

24 FEBBRAIO 2016

Le same sex couples tra giudici e
legislatori: il ruolo peculiare della
giurisprudenza negli USA e in Europa
(*A proposito di alcune recenti pronunce giurisprudenziali: Obergefell v. Hodges,
Oliari and others v. Italia e altra giurisprudenza italiana*)

di Entela Cukani

Dottore di ricerca in “Forme dell’evoluzione del diritto”
Università del Salento



Le *same sex couples* tra giudici e legislatori: il ruolo peculiare della giurisprudenza negli USA e in Europa*

(A proposito di alcune recenti pronunce giurisprudenziali: *Obergefell v. Hodges*, *Oliari and others v. Italia* e altra giurisprudenza italiana)

di Entela Cukani

Dottore di ricerca in “Forme dell’evoluzione del diritto”
Università del Salento

Sommario: **1.** I “nuovi diritti” fondamentali e la *crossfertilization* tra gli ordinamenti. **2.** Il difficile cammino del *same sex marriage* negli USA. **3.** La piena equiparazione dei matrimoni etero e omosessuali negli USA: il caso *Obergefell v. Hodges*. **3.1.** Il diritto di contrarre matrimonio quale principio di autonomia individuale. **3.2.** Il diritto di contrarre matrimonio e la tutela degli interessi dei bambini. **3.3.** Il diritto di contrarre matrimonio e la *equal protection clause*. **3.4.** I diritti fondamentali individuali e la ripartizione delle competenze tra il legislatore e la Corte Suprema. **3.5.** Alcune considerazioni sulle implicazioni di tale decisione nel sistema USA. **4.** La protezione delle *same sex couples* negli Stati membri dell’UE. **5.** Il paradigma eterosessuale del matrimonio in Italia e la necessità di tutela della “forma di coppia” nel caso del “divorzio imposto”: le sentenze n.138/2010 e n.170/2014 della Corte di costituzionale. **5.1.** Il dibattito dottrinale sugli effetti dell’additiva di principio contenuto nella sentenza n. 170 del 2014. **5.2.** L’unione *same sex* tra sentenza additiva di principio, legislatore assente e pragmatica applicazione del giudice di legittimità: la sentenza n. 8097/2015 della Corte di Cassazione. **6.** I diritti delle coppie dello stesso sesso tra Corte Edu e il margine di apprezzamento degli Stati: da *Schalk and Kopf v. Austria* a *Oliari and others v. Italia*. **7.** Conclusioni: le *same sex couples* tra *stare decisis* della Corte Suprema statunitense, “obbligo positivo” della Corte EDU e “forza politica” della Corte costituzionale italiana. Il ruolo della comparazione nell’attività interpretativa delle Corti.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. I “nuovi diritti” fondamentali e la *crossfertilization* tra gli ordinamenti

La continua evoluzione (della coscienza) sociale richiede un progressivo adeguamento della disciplina dei diritti previsti dalle Carte costituzionali alle mutate esigenze della persona. Il riconoscimento dei “nuovi diritti”, tra i quali rientrano anche quelli che riguardano la tutela delle persone omosessuali¹, ha luogo nel continuo processo d’interazione della legislazione con le giurisdizioni nazionali, sovranazionali e internazionali, impegnate ormai da tempo in una tutela multilivello dei diritti fondamentali².

Il costituzionalismo contemporaneo presenta una natura mista: negli ordinamenti che ne hanno recepito i principi e gli istituti, la tradizionale contrapposizione tra sistemi di *common* e sistemi di *civil law* viene sempre più spesso meno, configurandosi sempre di più una osmosi fra i due sistemi³. Del resto, la circolazione e l’imitazione dei modelli si sono sviluppate maggiormente proprio in quei casi nei quali si dovevano risolvere questioni non esplicitamente definite da

¹ De Vergottini ricorda che l’ampio fenomeno verificatosi nella realtà internazionale ha comportato un incremento della tutela dei diritti secondo una periodizzazione individuata quale “le tre generazioni di diritti”. Alla prima generazione, costituita dai diritti civili e politici e seguita una seconda generazione formata dai diritti sociali ed economici. Alle prime, due, infine, segue una terza generazione formata da “nuovi diritti”, quali quelli dell’ambiente, allo sviluppo e a libere relazioni sessuali. G. DE VERGOTTINI, *Diritto Costituzionale, ottava ed.*, Padova, 2012, p. 386. Sui “nuovi diritti” nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana A. BARBERA, *I nuovi diritti. Attenzione ai confini*, in L. CALIFANO (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, 2004. Sul ruolo dell’Occidente nella definizione e pratica dei diritti umani si veda l’analisi critica di M. BUSSANI, *Il diritto dell’occidente: geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010.

² Sulla protezione multilivello dei diritti si rinvia a G. ROLLA (a cura di), *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, Torino, 2001; I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, 2002, pp. 511 ss; A. BARBERA, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in P. BILANCIA (a cura di), *La Tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, pp. 89 ss; S. GAMBINO, *Multilevel Constitutionalism e diritti fondamentali*, in *DPCE*, 2008, n. III; S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; G. MARTINICO - O. POLLICINO, *The interaction between Europe’s Legal System. Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, UK-USA, 2012; S. GAMBINO, *Livello di protezione dei diritti fondamentali (fra diritto dell’Unione, Convenzioni internazionali, Costituzioni degli Stati membri) e dialogo tra le Corti. Effetti politici nel costituzionalismo interno ed europeo, federalismi.it*, n. 13/14 del 25.06.2014.

³ Secondo la classificazione offerta da Caretti ai tre diversi modi di intendere i diritti (diritti consuetudinari, diritti naturali e diritti legislativamente definiti) corrisponderebbero tre diversi metodi di tutela da parte del potere giudiziario. Nel caso dei diritti consuetudinari il giudice effettuerebbe un riconoscimento dei diritti preesistenti, nel secondo caso il giudice svolgerebbe la funzione di fonte del diritto e nell’ultimo caso il potere giudiziario fungerebbe da limite al diritto legislativamente definito. P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2011, pp. 173 ss. Per l’osmosi tra i due sistemi anche se prevalentemente dal sistema anglosassone a quello europeo R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine in una prospettiva “quantistica”*, Milano, 2013, p. 8. Per una concezione diversa, secondo la quale la contrapposizione tra *civil law* e *common law* esiste ancora, specialmente riguardo agli USA, P. G. MONATERI, *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Bari, 2013, p. 148 e ss., dove si analizzano le ragioni storiche di questa differenza, che secondo l’A. è riconducibile al fatto che “la costituzione dei corpi politici moderni è rimasta assoggettata a meccanismi genealogici differenti rispetto agli ‘stati di eccezione’ da cui ha avuto luogo”, p. 148.

norme contenute nelle Costituzioni. Pertanto, proprio con riferimento ai diritti nuovi, si è avuto un processo di *cross fertilization* tra i vari ordinamenti che ha comportato una diffusione dei modelli richiamati ed imitati da parte dei giudici per disciplinare fattispecie non previste nel testo originario della Carta costituzionale, ossia, per colmare un vuoto normativo dell'ordinamento interno⁴. Nell'ordinamento italiano, il caso *Englaro* ne rappresenta una dimostrazione⁵. Tuttavia, il modello originario, imitato da parte dei giudici, è sempre influenzato dalle particolarità dell'ordinamento imitante e viene inevitabilmente adattato alle esigenze culturali di quest'ultimo.

Ciò che prime sottolineare è la circostanza che l'emersione di “nuovi diritti” ha luogo, per lo più, attraverso la giurisdizione, che svolge un importante ruolo di adeguamento del diritto all'evoluzione sociale, pur rimanendo il ruolo creativo dei giudici limitato dalle superiori fonti giuridiche, la Costituzione *in primis*. D'altro canto, come osservato da Häberle⁶, è proprio sul tema dei diritti fondamentali, specialmente di quelli nuovi, che il ricorso alla comparazione e l'apertura delle Corti al dialogo diventano più incisivi, dando vita ad un *corpus* di diritti che diventano universali, costruendo così “una sorta di inedita Costituzione a territoriale”⁷.

A differenza del modello statunitense, nel quale la pratica dei diritti non enumerati contempla un ampliamento dei diritti fondamentali garantiti dal *Bill of rights* a seguito di un'interpretazione giurisprudenziale evolutiva dei dettami costituzionali, il modello italiano e più in generale quello dell'Europa continentale si mostra più problematico avendo, solo di recente, la giurisprudenza costituzionale intrapreso il cammino di produzione di norme generate da principi già esistenti nei testi costituzionali. L'impiego di tecniche decisorie, di volta in volta utilizzati dai giudici negli ordinamenti qui presi a confronto, costituiscono espedienti tramite i quali si giunge a riconoscere come fondamentale un diritto spesso ritenuto in contrasto con la legislazione vigente e anche con i valori morali, così come storicamente radicati nella coscienza della maggioranza della

⁴ Osserva de Vergottini come la Corte costituzionale italiana nella sentenza del 1975 che decriminalizzava l'aborto richiama l'argomentazione della sentenza *Roe v. Wade* della Corte Suprema degli USA. G. de VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le corti, op. cit.*, p. 22.

⁵ Nella sentenza sul 2007 del caso *Englaro*, la Corte di cassazione, ha fatto ricorso ai valori costituzionali e alla comparazione con una molteplicità di ordinamenti, non solo appartenenti all'Europa continentale, proprio al fine di colmare un vuoto normativo in tema di disposizioni che disciplinavano il fine – vita. Sul caso *Englaro ex multis* S. RAGONE, *La comparazione come tecnica strumentale all'interpretazione e all'applicazione dei principi: il caso del rifiuto dei trattamenti medici vitali*, in www.biodiritto.it; R. BIN, *Se non sale l'asino non sarà forse un raglio d'asino?*, su forumcostituzionale.it; S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2007, pp. 73 e ss.; S. RODOTÀ, - M. TALLACCHINI, *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, p. 747 e ss.

⁶ P. HÄBERLE, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation in Verfassungsstaat*, in *Juristen Zeitung*, 1989, p. 913 ss.

⁷ M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Bari, 2006, p. 121.

popolazione. Nell'assumere il giudice il ruolo di un "arbitro morale"⁸ entrando nelle questioni dei valori morali che investono la causa specifica ma che coinvolgono una questione della "visione morale" dell'intera società, deve altresì fare i conti con le specificità dell'ordinamento all'interno del quale agisce⁹. A tal proposito, vale la pena sottolineare la diversa concezione dei diritti fondamentali nel sistema statunitense, laddove si predilige la dimensione individuale, e la concezione eurocentrica, dove viene maggiormente enfatizzata la dimensione sociale. Pertanto negli ordinamenti dell'Europa continentale i diritti individuali godono di una protezione anche, e soprattutto "in relazione ai scopi sociali e collettivi che perseguono"¹⁰.

In ambito CEDU, come si avrà modo di mostrare, quando si tratta di diritti fondamentali, i giudici di Strasburgo fondano nell'interpretazione estensiva dell'art. 8 della Convenzione la base per il proprio attivismo giudiziale¹¹. Inoltre, il Preambolo della Carta dei diritti fondamentali

⁸ J. WALDRON, *Judges as moral reasoners*, in *Int J Constitutional Law* (2009) 7 (1):2-24; D. DYZENHOUS, *Are legislatures good at morality? Or better at it than the courts?*, in *Int J Constitutional Law* (2009) 7 (1).

⁹ Su tali aspetti, anche in una visione comparatistica tra USA e giurisprudenza di matrice eurocentrica S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Milano, 2012, specialmente pp. 36 e ss.

¹⁰ Sull'applicazione giurisprudenziale di tale diversa concezione dei diritti individuali in alcune pronunce di corti statunitensi e dell'Europa continentale riguardanti un tema fortemente divisivo della società, quale la disciplina dell'aborto, ancora S. MANCINI, *op. cit.*, p. 16 e ss. Sui diritti sociali v., nella dottrina italiana recente, la puntuale ricostruzione di Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, Bologna, 2013.

¹¹ Nell'ambito del margine di apprezzamento conferitogli, lo Stato deve effettuare un giusto bilanciamento tra gli interessi generali e quello dei singoli, adempiendo così ai suoi obblighi (negativo e positivo). Nella nozione di "ingerenza/interferenza" contenuta nella formulazione dell'art. 8 della CEDU, la Corte Edu individua il discrimine della sua operatività, visto che sia l'omissione che l'adozione di misure positive da parte degli Stati possono integrare gli estremi di un'interferenza da parte delle autorità statali sulla sfera dei diritti individuali potenzialmente lesiva dei diritti protetti dalla CEDU. S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova 2001. Precisazioni della nozione di famiglia, degli effetti della filiazione e delle ragioni che possono giustificare un'ingerenza nella vita familiare sono state oggetto di svariate pronunce da parte dei giudici di Strasburgo: Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, A 31; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 18 dicembre 1986, *Johnston c. Irlanda*, A 112; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 ottobre 1994, *Kroon c. Paesi Bassi*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 24 aprile 1996, *Boughanemi c. Francia*. L'art. 8 della Convenzione è stato largamente impiegato dalla Corte Edu nei casi di diritto d'ingresso e di soggiorno degli stranieri nel territorio di uno Stato parte della CEDU, collegandosi proprio al rispetto della vita familiare e privata (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 28 maggio 1985, *Abdulaziz c. Regno Unito*). Sulla giurisprudenza di Strasburgo riguardante il riconoscimento del diritto d'ingresso degli stranieri, soprattutto a seguito di un'interpretazione della nozione di vita familiare di cui all'art. 8 della CEDU, B. NASCIMBENE (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002; D. THYM, *Respect for Private and Family Life under Article 8 ECHR in Immigration Cases: a Human Right to Regularize Illegal Stay?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2008, 57, 87-112. Sull'applicazione dell'art. 8 della Convenzione nella giurisprudenza di Strasburgo che va da un superamento dell'intimità privata verso una più generale protezione del diritto di autodeterminazione personale, D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012, p. 182.



dell'Unione europea, accanto ai testi di diritto positivo, prevede quale fonte dei diritti stessi anche la giurisprudenza.

La possibilità di introdurre diritti nuovi nell'ordinamento italiano, invece, è stata discussa dalla dottrina nell'interpretazione dell'art. 2 della Carta fondamentale, di volta in volta ricostruito come contenente una clausola a fattispecie aperta o chiusa¹². Nel primo caso, si è sostenuto che l'art. 2 avesse introdotto una categoria aperta al cui interno potrebbe farsi rientrare ogni possibile situazione di libertà sentita ed emersa a livello di Costituzione. Nel secondo caso, invece, l'art. 2 della Costituzione costituirebbe una clausola chiusa in quanto i diritti tradizionalmente riconosciuti sono solo quelli espressamente tutelati dalla legge fondamentale. È attraverso un'interpretazione estensiva delle specifiche disposizioni costituzionali che, secondo tale opinione, nascerebbero i diritti nuovi, che, pertanto, sarebbero strettamente dipendenti “dal tronco dei vecchi diritti tradizionali di prima e di seconda generazione”¹³.

Il riconoscimento dei diritti spettanti alle *same sex couples* rappresenta un classico esempio di un diritto che comincia a godere di una protezione, prima giurisprudenziale e poi legislativa, solo in tempi recenti. Le ricadute che tale riconoscimento ha su un istituto tradizionale, quale quello della famiglia, incontra serie difficoltà. Tali difficoltà, derivano non soltanto dalla necessità della formazione di un largo consenso in seno alla società ma anche, e forse soprattutto, perché quando furono redatte le Carte costituzionali dei singoli Stati ancora non esisteva un riconoscimento della libertà sessuale quale diritto fondamentale e l'istituto della famiglia veniva descritto quale “unione tra uomo e donna”.

L'aspirazione al riconoscimento delle unioni omoaffettive, dunque, rientra proprio nella categoria di diritti nuovi, comprendente situazioni giuridiche soggettive che difettano di un riconoscimento da parte della legge e che, anzi, paiono porsi persino in contrasto con la stessa legge vigente. Pur tuttavia, si è in presenza di diritti che aspirano a trovare protezione nella legge, dalla quale chiedono di essere riconosciuti come diritti fondamentali¹⁴. A prescindere da tale qualificazione, rileva il fatto che spesso ci si trova davanti a istanze fortemente sentite e promosse in seno alla

¹² Per un commento esaustivo dell'articolo 2 della Costituzione e del dibattito dottrinale sulla sua classificazione quale catalogo aperto o chiuso si rinvia a A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Principi fondamentali*, Roma, 1975, pp. 50-123; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, pp. 54 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali. Parte generale*, II ed., Padova, 2003, pp. 20 ss.; R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Torino, 2006; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, III ed., Torino, 2011, pp. 173 ss.

¹³ G. DE VERGOTTINI, *Diritto Costituzionale*, *op.cit.*, p. 387.

¹⁴ Per tale costruzione, A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in *Consulta Online*, fascicolo 1, 2015.

società, che, pur avendo anche qualche ancoraggio nel diritto internazionale, si trovano a vivere in una sorta di limbo normativo.

Se, tuttavia, nei sistemi di *common law*, come già accennato, le modalità di offrire protezione alle nuove esigenze che si palesano in seno alla società attraverso un'interpretazione evolutiva della Costituzione è pacifica, nel caso dell'ordinamento italiano la questione è molto controversa, legandosi al tema della contrapposizione tra diritti e leggi¹⁵. Più precisamente, problematica è stata ritenuta da parte della dottrina l'attività di positivizzazione dei "nuovi diritti", ritenendo alcuni che l'attività spettante al potere costituente sarebbe limitata al solo riconoscimento di nuovi principi fondamentali e non anche di "nuovi diritti"¹⁶.

La prassi mediante la quale nei vari ordinamenti si è riconosciuto una tutela alle unioni omoaffettive si è sviluppata attraverso tre differenti linee: il riconoscimento giurisprudenziale, l'approvazione di una disciplina legislativa *ad hoc* e la votazione referendaria¹⁷.

Il riconoscimento del *same sex marriage*, negli USA ha vissuto un lungo periodo durante il quale i tre meccanismi sopra elencati hanno creato situazioni contrastanti a livello statale e federale. Solo di recente, si è inteso disciplinare tale riconoscimento a livello giurisdizionale federale,

¹⁵ Osserva AINIS che in difetto di un continuo aggiornamento delle dimensioni dei diritti costituzionali la Costituzione avrebbe esaurito la propria spinta propulsiva, pertanto, in mancanza di tale continuo aggiornamento la Costituzione morirebbe. M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, pp.22 e ss; F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.

¹⁶ A. RUGGERI, «Nuovi» diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, Padova 1995, vol. II, pp. 629.

¹⁷ L'esperibilità del rimedio del referendum popolare con riferimento al riconoscimento del *same sex marriage* è stato applicato di recente in Irlanda ed è stato dibattuto negli USA. Nel caso statunitense, pur esistendo la possibilità di sottoporre la questione a referendum popolare, la Corte Suprema ha stabilito che la competenza a decidere sul matrimonio *same sex*, in quanto diritto fondamentale, spetta alla Corte. Differentemente, invece, nel caso irlandese, si riscontra un *unicum* dove la questione venne sottoposta al referendum popolare ottenendo un risultato contrapposto alla situazione legislativa e all'orientamento giurisprudenziale. A seguito dell'esito favorevole del referendum, il trentaquattresimo emendamento ha introdotto l'art. 41, comma 4, riconoscendo al matrimonio egualitario espressa protezione costituzionale. L'approccio del rimedio del referendum popolare alle pretese del riconoscimento di un diritto rivendicato da una minoranza, quale quella costituita dalle persone di orientamento omosessuale, pone problemi rilevanti. Da una parte, la pretesa avanzata dal gruppo minoritario rischierebbe di rimanere ostaggio della volontà della maggioranza e, dall'altra, il riconoscimento del diritto resterebbe strettamente connesso all'accoglimento dell'istanza e al raggiungimento del quorum. Sull'esperibilità del rimedio del referendum per il riconoscimento dello *same sex marriage* in tali ordinamenti si rinvia a E. FALLETTI, *Democrazia e diritti fondamentali: il caso dei referendum sui same-sex marriage in Irlanda e negli Stati Uniti*, in *DPCE online*, 2015 – 2; C. SBALLO', *Same-sex Marriage. In Irlanda è stato necessario cambiare la Costituzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 27 maggio 2015, 4; F. RYAN, *Ireland's Marriage Referendum: A Constitutional Perspective*, in *DPCE online*, 2015-2; A. ROTELLI, *Marriage may be contracted in accordance with law by two persons without distinction as to their sex*, in *diritticomparati.it*, 28 maggio 2015.



imponendo agli Stati di uniformare la legislazione nazionale estendendo la disciplina del matrimonio espressamente anche al *same sex marriage*.

In ambito europeo, invece, nel delicato ambito della disciplina delle *same sex couples* la competenza viene rimessa alla discrezionalità del legislatore nazionale.

In linea con tale orientamento, la Corte costituzionale italiana ha più volte sottolineato che, in mancanza di una normativa internazionale dalla quale si evinca una piena equiparazione fra le coppie eterosessuali e quelle omosessuali e in difetto di una disciplina comune tra gli Stati nazionali sul tema del matrimonio omosessuale, in base al margine di apprezzamento, spettano, dunque, “alla discrezionalità del legislatore nazionale le eventuali forme di tutela per le coppie di soggetti appartenenti allo stesso sesso”¹⁸.

Attraverso un esame delle recenti pronunce della Corte Suprema degli USA, della Corte Edu e della giurisprudenza italiana, il presente contributo intende esaminare il ruolo peculiare della giurisdizione nell'emersione dei nuovi diritti fondamentali rispetto a cui il riconoscimento delle *same sex couples*, fungerebbe da esempio. Pur nella consapevolezza del differente ruolo ricoperto dalle Corti nei rispettivi ordinamenti¹⁹, partendo da alcune recenti pronunce, si vuole considerare il rapporto tra giudici e legislatore con riferimento al riconoscimento di tutela in tema di unioni omoaffettive, e proprio con riferimento a tale tematica, verificare se esiste un'attività creativa giurisprudenziale globale assiologicamente orientata.

¹⁸ Corte cost. sent. n. 170 del 2014, punto 5.2 del *Considerando in diritto*. In tema di efficacia della CEDU, quale norma interposta per il giudizio di costituzionalità delle legge si vedano le “sentenze gemelle” della Corte costituzionale 348 e 349 del 2007 a seguito delle quali la Corte configura le norme della CEDU quali fonti atipiche. Per gli effetti delle cc. dd. “gemelle” nell’ordinamento italiano tra gli altri si rinvia a A. GUAZZAROTTI, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell’art. 117, comma 1, Cos.t.*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2007, pp. 3574 e ss; M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2007, pp. 3564 e ss; R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *All’incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l’efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007; P. PASSAGLIA - T. GIOVANNETTI, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010)*, Torino, 2011, pp. 305-329.

¹⁹ Sul potenziamento del ruolo della giurisdizione a discapito della legislazione nei sistemi politico-istituzionali democratici e sui problemi determinati da tale processo cfr., per tutti, M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista A.I.C.*, 3/2012. Più in generale, in senso critico sul ruolo delle Corti e dei giudici negli ordinamenti contemporanei J. ALLARD - A. GARAPON, *La mondializzazione dei giudici. Nuova rivoluzione del diritto* (2005), trad. it., Macerata, 2006. Sulla funzione delle giurisdizioni nel riconoscimento e nella tutela dei diritti fondamentali cfr. ora i contributi pubblicati in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D’Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. SAIITA, Torino, 2015.



2. Il difficile cammino del *same sex marriage* negli USA

Nel 1993, la Corte Suprema dello Stato delle Hawaii, con una pronuncia senza precedenti nel panorama giuridico statunitense e non solo (caso *Baehr v. Lewin*)²⁰, era giunta ad affermare che la limitazione del matrimonio alle sole coppie eterosessuali rappresentava un'illegitima discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. La discriminazione così intesa violava il contenuto della Costituzione statale in riferimento al principio di uguaglianza ma, nonostante tale apertura, la Corte Suprema dello Stato delle Hawaii non riteneva il diritto a contrarre il *same sex marriage* quale diritto fondamentale in quanto non considerato radicato nella tradizione e tantomeno protetto dalle clausole di *privacy*²¹. Il riconoscimento al matrimonio tra persone dello stesso sesso operato dalla Corte dello Stato delle isole Hawaii, pur in assenza di una previsione di legge, venne imitato anche da altre Corti nazionali²². A tale iniziativa giudiziaria diretta al riconoscimento dello *same sex marriage*, i legislatori dei singoli Stati avevano risposto attraverso modifiche costituzionali introducendo specificazioni circa la natura necessariamente eterosessuale del matrimonio²³.

A livello legislativo federale, invece, mediante l'approvazione del *Defence of Marriage Act* del 1996 (DOMA)²⁴, si ribadiva che per la legge federale il matrimonio consisteva nel vincolo coniugale costituito tra un uomo e una donna. L'approvazione di tale legge federale rispondeva all'esigenza di difendere "il tradizionale istituto del matrimonio eterosessuale"²⁵, cercando così di offrire un'ancora di salvataggio ai singoli Stati e allo Stato federale rispetto all'eventuale necessità di

²⁰ *Baehr v. Lewin*, 74 2 Haw, 530, 852 P. 2d 44 (1993).

²¹ L. D. WARDLE, *A Critical Analysis of Constitutional Claims for Same-Sex Marriage*, 1996 BYU L. Rev. 1, 11 (1996).

²² Negli anni novanta, tale apertura giurisprudenziale a riconoscere il matrimonio tra le persone dello stesso sesso venne ribadita anche nelle decisioni della Corte suprema dell'Alaska, *Breuse v. Bureau of Vital Statistic*, 27 febbraio 1998; Corte Suprema del Vermont, 744 A. 2d 864, del 1999.

²³ Nel 1998 l'emendamento operato alla Costituzione del Hawaii, art. I, sez. 23, prevedeva che il diritto al matrimonio poteva essere riconosciuto solo alle coppie eterosessuali; il legislatore dell'Alaska introduceva un'apposita specificazione nell'art. I, sez. 25 della Costituzione dell'Alaska che definiva il matrimonio come un vincolo esistente "*only between one man and one woman*"; il legislatore dello Stato del Vermont, visto l'enunciato della Corte Suprema dello Stato nella decisione del 1999 che estendeva i diritti e doveri previste dal matrimonio anche alle unioni tra persone dello stesso sesso, si limitò ad operare l'estensione di tali diritti nulla prevedendo circa un esplicito riconoscimento del matrimonio solo tra persone di sesso opposto (Vt. Stat. Ann. Tit. 15 sez. 1204, del 2003).

²⁴ "*An Act to define and protect the institution of marriage*" meglio conosciuto come "*Defence of Marriage Act*" – *Public Law, Pub. L. No. 104-199, 110 Stat. 2419* (1996), approvato dal Congresso, è entrato in vigore il 21.09.1996, dopo essere stato sottoscritto dall'allora presidente Bill Clinton.

²⁵ H. R. Rep. No. 104-664, pp. 12-13 (1996).



riconoscere il matrimonio omosessuale legalmente contratto in un altro Stato. In effetti, all'approvazione di tale legge federale seguirono più di quaranta analoghe leggi a livello statale²⁶.

Pur non prevedendo alcun divieto in capo agli Stati di approvare leggi che riconoscessero il matrimonio anche tra le persone dello stesso sesso e l'estensione dei benefici fiscali anche a tali unioni, alcune previsioni contenute nella legge federale comportavano una limitazione di tali diritti.

In particolar modo, la seconda sezione del DOMA salvaguardava il diritto di diniego da parte di uno Stato a dare esecuzione o a riconoscere l'efficacia di un matrimonio celebrato tra persone dello stesso sesso in un altro Stato²⁷. La terza sezione del DOMA, invece, prevedeva che a livello federale l'impiego del termine "coniuge" fosse applicabile solo all'unione formata tra un uomo e una donna²⁸. Solo ad una unione così costituita, in base alla terza sezione dell'*Act*, veniva garantita una vasta gamma di diritti sociali quali l'accesso al *welfare* ed all'eredità, in quanto solo coloro che contraevano un matrimonio, così come dalla legge definiti, potevano godere dei benefici tributari, sanitari e pensionistici riconosciuti dalla legislazione federale.

A distanza di quasi 10 anni, la giurisprudenza statunitense è tornata ad occuparsi del matrimonio tra le persone dello stesso. Il primo Stato a riconoscere il matrimonio civile tra le persone dello stesso sesso è stato il Massachusetts, il 17 maggio del 2004, dopo la storica sentenza della Corte Suprema dello Stato (*Goodridge v. Department of Public Health*)²⁹. In quell'occasione, la Suprema Corte Giudiziaria del Massachusetts aveva ritenuto che la Costituzione dello Stato garantisse alle coppie omosessuali il diritto al matrimonio e che costituendo il matrimonio un punto centrale

²⁶ G. ROMEO, *The Recognition of Same-Sex Couples' Rights in the US Between CounterMajoritarian Principle and Ideological Approaches: A State Level Perspective*, in D. GALLO - L. PALADINI - P. PUSTORINO, (eds), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Berlin-Heidelberg, 2014, p. 15.

²⁷ Sect. 2, *Defence of Marriage Act*: "No State, territory, or possession of the United States, or Indian tribe, shall be required to give effect to any public act, record, or judicial proceeding of any other State, territory, possession, or tribe respecting a relationship between persons of the same sex that is treated as a marriage under the laws of such other State, territory, possession, or tribe, or a right or claim arising from such relationship", 28 U.S.C. § 1738C.

²⁸ Section 3, *Defence of Marriage Act (Definition of marriage)* "In determining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of the United States, the word 'marriage' means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word 'spouse' refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife", 1 U. S. C. §7. Sulla definizione del matrimonio di cui all'art. 3 del DOMA e le sue declinazioni nelle Costituzioni statali *cfr. infra* W. BAUDE, *Beyond DOMA: Choice of State Law in Federal Statutes*, in *Stanford Law Review*, 6, 2012, p. 1377.

²⁹ Nel caso *Goodridge*, la Corte del Massachusetts era giunta alla conclusione che il matrimonio costituisce una scelta individuale. Per dirla con le parole della Corte "it fulfils yearnings of for security, safe haven, and connection that express our common humanity, civil marriage is an estimated institution, and the decision whether and whom to marry is amongs life's momentous act of self-determination". Supreme Judicial Court of Massachusetts, *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E. 2nd 941 (Mass. 2003), 18 Nov. 2003. Per un commento dei punti più importanti di tale decisione M. E. RAYMENT, *Goodridge v. Department of Public Health: The Wrong Step at the Wrong Time for Same-sex Marriages*, 82 *Denv. U.L. Rev.*109, 2004, p. 115 e ss.



nella vita delle persone le leggi statali non dovessero interferire in tale ambito di scelta individuale³⁰. A tale decisione della Corte Suprema del Massachusetts seguirono vari tentativi del potere legislativo diretti ad introdurre dei provvedimenti atti a preservare la natura eterosessuale dei componenti del vincolo coniugale, censurati in sede di consulta dalla Corte Suprema³¹. Come reazione, gli ordinamenti statali optarono per introdurre il divieto del matrimonio tra persone dello stesso sesso tramite referendum durante le tornate elettorali sotto forma delle *Proposition* (proposizione), ossia di una *constitutional initiative* popolare di cambiamento della Costituzione³². Nel 2008, la Corte Suprema della California dichiarava l'incostituzionalità del divieto del *same sex marriage*, introdotta proprio a seguito di una *Proposition*³³. Contro tale decisione della Corte si propose la votazione di una nuova *Proposition no.8* “Eliminazione del Diritto al Matrimonio delle Coppie dello Stesso Sesso”, la cui legittimità costituzionale è stata oggetto di pronunce giurisprudenziali³⁴. La

³⁰ *Goodridge v. Department of Public Health, op.cit.*

³¹ E. FALLETTI, *op. cit.*, p. 7.

³² Il termine generico di “*Proposition*” prevede qualsiasi misura che possa essere votata dal popolo durante le tornate elettorali sotto forma di iniziativa o di referendum. Mentre nel primo caso, si tratta di “*a law initiated by people*”, le *Proposition* nel caso di referendum, invece, riguardano l'approvazione di una legge formulata dalle competenti autorità legislative e sottoposta ad approvazione popolare, oppure l'abrogazione di una legge esistente. Attualmente 29 Costituzioni statali statunitensi prevedono la modalità di introduzione o abrogazione delle leggi tramite voto popolare durante le tornate elettorali escludendo l'organo rappresentativo. La possibilità di cambiamento della Costituzione, al cui corretto svolgimento e controllo viene chiamata a sorvegliare la Corte Suprema, tuttavia, viene limitata solo per le ipotesi di proposizione di emendamenti e non anche nelle ipotesi di revisione della Costituzione. Tale possibilità viene prevista dall'art. 18 sez. 3 Cost. Californiana. Le iniziative o i referendum noti come “*ballot measures*”, “*propositions*” o “*questions*”, introdotte durante la cc.dd. *Progressive Era*, danno la possibilità ai cittadini di votare direttamente una legge, introducendo pertanto un'alternativa di democrazia diretta all'adozione della legge solo da parte degli competenti organi legislativi. Tale modalità è oggetto di continuo dibattito, sia a livello statale che federale, ritenendo alcuni che la volontà della maggioranza non sempre tiene presente le necessità delle minoranze (*counter majoritarian principle*). B. D. MAGLEBY, *Direct Legislation: Voting On Ballot Propositions In The United States*, Johns Hopkins University Press, 1984; R. TONIATTI, *Referendum e democrazia diretta nell'ordinamento degli Stati Uniti e del Canada*, in *Reg. gov. loc.*, 1986, pp. 207 e ss; E. THOMAS CRONIN, *Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum, And Recall*. Harvard University Press, 1989; J. F. ZIMMERMAN, *The Initiative: Citizen Law-Making*, Praeger Publishers, 1999; S. H. WILSON, *The U.S Justice System. An Encyclopedia*, Santa Barbara-California-California-England, 2012.

³³ La decisione del 15 maggio del 2008, riguardava il divieto introdotto nel testo della Costituzione californiana con la *Proposition* no. 22 adottata a seguito dell'esito favorevole referendum nel 2000. In *Re Marriage Cases*, (2008) 43 Cal.4th 757.

³⁴ Si tratta dei casi *Strauss v. Horton* 207 P.3d 48 (Cal. 2009) davanti alla Corte Suprema della California e *Perry v. Schwarzenegger* davanti alla U.S. District Court for the Northern District of California. In quella occasione, essendo il contenuto della *Proposition* non meramente integrativo ma assimilabile ad una vera e propria procedura di revisione costituzionale, la Corte aveva ritenuto che la modifica costituzionale doveva essere realizzata attraverso una pronuncia del competente organo legislativo e non tramite una procedura referendaria. La *Proposition* in oggetto mirava ad inserire una nuova *Section 7.5* nell'art. 1 della Costituzione californiana che stabiliva “*Only a marrriage between a man and a woman is valid or recognized in California*”. Le corti hanno specificato che una tale definizione del matrimonio si basava su una discriminazione dell'orientamento sessuale di una minoranza, che in quanto tale (minoranza), godeva di



Proposition no.8, da un lato chiedeva l'abolizione del matrimonio omosessuale introdotto dalla giurisprudenza e dall'altro, l'inserimento di un emendamento nella Costituzione californiana del 1879 diretto a riconoscere espressamente la natura eterosessuale del matrimonio. Il riconoscimento del *same sex marriage*, effettuati solo per via giudiziale da parte delle Corti statali, aveva dato luogo ad una disparità di riconoscimento di tali matrimoni tra uno Stato e l'altro, nonché, ad una disparità di riconoscimento dei benefici federali. In particolar modo il DOMA, riconosceva l'esenzione delle tasse di successione solo in caso di matrimonio eterosessuale.

Proprio il riconoscimento di tali benefici federali è stato posto alla base del caso *United States v. Windsor*³⁵, presentato davanti alla Suprema Corte statunitense nel 2013.

Dopo quasi 40 anni di relazione, Edith Windsor aveva contratto matrimonio con la propria compagna Thea Spyer nel 2006 nella Contea dell'Ontario (Canada). Il matrimonio così contratto in Canada aveva ottenuto valido riconoscimento dallo Stato di New York. Dopo la scomparsa della Spyer a due anni dal matrimonio, la signora Windsor fu obbligata a pagare al fisco la somma di 365 mila dollari. La tassazione sull'eredità era stata effettuata applicando il DOMA, che solo in caso di matrimonio etero riconosceva al coniuge superstite l'esenzione dalle tasse di successione. Proprio tale disparità di trattamento (se il coniuge fosse stato una persona di sesso differente la tassazione non sarebbe stata applicata) risultava lesiva dello stesso principio di uguaglianza in quanto dava vita a due regimi matrimoniali contraddittori all'interno dello stesso Stato.

Con la decisione del 26 giugno del 2013, la Suprema Corte degli USA aveva compiuto già dei passi in avanti verso il riconoscimento del *same sex marriage*. In quell'occasione, con una

una protezione costituzionale garantita dalla clausola dell'*equal protection*. Secondo la Corte, la *Proposition no.8* era incostituzionale in quanto inseriva nella Costituzione della California "la nozione che le coppie di sesso diverso sono superiori a quelle dello stesso sesso". Sulle procedure emendative delle Costituzioni statali negli USA R. WILLIAMS - G.A.TARR (eds.), *State constitutions for the twenty first century, first eds, The politics of State constitutional reform*, Albany, NY, 2006; sulla natura della *Proposition 8* quale emendamento o revisione costituzionale G. GENTILI, *La Corte suprema della California e il tentativo di identificare il confine tra emendamento e revisione costituzionale*, in *forumcostituzionale.it*, 27 maggio del 2010; L. CONTE, *Lezioni americane: la Corte d'appello federale californiana sulla Proposition no. 8. Spunti sulla legittimazione processuale*; A. LORENZETTI, *Lezioni americane: la Proposition no. 8 in materia di matrimoni omosessuali. Spunti sulla legittimazione processuale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2012, rispettivamente pp. 420 e ss e 423 e ss; sul dibattito tra giurisprudenza e legislatore nella tematica del *same sex marriage* negli USA A. PERELLI, *Il matrimonio omosessuale negli USA: brevi osservazioni in ottica comparata*, in *DPCE online*, 3, 2013; M. D'AMICO - C. NARDOCCI - M. WINKLER (a cura di), *Orientamento sessuale e diritti civili. Un confronto con gli Stati Uniti d'America*, Milano, 2014.

³⁵ *United States v. Windsor*, 579 U.S. 2013. Per ulteriori commenti sulla decisione *Windsor* si rinvia a I. NICOTRIA, *La Corte suprema americana dichiara incostituzionale il defense of marriage act*, in *federalismi.it*, 2013; T. GIOVANNETTI, *U.S.A.: La Corte suprema sul same sex marriage. Il caso US. v. Windsor*, in *forumcostituzionale.it*, 23 luglio 2013; A. SCHILLACI, "This case is not routine". *La Corte suprema USA e il same sex marriage, tra tutela dei diritti e limiti della giurisdizione*, in *Rivista AIC*, 2013.

maggioranza di 5 a 4, la Corte aveva dichiarato l'incostituzionalità della terza sezione del DOMA in quanto “privazione della eguale libertà delle persone protetta dal V Emendamento”.

A sostegno della dichiarazione d'illegittimità costituzionale, oltre che all'*animus* discriminatorio della legge, la Corte aveva fatto riferimento ai principi del federalismo statunitense³⁶. Invero, pur riconoscendo che le *domestic relations* rimangono una prerogativa degli Stati, in quella occasione, nella *Opinion of the Court* si era giunti alla conclusione che “le vicende, i benefici e gli obblighi del matrimonio sono identici per tutte le coppie sposate in ogni Stato”. A questa prima storica decisione della Corte Suprema, tuttavia, avevano fatto seguito delle pronunce contrastanti della Corte d'Appello federale e delle altre Corti Distrettuali. Pertanto, con riferimento alla legittimità costituzionale degli emendamenti che vietavano il riconoscimento delle nozze gay, approvati da alcuni Stati, si erano venuti a creare dei contrasti giurisprudenziali.

Con espresso riferimento alle legislazioni del Michigan, del Kentucky, dell'Ohio e del Tennessee, la Suprema Corte, nel 2015, ha riformulato la decisione del Sesto Circuito della Corte d'Appello federale³⁷, sciogliendo i nodi riguardanti la costituzionalità dei divieti imposti da tutti gli Stati che compongono la Federazione.

È proprio sulla questione di legittimità costituzionale del potere riconosciuto in capo agli Stati di ammettere i matrimoni tra persone dello stesso sesso che ora si è espressa la Suprema Corte nel caso *Obergefell v. Hodges*, toccando anche altri aspetti fondamentali che riguardano il diritto di contrarre matrimonio, nonché la ripartizione delle competenze tra il legislatore e il *judicial review of legislation*.

³⁶ Nella motivazione del caso Windsor, il giudice Robert, presidente della Corte Suprema americana scrive: “è innegabile che il giudizio sia basato sul federalismo”. D'altro canto, in quella occasione la Suprema Corte aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale della terza sezione del DOMA sulla base del V emendamento che trova applicazione direttamente a livello federale. A seguito di tali decisioni, pertanto, si configurava un conflitto tra legge federale e leggi statali. Cfr. infra., A. SPERTI, *La Corte Suprema degli Stati Uniti compie un passo verso il riconoscimento del diritto al matrimonio delle coppie omosessuali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1 luglio 2013, ID. *Il matrimonio same-sex negli Stati Uniti ad un anno dalla sentenza Windsor. Una riflessione sugli sviluppi giurisprudenziali a livello statale e federale*, in *GenIUS*, 2014, 2, pp. 143 e ss; sull'incidenza dei diritti fondamentali nel sistema federale statunitense C. BOLOGNA, *I diritti fondamentali quale mezzo di espansione delle competenze federali: il caso degli Stati Uniti d'America*, in L. CALIFANO (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, 2004, pp.145-160; V. BARSOTTI “*Le unioni tra persone dello stesso sesso negli Stati Uniti: questioni di diritti e di federalismo*”, in *Rivista critica del diritto privato*, 2009, 567; per un commento del caso Windsor alla luce delle complicazioni derivanti dal sistema federale F. MASTROMARTINO, *Il matrimonio conteso. Le unioni omosessuali davanti al giudice delle leggi*, Napoli, 2013, pp. 75-105; M.M. WINKLER, *La Corte Suprema degli Stati Uniti e la difesa del matrimonio eterosessuale: il caso U.S. v. Windsor*, 2013 U.S. Lexis 492, in articolo 29, 2013.

³⁷ A dispetto del riconoscimento dei matrimoni contratti tra persone dello stesso sesso dalle Corti Distrettuali, il Sesto Circuito della Corte d'Appello federale aveva ritenuto che non vi era nessun obbligo costituzionale in capo agli Stati di dare licenza ai matrimoni contratti tra persone dello stesso sesso oppure di riconoscere matrimonio così contratti al di fuori dello Stato. *De Boer v. Snyder*, 772 F. 3d 388 (2014).



3. La piena equiparazione dei matrimoni etero e omosessuali negli USA: il caso *Obergefell v. Hodges*

Con decisione n. 14-556 del 26 giugno del 2015, con cinque voti favorevoli e quattro contrari³⁸, la Corte Suprema degli USA, ha legalizzato il matrimonio tra le persone dello stesso sesso in tutto il territorio federale³⁹. Prima di tale storica sentenza, il matrimonio gay veniva riconosciuto solo da 36 dei 50 Stati della Federazione⁴⁰.

Nella sua decisione la Suprema Corte degli USA ha dato risposta a due principali quesiti.

Il primo, presentato dallo Stato del Michigan e da quello del Kentucky, riguardava il dovere di uno Stato di autorizzare un matrimonio tra le persone dello stesso sesso. Il secondo quesito, invece, derivante dalle richieste presentate negli Stati dell'Ohio, del Tennessee e del Kentucky, concerneva la previsione o meno dell'obbligo in capo ad uno Stato, derivante dal XIV Emendamento della Costituzione federale, di riconoscere un matrimonio tra le persone dello stesso sesso regolarmente contratto in un altro Stato che garantisse quel diritto⁴¹.

Prima di affrontare tali questioni, la Suprema Corte ha effettuato una ricostruzione del ruolo e dello sviluppo dell'istituto del matrimonio quale struttura dalle radici antiche ma che risente delle evoluzioni legali e sociali, sottolineando che parimenti la tutela delle libertà delle persone omosessuali ha avuto una continua, pur difficile, evoluzione⁴². Attraverso un'interpretazione

³⁸ Ai quattro giudici favorevoli al riconoscimento (Ginsburg, Breyer, Sotomayor, Kagan) si aggiunge la *swing vote* del giudice Kennedy che redige anche l'opinione della maggioranza. Di parere contrario, invece, la corrente conservativa (Roberts, Scalia, Thomas, Alito) che, pur dichiarandosi favorevoli al *same sex marriage*, contestano le modalità scelte dalla Corte. La disamina dei loro *dissenting opinion* nel punto 3.6 del presente elaborato.

³⁹ Testo completo della sentenza reperibile all'indirizzo www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf.

⁴⁰ La lista completa della legislazione e delle decisioni attraverso le quali alcuni Stati, per via giudiziaria o legislativa, hanno riconosciuto diritti matrimoniali alle coppie omosessuali sono citate nell'appendice B della decisione.

⁴¹ La legislazione in vigore negli Stati del Michigan, del Kentucky, dell'Ohio e del Tennessee definisce il matrimonio quale unione tra un uomo e una donna. Il matrimonio viene disciplinato quale unione tra un uomo e una donna dalle disposizioni di cui all'art 1 § 25 Cost. del Michigan, § 233 A. Cost. del Kentucky, Art. XI, § 18 della Cost. dello Stato del Tennessee e dall'Ohio Rev. Code Ann. § 3101.01 (Lexis 2008). Il XIV emendamento della Costituzione federale, invece, secondo l'interpretazione offerta dalla Suprema Corte nel caso in esame, "*requires a State to license a marriage between two people of the same sex and to recognize a marriage between two people of the same sex when their marriage was lawfully licensed and performed out-of-state*".

⁴² Osserva la Corte Suprema che le antiche radici dell'istituto del matrimonio non hanno reso lo stesso una struttura isolata dagli sviluppi legali e sociali. Sin dalle origini della formazione degli Stati nazionali, il matrimonio è stato qualificato quale "contratto volontario tra un uomo e una donna". Ad un iniziale trattamento di unione più vicino a quella di tipo patriarcale, gli sviluppi politici e sociali che hanno riguardato il ruolo della donna hanno apportato alcuni cambiamenti nel rapporto intercorrente tra i coniugi. A seguito dell'acquisizione dei diritti sociali, politici e di proprietà da parte delle donne, i due soggetti componenti il matrimonio hanno acquisito uguali dignità e parità di trattamento, con riferimento



evolutiva di quattro principi costituzionali la Corte giunge a qualificare il *same sex marriage* come un *fundamental right*.

3.1. Il diritto di contrarre matrimonio quale principio di autonomia individuale

La Corte sottolinea come il diritto di scelta personale di contrarre matrimonio sia inerente ai principi di “autonomia individuale” e, più in generale, come esista un vincolo di continuità tra l’istituto del matrimonio e la sfera delle libertà individuali. La scelta di chi sposare è riconducibile alla sfera dell’*individual autonomy*, con la costruzione del vincolo del matrimonio, i coniugi possono provare a dare vita ad altre libertà “come quella di esprimere il proprio pensiero, la propria intimità e spiritualità”.

La libertà di contrarre matrimonio, quindi, una volta fatta rientrare nella gamma delle scelte individuali più intime e personali, costituisce espressione della libertà dell’individuo di compiere le scelte essenziali riguardanti la propria vita personale. Pertanto, la Corte riconosce uguale dignità⁴³ al vincolo del matrimonio tra *due persone*⁴⁴ dello stesso sesso in quanto riconducibile alla loro sfera di autonomia individuale: “*A right to enjoy intimate associations*”⁴⁵.

agli effetti derivanti dal vincolo matrimoniale. Tali cambiamenti, osserva la Corte, hanno rafforzato e non indebolito l’istituzione del matrimonio- *Opinion Court*, 576 – U.S. (2015), considerando B, p. 12.

⁴³ Alcuni autori hanno sottolineato come l’impiego dei termini “dignità” e “matrimonio” da parte della Suprema Corte difetti di una correlazione specifica dal punto di vista legale. BRADLEY C.S. WATSON, *We Need Not, and Must Not, Give in to Obergefell*, in *NAT’L REV*, July 9, 2015. Non va tuttavia dimenticato che proprio sulla “dignità” la Corte Suprema statunitense ha fondato una delle più celebri sentenze (caso *Loving c. Virginia*) giungendo ad abolire il divieto dei matrimoni interraziali. Per una comparazione tra la decisione *Loving* e il caso *Obergefell*, M.M. WINKLER, “*Continuity and change*” nella sentenza della Suprema Corte americana sul matrimonio tra le persone dello stesso sesso, in *questioneingiustizia.it*, 15.09.2015. Per l’impiego della “dignità” da parte della Suprema Corte come strumento per espandere la gamma di protezione dei diritti civili L. M. HENRY, *The Jurisprudence of Dignity*, 160 U. PA. L. REV. 169, 215 (2011); R.B. SIEGEL, *Dignity and sexuality: Claims on dignity in transnational debates over abortion and same-sex marriage*, in *Int J Constitutional Law* (2012) 10 (2): 355-379; J. ROSEN, *The Dangers of a Constitutional 'Right to Dignity'*, in *The Atlantic*, Apr. 29, 2015; E. B. COOPER, *The power of dignity*, in *Fordham L. Rev.*, vol. 84, 3, 2015; R.A. LENHARDT, *Race, Dignity, and the Right to Marry*, vol. 84 *Fordham L. Rev.* 53, 2015; L. M. HENRY, *The Jurisprudence of Dignity*, 160 U. PA. L. REV. 169, 215 (2011). Per una ricostruzione della “dignità” quale parametro di interpretazione nella giurisprudenza statunitense S. MANCINI, *op.cit.*, pp. 41-46. Sul concetto di dignità, intesa come valore e come diritto, si veda la ricca analisi di A. BARAK, *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge, 2015.

⁴⁴ Nella sua motivazione, il giudice Kennedy, che ha provveduto alla redazione sia della sentenza del 2013 che quella del 2015, definisce il matrimonio quale “unione duratura tra *due persone*”, cercando così di offrire un’argomentazione alle pretese di estensione del diritto di matrimonio anche alle unioni di natura poligamica, alle quali in maniera provocatoria il *Chief Justice* Roberts fa riferimento nella sua *dissenting opinion*. Secondo alcuni commentatori la decisione *Obergefell* non può trovare applicazione per legittimare le unioni poligamiche J. L. GROSSMAN, L. M. FRIEDMAN, *Is Three Still a Crowd? Polygamy and the Law After Obergefell v. Hodges*, in *JUSTIA*, July 7, 2015. Altri invece, partendo dal concetto di autonomia individuale così come protetti dalla giurisprudenza della Suprema Corte ritengono che la decisione *Obergefell* apre la



Il riconoscimento alle coppie omosessuali del diritto di godere di una unione intima aveva portato all'abrogazione di quelle leggi in base alle quali le relazioni intime tra le persone adulte e consenzienti dello stesso sesso costituivano atti criminali. Già nella decisione *Lawrence*⁴⁶ la Corte aveva parificato *the right to enjoy intimate associations* tra le coppie eterosessuali e quelle omosessuali affermando che “le coppie dello stesso sesso hanno un diritto ad un’intima unione non meno delle coppie eterosessuali”. Tale diritto ad un’unione stabile viene riconosciuto non in quanto appartenenti ad uno specifico gruppo ma quale diritto spettante a tutti gli individui⁴⁷. Dal riconoscimento di tale diritto, tuttavia, derivano altre forme di libertà che meritano di essere tutelate.

3.2. Il diritto di contrarre matrimonio e la tutela degli interessi dei bambini

Pur respingendo l’argomento secondo cui la finalità procreativa sarebbe un carattere essenziale del matrimonio, la Corte Suprema statunitense si sofferma sugli effetti derivanti alla prole dal riconoscimento del vincolo coniugale dei propri genitori (naturali o adottivi che siano). Un argomento spesso evocato contro il matrimonio tra persone dello stesso sesso è quello che fa leva sull’asserita esigenza di salvaguardare i bambini e le famiglie e trae, quindi, significato dai diritti connessi all’educazione dei figli, alla procreazione e all’istruzione. Solo attraverso un riconoscimento legale della relazione posta in essere dai propri familiari, il vincolo del matrimonio, per il tramite dei caratteri della stabilità e della permanenza, offre maggiore protezione agli interessi dei bambini. La presenza di bambini nelle coppie omosessuali è una realtà riconosciuta in diversi sistemi legali all’interno dello Stato federale. Secondo la Corte, tale situazione costituisce una poderosa affermazione da parte della stessa legge che le persone omosessuali possono creare delle famiglie rette da basi “amorevoli e di sostegno reciproco dei componenti”. Pertanto, il diniego al diritto di contrarre matrimonio alle persone dello stesso sesso risulterebbe in conflitto con le stesse premesse dell’istituto del matrimonio in quanto,

strada del riconoscimento anche alle unioni poligamiche W. BAUDE, *Is Polygamy Next?*, in *N. Y. TIMES*, July 21, 2015.

⁴⁵ *Lawrence v. Texas*, 539 US (2003); *Obergefell v. Hodges*, p. 14 dell’*Opinion of the Court*.

⁴⁶ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

⁴⁷ L.H. TRIBE, *Lawrence v. Texas: The “Fundamental Right” that Dare Not Speak Its Name*, in 117 *Harv. L. Rev.* 1893 (2004); A. SPERTI, *op.cit.* Secondo alcuni, invece, il riconoscimento di una “dignità del vincolo matrimoniale” costituirebbe una limitazione della libertà individuale, quantomeno con riferimento ad una libera scelta se contrarre o meno matrimonio. Il ragionamento della Corte, pertanto, risulterebbe conservativo dell’istituto del matrimonio e non anche della libertà del singolo, discriminando quelle coppie che non vogliono regolamentare la propria unione attraverso il vincolo coniugale, oppure le persone *single*. K. POWELL, *Up from marriage: freedom, solitude, and individual autonomy in the shadow of marriage equality*, in 84 *Fordham L. Rev.* 69, 2015.



“senza il riconoscimento, la stabilità, e la prevedibilità che il matrimonio offre”, i bambini delle coppie omosessuali soffrirebbero lo stigma derivante dal ritenere le loro famiglie come “qualcosa di minore importanza”⁴⁸.

Le leggi sul matrimonio oggetto di disamina nella sentenza in commento, sono state ritenute, pertanto, nocive ed umilianti nei confronti dei bambini delle coppie dello stesso sesso⁴⁹.

3.3. Il diritto di contrarre matrimonio e la *equal protection clause*

Il quarto principio sul quale si basa la decisione in esame, riguarda il collegamento esistente tra le decisioni della Corte e le tradizioni degli Stati, con riferimento al diritto di contrarre matrimonio e, più in particolare, in connessione al principio di uguaglianza. La Corte Suprema, nel equiparare il matrimonio *same sex* a quello egualitario, si spinge dalla dimensione strettamente privata e familiare, a quella più ampia di valore sociale e pubblico ricoperta dall'istituto di matrimonio⁵⁰. Se è indubbio che il matrimonio costituisce una pietra miliare della comunità nazionale statunitense, in quanto senza la formazione della famiglia non ci sarebbero stati né civilizzazione e né progresso⁵¹, è altresì vero che gli Stati sono liberi nella scelta dei benefici materiali da riconoscere

⁴⁸ *Obergefell*, Court Opinion, 15. Lo stigma in tal caso deriverebbe dall'umiliazione causata da una *degradazione sistematica*. Secondo la classificazione effettuata da B. ACKERMAN prendendo in considerazione la segregazione scolastica dei bambini di colore, la *degradazione sistematica* costituisce una tipologia di “*institutionalized humiliation*” derivante da “*social practices that strip an entire group of [the ongoing] presumption [of competence]*”. B. ACKERMAN, *We The People, Vol. 3, The civil rights revolution*, Harvard, 2014, pp. 137 – 139.

⁴⁹ A tale conclusione la Suprema Corte era giunta già nella decisione *Windsor op.cit.*, par.23. Nell'attuale decisione, la Corte sottolinea come “In base alle leggi statali, alcune delle tutele per i bambini derivanti dal matrimonio sono di natura materiale. Ma dando riconoscimento e stabilità sul piano giuridico alle unioni tra i loro genitori, il matrimonio permette anche ai bambini di comprendere l'integrità e l'intimità della propria famiglia e la sua armonia con le altre famiglie della loro comunità e della loro vita quotidiana. Il matrimonio permette, inoltre, quella stabilità e permanenza che è importante per la tutela degli interessi del bambino”. Traduzione testo sentenza della Corte Suprema USA, *Obergefell v. Hodges* a cura di R. DE FELICE, *op.cit.* Secondo alcuni studiosi, tuttavia, tale decisione della Corte che legittima il *same sex marriage* partendo dal presupposto che vietarlo costituisce uno stigma per i bambini delle coppie omoaffettive, a sua volta, risulta discriminatorio e denigratorio per i figli delle coppie non legate da un vincolo coniugale. Parimenti, l'affermazione della Corte che lega la famiglia al matrimonio che “costituisce una pietra miliare della società”, comporterebbe l'esclusione sociale di quelle unioni non legate da un vincolo coniugale, pertanto ancora una volta i figli di tali unioni vengono condannati allo stigma dell'umiliazione. C. HUNTINGTON, *Obergefell's conservatism: reifying familial fronts*, 84 *Fordham L. Rev.*, 23, 2015.

⁵⁰ Sul punto C. BOLOGNA, *Corte Suprema e same sex marriage: opportuna tutela di nuovi diritti o iperattivismo giudiziario?*, in *Quaderni Costituzionali*, Anno XXXV, nr. 3, settembre 2015, pp. 768-771.

⁵¹ Invero, per rimarcare il ruolo fondamentale che costituisce il matrimonio nella stessa formazione d'identità nazionale negli USA, la Corte, nella sua opinione, si sofferma sulla definizione data al matrimonio e sul ruolo ricoperto da tale istituto nell'evoluzione della società così come sottolineata da Tocqueville e alle precisazioni offerte sul punto in altre decisioni quali *Maynard v. Hill*, 125 U.S. 190, 211 (1888).



a tale fondamentale istituto. Proprio attraverso la vasta gamma del riconoscimento di diritti materiali discendenti dal vincolo del matrimonio, gli Stati hanno contribuito all'affermazione del carattere fondamentale dello stesso matrimonio, “ponendo quell’istituto al centro di così tanti aspetti dell’ordine legale e sociale”⁵². In un successivo passaggio, per la prima volta nella giurisprudenza statunitense, la Corte sottolinea come il diritto al matrimonio, anche tra le persone dello stesso sesso, trovi il proprio fondamento nel principio di uguaglianza (*equal protection clause*)⁵³. Riconducendo il diritto di contrarre matrimonio al concetto di *liberty*, il comportamento degli Stati che vietano tale scelte della libertà degli individui sono state ritenute in violazione con il XIV Emendamento della Costituzione federale. Pertanto, le leggi statali che vietano il riconoscimento dei matrimoni contratti in altri Stati non solo limitano la libertà delle coppie omosessuali, ma anche il loro diritto ad essere egualmente tutelati. Proprio in ossequio a tale principio, secondo la decisione della Corte, le leggi statali oggetto del giudizio sono da ritenersi invalide in quanto escludono le coppie dello stesso sesso dai benefici derivanti dal matrimonio civile negli stessi termini e nelle stesse condizioni riconosciute alle coppie di sesso diverso. Il diniego del diritto al matrimonio relativo solo alle coppie dello stesso sesso “opera un serio e continuativo pregiudizio”, ponendo le persone omosessuali in uno stato di subordinazione.

Il giudice Kennedy sottolinea come anche se disciplinano principi separati, vi è una forte sinergia tra *due process of law* e *equal protection of the law*, contenute del Quattordicesimo Emendamento rispettivamente con riferimento alla *dignità* (individuale e della coppia) e la *discriminazione* basta sull’orientamento sessuale. Pertanto, il diritto di sposarsi è un diritto fondamentale inerente alla libertà della persona, e che, dal combinato disposto delle due clausole (*due process* e della *equal protection clause*) le coppie dello stesso sesso non possono essere private di quella libertà e di quel diritto⁵⁴.

3.4. I diritti fondamentali individuali e la ripartizione delle competenze tra il legislatore e le corti nel sistema statunitense

La clausola del giusto processo, contenuta nel XIV emendamento della Costituzione degli USA, specifica che “nessuno Stato può privare alcuna persona della vita, della libertà, o della proprietà

⁵² *Obergefell, Court Opinion*, 16-17.

⁵³ “Il diritto delle coppie omosessuali a sposarsi è parte della libertà garantita dal XIV Emendamento e deriva, anche, dalla garanzia della *equal protection clause* prevista dallo stesso Emendamento”, *ibidem*.

⁵⁴ Per dirla con le parole della Corte “*the right to marry is a fundamental right inherent in the liberty of the person, and under the Due Process and Equal Protection Clauses of the Fourteenth Amendment[,] couples of the same-sex may not be deprived of that right and that liberty*”, *Obergefell v. Hodges, cit.*, 2594.



senza un giusto processo”. L’uso della *due process clause*, nel caso *Obergefell*, rileva per di più sotto il profilo sostanziale che di quello procedurale. Il richiamo della *substantive due process clause*, vieta agli Stati di violare le libertà contenute nella *Bill of Rights* federale e di quelle libertà che si estendono alle “scelte personali centrali per la dignità e l’autonomia individuale”⁵⁵, la cui individuazione e protezione, secondo la maggioranza dei giudici, spetta alla Suprema Corte nordamericana. Nel pronunciarsi su tale clausola, la Corte offre anche dei chiarimenti che riguardano la ripartizione delle competenze tra corti e legislatore.

Nella tradizione dei paesi della *common law*, più che di un elenco tassativo delle libertà e dei diritti fondamentali, la pratica dei diritti fondamentali impliciti prevede un ampliamento dei diritti garantiti dal *Bill of Rights* attraverso un uso razionale degli argomenti della prassi costituzionale (*Adjudicative Constitution*), garantendo al contempo la “*Constitutional fidelity*”⁵⁶. I dettami costituzionali vengono, di volta in volta, aggiornati dando vita ad una “*dynamic Constitution*”⁵⁷ in grado di adattarsi all’evoluzione del pensiero e degli eventi, cercando di mantenere l’armonia tra l’*Original Intent* dei *Framers* e la *Living Constitution*. Solo attraverso una continua opera interpretativa giurisprudenziale, il metodo del precedente vincolante non rischia di intrappolare l’evoluzione della società all’interno dei confini delle libertà così come previste nel passato⁵⁸: “Se i diritti fossero definiti da chi li ha esercitati nel passato, allora pratiche invalse servirebbero come loro stessa perdurante giustificazione, e nuovi gruppi non potrebbero invocare diritti una volta loro negati”⁵⁹.

⁵⁵ *Obergefell v. Hodges, Court Opinion*, 10.

⁵⁶ Sull’impiego di tale termine “al fine di inquadrare gli orientamenti giurisprudenziali della Corte Suprema in una prospettiva semantica storica dell’identità costituzionale degli USA”, A. S. BRUNO, *Constitutional Fidelity. Saggio comparativo su una “figurazione” statunitense*, Torino, 2011. Le parole virgolettate sono di C. FUSARO, *Presentazione*, in *ivi*, p. 5; K. ROOSEVELT, *Originalism and the Living Constitution: Reconciliation*, in www.aclam.org, 2006; A. POGGI, *L’intenzione del costituente” nella teoria dell’interpretazione costituzionale. Spunti per una sua definizione alla luce della dottrina americana dell’“Original Intent of the Framers”*, in *Dir. Pubbl.*, I, 1997, p. 161 e ss.

⁵⁷ R. H. FALLON JR., *The Dynamic Constitution. An Introduction to American Constitutional Law*, Cambridge, 2004, pp. 269 e ss; P. BIANCHI, *La giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, in J. LUTHER - R. ROMBOLI - R. TARCHI, *Esperienze di giustizia costituzionale*, Torino, 2000, pp. 49 e ss.

⁵⁸ D. J. MAHONEY - L. ALEXANDER, *Stare decisis*, in *Encyclopedia of the American Constitution*, II ed., New York, 2000; U. MATTEI, *Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d’America*, Milano, 1988; per maggiori approfondimenti sul funzionamento del precedente vincolante nel sistema statunitense e una puntuale disamina delle varie pronunce giurisprudenziali della Suprema Corte sul punto, si rinvia a A. S. BRUNO *op. cit.*, pp. 79 e ss. e alla vasta bibliografia *ivi* richiamata; per una visione critica sul funzionamento del precedente vincolante nel sistema USA, G. LAWSON, *Mostly Unconstitutional: The Case Against Precedent Revisited*, 5 *Ave Maria L.R.* 1 2007; con specifico riguardo al precedente vincolante nelle pronunce giurisprudenziali riguardanti le persone omosessuali D. R. PINELLO, *A Test of Stare decisis, Chapter 5 of Gay Rights and American Law*, Cambridge, 2000.

⁵⁹ Osserva la Corte nella caso *Obergefell* “[...] *That method respects our history and learns from it without allowing the past alone to rule the present*”, proseguendo, “*If rights were defined by who exercised them in the past, then received*



Ogni volta che si sia in presenza di una discordia tra la tutela offerta dalla Costituzione e una nuova struttura giuridica recepita o rivendicata, le corti si trovano ad affrontare una questione riguardante una pretesa di libertà così come rilevata e percepita dalla nuova visione della società. Attraverso tale metodo, le corti effettuano un riconoscimento di nuovi diritti costituzionalmente garantiti. La *due process* sostanziale, pertanto, funziona come una valvola attraverso la quale far confluire all'interno del catalogo dei diritti fondamentali anche i nuovi diritti. Ricorda la Corte, che proprio l'impiego della *due process* sostanziale ha costituito la pietra miliare per dichiarare l'illegittimità costituzionale di quelle leggi statali che vietavano i matrimoni interraziali nel caso *Loving v. Virginia*⁶⁰.

Nella sentenza in commento, pur riconoscendo l'indubbio ruolo che ricopre la democrazia in quanto "processo appropriato per produrre cambiamenti purché, tuttavia, quel processo non limiti i diritti fondamentali", la Corte, usando il potere del *judicial review*, assume una presa di posizione netta circa la ripartizione dei ruoli tra le corti e il legislatore.

Nella sua *opinion*, la Corte respinge l'affermazione secondo cui il riconoscimento del diritto degli omosessuali al matrimonio rientri nella discrezionalità del legislatore o possa essere sottoposta all'approvazione elettorale⁶¹. Partendo dall'idea insita nella Costituzione di "sottrarre certi temi alle vicissitudini della lotta politica e di porli oltre la portata delle maggioranze e dei funzionari pubblici, stabilendo principi giuridici che fossero applicati dalle corti", la Corte giunge alla conclusione che "gli individui non possono attendere l'azione del legislatore perché sia loro riconosciuto un diritto fondamentale"⁶². Pertanto, secondo l'orientamento della Corte, ogniqualvolta si è in presenza di una rivendicazione di un diritto fondamentale, spetta alle corti e non al legislatore stabilire i principi giuridici della Carta fondamentale. È sulla base di tali ragionamenti che la Corte giunge alla conclusione che "la Costituzione non permette allo Stato di vietare alle coppie omosessuali il matrimonio agli stessi termini che sono accordati alle coppie eterosessuali". Il riconoscimento del matrimonio in uno Stato e la negazione della validità dello stesso in un altro Stato, oltre che infliggere un grave e continuativo pregiudizio alle coppie omosessuali, promuove instabilità ed incertezza.

practices could serve as their own continued justification and new groups could not invoke rights once denied." *Obergefell, cit.*, 2602.

⁶⁰ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1,12,1967.

⁶¹ *Obergefell, ibid.* p. 24.

⁶² *Ibidem.*



Pertanto, la Suprema Corte conclude disponendo che venga riformata la sentenza della Corte d'Appello del Sesto Circuito e che la disciplina del matrimonio venga estesa al *same sex marriage* in tutto il territorio federale.

3.5. Alcune considerazioni sulle implicazioni di tale decisione nel sistema USA

Nella sua decisione la Suprema Corte statunitense, riconosce il *same sex marriage* quale diritto fondamentale giustificando tale riconoscimento non attraverso l'introduzione di un nuovo diritto non immaginata dai Padri fondatori, ma, al contrario, interpretando un diritto tradizionale alla luce dei mutati cambiamenti sociali avvenuti in seno alla società.

Tuttavia, nel voler bilanciare la protezione delle nuove esigenze di tutela della società contemporanea con un'interpretazione evolutiva della Carta fondamentale alla quale si sceglie di rimanere fedeli non rivoluzionandola, la Corte ricorre alla *due process* in senso sostanziale impiegando la tecnica della *constitutional adjudication* restringendo il potere dell'organo legislativo⁶³. Rileva il fatto che, nell'impiego del *judicial review*, la Corte non specifica quale dei livelli di *judicial review* (*rational basis review*, *intermediate scrutiny*, o lo *strict scrutiny*), trova applicazione sui divieti statali riguardanti i *same sex marriage*. Tale mancata specificazione apre imprevedibili scenari sul livello di *judicial scrutiny*, alla quale in futuro possono essere sottoposte le decisioni delle autorità governative ogni qual volta si ritiene che le stesse siano in conflitto con un diritto fondamentale⁶⁴. Secondo le previsioni della *equal protection clause* del IVX Emendamento, sono soggette ad un alto grado di *judicial scrutiny* quelle azioni delle autorità governative statali che operano una distinzione sospetta o quasi sospetta fra classi/gruppi di persone. Più tale distinzione viene effettuata su basi discriminatorie, più alto è il grado di *judicial scrutiny* al quale vengono sottoposte le decisioni delle autorità governative al fine di verificarne la loro compatibilità con la Costituzione. Qualora in base alla classificazione dei gruppi, così come effettuata dalle autorità governative, la Corte Suprema ritenga di dover sottoporre le decisioni delle autorità statali ad una *strict scrutiny*, a differenza delle altre due modalità (*intermediate scrutiny* e *minimal scrutiny*), la Corte può invalidare le decisioni governative in quanto ritenute incostituzionali. L'unico rimedio per le autorità statali, in

⁶³ G. ROMEO, *Esercizi di common law constitutional interpretation: Obergefell v. Hodges e il diritto fondamentale al matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *diritticomparati.it*, 01.08.2015.

⁶⁴ R. M. PERRY, *Obergefell v. Hodges: Same-Sex Marriage Legalized*, in *Congressional Research Service*, August 7, 2015.

tal caso, rimane la dimostrazione di un interesse impellente (*compelling government interest*) tale da giustificare la sua azione discriminatoria su un determinato gruppo (*suspect classification*)⁶⁵.

Nel caso *Obergefell*, tuttavia, la Suprema Corte ha dichiarato incostituzionali le leggi statali che vietavano il riconoscimento dal *same sex marriage* senza operare un esame di *strict scrutiny* ai divieti posti dalle autorità dei singoli Stati, nonostante gli interessi impellenti prospettati dagli stessi, principalmente individuati nella necessità di attendere lo sviluppo del dibattito sociale sui matrimonio *same sex* prima di cambiare in maniera radicale il secolare istituto del matrimonio. Altresì, la Corte non ha specificato se le classificazioni basate sull'orientamento sessuale, così come operate dalle singole autorità statali, rientrino tra quelle sospette o quasi sospette che legittimano un *strict scrutiny*⁶⁶. Pertanto, da una parte, in difetto di tale specificazione non è detto che in futuro le decisioni governative che in qualche maniera limitano i diritti fondamentali delle persone omosessuali richiedano un intervento del potere giudiziario sottoponendo le decisioni governative ad una *strict scrutiny* e, dall'altro, nemmeno l'indicazione di un interesse impellente da parte delle autorità statali potrebbe eventualmente mettere a riparo le decisioni statali da una dichiarazione di incostituzionalità da parte delle Corti. Pur rientrando la materia matrimoniale nelle competenze legislative statali, la maggioranza dei giudici si esprime nel senso che “gli individui non possono attendere l'azione del legislatore perché sia loro riconosciuto un diritto fondamentale”. Nonostante il processo politico costituisca la sede della lotta per i diritti, la necessità di soddisfare il riconoscimento dei diritti fondamentali in concreto in sede giurisdizionale, non può aspettare che i cambiamenti culturali vengano accettati ed espressi tramite un voto dalla maggioranza dei cittadini⁶⁷. È proprio nell'impiego di tale tecnica che si focalizzano maggiormente le *dissenting opinion* dei giudici dissenzienti, riprendendo la storica

⁶⁵ Sui livelli di *scrutiny* e i possibili rimedi nel sistema statunitense nella sterminata letteratura si vedano almeno S. SNOWISS, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, 34–35 (Yale 1990); A. BAHGWAT, *Purpose scrutiny in Constitutional analysis*, in *California Law Review*, Vol.82, Issue 2, 1997; J. M. SHAMAN, *Constitutional interpretation. Illusion and reality*, Westport, Connecticut- London, 2001, specialmente pp. 79 e ss; A. Z. HUQ, *Tiers of scrutiny in Enumerated Powers Jurisprudence*, in *University of Chicago Law Review*, 5 settembre, 2013.

⁶⁶ Il *rational basis test* in caso di applicazione di *strict scrutiny* richiede che il provvedimento governativo violi il principio di eguaglianza con riferimento ad una *suspect classification* effettuata almeno sulla base di una delle seguenti ipotesi: 1) il gruppo è stato storicamente oggetto di discriminazione; 2) caratteristiche fisiche e altri tratti immutabili costituiscono i segni distintivi del gruppo; 3) il gruppo si trova in una posizione di minoranza tale che la protezione dei suoi interessi richiede l'adozione di misure positive per controbilanciare la posizione delle volontà della maggioranza; 4) le caratteristiche distintive del gruppo non comportano una esclusione dei suoi membri dal resto della società attiva. Supreme Court of USA, *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938).

⁶⁷ Per dirla con le parole della Corte “Questa è la ragione per cui i diritti fondamentali non possono essere sottoposti a un voto; non dipendono dal risultato di alcuna elezione”. *Obergefell*, trad.it., a cura di R. DE FELICE, in *articolo29*, p. 19.

contrapposizione tra l'istituto del *judicial review* e la democrazia deliberativa⁶⁸. In particolare modo, il giudice capo Roberts, al cui dissenso si uniscono anche i giudici Scalia e Thomas, vede nella posizione della maggioranza della Corte che ordina a tutti gli Stati il dovere di riconoscere il *same sex marriage* una “sottrazione di tale disputa al popolo” che ha notevoli conseguenze anche nello stesso processo democratico di uno Stato libero⁶⁹. Con il loro operato, nel decidere cosa sia e cosa debba essere la libertà, la maggioranza supera i limiti del ruolo giudiziario conferitogli dalla Costituzione e si appropria di “una questione che la Costituzione lascia al popolo”. Pur rimanendo aperti alla tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali, i giudici dissenzienti contestano il potere della Corte di decidere quali diritti non esplicitati debbano farsi rientrare nella locuzione “diritti fondamentali”. Osserva il *Chief Justice* Roberts che, la tutela costituzionale di nuovi diritti richiede che i diritti fondamentali impliciti “siano profondamente radicati nella storia e nella tradizione della nazione”⁷⁰. Riprendendo l'*opinion* del giudice Curtis del caso *Dred Scott v. Sandford* (1857), la *dissenting opinion* solleva la problematicità maggiore che l'impiego della *due process of law* comporta, ossia, un governo di individui che in maniera temporanea si assumono la responsabilità di dire cosa sia la Costituzione. Secondo tale orientamento, la Costituzione cessa di esistere e il suo significato viene controllata dalle opinioni di una stretta cerchia di giudici, tra l'altro non eletti dai cittadini, che interpretano la Carta fondamentale non più secondo quello che la Costituzione dice ma secondo quello che dovrebbe dire. È proprio attraverso tale ruolo di supremazia della magistratura - a portare a mutamento il cambiamento sociale, sottraendo al popolo il diritto di rendere “nuove dimensioni delle libertà”, chiudendo il dibattito politico -, che la Corte “elimina la stessa Costituzione dall'ambito della decisione democratica”⁷¹. Specifica il

⁶⁸ L'impatto dell'istituto del *judicial review* sulla democrazia deliberativa da sempre ha diviso gli studiosi tra quelli che vedono il *judicial review* quale *endorsement* della democrazia deliberativa e quelli che invece lo vedono quale limite della stessa. Tra i noti afferenti al primo gruppo J. WALDRON, *Law and disagreement*, Oxford University Press, 1999; R. BELLAMY, *Political Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2007; M. TUSHNET, *Taking the Constitution away from Courts*, Princeton, 1999. Tra quelli che aderiscono al secondo orientamento, invece, J. H. ELY, *Democracy and Distrust. A theory of judicial review*, Harvard University Press, 1981; R. DWORKIN, *The moral reading of Constitution*, Harvard University Press, 1996; J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1993; H. HABERMAS, *Between fact and norms*, Cambridge, 1998. In generale per la storica contrapposizione tra *judicial review* e la democrazia deliberativa C. ZURN, *Deliberative democracy and Institution of judicial review*, Cambridge, 2007; C. LAFONT, *Philosophical Foundations of Constitutional Review*, in D. DYZENHAUS - M. THORBURN (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford, 2016 (*forthcoming*). Il tema, come noto, è molto rilevante e di fondamentale importanza nel diritto americano. Sul punto si rinvia a A. M. BICKEL, *The last dangerous branch, II eds.*, New York, 1986.

⁶⁹ Per un'analisi delle *dissenting opinions* nel caso *Obergefell*, J. LANDAU, *Roberts, Kennedy, and The subtle differences that matter in Obergefell*, in 84 *Fordham L. Rev.*, 33, 2015.

⁷⁰ *Dissenting Opinion* del Chief Justice Roberts, 14.

⁷¹ *Ibidem*, 2 e 3.



giudice Roberts “[T]his Court is not a legislature. Whether same-sex marriage is a good idea should be of no concern to us. Under the Constitution, judges have power to say what the law is, not what it should be”⁷². Sulla stessa scia di argomentazione il giudice Scalia definisce l’operato della Corte nel caso *Obergefell* come un “*Putsch giudiziario*” che poco ha a che fare con la democrazia⁷³.

Tenendo in considerazione i cambiamenti legislativi adoperati nella maggioranza degli Stati che dopo un ampio dibattito hanno optato per una apertura verso il riconoscimento del *same sex marriage*, la *dissenting opinion* fa riferimento anche a quelli Stati nei quali il dibattito legislativo sul punto è ancora aperto. Pur tuttavia, “il dibattito intorno alle legge non è un requisito sufficiente ad autorizzare i tribunali a imporre il loro volere”.

Nella sua *opinion*, il Giudice Kennedy giustifica la sua posizione prendendo in considerazione il fatto che la legislazione e la giurisprudenza federale e statale sul riconoscimento del *same sex marriage* e sui diritti discendenti sono non solo frammentarie ma anche contraddittorie, pertanto, “*When the laws become this unmanageable, unworkable, and inequitable, [t]he Nation's courts are open*”⁷⁴.

La sentenza in esame, pur cercando di trovare un filo interpretativo evolutivo della Costituzione, specialmente sforzandosi di non riconoscere il *same sex marriage* quale nuovo diritto ma interpretandolo attraverso una estensione delle radicate tradizioni culturali, rischia di essere pericolosamente rivoluzionaria. Il potere giudiziario si appropria in maniera ambiziosa del diritto a decidere cosa sia un diritto fondamentale non esplicitato nel testo della Costituzione precludendo tale diritto al legislatore al quale ordina di conformarsi al volere giudiziario.

4. La protezione delle *same sex couples* negli Stati membri dell’UE

Nonostante il consenso sul riconoscimento delle *same sex couples* sia in crescita negli Stati membri dell’Unione, ad oggi, la regolamentazione giuridica offerta a tale unioni non risulta essere uniforme.

Per lungo tempo nel delicato ambito della disciplina della famiglia *same sex* le pronunce dei giudici sovranazionali, hanno rimandato alla “discrezionalità del legislatore nazionale”⁷⁵.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ididem*.

⁷⁴ *Obergefell v. Hodges*, cit. 2605. Già nel precedente giudizio *Windsor*, che aveva portato all’abrogazione del DOMA, la Suprema Corte aveva sottolineato che il regime legale contraddittorio produceva “*unusual and urgent circumstances*” tali da legittimare un intervento giurisdizionale eccezionale della Corte. *Windsor*, 133 S. Ct. at 2688.

⁷⁵ Sulla mancata equiparazione tra il matrimonio etero e omosessuale a livello sovranazionale europeo si è espressa la Corte di Giustizia nelle sentenze *Grant vs South – West Trans LTD*, C-24/96 del 17 febbraio del 1998 e *D. e Svezia vs. Consiglio dell’Unione europea*, C- 122/99 P del 31 maggio 2001.



Alcuni Stati hanno optato per estendere l'istituto del matrimonio alle unioni omoaffettive, altri hanno inteso tutelarli attraverso l'approvazione di specifica legislazione che disciplina le unioni civili e che viene estesa anche alle coppie *same sex* e solo in pochi ancora, tra questi anche l'Italia, si registra un vuoto normativo in materia.

Il primo Paese nel mondo che ha legalizzato le *same sex couples* è stata la Danimarca con la l. nr 372 del 7 giugno 1989. Dal 1° aprile del 2001 in Olanda, che già a partire dal 5 luglio del 1995 disciplinava le unioni gay, sono stati equiparati a tutti gli effetti il matrimonio gay a quello eterosessuale. Dal 2001 in Finlandia, la normativa sulle unioni civili ricomprende anche le *same sex couples*. La normativa sul matrimonio omosessuale è in vigore in Belgio dal 2003. L'unione civile tra le persone dello stesso sesso è legale in Spagna dal 2005 e dal 2009 anche in Norvegia e in Svezia (dove le unioni civili erano state legalizzate già il 30 aprile del 1993 con la l. nr. 40). Dal 2010, la legislazione in vigore in Portogallo non qualifica più il matrimonio quale unione tra due persone "di sesso diverso". L'Islanda ha legalizzato l'unione omosessuale nel 2010 ma già a partire dal 12 giugno del 1996 ammetteva le coppie *same sex*. Il matrimonio egualitario è stato disciplinato nel 2001 in Germania e Austria e dal 2013 è stato dichiarato legale in Francia e Gran Bretagna. La legge che equipara il matrimonio omosessuale a quello eterosessuale è entrato in vigore il 1° gennaio del 2015 in Lussemburgo e il 4 marzo del 2015 in Slovenia. Dopo l'esito favorevole del referendum svolto in Irlanda nel maggio del 2015, il *same sex marriage* viene ufficialmente riconosciuto nella Costituzione⁷⁶. Il 23 dicembre del 2015 il Parlamento greco ha approvato una legge che legalizza le unioni civili anche per le coppie *same sex*. Ad oggi gli Stati che fanno parte dell'UE che difettano di una legislazione riguardante le *same sex couples* sono Italia, Cipro, Lituania, Lettonia, Polonia, Slovacchia, Bulgaria e Romania.

Nella decisione *Oliari and others v. Italia*⁷⁷ la Corte Edu sanziona il vuoto normativo esistente nella legislazione statale con riferimento alle unioni *same sex*. Prima di analizzare alcuni degli aspetti di tale decisione, visto che in virtù dell'art. 46 della CEDU la decisione vincola lo Stato italiano, si procederà alla disamina di alcune pronunce giurisprudenziali nazionali di rilievo.

⁷⁶ Per una classificazione dei diversi livelli di tutela offerti alle unioni *same sex* nei vari ordinamenti nazionali europei N. PIGNATELLI, *I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra "istituzione" matrimoniale e "funzione" familiare*, in *Riv. Dir. Cost.* 2005, 264. Sulla legalizzazione delle *same sex couples* negli Stati europei P. PASSAGLIA, *Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica*, in *Foro it.*, 2010, IV, 273–277; A. PERA, *Il diritto di famiglia in Europa. Plurimi e simili o plurimi e diversi*, Torino, 2012; R. BASSETTI, *Contratti di convivenza e di unione civile*, Torino, 2014.

⁷⁷ *Oliari and Others v. Italia*, applications nos. 18766/11 e 36030/11, del 21.10.2015.

5. Il paradigma eterosessuale del matrimonio in Italia e la necessità di tutela della “forma di coppia” nel caso del “divorzio imposto”: le sentenze n. 138/2010 e n. 170/2014 della Corte di costituzionale

La lacuna normativa italiana in materia di unioni *same sex*, durante gli ultimi anni, è stata oggetto di contrastanti pronunce giurisprudenziali. Pur non riconoscendo il *same sex marriage*, la giurisprudenza ha ritenuto le unioni omoaffettive quali formazioni sociali meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 2 della Costituzione. Nelle pronunce che si esamineranno in seguito, in maniera ripetuta, la Consulta ha intimato al legislatore di intervenire adottando la legislazione al fine di offrire adeguata tutela alle unioni *same sex*.

Con la sent. n. 138 del 2010 la Corte costituzionale italiana si è espressa circa la condizione delle persone dello stesso sesso che vantino la pretesa ad accedere alle nozze⁷⁸. Di fronte alla richiesta avanzata dai pretendenti nei riguardi della disciplina codicistica che fonda la famiglia sul paradigma eterosessuale⁷⁹, la Consulta ha affermato sostanzialmente che tale paradigma sarebbe stato costituzionalizzato dall'art. 29 della Carta repubblicana. L'unione *same sex* è stata definita dalla Corte in quella occasione quale “formazione sociale” e, come tale, meritevole di tutela ai sensi dell'art. 2 Cost.⁸⁰. La Corte ha, dunque, concluso con una pronuncia di rigetto, sollecitando il legislatore “a far luogo ad altra disciplina positiva che dia modo anche alle persone di orientamento omosessuale di vedere finalmente appagate le loro aspettative e salvaguardata, perciò, la loro dignità”⁸¹, specificando che “nell'ambito applicativo dell'art. 2 della Costituzione spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia per le unioni omosessuali”, riservandosi la Corte, invece, “la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni”⁸².

⁷⁸ Per commenti a tale decisione tra gli altri si rinvia a L. D'ANGELO, *La Consulta al legislatore: questo matrimonio “nun s'ha da fare”*, su *Forum di Quaderni Costituzionali*, 16 aprile 2010; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, su *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2010; B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 02.07.2010; A. RUGGERI, “Famiglie” di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo corte cost. n. 138 del 2010?, in *Rivista AIC*, N°: 4/2011.

⁷⁹ Sul paradigma eterosessuale del matrimonio *ex multis* R. BIN - G. BRUNELLI - A. GUAZZAROTTI - A. PUGIOTTO - A. VERONESI, *La “società naturale” e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, 2010.

⁸⁰ Per un'ampia lettura dei commenti dedicati alla sentenza 138 del 2010 *passim* B. PEZZINI, *La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza 138/2010*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010; B. PEZZINI - A. LORENZETTI (cur.), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, 2011; F. MANELLA, *I “diritti” delle unioni omosessuali. Aspetti problematici e casistica*, Napoli, 2013.

⁸¹ Corte cost., sent. 138/2010, Punto 8 del *Considerando in diritto*.

⁸² Corte cost., sent. 138/2010, Punto 10 del *Considerando in diritto*.

A distanza di quattro anni, con sentenza n.170 del 2014, la Consulta si è pronunciata sulla legittimità costituzionale del c.d. “divorzio imposto”⁸³, ossia sullo scioglimento automatico del matrimonio a seguito della sentenza di rettificazione del sesso di uno dei coniugi previsto dall’art. 4 della legge n. 164 del 1982; in base a tale norma, l’ipotesi ricorreva automaticamente, a prescindere della volontà dei coniugi di voler continuare a essere legati dal vincolo matrimoniale⁸⁴. La Corte costituzionale ha dichiarato che la cessazione degli effetti civili del matrimonio in caso di rettificazione del sesso da parte di uno dei coniugi è da ritenersi incostituzionale laddove si è in presenza di una disciplina che non consenta di mantenere in vita “il rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti e gli obblighi della coppia medesima [...]”⁸⁵. A prescindere delle complicità derivanti in quei casi nei quali si è in presenza del sopravvenuto mutamento del sesso da parte di uno dei coniugi, rileva il fatto che pur compiendo un passo in avanti verso il riconoscimento delle unioni *same sex*, nella sua decisione la Corte ha accuratamente evitato di impiegare il termine “famiglia”⁸⁶. Invero, a dispetto dell’ordinanza della Cassazione che prospettava l’illegittimità del “divorzio imposto” per incompatibilità con gli artt. 2, 3, 29 e 117 della Costituzione e “nonché con i parametri interposti costituiti dagli art. 8 e 12 della CEDU”⁸⁷, la Corte costituzionale ha riconfermato la natura eterosessuale del matrimonio, escludendo quale parametro di legittimità costituzionale l’art. 29 Cost. nel caso concreto e richiamando solo l’art. 2 Cost. Inoltre, la Consulta, in maniera analoga a quanto già espresso nella sent. n. 138 del 2010, ha escluso un’applicazione degli art. 8 e 12 della CEDU, per come interpretati dalla Corte Edu. In difetto di una disciplina comune tra gli Stati nazionali sul tema del matrimonio omosessuale e nel rispetto del margine di apprezzamento riconosciuto ai singoli Stati, spettano “alla discrezionalità

⁸³ Specificava nella sua ordinanza la Cassazione che la previsione di cui all’art. 4 della legge 164/1982 nella parte dove esclude qualsiasi intervento da parte dei coniugi configurerebbe “una fattispecie di divorzio “imposto” *ex legge* che non richiede, al fine di produrre i suoi effetti, una pronuncia giudiziale *ad hoc*”. Cass., I Sez. civ., ord.n.14329 del 6 giugno 2013, paragrafo 5 del *Considerando in diritto*.

⁸⁴ Per commenti a tale decisione tra gli altri si veda A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170/2014*, in *Consulta Online*, 2014; V. BALDINI, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente (brevi note a Corte costituzionale, sent. n. 170/2014)*, in *dirittifondamentali.it*, 2014; P. BIANCHI, *Divorzio imposto: incostituzionale ma non troppo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2014; P. VERONESI, *Un’anomala additiva di principio in materia di divorzio imposto: il caso Bernaroli nella sentenza 170/2014*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6 luglio 2014.

⁸⁵ Corte cost., sent.n.170 del 2014, punto 2 del dispositivo.

⁸⁶ Per una ricostruzione del concetto di famiglia all’interno dei dettami della Costituzione italiana R. BIAGGI, *Famiglia e Costituzione*, Milano, 1999; sull’interrogativo lasciato aperto dalla Consulta, R. CATALDO, *Coppia o famiglia? L’implicito interrogativo lasciato aperto dalla Consulta nella sentenza costituzionale sul c.d. “divorzio imposto”*, in *Rivista AIC*, 2014.

⁸⁷ Cass, I Sez. civile, ord. Nr. 14329 del 2013, punto 7 del *Considerando in diritto*.

del legislatore nazionale le eventuali forme di tutela per le coppie di soggetti appartenenti allo stesso sesso”⁸⁸. Secondo la Corte costituzionale, la normativa tutela “la non modificazione dei caratteri fondamentali dell’istituto del matrimonio”. Pertanto, a seguito della rettificazione del sesso da parte di uno dei componenti, venendo meno il paradigma eterosessuale del matrimonio, ne consegue una caducazione del matrimonio stesso. Tuttavia, il pregresso vissuto in un regolare contesto familiare, secondo l’interpretazione della Corte, merita di essere tutelato ma sotto “forma di comunità”⁸⁹. Consapevole del fatto che i soggetti coinvolti non potevano passare da uno “stato di massima protezione giuridica a una condizione di assoluta indeterminatezza”⁹⁰ e consapevole, altresì, dell’attuale deficit di tutela dei diritti dei soggetti in essa coinvolti”⁹¹, la Corte ha così dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 4 della legge 164/1982, intimando al legislatore di introdurre forme di tutela alternative al matrimonio, capaci di tutelare i diritti dei soggetti coinvolti in quella relazione che la Corte ha definito in maniera generica “coppia” e non famiglia⁹².

Il rischio che la Corte vuole evitare è quello della “*reductio ad legitimitatem*” mediante una pronuncia manipolativa, che sostituisca il divorzio automatico con un divorzio a domanda, in quanto, ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l’art. 29 della Costituzione”⁹³.

5.1. Il dibattito dottrinale sugli effetti dell’additiva di principio contenuto nella sentenza 170 del 2014

La sent. n. 170 del 2014 è un’additiva di principio⁹⁴, contenendo una dichiarazione di incostituzionalità della norma impugnata nella parte nella quale non prevede un principio che

⁸⁸ Corte cost. sent. N. 170 del 2014, punto 5.2 del *Considerando in diritto*. In tema di efficacia della CEDU, quale norma interposta per il giudizio di costituzionalità delle legge si vedano le “sentenze gemelle” della Corte costituzionale 348 e 349 del 2007.

⁸⁹ Corte cost. sent. n. 170 del 2014.

⁹⁰ *Ivi*.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Sui confini semantici dei termini impiegati nelle decisioni riguardanti i diritti delle coppie omosessuali V. TONDI DELLA MURA, *Le coppie omosessuali fra il vincolo (elastico?) delle parole e l’artificio della “libertà”?*, in *federalismi.it*, 21 settembre 2010, 2.

⁹³ Corte Cost. sent. N. 170 del 2014 punto 5.2 del *Considerando in diritto*.

⁹⁴ Sulle sentenze “additive di principio” cfr., tra gli altri, A. ANZON DEMMIG, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992, 3199 ss.; ID., *Un’additiva di principio con termine per il legislatore*, *ivi*, 1993, 1785 ss.; ID., *L’additiva “di principio” nei giudizi in via principale*, *ivi*, 1993, 890 s.; G.P. DOLSO, *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, in *Giur. cost.*, 1999, 4111 ss.; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000, 137 ss., ID., *“Guerra e pace” nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su peccati e virtù delle additive “di principio” quali*

dovrebbe prevedere e, contestualmente, l'invito rivolto al legislatore ad intervenire allo scopo di realizzare i valori costituzionali violati dalla norma dichiarata incostituzionale. La scelta della tecnica decisoria da parte del Giudice delle leggi è stata oggetto di un acceso dibattito ritenendosi da parte di alcuni commentatori che la tecnica impiegata avrebbe suscitato molti dubbi riguardanti le unioni *same sex*.

Sugli effetti che la sentenza in esame potrebbe provocare si è parlato di una pronuncia caratterizzata da un “doppio effetto paralizzante”⁹⁵, nel senso che, in seguito a tale decisione, da un lato la norma annullata non potrà più essere applicata, ma dall'altro, neppure il principio enunciato potrà trovare applicazione fino a quando il legislatore non sarà intervenuto.

Secondo un'opinione dottrinale, le pronunce della Corte qui esaminate sarebbero prive di effetti pratici, visto che, essendo il principio additivo espresso dalla Corte nella sent. n. 170/2014 rivolto esclusivamente al legislatore, l'additiva non potrebbe dare luogo ad una norma applicabile in sede giudiziaria⁹⁶.

In senso opposto, si è sostenuto che, se nella decisione del 2010 la Corte si era espressa circa l'incostituzionalità di una norma, nella pronuncia del 2014 si è spinta fino al punto di dichiarare l'incostituzionalità del comportamento “omissivo del legislatore” non lasciando più a quest'ultimo la scelta dei tempi e dei modi. Visto l'inerzia del legislatore, il giudice delle leggi “avrebbe realizzato immediatamente l'effetto, essendo a carico del legislatore intervenire per disciplinare diversamente la materia, seguendo il principio fissato dalla Corte”⁹⁷.

Pur difettando la sentenza additiva di principio della capacità di introdurre una norma positiva concreta, nelle more dell'inerzia del legislatore sollecitato ad intervenire per introdurre una disciplina generale atta alla realizzazione dei valori costituzionali, il “principio” additivo contenuto nella sentenza è destinato a produrre degli effetti modificativi dell'ordinamento. Tali

decisioni atte a rimediare alle “omissioni incostituzionali” del legislatore, in AA.VV., *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, a cura di A. Ruggeri e G. Silvestri, Milano, 2000, 253 ss.; A. GUZZAROTTI, *Implicazioni e potenzialità delle sentenze additive di principio (in margine alla sent. n. 329 del 2001 sulle conseguenze della dichiarazione di nullità del matrimonio)*, in *Giur. cost.*, 2001, 2796 ss.; ID., *L'autoapplicabilità delle sentenze additive di principio nella prassi dei giudici comuni*, *ivi*, 2002, 3435 ss.; P. FALZEA, *Norme, principi, integrazione. Natura, limiti e seguito giurisprudenziale delle sentenze incostituzionali a contenuto indeterminato*, Torino, 2005; A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, V ed., Torino, 2014, 173 ss., cui si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁹⁵ Così definita da G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996, 181. Romboli che cita Parodi, p. 3.

⁹⁶ A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in *Consulta Online*, 13 giugno 2014.

⁹⁷ R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto”: quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in *Consulta Online*, 2014, p.6.

effetti modificativi dell'additiva di principio non possono essere limitati solo al caso specifico sul quale la Corte si è espressa; secondo tale dottrina, “quando è possibile, i giudici sono abilitati da subito a reperire la regola del caso concreto nel principio espresso dalla Corte [...] per cui nessun dubbio dovrebbe nutrirsi circa l'efficacia della stessa in generale e per il giudizio a *quo*”⁹⁸.

5.2. L'unione *same sex* tra additiva di principio, legislatore assente e pragmatica applicazione del giudice di legittimità: la sentenza n. 8097/2015 della Corte di Cassazione

Nell'inerzia del legislatore, a distanza di poco più di anno, la questione riguardante il mantenimento del vincolo matrimoniale nonostante il mutamento del sesso di uno dei coniugi ritorna davanti al giudice *a quo* della medesima controversia.

Con sentenza n. 8097 del 2015, la I sezione civile della Corte di Cassazione effettua una lettura pragmatica e chiara della sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale⁹⁹.

Osserva il Giudice di legittimità che “la perdurante mancanza della legge impone l'accoglimento del ricorso ai sensi dell'art. 136 Cost. La soluzione opposta determinerebbe un *non liquet* e lascerebbe le parti ricorrenti prive di una concreta soluzione della controversia da esse promossa”. Pur specificando la Corte di Cassazione che l'additiva di principio non è in grado di introdurre immediatamente nell'ordinamento una regola applicabile, tuttavia, ritiene la pronuncia della Corte costituzionale non meramente dichiarativa ma auto-applicativa. Nelle more dell'inerzia del legislatore, non essendo concesso alla Corte un'opzione di mancata decisione e dovendo dare seguito alla pronuncia di illegittimità, la Cassazione ha recepito il principio espresso dalla Corte costituzionale fugando qualsiasi dubbio riguardo all'applicabilità o meno dello stesso¹⁰⁰. È il vuoto normativo “costituito dalla mancanza di un modello di relazione tra persone dello stesso sesso all'interno del quale far confluire le unioni matrimoniali contratte originariamente da persone di sesso diverso e divenute, mediante la rettificazione del sesso di uno dei componenti, del medesimo sesso” che il Giudice delle leggi ha dichiarato incostituzionale.

⁹⁸ R. ROMBOLI, *op.cit.*, pp. 3 e ss. Sul caso specifico della sentenza 170 del 2014 si veda anche G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. “divorzio imposto”*, in www.forumcostituzionale.it.

⁹⁹ Per commenti circa la portata degli effetti della decisione 4184 del 2012 della Corte di Cassazione I. RIVERA, *Il c.d. divorzio imposto tra illegittimità costituzionale e seguito processuale (osservazioni a margine delle sentenze n. 170/2014 della Corte costituzionale e n. 8097/2015 della Corte di cassazione)*, in *Consulta Online*, 26 maggio 2015.

¹⁰⁰ L. PONZETTA, *Nota a margine della sentenza n. 8097 /2015 della I sezione civile della Corte di Cassazione: il seguito della sentenza additiva di principio n. 170/2014* in forumcostituzionale.it, 24 giugno 2015, p. 7.



La Cassazione specifica che, visto che la fattispecie sulla quale si sta decidendo rientra in quella dell'unione matrimoniale “caratterizzata dal massimo grado di protezione giuridica dei suoi componenti”, seguendo il ragionamento della Corte “la mera possibilità di richiedere giudizialmente l'adeguamento, come indicato dalle sentenze n. 138 del 2010 della Corte Costituzionale e 4184 del 2012 della Corte di Cassazione, nella titolarità e nell'esercizio dei diritti fondamentali che costituiscono il nucleo del riconoscimento costituzionale ex art. 2 Cost. alle unioni omoaffettive è del tutto inidoneo a colmare il deficit di tutela individuato dalla Corte Costituzionale”. Al fine di dare attuazione alla declaratoria d'illegittimità costituzionale contenuta nella sentenza n. 170 del 2014, la Cassazione ha accolto il ricorso riconoscendo alle ricorrenti il diritto di conservare i diritti e i doveri conseguenti al vincolo matrimoniale.

Si tratta di un riconoscimento sottoposto alla condizione temporale risolutiva costituita dalla nuova regolamentazione, ossia “fino a quando il legislatore non consenta ad esse di mantenere in vita il rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata che ne tuteli adeguatamente diritti ed obblighi”.

La lettura costituzionalmente obbligata dell'istituto del matrimonio, così come disciplinato dall'art. 29 Cost., non ammette l'estensione del modello di unione matrimoniale alle unioni omoaffettive. Pur tuttavia, nel vuoto legislativo, per effetto della decisione manipolativa della sentenza 170/2014 della Corte costituzionale e della successiva pronuncia della Corte di Cassazione¹⁰¹, nell'incertezza del periodo temporale entro il quale il legislatore *deve* provvedere ad introdurre una nuova disciplina per le unioni *same sex*, di fatto, oggi in Italia la normativa sul matrimonio trova applicazione anche in un *unico* e peculiare caso di precedente matrimonio eterosessuale ora diventato *same sex*: quello dei coniugi dei quali uno abbia cambiato sesso e che non intendono divorziare.

6. I diritti delle coppie dello stesso sesso tra Corte Edu e il margine di apprezzamento degli Stati: da *Schalk and Kopf v. Austria* a *Oliari and others v. Italia*

Nel sistema CEDU, l'art. 8 della Convenzione tutela il diritto alla vita familiare e privata quale diritto spettante ad ogni persona. E' proprio su tale disposizione che in ambito europeo, i giudici di Strasburgo fondano la base per il proprio attivismo giudiziale tentando di garantire un

¹⁰¹ Nella 170/2014 la Corte costituzionale aveva specificato “*ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 della Costituzione*”. Nella sua decisione la Corte di Cassazione ha dato vita proprio al contrasto che il giudice delle leggi voleva evitare.

trattamento quanto più possibile uniforme nella *multilevel protection* dei diritti fondamentali nel sistema della Convenzione¹⁰².

A differenza di cinque anni, la Corte di Strasburgo si è espressa sul riconoscimento legale delle *same sex couples* negli ordinamenti nazionali degli Stati membri con due pronunce opposte nella decisione finale ma simili con riferimento all'orientamento favorevole al riconoscimento delle unioni omoaffettive.

Nel primo caso, *Schlak and Kopf v. Austria*¹⁰³ del 2010, la Corte si è espressa sull'impossibilità di contrarre matrimonio *same sex* in Austria. In quella occasione, pur escludendo la Corte che gli artt. 8, 12 e 14 della CEDU imponessero agli Stati l'obbligo di introdurre il matrimonio tra persone dello stesso sesso, interpretava i suddetti articoli in chiave di apertura alle coppie omoaffettive. All'epoca della decisione *Schlak and Kopf*, l'esiguo numero di Stati che avevano adottato una legislazione *ad hoc* per il matrimonio tra persone dello stesso sesso testimoniava la mancanza di uno *jus commune* tale da legittimare una decisione della Corte a favore¹⁰⁴. Tuttavia, la Corte di Strasburgo offriva un'interpretazione innovativa degli artt. 8 e 14 della CEDU attraverso una lettura congiunta di tali disposizioni con il diritto derivato dell'Unione che tende a ricondurre le unioni *same sex* all'interno della nozione di vita familiare¹⁰⁵. Pur negando il diritto a contrarre matrimonio alle coppie *same sex*, la Corte affermava il loro diritto ad essere riconosciute e tutelate dalla legge, offrendo una lettura dell'art. 12 della CEDU in correlazione con l'art. 9 della Carta dei

¹⁰² Osserva Marco Olivetti, con riferimento all'attività interpretativa della Corte Edu proprio nel caso del matrimonio tra le persone dello stesso sesso, che l'interpretazione dell'art. 8 della CEDU funziona come una doppia valvola comprendente “da un lato il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati sulle questioni eticamente controverse; dall'altro il consenso europeo su una certa soluzione legislativa”. M. OLIVETTI, *Ma la Corte dei diritti di Strasburgo serve davvero?*, In *Avvenire.it*, 24 luglio 2015; sul ruolo della Corte Edu nel riconoscimento del *same sex couples* J.M. SCHERPE, *The Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe and the Role of the European Court of Human Rights*, in *The Equal Rights Review*, 2013

¹⁰³ Corte EDU, sez. I, sent. 24-6-2010, *Schalk and Kopf v. Austria*, per ulteriori commenti riguardanti tale decisione e la giurisprudenza della Corte EDU relativa ai diritti delle persone omosessuali L. HODSON, *A marriage by any other name? Schalk and Kopf v. Austria*, in *Human Rights Law Review*, 3, 2011; S. L. COOPER, *Marriage, Family discrimination & contradiction: an evaluation of the legacy and future of the European Court's of Human Rights on LGBT rights*, in *German L.J.*, 1746 (2011); C. DANISI, *How far can the European Court of Human Rights go in the fight against discrimination? Defining new standards in its nondiscrimination jurisprudence*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 9, Issue 3-4, 2011, pp. 793-807; JENS M. SCHERPE, *The Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe and the Role of the European Court of Human Rights*, in *The Equal Rights Review*, Vol. Ten (2013); N. BAMFORD, *Families But Not (Yet) Marriages? Same-Sex Partners and the Developing European Convention 'Margin of Appreciation'*, in *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 23, No.1, pp. 128 – 143, 2011; A. SPERTI, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa University Press, Pisa, 2013.

¹⁰⁴ Corte Edu, *Schalk and Kopf*, p.ti 27 e 58.

¹⁰⁵ La Corte in quella occasione richiamava la Dir. 2003/86/CE del Consiglio sul diritto di ricongiungimento familiare e la dir. 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione a circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

diritti fondamentali dell'Unione europea, tale da rompere il paradigma eterosessuale del matrimonio¹⁰⁶. Attraverso una lettura ampia della disposizione di cui all'art. 8 della CEDU, la Corte di Strasburgo riconosceva alle coppie omoaffettive un diritto di tutela della vita familiare. In quella occasione, la Corte Edu non ha avuto la possibilità di esprimersi circa il vuoto legislativo dell'Austria in riferimento all'art. 14 della CEDU. In pendenza di giudizio, il tempestivo intervento del legislatore austriaco ha portato all'adozione del *Registered Partnership Act (Eingetragene Partnerschaft-Gesetz (EPG))*¹⁰⁷, colmando così la lacuna protettiva lamentata dai ricorrenti. Partendo dall'esiguo numero di Stati che avevano adottato una legislazione a favore del riconoscimento del *same sex couples*, la Corte definiva la questione come “*evolving right without established consensus*”¹⁰⁸ riconoscendo agli Stati parte della Convenzione un margine di apprezzamento con riferimento ai tempi di introduzione dei cambiamenti legislativi.

A differenza di soli 5 anni, la questione delle unioni *same sex* viene riportato davanti ai giudici di Strasburgo, in un contesto caratterizzato da una crescente consenso sociale e di riconoscimento giuridico delle unioni omoaffettive. A livello giurisprudenziale sovranazionale i giudici di Strasburgo avevano adottato diverse pronunce esprimendo l'orientamento della Corte verso il riconoscimento dei diritti spettanti alle coppie *same sex*¹⁰⁹.

Il 21 luglio del 2015, la quarta sezione della Corte Edu si è espressa sul caso *Oliari and others v. Italia* condannando all'unanimità lo Stato italiano per violazione dell'art. 8 della CEDU¹¹⁰.

¹⁰⁶ Secondo la Corte le *same sex couples* si trovano “*in a relevant similar situation to different sex couple as regards their need for legal recognition and protection of their relationship*”, *ivi*, p.to 99.

¹⁰⁷ *Eingetragene Partnerschaft-Gesetz (EPG)*, Text No. 135/2009, adottato dal Parlamento austriaco il 2009.12.18.

¹⁰⁸ Corte Edu, *Schalk and Kopf*, p.to 105. Per ulteriori approfondimenti ancora sul caso *Schalk and Kopf v. Austria* C. RAGNI, *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Schalk e Kopf*, in *Dir. um. dir. int.*, 2010, p. 639 ss; G. REPETTO, *Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero la negazione “virtuosa” di un diritto*, in *Rivista AIC*, 2 luglio, 2010; sulle implicazioni della decisione *Schalk and Kopf* negli ordinamenti degli Stati parte della CEDU, con particolare riguardo all'ordinamento Italiano L. PALADINI, *Le coppie dello stesso sesso tra la sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 14 aprile 2010 e la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 giugno 2010 nel caso Schalk and Kopf v. Austria*, in *DPCE*, 2011-1, pp137 – 151; F. ALICINO, *The Road to Equality. Same-Sex Relationships within the European Context: The Case of Italy*, in *SOG- Working Paper Series* 26, 2015.

¹⁰⁹ La decisione *Gas and Dubois v. France* del 15.03.2012 e *X and others v. Austria* del 11.02.2013 nel riconoscere importanti diritti riguardanti i figli e le coppie omoaffettive includevano le relazioni stabile e durature delle *same sex couples* all'interno della “vita familiare”.

¹¹⁰ ECHR, *Oliari and others v. Italy*, App. no. 18766/11 and 363030/11. Per dei primi commenti a tale sentenza e le ricadute nel sistema italiano L. S. RUNCHELLA, *Ultreya coppie same-sex! La Corte europea dei diritti umani sul caso Oliari e altri v. Italia*, in *articolo29*, 3 agosto 2015, F. ALICINO, *Le coppie dello stesso sesso. L'arte dello Stato e lo stato dell'arte*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 22 agosto 2015; A. SCHILLACI, *La lotta inconclusa: il difficile cammino delle unioni civili*, in *dirittocomparati.it*, 26 ottobre, 2015; L. PONZETTA, *La sentenza Oliari and others v. Italia: una pronuncia dai dubbi effetti*, su *Forum di Quaderni Costituzionali*, 15 novembre 2015; L. FERRERO, *Il caso Oliari e (l'inevitabile) condanna dell'Italia da parte della Corte EDU*, in *DPER online*,



A sostegno della sua decisione, la Corte specifica che, a differenza della precedente pronuncia *Schalk and Kopf*, attualmente il numero degli Stati che hanno riconosciuto tali unioni è cresciuto notevolmente; le risoluzioni e le raccomandazioni delle istituzioni Europee che possono offrire margini di tutela anche alle *same sex couples* sono numerose; la giurisprudenza delle più rilevanti Corti apicali non solo europee ma anche di altri contesti, quale quello statunitense esplicitamente richiamato dalla Corte, si indirizzano verso un riconoscimento di tutela alle *same sex couples*. A tale ondata globale di riconoscimento delle unioni omoaffettive, sottolinea la Corte, non è possibile non assegnare una certa importanza.

Nel caso specifico, i sei ricorrenti lamentavano una violazione degli artt. 8, 12 e 14 della CEDU, in quanto la legislazione dello Stato italiano non permette il matrimonio tra le persone dello stesso sesso e non prevede nessun'altra disciplina giuridica delle unioni civili delle coppie omoaffettive, palesando pertanto, un trattamento discriminatorio nei loro confronti in forza dell'orientamento sessuale. Prima di esprimersi nel merito della controversia, stante la pretesa avanzata dal Governo italiano, la Corte si è pronunciata sull'ammissibilità del ricorso.

L'art. 35 della Convenzione richiede un previo "esaurimento dei rimedi giudiziari delle vie di ricorso interne" prima di adire la Corte europea dei diritti umani. Specifica la Corte Edu che la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale italiana e la totale lacuna legislativa in merito ai matrimoni *same sex* in Italia è tale da far presupporre che le richieste dei ricorrenti non avrebbero avuto nessuna possibilità di successo. Pertanto, i ricorrenti non possono essere biasimati per non aver ugualmente esaurito i rimedi giudiziari interni, visto che gli stessi sono inefficaci. Altresì, visto l'assenza di una previsione legislativa nazionale che disciplini la trascrizione nei registri di stato civile delle unioni *same sex*, e visto che, la Corte costituzionale nelle sue decisioni si è soffermata brevemente sui diritti coinvolti concentrandosi prevalentemente sull'intimazione rivolta al legislatore ad intervenire, secondo i giudici di Strasburgo, nel caso *de quo* sussistono delle circostanze eccezionali tali da esonerare i ricorrenti dall'obbligo di un previo esaurimento dei rimedi giudiziari interni¹¹¹.

Come specificato dalla Corte Edu nel precedente giudizio (*Schalk and Kopf*), ai sensi dell'art. 8 della CEDU la relazione tra i componenti di una coppia omosessuale rientra nella nozione di "vita privata" e la loro duratura coabitazione in quella di "vita familiare"¹¹². Pertanto, nel caso *de*

2/2015; C. NARDOCCI, *Dai moniti del Giudice costituzionale alla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo. Brevi note a commento della sentenza Oliari and Others v. Italia*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Forum*, 3 settembre 2015.

¹¹¹ *Oliari and Others*, par. 83.

¹¹² *Oliari and Others*, par. 103.



quo, la Corte di Strasburgo ha ritenuto invocabili gli artt. 8 e 14 in relazione con l'art. 8 della CEDU.

In particolar modo, l'art. 8 della Convenzione, oltre che proteggere gli individui dall'ingerenza arbitraria dell'autorità pubblica, impone altresì agli Stati il dovere di adottare misure positive al fine di garantire un effettivo rispetto dei diritti riconosciuti dallo stesso articolo. Nell'implementare tali misure positive, allo Stato viene riconosciuto un margine di apprezzamento¹¹³. Con riferimento all'operatività di tale margine, la Corte ha specificato che quando vengono in rilievo questioni di particolare rilevanza per l'identità e l'esistenza degli individui, le maglie di operatività del margine di apprezzamento possono essere ristrette¹¹⁴.

Altre volte, invece, la giurisprudenza sovranazionale ha ritenuto che - in casi che coinvolgono questioni morali o etiche, oppure, laddove lo Stato deve effettuare un bilanciamento tra gli interessi privati e quelli della comunità interamente intesa - in assenza di un consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa, lo Stato gode di un più ampio margine di apprezzamento¹¹⁵. Tuttavia, in caso di una lamentata discriminazione nei confronti dello Stato, quest'ultimo, per non incorrere in una violazione della Convenzione così come interpretata dalla Corte Edu, deve offrire una giustificazione ragionevole della disparità di trattamento. Nel caso di specie, se è chiaro l'interesse delle coppie omoaffettive a vedere riconosciuti i loro diritti, il Governo italiano non ha specificato quale sia "l'interesse della comunità interamente intesa" che dovrebbe essere controbilanciata con l'interesse dei ricorrenti. Il margine di apprezzamento così come richiamato da parte del Governo italiano risulta essere limitato solo con riferimento ai tempi e ai modi dell'adozione di una specifica legislazione. Osservano i giudici di Strasburgo che, nelle more dell'intervento del legislatore italiano, la tutela dei diritti delle coppie omoaffettive esclusivamente per vie giudiziarie non risulta essere la soluzione più adeguata. Questo, in quanto l'ordinamento italiano difetta di una vincolatività del precedente, tipica dei Paesi della *common law*. In difetto di un "*community interest*" e in linea con gli orientamenti ripetuti dalle Corti nazionali, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che il Governo italiano ha oltrepassato il margine di apprezzamento ed ha fallito nell'adozione di misure positive tali da indirizzare in maniera adeguata la tutela dei diritti nel caso delle unioni tra le persone dello stesso sesso¹¹⁶. I giudici di

¹¹³ Sul funzionamento del margine di apprezzamento J. GERARDS, *Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine*, in *European Law Journal*, n. 17, 2011.

¹¹⁴ *Christin Goodwin*, par. 90; *Pretty v. U.K.*, no. 2346/02, ECHR, 2002-III, par. 2.

¹¹⁵ I casi nei quali viene espresso tale orientamento nella giurisprudenza sovranazionale vengono elencati nel par. 162 della sentenza *Oliari and Others*.

¹¹⁶ Corte Edu, *Oliari and others*, par. 185.

Strasburgo richiamano espressamente la giurisprudenza nazionale italiana che aveva dichiarato che ai sensi dell'art. 2 della Costituzione alle coppie omoaffettive viene riconosciuto il diritto fondamentale ad essere tutelate dalla legge. Pur non riconoscendo un diritto al *same sex marriage* i giudici di Strasburgo hanno affermato che sussiste una violazione dell'art. 8 della Convenzione che tutela il "rispetto della vita privata e familiare". Proprio tale diritto secondo la Corte è stato leso dall'assenza nell'ordinamento italiano di un istituto giuridico volto a riconoscere formalmente le unioni fra persone dello stesso sesso. Spetta allo Stato italiano, in linea con le previsioni di cui all'art. 46 della CEDU, conformarsi alla decisione della Corte di Strasburgo adottando una legislazione che disciplini e tuteli i diritti delle coppie *same sex* anche in Italia.

Il salto di qualità compiuto dalla Corte Edu nella sentenza *Oliari* rispetto alla precedente pronuncia *Schalk* risiede proprio nell'accertamento della violazione dell'art. 8 da parte dello Stato. Pur rimanendo la materia di competenza del legislatore nazionale, l'appartenenza alla CEDU impone in capo agli Stati membri l'obbligo di conformità del loro ordinamento e delle prassi giuridiche ai diritti e alle libertà garantiti dalla Convenzione così come interpretati dalla Corte Edu. Come specificato dalla Corte di Strasburgo in altri giudizi¹¹⁷, la disposizione di cui all'art. 8 della CEDU richiede un intervento dello Stato mediante l'adozione di misure positive atte a garantire l'effettività del diritto. È il vuoto normativo sulla tutela giuridica delle coppie omosessuali che costituisce una violazione della Convenzione da parte dello Stato italiano, e proprio da tale carenza ne deriva anche una restrizione del margine di apprezzamento statale¹¹⁸. In effetti, qualora una normativa interna, che equipari le *same sex couples* al matrimonio oppure le disciplini tramite un modo alternativo, sia esistente, la Corte non potrebbe sanzionare lo Stato per violazione dell'art. 8 della CEDU. Questo è stato, in effetti, la distinzione delle pronunce dei giudici di Strasburgo nel caso *Oliari* rispetto al caso *Hämäläinen v. Finland*¹¹⁹.

¹¹⁷ Corte Edu, *Marckx v. Belgium*, 13.06.1979; Corte Edu, *Kroon and others v. The Netherlands*, 27.10.1994. Entrambe le decisioni giungevano alla conclusione che tale obbligo di compiere azioni positive incombeva sugli Stati proprio con riguardo agli aspetti della vita familiare.

¹¹⁸ Corte Edu, *Oliari and others*, par. 177.

¹¹⁹ Pur non riconoscendo il *same sex marriage*, in Finlandia la n. 950/2001 disciplina le unioni civili registrate riconoscendo anche alle coppie *same sex* il diritto di aderirvi. Nel caso in questione, si trattava della rettificazione del sesso di uno dei componenti di una coppia *ab origine* di sesso differente, e la loro pretesa a continuare a vedere tutelata la loro relazione secondo la disciplina del matrimonio. Partendo dalla presenza di una disciplina per le coppie *same sex* in Finlandia e dal fatto che a livello sostanziale la legislazione che disciplina il matrimonio e le unioni civili sono identiche, la Corte non ha accolto la pretesa avanzata dalle ricorrenti. Corte Edu, *Hämäläinen v. Finland*, case No. 176, application no. 37359/09, 16.07.2014. Per commenti su tale decisione G.A. GONZALES – SALZBERG, *Confirming (the Illusion of) Heterosexual Marriage: Hämäläinen v Finland*, in, *Journal of International and Comparative Law* (2015), vol. 2, n.1,

In più, nel caso Oliari, l'obbligo del legislatore italiano di adottare una disciplina normativa diretta ad offrire protezione alle *same sex couples*, come sottolineato nella *Opinion* concorrente dei tre giudici della Corte Edu¹²⁰, deriva non solo dall'art. 8 della Convenzione ma anche dall'orientamento espresso dalla Corte costituzionale nella sentenza 170 del 2014.

Va tuttavia precisato che, in riferimento a tale ultima questione, nella *concurring opinion* del giudice Mahoney si sottolinea come, in caso di lacuna normativa, la Corte costituzionale possa affermare l'esistenza di un dovere costituzionale e sollecitare il Parlamento ad adottare la necessaria azione legislativa, senza necessariamente raggiungere il risultato sperato¹²¹.

Sulla base di tali ragionamenti, i giudici di Strasburgo, mettendo in evidenza da un lato la volontà dei ricorrenti di veder tutelati i loro interessi, dall'altro la mancanza di indicazione di un “*community interest*” dello Stato italiano, l'attenzione riservata all'esigenza di tutela alle coppie *same sex* da parte della Corte Costituzionale e quella di Cassazione, l'incapacità del legislatore italiano di adottare una disciplina normativa in grado di offrire protezione alle unioni omosessuali, giungono pertanto alla conclusione che l'Italia è andata oltre il margine di apprezzamento, non adempiendo all'obbligo positivo di adottare una legislazione in grado di offrire forme di tutela alle unioni omoaffettive¹²².

7. Conclusioni: le *same sex couples* tra *stare decisis* della Corte Suprema statunitense, “obbligo positivo” della Corte Edu e “forza politica” della Corte costituzionale italiana. Il ruolo della comparazione nell'attività interpretativa delle Corti

Le vicende giudiziarie esaminate mettono in risalto il contrasto tra legge e diritti, nei casi in cui si pretenda il riconoscimento di questi ultimi in contrasto con le previsioni legislative vigenti. Di fronte all'esigenza di tutelare diritti non originariamente intesi nelle Carte costituzionali, la differenza dei “diritti naturali precostituiti” tipica della *Bill of rights* statunitense e più in generale dei sistemi della *common law*, e la rigidità dei testi costituzionali scritti, tipica del sistema della *civil law*, viene superata attraverso un'attività interpretativa dei giudici che in entrambi i sistemi

173-186; D. THAYER, *Case Note: Härmäläinen v Finland: Application no 37359/09: European Court of Human Rights, Grand Chamber*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, Vol. 4, No. 1, Jan. 2015.

¹²⁰ *Concurring Opinion* del giudice Mahoney al quale si associano i giudici Tsotsoria e Vehabović, “*The declaration by the Constitutional Court that Article 2 of the Italian Constitution confers on two people of the same sex living in stable cohabitation a ‘fundamental right’ to obtain juridical recognition of their union constitutes an active intervention by the State into the sphere of private and family life covered by Article 8 of the Convention*” in *Oliari and others v. Italy*, p. 63

¹²¹ Corte EDU, *Oliari and others v. Italia, Concurring opinion, op.cit.* § 3.

¹²² Corte EDU, *Oliari and others v. Italia*, par. 180, 183 e 184.

accolgono il concetto di Costituzione quale fattispecie aperta. Come da tempo sostenuto da una parte della dottrina, il riconoscimento del formante giurisprudenziale in concorso con altri nella creazione delle regole giuridiche, anche all'interno dei sistemi di *civil law*, non è più materia di disputa¹²³. Le esperienze qui esaminate, mettono in evidenza che, pur operando in ambiti costituzionali differenti, vi è la tendenza a confluire verso un riconoscimento delle nuove esigenze di tutela attraverso vie giurisdizionali. Nei casi di diritti di nuova rivendicazione, le Corti ricoprono un ruolo fondamentale per l'evoluzione degli ordinamenti all'interno dei quali agiscono. Invero, in tali casi, le Corti non si limitano a tutelare i diritti ma attraverso tecniche interpretative “dei principi, piuttosto che a quelle delle regole analitiche”¹²⁴, si “spingono verso la creazione degli stessi diritti estrapolandogli dalla norma costituzionale scritta”¹²⁵ effettuando un'interpretazione “storico evolutiva”¹²⁶ dei diritti. Attraverso tale *modus operandi* delle Corti, i diritti delle coppie *same sex*, non originariamente previsti dalle Carte costituzionali, sono stati riconosciuti quali diritti fondamentali. Tuttavia, diverse sono le soluzioni adottate dalla Corte qui esaminate, anche per il differente ruolo occupato dai tali organi nei sistemi di garanzia dei rispettivi

¹²³ A. GAMBARO - R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in R. SACCO (a cura di), *Trattato di Diritto Comparato*, Torino, 1999, pp. 31- 43; G. DE VERGOTTINI, *Modelos constitucionales e innovacion*, in AA.VV., *Estudios de teoria del estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdu*, Mexico – Madrid, 2001, vol. II, pp. 1367 ss; R. TONIATTI, *Il principio di rule of law e la formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale dell'Unione Europea* in S. GAMBINO (a cura di), *La formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale europeo. Principi e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2002, pp. 503 e ss; G. GUARNIERI, *Courts and marginalized groups. Perspectives from continental Europe*, in *Int J Constitutional Law* (2007) 5 (2):187-210; A. PIZZORUSSO, *Un'invenzione che ha cambiato il mondo di concepire il diritto: la giustizia costituzionale*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli, 2011, pp. 57 e ss; A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Bari, 2015. Di orientamento opposto, invece. M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 4/2014, 10 ottobre 2014; R. BIN, tra i vari sui scritti, *I principi costituzionali: uso e applicazioni*, Convegno CUIA 'Principi generali del diritto: un ponte giuridico tra Italia e Argentina' Brescia, 9 e 10 maggio 2013, disponibile su <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/ConvegnoCUIA.pdf>; ID. *Discrezionalità del giudice, op.cit.* Per una lettura dei vari orientamenti dottrinali sul punto e per una attenta disamina dei possibili scenari di tensione tra interpretazione giurisprudenziale e altri poteri dello Stato M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Torino, 2015.

¹²⁴ A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali VIII, 2015, p. 328.

¹²⁵ A tal proposito è stato osservato da autorevole dottrina che la Corte “non si limita a tutelare i diritti ma si spinge verso una creazione degli stessi diritti costituzionali, [...], assumendosi così la responsabilità di svolgere una sorta di potere costituente, fondato sull'estrapolazione dei ‘nuovi diritti’ dalla norma costituzionale scritta attraverso tecniche interpretative quali quelle, per esempio, basate sul cosiddetto ‘combinato disposto’. Si pensi, tra gli altri, al diritto alla riservatezza, al diritto all'ambiente, al diritto all'identità sessuale: tutti diritti non previsti e disciplinati in Costituzione ma ritenuti diritti fondamentali costituzionali in virtù di pronunciamenti della Corte”. G. DE VERGOTTINI - T. E. FROSINI, *Sul mito della Corte costituzionale “in-politica”*, in *forumcostituzionale.it*, 22.12.2010, p.3; sul ruolo della giurisprudenza nell'evoluzione degli ordinamenti G. CAMPANELLI - F. DAL CANTO - E. MALFATTI - S. PANIZZA - P. PASSAGLIA - A. PERTICI (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell'evoluzione degli ordinamenti*, Torino, 2010.

¹²⁶ A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana, op. cit.*, p. 330.

ordinamenti di appartenenza. Partendo dalla diversa concezione dei diritti fondamentali, la Corte Suprema incide maggiormente sulla tutela dei diritti fondamentali individuali coinvolti nel *same sex marriage* pur continuando a tutelare la “community” delle persone omosessuali, diritti individuali e protezione di uno specifico gruppo di minoranza si trovano a vivere in osmosi nel *reasoning* della Corte Suprema statunitense. Diversamente invece, la giurisprudenza italiana si concentra di più, e quasi esclusivamente, sulla dimensione della “specifica formazione sociale” come definite le unioni omoaffettive, pertanto da questa semmai individua spazi per tutelare diritti fondamentali individuali.

A questo punto la domanda che ci si pone è se esiste un dialogo tra le corti con riferimento al riconoscimento delle *same sex couples*? Qual è la valenza del richiamo alla legislazione e alla giurisprudenza straniera nei casi esaminati?

L’uso da parte del giudice del precedente straniero al fine di interpretare il diritto interno, nel sistema statunitense è oggetto di un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale. A dispetto della crescente tendenza globale del richiamo di decisioni di corti e del diritto straniero, il sistema statunitense rimane tendenzialmente riluttante alla comparazione e per certi versi autoreferenziale con qualche timida apertura nei confronti del diritto britannico, considerata la comune radice delle tradizioni del diritto Anglo – Americano e l’affinità linguistica nell’esprimere alcuni istituti presenti solo in tali ordinamenti¹²⁷. Analizzando le citazioni di decisioni ed il richiamo di diritto straniero nelle sentenze delle Corti statunitensi (federale e di quelle statali), gli studiosi hanno

¹²⁷ Nel spiegare il fenomeno di tale chiusura, autorevole dottrina, usa il termine di “radicalizzazione ideologica” riferendosi al filone “nazionalista” della Corte Suprema che sottolinea come il dovere dei giudici sia quello di “interpretare la Costituzione, e non di imporre la volontà di entità straniere al popolo degli Stati Uniti”. G.F. FERRARI, *La comparazione giuridica nella giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti d’America*, in G.F. FERRARI - A.GAMBARO (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli - Roma, 2006, p. 316; sul dibattito dottrinale e specialmente delle diverse posizioni dei giudici della Suprema Corte *cf. infra*, D. M. AMANN, “*Rise the flag and let it talk*”: on the use of external norms in constitutional decision making, in *Int J Constitutional Law* (2004) 2 (4): 597-610; L. LARSEN, *Importing Constitutional Norms from a “Wider Civilization”*: Lawrence and the Rehnquist Court’s use of Foreign and International Law in Domestic Constitutional Interpretation, 65 *Ohio ST.L.J.*, 1283, 2004; William N. ESCRIDGE JR., *United States: Lawrence v. Texas and the imperative of comparative constitutionalism*, in *Int J Constitutional Law* (2004) 2 (3): 555-560; V. JACKSON, *Constitutional Engagement in a Transitional Era*, Oxford, 2010; L. FABIANO, *Tanto rumore per nulla: il dibattito sull’uso del diritto e del precedente straniero fra i giudici della Corte suprema statunitense*, in P. MARTINO (a cura di), *I giudici della common law e la (cross)fertilization: i casi di Stati Uniti d’America, Canada, Unione Indiana e Regno Unito*, Santarcangelo di Romagna, 2014, pp. 17 – 39; sul richiamo della radice comune della “*Old British Law*” da parte dei giudici statunitensi al fine di giustificare il richiamo del diritto straniero limitatamente all’ordinamento britannico R. HIRSCHL, *Comparative matters. The renaissance of comparative constitutional law*, Oxford, 214, p. 35. Per un accurata ricostruzione del dibattito dottrinale sulle tecniche argomentative negli USA, G. BOGNETTI, *Lo Spirito del costituzionalismo americano*, vol. II, *La Costituzione democratica*, Torino, 2000.

evidenziato come, a partire dal 1995, le citazioni straniere risultino sussistenti solo in 145 casi¹²⁸. Con la corte Roberts, stabilita dal 2005, a differenza della precedente corte Rehnquist, solo in un caso si è fatto ricorso al richiamo di decisioni o leggi straniere¹²⁹. La citazione della prassi straniera, anche per quei giudici che si dichiarano aperti alla comparazione, viene ritenuta di valore esclusivamente argomentativo e persuasivo, e l'impiego nella risoluzione di casi specifici viene vista più come una rara eccezione piuttosto che una regola. Analizzando le limitate pronunce nelle quali la Corte Suprema richiama il diritto straniero, si nota che la tendenza statunitense di apertura verso un dialogo tra le Corti risulta sussistente in quelle occasioni nelle quali sono coinvolti materie sensibili quali i diritti degli omosessuali, la pena di morte, l'aborto, l'eutanasia: tutte fattispecie di recente regolamentazione ricompresi nella gamma dei "nuovi diritti". Nel caso *Thompson v. Oklahoma*¹³⁰ riguardante la pena di morte dei minori di 16 anni e *Roper v. Simmons*¹³¹ riguardante la pena di morte dei minori di anni 18, pur basando la propria decisione sulla disciplina statale, la Corte richiama gli orientamenti delle nazioni di matrice Anglo – Americana e quelle dei principali membri della Comunità europea occidentale; nel caso *Planned Parenthood v. Casey*¹³², in tema di aborto, il *Chief Justice* fonda le sue opinioni richiamando la giurisprudenza canadese e quella tedesca; nel caso *Washington v. Glucksberg*¹³³, riguardante l'eutanasia, si richiama il diritto dei Paesi Bassi; nel caso *Atkins v. Virginia*¹³⁴, riguardante l'abolizione della pena di morte per reati commessi da persone affette da infermità mentale, la Corte fa riferimento alla disapprovazione di tale pratica "*within the world community*". Altresì, peculiare apertura della Suprema Corte nei confronti del dialogo tra le Corti si denota proprio nel caso *Lawrence v. Texas*¹³⁵, laddove, nel dichiarare incostituzionali le norme sul divieto della sodomia, la Corte fa ampio uso del diritto e della giurisprudenza straniera, tra cui non solo la

¹²⁸ D. ZARING, *The use of foreign decisions by federal courts: an empirical analysis*, in *Journal of Empirical Legal Studies*, 3, 2006, pp. 297-331.

¹²⁹ Analizzando le diverse pronunce Calabresi e Zindhal sottolineano come la corte Rehnquist (1986-2004) ha fatto uso di precedenti stranieri nel 0,3 % delle sue decisioni e la corte Roberts in nessuna. S. CALABRESI - S. D. ZIMDAHL, *The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision*, in *William and Mary Law Review*, 47, 2005, p. 753; A. SPERTI, *The United States of America: First Caution Attempts of Judicial Use of Foreign Precedents in the Supreme Court's Jurisprudence*, in T. GROPPI - M.C. PONTTHOREAU (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Portland, 2013, pp. 393 – 410.

¹³⁰ *Thompson v. Oklahoma*, 487 US 815 (1988).

¹³¹ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

¹³² *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

¹³³ *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 703, 732, 734 (1997).

¹³⁴ *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002).

¹³⁵ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 551 (2003).

legislazione inglese ma anche la giurisprudenza della Corte Edu¹³⁶. Ancora, nella decisione *District of Columbia v. Heller*¹³⁷ del 2008, riguardante il diritto individuale a portare armi e l'interesse della collettività al controllo delle armi, la Suprema Corte fa riferimento alla giurisprudenza continentale europea, specialmente alle decisioni del tribunale tedesco sul margine di apprezzamento. Tuttavia nei giudizi successivi al caso *Lawrence*, che riguardano le unioni omosessuali, *United States v. Windsor* e *Obergefell v. Hodges*, la Corte Suprema, fonda la sua decisione richiamando solo sentenze interne agli USA e da queste trae le argomentazioni nelle quali basa il suo giudizio¹³⁸. L'attuale prassi giurisprudenziale statunitense di omissione di citazioni di giurisprudenza e di legge straniera, se da una parte risulta in linea con l'orientamento del Chief Justice Roberts, che ritiene che i giudici ricorrono a tale prassi solo per confermare le loro personali opinioni, dall'altra, rispecchia anche una scelta politica della Corte che fa a meno della comparazione onde evitare discussioni tali da indebolire la legittimità delle scelte effettuate nei casi specifici¹³⁹. Tuttavia, l'omessa citazione del richiamo al diritto e alla giurisprudenza straniera all'interno della decisione, non toglie che l'interprete ricorra alla comparazione per formare il suo giudizio. In fin dei conti, anche il giudice Scalia, sostenitore della corrente contraria alla comparazione, proprio con riferimento alla citazione dei precedenti stranieri affermava “*do it, just don't put it in your opinions*”¹⁴⁰.

Diversamente, invece, la Corte Edu, oltre a richiamare la legislazione in vigore nei singoli Stati membri del Consiglio d'Europa e le diverse pronunce della Corte di Giustizia¹⁴¹, dedica un'intera

¹³⁶ Per il dibattito intorno al ricorso a precedenti stranieri nel dialogo sviluppato tra i giudici della Corte Suprema statunitense N. DORSEN, *The relevance of foreign legal materials in U.S. Constitutional cases: a conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 2005, pp. 519 e ss.

¹³⁷ *District of Columbia v. Heller*, U.S. 554 (2008). Sull'apertura della Suprema Corte statunitense al diritto straniero, specialmente a quello eurocentrico, con riferimento al richiamo del margine di proporzionalità nella causa *Heller* e il dibattito tra i membri della Corte, COHEN – ELIYA M, I. PORAT, *The hidden foreign law debate in Heller: the proportionality approach in American Constitutional Law*, in *San Diego Law Review*, vol. 46, 2009, 412.

¹³⁸ L'eventuale spiraglio per un'influenza del diritto straniero nel caso *Obergefell* potrebbe essere individuato solo in maniera indiretta, ossia, avendo più volte richiamato la Corte la decisione *Lawrence* si potrebbe sostenere che il diritto e la giurisprudenza straniera richiamata in tale ultimo caso confluiscono anche all'interno della decisione *Obergefell*.

¹³⁹ Sull'orientamento del Giudice Roberts espresso nel suo discorso al *Judiciary committee* del Senato durante la conferma della sua nomina alla Corte Suprema USA e sull'attuale delicato momento della Corte statunitense a cospetto delle critiche mosse al Presidente Obama per aver scelto giudici “politizzati” L. FABIANO, *op.cit.*, pp. 37 e 38 e la bibliografia *ivi* richiamata.

¹⁴⁰ Tale peculiare frase del giudice Scalia, a dimostrazione del fatto che anche se omessa nella sentenza non è detto che la comparazione non sia stata effettuata viene sottolineata da F. PALERMO, *Judicial dialogue e citazione dei precedenti stranieri. Un contributo alla dogma del legal pluralism*, in P. MARTINO, *op.cit.*, p. 14.

¹⁴¹ *Vallianatos and others v. Greece*, no. 29381/09 e 32684 / 09.

sezione alla pronuncia della Corte Suprema degli USA¹⁴². Tale richiamo, tuttavia, viene effettuato al fine di comprendere quale sia l'orientamento sulle *same sex couples* anche al di fuori del continente europeo¹⁴³. In effetti, da tale richiamo non ne deriva né una circolazione degli argomenti e né tantomeno una circolazione della soluzione, altrimenti, i giudici di Strasburgo avrebbero dovuto concludere per una piena equiparazione del matrimonio *same sex* a quello eterosessuale. Diversamente, il richiamo alla legislazione degli Stati membri della Convenzione viene effettuata al fine di individuare la presenza di un denominatore comune con la finalità di agevolare il controllo della Corte Edu sulla discrezionalità dello Stato italiano in tema di unioni *same sex*. Il richiamo alla giurisprudenza nazionale italiana viene effettuato sia con riferimento al riconoscimento delle unioni omoaffettive quali associazioni meritevoli di tutela in quanto coinvolgono diritti fondamentali ai sensi dell'art. 2 della Costituzione italiana, sia con riferimento alle ripetute intimazioni rivolte al legislatore di intervenire per adottare una disciplina legislativa in grado di disciplinare le *same sex couples*. Tant'è vero che nell'*Opinion* concorrente dei tre giudici della Corte Edu si era giunti a ritenere che l'obbligo del legislatore italiano deriva non solo dall'art. 8 della Convenzione ma anche dall'orientamento espresso dalla Corte costituzionale¹⁴⁴. Una volta sottolineata la convergenza a riconoscere forme di tutela alle unioni *same sex* nella maggioranza degli Stati parte della Convenzione, e basandosi anche sulle pronunce della Corte Costituzionale italiana e della Corte di Cassazione, i giudici di Strasburgo condannano lo Stato italiano per aver oltrepassato il margine di apprezzamento.

In entrambe le decisioni della Corte costituzionale qui esaminate, il giudice delle leggi effettua espresso richiamo al diritto e alla giurisprudenza straniera. Nella 138/2010 il richiamo alla legislazione straniera viene effettuato al fine di sottolineare l'ampia discrezionalità che nei vari ordinamenti veniva riconosciuto ai Parlamenti nazionali per disciplinare i diritti riguardanti le unioni omoaffettive¹⁴⁵. Diversamente, invece, nella 170 del 2014, la Corte effettua un richiamo

¹⁴² *Oliari and Others v. Italia*, § 65.

¹⁴³ Osserva a tal proposito de Vergottini che “Sono numerosi i casi in cui la stessa si rivolge a ordinamenti esterni alla Convenzione. [...]L'impressione è [...] che il riscontro serve al giudicante per “farsi un'idea”, per informarsi, al fine di verificare quali siano le linee di tendenza condivise ...anche di ordinamenti estranei alla Convenzione, per individuare il denominatore comune [...]”. G. DE VERGOTTINI, *Diritto Costituzionale Comparato*, IX Edizione, Padova, 2013, p. 71.

¹⁴⁴ *Concurring Opinion* del giudice Mahoney, al quale si aggiungono anche i giudici Tsotsoria e Vehabović, in *Oliari and others v. Italy*, p. 63 “*The declaration by the Constitutional Court that Article 2 of the Italian Constitution confers on two people of the same sex living in stable cohabitation a 'fundamental right' to obtain juridical recognition of their union constitutes an active intervention by the State into the sphere of private and family life covered by Article 8 of the Convention*”.

¹⁴⁵ Nella sent. 138/2010 la Corte ha richiamato il diritto straniero per sottolineare l'assenza di posizioni condivise nei vari ordinamenti europei la cui legislazione veniva richiamata e esaminata “pur in maniera



alla decisione della corte costituzionale austriaca¹⁴⁶ e tedesca¹⁴⁷ quale precedente “dal valore puramente persuasivo”¹⁴⁸ per dichiarare l'incostituzionalità del divorzio imposto. Tuttavia, nessuno dei richiami giurisprudenziali è stato posto quale fondamento della decisione ma tutt'al più la comparazione in tali ipotesi può essere classificata quale meramente ausiliaria alla decisione pervenuta.

Pertanto semmai, l'unico dialogo esistente pare sia quello tra Corte Edu e Corte costituzionale italiana, laddove, non è la Corte nazionale a fondare la propria decisione sulla pronuncia della Corte superiore ma il contrario.

Entrando più nello specifico nelle implicazioni che le pronunce qui esaminate comportano all'interno dei singoli ordinamenti, ci si pone la domanda: qual è il ruolo della giurisprudenza nell'emersione dei nuovi diritti, rispetto ai quali le unioni *same sex* sono state prese a modello? Ancora, di fronte a questioni che coinvolgono storiche convinzioni morali della società, la tutela dei nuovi diritti ha delle ripercussioni anche nei rapporti tra giudici e legislatori?

L'intreccio tra politica e giurisdizione costituisce uno degli aspetti dell'ordinamento statunitense che da sempre ha maggiormente attirato l'interesse degli studiosi. La natura particolarmente estesa del controllo di costituzionalità attribuisce un indubbio ruolo politico al tribunale federale statunitense. Pur essendo oramai da tempo consolidata la prassi della c.d. *doctrines of justiciability*, quale espediente processuale mediante la quale la Corte evita di decidere su argomenti ritenuti troppo scottanti o sensibili, si denota come in nessuno dei giudizi riguardanti il *same sex marriage* la Corte non abbia declinato la propria giurisdizione eventualmente sotto forma di *ripeness*¹⁴⁹ come

non esaustiva” con la finalità di escludere una violazione di cui all'art. 2 della Cost. e dichiarare l'inammissibilità dell'art. 117 della Carta fondamentale.

¹⁴⁶ Corte cost. austriaca, decisione N VerfG 8 giugno 2006, n. 17849.

¹⁴⁷ Corte cost. tedesca, BVerfG, 1° Senato, ord. 27 maggio 2008, BvL 10/05.

¹⁴⁸ Sottolineando che in tali pronunce le Corti si erano indirizzate a tutelare l'interesse della coppia a “che l'esercizio della libertà di scelta compiuta dall'un coniuge con il consenso dell'altro [...] non sia eccessivamente penalizzato con il sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto, che essa vorrebbe, viceversa, mantenere in essere”.

¹⁴⁹ A partire dalla riforma processuale del 1988, che ha eliminato la giurisdizione obbligatoria della Corte Suprema, la *doctrine of justiciability* è stata maggiormente valorizzata. La Corte Suprema potrebbe negare la “*justiciability*” della causa in quattro differenti ipotesi: *ripeness* (questione ritenuta ancora molto attuale e immediata per essere decisa); *mootness* (quando la sopravvenienza fatti nuovi rende *inutiliter data* la sentenza); *standing* (in caso di mancata individuazione di soggetti legittimati ad agire in giudizio); *political question* la cui presenza, a differenza delle precedenti ipotesi di *doctrine of justiciability*, preclude in maniera definitiva l'esame della questione. Per tale ricostruzione, P. BIANCHI, *La giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, in J. LUTHER - R. ROMBOLI - R. TARCHI, *op.cit.*, p. 49; A. MASARACCHIA, *La costruzione e l'impiego di parametri non scritti nella giurisprudenza delle Corti Supreme nordamericane, della Corte di giustizia della Comunità europee e della Corte Costituzionale italiana*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, specialmente pp. 127 – 128; sulle possibili applicazioni delle *political question doctrine* anche in

fatto in altre singolari situazioni¹⁵⁰. Anzi, anche laddove gli ordinamenti statali avevano indicato la necessità di attendere che tramite il dibattito la coscienza sociale si maturasse maggiormente verso il riconoscimento o meno del *same sex marriage*, quale *compelling government interest*, la Corte Suprema ha invece ritenuto che i tempi per il riconoscimento del *same sex marriage* fossero oramai maturi. Nel caso statunitense, per le particolari esigenze di uniformità proprie della struttura federale dell'ordinamento americano, la Corte Suprema, che funge da vertice del sistema delle corti statali e federali, attraverso la propria decisione e l'ampio ricorso al *judicial review*, in forza dello *stare decisis* e dell'*institutional dialogue* del *common law*, ha vincolato sia l'intero sistema giurisdizionale che gli organi di indirizzo politico. Alle decisioni di incostituzionalità della Corte Suprema segue un dialogo con il legislatore, chiamato a correggere le normative dichiarate incostituzionali dalla Corte estendendo la disciplina matrimoniale anche al *same sex marriage* in tutto il territorio federale. Optando per non introdurre un nuovo diritto ma per interpretare in maniera evolutiva un diritto tradizionale esistente nella Costituzione la Corte Suprema, tuttavia, in maniera rischiosa dichiarando la propria supremazia rispetto al legislatore (e anche agli elettori) "ogni qual volta siano in gioco i diritti fondamentali", mette a repentaglio gli equilibri dell'intero sistema statunitense. L'impiego della *due process clause* da parte della Corte nel caso *Obergefell v. Hodges*, per la peculiarità del precedente vincolante, rischia di legittimare tale *modus operandi* ogni qual volta giudici e legislatori si trovino in contrasto. Ma la Suprema Corte ha stabilito che la decisione spetterà alla Corte e non al legislatore. Altri ordinamenti di matrice anglosassone, Regno Unito e il Canada, invece, hanno inteso regolamentare tramite legge gli effetti del *judicial review*: quando si tratta di diritti individuali l'ultima parola spetta al parlamento e non al giudice, preservando pertanto la legittimazione della sovranità parlamentare¹⁵¹.

Diversamente, invece, la Corte Edu pur interpretando la Convenzione in maniera evolutiva al fine di offrire tutela alle *same sex couples*, lascia ai singoli Stati il diritto di scegliere la forma nella quale intendono tutelare tali unioni. I giudici di Strasburgo non sanzionano l'Italia per la mancata equiparazione del *same sex marriage* al matrimonio eterosessuale, ma sanzionano la totale mancanza

casi riguardanti i diritti fondamentali M. PAPPONE, *La doctrine delle political questions nell'esperienza statunitense*, in *Consulta Online*, 8 gennaio 2016.

¹⁵⁰ *Poe v. Ullman*, U.S. 367, (1961), riguardante il divieto dei contraccettivi. Per una lettura comparativa degli effetti scaturenti dalla decisione *Poe* e da quella *Obergefell*, K. YOSHINO, *A new birth of freedom?: Obergefell v. Hodges*, in *Harvard Law Review*, 2015, vol. 129-147.

¹⁵¹ Su tali aspetti riferisce R. BIN, *A discrezione del giudice*, *op.cit.*, p. 79. Per un'analisi in visione comparata dell'istituto del *judicial review* nella sterminata letteratura si vedano almeno M. CAPPELLETTI, *Judicial Review in Comparative Perspective*, in *California Law Review*, Vol. 58, Issue 5, 1970; M. TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, 2007.



di una legislazione nazionale in grado di offrire protezione alle *same sex couples*, ossia, l'obbligo positivo del legislatore ad intervenire per tutelare un diritto riconosciuto come fondamentale.

L'evoluzione giurisprudenziale italiana qui richiamata, invece, denota come in seguito all'inerzia e alle inadempienze del legislatore, i diritti delle unioni omoaffettive siano stati tutelati “a colpi di sentenza”, sostituendosi la Corte quale “mediatrice dei conflitti sociali” alle assemblee legislative. La Corte si rivolge al legislatore indicando il nucleo dei diritti da difendere facendo salvo il paradigma eterosessuale del matrimonio di cui all'art. 29 della Costituzione. A prescindere dall'intenzione di autolimitazione manifestata dalla Corte costituzionale, laddove quest'ultima afferma la necessità dell'intervento del legislatore¹⁵², l'impatto più incisivo della pronuncia della Corte sul sistema normativo è quello determinato dall'adozione dell'additiva di principio e dai suoi effetti manipolativi. Con riferimento al sistema legislativo, la Corte finisce a sovrapporsi al Parlamento, indirizzando e vincolando l'esercizio del potere legislativo, indicando la via da ripercorrere. Con riferimento al potere giudiziario, invece, l'additiva di principio impone al giudice *a quo* il dovere di decidere sul caso specifico individuando la norma positiva da applicare al caso concreto estrapolando la stessa norma dal principio espresso dalla Corte costituzionale. E *mutatis mutandis*, le pronunce del giudice di legittimità ripresi dai giudici di merito tendono ad indirizzarsi verso una uniformità delle decisioni di merito. La tecnica decisoria per il tramite di una sentenza additiva di principio della Corte, scegliendo di mutare l'oggetto della dichiarazione di incostituzionalità, ovvero, il comportamento omissivo del legislatore e non più una norma¹⁵³, si avvicina molto verso quello che Martines chiamava la “forza politica della Corte costituzionale”¹⁵⁴. Un'anima politica della Corte, che nell'inerzia del legislatore, pur rimanendo impresso nell'ordinamento italiano il ruolo che quest'ultimo riveste, avvicina il ruolo della Corte

¹⁵² Pizzorusso indica tale *modus operandi* della Corte come “*self – restraint*”, avvicinando così il modello italiano a quello proprio dei sistemi del *common law*. A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, Bologna, 1977, p. 22 e p. 279.

¹⁵³ Invero, nella sua decisione la Corte costituzionale dichiarava l'incostituzionalità della norma nella parte nella quale non prevede un principio che dovrebbe prevedere, intimando al legislatore di intervenire con la massima sollecitudine.

¹⁵⁴ Sugli effetti politici delle decisioni della Corte costituzionale T. MARTINES, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano, 1957, ora in Id., *Opere*, I, *Teoria generale*, Milano, 2000, 112 ss., e 206 ss.; sulla teoria della “forza politica” della Corte costituzionale nel pensiero di Martines v. anche L. D'ANDREA, *La “forza politica” della Corte costituzionale nel pensiero di Temistocle Martines*, in M. AINIS - A. RUGGERI - G. SILVESTRI - L. VENTURA (a cura di), *Indirizzo politico e Costituzione. A quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, Milano, 1998, 313 e ss; T. MARTINES, *Diritto Costituzionale. Edizione per i corsi universitari di base*, (a cura di G. SILVESTRI), Milano, 2010, p. 354 e ss; A. RUGGERI, *Gli “effetti politici” delle sentenze della Corte costituzionale emesse in occasione dei giudizi sulle leggi*, in *Consulta Online*, 11 giugno 2014; sui rapporti fra Corti costituzionali e politica si segnala il fascicolo monografico apposito *Giustizia costituzionale e politica*, in *Rivista Percorsi Costituzionali*, n. 2/3 del 2010, con particolare riferimento al contributo di E. CHELI, *Il ruolo “politico” della Corte costituzionale italiana in prospettiva comparatistica*.



costituzionale a quello della Corte Suprema statunitense, quantomeno quando la decisione riguarda diritti nuovi fondamentali della persona. A ben vedere, la “forza politica” della Corte costituzionale nelle ipotesi qui esaminate non si individua nella parificazione del matrimonio *same sex* al matrimonio eterosessuale invalidando l’attività svolta dagli altri organi competenti statali. Piuttosto, avendo ritenuto la Corte che le unioni omoaffettive sono meritevoli di tutela ai sensi dell’art. 2 della Costituzione e immettendo tali unioni nel circuito protettivo attraverso sentenze manipolative poi confermate da parte della Corte di Cassazione (nell’esercizio della propria funzione nomofilachia), la Corte “orienta” il legislatore verso la scelta da compiere. Pertanto, o il legislatore interviene adottando una disciplina diretta a tutelare le unioni *same sex*, oppure, il rischio è quello di immettere nel circuito interpretativo giurisprudenziale gli effetti della sentenza manipolativa anche se in contrasto con la Costituzione vista la conflittualità con l’art. 29 della stessa. Se da una parte la Corte costituzionale sollecita l’intervento del legislatore, dall’altro lo pone in una situazione per la quale, la sua inerzia non può impedire la tutela dei valori costituzionali indicati nell’additiva di principio¹⁵⁵. Per le peculiarità proprie dell’ordinamento italiano che difetta di una vincolatività giuridica del precedente propria dei sistemi del *common law*, nulla vieta che in altri casi in assenza di una disciplina generale - alla cui approvazione secondo i principi dell’ordinamento italiano la potestà spetta al legislatore e non ai giudici - il giudice di legittimità mutui il proprio orientamento. Alcuni studiosi hanno commentato, come l’intervento supplente delle corti in quelle ipotesi nelle quali il legislatore rimane assente in attesa del raggiungimento di un consenso sociale, ogniqualvolta si tratti di temi controversi che riguardano nuovi diritti, quali quelli delle unioni *same sex* e della bio etica, mostrano una tendenza di avvicinamento dell’ordinamento italiano a quello degli ordinamenti di *common law*¹⁵⁶.

A prescindere dal diverso ruolo occupato dal richiamo del diritto straniero nelle sentenze qui esaminate, non si può fare a meno di notare che le pronunce delle Corti nei rispettivi ordinamenti si indirizzano verso un orientamento assiologicamente favorevole alla tutela delle unioni *same sex*. Visto l’influenza esercitata, specialmente da parte della Corte Suprema statunitense e dalla Corte Edu, tale orientamento giurisprudenziale favorevole tendenzialmente si presuppone di avere un

¹⁵⁵ In tal senso R. ROMBOLI, *Sull’esistenza di scelte riservate alla discrezionalità del legislatore: la sindacabilità delle regole di tecnica legislativa e l’utilizzo delle sentenze additive di principio*, in *Giustizia costituzionale e politica*, in *Rivista Percorsi Costituzionali*, n. 2/3 del 2010.

¹⁵⁶ S. PRISCO - M. MONACO, *L’Italia, il diritto e le unioni affettive stabili di carattere non tradizionale. Un panorama di problemi e di possibili soluzioni*, in *Bio Law Journal- Rivista di Bio diritto*, nr. 2, 2014, pp. 257 e ss.

impatto globale¹⁵⁷. Tuttavia, nell'ordinamento italiano, nonostante l'indubbio valore delle *value oriented adjudication* nel riconoscere i diritti fondamentali alle *same sex couples* facendo sempre salvo la natura eterosessuale del matrimonio, si necessita un tempestivo intervento da parte del legislatore, altrimenti come osservato da Zagrebelsky "il diritto senza legge è cieca conservazione"¹⁵⁸. È proprio al legislatore che la Corte sollecita di intervenire per adottare misure legislative atte a disciplinare le unioni tra persone dello stesso sesso, ed è l'inerzia del legislatore e il vuoto normativo esistente che la Corte Edu sanziona nella sua decisione.

Attualmente, presso il Parlamento è in discussione il disegno di legge (c.d. Cirinnà¹⁵⁹) che disciplina le *same sex couples* all'interno delle unioni civili prevedendo la creazione di un istituto *ad hoc* che l'art. 1, in linea con l'orientamento espresso dalla Corte Costituzionale e dalla Corte di Cassazione, definisce quale "specifica formazione sociale" al quale estendere la maggior parte del contenuto dei diritti previsti per il matrimonio. A tal proposito, il disegno di legge rinvia ad una serie di quelle disposizioni del codice civile dettate per l'istituto del matrimonio. Di qui, una crescente divisione dell'opinione pubblica. In dottrina¹⁶⁰ si è osservato che l'istituto del matrimonio e quello delle unioni tra persone dello stesso sesso sono istituti diversi, pertanto il progetto di legge nel rinviare alle norme di codice civile che disciplinano gli effetti del matrimonio crea confusione. Dunque, si necessita una disciplina autonoma e non un mero rinvio alle norme che regolano l'istituto del matrimonio altrimenti per equiparare il matrimonio eterosessuale e le unioni omosessuali si renderebbe necessario "una legge di revisione costituzionale"¹⁶¹. Il punto che maggiormente divide le forze del Parlamento è quello che riguarda la filiazione: precludendo alle *same sex couples* la possibilità di effettuare un'adozione congiunta. Tuttavia, l'art. 5 introduce una limitata "*stepchild adoption*", ossia, la possibilità di uno dei due partner di adottare il figlio (naturale o adottivo) dell'altro. Anche con riferimento a tale aspetto, nelle more dell'intervento del legislatore, i giudici, attraverso un'interpretazione creativa, anticipano i tempi del legislatore e si spingono verso la creazione delle condizioni per riconoscere la genitorialità congiunta delle

¹⁵⁷ Sull'impatto in larga scala della giurisprudenza e del diritto straniero nelle decisioni giurisprudenziali, specialmente a seguito dei cambiamenti sociali B. MARKESINIS - J. FEDTKE, *Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration?*, London – New York, 2006.

¹⁵⁸ In tal senso, osserva "Due sono i pilastri della convivenza tra gli esseri umani: il diritto e la legge. Il diritto senza legge è cieca conservazione: la legge senza diritto è puro e semplice dispotico". G. ZAGREBELESKY, *Il diritto di Antigone e la legge di Creonte*, in I. DIONIGI (a cura di), *La legge sovrana. Nomos basileus*, III ed., Milano, 2008, p. 31.

¹⁵⁹ Atto del Senato n. 2081, denominato "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze".

¹⁶⁰ Così Gaetano Silvestri in intervista rilasciata a L. Milella, *Niente equiparazione o la Consulta dovrà bocciarla*, in *La Stampa*, del 19.01.2016, p. 7.

¹⁶¹ Così, G. SILVESTRI in *ivi*.

coppie *same sex*. Tuttavia, considerata la vasta gamma dei diritti coinvolti, la materia necessita più che mai l'intervento legislativo atto a disciplinare quanto più possibile in maniera uniforme le questioni sottese. L'attività creativa dei giudici, per quanto apprezzabile, spesso si mostra contorta, spingendosi a "legittimare le specifiche ipotesi che la legge vietava"¹⁶², a disapplicare la legge ed individuando nuove ipotesi meritevoli di tutela¹⁶³, o ancora, negando il riconoscimento di un diritto riconosciuto da altra corte¹⁶⁴. In assenza di chiarezza legislativa sul riconoscimento delle unioni *same sex* e dei diritti ad esse spettanti, la giurisprudenza di merito, decidendo a "discrezionalità creativa del giudice", rischia di ampliare maggiormente le disuguaglianze¹⁶⁵. L'esito dell'approvazione della legge è ancora incerto ed il dibattito riguardante la filiazione e la necessità di aprire il matrimonio in senso egualitario continua ad essere acceso.

A prescindere da quale sarà l'esito dell'*iter* di formazione del disegno di legge attualmente al vaglio delle Camere, è innegabile l'importanza del tema non soltanto dal punto di vista dei diritti che il riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso coinvolge, ma anche da quello dell'istituzione sociale toccata dalla disciplina in discussione.

Se, infatti, le situazioni giuridiche soggettive interessate dalla riforma trovano, come si è visto, un solido riconoscimento da parte della giurisprudenza delle Corti che si è sopra richiamata, l'istituto della famiglia, "società naturale fondata sul matrimonio", ha un'innegabile e insostituibile proiezione sociale, della quale non può non tenersi conto. Occorre, tuttavia, concludere che i diritti rappresentano, nella dimensione della democrazia costituzionale, gli elementi atti a orientare l'evoluzione delle istituzioni sociali, la cui traduzione giuridica è certo rimessa alle decisioni delle maggioranze politiche di turno, ma nel rispetto dei limiti della ragionevolezza delle soluzioni adottate in rapporto all'esigenza primaria di assicurare il pieno sviluppo della persona umana.

¹⁶² Questo sembra sia uno dei risultati della sentenza 162/2014 della Corte costituzionale riguardante l'incostituzionalità del divieto per la fecondazione eterologa. Per una lettura dei possibili risvolti che tale e altre pronunce possono avere anche per l'affermazione di un diritto alla genitorialità per le coppie omosessuali M. BELLETTI, *La sollecitazione del "fatto" nella conformazione delle unioni di persone dello stesso sesso*, in *Percorsi Costituzionali*, n. 1-2/2015, p. 193-210, e la bibliografia *ivi* richiamata.

¹⁶³ Emblematica a tal proposito sembra essere la decisione del 23.12.2015 della Corte d'Appello di Roma, laddove, nel riconoscere la *stepchild adoption* all'interno di una coppia *same sex* regolarmente coniugata in Spagna, la Corte sottolinea come "non si tratta dell'esigenza di riconoscimento di una bigenitorialità non ancora consentita dalla legge [...] attività riservata al Legislatore", ma di valutare in maniera autonoma il rapporto tra la minore e l'adottante, escludendo la sovrapposizione "del rapporto che lega le due figure adulte con quello di tipo filiale", Corte d'Appello di Roma, decisione del 23.12.2014, p. 10 e 11.

¹⁶⁴ Corte di Cassazione, sez. civ. I., sent. 24001/2014, laddove la Corte stabiliva il divieto di riconoscimento del figlio nato da un caso di maternità surrogata, già riconosciuto in Ucraina, richiamando la Corte il divieto di cui alla legge 40 del 2004.

¹⁶⁵ Sul punto ancora A. MORELLI, *I diritti senza legge*, *op. cit.*