

**L'orientamento sessuale nell'interpretazione costituzionale:
il caso del matrimonio nel diritto italiano e comparato**

Daniele Ferrari

Università degli Studi di Genova

Abstract

This study reconstructs the legal consequences of an interpretation of the constitutional field founded on heterosexuality. In this regard, I examine the institution of marriage. In the first part, I premise some theoretical models that describe the trends in the different European States with regard to the relationship between sexual orientation and conjugacy. In the second part, with regard to the Italian legal system, moving by the interpretation of the institution of marriage in constitutional jurisprudence, we can see that the conjugacy have been reserved only for those of the opposite gender, resulting in the exclusion of same-sex couples, unable to be legally owner of the corresponding rights and duties. In this perspective, sexual orientation, despite the constitutional principle of equality, is still a quality of the person capable of making distinctions between subjects. The Italian situation, in the final part, is read, in a problematic sense, in the European context, in which many legal details of both the European Union and

the Council of Europe have neutralized sexual orientation with respect to access to marriage, allowing all couples to marry.

Keywords: sexual orientation, marriage, constitution, legal *status*, legal capacity.

1. Osservazioni introduttive

L'emersione dell'orientamento sessuale, come qualità soggettiva giuridicamente rilevante ai fini dell'imputazione delle situazioni attive e passive previste nelle costituzioni, è stato oggetto, in tempi recenti, di un grande dibattito giuridico¹. Questo dibattito riguarda, in misura principale, l'esigenza di garantire alle persone omosessuali, sia come singoli sia nelle formazioni sociali, la titolarità di quei diritti e doveri connessi a *status*, tradizionalmente, riservati a soggetti eterosessuali. In questi termini, se alcune recenti esperienze di codificazione costituzionale hanno ampliato la tutela della persona, vietando, esplicitamente, differenziazioni giuridiche fondate sull'orientamento sessuale², altre costituzioni, in senso contrario, specificando la garanzia della condizione umana anche sulla base dell'identità di genere, hanno, implicitamente, fatto discendere dall'omofilia³ un effetto di limitazione con riguardo ai destinatari di specifiche previsioni costituzionali⁴. La circostanza che parti della materia costituzionale non siano *gender neutral* può avere effetti non solo con riguardo all'identità di genere della persona, ma anche all'orientamento sessuale.

¹ Per la dottrina italiana, tra gli altri, Pezzini e Lorenzetti (2011), Crivelli (2011), Prisco (2012), Torino (2012), D'Amico, Nardocci e Winkler (2014), Ferrari (2014).

² Ad esempio, la Costituzione dell'Ecuador del 2008, all'art. 6, c. 2, pone un divieto espresso di discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale. Lo stesso divieto è previsto, all'art. 9, co. 3, nella Costituzione della Repubblica Sudafricana del 1996.

³ Il termine 'omofilia' è stato coniato da Karl Günther Heimsoth nel 1924, per caratterizzare, in alternativa all'uso della parola omosessualità, la qualità della persona in esame in termini meno sessuali e maggiormente accettabili sul piano sociale. Nell'ambito del presente saggio, tuttavia, il termine omofilia deve intendersi come sinonimo di omosessualità, potendosi ritenere per lo più superata, almeno in Europa, la non accettazione sociale dei rapporti sessuali tra individui dello stesso genere. Sulla nozione di omofilia v. Heimsoth (1924).

⁴ Sulle tecniche di codificazione dei diritti e, in particolare, con riguardo alla nozione di specificazione vedi Bobbio (1991), Peces Barba (1993, 138), Rolla (1997).

Questo è, ad esempio, il caso di tutte quelle previsioni costituzionali, che, nel prescrivere la diversità di genere tra i soggetti componenti specifiche formazioni sociali, qualificano -in modo implicito o esplicito- come affettiva la qualità del rapporto tra gli stessi. Tale fenomeno avviene, come si vedrà tra breve, nel caso del matrimonio⁵ o, in senso diverso, quando il presupposto del modello di genitorialità giuridicamente previsto viene fatto coincidere con la procreazione, prescrivendo la compresenza di due figure genitoriali, distinte sulla base del genere in maternità e paternità⁶.

Nella presente analisi il *focus* del rapporto tra omofilia e condizione giuridica soggettiva si concentrerà sull'istituto matrimoniale. In questi termini, la scelta dei diversi Stati europei di introdurre formule di riconoscimento giuridico delle coppie formate da persone dello stesso sesso⁷ ha determinato un'importante evoluzione sul criterio, che le diverse costituzioni nazionali individuavano per attribuire ai soggetti il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia⁸: La tradizionale concezione dell'istituto

⁵ In questi termini, la dottrina ha osservato che l'istituto del matrimonio si fonda su un "dualismo eteronormativo", che «indica l'esistenza di un paradigma a fondamento di norme morali, sociali e giuridiche basato sul presupposto che vi sia un orientamento sessuale corretto, quello eterosessuale, che vi sia una coincidenza fra il sesso biologico e il genere e che sussista una naturale e necessaria complementarietà fra uomo e donna, sia con riferimento ai ruoli sessuali che sociali e culturali» (Schuster 2011, 35). Sulla teorizzazione della nozione di eteronormatività vedi, per tutti, Warner (1991); Berlant e Warner (1998).

⁶ Come osservato dalla dottrina, infatti, la Costituzione repubblicana, già nei suoi principi fondamentali, fa della differenza di genere uno degli elementi centrali ai fini della definizione della condizione giuridica dell'uomo. In questo senso, se la differenza tra uomo e donna viene affermata fin dall'art. 3 Cost. nella prospettiva del divieto costituzionale di differenziazioni normative fondate sul sesso. Il riferimento al genere ha, quindi, anche delle ricadute sulla definizione del modello costituzionale degli *status* personali riconducibili al paradigma familiare. In questa prospettiva, l'imporsi di una nozione bigenitoriale fondata sulla procreazione conferma «(...) l'irriducibile differenza tra i sessi nella riproduzione, introducendo una regola unidirezionale, applicabile al solo femminile». Tale elemento riferito all'orientamento sessuale dimostra come la Costituzione declini i ruoli genitoriali sulla base del genere maschile e femminile e di conseguenza, implicitamente, veda nell'eterosessualità una qualità soggettiva necessaria ai fini della riproduzione. Confronta, sul punto, Pezzini (2008, 102 ss. e 2012, 31 ss.)

⁷ In questo senso, si riscontra un panorama normativo piuttosto omogeneo, nel riconoscimento, seppure con formule differenziate, delle unioni omosessuali. Così in Spagna, Belgio, Paesi Bassi, Portogallo, Svezia, Norvegia, Francia e Regno Unito si ha l'istituto del matrimonio; in Germania, Austria, Andorra, Repubblica Ceca, Finlandia, Ungheria, Islanda, Lussemburgo, Slovenia e Svizzera, il riconoscimento è dato dalla possibilità di registrare l'unione; in Irlanda e in Liechtenstein sono in discussione disegni di legge per introdurre *partnership* registrate; la Croazia, invece, riconosce, solamente, la convivenza tra soggetti omosessuali, senza però permettere la registrazione della coppia. Questo dinamismo che anima un po' tutti gli Stati europei, nella direzione di una positivizzazione dell'evoluzione avutasi sul piano dei rapporti sociali e familiari, non sembra ad oggi riscontrabile in soli due paesi: Italia e Grecia. Per un'analisi delle diverse soluzioni di regolamentazione nazionale vedi, per tutti, Saracino (2011, 1471 ss.).

⁸ Sul punto confronta Ruggeri, (2007, 751 ss.), Manetti (2010) e Pedrazza Gorlero e Franco (2010, 247 ss.).

matrimoniale, come l'unione tra due persone di sesso diverso, legava, infatti, il diritto al matrimonio ad una specifica qualità dei soggetti privati, espressa dal loro orientamento sessuale. Solo i consociati eterosessuali potevano sposarsi, mentre quelli omosessuali, provando attrazione verso soggetti del loro stesso genere, erano esclusi. L'orientamento sessuale, in tale prospettiva, finisce per esprimere la capacità giuridica del soggetto di essere titolare del diritto al matrimonio e, quindi, la sua «idoneità ad essere destinatario delle norme costituzionali»⁹ in materia di coniugio. Tale nozione eterosessuale di matrimonio non attribuiva, in definitiva, alle coppie formate da persone dello stesso sesso la capacità giuridica di sposarsi¹⁰, riservando solo agli individui eterosessuali lo *status* giuridico coniugale¹¹.

In particolare, prendendo in considerazione le costituzioni dei 28 Stati membri dell'Unione Europea, fra le libertà costituzionalmente garantite, quella di sposarsi viene espressamente attribuita solo a uomini e donne dalla: Costituzione spagnola del 1978, in cui si afferma che «l'uomo e la donna hanno diritto a contrarre matrimonio (...)» (art. 32, c. 1, Cost.)¹²; dalla Costituzione polacca del 1997, che qualifica il matrimonio «come unione dell'uomo e della donna» (art. 18); dalla Legge fondamentale dell'Ungheria del 2011 all'art. L, c. 1: «L'Ungheria tutela l'istituto del matrimonio quale unione volontaria di vita tra l'uomo e la donna, nonché la famiglia come base della sopravvivenza della Nazione»; dalla Costituzione bulgara del 1991, che all'art. 46 definisce il matrimonio come «l'unione tra un uomo e una donna». Altri testi costituzionali, pur non contenendo tale espresso riferimento alla diversità di sesso tra i *nubendi*, vengono interpretati in modo da presupporre tale diversità. È il caso di quelle formule linguistiche che descrivono la famiglia come «una società naturale fondata sul matrimonio», come avviene all'art. 29 della Costituzione italiana oppure che si riferiscono allo *status* di genitori, oltretutto di coniugi, quando tale condizione viene

⁹ Così, Barile (1966, 25).

¹⁰ Sul punto vedi Borillo (1998) e Pierrat (2008).

¹¹ Sulle origini storiche del rapporto tra orientamento sessuale e diritto vedi Cantarella (1995).

¹² Questa previsione è, peraltro, stata interpretata in termini evolutivi dal Tribunale costituzionale che, nel dichiarare la legittimità della legge sui matrimoni omosessuali, ha sostenuto che la disposizione non prescrive il formarsi del vincolo tra un uomo e una donna, ma garantisce la libertà per uomini e donne, in quanto singoli, di sposarsi. Vedi *Tribunal Constitucional*, sent., 6 novembre 2012, n. 198.

distinta dal testo costituzionale in maternità e paternità ed è questa la scelta fatta all'art. 53 c. 3 della Costituzione lituana del 1991.

In senso generale, con riguardo agli ordinamenti europei, le scelte di politica legislativa riguardanti la condizione giuridica delle coppie dello stesso sesso, possono essere classificate in tre gruppi: Stati che hanno introdotto il matrimonio anche per le coppie omosessuali¹³; Stati che hanno previsto istituti distinti dal matrimonio¹⁴; Stati che non hanno posto in essere alcun riconoscimento giuridico di tali coppie¹⁵. I tre modelli proposti coincidono con un diverso rapporto tra orientamento sessuale e capacità giuridica di sposarsi. Infatti, nel caso del matrimonio o di istituti alternativi l'omosessualità è completamente o parzialmente neutra rispetto al diritto di ricevere un riconoscimento giuridico dell'unione, diversamente il vuoto legislativo impone la condizione di coppia di fatto alle persone omosessuali¹⁶.

In questo senso, l'evoluzione giuridica e culturale della nozione di matrimonio e di famiglia avvenuta a livello normativo è filtrata nell'interpretazione delle costituzioni nazionali, quando le corti costituzionali, chiamate a stabilire la legittimità del matrimonio omosessuale, hanno affermato la neutralità dell'orientamento sessuale rispetto all'istituto in questione¹⁷.

¹³ Nel primo gruppo di classificazione rientrano Spagna, Belgio, Paesi Bassi, Portogallo, Svezia, Danimarca, Francia, Regno Unito, limitatamente all'Inghilterra e al Galles e Lussemburgo. In particolare, per primi i Paesi Bassi hanno esteso nel 2001 il matrimonio alle coppie *same sex*, seguiti dal Belgio nel 2003, dalla Spagna nel 2005, dalla Svezia nel 2008, dal Portogallo nel 2010, dalla Danimarca nel 2012 ed infine dalla Francia, dall'Inghilterra e dal Galles nel 2013 e dal Lussemburgo nel 2014. La tecnica legislativa utilizzata in questi ordinamenti per l'introduzione del matrimonio *same sex*, è consistita nell'eliminazione dal codice civile della differenza di genere tra i nubendi, quale requisito essenziale di esistenza e validità del matrimonio. In tal modo, in questi Stati l'orientamento sessuale non rappresenta più una qualità della persona idonea ad incidere sulla sua capacità giuridica di sposarsi o, in talune ipotesi, di adottare dei figli.

¹⁴ Tra gli Stati membri dell'Unione europea, questa seconda via è stata percorsa da Austria, Repubblica Ceca, Finlandia, Svezia, Ungheria, Lussemburgo, Germania e Slovenia. Tutti questi paesi, ad eccezione della Germania, hanno riconosciuto le unioni in discorso, attraverso la registrazione della coppia in un apposito registro. La registrazione, di norma, si produce a seguito di una comune dichiarazione da parte dei soggetti interessati davanti all'ufficiale di Stato civile.

¹⁵ Rientrano in quest'ultimo gruppo di classificazione Malta, Italia, Grecia e Croazia.

¹⁶ Per una ricostruzione in prospettiva comparata di questi ed altri ordinamenti si rinvia a Torino (2012).

¹⁷ Le decisioni in questione possono essere schematizzate sulla base dell'autorità giurisdizionale che le ha pronunciate. In questi termini, le corti costituzionali di molti Stati europei, pronunciandosi sulla legittimità dell'introduzione legislativa del matrimonio omosessuale, hanno sostenuto l'inesistenza di una nozione di coniugio costituzionalmente imposta. Sul punto confronta: con riguardo al Belgio, *Cour d'Arbitrage, arrêt*, 20 ottobre 2004, n. 159; in argomento Dicosola (2011, 61); con riguardo al Portogallo, *Tribunal Constitucional*, sentt., 9 luglio 2009, n. 359 e, 8 aprile 2010, n. 121. A commento di queste

2. Matrimonio e orientamento sessuale: il caso dell'Italia

A fronte di una prevalente interpretazione della materia costituzionale slegata da un paradigma di matrimonio definito in funzione della diversità di genere tra i *nubendi*, la Corte costituzionale italiana ha consolidato un diverso orientamento. In particolare, il Giudice delle Leggi ha sostenuto l'esistenza di una nozione costituzionalmente definita di coniugio, incentrata sulla diversità di genere tra i soggetti, ritenendo, pertanto, ragionevole l'esclusione delle coppie omosessuali da questo istituto. In questi termini, l'eterosessualità ha assunto la funzione di criterio di interpretazione delle disposizioni e dei principi costituzionali, sancendo una alternativa capacità o incapacità delle persone di essere destinatarie di quei diritti e doveri condizionati dal possesso dello *status* coniugale.

La descritta interpretazione è stata definita in due principali decisioni che, tra il 2010 e il 2014, hanno riguardato la condizione giuridica delle coppie omosessuali.

In primo luogo, con la sentenza n. 138 del 2010, la Consulta, occupandosi dell'incapacità di sposarsi delle persone omosessuali¹⁸, ha dichiarato inammissibile, con

decisioni, vedi, tra gli altri, Vagli (2010), Romano (2010) e Crivelli (2010); con riguardo alla Spagna, v., *Tribunal Constitucional*, sent., 6 novembre 2012, n. 198. Sulla decisione, vedi tra gli altri, Perelli (2014, 133 ss.); per la Francia, vedi, *Conseil Constitutionnel, Décision*, 17 maggio 2013, n° 2013-669. Con riguardo alla giurisprudenza delle corti europee, prima la Corte di Giustizia e poi la Corte Europea dei diritti dell'uomo hanno progressivamente affermato che, se il diritto al matrimonio per le coppie omosessuali è riservato alle scelte discrezionali dei legislatori nazionali, la coppia dello stesso sesso ha, in quanto fatto giuridico, ai sensi dei cataloghi europei, un diritto alla vita familiare, la cui tutela non è affidata ad un intervento del parlamento, ma al giudice, che nel caso concreto può riconoscere ai conviventi tutele giuridiche equivalenti a quelle proprie delle coppie coniugate. Sul punto, vedi rispettivamente, *ex plurimis*: per la Corte di Strasburgo, Cedu, dec., *Schalk e Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010, (ric. n. 30141/04) e, a commento, Repetto (2010); per la Corte di Giustizia, riguardo ai rapporti tra matrimonio e altre forme di riconoscimento delle unioni, C. giust. UE, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, 1 aprile 2008, C-267/06, in «Giurisprudenza Italiana», 2009, 3, 561. A commento di tale sentenza, ed in particolare sulla possibile equiparazione nella giurisprudenza della Corte tra matrimonio e unioni stabili, si rinvia a Vizioli (2009).

¹⁸ Nel panorama giurisprudenziale italiano vi erano infatti stati già un paio di casi, riguardanti, rispettivamente e la trascrizione in Italia del matrimonio contratto all'estero, tra persone dello stesso sesso, ed il diniego dell'ufficiale di stato civile di procedere alle pubblicazioni matrimoniali di coppie dello stesso sesso. Si richiama a titolo di esempio Trib. di Latina, 10 giugno 2005, decr. n. 3, in «Giurisprudenza di merito», 2005, 11, 2292. Nel provvedimento in appresso il Tribunale di Latina rigettava il ricorso di una coppia omosessuale avverso il provvedimento di diniego dell'ufficiale di stato civile di trascrizione del loro matrimonio contratto all'Aja. Infatti, i giudici, constatando come né il legislatore del 1942 né quello del 1975 avessero fornito un'esplicita definizione di matrimonio, ricostruivano tale nozione in via interpretativa, desumendola dal complesso normativo che disciplina

riferimento agli articoli 2 e 117, primo comma, della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale degli articoli 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis del codice civile e infondata l'ulteriore questione di legittimità costituzionale sollevata, avente come parametro gli articoli 3 e 29 Cost. Le ordinanze dei giudici rimettenti ponevano, infatti, in dubbio la legittimità delle previsioni che riservano il matrimonio ad un uomo e una donna, qualificando la realizzazione della condizione matrimoniale di cui all'art. 29 Cost. come un diritto fondamentale della persona, che deve essere libera di scegliere il proprio *partner*, senza subire irragionevoli distinzioni fondate sull'orientamento sessuale¹⁹.

La Corte ha, tuttavia, prospettato una diversa lettura del parametro, valutando la pretesa di uguaglianza delle coppie omosessuali, alla luce di uno specifico significato costituzionale di matrimonio. Infatti è in funzione di una nozione eterosessuale di "famiglia costituzionale" che il Giudice delle leggi ha ritenuto ragionevole

l'istituto in esame. Soccorrerebbe a tal fine l'art. 29 della Costituzione, che con l'attributo "naturale" andrebbe ad individuare in modo inequivocabile il matrimonio, come l'unione tra due persone di sesso diverso, secondo una concezione, che prima ancora che nella legge, troverebbe il suo fondamento nel sentimento, nella cultura, nella storia della nostra comunità nazionale e tale principio, confermato anche dalle disposizioni in materia della legge ordinaria (art. 89, 143 bis, 156 bis, 231, 235, 262 c.c.), pare abbia assunto valenza costituzionale. Alla luce di tali valutazioni risultava, quindi, impossibile la trascrizione di tale matrimonio, in quanto non può essere ricondotto alla fattispecie matrimoniale dell'ordinamento italiano, essendo di fatto non configurabile un collegamento funzionale con l'ordinamento dello stato straniero. Anche il reclamo presentato dai ricorrenti, avverso l'ordinanza del tribunale di Latina, davanti alla Corte d'Appello di Roma avrebbe avuto un esito negativo, in quanto la Corte avrebbe confermato la statuizione del giudice di primo grado, chiarendo come la trascrizione non sia un atto dovuto, ma subordinato all'individuazione delle norme che stabiliscono gli effetti dell'atto negoziale nell'ordinamento interno. A commento di tale decreto si segnala Galizia (2006). In tale scritto si evidenzia come la decisione in oggetto nel dichiarare perfettamente legittimo il diniego dell'ufficiale di Stato civile a trascrivere il matrimonio celebrato in un altro paese tra due persone dello stesso sesso, muova anche: «dall'assunto che l'unione matrimoniale crei un vincolo perpetuo ed esclusivo tra i coniugi, in cui si possa vivere la reciprocità e il mutuo aiuto e mettere i presupposti per la generazione di nuove vite (...) vi è sempre l'intrinseca possibilità che una coppia, formata da un uomo e una donna, possa avere un figlio. La coppia omosessuale è, invece, in modo costitutivo sterile e non ha senso rivendicare un'equiparazione con la coppia eterosessuale. La Corte di Cassazione ha, peraltro, con la sent., 15 marzo 2012, n. 4184, in «Famiglie e diritto», 2012, 7, 665 ss., capovolto gli orientamenti precedenti della giurisprudenza, formati sull'istituto della trascrizione in Italia dei matrimoni tra persone dello stesso sesso, chiarendo come, alla luce delle fonti internazionali ed euro-unitarie, il matrimonio omosessuale non sia da ritenersi contrario, all'ordine pubblico nazionale.

¹⁹ Trib. di Venezia, 3 aprile 2009, ord. n.177, reg. ord. 2009, in «Giurisprudenza Costituzionale», n. 2, 2009, 1227; C. App. Trento, 29 luglio 2009, ord. n.248, reg. ord. 2009, 41, in G.U 2009, 248, 88. Peraltro la Corte d'Appello di Trento ha emarginato anche l'ulteriore parametro dell'art.117, c. 1, Cost., in quanto la mancata previsione di un istituto giuridico di riconoscimento delle coppie gay violerebbe anche il dovere di rispetto degli obblighi comunitari, derivanti dalle previsioni di cui agli art. 7, 9 e 21 della Carta dei diritti fondamentali della U.E., che sanciscono il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia.

l'impossibilità di accesso al matrimonio per le coppie omosessuali. In particolare, a parere della Consulta, l'elemento della diversità di genere emergerebbe sia a livello codicistico sia a livello di legislazione speciale, frutto di una tradizione ultramillenaria e consolidata di matrimonio²⁰, confermata anche dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria, che ravvisa in tale elemento una condizione essenziale per l'esistenza o comunque per la validità dell'istituto medesimo (Tincani 2008, 173 ss.). Nello stesso senso anche l'arcipelago di diritti che caratterizzano l'istituto matrimoniale configurerebbe una sua ineludibile vocazione eterosessuale, tale da distinguere la famiglia (fondata sul matrimonio) da qualsiasi altra formazione sociale²¹.

Non vi sarebbe, quindi, omogeneità tra unioni omosessuali e unioni eterosessuali²² e, di conseguenza, neppure una irragionevole discriminazione ex art. 3, c. 1, Cost²³.

La lettura originalista dell'art. 29 Cost., peraltro, non impedirebbe una tutela della coppia omosessuale fondata sul diverso parametro dell'art. 2 Cost., che ricomprenderebbe (chiarisce la Corte) tra le formazioni sociali anche questa unione, intesa come stabile convivenza tra due persone. In questo senso, la Consulta pone una distinzione tra la nozione di formazione sociale e quella di matrimonio. Solo la prima è *gender neutral*, mentre la seconda riguarda solo coppie formate da uomini e donne. Infatti, pur rientrando l'unione omosessuale nel concetto di formazione sociale, il corrispondente riconoscimento giuridico del diritto «di vivere liberamente una condizione di coppia» è affidato al legislatore, quanto a «tempi e modi» e incontra,

²⁰ Tale ricostruzione del Giudice costituzionale coincide con un'interpretazione originalista della Costituzione, basata anche su norme sotto-ordinate e precedenti alla Carta del 1948. Così, l'art. 29 Cost. si riempie di contenuto, da un lato alla luce delle previsioni del codice civile e dall'altro richiamando i lavori dei Padri costituenti, che, per il vero, pur non pensando ai matrimoni omosessuali, si erano già posti in allora il problema delle unioni al di fuori del vincolo matrimoniale, consapevoli che la nascente Costituzione si sarebbe adattata all'evolvere dello Stato comunità.

²¹ Diverso l'orientamento su tale profilo di quella dottrina che evidenzia come il sistema di diritti costruito attorno all'istituto matrimoniale sarebbe configurabile, attraverso una lettura costituzionalmente orientata delle norme, anche per le coppie dello stesso sesso, sul punto di interesse Rodotà (1996, 65 ss.).

²² Confronta Corte cost., 14 novembre 2000, ord. n.491, in «Giurisprudenza Costituzionale», v. IV, 2000, 3785 ss, in cui si chiarisce come: «Punto fermo di tutta la giurisprudenza costituzionale è la diversità tra famiglia di fatto e famiglia fondata sul matrimonio, in ragione dei caratteri di stabilità, certezza, reciprocità e corresponsività dei diritti e doveri che nascono soltanto da tale vincolo».

²³ A tal proposito non si può non ricordare un precedente (sentenza n. 8/1996) dove la stessa Corte aveva affermato come «la distinta considerazione costituzionale della convivenza e del rapporto coniugale, come tali, non esclude affatto la comparabilità delle discipline riguardanti aspetti particolari dell'una e dell'altra che possano presentare analogie, ai fini del controllo di ragionevolezza a norma dell'invocato art. 3 Cost.».

comunque, il limite del matrimonio eterosessuale, non potendo «incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata»²⁴.

A prevalere nel ragionamento del Giudice costituzionale è, in definitiva, la lettura storicizzata dell'art. 29 Cost. alla luce della quale la disciplina codicistica censurata dai remittenti non sarebbe incompatibile con la Costituzione, nella parte in cui non prevede il matrimonio omosessuale. Quanto alla realizzazione dei diritti sanciti dall'articolo 2 Cost., spetterà al legislatore intervenire per darne un'attuazione modulata sulla base delle nuove esigenze delle coppie *same sex*, il cui riconoscimento giuridico non deve comunque, necessariamente, realizzarsi attraverso una equiparazione all'istituto matrimoniale.

Questo la Corte afferma dichiarando, sotto tale profilo, inammissibile la questione e chiarendo che, al massimo, potrà pronunciarsi su casi singoli, come, peraltro, ha già fatto per la convivenza *more-uxorio*, attraverso un controllo di ragionevolezza sulla possibilità di equiparare, con riguardo a specifici profili, il trattamento della coppia congiunta a quella convivente²⁵.

A quattro anni di distanza, i giudici della Consulta sono tornati a pronunciarsi sulla nozione giuridica di matrimonio con riguardo allo *status* delle coppie coniugate divenute *ex post* coppie formate da persone dello stesso genere²⁶. La recente sentenza

²⁴ Probabilmente la Corte avrebbe potuto svolgere una lettura alternativa dell'art. 29 Cost., dando spazio ad una interpretazione evolutiva del dettato costituzionale, che, nel consacrare il modello familiare fondato sul matrimonio, non contiene alcun riferimento al sesso biologico dei coniugi.

²⁵ Con riferimento ai diritti delle coppie conviventi, vedi, ad esempio, in materia di successione del convivente nel contratto di locazione, Cort. Cost., 7 aprile 1988, n. 404, in «Giurisprudenza Costituzionale», 1988, 1789 ss.

²⁶ Il caso all'origine del giudizio di costituzionalità aveva visto una coppia fare ricorso al Tribunale di Modena avverso la cessazione degli effetti civili del loro matrimonio, conseguente alla riattribuzione di genere, da maschile a femminile, ad uno dei coniugi. In particolare, i ricorrenti sostengono che l'annotazione di scioglimento del matrimonio ai fini delle annotazioni e variazioni anagrafiche non possa intervenire automaticamente, ma solo a seguito di una sentenza dell'autorità giudiziaria che dichiari la cessazione del vincolo. In primo grado, il Tribunale di Modena ha accolto il ricorso. In secondo grado, invece, la Corte di appello di Bologna ha riformato la sentenza del giudice di prime cure, chiarendo che la cessazione automatica degli effetti civili del matrimonio celebrato con rito religioso, in caso di annotazione della sentenza che dispone la rettificazione di sesso, non è stata in alcuna misura abrogata dalla l. n. 898 del 1970 art. 3, così come modificata dalla l. n. 74 del 1987. Infine, avverso tale provvedimento, è stato proposto ricorso per Cassazione e in questa fase del giudizio la Corte ha ritenuto di poter sollevare, essendo presenti i requisiti della rilevanza, della non manifesta infondatezza e avendo tentato un'interpretazione adeguatrice delle norme censurate, questione di legittimità costituzionale

170/2014²⁷, in particolare, avente ad oggetto la legittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge, 14 aprile 1982, n. 164²⁸, che prevedono la cessazione automatica degli effetti civili del matrimonio celebrato con rito religioso a seguito dell'annotazione della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso di uno dei coniugi, conferma la nozione eterosessuale di coniugio elaborata, con riguardo all'art. 29 Cost., dal Giudice delle leggi nella precedente pronuncia n. 138 del 2010²⁹. La decisione in oggetto ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme impugnate, invitando il legislatore ad intervenire, limitatamente all'introduzione di un istituto *ad hoc* per le coppie coniugate divenute omosessuali³⁰, a seguito del cambio di sesso di uno dei coniugi.

In definitiva, le due sentenze hanno definito, in alternativa allo *status* matrimoniale, due distinte condizioni giuridiche per le coppie omosessuali, a seconda che l'identità di genere tra i *nubendi* sussista *ab inizio* o intervenga *ex post*, quando uno dei coniugi realizza l'identità di genere desiderata, modificando i caratteri sessuali.

In definitiva, se la coppia *same sex ex ante* è una formazione sociale il cui *status* non è oggetto di alcuna specifica forma di regolamentazione, la coppia *same sex ex post* passa, a causa dell'intervento di rettifica, da uno «stato di massima protezione giuridica» ad una condizione «di assoluta indeterminazione»³¹. In questi termini, anche se le garanzie corrispondenti alla condizione dei due modelli di coppia rientrano tra i diritti inviolabili delle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost., per la coppia omosessuale *ex post* un intervento del legislatore non è, come nel caso della coppia

avente ad oggetto l'istituto del divorzio imposto con riguardo alle coppie divenute *ex post* omosessuali; confronta Corte Cass., Sez. I civ., Pres. Luccioli-Est. Acierno, ord., 6 giugno 2013, n. 14329.

²⁷ Vedi Corte cost., sent., 11 giugno 2014, n. 170, in www.giurcost.org/decisioni. (consultato il 20 settembre 2014).

²⁸ Confronta art. 4, l., 14 aprile 1982, Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso, in G.U., 19 aprile 1982, n. 106. La previsione in parola prevede che: «La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso non ha effetto retroattivo. Essa provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso (...)». A commento, nella specifica prospettiva della dubbia legittimità costituzionale di tale previsione, vedi Palmeri (2014, 40 ss.).

²⁹ Vedi Corte cost., sent. 138/2010, in particolare punto 9 del *Considerato in diritto*.

³⁰ In questi termini, la Corte ha ritenuto costituzionalmente legittima la previsione del divorzio imposto *ex lege*, non ritenendo necessaria alcuna domanda delle parti, come invece ritenuto da parte della dottrina; in questo senso Lorenzetti (2013, 102 ss.).

³¹ Confronta Corte cost., sent. 170/2014, punto 5.6 del *Considerato in diritto*.

omosessuale *ex ante*, possibile³², ma imposto dal Giudice delle leggi sulla base dei principi espressi nella sentenza 170³³. La realizzazione del diritto all'identità sessuale, quindi, pur non potendo mettere in discussione l'istituto del matrimonio eterosessuale, non comporta un totale sacrificio della dimensione relazionale della coppia, ma una trasformazione giuridica del modello di regolamentazione dell'unione³⁴.

3. Conclusioni

In definitiva, la qualità del genere come criterio di interpretazione della materia costituzionale limita la capacità giuridica delle persone omosessuali e transessuali di essere destinatarie dei diritti e doveri corrispondenti a quelle formazioni sociali, la cui regolamentazione prescrive la compresenza di due soggetti di genere opposto³⁵. Quindi, a prescindere che l'identità di genere tra le persone sia espressione del loro orientamento sessuale o, come avviene nel caso del cambio di sesso, della realizzazione dell'identità voluta, rimane l'impossibilità per questi soggetti di accedere o di mantenere lo *status* coniugale. Questo riguarda anche le coppie dello stesso genere sposatesi

³² In questo senso, la Corte costituzionale nella sentenza 138/2010, al punto 8 del *Considerato in diritto*, pur definendo «l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia» una formazione sociale destinataria di diritti inviolabili ai sensi dell'art. 2 Cost., non aveva imposto alcun *facere* al legislatore, il cui intervento eventuale di regolamentazione veniva affidato «nei tempi, nei modi e nei limiti» alla discrezionalità del Parlamento.

³³ In questi termini, con riguardo alla condizione della coppia divenuta omosessuale, la Corte sostiene che «sarà, quindi, compito del legislatore introdurre una forma alternativa (e diversa dal matrimonio) che consenta ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stadio di massima protezione giuridica ad una condizione, su tal piano, di assoluta indeterminatezza»; così, Corte cost., sent. 170/2014, punto 5.6 del *Considerato in diritto*.

³⁴ Una soluzione analoga è stata adottata in Finlandia, dove per poter registrare la rettificazione dell'attribuzione di sesso, se il richiedente è unito in matrimonio, è necessario il consenso dell'altro coniuge a trasformare il pregresso coniugio in unione civile registrata. Tale istituto è stato giudicato compatibile agli artt. 8 e 12 della CEDU dalla Corte di Strasburgo nella decisione, *H c. Finlandia*, 13 novembre 2012. Per una ricostruzione delle principali pronunce della Corte sui diritti delle persone transessuali, vedi Trucco, (2003, 371 ss.) e Pesce (2014, 86 ss.).

³⁵ In questi termini, la dottrina ha osservato come all'interpretazione originalista della costituzione corrisponda una svalutazione ermeneutica del testo della Carta, i cui significati di tutela vengono ridotti ad un'unica opzione interpretativa. Tutti gli altri possibili significati sono, invece, affidati agli organi titolari dell'indirizzo politico, attraverso procedure anche complesse come la revisione costituzionale. In questa prospettiva, può accadere che, come nel caso del matrimonio, una data interpretazione della Costituzione limiti la discrezionalità del legislatore, i cui procedimenti di decisione cambiano in funzione della compatibilità tra l'intervento legislativo e l'interpretazione elaborata dalla Consulta. Sul punto, si rinvia a Romboli (2010, 1635) e Tripodina (2008, 249 ss.).

all'estero, il cui matrimonio, come chiarito dalla Cassazione nel 2012, è esistente, ma improduttivo di effetti giuridici nell'ordinamento nazionale³⁶.

In ultima analisi la grave condizione di instabilità in cui versano le formazioni sociali in questione sembra potersi risolvere solo con un intervento del parlamento³⁷. Tale intervento, tuttavia, potrà ricondurre ad unità la regolamentazione giuridica di tutte le coppie solo nell'ipotesi in cui la Corte costituzionale decidesse (come la Corte Europea dei diritti umani ha già fatto³⁸) di cambiare il proprio orientamento, rimettendo la nozione di matrimonio nella disponibilità del legislatore. La scelta, infatti, di cristallizzare questo istituto in senso eterosessuale, attribuendogli un contenuto costituzionalmente vincolato, inibisce la discrezionalità del parlamento in ordine all'opzione se aprire o meno il matrimonio agli omosessuali³⁹. Tale impostazione crea, inoltre, notevoli problemi di tutela dei diritti delle coppie provenienti da quegli ordinamenti che, estendendo il matrimonio anche alle coppie *same sex*, non solo hanno dimostrato che la nozione eterosessuale di coniugio non è un dato insuperabile, ma hanno determinato una interpretazione evolutiva del diritto di sposarsi, prima nella giurisprudenza di livello nazionale e europeo, poi in altri ordinamenti a seguito del fenomeno di libera circolazione delle persone nello spazio U.E⁴⁰.

³⁶ Vedi Corte Cass., sent., 13 marzo 2012, n. 4184, cit.

³⁷ La necessità di questo intervento è, peraltro, stata espressa anche dal Presidente della Corte costituzionale Franco Gallo all'interno della Relazione sull'attività giurisdizionale del 2012, disponibile in www.cortecostituzionale.it. (consultato il 10 febbraio 2013).

³⁸ Cedu, dec., *Schalk e Kopf c. Austria*, cit.

³⁹ In senso conforme a questo orientamento, che sostiene l'incostituzionalità di un'eventuale legge avente ad oggetto il matrimonio omosessuale, vedi Pugiotto (2011, 2697 ss.). Per una diversa ricostruzione, che ha letto l'orientamento della Corte solo nel senso dell'impossibilità ermeneutica per il giudice costituzionale di introdurre il matrimonio omosessuale, ma non anche di un ulteriore divieto per il legislatore di introdurre tale istituto, si veda Romboli (2010, 1641 ss.) e Biondi (2013).

⁴⁰ Infatti, i soggetti che abbiano, in base ai diversi modelli nazionali di matrimonio o unione registrata, lo *status* di coniuge o di *partner*, sono titolari di un diritto di circolazione nello spazio europeo, ai sensi dell'art. 2, n. 2 della direttiva 2004/38/CE. Sul punto confronta Rossillo (2010, 733 ss.) e Morozzo della Rocca (2010, 849 ss.). Sul punto confronta anche la risposta del Parlamento europeo alla petizione 724/2005 "*sui diritti di lesbiche, omosessuali, bisessuali e transessuali nell'Unione europea*", dove si precisa che «(...) per preservare l'unità della famiglia in senso più ampio», l'articolo 3 della direttiva prevede che gli Stati membri agevolino l'ingresso e il soggiorno delle persone che a rigore non sarebbero comprese nella definizione di "familiari". Quest'obbligo riguarda non solo ogni altro membro della famiglia, che, nel Paese di provenienza è a carico o convive con il cittadino che si sposta, come succede in base al *corpus* normativo comunitario attuale, ma anche il compagno con cui il cittadino dell'Unione ha una relazione stabile, debitamente attestata (...). Infine, sulle nozioni di ricongiungimento familiare, cittadinanza e residenza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, vedi C-304/09, *Ruiz Zambrano e*

Bibliografia

- Barile, P. (1966), *Le libertà nella Costituzione. Lezioni*, Padova, Cedam.
- Berlant, L., Warner, M. (1998), *Sex in Public*, in «Critical Inquiry», n. 24, pp. 547-566.
- Biondi, F. (2013), *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Catania 7-8 giugno 2013, *La famiglia davanti ai suoi giudici*, in <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2013/10/Biondi-Francesca-famiglia-e-matrimonio-Catania.pdf>. (consultato il 10 giugno 2014).
- Bobbio N., (1991), *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi.
- Borillo, D. (1998) (a cura di), *Homosexualités et droit*, Paris, Press Universitaires de France.
- Cantarella, E. (1995), *Secondo natura: la bisessualità nel mondo antico*, Milano, Biblioteca universale Rizzoli.
- Crivelli, E. (2010), *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti di una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese*, in «Rivista dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti», in <http://www.rivistaaic.it> (consultato il 28 ottobre 2012).
- D'Amico M., Nardocci C. e Winkler M. (a cura di) (2014), *Orientamento sessuale e diritti civili. Un confronto con gli Stati Uniti d'America*, Milano, Franco Angeli.
- Dicosola, M. (2011), *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in Belgio tra diritto e società: l'apporto del legislatore, del Consiglio di Stato e della Cour d'Arbitrage*, in «Ianus», n. 4, pp. 61-82.
- Ferrari D. (a cura di) (2014), *Lo status giuridico delle coppie same sex: una prospettiva multilivello*, Pavia, Primiceri Editore.
- Galizia, D. A. (2006), *Sull'inesistenza e non trascrivibilità del matrimonio per identità di sesso*, in «Diritto di famiglia e delle persone», 2006, fasc. 2, pp. 637-640.
- Heimsoth, K.G. (1924), *Hetero-und Homophilie. Eine neuorientierende An- und Einordnung der Erscheinungsbilder, der "Homosexualität" und der "Inversion" in*

McCarthy c. Belgio, 8 marzo 2011; C-256/11, *Dereci e A. C. Bundesministerium für Inneres*, 15 novembre 2011. A commento vedi Pagano (2012, 467 ss.) e Queirolo e Schiano di Pepe (2010, 199 ss.).

- Berücksichtigung der sogenannten "normalen Freundschaft" auf Grund der zwei verschiedenen erotischen Anziehungsgesetze und der bisexuellen Grundeinstellung des Mannes*, Dortmund 1924. (Dissertation).
- Lorenzetti, A. (2013), *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, FrancoAngeli.
- Manetti, M. (2010), *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in «Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti», in www.rivistaaiic.it (consultato il 20 settembre 2011).
- Morozzo della Rocca, P. (2010), *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e famiglie senza matrimonio*, in «Famiglia e diritto», nn. 8-9, pp. 849-860.
- Pagano, E. (2012), *Ricongiungimento familiare, cittadinanza e residenza: dal caso Zambrano al caso Dereci*, in «Diritto comunitario e degli scambi internazionali», n. 3, pp. 467-475.
- Palmeri, G. (2014), *Famiglia e identità di genere: "divorzio imposto" e diritti fondamentali. Profili di diritto di famiglia*, in «Genius. Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere», n. 1, pp. 40-47.
- Peces Barba, A. (1993), *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè.
- Pedrazza Gorlero, M., Franco, L. (2010), *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio*, in «Diritto Pubblico», n. 1, pp. 247-270.
- Perelli, A. (2014), *Il matrimonio omosessuale dinanzi al Tribunal Constitucional Spagnolo*, in Ferrari D. (a cura di), *Lo status giuridico delle coppie same sex: una prospettiva multilivello*, Pavia, Primiceri Editore, pp. 137-160.
- Pesce, F. (2014), *Mutamento di genere e orientamento sessuale tra diritto interno, europeo ed internazionale*, in Queirolo I., Benedetti A. M., Carpaneto L. (a cura di), *Le nuove famiglie tra globalizzazione e identità statuali*, Roma, Aracne, pp. 87-109.
- Pezzini B. (2012), *Costruzione del genere e Costituzione*, in Pezzini B. (a cura di), *La costruzione del genere. Norme e regole*, vol. 1, Bergamo, Bergamo University Press, pp. 15-74.
- Pezzini B. (2008), *Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale nel matrimonio secondo la Costituzione italiana*, in

- Pezzini B. (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto*, Napoli, Jovene, 2008, pp. 88-110.
- Pierrat, E. (2008), *Le sexe et la loi*, Paris, La Musardine.
- Prisco S. (2012), *Amore che vieni, amore che vai ... Unioni omosessuali e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Pugiotto, A. (2011), *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, v. III, Napoli, Editoriale Scientifica, 2697-3018.
- Queirolo, I. e Schiano di Pepe, L., *Lezioni di diritto dell'Unione europea e relazioni familiari*, II ed., Torino, Cedam.
- Repetto, G. (2010), *Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione "virtuosa" di un diritto*, (consultato il 12 marzo 2012) <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/rivista/2010/00/Repetto01.pdf>
- Rodotà S., *Premessa*, in Menzione E., *Manuale dei diritti degli omosessuali*, Milano, La libreria di Babilonia, 1996, pp. 65-72.
- Rolla, G. (1997), *La prospettiva dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali*, in «Quaderni costituzionali», n. 3, pp. 417-459.
- Romano, A. (2010), *Il Tribunal Constitucional Português, il Presidente e il legislatore: same-sex marriage, ultimo atto*, 2010, in www.diritticomparati.it (consultato il 15 febbraio 2012).
- Romboli, R. (2010), *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2, pp. 1629-1642.
- Rossillo, G. (2010), *Rapporti di famiglia e diritto dell'Unione europea: profili problematici del rapporto tra dimensione nazionale e dimensione transnazionale della famiglia*, in «Famiglia e diritto», n. 7, pp. 732-740.
- Ruggeri, A. (2007), *Idee sulla famiglia e teoria (strategia) della Costituzione*, in «Quaderni costituzionali», n. 4, pp. 751-767.
- Saracino, C. (2011), *Le unioni civili in Europa: modelli a confronto*, in «Diritto di famiglia», n. 3, pp. 1471-1484.

- Schuster, A. (2011), *L'abbandono del dualismo eteronormativo della famiglia*, in Schuster A. (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano-Udine, Mimesis, pp. 35-66.
- Tincani, P. (2008) *Diritto, natura, diritti. L'affaire del matrimonio omosessuale*, in Pezzini B. (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto, Un itinerario di ricerca plurale*, Napoli, Jovene, pp. 170-192.
- Torino, R. (2012), *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo ed italiano*, Torino, Cedam.
- Tripodina, C. (2008) *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in Giuffrè, F. e Nicotra, L. (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, Cedam, pp. 246-260.
- Trucco, L. (2003), *Il transessualismo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce del diritto comparato*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», pp. 368-384.
- Vagli, G. (2010), *La legalizzazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso in Portogallo*, in «Diritto&diritti», 2010, disponibile in <http://www.diritto.it>. (consultato il 26 settembre 2013).
- Vizioli, M. (2009), *La Corte di giustizia si pronuncia sulla pensione di reversibilità nelle unioni di fatto tra partner dello stesso sesso*, in «Giurisprudenza Italiana», n. 8, pp. 1904-1920.
- Warner, M. (1991), *Introduction: Fear of a Queer Planet*, in «Social Text», n. 29, 3-17.