritto ad una eguale tutela contro ogni discriminazione che violi la presente Dichiarazione come contro qualsiasi incitamento a tale discriminazione"; nella Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (1958), che all'art. 14 vieta ogni condizione discriminatoria; ed in altre Dichiarazioni, in modo esplicito, come nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, ove all'art. 21 si dispone che "è vietata qualsiasi forma di discriminazione (..) sulle tendenze sessuali".

A livello nazionale, diverse 'soluzioni' legislative sono state adottate per garantire tutela ai gruppi di persone LGBT sottoposte a ingiuste discriminazioni, nonché ad ostilità manifesta, odio irrazionale e spesso violento. Alcuni Paesi europei si sono limitati ad introdurre legislazioni sulla parità di trattamento in ambito lavorativo ed in materia di occupazione, includendo tra gli altri divieti di discriminazione anche quello fondato sull'orientamento sessuale, come ad esempio: Austria (nel 2004); Belgio (nel

2003); Cipro (nel 2004), Finlandia (1995); Lussemburgo (1997), Regno Unito (2003), Italia (2008), etc. Altri Paesi, invece, hanno introdotto delle leggi antidiscriminatorie in generale, non circoscritte a determinati ambiti, contemplando espressamente tra i divieti di discriminazione anche quello fondato sull'orientamento sessuale. Si tratta, ad esempio, di Paesi come: Ungheria (1997), Slovenia (1994); Irlanda (1993). Altri Stati, insieme a tale normativa antidiscriminatoria, hanno introdotto anche una disciplina penale nei confronti delle persone che incitano all'odio ed alla persecuzione delle persone per le proprie tendenze sessuali. Tra i Paesi che hanno previsto tale tipo di legislazione si ricordano: la Danimarca (art. 266b cod. civ.); la Spagna che con legge 51/2003 in materia di parità di trattamento, vieta le discriminazioni per orientamento sessuale (quest'ultimo vietate anche in diversi articoli del Codice penale); l'Olanda che, pur non avendo una legge antidiscriminatoria, all'art. 137 del Codice penale punisce, con il carcere fino ad un anno o con una multa, chi diffami pubblicamente, oralmente o in altri modi, un gruppo o una persona per la sua razza, religione, credenze personali o per il suo orientamento sessuale; la Norvegia che è stato il primo Paese (nel 1991) ad introdurre una normativa penale in tal senso (art. S.135° cod. pen.); ed infine, si ricorda la Francia, ove le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale sono punite con la reclusione; secondo l'art. 225-1 del Codice penale, una discriminazione consiste in ogni forma di distinzione tra persone fisiche operata in ragione, tra gli altri fattori, del loro orientamento sessuale. Inoltre, la legge 18 marzo 2003, concernente le pene contro le infrazioni alla legge a sfondo razzista, xenofobo, introduce come circostanza aggravante quelle basate sull'orientamento sessuale.

In tale panoramica generale, è, inoltre, possibile individuare, negli ordinamenti costituzionali, due modelli di tutela del libero orientamento sessuale che tutelano i cittadini appartenenti a minoranze o gruppi: il modello esplicito di tutela costituzionale e il modello implicito, quest'ultimo desumibile dal sistema di valori e di diritti protetti in Costituzione⁹⁰.

⁹⁰ La distinzione dei modelli di tutela costituzionale del libero orientamento sessuale, in modello esplicito e modello implicito è ripresa in M. Montalti, *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia contemporanea....* cit., p. 27.

5.1 Il modello esplicito di tutela dell'orientamento sessuale

Il modello di tutela costituzionale esplicita è rappresentato da quei casi in cui il legislatore costituzionale ha espressamente protetto le minoranze sessuali. Tale modello può essere ulteriormente distinto, in quanto la protezione del libero orientamento sessuale può avvenire attraverso la positivizzazione costituzionale dell'orientamento sessuale come fattore da includere nell'elenco delle altre fattispecie che possono determinare situazioni di discriminazione, oppure attraverso la costituzionalizzazione del diritto al libero orientamento sessuale; ma il diritto in commento può essere tutelato anche attraverso la disciplina costituzionale del divieto all'omofobia.

Procedendo in ordine cronologico, si osserva che il primo Paese ad aver costituzionalizzato il divieto di discriminazione in riferimento all'orientamento sessuale è stato il Sudafrica, nel 1996; precisamente l'articolo 9 della Costituzione Sudafricana dispone che lo Stato non può ingiustamente discriminare direttamente o indirettamente ciascun individuo per motivi di razza, genere, sesso, stato di gravidanza, stato civile, origine etnica o sociale, colore, età, handicap fisici e mentali, religione, coscienza, credo, cultura, lingua, nascita e orientamento sessuale⁹¹. Tale disposizione risulta essere particolarmente innovativa, non solo per avere previsto a livello costituzionale il “*sexual orientation*” tra i divieti di discriminazione, ma anche per aver formulato in termini generali la tutela delle minoranze sessuali nei diversi ambiti della vita sociale, affermando che il mancato rispetto del precetto richiamato è contrario ai valori fondamentali dell'ordinamento.

Il secondo Paese al mondo ad aver introdotto l'orientamento sessuale come fattispecie che può concorrere a determinare condizioni discriminatorie sono le Isole Fiji; nel 1997, con un emendamento all'articolo 38 della Costituzione, è stato inserito il divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale⁹². Successivamente, nel

⁹¹ Si riporta l'art 9 della Costituzione del Sudafrica, “the State may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth”.

⁹² L'articolo 38 (2) della Costituzione delle Isole Fiji dispone che: “A person must not be unfairly discriminated against, directly or indirectly, on the grounds of his or her: (a) actual or supposed personal characteristics or circumstances, including, race, ethnic origin, colour, place of origin, gender,

1998, anche l'Ecuador ha introdotto il divieto di discriminazione in oggetto, previsto all'articolo 23 della Costituzione⁹³. Il 18 aprile 1999, la Svizzera ha innovato il modello di tutela costituzionale esplicito del divieto di discriminazione fondato sull'orientamento sessuale includendo all'articolo 8, comma 2, della *Constitution fédérale de la Confédération suisse* le discriminazioni fondate sullo "stile di vita"⁹⁴, perifrasi che include appunto l'orientamento sessuale. Altresì, la Svezia dal 2002 include l'orientamento sessuale tra i fattori di discriminazione vietati dalla Legge Fondamentale "*The Freedom of the Press Act*"⁹⁵. Deve sottolinearsi che quest'ultimo Paese risulta essere tra i più attenti alle esigenze ed alle rivendicazione di diritti delle persone omosessuali e difatti, già dal 1999, sono state introdotte disposizioni penali in ordine al divieto di omofobia, ed inoltre si ricorda che la Svezia rientra fra i paesi che hanno disciplinato il matrimonio fra persone dello stesso sesso. Infine, nel 2004, il Portogallo ha modificato la propria Costituzione introducendo l'orientamento sessuale tra i fattori vietati di discriminazione⁹⁶.

sexual orientation, birth, primary language, economic status, age or disability; (b) opinions or beliefs, except to the extent that those opinions or beliefs involve harm to others or the diminution of the rights or freedoms of other, or on any other ground prohibited by this Constitution".

⁹³ In Ecuador con la Costituzione del 1998, all'articolo 23 si enuncia che: "*La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole*".

⁹⁴ L'articolo 8 (2), della *Constitution fédérale de la Confédération suisse*, afferma che "*nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son age, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'un defienze corporelle, mentale ou psuchique*".

⁹⁵ *The Freedom of the Press Act* è una delle quattro leggi fondamentali della Costituzione Svedese, il capitolo 7 "On offences against freedom of the press", art. 4, par. 11 dispone che "*with due regard to the purpose of freedom of the press for all under chapter 1, the following acts shall be deemed to be offences against the freedom of the press if committed by means of printed matter and if they are punishable under law: (...) agitation against a population groups, whereby a person threatens or expresses contempt for a population group or other such group with allusion to race, colour, national or ethnic, religious faith or sexual orientation*".

⁹⁶ Precisamente l'articolo 13 (2) della Costituzione portoghese dispone che "*ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual*".

Seppure i Paesi richiamati prevedano a livello costituzionale una omogenea disciplina in riferimento alla tutela del divieto di discriminazione fondato sull'orientamento sessuale, nella realtà le minoranze sessuali non trovano in tali esperienze, la medesima effettiva tutela. In Ecuador, ad esempio, nonostante il libero orientamento sessuale sia stato legalizzato, ancora si verificano casi di ingiusti licenziamenti delle persone gay o di imposizione per i travestiti del test HIV⁹⁷. Un'ulteriore contraddizione è rappresentata dall'esperienza delle Isole Fiji, dove, pur introducendo nel 1997, il divieto di discriminazione per orientamento sessuale a livello costituzionale, restarono in vigore e continuarono ad essere applicate dai giudici nazionali, le leggi penali in materia di "reati contro natura" e le "pratiche indecenti tra maschi". Si ritiene che tali disposizioni costituiscano "in varia misura la trasposizione normativa di dottrine religiose, specialmente cristiane che consideravano (e considerano) riprovevole ogni forma di attività sessuale non procreativa o al di fuori del vincolo coniugale, in quanto in contrasto con l'ordine naturale creato e/o voluto da Dio"⁹⁸.

5.2 Il modello implicito di tutela dell'orientamento sessuale

Il modello di tutela implicita del libero orientamento sessuale è il modello di protezione delle minoranze sessuali desumibile dal sistema di valori e di diritti contemplati in Costituzione. Generalmente tale modello si caratterizza per il riconoscimento in sede giudiziaria di un diritto vivente che impone di considerare l'orientamento sessuale come fattore implicitamente vietato di discriminazione. Nella maggior parte dei Paesi democratici, il riconoscimento e la tutela delle minoranze sessuali ha trovato fondamento nell'interpretazione di quei valori/principi fondamentali,

⁹⁷ Sul punto si veda, M. Montalti, *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia contemporanea di un diritto fondamentale...* cit., 2007, p. 33.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 35.

come la dignità umana, l'eguaglianza e la libertà, che hanno costituito un passo fondamentale per la certezza ed effettività della tutela futura⁹⁹.

Consapevoli di non poter tracciare un quadro completo delle forme di tutela del diritto al libero orientamento sessuale, nelle varie esperienze nazionali, si ricorda in modo seppur sintetico, il primo esempio di tutela implicita del libero orientamento sessuale, rappresentato dal caso *Egan v. Canada*, del 1995, quando la Corte Suprema canadese ha definitivamente riconosciuto l'orientamento sessuale come fattore di discriminazione analogo a quelli espressamente vietati nella sez. 15(1) della Carta dei Diritti e delle Libertà canadesi del 1982.

L'esperienza canadese è importante perché dimostra come “sovente i sistemi che non menzionano l'orientamento sessuale nel testo costituzionale, e che tuttavia sono improntati ai tradizionali valori del costituzionalismo democratico, passino dal modello implicito di tutela *tout court* delle minoranze sessuali, al modello di tutela implicita riconosciuta, nel senso di salvaguardia non scritta ma in ogni caso affermata nel diritto vivente”¹⁰⁰.

⁹⁹ In tal senso, si veda per tutti G. Rolla, “Profili costituzionali della dignità umana”, in *La tutela della dignità dell'uomo*, Lezioni Volterrane, Vol. II, E. Ceccherini (a cura di), Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, p. 62.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 44.

Capitolo II

Il diritto all'espressione dell'orientamento sessuale nell'ordinamento italiano

1. La tutela del libero orientamento sessuale nell'ordinamento italiano

In Italia non esiste una normativa specifica, di rango costituzionale, che vieti le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale; nonostante nelle ultime legislature siano state diverse le proposte di legge presentate in Parlamento, non si è ancora giunti ad una 'specifica' normativa che tuteli gli individui omosessuali o bisessuali, nei vari ambiti sociali, da eventuali ingiustizie fondate sull'orientamento sessuale.

Ciò premesso, pare opportuno ricordare che neppure la legislazione ordinaria in materia, si è dimostrata particolarmente accorta nel disciplinare nuove situazioni soggettive che, invece, a livello sociale si sono andate delineando specie nell'ultimo ventennio. Ad esempio, con la l.n. 205/1993 (c.d. legge Mancino), recante "Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa", si è 'persa', ancora una volta, l'occasione di introdurre tra i fattori che possono concorrere a determinare condizioni discriminatorie anche quello per orientamento sessuale; mentre, solo pochi anni fa, in seguito alla Direttiva 2000/78/CE che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, il legislatore italiano ha adottato il decreto legge numero 216 del 2003 (poi modificato con il d.l. n. 59 del 2008 e conv. in l. n. 101 del 2008), in attuazione della Direttiva suddetta, che ha per la prima volta incluso nel nostro ordinamento l'orientamento sessuale tra le discriminazioni vietate (anche se limitate al settore del lavoro), di cui si parlerà più approfonditamente nei capitoli successivi.

Secondo parte della dottrina "l'inerzia parlamentare non è stata supportata nemmeno da un particolare attivismo della giurisprudenza costituzionale, la quale non ha mai

riconosciuto la copertura costituzionale dell'orientamento sessuale"¹⁰¹, almeno in modo esplicito.

Nel nostro Paese, il dibattito in ordine alla tutela delle persone omosessuali, da ingiuste discriminazioni, e quindi il riconoscimento del diritto al libero orientamento sessuale come diritto fondamentale della persona, è stato oggetto, e sotto alcuni aspetti ancora lo è, di posizioni contrastanti. Tuttavia, la trattazione di tale diritto di libertà, anche qualificabile come diritto rientrante nella categoria dei diritti di quarta generazione, non può trascurare l'analisi dei dati normativi (principi e valori) nei quali 'troverebbe' fondamento che, secondo la dottrina prevalente e la giurisprudenza, soprattutto di merito, sono individuabili anzitutto negli artt. 2 e 3 Cost.

2. L'articolo 2 della Costituzione e i principi-valori fondamentali della Costituzione.

Gran parte della dottrina costituzionalistica afferma che il riconoscimento implicito delle minoranze sessuali, nell'ordinamento italiano, trova fondamento nell'articolo 2 Cost., ove si sancisce che "la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale".

In tale quadro, non si può prescindere dalla trattazione, seppur sintetica, dell'importante norma contenuta nell'articolo 2 Cost., quale sintesi dei tre principi fondanti e caratterizzanti la forma di Stato: il principio personalista, quello del pluralismo sociale e quello di solidarietà. Ai fini del nostro studio, tuttavia, l'attenzione sarà indirizzata nei confronti del primo dei principi richiamati, in quanto è in virtù di

¹⁰¹ Così, M. Montalti, *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale...* cit., p. 47.

esso che si riconosce “l’individuo come persona totale e come tale è assunto come il più alto valore giuridico-positivo”¹⁰².

È, dunque, asserito che tra i principi fondamentali della nostra Costituzione, la persona umana, unitamente “ai suoi valori ed ai suoi bisogni non solo materiali ma anche spirituali”¹⁰³, rappresenta il principio cardine dell’ordinamento stesso. Lo Stato italiano, secondo i lineamenti essenziali tratteggiati dalla Costituzione del 1948, “non risulta più essere una entità statica, separata e distinta dal contesto sociale, ma un’entità dinamica, immersa nella dialettica sociale, politica, istituzionale ed economica da cui trae la sua vera legittimazione”¹⁰⁴.

Come rinvenibile dalla lettura degli atti della Costituente, in merito a discussione ed approvazione dell’art. 2, l’intento fu quello di evidenziare, attraverso una specifica disposizione, il superamento della concezione Stato-individuo che aveva caratterizzato la forma di Stato fino alla prima metà del XX secolo. Si è ritenuto, da parte dei Costituenti, che il riconoscimento dei diritti inviolabili valesse come statuizione positiva di tali diritti, “anteriore a qualsiasi ulteriore intervento statale o dei pubblici poteri sulla loro qualificazione, determinazione e limitazione”¹⁰⁵. In altri termini, i Padri fondatori della Costituzione considerarono priva di fondamento giuridico la tesi “stato centrica”, secondo cui i diritti individuali trovavano fondamento nell’autolimitazione dello Stato¹⁰⁶; ed inoltre, effettuarono una scelta “non di tipo giusnaturalistico, ma nel senso di anteriorità dei diritti della persona (quindi della dignità umana) e delle comunità sociali (pluralismo sociale) nei confronti dello Stato, che avrebbe così determinato il rapporto di condizionamento tra i diritti inviolabili e la forma di Stato democratico-pluralista”¹⁰⁷.

¹⁰² Cfr. F. Modugno, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli editore, Torino, 1995, p. 11.

¹⁰³ Cfr. A. Pace, *Problematiche delle libertà costituzionali*, Cedam, Padova, 2003, p. 4.

¹⁰⁴ Così, P. Caretti, *I diritti fondamentali, libertà e diritti sociali*, II edizione, Giappichelli editore, Torino, 2005, p.87.

¹⁰⁵ Cfr. F. Modugno, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale... cit.*, p. 6.

¹⁰⁶ Sulla tematica dei diritti pubblici soggettivi, Cfr. almeno A. Baldassarre, *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. Giur.* Vol. XI, Roma, 1989, pp.1 e ss.; nonché A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali... cit.*, pp. 65 e ss.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 6.

Di conseguenza, è possibile sintetizzare il ruolo dello Stato nella funzione strumentale di garanzia, di pieno sviluppo dei valori personalistici e comunitari dei cittadini, e più in generale dell'intera comunità umana: per tale motivo, all'articolo 2 Cost. si sancisce che "la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (...)", ove appunto, si "fa riferimento a tutti gli uomini, individuati come portatori di valori individuali e sociali preesistenti alla stessa organizzazione statale, ma che trovano nel diritto positivo (costituzionale), la loro traduzione in posizioni soggettive giuridicamente tutelabili"¹⁰⁸.

Pur non potendoci soffermare troppo sulle diverse proposte che, in Assemblea Costituente¹⁰⁹, condussero alla formulazione finale dell'articolo 2 Cost., non si può, tuttavia omettere di ricordare che comune obiettivo era quello di far emergere con forza la concezione che lega unitamente il primato della persona e dei suoi diritti alla sua dimensione sociale e alla connessa responsabilità che ad essa è richiesta. Tale idea sopravvisse ai consistenti interventi operati in sede di Comitato di redazione, in quanto il testo approvato in sede di I Sottocommissione risentiva sensibilmente della visione organicistica che animava i costituenti di matrice cattolica. Difatti, la proposta iniziale, in ordine alla formulazione della disposizione *de quo*, fu avanzata dall'On. Giorgio La Pira (D.C.); l'aspetto che egli considerò maggiormente significativo concerneva il superamento di una concezione delimitata per categorie dei diritti da riconoscere al cittadino e più in generale all'uomo in quanto tale, ma soprattutto alla stretta connessione tra i principi personalista e pluralista. Come sottolineò lo stesso La Pira, la ragione di tale intima connessione va ricercata nell'idea per la quale "il sistema integrale dei diritti della persona esige, per essere davvero integrale, che vengano riconosciuti e protetti (...) anche i diritti essenziali delle comunità naturali, attraverso le quali gradualmente si svolge la personalità umana: i diritti del singolo vanno integrati con quelli della famiglia, della comunità, professionale, religiosa, locale, e così via"¹¹⁰

¹⁰⁸ Così, P. Caretti, *I diritti fondamentali, libertà e diritti sociali...* cit., p. 88

¹⁰⁹ Cfr. La Costituzione della Repubblica, nei lavori preparatori della Assemblea Costituente, Vol. I, Sedute dal 25 giugno 1946 al 16 aprile 1947, Camera dei Deputati-Segretario generale, Roma, 1970.

¹¹⁰ Seduta del 9 settembre 1946, in A.C., VI, 316 ss.

L'altra relazione in Sottocommissione fu affidata all'On. Lelio Basso (P.S.I.). A differenza di quella presentata dalla componente cattolica, quest'ultima presentava meno riferimenti filosofici e valoriali e non conteneva alcuna norma di carattere generale. Anche gli interventi degli esponenti del partito Comunista, come si evince dalle parole dell'On. Palmiro Togliatti, furono guidati dall'idea di non "indugiare sul richiamo diretto alle ideologie da cui deriva una determinata posizione"¹¹¹, bensì di redigere una Costituzione incentrata sui valori comuni intimamente collegati alla lotta contro la precedente esperienza totalitaria. In tale contesto appare di particolare significato l'intervento, in Assemblea costituente, dell'On. Aldo Moro (D.C.), che, se da un lato, tentava di smorzare i toni ideologici della proposta presentata in Sottocommissione da La Pira, tentando di convergere con le altre posizioni, dall'altra, chiarì il senso della stessa proposta. Secondo l'illustre esponente della D. C., l'attenzione doveva essere rivolta innanzitutto ai due riferimenti contenuti nella disposizione, ovvero, "la dignità, autonomia e libertà della persona umana" e "i diritti delle formazioni sociali ove si svolge la personalità umana"; tali espressioni avrebbero caratterizzato il volto nuovo dello Stato, come già precedentemente rilevato, di "uno Stato che non è pienamente democratico se non è al servizio dell'uomo, se non ha come fine supremo la dignità, la libertà, l'autonomia della persona, se non è rispettoso di quelle formazioni sociali nelle quali la persona umana liberamente si svolge e nelle quali essa integra la propria personalità"¹¹². Ancora una volta, ciò che orientava tale punto di vista era l'idea di stretta connessione fra il primato della persona umana e la tutela del pluralismo sociale, mentre sullo sfondo si poneva il pure importantissimo principio di solidarietà. Fu poi il Presidente della Commissione, On. Meuccio Ruini, a sottolineare l'importanza di contemplare nel medesimo articolo due aspetti imprescindibili l'uno dall'altro: i diritti di libertà e i doveri di solidarietà¹¹³. A seguito di tali affermazioni, il malcontento derivante dalle diverse posizioni emerse in sede di dibattito continuò a caratterizzare i lavori fino a

¹¹¹ Seduta del 9 settembre 1946, in A.C., VI, 322.

¹¹² Seduta del 13 marzo 1947, in A.C., I, 372.

¹¹³ A tal proposito, sulla correlazione fra 'diritti inviolabili' e 'doveri inderogabili' di solidarietà, si veda per tutti C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, Cedam, 1975, p.159, secondo cui "il collegamento posto all'articolo 2 Cost., (...), è di netta derivazione mazziniana. I diritti vengono ad assumere così una carattere funzionale, in corrispondenza al fondamento etico sul quale debbono poggiare affinché, attraverso il loro esercizio si realizzi quell'intima solidarietà sociale, presupposto e risultato, nello stesso tempo, di un genuino regime democratico".

quando furono presentati due emendamenti identici, da noti esponenti dei due partiti principali (Amintore Fanfani per la Democrazia Cristiana e Giorgio Amendola per il Partito Comunista). Coticché, la proposta unitaria fu poi approvata dall'Assemblea e coincise con l'attuale formulazione dell'articolo 2 Cost., con l'unica eccezione dell'aggettivo "inderogabile" abbinato ai "doveri" che fu aggiunto in sede di coordinamento finale.

Dopo aver sinteticamente delineato il quadro entro cui l'articolo 2 Cost. è stato elaborato, pare necessario procedere nell'analisi di alcuni puntuali aspetti di tale disposizione, partendo dall'espressione "diritti inviolabili" e dal loro fondamento, per poi passare alla trattazione della categoria dei diritti inviolabili come fattispecie a carattere 'chiuso' ovvero 'aperto'. Quest'ultimo aspetto, in particolare, appare ai fini del riconoscimento del diritto all'espressione dell'orientamento sessuale, come si delinea nel prosieguo, di notevole rilevanza.

Seppure l'incalzante richiamo al principio personalista come primo dei principi fondamentali degli ordinamenti costituzionali del mondo occidentale, possa apparire ridondante, è opportuno ricordare che, nella nostra Costituzione, esso trova fondamento nell'*incipit* dell'articolo 2 Cost: "La Repubblica riconosce i diritti inviolabili dell'uomo", ma altresì, come afferma autorevole dottrina "il principio personalista caratterizza tutte le disposizioni costituzionali che tutelano una sfera della personalità, fisica e morale"¹¹⁴.

2.1 I diritti 'inviolabili' dell'uomo: il valore della persona nell'ordinamento democratico e costituzionale

La formulazione della disposizione in esame, e soprattutto la dicitura secondo cui la "Repubblica 'riconosce' (nonché garantisce) i diritti inviolabili dell'uomo", è stata oggetto di ampio dibattito, sin dalle prima fase di vigenza della Costituzione

¹¹⁴ 13 Cfr. F. Modugno, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale...* cit., p. 67.

repubblicana del 1948. E ciò nonostante, sia dalle discussioni in Assemblea Costituente, che nel successivo ed intenso dibattito giuridico, fosse possibile rintracciare un punto in cui convergono le varie posizioni: la centralità dei diritti umani, e, come già si è rilevato nei primi paragrafi, la precedenza o anteriorità di tali diritti rispetto all'ordinamento giuridico (statale), che consente appunto di considerare come "priorità di valore, non la persona in funzione dello Stato, ma lo Stato in funzione della persona"¹¹⁵. Tuttavia, come ampiamente rilevato in dottrina, si osserva che nel nostro sistema democratico, "attribuendo la sovranità al popolo e non allo Stato, si ammette in posizione eminente, accanto e prima del diritto positivo di origine statale, un diritto positivo posto dalla decisione costituente rappresentativa della volontà popolare"¹¹⁶; in altri termini, "i diritti individuali e l'ordinamento giuridico sorgono ad un punto sicché non ha senso ricercare quale sia il *prius* e quale il *posterius*; (...) poiché, è solo per il tramite dell'ordinamento giuridico che i diritti dell'uomo acquisiscono una possibilità di tutela"¹¹⁷. Secondo tale ultimo orientamento, si potrebbe discutere all'infinito se i diritti precedono o non la loro proclamazione da parte di un dato ordinamento, ma è il fatto della loro interpretazione ciò che è risolutivo della loro pratica efficacia¹¹⁸.

Di conseguenza, si evince che la dottrina risulta concorde a ritenere i diritti come un *quid* anteriore alla loro positivizzazione in Costituzione che quindi non li crea *ab nihilo*, ma ne fa l'elemento collante della trama costituzionale. Tuttavia, diverse sono le teorie elaborate intorno alla natura di detta concezione e l'unico tratto comune che è possibile rilevare è quello del fondamento dei diritti inviolabili in una fonte extrapositiva¹¹⁹ che, in

¹¹⁵ Cfr. V. Onida, "Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana", in *Manuale di Diritto Pubblico*, G. Amato e A. Barbera (a cura di), vol. I, il Mulino, Bologna, 1997, p. 100.

¹¹⁶ Così, F. Modugno, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale...* cit., p. 6.

¹¹⁷ Cfr. A. Pace, *Problematiche delle libertà costituzionali...* cit., p.5.

¹¹⁸ In altri termini, Il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo oggi non è tanto quello di *giustificarli* quanto quello di proteggerli. Problema più che filosofico di natura strettamente politica. In tal senso, Cfr. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1997, p.40

¹¹⁹ Come osservato da alcuni giuristi, per tutti si veda P. Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1972, pp. 8 e 9, la dottrina maggioritaria che nella prima metà del XX secolo continuava ad ancorare il significato ed il valore dei diritti fondamentali e dei diritti di libertà in genere, alla emanazione da una fonte superiore a quella statale, è stata ripresa e riportata in auge da un vasto movimento di pensiero che, anche nell'interpretazione delle Costituzioni sorte nel secondo dopoguerra, si è venuto a creare in Italia come in altri Paesi, per reazione ai precedenti

via di principio si impone nel mondo giuridico per una forza propria, che i singoli ordinamenti positivi possono solo riconoscere, svelare individuare ma mai fondare o integrare con una forza pari a quella originaria¹²⁰. Difatti, perfino nei lavori della Costituente non è possibile rintracciare una posizione condivisa in ordine al fondamento ‘giusnaturalistico’ dei diritti inviolabili, in quanto tale aggettivazione è pur sempre frutto di un compromesso¹²¹. D'altra parte, la tesi che ancorava i diritti fondamentali all’emanazione da una fonte superiore a quella statale, è stata superata “in sede di teoria generale dalla migliore e più moderna scienza giuridica, che ha posto in luce la concettuale inammissibilità dell’esistenza di un diritto extra-statale, la cui vigenza all’interno dell’ordinamento dello Stato sarebbe non già costituita, ma solo dichiarata da questo”¹²². Pertanto, si sostiene che solo l’esame sistematico della disposizione in commento, con quelle immediatamente precedente e successiva (artt. 1 e 3 Cost.), fa emergere con chiarezza il senso del compromesso raggiunto in Assemblea, contribuendo a delineare il valore dell’espressione “La Repubblica riconosce i diritti inviolabili (...)”. Precisamente, il primato dei diritti della persona, l’assetto politico-democratico e l’impegno assunto dalla Repubblica a rendere effettivo il principio di eguaglianza, permettono di confermare l’idea che la garanzia e l’effettività dei diritti della persona possono essere realizzabili solo attraverso un assetto politico-istituzionale capace di tradurre il riconoscimento astratto in concrete azioni e politiche, primariamente rivolte alla realizzazione del “pieno sviluppo” della persona umana¹²³.

sistemi totalitari e con intensità più viva quanto più grave si era manifestata in precedenza, nei rispettivi ordinamenti, l’oppressione delle libertà individuali.

¹²⁰ A tal proposito, si veda fra gli altri, A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli Editore, Torino, 1997, p. 11.

¹²¹ È intrinseco ad una Costituzione pluralistica assumere “la struttura di un Patto, nel quale ciascuna delle parti in causa richiede ed ottiene di inserire principi che corrispondono alle proprie aspirazione di giustizia” e tale inserimento è “addirittura la condizione del successo della stessa opera costituente come opera di tutti e non come imposizione unilaterale di una parte sull’altra”, così G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 129. Per citare Kelsen, il faticoso compromesso raggiunto significava risolvere un conflitto mediante una norma che non fosse “totalmente conforme agli interessi di una parte né totalmente contraria agli interessi dell’altra” (Cfr. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, prefazione di Ettore Gallo, introduzione, G. Pecora, Etaslibri, Milano, 2000, p.293).

¹²² Ancora sul punto, si veda per tutti P. Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana...* cit., pp. 21 e 22.

¹²³ Cfr., E. Rossi, articolo 2 della Costituzione, in *Commentario della Costituzione*, R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), Milano, Utet, 2006, p. 44.

Per tali ragioni, la formula diritti inviolabili fu “accettata al solo fine di sottolineare la primazia dei valori di libertà, dei c.d. ‘diritti umani’, che la Repubblica deve riconoscere ed elevare al rango di puntuali istituti giuridici”¹²⁴.

A fronte di quanto appena detto, non pare si possa rinunciare alla disamina del significato della locuzione “diritti inviolabili” nella disposizione in commento. Da notare, *in primis* è che tale espressione fu preferita ad altre aggettivazioni come diritti fondamentali, naturali, personali o inalienabili, evidentemente allo scopo di dare ad essi maggiore giuridicità¹²⁵. La nostra Costituzione sancisce l’invioabilità dei diritti riprendendo l’espressione “*unverletzlich*” contenuta nella Costituzione di Weimar (1919), ed oggi presente nella *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Legge Fondamentale per la Repubblica Federale di Germania (1949)), che indica l’impossibilità di eliminare o anche sostanzialmente comprimere i diritti qualificati come tali. Secondo parte della dottrina¹²⁶, come nella Costituzione di Weimar, così nella Costituzione italiana che notoriamente e ripetutamente si ispira alla prima, l’invioabilità indica che le ‘libertà’ in oggetto, sono garantite nei confronti dei giudici e della pubblica amministrazione, e che analogamente alla Costituzione di Weimar, l’aggettivo invioabilità ha portata retorica nel senso dell’affermazione costituzionale dell’esistenza giuridica di quel dato diritto, che nella nostra Costituzione prevede il doveroso rispetto anche da parte del giudice ordinario¹²⁷.

Tale posizione non è condivisa da quanti ritengono il concetto di invioabilità dei diritti, coincidente con il significato del principio della rigidità della Costituzione, e quindi come sinonimo di irriducibilità. Tuttavia, occorre considerare “l’invioabilità

¹²⁴ Così, A. Barbera, F. Coccozza, G. Corso, “Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di eguaglianza”, in *Manuale di diritto pubblico*, G. Amato-A. Barbera (a cura di), vol. I, il Mulino, Bologna, 1997, p.233.

¹²⁵ In tal senso, si veda P. Barile, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 53.

¹²⁶ A tal proposito si veda per tutti A. Pace, *Problematiche delle libertà costituzionali...* cit., p. 42.

¹²⁷ Disquisendosi di diritti di libertà non può non richiamarsi che già all’indomani dell’entrata in vigore della Costituzione la dottrina si interrogò circa la possibilità di configurarli come situazioni giuridiche opponibili solo nei confronti dei pubblici poteri ovvero fossero in grado di esplicare una *Drittwirkung*. La dottrina maggioritaria e la giurisprudenza costituzionale convengono che in materia di diritti inviolabili debbano escludersi provvedimenti limitativi provenienti da tutti i soggetti dell’ordinamento tanto pubblici quanto privati.

come qualcosa di più della irriducibilità da parte del legislatore ordinario, poiché tali diritti sono considerati più essenziali di tutti: perciò sono inviolabili anche da parte del legislatore costituzionale”¹²⁸; difatti, “qualora venisse modificato in modo essenziale il contenuto anche solo di taluno di quei diritti, verrebbe ad essere turbato proprio quell’equilibrio nel rapporto tra gli stessi che costituisce la trama fondamentale della forma di Stato sancita dalla Costituzione”¹²⁹. Si precisa a tal seguito, che è ritenuto irriducibile solo il nucleo essenziale dei diritti di libertà, mentre resterebbe sempre modificabile la modalità di esercizio degli stessi¹³⁰.

Siffatto orientamento è stato accolto anche dalla Corte Costituzionale che, precisamente nella sent. n. 1146/1988¹³¹, ha affermato che la nostra Costituzione “contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali”. I principi a cui fa riferimento la Consulta sarebbero non solo quei principi che la Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, come ad esempio la forma repubblicana (la cui immodificabilità è sancita all’articolo 139 della Costituzione), ma anche quei limiti impliciti, costituiti dai

¹²⁸ Così, P. Caretti, *I diritti fondamentali, libertà e diritti sociali...* cit., p. 142.

¹²⁹ *Ibidem*, p.142.

¹³⁰ Sul punto, cfr. P. Barile, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali...* cit., p. 53.

¹³¹ La sentenza n. 1146 del 29 dicembre 1988, della Corte Costituzionale, concerneva la questione di legittimità costituzionale degli articoli 28 e 49 dello Statuto della Regione Trentino-Alto Adige, promossa dalla Corte d’Assise di Bolzano nel procedimento penale a carico di un consigliere provinciale, imputato del reato previsto dall’articolo 292 c.p. per aver pubblicamente vilipeso la bandiera italiana durante la seduta del Consiglio provinciale di Bolzano del 18 giugno 1986. Secondo il giudice *a quo*, sussisterebbe una disparità di trattamento tra due categorie omogenee, consiglieri comunali e parlamentari che indurrebbe a sospettare la violazione del principio di eguaglianza. Il giudice rimettente conclude ricordando che secondo la più autorevole dottrina costituzionalistica è pienamente ammissibile un giudizio di legittimità avente ad oggetto disposizioni di rango costituzionale, come quelle statutarie. D’altra parte, l’Avvocatura Generale dello Stato eccepiva l’inammissibilità della questione sollevata sotto un duplice profilo innanzitutto perché sarebbe stato impugnato un atto avente valore costituzionale, che come tale non può essere giudicato dalla Corte Costituzionale per pretesi vizi sostanziali; in secondo luogo, perché la questione era prospettata sulla base di due alternative interpretazioni che avrebbero portato a pronunzie diverse. La Corte non ha accolto la prima eccezione poiché, come già espresso in altre pronunce, essa è competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell’ordinamento. Tuttavia, ha accolto la seconda eccezione, concordando con l’Avvocatura Generale dello Stato nel ritenere che le questioni di costituzionalità sollevate dal giudice *a quo* avessero carattere pretestuoso, sia nelle modalità di comparazione proposte, sia nel modo stesso in cui le questioni sono sottoposte alla Corte stessa.

principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al potere di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana. Successivamente, nella sent. n. 366/1991¹³², la Corte nell'affermare che “la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altro mezzo di comunicazione costituiscono un diritto dell'individuo rientrante tra i valori supremi costituzionali, tanto da essere espressamente qualificato dall'articolo 15 della Costituzione come inviolabili”, coglie nuovamente l'occasione per riconfermare la tesi sopra richiamata. Difatti, il Giudice costituzionale si esprime asserendo che la stretta connessione tra libertà e segretezza della corrispondenza e il nucleo essenziale della personalità, comportano una duplice caratterizzazione della sua inviolabilità: in virtù dell'articolo 2 della Costituzione, “il diritto a una comunicazione libera e segreta è inviolabile, nel senso generale che il suo contenuto essenziale non può essere oggetto di revisione costituzionale, in quanto incorpora un valore della personalità avente un carattere fondante rispetto al sistema democratico voluto dal Costituente”; dall'altra parte, secondo l'articolo 15 della Costituzione, la libertà e segretezza della corrispondenza, “nel suo contenuto di valore, non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante, sempreché l'intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario alla tutela di quell'interesse e sia rispettata la duplice garanzia che la disciplina prevista risponda ai requisiti propri della riserva assoluta di legge e la misura limitativa sia disposta con atto motivato dell'autorità giudiziaria”.

Nella sent. n. 1146/1988, la Corte riconosceva se stessa come competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale¹³³. Se così non

¹³² La sentenza n. 366 del 7 luglio 1991, della Corte Costituzionale, verteva sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 270, primo comma del c.p.p., sollevata, in riferimento all'art. 3 Cost., dal giudice per le indagini presso la Pretura di Siena, dichiarata inammissibile dalla Consulta, in quanto in difetto di adeguata motivazione. Invece la questione di legittimità in riferimento all'art. 112 della Costituzione (il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale) non è stata ritenuta fondata. L'art. 270 c.p.p. costituisce l'attuazione in via legislativa del bilanciamento di due valori costituzionali fra loro contrastanti: il diritto dei singoli individui alla libertà e alla segretezza delle loro comunicazioni e l'interesse pubblico a reprimere i reati e a perseguire in giudizio coloro che delinquono.

¹³³ Per una ricostruzione sulla nascita dei principi supremi dell'ordinamento si vedano, M. Dogliani, “La sindacabilità delle leggi costituzionali ovvero la ‘drammatizzazione’ del diritto costituzionale”, in *Le*

fosse, come rilevato da autorevole dottrina, “si perverrebbe all’assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore”¹³⁴. Altra parte della dottrina¹³⁵, non concorda con tale orientamento, poiché se per inviolabilità si intende limite al potere di revisione costituzionale non si può negare che sia preclusa al legislatore costituzionale la possibilità di sottoporre a revisione le modalità di esercizio di detti diritti quando si tratti di emendamenti ‘migliorativi’ e ‘non riduttivi’, ovvero quando si tratti di adattare tali diritti a sopravvenute esigenze. Dunque, la limitazione della garanzia al nucleo essenziale rischia di trasformarsi in una illusione poiché sostanzialmente si lascia al legislatore ordinario prima, ed al giudice costituzionale eventualmente dopo, la concreta individuazione di ciò che è ‘nucleo essenziale’ e ciò che invece ne rimane escluso.

Tali critiche risultano difficili da contestare, soprattutto per gli effetti che il principio in sé considerato può produrre. A tal proposito si pensi soltanto alla l. cost. n. 1/1997 che introduceva un ‘peculiare’ procedimento di revisione costituzionale mediante l’istituzione di una Commissione bicamerale per le riforme costituzionali. L’articolo 1, comma 4, di tale legge costituzionale, prevedeva la limitazione del potere di revisione costituzionale solo alla II Parte della Costituzione, proprio in virtù della considerazione della immodificabilità della I Parte, contenente i principi e diritti-doveri del cittadino: come è stato ampiamente sottolineato, la previsione di tale limite è in sostanza il frutto di una semplificazione operata dal legislatore costituzionale, il quale altro non avrebbe voluto, con tale disposizione, se non indicare i “limiti intrinseci al potere di revisione, peraltro né tutti né soltanto contenuti nella I Parte della Costituzione”¹³⁶.

Regioni, 1990, p. 783; F. Modugno, “I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale”, in F. Modugno, A.S. Agrò, A. Cerri (a cura di), *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 280 e ss.; e da ultimo, S. Staiano (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 779 e ss. Per S. Gambino, *Diritti fondamentali e Unione Europea, una prospettiva costituzional-comparatistica*, Giuffrè Milano, 2009, p. 57, i principi supremi sono “qualificativi dell’architettura e della fisionomia, in una parola dell’identità dell’intero ordinamento costituzionale”.

¹³⁴ Così, F. Modugno, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale...* cit., p. 95.

¹³⁵ Sul punto si veda, A. Pace, *Problematiche delle libertà costituzionali...* cit., pp. 46-48.

¹³⁶ A tal proposito si veda E. Rossi, “Articolo 2 Cost.”... cit. p. 45.

A seguito di quanto detto, si osserva come il significato di inviolabilità non può essere assimilato a quello di irriducibilità, poiché quest'ultimo non esaurisce la portata del concetto di inviolabilità, il cui valore da attribuire, ai diritti inviolabili, è dato dalla “misura di valore della democrazia, e non viceversa; difatti, il loro rispetto contrassegna e legittima l'azione della maggioranza e delle sue decisioni, e non viceversa”¹³⁷. Infine, va precisato che “la Corte costituzionale ha ricompreso tra i principi supremi i diritti inviolabili, intesi nel loro contenuto essenziale ossia nella loro primazia assiologica”¹³⁸ e pertanto, nella sua – non unanimemente condivisa¹³⁹ – giurisprudenza¹⁴⁰ ha equiparato i principi fondamentali ai diritti inviolabili, affermando che essi costituiscono limite all'ingresso tanto delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano ‘si conforma’ (secondo l'art. 10, comma 1, Cost.); quanto alle norme contenute in trattati istitutivi di organizzazioni internazionali e di derivazione concordataria.

Concludendo su tale esemplare aspetto esegetico dell'art. 2 Cost. e sulla locuzione diritti inviolabili può ritenersi che i diritti a cui esso fa riferimento sono “tutti” quei diritti coperti da una garanzia ‘supercostituzionale’, sono dunque, “diritti dell'uomo non solo quelli che spettano alle persone fisiche, ma anche quelli che sono godibili da formazioni sociali e da persone giuridiche, nei limiti di una ovvia ragionevolezza non essendo pensabile che il legislatore di revisione abbia il potere di annullarli, senza violare l'articolo 2 che protegge la personalità dell'uomo anche negli strumenti creati per il suo sviluppo”¹⁴¹.

¹³⁷ Cfr. A. Baldassarre, *Diritti inviolabili...* cit., p. 90.

¹³⁸ Cfr. F. Modugno, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale...* cit., p. 94.

¹³⁹ A tal proposito, S. Bartole, “La Corte pensa alle riforme costituzionali?”, in *Giur. Cost.*, 1988, p. 5571, sostiene che i principi supremi sono considerati inderogabili o immodificabili in quanto irradiano e pervadono l'intero ordinamento, al punto che da essi non si potrà mai prescindere, che con essi necessariamente debba farsi i conti, quali che siano le regole legali, od anche costituzionali, che lo costituiscono.

¹⁴⁰ Sul punto si vedano ad esempio le sentenze della Corte Costituzionale, nn. 48 del 1979 e 170 del 1984.

¹⁴¹ Così, P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali...* cit., p.54 .

2.2 L'articolo 2 Cost.: clausola generale 'di chiusura' o di 'apertura' ?

Ai fini della presente ricerca e come già rilevato in precedenza, pare necessario soffermarsi su un ulteriore aspetto caratterizzante interpretazione ed esegesi del fondamentale disposto di cui all'articolo 2 Cost., concernente, dunque, la risalente ma ancora aperta *querelle* circa la sua natura di fattispecie "chiusa" o "aperta".

Secondo la dottrina prevalente¹⁴², l'art. 2 Cost., deve parte della sua centralità al fatto che appresterebbe riconoscimento e copertura costituzionale anche a quei diritti non specificamente ed espressamente riconosciuti in Costituzione. Si ritiene infatti che esso richiami un principio che non si esaurisce nelle libertà espressamente garantite, ma è in grado di ricomprendere tutte le nuove domande di libertà che vengono fatte proprie dalla coscienza sociale e progressivamente riconosciute attraverso l'azione della giurisprudenza e del legislatore ordinario.

La Corte costituzionale in una prima fase si era tuttavia espressa a favore della opposta tesi, quindi sostenendo la posizione di chi in dottrina la riteneva una fattispecie 'chiusa'¹⁴³; aveva cioè assunto che i diritti inviolabili dell'uomo sarebbero soltanto quelli espressamente previsti come tali nell'articolato costituzionale. A tal proposito, si ricordano alcune pronunce¹⁴⁴ della Corte in cui emerge l'orientamento appena menzionato: precisamente si osserva che nella sent. n. 102 del 1975, il giudice delle leggi, riprendendo la questione dei diritti dell'uomo, già affrontata in altre decisioni,

¹⁴² Per una più ampia disamina della tesi dell'art. 2 come norma a fattispecie 'aperta' si veda A. Barbera, "Commento all'articolo 2 Cost.", in *Commentario della Costituzione*, G. Branca (a cura di), artt. 1-12, Principi fondamentali, Bologna-Roma, 1982, p. 80; P.F. Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1972; F. Modugno, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale...* cit., pp. 7 e ss; od ancora P. Perlingeri, *La personalità umana nell'ordinamento*, Napoli, Jovene, 1972, p. 298.

¹⁴³ A sostegno della tesi secondo cui l'articolo 2 Cost., è riassuntiva di tutte le libertà garantite espressamente nelle successive disposizioni analitiche (artt. 13 e ss.) si veda per tutti A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali...* cit., pp. 22 e ss.

¹⁴⁴ Si ricordano *ex plurimis*, la sentenza numero 283 del 1987, con la quale la corte Costituzionale nega la copertura ex art. 2 del diritto alla determinazione analitica del reddito sottoposto a imposizione fiscale; la sentenza n. 11 del 1956, la sentenza n. 75 del 1966, la sentenza n.16 del 1968.

richiama la sent. n. 11 del 1956, nella quale esprimeva un principio generale, sottolineando nuovamente che “l’articolo 2 della Costituzione eleva a regola fondamentale, per tutto quello che attiene ai rapporti tra la collettività e i singoli, il riconoscimento di quei diritti che formano il patrimonio irrettrabile della personalità umana e che appartengono all’uomo inteso come essere libero. È stato anche deciso che l’art. 2 deve essere necessariamente ricollegato alle altre norme costituzionali per identificare, anche nei loro limiti, tali diritti inviolabili”¹⁴⁵. Invero, già nella sent. n. 29 del 1962, la Consulta aveva dichiarato che “nel riconoscere e garantire in genere i diritti inviolabili dell’uomo, l’articolo 2 necessariamente si riporta alle norme successive in cui tali diritti sono particolarmente presi in considerazione”¹⁴⁶. Ma ancora, pur se in altri termini, nella sent. n. 238 del 1975, la Corte confermava la sua giurisprudenza secondo cui “l’art. 2 si limita a proclamare in via generale l’inderogabile valore di quei diritti che formano il patrimonio inalienabile della persona umana, mentre è nelle norme successive che essi sono poi presi singolarmente in considerazione e, come tali, garantiti e tutelati”¹⁴⁷.

Opponendosi a tale orientamento, i sostenitori dell’articolo 2 Cost. come fattispecie ‘aperta’, ritengono che la portata della disposizione in esame impone un’interpretazione estensiva, tale da far rientrare nella garanzia da essa apprestata anche i diritti non enumerati in Costituzione. Tale concezione, pur persuasiva e tendenzialmente più

¹⁴⁵ La sentenza numero 102 del 7 maggio 1975, della Corte Costituzionale, concerne l’infondatezza della questione di legittimità sollevata dal pretore di La Spezia, che riteneva contrario all’articolo 2 Cost. e quindi lesivo dei diritti inviolabili dell’uomo, l’articolo 670 c.p., in quanto nella sua formulazione imporrebbe l’obbligatorietà del lavoro e di conseguenza, (..) il dedicarsi alla mendicizia rientrerebbe nel quadro di una scelta di libertà che non potrebbe essere perseguita penalmente e non suscettibili, d’altra parte, di ledere i diritti altrui o di presentarsi come elemento di pregiudizio e nocimento per la pubblica tranquillità.

¹⁴⁶ La Sentenza numero 29 del 27 marzo 1962, si riferisce alla questione di legittimità posta nei confronti dell’art. 630 del c.p. e delle norme che prevedono la conversione della multa e dell’ammenda in pena detentiva, in riferimento agli articolo 2 e 3 della Costituzione.

¹⁴⁷ La Sentenza n. 238 del 17 dicembre 1975, della Corte Costituzionale, riguardava una questione di legittimità costituzionale: dell’articolo 659 del c.p.c., ove si prevede che se il godimento di un immobile costituisce il corrispettivo anche parziale, di una prestazione d’opera può essere intimato lo sfratto o la licenza quando il contratto viene a cessare per qualsiasi causa; e del successivo art. 665 ove si dispone che se l’opposizione dell’intimato non è fondata su prova scritta e se non sussistono gravi motivi in contrario, il pretore pronuncia ordinanza non impugnabile di rilascio con riserva delle eccezioni del convenuto. La questione è stata sollevata dal giudice a quo in riferimento agli articolo 2 e 3 della Costituzione, ma la Corte in virtù del suo orientamento giurisprudenziale ne ha dichiarato l’infondatezza.

garantista, non si presenta priva di incertezze e problematiche irrisolte soprattutto in ordine alla definizione ed alle modalità con cui tale apertura possa e debba ‘presentarsi’. Parte della dottrina, ritiene che il significato della disposizione *de quo*, sia quello di ‘aprire’ la categoria dei diritti inviolabili ai contenuti propri del diritto naturale; secondo altri, invece, ai valori ed agli interessi nuovi che vanno emergendo ad opera delle forze politiche e culturali prevalenti, cioè, che determinano la Costituzione materiale¹⁴⁸. In ogni caso, la seconda posizione, pare essere stata maggiormente seguita da quanti sostengono la tesi dell’apertura della “categoria”, consentendo di superare l’inevitabile arretratezza e l’insufficienza del catalogo dei diritti riconosciuti dalla Costituzione. Ciò nonostante, come osserva la dottrina di opposto orientamento, così come la stessa Corte¹⁴⁹ almeno fino alla metà degli anni Ottanta, non si nega in modo assoluto la copertura costituzionale a tutti i ‘nuovi diritti’: difatti, è in virtù dell’art. 2, Cost., che si riconosce il diritto all’immagine e il diritto al nome, in quanto criteri distintivi della soggettività o aspetti essenziali del proprio essere fisico. In altri termini, “la Repubblica riconosce comunque a qualsiasi soggetto la spettanza di tutti i diritti strettamente connessi alla soggettività giuridica e alla personalità umana”¹⁵⁰. Inoltre, si sottolinea che, sempre secondo tale ultima concezione, il riconoscimento di un diritto comporta necessariamente un corrispondente obbligo a carico di uno o più soggetti. E di conseguenza, si solleva un’ulteriore critica nei confronti della tesi della ‘fattispecie

¹⁴⁸ Sul riconoscimento dei diritti inviolabili, come si è precedentemente osservato, si esclude il fondamento nel diritto naturale, né tantomeno la Corte costituzionale ha mai fatto riferimento esplicitamente al concetto di Costituzione materiale, pur accogliendo la tesi dell’esistenza di principi fondamentali o supremi, che è condivisa dai teorici della Costituzione materiale, per legittimare l’inserimento dei diritti inviolabili tra i principi supremi è sufficiente il concetto dell’invulnerabilità sancito all’articolo 2 Cost. Secondo F. Modugno, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale...* cit., p.90 e ss., il senso specifico dei diritti inviolabili tra i principi supremi consiste nel rendere giuridicamente possibile e anzi deonticamente necessario (doveroso) sviluppare ed attuare ogni potenzialità immanente nel riconoscimento di tali diritti, ossia, nel rendere doverosa un’interpretazione dinamica ed evolutiva delle disposizioni costituzionali che li prevedono.

¹⁴⁹ Ad esempio si ricorda che nella sentenza n. 38 del 1973, la Corte Costituzionale ha riconosciuto il diritto alla propria immagine, in virtù dell’art. 2 Cost., od ancora nella sentenza numero 176 del 1986, si è affermato il diritto al nome come criterio necessario e distintivo della soggettività.

¹⁵⁰ Tra i sostenitori della tesi della fattispecie ‘chiusa’, sul punto, si veda per tutti A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali...* cit., pp. 22 e 23, secondo cui non si sostiene affatto la pietrificazione del catalogo dei diritti costituzionali, ma si ritiene che dei vecchi diritti possa darsi una lettura aggiornata, sia pure nel rispetto e di alcuni limiti.

aperta': il riconoscimento di ulteriori diritti potrebbe innescare delle 'pericolose' antinomie con altre norme costituzionali¹⁵¹.

Sebbene l'orientamento risalente della Corte consolidasse la tesi della fattispecie 'chiusa', occorre ricordare che verso la fine degli anni Sessanta, nel nostro Paese, inizia un periodo di grandi mutamenti culturali: emergono nuove domande di libertà, non sempre riconducibili a quelle espressamente menzionate in Costituzione. In tale periodo, iniziano a costituirsi i primi movimenti sociali di difesa dei c.d. diritti civili, e oltre ai rinomati movimenti studenteschi ed operai del 1968-1969, si vanno diffondendo anche i movimenti di liberazione della donna, le associazioni di consumatori, le leghe ecologiste, le leghe omosessuali, solo per citarne alcune. Tali movimenti con la loro pressante richiesta di libertà e di invero dei principi costituzionali più innovativi, fino ad allora congelati a causa di quel fenomeno che Calamandrei definì 'ostruzionismo della maggioranza'¹⁵², iniziarono a raggiungere notevoli risultati sul piano legislativo. Ricordiamo soltanto difatti, lo Statuto del lavoratore (l.n. 300 del 1970), la legge relativa ai casi di scioglimento del matrimonio (l.n. 898 del 1970), la importantissima riforma del diritto di famiglia (l.n. 151 del 1975), la legge di riforma carceraria (l.n. 354 del 1975), la legge sull'interruzione volontaria della gravidanza (l.n. 194 del 1978), od ancora la legge concernente 'Accertamenti e trattamenti sanitari volontari non obbligatori', l. n. 180 del 1978, c.d. Legge Basaglia che impose la chiusura dei manicomi e regolamentò il trattamento sanitario obbligatorio¹⁵³.

¹⁵¹ Cfr. P. Caretti, *I diritti fondamentali, le libertà e diritti sociali...* cit., p. 138; inoltre, A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali...* cit., p. 324, il quale sottolinea che nell'ipotesi in cui l'esercizio di un diritto avente natura individuale e fondamento costituzionale realizzi un interesse configgente con altri diritti costituzionali, sarà soltanto nella Costituzione che potrà essere individuata la norma che esplicitamente consenta a quegli altri interessi di prevalere.

¹⁵² Cfr. P. Calamandrei, *L'ostruzionismo di maggioranza*, Il ponte, 1953, p. 274; da ultimo, si veda, P. Calamandrei *Fede nel diritto* (a cura di) S. Calamandrei, Laterza, Bari, 2008. Sui lunghi anni di in attuazione della Costituzione cfr. L. Basso, *Il principe senza scettro*, con Prefazione di S. Rodotà, Feltrinelli Editore, Ed. 1998.

¹⁵³ Si osserva, tuttavia, che a tali esempi positivi di ampliamento di libertà si sono affiancati altri casi di intervento del legislatore volti a limitare la libertà personale, per far fronte al fenomeno del terrorismo, talvolta a ridosso del limite che separa il rispetto dalla violazione della Costituzione.

Come rilevato da molti autori¹⁵⁴, è proprio in seguito al rafforzamento giuridico delle libertà avvenuto negli anni Settanta, che si pone l'esigenza, per il legislatore, di individuare la norma costituzionale nella quale ricomprendere i nuovi diritti fornendo, per essi, l'opportuna copertura e garanzia costituzionale.

Stante siffatto contesto, anche la Corte costituzionale è stata indotta a mutare il suo originale orientamento, risolvendo, in qualche modo, la disputa fra le tesi contrapposte che caratterizzavano il dibattito dottrinario, e che in parte continuano a caratterizzarlo. In particolare segna il passaggio dalla concezione dell'articolo 2 Cost., come norma a fattispecie 'chiusa' a norma a fattispecie 'tendenzialmente aperta', la sent. n. 561 del 1987, con la quale viene rovesciato il *decisum* della precedente sent. n. 98 del 1979¹⁵⁵. In quest'ultima, il Giudice costituzionale si era pronunciato, 'negando' il diritto di far riconoscere e registrare un sesso esterno diverso dall'originario, impropriamente definito come relativo all'identità sessuale, sottolineando che "non è possibile desumere una tutela del diritto richiamato, attraverso la sua inclusione fra i diritti inviolabili dell'uomo, in quanto sprovvisto di tutela nella legge ordinaria". Contrariamente a tale appena richiamata giurisprudenza, la Corte nella sentenza del 1987¹⁵⁶, riconosce che la "sessualità è uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporne liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso

¹⁵⁴ Per tutti si veda, A. Barbera, F. Coccozza, G. Corso, "Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di eguaglianza" in *Manuale di diritto pubblico...* cit., p. 239.

¹⁵⁵ La Sentenza numero 98 del 26 luglio 1979, della Corte Costituzionale, si riferisce alla questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Livorno, in ordine agli artt. 165 e 167 del r.d.l. 9 luglio 1939, n. 1238, e 454 del c.c., ritenuti in contrasto con gli art. 2 e 24 della Costituzione, poiché escludono il diritto alla rettificazione dell'atto di nascita e alla attribuzione del sesso femminile "nell'ipotesi di modificazioni artificiali di un sesso che facciano perdere ad un individuo le caratteristiche peculiari maschili ed acquisire quelle femminili esterne, qualora le modificazioni stesse trovino corrispondenza in una originaria, indiscutibile, personalità psichica di natura femminile. La fattispecie viene ritenuta dalla Consulta non fondata, sia per quanto concerne il richiamo all'articolo 2 Cost. (...), ma anche all'art. 24 Cost., per l'impossibilità dell'azione in giudizio per inesistenza del diritto sostanziale.

¹⁵⁶ La Sentenza numero 561 del 18 dicembre 1987, della Corte Costituzionale, concerne la richiesta di risarcimento morale nei confronti di cittadini vittime di violenza carnale in occasione di operazioni belliche, la Corte dichiara fondata la richiesta al risarcimento del danno non patrimoniale, in quanto la indennizzabilità non può essere limitata alle conseguenze della violazione incidenti sull'attitudine a produrre reddito, ma deve comprendere anche gli effetti della lesione del diritto, considerato come posizione soggettiva autonoma, indipendentemente da ogni altra circostanza o conseguenza.

tra le posizioni soggettive direttamente tutelata dalla Costituzione e inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost., impone di garantire”.

A tal seguito si osserva che, il dibattito più recente pare superare la dicotomia della tesi della fattispecie “aperta” o “chiusa” inerente all'art. 2 Cost., A tal proposito, si rileva che proprio uno dei più importanti fautori della teoria dell'art. 2 come clausola a fattispecie ‘chiusa’, in un recente scritto concernente la libertà di manifestazione del proprio pensiero, pare non ritenere più così netta la ‘storica’ contrapposizione tra il metodo interpretativo “classico” (testuale-sistematico) di origine giuspositivista e l'interpretazione per valori che per definizione prescinde da vincoli testuali, poiché anche il modello testuale-sistematico, fedele al testo costituzionale, è attento agli sviluppi della storia¹⁵⁷. Cosicché, si proietta la categoria dei diritti inviolabili nella prospettiva della pienezza della persona umana, ed in tal senso “si configurano come nuovi diritti quelle esplicazioni necessarie del patrimonio inviolabile della persona intesa come individuo e come società”¹⁵⁸.

3. L'articolo 3 della Cost. come principio fondamentale per il pieno sviluppo della persona umana

Al fine di inquadrare il diritto all'espressione dell'orientamento sessuale come appartenente alla categoria dei ‘nuovi diritti’, e quindi rientrante in quelle situazioni soggettive giuridicamente tutelabili dall'ordinamento costituzionale, non si può prescindere dal richiamo ad un altro principio fondamentale dell'ordinamento che è, per l'appunto, il principio di eguaglianza declinato nelle sue accezioni di eguaglianza

¹⁵⁷ Il riferimento è ad A. Pace nelle considerazioni preliminari, concernenti il metodo interpretativo nell'analisi dell'art. 21 Cost., si veda A. Pace e M. Manetti, “Art. 21, La libertà di manifestazione del proprio pensiero”, *Commentario della Costituzione, fondato da Giuseppe Branca e continuato da Alessandro Pizzorusso*, Zanichelli Editore, Bologna, 2006.

¹⁵⁸ Così F. Modugno, *I “nuovi diritti” nella Giurisprudenza Costituzionale...* cit., p. 92.

formale ed eguaglianza sostanziale. Come già si è tentato di far emergere nella disamina dei principali profili configuranti il principio personalista, il riconoscimento del valore primario della persona umana, si ricollega anche al classico ed intramontabile principio di eguaglianza¹⁵⁹. In altri termini, l'articolo 3 della Costituzione rappresenta il punto di riferimento primario per cogliere, in tutte le sue implicazioni, il rapporto tra la nostra forma di Stato e la tutela dei diritti fondamentali. Difatti, come osservato da autorevole dottrina, “la tutela della persona umana prevista nell'articolo 2 Cost., e l'affermazione dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità, porta al corollario, contenuto nel I comma dell'articolo 3, dove si legge appunto quell'endiadi costituita dall'eguaglianza “davanti la legge”¹⁶⁰.

La proclamazione dell'eguaglianza affonda le sue radici nelle Carte rivoluzionarie del Settecento, in particolare nel Preambolo della Costituzione francese del 1791, (ancora in vigore, in quanto richiamato nelle premesse della Costituzione francese del 1958), il cui articolo 6 dichiara che “La legge (...) deve essere uguale per tutti, sia che protegga, sia che punisca. Tutti i cittadini, essendo uguali davanti ad essa, sono ugualmente assimilabili a tutte le dignità, posti e impieghi pubblici secondo la loro capacità, e senza altra distinzione che quella delle loro capacità, e senza altra distinzione che quella dei loro talenti”; altrettanto rilevante appare la garanzia dell'eguaglianza contenuta nella Dichiarazione universale dei Diritti dell'uomo del 1948, il cui art. 1, dispone che “Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti (...)”; specificando all'art. 2 che “Ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciati nella presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di opinione politica, (...)”.

¹⁵⁹ Sul concetto di eguaglianza, si veda A. Celotto, “Articolo 3, comma 1, Cost”, in *Commentario della Costituzione...* cit., p 66, ove si dice che “l'eguaglianza (o uguaglianza), valore innanzitutto etico, sociale, religioso, è stata considerata come principio giuridico essenziale della democrazia, fin dai tempi dell'antica Grecia, ed ha trovato applicazione nelle sue diverse forme ed accezioni, per tutta la successiva storia della società giuridica dell'uomo, quale costante dell'esperienza giuridica positiva, tanto che non c'è ordinamento che non la riconosca come valore, seppure in forme e con significati specifici e mutevoli”.

¹⁶⁰ Cfr. P. Barile, “Eguaglianza e tutela della diversità in Costituzione”, in *Quaderni costituzionali*, XIV, n. 1, aprile 1994, p. 53.

In sostanza, secondo tale primigenia accezione del principio di eguaglianza, dicendo che la “legge deve essere uguale per tutti”, si assume che esso nel suo significato più elementare “non regola il contenuto delle leggi, ma ne definisce la forza e l’efficacia, con riferimento per l’appunto a ‘tutti’”¹⁶¹. In sintesi, nello Stato liberale, eguaglianza giuridica ed eguaglianza davanti alla legge fanno sì che proprio la legge ‘generale ed astratta’ divenga lo strumento principale con cui si garantiscono sia i diritti che i rapporti giuridici¹⁶².

Lo Stato liberale, tuttavia, resta vittima del suo stesso creato, un universo di principi “ristretti in una struttura istituzionale che si rivela funzionale alla garanzia di determinati assetti economico sociali”¹⁶³ inadeguata pertanto ad accogliere le domande poste dal pluralismo imperante. In altri termini, lo Stato liberale pur professandosi come uno Stato di liberi ed eguali finisce per realizzare “uno Stato di diseguali per definizione e per sostanza”¹⁶⁴.

Con l’affermarsi del moderno Stato costituzionale di diritto, l’eguaglianza non viene più concepita solo come generica sottoposizione di una comunità di soggetti ad una medesima autorità ed a una medesima legge, dal momento che questa costituisce un valore fondante del sistema assieme alla dignità umana, alla pari dignità sociale ed alla libertà: “dignità e libertà intese come estrinsecazioni del valore costituzionale che pone ogni persona umana come fine ultimo dell’ordinamento, si ricongiungono in vario modo al principio di eguaglianza”¹⁶⁵. Difatti, non si può dubitare che tale principio influenzi in

¹⁶¹ Così, A. Barbera, F. Coccozza, G. Corso, “Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di eguaglianza”... cit., p. 312.

¹⁶² Cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1997, pp. 35-36; il quale ricorda che “Le leggi, dunque, occupando il posto più alto, non avevano sopra di sé alcuna regola giuridica che servisse a stabilire limiti, a mettere ordine. Ma non ce n’era bisogno. La legge tutto poteva giuridicamente poiché materialmente era vincolata ad un contesto politico-sociale e ideale definito omogeneo... una società politica ‘monista’ o ‘monoclasse’ come quella liberale... le condizioni del proprio ordine le portava nel suo interno”.

¹⁶³ Così, S. Gambino, *Diritto costituzionale comparato ed europeo*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 46-47.

¹⁶⁴ Cfr. M.S. Giannini, *Il potere pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1986, p. 952.

¹⁶⁵ Così, M. Montalti, L’eguaglianza come valore e nelle sue declinazioni normative”, in *Politica del diritto*, XL, n.1, marzo 2009, p. 108. Sui nessi tra libertà ed eguaglianza, cfr. N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino, 1995.

modo significativo l'interpretazione delle altre disposizioni costituzionali attributive di diritti e di libertà, in quanto innanzitutto sussiste una stretta connessione tra il principio di eguaglianza ed i diritti fondamentali attraverso i quali si realizza il sistema di democrazia rappresentativa, ed in secondo luogo, il principio in questione si concretizza in diverse fattispecie particolari collegate a posizioni giuridiche soggettive previste dalla stessa Costituzione¹⁶⁶. In altri termini, l'eguaglianza in forza della sua tradizione storica, della strettissima connessione con l'essenza della democrazia, della sua vocazione generale e della sua presenza in tutte le Costituzioni contemporanee, costituisce un principio generale, una 'supernorma' destinata ad operare come norma di chiusura dell'ordinamento¹⁶⁷, nel senso che costituisce un principio che influenza e orienta in maniera decisiva l'interpretazione delle altre disposizioni costituzionali¹⁶⁸.

Tuttavia, deve ricordarsi che l'affermazione dell'eguaglianza in sé non ha alcun significato, "essa è puramente e semplicemente un tipo di relazione formale, che può essere riempita dei più diversi significati"¹⁶⁹. Peraltro, la stessa Corte Costituzionale ha asserito, nella sent. n. 89 del 1996, che "Il parametro della eguaglianza, infatti, non esprime la concettualizzazione di una categoria astratta, staticamente elaborata in funzione di un valore immanente dal quale l'ordinamento non può prescindere, ma definisce l'essenza di un giudizio di relazione che, come tale, assume un risalto necessariamente dinamico. L'eguaglianza davanti alla legge, quindi, non determina affatto l'obbligo di rendere immutabilmente omologhi fra loro fatti o rapporti che, sul piano fenomenico, ammettono una gamma di variabili tanto estesa quante sono le imprevedibili situazioni che in concreto possono storicamente ricorrere, ma individua il

¹⁶⁶ In merito alla stretta connessione tra il principio di eguaglianza e i diritti fondamentali della Costituzione, si veda A. Moscarini, "Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali", in *I diritti costituzionali*, R. Nania e P. Ridola (a cura di), vol. I, seconda ed., Giappichelli Editore, Torino, 2006, pp. 365 e ss.

¹⁶⁷ Si richiama il pensiero di C. Mortati, in *Istituzioni di diritto pubblico*, II, 10 ed., Cedam, Padova, 1991, p. 1023.

¹⁶⁸ In tal senso si esprime anche la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 25 del 23 marzo 1966, ove afferma che: "l'eguaglianza, infatti, è principio generale che condiziona tutto l'ordinamento nella sua obiettiva struttura: esso vieta, cioè, che la legge ponga in essere una disciplina che direttamente o indirettamente dia vita ad una non giustificata disparità di trattamento delle situazioni giuridiche, indipendentemente dalla natura e dalla qualificazione dei soggetti ai quali queste vengano imputate".

¹⁶⁹ Così, N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino, 1995, p. 4.

rapporto che deve funzionalmente correlare la positiva disciplina di quei fatti o rapporti al paradigma dell'armonico trattamento che ai destinatari di tale disciplina deve essere riservato, così da scongiurare l'intrusione di elementi normativi arbitrariamente discriminatori”.

Nella nostra Costituzione, al principio di eguaglianza in senso formale, sancito all'articolo 3, comma 1, ove si afferma che “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali”, è stato affiancato un nuovo ‘rivoluzionario’ principio, quello dell’eguaglianza sostanziale, di cui all’articolo 3, comma 2, della Costituzione che impegna la Repubblica “a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”. Il concetto dell’eguaglianza formale connesso al principio di eguaglianza in senso sostanziale esprime di conseguenza, il tentativo dello Stato non solo di superare le diseguaglianze naturali, ma anche di rimediare alle diseguaglianze di fatto, garantendo protezione agli individui deboli¹⁷⁰ e “ponendo come scopo dell’attività dei pubblici poteri, non soltanto l’abolizione delle discriminazioni sfavorevoli, ma anche la realizzazione in positivo di interventi diretti a correggere le diseguaglianze di fatto derivanti dalle ingiustizie del passato o da cause puramente naturali”¹⁷¹.

In tale ottica, si evidenzia che è stata superata la concezione liberale dell’eguaglianza, dove si pretendevano leggi dirette a tutti, per giungere ad una visione flessibile dello stesso, in quanto nello Stato pluriclasse le differenziazioni normative sono possibili, anzi necessarie, purché non sfocino nell’arbitrarietà¹⁷². La formula costituzionale ‘dell’eguaglianza davanti la legge’, come osservato in dottrina, è stata superata in quanto è nozione corrente quella secondo cui la legge deve rispettare le

¹⁷⁰ In tal senso, si fa riferimento ai diritti sociali, cfr. S. Gambino, *Stato e diritti sociali fra Costituzioni nazionali e Unione Europea*, Liguori, Napoli, 2009; e l’ampia bibliografia ivi richiamata.

¹⁷¹ Cfr. A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 70.

¹⁷² Sul punto si veda A. Celotto, “Articolo 3, comma 1, Cost”, in *Commentario della Costituzione...* cit., p. 71.

‘differenze’, per cui eguaglianza vuol dire divieto di “leggi che: violino in ogni modo la pari dignità sociale, che completa la dignità della persona; e divieto di leggi che pongano disparità irragionevoli di trattamento tra fattispecie meritevoli di trattamento eguale”¹⁷³.

Tuttavia, la Corte Costituzionale, nei suoi primi anni di attività, ha affermato che “non é concepibile che il principio di eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, sancito dall'art. 3 della Costituzione, debba intendersi nel senso che il legislatore non possa dettare norme diverse per regolare situazioni che esso considera diverse, adeguando così la disciplina giuridica agli svariati aspetti della vita sociale, anche al fine di conseguire i risultati additati dal secondo comma dello stesso art. 3. La valutazione della rilevanza delle diversità di situazioni in cui si trovano i soggetti dei rapporti da disciplinare non può non essere riservata al potere discrezionale del legislatore, salva l'osservanza dei limiti stabiliti nel primo comma dell'art. 3 della Costituzione, ai sensi del quale le distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche e di condizioni personali e sociali non possono essere assunte quali criteri validi per la adozione di una disciplina diversa”¹⁷⁴. Secondo tale concezione, il “nucleo forte” del principio di eguaglianza, recepito nell’articolo 3, comma 1 della Costituzione, vieta di statuire discipline diverse in ragione di qualità meramente soggettive dei destinatari, anziché di collocare al centro delle differenze di trattamento giuridico, la natura dell’atto, dell’attività, della funzione, dell’oggetto giuridico. Di conseguenza, come sottolineato da autorevole dottrina¹⁷⁵, a corollario di tale impostazione, si è affermato il dovere di astensione del Giudice costituzionale sul contenuto della scelta politica del legislatore e la correlata affermazione che: dovere del

¹⁷³ Così, P. Barile, *Eguaglianza e tutela delle diversità in Costituzione...* cit., p. 54. La letteratura sull’applicazione del principio di eguaglianza e sul corretto controllo della ragionevolezza è davvero sterminata, per cui si rimanda senza nessuna pretesa di completezza a A. Cerri, “Ragionevolezza delle leggi”, in *Enc. Giur. Treccani*, XXV, Roma, 1994, L. Paladin, “Ragionevolezza (principio di)”, in *Enc. Dir.*, Milano, 1997; A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; A. Ruggeri, “Principio di ragionevolezza e specificità dell’interpretazione costituzionale”, in ‘Itinerari’ di una *ricerca sul sistema delle fonti*, vol. I, Torino, 2003, p.263-335; A. Spadaro, “Uguaglianza”, in *Enc. Filosofica*, XII, Milano, 2006.

¹⁷⁴ Sent. n. 28 del 26 gennaio 1957, della Corte Costituzionale.

¹⁷⁵ A tal proposito, per tutti si veda, C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell’art. 3 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Saggi, Padova, 1954, p. 97.

Giudice costituzionale sia solo quello di verificare che il legislatore non sia caduto in contraddizione, considerando omogenee discipline rese oggetto di regolamentazione differenziata.

Eppure, qualche anno dopo, il Giudice costituzionale ha iniziato ad esercitare un controllo più incisivo in merito all'utilizzazione del parametro di eguaglianza; difatti nella sent. n. 53 del 14 luglio 1958, ribadendo, come già fatto in precedenza, il valore e il significato del "principio di eguaglianza", ha affermato che "l'obbligo del legislatore di trattare in modo eguale i cittadini non esclude, che esso possa dettare norme diverse per regolare situazioni diverse, adeguando la disciplina giuridica ai differenti aspetti della vita sociale". Seppure la giurisprudenza della Corte abbia costantemente affermato che "la valutazione delle diverse situazioni é riservata al potere discrezionale del legislatore e sottratta perciò al giudizio di legittimità costituzionale, è altrettanto vero che non si contraddice a queste affermazioni, né si compiono valutazioni di natura politica, e nemmeno si controlla l'uso del potere discrezionale del legislatore, se si dichiara che il principio dell'eguaglianza é violato, quando il legislatore assoggetta ad una indiscriminata disciplina situazioni che esso stesso considera e dichiara diverse"¹⁷⁶. Quest'ultimo orientamento della Corte Costituzionale si è andato consolidando nel corso degli anni, anche grazie al contributo della dottrina che ha fornito solide basi teoriche a questa evoluzione, "segnando le tappe di un percorso concettuale che dal divieto di discriminazione soggettive, tra classi di soggetti, ha conosciuto fasi di progressiva oggettivazione del controllo, dall'eccesso di potere legislativo al sindacato di ragionevolezza"¹⁷⁷. Difatti, si osserva¹⁷⁸ che, è possibile individuare nell'uso del canone della ragionevolezza, tre fasi della giurisprudenza costituzionale: in una prima fase, la Corte desume dall'articolo 3 Cost. prevalentemente il principio di non contraddizione e quello di congruità mezzi-fini; in una seconda fase, il Giudice costituzionale ricorre frequentemente al criterio del *tertium comparationis*; ed infine, la

¹⁷⁶ Sentenza numero 53 del 14 luglio 1958, della Corte Costituzionale.

¹⁷⁷ Così, A. Moscarini, "Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali", in *I diritti costituzionali...* cit., pp. 368.

¹⁷⁸ In riferimento alle tre fasi del canone della ragionevolezza, nella giurisprudenza costituzionale, si veda A. Ruggeri, A. Spadaro (a cura di), *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, p. 117.

terza fase, caratterizzata da un lato, dal superamento del criterio ternario e dall'altro, per lo sganciamento del giudizio di ragionevolezza dal riferimento all'art. 3 Cost.

In una prima fase si osserva, come precisato da alcuni autori, che per “nucleo forte” di eguaglianza debba intendersi “quello che consiste nella neutralizzazione delle differenze di forza, al fine di conservare e produrre tutte le differenze che abbiano carattere di ragionevolezza, sia quest'ultima ancorata ad un parametro costituzionale obiettivo o sieda sulle ginocchia della Corte. Per cui l'eguaglianza rappresenta la categoria dell'equilibrio fra la convivenza e la libertà”¹⁷⁹. Inoltre, si precisa che il divieto dell'articolo 3 Cost., verrebbe inteso sia come divieto di distinzioni personali, sia come divieto di distinzioni fondate sul sesso, sulla razza, sulla lingua, sulla religione, sulle opinioni politiche o sulle condizioni personali e sociali che non siano “ragionevolmente giustificate”. Non è quindi il puro semplice fatto della distinzione, ma la sua irragionevolezza o ingiustificatezza che lede l'eguaglianza. La stessa Corte costituzionale difatti, a partire dalla fine degli anni Cinquanta, introduce espressamente nella sua giurisprudenza il riferimento alla ‘irragionevolezza’ ed al manifesto arbitrio del legislatore. Con la sent. n. 15 del 1960, si afferma, ad esempio, che “il principio di eguaglianza é violato anche quando la legge, senza un ragionevole motivo, faccia un trattamento diverso ai cittadini che si trovino in eguali situazioni”.

A partire dalla fine degli anni Ottanta, nella giurisprudenza fa capolino un nuovo strumento logico per estendere il sindacato di eguaglianza oltre i limiti dell'art. 3, comma 1, ovvero l'argomento del *tertium comparationis*. Secondo tale criterio, “la struttura del giudizio di eguaglianza non avrebbe dovuto corrispondere ad un giudizio binario basato sulla mera comparazione tra disciplina oggetto del giudizio di legittimità costituzionale e norma parametro, ma si sarebbe dovuta conformare allo schema ternario della comparazione, della disciplina cui si sospetterebbe l'illegittimità, con la norma costituzionale violata per il tramite di un parametro normativo assunto quale *tertium comparationis*”¹⁸⁰. La Consulta ha, ad esempio, nella sent. n. 110 del 1981, ritenuto illegittima, per violazione del principio di eguaglianza, la norma contenuta all'articolo 3 della legge 8 marzo 1968, n. 152, che escludeva dal diritto all'indennità di

¹⁷⁹ Cfr. P. Barile, “Eguaglianza e tutela della diversità”... cit., p.55.

¹⁸⁰ Così, A. Moscarini, “Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali” ... cit., p. 370.

fine servizio, prevista per i dipendenti di enti locali, i genitori superstiti del figlio scomparso in attività del servizio, in quanto messa a confronto con la norma che invece riconosceva tale indennità agli orfani del dipendente deceduto.

Nel periodo più recente, come è stato osservato, la Corte ha in modo spregiudicato utilizzato il principio di eguaglianza a prescindere dallo schema ternario, sopra descritto; difatti, “sia l’uso meramente ‘di comodo’ dell’art. 3 Cost, sia il processo di quasi-identificazione fra giudizio di merito e sindacato di ragionevolezza, sono elementi di una evoluzione giurisprudenziale che ha accresciuto enormemente i poteri della Corte, consentendole di esercitare un pieno ed effettivo controllo sul vizio di eccesso di potere legislativo, che a ben vedere mai è cessato, proprio attraverso l’accertamento della ragionevolezza”¹⁸¹.

Per i più limitati fini del nostro studio, non si può certamente tralasciare di considerare la “curiosa e nuovissima”¹⁸² formula della “pari dignità sociale”, di cui all’art. 3 comma 1, Cost. Sia nella discussione in sede di Assemblea costituente, sia nel dibattito dottrinario all’indomani dell’entrata in vigore della Carta costituzionale, l’espressione ‘pari dignità sociale’ fu considerata ora una formula giuridicamente evanescente, ora una ripetizione di precetti già contenuti nell’articolo 3 Cost., ora una endiadi dell’eguaglianza davanti alla legge. Portata e valore della formula in commento hanno acquisito una loro ‘autonomia’ solo negli anni più recenti, quando nella pari dignità sociale è stata vista la “proiezione del valore paritario della dignità umana su tutti i rapporti riferibili ai cittadini, e il corollario della libertà e dell’eguaglianza di tutti, considerata come presupposto e strumento per il pieno sviluppo della persona umana”¹⁸³.

¹⁸¹ Cfr. A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 182.

¹⁸² Cfr. L. Paladin, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano, 1965, p. 237.

¹⁸³ Così, C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico...* cit., p. 1017. Per G. U. Rescigno, “Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana”, Relazione per il Convegno della Associazione dei costituzionalisti – Trieste 17 dicembre 1998 – versione provvisoria, il quale osserva, a proposito dell’art. 3, co. 1, Cost., come le espressioni “hanno pari dignità sociale” e “sono eguali davanti alla legge” non sono né “equivalenti (e quindi una non è logicamente ridondante rispetto all’altra) né sono una endiadi (e quindi non comprensibili al di fuori della loro unione”, p. 5.

La dignità 'sociale', di cui appunto la Costituzione italiana parla nella norma sull'eguaglianza, non attiene soltanto alle condizioni materiali dell'esistenza, ma alla creazione di una situazione complessiva nella quale la persona possa agire per realizzare condizioni che permettono di vivere con dignità¹⁸⁴. Perciò, riprendendo quanto affermato all'art. 1 della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione Europea, ma anche secondo il modello già indicato nella Costituzione tedesca, la dignità non dovrebbe essere solo 'rispettata' ma anche 'tutelata'. Conseguentemente i soggetti pubblici non devono limitarsi a evitare qualsiasi ingerenza o interferenza nella sfera privata di ciascuno, ma sono chiamati a rimuovere 'gli ostacoli economici e sociali' che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza della persona.

3.1 Il divieto di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale come discriminazione di fatto.

Il principio dell'eguaglianza formale si traduce, innanzitutto, nell'imposizione di un divieto per il legislatore ordinario di adottare trattamenti irragionevolmente differenziati tra i cittadini. Ma ciò non significa che da tale principio debba ricavarsi l'esistenza di un obbligo assoluto ad un trattamento sempre e comunque paritario. Al contrario, esso deve essere inteso come divieto di introdurre discriminazioni illegittime, non solo perché basate su uno dei motivi espressamente enumerati dalla norma costituzionale, ma anche perché basate su una valutazione irrazionale e dunque illegittimamente discriminatoria, delle situazioni di fatto da regolare, sì che esso risulta lesivo ogniqualvolta il legislatore tratti in modo irragionevolmente eguale situazioni che si presentano diverse o quando, viceversa, tratti in modo diverso situazioni che risultino tra loro assimilabili.

¹⁸⁴ In tal senso, si veda. S. Rodotà, *Perché Laico*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 138-139; Per G. M. Flick, "Dignità umana e tutela dei soggetti deboli: una riflessione problematica", in *La tutela della dignità dell'uomo*, Lezioni Volterranne, E. Ceccherini (a cura di), Vol. II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, pp. 50 e ss.

Nell'opinione pubblica appare ormai profondamente radicata l'inaccettabilità di trattamenti normativi arbitrariamente differenziati in ragione dei profili indicati all'articolo 3, Cost.. Tuttavia si rileva che la rigorosa osservanza dei divieti sopra richiamati, proprio in quanto profondamente avvertita in tutte le società democratiche e pluraliste, è sempre stata particolarmente garantita, anche dalla giurisprudenza costituzionale.

Difatti, già nella sent. n. 3 del 1957, la Corte Costituzionale affermava il principio secondo cui l'eguaglianza deve essere intesa come "trattamento eguale di condizioni eguali e trattamento diseguale di situazioni diseguali". D'altra parte, se non fosse questo il significato da attribuire al principio di eguaglianza contemplato al comma 1, difficilmente si potrebbe conciliare con il significato del principio dell'eguaglianza sostanziale¹⁸⁵.

Tuttavia la Corte in una sentenza successiva pare arretrare rispetto a quanto affermato nella precedente giurisprudenza; difatti nella sent. n. 28 del 1957, dichiara che "la valutazione della rilevanza delle diversità di situazioni in cui si trovano i soggetti da disciplinare non può non essere riservata al potere discrezionale del legislatore".

Come precedentemente osservato, l'art. 3, comma 1, Cost. vieta espressamente che possano essere previsti trattamenti differenziati a causa di uno dei motivi elencati dalla stessa disposizione costituzionale. Si tratta del 'nucleo forte' del principio di eguaglianza che, tuttavia, non impedisce in modo assoluto al legislatore di introdurre differenziazioni basate su uno di tali motivi, "ma vieta di farne motivo di una discriminazione nel godimento dei diritti e delle libertà: mentre ammette la legislazione 'positiva' (o premiale) se e nella misura in cui siano necessarie a impedire che il sesso,

¹⁸⁵ A tal proposito, si veda. M. Ainis, "Azioni positive e principio di eguaglianza", in *Giur. Cost.*, 1992, pp. 598 e ss., il quale ritiene che titolare dell'eguaglianza sostanziale può essere soltanto l'individuo concreto considerato nella sua specifica e reale condizione sociale; per cui l'eguaglianza sostanziale a differenza dell'eguaglianza formale, reclama "tante discipline quante sono le situazioni di concreto svantaggio individuale". Ancora, M. Ainis, "Cinque regole per le azioni positive", in *Quad. cost.*, 1999, pp. 363 e ss., osserva che, tuttavia, non è facile stabilire in che misura il legislatore possa adottare misure normative (azioni positive), volte a riconoscere ed assicurare ad ogni individuo l'effettiva possibilità di condurre una vita libera e dignitosa; occorrerebbe dimostrare l'effettiva condizione di svantaggio. Inoltre per quanto concerne una rigorosa proposta di classificazione delle diverse misure che, pur in assenza di una definizione accettata, vengono chiamate 'azioni positive', cfr. L. Gianformaggio, "Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco", in *Foro it.*, 1996, ss., spec.1968.

la lingua, etc. divengano elementi di una discriminazione di fatto, cioè il motivo di un handicap sociale”¹⁸⁶.

Si osserva, a tal seguito, che tra i divieti di discriminazione per motivi di sesso, parte della dottrina¹⁸⁷, fa confluire anche la posizione delle persone omosessuali e dei transessuali. Per quest’ultimi, si ricorda che la legge n. 164 del 14 aprile 1982, concernente norme in materia di rettificazione di attribuzioni di sesso, consente la rettificazione del sesso per effetto di una sentenza passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato all’atto di nascita “a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali”. La Corte costituzionale ha, nella sent. 161 del 1985, dichiarando che gli atti dispositivi del proprio corpo debbono essere ritenuti leciti allorché siano rivolti, come nel caso di specie, alla tutela della salute anche psichica, dato che, in base alle acquisizioni della scienza medica, l’intervento chirurgico di rettificazione del sesso costituisce un mezzo terapeutico efficace per la tutela della salute psichica del transessuale e per il suo conseguente inserimento nei normali rapporti sociali: non sussiste quindi, ad avviso della Corte, violazione dei diritti della personalità, poiché questi diritti non possono compiere l’esigenza fondamentale della persona umana alla propria identità sessuale, che è un aspetto ed un fattore di svolgimento della personalità”.

Si osserva come in tutti gli ordinamenti giuridici dei Paesi dell’Unione Europea o direttamente o indirettamente la posizione degli omosessuali e le pretese di diritti ed eguaglianza da essi avanzate, sono entrate nell’agenda politica. Tuttavia, l’Italia sconta al proposito, un ritardo ed una arretratezza rispetto agli omologhi europei che si evince prevalentemente dall’impossibilità (soprattutto politica) di addivenire quantomeno ad una normativa che riconosca valore legale alle unioni tra persone dello stesso sesso.

¹⁸⁶ Cfr. R. Bin, G. Pitruzzella (a cura di), *Diritto Costituzionale*, V edizione, Giappichelli Editore, Torino, 2004, p. 455

¹⁸⁷ In tal senso, si veda P. Caretti, *I diritti fondamentali...* cit., p. 167; secondo cui il “divieto di discriminazione per motivi di sesso si riflette anche sulla posizione degli omosessuali”.

4. Il riconoscimento del diritto all'orientamento sessuale alla luce della giurisprudenza

A seguito degli studi sinora affrontati, si rileva che nel riconoscimento dei nuovi diritti della personalità, come situazioni soggettive che assicurano alla persona la propria identità sotto il profilo morale e sociale, il proprio decoro, la propria immagine, il rispetto di cui gode presso gli altri, un ruolo importante è stato svolto dalla Corte Costituzionale, come visto in precedenza, ma altresì dalla Corte di Cassazione.

A tal proposito, si sottolinea 'ad esempio' che la Corte di Cassazione nella sent. n. 5685 del 1998¹⁸⁸, premettendo che ormai risulta superata da anni la questione relativa alla funzione precettiva e non programmatica dell'articolo 2 Cost., e di conseguenza affermando la rilevanza della persona umana, nei suoi vari aspetti, ha asserito che l'interprete, nel ricercare gli spazi di tutela della persona, "è legittimato a costruire tutte le posizioni soggettive idonee a dare garanzia, sul terreno dell'ordinamento positivo, ad ogni proiezione della persona nella realtà sociale, entro i limiti in cui codesto risultato si ponga come conseguenza della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali nelle quali si esplica la sua personalità". In virtù dell'espresso riferimento alla persona umana come singolo, così come sancito all'articolo 2 Cost., la Suprema Corte di Cassazione ha così individuato il valido fondamento normativo del diritto soggettivo alla riservatezza. Nel suo argomentare, il Giudice di merito, afferma così che il diritto alla riservatezza, quale diritto della

¹⁸⁸ La sentenza n. 5658 del 1998, della Corte di Cassazione, concerne il riconoscimento del diritto alla riservatezza. La vicenda giudiziaria inizia quando la Signora Girardi fa ricorso alla Pretura di Roma per ottenere un provvedimento che impedisse alla RAI di trasmettere immagini del processo di separazione con il marito; in un primo momento fu vietato all'azienda televisiva pubblica di mettere in onda la vicenda della ricorrente, nel programma previsto; successivamente, il pretore autorizzò la Rai a trasmettere la vicenda con le opportune misure e tecniche per garantire l'anonimato. In sintesi, si ricorda che la vicenda venne trasmessa da un altro programma televisivo, indicando fra i titoli iniziali i protagonisti del filmato in questione, cosicché la Signora Girardi richiese il risarcimento danni per aver violato il suo diritto alla riservatezza. La Rai si rifiutò di pagare il risarcimento e ricorse in Corte d'Appello, quest'ultima accolse l'appello e rigettò la domanda della Girardi. La Corte di merito ha però accolto il ricorso, ritenendolo fondato, ed altresì, ha sottolineato che "la costruzione di una posizione giuridica soggettiva avente come suo primario contenuto la tutela della vita privata del soggetto, è ormai, più o meno esplicitamente acquisita dalla elaborazione della giurisprudenza di merito e di legittimità".

personalità, consente di individuare nel contempo il correlativo fondamento giuridico ancorandolo direttamente all'articolo 2 Cost. Difatti, tale disposizione viene intesa come “precetto nella sua più ampia dimensione di clausola generale, ‘aperta’ all’evoluzione dell’ordinamento e suscettibile, per ciò appunto, di apprestare copertura costituzionale ai nuovi valori emergenti della personalità, in correlazione anche all’obiettivo primario di tutela del pieno sviluppo della persona umana (art. 3 cpv.)”.

Come ricordato dalla Corte di Cassazione, già pochi anni prima, il Giudice di legittimità nella sent. n. 13 del 1994, si è pronunciato in ordine all'articolo 2 Cost. come clausola generale che consente di “riconoscere e garantire tra i diritti che formano il patrimonio irrettrabile della persona umana anche il diritto all’identità personale”¹⁸⁹. In tale pronuncia, il Giudice costituzionale ha precisato che per identità personale debba intendersi il “diritto ad essere se stesso, inteso come rispetto dell’immagine di partecipe alla vita associata, con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano, l’individuo”¹⁹⁰.

Al fine di sottolineare la rilevanza del diritto all’identità personale, come elaborazione giurisprudenziale, pare altresì opportuno richiamare quanto affermato dalla Suprema Corte di Cassazione nella sentenza n. 978 del 7 febbraio 1996¹⁹¹. In tal caso la

¹⁸⁹ La sentenza n. 13 del 3 febbraio 1994, della Corte Costituzionale, si riferisce alla questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Firenze nel procedimento di volontaria giurisdizione, avente ad oggetto “Rettifica di atto dello Stato civile”, degli articoli 165 e ss. del Regio decreto 9 luglio 1939, n. 1238, nella parte in cui non prevedono che “a seguito di rettifica degli atti dello stato civile per ragioni indipendenti dall’interessato, il soggetto stesso possa mantenere il cognome fino a quel momento attribuito e che è entrato a far parte del proprio diritto costituzionalmente garantito all’identità personale”. La Corte Costituzionale ha accolto la questione riconoscendo l’illegittimità costituzionale dell’articolo 165 del Regio decreto, in quanto “accanto alla tradizionale funzione del cognome quale segno identificativo della discendenza familiare, con le tutele conseguenti a tale funzione, occorre riconoscere che il cognome stesso in alcune ipotesi già gode di una distinta tutela anche nella sua funzione di strumento identificativo della persona, e che, in quanto tale, costituisce parte essenziale ed irrinunciabile della personalità”.

¹⁹⁰ Cfr. Sentenza n. 13 del 1994, della Corte Costituzionale.

¹⁹¹ La sentenza n. 978 del 7 febbraio 1996, della Corte Suprema di Cassazione, concerneva la richiesta di risarcimento per danni in violazione del diritto all’identità personale, da parte di due coniugi che erano stati protagonisti di un tragico episodio, il quale sarebbe stato rappresentato in un filmato trasmesso dalla televisione pubblica. In tale caso la Corte di Cassazione, dopo aver specificato il concetto di identità sessuale, e dopo aver analizzato la normativa concernente la fattispecie in esame, ha respinto la richiesta dei ricorrenti, in quanto attraverso il temperamento e l’equo bilanciamento delle libertà antagoniste

Corte di Cassazione non perde l'occasione di puntualizzare "la nozione, il fondamento giuridico, la struttura, il contenuto, le forme ed i limiti di tutela del c.d. diritto alla identità personale". Il giudice di merito afferma che l'identità personale è l'interesse ad 'essere se stesso', precisamente è un "bene-valore costituito dalla proiezione sociale della personalità dell'individuo, cui si correla un interesse del soggetto ad essere rappresentato, nella vita di relazione, con la sua vera identità, a non vedere quindi, all'esterno, modificato, offuscato o comunque alterato il proprio patrimonio intellettuale, ideologico, etico, professionale, etc".

Ed è in tale quadro che si pone la questione concernente il riconoscimento o meno dell'orientamento sessuale, come peculiare condizione personale da tutelare. Tuttavia, resta evidente che potrebbe essere considerato attinente alla personalità dell'individuo e quindi rientrante nelle garanzie offerte dall'articolo 2 della Costituzione ai diritti della personalità, ed allo stesso modo inteso come condizione personale e quindi come caratteristica intrinseca dell'identità individuale propria della condizione omosessuale, che non può costituire fattore di differenziazione dei cittadini davanti la legge ai sensi dell'articolo 3, comma 1 Cost.

In considerazione della giurisprudenza appena menzionata, non può non rilevarsi che "l'identità personale costituisce un bene di per sé medesima, indipendente dalla condizione personale e sociale, dai pregi e dai difetti del soggetto, di guisa che a ciascuno è riconosciuto il diritto a che la sua identità sia preservata; e come affermato dalla Corte di Cassazione, tale diritto rientra a pieno titolo nell'ambito dei diritti inviolabili, in virtù dell'articolo 2 Cost., quale garanzia della "concreta ed effettiva personalità del soggetto nella vita di relazione". Dunque, "non v'è dubbio che 'la concreta ed effettiva personalità' comprenda anche la sfera dell'affettività e della sessualità: essendo la sessualità uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, e il diritto di disporne liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto,

(diritto all'identità personale e diritto di critica, cronaca e creazione artistica), ha riconosciuto che la libera esplicabilità del diritto di cronaca nella sua prevalenza al diritto all'identità personale è giustificata dal fatto che: il filmato in oggetto ha una utilità sociale, i fatti divulgati sono veri; ed infine, l'esposizione civile dei fatti e della loro valutazione, non eccede rispetto allo scopo informativo ed improntato a serena obiettività, con esclusione di ogni preconcetto intento denigratorio.

inquadrate tra i diritti inviolabili della persona umana che l'articolo 2 Cost. impone di garantire”¹⁹².

Ciò nonostante, ad oggi la Corte Costituzionale non ha ancora avuto modo di esprimersi specificamente sulla tutela delle persone omosessuali; tuttavia, la Corte Suprema di Cassazione, nella sent. 16417 del 2007, ha affermato che “l'omosessualità va riconosciuta come condizione dell'uomo degna di tutela, in conformità ai precetti costituzionali”, assunto da cui discende che la libertà sessuale va intesa anche come libertà di vivere senza condizionamenti e restrizioni le proprie preferenze sessuali, in quanto espressione del diritto alla realizzazione della propria personalità, tutelato dall'articolo 2 della Costituzione”¹⁹³.

In conclusione, può osservarsi che l'analisi del riconoscimento e della tutela del diritto all'espressione dell'orientamento sessuale, nelle sue diverse accezioni, in Italia, pur trovando riconoscimento nella giurisprudenza costituzionale ma soprattutto in quella di merito, stenta ad essere pienamente ed efficacemente garantito nei vari ambiti della vita sociale e ciò appare particolarmente evidente se si considera che la ‘pari dignità sociale’ trova, invece, nell'esperienza in altri Paesi e nell'ambito dell'Unione europea, effettiva tutela. Difatti, il riconoscimento giuridico delle relazioni affettive tra persone dello stesso sesso, “in varie forme si va estendendo in Europa, senza traumi, con una crescente accettazione sociale e con una attribuzione di diritti sempre maggiore, fino a prevedere anche la possibilità di adottare figli”¹⁹⁴.

¹⁹² In tal senso, cfr. M. Bonini Baraldi, “Le famiglie omosessuali nel prisma della realizzazione personale”, in www.famiglienellacostituzione.it/images1/boninibaraldi.pdf, p. 6.

¹⁹³ La sentenza n. 16417 del 25 luglio 2007, della Corte Suprema di Cassazione, Sezione Prima Civile, concerne la questione posta dal Giudice di Pace di Torino sul ricorso proposto da un cittadino senegalese, avverso il decreto di espulsione emesso nei suoi confronti, ravvisando la sussistenza di una delle ipotesi dell'art. 19 del d. lgs 286/98, secondo cui si vieta l'espulsione verso Stati in cui lo straniero potrebbe essere oggetto di persecuzioni, fra l'altro per motivi sessuali e difatti in Senegal l'omosessualità è punita con la reclusione. La Corte di Cassazione ha accolto il ricorso e cassato il decreto impugnato. A proposito del rischio di persecuzione per l'orientamento sessuale, ed in specie sulla questione in commento, cfr. L. D'Ascia, *Diritto degli stranieri e immigrazione. Percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè editore, Milano, 2009, pp. 302 e 303.

¹⁹⁴ Cfr. S. Rodotà, *Perché laico...* cit., p. 164.

Capitolo III

La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale nell'ordinamento comunitario e nell'ordinamento nazionale

1. Il principio di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nell'ordinamento comunitario

La valutazione negativa dell'omosessualità, come precedentemente rilevato, ancora oggi è presente in diversi ambiti sociali; sicuramente in alcuni Paesi ciò risulta particolarmente preoccupante poiché gli stessi ordinamenti giuridici non solo non prevedono una disciplina di tutela delle 'minoranze sessuali', ma continuano a considerare semplicemente illegale l'omosessualità, applicando severe pene, e in alcune parti del mondo prevedendo addirittura la condanna a morte.

È opportuno ricordare che il dibattito intorno alla tutela delle persone omosessuali richiama profili che vanno ben oltre l'ambito strettamente giuridico; difatti, i pregiudizi verso chi manifesti degli orientamenti sessuali diversi da quelli presenti nella cultura dominante di una società, si fondano sull'idea che l'orientamento sessuale presupponga una scelta volontaria dell'individuo e per tale motivo ciascuno è obbligato a farsi carico delle conseguenze che derivano da tale scelta. Inoltre, considerando l'orientamento sessuale appartenente alla scelta 'libera' di ciascuna persona, molti ordinamenti ritengono che questo profilo non dovrebbe avere conseguenze sul riconoscimento di diritti nei confronti del gruppo 'sessuale', anzi pare si "alimentano i pregiudizi sociali che provengono dalla morale dominante, secondo cui l'unico modello familiare possibile è quello basato sul matrimonio tra persone eterosessuali avente una finalità tipicamente riproduttiva"¹⁹⁵.

¹⁹⁵ Cfr. C. Chartegui Jàvega, "La direttiva 2000/78/Ce e il principio di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nel diritto comunitario", in *La discriminazione fondata sull'orientamento*

Negli ultimi tempi, la maggiore consapevolezza delle situazioni di svantaggio e delle violazioni dei diritti umani che le minoranze omosessuali (comprendendo anche lesbiche, bisessuali e transessuali, d'ora in avanti LGBT) hanno subito nel corso della storia contemporanea, ha accresciuto la considerazione di una realtà sociale che, per lungo tempo, è stata ignorata (quando non repressa).

In tale quadro, pare necessario approfondire, anzitutto, l'analisi della tutela e del riconoscimento dei diritti delle persone omosessuali per poi concentrare l'attenzione sull'ampio dibattito giuridico imperniato sulla dignità della persona umana. Saranno, in particolare, considerati i notevoli progressi che, in tale ambito, si sono registrati a livello sovranazionale, ed in specie nell'ambito dell'Unione Europea.

Secondo alcuni autori¹⁹⁶, attualmente esistono i fondamenti giuridici per affermare il pieno riconoscimento dell'uguaglianza dei diritti delle persone omosessuali, bisessuali e transessuali e tra questi in particolare la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948¹⁹⁷, in cui, all'art. 1, si afferma che “tutti gli uomini nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza”. Si sottolinea, dunque, che la dignità della persona è il presupposto fondamentale che consente il riconoscimento, rispetto al ‘gruppo’ LGBT, dell'uguaglianza, proclamata all'articolo 2 della stessa Dichiarazione. Eppure occorre precisare che solo nel 1992, l'Organizzazione mondiale della Sanità ha cancellato l'omosessualità dalla classificazione internazionale delle patologie¹⁹⁸. Inoltre, solo nel 2003, la Commissione per i diritti umani dell'ONU, si è riunita per votare la prima

sessuale, l'attuazione della direttiva 2000/78/CE e la nuova disciplina per la protezione dei diritti delle persone omosessuali sul posto di lavoro, S. Fabeni, M.G. Toniollo (a cura di), prefazione di G. Epifani, Ediesse, Roma, 2005, p. 53.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 55.

¹⁹⁷ A tal proposito, si veda V. Onida, “La tutela dei diritti fondamentali in Italia nella prospettiva dell'integrazione europea”, in *Le libertà e i diritti nella prospettiva europea, Atti della giornata di studio in memoria di Paolo Barile*, Cedam, Padova, 2002.

¹⁹⁸ Nel 1992, l'OMS con la decima revisione della classificazione internazionale delle malattie, ha eliminato l'omosessualità dalla lista dei “disturbi psicologici e del comportamento o dell'orientamento sessuale”. Fino al 1968 il DMS (Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali), considerava l'omosessualità come ‘devianza sessuale’, poi nel 1990, fu deciso di cancellarla definitivamente dalle classificazioni del DMS, decisione che sarebbe entrata in vigore con l'emanazione del nuovo DMS il 1 gennaio 1994.

proposta concernente “diritti umani e orientamento sessuale”, che avrebbe rappresentato un’opportunità storica per il riconoscimento dei diritti degli omosessuali. Tuttavia, alla proposta presentata dal Brasile, e che aveva ottenuto l’appoggio di venti Paesi tra cui quelli dell’Unione Europea, si sono opposti cinque Paesi della Conferenza islamica (nonché lo Stato del Vaticano) che, presentando alcuni emendamenti, hanno modificato la proposta costringendo a rinviare a tempi migliori la ‘questione omosessuale’.

Agli inizi del dicembre 2008, invece, è stata presentata, in seno all’Assemblea Generale delle Nazioni Unite, la prima proposta sulla condanna degli abusi dei diritti degli omosessuali. Circa 66 Paesi hanno sostenuto tale dichiarazione, in cui venivano riaffermati i principi di non discriminazione, in base ai quali i diritti umani sono validi per ogni essere umano allo stesso modo, a prescindere dall’orientamento sessuale o dall’identità di genere.

Per quanto concerne, invece, l’ambito comunitario si osserva che dal Trattato di Roma ad oggi sono stati compiuti considerevoli progressi in ordine ai divieti di discriminazione, in specie quelli originati dall’orientamento sessuale.

Nonostante i Trattati di Parigi e di Roma, istitutivi delle Comunità europee, originariamente non prevedessero alcun catalogo dei diritti fondamentali da proteggere e tantomeno veniva fatto in essi alcun richiamo alla necessità di assicurare la tutela di tali diritti, con l’evoluzione del processo di integrazione europea, si è passati da una Comunità economica ad una Comunità di diritti¹⁹⁹. Come è ben noto tra gli obiettivi originari delle Comunità europee vi era quello di creare un mercato unico sicché ogni azione e ogni politica delle Comunità era finalizzata a tale scopo. Tuttavia, le Comunità europee, poi Unione Europea, hanno avuto un ruolo sempre più rilevante nel riconoscimento e nella tutela dei diritti umani, grazie anche al ruolo di alcune Corti costituzionali nazionali²⁰⁰, dal momento che la tutela giuridica di alcuni diritti, tra i quali il ‘libero orientamento sessuale’, ha avuto spiccata natura giudiziaria.

¹⁹⁹ Cfr. M. Cartabia, “L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione europea”, in *I diritti in azione*, M. Cartabia (a cura di), il Mulino, Bologna, 2007, p. 14. Sul punto, si veda soprattutto S. Gambino, *Diritti fondamentali e Unione Europea, una prospettiva costituzional-comparatistica*, Giuffrè, Milano, 2009.

²⁰⁰ Sul punto si veda tra gli altri, A. Barbera, “La Carta Europea dei diritti e la Costituzione italiana”, in *Le libertà e i diritti nella prospettiva europea, Atti della giornata di studio in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2002 pp. 107 e ss.

1.1 L'intervento europeo in riferimento al divieto di discriminazione fondato sull'orientamento sessuale

Attualmente, nell'Unione Europea la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale è esplicitamente vietata; ma tale forma di discriminazione è vietata altresì, a livello internazionale; a livello comunitario (primario e secondario); in alcuni Stati membri a livello costituzionale, in tutti i Paesi europei a livello di legislazione ordinaria ed in alcuni ordinamenti anche a livello regionale.

Innanzitutto, pare opportuno rilevare che solo a partire dagli anni Ottanta, in virtù delle azioni contro le discriminazioni fondate sulla nazionalità, misure indispensabile per realizzare un vero e proprio mercato comune, si è passati a condannare altre forme di discriminazione, ed in particolare quelle fondate sul sesso.

Un importante ruolo nella lotta alle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale è stato svolto inizialmente dal Parlamento europeo. Si ricorda, a tal proposito, la prima Risoluzione del 13 marzo 1984²⁰¹, concernente le discriminazioni sessuali sul luogo di lavoro, con la quale si sottolineò che, nella lotta contro tali discriminazioni, non si potevano ignorare o accettare passivamente le discriminazioni di qualsiasi altro tipo, di fatto o di diritto, nei confronti delle persone omosessuali. Secondo il Parlamento europeo, il rispetto della dignità e della libertà dell'individuo e la giustizia sociale costituirebbero elementi essenziali per la democrazia e per il processo di integrazione europea e per tali ragioni si invitava, la Commissione, a tener in speciale considerazione la spinosa tematica delle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale.

In verità, già qualche anno prima la tematica dei diritti degli omosessuali era stata sollevata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa; precisamente il primo ottobre 1981, veniva adottata la Raccomandazione 924 sulle discriminazioni contro le persone omosessuali, con la quale si invitavano gli Stati membri a decriminalizzare gli

²⁰¹ Parlamento europeo, Doc. 1-1348/83, 13 febbraio

atti omosessuali. Con tale Raccomandazione furono sollecitati diversi interventi volti a rimuovere le discriminazioni in oggetto, specificatamente: l'applicazione di una pari età del consenso per i rapporti sessuali etero ed omosessuali; la distruzione degli elenchi sui quali venivano registrati i nomi delle persone omosessuali; la parità di trattamento nel mercato del lavoro; la cessazione di qualsiasi trattamento medico o di ricerca volti a modificare l'orientamento sessuale; ed infine, assicurare la custodia, i diritti di visita e ospitalità dei bambini, da parte dei genitori omosessuali. Tali posizioni sono state poi ribadite di recente nella Raccomandazione 1474 "Sulla situazione di lesbiche e gay negli stati membri del Consiglio d'Europa" dell'Assemblea parlamentare (26 settembre 2000), ove rilevando le notevoli differenze esistenti nelle legislazioni nazionali in ambiti quali l'età del consenso, l'accesso alle forze armate, il lavoro, il diritto di asilo e l'adozione, l'Assemblea ha chiesto al Comitato dei ministri di aggiungere l'orientamento sessuale fra le cause di discriminazione vietate dalla Convenzione europea dei diritti umani. Tali 'suggerimenti' pare siano stati in parte accolti, con la ratifica e l'entrata in vigore del Protocollo n. 12 del 4 novembre 2000, mediante cui il sistema di tutela dei diritti umani previsto dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, si è dotato di un più ampio principio di non discriminazione in riferimento al 'godimento di qualunque diritto riconosciuto dalla legge'²⁰².

Tornando alla Risoluzione del Parlamento europeo del 1984, deve ricordarsi che essa risentiva, nella lotta contro le discriminazioni, della subordinazione della politica sociale a quella economica; difatti, l'eliminazione delle discriminazioni tra gli individui erano considerate condizioni preliminari per la realizzazione di un ordine sociale più equo e per il raggiungimento degli obiettivi stabiliti dal Preambolo e dall'art. 117 del Trattato di Roma (istitutivo della Comunità economica europea).

Nel 1994, il Parlamento europeo approvò una nuova Risoluzione sulla parità dei diritti degli omosessuali nella Comunità europea²⁰³, con la quale furono indicate più dettagliatamente le diverse forme di discriminazione cui dovevano far fronte gli

²⁰² Cfr. art. 1, Protocollo Addizionale n. 12 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, del 4 novembre 2000.

²⁰³ Parlamento europeo, risoluzione dell'8 febbraio 1994, *G.U.C.E.*, 1994, C 61, p.40.

omosessuali. Nella precedente Risoluzione, il Parlamento europeo manifestava semplicemente la sua posizione in favore della parità di trattamento, indipendentemente dall'orientamento sessuale delle persone. Nel documento del 1994, invece, si individuano espliciti riferimenti alle discriminazioni nell'ambito delle relazioni di lavoro. In tale ultima Risoluzione, inoltre, si sollecita la Commissione a presentare un progetto di raccomandazione al Consiglio dei ministri finalizzata all'abolizione di ogni forma di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, poiché l'organo rappresentativo della Comunità europea esprimeva con forte convinzione l'idea che la protezione dei diritti umani dovesse assumere maggiore rilievo nei trattati.

In tale quadro, si sottolinea che seppure l'Unione Europea tentava di progredire a livello normativo, in ordine alla tutela dalle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, a livello sociale si ponevano nuove domande concernenti la piena garanzia delle persone omosessuali, in particolare sul lavoro. Per l'appunto, è in tale periodo che furono sollevate dinnanzi la Corte di Giustizia due questioni particolarmente importanti che evidenziarono gli effettivi limiti del diritto comunitario nella tutela delle persone omosessuali e transessuali. Si fa dunque riferimento al caso *P. c. S. e Cornwall County City* ed al caso *Grant c. South-West Trains Ltd.* Nella prima sentenza del 30 aprile 1996²⁰⁴, la Corte di Lussemburgo per la prima volta riconobbe che la Direttiva 79/7/Cee, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, era in contrasto con il licenziamento di un transessuale per motivi connessi al sesso. Nella seconda sentenza del 17 febbraio 1998²⁰⁵, caso *Grant*, la Corte di Giustizia nel ricorso, motivato dall'esclusione di

²⁰⁴ Corte di Giustizia, C-13/94, causa *P. c. S. e Cornwall County City*, la Corte di Giustizia, in tale caso, assume una decisione 'coraggiosa', accogliendo l'invito dell'Avvocato generale Tesauero, affermando che "il principio di parità di trattamento fra uomini e donne, a cui si riferisce la Direttiva 79/7Cee, (...), implica l'assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso". Per cui tenendo conto del suo scopo e della natura dei diritti che mira a proteggere, la direttiva può applicarsi anche alle discriminazioni che hanno origine, come nella fattispecie, nel mutamento di sesso dell'interessata". In quanto, il tollerare una discriminazione del genere, comporterebbe la violazione della dignità della persona e della libertà che invece la Corte è chiamata a tutelare".

²⁰⁵ Corte di Giustizia, C- 249/96, causa *Grant c. South-West Trains Ltd.*, in tale caso la Corte di Giustizia, ricordando che 'attualmente' le relazioni fra persone dello stesso sesso non sono equiparate alle relazioni fra persone coniugate o alle relazioni stabili fuori dal matrimonio tra persone di sesso opposto, non riconosce l'obbligo per il datore di lavoro, in forza del diritto comunitario, a equiparare la situazione di una persone che abbia una relazione stabile con un compagno dello stesso sesso a quella di una persone che sia coniugata o abbia una relazione con una persona di sesso opposto.

“*benefits*” per i familiari o meglio compagni di dipendenti di aziende di trasporto e nel caso di specie dalla “negazione di riduzioni sui prezzi dei trasporti al compagno di sesso femminile della signora Grant”, ha mantenuto un atteggiamento restrittivo, riconoscendo ai datori di lavoro la possibile discrezionalità nella concessione di “*benefits*”. In tale ultima sentenza, la Corte di Giustizia negando il diritto alla lavoratrice, si giustificava fundamentalmente mettendo in evidenza la mancanza di strumenti normativi che potessero costituire le basi giuridiche per la tutela da questo tipo di discriminazione.

Nello stesso tempo, nel 1998, il Parlamento europeo intervenne con una nuova Risoluzione²⁰⁶ sulla parità dei diritti degli omosessuali nell’ordinamento nell’Unione Europea. Se da una parte, si sollecitava, ancora una volta, la Commissione ad adottare una proposta di raccomandazione sulla parità di diritti per lesbiche e gay allo scopo di porre fine agli ostacoli frapposti al matrimonio di coppie omosessuali ovvero ad un istituto giuridico equivalente, garantendo pienamente i diritti e vantaggi del matrimonio e consentendo la registrazione delle unioni fra persone dello stesso sesso; dall’altro lato, si invitava i Paesi candidati all’ingresso nell’Unione europea ad “abrogare ogni disposizione legislativa che violi i diritti umani delle lesbiche e degli omosessuali”²⁰⁷.

Con il Trattato di Amsterdam (1999), l’Unione europea assume un compito più incisivo nella protezione dei diritti umani, e nella lotta contro le discriminazioni fondate sull’orientamento sessuale. Si introduce un nuovo articolo 6 TCE, in cui si afferma che “l’Unione europea si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, e dello Stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri”. Al paragrafo 2 dell’articolo 6 TCE, viene inoltre sottolineato che “l’Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati

²⁰⁶ Parlamento europeo, Risoluzione del 17 settembre 1998, “sulla parità dei diritti degli omosessuali nell’Unione Europea”.

²⁰⁷ Con la risoluzione del 1998, il Parlamento europeo, tra l’altro, invitava gli stati candidati all’ingresso dell’Unione: Bulgaria, Cipro, Estonia, Ungheria, Lituania e Romania, ad abrogare le disposizioni del codice civile che prevedevano ancora misure di condanna nei confronti delle persone omosessuali; inoltre, si chiedeva al Parlamento austriaco di abrogare l’articolo 209 del codice penale che prevedeva un limite di età più alto alla ‘legalizzazione’ delle relazioni fra persone dello stesso sesso.

membri, in quanto principi generali del diritto comunitario”; proprio in riferimento a tale ultima enunciazione, sembrerebbe riconoscersi particolare significato all’importante ruolo svolto dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee nella costruzione del sistema comunitario di protezione dei diritti umani.

Tornando al tema più specifico della parità di trattamento senza distinzione di sesso, ed alla tutela dei diritti delle persone omosessuali, il Trattato di Amsterdam introduce per la prima volta nel diritto primario comunitario il divieto di discriminazione fondato sull’orientamento sessuale²⁰⁸, autorizzando, all’articolo 13 TCE, il Consiglio ad adottare le iniziative ritenute adeguate per la lotta contro le discriminazioni, previo parere del Parlamento europeo. Come rilevano alcuni giuristi²⁰⁹, non si può sottovalutare il fatto che con tale articolo la tutela del divieto di discriminazione fondata sull’orientamento sessuale venga rinviata alla competenza del diritto derivato, in quanto si autorizza il Consiglio ad adottare, su proposta della Commissione e previo parere del Parlamento europeo, le misure adeguate che vietino le discriminazioni, tra le quali quelle fondate sull’orientamento sessuale. Tuttavia, si osserva che l’articolo 13 rientra comunque tra i ‘principi’ dell’Unione europea, e come tale rappresenta un avanzamento sostanziale rispetto alla situazione precedente, obbligando gli Stati membri a prendere in considerazione la suddetta previsione. In effetti, l’articolo 13 TCE, ha assunto un significativo valore dal momento che è in virtù di esso che il Consiglio ha adottato, ad esempio, la direttiva 2000/43/CE del 29 giugno 2000, in materia di “parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall’origine etnica”; e la direttiva 2000/78/CE del 27 dicembre 2000 “che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro”.

Ancora in riferimento alle misure di lotta alle discriminazioni fondate anche sull’orientamento sessuale, si ricorda che il Consiglio d’Europa, il 27 novembre 2000, ha istituito un Programma d’azione comunitario per combattere le discriminazioni

²⁰⁸ Cfr. L. Flynn, “The implication of Article 13 Ec – After Amsterdam, will Some Forms of Discrimination be more Equal than others?”, in *Common Market Law Review*, vol. 36, n. 6, 1999, p. 1127.

²⁰⁹ In tal senso, si veda, C. Chartegui Jàvega, “La direttiva 2000/78/Ce e il principio di non discriminazione sulla base dell’orientamento sessuale nel diritto comunitario”... cit., p. 59.

dirette o indirette, semplici e multiple, fondate sulla razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali.

Si rileva che un ulteriore passo in avanti, nel processo di decostruzione delle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, nell'ambito del processo di integrazione europea, si è raggiunto con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata in occasione del Consiglio europeo di Nizza, il 7 dicembre del 2000. Difatti, tale documento ha previsto all'articolo 21, del capo III dedicato all'uguaglianza, il divieto di discriminazione fondato su diverse cause tra le quali quelle per le 'tendenze sessuali'. La Carta di Nizza ha avuto notevoli ripercussioni positive, soprattutto nel riconoscimento dell'eguaglianza e dei divieti di discriminazione come categorie di diritti fondamentali, volti a garantire libertà, sicurezza e giustizia, collocando la persona al centro della sua realizzazione. Ciò nonostante, la Carta 'rappresentava' pur sempre una mera dichiarazione, priva di forza giuridica vincolante, assunta come strumento di applicazione diretta e sottoposta a controllo della Corte di Giustizia; quest'ultima, però, come si dirà più approfonditamente nel prosieguo, ne ha garantito una sempre maggiore applicazione²¹⁰.

Occorre evidenziare che, nel corso degli anni, il Parlamento europeo si è dimostrato particolarmente attento alla tematica del rispetto dei diritti umani. A tal proposito, si osserva che ancora prima della proclamazione della Carta di Nizza, il 16 marzo 2000, il Parlamento europeo con una nuova risoluzione ha chiesto agli Stati membri "di garantire alle famiglie monoparentali, alle coppie non sposate e alle coppie dello stesso sesso parità di diritti rispetto alle coppie e alle famiglie tradizionali, in particolare in materia di legislazione fiscale, regime patrimoniale e diritti sociali". Nelle risoluzioni successive, quella del 14 luglio 2001 e del 4 settembre 2003, il Parlamento europeo ha inoltre espresso l'auspicio che la trasposizione della direttiva 2000/78/CE, per la parità di trattamento nell'impiego e nell'occupazione sia attentamente monitorata per quanto concerne la tutela dell'orientamento sessuale. Più recentemente (2006-2007), il Parlamento europeo ha adottato nuove e specifiche risoluzioni in materia di "omofobia

²¹⁰ In riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, firmata, con l'adesione dell'Italia, a Nizza nel dicembre 2000, si vedano A. Manzella, P. Melograni, E. Paciotti e S. Rodotà, *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, il Mulino, Bologna, 2001, p. 1 e ss.; R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, il Mulino, Bologna, 2001, p. 1 e ss.

in Europa”): prima con la Risoluzione del 18 gennaio 2006 e poi con la Risoluzione del 26 aprile 2007. In tali documenti, in considerazione del fatto che l’omofobia può essere considerata una paura e un’avversione irrazionale nei confronti delle comunità LGBT; che l’omofobia si manifesta sia nella sfera pubblica che in quella privata, considerando i recenti eventi preoccupanti verificatesi in alcuni Stati membri; considerando che le dichiarazioni e le azioni dei dirigenti politici e dei leader religiosi hanno un impatto considerevole sull’opinione pubblica; ponendo inoltre l’attenzione su alcuni episodi di bullismo nei confronti di giovani studenti, a causa del loro orientamento sessuale e quindi del proliferare dei casi di bullismo omofobico nelle scuole secondarie, e considerando il fatto che i partner dello stesso sesso non godono di tutti i diritti e le protezioni riservate ai partner sposati di sesso opposto, il Parlamento europeo, condannando l’omofobia, ha sottolineato che l’Unione europea è innanzitutto una Comunità di valori, in cui il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali, la democrazia e lo Stato di diritto, l’uguaglianza e la non discriminazione sono fra i valori che più contano. Per tali motivi si è chiesto agli Stati membri: di assicurare che le persone LGBT vengano protette da discorsi omofobici intrisi d’odio e da atti di violenza omofobici; di garantire che i partner dello stesso sesso godano del rispetto, della dignità e della protezione riconosciuti al resto della società; ed inoltre, gli Stati membri e la Commissione sono stati, nuovamente chiamati a condannare con fermezza i discorsi e le violenze omofobiche, ricorrendo a sanzioni penali, precisando che occorre dare completa attuazione al pacchetto antidiscriminatorio, previsto all’articolo 13 del Trattato, mediante nuove direttive quadro che estendano i divieti di discriminazione a tutti i settori.

In tale contesto, si rende necessario richiamare anche la modifica dello Statuto dei funzionari delle Comunità europee, avvenuta nel 1998, ed orientata ad assicurare una maggiore parità di trattamento²¹¹ grazie all’inserimento di una clausola di non discriminazione concernente il trattamento dei funzionari (anche per il personale temporaneo) e la loro selezione, in cui si menziona esplicitamente il divieto di discriminazioni per orientamento sessuale. Nonostante tale apertura, il principio della parità di trattamento a forme di famiglia diverse da quella tradizionale è stato previsto

²¹¹ Si precisa che prima del 1998, l’art. 27 dello Statuto dei funzionari delle Comunità europee, considerava il divieto di discriminazione solo sulla base della ‘razza, credo o sesso’.

solo nel 2004 all'art. 1 *quinquies* (ex art. 1 *bis*) ove si è affermato che “ai fini del presente statuto, le unioni non matrimoniali sono equiparate al matrimonio”. Come rilevato in dottrina²¹², tale modifica ha rappresentato un mutamento di rotta davvero rilevante, anche se restano esclusi i partner di unioni *more uxorio* non registrate. Con riguardo a tale ultimo profilo, si rileva come l'art. 1, c. 2, lett. c), dell'allegato VII dello Statuto stabilisce che, fra i beneficiari dei vantaggi riconosciuti a determinati familiari, va annoverato anche il ‘funzionario registrato come membro di un'unione di fatto’²¹³; tuttavia, è evidente che tale formulazione comprenda unicamente le coppie di fatto formate da persone dello stesso sesso, ma non prende in considerazione il fatto che in alcuni Stati membri il matrimonio civile può essere contratto anche fra persone di pari sesso.

Per una più completa analisi del ruolo dell'ordinamento comunitario in ordine a riconoscimento e tutela del diritto all'espressione dell'orientamento sessuale, dovrà, inoltre, essere considerata la giurisprudenza più significativa delle Corti Europee (la Corte di Giustizia delle Comunità Europee e la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo).

²¹² Cfr. M. Bonini Baraldi, *La discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nell'impiego e nell'occupazione: esempi concreti ed aspetti problematici*, in www.era.int/web/de/resources/5_2341_831_file_en.1046.pdf, 2004, p. 9.

²¹³ Si ricorda, a tal proposito la recente sentenza (T-58/08 P) del Tribunale di primo grado delle Comunità Europee (Sezione delle impugnazioni), del 5 ottobre 2009, avente ad oggetto l'impugnazione diretta all'annullamento della sentenza del Tribunale della funzione pubblica dell'Unione Europea (Prima Sezione) del 27 novembre 2007, richiesta dalla Commissione delle Comunità europee. Il Tribunale della funzione pubblica si era pronunciato annullando la decisione della Commissione di non riconoscere il contratto di convivenza stipulato tra il Sig. Antonio Pieter Roodhuijzen e la Sid.ra H., nei Paesi Bassi dinnanzi ad un notaio, quale unione di fatto ai sensi dell'art. 72, n. 1, dello Statuto dei funzionari delle Comunità europee e, conseguentemente, di negare a quest'ultima il beneficio del regime comune di assicurazione malattia delle Comunità europee (RCAM). A sua volta il Tribunale delle Comunità Europee ha dichiarato che il Tribunale della funzione pubblica non ha statuito *ultra petita*, né violato i diritti di difesa della Commissione, ed inoltre, l'interpretazione applicazione della nozione statutaria di “unione di fatto” ai sensi delle disposizioni dello Statuto spetta al Tribunale della funzione pubblica. Quest'ultimo infatti, ha fornito l'interpretazione di “unione di fatto”, secondo cui risulta necessaria la presentazione di un documento ufficiale riconosciuto come tale da uno Stato membro dell'Unione Europea o da un'autorità competente di uno Stato membro attestante le condizioni di membri di un'unione di fatto. Nel caso di specie, considerata la varietà delle situazioni giuridiche idonee a costituire un “*samenlevingsvereenkomst*” ai sensi del diritto olandese, il Tribunale della funzione pubblica ha correttamente dichiarato, che la produzione giuridica di un documento ufficiale relativo allo stato delle persone, in ragione dell'autenticità conferita a detto atto attraverso la sua stipulazione con atto notarile. In definitiva, il Tribunale Europeo ha respinto il motivo relativo all'errore di diritto nell'interpretazione della nozione di “unione di fatto”, e quindi ha dichiarato respinta l'impugnazione della Commissione.

2. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in ordine all'orientamento sessuale

Il processo di internazionalizzazione dei diritti umani ha propiziato una sensibile evoluzione maggiore nel riconoscimento e nella tutela degli stessi. Sicuramente nella rete internazionale di protezione dei diritti umani, un ruolo di primissimo rilievo nell'ambito europeo è stato svolto dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU), la quale ha dato origine ad una struttura che ad oggi non trova paragoni.

In riferimento alle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, la giurisprudenza della Corte Europea (Edu) è risultata prevalente e più ampia rispetto a quella della Corte di Giustizia della Comunità Europea (CGCE). Difatti, il divieto di discriminazione fondato sull'orientamento sessuale è stato applicato implicitamente anche al settore dell'occupazione e delle condizioni di lavoro, fermo restando il requisito della ricomprensione della fattispecie nell'ambito di uno dei diritti protetti dalla Convenzione²¹⁴, in ottemperanza a quanto dispone l'art. 34 della CEDU (“La Corte può essere investita di un ricorso fatto pervenire da ogni persona fisica, ogni organizzazione non governativa o gruppo di privati che pretenda d’essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei ‘diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli’ ...”).

In una prima fase, la Corte di Strasburgo è stata investita da numerose questioni nell'ambito del diritto penale; si ricorda ad esempio il caso *Dudgeon* del 1981²¹⁵, dove i giudici della Corte hanno ritenuto che la criminalizzazione dell'attività sessuale tra uomini adulti consenzienti, costituisce una violazione del diritto al rispetto della vita

²¹⁴ Sul punto si veda, F. S. Marini, “I diritti fondamentali della Cedu e della Carta dell’Unione come diritti pubblici soggettivi”, in *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello tra Europa e Stati nazionali*, A. D’Atena-P.F. Grossi (a cura di), Giuffrè, Milano, 2004, pp.55 e ss.

²¹⁵ Sentenza del 22 ottobre 1981, *Dudgeon c. Regno Unito*, della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

privata, quest'ultimo contemplato all'art. 8 della CEDU in cui si afferma che "ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza" e che "non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, (...)"²¹⁶. Inoltre nel caso *Sutherland* del 1997²¹⁷, affidato alla Commissione Europea dei diritti dell'uomo²¹⁸, si è riconosciuto che una disparità nell'età prevista dalla legge penale in riferimento al sesso dei soggetti che partecipano all'atto sessuale, che si tratti di uomo e donna, di due uomini o di due donne, costituisce una violazione dell'art. 14 CEDU, in cui si afferma che il godimento dei diritti e delle libertà affermate nella Convenzione, deve essere assicurato senza alcun tipo di discriminazione (...), in combinato disposto con l'art. 8 CEDU. Successivamente, anche nel caso *A.D.T.* del 2000²¹⁹, concernente il divieto di rapporti sessuali tra più di due uomini, ma non per l'attività sessuale tra uomini e donne, e tra donne, la Corte si è pronunciata nuovamente sulle discriminazione contenuto nel diritto penale di alcuni Stati membri che violavano appunto l'art. 8 CEDU.

A partire dal 1999, la Corte di Strasburgo ha iniziato ad estendere il principio di non discriminazione fondato sull'orientamento sessuale nell'ambito del lavoro; a tal proposito, si ricorda la sentenza del 27 settembre 1999²²⁰, in cui ha affermato che la prassi adottata dalle forze armate britanniche di licenziare i militari omosessuali o bisessuali, in seguito a indagini e interrogatori di natura intima ed invasiva sulla loro vita sessuale, costituirebbe una violazione dell'art. 8 CEDU. Nel suo argomentare la Corte, ha riconosciuto un'analogia *legis* tra la discriminazione fondata sull'orientamento

²¹⁶ A proposito della sentenza *Dudgeon c. Regno Unito*, si vedano V. Berger, *Cour Européenne de droit de l'homme*, Paris, 2007, pp. 462-464; J. Andrews, "Homosexual relationships in Northern Ireland – *Dudgeon v. United Kingdom*", *E. L. R.*, 1982, pp. 141-144.

²¹⁷ Rapporto del 1 luglio 1997, *Sutherland c. Regno Unito*, della Commissione EDU.

²¹⁸ La Commissione Europea dei diritti dell'uomo, c.d. Commissione EDU, sin dal 1998 non ha più accettato nuovi casi ed è stata abolita.

²¹⁹ Sentenza del 31 luglio 2000, *A.D.T. c. Regno Unito*, della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

²²⁰ Sentenza del 27 settembre 1999, *Smith e Grady c. Regno Unito*, della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

sessuale e quella fondata sulla razza, secondo cui “un pregiudizio da parte della maggioranza eterosessuale nei confronti di una minoranza omosessuale, non può equivalere a una giustificazione sufficiente allo scopo di interferire con i diritti dei ricorrenti, non più delle simili attitudini negative di persone di razza, d’origine o di colore diverso”. Il ragionamento utilizzato nel caso *Smith e Grady*, consistente nell’analogia del divieto di discriminazione fondato sull’orientamento sessuale con altri fattori determinanti discriminazioni vietate dalla CEDU, è stato adottato anche nella sentenza *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, del 1999²²¹. In tale caso, la questione sollevata concerneva l’affidamento della figlia, dopo il divorzio dalla moglie eterosessuale, al padre omosessuale; la decisione del Tribunale per il diritto di famiglia è stata però rovesciata dalla Corte d’Appello che ha considerato l’orientamento sessuale del padre come fattore negativo, affermando che “il figlio sarebbe vissuto in una famiglia tradizionale portoghese (...)” ed inoltre, che “non è nostro compito determinare in questa sede se l’omosessualità sia o meno una malattia o se sia un orientamento sessuale verso persone dello stesso sesso. In entrambi i casi è un’anomalia e i bambini non dovrebbero crescere all’ombra di situazioni anomale (...)”. La Corte Europea ha però riconosciuto la sussistenza di una violazione dell’art. 14 in relazione all’art. 8, nella parte in cui si afferma ‘il diritto al rispetto della vita familiare’, in quanto si rileva una “differenza di trattamento tra il padre, ricorrente, e la madre della ragazza, fondata sull’orientamento sessuale del ricorrente”. Tale ultimo profilo, per la Corte, è ricompreso sicuramente nell’ambito dell’art. 14 CEDU, poiché l’elenco previsto in tale disposizione è indicativo e non esaustivo. I Giudici di Strasburgo, nella sentenza *Salgueiro*, hanno richiamato il caso *Hoffmann c. Austria* del 1993, nel quale avevano sostenuto una analoga opinione in relazione alle differenze di trattamento sulla base della religione. Nella causa del 1993, avevano infatti individuato una simile violazione degli artt. 14 e 8, laddove il tribunale di prima istanza aveva citato come fattore negativo il fatto che la madre fosse una testimone di Geova, e dunque “nonostante ogni possibile argomento contrario, una distinzione basata essenzialmente soltanto su una differenza di religione non è accettabile”²²².

²²¹ Sentenza del 21 dicembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, della Corte Europea dei diritti dell’uomo.

²²² Sentenza del 23 giugno del 1993, *Hoffmann c. Austria*, della Corte Europea dei diritti dell’uomo.

Nella sentenza *L. e V. c. Austria* del 2003, la Corte ha effettuato una esplicita comparazione fra la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e quella sulla base del sesso. La causa concerneva la discriminazione del consenso agli atti sessuali, situazione già presentata nel caso *Sutherland* del 1997. Nel caso del 2003, la Corte Europea ha stabilito che “così come le differenze basate sul sesso, (...) le differenze basate sull'orientamento sessuale esigono ragioni particolarmente gravi a titolo di giustificazione”²²³.

Nella disamina della più rilevante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, concernente l'orientamento sessuale, si evidenzia che seppure sembrerebbe consolidarsi il divieto di discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale, nell'ambito del lavoro e dell'Università o nelle Forze Armate, restano comunque alcuni settori in cui ancora per la Corte EDU si presentano delle eccezioni al pieno riconoscimento del divieto di discriminazione fondato sull'orientamento sessuale. Si fa riferimento, ad esempio, all'ambito dei diritti delle coppie formate da persone dello stesso sesso; alla possibilità per le persone omosessuali di diventare genitori, mediante adozione o procreazione medicalmente assistita; od ancora, per quanto concerne l'occupazione e il servizio presso istituzioni religiose²²⁴.

A tal proposito, si ricorda ad esempio la sentenza *Fretté c. Francia*, del 2002, concernente la richiesta di un uomo dichiaratamente gay a cui è stata negata, a causa del proprio orientamento sessuale, l'autorizzazione preliminare per l'adozione in qualità di persona singola non sposata. Si ricorda che la Francia consente ad una singola persona, non sposata, di fare domanda per l'adozione, riconoscendo che il minore adottato avrebbe un solo genitore legittimo. Il diniego avverso il signor *Fretté*, inizialmente è stato presentato al Tribunale amministrativo di Parigi che ha annullato la decisione suddetta; successivamente, la Direzione dell'azione sociale, dell'infanzia e della salute ha impugnato tale decisione davanti al Consiglio di Stato ottenendone l'annullamento. Dinanzi tale questione, i giudici di Strasburgo hanno mostrato di avere delle posizioni

²²³ Sentenza del 9 gennaio 2003, *L. e V. c. Austria*, della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

²²⁴ In tal senso si veda, R. Wintemute, “La discriminazione e la giurisprudenza europea”, in *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, l'attuazione della direttiva 2000/78/CE e la nuova disciplina per la protezione dei diritti delle persone omosessuali sul posto di lavoro*, S. Fabeni, M. G. Toniollo (a cura di), prefazione di G. Epifani, Ediesse, Roma, 2005, pp. 472-478.

assai differenziate. Alcuni avevano optato per il riconoscimento della possibilità per le persone singole non sposate, anche se omosessuali, di poter diventare genitore mediante la richiesta di adozione, riconoscendo una violazione dell'articolo 14 in relazione dell'art. 8 CEDU, seguendo l'orientamento tenuto nella sentenza *Salgueiro* del 1999. Invece, i giudici francese, ceco e albanese ritenevano inapplicabile l'art. 14 in quanto la differenza di trattamento non aveva un impianto sufficiente per condizionare la vita privata o familiare del ricorrente, o in altri termini non era ricompresa entro l'ambito dell'art. 8. Tale posizione è stata appoggiata dal giudice lituano che è risultato così determinante e, difatti, la differenza di trattamento è stata ritenuta giustificabile e perciò non discriminatoria²²⁵.

Un caso simile, in cui si rileva un orientamento evolutivo della giurisprudenza europea, si è recentemente ripresentato dinnanzi la Corte di Strasburgo, chiamata a decidere in merito al diniego di adozione avanzata da una donna lesbica²²⁶. In tale caso, la ricorrente sosteneva di aver subito una discriminazione fondata sul proprio orientamento sessuale nel corso del procedimento di richiesta di autorizzazione all'adozione, lamentando una violazione del suo diritto alla vita privata. La Corte ha accolto la richiesta, in quanto secondo la maggioranza dei giudici europei, in considerazione del fatto che in Francia è consentita l'adozione da parte di una singola persona, le motivazioni del Governo che negano il diritto d'azione in questione, non sono giustificabili dal momento che il codice civile non fa alcuna menzione al partner del genitore singolo adottivo. Inoltre, si rileva come la ricorrente abbia subito un danno morale che trova fondamento nel combinato disposto dell'art. 14 con l'art. 8 della CEDU, e pertanto deve essere pecuniariamente risarcita. Come sottolineato in dottrina, "la Corte giunge in via giurisprudenziale ad equiparare la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale alle altre forme di discriminazione nel godimento dei diritti esplicitamente elencate all'art. 14 della CEDU, dando così ragione a coloro che non ritenevano necessario, dal punto di vista giuridico, introdurre nel divieto generale di discriminazione del Protocollo n. 12 questa ulteriore voce, insieme eventualmente a

²²⁵ In riferimento alla Sentenza del 26 febbraio 2002, *Fretté c. France*, della Corte Europea dei diritti dell'uomo, cfr. V. Berger, *Cour Européenne de droit de l'homme*, Paris, 2007, pp. 465 e 466.

²²⁶ Sentenza del 22 gennaio 2008, *E.B. c. Francia*, della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

quelle relative alla disabilità o all'età, tutti invece presenti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”²²⁷.

Una successiva pronuncia della Corte di Strasburgo – caso *Goodwin* del 2002²²⁸ – ha richiamato l'attenzione sulla parità di accesso al matrimonio per le coppie formate da persone dello stesso sesso. La Corte, in tale occasione, è stata adita dalla signora Christine Goodwin, cittadina britannica, transessuale e che grazie ad una operazione chirurgica ha 'trasformato' il suo corpo in una maniera più consona alla sua psicologia interamente femminile. A seguito dell'intervenuta modificazione dei propri caratteri sessuali, la ricorrente chiedeva alle competenti autorità nazionali la rettificazione di attribuzione di sesso nel registro delle nascite, ma senza alcun esito. Il mancato riconoscimento giuridico della nuova identità sessuale della ricorrente incideva pregiudizievole sul rapporto di lavoro, sul trattamento pensionistico e sulla possibilità di contrarre matrimonio. In tale sede, pare opportuno soffermarci su un aspetto particolare della sentenza in commento, concernente le osservazioni della Corte in ordine all'impossibilità per la ricorrente di potersi sposare. A differenza della precedente pronuncia del 1999, caso *Sheffield*²²⁹, in cui i Giudici della Corte avevano dato un'interpretazione dell'art. 12 (diritto al matrimonio e a fondare una famiglia) che faceva riferimento esclusivamente al matrimonio tradizionale tra persone di sesso biologicamente opposto²³⁰; nel caso *Goodwin* si afferma che, in virtù dell'art. 12 della Convenzione, è possibile riconoscere il diritto alle persone transessuali di contrarre matrimonio civile, nel loro nuovo sesso, con persone di sesso diverso. La Corte osserva che attraverso l'art. 12 si trova garantito il diritto fondamentale, per un uomo e una donna, di sposarsi e di fondare una famiglia. Tuttavia, non può condizionare tale diritto, l'incapacità per una coppia di concepire o di allevare un bambino. Inoltre, si afferma che attualmente non pare convincere l'idea che i termini contenuti nella prima parte

²²⁷ Cfr. E. Lamarque, *Adozione da parte dei single omo e eterosessuali: i paesi del Consiglio d'Europa stanno perdendo il loro margine di apprezzamento?*, in www.forumcostituzionale.it.

²²⁸ Sentenza del 11 luglio del 2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

²²⁹ Sentenza del 30 luglio 1998, *Sheffield & Horsham c. Regno Unito*, della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

²³⁰ In riferimento all'impossibilità dei transessuali di poter contrarre matrimonio si vedano inoltre le sentt. *Rees* del 17 ottobre 1986, *Cossey c. Regno Unito* del 1990.

dell'art. 12, "implichino che il sesso debba essere determinato secondo criteri strettamente biologici. Dall'adozione della Convenzione, l'istituto del matrimonio è stato profondamente sconvolto dall'evoluzione della società, e i progressi della medicina e della scienza hanno comportato radicali mutamenti in tema di transessualità. La Corte ha constatato *supra*, sotto il profilo dell'art. 8 della Convenzione, che la discordanza dei caratteri biologici in un transessuale operato non può più costituire una motivazione sufficiente per giustificare il rifiuto di riconoscere giuridicamente il mutamento di sesso dell'interessato. (...) La Corte constata altresì, che la formulazione dell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, adottata recentemente, si discosta da quella dell'art. 12 della Convenzione nella parte in cui omette il riferimento all'uomo e alla donna".

Per quanto concerne la parità di diritti per le coppie omosessuali, rispetto alle coppie *more uxorio* di sesso diverso, la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha avuto modo di pronunciarsi nell'ambito di alcune questioni. Si ricorda, ad esempio, il caso *Karner* del 2003, ove il ricorrente sosteneva di essere vittima di una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale per il fatto che, nella decisione del 5 dicembre 1996, la Corte Suprema austriaca aveva rifiutato di riconoscergli lo status di 'compagno di vita' del defunto signor W., ai sensi dell'art. 14 della legge sulla locazione, impedendogli così di aver diritto alla successione nel contratto di locazione che il signor W. aveva stipulato. Invocando l'art. 14 della Convenzione in combinato disposto con l'art. 8, la Corte, in tale caso, riconobbe il divieto di discriminazione fondato sull'orientamento sessuale in violazione degli artt. 14 e 8 della Convenzione, sostenendo che pur "riconoscendo in linea di principio che la tutela della famiglia tradizionale costituisce una importante e legittima ragione che potrebbe giustificare una disparità di trattamento, lo scopo di proteggere la famiglia tradizionale è piuttosto astratto e può essere utilizzata una grande varietà di misure concrete per realizzarlo"²³¹. Quando il margine di discrezionalità lasciato agli Stati è ristretto, nel caso per esempio di una disparità di trattamento fondata sul sesso o sulla tendenza sessuale, non solo il principio di proporzionalità richiede che la misura adottata sia ordinariamente tale da consentire la realizzazione dello scopo perseguito, ma obbliga anche a dimostrare che era necessario, per raggiungere tale

²³¹ R. Aveta, "Vita familiare e coppie dello stesso sesso: il caso *"Karner c. Austria"* innanzi alla Corte Europea dei diritti dell'uomo, in *I diritti dell'uomo cronache e battaglie*, 2004, p. 82.

scopo, escludere taluni individui (nel caso in specie gli individui che vivono una relazione omosessuale) dall'ambito di applicazione della misura in questione. La Corte constata che il Governo non ha adottato argomentazioni che consentirebbero di pervenire ad una simile conclusione”.

Si ricorda poi, una sentenza della Corte Europea che pone in evidenza la questione della parificazione di diritti tra coppie formate da persone dello stesso sesso e coppie sposate di sesso diverso: la sentenza *Mata Estevez c. Spagna*, del 2001²³². In tale caso, il ricorrente sollevava una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU), in riferimento alla mancata concessione della pensione di reversibilità del compagno di pari sesso, con il quale aveva convissuto per oltre 10 anni, senza poter formalizzare la sua relazione con matrimonio come previsto per le coppie eterosessuali²³³. I Giudici europei hanno dichiarato la questione infondata dal momento che, nella costante giurisprudenza della Corte Europea, in diverse circostanze è stato riconosciuto il diritto ad una relazione affettiva e sessuale, rientrante nella tutela della vita privata; tuttavia, la questione della negata pensione di reversibilità non rientra nelle competenze della CEDU; ciò che la Corte può rilevare è una violazione del divieto di discriminazione fondata sul combinato disposto degli articoli 8 e 14 CEDU, come osservato in altre pronunce. Inoltre, la Corte ha sottolineato che in virtù dell'art. 14 è possibile individuare una distinzione come 'discriminazione' solo se tale distinzione non sia oggettivamente giustificata e ragionevole, e se non persegue un fine legittimo, o se non esiste una relazione ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e i fini perseguiti. Nel caso in specie si rileva che la legislazione spagnola in materia di pensione di reversibilità ha un fine legittimo che consiste nella protezione della famiglia fondata sul matrimonio.

Alla luce della citata giurisprudenza, si evince che la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha svolto un ruolo decisivo nel riconoscimento del diritto al libero orientamento sessuale, inizialmente condannando disposizioni penali che

²³² Sentenza del 10 maggio 2001, *Mata Estévez c. Spagna*, della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

²³³ Si ricorda che in Spagna, la possibilità di contrarre matrimonio anche per le coppie omosessuali è stata riconosciuta nel 2005, mediante la modifica del codice civile, in materia di diritto di famiglia, avvenuta con la *ley 13/2005, de 1 de julio*.

criminalizzavano gli atti omosessuali, poi, attraverso un'ampia giurisprudenza che ha, nei limiti del suo ambito di applicazione, tutelato le persone omosessuali da discriminazioni ingiuste, coinvolgendo ambiti della vita sociale sempre più estesi.

3. La giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee in relazione all'orientamento sessuale

Dopo aver analizzato, pur se succintamente, la giurisprudenza più rilevante della Corte Europea dei diritti dell'uomo, in riferimento all'orientamento sessuale, si pone ora l'esigenza di considerare il ruolo della Corte di Giustizia e la sua 'meno' estesa giurisprudenza in materia.

Occorre, in tale fase, effettuare una precisazione terminologica con riguardo all'utilizzo dell'espressione 'orientamento sessuale' piuttosto che 'tendenze sessuali'. Tale ultima locuzione è utilizzata all'art. 13 del TCE, all'art. 21 della Carta di Nizza, ed è inoltre contenuta nella Direttiva 2000/78/CE; tuttavia, taluna dottrina²³⁴ si è espressa in termini di 'diritto all'orientamento sessuale' riconoscendone la strumentalità rispetto al pieno sviluppo della persona umana, ed ancora, la formulazione 'orientamento sessuale' appare essere preferita rispetto all'espressione 'tendenze sessuali' anche nella normativa nazionale. Come specificamente segnalato da altri autori²³⁵, le 'tendenze sessuali' sembrano riferirsi ad un fenomeno passeggero e superficiale, come se considerasse l'omosessualità un fattore esterno alla persone; mentre, l'orientamento sessuale può intendersi sia come quell'elemento che definiamo astratto, come una preferenza, un'inclinazione, un'attrazione o un sentimento nei confronti di qualcuno o

²³⁴ In tal senso, A. Barbera, F. Coccozza, G. Corso, "Le libertà dei singoli e le formazioni sociali. Il principio di eguaglianza"... cit.; ed inoltre, A. Cerri, voce *Eguaglianza (principio costituzionale di)*, in Enciclopedia giuridica, XXXII, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma.

²³⁵ Con riguardo alla locuzione 'orientamento sessuale' utilizzata e preferita rispetto a 'tendenze sessuali', si veda M. Bonini Baraldi, *La discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nell'impiego e nell'occupazione: esempi concreti ed aspetti problematici*, 5 giugno 2004.

qualcosa; sia come un elemento più concreto, come un comportamento, una condotta, una pratica, un'espressione, che può essere fisica, verbale o non verbale.

Ciò premesso e ritornando alla trattazione della giurisprudenza della Corte di Giustizia concernente il divieto di discriminazione fondato sull'orientamento sessuale, deve precisarsi che si fa riferimento a quelle discriminazioni che fanno gravare sulla persona gay, lesbica o bisessuale pesi che non sono imposti alla persona eterosessuale, o in altri termini che non garantiscono alle persone omosessuali 'diritti' che invece sarebbero riconosciuti e tutelati se fossero eterosessuali.

Si è già richiamata una delle sentenze più significative della Corte di Giustizia, *Grant c. South-West Trains Ltd* del 1998, resa in un periodo in cui le competenze e la tutela dei diritti umani, nonché il divieto di discriminazione fondato sull'orientamento sessuale, erano subordinati alla politica sociale e non si era ancora adottata alcuna normativa in tal senso. Per tali motivi, le decisioni della Corte risultavano limitate da legislazioni nazionali affatto omogenee. Nel caso appena ricordato, la Corte non aveva ritenuto di dover (o, meglio, poter) procedere ad una parificazione tra i diritti riconosciuti alle coppie *more uxorio* di sesso diverso e le coppie formate da persone dello stesso sesso: precisamente si prevedeva l'erogazione di una concessione gratuita di titoli di viaggio alla partner *more uxorio* del dipendente di sesso maschile, ma non alla partner *more uxorio* della dipendente di sesso femminile. In un successivo caso del 2001, *D. & Svezia c. Consiglio UE*²³⁶, dinnanzi la Corte di Lussemburgo si è presentata una nuova questione attinente la parificazione dei diritti riconosciuti alle coppie sposate di sesso diverso e le coppie formate da persone dello stesso sesso²³⁷. Il caso sottoposto all'esame della Corte di Giustizia, concerneva il ricorso contro la sentenza del Tribunale di primo grado pronunciata il 28 gennaio 1999, nella causa T-264/97, D/Consiglio, con la quale il Tribunale respinse il ricorso proposto da D. sostenuto dal Regno di Svezia, e diretto all'annullamento del rifiuto da parte del Consiglio dell'Unione europea di

²³⁶ Sentenza del 31 maggio 2001, *D. & Svezia c. Consiglio UE*, della CGCE.

²³⁷ Per un più ampia analisi delle sentenze in commento, si vedano, tra gli altri, B. Pezzini, "Matrimonio e convivenze stabili omosessuali. Resistenza del paradigma eterosessuale nel diritto comunitario e difficoltà del dialogo con le legislazioni nazionali (nonostante la Carta dei diritti fondamentali)", in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2001, n.3, p.1519; E. Rossi, "Le unioni stabili registrate di fronte alla Corte di Giustizia", in *Quaderni costituzionali*, 2001, n. 3, p.695.

concedere al ricorrente il beneficio dell'assegno di famiglia, equiparando il suo *status* di convivente registrato ad un matrimonio. Con una nota del 29 novembre 1996, il Consiglio respingeva tale domanda sostenendo che le disposizioni dello Statuto non consentivano di equiparare per via interpretativa la situazione di "unione stabile registrata" a quella del matrimonio. La Corte, in tal caso, non ha accolto il ricorso di *D.* e del Regno di Svezia, rilevando "che il fatto che il dipendente sia uomo o donna è indifferente ai fini della concessione dell'assegno di famiglia, pertanto la disposizione dello Statuto che riserva l'assegno di famiglia al dipendente coniugato non può considerarsi discriminatoria in base al sesso dell'interessato né, di conseguenza contraria all'art. 119 del Trattato". In secondo luogo, continua la Corte, per quanto riguarda la violazione della parità di trattamento per i dipendenti in base al loro orientamento sessuale, è evidente che condizione per la concessione dell'assegno di famiglia non è neppure il sesso del convivente, bensì la natura giuridica del legame che unisce il convivente al dipendente. Poiché il principio della parità di trattamento può applicarsi solo a persone che si trovano in situazioni analoghe, ciò che occorre valutare è se la situazione di un dipendente che ha fatto registrare una unione stabile tra persone dello stesso sesso (come l'unione stabile prevista dall'ordinamento svedese contratta dal ricorrente) sia analoga a quella di un dipendente coniugato. Tuttavia, la Corte nel suo giudizio ha creduto di non poter prescindere dai 'concetti prevalenti nell'insieme della Comunità' e, come in seguito sottolineato, la situazione negli Stati membri della Comunità, in materia di unioni stabili tra persone dello stesso o diverso sesso presenta una 'estrema eterogeneità normativa' e una mancanza generale di equiparazione tra il matrimonio, da un lato, e le altre forme di unione legale, dall'altro. In conclusione, i Giudici di Lussemburgo non ammettono il ricorso perché la situazione di un dipendente con una registrazione di una unione stabile in Svezia non può essere considerata analoga, ai fini dell'applicazione dello Statuto, a quella di un dipendente coniugato.

A tal seguito, si ricorda un'ulteriore pronuncia della CGCE del 2003, caso *K. B. c. Regno Unito*²³⁸ che richiama una questione simile sollevata dinnanzi la Corte Europea dei diritti dell'uomo nel 2002 (e specificamente il caso *Christine Goodwin c. Regno Unito*). La questione della CGCE concerneva il ricorso della Signora *K. B.*, lavoratrice britannica secondo la quale il suo compagno *R.*, prima donna e poi uomo a seguito di

²³⁸ Sentenza del 10 giugno 2003, *K. B. c. Regno Unito*, della CGCE.

operazione di cambiamento di sesso, doveva, a momento debito, beneficiare di una pensione di reversibilità per vedovi in qualità di coniuge superstite. Tuttavia, la legge del Regno Unito impediva ad un transessuale di contrarre matrimonio conformemente al suo nuovo sesso. La ricorrente, nella causa principale, sosteneva di essere vittima di una discriminazione sessuale di natura retributiva tale da rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva 75/117/CEE. L'asserita disparità di trattamento non derivava direttamente dalla condizione sessuale della ricorrente, né da quella del suo convivente, bensì dalle norme del diritto civile nazionale disciplinanti la determinazione del sesso di una persona, e che secondo la normativa britannica non era consentita la rettificazione anagrafica del mutamento di sesso. La Corte di Lussemburgo analizzando la questione ha affermato che non vi erano dubbi sul fatto che l'impossibilità dei transessuali britannici di contrarre matrimonio conformemente al loro nuovo sesso fisiologico sia in contrasto con un principio generale del diritto comunitario, ed inoltre, "è giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia che, in materia di diritti fondamentali, il contenuto dei principi generali del diritto comunitario deve essere accertato muovendo dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, alla luce delle indicazioni fornite dai Trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, ratificati dagli Stati membri. Per di più, a questo proposito, la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo presenta una particolare rilevanza". A tale proposito, si rileva che il diritto dei transessuali di unirsi in matrimonio con persone del loro stesso sesso biologico è riconosciuto nella gran parte degli Stati membri e per tale motivo può considerarsi come diritto facente parte del patrimonio giuridico comune. Si sottolinea, inoltre, che la Corte Europea dei diritti dell'uomo, dalla pronuncia dell'11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, ha considerato il suddetto diritto rientrante nel contenuto dell'art. 12 della CEDU, riconoscendo alle autorità pubbliche soltanto un limitato margine discrezionale per quanto riguarda le condizioni che devono essere soddisfatte perché un cambiamento di sesso sia effettivo. Di conseguenza, la Corte di Giustizia giunge ad asserire che "i transessuali godono del diritto fondamentale di contrarre matrimonio in condizioni che tengano conto del loro sesso acquisito". Le perplessità del Governo britannico concernenti la incompatibilità tra norma nazionale e diritto fondamentale riconosciuto in ambito comunitario ed il fatto che non possa estendersi l'ambito di applicazione del diritto comunitario oltre le competenze attribuite dal Trattato, vengono chiarite dalla Corte individuando l'incidenza del diritto in

questione con uno dei diritti tutelati da normative della comunità, nel caso di specie, dal divieto di discriminazione fondato sul sesso riguardo alla retribuzione dei lavoratori. Ne deriva, dunque, che “il diritto di percepire una pensione di reversibilità per vedovi, nelle circostanze proprie della causa principale, è tutelato dall’art. 141 CE e dalla direttiva 75/117, in quanto si tratta di una prestazione collegata ad una retribuzione”.

La sentenza *K. B.* risulta particolarmente significativa poiché estende la portata della decisione della Corte di Giustizia già resa nella primissima sentenza in materia del 1994, *P. c. S. e Cornwall County City*, ed inoltre perché “consente l’accesso a benefici correlati al matrimonio, anche nel caso in cui il matrimonio non sia ancora possibile a livello nazionale”²³⁹.

A seguito della giurisprudenza sinora richiamata, occorre precisare che esiste un’estesa giurisprudenza della CGCE sulla discriminazione basata sul sesso, proibita a partire dal 1957, dall’art. 141 (ex art. 119) TCE, e che potrebbe essere estesa direttamente alle discriminazioni fondate sull’orientamento sessuale. Tra le diverse pronunce si ricorda ad esempio la sentenza *Marshall*, nella parte in cui la Corte intende che può essere data preferenza, per quanto riguarda assunzione ed avanzamento di carriera, a soggetti appartenenti a un gruppo sotto-rappresentato se ciò costituisce l’elemento discriminante tra due candidati egualmente qualificati e purché tale preferenza non sia automatica²⁴⁰.

In ordine alla violazione del divieto di discriminazione fondato sull’orientamento sessuale, contemplato nella Direttiva 2000/78/CE, non esiste ancora una consistente giurisprudenza della CGCE. Tuttavia, di recente (2008), la Corte ha avuto modo di pronunciarsi sulla corretta interpretazione della suddetta direttiva. Difatti, con la sentenza *Maruko*²⁴¹, si è presentata dinanzi la CGCE una questione pregiudiziale avente ad oggetto la corretta interpretazione degli artt. 1, 2, n. 2, lett. a) e b), sub i), nonché 3, nn. 1, lett. c), e 3, della direttiva 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

²³⁹ Cfr. R. Wintemute, “La discriminazione e la giurisprudenza europea”, in *La discriminazione fondata sull’orientamento sessuale...* cit., p. 485.

²⁴⁰ Sentenza dell’11 novembre 1997, *Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*, della CGCE.

²⁴¹ Sentenza dell’1 aprile 2008, *Tadao Maruko c. VdB*, della CGCE.

La domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra il sig. Maruko, e la *Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* (ente di previdenza dei lavoratori dei teatri tedeschi Vddb) in merito al diniego di quest'ultima di riconoscergli una pensione di vedovo a titolo delle prestazioni ai superstiti previste dal regime previdenziale obbligatorio di categoria al quale era iscritto il suo partner, costumista teatrale, poi deceduto, con il quale aveva contratto un'unione solidale in forza dell'art. 1 del LPartG.

Il sig. Maruko ha così proposto ricorso al giudice *a quo*, in quanto a suo avviso il diniego opposto dalla Vddb viola il principio della parità di trattamento sottolineando, inoltre, che il legislatore tedesco, a partire dal 1° gennaio 2005, ha parificato l'unione solidale e il matrimonio, introducendo in particolare l'art. 46, n. 4 nel codice della previdenza sociale. Il fatto di non accordare ad una persona, dopo il decesso del partner di unione solidale, il beneficio di prestazioni ai superstiti così come ad un coniuge superstite costituirebbe una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale della detta persona. A tal seguito, il giudice *a quo* ha sollevato le seguenti questioni dinanzi la Corte: in primo luogo, se il regime previdenziale gestito dalla Vddb sia o meno assimilabile ad un regime statale di sicurezza sociale ai sensi dell'art. 3, n. 3 della direttiva, in cui si dichiara che "La presente direttiva non si applica ai pagamenti di qualsiasi genere, effettuati dai regimi statali o da regimi assimilabili, ivi inclusi i sistemi statali di sicurezza sociale dei paesi terzi o degli apolidi"; in secondo luogo, si chiede se la prestazione ai superstiti controversa nella causa principale possa essere considerata come una "retribuzione" ai sensi dell'art. 3, n. 1 lett. c) della direttiva in oggetto, ove si afferma che "Nei limiti dei poteri conferiti alla Comunità, la presente direttiva, si applica a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico, per quanto attiene: all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione; in terzo luogo, se il combinato disposto degli artt. 1 e 2, n. 2 lett. a, della Direttiva 2000/78/CE, ovvero che la direttiva mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazione (..) in base alle tendenze sessuali, e la "sussistenza di una discriminazione diretta quando sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'art. 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga, osti alle disposizioni di uno statuto come quello della Vddb in base alle quali, dopo il decesso del suo partner di unione solidale, una persona non percepisce

prestazioni ai superstiti equivalenti a quelle offerte al coniuge superstite; in quarto luogo, qualora il combinato disposto degli articoli della direttiva appena richiamati osti alle disposizioni di uno Statuto come quello della Vddb, si chiede se una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale sia autorizzata alla luce del ventiduesimo considerando della direttiva 2000/78/CE (in cui si dichiara che: “La presente direttiva lascia impregiudicate le legislazioni nazionali in materia di stato civile e le prestazioni che ne derivano”)²⁴².

La Corte di Giustizia ha dichiarato, per quanto concerne la prima, la seconda e la quarta questione che la sfera di applicazione della direttiva 2000/78/CE deve intendersi alla luce dell'art. 3, nn. 1, lett. c), e 3, della direttiva stessa, in combinato disposto con il tredicesimo considerando della stessa, nel senso che non si estende ai regimi di sicurezza sociale e di protezione sociale le cui prestazioni non siano assimilate ad una ‘retribuzione’, nell’accezione data a tale termine ai fini dell’applicazione dell’art. 141 TCE²⁴³, e nemmeno ai pagamenti di qualsiasi genere, effettuati dallo Stato allo scopo di dare accesso al lavoro o di salvaguardare posti di lavoro.

Si è così riconosciuto che una pensione superstiti prevista da un regime pensionistico di categoria, creata con contratto collettivo, rientra nella sfera di applicazione dell’art. 141 TCE; si è inoltre precisato che la circostanza che la suddetta pensione, per definizione, sia corrisposta non al lavoratore, ma al suo coniuge superstite, non è tale da infirmare la suddetta interpretazione, in quanto tale prestazione è un vantaggio che trae origine dall’iscrizione al regime del coniuge del superstite, di modo che la pensione spetta a quest’ultimo nell’ambito del rapporto di lavoro tra il datore di lavoro e il

²⁴² Il giudice *a quo*, nella sentenza in commento (*Tadao Maruko c. Vddb*, del 2008) pone dinnanzi la Corte una quinta questione, che appare meno rilevante, in cui si chiede se si debba limitare nel tempo il beneficio della prestazione ai superstiti controversa nella causa principale; la Corte risponde che in via eccezionale, da quanto risulta dalla giurisprudenza pregressa, può decidere tenendo conto dei gravi inconvenienti che una sua decisione in merito potrebbe provocare per il passato, limitando la possibilità degli interessati di avvalersi dell’interpretazione di una disposizione fornita dalla Corte in via pregiudiziale. Poiché non risulta dal fascicolo che l’equilibrio finanziario di un regime come quello gestito dalla Vddb rischi di essere retroattivamente perturbato dalla mancanza di limitazione nel tempo degli effetti della presente sentenza, si afferma, in conclusione, che non si devono limitare nel tempo gli effetti della presente sentenza.

²⁴³ Si riporta, l’art. 141, comma 2, TCE, secondo cui: “Per ‘retribuzione’ deve intendersi il salario o il trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell’impiego di quest’ultimo”.

suddetto coniuge e gli è corrisposta in conseguenza dell'attività lavorativa. Specificamente alla questione in oggetto, la Corte rileva che il regime obbligatorio previdenziale di categoria gestito dalla Vddb, trova la sua fonte in un contratto collettivo di lavoro, mirante a costituire un supplemento alle prestazioni previdenziali dovute in forza della normativa nazionale di applicazione generale, regime tra l'altro finanziato esclusivamente dai lavoratori e dai datori del settore di lavoro considerato, con esclusione di qualsiasi finanziamento pubblico. Affinché il diritto alla prestazione ai superstiti sia riconosciuto è necessario che il coniuge del beneficiario di tale prestazione sia stato iscritto alla Vddb prima del suo decesso. Da quanto detto, ne consegue che la prestazione ai superstiti, controversa nella causa principale, dipende dal rapporto di lavoro del partner solidale del Sig. Maruko e che essa, perciò, deve essere qualificata come 'retribuzione' ai sensi dell'art. 141 TCE. Inoltre, è pur vero che secondo quanto previsto nel considerando ventidue, lo stato civile e le prestazioni che ne derivano rientrano tra le materie di competenza degli Stati membri, ciò nonostante, quest'ultimi, nell'esercizio di detta competenza devono rispettare il diritto comunitario e nel caso di specie le disposizioni relative al principio di non discriminazione (art. 1 direttiva 2000/78/CE).

Per quanto concerne la terza questione, ovvero se il combinato disposto degli artt. 1 e 2 della direttiva osta ad una normativa come quella controversa nella causa principale, la Corte ritiene che in effetti quest'ultima osta alla direttiva comunitaria, decidendo che è compito del giudice *a quo* verificare se il partner di un'unione solidale superstite sia in una posizione analoga a quella di un coniuge beneficiario della prestazione ai superstiti prevista dal regime previdenziale di categoria dalla Vddb.

Per la prima volta nel caso *Maruko* la Corte di Giustizia ha adottato il principio della parità di trattamento indipendentemente dall'orientamento sessuale, così come previsto nella Direttiva 2000/78/CE; si rileva che, rispetto alle precedenti controversie inerenti casi simili, come ad esempio caso *Grant*, o il caso *D. e Regno di Svezia*, la sentenza *Maruko* rappresenta un'apertura della Corte di Lussemburgo verso una più intensa tutela delle unioni omosessuali²⁴⁴. Inoltre, con tale pronuncia la Corte pare confermare

²⁴⁴ A tal proposito, si vedano tra gli altri, A. O. Cozzi, "Il diritto alla pensione di reversibilità del partner di un'unione solidale registrata: La Corte di Giustizia al bivio tra il divieto comunitario di discriminazione in base all'orientamento sessuale e il diritto nazionale", in *Forum di Quaderni Costituzionali*, aprile 2008

una tendenza costante nella sua giurisprudenza, in cui pur riconoscendo che lo stato civile costituisce materia riservata agli Stati membri, richiede che nell'esercizio di tale competenza vengano comunque rispettati il diritto comunitario ed in specie il principio di non discriminazione.

Ciò trova maggiore conferma in considerazione dell'attuale fase del processo di integrazione europea; difatti con il Trattato di Lisbona si attribuisce alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea lo "stesso valore giuridico dei Trattati". Il nuovo art. 6 del TUE, par. 1, comma 1, pur non prevedendo una testuale incorporazione della Carta nel Trattato (come invece era previsto nella parte II, del Trattato Costituzionale di Roma del 2004), contiene un richiamo esplicito che non sminuisce il valore giuridico della Carta stessa²⁴⁵. Pare dunque che il ruolo della Corte di Giustizia, sarà ancora più esaltato in futuro quando, legittimata dal valore giuridicamente vincolante della Carta crescerà ulteriormente in autorevolezza. Inoltre non sarà 'limitata' ad una lettura meramente economica dei diritti fondamentali ma potrà entrare nelle problematiche dei diritti fondamentali della strada maestra, che è quella del bilanciamento dei valori, non quella dell'integrazione economica²⁴⁶.

4. Il principio di non discriminazione nella Direttiva 2000/78/CE

Pur con la consapevolezza di non poter essere esaustivi, nell'analisi della Direttiva 2000/78/CE del Consiglio d'Europa, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro

e M. Bonini Baraldi, "La pensione di reversibilità al convivente registrato dello stesso sesso: prima applicazione positiva della direttiva 2000/78/CE", in www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=134.

²⁴⁵ Per un ulteriore approfondimento del valore giuridico della Carta di Nizza nel Trattato di Lisbona, si veda J. Ziller, *Il nuovo Trattato europeo*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 135 e ss.

²⁴⁶ In tal senso, cfr. M. Cartabia, "I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione", in *Quaderni di Astrid: Le nuove istituzioni europee, Commento al Trattato di Lisbona*, F. Bassanini-G. Tiberi (a cura di), 2008.

generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, pare comunque opportuno rilevare alcuni aspetti significativi, soprattutto tenendo presente che per mezzo della direttiva in commento, molti Paesi hanno per la prima volta introdotto nei propri ordinamenti giuridici il divieto di discriminazione fondato sull'orientamento sessuale, nell'ambito del lavoro.

La Direttiva 2000/78/CE che, come sopra rilevato, dà attuazione all'art. 13 del Trattato di Amsterdam, ha come obiettivo quello di “stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento”. Per quanto concerne il campo di applicazione, si includono le seguenti aree: condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, compresi i criteri di selezione; condizioni di assunzione; promozioni, orientamento e formazione professionale; perfezionamento e riqualificazione professionale, compresi i tirocini professionali; occupazione e condizioni di lavoro, comprese quelle relative al licenziamento e alla retribuzione e affiliazione e attività di un'organizzazione di lavoratori o datori di lavoro. Si osserva che gli esempi più ovvi di discriminazione, soprattutto in riferimento all'orientamento sessuale, si verificano nell'ambito del licenziamento e della remunerazione, nonché nell'accesso all'impiego, e per tali ragioni sono stati inclusi nell'ampio ambito di applicazione contemplato all'art. 3 della Direttiva. A tal proposito si ricorda che già la Corte Europea dei diritti dell'uomo aveva stabilito, nella sentenza *Lustig-Prean e Beckett*²⁴⁷, che le indagini del datore di lavoro circa l'orientamento sessuale di un dipendente costituiscono una violazione dell'art. 8 della CEDU.

La direttiva in commento stabilisce, inoltre, che per “principio della parità di trattamento” si debba intendere l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi previsti all'art. 1. Come disposto all'art. 2, “sussiste una discriminazione diretta quando, sulla base di uno dei motivi di cui all'art. 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una

²⁴⁷ Sentenza del 27 settembre 1999, *Lustig-Prean e Beckett c. Regno Unito*, della Corte europea dei diritti dell'uomo.

situazione analoga”. Come rilevato in dottrina²⁴⁸, un esempio di discriminazione diretta fondato sull’orientamento sessuale è evincibile chiaramente nella condotta seguita dall’impresa *South-West TRains Ltd* contro la signora *Grant*, sopra menzionata. Sussiste una discriminazione indiretta “quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone”; si ha, ad esempio, una discriminazione indiretta quando i lavoratori con un determinato orientamento sono sistematicamente trattati in modo pregiudiziale in uno degli ambiti materiali individuati all’art. 3 della Direttiva.

Si sottolinea un ulteriore importante aspetto della Direttiva 2000/78 concernente l’inclusione della molestia nella nozione di discriminazione; in particolare, all’art. 2 par. 3, si afferma che: “le molestie sono da considerarsi una discriminazione in caso di comportamento adottato per uno dei motivi di cui all’art. 1 avente lo scopo e l’effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo...”). Come osservato in dottrina, tale aspetto, consente di definire un’adeguata protezione giuridica integrale allo scopo di impedire la discriminazione a causa dell’orientamento sessuale, nel luogo di lavoro che, nei Paesi europei costituisce un fenomeno in tendenziale crescita²⁴⁹.

Tra le misure di esecuzione e di ricorso volte a tutelare le persone omosessuali ed a rimuovere eventuali discriminazioni, assumono particolare rilevanza le azioni positive e le misure specifiche, di cui all’art. 7, volte ad assicurare completa parità nella vita professionale, dunque, non impedendo allo Stato membro di adottare o mantenere misure specifiche dirette ad evitare o compensare svantaggi correlati alle discriminazioni vietate nella direttiva stessa; od ancora, l’alleggerimento dell’onere della prova a carico del soggetto colpito²⁵⁰. Si attribuisce, altresì, un ruolo rilevante al

²⁴⁸ Si veda C. Chartegui Jàvega, “La direttiva 2000/78/Ce e il principio di non discriminazione sulla base dell’orientamento sessuale nel diritto comunitario... cit., p. 63.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 64.

²⁵⁰ In riferimento ai mezzi di ricorso e di esecuzione, in particolare per quanto concerne ‘l’onere della prova’, si riporta l’art. 10, comma 1, della Direttiva 2000/78/CE, in cui si dispone che “Gli Stati membri

‘dialogo sociale’ (art. 13.1) tra le parti sociali al fine di promuovere il principio di parità di trattamento, tra l’altro attraverso il monitoraggio delle prassi nei luoghi di lavoro, i contratti collettivi, i codici di comportamento e le ricerche o gli scambi di esperienze e di buone pratiche.

Infine, non può non rilevarsi un aspetto della direttiva in commento che ha sollevato alcune perplessità, in specie con riguardo al principio di parità di trattamento nei casi di un determinato orientamento sessuale. Si tratta della previsione contenuta all’art. 4, par. 1 della direttiva, dove si afferma che “fatto salvo l’art. 2, par. 1 e 2, gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a uno qualunque dei motivi di cui all’art. 1 non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un’attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell’attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato”. Come già sottolineato²⁵¹, pare che tale disposizione sia stata introdotta per porre un’eccezione al principio di parità di trattamento nei casi in cui la religione o le convinzioni personali del lavoratore siano incompatibili con l’etica dell’organizzazione in cui questo esercita le proprie funzioni; tuttavia, non può escludersi preventivamente che nel caso in cui ci si trovi dinanzi a funzioni lavorative che presuppongono la condivisione dell’ideologia, un lavoratore omosessuale non possa possedere le qualificazioni professionali richieste per il corretto svolgimento delle sue funzioni nelle organizzazioni ideologiche o di tendenza. Ancora una volta sembra perdersi di vista il concetto di orientamento sessuale, inteso come libertà dell’individuo di scegliere la forma in cui desidera vivere la sua affettività e la propria sessualità, espressione del libero sviluppo della personalità e dunque inerente alla dignità della persona stessa. Per tali motivi l’orientamento sessuale non dovrebbe essere preso in considerazione nell’ambito di accesso al lavoro.

prendono le misure necessarie, conformemente ai loro sistemi giudiziari nazionali, per assicurare che, allorché persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio della parità di trattamento espongono, dinnanzi a un tribunale o un’altra autorità competente, fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, incomba alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio di parità di trattamento”.

²⁵¹ Cfr. M. Bonini Baraldi, *La discriminazione sulla base dell’orientamento sessuale nell’impiego e nell’occupazione: esempi concreti ed aspetti problematici...* cit., p. 8.

Resta da verificare ora, la modalità di recepimento della Direttiva 2000/78/CE, nell'ordinamento nazionale, esaminando, seppur sinteticamente, alcune delle disposizioni del decreto legislativo n. 216 del 2003 in relazione alla parità di trattamento indipendentemente dall'orientamento sessuale.

5. L'attuazione della Direttiva 2000/78/CE nell'ordinamento italiano

L'Italia è stato uno dei primi Paesi in Europa a depenalizzare le condotte omosessuali. Infatti, già alcuni Regni dell'Italia prima dell'unificazione, avevano eliminato dai propri codici civili le disposizioni che sanzionavano le relazioni sessuali tra persone dello stesso sesso, mantenendo la condanna solo in base all'età delle persone che tenevano determinati comportamenti sessuali. All'indomani dell'unificazione, fu esteso a tutto il territorio il codice sardo che, invece, continuava a condannare le relazioni tra persone dello stesso sesso mentre con il codice Zanardelli del 1889 furono definitivamente (con l'esclusione del periodo fascista, di cui si è già parlato nel primo capitolo) depenalizzati tali rapporti.

Nel nostro ordinamento giuridico, il principio del divieto di discriminazione fondato sull'orientamento sessuale è principio inderogabile in quanto trova il suo ancoraggio nell'art. 3 Cost. Tuttavia, in Italia, i vari progetti di legge volti a proteggere in modo esplicito le persone omosessuali (ed in generale LGBT) da discriminazioni, violenze e molestie, sono sempre rimasti in una fase di dibattito e formulazione senza trovare approvazione ed attuazione. Per tali motivi, l'attuazione della Direttiva 2000/78/CE, mediante decreto legislativo n. 216 del 9 luglio 2003, ha assunto grande rilevanza dal momento che, per la prima volta, il legislatore italiano ha riconosciuto il divieto di discriminazione fondato sull'orientamento sessuale. Come è stato osservato, seppure con i limiti derivanti dall'ambito di applicazione, circoscritto all'occupazione e alle condizioni di lavoro, costituisce una pietra miliare nel riconoscimento e nella tutela dei diritti civili delle persone gay, lesbiche e bisessuali, in quanto rompe quel silenzio

durato oltre un secolo e introduce una disciplina sostanziale per la lotta alle discriminazioni²⁵².

Il decreto legislativo n. 216 del 2003, di attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, all'art. 1 definisce l'oggetto del provvedimento, riprendendo l'obiettivo contemplato all'art. 1, della direttiva europea, con l'unica differenza dell'utilizzo dell'espressione 'orientamento sessuale' invece di 'tendenze sessuali' che, come si è già rilevato, nel nostro ordinamento è stato oggetto di ampio dibattito. Per quanto concerne la nozione di discriminazione, l'art. 2 del d.lgs. riproduce in modo pressoché identico il contenuto testuale della direttiva.

A tal seguito, consapevoli di non poter effettuare un'analisi completa del decreto legislativo n. 216 del 2003, pare opportuno concentrare l'attenzione sugli aspetti che hanno sollevato perplessità e incertezze sulla corretta e conforme attuazione nel nostro ordinamento della direttiva europea. Innanzitutto, si osserva che all'art. 4 in cui si disciplinano i casi di tutela giurisdizionale, si estende il divieto di atti discriminatori di cui all'art. 15 dello Statuto dei lavoratori ai casi di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e sulle altre caratteristiche oggetto del decreto. Per cui l'azione giudiziale contro gli atti di discriminazione è quella prevista dall'art. 44 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, il testo unico sull'immigrazione. A tal proposito, si evidenzia che il legislatore italiano ha effettuato una scelta non indirizzata agli strumenti di tutela previsti per la parità di trattamento in base al sesso, ma a quelli in parte rivisti con riguardo al risarcimento del danno e alla rimozione degli effetti della discriminazione, di cui alle disposizioni già in vigore contro la discriminazione razziale ed etnica che, come osservato in dottrina²⁵³, risultano meno efficaci.

²⁵² In tal senso si veda, S. Fabeni, "L'Italia delle omofobie. Postfazione", in D. Borrillo, *Omofobia, storia e critica di un pregiudizio...* cit., p. 130.

²⁵³ Cfr. S. Fabeni, "Norme discriminatorie e il decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216: le opportunità mancate e le prospettive per una riforma", in *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, l'attuazione della direttiva 2000/78/CE e la nuova disciplina per la protezione dei diritti delle persone omosessuali sul posto di lavoro*, S. Fabeni-M. G. Toniollo (a cura di), prefazione di G. Epifani, Ediesse, Roma, 2005, p. 108.

In linee essenziali si rileva che l'art. 4 comma 3, introduce la procedura di conciliazione a cui fa anche riferimento la direttiva europea all'art. 11. Nell'ambito dell'analisi delle disposizioni concernenti la tutela giurisdizionale dei diritti, si rileva tra gli aspetti più problematici, quello concernente le disposizioni sull'onere della prova, che, ai sensi dell'art. 4, comma 4, prevede che sia il ricorrente, ovvero la vittima della discriminazione a dover dimostrare la sussistenza del comportamento discriminatorio. Tale disposizione del d.lgs. del 2003, pare essere incompatibile con la direttiva 2000/78/CE; tuttavia, in fase di valutazione della proposta parlamentare, il Governo italiano ha in più circostanze difeso la scelta operata sostenendone la conformità con la disciplina sull'onere della prova già in vigore.

Altresì, deve richiamarsi l'ambito di applicazione contemplato all'art. 3 (d.l n. 216 del 9 luglio 2003), dal momento che seppure in linee generali appaia in ottemperanza alla normativa dell'UE, in realtà al comma 3 ne è stato ribaltato parzialmente il senso, poiché sono state introdotte per la prima volta nell'ordinamento italiano alcune eccezioni, riguardanti il personale delle forze armate e di quelle di polizia e dei servizi di soccorso, stabilendo casi in cui era lecito discriminare sul lavoro le persone omosessuali. Così, in seguito a procedura d'infrazione avviata contro l'Italia dalla Commissione europea, tali eccezioni sono state abolite dall'art. 8-*septies* del decreto legge n. 59 dell'8 aprile, convertito con modificazioni nella legge n. 101 del 6 giugno 2008.

Deve, comunque osservarsi che l'art. 3, del decreto legge in commento, ampiamente dibattuto in sede di redazione, presenta ulteriori formulazioni che meritano di essere ricordate. Si fa soprattutto riferimento al comma 6, in cui si dispone che “non costituiscono atti di discriminazione ai sensi dell'art. 2 le differenze di trattamento che, pur risultando indirettamente discriminatorie, siano giustificate oggettivamente da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari. In particolare, resta ferma la legittimità di atti diretti all'esclusione dallo svolgimento di attività lavorativa che riguardi la cura, l'assistenza, l'istruzione e l'educazione di soggetti minorenni nei confronti di coloro che siano stati condannati in via definitiva per reati che concernono la libertà sessuale dei minori e la pornografia minorile”; alcuni autori²⁵⁴ osservano che

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 108.

non è ben chiaro se il legislatore abbia ritenuto di poter ricomprendere comportamenti sessuali come la pedofilia nell'orientamento sessuale, ed in tal caso la previsione risulterebbe completamente lontana dallo 'spirito' e dagli obiettivi che hanno caratterizzato la Direttiva 200/78/CE, poiché la pedofilia non è considerata un orientamento sessuale come espressamente indicato nella relazione di accompagnamento della Direttiva stessa; oppure il legislatore ha inteso strumentalmente porre l'accento sul fenomeno della pedofilia quasi a voler confondere orientamento (omo)sessuale e pedofilia. In entrambe le ipotesi tale misura alimenta la differenza nei confronti delle persone omosessuali piuttosto che combattere le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale

In conclusione, si rileva che ad oggi, a differenza degli altri Paesi europei, non è stato ancora registrato un solo caso giudiziario in cui sia stata invocata la disciplina antidiscriminatoria fondata sull'orientamento sessuale nell'ambito lavorativo. Potrebbe dedursene che l'Italia in tale settore risulta particolarmente sensibile e rispettosa dell'orientamento sessuale di ciascun individuo; oppure, l'assenza di misure finalizzate al monitoraggio delle prassi nei luoghi di lavoro, di codici di comportamento, di contratti collettivi, etc. non consente di dare concreta attuazione all'importante Direttiva comunitaria?

Capitolo IV

Il riconoscimento giuridico delle relazioni ‘affettive’ fra persone dello stesso sesso: nelle esperienze nazionali ed in specie nell’ordinamento italiano

1. Il riconoscimento giuridico della famiglia non fondata sul matrimonio

Per diversi anni, mentre nella maggioranza dei Paesi occidentali la questione dei diritti civili delle persone LGBT prendeva forma, in Italia “dominava un silenzio assordante”²⁵⁵. Difatti, si ricorda, ancora una volta, che nel nostro Paese, dalla depenalizzazione delle condotte omosessuali (avvenuta nel 1889 con il Codice Zanardelli), fino all’attuazione della Direttiva 2000/78/CE (avvenuta con d. lgs n. 213 del 2003), precedentemente analizzata, l’unica eccezione legislativa, a tale lungo periodo di silenzio dell’ordinamento italiano, è stata rappresentata dalla legge n. 164 del 14 aprile 1982, in materia di rettificazione di attribuzione di sesso²⁵⁶.

Ciò premesso, pare giunto il momento di considerare, nel processo di riconoscimento dei diritti civili delle persone omosessuali, lo *step* concernente il riconoscimento giuridico e la conseguente tutela apprestata alle unioni affettive tra persone dello stesso sesso.

Preliminarmente deve osservarsi che “l’evoluzione sociale, caratterizzata dal multiculturalismo e dalla multietnicità, ha determinato dei mutamenti anche nel “*modus convivendi*” degli individui. Oggi si rilevano nuove forme di organizzazione delle

²⁵⁵ Così, S. Fabeni, “L’Italia delle omofobie. Postfazione”, in D. Borrillo, *Omofobia, storia e critica di un pregiudizio...* cit., p. 129.

²⁵⁶ Con la legge n. 164 del 14 aprile 1982, *Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*, nell’ordinamento italiano si è introdotta per le persone transessuali la possibilità della rettificazione giuridica del sesso “in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell’atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali”.

relazioni intersoggettive che spingono il giurista, l'interprete e il legislatore a ricercare adeguate forme di tutela giuridica"²⁵⁷.

In tale ottica, risulta evidente che il riferimento esclusivo alla famiglia fondata sul matrimonio pone la problematica dell'esistenza di una tutela in favore delle relazioni familiari o parafamiliari che si costituiscono al di fuori della cornice matrimoniale. Difatti, la realtà sociale mostra diverse fattispecie concrete della "famiglia attuale"²⁵⁸; si fa riferimento, ad esempio, alle convivenze sia eterosessuali che omosessuali, alle famiglie ricomposte, alle famiglie poligamiche, alle famiglie monoparentali fino a considerare le diverse modalità con cui, oggi, si atteggia la stessa famiglia 'legittima'. Tuttavia, la questione di maggiore attualità e rilevanza sociale è certamente riferibile al problema delle "unioni di fatto" o "convivenze", che rappresentano uno dei settori di maggiore frizione tra il sistema di valori storicamente dominanti (veicolati anche dagli apparati valoriali delle confessioni religiose dominanti) ed alcuni settori più secolarizzati della società.

Secondo tale prospettiva, si concentrerà l'attenzione sulle varie forme di regolamentazione introdotte nelle diverse esperienze nazionali, in tema di convivenze tra persone dello stesso sesso, ed in particolar modo, con riguardo alla recente tendenza al riconoscimento del matrimonio omosessuale, si tenterà di analizzare il contesto italiano e le ragioni dell'assenza di una disciplina normativa sul tema in oggetto.

²⁵⁷ Cfr. A. Fuccillo, *Unioni di fatto convivenze e fattore religioso*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 21.

²⁵⁸ Secondo l'indagine Istat, conoscitiva sulle "condizioni sociali delle famiglie in Italia, approvata dalla commissione Affari sociali e presentata alla Camera dei Deputati nell'aprile 2007", le unioni di fatto rappresentano un fenomeno in rapida espansione (dalle 192.000 del 1983 alle 555.000 del 2005) che non può certo considerarsi trascurabile sia in termini sociali che giuridici", così S. Rossi, in "La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte Costituzionale", in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009, pp. 1 e 2.

2. La disciplina delle convivenze omosessuali nelle esperienze degli Stati europei

Nel panorama europeo, con riguardo agli istituti ed alle forme di tutela riconosciute alle coppie omosessuali, si rilevano fondamentalmente due tipi di soluzioni. La prima soluzione consiste nell'introduzione di una disciplina, o meglio, nella creazione di un nuovo istituto, ove i destinatari sono le coppie di fatto indipendentemente dal loro sesso. Si tratta di "una soluzione di compromesso tra diversi argomenti etici e sensibilità sociali che cerca di ridurre quanto più possibile le fratture nell'opinione pubblica"²⁵⁹, al fine di riconoscere i diritti delle coppie omosessuali stabili senza modificare il significato tradizionale dell'istituto matrimoniale. Tra i Paesi che hanno adottato tale tipo di regolamentazione, vi sono: la Danimarca (1989)²⁶⁰, la Norvegia (1993)²⁶¹, la Svezia (1994)²⁶², l'Islanda (1996)²⁶³, l'Ungheria (1996)²⁶⁴, il Belgio (1998)²⁶⁵, la

²⁵⁹ Cfr. L. M. Díez-Pícazo, "Il matrimonio tra persone dello stesso sesso", in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, il Mulino, Bologna, 2007, p. 323.

²⁶⁰ La Danimarca, ha introdotto il *Registered Partnership Act* n.372, del 7 giugno 1989, disponendo all'articolo 1 che due persone dello stesso sesso possono registrare la propria *partnership*.

²⁶¹ La Norvegia con la legge n. 40, del 30 aprile 1993, *Lov om registrert partnerskap*, ha introdotto la possibilità per le coppie dello stesso di registrare la loro *partnership*.

²⁶² La Svezia ha introdotto il *Registrerat partnerskap*, con la legge n. 117 del 1994.

²⁶³ In Islanda, la legge n.87, del 12 giugno 1996, *Registered Partnership Act*, si riferisce esclusivamente (all'articolo 1) alle coppie omosessuali.

²⁶⁴ In Ungheria, dal 1996, mediante modifica del Codice civile, anche alle coppie formate da persone dello stesso sesso sono stati riconosciuti specifici diritti e benefici con riguardo alla propria relazione economica ed affettiva, senza alcuna richiesta di registrazione ufficiale. Successivamente, il 17 dicembre 2007, il Parlamento ungherese ha approvato la legge sulle convivenze registrate, sia eterosessuali che omosessuali. Tuttavia, il 15 dicembre 2008, la Corte Costituzionale ha dichiarato tale legge incostituzionale, poiché prevedeva misure identiche a quelle previste per l'istituto del matrimonio. Cosicché, è stata presentata una nuova proposta di legge sulle unioni di fatto registrate omosessuali, approvata dal Parlamento il 20 aprile 2009, pur se, anche in tale ultimo testo, la maggior parte dei diritti e doveri riconosciuti sono identici a quelli previsti per le coppie unite in matrimonio, con l'esclusione, ad esempio, della possibilità di adozione e del diritto di poter acquisire il cognome del partner. cfr. http://www.iconsulenti.eu/circolo_budapest_ungheria/index.php?option=com_content&task=view&id=252&Itemid=14.

²⁶⁵ Il Belgio con la "*Loi sur la cohabitation légale*" del 23 novembre 1998, si è modificato il codice civile, precisamente l'articolo 1475, ove non si prevede più il requisito dell'eterosessualità per la coabitazione legale.

Francia (1999)²⁶⁶, la Germania (2001)²⁶⁷, il Portogallo (2001)²⁶⁸, la Finlandia (2001)²⁶⁹, la Croazia (2003)²⁷⁰, il Regno Unito (2004)²⁷¹, il Lussemburgo (2004)²⁷², la Slovenia (2005)²⁷³, la Repubblica Ceca (2006)²⁷⁴ e la Svizzera (2007)²⁷⁵. Si tratta di normative che hanno istituito il regime delle unioni civili o istituti equiparabili.

Il secondo tipo di soluzione, rinvenibile nelle varie esperienze nazionali, concerne il riconoscimento del matrimonio fra persone dello stesso sesso²⁷⁶. L'Olanda è stato il primo Paese europeo ad introdurre, nel 2001, l'istituto matrimoniale tra coppie omosessuali²⁷⁷; il diritto di sposarsi è riconosciuto anche ai cittadini non olandesi, che devono dimostrare di vivere in Olanda da almeno quattro mesi. Inoltre, gli effetti

²⁶⁶ In Francia, l'articolo 515-1 del *code civil*, prevede che un PACS (*Pacte civil de solidarité*), istituito introdotto con legge del 15 novembre 1999, possa essere stipulato anche tra omosessuali.

²⁶⁷ In Germania, il riconoscimento delle coppie di fatto dello stesso sesso è avvenuto con la *Eingetragene Lebenspartnerschaftsgesetz* dell'1 agosto 2001, successivamente modificata dalla legge del 12 ottobre 2004.

²⁶⁸ In Portogallo nel 2001, sono state approvate le leggi che disciplinano rispettivamente, le situazioni giuridiche dell'economia comune, *Lei n. 6/2001* e delle unioni di fatto *Lei n.7/2001*.

²⁶⁹ In Finlandia, il capo I, n.1 del *Registered partnership Act*, prevede espressamente la possibilità che i *partners* siano omosessuali.

²⁷⁰ In Croazia, con la legge n. 01-081-03-2597/2 del 14 luglio 2003, si garantisce alle unioni civili eterosessuali e omosessuali alcuni diritti sull'eredità ed una serie di agevolazioni fiscali.

²⁷¹ Nel Regno Unito, le unioni di fatto anche omosessuali sono state riconosciute con il *Civil Partnership Act* del 25 novembre 2004.

²⁷² In Lussemburgo, la *Loi relative aux effets légaux de certains partenariats*, del 9 luglio 2004, prevede per le coppie dello stesso sesso diritti simili a quelli delle coppie sposate in relazione al welfare e al fisco.

²⁷³ In Slovenia, il 22 giugno 2005 è stata introdotta la *Law on Registered Same-Sex Partnership*.

²⁷⁴ La Repubblica Ceca, ha previsto una normativa sulle unioni registrate per le persone dello stesso sesso, con legge del 15 marzo 2006.

²⁷⁵ In Svizzera, il primo gennaio 2007 è entrata in vigore la Legge federale sull'unione domestica registrata di coppie omosessuali.

²⁷⁶ Sul riconoscimento giuridico delle relazioni affettive omosessuali, cfr. E. Ceccherini, "Il principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale. Un breve sguardo sullo stato del dibattito nelle esperienze costituzionali straniere"... cit., pp. 39 e ss.

²⁷⁷ *De Wet Openstelling Huwelijk of December 21, 2000, Staatsblad 2001, no. 9.*

giuridici previsti per il matrimonio fra omosessuali sono gli stessi del matrimonio tradizionale²⁷⁸.

Il Belgio è stato il secondo Paese ad introdurre il matrimonio omosessuale. La nuova legislazione del 30 gennaio 2003, riconosceva anche alle coppie dello stesso sesso i diritti di successione e di sicurezza sociale, non previsti per la legge sulla coabitazione legale, oltre agli altri diritti conseguenti dal matrimonio tradizionale. Tale regolamentazione non permetteva l'adozione, ma con la recente modifica della legislazione in materia, essa viene riconosciuta anche alle coppie omosessuali; inoltre, nel caso di figli nati da un precedente matrimonio, il *partner* che non fosse parente biologico diventa parente dei figli dello sposo. A differenza della legge olandese, quella belga prevede, per i cittadini stranieri che desiderano contrarre matrimonio, requisiti meno rigidi, richiedendosi, ad esempio, che almeno uno dei due *partner* abbia vissuto nel Paese per un periodo non inferiore a tre mesi²⁷⁹.

Anche in Spagna, in seguito alle modifiche apportate al codice civile e precisamente con la legge dell'1 luglio 2005, è stato riconosciuto il matrimonio tra persone dello stesso sesso²⁸⁰. Benché l'esperienza spagnola verrà specificamente analizzata nel successivo capitolo, in tale contesto possiamo anticipare che tra le modifiche introdotte, quella più significativa è contenuta all'articolo 44 del codice civile, ove si dispone che "il matrimonio avrà gli stessi effetti nel caso in cui entrambi i contraenti siano dello stesso sesso o di sesso opposto"²⁸¹. Inoltre, la legge spagnola consente anche l'adozione

²⁷⁸ Si veda, in riferimento alla legge olandese sul *same sex marriage* dell'1 aprile 2001, M. Montalti *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale...* cit., pp. 361 e ss.

²⁷⁹ Cfr. L. M. Diez-Pícazo, "Il matrimonio tra persone dello stesso sesso", cit., p.319; M. Montalti *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale...* cit., pp. 364 e ss.

²⁸⁰ In riferimento alla modifica del codice civile spagnolo, in tema di diritto a contrarre matrimonio, si veda S. Cañameres Arribas, *El matrimonio homosexual en derecho español y comparado*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 41 e ss.

²⁸¹ Si riporta testualmente l'articolo 44, paragrafo 2, del Codice Civile, come modificato dalla *Ley 13/2005 de 1 de julio*: "El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo".

per le coppie omosessuali²⁸², ma tale previsione “appare meno rivoluzionaria”²⁸³ dal momento che l’istituto della adozione era già previsto da parte di una singola persona.

Infine, nel quadro europeo, tra i Paesi che disciplinano il matrimonio omosessuale ritroviamo anche la Norvegia. Il 30 giugno 2008, il Parlamento norvegese ha approvato la legge sul matrimonio che estende i medesimi diritti delle coppie eterosessuali a quelle gay²⁸⁴, tra cui il diritto all’adozione e l’accesso alla fecondazione assistita. L’aspetto particolarmente innovativo della legge introdotta nel Paese scandinavo consiste nella possibilità per le coppie omosessuali di sposarsi in Chiesa.

Recentemente, l’1 aprile 2009, anche la Svezia ha approvato una legge concernente il riconoscimento del diritto al matrimonio anche alle coppie dello stesso sesso²⁸⁵. Pertanto, considerato che è dal 1994 che la Svezia ha riconosciuto i diritti delle coppie omosessuali stabili, introducendo nel proprio ordinamento il *Registrerat partnerskap*, alle persone LGBT viene garantito il diritto di poter scegliere tra lo *status* di partner di una unione registrata o quello di coniuge. Per quanto concerne il diritto di adozione, è dall’1 febbraio 2003 che alle coppie LGBT registrate stabilmente sono riconosciuti medesimi diritti di adozione previsti per le coppie unite in matrimonio (l’unica eccezione è rappresentata dalle adozioni internazionali). In ultimo, si sottolinea che, il 22 ottobre 2009, la Chiesa Protestante ovvero la confessione religiosa prevalente in Svezia, nel corso dell’Assemblea delle Chiese di Svezia, ha espresso ‘fortemente’ il proprio voto favorevole alla ‘benedizione’ delle relazioni fra persone dello stesso sesso, includendo anche per quest’ultime il matrimonio, così, a partire dall’1 novembre 2009 i preti protestanti possono celebrare matrimoni anche per le coppie formate da persone dello stesso sesso.

²⁸² Sul tema dell’adozione da parte delle coppie omosessuali, in Spagna, cfr., R. Fluiters Casado, “Adopción por parejas del mismo sexo. Una perspectiva judicial”, in *Cuadernos de Derechos judicial*, XXVI, Madrid, 2005, p. 356.

²⁸³ Cfr. L. M. Díez-Pícazo, “Il matrimonio tra persone dello stesso sesso”... cit., p. 325.

²⁸⁴ Cfr. Norwegian National assembly votes to allow same-sex marriage and adoption, http://en.wikinews.org/wiki/Norwegian_national_assembly_votes_to_allow_same_sex_marriage_and_adoption.

²⁸⁵ *La kommer en könsneutral äktenskapslagstiftning* (legge sul matrimonio fra persone dello stesso sesso) è stata approvata dal Parlamento svedese l’1 aprile 2009 ed è entrata in vigore l’1 maggio sulla legge in commento cfr. <http://riksdagen.se/Webbnav/index.aspx?nid=101&bet=2008/09:95#rub9>.

In Italia, nonostante la tematica sia di grande interesse ed attualità, sul piano politico, non sono stati raggiunti risultati adeguati; difatti, le numerose proposte di legge presentate a partire dagli anni novanta si sono “sistematicamente arenate”²⁸⁶, anche per opera del lobbying religioso”²⁸⁷. Nel nostro Paese, in merito ad un riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali, nei vari progetti di legge, ed in particolare nell’ultimo, la soluzione prospettata è stata quella di un riconoscimento dei diritti e dei doveri delle persone stabilmente conviventi”, i c.d. “DI.CO.”²⁸⁸. In effetti, il comune denominatore dei vari progetti parlamentari è stato quello di «differenziare le situazioni di convivenza ed unione interpersonale dal matrimonio»²⁸⁹.

3. Il matrimonio fra persone dello stesso sesso negli ordinamenti stranieri

Occorre, in tale analisi, seppur brevemente, richiamare le esperienze di alcuni Paesi, non appartenenti al contesto europeo che hanno esteso l’istituto matrimoniale alle coppie dello stesso sesso. Interessante, al proposito, l’esperienza del Canada, che “ha

²⁸⁶ La questione delle unioni civili è stata ‘discussa’ diverse volte nelle sedi parlamentari ma sempre con risultati negativi, a tal proposito si ricordano, tra le altre, le proposte nn. 3296/2002 dell’On. Franco Grillini e 3534/2006 presentata dal Senatore Gavino Angus.

²⁸⁷ Cfr. A. Fuccillo, *Unioni di fatto convivenze e fattore religioso...* cit., p. 6.

²⁸⁸ Con l’espressione DI.CO. si fa riferimento al disegno di legge del 2007 concernente i “Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi”, redatto dai Ministri B. Pollastrini e R. Bindi. Sul disegno di legge dei DI.CO., cfr., A. Maniaci, “La Carta dei “di.co.”: un sesquipedale bluff”, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, maggio 2007, in www.statoechiese.it; L. Violini, “Il riconoscimento delle coppie di fatto: *praeter o contra constitutonem?*”, in *Forum di Quaderni costituzionali*; G. Grasso, “‘Dico’ sì, ‘Dico’ no: prime impressioni sul disegno di legge Pollastrini-Bindi”, in *Forum di Quaderni Costituzionali*.

²⁸⁹ Nel corso degli ultimi anni, i diversi disegni di legge, proposti dal Governo italiano, hanno tendenzialmente negato che dalle situazioni di convivenza e unioni interpersonali possa nascere una famiglia come società naturale, così come invocata nell’articolo 29 della Costituzione, sul punto si veda V. Tozzi, “La famiglia secondo lo Stato non è quella del diritto canonico”, intervento alla giornata di studio: *Famiglia o famiglie? Interrogiamo il diritto*, Macerata 27 aprile 2007. in rivista telematica Stato e Chiesa, maggio 2007 in www.statoechiese.it/images/stories/papers/200705/tozzi_fasi.pdf.

preso avvio non da un intervento del legislatore ma dei giudici”²⁹⁰. Inizialmente le Corti canadesi sostenevano l’impossibilità di estendere il matrimonio alle coppie formate da persone dello stesso sesso, ma a partire dal 2002 numerose sono state le sentenze²⁹¹ delle diverse Corti Supreme che hanno finito per estendere il matrimonio alle coppie omosessuali, cosicché, il 20 luglio 2005 è stato introdotto il *Civil marriage Act*, legalizzando in tutto il Canada il *same-sex marriage*.

Anche negli Stati Uniti²⁹² come in Canada, alcune Corti statali, hanno dichiarato incostituzionale, in quanto discriminatorio, il requisito della tradizionale diversità di sesso per contrarre matrimonio. La pronuncia più significativa è stata quella del Tribunale Supremo del Massachusetts, *Goodridge v. Department of Public Health*²⁹³, del 18 novembre 2003, con la quale per la prima volta uno Stato americano ha consentito ad una coppia omosessuale di contrarre matrimonio.

Successivamente, il 15 maggio 2008, anche la Corte Suprema californiana ha riconosciuto alle coppie omosessuali il diritto di sposarsi²⁹⁴, tuttavia, dopo poco tempo i gruppi conservatori hanno richiesto alla Corte di sospendere l’efficacia di tale decisione in attesa dell’elezione presidenziali del novembre 2009, quando venne sottoposto ai cittadini californiani un referendum di modifica della Costituzione, che avrebbe

²⁹⁰ A tal proposito, cfr. L. M. Diez-Pícazo, “Il matrimonio tra persone dello stesso sesso... cit., p. 324.

²⁹¹ In riferimento all’evoluzione giurisprudenziale delle Corti supreme del Canada, in tema di riconoscimento del matrimonio omosessuale, si veda fra gli altri, M. Montalti *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale...* cit., pp. 373 e ss.

²⁹² Si osserva che negli Stati Uniti i vari tentavi di approvare normative statali che introducessero il matrimonio tra persone dello stesso sesso, sono in gran parte falliti, come ad esempio il caso della California; a tal proposito, si veda fra gli altri L. M. Diez-Pícazo, “Il matrimonio tra persone dello stesso sesso”... cit., p. 320; M. Montalti *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale...* cit., pp. 402 e ss.

²⁹³ La Corte Suprema del Massachusetts nella Sentenza del 18 novembre 2003, *Goodridge v. Department of Public Health*, ha ritenuto che “vietare a un individuo le protezioni, i benefici, gli obblighi del matrimonio civile unicamente perché quella persona si sposerebbe con una persona dello stesso sesso viola la Costituzione del Massachusetts”, dal momento che questa afferma la dignità e l’eguaglianza di tutti i cittadini...”, riportato in M. Montalti *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale...* cit., p. 433.

²⁹⁴ In riferimento alla sentenza della Corte Suprema della California, si veda E. Falletti, “Dreaming California: i giudici di San Francisco concedono agli omosessuali la licenza di matrimonio. Corte Suprema della California, 15 maggio 2008”, in *Famiglia e diritto*, 2008, pp. 761 e ss.

aggiunto al testo costituzionale le parole “*only marriage between a man and a woman is valid or recognized in California*”. Nel mese di giugno del 2009, la Corte Suprema della California ha convalidato gli esiti del referendum sulla *Proposition* n. 8 relativa all’introduzione nella Costituzione dello Stato dell’apposita clausola sulla diversità di sesso per i nubendi, per impedire alle coppie omosessuali di contrarre matrimonio in California.

Recentemente, in altri Stati americani, il matrimonio fra persone dello stesso sesso è stato riconosciuto dalle Corti Supreme statali. Si tratta del Connecticut, che in seguito alla sentenza della Corte Suprema del 10 ottobre 2008 con la quale è stata affermata la protezione del *same-sex marriage* nella Costituzione del Paese, ha adottato una legge concernente la disciplina del matrimonio omosessuale, votata con un’ampia maggioranza dei membri dell’organo legislativo²⁹⁵; dell’Iowa che il 5 maggio 2009 ha legalizzato il matrimonio fra persone dello stesso sesso, sempre in seguito alla pronuncia della Corte Suprema²⁹⁶ con la quale all’unanimità è stata affermata l’esigenza costituzionale di riconoscere tale forma di unione. Nel Maine, invece, il riconoscimento del matrimonio omosessuale non è avvenuto per impulso giurisprudenziale, ma il 6 maggio 2009 è stata approvata la legge che consente la celebrazione dei matrimoni omosessuali; tale legge è stata rafforzata dalla firma del Governatore John Baldacci che ha particolarmente sottolineato come tale legge oltre a riaffermare la laicità dello Stato, garantisce ai cittadini un trattamento ugualitario così come sancito all’art. 1, sez. 6, della Costituzione (*Discrimination against persons prohibited*).

Infine, deve osservarsi che il matrimonio tra omosessuali è previsto anche dall’ordinamento del Sudafrica e, come per l’esperienza canadese e statunitense, l’iniziativa è partita dai giudici e non dal legislatore. Segnatamente con la sentenza *Fourie v. Minister of Home Affairs*²⁹⁷, il massimo organo giudiziario in ambito civile ha

²⁹⁵ Precisamente, la legge sul same-sex marriage nel Connecticut è stata approvata dall’organo legislativo con 100 voti a favore e 44 contrari nella *House of Representatives* e con 28 voti a favore e 7 contrari nel *Senate*.

²⁹⁶ Supreme Court of Iowa No. 07-1499, del 3 Aprile 2009.

²⁹⁷ Con la Sentenza *Fourie and Bonthuys v. Ministero f Home Affairs and Another*, del 30 novembre 2004, la Corte Suprema d’Appello ha sviluppato la *common law definition of marriage* nel senso di includere anche l’unione fra due persone dello stesso sesso, sul punto, si veda M. Montalti *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale...* cit., pp. 653 e ss.

dichiarato che la definizione del matrimonio propria del *common law* deve includere anche le unioni delle persone omosessuali²⁹⁸.

4. La tutela delle unioni omosessuali in ambito sovranazionale

I temi della famiglia e, quindi, anche il diritto di sposarsi, sono oggetto di disciplina anche di trattati internazionali; difatti, la Dichiarazione Universale dei diritti umani del 1948, all'articolo 16, dispone che “ogni uomo e donna in età idonea, senza alcuna limitazione in ordine alla razza, alla nazionalità o alla religione, ha il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia ...”; analogamente il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966, riafferma il diritto di ogni soggetto a unirsi in matrimonio e di fondare una famiglia; ed, inoltre, il Patto internazionale dei diritti economici, sociali e culturali, sempre del 1966, riconosce alla famiglia la più ampia protezione ed assistenza. Si tratta, tuttavia, di mere dichiarazioni di principio.

Si rileva, invece, un'efficacia normativa diversa con riguardo alle disposizioni in materia familiare contenute nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (CEDU), in particolare in considerazione dell'articolo 8, che garantisce a ciascun individuo il diritto al rispetto della vita privata e familiare e dell'articolo 12, ove si afferma il diritto di uomini e donne, di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto.

La Corte di Strasburgo, nella sua giurisprudenza, ha frequentemente richiamato il diritto al rispetto della vita privata e familiare, soprattutto in ipotesi di trattamenti discriminatori operati da alcune legislazioni nazionali nei confronti della filiazione naturale e nei confronti dei “genitori naturali in sede di costituzione nei procedimenti sullo stato di adottabilità dei figli minori”²⁹⁹; deve sottolinearsi, tuttavia, che “dal

²⁹⁸ In merito al riconoscimento del matrimonio omosessuale in Sudafrica, Cfr. L. M. Díez-Pícazo, “Il matrimonio tra persone dello stesso sesso”... cit., p. 321.

²⁹⁹ Sentenza del 18 dicembre 1986, *Johnston v. Irlanda*, della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

riconoscimento dell'esistenza di una vita familiare, con conseguenti diritti di genitorialità, tra una donna transessuale convertita al sesso maschile e il suo partner di sesso opposto, che aveva messo alla luce dei figli ricorrendo alla tecnica della fecondazione artificiale, non si è passati ad alcuna affermazione analoga a favore delle coppie omosessuali”³⁰⁰.

La tutela delle convivenze omosessuali, in virtù del concetto di vita familiare, appare problematica: eppure con la Sentenza *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* del 1999 sembravano aprirsi dei spiragli in merito al riconoscimento delle coppie formate da persone dello stesso sesso. Con la Sentenza *Fretté v. France*³⁰¹ del 2002, la Corte «evita di esporsi direttamente nella tutela e definizione del settore della “vita familiare”, nonostante le diverse resistenze culturali degli Stati membri legittimavano evidenti discriminazioni». L'orientamento giurisprudenziale della Corte di Strasburgo non appare chiaro, nemmeno con la Sentenza *Karner v. Austria* del 24 luglio 2003, relativa alla richiesta del *partner* omosessuale sopravvissuto di subentrare nel contratto di affitto della casa comune al convivente locatario, in seguito alla morte di quest'ultimo. In tal caso, i giudici della Corte europea hanno riconosciuto la protezione del diritto all'abitazione, come diritto della personalità, sulla base del combinato disposto dell'articolo 14, concernente il divieto di discriminazione³⁰², e dell'articolo 8, nella parte in cui tutela il diritto al rispetto del domicilio.

³⁰⁰ A tal proposito, “Sentenza *Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal* del 21 dicembre 1999, con la quale la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha censurato il diniego di affidamento della figlia di genitori separati al padre, in ragione del suo orientamento sessuale, poiché prescindendo da qualsiasi verifica degli standard europei in materia di affidi, non ha riconosciuto in capo alle autorità portoghesi alcuna discrezionalità per giustificare la diversità di trattamento fondata sull'orientamento sessuale del ricorrente, coperta dall'articolo 14 della CEDU”. Sul punto, M. Montalti *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale...* cit., pp. 350 e 351.

³⁰¹ Sentenza *Fretté v. France* del 26 febbraio 2002, già richiamata, concernente un caso simile alla sentenza del 1999, ovvero la domanda di adozione di un minore da parte di un adulto omosessuale. La Corte ha rigettato la domanda del ricorrente in quanto la CEDU non contempla la garanzia del diritto di adottare, e poiché si prevede una tutela giuridica della vita familiare solo in presenza della famiglia. La decisione di rigettare il ricorso secondo la Corte, in tal caso, non poteva ritenersi lesiva di un diritto alla libera espressione dell'orientamento sessuale e allo sviluppo della sua personalità.

³⁰² L'articolo 14, della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali dispone che: “Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione”.

Secondo parte della dottrina³⁰³ “il giudice europeo ha voluto eludere eventuali attriti con i sistemi giuridici nazionali che sarebbero potuti sorgere da un eventuale sua pronuncia di apertura al riconoscimento di diritti e di vantaggi alle coppie omosessuali”. Secondo altra parte della dottrina³⁰⁴, invece, “la sentenza *Karner* testimonia come la Corte di Strasburgo sembra pronta a riconoscere anche «la vita familiare delle coppie omosessuali», ma probabilmente non lo farà fintanto che potrà appoggiarsi ad un altro diritto protetto dalla CEDU, ovvero il rispetto della vita privata, disciplinato all’articolo 8”. Inoltre, la scarsa utilità dell’articolo 12 CEDU, è stata motivata dal suo rinvio alla legge nazionale, lasciandosi un ampio margine di discrezionalità agli Stati per dettare la disciplina sul matrimonio. Difatti, nella Sentenza *Johnston v. Irlanda* del 1986, già citata, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che l’articolo 12 della CEDU appare neutrale in ordine all’istituto del divorzio. Mentre, in riferimento alle convivenze, si sottolinea l’importante pronuncia del 24 luglio 2004, Sentenza *pres. Rozakis v. Austria*, “con la quale la Corte Europea dei diritti dell’uomo ha ritenuto discriminatoria la legislazione di un paese basata sulla discriminazione sessuale; affermando che se di convivenze si tratta, non sarebbe esaustivo il riferimento tradizionale alle convivenze *more uxorio*, eterosessuali”³⁰⁵.

In ambito europeo, infine, appare significativo che la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, redatta in un’epoca in cui le istanze per un ampliamento del matrimonio anche agli omosessuali avevano già acquistato peso, nel proclamare il diritto al matrimonio, non faccia alcun riferimento all’uomo o alla donna ma utilizzi una formula impersonale³⁰⁶. La Carta di Nizza, tuttavia, per il momento, non è che un esempio di *soft law* e, dunque, priva di forza giuridica vincolante; sebbene, nel ribadire il fondamento della organizzazione medesima “sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà”, viene a prospettare ai

³⁰³ Cfr. per tutti, M. Montalti *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale...* cit., p. 354.

³⁰⁴ In tal senso, M. Bonini Baraldi, “Le famiglie omosessuali nel prisma della realizzazione personale”, in <http://www.famiglienellacostituzione.it/images1/boninibaraldi.pdf>

³⁰⁵ A. Fuccillo, *Unioni di fatto convivenze e fattore religioso...* cit., p. 8.

³⁰⁶ Si riporta l’articolo 9 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, ove si dispone che “il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l’esercizio”.

legislatori nazionali nuove problematiche che toccano i c.d. “nuovi diritti”; problematiche che toccano da vicino specificatamente il legislatore italiano³⁰⁷. Con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, prevista per l’1 dicembre 2009, (nel momento in cui si scrive il processo di ratifica³⁰⁸ del Trattato di Lisbona, del 13 dicembre 2007, si è appena concluso con la ratifica dell’ultimo Paese membro, ovvero, la Repubblica Ceca), particolarmente interessante sarà osservare l’influenza che la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea avrà sugli ordinamenti nazionali, dal momento che con il nuovo Trattato si attribuisce alla Carta di Nizza valore giuridico.

5. Il riconoscimento delle unioni fra persone dello stesso sesso: quale normativa nell’ordinamento italiano?

Il contesto europeo e le esperienze straniere costituiscono significativi punti di emersione di un fenomeno che sarebbe quantomeno superficiale ignorare *tout court*. Non si può negare che, nella realtà fattuale, vengano in rilievo due esigenze non tutelate dall’ordinamento giuridico italiano³⁰⁹: la prima, riguarda le persone omosessuali che vogliono sposarsi e costituire una famiglia; la seconda esigenza proviene da persone eterosessuali (ma anche omosessuali) che rifiutano il matrimonio ed i vincoli che derivano da tale istituto, ma reclamano una tutela giuridica del loro legame, analogo o diverso da quello previsto per la famiglia fondata sul matrimonio.

Oggi pare che queste due legittime esigenze non trovano una effettiva interlocuzione nella sfera politica per essere tradotte in atti normativi. Tuttavia,

³⁰⁷ Sul punto, cfr. F. D’Angeli, “Il fenomeno delle convivenze omosessuali: quale tutela giuridica?”, in *I quaderni della Rivista di diritto civile*, Cedam, Padova, 2003, p. 71.

³⁰⁸ Si ricorda che l’Italia ha ratificato il Trattato di Lisbona con la legge n. 130 del 2008, “Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull’Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007”.

³⁰⁹ In riferimento alle rivendicazioni di diritti, a favore delle unioni fra persone dello stesso sesso, si veda, V. Tozzi, “La famiglia secondo lo Stato non è quella del diritto canonico”... cit., p. 5; L. M. Diez-Pícazo, “Il matrimonio tra persone dello stesso sesso”... cit., p. 323.

l'assenza in Italia di una legislazione in tema di "convivenze registrate" ha determinato, oltre ad un sempre più acceso dibattito politico nazionale, anche un interesse alla problematica da parte delle Regioni, le quali hanno predisposto "strumenti di tutela per le convivenze, anche se nei limiti di una possibile legislazione regionale"³¹⁰ in materia, dal momento che l'art. 117, comma 2, lett. 1), Cost., riserva alla potestà esclusiva dello Stato la normativa in materia di "ordinamento civile". Si ricorda, a tal proposito, la Sentenza della Corte costituzionale n. 253 del 2006, con la quale è stata dichiarata parzialmente illegittima la legge della Regione Toscana, n. 63 del 15 novembre 2004, recante "Norme contro le discriminazioni determinate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere".

Devono, altresì ricordarsi ad esempio: lo Statuto della Regione Calabria³¹¹ nel quale, tra gli obiettivi che ispirano l'azione della Regione stessa, si individua il "riconoscimento delle formazioni sociali, culturali, economiche e politiche nelle quali si esprime la personalità umana, promuovendo il libero svolgimento delle loro funzioni e attività"; lo Statuto della Regione Emilia-Romagna³¹² all'art. 9 dispone che la Regione riconosce e valorizza inoltre "le funzioni delle formazioni sociali attraverso le quali si esprime e si sviluppa la dignità della persona e, in questo quadro, lo specifico ruolo sociale proprio della famiglia, promuovendo le condizioni per il suo efficace svolgimento", lo Statuto della Regione Toscana³¹³ che "tutela la valorizzazione della famiglia fondata sul matrimonio" e delle altre forme di convivenza rifiutando (tra le finalità principali, art. 4) ogni forma di xenofobia legata all'orientamento sessuale; ed infine lo Statuto della Regione Umbria³¹⁴ che protegge "i diritti della famiglia e adotta ogni misura idonea a favorire l'adempimento dei compiti che la Costituzione le affida" e "tutela altresì le forme di convivenza".

In riferimento a questi ultimi Statuti regionali, si sottolinea che sia quello della Regione Emilia-Romagna, che della Toscana e dell'Umbria sono stati impugnati dal Governo dinnanzi la Corte Costituzionale, poiché alcune norme in essi contenute erano

³¹⁰ Cfr. A. Fuccillo, *Unioni di fatto convivenze e fattore religioso...* cit., p. 8.

³¹¹ Legge regionale n. 25 del 19 ottobre 2004, Statuto della Regione Calabria.

³¹² Legge regionale n. 13 del 31 marzo 2005, Statuto della Regione Emilia-Romagna.

³¹³ Legge regionale n. 1 del 3 gennaio 2005, Statuto della Regione Toscana.

³¹⁴ Legge regionale n. 21 del 16 aprile 2005, Statuto della Regione Umbria.

considerate dai ricorrenti incostituzionali³¹⁵. In particolare, con riguardo ai tentativi di riconoscimento e tutela delle unioni di fatto, si ricordano, le sentenze nn. 372 e 378 del 2004, rispettivamente concernenti le questione di legittimità costituzionale sollevate in ordine ad alcune disposizioni contenute nello Statuto delle Regione Toscana e della Regione Umbria. Precisamente nella sentenza n. 372 del 2004, il Governo ha sollevato questione di legittimità costituzionale, tra i diversi articoli dello Statuto toscano, della disposizione contenuta all'art. 4 comma 1, lett. h), in cui si asserisce che la Regione persegue tra le finalità prioritarie, "il riconoscimento delle altre forme di convivenza"; ad avviso della difesa erariale, ciò potrebbe costituire la base statutaria di future norme regionali recanti una disciplina dei rapporti tra conviventi lesiva della competenza legislativa dello Stato in materia di "cittadinanza, stato civile e anagrafi" e di "ordinamento civile" (art. 117, comma 2, lettere i) e l), Cost). Ed inoltre, si ritiene che, con la disposizione suddetta, verrebbe violato l'art. 123 Cost. ed il limite della "armonia con la Costituzione", qualora con essa si "intenda affermare qualcosa di diverso dal semplice rilievo sociale e dalla conseguente giuridica dignità" della convivenza tra uomo e donna fuori dal vincolo matrimoniale, ovvero si "intenda affermare siffatti valori con riguardo ad unioni libere e relazioni tra soggetti del medesimo sesso", in contrasto con i principi costituzionali, in relazione a situazioni divergenti dal modello del rapporto coniugale, estranee al contenuto della garanzie fissate dall'art. 29 della Costituzione, non riconducibili alla sfera di protezione dell'art. 2 della Costituzione. L'art. 4 comma 1 lett. h), dello Statuto della Toscana violerebbe, infine il principio fondamentale di unità ed il principio di eguaglianza (artt. 3 e 5 della Costituzione), dato che permetterebbe alla comunità regionale di riconoscersi in valori diversi e contrastanti rispetto a quelli di altre comunità regionali. Con la sentenza n. 378 del 2004, il Governo ha poi sollevato questione di legittimità costituzionali dinnanzi la Corte Costituzionale, di diversi articoli presenti nello statuto della Regione Umbria e, per l'appunto, tra essi l'art. 9 comma 2 "nella parte in cui, avendo il primo comma dell'art. 9 riconosciuto i diritti della famiglia e prevista l'adozione di ogni misura idonea a favorire l'adempimento dei compiti che la Costituzione le affida, dispone che la Regione "tutela

³¹⁵ Si vedano le Sentenze della Corte Costituzionale, n. 372 del 29 novembre 2004, concernente alcune disposizioni dello Statuto della Regione Toscana; n. 378 del 6 dicembre 2004, in riferimento alle questione di legittimità costituzionali in merito ad alcune disposizioni dello Statuto della Regione Umbria; n. 379 del 6 dicembre 2004, concernente alcune disposizioni dello Statuto della Regione Emilia-Romagna.

forme di convivenza”, in quanto consentirebbe l’adozione di “eventuali future previsioni normative regionali” concernenti i rapporti patrimoniali e personali tra i conviventi. Ciò in violazione dell’esclusivo potere statale riconosciuto dall’articolo 117, secondo comma, lettera l) della Costituzione, nella materia dell’“ordinamento civile”.

Tuttavia, la Consulta in entrambi i casi ha dichiarato inammissibili i ricorsi del Governo avverso le impugnate proposizioni dei predetti articoli, precisando che dal “carattere non prescrittivo e non vincolante delle enunciazioni statutarie di questo tipo, deriva che esse esplicano una funzione, per così dire, di natura culturale o anche politica, ma certo non normativa³¹⁶. Nei casi in esame, una enunciazione siffatta si rinviene proprio nell’art. 9, comma 2, della delibera statutaria della Regione Umbria, là dove si afferma che la Regione “tutela altresì forme di convivenza”; nonché nell’art. 4, comma 1, lett. l), dello Statuto toscano; difatti, tali enunciazioni non comporterebbero né alcuna violazione, né alcuna rivendicazione di competenze costituzionalmente attribuite allo Stato, e neppure fonderebbero esercizio di poteri regionali. In tali sentenze, la Consulta precisa che alle enunciazioni poste al suo esame, anche se materialmente inserite in un atto-fonte, non può essere riconosciuta alcuna efficacia giuridica, collocandosi esse precipuamente sul piano dei convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale.

Tali pronunce del Giudice costituzionale hanno suscitato non poche perplessità in dottrina; difatti, come osservato da alcuni autori³¹⁷, la dichiarazione di inammissibilità dei ricorsi fatti valere dal Governo nei confronti degli Statuti sopra ricordati, non rappresenta una vittoria per l’autonomia statutaria, anzi quest’ultima ne esce fortemente contratta; l’effetto che ne deriva è quello di una marcata delimitazione dell’area entro cui le norme statutarie possono esprimere vincoli di varia intensità e di

³¹⁶ In riferimento alle Sentenze nn. 372, 378 e 379 del 2004, della Corte Costituzionale, si veda A. Ruggeri, “La Corte, la “denormativizzazione” degli statuti regionali e il primato del diritto politico sul diritto costituzionale”, in *Le Regioni*, n. 3, 2005; ed inoltre, l’ampia bibliografia ad esse correlata.

³¹⁷ Così A. Ruggeri, “Gli Statuti regionali alla consulta e la vittoria di Pirro (nota a Corte cost. nn. 372, 378 e 379 del 2004)”, in *Forum di quaderni costituzionali*, dicembre 2004; ed ancora S. Bartole, “Norme programmatiche e Statuti regionali”, in *Le Regioni*, n. 1, 2005. Secondo Bartole “Vero è che la Corte distingue gli Statuti, in quanto fonti regionali a competenza riservata e specializzata, dalla Carta costituzionale, ma è indubbio che viene così contraddetto un precetto ermeneutico che consiglia di trarre da ogni atto-fonte tutti i possibili significati normativi (...). Tuttavia, si finisce per attribuire, per questa parte, all’autonomia regionale un contenuto, per così dire esclusivamente vocale e declamatorio, essa collocandosi “precipuamente” sul piano dei convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale al momento dell’approvazione dello Statuto”.

rilievo giuridico a carico del legislatore regionale, e in genere, delle istituzioni operanti in ambito locale. Altri autori³¹⁸ sottolineano che “gli Statuti sono una legge rinforzata, non necessaria, a competenza limitata e riservata: nulla di più”.

A fronte di quanto appena richiamato, si evince che i diversi tentativi di alcune Regioni, volti a ‘riconoscere’ alcuni diritti alle unioni di fatto, o in altri termini, famiglie non fondate sul matrimonio, restano semplicemente delle mere enunciazioni di principio.

In tale quadro, si rileva che alcuni Comuni, invece, hanno previsto l’istituzione di registri anagrafici, di natura dichiarativa, quindi con effetti di pubblicità, in ordine agli scopi ritenuti meritevoli di tutela dalla pubblica amministrazione, come ad esempio nelle graduatorie per l’accesso agli alloggi di edilizia popolare³¹⁹.

Senza dubbio, nel nostro ordinamento il ‘fenomeno’ delle unioni interpersonali definite come famiglia di fatto, convivenza di fatto, *more uxorio* o unioni di fatto, pone numerose problematiche. Tuttavia, non può negarsi che anche nella nostra società sempre più persone decidono di costituire una unione, o meglio una famiglia, senza ricorrere al modello normativo di famiglia tracciato dalla legge n. 51 del 1975, ovvero quella fondata sul matrimonio. La Corte di Cassazione ha infatti chiarito che il legame non fondato sul matrimonio, o specificamente qualsiasi forma di convivenza, svincolata dallo stretto ambito dei rapporti *more uxorio*, è considerata legittima perché riconosciuto e tutelata dall’ordinamento come espressione di libera scelta della persona³²⁰.

Occorre, però, precisare che “non tutte le unioni, le relazioni, i rapporti sono contraddistinti da eguale portata sociale, non ogni forma di convivenza tra due individui

³¹⁸ Cfr. R. Bin, “Perché le Regioni dovrebbero essere contente di questa decisione”, in *Le Regioni*, n. 1, 2005; in cui si osserva, tra l’altro, che “Gli Statuti hanno un contenuto ‘necessario’ ed uno ‘eventuale’, dice la Corte: tra i secondi rientrano anche le norme programmatiche, che hanno una funzione ‘ricognitiva’ delle funzioni e dei compiti della Regione (...). Non solo le norme programmatiche non hanno efficacia giuridica nel senso che non creano diritti e doveri in capo ai singoli, ma non hanno neppure alcun effetto normativo in relazione alla successiva legislazione regionale, alla quale solo in parte si rivolgono”.

³¹⁹ In riferimento ai registri anagrafici introdotti in alcune città italiane, S. Troilo, “I progetti di legge in materia di unioni di fatto: alla ricerca di una difficile coerenza con i principi costituzionali”, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 12 settembre 2008.

³²⁰ Sentenza n. 33305 del 4 ottobre 2002, della Corte di Cassazione Pen. Sez. IV.

può automaticamente fondare l'esistenza di una famiglia, ma è il convivere "in quanto famiglia" o "vivere insieme in quanto famiglia" che distingue la convivenza episodica e di amicizia dalla famiglia"³²¹. In altri termini, per "famiglia di fatto"³²² si intende la convivenza tra due persone di sesso diverso (o dello stesso sesso) legate da una comunione di vita e di affetti caratterizzate da stabilità, continuità e riscontro sociale senza essere formalizzata attraverso il matrimonio.

Pertanto, risulta pacifico tanto in giurisprudenza quanto in dottrina considerare la 'famiglia di fatto' come una convivenza stabile e duratura, con o senza figli, tra un uomo e una donna, che si comportano come se fossero marito e moglie e che, pertanto, si esplica in una comunanza di vita e di interessi e nella reciproca assistenza morale e materiale³²³. Da tale definizione si evince che gli elementi costitutivi della famiglia di fatto sono quindi due: "il primo, di carattere soggettivo che consiste nell'*affectio*"³²⁴, ossia nella partecipazione di ognuno dei due conviventi alla vita dell'altro; il secondo di carattere oggettivo, è costituito da una stabile convivenza (quindi da un impegno serio e duraturo) in assenza di formalizzazione"³²⁵.

³²¹ Cfr. M. Bonomi e S. Ghezzi, "Famiglia di fatto: la libera unione", in *Quaderni (Dip. Di Scienze Giuridiche "Alberico da Rosciate") Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, B. Pezzini (a cura di), Jovene Editore, Napoli 2008, p. 1.

³²² Come sottolineato da S. Rossi, "La Famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte costituzionale", in *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale... cit.*, pp. 148 e 149; "l'espressione convivenze *more uxorio* nella terminologia del nostro legislatore indica la condizione di coloro che convivono come coniugi. Negli ultimi decenni, la dottrina e la giurisprudenza hanno realizzato un progressivo slittamento concettuale parlando, sempre più frequentemente, anziché di conviventi *more uxorio*, di famiglia di fatto; tale nozione tuttavia è più estesa rispetto a quella di convivenza *more uxorio*, che invece costituiscono l'oggetto dell'esame della giurisprudenza della Corte costituzionale".

³²³ In tal senso, cfr. le Sentenze n. 3503 del 4 aprile 1998; n. 11975 dell'8 agosto 2003; n. 12557 dell'8 luglio 2004, della Corte di Cassazione Civ.; e per tutti M. Dogliotti, voce "Famiglia di fatto", in *Digesto delle dottrine privatistiche*, Sez. Civile, UTET, Torino, 1992, VIII, p. 188.

³²⁴ Le famiglie di fatto, come formazione sociale costituzionalmente rilevante, dipende non solo da criteri temporali-quantitativi, ma bensì dal consolidarsi dell'unione libera nella *communio omnis vitae*, attraverso l'*affectio*. Cfr. Sentenza del 12 marzo 1979, del Tribunale di Genova.

³²⁵ Ancora sul punto cfr. Cfr. M. Bonomi e S. Ghezzi, "Famiglia di fatto: la libera unione"... cit., p. 4; o in altri termini, non tutte le unioni libere sono riconducibili al concetto di famiglia di fatto, ma solo quelle che abbiano determinati requisiti di somiglianza con la famiglia di diritto; ovvero, fondarsi su una comunione spirituale e materiale di vita, avere i connotati della reciprocità e stabilità, nonché un minimo di durata temporale del correlativo rapporto. In tal senso, inoltre, si vedano, P. Barile, "La famiglia di fatto: osservazioni di un costituzionalista", in *La famiglia di fatto, Atti del Congresso nazionale del*

In ogni modo da quanto sinora detto non può desumersi che la famiglia di fatto possa essere automaticamente equiparata alla famiglia fondata sul matrimonio. Il Giudice costituzionale ha infatti affermato nella sentenza n. 8 del 1996 che “la notevole diffusione della convivenza di fatto, quale rapporto tra uomo e donna ormai entrato nell'uso e comunemente accettato, accanto a quello fondato sul vincolo coniugale. Ma questa trasformazione della coscienza e dei costumi sociali (...) non autorizza peraltro la perdita dei contorni caratteristici delle due figure in una visione unificante come quella che risulta dalla radicale ed eccessiva affermazione, contenuta nell'ordinanza di rimessione, secondo la quale la convivenza di fatto rivestirebbe oggettivamente connotazioni identiche a quelle che scaturiscono dal rapporto matrimoniale e dunque le due situazioni in nulla differirebbero, se non per il dato estrinseco della sanzione formale del vincolo. Questa Corte, al contrario, in diverse decisioni il cui orientamento non può che essere qui confermato (sentenze nn. 310 del 1989, 423 e 404 del 1988 e 45 del 1980), ha posto in luce la netta diversità della convivenza di fatto, "fondata sull'*affectio* quotidiana - liberamente e in ogni istante revocabile - di ciascuna delle parti" rispetto al rapporto coniugale, caratterizzato da "stabilità e certezza e dalla reciprocità e corresponsività di diritti e doveri ... che nascono soltanto dal matrimonio"³²⁶.

Difatti, il riconoscimento giuridico delle coppie di fatto, presente nelle diverse proposte di legge in materia ma non ancora approdato ad alcunché di giuridicamente posto, troverebbe il suo fondamento non nell'art. 29 della Cost. bensì nell'art. 2 che tutela le formazioni sociali; ciò nonostante, come ‘criticamente’ rilevato sia col matrimonio sia con la dichiarazione di convivenza i partner escono così dall'anonimato e dal privato per creare una entità ulteriore e diversa dalla mera unione di fatto delle loro due persone. Le differenze che si evidenziano, innanzitutto, sono in ordine alla regolamentazione delle due fattispecie (quello dell'anagrafe per le convivenze e quello dello stato civile per il matrimonio), i diritti e doveri dei conviventi non si discostano se non su un piano quantitativo da quelli delle coppie coniugate, la vera differenza può essere rappresentata dalla natura dei due partner, che possono essere dello stesso sesso o di sesso diverso. L'istituto delle unioni di fatto, di conseguenza, consentirebbe alle

Centro Lunigianese di studi giuridici, Montereale, 1977, p. 41; V. Pocar – P. Ronfani (a cura di), *Coniugi senza matrimonio*, Laterza Editore, p. 4 e ss.

³²⁶ Cfr. Sentenza n. 8 del 18 gennaio 1996, della Corte Costituzionale.

coppie eterosessuali, nonché omosessuali, di accedere ad una posizione se non identica almeno fortemente simile a quella dei coniugi; che potrebbero così contrarre non un regolare matrimonio ma qualcosa di ‘singolarmente analogo’³²⁷.

La necessità di differenziare le situazioni di convivenza ed unione interpersonale dal matrimonio, viene sostenuta anche da una parte della dottrina³²⁸, la quale nega che da “tali situazioni possa nascere una famiglia quale società naturale, per come desumibile dall’articolo 29 della Costituzione”. Difatti, secondo tale orientamento, il “richiamo della Costituzione alla famiglia come “società naturale” fondata sul matrimonio, è una apertura ad un dato che precede logicamente e storicamente il diritto, ad un concetto generalmente condiviso di famiglia, che fa riferimento all’unione di un uomo e di una donna in vista della nascita dei figli”³²⁹, così come desumibile dal combinato disposto dell’articolo 29 con gli articoli 30 e 31 della Costituzione.

“Le tesi più critiche, invece, pur riconoscendo un certo grado di autonomia all’individuo nell’ambito della sfera privata, ritengono che la coppia omosessuale non potrebbe ambire alcun tipo di riconoscimento nella sfera pubblica”³³⁰. Tale punto di vista sembra considerare i rapporti tra persone dello stesso sesso solo in riferimento all’attività sessuale, per cui non sarebbero, né dovrebbero essere rilevanti agli occhi del diritto in quanto indice di “desideri individuali che apparterrebbero ad una dimensione “pregiuridica” che si contrappone ad un discorso obiettivo sulla persona”³³¹. Il Tribunale di Latina si è espresso in tal senso nel decreto del 10 giugno 2005, rifiutando la trascrizione nei registri dello stato civile del matrimonio di due cittadini italiani dello stesso sesso contratto all’estero, dal momento che la “diversità di sesso dei nubendi costituisce elemento essenziale per l’identificazione, nel nostro ordinamento della fattispecie naturalistica posta alla base dell’istituto matrimoniale, secondo una

³²⁷ Cfr. L. Violini, “Il riconoscimento delle coppie di fatto: *praeter o contra constitutonem?*”, in *Forum di quaderni costituzionali*, pp. 1-3.

³²⁸ Così come rileva, V. Tozzi, “La famiglia secondo lo Stato non è quella del diritto canonico”... cit., p. 1.

³²⁹ In tal senso, M. Cartabia, “La Costituzione parla chiaro: la famiglia è una sola”, intervista alla giurista Marta Cartabia, Ilaria Nava, <http://www.avvenireonline.it/Famiglia/Interviste/20070302.htm>.

³³⁰ Cfr. M. Bonini Baraldi, “Le famiglie omosessuali nel prisma della realizzazione personale”... cit., p. 2.

³³¹ *Ibidem*, p. 2.

concezione che prima ancora che nella legge, trova il suo fondamento, nella cultura, nella storia della nostra comunità nazionale”³³².

Comunque sia, non si può negare la rilevanza della ‘famiglia di fatto’ nella società italiana e la necessaria approvazione di una disciplina di tale ‘nuova’ realtà sociale; a tal proposito si osserva che spesso la giurisprudenza è intervenuta a tutela dei conviventi della coppia di fatto³³³, estendendo le previsioni normative in materia di impresa familiare, e di locazione di immobili urbani. Le nuove leggi hanno previsto che anche il convivente ha la facoltà di non deporre contro l’imputato; hanno esteso la prestazione del consultorio familiare anche alle coppie non sposate; hanno tutelato il convivente vittima di maltrattamenti in famiglia; hanno attribuito valore agli anni di pregressa convivenza ai fini dell’adozione dei minori della coppia sposata³³⁴. Tutto ciò, però non vale per gli omosessuali³³⁵.

³³² La fattispecie richiamata, concernente “l’intrascrivibilità del matrimonio contratto all’estero tra persone dello stesso sesso”, è sorta in seguito al ricorso di una coppia omosessuale che a marzo del 2004, aveva richiesto al Comune di Latina la trascrizione del matrimonio contratto nel 2002 in Olanda, ma in seguito al rifiuto della trascrizione da parte dell’ufficiale dello stato civile del Comune di Latina, in conformità al parere del Ministro dell’Interno, decisero di proporre ricorso al Tribunale di Latina competente, deducendo che la loro richiesta potesse essere soddisfatta nell’ordinamento italiano ad opera del riconoscimento automatico del provvedimento straniero. Il Tribunale ha rigettato il ricorso, motivato dal fatto che “le norme di uno Stato membro dell’Unione Europea non possono essere contrarie ai principi fondamentali dell’ordine pubblico internazionale”, ed inoltre “allo stato dell’evoluzione della società italiana, il matrimonio tra persone dello stesso sesso contrasta con la storia, la tradizione, la cultura della comunità italiana, secondo una valutazione recepita dal legislatore e trasfusa nelle norme di legge, sia di rango costituzionale sia ordinarie ...”.

³³³ Come sottolinea S. Rossi, in “La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte Costituzionale”, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009, p. 11; “La giurisprudenza ordinaria ma anche, seppure in via residuale, quella della Corte Costituzionale, prima ancora del legislatore – il quale “*agisce da notaio: regola sempre un fenomeno che già esiste; mai il legislatore può creare un fenomeno nuovo ed imporlo alla società*” – hanno avvertito un mutamento sociale del fenomeno della convivenza, adattando ad essa disposizioni di diritto comune”.

³³⁴ Si ricordano ad esempio le Sentenze n. 404 del 7 aprile 1988 (successione nel contratto di locazione del convivente) e n. 559 del 20 dicembre 1989, della Corte Costituzionale (successione nell’assegnazione dell’alloggio di edilizia popolare).

³³⁵ In tal senso, si veda A. Bernardini De Pace, *Diversi diritti. La legge negata ai gay*, Bompiani, Milano, 2009, p. 25 e ss.

6. Alcuni aspetti problematici sul tema delle unioni omosessuali: il matrimonio

Come già osservato, nei vari tentativi di introdurre nell'ordinamento italiano una disciplina sulle unioni di fatto, la posizione dello Stato e quella della Chiesa Cattolica, non sono apparse sempre coincidenti, convenendo su un unico punto, ossia il riconoscimento del ruolo fondamentale svolto dalla famiglia fondata sul matrimonio. Tuttavia, si rileva come nell'orizzonte concettuale e spirituale della Chiesa, il matrimonio nasce dall'atto umano con il quale i coniugi decidono vicendevolmente di darsi e di riceversi, ovvero comporta un impegno definitivo espresso con il consenso, irrevocabile, reciproco e pubblico, che fa sorgere la famiglia. Secondo tale concezione “non ogni qualsivoglia disciplina giuridica (civile) sul matrimonio è capace di consentire a due persone che sulla base di essa si uniscano in matrimonio di formare una famiglia vera ai sensi della concezione cattolica, ma soltanto quella disciplina giuridica che disciplina il matrimonio secondo la sua “natura”, ovvero come impegno definitivo espresso con il consenso reciproco, irrevocabile e pubblico”³³⁶. Cosicché, si pone la domanda su quale tipo di legislazione sia necessaria e sufficiente affinché il matrimonio civile corrisponda al matrimonio a cui fa riferimento la Chiesa³³⁷.

Il concetto di famiglia che sia rispondente e coerente con il diritto naturale, come affermato dalla Chiesa, prevede che il modello tradizionale di matrimonio presenti “il carattere *totius vitae consortium*, col conseguente *ius connubii*, comprendendo anche la *procreatio et educatio prolis*, quale elemento co-essenziale”³³⁸; tuttavia, si osserva che, “tale concetto di famiglia non risulta da alcun principio specifico enunciato nella Costituzione”³³⁹. Difatti, la legge n. 898 del 1970 sul divorzio ha escluso il concetto di *totius vitae consortium* ed, inoltre, la procreazione associata al concetto di matrimonio, dovrebbe sussistere per alcuni secondo natura, e quindi rappresenta un impedimento

³³⁶ A tal proposito, E. Rossi, “Il riconoscimento delle coppie di fatto alla ricerca di una sintesi”... cit., pp. 390 e 391.

³³⁷ *Ibidem*, p. 391.

³³⁸ In ordine “all’esigenza degli omosessuali di costituire legalmente una famiglia”, si veda V. Tozzi, “La famiglia secondo lo Stato non è quella del diritto canonico”... cit., p. 7.

³³⁹ *Ibidem*, p. 7.

insormontabile per gli omosessuali. Tuttavia, si rileva che l'impossibilità fisica a procreare appartiene alle coppie omosessuali come a quelle sterili. La Costituzione dedica attenzione alla procreazione, sia come evenienza tipica della famiglia fondata sul matrimonio, sia per quella naturale, avvenuta fuori dal matrimonio, così come si desume dalla disciplina contenuta all'articolo 30 Cost. Il dovere e il diritto dei genitori di educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio, è un concetto legato alla funzione genitoriale indipendentemente dall'esistenza legale del matrimonio e dai 'gusti sessuali' dei genitori.

Come è noto, il Costituente nello scrivere l'articolo 29, ebbe ben presente la famiglia tradizionale³⁴⁰, la cui forma era ispirata al modello sacramentale della religione cattolica. Nonostante ciò, si osserva che, oggi, non si può parlare di un modello c.d. tradizionale di matrimonio che vanti i caratteri di unicità ed invariabilità³⁴¹: “gli elementi di pluralismo e laicità, introdotti nella Costituzione non hanno mancato di produrre frutti man mano che la coscienza democratica permeava la cultura delle nuove generazioni, come ad esempio è avvenuto per la disciplina sul divorzio introdotta 20 anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione”³⁴². Diversamente, si sostiene che, nonostante l'istituto familiare nel corso del tempo sia cambiato nelle forme e nelle dimensioni, “vi è un nucleo invariabile del concetto di famiglia (rappresentato dall'unione di un uomo ed una donna in vista della procreazione) e che rappresenta quel nucleo costante nel tempo e nello spazio che la Costituzione rinvia quando usa l'espressione ‘società naturale’”³⁴³.

³⁴⁰ Per un approfondimento sul sistema matrimoniale italiano, cfr. C. Cardia, “Il matrimonio religioso con effetti civili”, in *Ordinamenti religiosi e ordinamenti dello Stato, profili giurisdizionali*, il Mulino, Bologna, 2003, pp. 201 e ss.

³⁴¹ In tal senso, R. Bin, “La famiglia: alla radice di un ossimoro”, in *Studius Iuris*, 2000, 10 p. 1066 e ss; ove si osserva che “tutti gli studi storici, antropologici, sociologici, economici, ecc. ci confermano che la famiglia è un'istituzione estremamente mutevole, per dimensione, organizzazione, funzione. Non occorre neppure analizzarla con strumenti sofisticati, perché appartiene alla stessa nostra esperienza diretta l'incredibile mutazione che la famiglia italiana ha subito nel corso di una o due generazioni. Oltre i confini geografici e storici della nostra esperienza diretta, poi, qualsiasi unità del concetto di famiglia si perde”.

³⁴² Cfr., V. Tozzi, “La famiglia secondo lo Stato non è quella del diritto canonico”... cit., p. 7.

³⁴³ Così M. Cartabia, “La Costituzione parla chiaro: la famiglia è una sola”... cit; ed inoltre, A. Ruggeri, “Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione”, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, dicembre 2007, p. 764; osserva che “non soltanto la famiglia, nella sua accezione tipica (costituzionale, appunto),

In ordine alle riserve sollevate sulla “naturalità dell’omosessualità”, in dottrina, si sottolinea il necessario richiamo al concetto di diritto naturale, nella sua accezione moderna, dal momento che tale concetto, “mancando di unitarietà perché la percezione delle coscienze non è uguale, non può più oggettivizzare un ordine di natura, ma suppone la dialettica ed il pluralismo delle sensibilità umane, divenendo relativo; perciò, anche il richiamo alla ‘famiglia naturale’ non sembra poter configurare un modello rigido che sarebbe implicitamente recepito dal Costituente”³⁴⁴.

Dai lavori preparatori della Carta costituzionale, si esclude infatti, ogni suggestione di stampo giusnaturalistico, e nel definire i ‘paletti valoriali’ enucleabili dalla definizione della famiglia come “società naturale fondata sul matrimonio” (art. 29 Cost.), si sottolineò che “il carattere normativo del disposto consisterebbe perciò e soltanto “nell’assegnare all’istituto familiare una sua autonomia originaria, destinata a circoscrivere i poteri del futuro legislatore in ordine alla sua regolamentazione”. Pertanto, solo quando ciò fu chiarito, escludendosi il richiamo al diritto naturale, la formula fu accettata dalla maggioranza dell’Assemblea. La norma in discussione riafferma dunque il ribaltamento personalista e pluralista ospitato, *in primis* all’art. 2 Cost.; in coerenza alle premesse di altri articoli della Carta, in cui si è sancito che “come garanzia di una democraticità effettiva dello Stato”, a quest’ultimo vanno opposti i “limiti costituiti dalla persona umana e dalle formazioni sociali alle quali la persona umana dà vita”³⁴⁵.

richiede di essere tenuta distinta da formazioni sociali fondate su forme di convivenza che danno vita a “matrimoni” ma che non ogni forma di convivenza può prestarsi a commutarsi in matrimonio. Quest’ultimo non è, insomma, un “contenitore” che la legge può riempire a piacimento, ponendosi a conti fatti quale originale (ma, diciamo pure, innaturale) espressione di interpretazione “autentica” della Costituzione; v’è piuttosto un “nucleo duro” indisponibile, costitutivo dell’essenza stessa del matrimonio e che si rende palese per il tramite dell’orientamento teleologico fissato nella Carta e conducente alla salvaguardia della famiglia quale “società naturale”.

³⁴⁴ A tal proposito, ancora V. Tozzi, “La famiglia secondo lo Stato non è quella del diritto canonico”... cit., pp. 6 e 7; ove si richiama il concetto di diritto naturale secondo il pensiero di G. Zagrebelsky.

³⁴⁵ In riferimento all’art. 29 Cost. nei lavori dell’Assemblea Costituente, cfr. P. Veronesi, “Costituzione, “strane famiglie” e “nuovi matrimoni”, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, settembre 2008, pp. 579-581; ove vengono richiamati gli interventi dell’On. A. Moro del 18 e 23 aprile 1947 e dell’On. C. Mortati del 23 aprile 1947. Ed ancora, A. Pugiotto, “Alla radice costituzionale dei “casi”: la famiglia come “società naturale fondata sul matrimonio””, Relazione svolta al Convegno “Questioni attuali in materia di famiglia”, Atti a cura di A. Zaccaria, Verona, 29 febbraio 2008, in *Forum di quaderni costituzionali*.

La dottrina di formazione giusnaturalistica tendeva a considerare l'ordine familiare come cristallizzato in quella società naturale, impermeabile a qualunque evoluzione dei rapporti sociali. Oggi, la dottrina prevalente³⁴⁶ afferma la natura privatistica del diritto di famiglia e quindi la mancanza di soggettività giuridica autonoma in capo ad essa³⁴⁷. A tal proposito, alcuni autori ritengono che “predicare della famiglia che essa è una ‘società naturale’ e ad un tempo, fondata sul ‘matrimonio’ è predicare attributi tra loro incompatibili, dato che il matrimonio è un istituto giuridico che non appartiene alle forme ‘naturali’ dell’organizzazione sociale, ma a quelle convenzionali, determinate dalle regole contingenti poste dalla legislazione vigente”³⁴⁸. Inoltre, si osserva che l’articolo 29, comma 1 della Costituzione³⁴⁹, in correlazione con le disposizioni concernenti i diritti inviolabili della persona e il principio di eguaglianza, vale a dire articoli 2 e 3 Cost., “assume ben altro ruolo che quello ad essa ascrivito in un clima informato a valori che non trovano più aderenza alla realtà sociale”³⁵⁰. Di conseguenza, in linea con i mutamenti sociali, la famiglia può configurarsi, come rilevato in dottrina, “non come luogo di compressione e mortificazione dei diritti irrinunciabili, ma come sede di autorealizzazione e di crescita segnata dal reciproco rispetto ed immune da ogni distinzione di ruoli, nell’ambito della quale i singoli componenti conservano le loro essenziali connotazioni e ricevono riconoscimento e tutela, prima ancora che come coniugi o conviventi, come persone, in adesione al disposto dell’art. 2 Cost., che nel riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell’uomo sia come singolo che nelle formazioni sociali, ove svolge la sua personalità, delinea un sistema pluralistico ispirato

³⁴⁶ Si veda M. Bonini Baraldi, “Le famiglie omosessuali nel prisma della realizzazione personale”... cit., p. 14.

³⁴⁷ Sul punto, tra gli altri si veda G. Ferrando, “Il diritto di famiglia oggi: c’è qualcosa di nuovo, anzi d’antico”, in *Politica del diritto*, n. 1, 2008, p. 4; secondo cui “lo Stato non ha più un interesse pubblico da far valere sopra ed oltre quello delle persone (...). Si esprime in tal modo, una mutata concezione della famiglia dove la garanzia dei diritti individuali, il rispetto della personalità dei suoi membri, divengono preminenti nella considerazione del legislatore, che guarda alla famiglia sempre meno come al fondamento dell’ordine sociale e sempre più come al luogo dove le persone realizzano insieme una insostituibile esperienza di vita”.

³⁴⁸ Così R. Bin, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*... cit., p.1066 e ss.

³⁴⁹ In riferimento all’art. 29 della Costituzione, si veda M. Bessone, “Art. 29 Cost.”, in *Commentario della Costituzione*, P. Branca (a cura di), Bologna, Zanichelli, 1977, p. 35.

³⁵⁰ Ed Ancora cfr. M. Bonini Baraldi, “Le famiglie omosessuali nel prisma della realizzazione personale”... cit., p. 14.

al rispetto di tutte le aggregazioni sociali nelle quali la personalità di ogni individuo si esprime e si sviluppa”³⁵¹.

Ciò nonostante, appare evidente che, ancora oggi, “l’omosessualità è oggetto di valutazione negativa da parte di molti e segnatamente della Chiesa Cattolica”³⁵². Come sottolinea autorevole dottrina³⁵³, in merito ad un eventuale disciplina giuridica delle forme di convivenza diverse dal matrimonio, alle quali riconoscere diritti e doveri, il confronto tra esponenti dello Stato, da una parte, e esponenti della Chiesa Cattolica dall’altra, è stato talvolta acceso. A tal proposito, si ricorda quanto espresso dal Cardinale Ruini, in qualità di Presidente della CEI al Consiglio permanente del 22-25 gennaio 2007, il quale richiamando la Nota dottrinale per la Congregazione della Fede del 24 novembre 2002, afferma che “alla famiglia fondata sul matrimonio monogamico tra persone di sesso diverso non possono essere equiparate in alcun modo altre forme di convivenza, né queste possono ricevere in quanto tali riconoscimento legale”. Tale posizione è stata motivata dal Presidente della CEI, sottolineando il “grandissimo ruolo sociale svolto dalla famiglia ed il contributo particolarmente elevato all’educazione dei figli che essa offre”³⁵⁴; da tali affermazioni, però, pare che “l’unica preoccupazione della CEI sulle unioni di fatto è rappresentata dall’idea che la legge crea mentalità e costume; tuttavia la disciplina di tali unioni non creerebbe affatto mentalità e costume; questi profili si sono già irrimediabilmente trasformati”³⁵⁵.

³⁵¹ Cfr. S. Rossi, “La famiglia nella giurisprudenza della Corte Costituzionale ... cit., p. 11; invece, secondo le parole di C. A. Jemolo, “La famiglia e il diritto”, in *Annali della facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Catania*, 1948, II, p. 57; “la famiglia appare sempre...come un’isola che il mare del diritto può lambire soltanto... la famiglia è la rocca sull’onda, ed il granito che costituisce la sua base appartiene al mondo degli affetti, agl’istinti primi, alla morale, alla religione, non al mondo del diritto”.

³⁵² Le condotte omosessuali, nel corso della storia sono state oggetto di ostracizzazione e di aperta condanna, vi sono state fasi di vera e propria persecuzioni e fasi di “pudica” tolleranza, sul punto V. Tozzi, “La famiglia secondo lo Stato non è quella del diritto canonico”... cit., p. 5.

³⁵³ In riferimento al dibattito tra Stato e Chiesa, sul tema delle unioni di fatto, cfr. E. Rossi, “Il riconoscimento delle coppie di fatto alla ricerca di una sintesi”, in *Quaderni Costituzionali*, a. XXVII, n. 2, 2007; pp. 387 e ss.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 389

³⁵⁵ Così, P. Veronesi, “Costituzione, “strane famiglie” e “nuovi matrimoni”, in *Quaderni costituzionali...* cit., p. 558.

Ancora parte della dottrina³⁵⁶, sostiene che il mancato riconoscimento del matrimonio fra persone dello stesso sesso, “coinvolge profili attinenti all’autonomia ed al libero sviluppo della personalità, dal momento che il matrimonio e la scelta della persona con cui contrarlo costituiscono elementari manifestazioni della libertà individuale”. In altri termini, la scelta della persona con cui instaurare una stabile comunione di vita costituisce ad un tempo espressione dell’identità individuale e dell’esigenza dell’individuo di realizzarsi nel mondo degli affetti e della sessualità, ovvero, del cosiddetto “diritto al libero orientamento sessuale”.

La stessa Corte costituzionale nella Sentenza n. 561 del 1987, ha affermato che “la sessualità è uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporne liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l’art. 2 Cost. impone di garantire”³⁵⁷. Ed ancora, pare opportuno ricordare, che la Suprema Corte di Cassazione, nella sentenza del 25 luglio 2007³⁵⁸, ha riconosciuto l’omosessualità “come condizione dell’uomo degna di tutela, in conformità ai precetti costituzionali, assunto da cui discende che la libertà sessuale va “intesa come libertà di vivere senza condizionamenti e restrizioni le proprie preferenze sessuali”, in quanto espressione del diritto alla realizzazione della propria personalità, tutelato dall’art. 2 della Costituzione”.

A seguito di quanto finora detto, in riferimento alla ‘natura’ ed alla ‘libera scelta’ del matrimonio, pare desumersi, seguendo il ragionamento di alcuni autori che: “o il matrimonio è uno strumento di realizzazione della propria personalità, e allora non si giustifica il regime esclusivo che gli si attribuisce; oppure lo è, ma allora è difficile giustificare che tale regime sia limitato ad un unico modello di organizzazione

³⁵⁶ Sul tema si veda per tutti M. Bonini Baraldi, “Le famiglie omosessuali nel prisma della realizzazione personale”... cit., pp. 5 e ss.

³⁵⁷ La sentenza n. 561 del 10 dicembre 1987 della Corte Costituzionale, riguarda la richiesta di risarcimento del danno morale nei confronti di cittadini vittime di violenza carnale in occasione di operazioni belliche.

³⁵⁸ Cfr. Sentenza n. 16417 del 25 luglio 2007, della Corte Suprema di Cassazione Sez. Civ. I; richiamata precedentemente, p. 72 ed ivi nota 193.

familiare, con la conseguenza che vi siano persone a cui, non per loro scelta volontaria, sia impedito di giovare di questo strumento di realizzazione di se stessi”³⁵⁹.

Il tema del matrimonio tra persone dello stesso sesso rappresenta uno degli aspetti più complicati e dibattuti nella società italiana, ed in generale nelle società occidentali, in quanto in esso confluiscono aspetti concernenti la libertà di coscienza dei cittadini e interessi statali nell’istituzione del matrimonio. Tuttavia, si rileva che “le politiche di promozione e sostegno della famiglia tradizionale, benché volte ad attuare obiettivi del tutto legittimi, difficilmente possono superare il vaglio del principio di eguaglianza laddove si risolvono in effetti discriminatori, poiché l’esclusione delle coppie di persone dello stesso sesso a stento può essere considerata proporzionata, tantomeno necessaria, al perseguimento dell’obiettivo dichiarato”³⁶⁰.

7. Il matrimonio fra persone dello stesso sesso nell’ordinamento italiano: quale destino?

In tale quadro, infine, si osserva come in Italia la disciplina delle unioni di fatto, eterosessuali ed omosessuali troverebbe fondamento nell’articolo 2 della Costituzione, concernente il riconoscimento delle formazioni sociali ove si svolge la personalità. L’assenza di una specifica legge sulle coppie di fatto secondo una parte della dottrina³⁶¹ non configura, nessuna violazione della Costituzione, ovvero nessun obbligo specifico per il legislatore, però, è anche vero che il fenomeno delle coppie di fatto, oggi molto diffuso, non può essere ignorato³⁶².

³⁵⁹ Cfr. R. Bin, “La famiglia: alla radice di un ossimoro” ... cit., pp. 1066 e ss.

³⁶⁰ Sul punto cfr. M. Bonini Baraldi, “Le famiglie omosessuali nel prisma della realizzazione personale”... cit., p. 20.

³⁶¹ Si veda per tutti, M. Cartabia, “La Costituzione parla chiaro: la famiglia è una sola”... cit.

³⁶² Cfr., V. Tozzi, “La famiglia secondo lo Stato non è quella del diritto canonico”... cit., p. 10.

Eppure, fino a pochi mesi fa, la maggior parte dei giudici ha ritenuto legittimo il rifiuto dello stato civile di procedere alle pubblicazioni matrimoniali tra persone dello stesso sesso, non essendo previsto nell'ordinamento di stato civile italiano il matrimonio tra omosessuali. Esemplificativa di tale orientamento giurisprudenziale è la pronuncia della Corte d'Appello di Firenze, del 27 giugno 2008, in cui si asserisce che “è incontrovertibile la circostanza che tutta la normativa positiva afferente all'istituto matrimoniale, sia quella codicistica, sia quella speciale, sia, infine, quella di rango costituzionale, facciano espresso riferimento all'unione tra persone di sesso diverso; così come è facilmente intuibile che né il legislatore del 1942, né quello costituzionale, né quello del 1975, per evidenti ragioni storiche, potessero raffigurarsi una disciplina positiva di unioni fra persone dello stesso sesso”. Inoltre nella stessa, si afferma che “compito della giurisdizione non è quello di creare nuovi diritti, ma più semplicemente quello di tutelare quelli già esistenti (...) è esclusivo compito del legislatore, ovvero sia del corpo sociale attraverso i propri legittimi rappresentanti, dare nuova forma giuridica all'evoluzione del costume attraverso la creazione di nuovi diritti”³⁶³. Tuttavia, con la recente ordinanza del 3 aprile 2009, il Tribunale ordinario di Venezia ha deciso di sospendere il giudizio pendente davanti a sé, rinviando alla decisione della Corte Costituzionale, per la prima volta, la questione relativa al mancato riconoscimento nel nostro ordinamento della libertà di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso. Si sottolinea che, recentemente, anche il Tribunale di Trento ha sollevato la questione, in ordine al rifiuto dell'ufficiale dello stato civile del comune di Trento di procedere alle pubblicazioni matrimoniali di due coppie omosessuali, dinnanzi la Corte Costituzionale.

³⁶³ Cfr. Sentenza del 27 giugno 2008, Corte d'Appello di Firenze; si veda, tra le altre, la Sentenza, in tempi relativamente recenti, del 28 giugno 1980, del Tribunale di Roma, concernente il rifiuto da parte dell'ufficiale dello Stato civile del Comune di Roma di procedere alla richiesta di pubblicazione per contrarre matrimonio, di una coppia omosessuale. La richiesta veniva respinta adducendo che, nel caso *de quo*, mancava una delle condizioni necessarie, ai sensi della normativa vigente, per la celebrazione di un valido matrimonio. Il tribunale di Roma respinse il ricorso della coppia omosessuale, dopo ampia analisi, sottolineando che “il legislatore, quando ha regolato il matrimonio, ha dato disposizioni normative per quell'istituto che il semplice significato letterale, la tradizione giuridica e la coscienza popolare intendono con la parola matrimonio nel senso sopra chiarito e recepito nella Carta costituzionale, come si evince dagli artt. 29, 30 e 31 Cost. Né vengono in considerazione in questa sede altre libertà garantite dalla Costituzione”. Per un approfondimento sulle sentenze appena richiamate, si veda P. Tincani, “Diritto, natura, diritti. L'affaire del matrimonio omosessuale”, in *Quaderni (Dip. Di Scienze Giuridiche “Alberico da Rosciate”)* Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale, B. Pezzini (a cura di), Jovene Editore, Napoli 2008, pp. 173e ss.

Tale proposizione assume una rilevanza notevole dal momento che in sede di applicazione del diritto matrimoniale mai nessun dubbio era sorto sull'esclusivo accesso alle coppi eterosessuali. Inoltre, i giudici si erano sempre espressi con esito negativo nel riconoscere le unioni omosessuali registrate all'estero (in tal senso si ricorda la decisione del Tribunale di Latina sopra menzionata) richiamando l'ordine pubblico internazionale come limite a tale riconoscimento.

Il giudice veneto nell'adire la Corte costituzionale, solleva questione di legittimità costituzionale in ordine agli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 bis e 156 bis del codice civile, poste a fondamento del diniego dell'ufficiale dello stato civile del comune di Venezia di procedere alle pubblicazioni del matrimonio di due persone dello stesso sesso, nella parte in cui, sistematicamente interpretate non consentano alle persone di orientamento omosessuale di poter contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, per contrasto agli artt. 2, 3, 29 e 117, comma 1, della Costituzione. Secondo il Giudice rimettente ciò determinerebbe un'ingiustificata compromissione del diritto inviolabile e fondamentale di contrarre matrimonio, in quanto in contrasto con l'art. 2 Cost., e un'ingiustificata disparità di trattamento, in riferimento all'art. 3 Cost., tra soggetti omosessuali e transessuali visto che quest'ultimi possono contrarre matrimonio con persone del loro stesso sesso di nascita. In riferimento alla violazione dell'art. 29 Cost., si sostiene che la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio non si esaurisce in un modello tradizionale coincidente con l'unione di un uomo e una donna sancita dal vincolo del matrimonio, ma è comprensiva di una nozione dinamica, aperta alle trasformazioni sociali e storiche. Infine, si assume violato l'art. 117, comma 1, Cost., in cui si dichiara che "la potestà legislativa è esercitata dalla Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali". A tal proposito, il giudice *a quo* richiama i diversi atti adottati negli ultimi decenni dalle Istituzioni comunitarie che invitano gli Stati a riconoscere il matrimonio tra soggetti omosessuali o istituti giuridici equivalenti, nonché gli artt. 8, 12 e 14 della CEDU, concernenti rispettivamente il diritto al rispetto della vita privata e familiare; il diritto al matrimonio ed il divieto di discriminazione, come interpretati dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo.

In dottrina sono state già avanzate alcune ipotesi sul come la Consulta potrebbe rispondere a tale questione³⁶⁴; tuttavia, non pare opportuno in tale sede entrare nel merito della questione. Ciò che sicuramente può rilevarsi è che sia che la Corte riconosca l'ammissibilità del matrimonio tra persone dello stesso sesso, sia che lo ritenga illegittimo, "l'indifferenza giuridica" del legislatore italiano nei confronti delle unioni omosessuali non può più essere giustificata, soprattutto con riguardo alle spinte che provengono dal contesto internazionale e dalle politiche delle istituzioni comunitarie.

In conclusione, sul delicato tema del riconoscimento delle unioni di fatto eterosessuali ed omosessuali, ma anche del matrimonio tra persone dello stesso sesso, appare necessaria l'armonizzazione dei diritti fondamentali e dei principi in gioco, considerando che l'evoluzione scientifica, i mutamenti economici, sociali, dei costumi, determinano un'evoluitività dei contenuti degli stessi principi costituzionali, adattandoli ai contesti di riferimento e tenendo comunque fermi i valori fondanti e condivisi della comunità nazionale.

³⁶⁴ Si vedano, A. Y. Melani, "Il matrimonio omosessuale davanti la Corte Costituzionale: azzardo o svolta?", in *Forum di quaderni costituzionali*, 30 giugno 2008; E. Crivelli, *Il matrimonio omosessuale all'esame della Corte Costituzionale*, in www.federalismi.it.

Capitolo V

La tutela del diritto all'espressione dell'orientamento sessuale nell'esperienza spagnola

1. Introduzione

Nell'ambito della trattazione del diritto all'espressione dell'orientamento sessuale particolare attenzione, in tale fase, sarà rivolta all'esperienza spagnola, vista anche la rapida evoluzione, in tale contesto, in ordine al riconoscimento ed alla tutela dei diritti delle persone omosessuali.

Gli aspetti essenziali che saranno affrontati concernono la disciplina delle diverse Comunità Autonome (d'ora in poi CCAA) in riferimento alla tutela delle unioni di fatto nonché la recente modifica del Codice Civile avvenuta con *Ley 13/2005*, con la quale si è prevista la possibilità di contrarre matrimonio anche per le coppie omosessuali.

Occorre precisare che seppure l'ordinamento spagnolo appaia tra i più innovativi, in riferimento al riconoscimento dei diritti delle persone omosessuali, le questioni intorno a tali diritti non pare siano del tutto risolte. Difatti, come si evincerà nel prosieguo, alcune problematiche restano ancora aperte; ciò nonostante, la Spagna continua ad essere una delle mete preferite per le persone omosessuali che desiderano vivere e sviluppare la propria personalità senza sentirsi diversi o minacciati da atteggiamenti discriminatori quando non di veri e propri attacchi omofobi, particolarmente presenti in alcuni contesti sociali europei³⁶⁵.

Come già precedentemente ricordato, dalla seconda metà del secolo scorso molti Paesi democratici hanno intrapreso una serie di riforme che, partendo dalla legge sul

³⁶⁵ Ne costituiscono riprova, le ultime vicende di aggressione ad omosessuali verificatesi in Italia negli ultimi tempi: dalla coppia aggredita fuori dal Gay Village di Roma all'attentato incendiario al Qube, discoteca che ospita eventi gay sempre nella capitale, ma ancora gli attacchi di adolescenti nei confronti di una coppia di turisti gay in vacanza a Napoli, etc.

divorzio come forma di dissoluzione del matrimonio, riconoscono nuove forme di relazione familiare fondate sui principi costituzionali di uguaglianza non discriminazione e del libero sviluppo della personalità. Difatti, proprio in considerazione in ossequio a tali valori, le legislazioni degli Stati democratici hanno finito per riconoscere e regolare gli effetti giuridici delle unioni di fatto stabili e non fondate sul matrimonio.

Alcuni autori³⁶⁶ sostengono che la concezione tradizionale della famiglia come istituzione fondata sul matrimonio ha subito notevoli cambiamenti, ed infatti, accanto alla famiglia ‘tradizionale’ sono sorte altre forme di relazioni familiari originate da unioni non matrimoniali riconosciute legalmente, come ad esempio le famiglie monoparentali. Ciò ha determinato la dissoluzione della tradizionale relazione esistente tra il matrimonio e la famiglia. In realtà, le cause della crisi del matrimonio e della famiglia sono diverse e di diversa natura e tra le principali si rilevano: la mentalità relativista caratteristica della postmodernità che ha dato origine alle differenze basate sul pluralismo etico; la crescente immigrazione; i diffusi movimenti socio-culturali, tra cui quelli omosessuali, che rivendicano il riconoscimento delle unioni fra persone dello stesso sesso, fondando tali richieste sull’esercizio di alcune libertà tra le quali la libertà di coscienza; il riconoscimento delle unioni non fondate sul matrimonio; ed ancora, il progresso della medicina e della biologia che permettono di procreare anche in assenza di rapporti sessuali. La pluralità di modelli di convivenza generati da tali ‘fenomeni’, ognuno dei quali richiederebbe ben altro svolgimento attesa la loro complessità, non sono che “espressione del pluralismo etico caratteristico dell’attuale società occidentale”³⁶⁷.

In generale, nell’ambito dell’Unione Europea è osservabile una tendenza all’equiparazione tra il matrimonio e le unioni di fatto ed ai diritti che da tali istituti discendono³⁶⁸ resa possibile anche ad opera dell’importante intervento delle istituzioni

³⁶⁶ Si veda per tutti, I. M. Sánchez, “Derecho a convivir en pareja y libertad de conciencia”, in *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 11, 2006, pp. 3 e 4.

³⁶⁷ Cfr. S. Ferrari, “Diritto di famiglia e libertà di coscienza. Problemi italiani e prospettive europee”, in *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado*, Bilbao, 2001, pp. 165 e 166.

³⁶⁸ In tal senso fra gli altri si veda, I. M. Sánchez, “Derecho a convivir en pareja y libertad de conciencia”, cit., p. 5, secondo cui, “la disciplina delle diverse forme di convivenza è stata accompagnata

europee, mediante le numerose Risoluzioni del Parlamento, nonché delle Direttive della Commissione Europea e delle modifiche dei Trattati istitutivi. Altresì, non deve poi dimenticarsi il ruolo affatto secondario, svolto in tal senso da alcuni strumenti di tutela dei diritti universali³⁶⁹, come ad esempio la Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo³⁷⁰, la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali³⁷¹, il Patto internazionale dei diritti Civili e Politici³⁷², il Patto Internazionale dei Diritti Economici, Sociali e Culturali³⁷³.

Tali documenti riconoscono e tutelano³⁷⁴ i diritti fondamentali tra cui il diritto a contrarre matrimonio attribuendo inoltre, protezione giuridica alla famiglia. Si tratta di Dichiarazioni accompagnate da una importante giurisprudenza delle Corti

da una progressiva equiparazione tra la famiglia fondata sul matrimonio e quelle extramatrimoniali, al fine di dare concreta attuazione al principio di uguaglianza”.

³⁶⁹ Sul punto, anche criticamente cfr. A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2009.

³⁷⁰ Precisamente, la Dichiarazione Universale dei Diritti dell’uomo, all’art. 16 dispone che “ Uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione. Essi hanno eguali diritti riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e all’atto del suo scioglimento”. In riferimento al matrimonio al comma 2 del suddetto articolo si afferma che “Il matrimonio potrà essere concluso soltanto con il libero e pieno consenso dei futuri coniugi”; ed infine al comma 3, “La famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato”.

³⁷¹ Per quanto concerne la Convenzione Europea dei diritti dell’uomo, all’articolo 8 si afferma che “tutte le persone hanno il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza”; mentre all’art. 12 si fa riferimento al diritto a contrarre matrimonio, “uomini e donne in età matrimoniale hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l’esercizio di tale diritto”.

³⁷² Il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, è stato stipulato il 16 dicembre 1966, ed è entrato in vigore il 23 marzo 1976, all’articolo 23 si fa esplicito riferimento sia al concetto di famiglia che a quello di matrimonio, disponendo che “la famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato (comma 1); il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia è riconosciuto agli uomini e alle donne che abbiano l’età per contrarre matrimonio (comma 2).

³⁷³ Il Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali è stato stipulato a New York il 16 dicembre 1966, ed è entrato in vigore il 23 marzo 1976, all’articolo 10, comma 1, si afferma che: “Gli stati parti del presente Patto riconoscono che: La protezione e l’assistenza più ampia che sia possibile devono essere accordate alla famiglia, che è il nucleo naturale e fondamentale della società, in particolare per la sua costituzione e fin quando essa abbia la responsabilità del mantenimento e dell’educazione di figli a suo carico. Il matrimonio deve essere celebrato con il libero consenso dei futuri coniugi”.

³⁷⁴ In realtà come osservato *Inter alia*, fra tutti, A. Cassese, *I diritti umani oggi*, cit., p. 99; “Se dal 1945 a oggi molto è stato fatto per costruire una rete di protezione internazionale dei diritti dell’uomo, non altrettanto si può dire dei meccanismi di garanzia istituiti a livello universale. Chi opera nel campo dei diritti umani si imbatte infatti in una antinomia fondamentale: sono proprio gli Stati – e cioè i maggiori violatori di quei diritti – gli enti cui ci si deve rivolgere per ottenerne il rispetto”.

internazionali, a cui più volte il Tribunale Costituzionale spagnolo ha fatto riferimento, in applicazione dell'articolo 10 della Costituzione spagnola (d'ora in poi CE), concernente la dignità della persona e la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali³⁷⁵; talvolta, il Giudice costituzionale spagnolo, richiamandosi alle clausole generali contenute nei Documenti sopra menzionati ha reso possibile l'incorporazione tra le tradizionali forme di convivenza anche delle nuove forme di convivenze, tra cui quelle fra persone dello stesso sesso, alle quali apprestare ampia tutela.

A tal proposito, deve ricordarsi come nell'ordinamento spagnolo la superiorità dei Trattati internazionali sulle leggi ordinarie è desumibile dal tenore letterale dell'art. 96, comma 1, della Costituzione, a norma del quale le disposizioni dei "Trattati internazionali validamente stipulati, dopo la loro pubblicazione entrano a far parte dell'ordinamento giuridico e godono di una particolare forza passiva in quanto possono essere derogate, modificate o sospese nel modo previsto dagli stessi trattati o in accordo con le norme generali del diritto internazionale". Tuttavia, ciò non significa che un eventuale contrasto tra una norma legislativa ed un Trattato internazionale sollevi sempre problemi di costituzionalità e, difatti, più volte il Tribunale costituzionale spagnolo ha avuto modo di precisare che gli atti internazionali non possono "erigersi in norme fondamentali e criteri di costituzionalità"³⁷⁶. È da sottolineare comunque che "il rigore di tale pronuncia va temperato in relazione ai Trattati e agli accordi internazionali in materia di diritti umani richiamati dall'art. 10, comma 2, CE, a titolo di criteri interpretativi delle disposizioni costituzionali concernenti diritti e libertà fondamentali"³⁷⁷. Così come rilevato in dottrina³⁷⁸, pare potersi affermare che l'art. 10,

³⁷⁵ Si riporta l'articolo 10 della Costituzione Spagnola, così come enunciato in E. Palici di Suni Prat, F. Casella e M. Comba, (a cura di) *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, II ed., Cedam, 2001, "1) La dignità della persona, i diritti inviolabili che le appartengono, il libero sviluppo della personalità, il rispetto della legge e dei diritti altrui costituiscono il fondamento dell'ordine pubblico e della pace sociale. 2) Le norme relative ai diritti fondamentali e alle libertà riconosciute dalla Costituzione, si interpretano in conformità alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e ai Trattati ed accordi internazionali sulle stesse materie ratificati dalla Spagna".

³⁷⁶ Cfr. Sentenza n. 142 del 1993, III fondamento giuridico, *Tribunal Constitucional*.

³⁷⁷ Cfr. G. Gerbasì e D. Loprieno, "L'apertura del diritto costituzionale al diritto internazionale dei diritti umani negli ordinamenti dell'Europa continentale", in *Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Giappichelli Editore, Torino, 2002, III, p. 1100.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 1115

comma 2, CE, apre l'ordinamento costituzionale spagnolo alla protezione internazionale dei diritti umani mediante l'introduzione di un canone ermeneutico dei diritti e delle libertà costituzionalmente riconosciute³⁷⁹.

Ciò brevemente premesso, deve rilevarsi come nel corso di poco più di un decennio, in Spagna come nella maggior parte dei Paesi membri dell'Unione Europea, si è passati dal considerare le unioni di fatto come una realtà sociale e giuridicamente poco rilevante ad una questione di particolare interesse nella società, e pertanto meritevole di tutela giuridica. Nonostante il diritto di famiglia sia una materia non rientrante nell'ambito delle competenze europee, ma riservata alla disciplina di ciascun Stato membro, negli ultimi tempi si è registrata una tendenza all'omogeneizzazione delle soluzioni adottate nei diversi ordinamenti per far fronte alle problematiche in ordine al tema in oggetto. Il ruolo delle istituzioni europee, sicuramente, ha favorito tale tendenza, in quanto le soluzioni adottate dall'Unione Europea e dal Consiglio d'Europa sono rivolte a tutti i Paesi membri in virtù del riconoscimento e della garanzia dei diritti fondamentali³⁸⁰.

Nell'esperienza spagnola la libera convivenza tra uomo e donna costituisce uno dei possibili modelli di relazione individuale, pienamente accettato e diffuso nella società e che necessita di una disciplina giuridica. È evidente che l'esistenza di famiglie di fatto, o in altri termini di convivenze extra-matrimoniali, unioni libere, famiglia non fondata sul matrimonio, unioni di fatto, coppie di fatto o ancora convivenze *more uxorio*, caratterizzate dall'assenza di vincoli formali, insieme alla famiglia fondata sul matrimonio sottolineano l'esigenza di riconoscere anche alle famiglie di fatto alcune garanzie, concernenti le prestazioni sociali, le relazioni patrimoniali, etc.

³⁷⁹ In tal senso si veda tra le altre la Sentenza n. 50 del 1995, IV fondamento giuridico del *Tribunal Constitucional*, ove si afferma che ai sensi dell'art. 10, comma 2 CE, i Trattati internazionali, hanno un "valor orientador para la comprensión de los derechos fundamentales (...) hasta configurar de alguna manera el canon de constitucionalidad, aun cuando sin carácter autónomo".

³⁸⁰ Si ricorda che l'art. 12 della CEDU e il titolo II-69 del progetto di Costituzione Europea, riconoscono che il diritto di sposarsi e quello di formare una famiglia è oggetto di disciplina riservata alle normative nazionali di ciascun Stato membro, tuttavia, ciò non significa che lo Stato ha libertà assoluta nella disciplina di tali materie, in quanto incontrano il limite fondamentale del rispetto del contenuto essenziale dei diritti riconosciuti nei documenti internazionali dagli stessi Stati ratificati; in tal senso si veda M. N. Arrese Iriondo, "Artículo 12. Derecho a contraer matrimonio", in *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, (a cura di) , I. Lasagabaster Herrarte, Madrid, 2004, p. 490. Inoltre, si veda la Sentenza *Raes c. Regno Unito*, del 17 ottobre 1986 della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

In Spagna sin dal 1994, sono stati così introdotti i primi registri sulle unioni di fatto; con l'intento di ottenere un riconoscimento legale pur se i risultati ottenuti non sempre sono stati quelli sperati³⁸¹. Solo nel 1997, la questione del riconoscimento legale delle unioni di fatto è ritornata ad interessare alcune CCAA; difatti, in quegli anni la Cataluña, la Aragón e la Navarra hanno adottato le prime leggi autonome sulle unioni di fatto, tentando di rispondere concretamente alle rivendicazioni di una importante parte della società civile³⁸². Tuttavia, non è stata ancora approvata una legge statale che riconosca e tuteli le coppie di fatto e secondo alcuni autori tale legge non ha visto la luce “perché la Costituzione riserva la competenza sul matrimonio allo Stato, seppure si riconosca alle CCAA la possibilità di regolamentare le relazioni di convivenza senza invadere le competenze statali che risulterebbero riservate alle forme di matrimonio in generale”³⁸³. L'esigenza di una normativa statale sulle unioni di fatto è ancora più avvertita allorché si pensi che essa consentirebbe, tra l'altro, di evitare vere e proprie discriminazioni tra le diverse CCAA, ad esempio, si eviterebbero situazioni come quelle dei cittadini della Navarra che intrattengono relazioni familiari in condizioni più vantaggiose, o le coppie omosessuali che godono di ‘vantaggi’ che alle coppie di fatto di altre CCAA non sono invece riconosciuti.

Probabilmente il legislatore statale non ha considerato prioritaria una nuova disciplina comune e di principio concernente le unioni di fatto³⁸⁴. Si potrebbe pensare che la recente modifica del Codice Civile, laddove prevede la possibilità di contrarre matrimonio per le coppie dello stesso sesso, abbia sensibilmente modificato la situazione. Tuttavia, considerando le differenti discipline adottate dalle singole CCAA,

³⁸¹ Il Comune di Vitoria-Gasteiz, in data 4 marzo 1994, è stato il primo Comune spagnolo a introdurre un Registro volontario delle unioni civili, aperto alle coppie di fatto sia eterosessuali che omosessuali. L'obiettivo di tale registro era quello di “*asegurar protección social, económica y jurídica de las parejas formadas al margen del matrimonio*”, si veda J. M. Aristóteles Magán Perales, “Derecho a la orientación sexual y a la identidad de género”, in *Reformas Estatutarias y Declaración de Derechos*, F. Balaguer, L. Ortega Alvarez, G. Camara Villar, J. A. Montilla Martos (a cura di), 2008, Sevilla, p. 303.

³⁸² Cfr. M.C. Pérez Villalobos, *Las leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho*, Thomson Civitas Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 14.

³⁸³ *Ibidem*, p. 64.

³⁸⁴ In tal senso, si veda M. d. M. Moreno, “Las uniones de hecho en la legislación autonómica”, in *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXII (2006), p. 95, secondo cui: “*los tribunales de justicia y, posteriormente, el legislador han ido solucionando los problemas planteados por la normativa vigente, sin llegar a concretar un tratamiento global y homogéneo de las relaciones no matrimoniales*”.

pare invece evidente l'urgenza di una legge statale sulle unioni di fatto, al fine di evitare di cadere nell'assurdo per cui una coppia omosessuale può contrarre matrimonio e adottare figli mentre non può vedersi riconosciuta la propria relazione di fatto o riconosciuti alcuni diritti, se non in base all'appartenenza ad una Comunità Autonoma piuttosto che ad un'altra.

2. La depenalizzazione delle condotte omosessuali ed il riconoscimento del diritto all'espressione dell'orientamento sessuale nell'ordinamento spagnolo.

Più volte, nel presente lavoro, si è sottolineata l'importanza come metodo di studio di un approccio non solo giuridico ma anche storico, siccome teso a rilevare il graduale riconoscimento dei diritti delle persone LGBT, e dunque facendo riferimento alle diverse fasi o *steps* di tale processo.

La Spagna, come già detto, appare come una delle esperienze più avanzate nel riconoscimento dei diritti delle persone omosessuali; tuttavia, pare opportuno richiamare, prima di ricostruire i cc.dd. *steps* concernenti il riconoscimento giuridico delle relazioni affettive tra persone dello stesso sesso, il processo di depenalizzazione delle condotte omosessuali, caratterizzante la prima fase dell'evoluzione normativa in oggetto.

È ben noto che nel corso della storia occidentale, per lo meno a partire dal Codice Giustiniano, la condizione omosessuale è stata oggetto di un “*terrible pedigree histórico*”³⁸⁵. Anche in Spagna l'omosessualità è stata oggetto di condanna; in alcuni periodi è stata definita come condizione di infermità e di malattia mentale ed inoltre, fino al 1978, è stata sanzionata penalmente.

³⁸⁵ Cfr. F. Rey Martín, “Homosexualidad y Constitución”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 73, 2005, p. 112.

Pertanto, fino a pochi decenni fa, nella società spagnola, come nella gran parte del resto del mondo, l'omosessualità era considerata un tabù, un qualcosa quasi invisibile anche per il diritto. La prima sentenza che fa riferimento, seppur indirettamente, all'omosessualità risale al 1982, ed in essa il TC ha riconosciuto la violazione del diritto alla presunzione di innocenza del ricorrente, in seguito alla decisione del *Tribunal ordinario* di affidare, nel corso di un processo di separazione matrimoniale, la custodia dei figli alla madre esclusivamente a causa del 'sospetto di omosessualità' del padre³⁸⁶. Nella sentenza n. 446 del 1984, il Giudice Supremo però, non ha dichiarato incostituzionale il precetto penale militare che sanzionava l'appartenente alle forze armate che avrebbe compiuto "*actos deshonestos con individuos del mismo sexo*". In effetti, nelle sue prime pronunce, il Giudice costituzionale non ha avuto modo di pronunciarsi esplicitamente sull'omosessualità. Diversamente, il *Tribunal Supremo* è stato più volte chiamato ad esprimersi in riferimento a due questioni particolari: l'abrogato reato di scandalo pubblico, previsto all'art. 431 del Codice penale del 1973³⁸⁷ ed il reato contro l'onore militare per atti disonesti con persone dello stesso sesso, contenuto all'art. 352 del Codice di Giustizia Militare, poi sostituito dalle cause di responsabilità disciplinare³⁸⁸.

Nemmeno dinnanzi ai Tribunali ordinari può rilevarsi un caso di riconoscimento del divieto di discriminazione in base al proprio orientamento sessuale. La maggior parte delle questioni concernevano la 'mancata' concessione della pensione di reversibilità al compagno superstite della coppia, ma tra gli altri casi, si ricorda ad esempio la sentenza n. 2759 del 2000, con la quale non si è riconosciuto il diritto di inclusione nella tessera sanitaria di una donna (lesbica) della compagna con cui ella conviveva³⁸⁹. In tale quadro, deve inoltre ricordarsi l'eclatante caso di arresto di una persona esclusivamente per il proprio orientamento sessuale³⁹⁰ e che, oltre tutto, nella fase di arresto era stata

³⁸⁶ Cfr. Sentenza n. 13 del 1982, del Tribunal Constitucional.

³⁸⁷ Si precisa che il reato di scandalo pubblico è stato abrogato mediante *LO 5/1988* del 9 giugno e non è previsto dal vigente *Código Penal*.

³⁸⁸ L'art. 352 del *Código Justicia Militar*, è stato derogato dall'attuale *Código Penal Militar* del 9 dicembre 1985.

³⁸⁹ Si veda la Sentenza n. 2759/2000 del 30 giugno 2000, del *Juzgado de lo Social de Pamplona*.

³⁹⁰ Cfr. Sentenza ARP 2001/35 del 20 marzo 2001, dell' *Audencia Provincial de Barcelona*.

pesantemente offesa dagli agenti di polizia. Il Tribunale si è però pronunciato riconoscendo la violazione della garanzia della detenzione arbitraria (art. 17 CE) e del diritto all'integrità morale (art. 15 CE).

In Spagna, l'omosessualità è stata considerata un comportamento punibile penalmente fino al 1978, la sua depenalizzazione si è avuta con l'abrogazione della *Ley de Peligrosidad y rehabilitación Social* del 1970³⁹¹. Successivamente i movimenti gay (ma anche lesbici) hanno iniziato a 'mostrarsi' pubblicamente, come nella maggior parte dei Paesi occidentali, attraverso manifestazioni, la prima delle quali si è svolta nel 1977 a Barcellona.

A partire dalla seconda metà degli anni Novanta, è mutato il modo di considerare gli omosessuali, anche grazie al ruolo decisivo svolto dalla normativa europea³⁹². A livello nazionale, è stato il c.d. "rodaje constitucional"³⁹³ che ha condotto prima alcuni comuni e, più tardi, alcune CCAA ad adottare una normativa tendente al riconoscimento dei diritti delle le unioni di fatto (eterosessuali ed omosessuali), comprendendo implicitamente il diritto all'espressione dell'orientamento sessuale.

In meno di dieci anni la tutela dell'omosessualità è diventata così, un assunto centrale dell'ordinamento costituzionale spagnolo, non solo perché risulta essere una questione di grande rilevanza sociale, ma anche perché è strettamente collegata a due valori fondamentali: quello della libertà e dell'eguaglianza. La libertà, perché "*el corazón del asunto es la orientación sexual de las personas, es decir, una de las claves de la existencia humana y por tanto, de su dignidad, central para la vida familiar, el*

³⁹¹ La legge precedente alla *Ley de Peligrosidad y rehabilitación* del 1970 era la *Ley de Vagos y Maleantes* dell'epoca della II Repubblica, adottata nel 1954 dal regime franchista per includere la condanna dell'omosessualità, in cui si diceva: "*A los homosexuales, rufianes y proxenetas, a los mendico profesionales y a los que vivan de la mendicidad ajena, exploten menores de edad, enfermos mentales o lisiados, se les aplicarán para que cumplan todas sucesivamente, las medidas siguientes: a) Internado en un establecimiento de trabajo o colonia agrícola. Los homosexuales sometidos a esta medida de seguridad deberán ser internados en instituciones especiales, y en todo caso, con absoluta separación de los demás. b) Prohibición de residir en determinado lugar o territorio y obligación de declarar su domicilio. c) Sumisión a la vigilancia de los delegados*".

³⁹² A tal proposito, per ulteriori approfondimenti si veda F. Rey Martínez, "Homosexualidad y Constitución"... cit., p. 116 e ss.

³⁹³ Cfr. J. M. Aristóteles Magán Perales, "Derecho a la orientación sexual y a la identidad de género"... cit., p. 302.

*benestar colectivo y el desarrollo de la personalidad individual*³⁹⁴. Allo stesso modo l'uguaglianza risulta implicitamente connessa alla tutela dell'orientamento sessuale, dal momento che la Costituzione spagnola, *“ni conoce ni tolera clases entre los ciudadanos”*³⁹⁵.

In seguito all'approvazione della *ley 13/2005* dell'1 luglio 2005, di modifica del codice civile, si è prevista la possibilità di contrarre matrimonio anche per le coppie omosessuali, precisamente l'art. 44 del Cod. Civ. dispone che *“Tendrá los mismos requisitos y efectos el matrimonio cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo”*; cosicché alcuni autori sostengono che l'omosessualità in poco tempo, *“ha pasado de ser un asunto casi invisible para el Derecho a normalizarse tanto que están a punto de encajarse las uniones estables homosexuales en el seno de la tradicional institución matrimonial”*³⁹⁶.

3. La disciplina delle unioni di fatto come espressione della libertà di coscienza e del libero sviluppo della personalità

Nello studio concernente il riconoscimento dei diritti delle persone omosessuali ed in specie dei diritti e doveri delle coppie formate da persone dello stesso sesso, pare opportuno soffermarsi su alcuni principi caratterizzanti l'ordinamento democratico spagnolo che hanno 'giustificato' la regolamentazione delle unioni di fatto eterosessuali ed omosessuali, nonché il riconoscimento del diritto a contrarre matrimonio per le coppie formate da persone dello stesso sesso. Si tratta, specificamente, dei principi del libero sviluppo della personalità e della libertà di coscienza.

³⁹⁴ Cfr. . Rey Martín, “Homosexualidad y Constitución”... cit., p. 117.

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 117; ove si citano le parole del Giudice Harlan, in riferimento alla Costituzione Nord Americana, nella Sentenza *Plessy v. Ferguson* del 1886.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 117.

Per quanto concerne quest'ultima libertà, occorre ricordare che essa nei Documenti internazionali viene menzionata congiuntamente alla libertà di pensiero ed alla libertà di religione³⁹⁷, anche se non è possibile rintracciare una definizione chiara delle suddette libertà. Difatti, come rilevato in dottrina³⁹⁸, non esistono nei Documenti internazionali criteri chiari per fissare l'ambito ed il contenuto proprio della libertà di coscienza, di pensiero e di religione³⁹⁹, fino al punto da non sapere se si tratti di tre libertà distinte o di tre aspetti concernenti la medesima libertà.

D'altra parte, nemmeno la giurisprudenza della Corte Europea e della Commissione (oggi non più esistente) ha chiarito la portata delle libertà richiamate; tuttavia, in assenza di criteri definitivi appare interessante nella giurisprudenza della Commissione una particolare precisazione. Difatti, secondo quest'ultima, mentre la libertà religiosa può essere esercitata tanto da una persona fisica quanto da una persona giuridica, la libertà di coscienza può essere esercitata solo da una persona fisica. In riferimento all'art. 9 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (d'ora in poi CEDU), la Commissione ha affermato che in essa, è principalmente protetta "la sfera delle convinzioni personali e delle credenze religiose, in altri termini,

³⁹⁷ Si ricorda, tra le principali Dichiarazioni concernenti i diritti umani, l'art. 18 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, a norma del quale "Ogni individuo ha il diritto alla libertà di pensiero, coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, e la libertà di manifestare, isolatamente o in comune, sia in pubblico che in privato, la propria religione o il proprio credo nell'insegnamento, nelle pratiche, nel culto e nell'osservanza dei riti"; e l'art. 9, comma 1 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo del 1950, ove si dispone che "Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti".

³⁹⁸ A tal proposito cfr. J. Martínez-Torrón, "El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos", in *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, II, 1986, p. 422.

³⁹⁹ A tal proposito si veda, D. Loprieno, *La libertà religiosa*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 30 e ss, in cui si sottolinea che "non è dato riscontrare una definizione giuridica di religione che, anzi, essa costituisce una sorte di *punctum dolens* negli studi in materia ed impegni sovente i giudici costituzionali e comuni degli ordinamenti di matrice liberal democratica. (...) La libertà di religione, che è anzitutto liberazione da precedenti vincoli e limiti e coazioni, ha costituito anche il "primo diritto culturale" ed è stata "matrice e primo esempio" della libertà di manifestazione del pensiero, base costitutiva del liberalismo politico stesso".

l'ambito definito *forum internum*⁴⁰⁰; seppure non sia stato definito esattamente cosa si intende per '*forum internum*', si desume che l'oggetto di protezione è soprattutto la libertà di scegliere una religione o una convinzione contro qualsiasi intromissione volta a modificare illegittimamente il proprio processo naturale. In sintesi, dall'esame della giurisprudenza europea pare potersi affermare "che la libertà di pensiero designa la libertà ideologica e la libertà di religione la religione, ove i contenuti e i limiti si disciplinano a seguito del loro riconoscimento. In riferimento alla libertà di coscienza, non pare essa possa essere interpretata come facoltà volta all'attuazione di sé, per motivi diversi da quelli religiosi o ideologici; infatti, si riconosce la libertà di manifestazione della religione e delle proprie convinzioni e non quella della libertà di coscienza, in quanto quest'ultima concerne la fase previa dell'esteriorizzazione delle altre libertà"⁴⁰¹.

Nella Costituzione spagnola, la libertà di coscienza, a differenza dei Documenti Internazionali, non è contemplata all'art. 16, comma 1, ove invece si riconoscono espressamente la libertà ideologica e la libertà religiosa⁴⁰². Ciò ha comportato non solo il problema della definizione della libertà di coscienza ma anche la sua collocazione costituzionale. In riferimento a tale secondo aspetto, il criterio generalmente adottato è stato quello di considerare tale libertà implicitamente riconosciuta⁴⁰³ all'art. 16, comma 1, CE; la dottrina maggioritaria sostiene, infatti, che il significato della libertà di coscienza consiste nel giudizio morale delle proprie azioni e nell'attuazione di tale giudizio, da cui deriva l'idea che l'obiezione di coscienza è la manifestazione 'principe'

⁴⁰⁰ Tra le diverse decisioni della Commissione, si vadano la Sentenza 11921/1986, caso C. contro Regno Unito, la sentenza 10678/1983 caso V. contro *Nederlands*.

⁴⁰¹ Cfr. I. M. Sánchez, "Derecho a convivir en pareja y libertad de conciencia"... cit., p. 7.

⁴⁰² Si riporta l'articolo 16, comma 1, della Costituzione Spagnola, così come enunciato in E. Palici di Suni Prat, F. Casella e M. Comba, cit., p. 794, "È garantita la libertà ideologica, religiosa e di culto degli individui e delle comunità senza altra limitazione, nelle sue manifestazioni, oltre quella necessaria per il mantenimento dell'ordine pubblico protetto dalla legge".

⁴⁰³ Cfr. J. A. SoutoPaz, "Libertad ideologica y religiosa en la jurisprudencia constitucional", in *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudio en memoria del Profesor Pedro Lombardia*, Madrid, 1989, p. 516.

della libertà di coscienza. Tuttavia, a tale significato della libertà di coscienza, parte della dottrina⁴⁰⁴ spagnola nega l'esistenza di una possibile rilevanza giuridica.

Il TC, invece, nella sua giurisprudenza ha sostenuto, in accordo con la dottrina prevalente, che la libertà di coscienza è implicitamente riconosciuta all'art. 16 CE, affermandosi che essa “suppone non solo il diritto a formare liberamente la propria coscienza, ma anche a operare secondo gli imperativi della stessa”⁴⁰⁵. Cosicché, estendendo la portata di tale pronuncia, è possibile secondo alcuni autori, che “il diritto alla libera formazione della propria coscienza – come presupposto della libertà religiosa e della libertà ideologica – è intimamente legato al diritto a convivere in coppia e al diritto di fondare una famiglia. In effetti, tali diritti sono una delle possibili cause ed allo stesso tempo fattori, del libero sviluppo della personalità; sviluppo nel quale convergono l'attuazione della persona in accordo con le proprie convinzioni più intime – religiose e ideologiche – le quali logicamente si proiettano nell'ambito della convivenza e della famiglia”⁴⁰⁶.

Dunque, ogni persona è libera di vivere sola o di convivere con un'altra persona, tale scelta appartenendo all'ambito di libertà propria vincolato alle proprie convinzioni ed alle idee più intime. Si tratta, in altri termini, di una decisione che fa parte del nucleo intangibile della libertà di coscienza e perciò il diritto non può interferire, ma potrebbe disciplinare i requisiti di un determinato tipo di convivenza al fine di garantirne il riconoscimento giuridico. A sostegno di tale argomentazione, si rileva che il Giudice di Strasburgo ha avuto modo di sottolineare che l'art. 12 CEDU, concernente il matrimonio, contempla tale istituto come un diritto e non come un dovere. Allo stesso modo, la Costituzione spagnola considera il matrimonio una posizione di vantaggio e non una posizione di mera soggezione, e tuttavia, non fa alcun riferimento alle altre forme di convivenza. La libertà di sposarsi o meno, comporta “il riconoscimento, come principio generale ispiratore dell'ordinamento, dell'autonomia dell'individuo di scegliere le diverse opzioni che la vita gli presenta, in armonia con i propri interessi e

⁴⁰⁴ In tal senso cfr. A. Motilla, “Breves notas en torno a la libertad religiosa en el Estado promocional contemporaneo”, in *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa*, Madrid, 1989, p. 195.

⁴⁰⁵ Cfr. Sentenza n. 15 del 23 aprile 1982, fundamento jurídico 6, del *Tribunal Constitucional*.

⁴⁰⁶ Si veda I. M. Sánchez, “Derecho a convivir en pareja y libertad de conciencia”... cit., p. 9.

preferenze”⁴⁰⁷. A tal seguito, si precisa che la libertà di contrarre matrimonio o di non contrarlo è un corollario del principio della dignità della persona e del libero sviluppo della personalità come fondamento dell’ordine politico⁴⁰⁸. Dignità, che inoltre, come affermato dal TC “si manifesta singolarmente nell’autodeterminazione cosciente e responsabile della propria vita e che comprende il rispetto da parte degli altri”⁴⁰⁹. Inoltre, sempre in riferimento alla possibilità di contrarre matrimonio, il TC ancora una volta, nella sentenza n. 184 del 1990, ha affermato che “la possibilità di scegliere lo stato civile di coniuge o di persona non sposata è intimamente vincolata al libero sviluppo della personalità (art. 10 CE), in modo che lo Stato, non possa imporre un determinato stato civile”⁴¹⁰.

Occorre precisare che il principio costituzionale del libero sviluppo della personalità, già più volte citato, nell’ordinamento spagnolo è esplicitamente richiamato all’art. 10, comma 1 CE, come principio fondamentale dell’ordine politico e della pace sociale, insieme alla dignità umana, i diritti inviolabili ad esso inerenti, il rispetto della legge e degli altri. Eppure, come sottolineato in dottrina⁴¹¹, non esiste un diritto al libero sviluppo della personalità, la cui lesione potrebbe essere invocata in un “*recurso de amparo*”. La mancata inclusione del libero sviluppo della personalità tra i diritti fondamentali e le libertà pubbliche della Sezione I, Titolo I, della Costituzione, pone il problema dell’effettiva portata e significato di tale principio.

La giurisprudenza non pare abbia fatto chiarezza su tale aspetto ed inoltre, tutto ciò trova giustificazione nel fatto che le norme ed i principi contenuti all’art. 10 CE, non possono essere oggetto di un “*recurso de amparo*”. Parte della dottrina, ritiene che esistono sicuramente altre motivazioni per cui neanche il TC fa frequente richiamo al

⁴⁰⁷ Cfr. Sentenza n. 132 del 18 luglio 1989, Fondamento giuridico 6, del *Tribunal Constitucionanl*.

⁴⁰⁸ Art. 10, comma 1, della *Constitución Española*.

⁴⁰⁹ Cfr. Sentenza n. 53 del 18 luglio 1985, Fondamento giuridico 6, del *Tribunal Constitucionanl*.

⁴¹⁰ Si veda la Sentenza n. 47 dell’8 febbraio 1993, Fondamento giuridico 4, del *Tribunal Constitucional*.

⁴¹¹ A proposito del principio del libero sviluppo della personalità, come principio caratterizzante il riconoscimento di altre forme di convivenza nell’esperienza spagnola, si veda J. R. De Verda y Beamonte, “El libre desarrollo de la personalidad como principio inspirador de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, *Comentarios a las Reformas de derecho de Familia de 2005, 2006*, isbn 84-8355-071-7, p. 33.

principio del libero sviluppo della personalità; tra cui una disciplina dei diritti fondamentali meno specifica rispetto alla Costituzione tedesca, alla quale la Costituzione spagnola è ispirata, che ha comportato per il TC l'applicazione di norme concrete piuttosto che di principi generali. Difatti, il principio del libero sviluppo della personalità non viene mai utilizzato come *'ratio decidendi'* esclusiva della sentenza. A tal proposito, si ricorda la sentenza n. 53 del 1985, sopra riportata, in cui si fa riferimento al libero sviluppo della personalità come “autodeterminazione cosciente e responsabile della propria vita”, che insieme al valore giuridico fondamentale della “dignità della persona”, vengono considerate ragioni favorevoli alla legge di depenalizzazione dell'aborto. Altresì, nella sentenza n. 120 del 1990, si rinviene un interessante argomentazione che appare in sintonia con la posizione dell'*Audencia Provincial de Madrid*, Sezione II, del 15 febbraio 1990, che ha riconosciuto – rendendo celebre il caso – il diritto di sciopero della fame, affermandosi, inoltre, che “in nessun caso può somministrarsi ai reclusi alimentazione per via venosa, in quanto deve essere rispettata la possibilità di determinarsi liberamente e coscientemente”⁴¹².

Dunque, il richiamo al principio del libero sviluppo della personalità viene ancora una volta concretizzato dal TC riconoscendo un diverso diritto, come si è verificato per l'espressione della propria sessualità, nella sentenza n. 215 del 1994, ove si afferma che l'esercizio di tale libertà, “deriva dal libero sviluppo della personalità contemplato all'art. 10, comma 1 della Costituzione”. Tuttavia, è nell'ambito del riconoscimento dei diritti delle coppie di fatto che soprattutto il Giudice costituzionale motiva le proprie decisioni sul fondamentale principio al libero sviluppo della personalità collegandolo alla libertà, prima richiamata, di scegliere tra lo stato di sposato o di *single*, anche se le conseguenze di tale scelta restano distinte. Si ricorda a tal proposito, la Sentenza del TC n. 156 del 1987, in cui si afferma che “la libertà di scelta tra lo stato civile di sposato o di celibe è uno dei diritti fondamentali strettamente collegato al libero sviluppo della personalità, considerato dalla Costituzione come fondamentale per l'ordine politico e della pace sociale (art. 10.1 CE)”. Tale diritto o libertà fondamentale, inoltre, trova riconoscimento e tutela in Costituzione in virtù dell'art. 32, comma 1 della CE, sia in senso positivo che negativo, ovvero sia inteso come diritto di sposarsi che come diritto di non sposarsi, in quanto lo Stato non può imporre un determinato stato civile. Con

⁴¹² Cfr. Sentenza n. 120 del 27 giugno 1990, Fondamento giuridico 2, del *Tribunal Constitucional*.

tutto ciò non può considerarsi il diritto a non sposarsi come inclusivo del diritto ad un sistema statale di previsione sociale che copra il rischio di morte di uno dei *partner* dell'unione di fatto. Nella sentenza del 1987, la Corte costituzionale spagnola sottolinea che “il matrimonio e la convivenza extra-matrimoniale non sono situazioni equivalenti”. In altri termini, nell'esercizio della libertà di non sposarsi, ovvero di convivenza *more uxorio*, il soggetto non può ‘aspettarsi’ di beneficiare automaticamente di tutte le conseguenze giuridiche attribuite alle persone che esercitano il diritto costituzionale di contrarre matrimonio. Proprio per tale ultimo aspetto, si giustificano differenze oggettive di trattamento.

Tale orientamento giurisprudenziale viene però meno nei casi concernenti l'ambito di locazione di immobili, dove l'esercizio del diritto costituzionale di contrarre matrimonio non è utilizzato come motivazione giustificativa di un trattamento diseguale tra il partner superstite di una convivenza di fatto e quello di una coppia unita in matrimonio. Così, nella sentenza n. 47 del 1993, il Giudice costituzionale ha affermato che “in corrispondenza del pluralismo di opzioni personali esistenti nella società spagnola e la preminenza del libero sviluppo della personalità (art. 10.1 CE), la Costituzione, non solo protegge la famiglia che si è costituita mediante matrimonio – a cui riserva una protezione speciale, come riconosciuto nella sentenza n. 45 del 1989 – ma anche la famiglia come realtà sociale, intesa come famiglia costituita volontariamente mediante unione di fatto, affettiva e stabile, di una coppia”⁴¹³. Inoltre, è in base all'art. 39, comma 1 CE, concernente la tutela della famiglia, che “il fondamento costituzionale sopravvenuto del diritto di successione *mortis causa* dell'art. 58, comma 1 LAU (*Ley de Arrendamientos Urbanos*)” è stato dichiarato incostituzionale, in quanto esclude come beneficiario della successione *mortis causa* chi avesse convissuto in modo affettivo e stabile con l'affittuario deceduto”. Cosicché, il TC ha dichiarato che la differenza contemplata nell'ex art. 58, comma 1 LAU, tra le coppie sposate e le convivenze *more uxorio*, non può essere giustificata ragionevolmente ed obiettivamente, contraddicendo inoltre, l'art. 14 CE, in relazione con i precetti e principi contemplati negli artt. 39, comma 1 e 47 della CE.

⁴¹³ Cfr. Sentenza n. 47 dell'8 febbraio 1993, del *Tribunal Constitucional*.

Ciò premesso e come è stato notato da autorevole dottrina, si pone la questione del perché il TC non adotti le stesse argomentazioni quando si tratta di equiparare i diritti delle coppie unite in matrimonio e quelle che convivono, anche in materia pensionistica. Probabilmente come “esplicitamente osservato, per lo Stato una tale equiparazione comporterebbe dei costi elevatissimi, mentre per la successione nel contratto di locazione nessuna spesa viene da esso sostenuta”⁴¹⁴.

Tuttavia, alla luce della giurisprudenza costituzionale richiamata, ed in armonia con la dottrina prevalente⁴¹⁵, pare potersi concepire il libero sviluppo della personalità come un’esigenza irrinunciabile della dignità umana, che ha il suo nucleo essenziale nell’idea di “autodeterminazione cosciente e responsabile della propria vita”⁴¹⁶. Sebbene la lesione del libero sviluppo della personalità non possa giustificare l’interposizione di un “*recurso de amparo*”, se non esclusivamente quando esso sia ricollegato ad un diritto fondamentale incluso nella Sezione I, della Costituzione spagnola⁴¹⁷, esso resta senza dubbio un principio costituzionale cardine che come gli altri valori supremi, della giustizia, dell’uguaglianza e del pluralismo politico, ed i restanti fondamenti dell’ordine politico e della pace sociale vincolano tutti i poteri pubblici (art. 9.3 CE). Dovrà comunque tenersi presente l’evoluzione normativa dei diritti, dei doveri e delle libertà proclamati al titolo I della CE, nonché l’applicazione e l’interpretazione giurisprudenziale delle norme attinenti a tali diritti, doveri e libertà.

⁴¹⁴ A proposito delle problematiche concernenti l’equiparazione dei diritti delle unioni stabili con il matrimonio, in virtù del principio del libero sviluppo umano, si veda J. R. De Verda y Beamonte, “El libre desarrollo de la personalidad como principio inspirador de la Ley 13/2005... cit., p. 36.

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 37.

⁴¹⁶ Cfr. Sentenza n. 53 del 1985, fondamento giuridico 9, del *Tribunal Constitucional*, in cui si afferma che “La dignidad de la persona se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás.

⁴¹⁷ Si precisa che l’art. 161, comma 1, lett. b), della CE, dispone che Il *Tribunal Constitucional* ha giurisdizione in tutto il territorio spagnolo ed è competente a conoscere: del ricorso *d’Amparo* per violazione dei diritti e delle libertà di cui all’art. 53 comma 2 di questa Costituzione, nei casi e nei modi previsti dalla legge; I diritti e le libertà indicati nell’art. 53 CE, sono quelli “riconosciuti dall’art. 14 e della Sezione I del capitolo II”. Quest’ultima disposizione è considerata il “*precepto clave*” della Costituzione spagnola, in quanto disciplina gli aspetti essenziali della tutela e della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali. Cfr. F. De Carrera Serra, “La tutela judicial de los derechos fundamentales: un estudio de jurisprudencia”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 48, 1996, pp. 299 e ss.

Di conseguenza, l'alterazione del principio del libero sviluppo della personalità da parte del legislatore ordinario potrà essere oggetto di un ricorso di costituzionalità, come anche di una questione di incostituzionalità. Allo stesso modo, la lesione del principio in oggetto da parte di una risoluzione giudiziale potrà essere impugnata in cassazione dinnanzi il *Tribunal Supremo*, per infrazione di una norma costituzionale, ai sensi del n. 5 dell'art. 1692 LECiv.

Tuttavia, il principio del libero sviluppo della personalità non potrà alterare l'essenza di un diritto fondamentale, come ad esempio il matrimonio, così come disciplinato nel testo costituzionale; a tal proposito, alcuni autori sostengono che tale principio “non può essere utilizzato come ‘cajón de sastre’ per riconoscere copertura istituzionale a determinati comportamenti sociali basati sul libero arbitrio individuale o di gruppo”⁴¹⁸.

4. Il fondamento costituzionale delle unioni di fatto

Lo studio dei fondamenti costituzionali delle unioni di fatto in Spagna, non può prescindere neppure dalla trattazione di due concetti chiave come il matrimonio e la famiglia che spesso sono stati utilizzati, in modo poco chiaro, come sinonimi delle nuove realtà affettive. Difatti, i Giudici, nelle diverse pronunce, non hanno definito l'ampio contenuto delle disposizioni concernenti entrambe gli istituti, limitandosi piuttosto a richiamare le cc. dd. “*norme de configuración legal*”. Tuttavia, ciò che invece è risultato chiaro, è che tanto il *Tribunal Constitucional* quanto più in generale i Tribunali ordinari nel loro argomentare, hanno posto in stretta connessione le unioni di fatto con i principi di uguaglianza, la libertà ideologica e il libero sviluppo della

⁴¹⁸ Cfr. J. M. Espinar Vincente, “Consideraciones en torno al “libre desarrollo de la personalidad” desde un planteamiento social”, in *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10.1 de la Constitución*, L. G. San Miguel, Alcalá de Henares (a cura di), 1995, pp. 71 e ss.

personalità⁴¹⁹, lasciando comunque aperta la questione del fondamento costituzionale della nuova realtà sociale.

4.1 Le unioni di fatto tra l'istituto matrimoniale e il concetto di famiglia

Si sottolinea che famiglia e matrimonio non risultano essere concetti chiaramente definiti nel dibattito spagnolo e ciò appare ancora più evidente considerando che la stessa società spagnola, nel corso del tempo ha mutato ed ampliato tanto il concetto di famiglia che di matrimonio. Si tratta di istituti che sono andati trasformandosi e che non possono prescindere da quelle che sono le diverse tendenze personali, il rispetto dei diritti altrui, la tutela dei figli e dei minori, aspetti fondamentali per la società che non possono essere considerati esclusivi della sfera individuale. Tuttavia, il tema sociale del matrimonio, ma soprattutto della famiglia coinvolge, allo stesso tempo, altri diritti come il diritto all'intimità, la libertà o il libero sviluppo della personalità, che caratterizzano la stessa nuova regolamentazione. Cosicché, in un tentativo definitorio dei concetti in commento devono necessariamente tenersi in considerazione fattori soggettivi, che dipendono dalla propria ideologia, il proprio credo religioso, l'etica e la morale che rendono molto difficile trovare una soluzione unanimemente accettata.

Tali problematiche, in realtà, non sono recenti e già nei dibattiti in sede costituente sono state oggetto di discussione, dal momento che la Spagna veniva dall'esperienza totalitaria franchista, dove libertà fondamentali come quelle ideologica e religiosa non

⁴¹⁹ I tribunali ordinari a partire dalla sentenza n. 15 del 15 maggio 1981, della *Magistratura de Trabajo* (Tribunale del Lavoro), si sono pronunciati riconoscendo le unioni di fatto nell'ambito del principio di uguaglianza, contemplato all'art.14 CE, fondamentalmente in riferimento a questioni quali: la pensione di reversibilità, la successione nel contratto di affitto del partner defunto, o le imposte sul Reddito delle Persone Fisiche. La sentenza richiamata concerne appunto il riconoscimento del diritto alla pensione di reversibilità ad una donna che era unita in una relazione extramatrimoniale con il lavoratore deceduto, con il quale aveva avuto figli, e che prima era sposato con un'altra donna con la quale aveva interrotto la convivenza diversi anni prima.

erano certamente riconosciute⁴²⁰. La società spagnola del tempo conservava in prevalenza il concetto tradizionale di famiglia fondato sul matrimonio, ciò nonostante (ed in maniera lungimirante) la presenza nell'Assemblea costituente di una corrente politica sociale, fautrice di concetti democratici, di rispetto dei diritti fondamentali e delle libertà individuali dei cittadini senza distinzione di sesso, razza, credenza morale, sempre non in contrasto con i principi fondamentali del testo, ha condotto la formula definitiva di apertura costituzionale, lasciando al legislatore il compito di definire e quindi regolare il diritto a contrarre matrimonio. Allo stesso modo, altri aspetti importanti dell'istituto matrimoniale non sono stati contemplati in Costituzione come ad esempio la distinzione tra famiglia e matrimonio, o la creazione di altri tipi di convivenze, manifestazioni dei principi di libertà e del libero sviluppo della personalità.

Come affermato da alcuni autori “in tali questioni è opportuno introdurre un ordine concettuale se non si vuole interpretare in modo arbitrario la Costituzione, se si vuole evitare di lasciarsi condizionare da pregiudizi ideologici più o meno radicati, per interpretazioni costruttive però *contra constitutionem*”⁴²¹, per tali motivi nello studio del tema in oggetto pare opportuno riprendere quelle che furono le ragioni che portarono il Costituente all'elaborazione degli articoli 32 e 39 della CE.

Nella redazione dell'art. 32 CE, furono presentati ben 22 emendamenti⁴²², alcuni dei quali rinviavano la totale disciplina del matrimonio al Codice Civile, non ritenendola materia di competenza costituzionale, altri invece, contenevano una disciplina più ampia, prevedendo la possibilità di dissoluzione e separazione. Ulteriori proposte, presentate dal Gruppo popolare e dall'*Union de Centro Democrático*, che evidentemente apparivano condizionate dalla propria ideologia, richiedevano di

⁴²⁰ Si ricorda che in Spagna, durante il regime franchista, fu derogata gradualmente la normativa concernente la laicità dello Stato; difatti, inizialmente furono stipulati degli accordi parziali in materia, con la Santa Sede che limitavano la tolleranza religiosa nei confronti della pratica di un altro culto, successivamente fu espressamente ristabilita la confessionalità cattolica dello Stato incorporata nel Concordato del 1953. In tal senso cfr. S. Pérez Álvarez, “Tolerancia, libertad religiosa y derecho a contraer matrimonio en el régimen franquista”, in *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico*, n. 10, 2006, pp. 6 e ss.

⁴²¹ In tal senso si veda M.C. Pérez Villalobos, *Las leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho...* cit., p. 84.

⁴²² Per quanto concerne le diverse proposte di formulazione dell'art. 32 CE, in sede Costituente, uno studio dettagliato è presente in M.C. Pérez Villalobos, ult. op. cit., pp. 84-93.

introdurre in Costituzione il riferimento al carattere religioso del matrimonio. Le formule più dibattute furono quelle concernenti l'inclusione dell'espressione "*edad nubil*" che poi fu eliminata, dal momento che la Costituzione doveva garantire il diritto a contrarre matrimonio, non indicando quando si raggiunge la pubertà, bensì quando si raggiunge la maturità psicologica oltre che fisiologica; mentre l'altra espressione che alimentò il dibattito in sede costituente era "*formas de matrimonio*". L'utilizzo dell'espressione al plurale era considerata la più opportuna poiché "*si se dijera en su lugar, "formas civiles del matrimonio", se estaría prejuzgando que sólo se reconoce la forma civil del matrimonio en sus diversas modalidades; y otro tanto si se empleara el singular "forma"; pero al decir que se regulan las formas del matrimonio, se abren todas las posibilidades, entre ellas, por supuesto, el mantenimiento de una situación en la que, junto a la forma civil, se reconoce la posibilidad de formas religiosas de matrimonio. Precisamente la Constitución habla de "formas de matrimonio" y no de "clases de matrimonio", porque aunque la ley civil de mañana, como la ley civil de hoy, regule dos formas de matrimonio, en la medida en que se remite a la forma canónica, lo que no puede pretender el legislador civil es, además, regular el fondo de matrimonio canónico, la institución canónica que vinculará a las conciencias de los que canónicamente se encuentren incorporados a la Iglesia o a la confesión en cuestión, lo que estaría implícito en el término "clases"*"⁴²³. Inoltre, ove si fosse inclusa l'espressione matrimonio civile si sarebbe escluso dalla competenza statale il matrimonio religioso, aprendo la possibilità ai membri delle diverse confessioni religiose di contrarre tale tipo di matrimonio fuori dalla disciplina e dal 'controllo' dello Stato.

La formulazione della disposizione concernente la famiglia fu meno dibattuta. Sin dalle prime proposte presentate nella fase di redazione della Costituzione, le diverse forze politiche si trovarono d'accordo e difatti, poche furono le modifiche apportate al '*Anteproyecto*' dell'allora articolo 34 CE.

Dal dibattito costituente si evince che la realtà della società spagnola, ma anche quanto accadeva fuori dai confini nazionali, non era ignorata e tuttavia, ciò che si voleva "tutelare" era l'idea di una società 'tradizionale'. Nonostante ciò, il mutamento del

⁴²³ Cfr. BOCG, n. 107 dell'11 luglio 1978, ove sono contenute le motivazioni dichiarate dal rappresentate del gruppo parlamentare *Union de Centro Democratico*, in riferimento alla redazione dell'art. 32 CE.

concetto di famiglia e delle relazioni familiari che negli ultimi anni andava registrandosi, ha evidenziato l'ampiezza e la complessità con cui il tema veniva affrontato dal punto di vista costituzionale.

Difatti, la Costituzione distingue il diritto a contrarre matrimonio (art. 32.1 CE) dalla protezione della famiglia (art. 39 CE), ma di quest'ultima tuttavia, non si fornisce una definizione concreta, e ciò è stato interpretato in dottrina come la volontà di non elevare a rango costituzionale un modello 'storico' di famiglia, lasciando aperta la possibilità di adattarla alle nuove realtà sociali⁴²⁴.

D'altra parte, in assenza di una definizione di famiglia è possibile affermare – riprendendo le parole del Giudice costituzionale – che, oltre al matrimonio, esistono altre unioni che si integrano nel concetto costituzionale di famiglia ed alle quali si riconosce protezione in virtù dell'art. 39 CE; in quanto la “nostra Costituzione non ha identificato la famiglia come quella fondata esclusivamente sul matrimonio, anche se risulta il modello prevalente nella cultura spagnola (...). Esistono altri tipi di famiglia insieme ad essa, come accade in una società pluralista, e ciò impedisce di interpretare in termini restrittivi una norma come quella contenuta all'art. 39, comma 1, la cui portata, per lo più, deve essere compresa anche alla luce delle disposizioni previste ai commi 2 e 3 dello stesso articolo”⁴²⁵.

Tale sentenza ha sollevato diverse questioni, *in primis* la distinzione tra matrimonio e famiglia: secondo parte della dottrina⁴²⁶, può considerarsi famiglia un gruppo umano composto almeno da due persone, caratterizzato da una relazione di gerarchia e di dipendenza esistente tra un membro e gli altri. Diversamente, il contratto matrimoniale produce solo i medesimi diritti e doveri per i coniugi. Secondo tale posizione il matrimonio non dà luogo automaticamente ad una famiglia perché per essa sarebbe necessaria l'esistenza di più soggetti dipendenti, i quali nella maggior parte dei casi sono discendenti per generazione o adozione. A sostegno di tali argomentazioni si è

⁴²⁴ Si veda per tutti, Y. Gómez Sánchez, “Matrimonio y familia: artt. 32 y 39 de la Constitución”, in *Revista de Derecho Político*, n. 36, 1992, pp. 218 e 219.

⁴²⁵ Cfr. Sentenza n. 222 dell'11 dicembre 1992, Fondamento giuridico 5, del *Tribunal Constitucional*.

⁴²⁶ Cfr. In tal senso, Y. Gómez Sánchez, “Matrimonio y familia: artt. 32 y 39 de la Constitución”... cit., p. 219.

richiamata la sentenza n. 222 del 1992, nella quale il TC afferma che “non è discutibile che la famiglia è sempre un insieme di solidarietà e di dipendenza”⁴²⁷.

Secondo altra dottrina⁴²⁸, invece, distinguendo logicamente il matrimonio dalla famiglia, sembra più logico includere il primo nell’ambito della seconda ed affermare che il gruppo familiare è integrato da un insieme di persone tra le quali possono esistere, insieme a relazioni di uguaglianza e di solidarietà altre di gerarchia e di dipendenza. Perciò, pare potersi asserire che il TC ha adottato tale criterio affermando, sempre nella sentenza n. 222 del 1992, che “nel concetto costituzionale di famiglia rientra senza dubbio, il matrimonio senza discendenti o senza parenti a suo carico”⁴²⁹.

4.2 Riconoscimento e tutela delle unioni di fatto alla luce del dettato costituzionale.

A seguito di quanto detto, si evince che il matrimonio è l’unico tipo di convivenza espressamente riconosciuta in Costituzione, restando aperto il problema delle unioni non fondate sul matrimonio. Secondo taluni autori⁴³⁰, il riconoscimento del diritto di sposarsi previsto all’art. 32, comma 1, della Costituzione spagnola, non vieta la possibilità di “riconoscere il diritto a formare una unione di fatto”⁴³¹. Difatti, il fondamento di queste ultime si basa sulla c.d. “*dimensiòn pasiva*” del diritto di sposarsi, dal momento che il libero sviluppo della personalità di cui all’art. 10, comma 1, CE, conduce ad una interpretazione dell’art. 32, comma 1, CE, in senso più ampio, che

⁴²⁷ Cfr. Sentenza n. 222 dell’11 dicembre 1992, Fondamento giuridico 4, del *Tribunal Constitucional*.

⁴²⁸ Si veda, I. M. Sánchez, “Derecho a convivir en pareja y libertad de conciencia”... cit., pp. 14 e 15.

⁴²⁹ Si veda la Cfr. Sentenza n. 222 dell’11 dicembre 1992, Fondamento giuridico 4, del *Tribunal Constitucional*, ed in tal senso, inoltre, la Sentenza n. 116 del 17 luglio 1999, Fondamento giuridico 13, sempre del *Tribunal Constitucional*.

⁴³⁰ Cfr. I. M. Sánchez, “Derecho a convivir en pareja y libertad de conciencia”... cit., p. 15.

⁴³¹ A tal proposito, cfr. Voto particolare del Giudice costituzionale Gimeno Sendra nella sentenza n. 184 del 15 novembre del 1990.

considera quest'ultimo come diritto fondamentale di sposarsi e nella sua accezione passiva, come diritto fondamentale a non sposarsi o, utilizzando un'altra espressione, diritto a convivere senza sposarsi. Nonostante il TC abbia affermato, nella sentenza n. 184 del 1990, che “le unioni di fatto *more uxorio* non sono un istituto giuridicamente tutelato e nemmeno esiste un diritto costituzionale espresso che lo riconosca”⁴³², nella medesima sentenza, si riconosce che tali unioni “sono implicitamente protette dall’art. 10, comma 1, della Costituzione”⁴³³.

In altri termini, il TC riconosce alle unioni di fatto una protezione implicita che trova fondamento nell’art. 10, comma 1, CE; infatti, secondo il Giudice costituzionale “il libero sviluppo della personalità potrebbe risultare leso, nel caso in cui i poteri pubblici impediscano o reprimano le convivenze *more uxorio*, imponendo il vincolo matrimoniale, in modo che quel tipo di convivenza non formalizzata sia obbligata ad una gravosa e penosa situazione, subendo sanzioni legali di qualsiasi tipo”⁴³⁴.

Oggi, richiamando la pronuncia del TC del 1990 nella parte in cui non riconosceva le unioni di fatto *more uxorio*, come istituto giuridicamente garantito, deve comunque considerarsi la circostanza che all’epoca non era stata ancora adottata una disciplina delle suddette unioni, in quanto la prima legge in materia risale al 1998 ad opera della Comunità autonoma della Catalogna. Altresì, si sottolinea che il TC non ha impedito il riconoscimento del diritto di convivere e dar luogo ad una unione di fatto; difatti, affermando che il libero sviluppo della personalità potrebbe essere alterato nel caso in cui i poteri pubblici impediscano le convivenze *more uxorio*, secondo alcuni autori⁴³⁵, potrebbe essere interpretato in senso contrario, di una necessaria regolamentazione di tale modello di convivenza.

A tal seguito, può affermarsi senza dubbi che l’art. 32, comma 1 CE, non esclude la possibilità di disciplinare con legge ordinaria le unioni di fatto. Inoltre, in virtù del divieto di discriminazione per ragioni di sesso, previsto all’art. 14 CE, la disciplina in

⁴³² Cfr. Sentenza n. 184 del 15 novembre del 1990, Fondamento giuridico 3, del *Tribunal Constitucional*.

⁴³³ *Ibidem*, fondamento giuridico 2.

⁴³⁴ Sul punto cfr. la Sentenza n. 184 del 15 dicembre 1990, Fondamento giuridico 2, del *Tribunal Constitucional*.

⁴³⁵ Cfr. I. M. Sánchez, “Derecho a convivir en pareja y libertad de conciencia”... cit., p. 18.

commento può includere sia le unioni eterosessuali che quelle omosessuali, dal momento che il diritto deve tener presente le emergenti realtà sociali. Occorre però precisare, come peraltro già rilevato dal TC, che non potrà realizzarsi “il riconoscimento di un diritto a formare una unione di fatto, che in virtù dell’art. 14 CE, attribuisca un medesimo trattamento alle unioni di fatto ed al matrimonio, contraddicendo il disposto costituzionale contenuto all’art. 32, comma 1 CE”⁴³⁶.

In tale ambito, non ci si può esimere dal considerare il fondamento delle unioni di fatto nella normativa delle Comunità Autonome dal momento che, tra le motivazioni poste a fondamento della stessa regolamentazione, spesso si è fatto richiamo a diverse norme costituzionali. In sintesi, nelle *exposición de motivos* della legge autonoma e talvolta nel suo preambolo, oltre a porre l’attenzione sul dato sociologico e sulle rivendicazioni di una disciplina delle unioni di fatto da parte di una ampia parte della popolazione, dovute all’incremento stesso delle unioni non fondate sul matrimonio ed alla loro progressiva accettazione sociale, si è posto in evidenza il fatto che l’art. 39 CE non definisce alcun modello specifico di famiglia, e ciò rende necessaria un’interpretazione più ampia di cosa debba intendersi per famiglia. In concreto, il libero sviluppo della personalità (art. 10 CE) e il divieto di discriminazione fondata su diversi fattori tra i quali il sesso (art. 14 CE), discriminazione particolarmente sentita per quanto riguarda le persone omosessuali, dunque tali ragioni hanno caratterizzato la disciplina delle unioni *more uxorio*, sia per le persone eterosessuali che omosessuali.

In conclusione, si rileva che seppure l’ambiguità della Costituzione ha consentito di ricomprendere in essa qualunque valida interpretazione, è pur vero che ciò ha reso difficile l’attività del TC, come dimostrato dalla sua giurisprudenza. Per tali ragioni, le nuove sfide evidenziano alcune problematiche che attualmente necessitano di una disciplina attuativa del disposto degli articoli costituzionali, dal momento che le relazioni delle coppie omosessuali che formano una famiglia, la fecondazione artificiale tra coppie dello stesso sesso o di diverso sesso, il mutamento biologico di sesso e la possibilità di contrarre matrimonio per i transessuali, la possibilità di adozione da parte di altri modelli di relazione familiare diverse dalla convivenza, la protezione dei minori e la difesa delle famiglie che reclamano protezione costituzionale, non possono essere

⁴³⁶ Ancora una volta si fa riferimento alla Sentenza n. 184 del 15 novembre del 1990, Fondamento giuridico 3, del *Tribunal Constitucional*.

affrontate con la disciplina in vigore né tantomeno dalla incostante giurisprudenza costituzionale. Perciò, occorrerebbe quantomeno fissare chiaramente i limiti che la Costituzione ammette⁴³⁷.

5. Le competenze dello Stato e delle Comunità Autonome in materia di diritto civile matrimoniale.

L'articolo 32, comma 2 della CE, disponendo che “La legge regola le forme del matrimonio, l'età e la capacità per contrarlo, i diritti e i doveri dei coniugi, le cause di separazione e di scioglimento ed i loro effetti”, attribuisce alla regolamentazione dello Stato la materia del diritto matrimoniale anche per quanto riguarda quelle questioni non espressamente richiamate nella disposizione *de quo*. Ciò trova fondamento nel fatto che trattandosi di “legislazione civile” rientra nella competenza statale; difatti, ai sensi dell'articolo 149, comma 1, paragrafo 8, “Lo Stato ha competenza esclusiva nelle seguenti materie: legislazione civile, senza pregiudizio della conservazione, modifica e sviluppo da parte delle Comunità autonome dei diritti civili, tradizionali o speciali, laddove esistono. In ogni caso le regole relative all'applicazione e all'efficacia delle norme giuridiche, relazioni giuridico-civili relative alle forme di matrimonio, all'ordinamento dei registri e degli strumenti pubblici, alle basi degli obblighi contrattuali, alle norme per risolvere i conflitti di legge e alla determinazione delle fonti del diritto, con rispetto, in quest'ultimo caso, delle norme del diritto tradizionale locale o speciale”.

Tuttavia, ciò non significa che tutto quanto riguarda il sistema matrimoniale è materia esclusiva del diritto civile, in quanto in riferimento ad altri ambiti dell'ordinamento, dovranno considerarsi altre norme costituzionali come quelle di distribuzione delle competenze tra lo Stato e le CCAA, seppure tale ultimo profilo è all'origine di ulteriori questioni. Esemplicativo di tale ultimo aspetto è, ad esempio, la

⁴³⁷ Cfr. M.C. Pérez Villalobos, *Las leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho...* cit., pp. 94 e 95.

questione se sia solo la legge statale quella a cui fa riferimento l'art. 32, comma 2 CE, sopra citato, o se l'istituto matrimoniale possa essere disciplinato da qualsiasi materia di diritto civile matrimoniale.

In definitiva, la questione che in tale sede si pone è se la Costituzione, affermando che le CCAA hanno competenza per “conservare, modificare e sviluppare il proprio diritto civile”, possano avere competenze in materia di matrimonio civile e non matrimoniale, o in altri termini in materie relative alle unioni stabili con effetti civili di due persone che convivono in un regime assimilabile al matrimonio. D'altra parte, attribuendo tale competenza, appaiono evidenti eventuali conflitti normativi che, in assenza di una legge statale, si delineano tra le diverse discipline autonome, in riferimento soprattutto agli effetti che si attribuiscono alle unioni di fatto, in ordine al sistema sociale, fiscale, che come già si evince dalle prime leggi autonome, adottate in materia, risultano diseguali.

Innanzitutto, pare opportuno ricordare che nel dibattito costituente l'anti progetto dell'articolo concernente le competenze statali e autonome in materia di diritto civile, è stato oggetto di un ampio dibattito soprattutto in ordine all'utilizzo dell'espressione “*relaciones juridico-civiles relativa a la forma del matrimonio*” che, poi nel progetto finale fu sostituita con la stessa formulazione al plurale; ma, un ulteriore aspetto che ha caratterizzato la stesura dell'articolo in commento è quello concernente la possibilità di regionalizzare o meno la materia del diritto civile. Gli emendamenti proposti a favore della regionalizzazione della materia, presentati dal gruppo parlamentare di minoranza catalana, dal gruppo Socialista del *Congreso* e Socialista della Cataluña, dal gruppo di Alleanza Popolare e dal gruppo parlamentare comunista, furono respinti dall'Assemblea che optò per la non regionalizzazione del Diritto Civile, attribuendo allo Stato la competenza esclusiva sulla “legislazione civile, senza pregiudicare la conservazione, modifica e sviluppo del diritto civile”.

In ogni modo, un'altra questione richiamò l'attenzione nella formulazione dello stesso articolo: si trattava dell'espressione “*relaciones juridico-mercantiles*” o “*relaciones juridico-laborales*” per quella di “*legislación mercantil*” o “*legislación laboral*”, mentre si mantenne l'espressione “*relaciones juridico-civiles relativas a las formas de matrimonio*”.

Seppur la formulazione finale dell'articolo 149, comma 1, paragrafo 8 pareva aver risolto alcune questioni, altri problemi furono successivamente sollevati dalla dottrina. Infatti, le interpretazioni della disposizione in commento, che hanno portato ad un differente sviluppo legislativo da parte delle Comunità Autonome, sono diverse.

Senza potersi soffermare approfonditamente su tali differenti interpretazioni, non ci si può esimere dal richiamare due conclusioni avanzate dalla dottrina⁴³⁸. La prima è quella secondo cui “non si può affermare che allo Stato corrisponda una competenza esclusiva nella disciplina del matrimonio in ogni ambito del diritto e non solo quella civile. Difatti, l'art. 149 contempla solo la legislazione civile e non altri rami dell'ordinamento. Se si fosse riservato allo Stato tutta la regolamentazione in materia di matrimonio, non solo la legislazione civile ma anche quella del mercato, del lavoro, etc., si sarebbe dovuta dedicare una disposizione specifica nell'art. 149 CE esclusivamente riferita al matrimonio”. Perciò, risulta corretto considerare che la legislazione non civile sul matrimonio non è inclusa all'art. 149. 1.8 CE. La seconda conclusione fa aggio sull'affermazione secondo cui non tutto il diritto civile matrimoniale è riservato allo Stato e che solo lo Stato può legiferare sul matrimonio. Ciò supporrebbe escludere la competenza di “conservare, sviluppare e modificare il diritto civile proprio di ciascuna CCAA, che si riferisce alle conseguenze economiche del matrimonio o alla sua estinzione.

Ulteriori aspetti concernenti il contenuto dell'art. 149, comma 1, paragrafo 8 CE, meritano maggior approfondimenti, in particolare, nella parte in cui si attribuisce alle CCAA il compito di “conservare, modificare e sviluppare il proprio Diritto Civile”. Secondo la giurisprudenza costituzionale⁴³⁹, le CCAA hanno competenza a legiferare in materia di unioni di fatto per ‘connessione’ incluso quando si tratta di una materia non disciplinata anteriormente e precisamente: quando il nuovo istituto è connesso ad un'altro disciplinato in precedenza; quando si estende un istituto regolato in precedenza e/o completando il nuovo istituto che entra in relazione con quella precedente; o infine, sviluppando un principio fondamentale di Diritto Civile.

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 163.

⁴³⁹ Si vedano a tal proposito le Sentenze n. 88 del 1993 e n. 156 del 1993, del *Tribunal Constitucional*.

La c.d. “teoria della connessione” è stata elaborata dal TC a partire dalla questione di costituzionalità sollevata dal Presidente del Governo contro la Ley 13/1998 del 25 aprile, della *Cortes de Aragón*, concernente l’equiparazione dei diritti e dei doveri dei figli adottivi rispetto a quelli naturali. Si sosteneva che il Parlamento aragonese non aveva approvato una legge propria sull’adozione, in quanto normativa riservata al Codice Civile, ma il TC si esprimeva contro la incostituzionalità della legge impugnata, trattandosi non di un caso di “conservazione” del proprio diritto civile ma di una azione legislativa in relazione al diritto civile aragonese già disciplinato.

Di conseguenza, le CCAA che hanno assunto competenza per sviluppare, conservare e modificare il proprio Diritto Civile, possono gradualmente, mediante ulteriori sviluppi che creano successive connessioni, generare un sistema completo di diritto civile, rispettando le materie che in ogni caso sono di competenza esclusiva dello Stato, come disposto all’art. 149, comma 1, paragrafo 8 CE.

A tal punto, si pone la questione di sapere se qualsiasi Comunità Autonoma ha competenza a legiferare in materia di diritto civile e se dunque ciò permetta di esercitare una competenza differente. In tal caso, secondo il TC, è necessario che si tratti di una competenza implicita. Difatti nella Sentenza n. 37 del 1987 in riferimento alla Legge andalusa di riforma agraria, il Supremo Giudice ha stabilito che “ogni Comunità Autonoma può legiferare in materie di diritto civile, se tali strumenti risultano necessari per l’esercizio effettivo di altre competenze assunte”⁴⁴⁰.

Tale posizione giurisprudenziale ha posto ulteriori questioni in riferimento soprattutto alla possibilità che il criterio della competenza implicita in materia di Diritto Civile per ogni CA, possa essere adottato anche in riferimento alle unioni di fatto. In

⁴⁴⁰In altri termini, si veda la Sentenza n. 37 del 26 marzo del 1987, Fondamento giuridico 6, del *Tribunal Constitucional*, ove si afferma che, “*en virtud del sistema de distribución de competencia que resulta de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, la legislación sectorial corresponda a las Comunidades Autónomas, son éstas, y no el Estado, las que ostentan la potestad de definir legalmente los supuestos en que cabe hacer uso del instrumento expropiatorio mediante la declaración de la causa expropiandi necesaria en cada caso, sin perjuicio de la obligación de atenerse a la legislación general del Estado que garantiza por igual los derechos patrimoniales de todos los sujetos privados. De todo ello se sigue que la reserva constitucional en favor del Estado sobre la legislación de expropiación forzosa no excluye que por Ley autonómica puedan establecerse, en el ámbito de sus propias competencias, los casos o supuestos en que procede aplicar la expropiación forzosa, determinando las causas de expropiar o los fines de interés público a que aquélla deba servir*”.

generale, seguendo la giurisprudenza costituzionale e come sottolineato da parte della dottrina⁴⁴¹, si può affermare che per soddisfare il requisito della connessione deve preesistere la disciplina di un fenomeno giuridico che faccia riferimento alle unioni di fatto, che non deve essere propriamente la disciplina stessa di tali relazioni, ma può essere riferita a un istituto come l'ingiusto arricchimento, la tutela, etc. Per tali ragioni è possibile individuare due ipotesi di fatto. In primo luogo, non devono esistere norme precedenti sulle unioni di fatto; tale situazione rappresenterebbe infatti, un ostacolo per lo sviluppo del diritto civile autonomico che regola in modo completo le unioni di fatto estendendo alla suddetta disciplina gli effetti prima riconosciuti per altre situazioni simili. Cosicché, in tale ipotesi non si sviluppa il diritto di una legislazione già esistente sulle unioni di fatto, ma una regolamentazione dell'istituto che è ampliata fino a ricomprendere le unioni di fatto come nuove situazioni. In secondo luogo, l'ipotesi dell'esistenza di una disciplina previa, anche parziale delle unioni di fatto, nel cui caso è perfettamente possibile che la CA completi la sua disciplina.

Inoltre, ogni CA con Diritto civile proprio che disciplina parte del contenuto delle relazioni coniugali, può disciplinare le unioni di fatto, e non solo può limitarsi a dettare norme sulle questioni già contemplate sulle unioni matrimoniali ma anche dar luogo ad uno statuto completo sulle unioni di fatto. Tali interventi possono essere adottati nella stessa legge. A tal proposito, si ricorda la legge catalana⁴⁴² che rappresenta un chiaro esempio di relazione di connessione tra questa legge e il diritto preesistente e che completa pure la legislazione precedente. La connessione è rintracciabile in due leggi concrete, la *Ley 9/1998* che disciplina il Codice della Famiglia e la *Ley 19/1998* sulle situazioni di convivenza di mutuo aiuto. Il Codice della Famiglia è stato approvato e pubblicato lo stesso giorno di entrata in vigore della Legge sulle unioni di coppie stabili. La connessione pare evidente poiché tali previsioni esistono già nell'attribuzione di certi effetti alle relazioni di coppie, poiché come già osservato la connessione non necessita di leggi simultanee, ma può realizzarsi nel medesimo tempo. La normativa sulle convivenze di mutuo aiuto ha come oggetto la convivenza basata sulla condivisione

⁴⁴¹ Per tutti si veda M.C. Pérez Villalobos, *Las leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho...* cit., p. 167.

⁴⁴² *Ley catalana de uniones estable*, n. 3 del 30 giugno 1998, fu la prima legge sulle unioni di fatto approvata nel sud Europa.

delle spese nell'ambito familiare e pertanto il suo oggetto non sono le unioni familiari propriamente intese. Tuttavia la condivisione delle spese può essere utilizzata in 'connessione' con altri istituti al fine di considerare le unioni stabili già regolate in quanto ad esse è possibile estendervi effetti attribuiti precedentemente ad altri istituti.

Altresì, nel caso della legge aragonese⁴⁴³, si equiparano (all'art. 18) le unioni stabili al matrimonio, per quanto riguarda i diritti e gli obblighi derivanti dal diritto pubblico aragonese, pur non essendo possibile rintracciare la 'connessione' con il diritto preesistente. Si individua invece, una connessione che estende la disciplina delle unioni di fatto, in base agli effetti precedentemente attribuiti nel diritto civile aragonese al matrimonio ed alla famiglia, come ad esempio la compensazione per ingiusto arricchimento, la rappresentanza del convivente assente, l'attribuzione di beni in caso di morte, etc.

Infine, la terza ipotesi che consente di stabilire una connessione istituzionale che legittima la disciplina del diritto civile autonomo fino a regolamentare un istituto precedentemente non regolato è quella dello sviluppo di un principio caratterizzante il Diritto Civile, così come affermato dal TC nelle Sentenze 88/1993 e 156/1993⁴⁴⁴.

Con riferimento a quanto finora detto, pare potersi asserire che allo Stato compete la legislazione civile del sistema matrimoniale, in ordine ai requisiti matrimoniali, alle forme del matrimonio, alle cause di estinzione, ai diritti ed ai doveri dei coniugi che coincidono con il contenuto dell'art. 13 del Codice Civile, etc; mentre alle CCAA, in virtù della competenza di "conservare, sviluppare e modificare" il proprio diritto, è riconosciuta la possibilità di disciplinare effetti economici e non solo, del matrimonio e,

⁴⁴³ *Ley relativa a las parejas estables no casada de Aragón*, n. 6 de 126 marzo 1999, la legge aragonese insieme a quella catalana sono state le prime leggi dello Stato a riconoscere le unioni di fatto sia per le coppie eterosessuali che omosessuali.

⁴⁴⁴ Si vedano la Sentenza n. 88 del 15 marzo 1993 e n. 156 del 6 maggio 1993, del *Tribunal Constitucional*; nella prima sentenza il Giudice costituzionale si esprime riconoscendo che "el *Legislador aragonés puede, en conexión con el contenido de su Derecho civil propio, ordenar determinados aspectos del status de los hijos adoptivos*"; ed ancora nella seconda sentenza, si riconosce che "*La competencia autonómica para el «desarrollo» del Derecho civil, especial o foral, ampara, (...), regulaciones de este género que, partiendo de institutos ya integrados en el propio ordenamiento civil, disciplinen aspectos en conexión con ellos aunque ausentes, hasta entonces, del texto de la Compilación. Se impone, rechazar, por tanto, la impugnación formulada contra el art. 52 del Texto refundido de la Compilación*".

secondo la giurisprudenza costituzionale, anche la competenza in materie di unioni di fatto in virtù della teoria della connessione.

6. Le leggi sulle unioni di fatto delle Comunità Autonome

Dopo aver richiamato le motivazioni sociali e culturali, le problematiche concernenti il fondamento costituzionale e giurisprudenziale delle unioni di fatto, si rende necessario considerare, seppur in modo sintetico, alcuni aspetti e caratteristiche delle legislazioni autonome, con particolare riguardo alle disposizioni concernenti il riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali.

Fino ad oggi sono tredici le CCAA che hanno adottato una legge “*sobre las parejas de hecho*”⁴⁴⁵, soltanto *La Rioja, Murcia, Castilla-La Mancha e Castilla y León*, non hanno introdotto una disciplina in tal senso. Comunque occorre precisare che quest’ultime hanno adottato dei *Registri de uniones de hecho*, con effetti meramente dichiarativi sulla costituzione ed estinzione delle stesse unioni⁴⁴⁶.

I fattori che hanno determinato l’incremento delle unioni di fatto negli ultimi anni sono diversi e possono essere classificati in: “*impedimentos legales; motivos culturales,*

⁴⁴⁵ A tal proposito si ricordano, in ordine di tempo, le leggi di ciascuna CCAA in materia di unioni di fatto: *Ley 10/1998 de 15 de julio, d’ unions estables de parella de Cataluña* ; *Ley 6/1999 de 26 de marzo, relativa a Parejas estables no casadas de Aragón*; *Ley Foral 6/2000 de 3 de julio, para la igualdad jurídica de la s parejas estables de Navarra* ; *Ley 1/2001 de 6 d’ abril, de unione s de hecho de Valencia* ; *Ley 11/2001, de 13 diciembre, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid* ; *Llei 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas de estables de las Illes Balears* ; *Ley 4/2002 de 23 de mayo, de Parejas Estables de Asturias* ; *Ley 5/2002 de 28 diciembre, de parejas de hecho de Andalucía*; *Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura* ; *Ley 2/2003 de 7 de mayo, reguladora de las Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco*; *Ley 5/2003 de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias* ; *Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria* ; *Galicia : ley 2/2006 de 4 de junio de Derecho civil de Galicia*.

⁴⁴⁶ Si ricorda che le CCAA Castilla La Mancha e Catilla y León, hanno introdotto la regolamentazione dei Registri sulle unioni di fatto rispettivamente con: *Decreto 124/2000, de 11 de julio, por el que regula la creación y el regimen de funcionamiento del Registro de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha* e *Decreto 117/2002, de 24 octubre, por el que se crea el Registro de uniones de Hecho en Castilla y León y se regula su funcionamiento*.

sociales o religiosos; motivos económicos; uniones creadas por el rechazo de la pareja hacia el matrimonio”⁴⁴⁷.

Prima di concentrare la nostra attenzione sulla disciplina giuridica delle ‘unioni di fatto’ adottate dalle CCAA, pare opportuna una previa analisi di alcuni elementi costitutivi della definizione di tale tipo di relazione. Ebbene, per indicare le convivenze distinte dal matrimonio, non è possibile utilizzare una sola espressione; nell’ordinamento spagnolo nel corso dei vari periodi storici, si sono infatti susseguiti diversi termini. Attualmente, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza, utilizzano differenti definizioni per riferirsi a tali tipi di convivenze⁴⁴⁸; si ricordano ad esempio i termini *unión libre; concubinato, matrimonio de hecho, convivencia more uxorio, uniones extramatrimoniales, o uniones de hecho, familia de hecho, unión o pareja paramatrimonial*. Tralasciando le ragioni dell’utilizzo di un termine piuttosto che un altro, si osserva che anche nell’ordinamento giuridico esistono differenze tra le definizioni adottate dalle diverse normative. Il *Código Civil*, agli articoli 101 e 320, parla di “*vivir o convivir maritalmente con una persona*”, mentre nella *Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981*, del 7 luglio, si utilizza l’espressione “*haber vivido como matrimonio*”. La *Disposición Adicional 3ª de la Ley 21/1987* impiega l’espressione “*pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal*”, od ancora nel *Código Penal* si allude a “*quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad*”. Tra le altre espressioni si ricorda inoltre la “*situación de hecho asimilable o equivalente al vínculo matrimonial*”, contenuta negli articoli 219 e 391 della *Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985*, dell’1 luglio.

Analogamente, nei testi normativi sulle convivenze non matrimoniali adottate dalle CCAA si individua una diversa terminologia per indicare tale fenomeno. Difatti, nelle leggi *andaluza, canaria, extremeña, vasca e cántabra*, si parla di “*parejas de hecho*”; le leggi della Navarra, delle Illes Balears, della Galicia e quella asturiana, utilizzano

⁴⁴⁷ In riferimento alle cause che hanno favorito l’aumento delle unioni di fatto, cfr., C. Mesa Marrero, *Las uniones de hecho: Analisis de las Relaciones Economicas y sus efectos*, tercera edición, Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2006, p. 24 e ss.

⁴⁴⁸ A tal proposito, si veda per tutti A. Merino Gutierrez, *Las uniones libre y su perspectiva actual, las parejas no casada*, ed. La Ley, 1988, pp. 1004 e ss.

l'espressione "*parejas estables*", mentre la legge aragonese si riferisce alle "*parejas estables no casada*", ed infine, "*uniones estable*" per la legge catalana.

Tale varietà di terminologie non ha però modificato il concetto di unione di fatto, che risulta comune a tutte le leggi richiamate e le cui caratteristiche sono date: dall'esistenza di una convivenza stabile, eterosessuale o omosessuale e da una relazione affettiva analoga a quella coniugale⁴⁴⁹.

A tal proposito, si osserva che il Tribunal Supremo, nella sentenza del 18 maggio 1992, ha espressamente individuato i requisiti che una convivenza non matrimoniale deve presentare per godere di protezione giuridica; affermando che "*La convivencia more uxorio, debe desarrollarse en regime vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, interes y fines, en el núcleo de un mismo hogar*". Dalla pronuncia del Tribunal Supremo e come rilevato in dottrina⁴⁵⁰, è possibile distinguere i requisiti delle unioni di fatto in requisiti oggettivi e soggettivi. Tra i primi si individuano: l'esistenza di una convivenza *more uxorio* e di conseguenza lo sviluppo di una vita comune nello stesso domicilio; una relazione stabile e nota; il compimento volontario dei doveri matrimoniali, ed infine, l'assenza di formalità. Per quanto riguarda i requisiti soggettivi delle unioni di fatto, si rilevano l'eterosessualità o l'omosessualità della coppia, l'esistenza di relazioni sessuali tra i membri della coppia, l'affettività e l'età. Tuttavia, è possibile ricomprendere altri requisiti non indispensabili, come l'esistenza di figli frutto della convivenza extra-matrimoniale.

Pare evidente che il requisito della convivenza tra i membri dell'unione si configura come l'essenza stessa della relazione; pur se, al fine del riconoscimento di effetti giuridici tale convivenza deve essere accompagnata dalla volontà di vivere insieme in modo continuativo, per un periodo di tempo determinato e dall'*affectio maritalis*. A tal proposito si ricorda, ad esempio, che la *Ley de uniones estables de pareja* della

⁴⁴⁹ In tal senso, si veda M. d. M. Moreno, "Las uniones de hecho en la legislación autonómica"... cit., p. 98.

⁴⁵⁰ Si veda per tutti, C. Mesa Marrero, *Las uniones de hecho: Analisis de las Relaciones Economicas y sus efectos*... cit., pp. 33 e ss.

Cataluña, richiede al fine di considerare esistente una convivenza stabile eterosessuale, che la convivenza sia di tipo coniugale in modo continuativo per un periodo di almeno due anni o si sia proceduto a scrittura pubblica, manifestando la propria volontà⁴⁵¹.

Gli elementi costitutivi della legge catalana sulle unioni di fatto sono ripetuti nelle successive leggi delle altre CCAA⁴⁵²; tuttavia, solo la *Ley vasca* non prevede tra i requisiti caratterizzanti *las parejas de hecho*, quello della convivenza stabile, come desumibile dal disposto dell'art. 2, comma 1. Quest'ultimo, difatti, stabilisce il concetto di '*parejas de heco*' nei seguenti termini: "A los efectos de la aplicación de esta ley, se considera pareja de hecho a la resultante de la unión libre de dos personas, mayores de edad o menores emancipadas, con plena capacidad, que no sean parientes por consanguinidad o adopción en línea recta o por consanguinidad en segundo grado colateral y que se encuentren ligadas por una relación afectivo-sexual, sean del mismo o distinto sexo. Asimismo, ambos miembros de las pareja deberán cumplir el requisito de no estar unidos a otra persona por vínculo matrimonial o por pareja de hecho".

Dunque, come già detto la *Ley catalana*, richiede unicamente il requisito della convivenza, senza la necessità di dimostrare il periodo trascorso insieme nel caso di esistenza di discendenti comuni. La *Ley de parejas estables no casada de Aragón* richiede la convivenza analoga a quella coniugale per un periodo non inferiore ai due anni o che si sia manifestata la volontà di costituzione dell'unione attraverso scrittura pubblica senza fare alcun riferimento al caso di discendenti comuni e dunque ad un eventuale trattamento differenziato tra unioni eterosessuali ed omosessuali⁴⁵³.

La *Ley de parejas estables della Navarra* e la *Ley extremeña* prevedono entrambe la convivenza analoga a quella coniugale per un periodo di almeno un anno, o unicamente

⁴⁵¹ Si riporta l'art. 1, comma 1 della *Ley catalana*, in materia di "*unión estable heterosexuales*" (capítulo I), in cui si dispone che: "*las disposiciones de este capítulo se aplican a la unión estable de un hombre y una mujer, ambos mayores de edad, que, sin impedimento para contraer matrimonio entre sí, hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de dos años o hayan otorgado escritura pública manifestando la voluntad de acogerse a lo que en él se establece*".

⁴⁵² In riferimento ai requisiti delle unioni di fatto, similmente all'art. 1 della *Ley catalana*, si vedano l'art. 1 della *Ley aragonesa*, l'art. 2 della *Ley de Navarra*, l'art. 1.5 della *Ley valenciana e madrileña*, l'art. 1 della *Ley balear*, l'art. 3 della *Ley asturiana*, l'art. 1 della *Ley andaluza* e l'art. 2 della *Ley extremeña*.

⁴⁵³ *Ley 6/1999 de 26 de marzo, relativa a Parejas estables no casadas de Aragón*, art. 3.

il requisito della convivenza, se vi sono discendenti comuni o l'espressione in documento pubblico della volontà di costituire l'unione⁴⁵⁴.

Le leggi sulle unioni di fatto delle CCAA di *Valencia, Madrid e Cantabria*, richiedono l'esistenza di un periodo di tempo di convivenza di dodici mesi, ed inoltre, l'iscrizione della coppia nel registro delle unioni corrispondente⁴⁵⁵.

La *Ley baleares* non prevede nessun periodo di tempo per il riconoscimento delle unioni omosessuali e si riferisce unicamente all'iscrizione volontaria della coppia nel registro creato ai fini costitutivi delle stesse unioni. Inoltre, dispone la sottomissione espressa dei conviventi al regime stabilito per legge⁴⁵⁶. Come per la legge catalana, anche quella delle isole Baleari non specifica dove potrà concretizzarsi la suddetta sottomissione, però come rilevato in dottrina “*se podria entendre que la sumisión expresa a que se refiere el texto legal ha de constar en escritura pública*”⁴⁵⁷.

Anche la *Ley andaluza*, seguendo l'esempio della Cataluña e delle Balears, per le coppie formate da persone dello stesso sesso non fa riferimento a periodi di tempo trascorsi insieme; tuttavia, il disposto dell'art. 2 fa intendere che è necessaria l'iscrizione della coppia nel *Registro autonómico de uniones de hecho* e difatti, l'art. 2 della *ley andaluza* afferma che “*Las disposiciones de esta Ley serán de aplicación a las parejas que, al menos, uno de sus miembros tenga su residencia habitual en cualquier municipio de Andalucía, y que ninguno de sus miembros se encuentre inscrito en otro registro como pareja de hecho*”.

⁴⁵⁴ *Ley Foral 6/2000 de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables de Navarra*, art. 2; *Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de*, art. 2.

⁴⁵⁵ *Ley 1/2001 de 6 de abril, de uniones de hecho de Valencia*, art. 1; *Ley 11/2001, de 13 diciembre, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid*, art. 1; *Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria*, art.4.

⁴⁵⁶; *Llei 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas de estables de las Illes Balears*, art. 1, in cui si dispone che “*Constituye el objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico de las parejas estables en las Illes Balears, entendiéndose como tales las uniones de dos personas que convivan de forma libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal. (...) inscribirse voluntariamente en el Registro de Parejas Estables de las Illes Balears. La inscripción en este Registro tiene carácter constitutivo*”.

⁴⁵⁷ In tal senso, per tutti cfr. si veda M. d. M. Moreno, “*Las uniones de hecho en la legislación autonómica*”... cit., p. 101.

La *ley Vasca* non prevede come requisito per il riconoscimento di effetti giuridici delle unioni che la convivenza si sia sviluppata per un periodo di tempo determinato, disponendo semplicemente l'iscrizione per l'applicazione dei precetti della stessa legge⁴⁵⁸. La *Ley de Asturias* invece richiede il requisito della convivenza per un periodo di almeno un anno, o la semplice convivenza senza periodo di riferimento nel caso di discendenti comuni, o la manifestazione di volontà di costituire una coppia in documenti pubblici, od ancora l'iscrizione nel *Registro del Principado de Asturias*⁴⁵⁹.

La *ley de Canarias* per l'applicazione del regime giuridico stabilito dalla stessa legge, dispone che la coppia conviva da almeno dodici mesi, o la semplice convivenza se esistano discendenti⁴⁶⁰. Infine, la *Ley 2/2006 de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia*, estende gli effetti giuridici previsti nella medesima legge per le coppie unite in matrimonio ai membri della coppia di fatto, sottolineando che sono considerate *parejas de hecho* “*las uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad analoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los matrimonios*”⁴⁶¹. Da ciò si evince che anche la legge della CA della *Galicia* non indica alcun periodo di tempo per ‘riconoscere’ la convivenza della coppia come unione stabile.

Da questa breve analisi delle leggi concernenti le unioni di fatto delle CCAA, emerge chiaramente che la maggior parte delle legislazioni autonome prevede la formalizzazione dell'unione mediante scrittura pubblica, talvolta senza ricomprendere esplicitamente il requisito della convivenza. Tale circostanza, secondo parte della dottrina⁴⁶², permette di applicare alle relazioni *more uxorio* le disposizioni in commento senza l'esistenza di convivenza tra i membri ma procedendo semplicemente alla

⁴⁵⁸ *Ley 2/2003 de 7 de mayo, reguladora de las Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco*, art. 3.

⁴⁵⁹ *Ley 4/2002 de 23 de mayo, de Parejas Estables de Asturias*, art. 3.

⁴⁶⁰ *Ley 5/2003 de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias*, art. 1.

⁴⁶¹ Cfr. *Ley 2/2006 de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, Disposición Adicional Tercera*.

⁴⁶² Cfr. sul punto, tra gli altri, M. d. M. Moreno, “Las uniones de hecho en la legislación autonómica”... cit., p. 102.

scrittura pubblica dell'unione; con ciò verrebbe meno l'essenza stessa delle unioni di fatto rappresentata dalla convivenza dei membri della coppia.

Un ulteriore aspetto che deve rilevarsi concerne il computo del periodo di convivenza richiesto, dal momento che alcune CCAA prevedono la possibilità di includere il tempo trascorso precedentemente all'entrata in vigore della legge stessa, come prevista dalla *ley catalana* per le unioni eterosessuali.

In sintesi, da quanto finora detto si osserva che è possibile distinguere due modelli di costituzione delle unioni di fatto: il modello *formal* e il modello *fáctico*⁴⁶³. Il modello *formal* richiede come requisito iniziale la dichiarazione di volontà dei conviventi, che solo successivamente potranno essere sottoposti alla figura legale corrispondente. Il modello *fáctico*, invece, prevede come presupposto una situazione di fatto: la convivenza stabile della coppia, alla quale si riconoscono alcuni effetti legali, o al margine della volontà degli interessati. In realtà, le leggi delle CCAA spagnole prevedono il modello formale, come ad esempio la Ley balears e la Ley del País Vasco⁴⁶⁴, ed il modello che può essere considerato misto o a “*medio camino*”⁴⁶⁵, tra quelli che creano una nuova figura giuridica fondata sulla volontà dei conviventi e altri che attribuiscono alcuni effetti giuridici alle unioni di fatto. In altri termini, partendo da una situazione *factica* di convivenza stabile *more uxorio*, si crea una nuova condizione giuridica dei conviventi, in alcuni casi come per le coppie dello stesso sesso, per l'accesso a tale nuovo *status* si richiede la volontà degli interessati, ma in altri casi, l'attribuzione è determinata in generale al margine della volontà degli interessati (ad

⁴⁶³ Cfr. C. Gonzalez Beilfuss, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 20-23.

⁴⁶⁴ Come esempi di modello *formal*, costitutivo delle unioni di fatto, si riportano l'art. 1 della *Ley Balears*, in cui si afferma che “*Para que les sea de aplicación esta Ley, los miembro de la pareja tendrán que cumplir los requisitos y las formalidades que se prevén, (...) e inscribirse voluntariamente en el Registro de Parejas Estables de las Illes Balears. La inscripción en este registro tiene carácter constitutivo*”; e l'art. 3, comma 1 della *Ley del País Vasco*, ove si dispone che “*La inscripción de la pareja en el Registro de Parejas de hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que se creará al efecto, tendrá carácter constitutivo, de modo que a las no inscritas no les será aplicable la presente Ley*”.

⁴⁶⁵ In riferimento al modello misto o “*medio camino*”, si veda, P. Domínguez Lozano, “*Las uniones de personas del mismo sexo: las opciones de regulación y sus implicaciones jurídicas*”, in *Revista de Derecho Privado y Constitución*, n. 20, 2006, p. 185.

esempio come previsto dalla Ley catalana per le unioni omosessuali⁴⁶⁶, o dalla Ley de Navarra, etc).

Il modello *factual* o da alcuni autori considerato modello *convivencial*⁴⁶⁷, pone tuttavia il problema della delimitazione dei tipi di unione che possano essere ricompresi in tale modello e quindi sottoposti a regime giuridico. Ancora oggi il dibattito dottrinale resta aperto in ordine ai limiti costituzionali dell'attività del legislatore⁴⁶⁸, soprattutto in riferimento alla regolamentazione delle unioni di fatto ed alla necessità di individuare le differenze e le similitudini tra il matrimonio e le nuove figure giuridiche.

In tale fase, si è ben consapevoli di non poter rilevare, in modo esaustivo, le differenze tra le diverse discipline autonome sulle unioni di fatto. Tuttavia, in tale studio, non pare sia possibile sottrarsi dal considerare le differenze, emergenti tra le diverse leggi delle CCAA, in ordine al riconoscimento ed alla tutela dei diritti e doveri delle coppie formate da persone dello stesso sesso.

Come più volte ricordato, la legge catalana è stata la prima ad introdurre una disciplina concernente le unioni stabili, prevedendo la figura delle “*unión estable homosexual*” come unione stabile di coppia formata da persone dello stesso sesso e che manifestano la volontà di assoggettarsi alla legge stessa. Tuttavia la *Ley 10/1998 de Cataluña* differenzia i diritti che si riconoscono alle coppie eterosessuali da quelli delle coppie omosessuali, in alcuni casi favorendo le prime (come ad esempio per il diritto di adozione) in altri casi le seconde (come il diritto di ricevere ¼ dell'eredità del compagno defunto). La *Ley 6/1999 relativa a las parejas estables no casada de Aragón*, invece non fa alcuna distinzione tra la coppia eterosessuale e quella omosessuale (art. 1), anche se il diritto di adozione è previsto solo per le coppie eterosessuali (art. 10).

⁴⁶⁶ L'art. 19 del *Capítulo II*, concernente le unioni stabili omosessuali, rappresenta un chiaro esempio di modello *factual* costitutivo delle stesse unioni di fatto, precisamente si dispone che “*Las disposiciones de este capítulo se aplican a las uniones estables de parejas formadas por personas del mismo sexo que convivan maritalmente y manifiesten su voluntad de acogerse a ellas en la forma prevista*”.

⁴⁶⁷ In tal senso, cfr. M. d. M. Moreno, “Las uniones de hecho en la legislación autonómica”, cit., p. 103.

⁴⁶⁸ In relazione al dibattito dottrinale spagnolo con riguardo a tali questioni, fra tutti si veda J. V. Gavidia Sanchez, “La unión libre: familia, no matrimonio”, in *Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 3, 2004, pp. 1871-1883.

La *Ley Foral 6/2000, para la igualdad jurídica de las parejas estables de Navarra*, differisce dalle precedenti innanzitutto perché eguaglia completamente le coppie stabili alle coppie sposate in tutti gli ambiti disciplinati dal Diritto Civile della Navarra; ed in secondo luogo, perché riconosce anche alle coppie formate da persone dello stesso sesso il diritto di adozione (art. 8). Tale aspetto fu molto dibattuto anche perché rappresentava una assoluta novità e non solo per l'ordinamento spagnolo. Tuttavia durante il dibattito parlamentare i deputati che si pronunciarono a favore dell'inclusione del discusso articolo, motivarono tale scelta insistendo sull'obiettivo di riconoscere l'eguaglianza delle coppie stabili indipendentemente dalle tendenze sessuali, in armonia anche con la Risoluzione dell'8 febbraio 1994 del Parlamento Europeo, in cui veniva manifestata espressamente l'idea che lo Stato “deve eliminare ogni limitazione di diritti degli omosessuali a diventare genitori, adottare o crescere ed educare i figli”. Così, la legge della Navarra stabilisce piena equiparazione delle coppie stabili alle coppie fondate sul matrimonio, indipendentemente dall'orientamento sessuale, in quanto si ritiene che sarebbe discriminatorio introdurre una differenza tra tali coppie, dal momento che tanto il matrimonio, quanto le unioni di fatto costituiscono una famiglia e pertanto devono essere protette in virtù dell'art. 39 CE. Tuttavia, come già anticipato, lo Stato ha sollevato la questione di legittimità della *Ley de Navarra* dinanzi il TC, in quanto si è ritenuto che l'adozione, nei suoi aspetti sostanziali, rientra nella competenza basilica dello Stato; ad oggi, però il “*recurso de constitucionalidad*” n. 5297/2000, non è stato ancora deciso.

Per quanto riguarda la *Ley 1/2001 de uniones de hecho de Valencia* e la *Ley de uniones de hecho de Madrid*, si osserva⁴⁶⁹ che entrambe rinviano al codice civile la competenza volta ad estendere gli effetti del matrimonio alle coppie di fatto e perciò, fino a quando non sarà adottata una normativa statale in materia, il legislatore autonomo potrà regolare solo gli effetti di ordine sociale e riconoscere le relazioni extramatrimoniali in modo da potersi adeguare alla futura legislazione statale. Per tutto questo insieme di ragioni le leggi ora commentate mostrano profili di ambiguità. Ciò nonostante si ammette l'equiparazione delle unioni di fatto eterosessuali ed omosessuali. La *Ley de Baleares* e la *Ley de Asturias*, rispettivamente nella esposizione

⁴⁶⁹ Così, M.C. Pérez Villalobos, *Las leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho*, cit., p. 195.

di motivi e nel preambolo, specificano che la legge stessa concerne le unioni di fatto indipendentemente dall'orientamento sessuale dei membri della coppia.

La *Ley de uniones de hecho de Andalucía* è la seconda tra le leggi autonome a prevedere “*la regulación sobre acogimiento de menores*” per le coppie omosessuali (art. 9). La legge considera ‘*pareja de hecho*’ tutte le unioni formate da due persone, indipendentemente dalle scelte sessuali, anche se non è regolata la possibilità di adozione per le coppie formate da persone dello stesso sesso, in quanto con ciò verrebbe oltrepassato il limite che stabilisce il Codice Civile.

La *Ley 2/2003 del País Vasco* risulta la più avanzata in riferimento all'equiparazione dei diritti tra le unioni di fatto e le coppie sposate, a prescindere dall'orientamento sessuale; inoltre, si riconosce la possibilità sia di ‘accogliere’ e/o adottare bambini sia per le coppie eterosessuali che omosessuali (artt. 7 e 8). Allo stesso modo, la *Ley de Canarias* non prevede alcuna distinzione tra le coppie di fatto eterosessuali e omosessuali e stabilisce l'equiparazione di diritti con le coppie unite in matrimonio, sempre in riferimento ai benefici derivanti dal Diritto Pubblico canario. Come la *Ley de Canarias*, quella *extremeña* estende il suo ambito di applicazione alle unioni formate da persone che costituiscono una coppia indipendentemente dall'orientamento sessuale, ed inoltre disciplina “*el acogimiento familiar de menores*” e l'adozione da parte di minori con uguali diritti e doveri delle coppie unite in matrimonio (art. 8).

Infine, la *Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia*, che sostituisce la precedente legge del 1995, fa riferimento allo sviluppo delle competenze costituzionali, come si è rilevato nell'analisi della recente giurisprudenza del TC e precisamente, in virtù della c.d. “teoria della connessione”. La regolamentazione delle unioni di fatto è rinvenibile nella disciplina del diritto di famiglia e nelle Disposizioni addizionali terza e quarta; in cui si equiparano gli effetti previsti per le coppie sposate a quelli delle unioni di fatto senza distinzione fondate sull'orientamento sessuale.

A conclusione di queste osservazioni si nota come seppure le CCAA abbiano approvato leggi sulle unioni di fatto, eterosessuali ed omosessuali, non pare siano state soddisfatte le principali richieste che hanno motivato le stesse leggi e che si incentravano essenzialmente nella necessità di rispettare i principi costituzionali di uguaglianza e del libero sviluppo della personalità. Difatti, a livello generale, i diritti e i

doveri si presentano in modo diffuso e, talvolta, difficilmente prevedibili. Perciò, dinnanzi alla varietà di leggi autonome ed all'assenza di una disciplina statale concernente le unioni di fatto, si rende necessario l'intervento dei Giudici⁴⁷⁰. Considerando le numerose e frequenti controversie patrimoniali prodotte dalla conclusione delle convivenze, risulta chiaro che i Tribunali sono gli unici che, per il momento, possono garantire ai conviventi una soluzione adeguata ai problemi che la propria situazione familiare presenta.

7. Le proposte di legge in materia di unioni di fatto nelle Cortes Generales

Fino al 2004 numerose proposte di legge sulle unioni di fatto sono state presentate in Parlamento dai gruppi di opposizione che hanno effettuato una pressione costante al fine di ottenere una disciplina sulle unioni non fondate sul matrimonio, tentando di dare concreta risposta alle sempre più pressanti rivendicazioni sociali. In particolare, sia nella VI che nella VII legislatura, periodo in cui il Governo spagnolo era presieduto da José Maria Aznar, esponente del Partito popolare, la pressione è risultata ancora più intensa. Difatti, è in tale periodo che sono state presentate le proposte di legge concernenti l'eguaglianza giuridica per le coppie di fatto e quelle che si riferiscono alla modifica del Codice Civile in materia di matrimonio.

In realtà, è sin dal 1984 che si disciplinano aspetti concernenti le unioni di fatto seppure in materie specifiche, riconoscendo alcuni diritti ai conviventi di una unione stabile, come ad esempio *Ley de Ammodernamientos, modificación del Código Penal*, *Ley de indemnización a las víctimas del terrorismo*, etc. Tali interventi normativi sono stati sollecitati a seguito della Risoluzione del Consiglio Europeo del 7 maggio 1998 e

⁴⁷⁰ Sul punto, si vedano, C. Mesa Marrero, *Las uniones de hecho: Analisis de las Relaciones Economicas y sus efectos...* cit., p. 97; M.C. Pérez Villalobos, *Las leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho...* cit., pp. 217 e 218.

della Risoluzione del Parlamento Europeo dell'8 febbraio 1994, che hanno posto le basi per intraprendere una regolamentazione del fenomeno.

Procedendo in ordine di tempo, si precisa che nella VI legislatura (dal 1996 al 2000), furono presentate al *Congreso de los Diputados* tre proposte di legge concernenti la disciplina delle unioni di fatto: una presentata dal gruppo Socialista, un'altra dal gruppo *Coalición de Canaria* e la terza da *Izquierda Unida- iniciativa por Catalunya*; ma solo quella presentata dal gruppo *Coalición Canaria* fu "presa in considerazione", anche se rimase bloccata nella passata legislatura per poi scomparire dai lavori del *Congreso*⁴⁷¹. I gruppi proponenti una legge sulle unioni di fatto sottolineavano, già dal 1997, la necessità di regolare tale nuova evidente realtà sociale, presentando a tal proposito dei dati volti ad evidenziare l'importanza della questione ed il grande impatto sociale del tema in oggetto; difatti, esistevano 600.000 famiglie non fondate sul matrimonio e più del 68% della popolazione considerava le coppie di fatto come famiglie a tutti gli effetti⁴⁷². Tali proposte di legge trovavano fondamento nell'art. 9.2 della CE⁴⁷³, concernente l'obbligo per i poteri pubblici di promuovere le condizioni affinché la libertà e l'uguaglianza dell'individuo, ma anche dei gruppi in cui esso si integra, siano reali ed effettive, e di rimuovere gli ostacoli che impediscano o rendano difficile la loro piena applicazione e facilitare la partecipazione di tutti i cittadini alla vita politica, economica, culturale e sociale; nell'art. 10 CE⁴⁷⁴, in cui sono contemplati i cinque principi che costituiscono il fondamento dell'ordine politico e della pace sociale: la

⁴⁷¹ La proposta di legge presentata al *Congreso* dal gruppo parlamentare *Coalición Canaria*, fu l'unica proposta ad essere approvata con 162 voti favorevoli, 159 contrari e 11 astensioni, cfr. *Congreso de los Diputados*, Serie B, del 10 aprile 1997.

⁴⁷² I dati presentati al *Congreso de los Diputados* al fine di sottolineare l'esigenza di una legge sulle unioni di fatto, erano quelli elaborati da uno studio sociologico, si veda BOCG num. 154 del 22 giugno 2001.

⁴⁷³ Si riporta l'art. 9.2 della Costituzione spagnola a norma del quale, "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". Si sottolinea che tale disposizione può essere considerata simile all'art. 3 comma 2 della Costituzione Italiana, ove si attribuisce alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano la libertà e l'uguaglianza di tutti i cittadini (...).

⁴⁷⁴ L'art. 10 CE, dispone che "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

dignità della persone, i diritti inviolabili, il libero sviluppo della personalità, il rispetto della legge e il rispetto dei diritti altrui; ed infine, nell'art. 39 CE⁴⁷⁵ che attribuisce ai poteri pubblici il compito di assicurare la protezione sociale economica e giuridica della famiglia, senza fare alcun riferimento al matrimonio.

Nella VII legislatura si presentarono altre quattro proposte di legge concernenti la disciplina delle unioni di fatto: una, dal gruppo parlamentare *Izquierda unida*, il cui testo coincideva con quelle presentate in precedenza, una dal gruppo parlamentare socialista, una dal gruppo parlamentare catalano e la quarta dal gruppo parlamentare misto. Tutte le proposte sono state discusse nella stessa sessione e nessuna delle proposte è stata approvata. Ciò che però pare opportuno evidenziare è che “gli argomenti considerati fondamentali per le suddette proposte non erano diversi da quelli che l'opposizione ed altri gruppi parlamentari avevano già segnalato nelle precedenti legislature. Difatti, si sottolineava che la società spagnola sollecitava da tempo l'equiparazione degli effetti civili tra unioni di fatto e matrimonio civile, così come la disciplina delle situazioni convenzionali di mutuo aiuto. Tuttavia, se i gruppi parlamentari prima ponevano l'attenzione sulla definizione generale del concetto costituzionale di famiglia e sulla necessità di considerare le unioni di fatto come famiglia, nelle ultime proposte, spinti da una realtà sociale sempre più evidente, hanno ritenuto di dover includere tra le unioni diverse da quelle fondate sul matrimonio anche le unioni fra persone dello stesso sesso. Tale ultimo profilo, in realtà, era già incluso nelle leggi autonome adottate negli anni precedenti. Pertanto, tutti i gruppi parlamentari affermarono la necessità di non disciplinare solo le unioni di fatto eterosessuali, con una legge che sarebbe stata adottata comunque in ritardo, ma di riconoscere ed estendere gli effetti giuridici alle unioni di fatto indipendentemente dal

⁴⁷⁵ Si riporta quanto disposto all'art. 39 CE, “*Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2) Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3) Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.*”

sesso dei conviventi, precisamente perché sono “coloro che non hanno altra scelta e stanno attendendo una regolamentazione civile con maggiore intensità”⁴⁷⁶.

I progetti di legge in commento proponevano alcune modifiche del Codice Civile, dello Statuto dei lavoratori, della Legge Generale di Sicurezza Sociale e della Legge sulle misure per l’esercizio della funzione pubblica, etc. In particolare, si propose di modificare l’art. 14.1 del Codice Civile estendendo la possibilità di avvicinamento al convivente; l’art. 15, in materia di acquisto della cittadinanza per il convivente; l’art. 144.1 in materia di alimenti, gli art. 181 e 184 concernenti la rappresentazione e difesa legale del partner assente della coppia; l’art. 202 sulla dichiarazione di incapacità dello stesso e degli artt. 913, 943 e 954 per la richiesta di inclusione del convivente in materia testamentaria. Altre proposte come quella del gruppo *Izquierda Unida* prevedevano la possibilità di adozione per entrambi i membri della coppia, richiedendosi la modifica degli artt. 175, 176 e 177 del Codice Civile.

Per quanto riguarda le proposte di modifica dello Statuto dei Lavoratori, si richiedeva l’esclusione dall’ambito di applicazione dello stesso per chi convivesse con il titolare, la concessione di quindici giorni di permesso per matrimonio o il riconoscimento di una unione di fatto, od ancora la concessione di due giorni di permesso lavorativo per incidente, decesso o ricovero in ospedale del convivente, inclusa la possibilità di concedere ulteriori giorni in caso di aiuto del partner malato, ed il diritto di trasferimento nella stessa località di destinazione del convivente. Inoltre, si evidenziava la necessità di una riforma della Legge generale di Sicurezza Sociale, con la quale disciplinare l’equiparazione del convivente al coniuge per quanto concerne l’indennità per morte, o l’equiparazione al coniuge per ricevere un’indennità speciale per motivo di infortunio sul lavoro o malattia professionale, e ovviamente, l’assistenza sanitaria.

In tale periodo, inoltre, furono presentate dai gruppi parlamentari di sinistra delle proposte di modifica degli articoli 44, 66 e 67 del Codice Civile, che sostituendo i termini “*hombre y mujer*” o “*marido y mujer*” con “*toda persona*” o “coniuge” avrebbero consentito anche alle coppie formate da persone dello stesso sesso, di poter

⁴⁷⁶ Cfr. M.C. Pérez Villalobos, *Las leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho...* cit., pp. 68 e 69, ed ivi l’intervento del rappresentante del gruppo parlamentare vasco, Diariode l’Congreso, num. 24 del 19 settembre 2000.

contrarre matrimonio. Il deputato del partito *Izquierda Unida*, Castro Fonseca, quando espresse le motivazioni di tale iniziativa sottolineò che “se la legge non verrà approvata non sarà una sconfitta per loro, perché si continuerà a lottare, e quindi a riproporla ancora” come poi è accaduto.

In tale quadro, il partito di maggioranza, ovvero il Partito Popolare pareva essere pronto ad una modifica della regolamentazione degli effetti civili concernenti le altre forme di convivenza distinte dal matrimonio. Si propose la disciplina di quello che fu definito “*contrato de unión civil*” in una Legge Organica sulle unioni civili, ma tale iniziativa fu solo annunciata. Si pensava che attraverso tale regolamentazione, evidentemente ispirata al francese Patto civile di solidarietà (PACS), si potevano far confluire in essa i diversi tipi di relazioni affettive, rinunciando all’equiparazione delle convivenze con il concetto di famiglia, ma disciplinando le relazioni di convivenza diverse da quelle fondate sul matrimonio mediante le vie contrattuali.

Infine, nell’attuale legislatura (VIII) sono state presentate altre proposte di legge. Inizialmente sembrava potesse concretizzarsi una legge sulle unioni di fatto, ma in seguito all’approvazione della legge che prevede la possibilità di contrarre matrimonio anche per le coppie omosessuali, ogni proposta di legge sulle convivenze è ‘scomparsa’ dai lavori del *Congreso*. Cosicché, dopo la modifica del Codice Civile è scomparsa la distinzione tra coppie omosessuali e coppie eterosessuali, rimanendo aperto il problema dell’adozione per le coppie non unite in matrimonio. Tale ultimo aspetto risulta ancora molto dibattuto e, difatti, come si rileva, “in assenza di una legge statale sulle unioni di fatto, resta ancora pendente il giudizio del *Tribunal Constitucional* sul ricorso presentato contro l’art. 8 della Legge del Parlamento Vasco sulle unioni di fatto che prevede la possibilità di adozione congiunta per le coppie formate da persone dello stesso sesso. Probabilmente il TC attende prima di pronunciarsi il ricorso di legittimità nei confronti della legge sul matrimonio”⁴⁷⁷.

In definitiva, l’inattività parlamentare ha continuato ad alimentare i problemi già esistenti, dal momento che sempre più CCAA hanno adottato una disciplina sulle unioni di fatto eterosessuali ed omosessuali, lasciando alla giurisprudenza, non solo costituzionale, il compito di tutelare i diritti e di estendere gli stessi in via interpretativa,

⁴⁷⁷ *Ibidem*, pp.70 e 71.

quando sarebbe più opportuno che tale funzione fosse svolta dal legislatore. A tal proposito si ricorda che il 12 dicembre 2002, è stato presentato un “*recurso de amparo*” dinnanzi il TC, con il quale si è richiesto il riconoscimento del matrimonio celebrato con rito gitano. In tal caso non si trattava del riconoscimento di una relazione di fatto, ma del riconoscimento della legalità di un matrimonio contratto seguendo una forma diversa da quella ‘tradizionale’. Dal momento che la disciplina delle forme di matrimonio è competenza esclusiva dello Stato solo una legge che fisserà il contenuto dell’art. 32 CE potrà chiarire le diverse situazioni, ed evitare che il giudice debba risolvere le sempre più numerose questioni sollevate e potenzialmente sollevabili⁴⁷⁸.

8. *La ley 13/2005 de 1 de julio: il matrimonio tra persone dello stesso sesso*

Il processo evolutivo storico, sociale e culturale, in materia di riconoscimento di diritti per le persone omosessuali, che si è registrato nello Stato sociale democratico e di diritto, in Spagna si è ‘concluso’ con il riconoscimento legale del matrimonio tra persone dello stesso sesso, avvenuto, come ricordato in precedenza, con la *Ley 13/2005* dell’1 luglio, di modifica del Codice Civile in materia di diritto a contrarre matrimonio.

Pare evidente che tale tema non risulta pacifico, tanto nel dibattito politico quanto in quello dottrinario, dal momento che l’ampliamento dei diritti, introdotti con la legge in commento, si riferisce al concreto diritto al matrimonio considerato tradizionalmente come un diritto riconosciuto alle coppie eterosessuali.

Se dunque fino a pochi decenni fa, gli omosessuali erano ‘discriminati’ dinnanzi a determinate attitudini legislative, incluse quelle giudiziarie, attualmente, tali situazioni

⁴⁷⁸ A tal proposito, si ricorda ad esempio, la sentenza del *Juzgado de lo social* n. 12 di Madrid, del 30 maggio 2000 con la quale si è riconosciuta per la prima volta la pensione di reversibilità ad una donna che aveva contratto matrimonio con rito gitano, pur non riconoscendo espressamente tale forma di matrimonio, il giudizio ha trovato fondamento nella relazione di convivenza durata venti anni, tuttavia in assenza di una disciplina degli effetti civile del matrimonio gitano non è stato possibile effettuare la trascrizione nei Registri civili.

non solo non sono permesse, ma esistono numerosi fondamenti costituzionali per sostenere la legittimità della opzione omosessuale come scelta lecita per contrarre matrimonio⁴⁷⁹. Tra i fondamenti costituzionali a cui si fa riferimento, si rilevano la dignità della persona ed il libero sviluppo della personalità, ma soprattutto il principio di uguaglianza ed il divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale, ormai considerato come uno dei fattori da includere tra le cause espressamente vietate.

Come precedentemente osservato, la dignità, il libero sviluppo della personalità e l'uguaglianza sono i pilastri nella protezione dell'orientamento sessuale dell'individuo, anche se, specificamente è nell'uguaglianza che l'orientamento sessuale trova protezione. Difatti, nell'art. 14 CE, a norma del quale "*los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*", trovano fondamento costituzionale le unioni fra persone dello stesso sesso.

Tuttavia, si potrebbe obiettare che nell'elenco di divieti di discriminazione prevista dall'art. 14 CE, l'orientamento sessuale non è espressamente incluso tra i fattori di discriminazione, ma tale omissione non impedisce di includerlo tra i divieti indicati, in quanto l'elenco contenuto nel disposto sull'uguaglianza è meramente enumerativo e ciò non impedisce di comprendere "*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*". A tal proposito si ricorda che il TC ha riconosciuto il carattere espansivo dei divieti di discriminazione dell'art. 14 CE⁴⁸⁰; difatti, se pensiamo ad una condizione o circostanza personale, non ne troviamo nessuna più personale dell'orientamento sessuale, dal momento che appartiene all'intimità di ciascun individuo e quindi rientra pienamente nella clausola contenuta nell'art. 14 CE.

In tale quadro, pare evidente che la Ley 13/2005 ha prodotto un mutamento senza precedenti nel Diritto di Famiglia spagnolo; con essa viene riconosciuto il diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso senza limiti né restrizioni in ragione dell'orientamento sessuale. Tale legge rappresenta una vera e propria 'pietra miliare'

⁴⁷⁹ In tal senso, si veda M. Martín Sanchez, *Matrimonio homosexual y Constitución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 29 e 30.

⁴⁸⁰ Cfr. Sentenza n. 22 del 2 luglio 1981, del *Tribunal Constitucional*; inoltre, si osserva che l'orientamento giurisprudenziale del TC è sempre stato favorevole ai gruppi più svantaggiati, seppur non avuto modo di pronunciarsi specificamente su questioni concernenti le persone omosessuali.

nell'ambito del riconoscimento dei diritti e delle libertà. La legge spagnola, infatti, è stata la prima nel panorama internazionale a riconoscere con un unico procedimento di modifica il diritto al matrimonio senza alcun tipo di limitazione⁴⁸¹.

I fondamenti costituzionali della legge che ha modificato la configurazione giuridica del matrimonio sono, utilizzando le parole del legislatore “(...) *la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artt. 9.2 e 10.1 CE), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (art. 1.1 CE) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (art. 14 CE) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta*”⁴⁸².

Come osservato in dottrina⁴⁸³ la portata e le conseguenze legislative della legge di modifica del Codice Civile, insieme alla sua rilevanza costituzionale dovuta ai diversi principi e diritti costituzionali coinvolti, come era prevedibile, sono stati determinanti per la promozione di un *recurso de constitucionalidad* della stessa legge dinnanzi il TC. Difatti, quest'ultimo ha ammesso mediante provvedimento del 25 ottobre 2005, il ricorso di costituzionalità n. 6864-2005, promosso da più di cinquanta deputati del Gruppo parlamentare Popolare del *Congreso de los Diputados*⁴⁸⁴. Il ricorso è stato promosso nei confronti di tutta la *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, e soprattutto, contro le norme contenute nell'articolo unico e le disposizioni addizionali prima e seconda di detta legge. Dunque si ritiene che tale legge non sia conforme agli articoli 10.2, 14, 32,

⁴⁸¹ Si ricorda che il matrimonio tra persone dello stesso sesso era già stato riconosciuto da altri Paesi, come: l'Olanda nel 2000, il Belgio nel 2003 ed il Canada nel 2005, tuttavia in tali esperienze il riconoscimento del diritto al matrimonio anche per gli omosessuali è avvenuto in modo graduale secondo diverse fasi, fino a parificare in modo integrale gli effetti giuridici previsti per i coniugi dello stesso sesso a quelli dei coniugi eterosessuali.

⁴⁸² Estratto dalla “*Exposición de motivos de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*”.

⁴⁸³ Si veda per tutti . Martín Sanchez, *Matrimonio homosexual y Constitución...* cit., p. 202

⁴⁸⁴ Si osserva che i ricorrenti sono legittimati a proporre il ricorso di costituzionalità in virtù di quanto disposto all'art. 32.1.c) della *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*.

39, 53.1, 9.3 e 167 della CE⁴⁸⁵. Fino ad oggi, il Giudice Costituzionale non si è ancora pronunciato in merito alla costituzionalità del matrimonio omosessuale. Deve però sottolinearsi che tale questione ha un'importante rilevanza sociale, politica, legale e costituzionale, ed infatti si tratterebbe della prima decisione del TC concernente direttamente le convivenze omosessuali⁴⁸⁶.

Tra gli aspetti più controversi introdotti con la *Ley 13/2005*, senza dubbi vi è la questione dell'adozione. Si ricorda che la legge di modifica del Codice Civile in materia di diritto a contrarre matrimonio, disciplina il matrimonio tra persone dello stesso sesso, riconoscendo uguali diritti e doveri attribuiti alle coppie sposate di sesso diverso; nell'ambito degli effetti prodotti da tale equiparazione vi rientra anche la possibilità di adozione. Difatti, anche nel matrimonio omosessuale i coniugi possono adottare congiuntamente o successivamente una persona, così come un coniuge adotta in forma individuale il figlio dell'altro coniuge. Il risultato, come osservato in dottrina è che l'adottato risulterà legato per vincolo di filiazione (adottiva o naturale) con due persone dello stesso sesso e quindi non avrà un padre o una madre ma due padri o due madri. Tali effetti sono prodotti senza che la *Ley 13/2005* faccia alcun riferimento esplicito alla possibilità di adozione da parte di una coppia sposata omosessuale, ma come mera conseguenza dell'equiparazione degli effetti del matrimonio tra persone dello stesso sesso⁴⁸⁷.

Da quanto sinora detto, non pare possano sollevarsi dubbi in riferimento al riconoscimento della possibilità di adottare da parte della coppia omosessuale sposata; in ogni modo tale riconoscimento deve fondarsi su quanto previsto all'art. 39 CE, disposto che obbliga i poteri pubblici ad assicurare la protezione sociale, economica e giuridica della famiglia e la protezione integrale dei figli. In generale anche nella fase di

⁴⁸⁵ In riferimento alle questioni di costituzionalità sollevate nei confronti della *Ley 13/2005*, de 1 de julio, fra gli altri si vedano V. Pérez López e L. López Sanchez, "La Constitucionalidad de matrimonios homosexuales", in *La reforma de derecho de familia*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, n. 3, mayo 2006, pp. 54 e ss.

⁴⁸⁶ Così, M. Martín Sanchez, *Matrimonio homosexual y Constitución...* cit., p. 202.

⁴⁸⁷ Il preambolo della *Ley 13/2005* dispone che "los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes: entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción".

costituzione dell'adozione, secondo quelli che sono i principi generali ed essenziali in materia di adozione, deve essere protetto l'interesse del minore⁴⁸⁸.

Nonostante l'ordinamento giuridico spagnolo ammetta l'adozione da parte di una coppia omosessuale sposata, nella pratica, le coppie formate da persone dello stesso sesso possono vedersi private di tale possibilità. Si rileva che in Spagna, un'elevata percentuale delle adozioni sono adozioni internazionali, e quindi coinvolgono minori stranieri secondo normative specifiche. Difatti, l'adozione internazionale da parte di cittadini spagnoli avviene secondo quanto stabilito dalla Convenzione dell'Aja, del 29 maggio 1993, sulla Protezione dell'infanzia e cooperazione in materia di adozione internazionale⁴⁸⁹. Attualmente la Spagna ha stipulato degli Accordi bilaterali, per il riconoscimento legale dell'adozione realizzata con altri Stati, tra cui la Bolivia, la Columbia, l'Ecuador, il Perù e la Romania, ed un Protocollo di coordinamento con le Filippine. In tali Convenzioni si stabiliscono gli aspetti concernenti i procedimenti da seguire e in generale l'adozione internazionale deve essere costituita applicando la legislazione del paese di origine dell'adottato. Ad oggi, nessuno Stato che abbia concluso accordi con la Spagna in materia di adozione prevede la possibilità di adozione da parte di una coppia formate da persone dello stesso sesso.

Di conseguenza, anche in Spagna le coppie sposate omosessuali non possono accedere all'adozione internazionale che, come già rilevato, rappresenta la prevalente e principale possibilità di adottare .

In conclusione, si rileva che l'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso pone numerose questioni non solo nell'ambito del diritto nazionale ma anche in quello internazionale; tuttavia, il diritto al matrimonio strettamente collegato ad altri diritti come la dignità della persona, la libertà, il libero sviluppo della personalità o all'intimità personale e familiare, è stato riconosciuto come diritto fondamentale.

⁴⁸⁸ Cfr. J. Solé Resina, "Adopción y pareja homosexuales", in *Matrimonio homosexuales y adopción, perspectiva nacional e internacional*, S. Navas Navarro (a cura di), Diaz-Bastien & Truan Abogados, Madrid, 2006, pp. 214 e 215.

⁴⁸⁹ La Convenzione dell'Aja per la tutela dei minori e la cooperazione in materia d'adozione internazionale, è stata ratificata dalla Spagna l'1 agosto 1995 ed è entrata in vigore l'1 novembre 1995, così come alcuni accordi e convenzioni bilaterali stipulati con alcuni Paesi.

Conclusioni

Per lungo tempo le persone omosessuali sono state oggetto di persecuzioni, intimidazioni, maltrattamenti, ingiustizie; spesso l'omosessualità è stata, soprattutto nelle società occidentali, considerata inesistente e le persone gay e lesbiche sono state così confinate in uno spazio invisibile. Eppure sono sempre esistiti individui non conformisti in quanto a sesso e genere e l'analisi storica, sociale, culturale e giuridica affrontata nel primo capitolo, del presente lavoro, ne costituisce riprova.

Attualmente consideriamo l'orientamento sessuale (omo/etero) come una delle caratteristiche personali, attinente all'autonomia ed al libero sviluppo della personalità, che viene in rilievo nel momento della scelta del partner e dunque, espressione della libertà individuale. In particolare, però, è l'orientamento omosessuale ad essere considerato tra i fattori che possono concorrere a determinare condizioni discriminatorie, dal momento che la dicotomia eterosessualità-omosessualità rappresenta una costante biologica, secondo cui l'eterosessualità è la regola e l'omosessualità l'eccezione. Tale concezione, che trova origine nell'idea che intrattenere relazioni sessuali con persone dello stesso sesso violi una regola sociale fondata su presupposti di naturalità, non prende in considerazione il fatto che le relazioni 'omosessuali' significano soprattutto attrazione, intesa come possibilità di innamorarsi e amare un'altra persona, seppure dello stesso sesso.

Tuttavia, la diffusa ostilità nei confronti delle persone omosessuali, ha portato a considerare la questione secondo altra prospettiva e difatti, si ritiene che oggetto di studio non deve essere il comportamento omosessuale ovvero la 'questione omosessuale' ma le ragioni che hanno condotto a considerare questa forma di sessualità come deviante e dunque la c.d. 'questione omofobica'.

Seppure, è dal 1973 che l'*America Psychiatric Association* ha cessato di considerare l'omosessualità come una patologia o un disturbo della personalità, solo nel 1992 l'Organizzazione mondiale della Sanità ha cancellato l'omosessualità dalla classificazione internazionale delle patologie. In diversi ambiti sociali l'omosessualità continua ad essere valutata negativamente ed in molti Paesi ancora vigono normative contro l'omosessualità, difatti sono circa 82 i Paesi che ancora considerano illegali le relazioni fra persone dello stesso sesso e che prevedono severe pene; in alcune parti del

mondo si prevede addirittura la condanna a morte. I sentimenti omofobici sono però presenti anche in Paesi formalmente democratici e, tale omofobia, si presenta nel linguaggio comune, nelle battute, nelle caricature delle persone gay e lesbiche che divengono così oggetto di derisione, costringendole a vergognarsi per la loro ‘diversità’.

Questi aspetti deleteri delle consuetudini sociali, però, non possono essere legittimati dalle pratiche giuridiche dei Paesi che almeno formalmente vietano ogni discriminazione, tra cui quelle fondate sull’orientamento sessuale.

Si precisa che tipica acquisizione del costituzionalismo democratico e sociale è il riconoscimento e la garanzia costituzionale della dignità umana, quest’ultima costituisce la premessa antropologica dello stesso Stato democratico sociale e di diritto, in quanto intende affermare, nelle relazioni interne alla società e tra la società e lo Stato, una cultura di vita ispirata a regole di convivenza fondate sulla reciproca tolleranza e sul reciproco rispetto. Perciò, il valore della dignità deve essere inteso nella sua triplice accezione: individuale, relazionale e di gruppo, da cui derivano rispettivamente il divieto di discriminazione del singolo, il rapporto con gli altri in chiave di accettazione delle diversità e differenze sociali, il diritto all’identità del gruppo. Inoltre, il valore della dignità, come espressione di autonomia e di libertà, essendo riferito a tutti e a ciascuno, in termini di uguaglianza, si salda strettamente al rapporto fra diritti inviolabili e doveri di solidarietà: in quanto non vi può essere pari dignità senza pari responsabilità sociale, e quindi senza solidarietà.

Anche l’ordinamento italiano, secondo i lineamenti essenziali tracciati dalla Costituzione del 1948, considera la ‘persona umana’, unitamente ai suoi valori ed ai suoi bisogni non solo materiali ma anche spirituali, come il più alto valore-giuridico positivo; precisamente, il riconoscimento del valore primario della persona umana trova fondamento nel principio personalista di cui all’art. 2 Cost., e nel principio di uguaglianza formale e sostanziale, contemplato all’art. 3 Cost. In quest’ultimo disposto costituzionale si fa espresso richiamo alla ‘pari dignità sociale’ intesa non solo con riguardo alle condizioni materiali dell’esistenza, ma anche alla creazione di una situazione complessiva nella quale la persona possa agire per realizzare condizioni che permettono di vivere con dignità. La pari dignità sociale, in quanto fondamento

dell'uguaglianza, da una parte richiede di garantire a tutti le stesse possibilità di sviluppo e dall'altra, si specifica nel divieto di discriminazione.

Dunque è nel valore della dignità umana e più specificamente nei principi personalisti e di eguaglianza che trova fondamento il divieto di discriminazione fondato sull'orientamento sessuale; tuttavia, la posizione delle persone omosessuali e, di conseguenza, le pretese di diritti ed eguaglianza da essi avanzate, nel nostro ordinamento non trovano effettiva tutela, in quanto l'Italia sconta una arretratezza ed un notevole ritardo rispetto ad altri Stati costituzionali e democratici dell'area europea ma anche del panorama internazionale.

Si osserva infatti che il ruolo delle Istituzioni europee nella lotta alle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale è stato importante; a tal proposito si ricordano, in modo esemplificativo, le numerose Risoluzioni del Parlamento europeo e le Raccomandazioni del Consiglio Europeo adottate a partire dalla seconda metà del 1980; la Direttiva 2000/78/CE sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro; nonché il ruolo delle Corti Europee che hanno garantito, nei limiti delle proprie competenze, l'applicazione e il rispetto dei principi fondamentali di uguaglianza e di non discriminazione anche sulla base dell'orientamento sessuale. L'impulso europeo è stato determinante per molti Stati, favorendo l'equiparazione degli effetti giuridici tra le coppie sposate e le coppie di fatto. Negli ultimi quindici anni, infatti, sempre più Paesi hanno adottato non solo misure volte ad eliminare discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale ma, altresì, normative concernenti il riconoscimento e la tutela delle unioni di fatto (eterosessuali ed omosessuali) ed in alcune esperienze nazionali si è riconosciuto il diritto di contrarre matrimonio anche alle coppie formate da persone dello stesso. È evidente che l'evoluzione sociale ha determinato dei mutamenti anche nel *modus convivendi* degli individui, e tuttavia mentre negli altri Paesi le questioni intorno ai diritti civili delle persone omosessuali sono entrate nell'agenda politica, in Italia “dominava un silenzio assordante”.

Nell'ambito europeo, sicuramente l'esperienza spagnola risulta tra le più significative, sia perché la Spagna è tra i Paesi tradizionalmente e culturalmente più vicino e simile all'Italia e sia perché il processo di riconoscimento dei diritti delle persone omosessuali è giunto all'approvazione della *Ley 13/2005* che consente di contrarre matrimonio anche

alle coppie omosessuali. Tuttavia, anche nell'ordinamento spagnolo le problematiche e le questioni derivanti da tale misura sono ancora aperte. Difatti, nonostante la maggior parte delle CCAA abbia adottato una disciplina sulle unioni di fatto eterosessuali ed omosessuali, l'assenza di una normativa statale, in tal senso, pone degli effettivi problemi, in quanto: vi sono cittadini appartenenti ad alcune CCAA che intrattengono relazioni familiari in condizioni più vantaggiose o coppie omosessuali che godono di vantaggi che alle coppie di fatto di altre CCAA non sono invece riconosciuti; ed inoltre, con la legge di modifica del codice civile in materia di matrimonio si consente alle coppie omosessuali di poter contrarre matrimonio e 'formalmente' adottare figli ma non si riconosce la propria relazione di fatto o non si riconoscono alcuni diritti, se non in base all'appartenenza ad una Comunità Autonoma piuttosto che ad un'altra.

In tale panorama, l'esperienza italiana appare come 'fanalino di coda'. Le diverse proposte di legge sulle unioni di fatto si sono sistematicamente arenate e seppur la giurisprudenza, soprattutto di merito abbia mostrato qualche apertura al riconoscimento dei diritti delle unioni di fatto, la legislazione ordinaria si è limitata al riconoscimento di pochi effetti giuridici parificabili alle coppie unite in matrimonio, tuttavia, ciò non si è verificato per le coppie omosessuali. Intanto, si attende l'importante pronuncia della Corte Costituzionale in riferimento al possibile riconoscimento del matrimonio fra persone dello stesso sesso anche nel nostro ordinamento.

Conclusivamente si sottolinea che la concezione di società aperta e democratica, come quella prefigurata dalla nostra Costituzione, implica il riconoscimento delle differenze ed allo stesso tempo l'assenso ad un paradigma più ampio e plausibile, capace di argomentare l'universalità di valori quali la dignità umana, l'uguaglianza e la libertà tramite costruzioni teoriche razionali, inclusive del diverso e recettive dell'inatteso. In altri termini, un accettabile paradigma interpretativo dei diritti fondamentali deve chiarire e rivelare i differenti modi di esprimere l'umanità insita in tutti gli individui, piuttosto che occultarla ed accettarla.

Bibliografia

- ADAM B., “Age structured homosexual organization,” in *Anthropology and homosexual behavior*, E. Blackwood (a cura di), New York, 1986.
- AINIS M., “Azioni positive e principio di eguaglianza”, in *Giur. Cost.*, 1992.
- AINIS M., “Cinque regole per le azioni positive”, in *Quad. cost.*, 1999.
- AMATO G. - BARBERA A. (a cura di), *Manuale di Diritto Pubblico*, vol. I, il Mulino, Bologna, 1997,
- ANDREWS J., “Homosexual relationships in Northern Ireland – *Dudgeon v. United Kingdom*”, *E. L. R.*, 1982.
- ARISTÓTELES MAGÁN PERALES J. M., “Derecho a la orientación sexual y a la identidad de género”, in *Reformas Estatutarias y Declaración de Derechos*, Balaguer F., Ortega Alvarez L., Camara Villar G., Montilla Martos J. A (a cura di), Sevilla, 2008.
- ARRESE IRIONDO M. N., “Artículo 12. Derecho a contraer matrimonio”, in *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, (a cura di) , I. Lasagabaster Herrarte, Madrid, 2004.
- AVETA R., “Vita familiare e coppie dello stesso sesso: il caso “*Karner c. Austria*” innanzi alla Corte Europea dei diritti dell’uomo, in *I diritti dell’uomo cronache e battaglie*, 2004.
- BAIRD V., *Le diversità sessuali*, Carocci Editore, Roma, 2003.
- BALAGUER F., ORTEGA ALVAREZ L., CAMARA VILLAR G., MONTILLA MARTOS J. A (a cura di), *Reformas Estatutarias y Declaración de Derechos*, Sevilla, 2008.
- BALDASSARRE A., Diritti inviolabili, in *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli Editore, Torino, 1997.
- BALDASSARRE A., Diritti pubblici soggettivi, in *Enc. Giur.* Vol. XI, Roma, 1989.
- BARBAGLI M. E COLOMBO A. (a cura di), *Omosessuale moderno*, il Mulino, Bologna, 2001.
- BARBERA A., “Commento all’articolo 2 Cost.”, in *Commentario della Costituzione*, Branca G. (a cura di), artt. 1-12, Principi fondamentali, Bologna-Roma, 1982.

- BARBERA A., “La Carta Europea dei diritti e la Costituzione italiana”, in *Le libertà e i diritti nella prospettiva europea, Atti della giornata di studio in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2002.
- BARBERA A., COCOZZA F., CORSO G., “Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di eguaglianza”, in *Manuale di diritto pubblico*, G. Amato-A. Barbera (a cura di), vol. I, il Mulino, Bologna, 1997.
- BARILE P., “Eguaglianza e tutela della diversità in Costituzione”, in *Quaderni costituzionali*, XIV, n. 1, aprile 1994.
- BARILE P., “La famiglia di fatto: osservazioni di un costituzionalista”, in *La famiglia di fatto, Atti del Congresso nazionale del Centro Lunigianese di studi giuridici*, Montereccio, 1977.
- BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984.
- BARTOLE S., “La Corte pensa alle riforme costituzionali?”, in *Giur. Cost.*, 1988.
- BARTOLE S., “Norme programmatiche e Statuti regionali”, in *Le Regioni*, n. 1, 2005
- BASSANINI F. - TIBERI G. (a cura di), *Le nuove istituzioni europee, Commento al Trattato di Lisbona Quaderni di Astrid.*, 2008.
- BASSO L., *Il principe senza scettro*, con Prefazione di S. Rodotà, Feltrinelli Editore, Ed. 1998.
- BENADUSI L., *Il nemico dell'uomo nuovo. L'omosessualità nell'esperimento totalitario fascista*, Feltrinelli, Milano, 2005.
- BERGER V., *Cour Européenne de droit de l'homme*, Paris, 2007.
- BERNARDINI DE PACE A., *Diversi diritti. La legge negata ai gay*, Bompiani, Milano, 2009.
- BESSONE M., “Art. 29 Cost.”, in *Commentario della Costituzione*, P. Branca (a cura di), Bologna, Zanichelli, 1977.
- BIFULCO R., CARTABIA M. E. CELOTTO A (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, il Mulino, Bologna, 2001.
- BIFULCO R., CELOTTO A. E OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Milano, Utet, 2006.

- BIN R., “La famiglia: alla radice di un ossimoro”, in *Studius Iuris*, 2000.
- BIN R., “Perché le Regioni dovrebbero essere contente di questa decisione”, in *Le Regioni*, n, 1, 2005
- BIN R., PITRUZZELLA G. (a cura di), *Diritto Costituzionale*, V edizione, Giappichelli Editore, Torino, 2004.
- BLACKWOOD E. (a cura di), *Anthropology and homosexual behavior*, New York, 1986.
- BOBBIO N., *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino, 1995.
- BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1997.
- BONINI BARALDI M., “La pensione di reversibilità al convivente registrato dello stesso sesso: prima applicazione positiva della direttiva 2000/78/CE”, in www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=134.
- BONINI BARALDI M., *La discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nell'impiego e nell'occupazione: esempi concreti ed aspetti problematici*, in www.era.int/web/de/resources/5_2341_831_file_en.1046.pdf, 2004.
- BONINI BARALDI M., *La discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nell'impiego e nell'occupazione: esempi concreti ed aspetti problematici*, 5 giugno 2004.
- BONINI BARALDI M., *Le famiglie omosessuali nel prisma della realizzazione personale*, in www.famiglienellacostituzione.it/images1/boninibaraldi.pdf.
- BONOMI M. E GHEZZI S., “Famiglia di fatto: la libera unione”, in *Quaderni (Dip. Di Scienze Giuridiche “Alberico da Rosciate”) Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, B. Pezzini (a cura di), Jovene Editore, Napoli 2008.
- BORRILLO D., LASCOUMES P. (a cura di), *L'homophobie, comment la définir, comment la combattre?*, ProChoix, Paris, 1999.
- BORRILLO D., *Omofobia, storia e critica di un pregiudizio*, postfazione di S. Fabeni, Edizioni Dedalo, Bari, 2009.
- BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, artt. 1-12, Principi fondamentali, Bologna-Roma, 1982.
- CALAMANDREI P., *Fede nel diritto*, Calamandrei S. (a cura di), Laterza, Bari, 2008.

- CALAMANDREI P., *L'ostruzionismo di maggioranza*, Il ponte, 1953.
- CALOGERO G. (a cura di), *Ermeneutica della secolarizzazione*, Padova, 1976.
- CAÑAMARES ARRIBAS S., *El matrimonio homosexual en derecho español y comparado*, Iustel, Madrid, 2007.
- CANTARELLA E., *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Rizzoli, Milano, 1995.
- CARDIA C., “Il matrimonio religioso con effetti civili”, in *Ordinamenti religiosi e ordinamenti dello Stato, profili giurisdizionali*, il Mulino, Bologna, 2003.
- CARETTI P., *I diritti fondamentali, libertà e diritti sociali*, II edizione, Giappichelli editore, Torino, 2005.
- CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione*, il Mulino, Bologna, 2007.
- CARTABIA M., “I diritti fondamentali e la cittadinanza dell’Unione”, in *Quaderni di Astrid: Le nuove istituzioni europee, Commento al Trattato di Lisbona*, Bassanini F. - Tiberi G. (a cura di), 2008.
- CARTABIA M., “L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione europea”, in *I diritti in azione*, M. Cartabia (a cura di), il Mulino, Bologna, 2007.
- CARTABIA M., “La Costituzione parla chiaro: la famiglia è una sola”, intervista alla giurista Marta Cartabia, Ilaria Nava, <http://www.avvenireonline.it/Famiglia/Interviste/20070302.htm>.
- CASSESE A., *I diritti umani oggi*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2009.
- CECCHERINI E. (a cura di), *La tutela della dignità dell’uomo*, Lezioni Volterrane, Vol. II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.
- CECCHERINI E., “Il principio di non discriminazione in base all’orientamento sessuale. Un breve sguardo sullo stato del dibattito nelle esperienze costituzionali straniere”, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2001.
- CELOTTO A., “Articolo 3, comma 1, Cost”, in *Commentario della Costituzione*, Bifulco R., Celotto A. e Olivetti M. (a cura di), Milano, Utet, 2006.
- CERRI A., “Ragionevolezza delle legge”, in *Enc. Giur. Treccani*, XXV, Roma, 1994.
- CERRI A., voce *Eguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enciclopedia giuridica*, XXXII, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma.

- CHARTEGUI JÀVEGA C., “La direttiva 2000/78/Ce e il principio di non discriminazione sulla base dell’orientamento sessuale nel diritto comunitario”, in *La discriminazione fondata sull’orientamento sessuale, l’attuazione della direttiva 2000/78/CE e la nuova disciplina per la protezione dei diritti delle persone omosessuali sul posto di lavoro*, Fabeni S., Toniollo M.G. (a cura di), prefazione di G. Epifani, Ediesse, Roma, 2005.
- COZZI A. O., “Il diritto alla pensione di reversibilità del partner di un’unione solidale registrata: La Corte di Giustizia al bivio tra il divieto comunitario di discriminazione in base all’orientamento sessuale e il diritto nazionale”, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, aprile 2008.
- CRIVELLI E., *Il matrimonio omosessuale all’esame della Corte Costituzionale*, in www.federalismi.it.
- D’ANGELI F., “Il fenomeno delle convivenze omosessuali: quale tutela giuridica?”, in *I quaderni della Rivista di diritto civile*, Cedam, Padova, 2003.
- D’ASCIA L., *Diritto degli stranieri e immigrazione. Percorsi giurisprudenziali*, Giuffré editore, Milano, 2009.
- D’ATENA A. - GROSSI P.F. (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello tra Europa e Stati nazionali*, Giuffré, Milano, 2004.
- DE CARRERA SERRA F., “La tutela judicial de los derechos fundamentales: un estudio de jurisprudencia”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 48, 1996.
- DE VERDA Y BEAMONTE J. R., “El libre desarrollo de la personalidad como principio inspirador de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, *Comentarios a las Reformas de derecho de Familia de 2005*, 2006, isbn 84-8355-071-7.
- DIEZ-PÍCAZO L. M., “Il matrimonio tra persone dello stesso sesso”, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, il Mulino, Bologna, 2007.
- DOGLIANI M., “La sindacabilità delle leggi costituzionali ovvero la ‘drammatizzazione’ del diritto costituzionale”, in *Le Regioni*, 1990.
- DOGLIOTTI M., voce “Famiglia di fatto”, in *Digesto delle dottrine privatistiche*, Sez. Civile, UTET, Torino, 1992, VIII.
- DOMÍNGUEZ LOZANO P., “Las uniones de personas del mismo sexo: las opciones de regulación y sus implicaciones jurídicas”, in *Revista de Derecho Privado y Constitución*, n. 20, 2006.

- ESPINAR VINCENTE J. M., “Consideraciones en torno al “libre desarrollo de la personalidad” desde un planteamiento social”, in *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10.1 de la Constitución*, San Miguel L. G., Alcalá de Henares (a cura di), 1995.
- ESPOSITO C., Eguaglianza e giustizia nell’art. 3 della Costituzione, in *La Costituzione italiana*, Saggi, Padova, 1954.
- FABENI S., “L’Italia delle omofobie. Postfazione”, in D. Borrillo, *Omofobia, storia e critica di un pregiudizio*
- FABENI S., “Norme discriminatorie e il decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216: le opportunità mancate e le prospettive per una riforma”, in *La discriminazione fondata sull’orientamento sessuale, l’attuazione della direttiva 2000/78/CE e la nuova disciplina per la protezione dei diritti delle persone omosessuali sul posto di lavoro*, Fabeni S.- Toniollo M. G. (a cura di), prefazione di G. Epifani, Ediesse, Roma, 2005.
- FABENI S., TONIOLLO M. G. (a cura di), *La discriminazione fondata sull’orientamento sessuale, l’attuazione della direttiva 2000/78/CE e la nuova disciplina per la protezione dei diritti delle persone omosessuali sul posto di lavoro*, prefazione di G. Epifani, Ediesse, Roma, 2005.
- FALLETTI E., “Dreaming California: i giudici di San Francisco concedono agli omosessuali la licenza di matrimonio. Corte Suprema della California, 15 maggio 2008”, in *Famiglia e diritto*, 2008.
- FASSIN E., “Le outing de l’homophobie est-il de bonne politique? Définition et dénomination”, in Borrillo D., Lascoumes P. (a cura di), *L’homophobie, comment la définir, comment la combattre?*, ProChoix, Paris, 1999.
- FERRANDO G., “Il diritto di famiglia oggi: c’è qualcosa di nuovo, anzi d’antico”, in *Politica del diritto*, n. 1, 2008.
- FERRARI S., “Diritto di famiglia e libertà di coscienza. Problemi italiani e prospettive europee”, in *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado*, Bilbao, 2001.
- FLICK G. M., “Dignità umana e tutela dei soggetti deboli: una riflessione problematica”, in *La tutela della dignità dell’uomo*, Lezioni Volterrane, E. Ceccherini (a cura di), Vol. II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.
- FLUITERS CASADO R., “Adopción por parejas del mismo sexo. Una perspectiva judicial”, in *Cuadernos de Derechos judicial*, XXVI, Madrid, 2005.

- FLYNN L., “The implication of Article 13 Ec – After Amsterdam, will Some Forms of Discrimination be more Equal than others?”, in *Common Market Law Review*, vol. 36, n. 6, 1999.
- FOUCAULT M., *Histoire de la sexualité*, Gallimard, Paris 1976-1984, 3 voll.; trad. it., *La volontà di sapere. Storia della sessualità I*, Feltrinelli, Milano, 1978.
- FUCCILLO A., *Unioni di fatto convivenze e fattore religioso*, Giappichelli, Torino, 2007.
- GAMBINO S., *Diritti fondamentali e Unione Europea, una prospettiva costituzionale-comparatistica*, Giuffré Milano, 2009.
- GAMBINO S., *Diritto costituzionale comparato ed europeo*, Giuffré, Milano, 2004.
- GAMBINO S., *Stato e diritti sociali fra Costituzioni nazionali e Unione Europea*, Liguori, Napoli, 2009.
- GAVIDIA SANCHEZ J. V., “La unión libre: familia, no matrimonio”, in *Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 3, 2004.
- GERBASI G. - LOPRIENO D., “L’apertura del diritto costituzionale al diritto internazionale dei diritti umani negli ordinamenti dell’Europa continentale”, in *Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Giappichelli Editore, Torino, 2002, III.
- GIANFORMAGGIO L., “Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco”, in *Foro it.*, 1996, ss., spec.1968.
- GÓMEZ SÁNCHEZ Y., “Matrimonio y familia: artt. 32 y 39 de la Constitución”, in *Revista de Derecho Politico*, n. 36, 1992.
- GONZALEZ BEILFUSS C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.
- GRASSO G., “‘Dico’ si, ‘Dico’ no: prime impressioni sul disegno di legge Pollastrini-Bindi”, in *Forum di Quaderni Costituzionali*.
- GROSSI P. F., *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1972.
- GROSSI P. F., *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1972.
- GUTIERREZ A., *Las uniones libre y su perspectiva actual, las parejas no casada*, ed. La Ley, 1988.

- ISAY R. A., *Essere omosessuali. Omosessualità maschile e sviluppo psichico*, Raffaello Cortina, Milano 1989.
- JEMOLO C. A., “La famiglia e il diritto”, in *Annali della facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Catania*, 1948, II.
- KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, prefazione di Ettore Gallo, introduzione, G. Pecora, Etaslibri, Milano, 2000.
- LAMARQUE E., *Adozione da parte dei single omo e eterosessuali: i paesi del Consiglio d’Europa stanno perdendo il loro margine di apprezzamento?*, in www.forumcostituzionale.it.
- LOPRIENO D., *La libertà religiosa*, Giuffrè Editore, Milano, 2009.
- LOPRIENO D., *La libertà religiosa*, Giuffrè, Milano, 2009.
- MANIACI A., “La Carta dei “di.co.”: un sesquipedale bluff”, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, maggio 2007, in www.statoechiese.it.
- MANZELLA A., MELOGRANI P., PACIOTTI E. E RODOTÀ S., *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, il Mulino, Bologna, 2001.
- MARINI F. S., “I diritti fondamentali della Cedu e della Carta dell’Unione come diritti pubblici soggettivi”, in *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello tra Europa e Stati nazionali*, D’Atena A. - Grossi P.F. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2004.
- MARTÍN SANCHEZ M., *Matrimonio homosexual y Constitución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
- MARTINEZ-TORRÓN J., “El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, in *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, II, 1986.
- MELANI A. Y., “Il matrimonio omosessuale davanti la Corte Costituzionale: azzardo o svolta?”, in *Forum di quaderni costituzionali*, 30 giugno 2008.
- MESA MARRERO C., *Las uniones de hecho: Analisis de las Relaciones Economicas y sus efectos*, tercera edición, Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2006.
- MIELI M., *Elementi di critica omosessuale*, Feltrinelli, Milano, 2002.
- MODUGNO F., “I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale”, in Modugno F., Agrò A.S., Cerri A. (a cura di), *Il*

principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, Giappichelli, Torino, 2002.

- MODUGNO F., AGRÒ A.S., CERRI A. (a cura di), *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2002.
- MODUGNO F., *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli editore, Torino, 1995.
- MONTALTI M., L'eguaglianza come valore e nelle sue declinazioni normative", in *Politica del diritto*, XL, n.1, marzo 2009.
- MONTALTI M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia contemporanea di un diritto fondamentale*, Bologna, 2007.
- MORENO M. D. M., "Las uniones de hecho en la legislación autonómica", in *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXII (2006).
- MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Cedam, Padova, 1975.
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, II, 10 ed., Cedam, Padova, 1991.
- MOSCARINI A., "Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali", in *I diritti costituzionali*, Nania R. e Ridola P. (a cura di), vol. I, seconda ed., Giappichelli Editore, Torino, 2006.
- MOTILLA A., "Breves notas en torna a la libertad religiosa en el Estado promocional contemporaneo", in *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa*, Madrid, 1989.
- NANIA R. E RIDOLA P. (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, seconda ed., Giappichelli Editore, Torino, 2006
- NUSSBAUM M. C., *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, Carocci, Roma, 2005.
- ONIDA V., "La tutela dei diritti fondamentali in Italia nella prospettiva dell'integrazione europea", in *Le libertà e i diritti nella prospettiva europea, Atti della giornata di studio in memoria di Paolo Barile*, Cedam, Padova, 2002.
- ONIDA V., "Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana", in *Manuale di Diritto Pubblico*, Amato G. - Barbera A. (a cura di), vol. I, il Mulino, Bologna, 1997.

- PACE A. - MANETTI M., “Art. 21, La libertà di manifestazione del proprio pensiero”, *Commentario della Costituzione, fondato da Giuseppe Branca e continuato da Alessandro Pizzorusso*, Zanichelli Editore, Bologna, 2006.
- PACE A., *Problematiche delle libertà costituzionali*, Cedam, Padova, 2003.
- PALADIN L., “Ragionevolezza (principio di), in *Enc. Dir.*, Milano, 1997.
- PALADIN L., *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano, 1965.
- PALICI DI SUNI PRAT E., F. CASELLA E M. COMBA, (a cura di) *Le Costituzioni dei Paesi dell’Unione Europea*, II ed., Cedam, 2001.
- PALICI DI SUNI PRAT E., *Intorno alle minoranze*, Giappichelli Editore, Torino, 1999.
- PÉREZ ÁLVAREZ S., “Tolerancia, libertad religiosa y derecho a contraer matrimonio en el régimen franquista”, in *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico*, n. 10, 2006.
- PÉREZ LÓPEZ V. - LÓPEZ SANCHEZ L., “La Constitucionalidad de matrimonios homosexuales”, in *La reforma de derecho de familia*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, n. 3, mayo 2006.
- PÉREZ VILLALOBOS M.C., *Las leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho*, Thomson Civitas Aranzadi, Pamplona, 2008.
- PERLINGERI P., *La personalità umana nell’ordinamento*, Napoli, Jovene, 1972.
- PEZZINI B. (a cura di), *Quaderni (Dip. Di Scienze Giuridiche “Alberico da Rosciate”) Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Jovene Editore, Napoli 2008.
- PEZZINI B., “Matrimonio e convivenze stabili omosessuali. Resistenza del paradigma eterosessuale nel diritto comunitario e difficoltà del dialogo con le legislazioni nazionali (nonostante la Carta dei diritti fondamentali)”, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n.3, 2001.
- PIZZORUSSO A., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, Il Mulino, 2002.
- POCAR V. –RONFANI P. (a cura di), *Coniugi senza matrimonio*, Laterza Editore.
- PUGIOTTO A., “Alla radice costituzionale dei “casi”: la famiglia come “società naturale fondata sul matrimonio””, *Relazione svolta al Convegno “Questioni*

- attuali in materia di famiglia”, Atti a cura di A. Zaccaria, Verona, 29 febbraio 2008, in *Forum di quaderni costituzionali*.
- RESCIGNO G. U., “Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana”, Relazione per il Convegno della Associazione dei costituzionalisti – Trieste 17 dicembre 1998 – versione provvisoria.
 - REY MARTINÉZ F., “Homosexualidad y Constitución”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 73, 2005.
 - RODOTÀ S., *Perché Laico*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2009.
 - ROLLA G., “Profili costituzionali della dignità umana”, in *La tutela della dignità dell'uomo*, Lezioni Volterrane, Vol. II, Ceccherini E. (a cura di), Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.
 - ROSSI E., “Il riconoscimento delle coppie di fatto alla ricerca di una sintesi”, in *Quaderni Costituzionali*, a. XXVII, n. 2, 2007.
 - ROSSI E., “Le unioni stabili registrate di fronte alla Corte di Giustizia”, in *Quaderni costituzionali*, 2001, n. 3.
 - ROSSI E., articolo 2 della Costituzione, in *Commentario della Costituzione*, Bifulco R., Celotto A. e Olivetti M. (a cura di), Milano, Utet, 2006.
 - ROSSI S., “La Famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte costituzionale”, in *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale* Quaderni del Dipartimento di Scienza Giuridiche, Università degli Studi di Bergamo, Jovene editore, 2008.
 - ROSSI S., in “La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte Costituzionale”, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009.
 - RUGGERI A., “Gli Statuti regionali alla consulta e la vittoria di Pirro (nota a Corte cost. nn. 372, 378 e 379 del 2004)”, in *Forum di quaderni costituzionali*, dicembre 2004.
 - RUGGERI A., “Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione”, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, dicembre 2007
 - RUGGERI A., “La Corte, la “denormativizzazione” degli statuti regionali e il primato del diritto politico sul diritto costituzionale”, in *Le Regioni*, n. 3, 2005.
 - RUGGERI A., “Principio di ragionevolezza e specificità dell’interpretazione costituzionale”, in ‘Itinerari’ di una *ricerca sul sistema delle fonti*, vol. I, Torino, 2003.

- RUGGERI A., SPADARO A. (a cura di), *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2001.
- RUSCONI G. E. (a cura di), *Lo Stato secolarizzato nell'età post-secolare*, il Mulino, Bologna, 2008.
 - RUSPINI E. (a cura di), *Donne e uomini che cambiano. Relazioni di genere, identità sessuali e mutamento sociale*, Guerini Scientifica, 2005.
 - SAN MIGUEL L. G., ALCALÁ DE HENARES (a cura di), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10.1 de la Constitución*, 1995.
 - SÁNCHEZ I. M., “Derecho a convivir en pareja y libertad de conciencia”, in *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 11, 2006.
 - SOLÉ RESINA J., “Adopción y pareja homosexuales”, in *Matrimonio homosexuales y adopción, perspectiva nacional e internacional*, S. Navas Navarro (a cura di), Diaz-Bastien & Truan Abogados, Madrid, 2006.
 - SOUTO PAZ J. A., “Libertad ideologica y religiosa en la jurisprudencia constitucional”, in *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudio en memoria del Profesor Pedro Lombardia*, Madrid, 1989.
 - SPADARO A., “Uguaglianza”, in *Enc. Filosofica*, XII, Milano, 2006.
 - STAIANO S. (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Giappichelli, Torino, 2006.
 - TOZZI V., “La famiglia secondo lo Stato non è quella del diritto canonico”, intervento alla giornata di studio: *Famiglia o famiglie? Interrogiamo il diritto*, Macerata 27 aprile 2007. in rivista telematica Stato e Chiesa, maggio 2007 in www.statoechiese.it/images/stories/papers/200705/tozzi_fasi.pdf.
 - TROILO S., “I progetti di legge in materia di unioni di fatto: alla ricerca di una difficile coerenza con i principi costituzionali”, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 12 settembre 2008.
 - VERONESI P., “Costituzione, “strane famiglie” e “nuovi matrimoni”, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, settembre 2008.
 - VIOLINI L., “Il riconoscimento delle coppie di fatto: *praeter o contra constitutonem?*”, in *Forum di quaderni costituzionali*.
 - WINTEMUTE R., “La discriminazione e la giurisprudenza europea”, in *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, l'attuazione della direttiva 2000/78/CE e la nuova disciplina per la protezione dei diritti delle persone*

omosessuali sul posto di lavoro, Fabeni S., Toniollo M. G. (a cura di), prefazione di G. Epifani, Ediesse, Roma, 2005.

- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.
- ZANOTTI A., “La secolarizzazione dei diritti a base religiosa: il paradigma del matrimonio”, in *Lo stato secolarizzato nell’età post-secolare*, Rusconi G. E. (a cura di), il Mulino, Bologna, 2006.
- ZILLER J., *Il nuovo Trattato europeo*, Il Mulino, Bologna, 2007.

Giurisprudenza

Giurisprudenza italiana citata

- Sentenza n. 102 del 7 maggio 1975, della Corte Costituzionale.
- Sentenza n. 11 del 1956, della Corte Costituzionale.
- Sentenza n. 1146 del 29 dicembre 1988, della Corte Costituzionale
- Sentenza del 12 marzo 1979, del Tribunale di Genova.
- Sentenza del 27 giugno 2008, Corte d’Appello di Firenze
- Sentenza n. 13 del 3 febbraio del 1994, della Corte Costituzionale.
- Sentenza del 28 giugno 1980, del Tribunale di Roma.
- Sentenza n. 11975 dell’8 agosto 2003, della Corte di Cassazione.
- Sentenza n. 12557 dell’8 luglio 2004, della Corte di Cassazione Civ.
- Sentenza n. 16417 del 25 luglio 2007, della Corte Suprema di Cassazione Sez. Civ. I.
- Sentenza n. 170 del 1984, della Corte Costituzionale.
- Sentenza n. 176 del 1986, della Corte Costituzionale.

- Sentenza n. 238 del 17 dicembre 1975, della Corte Costituzionale
- Sentenza n. 25 del 23 marzo 1966, della Corte Costituzionale.
- Sentenza n. 28 del 26 gennaio 1957, della Corte Costituzionale.
- Sentenza n. 283 del 1987, della Corte Costituzionale.
- Sentenza n. 29 del 27 marzo 1962, della Corte Costituzionale.
- Sentenza n. 33305 del 4 ottobre 2002, della Corte di Cassazione Pen. Sez. IV.
- Sentenza n. 366 del 7 luglio 1991, della Corte Costituzionale.
- Sentenza n. 378 del 6 dicembre 2004, della Corte Costituzionale.
- Sentenza n. 379 del 6 dicembre 2004, della Corte Costituzionale.
- Sentenza n. 38 del 1973, della Corte Costituzionale.
- Sentenza n. 404 del 7 aprile 1988, della Corte Costituzionale.
- Sentenza n. 48 del 1979, della Corte Costituzionale.
- Sentenza n. 53 del 14 luglio 1958, della Corte Costituzionale.
- Sentenza n. 559 del 20 dicembre 1989, della Corte Costituzionale.
- Sentenza n. 561 del 10 dicembre 1987, della Corte Costituzionale.
- Sentenza n. 561 del 18 dicembre 1987, della Corte Costituzionale.
- Sentenza n. 5658 del 1998, della Corte di Cassazione.
- Sentenza n. 75 del 1966, della Corte Costituzionale.
- Sentenza n. 8 del 18 gennaio 1996, della Corte Costituzionale.
- Sentenza n. 978 del 7 febbraio 1996, della Corte Suprema di Cassazione.
- Sentenza n. 98 del 26 luglio 1979, della Corte Costituzionale.
- Sentenza n. 16 del 1968, della Corte Costituzionale.
- Sentenze n. 3503 del 4 aprile 1998, della Corte di Cassazione.
- Sentenze n. 372 del 29 novembre 2004, della Corte Costituzionale.

Giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo citata

- Rapporto del 1 luglio 1997, *Sutherland c. Regno Unito*, della Commissione EDU.
- Sentenza 10678/1983 caso V. contro *Nederlands*, della Corte Europea dei diritti dell'uomo.
- Sentenza 11921/1986, caso C. contro Regno Unito, della Corte Europea dei diritti dell'uomo
- Sentenza del 10 maggio 2001, *Mata Estévez c. Spagna*, della Corte Europea dei diritti dell'uomo.
- Sentenza del 11 luglio del 2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, della Corte Europea dei diritti dell'uomo.
- Sentenza del 18 dicembre 1986, *Johnston v. Irlanda*, della Corte Europea dei diritti dell'uomo.
- Sentenza del 21 dicembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, della Corte Europea dei diritti dell'uomo.
- Sentenza del 22 gennaio 2008, *E .B. c. Francia*, della Corte Europea dei diritti dell'uomo.
- Sentenza del 22 ottobre 1981, *Dudgeon c. Regno Unito*, della Corte Europea dei diritti dell'uomo.
- Sentenza del 23 giugno del 1993, *Hoffmann c. Austria*, della Corte Europea dei diritti dell'uomo.
- Sentenza del 27 settembre 1999, *Lustig-Prean e Beckett c. Regno Unito*, della Corte europea dei diritti dell'uomo.
- Sentenza del 27 settembre 1999, *Smith e Grady c. Regno Unito*, della Corte Europea dei diritti dell'uomo.
- Sentenza del 27 settembre del 1990, *Cossey c. Regno Unito*, della Corte Europea dei diritti dell'uomo.
- Sentenza del 30 luglio 1998, *Sheffield & Horsham c. Regno Unito*, della Corte Europea dei diritti dell'uomo.
- Sentenza del 31 luglio 2000, *A.D.T. c. Regno Unito*, della Corte Europea dei diritti dell'uomo.
- Sentenza del 9 gennaio 2003, *L. e V. c. Austria*, della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

- Sentenza del 26 febbraio 2002, *Fretté v. France*, della Corte Europea dei diritti dell'uomo.
- Sentenza del 17 ottobre 1986, *Raes c. Regno Unito*, della Corte Europea dei diritti dell'uomo.
- Sentenza del 21 dicembre 1999, *Salguiero Da Silva Mouta v. Portugal*, della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

Giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee citata

- C- 249/96, causa *Grant c. South-West Trains Ltd*, della Corte di Giustizia.
- C-13/94, causa *P. c. S. e Cornwall County City*, della Corte di Giustizia.
- Sentenza dell'11 novembre 1997, *Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*, della CGCE.
- Sentenza del 31 maggio 2001, *D. & Svezia c. Consiglio UE*, della CGCE.
- Sentenza del 10 giugno 2003, *K. B. c. Regno Unito*, della CGCE.
- Sentenza del 27 novembre 2007, del Tribunale della funzione pubblica dell'Unione Europea (Prima Sezione)
- Sentenza dell'1 aprile 2008, *Tadao Maruko c. VdB*, della CGCE.
- Sentenza (T-58/08 P) del 5 ottobre 2009, del Tribunale di primo grado delle Comunità Europee (Sezione delle impugnazioni).

Giurisprudenza straniera citata

- Sentenza ARP 2001/35 del 20 marzo 2001, dell' *Audencia Provincial de Barcelona*.
- Sentenza del 18 novembre 2003, *Goodridge v. Department of Public Helth*, Corte Suprema del Massachusetts.
- Sentenza *Fourie and Bonthuys v. Ministero f Home Affairs and Another*, del 30 novembre 2004, della *Constitutional Court of South Africa*.
- Sentenza *Lawrence v. Texas* 539 U.S. 558 (2003), la Suprema Corte americana

- Sentenza n. 116 del 17 luglio 1999, del *Tribunal Constitucional*.
- Sentenza n. 12 del 30 maggio 2000, del *Juzgado de lo social* di Madrid.
- Sentenza n. 120 del 27 giugno 1990, del *Tribunal Constitucional*.
- Sentenza n. 13 del 1982, del *Tribunal Constitucional*.
- Sentenza n. 132 del 18 luglio 1989, del *Tribunal Constitucionanl*.
- Sentenza n. 142 del 1993, III fondamento giuridico, *Tribunal Constitucional*.
- Sentenza n. 15 del 15 maggio 1981, della *Magistratura de Trabajo*.
- Sentenza n. 15 del 23 aprile 1982, del *Tribunal Constitucional*.
- Sentenza n. 156 del 6 maggio del 1993, *Tribunal Consitucional*.
- Sentenza n. 184 del 15 novembre del 1990, del *Tribunal Constitucional*.
- Sentenza n. 22 del 2 luglio 1981, del *Tribunal Constitucional*.
- Sentenza n. 222 dell'11 dicembre 1992, del *Tribunal Constitucional*.
- Sentenza n. 2759/2000 del 30 giugno 2000, del *Juzgado de lo Social de Pamplona*.
- Sentenza n. 37 del 26 marzo del 1987, *Tribunal Consitucional*.
- Sentenza n. 47 dell'8 febbraio 1993, del *Tribunal Constitucional*.
- Sentenza n. 50 del 1995, del *Tribunal Constitucional*.
- Sentenza n. 53 del 18 luglio 1985, del *Tribunal Constitucionanl*.
- Sentenza n. 88 del 15 marzo del 1993, *Tribunal Consitucional*.
- Supreme Court of Iowa No. 07-1499, del 3 Aprile 2009.