

TECLA MAZZARESE

Diritto, diritti, coppie omosessuali

ABSTRACT

Sharp disagreements and divergences in dealing with homosexual couples and their rights supply a twofold paradigmatic exemplification of problems and hindrances standing in the way of protection of fundamental rights. The first reason of interest concerns the way (inter)national fundamental rights law (does not) take into account and/or (does not) protect human beings diversity with regard to sexual orientation. On the other side, the second reason of interest concerns what might define or affect the (il)legitimacy of judicial decisions (and/or of administrative measures) related to homosexual couples and their rights. In other words, while the former reason relates to recurring topics of fundamental rights theory, the latter relates to traditional problems and topics of general jurisprudence and, in particular, to the need of shaping and defining a new theoretical *apparatus* referring to the unity and identity of legal orders and their system of legal sources.

Dissensi e divergenze radicali in tema di diritti e (coppie) omosessuali esemplificano un caso duplicemente paradigmatico dei problemi e degli ostacoli con i quali si confronta la tutela dei diritti fondamentali. La prima ragione di interesse riguarda i termini nei quali il diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali (non) tiene conto e/o (non) tutela la diversità degli esseri umani riguardo alla diversità di orientamento sessuale. La seconda ragione di interesse riguarda invece i termini che definiscono o condizionano la (il)legittimità di sentenze giudiziali (e/o di ordinanze amministrative) in tema di diritti e (coppie) omosessuali. La prima ragione rinvia, cioè, a problemi ricorrenti della *teoria dei diritti fondamentali*, la seconda, rinvia invece a temi e problemi tradizionali della *teoria del diritto* e, in particolare, alla necessità di configurare e definire un nuovo apparato concettuale riguardo all'unità e identità degli ordinamenti giuridici ma anche del sistema delle loro fonti.

KEYWORDS

Homosexual couples, right to marry, right to found a family, crisis of legal sources system, judicial protection of fundamental rights.

Coppie omosessuali, diritto al matrimonio, diritto a fondare una famiglia; crisi del sistema delle fonti giuridiche, tutela giudiziale dei diritti fondamentali.

TECLA MAZZARESE*

*Diritto, diritti, coppie omosessuali***

1. *Un caso paradigmatico – 2. Incertezze e ritardi del diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali*
- 2.1. *Diritto internazionale dei diritti fondamentali e (coppie) omosessuali – 2.2. Diritto interno, (coppie) omosessuali e diritti fondamentali – 2.3. Universalismo confessionale e pluralismo laico dei diritti a confronto*
3. *Sistema delle fonti, unità e identità degli ordinamenti giuridici.*

1. *Un caso paradigmatico*

L'eguaglianza di ogni essere umano nei diritti fondamentali, cardine del costituzionalismo (inter)nazionale del secondo dopoguerra, è un principio che, ad oggi, non ha ancora trovato una piena e compiuta attuazione.

Due dunque, volendo semplificare, gli ordini di difficoltà che ne costituiscono l'ostacolo principale: da un lato, il continuo riproporsi di pregiudizi mai del tutto superati nei confronti di alcune forme di "diversità" (fra queste, paradigmaticamente, l'omosessualità, ma anche la diversità culturale, la disabilità fisica o psichica) e, dall'altro, l'affermarsi di nuove forme di discriminazioni (esemplari quelle nei confronti dei migranti) influenzate dal succedersi di trasformazioni sociali, politiche o economiche e, soprattutto, dalla paura o dall'incapacità di affrontarle. Due ordini di difficoltà, l'uno e l'altro, che condizionano e al tempo stesso sono condizionati (i) dalla pluralità di concezioni dei diversi diritti fondamentali, (ii) dalla loro potenziale conflittualità e (iii) dal carattere dinamico delle successive riformulazioni del loro catalogo¹.

Dissensi, polemiche e aspre contrapposizioni in tema di diritti e (coppie) omosessuali non individuano, cioè, un caso unico o isolato in relazione al quale lamentare la violazione del principio di eguaglianza nei diritti fondamentali. Forse non il più scandaloso, posto ovviamente (come reclama chi non prende troppo sul serio i diritti fondamentali) che abbia senso stilare graduatorie fra coloro che sono vittima di discriminazioni differenti; posto cioè (come rivendica chi periodicamente torna ad auspicare ridefinizioni minimaliste del catalogo dei diritti)² che possa aver senso preoccuparsi che l'attenzione per l'eguaglianza nei diritti per gli uni possa distrarre e/o essere a scapito dell'impegno

* Docente di Filosofia del Diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia. E-mail: mazzarese@jus.unibs.it.

** Ringrazio per segnalazioni bibliografiche o giurisprudenziali Giorgio Danesi e Paola Parolari. Un ringraziamento particolare a Giulio Itzcovich per un'attenta lettura di una prima stesura di questo lavoro e per le sue osservazioni delle quali, in questa sede, non ho sempre potuto tener adeguatamente conto.

¹ Sul punto, più diffusamente, MAZZARESE 2012.

² Così, suscitando grande interesse e non pochi consensi in letteratura, sia IGNATIEFF 2001a, 2001b, 2001c, sia, anche se in termini non coincidenti nell'individuazione e scansione della gerarchia dei diritti da considerare più meritevoli di tutela, ZOLO 2003 e A. CASSESE 2005. Per una lettura critica del minimalismo dei diritti e delle sue diverse formulazioni, cfr. MAZZARESE 2006.

per la tutela dell'eguaglianza nei diritti degli altri; posto che, per esemplificare, l'attenzione per l'eguaglianza nei diritti delle persone e delle coppie omosessuali possa, di per sé, sminuire la preoccupazione per i diritti negati a migranti e richiedenti asilo o quella per la progressiva erosione dei diritti sociali nei confronti degli stessi cittadini dei paesi meta dei flussi migratori.

Le aspre contrapposizioni in tema di diritti e (coppie) omosessuali non individuano quindi un caso unico o isolato. Nondimeno, offrono un'esemplificazione paradigmatica sia della difficoltà di affrancarsi dalla ricorrente tentazione di discriminare chi è stigmatizzato come "altro" e "diverso" sia della riluttanza ad accettare una visione laicamente pluralista dei diritti fondamentali che, come quella che si è affermata nel secondo novecento, coniughi il principio d'eguaglianza nei diritti fondamentali non solo con il diritto di tutti gli individui e di tutti i gruppi ad *essere* diversi ma anche, e non meno significativamente, con il diritto, degli uni e degli altri, a *ritenersi* e ad *essere accettati* come diversi³.

In particolare, sono due i profili in relazione ai quali le aspre contrapposizioni in tema di diritti e (coppie) omosessuali esemplificano un caso paradigmatico degli ostacoli con i quali si confrontano tutela e attuazione dei diritti fondamentali. Il primo, come suggeriscono già le considerazioni precedenti, riguarda i termini nei quali il diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali (non) tiene conto e/o (non) tutela la diversità degli esseri umani riguardo alle differenze di orientamento sessuale (vedi *infra*, 2). Il secondo profilo riguarda invece i termini che definiscono o condizionano la (il)legittimità di sentenze giudiziali (e/o di ordinanze amministrative) in tema di diritti e (coppie) omosessuali (vedi *infra*, 3).

Il primo profilo rinvia, cioè, a temi e problemi classici della *teoria dei diritti fondamentali* e, in particolare, a quelli della loro individuazione e dei termini in cui, tenendo conto della loro potenziale competitività, specificarne e delimitarne forme e modi di attuazione e tutela. Il secondo, invece, sollecita una riflessione su temi e problemi tradizionali della *teoria del diritto* nel loro ineludibile "doppio legame" con temi e problemi classici della politica del diritto; una riflessione, in particolare, sui termini in cui, forme e modi dell'attuazione e tutela giudiziale dei diritti rivelino l'urgenza di una (ri)definizione non solo dell'unità e identità degli ordinamenti giuridici ma anche del sistema delle loro fonti.

2. Incertezze e ritardi del diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali

L'intreccio di pregiudizi, moralismi, condizionamenti ideologici e culturali che connotano il dibattito su diritti e (coppie) omosessuali è così intricato da mettere seriamente in difficoltà (e, forse, da precludere la possibilità stessa di venire a capo di) qualsiasi tentativo di una ricognizione analitica che consenta di orientarsi fra argomentazioni molto disparate e strategie molto diverse nella loro selezione, concatenazione e asserzione.

Pregiudizi, moralismi, condizionamenti ideologici e culturali, com'è ovvio, riguardano innanzitutto i termini in cui intendere e/o valutare tanto l'omosessualità, quanto, e non meno significativamente, cosa (non) sia o (non) possa essere (considerata) una famiglia. Valutazione, quella dell'omosessualità⁴, che mette in difficoltà anche chi, sforzandosi di essere politicamente corretto, bizzarramente ne parla come di un "fenomeno"⁵ o di un "problema sociologico"⁶. Valutazione, quella relativa a cosa (non) sia

³ Così, l'articolo 1.2 della *Dichiarazione sulla razza e i pregiudizi razziali* adottata dall'Unesco nel 1978; articolo, questo, ripreso e citato all'articolo 2.4 della *Dichiarazione Unesco dei principi sulla tolleranza* adottata nel 1995.

⁴ Interessanti i rilievi di REMOTTI 2015 sulle successive mutazioni nell'uso dei termini "omosessualità" e "omosessuale", a partire dalle loro prime ricorrenze in ambito medico negli ultimi decenni dell'ottocento.

⁵ Così, ad esempio, PIANA 2013. Scelta terminologica bizzarra che non elude ma al contrario denuncia il proprio disagio se non pregiudizio: mai nessuno (immagino neppure Piana) parlerebbe infatti di "fenomeno" riguardo all'eterosessualità.

⁶ Dell'omosessualità come "vistoso problema sociologico" parla D'AGOSTINO 2013, 138 per escludere, con un argomento peraltro poco convincente, che possa essere considerato anche un problema del quale debba occuparsi il diritto.

o (non) possa considerarsi una famiglia che – spesso noncurante della pluralità varia ed eterogenea delle forme di famiglia in epoche e/o culture diverse ed indifferente alla molteplice pluralità di modelli familiari dei quali offrono una vasta esemplificazione le ricerche di antropologi⁷, sociologi⁸ e giuristi⁹ – sembra non riuscire ad affrancarsi dalla tentazione di volere rivendicarne un'unica forma “naturale” e/o imporne un solo modello istituzionalmente legittimo; tentazione, questa, alla quale peraltro sembrano non sfuggire neppure le rivendicazioni delle coppie omosessuali che invece di rimettere in discussione la pretesa univocità di un unico modello istituzionalmente legittimo di famiglia, reclamano che di quell'unico modello sia riconosciuto *anche a loro* il diritto di potere essere partecipi¹⁰.

Ma non solo. A complicare ulteriormente questo quadro già abbastanza complesso, ai pregiudizi, moralismi, condizionamenti ideologici e culturali su “omosessualità” e “famiglia” si aggiungono e con essi si intrecciano quelli relativi alla contrapposizione fra presunto liberalismo e/o laicismo della “cultura occidentale” da un lato e, dall'altro, preteso fondamentalismo confessionale della “cultura orientale”¹¹: contrapposizione che si vuole netta e radicale ma che, anche in tema di omosessualità e diritti, trova una clamorosa smentita nelle discriminazioni e persecuzioni contro gli omosessuali delle quali, ancora in un recente passato, l'“Occidente” è stato artefice e alle quali, oggi, spesso evita di opporsi¹².

Non ultimi, influenti nella loro portata persuasiva, vanno ricordati inoltre i dissensi sul tema, da sempre presente nel dibattito gius-filosofico¹³, del rapporto fra diritto e morale¹⁴. Dissensi, questi, che

⁷ Di particolare interesse, in prospettiva antropologica, i rilievi di REMOTTI 2008, 7, che come risposta alla «sfida» che Papa Benedetto XVI «ha lanciato con i suoi attacchi contro il relativismo culturale, le unioni gay e tutto ciò che [...] ritiene essere “contro natura”», rivendica, «il merito di porre alla prova [...] la proponibilità di un sapere [quello dell'antropologia culturale] che fa della *molteplicità irriducibile* delle soluzioni umane il suo interesse principale e il suo punto di forza» (corsivo nel testo).

⁸ Sulla «diversità nel fare ed essere famiglia» incentra la propria analisi SARACENO 2012 che già dalle battute iniziali precisa che il proprio intento è quello «di de-naturalizzare la famiglia, mostrandone la varietà, non solo di forme, ma di significati nel tempo e nello spazio». E ancora, con esplicito riferimento al tema delle coppie omosessuali, cfr., inoltre SARACENO 2013.

⁹ Cfr., ad esempio, MARELLA, MARINI 2014 e SESTA 2014, 145-147.

¹⁰ Corretto l'argomento, preso in esame da ZANETTI 2015, par. 5, di chi sostiene che il *same-sex marriage* di per sé comporta una «ridefinizione del matrimonio» perché «modifica l'istituzione anche per coloro che non hanno alcuna intenzione di sposare qualcuno o qualcuna dello stesso sesso», così come «l'introduzione del divorzio modifica l'istituzione del matrimonio anche per chi non ha la benché minima intenzione di usufruire di tale opzione». Nondimeno, per quanto riconoscere il *same-sex marriage* o introdurre il divorzio ne comportino una (radicale) ridefinizione, il nuovo concetto di matrimonio risponde sempre alla logica di uno stesso modello condiviso di famiglia legittima. Analogo il rilievo di MARELLA, MARINI 2014, 91 là dove scrivono «la diffusa aspirazione al riconoscimento giuridico e sociale di forme di convivenza fra persone dello stesso sesso [...] nonché una certa propensione [...] a valorizzare un'idea *plurale* di famiglia, quale formazione sociale capace di accogliere realtà diverse, tendono [...] a tradursi nella spinta all'inclusione nel paradigma della famiglia legittima, con l'effetto di enfatizzare un meccanismo di inclusione/esclusione che non si gioca intorno alla pluralità dei modelli prospettabili, ovvero intorno a una nozione “aperta” di famiglia come luogo degli affetti, ma piuttosto intorno al paradigma dominante della coppia eterosessuale coniugata» (corsivi nel testo).

¹¹ Sul carattere fuorviante e sulla matrice ideologica, più che esplicativa, della netta contrapposizione fra (laicismo della) “cultura occidentale” e (fondamentalismo della) cultura orientale cfr., fra gli altri, SAID 1978 – in particolare la *Postfazione* alla sua seconda edizione – SEN 2006, IPPOLITO 2007, MAZZARESE 2010b.

¹² Sul punto più diffusamente, di seguito nel testo (vedi *infra*, 2.1.), anche ma non solo riguardo ai ritardi e alle reticenze del diritto internazionale dei diritti fondamentali nell'esplicita messa al bando di qualsivoglia discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale.

¹³ Affermare che il dissenso sul rapporto tra diritto e morale si ripropone da sempre nel dibattito gius-filosofico non è affatto un'iperbole: già nel 474 a.c., infatti, Sofocle ne offre un'icastica esemplificazione in *Antigone*.

¹⁴ Nello specifico, in tema di omosessualità, sul rapporto fra diritto e morale, è ormai un classico il dibattito fra DELVIN 1959 e HART 1959 e 1963 successivo alla pubblicazione, nel 1957, del *Rapporto Wolfenden* relativo alla de-

giocano un ruolo non secondario là dove si continua a stigmatizzare l'omosessualità come "peccato" o a evocare il presunto carattere immorale o "contro natura"¹⁵.

Di alcuni o, secondo i casi, di molti di questi pregiudizi ai quali si è solo fatto cenno, offrono una esemplificazione non solo il diritto interno di paesi diversi (vedi *infra*, 2.2.) ma, in certa misura, anche il diritto internazionale dei diritti fondamentali (vedi *infra*, 2.1.).

2.1. Diritto internazionale dei diritti fondamentali e (coppie) omosessuali

Il carattere radicalmente innovativo del costituzionalismo (inter)nazionale del secondo novecento, come si è già accennato nelle battute iniziali (vedi *supra*, 1.), trova la propria sintesi nell'affermazione e nella complementarietà di due principi. L'uno, il principio di eguaglianza nei diritti fondamentali: «Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti»¹⁶; l'altro, il principio della tutela della diversità (culturale): «Tutti gli individui e tutti i gruppi hanno diritto di essere diversi, di ritenersi e di essere accettati come tali»¹⁷.

L'uno all'altro complementari sin dalla *Dichiarazione universale* del 1948¹⁸, il principio relativo alla tutela della diversità (culturale) trova esplicita formulazione nella *Dichiarazione sulla razza e i pregiudizi razziali* del 1978 e poi, ancora, nella *Dichiarazione Unesco dei principi sulla tolleranza* del 1995.

L'uno all'altro complementari, l'individuazione delle differenze che, oltre a quelle esplicitamente elencate nel 1948 dall'art. 2 della *Dichiarazione universale* – «razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione politica o di altro genere, origine nazionale o sociale, ricchezza, nascita o altra condizione» – fossero state o potessero essere ancora ragione di discriminazione è stato il risultato lento, e ancora in divenire, di un lungo processo.

Processo lungo e ancora in divenire in relazione al quale potrebbe suscitare un certo stupore che la prima formulazione del divieto di discriminare in ragione delle "tendenze sessuali", sia solo del 2001, all'art. 21 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Potrebbe suscitare un certo stupore, in particolare, che nel 1948, nel pieno dell'indignazione e della condanna per lo sterminio delle diverse minoranze perpetrato nei campi di concentramento nazisti, non si sia tenuto conto di quello perpetrato contro gli omosessuali¹⁹ – l'omocausto – e che, nell'elencare le principali ragioni di persecuzione e discriminazione da mettere al bando, l'art. 2 della *Dichiarazione universale* ometta di

penalizzazione dei reati di omosessualità e prostituzione; dibattito sul quale si rinvia, fra gli altri, a DANESI 2004, TINCANI 2009, 130-140 e 2015.

¹⁵ Sull'omosessualità come peccato e/o sul suo presunto carattere immorale o "contro natura", come mi segnala Giulio Itzcovich, FINNIS 1997 e 2008; nella lettura più recente, cfr., ad esempio, GIRGIS et al. 2012, 6 che così sintetizzano la posizione che la propria analisi intende "dimostrare": «*There is a distinct form of personal union and corresponding way of life, historically called marriage, whose basic features do not depend on the preference of individuals or cultures. Marriage is, of its essence, a comprehensive union [...]. It has long been and remains a personal and social reality [...]. But it is also a moral reality: a human good with objective structure, which is inherently good for us to live out*» (corsivo mio). Di contro, la posizione di chi mette in guardia dalla confusione fra ciò che si considera "naturale" e quello che invece non è altro che il risultato di condizionamenti culturali; così, ad esempio, oltre ai lavori citati alle nt. 8, 9 e 10, VASSALLO 2013 e 2015.

¹⁶ Così, l'art. 1 della *Dichiarazione Universale* del 1948.

¹⁷ Così, come ho già segnalato alla nt. 4, sia l'art. 1.2 della *Dichiarazione sulla razza e i pregiudizi razziali* adottata dall'Unesco nel 1978, sia l'articolo 2.4 della *Dichiarazione Unesco dei principi sulla tolleranza* adottata nel 1995.

¹⁸ Sul diritto ad essere diversi come tratto distintivo, nella sua coniugazione con il principio d'eguaglianza nei diritti, del diritto internazionale dei diritti fondamentali già a partire dalla *Dichiarazione universale* del 1948, cfr., fra gli altri, MAZZARESE 2014.

¹⁹ Umiliati gli ebrei dall'obbligo di farsi riconoscere in pubblico mostrando una stella gialla; umiliati gli omosessuali dall'obbligo di farsi riconoscere in pubblico mostrando un triangolo rosa.

menzionare quella relativa all'orientamento sessuale²⁰. Un'omissione, questa, che trova però un'"ovvia" spiegazione – certo non una qualsivoglia giustificazione – se si tiene conto che in molti paesi "occidentali" dei quali si celebra il liberalismo (e non solo in quelli "orientali" di cui si stigmatizza l'oscurantismo), l'omosessualità era allora considerata reato e che, dopo il 1948, ha continuato ad esserlo ancora per molti anni. Così, ad esempio in Inghilterra e in Galles, fino al 1967, e così anche in alcuni degli stati membri degli Stati Uniti d'America²¹, fino a tempi molto più recenti. E ancora, la discriminazione degli omosessuali non solo non è (stata) estranea ai paesi dell'Occidente ma ha anche fortemente condizionato la sua introduzione e diffusione in paesi che ne sono stati colonia. In particolare, secondo un rapporto di *Human Rights Watch* del 2008²², la condanna come reato dell'omosessualità (*rectius* della sodomia) in paesi come India, Pakistan, Bangladesh, Uganda, Nigeria, Zimbabwe, Tonga e Papua Nuova Guinea non è altro che il retaggio della legge introdotta dall'Impero Britannico nelle proprie colonie per vietare i "rapporti contro natura", per vietare, cioè, «*carnal intercourse against the order of nature with any man, woman or animal*»²³.

Solo nel 2001, quindi, nella *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, per la prima volta si sancisce il divieto di discriminare in ragione delle "tendenze sessuali". A questo divieto non si accompagna, però, anche una chiara ed esplicita affermazione, per le coppie omosessuali, del diritto al matrimonio. Al riguardo, infatti, nonostante la sua portata innovativa rispetto all'articolo 12 della *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* del 1950, l'articolo 9 della *Carta dei diritti* non sgombra definitivamente il campo dalla subordinazione del(l'eventuale) riconoscimento di tale diritto alle "leggi nazionali" e afferma: «Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio»²⁴. Non sgombra definitivamente il campo dall'ostacolo del rinvio alle "leggi nazionali" anche se, secondo Rodotà, in «netta discontinuità rispetto alla *Convenzione Europea dei diritti dell'uomo* del 1950», nella formulazione dell'art. 9 della *Carta dei diritti*

«[l]a distinzione tra "il diritto di sposarsi" e quello di "costituire una famiglia" è stata introdotta proprio per legittimare pienamente la costituzione legale di unioni in forme diverse da quella matrimoniale, ampliando così le possibilità di scelta e, soprattutto, svincolando ogni tipo di unione, matrimoniale o no, dalla diversità di sesso»²⁵.

²⁰ Né, peraltro, l'elenco delle principali ragioni di discriminazioni da mettere al bando declinato nell'art. 2 della *Dichiarazione universale* del 1948, tiene conto del *porrajmos* (lo sterminio di rom, sinti e altre popolazioni nomadi) né della persecuzione dei malati di mente.

²¹ Per un'analisi delle diverse tappe che, negli Stati Uniti, hanno portato dalla discriminazione verso gli omosessuali al riconoscimento dei loro diritti, cfr., da ultimo FRANK 2014.

²² Il riferimento è al rapporto *This Alien Legacy. The Origins of "Sodomy" Laws in British Colonialism*.

²³ Sul punto, cfr., ad esempio, SANTEVECCHI 2008.

²⁴ Rinvio, quello alle "leggi nazionali", che di fatto ripete quello già presente nell'articolo 12 della *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* del 1950 secondo il quale «Uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto». Rinvio, quello alle "leggi nazionali" che, senza alcuno specifico riferimento alla diversità di orientamento sessuale, può però anche essere letto – sia nel 1950 con l'articolo 12 della Cedu, sia nel 2001 con l'articolo 9 della *Carta dei diritti* – come un'apertura verso la possibilità di una pluralità di modelli di matrimonio e/o di famiglia differenti in ragione di tradizioni culturali diverse (tradizioni che spesso si rimprovera al diritto internazionale dei diritti fondamentali di non tenere in eccessiva considerazione).

²⁵ RODOTÀ 2012, 293. Analoga la netta distinzione tracciata tra diritto al matrimonio e diritto a costituire una famiglia nella sentenza del 24 giugno 2010 della Corte dei diritti dell'uomo, caso *Schalk and Kopf v. Austria*. Analoga la netta distinzione anche se non del tutto coincidenti gli argomenti utilizzati per affermarla: nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, dell'articolo 9 della *Carta dei diritti europei*, citando il *Commentario alla Carta*, si sottolinea che «Since [in the provision] there is no explicit reference to "men and women" [...] it may be argued that there is no obstacle to recognize same-sex relationships in the context of marriage» ma si precisa inoltre che «[t]here is, however, no explicit requirement that domestic laws should facilitate such marriages». Il diritto a costituire una

Sorprendente, infine, in tema di omosessualità, l'ulteriore conferma dell'ambiguità e dei tentennamenti del diritto internazionale dei diritti fondamentali ancora nel 2008 quando la sollecitazione di Francia e Olanda per una risoluzione dell'Onu in favore della depenalizzazione universale dell'omosessualità (reato ancora in 76 paesi, 5 dei quali prevedono la pena capitale²⁶) si scontra – almeno in una (lunga) fase iniziale – con una netta opposizione da parte del Vaticano e con la “prudenza” di quei paesi che come gli Stati Uniti si astenero in fase di votazione della risoluzione²⁷. Ci sono voluti infatti tre anni di accesi dibattiti e aspre polemiche prima che il 14 luglio del 2011, il *Consiglio dei diritti umani dell'Onu* approvasse finalmente una risoluzione, la 17/19 su *Human rights, sexual orientation and gender identity*, nella quale si esprime «grave concern at acts of violence and discrimination, in all regions of the world, committed against individuals because of their sexual orientation and gender identity»; risoluzione che, però, in modo del tutto interlocutorio, porta soltanto a sollecitare l'Alto commissario per i diritti umani

«to commission a study [...] documenting discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity, in all regions of the world, and how international human rights law can be used to end violence and related human rights violations based on sexual orientation and gender theory».

2.2. Diritto interno, (coppie) omosessuali e diritti fondamentali

In un passato ancora recente, reato anche in paesi simbolo del liberalismo come la Gran Bretagna e gli Stati Uniti, l'omosessualità continua ad essere perseguita, oggi, in 76 paesi, 5 dei quali la puniscono addirittura con la pena di morte²⁸.

famiglia, come distinto dal diritto al matrimonio, è argomentato invece con riferimento agli articoli 8 e 14 della *Convenzione Europea* del 1950.

²⁶ Desumo questi dati dal rapporto del 17 novembre 2011 su *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*; il rapporto, dell'Alto commissario per i diritti umani dell'Onu, è quello che, come si legge di seguito nel testo, era stato sollecitato dalla risoluzione 17/19 approvata dal Consiglio dei diritti umani dell'Onu il 14 luglio 2011.

²⁷ La difficoltà di riuscire a fare approvare una risoluzione dall'Assemblea generale dell'Onu, nel 2008, aveva indotto Francia e Olanda a presentare soltanto il testo di una dichiarazione non vincolante (la *Declaration on human rights, sexual orientation and gender identity*) approvata il 18 dicembre con 66 voti a favore, 57 contrari e 69 astenuti (fra questi Cina, Russia e gli Stati Uniti alle ultime settimane del secondo mandato presidenziale di George W. Bush). Approvazione alla quale aveva fatto seguito, il giorno successivo, il 19 dicembre 2008, la presentazione di tre “statements”: il primo, dell'Argentina, in favore della *Dichiarazione*, il secondo, della Siria, contrario (il testo dello *statement* a favore e il riassunto dello *statement* contrario assieme all'elenco dei paesi firmatari dell'uno e dell'altro sono disponibili in <http://www.religioustolerance.org/homundec5.htm>, consultato il 15 marzo 2015), il terzo *statement*, della Santa Sede, nel quale (il testo è disponibile in http://press.catholic.va/news_services/bulletin/news/23074.php?index=23074&po_date=19.12.2008&lang=sp, consultato il 7 febbraio 2013) si mette in guardia perché «[n]onostante che la Dichiarazione giustamente condanni tutte le forme di violenza contro le persone omosessuali e affermi il dovere di proteggerle da esse, il documento, considerato nella sua interezza, va al di là di questo obiettivo e dà invece origine a incertezza delle leggi e mette in questione le norme esistenti sui diritti umani». Va comunque segnalato che, più di recente, sia il Vaticano sia gli Stati Uniti dell'amministrazione di Barack Obama hanno attenuato le proprie riserve iniziali verso una presa di posizione dell'Onu per la messa al bando delle discriminazioni nei confronti degli omosessuali.

²⁸ Questi, come si è già precisato alla nt. 27, sono i dati aggiornati al 2011, forniti dal Rapporto dell'Alto Commissariato per i diritti umani dell'Onu *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*.

Ma non solo. Oltre ad essere condannata come reato, fino a non molti anni addietro, l'omosessualità è stata stigmatizzata anche come malattia. Come ricorda Piana, è solo nel 1992 che «L'Organizzazione Mondiale della Sanità [...] ha cancellato [...] l'omosessualità dall'elenco delle malattie»²⁹ forse perché, come con malcelata ironia spiega D'Agostino, l'*American Psychiatric Association's Board of Trustees*, risolvendo così il dubbio se si trattasse di nevrosi o psicosi, «nel 1973 [...] ha cancellato l'omosessualità dalla terza edizione del suo manuale ufficiale di diagnostica» e «attualmente, come è confermato dal *Report of the Task Force* dell'Apa (*American Psychological Association*) in merito alle *Appropriate Therapeutic Report to Sexual Orientation* (WASHINGTON 2009) è pressoché obbligatorio, per gli psicologi, negare che l'omosessualità sia formalmente una psicopatologia» non solo per «effetto di specifici e innovativi accertamenti scientifici, ma anche (e, secondo alcuni, prevalentemente) della pressione degli omosessuali stessi, quando sono giunti a riconoscersi come gruppo sociale e ad agire efficacemente come movimento»³⁰.

Reato, malattia (secondo alcuni una perversione, secondo altri una deviazione sessuale) e, non ultimo, anche peccato. Intreccio, quello fra reato, peccato e malattia, che disorienta e lascia perplessi non solo nel caso dell'indebita (deprecabile ma non inconsueta) commistione fra reato e peccato³¹ ma anche e soprattutto nel caso dell'ancor più sorprendente assimilazione fra reato e malattia³².

Nondimeno, anche in quei paesi nei quali (tenendo conto dell'indebita commistione fra diritto e morale e di quella ancora più insidiosa fra diritto e presunte psicopatologie) il diritto interno non stigmatizza l'omosessualità come reato e non discrimina i titolari dei diritti fondamentali in ragione del loro orientamento sessuale, non sempre è chiaro di quali diritti possano considerarsi titolari le coppie omosessuali.

In particolare, non in tutti paesi in cui non si discrimina (più) in ragione dell'orientamento sessuale, per ciò stesso alle coppie omosessuali è riconosciuto il diritto di sposarsi o di registrare il proprio matrimonio celebrato all'estero. Come sintetizzano Mosconi e Campiglio

«Gli stati che – tutti a partire dall'inizio del nuovo millennio – hanno istituzionalizzato il *gender-neutral marriage* [al 2012] risultano essere [...] 10, metà dei quali fanno parte dell'Unione Europea. Si tratta, nell'ordine, di Olanda (2000), Belgio (2003) Canada e Spagna (2005), Sudafrica (2006), Norvegia (2008), Svezia (2009): nel 2010 si sono aggiunti Argentina, Islanda e Portogallo. Occorre peraltro integrare questo elenco tenendo conto di alcuni Stati Federali [in particolare gli Stati Uniti] nell'ambito dei quali il matrimonio è aperto alle coppie dello stesso sesso in una parte soltanto degli stati membri. [...] In altri Stati, poi, il matrimonio tra persone dello stesso sesso non può essere celebrato ma, se concluso all'estero, ne vengono riconosciuti gli effetti o almeno taluni effetti»³³.

Diritto di sposarsi o di registrare il proprio matrimonio celebrato all'estero il cui esercizio, là dove siano tutelati, è disciplinato con regole e a condizioni che variano da paese a paese riguardo alla

²⁹ PIANA 2013, 55.

³⁰ D'AGOSTINO 2013, 101 s. Da qui la chiosa che, per quanto l'omosessualità non sia più considerata una psicopatologia, nondimeno «Che non debba neanche sostanzialmente essere considerata una patologia è [...] un altro problema tutt'ora aperto» (106). Sempre in tema di omosessualità e (psico)patologie, cfr. ad esempio, nelle loro diverse prospettive, REMOTTI 2015 e LINGIARDI 2013, 32-35.

³¹ Commistione contro la quale già 250 anni fa metteva in guardia BECCARIA 1764, 47.

³² Assimilazione tanto bislacca da sembrare concepibile solo in un romanzo *fantasy*, manifestamente provocatorio nella sua paradossalità, come quello di BUTLER 1872, ambientato in un "non luogo" – *Erewhon* – dove i malati, biasimati come persone immorali, vengono processati e puniti con il carcere, mentre i delinquenti sono curati, a casa o in ospedali, da "raddrizzatori".

³³ MOSCONI, CAMPIGLIO 2012b, 307.

pluralità di variabili delle quali dover tener conto come, ad esempio, quella della (diversa) nazionalità dei nubendi³⁴. Non solo normative differenti da paese a paese ma anche dissensi giurisprudenziali e amministrativi in quei paesi che non hanno ancora previsto alcuna normativa³⁵.

E ancora, là dove è (stata) adottata una lettura dell'articolo 9 della *Carta Europea dei diritti dell'uomo*, che, come quella indicata da Rodotà³⁶, consente di distinguere il diritto al matrimonio dal diritto a costituire una famiglia, non sempre sono (stati) univoci e condivisi (i) i termini nei quali riconoscere alle coppie omosessuali almeno la titolarità del diritto a costituire una famiglia e/o (ii) i termini nei quali intendere e declinare il diritto a costituire una famiglia.

In particolare, così ad esempio in Italia – dove, dopo anni di dibattiti e di progetti di legge naufragati nel nulla, manca ancora una normativa che disciplini la materia – a partire dalla sentenza 138 del 2010 della Corte costituzionale si registra una crescente attenzione per il riconoscimento del diritto alla famiglia per le coppie omosessuali ma non anche una condivisione dei termini in cui affermarlo.

Per un verso, infatti, la sentenza della Corte costituzionale ha stabilito che alla

«unione omosessuale – intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso – [...] spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – *nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge* – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri» (corsivo mio).

Per altro verso, invece, la sentenza 4184 del 2012 della Cassazione, pur citando la sentenza della Corte costituzionale del 2010, ha affermato che

«[i] componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, se – secondo la legislazione italiana – non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero, tuttavia – *a prescindere dall'intervento del legislatore in materia* – quali titolari del diritto alla “vita familiare” e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto [...] alla tutela di altri diritti fondamentali, *possono adire i giudici comuni per far valere [...], il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti*, applicabili nelle singole fattispecie» (corsivo mio).

E ancora, in contrasto con l'una e con l'altra, il Tribunale di Grosseto, con una ordinanza del 3 aprile 2014 – poi annullata il 24 settembre 2014 dalla Corte d'appello di Firenze – ha ingiunto all'ufficiale di Stato civile la trascrizione del matrimonio di una coppia omosessuale celebrato a New York due anni prima.

³⁴ Per un'analisi relativa alla pluralità di normative in differenti paesi europei cfr. ad esempio MOSCONI, CAMPIGLIO 2012b, 307-310, per un'analisi relativa invece alla pluralità di normative in differenti stati membri degli Stati Uniti, cfr., ad esempio, MOSCONI, CAMPIGLIO 2012b, 311-316 e 2012a, FRANK 2014, in particolare, 173-198 e ZANETTI 2014.

³⁵ Così, ad esempio, in Italia dove, fino alla sentenza 138 della Corte Costituzionale e alla sentenza 4184 del 2012 della Cassazione, sembrava indiscusso e indiscutibile il divieto di trascrizione di matrimoni omosessuali celebrati all'estero. A partire, però, dall'ordinanza del sindaco di Latina del 17 aprile 2014, sempre più comuni hanno deciso di consentirne invece la trascrizione. Decisione, questa, contro la quale, da una parte, una circolare del Viminale del 7 ottobre 2014 ha ribadito la non trascrivibilità e, dall'altra, i questori di alcuni di questi comuni hanno ingiunto la cancellazione dei matrimoni già trascritti. Da ultimo, ma non sono da escludere altre decisioni che continuino ad alimentare la contrapposizione, la sentenza n. 3912 del 9 marzo 2015 del Tar del Lazio stabilisce che, nonostante i matrimoni celebrati all'estero non possano essere trascritti, i matrimoni che sono già stati trascritti non possano essere cancellati perché né il Ministro né i Prefetti ma solo i tribunali hanno competenza di pronunciarsi sul tema.

³⁶ Cfr. *supra* 2.1. e nt. 26.

Da ultimo, la sentenza 2400 del 2015 della Cassazione – respingendo il ricorso di una coppia omosessuale alla quale era stato negato di procedere alle pubblicazioni di matrimonio – afferma che

«[i]l processo di costituzionalizzazione delle unioni tra persone dello stesso sesso non si fonda [...] sulla violazione del canone antidiscriminatorio dettata dall'inaccessibilità al modello matrimoniale, ma sul riconoscimento di un nucleo comune di diritti e doveri di assistenza e solidarietà propri delle relazioni affettive di coppia e sulla riconducibilità di tali relazioni nell'alveo delle formazioni sociali dirette allo sviluppo, in forma primaria, della personalità umana»;

in altri termini, la sentenza, da una parte, torna ad escludere che in assenza di un esplicito intervento del legislatore le coppie omosessuali abbiano diritto al matrimonio e, d'altra parte, torna a ribadire la loro titolarità dei diritti inerenti alla vita familiare, senza però entrare nel merito delle forme della loro tutela giudiziale in assenza di uno specifico intervento legislativo.

Non solo. Sempre con particolare riferimento all'Italia dove è assente una specifica normativa in materia, non c'è consenso né sui termini in cui riconoscere alle coppie omosessuali il diritto a costituire una famiglia né – non meno significativamente – riguardo ai diritti relativi alla vita familiare di cui riconoscer loro la titolarità. Da qui, in particolare, la preoccupazione più che l'interesse per i primi casi di affidamento³⁷, e (se non ancora del riconoscimento della possibilità dell'adozione legittimante³⁸, almeno) di quella che con locuzione inglese è spesso denominata *step-child adoption* (l'adozione, cioè, da parte di uno dei due componenti di una coppia, del figlio naturale o adottivo del partner)³⁹; da qui, cioè, timori e riserve su tutto ciò che inerisce all'omogenitorialità⁴⁰ e alla (ineludibile indeterminazione) della nozione di “interesse superiore del minore”⁴¹.

2.3. *Universalismo confessionale e pluralismo laico dei diritti a confronto*

Ritardi ed esitazioni – del diritto interno di paesi diversi e del diritto internazionale dei diritti fondamentali – tanto nel mettere al bando l'orientamento sessuale come possibile ragione di discriminazione quanto nel riconoscere e garantire, agli omosessuali e a chiunque possa ricondursi alla variegata galas-

³⁷ Così, in Italia, la sentenza della Corte d'Appello di Brescia, sezione minorenni del 1 luglio 2011; così anche il decreto del Tribunale per i minorenni di Bologna del 31 ottobre 2013 che con grande chiarezza afferma «si deve ritenere che la circostanza per cui i due componenti della coppia affidataria abbiano lo stesso sesso non possa considerarsi ostativo all'affidamento della minore; peraltro, su un piano diverso da quello strettamente giuridico, si deve tenere conto che, come rilevato dalla recente giurisprudenza di legittimità, in assenza di certezze scientifiche o dati di esperienza, costituisce mero pregiudizio la convinzione che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale».

³⁸ Così, ad esempio, con riferimento alla sentenza del luglio 2014 del Tribunale dei minorenni di Roma che «ha concesso l'adozione di una bambina da parte di una donna convivente con la madre biologica», RODOTÀ 2014 sottolinea come il «Tribunale non [abbia] affrontato questioni come il riconoscimento di un legame matrimoniale tra persone dello stesso sesso o l'attribuzione a queste coppie del diritto all'adozione legittimante, materie per le quali ha riconosciuto esplicitamente la competenza del legislatore».

³⁹ Così, in Italia, la sentenza del Tribunale per i minorenni di Roma del 30 luglio 2014 e l'ordinanza del Tribunale di Bologna del 10 novembre 2014. Interessante, in relazione alla sentenza di Roma il commento di GATTUSO 2014 e la sua affermazione che «al centro della decisione non vi sono i diritti delle persone o delle coppie omosessuali, ma dei loro bambini»; sull'ordinanza del Tribunale di Bologna, cfr., ad esempio, BILOTTI 2014. Sempre in tema di *step-child adoption*, da segnalare inoltre la sentenza del 19 febbraio 2013 della Corte europea dei diritti umani, caso *X v. Austria*.

⁴⁰ In termini non sempre coincidenti, un atteggiamento di preclusione nei confronti dell'omogenitorialità continua ad essere un argomento spesso condiviso. Per un'analisi radicalmente critica di questa posizione, cfr., ad esempio, SCHUSTER 2011, SAPORITI 2014, BILOTTA 2011 e 2015, par. 6.

⁴¹ Sul punto richiama l'attenzione CONTI 2015, par. 5. Cfr. inoltre BILOTTA 2011, 188-197 e GATTUSO 2014.

sia degli LGBT, una piena titolarità dei diritti fondamentali, uguali e inalienabili, non confermano, però, come forse si potrebbe essere indotti a credere, un'intrinseca e ineludibile scabrosa problematicità del tema⁴²; una sua intima indecenza che spiega, se non addirittura pretende di giustificare, la reazione della "politica del disgusto"⁴³.

Al contrario, come si è anticipato nelle battute iniziali, gli uni e le altre testimoniano piuttosto di pregiudizi più tenaci e più difficili da eradicare rispetto ad altri, di cambiamenti (forse "enormi") che fanno più fatica ad affermarsi rispetto ad altri. Scrive Rodotà

«Molte rappresentazioni dell'altro rendono palesi, con intensità diverse, le politiche del disgusto. È inaccettabile l'omosessuale per il suo stile di vita, lo è il migrante o il rom sporco e malvestito, lo diventano tutti quelli che, per etnia o origine geografica o religiosa, testimoniano una diversità percepita come attentato alla propria identità»⁴⁴.

Ma – prendo a prestito la citazione da Mastromortino – come ben puntualizza Nussbaum

«Il governo non può escludere un gruppo di cittadini dai benefici civili o dal valore espressivo del matrimonio in assenza di un interesse pubblico prevalente. La piena inclusione delle coppie omosessuali costituisce in un certo senso un cambiamento enorme, proprio come fu un cambiamento enorme il riconoscimento ufficiale del matrimonio interraziale, e come furono cambiamenti enormi la piena inclusione delle donne e quella degli afroamericani come cittadini elettori. D'altra parte, il modo migliore di intendere queste trasformazioni è come pura realizzazione della promessa contenuta nelle nostre garanzie costituzionali»⁴⁵.

In altri termini, ritardi ed esitazioni, dispute e controversie relative non solo alla depenalizzazione dell'omosessualità ma anche a un pieno riconoscimento dei diritti degli omosessuali – inclusi quello alla famiglia e quello al matrimonio – testimoniano della difficoltà di prendere sul serio l'universalismo dei diritti che, nel secondo novecento, a differenza dell'universalismo affermato nelle *Dichiarazioni* di fine settecento in Francia e in nord-America, non si declina più esclusivamente in relazione ad alcune classi di esseri umani ma, come recita il *Preambolo* della *Dichiarazione universale* del 1948, in relazione ad «ogni membro della famiglia umana»; formula retorica, forse, ma che nella sua perentorietà ha il pregio di non lasciare margini di incertezza riguardo alla messa al bando di qualsiasi forma di esclusione, di individui o gruppi, dalla piena titolarità di tutti i diritti. E ancora, testimoniano della tentazione, ricorrente, di rivendicare l'universalismo dei diritti nel senso di volerne imporre una propria lettura di parte; della tentazione ricorrente, cioè, di ignorare o negare il pluralismo laico della concezione dei diritti del secondo novecento; pluralismo laico che consiste non nella contrapposizione

⁴² Significativa, in proposito, l'avvertenza di REMOTTI 2015, par. 4: «se è vero che l'omosessualità è praticamente universale nelle società umane, l'omofobia non lo è affatto», quest'ultima è condizionata – verrebbe da aggiungere: ovviamente – «dal modo in cui si affronta l'omosessualità».

⁴³ Icastica, nella sua crudezza, la caratterizzazione che ne offre NUSSBAUM 2010, 65 s.: «Per lungo tempo [...] gli orientamenti e i comportamenti sessuali [sono stati affrontati] in base a una *politica del disgusto*, nella misura in cui molti individui hanno reagito alla scomoda presenza di gay e lesbiche con un'avversione profonda, simile a quella suscitata dagli escrementi, dagli insetti viscosi e dal cibo avariato, e poi citato questa reazione per giustificare una gamma di restrizioni giuridiche, dalle leggi antisodomia al divieto dei matrimoni gay» (corsivo mio). Politica, quella del disgusto, in contrapposizione alla quale Nussbaum tematizza, scandisce e sollecita la piena affermazione di una «*politica dell'umanità*, un atteggiamento politico [cioè] che coniuga il rispetto con la curiosità e la capacità di immaginare [e immedesimarsi con] l'altro» NUSSBAUM, 2010, 70 (corsivo nel testo).

⁴⁴ RODOTÀ 2012, 292.

⁴⁵ NUSSBAUM 2010, 192, citazione ripresa da MASTROMARTINO 2013, vii.

ma, come si è già accennato, nella complementarietà del principio d'eguaglianza nei diritti con il diritto ad essere diversi.

3. Sistema delle fonti, unità e identità degli ordinamenti giuridici

Se, per un verso, incertezze e ritardi nell'affermazione del divieto di «qualsiasi forma di discriminazione fondata [...] sulle tendenze sessuali» esemplificano in modo paradigmatico temi e problemi ricorrenti della *teoria dei diritti fondamentali*, per altro verso, là dove manchi ancora un esplicito intervento del legislatore, decisioni e provvedimenti giudiziari di corti (inter)nazionali differenti che si facciano carico di garantire l'eguaglianza nei diritti di persone e coppie omosessuali esemplificano, in modo altrettanto paradigmatico, il radicale cambiamento dei termini in cui render conto di alcuni temi e problemi tradizionali della *teoria del diritto*. Così, in particolare, quelli relativi al sistema delle fonti degli ordinamenti nazionali e, quindi, alle (nuove) forme della loro unità e identità.

Analogo, con riferimento al sistema delle fonti, il rilievo di Bilotta là dove avverte che

«il tema delle coppie formate da persone dello stesso sesso e dei loro figli pone l'interprete dinanzi a due questioni di teoria generale del diritto di non poco conto: da un lato infatti, è l'intera teoria delle fonti del diritto a essere messa in discussione (sul piano interno per ciò che concerne il rapporto tra norme costituzionali e norme ordinarie e sul piano sovranazionale per ciò che concerne la rilevanza delle norme comunitarie e delle convenzioni internazionali, prima fra tutte la *Convenzione europea dei diritti umani*); da un altro lato poi, emerge con evidenza il *mutamento* prodottosi nel tempo – e ormai tacitamente accettato dagli operatori del diritto italiano – *del rapporto sussistente tra fonte scritta e fonte non scritta*»⁴⁶ (corsivi miei).

Esemplificazione, quella delle coppie omosessuali, duplicemente paradigmatica, quindi, dei molti casi in cui, in assenza di (ma anche in dissenso con) un intervento del legislatore, corti nazionali e internazionali sono sempre più spesso chiamate a farsi carico della tutela dei diritti fondamentali. Un'esemplificazione duplicemente paradigmatica ma non singolare o inusuale né del tutto innovativa.

Un'esemplificazione non singolare e isolata perché (solo per citare due casi fra i più noti), in assenza di un intervento del legislatore (italiano), negli ultimi anni sono stati i giudici a dover decidere sia i termini in cui (non) garantire il diritto di opporsi ad un accanimento terapeutico e al rispetto della propria dignità⁴⁷ sia i termini in cui (non) riconoscere il diritto a non essere sottoposti a tortura⁴⁸.

⁴⁶ BILOTTA 2015, par. 1.

⁴⁷ Il riferimento, in particolare, è al caso di Piergiorgio Welby (morto il 20 dicembre del 2006) e alle alterne pronunce giudiziarie, prima, sulla sua richiesta di interrompere i trattamenti sanitari che lo tenevano forzatamente in vita e, poi, sulla (non) imputabilità del medico Mario Riccio che, accogliendo le esplicite e reiterate sollecitazioni di Welby, aveva acconsentito a interrompere i trattamenti sanitari ai quali era costretto. E ancora, il riferimento è al caso di Eluana Englaro (morta il 9 febbraio 2009, dopo 17 anni di sopravvivenza in stato vegetativo) e alle alterne decisioni giudiziali relative alla richiesta del padre di interrompere l'accanimento terapeutico al quale la figlia era costretta; richiesta dettata da un'esplicita volontà che la figlia gli aveva comunicato prima che un grave incidente la riducesse in stato vegetativo. Sul caso Englaro e sulle polemiche relative al vuoto normativo dell'ordinamento italiano, significativa la posizione di FERRAJOLI 2009, 361, che, richiamando l'art. 32 comma 2 della *Costituzione* italiana, replica con fermezza che «non c'è [...] nessun vuoto legislativo nel nostro ordinamento, nessuna lacuna nel nostro ordinamento [...]. C'è semplicemente, in base alla *Costituzione*, il divieto di manipolazioni sanitarie senza il loro consenso: un consenso che, per quanti sono in coma, dovrebbe essere oggetto di prova o quanto meno presumersi solo in assenza di qualunque prova contraria».

⁴⁸ Il riferimento è alle sentenze dei diversi gradi di giudizio relative alle torture e ai trattamenti inumani e degradanti denunciati in occasione dei fatti accaduti, durante il G8 di Genova del 19-22 luglio 2001, presso la scuola Diaz e

E ancora, un'esemplificazione neppure particolarmente innovativa se si tiene conto che, molto prima degli ultimi due casi citati, per decenni, in attesa che il legislatore stabilisse – come richiesto dall'art. 40 della *Costituzione* – “l'ambito delle leggi” in cui esercitare il diritto di sciopero, sono stati i tribunali ad occuparsi delle forme e dei modi in cui garantirne l'esercizio.

Non solo. È opportuno ricordare inoltre che anche là dove l'intervento del legislatore non è mancato, decisioni e interventi giudiziari in alcuni casi hanno rimesso in discussione, in dissenso con le normative vigenti, i termini nei quali intendere e garantire la tutela dei diritti fondamentali; così, ad esempio, sia nel caso dei diritti relativi alla procreazione assistita⁴⁹, sia nel caso dei diritti dei quali (non) ritenere titolari i migranti⁵⁰.

Ora, che la tutela giudiziale dei diritti fondamentali possa andare oltre l'applicazione delle disposizioni che il legislatore nazionale (non) ha emanato solleva non solo polemiche ideologicamente preconcepite ma anche dubbi e interrogativi di teoria e politica del diritto. Dubbi e interrogativi, in particolare, su quella che appare come una trasformazione e (ri)definizione del sistema delle fonti del diritto interno⁵¹: una trasformazione non solo *di diritto* là dove – come nell'ordinamento italiano, con la riforma dell'articolo 117 della *Costituzione*⁵² – si è cercato di tener conto del carattere vincolante di alcune forme del diritto sovranazionale, ma anche e soprattutto *di fatto* là dove si è andata progressivamente affermando nella prassi giudiziale anche prima e/o oltre i termini di eventuali riforme del diritto interno⁵³. Trasformazione, quella del sistema delle fonti in ragione di un ruolo sempre più incisivo e preponderante di fonti sovranazionali e/o della giurisdizione, che è passibile di almeno due diverse letture.

Una prima lettura è quella che fa propria la tesi di un'indebita commistione fra funzione giudiziale e funzione legislativa e ne stigmatizza la conseguente violazione della separazione dei poteri; è quella, cioè, di chi, proprio in ragione dell'assenza di (e/o dell'insofferenza verso) precisi limiti legislativi, lamenta e denuncia il rischio di una sempre più radicale incertezza (nell'applicazione giudiziale) del diritto e (nella tutela giudiziale) dei diritti. In altri termini, prendendo a prestito un'incisiva formula di

presso la caserma di Bolzaneto. E ancora il riferimento è alle sentenze relative alle denunce sulla morte di Federico Aldrovandi nel 2005 e di Stefano Cucchi nel 2009.

⁴⁹ Il riferimento, in particolare, è, da una parte, alla legge 40 del 2004 e, dall'altra, alle successive ridefinizioni di quanto stabilito con gli interventi del Tribunale di Cagliari nel 2007 e nel 2012, con la sentenza della Corte EDU del 2012 e con le pronunce della Corte costituzionale nel 2009 e nel 2014.

⁵⁰ Numerosi i possibili casi da citare data la pluralità di aspetti problematici e controversi dei diversi interventi legislativi o amministrativi che in Italia si sono susseguiti a partire dalla legge Martelli del 1989. Così, a titolo meramente esemplificativo, si pensi alla sentenza n. 249 dell'8 luglio 2010 della Corte costituzionale che stabilisce che «la condizione giuridica dello straniero [il suo *status* di clandestino] non deve essere considerata come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi, specie nell'ambito del diritto penale»; alla sentenza del 28 aprile 2011 della Corte di giustizia, caso El Dridi, sull'illegittimità della norma che prevedeva la reclusione sino a quattro anni per lo straniero inottemperante all'ordine di allontanamento; o alla sentenza del 23 febbraio 2012 della Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Hirsi Jamaa e altri v. Italia*, sull'illegittimità dei respingimenti in alto mare praticati dall'Italia negli anni 2009-2011. Ultima, in ordine di tempo, si pensi alla sentenza 22 del 2015 della Corte Costituzionale che stabilisce che «Agli stranieri senza carta di soggiorno, ma legalmente presenti in Italia, non può essere negata la pensione di invalidità, in particolare se questa è grave come la cecità».

⁵¹ Esempiare la riflessione di chi, da giudice, si interroga sulle nuove coordinate giuridiche del proprio ruolo e della propria funzione; così, ad esempio, CONTI 2011 e 2014.

⁵² Sul punto, cfr., ad esempio, OBERTO 2013, 224-229.

⁵³ Affermazione sempre più evidente e rilevante come è puntualmente messo in evidenza, per quanto non sempre in termini e/o con valutazioni coincidenti, in S. CASSESE 2003 e 2006 e, da ultimo 2013, LOSANO 2005, PASTORE 2014, RUGGERI 2014b, TWINING 2009. Nondimeno sono ancora numerose, e a volte autorevoli, le analisi di chi a questa trasformazione non dedica che qualche cenno fugace e marginale; così, ad esempio, GUASTINI 2010, PINO 2010 e 2014.

Sabino Cassese (anche se Cassese ne fa uso in un contesto differente)⁵⁴, la prima lettura è quella di chi teme, lamenta o denuncia il pericolo di “uno stato di alegalità legale”.

La seconda lettura, della quale non sempre è chiaro quale sia la consapevolezza nei giudici o in chi ne condivide e ne giustifichi la crescente centralità, è quella secondo la quale il ruolo sempre più incisivo e preponderante della giurisdizione nella tutela e attuazione dei diritti fondamentali (vuoi in supplenza delle inadempienze del legislatore nazionale vuoi, se del caso, in dissenso con quanto le sue leggi abbiano stabilito) è conseguenza, non tanto di un’indebita e censurabile smania di protagonismo, quanto piuttosto del nuovo ruolo che il costituzionalismo (inter)nazionale assegna ai giudici nel rivendicare, come proprio tratto distintivo, un’effettiva tutela e giustiziabilità dei diritti⁵⁵. In questa prospettiva, nel caso di diritti sanciti nella costituzione nazionale (si pensi, ad esempio, ai casi prima citati del diritto di sciopero e del diritto a non essere sottoposti a trattamenti sanitari obbligatori nella costituzione italiana) e/o in trattati internazionali (si pensi ad esempio al caso prima citato della messa al bando della tortura) il giudice al quale sia sottoposta una controversia che li abbia ad oggetto non “può” (per presunta voglia di “protagonismo”) ma “deve” (in ragione delle sue funzioni istituzionali) garantirne la tutela anche nel caso in cui il legislatore nazionale non si sia ancora pronunciato. Particolarmente efficace la sintesi che di questo problema propone Rodotà quando scrive:

«Le omissioni del legislatore, considerate comunque il frutto di una scelta politica, possono non essere sanzionate, se non nei modi della politica. Il giudice, invece, si trova di fronte al problema della denegata giustizia, dell’inammissibilità del *non liquet*. [...] [Q]uesto tema classico deve essere ripensato in un contesto nel quale le dinamiche innescate da diversi fattori [...], fanno affluire davanti al giudice molte e impellenti domande sociali, che si aggiungono a quelle che lo stesso legislatore ha trasferito alla magistratura, con un consapevole e silenzioso processo di delega che in molti casi la costituisce come “pattumiera dei conflitti sociali”»⁵⁶.

Due letture diverse, quelle appena tratteggiate, che richiamano (anche se non coincidono totalmente con) i termini in cui, in alcuni sui recenti lavori, Ferrajoli contrappone al “costituzionalismo *principialista*” – del quale biasima l’indebita e incontrollata discrezionalità dei giudici – un “costituzionalismo *garantista*” in cui la piena e compiuta attuazione dei diritti fondamentali trova il proprio fondamento in un “costituzionalismo rigido multilivello”⁵⁷ che precluda o quantomeno circoscriva drasticamente i possibili spazi di discrezionalità dei giudici⁵⁸.

⁵⁴ S. CASSESE 2011. Nonostante la sua grande attenzione per le trasformazioni del diritto nazionale e internazionale, in questo saggio Cassese usa “stato di alegalità legale” (non in relazione alla pluralità di forme in cui trova espressione la globalizzazione giuridica, quanto piuttosto) per stigmatizzare un tratto che ritiene ricorrente nella storia dello stato italiano.

⁵⁵ Un’anticipazione di alcuni degli argomenti che spiegano le ragioni di questa seconda lettura, con una ricognizione dei profili del costituzionalismo (inter)nazionale che condizionano l’interpretazione (par. 3, 33-43) e applicazione giudiziale (par. 4, 43-53) non meno che la ridefinizione dei rapporti fra diritto interno e diritto internazionale (dei diritti fondamentali) (par. 5, 53-69) è in MAZZARESE 2002.

⁵⁶ RODOTÀ 2012, 60.

⁵⁷ FERRAJOLI 2013, ix.

⁵⁸ Una prima tematizzazione della contrapposizione si ha in FERRAJOLI 2010. Diverse, negli anni, le aggettivazioni e le qualificazioni che in letteratura sono (state) proposte del costituzionalismo (inter)nazionale del secondo novecento e dei suoi tratti distintivi. Aggettivazioni e qualificazioni differenti – a volte, come nel caso di Ferrajoli, proposte da uno stesso autore – che testimoniano (della problematicità e) del dissenso sia (i) sulla caratterizzazione del suo principio fondante dell’affermazione e tutela (inter)nazionale dei diritti fondamentali sia (ii) sull’individuazione e definizione dei modelli di teoria e politica del diritto con cui (a) in chiave *esplicativa*, render conto delle forme in cui si è venuto sviluppando negli ultimi settant’anni e/o (b) in chiave *prescrittiva*, indicare quali soluzioni adottare per affrontare le difficoltà con cui spesso si confronta non meno che le sue possibili declinazioni future.

Una contrapposizione, questa, che disorienta. E non può non disorientare, nonostante l'indubbia chiarezza con cui Ferrajoli scandisce le "buone ragioni" che ritiene la giustificano.

Come sempre ineccepibilmente puntuale, Ferrajoli spiega perché «le controversie» che fondano e condizionano la contrapposizione abbiano un «carattere non accademico» e ne elenca le «rilevanti implicazioni pratiche» in forma di una successione di opzioni alternative:

«la normatività debole o forte associata alle norme costituzionali sostanziali, a seconda che siano concepite come principi tra loro ponderabili o come regole che impongono la loro attuazione legislativa e la loro applicazione giudiziale; la promozione di un ruolo attivo e creativo, oppure la difesa della sua rigida soggezione alla legge e perciò della separazione dei poteri; il primato della giurisdizione, o invece dell'innovazione legislativa, e quindi della politica, nell'attuazione garantista, sempre completa e imperfetta, del progetto costituzionale; la conseguente opzione strategica per un'integrazione giuridica sovranazionale basata prevalentemente sul ruolo di garanzia affidato all'attivismo delle giurisdizioni secondo il modello del *rule of law*, oppure per un costituzionalismo rigido multilivello, allargato ai molteplici poteri politici ed economici globali»⁵⁹.

Nondimeno, per quanto possano essere rilevanti o condivisibili le preoccupazioni indicate, disorientano i termini nei quali Ferrajoli (i) caratterizza la distinzione fra "costituzionalismo principialista" e "costituzionalismo garantista"⁶⁰; (ii) rivendica l'opzione per il costituzionalismo garantista⁶¹ e, non da ultimo, (iii) stigmatizza gli effetti deleteri del costituzionalismo principialista che trova espressione in un indebito attivismo dei giudici, pericolosa minaccia al principio della divisione dei poteri e, quindi, dello stesso stato di diritto. In particolare, quali che siano nello specifico i dubbi e le riserve sui termini della distinzione e sui termini della valutazione delle due forme di costituzionalismo contrapposte⁶², disorientano le critiche severe e preoccupate rivolte da Ferrajoli all'"attivismo" dei giudici non solo perché (i) nei paesi di *common law* – dove il precedente, e non la legge, è la fonte principale del diritto, dove, cioè, l'"attivismo dei giudici" è la regola e non una "pericolosa deriva" – l'operato dei giudici non sembra dare adito a riserve e dissensi più di quanto accada nei paesi di *civil law*, ma anche e soprattutto perché – quali che siano le proprie preferenze gius-politiche sulle forme e i modi in cui garantire la divisione dei poteri e il fondamento dello stato di diritto – (ii) le coordinate giuridico-istituzionali del costituzionalismo (inter)nazionale non sono dettate o determinate dal protagonismo di giudici e corti quanto piuttosto dalla forza vincolante dei trattati internazionali che progressivamente ridefiniscono i termini in cui intendere singoli diritti e/o offrono nuove declinazioni del loro catalogo e/o istituiscono corti per la loro tutela sovranazionale.

⁵⁹ FERRAJOLI 2013, VII-IX.

⁶⁰ Così, in particolare, la caratterizzazione del costituzionalismo principialista come forma di neo-giusnaturalismo e/o di giusrealismo. Caratterizzazione indebita, la prima, che sembra riposare esclusivamente sul fatto che sono giusnaturalisti alcuni dei filosofi del diritto che ne indica come sostenitori (così, ad esempio, R. Alexy, M. Atienza, R. Dworkin e C.S. Nino): principi e diritto positivo, infatti, non si escludono a vicenda come testimonia lo stesso linguaggio del legislatore che a volte qualifica come "principi (generali)" alcune delle proprie disposizioni normative.

⁶¹ Così, in particolare, là dove si rivendica che il modello (normativo) del costituzionalismo garantista consenta di prevenire ed escludere la possibilità di antinomie o di tensione dialettica fra principi e/o diritti fondamentali. Tensione dialettica, questa, inevitabile anche (ma non solo) in ragione del carattere laicamente pluralista del catalogo dei diritti fondamentali del secondo novecento che di per sé non esclude ma legittima la possibile eterogeneità dei valori di riferimento e/o della loro gerarchia e declinazione; tensione dialettica che non si presta ad essere regimentata, definitivamente o esclusivamente, dal legislatore là dove intervenga a definire i limiti reciproci nella tutela di diritti differenti.

⁶² Quelle indicate nelle due note precedenti sono solo un'esemplificazione sintetica di perplessità che ovviamente necessiterebbero, tutte, di una argomentazione ben più approfondita di quanto consenta questo lavoro.

Certo, non sempre il “dialogo” fra corti nazionali e internazionali è privo di incertezze e dissensi (questo, fra gli altri, il caso delle decisioni in tema di diritti delle coppie omosessuali⁶³), ma incertezze e dissensi sono una conseguenza (ineludibile anche nel caso di un eventuale modello garantista del costituzionalismo) del carattere complesso e plurale dei termini in cui intendere ogni diritto fondamentale, in cui valutare la dialettica delle sue possibili interazioni – sincroniche e diacroniche – con altri diritti fondamentali e in cui decidere le forme della sua tutela⁶⁴.

E, ora prima di concludere, un’ultima notazione su unità e identità degli ordinamenti (nazionali). Quale ne possa essere la valutazione gius-politica – di convinto plauso o, invece, di preoccupato allarme – il diritto e le forme in cui trova espressione a livello nazionale, regionale e internazionale stanno progressivamente mutando e in modo radicale. Il processo, nel secondo novecento, di generalizzazione e progressiva specificazione, per un verso, e, per altro verso, di positivizzazione e internazionalizzazione dei diritti fondamentali ha condizionato infatti, come più volte ha scritto lo stesso Ferrajoli, un nuovo paradigma del diritto nazionale e del diritto internazionale. Un paradigma, però, più radicalmente innovativo di quanto, forse, lo stesso Ferrajoli sia disposto ad ammettere. Un paradigma così radicalmente innovativo, nei termini della sua affermazione dell’universalismo dei diritti fondamentali e della loro tutela internazionale, da sfuggire alle tradizionali categorie giuridiche nelle quali si continua a cercare di costringerlo o a quelle che, ancora timidamente, si prova a sperimentare.

⁶³ Cfr., ad esempio, RUGGERI 2014a.

⁶⁴ Sul punto, più diffusamente, MAZZARESE 2010a e 2012, 187-189.

Riferimenti bibliografici

- BECCARIA C. 1764. *Dei delitti e delle pene*. Prefazione di Stefano Rodotà. Cura di Alberto Burgio, Milano, Feltrinelli, 1991.
- BILOTTA F. 2011. *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in SCHUSTER A. (ed.), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale, diritto*. Milano, Mimesis, 163 ss.
- BILOTTA F. 2015. *Quanto è lontana l'Europa?*, in MAZZARESE T. (ed.), *Diritti delle coppie omosessuali*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 15, 1, 2015, 105 ss.
- BILOTTI E. 2014. *Il riconoscimento in Italia dei provvedimenti stranieri di "stepchild adoption" da parte del coniuge "same sex" del genitore biologico: il Tribunale per i Minorenni di Bologna solleva la questione di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della legge 184/1983*, in «Diritto civile contemporaneo», 3, 2014, disponibile in <http://dirittocivilecontemporaneo.com/2014/12/il-riconoscimento-in-italia-dei-provvedimenti-stranieri-di-stepchild-adoption-da-parte-del-coniuge-same-sex-del-genitore-biologico-il-tribunale-per-i-minorenni-di-bologna-solleva-la-questione/> (consultato il 16 febbraio 2015).
- BUTLER S. 1872. *Erewhon or Over the Range*, Milano, Adelphi, 1965.
- CASSESE A. 2005. *Ripensare i diritti umani: quali prospettive per i prossimi decenni?*, in ID., *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, Laterza, 211 ss.
- CASSESE S. 2003. *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza.
- CASSESE S. 2006. *Oltre lo stato*, Roma-Bari, Laterza.
- CASSESE S. 2011. *L'Italia: una società senza stato?*, Bologna, il Mulino.
- CASSESE S. 2013. *Chi governa il mondo?*, Bologna, il Mulino.
- CONTI R. 2011. *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, Aracne.
- CONTI R. 2014. *Il giudice e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Roma, Aracne.
- CONTI R. 2015. *Alla ricerca degli anelli di una catena*, in MAZZARESE T. (ed.), *Diritti delle coppie omosessuali*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 15, 1, 2015, 91 ss.
- D'AGOSTINO F. 2013. *Sessualità, omosessualità e diritto*, in D'AGOSTINO F., PIANA G., *Io vi dichiaro marito e marito. Il dibattito sui diritti delle coppie omosessuali*, Milano, Edizioni San Paolo, 73 ss.
- DANESI G. 2004. *Diritto e morale. Variazioni su un (sotto)tema*, in «Ragion Pratica», 23, 2004, 589 ss.
- DELVIN P. 1959. *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford University Press, ried. con il titolo *Morals and the Criminal Law*, in ID., *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965, 1 ss.
- FERRAJOLI L. 2009. *Trattamenti sanitari forzati*, in «Ragion Pratica», 32, 2009, 357 ss.
- FERRAJOLI L. 2010. *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in «Giurisprudenza Costituzionale», 55, 2010, 2771 ss.
- FERRAJOLI L. 2013. *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, Laterza.

- FINNIS J. 1997. *Law, Morality, and "Sexual Orientation"*, in CORVINO J. (ed.), *Same Sex: Debating the Ethics, Science, and Culture of Homosexuality*, Lanham-New York-London, Rowman and Littlefield, 31 ss.
- FINNIS J. 2008. *Marriage: A Basic and Exigent Good*, in «The Monist», 91, 2008, 388 ss.
- FRANK W. 2014. *Gay Rights Story. The Long Search for Equal Justice in a Divided Democracy*, New Brunwik (New Jersey)-London, Rutgers University Press.
- GATTUSO M. 2014. *Tribunale per i minorenni di Roma: sì all'adozione del figlio del partner ed al doppio cognome, l'omogenitorialità è "sana e meritevole d'essere riconosciuta"*, disponibile in <http://www.articolo29.it/2014/tribunale-per-i-minorenni-roma-riconosce-giuridicamente-mamme-ed-assegna-cognome-lomogenitorialita-sana-meritevole-dessere-riconosciuta/#more-9232> (consultato il 16 febbraio 2015).
- GIRGIS S., ANDERSON R.T., GEORGE R.P. 2012. *What is Marriage? Man and Woman: A Defense*, New York-London, Encounter Books.
- GUASTINI R. 2010. *Le fonti del diritto*, Milano, Giuffrè.
- HART H.L.A. 1959. *Immorality and Treason*, in "The Listener", 1959; ried. in DWORKIN R.M. (ed.), *The Philosophy of Law*. Oxford, Oxford University Press, 1977, 83 ss.
- HART H.L.A. 1963. *Diritto, morale e libertà*, Catania, Bonanno, 1968 (ed. or. *Law, Liberty and Morality*, Stanford, Stanford University Press, 1963).
- HUMAN RIGHTS WATCH 2008. *This Alien Legacy. The Origins of "Sodomy" Laws in British Colonialism*.
- IGNATIEFF M. 2001a. *Dignity and Agency*, in GUTMANN A. (ed.), *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton, Princeton University Press, 161 ss.
- IGNATIEFF M. 2001b. *Diritti umani come idolatria*, in ID., *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, Feltrinelli, 2003, 55 ss. (ed. or. *Human Rights as Idolatry*, in GUTMANN A. (ed.), *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton, Princeton University Press, 2001, 53 ss.).
- IGNATIEFF M. 2001c. *Diritti umani come politica*, in ID., *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, Feltrinelli, 2003, 7 ss. (ed. or. *Human Rights as Politics*, in GUTMANN A. (ed.), *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton, Princeton University Press, 2001, 3 ss.).
- IPPOLITO F. 2007. *L'Occidente e gli altri*, in *Le Carte degli altri*, in «Parolechiave», 37, 2007, 11 ss.
- LINGIARDI V. 2013. *Questo matrimonio non s'ha da fare*, in VASSALLO N. (ed.), *I matrimoni tra persone dello stesso sesso*, in «Iride» 26, 2013, 37 ss.
- LOSANO M.G. 2005. *Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovrastatali*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 82, 2005, 403 ss.
- MARELLA M.R., MARINI G. 2014. *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Roma-Bari, Laterza.
- MASTROMARTINO F. 2013. *Il matrimonio conteso. Le unioni omosessuali davanti ai giudici delle leggi*, Napoli, Esi.
- MAZZARESE T. 2002. *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi*, in ID. (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 1 ss.
- MAZZARESE T. 2006. *Minimalismo dei diritti: pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista?*, in «Ragion Pratica», 26, 2006, 179 ss.

- MAZZARESE T. 2010a. *Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali. Spunti per una posizione "politicamente scorretta"*, in «Ragion Pratica», 35, 2010, 509 ss.
- MAZZARESE T. 2010b. *Nuove sfide e tentativi di delegittimazione. Un'introduzione*, in MAZZARESE T., PAROLARI P. (eds.), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, Torino, Giappichelli, 1 ss.
- MAZZARESE T. 2012. *Diritti fondamentali*, in POMARICI U. (ed.), *Atlante di filosofia del diritto*, Vol. I, Torino, Giappichelli, 179 ss.
- MAZZARESE T. 2014. *El derecho a ser diversos en las sociedades multiculturales*, in DOUGLAS PRICE J., DUQUELSKY D. (eds.), *XXVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social. Multiculturalismo, Interculturalidad y Derecho*, Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 3-18.
- MOSCONI F., CAMPIGLIO C. 2012a. *I matrimoni tra persone dello stesso sesso: livello "federale" e livello "statale" in Europa e negli Stati Uniti*, in «Rivista di diritto internazionale privato e processuale», 48, 2012, 299 ss.
- MOSCONI F., CAMPIGLIO C. 2012b. *Il riconoscimento del matrimonio omosessuale alla luce di recenti pronunce*, in «Diritto, immigrazione e cittadinanza», 14, 2012, 73 ss.
- NUSSBAUM M.C. 2010. *Disgusto e umanità. L'orientamento sessuale di fronte alla legge*, Milano, Il Saggiatore, 2011 (ed. or. *From Disgust to Humanity*, Oxford, Oxford University Press, 2010, trad. it. di S. De Petris).
- OBERTO G. 2013. *La tutela dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali, ovvero del difficile dialogo tra carte e corti*, in «Il diritto di famiglia e delle persone», 42, 2013, 173 ss.
- PASTORE B. 2014. *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, Cedam.
- PIANA G. 2013. *La condizione omosessuale fra etica e diritto*, in D'AGOSTINO F., PIANA G., *Io vi dichiaro marito e marito. Il dibattito sui diritti delle coppie omosessuali*, Milano, Edizioni San Paolo, 2013, 7-71.
- PINO G. 2010. *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino.
- PINO G. 2014. *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Modena, Mucchi.
- REMOTTI F. 2008. *Contro natura. Una lettera al Papa*, Roma-Bari, Laterza.
- REMOTTI F. 2015. *L'omosessualità e il criterio della somiglianza*, in MAZZARESE T. (ed.), *Diritti delle coppie omosessuali*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 15, 1, 2015, 33 ss.
- RODOTÀ S. 2012. *Il diritto ad avere diritti*, Roma-Bari, Laterza.
- RODOTÀ S. 2014. *Il giudice e i diritti ignorati dalla politica*, in «la Repubblica» del 30 Agosto 2014.
- RUGGERI A. 2014a. *Famiglie, genitori e figli, attraverso il "dialogo" tra Corti Europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, disponibile in <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri35.pdf> (consultato il 16 febbraio 2015).
- RUGGERI A. 2014b. *Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corti nazionali*, in «Federalismi.it Rivista di diritto pubblico italiano, comparato ed europeo», 18, 2014.
- SAID E.W. 1978. *Orientalismo. L'immagine europea dell'Oriente*, Milano Feltrinelli, 1999 (ed. or. *Orientalism*, New York, Pantheon Books, 1978).

- SANTEVECCHI G. 2008. *Guerra aperta al reato di sodomia. “È l’eredità dell’Impero britannico”*, in «Corriere della sera.it» del 18 dicembre 2008; disponibile in http://www.corriere.it/esteri/08_dicembre_18/reato_sodomia_guido_santevecchi_c2ef83b6-cd20-11dd-95df-00144f02aabc.shtml (consultato il 16 febbraio 2015).
- SAPORITI M. 2014. *Omogenitorialità, famiglia e “mero pregiudizio”*, in «Ragion Pratica», 42, 2014, 247 ss.
- SARACENO C. 2012. *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Milano, Feltrinelli.
- SARACENO C. 2013, *Non è solo questione di tolleranza*, in VASSALLO N. (ed.), *I matrimoni tra persone dello stesso sesso*, in «Iride» 26, 2013, 85 ss.
- SCHUSTER A. (ed.) 2011, *Omogenitorialità. Filiazione, Orientamento sessuale e diritto*, Milano, Mimesis.
- SEN A. 2006. *Identità e violenza*, Roma-Bari, Laterza, 2006 (ed. or. *Identity and Violence. The Illusion of Destiny*, New York, W.W. Norton & Company, 2006).
- SESTA M. 2014. *Le relazioni familiari nella costituzione*, in VIGNUDELLI A. (ed.), *Lezioni magistrali di Diritto Costituzionale*, Modena, Mucchi, 143 ss.
- TINCANI P. 2009. *Le nozze di Sodoma. La morale e il diritto del matrimonio omosessuale*, Milano, L’ornitorinco Edizioni.
- TINCANI P. 2015. *Principio del danno e omosessualità*, in MAZZARESE T. (ed.), *Diritti delle coppie omosessuali*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 15, 1, 2015, 53 ss.
- TWINING W. 2009. *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press.
- VASSALLO N. 2013. *Sul matrimonio same-sex e i suoi nemici*, in ID. (ed.), *I matrimoni tra persone dello stesso sesso*, in «Iride» 26, 2013, 67 ss.
- VASSALLO N. 2015, *“Il matrimonio omosessuale è contro natura”, Falso!*, Roma-Bari, Laterza.
- ZANETTI G. 2014. *Orientamento omosessuale, diritto e morale. Il dibattito americano* (mns.).
- ZANETTI G. 2015. *Su alcuni aspetti filosofico-giuridici del dibattito americano sul same-sex marriage*, in MAZZARESE T. (ed.), *Diritti delle coppie omosessuali*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 15, 1, 2015, 73 ss.
- ZOLO D. 2003. *Fondamentalismo umanitario*, in IGNATIEFF M., *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, Feltrinelli, 135 ss.