

# La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dei giudici di merito.\*

di Roberto Conti

## Indice

1. Premesse. 2.L'adozione da parte di coppie *same sex*-Corte dir. Uomo –Grande Camera- 19 febbraio 2013, *X e altri c. Austria*. 2.1 Una lettura corretta della sentenza della Corte europea *X e altri c. Austria*. 2.2 Quali ricadute sul piano interno? 3.La Corte dei diritti umani e le unioni civili delle coppie omosessuali- Corte dir. uomo, Grande Camera, 7 novembre 2013, *Vallianatos e altri c. Grecia* (ric. n. 29381/09 32684/09). 4. Qualche breve considerazione sul significato della sentenza *X e altri c. Austria* e *Vallianatos*. 5.La famiglia secondo i giudici di merito nel micro sistema degli affidi eterofamiliari. Un primo paradigma -*ortodosso*- a favore dell'affido a coppie dello stesso sesso-G.T.Parma, 3 luglio 2013 e Trib.Min.Bologna, 31 ottobre 2013-. 5.1 L'accoglienza *tiepida* alle pronunzie emiliane. 5.2 La soluzione del Tribunale per i minorenni di Palermo nel caso di affido temporaneo eterofamiliare di minore ultrasedicenne a coppia *same sex*- Trib.min.Palermo, 4 dicembre 2013-. Un altro paradigma *ortodosso*. 5.3 I punti qualificanti del provvedimento siciliano. 6. Il Tribunale di Grosseto – 9 aprile 2014- e il riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero. Un paradigma *eterodosso*. 7.Qualche considerazione conclusiva. 7.1 Segue:b) il possibile disallineamento delle tutele all'interno dei diritti fondamentali come declinati dalle Carte. 7.2 Quali limiti per il giudiziario? 7.3 Il ruolo dell'interpretazione giuridica... e della motivazione. 7.4 A proposito del valore della comparazione.

### 1.Premesse.

Il titolo che Nicoletta Parisi ha ideato ha riservato all'intervento di chi scrive coglie la centralità del ruolo del giudice sulle questioni che involgono i diritti fondamentali delle persone, al cui interno quelle sottese alle relazioni familiari occupano, all'evidenza, un posto di sicuro rilievo<sup>1</sup>.

E' sempre il titolo a sottolineare il particolare legame corrente fra giudici e Corte europea dei diritti umani e, per usare un'espressione a me cara -pur se atecnica- quel "filo rosso d'acciaio" che crea un ponte sicuro fra "merito nazionale" e Corte di Strasburgo.

Ciò detto,il contributo richiestomi dovrebbe indurre a incentrare l'indagine sulla ricognizione dei precedenti- di Strasburgo e di merito- senza addentrarsi sul *ruolo* di tali giurisdizioni nel processo di attuazione dei diritti fondamentali che si agitano all'interno del pianeta famiglia.

Inteso in questo modo, il compito sarebbe stato fin troppo oneroso, reclamando un'indagine ad ampio raggio sulla giurisprudenza europea nella galassia dei rapporti familiari non necessariamente fondati sul matrimonio, al cui interno si collocano relazioni fra coppie - non necessariamente eterosessuali- e relazioni fra minori e coppie e fra minori e minori e fra minori e singoli, per giungere poi alle questioni che attengono all'inizio e alla fine della vita quando queste si innestano all'interno di una relazione familiare in modo da incidere sulle fondamenta stesse dell'edificio familiare e matrimoniale, soprattutto nell'accezione tradizionale e millenaria che trova pieno riscontro nell'art.29 Cost.

Un'analisi di questo tipo potrebbe condurre, inevitabilmente, l'intervento verso una prospettiva asettica, appunto informativa che tuttavia poco si addice al ruolo non accademico, di giudice, per l'appunto, svolto da chi scrive. Ruolo, quest'ultimo, che si porta dietro un'esperienza diversa da

---

\* Testo rielaborato dell'intervento svolto all'incontro di studi su *Vecchie e nuove 'famiglie' nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, Catania, 29 maggio 2014, destinato alla pubblicazione a cura del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania.

<sup>1</sup> Sia consentito il rinvio a Conti, *Alla ricerca del ruolo dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Pol. dir.*, 1-2/2013, 127 ss.;id., *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Roma, 2014, specificamente pagg.63 ss.

quella degli altri autorevoli relatori e sul quale non è mai vano riflettere ben oltre il mero dato esperienziale connesso al fatto che il giudice offre un prodotto, poi affidato all'indagine della scienza giuridica, solo se e per il fatto di essere investito da una domanda di giustizia. Ciò che differenzia il mestiere del giudice da quello dello studioso- mi riferisco qui al giurista puro, non esercente attività libero professionale- che specula sulle questioni giuridiche senza avere avuto la fortuna -o la sventura- di doverle decidere o patrocinare.

L'opera di selezione che si tenterà di svolgere include, per l'un verso, il tema del peso attribuito dalla Corte europea dei diritti umani al concetto di relazione familiare con riferimento alle coppie dello stesso sesso e, per altro verso, l'indagine su alcuni provvedimenti di giudici di merito resi, di recente, in tema di affido temporaneo a coppie omosessuali.

Questa scelta, quanto alla giurisprudenza europea, si è così prevalentemente ridotta all'esame di sue sole pronunce già' in passato fatto oggetto di personale riflessione che rappresentano, almeno così pare a chi scrive, una sorta di sentenze "modello" circa il ruolo svolto dalla Corte europea nella protezione dei diritti fondamentali che ruotano attorno al sistema famiglia. Sentenze nelle quali, al di là degli specifici casi esaminati, si coglie tutta la dinamicità – e dunque la problematicità- della giustizia proveniente da Strasburgo, il carattere arioso dell'incedere dei giudici europei che, in punta di fioretto, proprio in relazione alla delicatezza delle questioni affrontate, mostrano di non volere in alcun modo rinunciare a forme di costante dialogo con le legislazioni dei paesi contraenti ma che, al contempo, passo dopo passo, sembrano costruire, attraverso un'ordinata serie di mattoncini<sup>2</sup>, una *casa dei diritti* che, lentamente ma inesorabilmente, si erge progressivamente e si fortifica con l'opera incessante di tutti i protagonisti, legislatori, parti, giudici – comuni e non- anche nazionali.

Al di sopra delle fondamenta della Convenzione europea, la Corte di Strasburgo intende coinvolgere, nella costruzione di questo edificio, le legislazioni e i giudici nazionali, non solo in ragione della prossimità di questi ultimi con le vicende concrete e con la società di riferimento destinataria delle tutele, ma anche in una prospettiva che coglie nelle diversità esistenti a livello nazionale il punto di forza – della CEDU- della Corte europea, chiamata a compiere un'opera che la vede protagonista assoluta dapprima nell'individuazione delle "soglie minime" di tutela dei diritti fondamentali- anche grazie agli sviluppi legislativi nazionali - e poi, lentamente ma progressivamente, ancora una volta attraverso la cooperazione dei singoli Paesi, coinvolta in un'attività che passa dall'armonizzazione all'uniformazione delle soglie di tutela.

Si tratta, a ben considerare, di un fenomeno non nuovo se si guarda all'esperienza dell'Unione europea che, nel salvaguardare il principio di sussidiarietà, ha inizialmente- soprattutto quando era "Comunità Europea"- preferito le attività di armonizzazione dei diritti nazionali fondate su standard minimi di tutela alle forme di vera e propria uniformazione, alle quali si è affacciata nel più recente periodo. A ciò si è giunti – lo si può dire, ovviamente, solo in termini di generalizzazioni- dopo una fase di "rodaggio" che ha consentito ai singoli Paesi di creare le condizioni interne per sostenere una regolamentazione uniforme da parte del legislatore UE. Ciò è tanto più vero, sul versante qui esaminato, rispetto a materie tradizionalmente sensibili, quali sono quelle che ruotano soprattutto attorno a temi etici e religiosi, i quali trovavano nelle singole tradizioni nazionali discipline radicalmente distanti.

Proprio la consapevolezza della delicatezza delle questioni, mediata dalla necessità di non stemperare il ruolo della CEDU fino a farla indietreggiare, ha così prodotto l'accresciuta rilevanza

---

<sup>2</sup> Mi sovviene, in particolare, l'idea dei piccoli parallelepipedi di legno di una casa di produzione francese con i quali mio figlio si diverte a realizzare le più strane costruzioni. Si tratta, a differenza dei ben più noti pezzi ad incastro con i quali la mia generazione ha condiviso la sua infanzia, di pezzi assolutamente lisci di pino marittimo che si "tengono" insieme e si sorreggono l'un l'altro per effetto del forza di gravità, dando luogo a incredibili figure e sagome che alla vista appaiono sospese, in un equilibrio impossibile all'occhio profano del non addetto ai lavori e che, invece, traggono forza da un meccanismo di pesi e contrappesi, ben più solido del sistema ad incastro che traggono alimento dalla creatività del costruttore.

attribuita dai giudici europei alla c.d. *dottrina del consenso*, sulla quale altra volta abbiamo provato a soffermarci<sup>3</sup>.

Ora, la problematicità dei percorsi battuti dalla Corte europea paiono emergere in tutta la loro dinamicità nei casi *X e altri c. Austria* e *Vallianatos c. Grecia*.

Pronunzie, queste ultime, rese nell'anno 2013 ed entrambe esitate dalla Grande Camera; dunque da quell'organismo che, all'interno della Corte dei diritti umani, occupa il gradino più alto e che, a ragione, può dirsi essere il tenentario delle chiavi della CEDU. *Giudice fra i giudici sovranazionali* che, con le proprie pronunzie, non rappresenta solo tecnicamente l'ultima istanza alla quale il ricorrente, le parti o gli stessi giudici di una singola Camera possono rivolgersi nei casi più complessi, ma offre anche a tutti gli operatori l'espressione massima dei "principi" sui quali si edifica la stessa giurisprudenza della Corte dei diritti umani.

Ragion per cui le affermazioni espresse dalla Grande Camera finiscono con l'assumere, nei fatti, la riprova di un "diritto vivente" della Corte tendenzialmente stabilizzato o, comunque, in via di rapida stabilizzazione<sup>4</sup>.

Il passaggio alla giurisprudenza di merito nazionale, *recte* ai tre provvedimenti che si è scelto di selezionare, tenta di indagare sul carattere ortodosso o eterodosso degli orientamenti espressi in tema di affidamento temporaneo di minore a coppia dello stesso sesso e di trascrizione in Italia del matrimonio di omosessuali contratto all'esterno.

La parte finale dell'indagine sarà quindi tesa a verificare quale "legame" si è instaurato fra la Corte di Strasburgo e le Corti -di merito e non- e ancora se questo legame assume o rischia di assumere tratti patologici, deformanti, rischiosi o, come talvolta pure si è detto- o fatto anche solo intendere- di dare la stura a operazioni di vera e propria decostituzionalizzazione della Costituzione, di rottura del sistema di riparto dei poteri, di violazione di giudicati costituzionali, di attacco frontale ai meccanismi democratici di rappresentatività.

Per tali ultime ragioni e anche a costo di "sfiorare" l'argomento assegnato, non sembra inutile ritornare a riflettere, anche in questo contesto, tanto sul ruolo del giudice che sul quello dell'interpretazione, del modo *giusto* con cui va svolta, dei suoi limiti; ciò risultando cruciale per garantire un certo grado di completezza all'analisi con riferimento al tema sul quale si intende qui indagare.

Inutile dire che lo svolgimento di queste riflessioni non si pone in una prospettiva di risposte chiare, precise e concordanti, quanto in un senso, molto più modesto, di puntualizzazione di ciò che agli occhi di chi scrive significa esercizio della giurisdizione quotidiana da parte del giudice -di merito e non-. Giustizia *povera* oserei dire, scegliendo l'accezione (nobile, in realtà) che a tale termine riconduce, per l'un verso, la condizione di infelicità, di gravità, di inattività del giudice rispetto alle vicende umane che gli vengono affidate, a ciò che tali vicende agita e al loro porsi sul piatto della giustizia, anzi sui due piatti che la bilancia data in mano a un giudice tenta di fare restare in

---

<sup>3</sup>Sul tema v., G. Raimondi, *La controversa nozione di consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8 e 11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dalla Formazione decentrata europea del Distretto della Corte di appello di Milano sul tema, La Corte europea dei diritti dell'uomo, il meccanismo di decisione della Cedua ed i criteri dell'interpretazione conforme alla Convenzione, Milano, 11 gennaio 2013, pagg.10 ss.; Lecis, Consenso europeo, chi è costui? L'individuazione del consensus standard da parte della Corte Edu tra interpretazione evolutiva e margine d'apprezzamento*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it); P. Gori, *La rilevanza del diritto comparato nelle decisioni della CEDU*, - le relazioni sono entrambe reperibili all'indirizzo <http://www.corteappello.milano.it/FormazioneDemagref.aspx>; nonché, ora, volendo Conti, *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Roma, 2014, 214 ss.; id, con specifico riguardo alla materia matrimoniale, *Convergenze (inconsapevoli... o naturali) e contaminazioni tra giudici nazionali e Corte EDU: a proposito del matrimonio di coppie omosessuali*, in *Corr. giur.*, 2011,4, 579 ss.; *Famiglie, genitori e figli, attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, in *Consultaonline*, spec.pag.9 dattiloscritto.

<sup>4</sup>V. Guazzarotti, *Uso e valore del precedente CEDU nella giurisprudenza costituzionale e comune posteriore alla svolta del 2007*, in <http://www.europeanrights.eu/public/comments/RELAZIONE-Guazzarotti1.pdf>

costante equilibrio. Ma che, anche, deve essere e apparire giustizia povera, *serva*<sup>5</sup> intesa come impegno al servizio di tutti, anche e soprattutto di quelli che la vedono ingiustamente denegata e che subiscono silenziosamente le discriminazioni di ogni genere. Giustizia che è, dunque, salvaguardia della dignità dell'uomo e della condizione nella quale egli si trova.

Occorre, d'altra parte, fin dall'inizio chiarire che tale analisi non intende sfruttare la naturale precarietà delle "cose umane" per indurre chi ascolta ad atteggiamenti buonisti o comunque a lasciarsi magari sedurre da quelle vicende umane per spuntare giudizi benevoli o per edulcorare il cuore dei problemi che pure esistono quanto ai limiti dell'agire del giudiziario, ma semplicemente offrire un affresco quanto più veritiero di ciò che è il mestiere del giudice o, meglio, del lavoro di uno dei tanti, tantissimi, giudici che svolge questa professione ponendosi al servizio né di sé, né delle sue idee, né delle sue passioni, ma unicamente del rigoroso e neutrale rispetto delle regole, dei principi.

Questo confronto con i principi, quando poi la/le fonte/i è/sono multiforme/i rimane, probabilmente, l'attività più complessa che si pone al giudice (soprattutto di merito) e che lo espone a giudizi di valore diametralmente opposti, tanto da farne rispettivamente il paladino dei diritti o il padrone dei diritti o, tutto al contrario, l'archetipo di colui che si pone pericolosamente *oltre* le stesse regole democratiche, fino al punto da fare evocare, a volte, scenari apocalittici, al cui interno il giudice veste i panni di pericoloso rivoluzionario che occorre mettere in riga, prima che sia troppo tardi, prima che la democrazia vada a picco.

Chi scrive, dunque, sa bene i rischi che tali riflessioni presentano e, tuttavia, intende consapevolmente affrontarli poiché metterli da canto vorrebbe dire, in definitiva, fare un cattivo servizio a quella giustizia della quale una collettività ordinata non può fare, comunque, a meno.

## **2.L'adozione da parte di coppie *same sex*-Corte dir. Uomo –Grande Camera- 19 febbraio 2013, *X e altri c. Austria*.**

Nella vicenda che ha originato la decisione della Grande Camera –Corte dir. uomo, 19 febbraio 2013, *X e altri c. Austria* (ric. n.19010/07)- una coppia di donne omosessuali austriache aveva stipulato una convenzione per l'adozione del figlio di una di questa da parte dell'altra partner.

Tale convenzione, più specificamente, era stata conclusa fra l'adottante ed il minore, rappresentato dalla di lui madre.

Ritenendo che le disposizioni codicistiche interne impedivano tale forma di adozione, le ricorrenti si rivolgevano alla Corte costituzionale austriaca per ottenere la declaratoria di incostituzionalità dell'art.182 par.2 del codice civile, nella parte in cui non contempla l'adozione da parte di coppie dello stesso sesso.

Il giudice costituzionale dichiarava irricevibile il ricorso, precisando che solo a seguito del ricorso delle parti innanzi al giudice per verificare la portata delle norme civilistiche sarebbe stato possibile ipotizzare l'intervento successivo di quel Consesso per verificare la correttezza costituzionale delle norme applicabili(p.13 sent.).

Tornati innanzi alle Corti di merito, le parti presentavano la convenzione di futura adozione all'autorità giudiziaria austriaca per ottenere l'omologazione e il padre del minore, titolare della potestà, vi si opponeva.

Il tribunale rifiutava l'omologazione, rilevando che l'ordinamento nazionale ammetteva soltanto l'adozione da soggetto *single* e da parte di una coppia di persone sposate. Era dunque impossibile l'interpretazione della disciplina interna in modo da consentire l'adozione, andando ad incidere sui

---

<sup>5</sup> Elisabetta Lamarque, nel suo recente *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*(a cura di Lamarque e Cappuccio), Napoli, 2013, 244, individua il giudice come *arlecchino servitore* di due padroni- Costituzioni e fonti esterne-. In *I giudici e il biodiritto*, cit., 180, nota 18, ci è parso di dovere sottolineare come nell'espressione di giudice "servitore" debba essere marcato il significato estensivo del termine, che indica colui che con abnegazione e devozione si dedica ad un ideale.

diritti del padre. Il giudice di primo grado, passando all'esame dell'eventuale *vulnus* prodotto dalla normativa interna sui diritti sanciti dagli artt.8<sup>6</sup> e 14<sup>7</sup> CEDU in tema di discriminazione per ragioni connesse all'orientamento sessuale, evidenziava il notevole margine di apprezzamento riconosciuto dalla stessa Corte dei diritti umani ai singoli Stati in materie che presentavano forti componenti etiche, non regolate in maniera uniforme nei Paesi contraenti. Concludeva quindi nel senso che l'ordinamento interno non consentiva ad una coppia dello stesso sesso di creare un rapporto giuridicamente vincolante rispetto al minore e che, per raggiungere tale obiettivo, sarebbe stato necessario un intervento normativo, non potendo il giudice interpretare la normativa interna in modo diverso dal senso palesato dal suo testo in modo non equivoco.

La decisione veniva confermata in grado di appello e, successivamente, dalla Corte di Cassazione, la quale ribadiva che: a) la disciplina interna non consentiva l'adozione di un minore da parte di una compagna della madre del minore stesso; b) che ciò non creava alcun *vulnus* ai principi costituzionali, nè alla stregua della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Tutti i ricorrenti (e cioè la coppia omosessuale ed il minore, quest'ultimo rappresentato dalla madre biologica) si rivolgevano alla Corte di Strasburgo prospettando l'esistenza di una violazione della Convenzione.

Orbene, i giudici europei hanno dedicato una parte non marginale della motivazione alla individuazione del quadro normativo di riferimento al cui interno sussumere la vicenda concreta rilevando, anzitutto, che nell'ordinamento austriaco le coppie omosessuali non si possono unire in matrimonio (p.33 sent.) e che una normativa recentemente introdotta (*Registered Partnership Act*) consente la registrazione delle convivenze, dalla quale derivano taluni effetti giuridici per i partners, rimanendo peraltro marcate le differenze rispetto alla coppia unita in matrimonio (p.38 sent.).

Viene ancora precisato come nell'ordinamento nazionale la potestà su un minore nato fuori dal matrimonio è riconosciuta solo alla madre, potendo i genitori naturali conviventi stipulare una convenzione per l'esercizio congiunto della potestà (p.45 sent.), sottoposta ad omologazione da parte del giudice, chiamato a valutare se tale accordo è proficuo all'interesse del minore. Il genitore naturale che non convive con il minore ha il diritto di frequentare il minore e di essere partecipe di

---

<sup>6</sup> E noto che l'art.8 CEDU ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita familiare del proprio domicilio e della propria corrispondenza(par.1), dovendo le *ingerenze* a tale prerogativa avere delle precise caratteristiche, delineate nel par.2. La Corte europea ha sottolineato che un'interferenza al diritto tutelato dall'art.8 CEDU può dirsi legittima se risponde a pressanti necessità sociali ed è proporzionata al legittimo scopo perseguito-Corte dir.uomo, 18 gennaio 2001, ric.n.27238/95, *Chapman c. Regno Unito*, § 90-. Mentre spetta alle autorità nazionali la valutazione iniziale circa la necessità dell'interferenza, compito della Corte di Strasburgo è quello di valutare in via definitiva se le ragioni poste a base dell'interferenza sono rilevanti - Corte dir.uomo, 18 gennaio 2001, ric.n.27238/95, *Chapman c. Regno Unito*, § 91-. Sempre il giudice di Strasburgo ha ritenuto che la limitazione al diritto al rispetto della vita privata deve essere prevista per legge e deve risultare necessaria in una società democratica. La Corte ha sempre riconosciuto che le autorità nazionali godono di un margine di apprezzamento in ordine all'individuazione della tipologia di limitazione introdotta al diritto garantito dall'art.8 CEDU in relazione alla natura dell'obiettivo legittimo perseguito dalla limitazione e dell'interferenza prevista, di guisa che l'interesse alla sicurezza nazionale posto a base della limitazione deve essere *bilanciato* con l'interesse al rispetto della vita familiare- Corte dir.uomo, 26 marzo 1987, ric.n.9248/81, *Leander c. Svezia*, § 59-.

<sup>7</sup> Sotto la rubrica "Divieto di discriminazione" l'art.14 CEDU stabilisce che "*Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione.*" La disposizione, peraltro fatta oggetto di modifica da parte del Protocollo n.14 annesso alla CEDU, collega la discriminazione ai diritti ed alle libertà garantite dalla stessa Convenzione. Nelle vicende esaminate dalla Corte nella sentenza in rassegna rileva l'art.8 CEDU. La corte europea ha più volte chiarito che si ha discriminazione quando vengono trattate in modo differente, senza un obiettivo e ragionevole giustificazione, persone che si trovano in situazioni simili (Corte dir.uomo caso *Willis c. the United Kingdom*, ric. n. 36042/97, § 48, ECHR 2002-IV; Corte dir.uomo 25 ottobre 2005, *Okpisz v. Germany*, ric.n. 59140/00, § 33). Una differenza di trattamento è discriminatoria se non ha obiettivi e ragionevoli giustificazioni e dunque se non persegue uno scopo legittimo e se manca un rapporto ragionevole di proporzionalità fra le misure applicate e lo scopo che deve essere perseguito.

talune scelte rilevanti che riguardano il figlio(p.48 sent.)<sup>8</sup>.

La Corte ha poi dedicato ben tre paragrafi (55, 56 e 57 sent.) al diritto comparato esaminando, attraverso uno studio del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, lo stato delle legislazioni dei Paesi contraenti sul tema delle adozioni di coppie dello stesso sesso<sup>9</sup>.

Il primo passo svolto dal giudice europeo era quello di verificare se la prospettata esistenza di una violazione del divieto di discriminazione che le parti ricorrenti avevano costruito sul combinato disposto degli artt.8 e 14 CEDU fosse praticabile e se la relazione sottesa alla coppia omosessuale rientrasse nell'oggetto della tutela apprestata dall'art.8 CEDU.

La Grande Camera offre a tale quesito risposta positiva, dando continuità all'indirizzo inaugurato nel 2010 dalla sentenza *Schalk e Kopf c. Austria*. E ciò fa in termini inequivocabili<sup>10</sup>.

Dopo avere ribadito che la relazione fra persone dello stesso sesso fruisce della tutela apprestata dall'art.8 CEDU alla vita familiare<sup>11</sup>, la Corte passa a inquadrare la vicenda concreta, caratterizzata da una stabile coppia dello stesso sesso, al cui interno vive un minore figlio di uno dei partner, alla cui cura provvedono entrambi i conviventi.(p.96 sent.)

E' il punto 100 della motivazione a mettere *in chiaro* le tre diverse ipotesi che possono venire in gioco quando si discute di adozione di persone dello stesso sesso-adozione da parte di un *single*; adozione del figlio da parte del partner dell'altro; adozione di un figlio da parte di una coppia omosessuale-.

---

La Corte non ha poi mancato di ricordare l'art.3 par.1 della Convenzione dei diritti del fanciullo approvata nel 1989 a New York, ove campeggia il concetto di miglior interesse del minore come canone da tenere in primaria considerazione e la Convenzione europea sull'adozione dei minori, aperta alla procedura di ratifica il 27 novembre 2008. Quest'ultima, entrata in vigore nel settembre 2011, sostituisce la Convenzione europea in materia di adozione di minori, firmata a Strasburgo il 24 aprile 1967 e ratificata dall'Italia con la legge 22 maggio 1974, n. 357. La anzidetta Convenzione precisa che le autorità statali devono verificare se l'adozione è disposta nell'interesse superiore del minore(art.4), prevedendo che la stessa è ammessa fra due persone di sesso differente, all'interno della coppia unita in matrimonio e da un single(art.7). La stessa Convenzione precisa che gli Stati contraenti sono liberi di estendere la disciplina della Convenzione alle coppie dello stesso sesso che sono unite in matrimonio o stabilmente legate da un accordo. Ed è lo stesso rapporto esplicativo alla Convenzione a dare atto delle diversità esistenti nei singoli Stati circa le unioni di persone dello stesso sesso e le adozioni in tali ambiti. La Corte menziona, ancora, della Raccomandazione del Comitato dei Ministri (2010)5, nella quale si fa esplicito riferimento al fatto che i Paesi nei quali sono riconosciute le convivenze fra persone dello stesso sesso, queste non possono essere discriminate rispetto ai diritti riconosciuti alle coppie eterosessuali, pur dovendosi tenere in considerazione l'interesse superiore del minore(p.54 sent.).

<sup>9</sup> Non è superfluo fin d'ora evidenziare che il piano comparatistico si è limitato alle legislazioni dei Paesi contraenti, tralasciando un'apertura verso esperienze extraeuropee che aveva, per contro, trovato spazio nel caso *Gas e Dubois* del quale si dirà -in particolare par.56 sent. - in una prospettiva volta a confermare il formarsi di un "consenso" verso il riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuale all'adozione.

<sup>10</sup> Cfr. §95 sent., in esame: "...La Corte rammenta che la relazione esistente tra una coppia omosessuale che convive di fatto in maniera stabile rientra nella nozione di «vita familiare» così come quella di una coppia eterosessuale che si trova nella stessa situazione (*Schalk e Kopf*, sopra citata, § 94). Inoltre, nella decisione sulla ricevibilità che ha reso nella causa *Gas e Dubois c. Francia* (n. 25951/07, 31 agosto 2010), la Corte ha dichiarato che la relazione tra due donne che vivono insieme in regime di patto civile di solidarietà (PACS) e il figlio che la seconda di loro aveva concepito mediante la procreazione medicalmente assistita, e che la stessa allevava insieme alla sua compagna, si traduceva in una «vita familiare» ai fini dell'articolo 8 della Convenzione. 96. Nella fattispecie, la prima e la terza ricorrente formano una coppia omosessuale stabile che conduce una vita comune da molti anni. Il secondo ricorrente, di cui entrambe si occupano, vive insieme a loro. Pertanto, la Corte ritiene che la relazione che unisce i tre ricorrenti rientri nella nozione di «vita familiare» ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione."

<sup>11</sup> La Corte europea, a partire dal caso *Marckx c. Belgio* (ric.n.683/74) del 13 giugno 1979 ha esteso la nozione di vita familiare di cui all'art.8 CEDU alle famiglie non legittime(v. anche Corte dir.uomo, *Keegan c. Irlanda*, 26 maggio 1994, in cui si è ribadito che la tutela convenzionale sopra ricordata non è limitata alle relazioni fondate sul matrimonio). V., di recente, con specifico riferimento alle relazioni omosessuali, Corte dir. uomo, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria* (ric. n. 30141/04), con nota di Castellaneta, *Il divieto di matrimonio tra coppie dello stesso sesso non viola la Convenzione*, in *Famiglia e minori*, n. 8/2010, 86, ove si era ritenuto che la relazione tra i ricorrenti, una coppia omosessuale che coabitava in una stabile unione di fatto, rientrava nella nozione di vita familiare, allo stesso modo della relazione tra una coppia eterosessuale che si trova in un'analoga situazione.

La Corte, dopo avere ricordato i precedenti della Corte europea sul tema delle adozioni di persone omosessuali i- caso *Frettè c. Francia*<sup>12</sup> –ric. n. 36515/97 26 maggio 2002- e *E.B c. Francia*<sup>13</sup> - ric. n.435466/02, 22 gennaio 2008 - e *Gas e Dubois c. Francia*<sup>14</sup> –ric. n. 25951/07, 15 marzo 2012-<sup>15</sup>. La Corte si chiede se la situazione nella quale si trovavano le ricorrenti fosse assimilabile a quella di una coppia unita in matrimonio, nella quale uno dei coniugi intende adottare il figlio del genitore biologico.

La risposta negativa fornita sul punto dalla Corte si fonda sulle ragioni espresse nella sentenza *Gas e Dubois*, escludendo che la CEDU imponga agli Stati di riconoscere il matrimonio fra persone dello stesso sesso. Le affermazioni sul punto espresse dalla Grande Camera sono abbastanza perentorie e non sembrano prestarsi a libere interpretazioni (§106): “...Conviene anzitutto tenere presente che l’articolo 12 della Convenzione non impone agli Stati contraenti l’obbligo di aprire il matrimonio alle coppie omosessuali (*Schalk e Kopf*, sopra citata, §§ 54-64), che il diritto al matrimonio omosessuale non può essere dedotto nemmeno dall’articolo 14 in combinato disposto con l’articolo 8 (ibidem, § 101) e che gli Stati, quando decidono di offrire alle coppie omosessuali un’altra modalità di riconoscimento giuridico, godono di un certo margine di apprezzamento per decidere sulla natura esatta dello status conferito (ibidem, § 108). Peraltro, la Corte ha dichiarato più volte che il matrimonio conferisce uno status particolare a coloro che vi si impegnano, che l’esercizio del diritto di contrarre matrimonio è tutelato dall’articolo 12 della Convenzione e che tale diritto comporta delle conseguenze a livello sociale, personale e giuridico (si vedano, tra altre, *Gas e Dubois*, sopra citata, § 68, e *Burden*, sopra citata, § 63).”

Il margine di apprezzamento del quale godono gli Stati nel regolare l’unione di tali coppie in modo diverso dal matrimonio induce così la Corte ad escludere l’esistenza di una discriminazione rispetto alle coppie sposate in Austria. Se in tale Paese l’adozione è di regola prevista per le coppie unite in matrimonio mentre l’adozione da parte di chi non è genitore del minore figlio dell’altro sposo costituisce un’eccezione, non può ravvisarsi l’esistenza di una violazione della Convenzione, non potendosi la loro situazione comparare con quella di una coppia unita in matrimonio.

---

<sup>12</sup> V. E. Varano, *La Corte europea dei diritti dell’uomo e l’inesistenza del diritto di adottare*, in *Famiglia*, 2003, 537.

<sup>13</sup> in *Fam. dir.*, 2008, 221, con nota di E. Falletti, *La Corte europea dei diritti dell’uomo e l’adozione da parte del single omosessuale*.

<sup>14</sup> Crivelli, *Gas e Dubois c. Francia: la Corte di Strasburgo frena sull’adozione da parte di coppie omosessuali*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, f. 3, 672.

<sup>15</sup> Nel primo caso -*Frette' c. Francia*- era stata rifiutata l’adozione da parte del single a causa del suo orientamento sessuale, mentre lo stesso ordinamento riconosceva l’adozione da parte dei *single* eterosessuali. In quel caso, la Corte europea non ritenne esistente alcuna violazione dei principi convenzionali -rispetto vista privata e familiare in relazione all’art.14 CEDU - evocando il notevole margine di apprezzamento del quale godevano gli Stati su un argomento eticamente rilevante, dividendosi la comunità scientifica sui riflessi di un’adozione da parte di persona omosessuale sull’adottato. Nel caso *E.b. c. Francia*, la Grande Camera della Corte europea aveva modificato il proprio convincimento in un caso di soggetto che aveva una stabile relazione omosessuale e che intendeva adottare un minore. In quel caso la Corte valorizzò il fatto che il rigetto della domanda da parte delle autorità interne si era fondato, in realtà, sul fatto che il richiedente fosse omosessuale. Era stata, dunque, la considerazione che alla base del provvedimento di rigetto della domanda vi fossero state ragioni fondate sull’orientamento sessuale dell’adottante ad indurre la Corte a ritenere fondata la violazione degli artt.8 e 14 CEDU. Se, infatti, la legislazione francese ammetteva l’adozione da parte del single, il divieto opposto all’adozione di persona omosessuale all’adozione fondata sul suo orientamento sessuale contrastava con le disposizioni anzidette (p.103 sent.). Nel caso *Gas e Dubois*, all’interno di una coppia omosessuale unita da un PACS francese, una delle partner aveva chiesto l’adozione del figlio -nato con le tecniche di fecondazione artificiale- della partner. Le autorità interne avevano rifiutato l’adozione ritenendola contraria all’interesse superiore del minore e la Corte europea aveva escluso la violazione dei parametri convenzionali sopra evocati, rilevando che la legislazione francese non prevedeva che i conviventi avessero diritti identici a quelli delle persone coniugate e che la stessa consentiva l’adozione alla coppia sposata ma non alla coppia unita in base ai patti. Ragion per cui la situazione dei conviventi uniti da un patto civile non era tale da consentire alla coppia di aspirare ad un’adozione senza che ciò creasse alcuna discriminazione.

La Corte è però passata ad esaminare gli eventuali profili discriminatori fra le due ricorrenti e le coppie non unite in matrimonio, al cui interno il partner può, in Austria, adottare il figlio dell'altra, a differenza del partner dello stesso sesso che intende adottare il figlio dell'altro partner.

Quel giudice ha considerato, anzitutto, che le situazioni fra coppie non unite in matrimonio di sesso diverso e dello stesso sesso potevano essere oggetto di comparazione ai fini dell'art.14 CEDU, poi rilevando che le ricorrenti potevano fruire del sistema di riconoscimento delle coppie di fatto introdotto in Austria (ancorchè non ne avessero concretamente fruito), nel quale una specifica sezione era stata introdotta per vietare, solo per le coppie omosessuali, l'adozione del figlio dell'altro partner. E ciò anche nell'ipotesi in cui il padre del minore fosse deceduto o, addirittura, avesse prestato il proprio consenso all'adozione.(p.116 sent.)

Ora, la Corte evidenzia la circostanza che la normativa interna impediva la sovrapposizione fra la relazione adottante minore e quella del padre con il minore, né consentiva al giudice di considerare la situazione concreta e di operare i necessari approfondimenti (p.119 sent.)<sup>16</sup>.

La Corte sembra mossa dall'intento di elidere in radice gli effetti discriminatori che possono derivare da una differenza di tutela fra coppie eterosessuali ed omosessuali<sup>17</sup>.

In definitiva, la Corte ha constatato che la ragione primaria che ha indotto i giudici a non autorizzare l'adozione non era stata rappresentata dalla valutazione concreta della situazione che coinvolgeva la coppia, il minore ed il padre naturale, ma soltanto il divieto giuridico di ottenere l'adozione previsto nell'ordinamento nazionale. Il che aveva impedito di verificare e ponderare l'esistenza dei presupposti per eventualmente ritenere irrilevante il consenso del padre naturale e, soprattutto, di ponderare quali effetti avrebbe prodotto l'adozione rispetto al superiore interesse del minore. E' stato quindi il divieto assoluto in questione a sottrarre i fatti della causa all'esame dei giudici nazionali e a quello della Corte europea.

E' stata così acclarata una discriminazione a danno delle parti ricorrenti, in quanto il divieto di adozione veniva indissolubilmente collegato all'orientamento sessuale delle due donne.

Ciò che ha consentito alla Corte di operare un netto distinguo tra la vicenda esaminata e il caso *Gas e Dubois* già ricordato, nel quale non si poneva alcun problema di discriminazione fra coppie omosessuali ed eterosessuali, posto che nella legislazione francese l'adozione era consentita esclusivamente alle coppie coniugate.

La Corte ritiene tuttavia di precisare che non è in discussione l'esistenza o meno dei presupposti concreti per disporre l'adozione, sui quali l'unico ad essere competente era il giudice nazionale (p.132 sent.)<sup>18</sup>. Ed è questa la parte della sentenza nella quale i giudici tentano di definire con precisione i "confini" della decisione.

---

<sup>16</sup> La Corte europea da' atto che il giudice nazionale aveva stigmatizzato la situazione della madre del minore che rappresentava il minore stesso in una situazione di possibile conflitto d'interessi, ma evidenzia che tale circostanza era stata assorbita in ragione del divieto di adozione normativamente imposto alle coppie omosessuali. Inoltre, il giudice nazionale non aveva affrontato il tema dei rapporti fra padre e figlio, limitandosi a riscontrare che il primo si incontrava col secondo, senza tuttavia verificare se esistessero i presupposti, pure previsti nell'ordinamento interno, idonei a superare l'assenza di consenso all'adozione.

<sup>17</sup> In questa direzione si comprende il richiamo al caso *Karner*-24 luglio 2003, ric. 40016/98- nel quale sempre l'Austria era stata ritenuta responsabile per la violazione degli artt. 8 e 14 CEDU per aver ammesso una discriminazione fra coppie eterosessuali ed omosessuali sul tema della successione nel contratto di locazione, consentito alle prime, ma non alle seconde. Sul punto v. R. Conte, *Profili costituzionali del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali alla luce di una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Corr.giur.*, 2012, 574.

<sup>18</sup> §132 ss.: "... La Corte ritiene utile precisare, sebbene ciò risulti da quanto precede (si vedano, in particolare, i paragrafi 116 e 126 supra), che la presente causa non riguarda la questione di stabilire se, tenuto conto delle circostanze, la domanda di adozione presentata dai ricorrenti avrebbe dovuto o meno essere accolta. La Corte non deve dunque esaminare quale sia stato il ruolo del padre del secondo ricorrente né stabilire se vi fossero o meno motivi per non tenere conto del suo rifiuto di acconsentire all'adozione auspicata. Sarebbero stati i tribunali nazionali a dover decidere in merito a tali questioni se fossero stati messi in condizione di esaminare sul merito la domanda di adozione. 133. Ciò che è in discussione dinanzi alla Corte è precisamente il fatto che tali giudici si trovavano nell'incapacità di procedere a un tale esame dal momento che l'adozione del secondo ricorrente da parte della compagna di sua madre era in ogni caso impossibile ai sensi dell'articolo 182 § 2 del codice civile. Se una domanda di adozione identica fosse stata

La Corte non ritiene, pertanto proporzionato, il divieto di adozione previsto dal legislatore austriaco in assenza di elementi che giustificavano un pregiudizio per il minore, né è persuasa dalla posizione assunta dal legislatore austriaco che, nell'ammettere il riconoscimento delle unioni civili, aveva tuttavia espressamente vietato l'adozione fra persone dello stesso sesso.

In questo senso, la necessità di tutelare la famiglia in senso tradizionale non costituisce ragione idonea a giustificare il diverso trattamento (pp.138 e 139 sent.).

Ed è qui che la Corte fa leva sulla necessità che la CEDU sia oggetto di continue e rinnovate operazioni interpretative<sup>19</sup>, alla luce dei mutamenti sociali, fin tanto da ritenere che l'esclusione delle coppie omosessuali all'adozione non poteva dirsi perseguire uno scopo legittimo, né appariva misura proporzionata per raggiungere detto scopo, proprio in ragione dei margini stretti ai quali è soggetto il "margine di apprezzamento" quando in discussione è la possibile discriminazione per ragioni di orientamento sessuale<sup>20</sup> - pp.138, 139, 140 e 148 sent.-

In definitiva, secondo la Corte tutti gli elementi emersi nel procedimento erano tali da fare ritenere che la soluzione in ordine all'opportunità o meno di disporre l'adozione doveva spettare al giudice a prescindere dal divieto previsto in via astratta dalla legge. Ed era all'interno di quel procedimento che spettava al giudice di valutare il migliore interesse del minore, che "...is a key notion in the relevant international instruments".

Nemmeno ha fatto presa sulla Corte l'assenza di consenso dei Paesi contraenti circa il tema dell'adozione di coppie omosessuali- p.149 sent.-. Argomento, quello del *consensus*, che come già ricordato in altra occasione aveva mostrato di possedere un certo *appeal* presso i giudici di Strasburgo sempre nella stessa materia<sup>21</sup>.

Secondo la Corte, infatti, non può esservi dubbio che, in assenza di *common ground* tra gli Stati rispetto a questioni moralmente o eticamente sensibili, il margine di apprezzamento spettante agli

---

presentata da una coppia eterosessuale non sposata, i tribunali austriaci sarebbero stati invece tenuti ad esaminarla sul merito.

134. Sebbene la presente causa possa essere considerata nell'ambito della problematica più ampia dei diritti genitoriali delle coppie omosessuali, la Corte non è chiamata a pronunciarsi sulla questione specifica dell'adozione coparentale da parte di coppie omosessuali, e ancora meno su quella generica dell'adozione da parte di coppie omosessuali. Si tratta invece, per la Corte, di decidere su un problema ben definito, ossia quello di stabilire se i ricorrenti della presente causa siano stati o meno vittime di una discriminazione tra le coppie eterosessuali non sposate e le coppie omosessuali in materia di adozione coparentale".

<sup>19</sup> §139 sent.cit.: "...dato che la Convenzione è uno strumento vivo che deve essere interpretato alla luce delle condizioni attuali, lo Stato deve scegliere le misure da adottare per tutelare la famiglia e garantire il rispetto della vita familiare, tenendo conto dell'evoluzione della società e dei cambiamenti che si verificano nella percezione delle questioni sociali, di stato civile e di ordine relazionale, in particolare del fatto che vi sono più modi o scelte possibili sulla maniera di condurre una vita privata e familiare"

<sup>20</sup> §140 sent.cit.: "...Quando il margine di apprezzamento lasciato agli Stati è limitato, ad esempio in caso di una disparità di trattamento basata sul sesso o sull'orientamento sessuale, non solo il principio di proporzionalità esige che la misura scelta sia normalmente di natura tale da permettere la realizzazione dello scopo perseguito, ma obbliga anche a dimostrare che, per perseguire tale scopo, era necessario escludere alcune persone – nella fattispecie gli individui che vivono una relazione omosessuale – dal campo di applicazione della misura in questione".

<sup>21</sup> Cfr. Corte dir. uomo, *Fretté c. Francia* - ric. n. 36515/97 - § 41, in cui la Corte ebbe a precisare che «It is indisputable that there is no common ground on the question. Although most of the Contracting States do not expressly prohibit homosexuals from adopting where single persons may adopt, it is not possible to find in the legal and social orders of the Contracting States uniform principles on these social issues on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely. The Court considers it quite natural that the national authorities, whose duty it is in a democratic society also to consider, within the limits of their jurisdiction, the interests of society as a whole, should enjoy a wide margin of appreciation when they are asked to make rulings on such matters. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, the national authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions. Since the delicate issues raised in the case therefore touch on areas where there is little common ground amongst the member States of the Council of Europe and, generally speaking, the law appears to be in a transitional stage, a wide margin of appreciation must be left to the authorities of each State ... This margin of appreciation should not, however, be interpreted as granting the State arbitrary power, and the authorities' decision remains subject to review by the Court for conformity with the requirements of Article 14 of the Convention."»

Stati è ampio, ma tale margine si riduce progressivamente, quando entra in gioco la discriminazione fondata su ragioni di orientamento sessuale<sup>22</sup>.

Né la Convenzione internazionale sulle adozioni, peraltro ratificata da un numero limitato di Paesi, poteva essere in grado di dimostrare l'esistenza di un consenso idoneo a giustificare la diversità di trattamento fra coppie etero ed omosessuali in punto di adozione.

In definitiva, la Corte esprime un giudizio di scarsa coerenza sul sistema austriaco che, da un lato, ammetteva l'adozione da parte in single, anche se omosessuale e riconosceva che un minore potesse vivere all'interno di una coppia omosessuale, poi tuttavia affermando il divieto che un minore potesse avere due madri o due padri-p.144 sent.-. Il che finiva con il negare il valore profondo che invece hanno le relazioni di fatto-p.145 sent.-

E' quindi seguita la condanna dell'Austria all'equo soddisfacimento in relazione al ritenuto danno morale patito da tutte le parti ricorrenti.

In definitiva, la Corte ha inteso muoversi su un binario che non la conduce ad affermazioni di principio, anzi ripetutamente sottolineando i limiti della propria decisione.

### **2.1 Una lettura *ortodossa* della sentenza della Corte europea X e altri c. Austria.**

Va detto con chiarezza, allora, che ogni lettura del tipo ...*secondo la Corte le coppie omosessuali hanno diritto all'adozione...* sarebbe oltre che erronea, poco persuasiva.

La soluzione *soft* adottata dalla Corte sembra essere stata il collante sul quale si è coagulato il consenso dei giudici che hanno sostenuto l'opinione di maggioranza e, sull'opposto versante, si sono appuntati i rilievi dell'opinione parzialmente dissenziente<sup>23</sup>.

Il giudice di Strasburgo insiste sul ruolo dell'interesse superiore del minore su esso, in definitiva, incentrando il proprio ragionamento.

Se in gioco c'è il diritto della coppia e del minore ad una relazione familiare stabile, al cui interno gravita il minore, non è possibile che un ordinamento vieti l'ulteriore formalizzazione di tale relazione esclusivamente per ragioni di orientamento sessuale e non si comporti allo stesso modo per le coppie eterosessuali.

Si tratta di un postulato, quest'ultimo, che appare sufficientemente persuasivo, ma che nulla dice – né vuole dire - sull'opportunità e doverosità che una legislazione consenta *tout court* alle coppie omosessuali di adottare un figlio, anche nell'ipotesi in cui il minore sia figlio di uno dei partner.

La Corte è sembrato voler marcare molto i propri limiti e quelli della CEDU.

Resta tuttavia il fatto che la possibilità di adozione delle coppie omosessuali si misura attraverso il confronto con la tutela che gli ordinamenti riconoscono alle coppie eterosessuali avendo, a quanto è dato comprendere, la Corte ormai tarato su tale regime il *tertium comparationis* da considerare al fine di verificare quelle discriminazioni che la stessa con forza ha inteso emarginare. E ciò a prescindere dal *consenso* che si andrà o meno consolidando nei vari Paesi contraenti.

Anzi, la decisione della Grande Camera ha confermato il fatto che l'assenza di *consenso* all'interno dei singoli ordinamenti sulla questione non può per ciò solo giustificare operazioni di tutela al ribasso, come ha di recente osservato il Giudice Raimondi.

Ciò trova conferma nel fatto che il margine di apprezzamento si riduce comunque in maniera considerevole quando in discussione entra il tema delle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale.

### **2.2 Quali ricadute sul piano interno?**

---

<sup>22</sup> Sul tema C.Vitucci, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Napoli, 2012, recensito da A.Schillaci sul blog [diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), <http://www.diritticomparati.it/2013/01/orientamento-sessuale-e-diritti-umani-a-proposito-dellultimo-libro-di-chiara-vitucci.html>.

<sup>23</sup> V. l'opinione parzialmente dissenziente resa dai Giudici Casadevall, Ziemele, Kovler, Jočienė, Šikuta, De Gaetano e Sicilianos.

Volgendo per un attimo così la lente verso casa nostra<sup>24</sup>, appare evidente che la scelta di normare i rapporti delle coppie di fatto, ove mai dovesse materializzarsi anche grazie ai moniti ripetutamente rivolti dalla Corte costituzionale al legislatore interno (particolarmente perentori in Corte cost.n.170/2014), non potrà orientarsi verso regimi discriminatori tra coppie omo e/o etero sessuali, a pena di incorrere in quegli stessi *vulnera* che ha individuato la Corte europea nella vicenda qui esaminata.

E tuttavia, l'assenza di una legislazione specifica, *de iure condito*, non sembra lasciare spazio ad aperture, anche solo di carattere giudiziario- dirette o mediate, attraverso la proposizione di questioni di costituzionalità, fondate sulla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo e sui diritti umani di matrice convenzionale.

Il messaggio che sembra materializzarsi dalla pronuncia è che i diritti riconosciuti dagli Stati ai coniugi non devono *tout court* attribuirsi ai non coniugi, fatte salve le regole che ciascuno Stato intende darsi.

Resta, tuttavia, ai singoli Paesi il compito di regolare le situazioni che possono avere una rilevanza sociale sulla base del margine di apprezzamento che in materia gli stessi mantengono.

Non secondario, tuttavia, risulta il messaggio che la Corte rivolge agli Stati contraenti circa la piena legittimazione delle relazioni omosessuali, la loro diretta considerazione per quel che riguarda l'art.8 CEDU. Si riscontra in modo netto una progressione di tutela in relazione al riconoscimento che a tali relazioni omosessuali viene offerta, nettamente distinguendole da altre relazioni parentali o affettive tra persone anche dello stesso sesso, fino al punto di specificare che, dal punto di vista

---

<sup>24</sup> L'istituto dell'adozione di minori è disciplinato dalla legge del 4 maggio 1983 n. 184 - modificata nel 2001 con la legge 28 marzo n. 149-. Cass.n.7950/1995, in *Giur.it.*, 1997,697, con nota di Gabrielli, *L'adozione del single tra convenzionale e diritto interno: problemi attuali e prospettive di riforma*, ha negato il diritto di adottare da parte del single proprio rilevando che l'art.6 della Convenzione sull'adozione non contemplava un simile diritto. V. anche, nello stesso senso, Corte cost.281/1994. Pronunzie recenti del giudice di legittimità sono state interpretate in modo non adeguato dai mezzi di informazione come *apertura* della Cassazione alle adozioni di persone singole e di coppie omosessuali. Così è accaduto per Cass.n.3572/2011 e per Cass.601/2013, ancorchè nessuna delle due pronunzie abbia affermato che nel diritto interno l'adozione è consentita alle persone *single* ed alle coppie omosessuali. Quanto a Cass.n.3572/2011, in *Fam. Dir.*, 2011, 697, con nota di Astone, *La delibazione del provvedimento di adozione internazionale di minore a favore di persona singola*, si riporta la massima del CED: "In tema di adozione, la disposizione di cui all'art. 36, quarto comma, della legge 4 maggio 1993, n. 184 (nel testo sostituito ad opera dell'art. 3 della legge 31 dicembre 1998, n. 476) - secondo cui l'adozione pronunciata all'estero su istanza di cittadini italiani che dimostrino, al momento della pronuncia, di aver soggiornato continuativamente nel Paese straniero e di avervi avuto la residenza da almeno due anni, viene riconosciuta ad ogni effetto in Italia con provvedimento del tribunale per i minorenni - non ha introdotto alcuna deroga al principio generale enunciato nell'art. 35, terzo comma, della legge n. 184 del 1983 citata, secondo il quale la trascrizione nei registri dello stato civile italiano dell'adozione di un minore pronunciata all'estero con effetti legittimanti non può avere mai luogo ove "contraria ai principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori". Tra questi principi v'è quello secondo cui l'adozione legittimante è consentita solo "a coniugi uniti in matrimonio", ai sensi dell'art. 6 della legge n. 184 del 1983, fermo restando che il legislatore nazionale, coerentemente con il disposto dell'art. 6 della Convenzione europea in materia di adozione di minori, firmata a Strasburgo il 24 aprile 1967 e ratificata dall'Italia con la legge 22 maggio 1974, n. 357, ben potrebbe provvedere, nel concorso di particolari circostanze, ad un ampliamento dell'ambito di ammissibilità dell'adozione legittimante di minore da parte di una singola persona." Quanto a Cass.n.601/2013, il giudice di legittimità non ha in alcun modo teorizzato principi, limitandosi a rigettare una censura che intendeva escludere l'affidamento esclusivo di un minore ad un genitore per il solo fatto che lo stesso era omosessuale. Ed in questo si può, forse, intravedere un collegamento fra tale pronuncia e la sentenza della Corte europea, entrambi i *dicta* sottolineando come nei rapporti adulti-minori non può essere la condizione astratta in cui versa il primo ad incidere nei rapporti col minore, in assenza di elementi che ne dimostrino il pregiudizio concreto per il minore. V., sul tema, in generale, F.Bilotta, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Dir.fam.pers.*, 2011, 1375 ss.; G.Sergio, *Adozione gay e diritto del fanciullo a preservare la propria identità*, in *Minori Giust.*, 2007, 109; M.Castellaneta, *Legittimo il rifiuto delle singole autorità nazionali di consentire l'adozione a coppie omosessuali. La scelta non viola il diritto al rispetto della vita privata e familiare*, *Guido al diritto*24ore, 2012,14, 39.

qualitativo, la relazione tra due sorelle che vivono insieme è diversa per la sua stessa natura da quella che lega i due partner di una coppia, anche omosessuale -§129 sent.cit.-<sup>25</sup>

Rinviando a quando già in altra occasione detto a proposito degli effetti della sentenza della Grande Camera nell'ordinamento interno austriaco<sup>26</sup>, rimane da verificare se la Corte, come hanno sostenuto i giudici che hanno firmato l'opinione dissenziente, sia davvero andata, nel caso in esame, "oltre" i confini dell'interpretazione evolutiva che pure si addice allo strumento convenzionale inteso come "*living instrument*"<sup>27</sup>, ovvero se questa decisione abbia cercato di trovare un arduo, ma non per questo meno rilevante, punto di equilibrio su un tema che marca, in definitiva, il principio di sussidiarietà come perno sul quale ruota il sistema dei rapporti fra Paesi contraenti e CEDU.

E di ciò si ha riprova leggendo il p.151 della sentenza, ove il giudice di Strasburgo ammette che "...La Corte è consapevole che la ricerca di un equilibrio tra la tutela della famiglia tradizionale e i diritti delle minoranze sessuali derivanti dalla Convenzione è un esercizio difficile e delicato per la sua stessa natura, che può obbligare gli Stati a conciliare vedute e interessi concorrenti che le parti interessate percepiscono come fundamentalmente contrapposti."

Quel che pare indiscutibile è l'abbandono definitivo, da parte della Corte europea, della giurisprudenza *Frettè*.

In quell'occasione la Corte aveva valorizzato, come ricorda puntualmente Varano<sup>28</sup>, tre ragioni fondamentali per non ritenere fondata la discriminazione fra adottante *single* omosessuale ed eterosessuale, rappresentate dall'interesse superiore del minore, dai dubbi della comunità scientifica in ordine all'esistenza di pregiudizio per il minore e dall'assenza di consenso da parte dei singoli Paesi contraenti in ordine alla disciplina dell'adozione da parte di omosessuale. In quel caso erano stati, infatti, i giudici dissenzienti a profilare un *vulnus* in danno del richiedente fondato proprio sugli artt.8 e 14 CEDU e sulla divergenza di tutela offerta in quel Paese ai richiedenti l'adozione non omosessuali.

Si tratta di argomenti che non trovano più alcuno spazio nella decisione della Grande Camera che, anzi, ha realizzato un risultato opposto ed a parti invertite, nel quale l'opinione dissenziente della minoranza è stata tutta protesa a dolersi del fatto che la sentenza abbia tralasciato di affrontare in termini generali il problema sotteso al ricorso delle tre parti ricorrenti.

---

<sup>25</sup> Nel caso Moretti e Benedetti c.Italia (ric.n.16318/97) (sent.27 aprile 2010) la Corte ha ribadito la propria giurisprudenza in tema di tutela delle coppie di fatto in presenza di vincoli di natura affettiva.

<sup>26</sup> Sia infatti consentito il rinvio al commento sistematico alla sentenza ricordata del testo a suo tempo espresso in Conti, *La CEDU, l'adozione e le coppie dello stesso sesso*, in <http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/articolo.php?id=32>, dal quale i paragrafi del presente scritto dedicati alla decisione costituiscono una modesta rivisitazione.

<sup>27</sup> Cfr.p.139 sent.: "... dato che la Convenzione è uno strumento vivo che deve essere interpretato alla luce delle condizioni attuali, lo Stato deve scegliere le misure da adottare per tutelare la famiglia e garantire il rispetto della vita familiare, tenendo conto dell'evoluzione della società e dei cambiamenti che si verificano nella percezione delle questioni sociali, di stato civile e di ordine relazionale, in particolare del fatto che vi sono più modi o scelte possibili sulla maniera di condurre una vita privata e familiare". Tale affermazione è stata tuttavia fortemente criticata dall'opinione dissenziente di minoranza espressa dal giudice Spielmann, ritenendosi che l'operazione compiuta dalla Corte aveva assunto i tratti di un'interpretazione "creativa": "... È noto, in effetti, che a partire dalla sentenza Tyrer c. Regno Unito, la Corte rammenta frequentemente che la Convenzione è uno strumento vivo che bisogna interpretare «alla luce delle condizioni di vita attuali» (si veda Tyrer c. Regno Unito, 25 aprile 1978, § 31, serie A n. 26). In altre parole, il senso dell'interpretazione evolutiva, come concepita dalla Corte, è quello di accompagnare, addirittura di incanalare i cambiamenti (si veda Rozakis, «The Particular Role of the Strasbourg Case-Law in the Development of Human Rights in Europe», in *European Court of Human Rights 50 Years*, Nomiko Vima, Athens Bar Association, Atene, 2010, pp. 20-30, soprattutto pagg. 25 e seguenti), non di precederli e ancor meno di tentare di imporli. Senza in alcun modo escludere la possibilità che la situazione in Europa in futuro si evolverà nella direzione apparentemente voluta dalla maggioranza, come abbiamo visto questo al momento non sembra essere il caso. Riteniamo di conseguenza che la maggioranza abbia oltrepassato i limiti abituali del metodo interpretativo evolutivo."

<sup>28</sup> E.Varano, *La Corte dei diritti dell'uomo e l'inesistenza del diritto di adottare*, in *Famiglia*, 2003, 540.

### **3. La Corte dei diritti umani e le unioni civili delle coppie omosessuali- Corte dir. uomo, Grande Camera, 7 novembre 2013, *Vallianatos e altri c. Grecia* (ric. n. 29381/09 32684/09).**

A distanza di pochi mesi dalla sentenza evocata nei precedenti paragrafi la Corte europea dei diritti dell'uomo, anche nella composizione allargata, è tornata a occuparsi di questione legate alla tutela delle coppie omosessuali.

La questione esaminata dalla Grande Camera della Corte europea è stata proposta da alcune coppie dello stesso sesso di cittadini greci che, non potendo accedere alla disciplina prevista a livello interno sulle unioni civili, espressamente e testualmente riservate ai soggetti di sesso diverso, si sono rivolte, *per saltum*, a Strasburgo, prospettando la violazione degli artt.8 e 14 CEDU.

Corte dir.uomo, Grande Camera, 7 novembre 2013, *Vallianatos e altri c. Grecia* (ric. n. 29381/09 32684/09), va dunque letta insieme alla sentenza sulle adozioni per le coppie dello stesso sesso- Strasburgo-GC, 19 febbraio 2013, *X e altri c. Austria*, già sopra ricordata.

E ciò perchè la trama argomentativa sembra incentrarsi, qui come nella precedente decisione, sul ruolo giocato dal principio di non discriminazione- art.14 CEDU- in combinato disposto con l'art.8 CEDU che tutela il pieno diritto al rispetto della vita privata e familiare.

Anche in questa circostanza, l'elemento fondamentale che consente alla Corte di sanzionare la Grecia laddove la legislazione di quel Paese non consente alle coppie dello stesso sesso di fruire della disciplina legale sulle unioni civili riservata alle coppie eterosessuali è, per l'appunto, la discriminazione che viene a crearsi fra situazioni omogenee fondata sull'orientamento sessuale della coppia.

La Corte fa precedere il nucleo centrale della decisione da alcune considerazioni di principio, volte a fare comprendere che essa non intende occuparsi della questione sostanziale- e cioè se le coppie dello stesso sesso possono avere una tutela giuridica omologa rispetto a quella garantita ai soggetti uniti in matrimonio. Ed in ciò le linee argomentative sono per buona parte sovrapponibili, con i dovuti distinguo rispetto all'oggetto dei due giudizi, a quelle esposte nel caso *X c. Austria* sopra ricordato. I giudici europei hanno a cuore, invece, il fatto che la legislazione nazionale non perpetui situazioni discriminatorie, una volta che la stessa ha deciso di disciplinare le unioni civili.

Il margine di apprezzamento, che pure esiste ed è *pesante* nella materia, non consente agli Stati di introdurre regolazioni - sembra dire alla Corte- capaci di alimentare frizioni sociali ingiuste in danno di alcuni soggetti per il solo fatto che gli stessi hanno un orientamento sessuale diverso da quello delle altre coppie civili.

Nemmeno lo "spauracchio", agitato ad arte dal Governo ellenico, circa il pericolo che l'estensione della disciplina interna potesse "toccare" la questione dell'affidamento di minori alle coppie dello stesso sesso, è riuscito ad incrinare la ormai solida posizione assunta dalla Corte europea sul tema della non discriminazione.

Secondo la Corte nulla impedisce ai singoli Paesi di introdurre specifiche discipline in ordine ai minori che non sono nati all'interno della coppia, ma ciò non è argomento valido per impedire l'accesso delle coppie dello stesso sesso alla disciplina in tema di unioni civili, una volta che questa sia stata regolata dal singolo ordinamento ed abbia avuto come prioritaria finalità quella di offrire alle coppie uno strumento giuridico alternativo al matrimonio e capace di offrire a tali coppie un sistema di protezione regolato per legge.

In questa prospettiva, il fatto che la legge greca avesse parimenti disciplinato alcuni aspetti collegati al regime dei figli nati nel corso dell'unione di fatto ed avesse dunque anche tale finalità- non ipotizzabile quanto alle coppie dello stesso sesso, non poteva giustificare il divieto di accesso a tale disciplina per quelle stesse coppie, una volta che la ragione prioritaria perseguita da quel legislatore era stata, appunto, quella di introdurre uno strumento giuridico " a tutela" delle persone che, senza accedere al matrimonio, godevano dell'aspettativa ad una protezione giuridica della coppia di fatto. Rimane, così, sullo sfondo il tema della sovrapponibilità della disciplina sostanziale fra unioni fondate sul matrimonio ed unioni di fatto.

La Corte, anche qui portata a ragionare in punto di tutela sostanziale, offre dimostrazione, al contempo, di essere aperta a recepire il nuovo *trend* senza, tuttavia, porre in discussione il

fondamento del matrimonio.

Insomma, un'abile operazione di bilanciamento che produce, all'evidenza, frutti fecondi per chi, nei singoli Stati, si è confrontato con discipline fortemente limitative del valore rappresentato dall'art.8 CEDU.

Nella descrizione di questo *trend*, per la verità univoco- dal quale l'Italia è, purtroppo, fuori- la Corte accenna al tema del *consenso* secondo una linea ormai solida ma si muove, come sempre, con estrema prudenza.

La Corte evidenzia "...che, sebbene non vi sia un'unanimità tra gli ordinamenti giuridici degli Stati membri del Consiglio d'Europa, emerge attualmente una tendenza all'introduzione di forme di riconoscimento giuridico delle relazioni omosessuali. Nove Stati membri prevedono il matrimonio omosessuale. Diciassette Stati membri autorizzano inoltre qualche forma di unione civile per le coppie omosessuali. Quanto alla questione specifica sollevata dalla presente causa (si veda il paragrafo 75 supra), la Corte ritiene che la tendenza emergente negli ordinamenti giuridici degli Stati membri del Consiglio d'Europa sia chiara: dei diciannove Stati che autorizzano qualche forma di unione registrata diversa dal matrimonio, la Lituania e la Grecia sono gli unici a riservarla esclusivamente alle coppie eterosessuali (si vedano i paragrafi 25 e 26 supra). In altre parole, con due eccezioni, gli Stati membri del Consiglio d'Europa, quando decidono di promulgare una legge che introduce un nuovo sistema di unione registrata in alternativa al matrimonio per coppie non coniugate, comprendono le coppie omosessuali nel suo campo di applicazione. Questa tendenza si riflette inoltre nei documenti pertinenti del Consiglio d'Europa. A tale riguardo, la Corte rinvia in particolare alla Risoluzione 1728(2010) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa e alla Raccomandazione del Comitato dei Ministri CM/Rec(2010)5 (si vedano i paragrafi 28-30 supra)".cfr.p.91 sent.cit.-.

I giudici di Strasburgo aggiungono che l'essere "soli" rispetto al contesto degli altri Paesi non determina, *ex se*, la violazione della CEDU, ma impone allo Stato *solitario* l'obbligo di fornire giustificazioni dei bilanciamenti interni operati particolarmente persuasive, in mancanza delle quali, è la Corte stessa a farlo intendere, nessuna tutela potrà essere più riconosciuta a livello convenzionale a situazioni che pongono in discussione il diritto ad una tutela paritaria per le coppie dello stesso sesso<sup>29</sup>.

Orbene, l'esclusione per le coppie omosessuali dell'accesso alle unioni civili normate in Grecia costituisce per la Corte un *vulnus* rispetto alla tutela delle situazioni familiari sottese a tali coppie. Osserva sul punto la Corte che "... le coppie omosessuali hanno la stessa capacità delle coppie eterosessuali di impegnarsi in relazioni stabili. Le coppie omosessuali che condividono le loro vite hanno le stesse esigenze delle coppie eterosessuali in termini di sostegno e di assistenza reciproci. Conseguentemente, la scelta di contrarre un'unione civile offrirebbe alle prime l'unica opportunità disponibile per loro in base al diritto greco di formalizzare la loro relazione, conferendole uno status giuridico riconosciuto dallo Stato. La Corte rileva che l'estensione delle unioni civili alle coppie omosessuali permetterebbe a queste ultime di disciplinare le questioni relative al patrimonio, al mantenimento e alla successione, non come dei privati che stipulano un contratto ai sensi del diritto ordinario, ma sulla base di norme giuridiche che disciplinano le unioni civili, beneficiando così del riconoscimento ufficiale della loro relazione da parte dello Stato."-cfr.§81 sent.cit.-

D'altra parte, il giudice europeo non intende prendere partito sulla forma di tutela del diritto delle coppie omosessuali al riconoscimento del loro status. In questa prospettiva, si sottolinea come "...La Corte accetta che la tutela della famiglia nel senso tradizionale è, in linea di massima, un motivo rilevante e legittimo che potrebbe giustificare una differenza di trattamento (si vedano

---

<sup>29</sup> Cfr. §92 sent.cit.: "...Il fatto che, al termine di una graduale evoluzione, un paese si trovi in una posizione isolata su un aspetto della sua legislazione, non comporta necessariamente che tale aspetto contrasti con la Convenzione (si veda F. c. Svizzera, 18 dicembre 1987, § 33, Serie A n. 128). Ciononostante, per quanto sopra esposto, la Corte ritiene che il Governo non abbia fornito motivi convincenti e rilevanti in grado di giustificare l'esclusione delle coppie omosessuali dal campo di applicazione della Legge n. 3719/2008."

Karner, § 40, e Kozak, § 98, entrambe sopra citate)".

Ma questa affermazione si coniuga con l'altra, in forza della quale la Corte, richiamando quanto espresso nel caso *X. e altri c. Austria*, ribadisce che "...poiché la Convenzione è uno strumento vivo, da interpretare alla luce delle condizioni attuali (si vedano, tra altri precedenti, *Tyrer c. Regno Unito*, 25 aprile 1978, § 31, Serie A n. 26, e *Christine Goodwin c. Regno Unito [GC]*, n. 28957/95, § 75, CEDU 2002-VI), lo Stato, nella scelta dei mezzi destinati a tutelare la famiglia e a garantire il rispetto della vita familiare previsto dall'articolo 8, *deve necessariamente tenere conto delle evoluzioni della società e dei cambiamenti nella percezione delle questioni sociali e relative allo stato civile e alle relazioni, compreso il fatto che non vi è solo un modo o una scelta per condurre la propria vita familiare o privata.*"(corsivo aggiunto)

Tralasciando qui di esaminare gli aspetti collegati agli effetti della decisione resa dalla Grande Camera e alle sue ricadute rispetto ai ricorrenti e a soggetti che si trovavano in analoga posizione rispetto a quella esaminata dalla Corte europea<sup>30</sup>, v'è da dire che il tema si colora di aspetti estremamente incerti allo stesso affiancandosi l'ulteriore portentosa questione sollevata dall'opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque.

Quest'ultimo, infatti, non si è impegnato a dimostrare la non divisibilità nel merito della decisione della Grande Camera, ma ne ha messo in discussione, a monte, il potere di statuire sulla domanda, posto che i ricorrenti non avevano sperimentato le vie di ricorso interno.

La prospettiva dell'opinione di minoranza è stata, dunque, quella di sottolineare che l'intervento della Corte europea prima del possibile esperimento di rimedi interni volti vuoi a riconoscere un risarcimento, vuoi a far dichiarare l'incostituzionalità della legge, ha trasfigurato il ruolo della Corte fino a condurla ad una sorta di " supra-national "positive legislator", snaturandone i contenuti ed i confini fino al punto di farla diventare <<... as a European Constitutional Court functioning as a "positive legislator" which intervenes directly in the face of a supposed legislative omission by a State Party."

Si tratta di un interrogativo che, ancora una volta, dimostra come all'interno stesso della Corte europea si agitano diversi sentire, addirittura apertamente orientati a stigmatizzare le decisioni rese dalla Corte fino al punto di inquadrarle in ambiti di usurpazione dei poteri riservati ai singoli Stati in materia delicate quali sono quelle fin qui esaminate.

Si tratta di tensioni che non vanno nascoste ma, anzi, ben individuate, anche al fine di capire se le stesse possono avere qualche ricaduta quando le decisioni di Strasburgo sono chiamate a operare a livello interno.

#### **4. Qualche breve considerazione sul significato della sentenza *X e altri c. Austria e Vallianatos*.**

Una riflessione comune sui due precedenti appena esaminati sembra dimostrare che la Corte europea non ha inteso affatto "espropriare" gli Stati dal legiferare in materia di coppie omosessualiragione della coscienza sociale del tempo che non può dirsi, ad oggi, "comune" e, al contempo, ha ritenuto di dovere sottolineare che tale libertà deve esplicarsi tanto a livello legislativo che, soprattutto, in ambito giudiziario.

Ma è vero, altresì, che è proprio la Corte, in certi casi, ad essere *stretta* nella "morsa" delle legislazioni dei Paesi contraenti e *costretta* a trovare, a volte con difficoltà, soprattutto sui temi eticamente e moralmente sostenibili, la *quadra* del cerchio. Si pensi ai casi in tema di moralità<sup>31</sup>, di inizio vita<sup>32</sup>, di rilevanza del consenso alla distruzione di embrione da parte del partner della donna<sup>33</sup>, di fine vita<sup>34</sup>, di transessuali<sup>35</sup>, di adozione sulla base di kafala vietata in base alla legge di

<sup>30</sup> Questioni sulle quali v., volendo quanto esposto commentando la sentenza qui esaminata in *Conti, La Cedu e le unioni civili negate alle coppie omosessuali*, in <http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/articolo.php?id=260>

<sup>31</sup> Caso *Dudgeon c. Regno Unito* -ric. n. 7525/76-.

<sup>32</sup> Caso *Vo. c. Francia* -ric. n.53924/00-.

<sup>33</sup> In Corte dir. uomo *Evans c. Regno Unito* -ric. n. 6339/05-, a proposito della distruzione di embrioni congelati sulla base del consenso di uno solo dei partners, la CtEDU ebbe a chiarire che "...given the lack of European consensus ...,"

provenienza del minore<sup>36</sup>, per i quali non si riscontra un terreno comune e condiviso nei singoli Paesi.

Sembra allora che il Giudice europeo riconosca come la delicatezza dei casi che possono porsi richiede non solo scelte primarie dei legislatori, sulla cui portata la Corte ha fatto intendere, d'ora innanzi, di volere esprimere il proprio avviso, ma (sempre e comunque) un "giudice di prossimità", capace di affrontare il caso in tutte le sue implicazioni fattuali<sup>37</sup> avvalendosi, anche di poteri officiosi, tutti rivolti a garantire, ove ricorra, l'interesse superiore del minore<sup>38</sup>, che assume particolare rilievo, ma "anche" l'interesse della coppia di fatto, etero e/o omosessuale che sia, nel momento in cui si venga a creare una relazione familiare protetta dall'art.8 CEDU.

Certo, va detto che, rispetto al caso *X e altri c. Austria*, l'interesse superiore del minore<sup>39</sup> è risultato evocato dai vari giudici che hanno composto i collegi della Corte europea impegnata sulle vicende di cui si è detto *ad usum delphini*, nel senso che se ne è ipotizzata la violazione sia quando la soluzione è stata rivolta a riconoscere l'adozione, sia quando si è negata, collegando il pregiudizio del minore vuoi alla privazione della relazione familiare sottesa all'adozione<sup>40</sup>, vuoi al fatto che l'inserimento dello stesso in un nucleo non eterosessuale avrebbe potuto danneggiarlo<sup>41</sup>. E, del resto, la delicatezza della questione trova conferma nel fatto che proprio gli studiosi del diritto minorile si sono per tempo interrogati sui fattori protettivi e di rischio connessi alla crescita del minore in famiglie omogenitoriali<sup>42</sup>.

Non serve, comunque, qui interrogarsi sull'atteggiamento del giudice nazionale (anche italiano) ove dovesse innescarsi un procedimento simile a quello celebrato innanzi alle Corti austriache<sup>43</sup>.

---

the fact that the domestic rules were clear and brought to the attention of the applicant and that they struck a fair balance between the competing interests, there had been no violation of Article 8 of the Convention."

<sup>34</sup> Caso *Pretty c. Regno Unito* - ric. n. 2346/02-

<sup>35</sup> Caso *Christine Goodwin c. Regno Unito* -ric. n. 28957/95-.

<sup>36</sup> Corte dir.uomo, 4 ottobre 2012, *Harroudj c. Francia*, ric.43631/09, p.44: "...La marge d'appréciation dont disposent les Etats contractants est de façon générale ample lorsque les autorités publiques doivent ménager un équilibre entre les intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'il n'existe pas de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger.

<sup>37</sup> In questa prospettiva, il tema che pure era emerso innanzi alle corti nazionali austriache circa un possibile conflitto d'interessi fra madre naturale e minore rispetto all'utilità dell'adozione pone in evidenza una questione che va oltre i contesti spazio-temporali della sentenza qui esaminata, evocando la questione generale della rappresentanza processuale del minore nelle procedure di adozione, ove l'interesse anzidetto costituisce il "cuore" della tutela, come pure osserva l'opinione dissenziente, coinvolgendo anche la sfera dei rapporti dell'altro genitore naturale.

<sup>38</sup> Sul ruolo del superiore interesse del minore nella giurisprudenza della Corte dei diritti umani, sia consentito il rinvio a Conti, *Alla ricerca del ruolo dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel pianeta famiglia*, Intervento svolto convegno nazionale dall'Associazione nazionale magistrati per i minorenni e per la famiglia svoltasi a Roma il 23 novembre 2012 sul tema "*Tutela delle persone minori di età e rispetto delle relazioni familiari*", in <http://www.minoriefamiglia.it/download/conti-roma-2012-art.8-cedu.pdf>.

<sup>39</sup> V. in particolare, art.1 della Conv.de l'Aja del 29 maggio 1993 in tema di adozione internazionale che fa espresso riferimento all'interesse superiore del minore.

<sup>40</sup> Sul punto v.Castellaneta, *Legittimo il rifiuto delle singole autorità nazionali di consentire l'adozione a coppie omosessuali. La scelta non viola il diritto al rispetto della vita privata e familiare*, *Guido al diritto*24ore, 2012,14, 39 che ricordava l'opinione resa dal giudice Villiger nella causa Gas e Dubois. Analogamente, v.Crivelli, *Gas e Dubois c. Francia: la Corte di Strasburgo frena sull'adozione da parte di coppie omosessuali*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, f. 3, 672

<sup>41</sup> V. in particolare, art.1 della Conv. dell'Aja del 29 maggio 1993 in tema di adozione internazionale che fa espresso riferimento all'interesse superiore del minore

<sup>42</sup> G. Sergio, *Adozione gay e diritto del fanciullo a preservare la propria identità*, in *Minori Giust.*, 2007, 109; F. Bilotta, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Dir. famiglia*, 2011, 03, 1375.

<sup>43</sup> Il compito, certo, potrebbe essere agevolato dal fatto che nell'ordinamento interno, in atto, non trova disciplina alcuna l'adozione da parte di copie eterosessuali che, ove mai dovesse essere normata, imporrebbe al giudice di considerare che la legge con la quale si troverà a contatto non può cagionare effetti discriminatori di sorta fra stabili coppie etero ed omosessuali fino al punto da determinare, a carico delle seconde, limitazioni che non trovino, invece, giustificazione nel caso concreto esaminato.

Quel che qui si intende sottolineare è l'esistenza di un canale diretto, preferenziale, che la Corte vuole comunque mantenere ed alimentare, con i giudici nazionali, soprattutto di merito<sup>44</sup>.

E sembra essere proprio questo canale a circoscrivere in modo preciso i confini della legge nazionale—destinata, come Antonio Ruggeri non manca di ricordare, ad un pugno di indicazioni minime- e valorizzare l'operato giudiziale confermando, ancora una volta, la centralità del giudice nazionale nel processo di attuazione e protezione dei diritti ed il progressivo superamento —*recte*, aggiornamento- del canone di certezza del diritto<sup>45</sup>, ma anche la vitalità di un dialogo fra le Corti che, pur difficile in assenza di uno strumento simile a quello del rinvio pregiudiziale di origine eurounitaria- fin quando il Protocollo n.16 non verrà ratificato<sup>46</sup>, non è necessariamente ed obbligatoriamente improntato su trame gerarchiche ma, semmai, vive e si alimenta, quotidianamente e concretamente, attraverso un confronto equiordinato<sup>47</sup>.

Il che non significa, pertanto, autorizzazione (od obbligo) del giudice nazionale ad operare *contra legem*, ma semmai obbligo per quello stesso giudice di considerare la legge nazionale “alla luce” della CEDU – e della Costituzione che si apre, per sua stessa vocazione, agli strumenti internazionali che intendono salvaguardare la pace fra i poli attraverso la protezione dei diritti fondamentali- e di improntare il proprio agire a canoni di effettività, mai fermandosi di fronte ad un precetto che può apparire compatibile con il quadro dei principi nazionali, ogni volta che la protezione offerta a livello CEDU è superiore, dispiegandosi così innanzi a quel giudice le porte di un *bilanciamento interordinamentale che interamente si risolve in un bilanciamento endocostituzionale*<sup>48</sup>.

Non può, d'altra parte, sfuggire che proprio l'accentuazione dei compiti del giudice nazionale mette in evidenza la peculiare situazione nella quale si erano trovate le parti ricorrenti nel caso *X. a altri c. Austria*, le quali avevano dapprima vanamente sollecitato l'intervento della Corte costituzionale e, successivamente, si erano viste negare ogni possibilità di esame nel merito della domanda da parte dei giudici interni, i quali avevano escluso ogni possibile distonia della disciplina interna con quegli stessi diritti fondamentali che la Corte europea ha invece tutelato, evocando il margine di apprezzamento riservato dalla Corte agli Stati<sup>49</sup>.

---

<sup>44</sup> Tema sul quale si è tentato, in passato, di riflettere- in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011 ed in *Il «dialogo» fra giudice nazionale e Corte di Strasburgo sull'istanza di prelievo nel giudizio amministrativo*, in *Corr.giur.*, 2009, 1493 ss.- e che trova, di recente, rilevanti contributi in Manes, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2013 e E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012.

<sup>45</sup> v. sul punto, su tutti, A. Ruggeri, *Il giudicato all'impatto con la CEDU, dopo la svolta di Corte cost. n. 113 del 2011 ... overosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2/2011; idem, *Giudicato “europeo” e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*; id., di recente, *Una inammissibilità accertata ma non dichiarata, overosia l'errore processuale scusabile della parte, in quanto indotto dallo stesso ... giudice (a prima lettura di Corte cost. n. 142 del 2012)*, in Ruggeri, *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti, XVI, Studi dell'anno 2012*, Torino, 2013, 319 ss.

<sup>46</sup> Su tale spinoso tema sia consentito il rinvio a Conti, *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n.16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, contributo all'incontro di studio su *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 Cedu*, Università di Milano-Bicocca 10 marzo 2014, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it).

<sup>47</sup> V., specificamente, il mio già citato *Il «dialogo» fra giudice nazionale e Corte di Strasburgo sull'istanza di prelievo nel giudizio amministrativo* ed anche Conti, *Diritto di proprietà e CEDU. Itinerari giurisprudenziali europei*, Roma, 2012, 117 ss. a proposito di Corte dir. Uomo, 22 dicembre 2009, *Guiso Gallisay c. Italia*, in tema di quantificazione del risarcimento del danno in tema di occupazione acquisitiva.

<sup>48</sup> A. Ruggeri, *Prospettiva prescrittiva e prospettiva descrittiva nello studio dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU (oscillazioni e aporie di una costruzione giurisprudenziale e modi del suo possibile rifacimento, al servizio dei diritti fondamentali)*, in *Itinerari*, cit., 352.

<sup>49</sup> Cfr. par.15 sent. in esame: “...E' esatto che secondo la consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo le questioni relative all'orientamento sessuale beneficiano della tutela che l'articolo 8 della CEDU accorda al diritto alla vita privata e familiare. È anche vero che secondo la giurisprudenza della Corte le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale sono rigorosamente incompatibili con gli articoli 8 e 14 della Convenzione. Tuttavia è opportuno rilevare che la Corte accorda immancabilmente agli Stati membri del Consiglio d'Europa un ampio margine

La posizione assunta dal giudice nazionale – anche di ultima istanza-<sup>50</sup> è stata, così, letteralmente ribaltata dalla Corte europea che ha, per l'appunto escluso ogni possibilità che la legislazione austriaca potesse impedire l'adozione delle coppie omosessuali invece garantite alle coppie eterosessuali. Anche se è indubitabile che la Corte manda assolto l'operato del giudice nazionale, allorchè afferma che le Corti interne si trovarono nell'impossibilità di esaminare il merito a causa del divieto previsto dalla legge-v.p.123-.

Del resto, non può sottacersi che all'epoca dei fatti la Corte europea si era espressa solo attraverso la sentenza *Frettè*. Ma è vero, anche, che nel caso concreto la tutela surrogatoria apprestata dalla Corte con un risarcimento del danno morale simbolico si è dimostrata, in sostanza, ineffettiva proprio a causa dell'atteggiamento tenuto dai giudici interni.

Quanto al caso *Vallianatos c. Grecia*, v'è solo da evidenziare che la Corte EDU ha disatteso la richiesta di raccomandazioni alla Grecia per modificare la legislazione attuale che pure i ricorrenti avevano formulato, riconoscendo la sola equa soddisfazione.

Si affaccia, così, il solito tema degli ambiti e della dimensione del diritto dei ricorrenti, dopo la sentenza della Corte europea che accerta la violazione, ad una regolamentazione in ambito interno che renda effettivo il diritto per il quale era stata promossa la "causa" a Strasburgo.

In effetti, i ricorrenti avevano espressamente formulato, oltre al riconoscimento di un'equa soddisfazione-art.41 CEDU- anche una specifica richiesta-cfr.§ 96 della sentenza:"... *Essi chiedevano inoltre alla Corte di formulare specifiche raccomandazioni al Governo al fine di modificare la Legge n. 3719/2008 ed estendere l'applicazione delle unioni civili alle coppie omosessuali.*"

La Corte si è limitata a riconoscere un importo a titolo di ristoro del danno morale ed ha, poi, aggiunto, con formula non compiutamente perspicua rispetto alla richiesta, che "... La Corte respinge le richieste di equa soddisfazione dei ricorrenti per il resto. "-§99-.

Ecco che la sentenza *Vallianatos* ripropone (vecchi, ma mai pienamente risolti) dubbi su questioni spinose e, in particolare, su quale sia il rimedio che il titolare del diritto leso può esperire in ambito interno dopo la sentenza della Corte europea e, ancora, su quali caratteristiche ha questo "passaggio" della vicenda fattuale dal "piano Strasburgo" al "piano interno" di protezione cui la stessa può ambire.

---

di apprezzamento in materia la cui ampiezza è inversamente proporzionale a quella della unanimità dei punti di vista che può esserci tra i loro rispettivi ordinamenti giuridici. Al paragrafo 41 della sentenza da essa resa nella causa *Frettè c. Francia* (ricorso n. 36515/97, CEDU 2002-I), la Corte europea ha espressamente indicato che il diritto degli omosessuali all'adozione sembrava attraversare una fase di transizione e conosceva delle evoluzioni sociali che giustificavano l'ampio margine di apprezzamento di cui godono gli Stati membri, pur precisando che questo margine di apprezzamento non poteva essere interpretato come una carta in bianco data agli Stati per prendere delle decisioni arbitrarie.

Spetta dunque soltanto agli Stati decidere sull'opportunità di offrire a due persone dello stesso sesso la possibilità di creare un legame giuridico con un minore su un piano di parità, nei limiti fissati dall'articolo 8 § 2 della Convenzione. Il tribunale ritiene che, anche interpretato conformemente alla Costituzione come deve essere, il diritto austriaco attualmente in vigore escluda questa possibilità. La misura voluta dai richiedenti necessiterebbe di una modifica legislativa e non può essere convalidata da una semplice decisione giudiziaria che darebbe dell'articolo 182 del codice civile una interpretazione contraria alla sua inequivoca formulazione.

<sup>50</sup> Cfr. § 20 sent. in esame: "...Dopo aver rilevato in particolare le profonde divergenze delle opinioni pubbliche nazionali e internazionali sulla questione delle eventuali conseguenze dell'accoglienza di un minore da parte di uno o dei genitori omosessuali e constatato l'insufficiente numero di minori adottabili rispetto alle richieste, la Corte ha ritenuto che agli Stati dovesse essere accordato un ampio margine di apprezzamento in materia. Essa ha giudicato che il rifiuto di autorizzare un'adozione da parte di un omosessuale non era contrario all'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 dal momento che perseguiva uno scopo legittimo, nel caso specifico la tutela dell'interesse superiore del minore, e che non contravveniva al principio di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e lo scopo perseguito. I ricorrenti non hanno provato che le disposizioni dell'articolo 182 § 2 del codice civile austriaco oltrepassino il margine di apprezzamento riconosciuto dalla Corte europea o contravvengano al principio di proporzionalità, e non esistono altri elementi idonei per concludere in tal senso. In queste condizioni, la Corte suprema non ha alcun dubbio sulla conformità costituzionale di questa norma messa in discussione dai ricorrenti."

In altre e più agevoli parole questa tutela di rinvio è a rime obbligate, può dare luogo ad un altro passaggio alla Corte dei diritti umani in caso di mancata osservanza della sentenza europea ovvero questo passaggio è escluso, per l'appunto, dal rigetto di ogni altra questione che i ricorrenti avevano prospettato innanzi alla Corte?

In altre parole, il "giudicato" formatosi sulla tutela in forma specifica è tale anche nel sistema interno? E la circostanza che non vi sia, sul piano interno, alcun giudicato contrastante con la sentenza della Corte europea assume una certa valenza o è assolutamente irrilevante?

Che dovrebbe fare, dunque, il giudice nazionale chiamato dai ricorrenti a "dare attuazione" alla sentenza che qui si commenta.

Dovrebbe prendere atto che, agli occhi della Corte, non esisteva un diritto dei ricorrenti ad ottenere una tutela specifica. Ovvero dovrebbe, in caso di proposizione della domanda, riesaminare la questione?

La questione è davvero ostica, se si considera che la medesima Corte, per giustificare la proponibilità del ricorso proposto dai ricorrenti "saltando" le azioni giudiziarie interne, aveva ritenuto l'inidoneità del rimedio compensatorio-risarcitorio previsto dalla legislazione greca per il caso di violazione della Convenzione (recte della Costituzione greca) anche in ragione della particolare situazione di permanenza della violazione sottesa alle domande dei ricorrenti<sup>51</sup>.

In altri termini, è la stessa Corte a riconoscere che il rimedio pecuniario non è totalmente soddisfacente, soprattutto per il carattere della violazione, per l'appunto permanente- o almeno capace di persistere nel tempo-

Ma se così è, la sentenza della Corte europea, che nel caso di specie ha escluso di potere formulare anche solo raccomandazioni o auspici alle autorità greche in ordine alla modifiche da introdurre nel sistema interno, può ritenersi pienamente soddisfacente o nasce, anch'essa, monca ed in definitiva priva- almeno in parte- di quelle caratteristiche di efficacia ed effettività che la stessa Corte aveva evocato per preferire la soluzione che "la faceva competente" sulle domande proposte dalle vittime-ricorrenti?

## **5. La famiglia secondo i giudici di merito nel micro sistema degli affidi eterofamiliari. Un primo paradigma -ortodosso- a favore dell'affido a coppie dello stesso sesso-G.T.Parma, 3 luglio 2013 e Trib.Min.Bologna, 31 ottobre 2013-.**

Ha suscitato particolare clamore la decisione adottata dal Giudice tutelare di Parma, poi confermata dal Tribunale per i minorenni di Bologna<sup>52</sup>, di affidare un minore ad una coppia dello stesso sesso.

Accennare a tale questione sembra utile proprio per testare il ruolo del giudice nelle questioni biogiuridiche ma, anche, per misurare sul campo quell'esigenza di procedimentalizzazione

---

<sup>51</sup> Cfr. § 54 sent. cit.: "...In primo luogo, la Corte osserva che il ricorso cui fa riferimento il Governo prevede meramente che la persona interessata ottenga un risarcimento per un atto o un'omissione commessi dallo Stato nell'esercizio del potere pubblico. Pertanto, l'esame di costituzionalità di una legge è svolto dal tribunale competente in maniera incidentale, al fine di determinare se lo Stato deve fornire un risarcimento all'individuo per la violazione di una norma di legge che prevede un diritto o un interesse individuale specifico. Nel caso di specie, tuttavia, i ricorrenti lamentano una violazione continuata degli articoli 14 e 8 della Convenzione in ragione della loro impossibilità, in quanto coppie omosessuali, di contrarre un'unione civile, mentre esiste una legge che concede tale possibilità alle coppie eterosessuali. Perciò, la mera concessione di un risarcimento economico non sembrerebbe in grado di porre rimedio alle loro doglianze."

<sup>52</sup> V. Trib.Parma, Giud.tut., 3 luglio 2013, in <http://www.articolo29.it/7252-2/>; Trib.Min.Bologna, 31 ottobre 2013, in <http://www.articolo29.it/2013/7290/>, anche in *Fam.dir.*, 2014, 3, 273 ss., con nota di Tommaseo, *Sull'affidamento familiare d'un minore a coppia omosessuale* e in *Corr. giur.*, 2014, 2, 155 ss., con nota di Rimini, *L'affidamento familiare ad una coppia omosessuale: il diritto del minore ad una famiglia e la molteplicità dei modelli familiari*. Sulla tematica in generale v., di recente, il volume curato da Torino, *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, Roma, 2013.

dell'ascolto del minore nei procedimenti che lo riguardano, al fine di realizzare al meglio gli interessi coinvolti, sulla quale abbiamo tentato di riflettere in altra sede<sup>53</sup>.

Il G.T. riteneva che il concetto di famiglia espresso all'interno dell' art. 2 della legge 4 maggio 1983, n. 184 potesse interpretarsi nel senso di comprendere anche le coppie di persone dello stesso sesso.

Se infatti, la stessa legge esclude in maniera chiara la possibilità di adozione in capo a soggetti adulti non costituenti una famiglia in senso giuridico in materia di affidò, per contro, notava il Tribunale per i minorenni di Bologna nella successiva fase di reclamo, "... non possono, invece, essere esclusi dal novero dei potenziali affidatari i *singoli individui* e quindi, in base ad un necessario passaggio logico-giuridico, anche le coppie di fatto (cioè composte da due singoli individui alla cui unione il Legislatore non connette la produttività di effetti giuridici) come quelle di consanguinei ovvero dello stesso sesso, legate da qualunque tipo di rapporto, purchè, qualora entrambi siano incaricati dell'affidò, stabili e con caratteristiche tali da apparire idonee ad assicurare al minore il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui ha bisogno; a riprova di ciò vale l'argomento per cui, formalmente, la legge non vieterebbe l'affidò ad un singolo individuo che fosse componente di una coppia non riconoscibile come famiglia, non rilevando in tale caso la sussistenza e le caratteristiche di tale unione".

Commentando tali pronunzie ci era sembrato che la soluzione finale intrapresa dalle Corti di merito non era idonea a snaturare il concetto di famiglia né incrinavano le indicazioni espresse dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n.138/2010 o comunque le oltrepassavano<sup>54</sup>. Ma per la verità, il

---

<sup>53</sup> V., volendo, Conti, *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, cit..

<sup>54</sup> Si ricorderà che in quell'occasione alcuni giudici comuni avevano posto lo spinosa questione della legittimità della disciplina interna che impedisce il matrimonio fra coppie omosessuali, evocando non solo la violazione di parametri costituzionali interni ma, anche, la violazione di disposizioni sovranazionali, per il tramite dell'art. 117 1^ comma Cost. - art. 12 CEDU e artt. 7 e 9 Carta di Nizza-Strasburgo-. Secondo uno dei giudici remittenti (Trib.Venezia) il chiaro tenore delle disposizioni interne non consentiva di estenderlo anche a persone dello stesso sesso; anzi, affermare il contrario avrebbe provocato "una forzatura non consentita ai giudici (diversi da quello costituzionale), «a fronte di una consolidata e ultramillennaria nozione di matrimonio come unione di un uomo e di una donna»". Ciò, peraltro, non elideva le rapide trasformazioni della società e dei costumi, il superamento del monopolio detenuto dal modello di famiglia tradizionale, la nascita spontanea di forme diverse (seppur minoritarie) di convivenza, che chiedono protezione e mirano ad essere considerate e disciplinate. In definitiva, i nuovi bisogni, legati anche all'evoluzione della cultura e della civiltà, richiedendo tutela, imponevano un'attenta meditazione e giustificavano i dubbi di costituzionalità della normativa. Il giudice remittente, d'altro canto, aggiungeva alle osservazioni del Tribunale il possibile *vulnus* con alcuni articoli della CEDU - artt.8, 12 e 14 - e della Carta di Nizza -artt.7, 9 e 21 -. Orbene, Corte cost. n. 138/2010, ha disatteso i profili di costituzionalità collegati all'art. 2 Cost. in ragione del fatto che nell'ambito applicativo di tale ultima disposizione spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette. Se era vero "che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere "cristallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi", non era men vero che "detta interpretazione... non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata." La circostanza che in occasione dei Lavori dell'Assemblea costituente si fosse presa unicamente in considerazione la nozione di matrimonio come fra persone di sesso diverso fa dire ai giudici della Consulta che "questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa." Quanto ai parametri sovranazionali evocati da uno dei remittenti, la Corte non vi intravede alcun rilevante contrasto con la disciplina interna. Per tale motivo è stato ritenuto, in particolare, non pertinente il richiamo a Corte dir. Uomo, 11 luglio 2002, Goodwin c. Regno Unito - e con specifico riferimento agli artt. 12 CEDU e 9 della Carta di Nizza - uniche disposizioni che apparivano rilevanti nella fattispecie- assumeva che entrambe, nell'affermare il diritto di sposarsi, rinviavano alle leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio. Peraltro, le spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, elaborate sotto l'autorità del Praesidium della Convenzione che l'aveva redatta (e che, pur non avendo status di legge, rappresentano secondo la Corte costituzionale un indubbio strumento di interpretazione), con riferimento al detto art. 9 chiarivano che «L'articolo non vieta né impone la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso». Quel

substrato della soluzione ci era parso condivisibile non tanto per gli argomenti utilizzati dal giudice minorile emiliano, invece assecondando una lettura del concetto di famiglia più accorta e nemmeno ravvisando particolari vulnera tra tale prospettiva e i canoni costituzionali.

In prima approssimazione, tentammo dunque di evidenziare che il percorso seguito dai giudici di merito, prima il Giudice Tutelare e poi il Tribunale per i minorenni in fase di reclamo, si era snodato sull'interpretazione della legge nazionale sull'affidamento preadottivo.

Ben lungi dal confrontarsi con un tessuto normativo che - a differenza della vicenda relativa alla possibilità di una coppia omosessuale di contrarre matrimonio, impedita dal dato testuale della disposizione di settore- rendeva improponibile una soluzione interpretativa favorevole alla coppia omosessuale e trovandosi, per contro, di fronte ad un dato normativo che rinviava *tout court* alla nozione di famiglia, il giudice tutelare, nel provvedimento capostipite, aveva quindi incluso la coppia omosessuale nel concetto di famiglia affidataria, magari enfatizzando la legislazione emiliana che non poteva certo costituire, in relazione alla materia trattata, un significativo parametro proprio per la sua genesi non statale.

Del resto, ci era parso oltremodo difficile ipotizzare che l'affidamento alla coppia omosessuale potesse giustificarsi col ricorso alla nozione di comunità di tipo familiare<sup>55</sup>, alla quale pure possono essere affidati i minori proprio alla stregua dell'art.2 comma 2 della l.n.184/1983 per ivi sussumere la coppia omosessuale<sup>56</sup>.

La sussunzione così operata dal giudice tutelare della coppia omosessuale nel concetto di famiglia sancito dall'art.2 cit. non ci era così apparsa in contrasto con la giurisprudenza della Corte costituzionale che si occupò del riconoscimento di un diritto (al matrimonio) della coppia omosessuale in un'ipotesi in cui il diritto reclamato era espressamente escluso dalla legge ordinaria<sup>57</sup>. Ciò perchè la diversità di sesso dei nubendi costituiva, anche secondo la costante

---

che agli occhi di Corte cost.n.138/2010 appare decisivo, a parte il riferimento esplicito agli uomini ed alle donne, è che anche la citata normativa sovranazionale non impone la piena equiparazione alle unioni omosessuali delle regole previste per le unioni matrimoniali tra uomo e donna. Sicchè, con il rinvio alle leggi nazionali, si ha conferma ulteriore che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento. In definitiva, come puntualmente ricorda I.Nicotra, *La famiglia in divenire dinanzi a un legislatore "fuori tempo massimo"*, Relazione introduttiva al Convegno annuale Associazione "Gruppo di Pisa", 7-8 giugno 2013, su *La famiglia davanti ai suoi giudici*, in <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2013/06/NICOTRADEF.pdf>, in nota 9 di pag.6 del dattiloscritto, "...Secondo la Corte "l'eterosessualità dei coniugi" costituisce il nucleo immodificabile dell'art. 29 V., Conte, *Profili costituzionali del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali alla luce di una pronuncia della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Corr.giur.*, 2011,573 ss.

<sup>55</sup> Conf.Rimini,*L'affidamento familiare ad una coppia omosessuale*, cit., 5.Contra, però, Tommaseo, *Sull'affidamento familiare d'un minore a coppia omosessuale*, cit., che invece espressamente ipotizza la qualificazione della coppia omosessuale come "comunità di tipo familiare".

<sup>56</sup> Ed invero, dette comunità, alle quali fa esplicito riferimento il comma 4 dello stesso articolo 2 l.ult.cit., devono essere "caratterizzate da organizzazione e da rapporti interpersonali analoghi a quelli di una famiglia" e sono definite dal D.M.21 maggio 2001 n.308, art.3 D.M. cit. nel testo, contenente il Regolamento concernente "Requisiti minimi strutturali e organizzativi per l'autorizzazione all'esercizio dei servizi e delle strutture a ciclo residenziale e semiresidenziale, a norma dell'articolo 11 della legge 8 novembre 2000, n. 328", ove si chiarisce che "Le comunità di tipo familiare e i gruppi appartamento con funzioni di accoglienza e bassa intensità assistenziale, che accolgono, fino ad un massimo di sei utenti, anziani, disabili, minori o adolescenti, adulti in difficoltà per i quali la permanenza nel nucleo familiare sia temporaneamente o permanentemente impossibile o contrastante con il progetto individuale, devono possedere i requisiti strutturali previsti per gli alloggi destinati a civile abitazione. Per le comunità che accolgono minori, gli specifici requisiti organizzativi, adeguati alle necessità educativo-assistenziali dei bambini e degli adolescenti, sono stabiliti dalle regioni.

<sup>57</sup> V.Cass.n.4184/2012, in *Giust. civ.*, 2012, 1691, con nota di Chiovini-Winkler, *Dopo la Consulta e la Corte di Strasburgo, anche la Cassazione riconosce i diritti delle coppie omosessuali e in Fam. dir.*, 2012,665, con nota di Gattuso, "Matrimonio", "famiglia" e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la "doppia svolta" della Corte europea dei diritti dell'uomo; in *Giur. it.*, 2013, 329, con nota di Marotti, *La tutela delle unioni omosessuali nel dialogo tra Corti interne e Corte europea dei diritti umani*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 588, con nota di Ferrari-Fiorato; in *Notariato*, 2012, 504, con nota di Calò; in *Fam.persone, succ.*,2012,857 ss., con nota di Fantetti, *Il diritto degli omosessuali di vivere liberamente una condizione di coppia*, per la quale la diversità di sesso dei nubendi è, quanto meno:<<... "postulato" implicito, a fondamento di tale istituto, come emerge inequivocabilmente da

giurisprudenza della Cassazione, requisito minimo indispensabile per la stessa “esistenza” del matrimonio civile come atto giuridicamente rilevante<sup>58</sup>.

Le conclusioni raggiunte dai giudici di merito non ci sembrarono avere “usurato” le prerogative riservate al legislatore<sup>59</sup> né decostituzionalizzato la Costituzione per le seguenti ragioni. Se la legge si deve interpretare sulla base di diversi parametri, quello costituzionale quello sovranazionale e quello eurounitario- quando quest'ultimo rilevi- ciò val quanto dire che il concetto di "famiglia" espresso dalla legge (ordinaria) sull'affido non è né deve essere necessariamente quello costituzionale, potendo quest'ultima estenderne la portata allorchè essa si muova nel perimetro di quei valori fondamentali scolpiti dalle Carte sovranazionali che la stessa Costituzione richiama e dai quali la stessa vuole essere inverata proprio per la sua vocazione aperta, magistralmente descritta in buona parte dei suoi scritti degli ultimi tre lustri Antonio Ruggeri.

Si intende cioè dire che è certo necessario che la legge sia compatibile con la Costituzione, ma nulla impedisce di ritenere che il legislatore approfondisca la tutela minimale offerta alla famiglia “come società naturale fondata sul matrimonio”-art.29 1^ comma Cost.- ampliandola al fine di garantire una tutela maggiore di un valore fondamentale - quello dell'unità familiare tra persone non necessariamente di sesso diverso- rispetto a quello costituzionale regolato dall'art.29, quando esso trovi spazio in parametri che lo tutelano comunque.

Nulla, in altri termini, impediva ad una legge ordinaria di attuare valori fondamentali in modo anche più pieno della stessa tutela offerta dalla Costituzione(art.29), quando gli stessi fossero comunque rintracciabili attraverso i richiami che la stessa Carta fa ad altri strumenti internazionali che con la stessa convivono<sup>60</sup>.

---

molteplici disposizioni di tali fonti e, in primo luogo, dall'art. 107, primo comma, cod. civ. che, nel disciplinare la forma della celebrazione del matrimonio, prevede tra l'altro che l'ufficiale dello stato civile celebrante “riceve da ciascuna delle parti personalmente, l'una dopo l'altra, la dichiarazione che esse si vogliono prendere rispettivamente in marito e in moglie”>>>.

<sup>58</sup> Peraltro, per giungere al riconoscimento dell'affido a coppia omosessuale, ha giocato un ruolo decisivo sia la netta diversità fra l'istituto dell'affidamento familiare- ben diverso da quello preadottivo disciplinato dall'art.22 l.cit.- e quello dell'adozione che l'espressa possibilità che il primo, destinato ad operare solo temporaneamente in favore del minore privo di un ambiente familiare idoneo, operi anche nelle ipotesi di affido *ad una persona singola* che sia partecipe di una coppia diversa da quella che forma in generale una famiglia in senso tradizionale o ad una coppia di consanguinei. Ha poi trovato spazio argomentativo, nella decisione del giudice tutelare, il riferimento alla giurisprudenza di legittimità (Cass.n.601/2013) che, di recente, non ha mancato di sottolineare come l'eventuale rapporto di fatto del genitore con persona dello stesso sesso non può essere considerato di per sé fattore ostativo al regime dell'affidamento del minore. Nella stessa direzione la Corte dei diritti dell'uomo -Corte dir.uomo, 21 dicembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*- ric.33290/96- aveva condannato il Portogallo per il mancato affidamento del figlio al padre omosessuale stabilmente convivente con altro uomo, ritenendo che integrasse una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale.V. Bilotta, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in «*Diritto di famiglia e delle persone*», II, 2, 2011, 899 ss., spec. § 3.1.

<sup>59</sup> Come si è già accennato, i due provvedimenti – del G.T. e del Tribunale per i minorenni in sede di reclamo- non sono esattamente sovrapponibili quanto alla qualificazione riservata alle coppie di fatto. Ciò malgrado, le motivazioni espresse in ordine al rilievo che la coppia di fatto aveva ai fini dell'affido sembrano tutte orientate ad assimilare le coppie omosessuali al concetto di famiglia, attraverso una serie di passaggi che, questi sì, ripercorrono le linee argomentative espresse dal Giudice tutelare parmense.

<sup>60</sup> v., tra i tanti scritti, Ruggeri, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale*, in <http://www.diritticomparati.it/2013/10/salvaguardia-dei-diritti-fondamentali-ed-equilibri-istituzionali-in-un-ordinamento-intercostituzionale.html#sthash.OLVtkcZT.dpuf>: "... La prima è che la ricerca della fonte nella quale è da rinvenire la più “intensa” tutela, svolgendosi al piano suo proprio delle norme e secondo i valori, non può essere condotta né i suoi esiti possono essere apprezzati se non in prospettiva appunto assiologico-sostanziale, non già da una formale-astratta, che guardi alle fonti ut sic, per la forma di cui sono dotate, l'ordinamento di origine o il rango astrattamente detenuto. La seconda è che tutte le fonti possono giocarsi la partita ad armi pari, sollecitate – come sono – a dar vita ad una sana competizione a chi è in grado di offrire di più e di meglio a salvaguardia dei diritti e, in genere, dei beni costituzionalmente protetti nel loro fare “sistema”. Non c'è più fonte “subcostituzionale” o costituzionale o ordinaria; ci sono solo norme che da se medesime si assegnano questo o quel “posto” nel sistema, per il modo con cui dimostrano di saper dare appagamento ai beni della vita costituzionalmente protetti e, in ultima istanza, a libertà, eguaglianza, dignità. *Le stesse leggi comuni – come si è fatto poc'anzi notare – potrebbero portare ancora più*

La legge ordinaria - alla quale anche la Corte dei diritti dell'uomo riconosce un rilievo assolutamente centrale rispetto alle tematiche che ruotano intorno alla questione eticamente sensibile dei diritti delle coppie omosessuali all'interno dei singoli Paesi contraenti, tanto da orientare una parte della dottrina interna a giustificare l'introduzione con legge ordinaria del matrimonio di coppie omosessuali- che approda a tale risultato sembra ben compatibile con il dato costituzionale, offrendo una tutela più efficace e piena ad un valore fondamentale che, in Costituzione, parrebbe non trovare diretto rilievo nell'art.29 Cost. invece albergando nell'art.2 Cost. Resta il fatto che, sul piano delle Carte internazionali dei diritti, non solo come la Carta di Nizza-Strasburgo impedisce le discriminazioni fondate sul sesso e sull'orientamento sessuale-art.21<sup>61</sup>- ma, soprattutto, che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, prodiga da sempre nel considerare in modo ampio il concetto di legame familiare-v.Corte dir. uomo 26 maggio 1994, *Keegan c. Irlanda* (ric.n.16969/90)- vi ha esplicitamente inserito, di recente, anche le coppie omosessuali.

Ciò è accaduto con la sentenza resa dalla Corte dei diritti dell'uomo il 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria* -<sup>62</sup>.

E che questa conclusione non potesse considerarsi una rondine isolata, sporadica, unica e comunque tale da non giustificare, secondo un certo orientamento dottrinario, l'obbligo di interpretazione convenzionalmente conforme<sup>63</sup>, lo si è compreso quando la Corte dei diritti umani è ancora di recente, come si è visto sopra, ritornata ad affermare il medesimo principio tanto nella sentenza del

---

*in alto della Costituzione la salvaguardia di diritti pure in questa nominativamente indicati, dislocandosi in tal modo ad un'ancora più corta distanza - se così può dirsi - rispetto alla luce abbagliante della coppia assiologica fondamentale, di cui agli artt. 2 e 3 della Carta costituzionale..."*

<sup>61</sup>, ma v., in precedenza, art.12 Tr.UE e 119 Tr.CE, nei quali si parlava di "tendenze sessuali".

<sup>62</sup> cfr.Corte dir.uomo, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria* ( ric. n.30141/04), § 94:"... Data quest'evoluzione la Corte ritiene artificiale sostenere l'opinione che, a differenza di una coppia eterosessuale, una coppia omosessuale non possa godere della "vita familiare" ai fini dell'articolo 8. Conseguentemente la relazione dei ricorrenti, una coppia omosessuale convivente con una stabile relazione di fatto, rientra nella nozione di "vita familiare", proprio come vi rientrerebbe la relazione di una coppia eterosessuale nella stessa situazione". Su tale sentenza v.Repetto, *La Corte di Strasburgo si confronta per la prima volta con il matrimonio omosessuale*, in [https://diritticedu.unipg.it/index.php?option=com\\_content&view=article&id=112%3Ala-corte-di-strasburgo-si-confronta-per-la-prima-volta-con-il-matrimonio-omosessuale&catid=258%3Amatrimonio-e-famiglia&Itemid=178&lang=it](https://diritticedu.unipg.it/index.php?option=com_content&view=article&id=112%3Ala-corte-di-strasburgo-si-confronta-per-la-prima-volta-con-il-matrimonio-omosessuale&catid=258%3Amatrimonio-e-famiglia&Itemid=178&lang=it);Winkler, *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo*, in *Nuova giur.civ.comm.*,2010,I,1148;Ruggeri, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso. e la loro ( innaturale...) pretesa. a connotarsi come "famiglie"*, in <http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documentiforum/paper/0189ruggeri.pdf>, anche in *Forum di quaderni costituzionali*.

<sup>63</sup> Argomentare, quest'ultimo, che non finisce comunque di convincermi, se solo si considera che la "forza" del precedente reso dalla Convenzione si misura, a me pare, non in ragione dell'unicità del caso deciso ma della materia in esso esaminata, delle particolari condizioni del caso che possono condurre, volta per volta, ad escludere o affermare che la decisione assunta dal giudice sovranazionale sia destinata a rappresentare un punto fermo nella giurisprudenza ovvero altro non sia se non una decisione perfettamente ritagliata sulla peculiarità della vicenda e, come tale, non idonea ad essere utilizzata come paradigma interpretativo del diritto interno. E d'altra parte, le preoccupazioni, per certi versi condivisibili, che sembrano costituire il retroterra della tesi qui succintamente evocata sembrano dimostrare, esse stesse l'incerta base argomentativa che tuttora giustifica quel controllo di convenzionalità in modo accentrato che pure l'orientamento appena esposto pone come dato non negoziabile. Se, infatti, si fosse dato accesso, al pari di quanto accade nei rapporti diritto interno UE, al sindacato diffuso demandato al giudice comune, i rischi di una eterogeneità dei fini si sarebbero immediatamente diradati, riservando all'analisi "caso per caso" compiuta dal giudice comune la scelta se applicare o meno, nel caso, la legge interna eventualmente in contrasto con la CEDU e, al contempo, di valutare se la pronuncia della Corte europea era o meno dotata di quella vocazione universale che la Corte costituzionale, salvo i temperamenti operati attraverso quella che potremmo definire la "teoria della sostanza", si sarebbe dotato il sistema di quei meccanismi di elasticità che avrebbero, per l'appunto, consentito di non intervenire a gamba tesa, eliminando per sempre dal mondo giuridico una norma interna incompatibile con la CEDU, ma invece demandando alla verifica giudiziale del singolo caso se "fosse il caso" di applicare quell'orientamento espresso dalla Corte dei diritti umani, se lo stesso si atteggiava in maniera precisa alla fattispecie, ovvero se avesse meritato altra diversa soluzione- di questo abbiamo discusso in maniera più organica nel già ricordato scritto intitolato *CEDU, Costituzione e diritti fondamentali:una partita da giocare alla pari*, cit.-.

19 febbraio 2013 in tema di adozione di coppie dello stesso sesso- Corte dir.uomo 19 febbraio 2013, *X e altri c. Austria*–Ric. n. 19010/07-<sup>64</sup> che in Corte dir. Uomo 7 novembre 2013, *Vallianatos e altri c. Grecia*, ove i giudici europei, icasticamente, sottolineano che “...che nella sua sentenza relativa alla causa *Schalk e Kopf*, essa ha considerato, data la rapida evoluzione in un considerevole numero di Stati membri relativamente alla concessione del riconoscimento giuridico alle coppie omosessuali, “[sarebbe] artificiale continuare a sostenere che, diversamente da una coppia eterosessuale, una coppia omosessuale [non potrebbe] godere di una ‘vita familiare’ ai fini dell’articolo 8” (si veda *Schalk e Kopf*, sopra citata, § 94).”

Il riconoscimento del precedente orientamento viene poi completato, per l’un verso, con l’affermazione per cui <<...nella fattispecie le relazioni dei ricorrenti rientrano nell’ambito della nozione di “vita privata” e di quella di “vita familiare”>>.

E la Corte europea, non paga nel ribadire i principi sopra esposti, non ha mancato di ulteriormente obiettivizzare e “universalizzare” – per usare un’espressione assai cara a Ruggeri- tali principi, rilevando che gli stessi si applicano a tutte “...le relazioni di coppie eterosessuali che si trovano nella stessa situazione.”-§ 73-.

Mette poi conto sottolineare che l’opera di concretizzazione della tutela non si arresta al riconoscimento astratto dell’inclusione delle coppie omosessuali nel concetto di vita privata familiare, poiché nel legame tutelato dall’art.8 CEDU non assume rilievo decisivo la coabitazione. La Corte, infatti, chiarisce che “...non rileva alcuna base per operare la distinzione richiesta dal Governo ... tra i ricorrenti che convivono e quelli che – per motivi professionali e sociali – non convivono ..., poiché nel caso di specie il fatto di non convivere non priva le coppie interessate della stabilità che le colloca nell’ambito della vita familiare ai sensi dell’articolo 8.”<sup>65</sup>

Ci parve, così, che la particolare sottolineatura che pure la Cassazione aveva espresso in ordine all’affermazione di principio espressa dalla Corte europea dei diritti dell’uomo<sup>66</sup> ben poteva offrire copertura “costituzionale” alle decisioni emiliane.

E ciò senza che potesse ipotizzarsi alcuna "rottura costituzionale", se è vero che è la Costituzione stessa ad offrire copertura alle unioni omosessuali. Una legge che si iscrive in questo contesto e consente l’affido anche ad una famiglia formata da una coppia omosessuale, semprechè dotata di stabilità, non sembrava ai miei occhi porsi contro la Costituzione ma appariva, anzi, vivificarne ed aggiornarne il contenuto all’interno della cornice che essa stessa fissa.

---

<sup>64</sup> Su un primo commento alla decisione v., volendo, Conti, *La CEDU, l’adozione e le coppie dello stesso sesso*, in <http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/articolo.php?id=32>.Cfr., in particolare, p. 95 sent.cit.: “La Corte rammenta che la relazione esistente tra una coppia omosessuale che convive di fatto in maniera stabile rientra nella nozione di «vita familiare» così come quella di una coppia eterosessuale che si trova nella stessa situazione (*Schalk e Kopf*, sopra citata, § 94). Inoltre, nella decisione sulla ricevibilità che ha reso nella causa *Gas e Dubois c. Francia* (n. 25951/07, 31 agosto 2010), la Corte ha dichiarato che la relazione tra due donne che vivono insieme in regime di patto civile di solidarietà (PACS) e il figlio che la seconda di loro aveva concepito mediante la procreazione medicalmente assistita, e che la stessa allevava insieme alla sua compagna, si traduceva in una «vita familiare» ai fini dell’articolo 8 della Convenzione.”

<sup>65</sup> Risultato che, d’altra parte, proprio la Corte costituzionale (sent.138/2010, cit.) ha parimenti raggiunto riconoscendo che nella “formazione sociale”, di cui all’art. 2 Cost. “... è da annoverare anche l’unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone - nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge - il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri.”

<sup>66</sup> cfr.Cass.n.4184/2012:“... Questa estensione alla coppia omosessuale stabilmente convivente del diritto alla “vita familiare” costituisce coerente conseguenza del riconoscimento ai singoli componenti tale coppia, da parte della Corte Europea, del diritto al matrimonio e del diritto di fondare una famiglia ed attesta ancora una volta la necessità di distinguere tra riconoscimento del diritto al matrimonio omosessuale, altre forme di riconoscimento giuridico della stabile convivenza della coppia omosessuale e riconoscimento ai singoli componenti tale unione di altri diritti fondamentali.

In conclusione, se a livello sovranazionale<sup>67</sup> la tutela della famiglia comprende un ambito maggiore e se, ancora, la legge nazionale (qui l.n.184/83 come modificata dalla l.n.149/2001) non osta a tale conclusione, l'operazione interpretativa compiuta dai giudici di merito, alla quale i medesimi sono tenuti<sup>68</sup> rispetto alla vicenda dell'affido eterofamiliare ci sembrò muoversi nell'ambito dell'ortodossia giuridica e non sia, dunque, "*contra Constitutionem*"<sup>69</sup>.

Pertanto, la particolare sottolineatura circa la diversità di ambiti fra adozione ed affido costituisce un punto di forza non indifferente delle decisioni qui ricordate.

I giudici, infatti, evitano di assimilare istituti con finalità tra loro radicalmente diverse ed in tal modo hanno mostrato di procedere in modo lineare rispetto ai principi fissati dalla Corte europea, sempre attenta ad evitare discriminazioni che possano trovare causa nella regolamentazione diversa di fenomeni fra loro omogenei, come le recenti decisioni in tema di adozione di coppia omosessuale, invece consentita alle coppie eterosessuali non unite in matrimonio e di unioni civili negate alle coppie omosessuali<sup>70</sup>.

Una cosa è, dunque, il provvedimento di affido temporaneo, che l'art.2 l.cit. ammette su impulso dei Servizi sociali, altra è l'adozione, capace di incidere in modo radicale e definitivo sui diritti del minore, instaurando relazioni giuridiche nuove fra adottante ed adottato.

Ed è in questa prospettiva che i giudici minorili hanno ritenuto che "... *nel caso concreto*, in virtù delle considerazioni compiute, si deve ritenere che la circostanza per cui i due componenti della coppia affidataria abbiano lo stesso sesso non possa considerarsi ostativo all'affidamento della minore".

Certo, gli aspetti virtuosi delle decisioni appena ricordate<sup>71</sup> non potevano nascondere alcuni altri aspetti meno nitidi tanto da suscitare il dubbio sul fatto che i giudici di merito non avessero

---

<sup>67</sup> il punto non ha trovato alcun rilievo nei due provvedimenti di cui si qui si discorre. Basta qui accennare alla giurisprudenza sull'adozione di minore da parte di coppia dello stesso sesso-Corte dir. uomo, 13 gennaio 2013, *X. e altri c. Austria*-.

<sup>68</sup> cfr. Cass.n.4184/12, punto 3.3.4: "...È noto che, secondo il costante orientamento della Corte costituzionale, l'interpretazione e l'applicazione delle norme della Convenzione, pur essendo affidata ai giudici degli Stati contraenti, è attribuita, in via definitiva, alla Corte Europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, la cui competenza appunto "si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa nelle condizioni previste" dalla Convenzione medesima, con la conseguenza che detti giudici hanno il dovere di interpretare la norma interna in modo conforme alla norma convenzionale fintantoché ciò sia reso possibile dal testo di tale norma e, in caso di impossibilità dell'interpretazione "conforme", di sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna per contrasto con la norma convenzionale "interposta", per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.; con l'ulteriore conseguenza che l'interpretazione data dalla Corte Europea vincola, anche se non in modo incondizionato, detti giudici e costituisce il "diritto vivente" della Convenzione (cfr. l'art. 32 della CEDU; cfr., altresì, *ex plurimis*, le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007, n. 80 del 2011 e n. 15 del 2012)."

<sup>69</sup> A me parve, all'atto del primo commento alle decisioni qui ricordate, che la posizione espressa da Ruggeri nello scritto sopra ricordato non fosse dunque ostile alla ricostruzione alla quale sono pervenuti i giudici di merito, proprio perchè qui non si discuteva di matrimonio ma di affido a coppia di omosessuali sulla base di una legge ordinaria. La diversità di vedute e, soltanto, minimale, anche se esistente, riguardando la possibilità, che a me pare pienamente ammissibile, che una legge ordinaria offra alle coppie omosessuali considerate nella loro dimensione familiare una tutela

<sup>70</sup> vicende sulle quali v., volendo, Conti, *La Cedu e le unioni civili negate alle coppie omosessuali* in <http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/ricerca.php?ricerca=invia&idarea=6>; id., *La CEDU, l'adozione e le coppie dello stesso sesso*, <http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/ricerca.php?ricerca=invia&idarea=4>

<sup>71</sup> Ed infatti, il giudice minorile, sviluppando gli approfondimenti già compiuti dal G.T., non ha mancato di precisare che "...*nel caso concreto*, il Servizio Sociale ha motivato la scelta di una coppia senza figli ritenendola funzionale ad un progetto volto ad evitare l'insorgere nella minore di una confusione di ruoli (paventata anche tra i motivi del reclamo), evidenziando che la bambina proviene da un nucleo monogenitoriale ove già esiste una sorella, ed ha chiari i suoi riferimenti parentali, i quali, stanti i lunghi periodi di assenza della figura paterna, avrebbero potuto essere compromessi con il suo inserimento in una famiglia di tipo tradizionale formata da una nuova coppia di genitori e da altri bambini loro figli; inoltre, in base alle osservazioni compiute, gli Operatori hanno rilevato che [omissis] si è sempre relazionata a figure familiari femminili sia in comunità sia in nucleo originario, così da apparire opportuno un suo inserimento in un contesto esclusivamente maschile del tutto dedicato a lei seppur a tempo determinato". In definitiva, proseguono i giudici emiliani, "...la bontà di tale scelta risulta comprovata dagli ottimi risultati già palesati dall'affidamento

proceduto *fino in fondo* in quell'attività di concretizzazione che loro stessi indicavano come necessaria per realizzare il concreto appagamento dei "diversi" interessi in gioco.

Ci chiedemmo, allora, se l'affido disposto avesse risposto al meglio all'interesse superiore del minore che non poteva godere, temporaneamente, delle cure dei genitori e se quello stesso interesse del minore fosse stato adeguatamente ponderato senza che al minore stesso fosse stata data la possibilità di essere ascoltato e se, in definitiva, la peculiarità del caso sia stata innanzi al giudice espressa compiutamente ed al suo massimo livello, come tale questione "biogiuridica" meritava<sup>72</sup>.

Da qui la formulazione di alcuni interrogativi correlati all'assoluta peculiarità della vicenda, ben evidenziata dal Giudice tutelare emiliano che rese esecutivo il provvedimento dei Servizi<sup>73</sup> e all'impossibilità di "ascoltare" la minore in relazione alla sua tenerissima età all'esito dei quali si prospettava l'utilità di una nomina di un curatore che potesse esprimere al meglio l'interesse (superiore) anche rispetto a quella peculiare e nuova modalità di affidamento concordata fra genitori di origine, coppia affidataria e Servizi<sup>74</sup>.

In definitiva, ci parve che l'approfondimento, attraverso il curatore, degli aspetti collegati all'impossibilità, causa l'età tenerissima di esprimere il proprio avviso e, per altro verso ed ancora, alla salvaguardia del ruolo di bigenitorialità, alla ricadute che in un corpo sociale ancora radicalmente diviso fra "favorevoli e contrari" una situazione di affidamento a coppia omosessuale avrebbe determinato sullo sviluppo psico-fisico della minore, non avrebbe avuto il senso di perorare le ragioni di chi si oppone a tale forma di affidamento o di guardare con sfavore alla situazione delle coppie di omosessuali ma, tutto al contrario, di realizzare forme di tutela degli interessi contrapposti che solo attraverso un confronto serrato e pieno, fra i diversi interessi può poteva consentire un corretto bilanciamento.

### **5.1 L'accoglienza *tiepida* alle pronunzie emiliane.**

Antonio Ruggeri, commentando le decisioni emiliane<sup>75</sup>, non ha mancato di evidenziarne alcune criticità, in sintesi connesse per l'un verso sull'inadeguatezza dell'apparato argomentativo in ragione dello *stiracchiamento* del concetto di famiglia che le stesse, in definitiva, mettono in campo attraverso l'interpretazione della legislazione di settore, pur con accenti tra loro diversi e senza darsi previamente carico di verificare l'esistenza di altre coppie familiari tradizionali che, in generale, appaiono le più indicate a realizzare gli scopi dell'affido.

Per altro verso, Ruggeri non manca di ribadire che la soluzione della questione in ordine al concetto di famiglia non può prescindere dall'art.29 Cost. e dall'interpretazione datane dalla Corte costituzionale. Interpretazione, quest'ultima, in linea con gli ambiti riservati ai singoli Stati dalla CEDU. Ciò non toglie che proprio le radicali diversità fra affidamento preadottivo funzionale all'adozione- per il quale è imprescindibile che il terminale sia rappresentato dalla famiglia

---

(ricavabili dalle audizioni della madre nonché degli operatori del Servizio Sociale) nel pur breve tempo dalla sua attivazione".

<sup>72</sup> Il tema, del resto, era preso in considerazione, esplicitamente, dall'art.4 comma 1 l.ult.cit., laddove prevede che l'affidamento familiare disposto dai Servizi sociali presuppone "il consenso manifestato dai genitori o dal genitore esercente la potestà, ovvero dal tutore, sentito il minore che ha compiuto gli anni dodici e anche il minore di età inferiore, in considerazione della sua capacità di discernimento."

<sup>73</sup> Osservava infatti il G.T.:... *La peculiarità del caso concreto – a quanto consta a questo Giudice connotato da assoluta novità...*"

<sup>74</sup> Nella stessa direzione ci era parso orientassero lo stesso reclamo del P.M. minorile e le motivazioni dallo stesso propugnate, anche tali circostanze deponendo per l'opportuna nomina di una figura protettiva al minore che, sganciata dagli interessi legittimamente espressi dai soggetti appena indicati, rappresentasse al meglio l'interesse superiore del minore, magari ponendo in evidenza una prospettiva non direttamente legata al semplice periodo di affidamento, ma invece proiettata verso l'esame dello sviluppo del minore, delle sue relazioni familiari e personali. D'altra parte, l'eventuale nomina di un curatore al minore e l'eventuale suo diniego all'affidamento avrebbe giustificato il passaggio della decisione al Tribunale per i minorenni, alla stregua del combinato disposto degli artt.4 2° comma l. cit. e 330 c.c.

<sup>75</sup> Ruggeri, *Noterelle in tema di affidamento di minori a coppie di omosessuali*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 18 dicembre 2013, e in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it), 18 dicembre 2013.

*costituzionalmente intesa*, e affido temporaneo eterofamiliare consentirebbero, in astratto e nell'esclusivo interesse superiore del minore, soluzioni analoghe a quelle patrocinate dalle Corti emiliane per le quali la famiglia, intesa nel senso anzidetto, non costituisce l'unico possibile terminale, potendo all'uopo provvedere, solo ove questa soluzione dovesse risultare non praticabile anche i *single* e, per l'appunto, anche la formazione sociale "parafamiliare" qual è quella costituita da due persone dello stesso sesso conviventi. Secondo questa prospettiva, infatti, la *Grundnorm* che sta a base delle soluzioni da ricercare, non di rado problematiche e comunque sofferte, è comunque data dal preminente interesse del minore.

In definitiva, questa dottrina accoglie la soluzione finale pur con la consapevolezza che l'accoglienza al minore non l'avrebbe data una famiglia, ma appunto un *single* che è legato da una relazione con altra persona dello stesso sesso e che, in relazione alle peculiari caratteristiche dell'affido temporaneo, può ricostruire un clima non proprio familiare, ma comunque capace di offrire al minore una condizione di benessere. L'estensione del concetto di famiglia a territori diversi da quelli che collegano la famiglia al matrimonio costituirebbe, in ogni caso, un'operazione *contra Constitutionem*.

## **5.2 La soluzione del Tribunale per i minorenni di Palermo nel caso di affido temporaneo eterofamiliare di minore ultrasedicenne a coppia *same sex*–Trib.min.Palermo, 4 dicembre 2013-. Un altro paradigma ortodosso.**

A breve distanza delle vicende emiliane, un'altra decisione di un tribunale per i minorenni siciliano è stata oggetto di particolare attenzione massmediatica.

Trib.Min.Palermo 4.12.2013<sup>76</sup>, chiamato a intervenire in un contesto familiare caratterizzato dalla decadenza della potestà a carico del padre di tre minori e dal collocamento- iniziale- degli stessi in comunità a causa delle disagiate condizioni abitative e delle difficoltà organizzative della madre (poi revocato)- il minore prossimo al raggiungimento della maggiore età ad una coppia omosessuale, iscritta nel registro delle coppie di fatto istituite nel comune di Palermo.

Il percorso argomentativo della decisione anzidetta si è snodato su alcuni passaggi che, agli occhi di chi scrive, risultano particolarmente lineari.

Il giudice minorile prende atto della triste situazione, tanto generalizzata da apparire ormai dato di fatto di comune conoscenza, inquadrabile nell'*id quod plerumque accidit*, che i minori prossimi al compimento della maggiore età non sono "attenzionati" dalle famiglie eterosessuali e valuta positivamente l'individuazione, da parte dei servizi, di una coppia omosessuale "...che ha mostrato sincero interesse verso..." il minore, "... col quale si è stabilita una relazione empatica che, stando a quanto riferito dal Servizio, risulta averlo notevolmente aiutato a valorizzare le proprie doti e risorse personali...".

Il progetto predisposto dai servizi e il monitoraggio messo in atto per la verifica della modalità individuata aveva evidenziato l'esistenza delle migliori condizioni per consentire al minore di rimanere in seno a tale nucleo.

I giudici si sono quindi dati carico di verificare se nel nostro ordinamento vi sia spazio per attribuire la veste giuridica dell'affido eterofamiliare, a norma dell'art. 4 c. 2° L. 184 del 1983 come sostituito dalla L. 149 del 2001, al chiesto inserimento del minore presso una coppia che non sia unita dal vincolo del matrimonio, e peraltro sia formata da persone dello stesso sesso.

Nell'affrontare tale questione il tribunale muove dalla preliminare considerazione che "...quello di "famiglia" non è un concetto cristallizzato, ma va adeguato all'evoluzione della società e dei costumi, e che, sul piano strettamente normativo, esso va rapportato a diversi parametri, quali quello costituzionale e quello sovranazionale, oltre che alle leggi nazionali."

L'analisi è stata quindi condotta partendo dall'art.2 della Legge 184/83, laddove consente di affidare il minore *ad una famiglia preferibilmente con figli minori, o ad una persona singola in*

---

<sup>76</sup> In *Fam.dir.*,4,2014, con nota di Mastrangelo, *L'affidamento, anche eterofamiliare, di minori ad omosessuali. Spunti per una riflessione a più voci*.

*grado di assicurargli il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui ha bisogno.*

La soluzione favorevole all'affido si snoda, quindi sulla scia delle motivazioni espresse dal tribunale per i minorenni emiliano ricordando che "...è decisiva la constatazione che – diversamente da quanto avviene nell'adozione, che esclude dal novero degli aspiranti i soggetti non costituenti una famiglia in senso giuridico - l'istituto dell'affido eterofamiliare, che non presuppone uno stato di abbandono del minore, bensì un transitorio momento di difficoltà dei genitori (o, come nel caso di specie, dell'unico genitore esercente la potestà) non contiene un esplicito richiamo al *matrimonio* quale vincolo che unisca gli affidatari, coerentemente con la possibilità, espressamente contemplata, di affidare il minore anche ad una persona singola, purché idonea." Ragion per cui "...potenziali affidatari possono anche essere due adulti non uniti in matrimonio, sempre che si apprezzi la presenza di una situazione di fatto paragonabile al contesto familiare, sotto il profilo accuditivo e di tutela del minore."

Del resto, il legame fondato su persone dello stesso sesso non costituisce elemento ostativo all'affidamento eterofamiliare "...tenuto conto, per un verso, dell'assenza nella normativa nazionale di una *precisa disposizione al riguardo* specificamente riferibile all'affido del minore che non versi in stato di abbandono, e, per altro verso, dell'ampio concetto di *legame familiare* quale elaborato – con esplicito richiamo alle unioni omosessuali - anche dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (24.6.2010, *Schalk e Kopf c/ Austria*), in aderenza ai dettami della Carta di Nizza, che impedisce le discriminazioni fondate sul sesso e sull'orientamento sessuale."

La valorizzazione del quadro sovranazionale in ordine al concetto di relazione familiare conduce, così, il giudice a ritenere che la legislazione di settore –l.n.184/83- si iscrive nel quadro della nozione di famiglia generalmente espressa dalla legislazione interna e, conseguentemente, a non ravvisare alcun ostacolo "...in linea di principio" all'affidamento di un minore ad una stabile coppia costituita da persone dello stesso sesso.

Ma questa affermazione viene declinata con altre non meno rilevanti precisazioni circa la necessità di un approfondito esame dell'aspetto attinente alla piena rispondenza di simile forma di affido "...*ad ogni singolo caso concreto*, giacché, per scongiurare l'insorgere nel minore di un serio danno psicologico scaturente proprio dalla misura di protezione di che trattasi, è imprescindibile che la stessa sia modulata ed organizzata in modo quanto più *appropriato al singolo caso*.

In questa prospettiva il tribunale palermitano sembra nettamente distaccarsi dalla soluzione in concreto resa dai colleghi emiliani, rilevando che "... l'inserimento di un minore in tenera età all'interno di una coppia di persone dello stesso sesso potrebbe attivare dinamiche ben diverse rispetto all'inserimento di un giovane con una personalità strutturata e con orientamenti sessuali già ben definiti."

Ciò impone di considerare che le argomentazioni astratte in ordine alla possibilità di un affidamento temporaneo a coppia omosessuale vanno confrontate con la *peculiarità del caso concreto*. Per tale ragioni occorre prestare particolare attenzione "...alle conoscenze acquisite sulla condizione psicologica, sulle risorse personali e sulla qualità della relazioni intrafamiliari..., nonché alle informazioni esistenti in merito alla coppia presso cui egli dovrebbe proseguire il percorso di accoglienza già intrapreso.

Il giudizio in concreto offerto dalla Corte isolana circa l'idoneità della coppia *same sex* all'affido temporaneo si fonda, dunque sui dati esaminati, fra i quali assume particolare rilievo la "... la entusiastica adesione del ragazzo, alla quale per l'età e maturità va dato il massimo rilievo". E' dunque l'atteggiamento responsabile del giovane a dimostrare che egli "...possiede gli strumenti necessari per distinguere nettamente il ruolo dei componenti della famiglia di sangue da quello degli aspiranti affidatari, il cui orientamento sessuale gli è noto da sempre e risulta non svolgere alcuna significativa incidenza sul legame instaurato con gli stessi."

La particolare attenzione mostrata dal tribunale rispetto a tutti i soggetti coinvolti nella scelta si palesa anche nell'esame dei due soggetti affidatari , i quali "... denotano una sensibile capacità di apertura e di accoglimento consapevole della specifica storia personale del giovane, e si sono

mostrarti in grado di garantirlo nelle sue esigenze di sviluppo, offrendogli una base sicura e consentendogli di fruire al momento di una adeguata funzione genitoriale.”

### **5.3 I punti qualificanti –recte, virtuosi- del provvedimento siciliano.**

Quali, almeno ad avviso di chi scrive, i punti qualificanti della decisione appena passata in rassegna.

Essi si possono rappresentare sinteticamente con cinque espressioni: a) impossibilità di cristallizzare il concetto di famiglia e “obbligo” di conformarlo al quadro dei principi costituzionali e sovranazionali; b) interpretazione della legislazione interna, laddove non esplicita il nesso “famiglia matrimonio” alla luce del punto a) e, quindi, delle Carte internazionali dei diritti fondamentali; c) individuazione dei soggetti destinatari dell’affido in modo da comprendere anche coppie eterosessuali non unite in matrimonio e addirittura soggetti singoli; con la conseguenza che l’esclusione delle coppie omosessuali dall’affido determinare un effetto discriminatorio fondato sull’orientamento sessuale; d) estrema rilevanza degli aspetti collegati al caso sottoposto al vaglio del giudice, di guisa che ogni generalizzazione in ordine all’affido di minore a coppia dello stesso sesso è pernicioso, dovendosi valutare con particolare ponderazione l’età del minore, le conoscenze acquisite sulla condizione psicologica, le qualità delle relazioni infrafamiliari e ogni altro elemento utile e verificare le forme e la modulazione del provvedimento in relazione al caso; e) rilevanza del consenso dei soggetti interessati e, quindi, dell’ascolto dei medesimi.

Per sintetizzare le valutazioni di chi scrive sulla decisione ora ricordata e anche accettando il rischio di campanilismo, a me pare che i punti qualificanti siano anche punti di forza di una decisione che, sommessamente, mi pare possa essere additata come esempio di buon provvedimento per chi pratica le aule di giustizia, qualunque sia il ruolo che esso occupi, dietro o davanti la scrivania del giudice.

I punti a), b) e c), tra loro avvinti da una matrice comune, sono certamente i più delicati, proprio perché destinati a mettere in discussione non solo e tanto il primato costituzionale dell’art.29 Cost. ma la possibilità stessa che sia possibile forgiare l’interpretazione di una norma positiva in modo da ampliare il raggio della nozione di famiglia a territori non contemplata dalla disposizione costituzionale. A differenza delle pronunzie emiliane, infatti, il giudice minorile di Palermo prende partito sul tema della nozione di famiglia e apertamente dimostra che il silenzio della legge circa il nesso matrimonio famiglia gli impone di considerare una nozione aperta di famiglia che supera quella sancita dall’art.29 Cost.

Si tratta di un’operazione da considerare eversiva?

A me pare sommessamente di no per le ragioni che provo a rappresentare.

Non è superfluo rammentare che l’art.2 l.n.183/1984 come novellato dalla l.n.149/2001<sup>77</sup> si limita a individuare nell’affido temporaneo un criterio preferenziale fra famiglia e singolo, ponendo in via sussidiaria il ricovero in comunità familiare. Il carattere preferenziale circa l’esistenza di figli minori previsto con esplicito riferimento alla nozione di famiglia rende palese che all’affido può giungersi anche se non vi sono figli all’interno di una coppia.

Il *punctum crucis* è, allora, quello di verificare se la nozione di famiglia alla quale fa riferimento

---

<sup>77</sup> Il testo dell’art.2 l.n.183/1984 è il seguente: “Il minore temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo, nonostante gli interventi di sostegno e aiuto disposti ai sensi dell’articolo 1, è affidato ad una famiglia, preferibilmente con figli minori, o ad una persona singola, in grado di assicurargli il mantenimento, l’educazione, l’istruzione e le relazioni affettive di cui egli ha bisogno.2. Ove non sia possibile l’affidamento nei termini di cui al comma 1, è consentito l’inserimento del minore in una comunità di tipo familiare o, in mancanza, in un istituto di assistenza pubblico o privato, che abbia sede preferibilmente nel luogo più vicino a quello in cui stabilmente risiede il nucleo familiare di provenienza. Per i minori di età inferiore a sei anni l’inserimento può avvenire solo presso una comunità di tipo familiare. 3. In caso di necessità e urgenza l’affidamento può essere disposto anche senza porre in essere gli interventi di cui all’articolo 1, commi 2 e 3. 4. Il ricovero in istituto deve essere superato entro il 31 dicembre 2006 mediante affidamento ad una famiglia e, ove ciò non sia possibile, mediante inserimento in comunità di tipo familiare caratterizzate da organizzazione e da rapporti interpersonali analoghi a quelli di una famiglia.”

l'art.2 l.cit.è quella scolpita dall'art.29 Cost. e se un'interpretazione del dato letterale in linea con i principi espressi dalla Corte dei diritti umani in tema di relazioni familiari vulneri la lettera dell'art.29, dell'intera Costituzione e i principi scolpiti da Corte cost.n.138/2010.

Orbene, sembra che l'opzione patrocinata dal giudice di merito sia non soltanto – indiscutibilmente-conforme a CEDU ed alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo già sopra ricordata a proposito della inclusione all'interno delle relazioni familiari riconosciute dall'art.8 CEDU anche le unioni omosessuali, ma anche “non incompatibile” con il quadro costituzionale, né si ponga in aperta frizione con Corte cost.n.138/2010, il cui ambito operativo, come abbiamo già cercato di esporre sopra, non può dirsi ampio al punto da potere condizionare ogni questione che ruoti attorno alla coppia “famiglia-matrimonio”. Lo stesso riferimento -nettamente distinto- operato dalla Corte costituzionale nella sentenza n.138/2010 da un lato agli artt. 8 e 14 della CEDU, e agli artt. 7 e 21 della Carta di Nizza, in quanto disposizioni a carattere generale in ordine al diritto al rispetto della vita privata e familiare e al divieto di discriminazione e, dall'altro, agli articoli 12 della CEDU e 9 della Carta di Nizza, relativi al diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, consente vieppiù di dimostrare il limite che la stessa Corte ha avuto ben presente allorchè è stata chiamata a verificare la rilevanza del quadro sovranazionale rispetto al tema ad esso demandato<sup>78</sup>.

In definitiva, la previsione di un affido a soggetti che non sono sovrapponibili alla coppia “famiglia matrimonio” costituisce la migliore conferma del fatto che la legislazione di settore ha avuto come parametro di riferimento quello delle “relazioni familiari”, al cui interno gravitano senza ombra di dubbio le unioni di persone dello stesso sesso, per come insegna la Corte dei diritti umani. Opinare diversamente avrebbe dato luogo, *apertis verbis*, a una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, se si è bene inteso la giurisprudenza europea. Ciò ha detto la corte palermitana in modo espresso e in modo convincente, offrendo della disposizione un'interpretazione informata al rispetto dei valori fondamentali.

Si potrebbe certo sostenere che il percorso argomentativo non era l'unico possibile, potendo orientarsi la motivazione anche senza scomodare la nozione di famiglia e facendo leva sulla possibilità di un affido al singolo, dalla quale sarebbe derivata la liceità di un affido anche a una “non famiglia”.

Tale prospettiva, tuttavia, pur assolutamente rispettabile, non sembra pienamente in linea con i principi espressi dalla Corte europea che, come si è cercato di rappresentare sopra, tendono ad una sostanziale assimilazione fra unioni di soggetti eterosessuali e omosessuali.

Ma ad ogni buon conto, quel che pare di assoluto rilievo è la circostanza che il giudice palermitano abbia direttamente attribuito alla coppia omosessuale quella natura di “unione familiare” che consente a buon titolo di inscrivere detta coppia nell'ambito delle unioni alle quali la stessa Corte costituzionale riconosce il diritto a ottenere tutela a livello costituzionale. E che questa tutela sia riconducibile, nell'ottica della Corte delle leggi, all'art.2 Cost. – come ora ribadisce Corte cost.n.170/2014- assume forse minimale rilievo, risultando decisivo l'ampliamento – realizzato attraverso la *clausola generale* dell'art.2 Cost.- della tradizionale nozione di famiglia e l'inclusione di forme “familiari” pur non fondate sul matrimonio che abbisognano di un trattamento di protezione omogeneo a quello delle coppie coniugate, pur riservato al legislatore.

Di certo non sembra potersi sostenere che il provvedimento del giudice minorile siciliano pecchi sul versante motivazionale, avendo dato conto delle ragioni poste a base della sua decisione, tanto con l'esplicito richiamo alla giurisprudenza della CEDU e al precedente reso dal tribunale per i minorenni emiliano, quanto alla impossibilità di provvedere all'affido a famiglie intese in senso tradizionale. Dietro all'inciso “...è intuibile come l'età del ragazzo, ormai prossimo al

---

<sup>78</sup> D'altra parte, è la stessa Corte costituzionale ad avere sollecitato il legislatore a approntare validi rimedi normativi al gap rappresentato dalla carente tutela a in favore delle coppie omosessuali. Sarebbe allora assai peculiare un'interpretazione opposta a quella professata dal giudice minorile siciliano- e per buona parte da quelli emiliani- di una disposizione di rango ordinario che si muove, anzi, nel pieno rispetto del monito della Corte, confezionando una disciplina positiva in linea con i principi fissati dalla Corte delle leggi.

raggiungimento della maggiore età, abbia comportato maggiori difficoltà nel reperire soggetti atti e disposti a prendersene cura” sta, purtroppo, per chi si occupa del settore, l’amara rappresentazione di una situazione per lo più generalizzata di coppie tradizionali che non “gradiscono” l’affido di minori ormai strutturati.

In definitiva, un provvedimento che risponde al duplice obbligo del giudice di informare il proprio operato al rispetto dei canoni costituzionali e convenzionali.

Non può, poi, sottacersi che la verifica circa l’utilità, efficacia e bontà della soluzione giudizialmente adottata, compiuta *a posteriori* dai Servizi sociali attraverso l’analisi dell’ottimale percorso di crescita del minore e dell’inesistenza di contraccolpi dal punto di vista scolastico e relazionale costituisce probabilmente, il migliore test possibile circa la “bontà” della decisione intrapresa.

Non resta, infine, che plaudire all’attenzione riservata dal giudice minorile agli aspetti relativi al caso concreto.

Su tale questione chi scrive ha avuto modo di intrattenersi altrove in modo diffuso, seguendo una duplice prospettiva, per l’un verso rivolta a circoscrivere la portata dei precedenti giudiziari in relazione alla peculiare vicenda volta per volta esaminata e, per l’altro, a spingere fino in fondo la leva dell’acquisizione meticolosa, pignola se si vuole, di tutti quegli elementi fattuali che costituiscono la garanzia migliore per la formulazione di una decisione “giusta” per il caso concreto<sup>79</sup>.

La concettualizzazione dell’attività giudiziaria attraverso l’immagine del sarto che costruisce un vestito *a misura del caso* è solo in parte idonea a rappresentare l’esigenza di una attività di attenta valutazione degli interessi in gioco che può realizzarsi dando il giusto peso e la giusta rilevanza al fascio di tutti gli interessi coinvolti, al loro particolare atteggiarsi in relazione alla singola vicenda. Puntuale risulta, così, il riferimento operato dal giudice siciliano alla diversità che occorre evidenziare fra affidamento di minore in tenera età rispetto a quella dell’infrasedicenne, rispetto al quale la quasi piena maturità potrà giocare un ruolo decisivo per verificare l’accettazione o meno del progetto che i servizi hanno inteso realizzare per il coinvolgimento del minore nel nucleo pronto all’affidamento.

E non par dubbio che proprio l’eventualità di affidamenti temporanei di minori in tenera età chiama il giudicante a particolare cura e attenzione, proprio perché il minore non è in condizioni, spesso, di esprimere un convincimento chiaro in ordine alla situazione che gli si prospetta. Il che determina l’impossibilità di “tenere in considerazione” i desideri del minore e le sue aspirazioni, proprio perché il consenso di quella persona non potrebbe essere realmente informato, a cagione della particolare e peculiare maturità del minore. Sicché rispetto a tali peculiari situazioni non sembra peregrino ipotizzare l’introduzione in fase processuale di una figura- curatore- che possa rappresentare al meglio gli interessi del minore stesso.

La particolare vulnerabilità<sup>80</sup> del soggetto destinatario della tutela impone, pertanto, altrettanta peculiare cura nell’utilizzo degli strumenti giudiziari che tendono a porsi come misure di protezione del minore, dovendosi tali misure atteggiare comunque in modo da risultare debitamente rispettosi[i] della loro dignità personale. Quel che infatti sembra doversi sottolineare è la particolarità di uno strumento che mette al centro la figura del minore, la situazione di debolezza connessa alla temporanea carenza di un ambiente familiare del quale il minore si trova privato.

## **6. Il Tribunale di Grosseto – 9 aprile 2014- e il riconoscimento del matrimonio tra persone**

---

<sup>79</sup> V. ancora Conti, *I giudici e il biodiritto*, cit., 65.

<sup>80</sup> V., volendo, per un approfondimento sulla nozione di persona vulnerabile, Conti, *Diritti fondamentali, soggetti vulnerabili: tappe e obiettivi di un articolato “cammino” interno*, Testo rielaborato di un intervento al Convegno organizzato da CamMiNo in occasione del 15° anniversario della costituzione di tale Associazione, sul tema *Persone vulnerabili e diritti fondamentali esigenze di tutela, nodi critici, lacune legislative*, Roma, 24 gennaio 2014, Biblioteca del Senato della Repubblica, in *Questione giustiziaonline*, <http://www.nuovarea.it/mdem/qg/articolo.php?id=330>

### **dello stesso sesso contratto all'estero. Un paradigma eterodosso.**

Chiamato a pronunciarsi su un matrimonio contratto fra due persone dello stesso sesso nello Stato di New York, i giudici grossetani assecondano la richiesta di rettificazione degli atti dello stato civile formulata ai sensi dell'art. 95 del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 sull'Ordinamento dello stato civile, per opporsi al rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di eseguire la trascrizione.

La risposta favorevole espressa dal Tribunale di Grosseto<sup>81</sup> giunge sulla base di un sintetico percorso argomentativo che muove da una peculiare lettura della sentenza resa dalla Cassazione – n.4184/12- che avrebbe riconosciuto la non contrarietà di tale matrimonio all'ordine pubblico per effetto della giurisprudenza della Corte dei diritti umani.

Per di più, nessuna delle disposizioni di rango ordinario- artt. da 84 a 88 del codice civile- consente di ritenere, secondo il giudicante, che vi sia un riferimento al sesso in relazione alle condizioni necessarie per contrarre matrimonio.

E poiché le condizioni di validità del matrimonio contratto all'estero vanno individuate nella legge del luogo della celebrazione che pacificamente riteneva quel matrimonio produttivo di effetti giuridici- artt. 8 del DPR n. 396 del 2000, art. 115 del codice civile, art. 27 della legge n. 218 del 1995, art. 28 della legge n. 218 del 1995 e art. 65 della legge n. 218 del 1995-, nulla impediva la trascrizione di siffatto matrimonio.

Rispetto a tale decisione è lecito manifestare non marginali perplessità, non soltanto in ordine alla soluzione espressa, ma soprattutto per l'iter argomentativo utilizzato che muove da una lettura distorta dal precedente della Cassazione e tralascia completamente di considerare i principi espressi dalla Corte costituzionale nella ricordata sentenza n.138/2010.

Fu, infatti, proprio la Cassazione, chiamata a verificare la legittimità di un rifiuto operato dall'ufficiale di Stato civile a trascrivere un matrimonio contratto a L'Aja da una coppia dello stesso sesso a riconoscere che “la diversità di sesso dei nubendi è - unitamente alla manifestazione di volontà matrimoniale dagli stessi espressa in presenza dell'ufficiale dello stato civile celebrante -, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, requisito minimo indispensabile per la stessa "esistenza" del matrimonio civile come atto giuridicamente rilevante”, costituendo un “...postulato" implicito, a fondamento di tale istituto”. I giudici di legittimità, nella stessa occasione, non mancarono di sottolineare che “...L'ordinamento giuridico italiano, perciò, ha conosciuto finora, e conosce attualmente - salvo quanto si dirà più oltre (cfr., infra, nn. 3 e 4) -, un'unica fattispecie integrante il matrimonio come atto”. La Cassazione, pertanto, riteneva che “...sul piano delle norme, di rango primario o sub-primario, applicabili alla fattispecie in prima approssimazione -, alla specifica questione, consistente nello stabilire se due cittadini italiani dello stesso sesso, i quali abbiano contratto matrimonio all'estero, siano, o no, titolari del diritto alla trascrizione del relativo atto nel corrispondente registro dello stato civile italiano, deve darsi, in conformità con i su menzionati precedenti di questa Corte, risposta negativa.”

L'esito negativo alla domanda di giustizia rivolta ai giudici di legittimità venne parimenti confermato anche in relazione al quadro dei principi espressi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Schalk e Kopf* contro Austria del 24 giugno 2010, pur esprimendo talune non marginali considerazioni in ordine all'incidenza dei principi affermati dal giudice europeo rispetto alla peculiare condizione della coppia omosessuale unita in matrimonio all'estero sulle quali si avrà modo di tornare in seguito.

Ma non pare potersi revocare in dubbio che il richiamo alla sentenza della Cassazione, operato per giungere a un risultato negato dalla stessa Corte, appare poco persuasivo.

Come opaca risulta la totale pretermissione di riferimenti a Corte cost. n.138/2010, il cui contenuto- a parte ogni questione relativa alla violazione del giudicato costituzionale- avrebbe indiscutibilmente meritato l'esposizione delle ragioni che facevano propendere per una tesi diversa da quella esposta dal giudice delle leggi, ora peraltro inequivocabilmente confermata da Corte

---

<sup>81</sup> la sentenza può leggersi in <http://www.altalex.com/index.php?idnot=67218>.

cost.n.170/2014.

## 7. Qualche considerazione conclusiva:a) il ruolo (indispensabile) della dottrina.

Quale insegnamento è possibile trarre dall'esame delle decisioni qui passate in rassegna, pur se compiuto in maniera sicuramente disarticolata, ma giustificata dal tentativo di tenere insieme i due mondi della giustizia sovranazionale e dei giudici comuni di merito nazionali su temi assai caldi.

La prima considerazione, forse apparentemente banale, è essenzialmente di metodo.

La giustizia dei giudici di merito – ma certo anche quella di legittimità, per intuibili ragioni- non può, ormai, pensare di potere offrire un prodotto adeguato alla realtà che ci circonda tralasciando dalla propria analisi i materiali giurisprudenziali che vivificano, attraverso la Corte di Giustizia – che pure in materia di famiglia ha espresso rilevanti principi che non possono qui essere esaminati, esulando dal tema assegnato- e la Corte europea dei diritti dell'uomo, i diritti fondamentali attraverso le organizzazioni internazionali alle quali l'Italia ha prestato adesione.

Tutto ciò può sembrare scontato, tautologico ma lo è meno, tuttavia, per chi frequenta le aule di giustizia, ancora oggi abbisognando di pratica e generalizzata attuazione.

Le difficoltà che si ergono alla piena conoscenza di queste fonti “altre” da parte degli operatori giudiziari e dei meccanismi operativi richiede una particolare attenzione non solo da parte di chi si occupa in veste istituzionale della formazione - Scuole della magistratura e dell'Avvocatura- ma anche – e soprattutto- da parte della dottrina, alla quale spetta il compito assai delicato di *amicus curiae* privilegiato<sup>82</sup>.

Aurelio Gentili, in una sua recente analisi sul tema dell'interpretazione<sup>83</sup>, pur intravedendo uno spostamento radicale del baricentro in favore dei giudici a fronte di una marginalizzazione dell'opera della dottrina, per lo più correlata all'avvento dei principi che si prestano quasi naturalmente all'esegesi privilegiata dei giudici non manca, tuttavia, di sottolineare che questo sbilanciamento a favore del *giudiziario* non elide affatto il compito della dottrina di verificare bontà e congruità delle interpretazioni giuridiche che si collocano, ora più che mai, su versanti plurimi, interni e sovranazionali per come si è visto.

Le difficoltà, d'altra parte, non sono tanto e soltanto correlate alla conoscenza dei singoli precedenti, annidandosi con priorità sui variegati temi degli effetti delle singole decisioni, sulle ricadute concrete che tali pronunzie sono destinate a produrre, sull'efficacia più o meno generalizzante o universale dei *dicta* di Strasburgo – e di Lussemburgo<sup>84</sup>-(oggi più che mai condizionate dal ricorso, sempre più frequente, alle c.d. sentenze pilota<sup>85</sup>) e, a monte, sugli stessi limiti, spesso mobili, non perfettamente fruibili, che connotano siffatte giurisdizioni rispetto a quelle nazionali e prima ancora, con il carattere *liquido* degli strumenti stessi, destinati a

---

<sup>82</sup> La magmatica produzione giurisprudenziale che, ormai, riguarda non soltanto le Corti nazionali, ma anche quelle sovranazionali- anche per effetto di misure destinate a ridurre l'arretrato formatosi presso tali istanze-, impone un'attività di sistematica raccolta, analisi, aggregazione dei materiali e diffusione ragionata dei medesimi. Forme di cooperazione fra operatori pratici e studiosi appaiono ormai indispensabili per entrambi i mondi che in tanto possono riuscire a rispondere al meglio alle istanze della relativa utenza, in quanto creino in modo sistematico e non occasionale delle stabili occasioni di confronto-incontro.

<sup>83</sup> Gentili, *L'interpretazione giuridica: il contributo della dottrina*, in *Giust.civ.*, 2014, 1,47 ss.

<sup>84</sup> Non sono state qui indagate le pure numerose pronunzie che la Corte di Giustizia è reso in materia di famiglia, correlate alle discipline destinate a regolare gli effetti di numerosi strumenti normativi che riguardano la circolazione delle decisioni in materia familiare unitamente alle spinose questioni connesse alla libertà di circolazione dei cittadini UE e ai ricongiungimenti familiari.

<sup>85</sup> Tema, quest'ultimo, sul quale ci siamo già soffermati in Conti, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul sovraffollamento carcerario e i diritti del detenuto*, in *Pol. dir.*, 4/2013, spec. 452 ss. Sul punto, v. Ruggeri, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, cit., spec.par.3; Tega, *I diritti in crisi*, cit., 105 ss.; Manes, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2012, 864;

modificarsi nel tempo.

La c.d. dottrina del consenso -e il suo operare “a fisarmonica”<sup>86</sup>- è forse il tema che meglio dimostra, in maniera plastica, il destino di una giustizia convenzionale incessantemente “in movimento” e “in equilibrio” a causa- e grazie- alle metamorfosi dei sistemi nazionali dei Paesi contraenti e degli standard di tutela garantiti a livello nazionale. Ciò a dimostrazione ulteriore della complessità del sistema, ma in definitiva, anche del carattere *vivo* della Convenzione europea e degli Stati che ad essa partecipano in qualità di contraenti.

Ora, il punto è che questa continua necessità di rapportare le decisioni del corpo magistratuale interno a quello sovranazionale, caratterizzata peraltro da andamenti non univoci -e, anzi, in atto fortemente condizionata dalle “scelte” della Corte costituzionale che, come si è visto nelle sentenze n.1/2014 e più di recente – e in modo assai marcato- n.162/2014, si ritiene “arbitra” di utilizzare o meno il materiale convenzionale e, ancora prima, il parametro fondato sull’art.117 1<sup>a</sup> comma Cost. ai fini del sindacato di costituzionalità- non solo non consente, per il fantomatico *factor time*<sup>87</sup>, al giudice di operare, se lasciato solo, al meglio, ma impone a quest’ultimo un ragionato confronto con la portata dei precedenti, con la particolarità delle fattispecie e dei casi esaminati.

Insomma, un’attività di ricerca continua ma, al contempo, serena che può risultare possibile e al contempo feconda solo se supportata da quella *scientia iurische* avverte le esigenze dei pratici.

### **7.1 Segue:b) il possibile disallineamento delle tutele all’interno dei diritti fondamentali come declinati dalle Carte dei diritti.**

D’altra parte, l’ulteriore fattore di complicazione giunge laddove si riscontri un disallineamento delle tutele apprestate fra le diverse fonti che chiama in prima battuta il giudice a tentare di armonizzare i materiali normativi attraverso l’interpretazione e, in seconda battuta, secondo le rime obbligate- almeno per ora- fissate dalle sentenze nn.348 e 349 del 2007- e poi ribadite che qualche diversità di accenti negli anni successivi dalla Corte costituzionale-.

A ben considerare, all’interpretazione del dato interno che il giudice dei tre cappelli, come a me piace dire, deve fornire improntandola al rispetto delle Carte e delle fonti sovranazionali, si affianca l’ulteriore e anzi più ostico fardello dell’interpretazione delle Carte stesse da compiere volta per volta, caso per caso, all’interno di quelle ordinarie operazioni di bilanciamento che caratterizzano l’esercizio della giurisdizione.

Ed è estremamente chiaro che interpretare un principio non è cosa esattamente identica a quella di interpretare una disposizione precettiva introdotta dal legislatore, proprio perché nel primo caso, come osservato da Gentili, il diritto per principi “...presuppone un discorso assiologico”<sup>88</sup>.

Si assiste, così ad un meccanismo che attribuisce ai principi una molteplice valenza, essi per l’un verso abbisognando di essere interpretati<sup>89</sup> per poi diventare metro di valutazione delle leggi, che a loro volta possono-*recte*, devono- essere interpretate in modo conforme ai principi, ma nei limiti del rispetto di quegli stessi principi che rappresentano, ancora, il limite all’interpretazione conforme<sup>90</sup>. Principi che possono, talvolta, assumere il ruolo di fattore immediato sul quale incentrare le

---

<sup>86</sup> Cfr., Ruggeri, *Famiglie, genitori e figli*, cit., pag.9: “...Insomma, il consenso dà modo al giudice europeo di far espandere ovvero contrarre a fisarmonica la Convenzione, assicurandone una penetrazione graduata nei territori nazionali, in applicazione di quella tecnica decisoria dello *stop and go* che è, peraltro, ricorrente non solo presso l’altra Corte europea ma persino presso le Corti nazionali (e, segnatamente, quelle costituzionali).”

<sup>87</sup> Sul punto v., diffusamente, Markesinis e Fedtke, *Pericoli e ostacoli nell’uso del diritto straniero*, in *Giudici e diritto straniero*, 219 Bologna, 2009- trad. a cura di A.Taruffo. Di questo abbiamo discusso in *I giudici e il biodiritto*, cit., 187.

<sup>88</sup> Gentili, *L’interpretazione*, cit., 65.

<sup>89</sup> Sul punto, tra gli altri, v.Mazzarese, *Interpretazione della costituzione. Quali i pregiudizi ideologici?*, in *Fondamenti etici e processo, Diritto, privato, Studi in onore di Antonio Palazzo*, a cura di Donati e Sassi, Torino, 2009, 439 ss. e spec.445, 454

<sup>90</sup> V., sul punto, Conti, *la convenzione europea dei diritti dell’uomo*, 196 ss.

tutele in assenza della legge<sup>91</sup>.

Se a ciò si aggiunge che all'interno dei c.d. *living instruments* trovano spazio non solo la CEDU o la Carta di Nizza-Strasburgo ma anche, per il versante interno, anche e soprattutto la nostra stessa Carta costituzionale, appaiono comprensibilissime le preoccupazioni che un operatore di media sensibilità e preparazione può avvertire.

Antonio Ruggeri da qualche tempo va chiedendosi se sia individuabile una regola delle regole o, come a lui piace dire, un *sistema dei sistemi* cui interno trovare una *metanorma* capace di appianare le disomogeneità fra i diversi materiali normativi che specificano i diritti fondamentali<sup>92</sup>. Il riferimento alla *Grundnorm* della tutela più "intensa" che viene proposto, in modo assai affascinante come risolutore dei possibili conflitti supera la teoria delle fonti, riportando la questione al piano dell'interpretazione<sup>93</sup>.

Tale prospettiva non nasconde, ma anzi forse enfatizza, il fascio di criticità che dunque, come si diceva all'inizio, rende *vulnerabile* quello stesso soggetto chiamato a fare girare il sistema in modo armonico quando le fonti - in ipotesi- distoniche fra loro provengono da diversi sistemi, non sempre organizzati fra loro gerarchicamente.

Il primo fattore di incertezza, è peraltro destinato a emergere all'atto stesso dell'insorgenza del processo, rimanendo altrimenti latente, nascosto, anche se esistente.

E' dunque la domanda di giustizia a costituire, quasi in via automatica, il primo fattore - *recte*, la causa- di disarmonia, posto che l'astratta diversità fra i testi normativi rimane latente fin quando la tutela prevista in favore di un diritto fondamentale non viene sollecitata a operare in relazione al "caso".

Certo, i principi fissati dalla Corte costituzionale - e fin qui condivisi dai più- in ordine ai rapporti fra diritto interno e CEDU non sembrano lasciare dubbi, in astratto, circa l'individuazione delle

---

<sup>91</sup> V., per un'attenta analisi delle ricadute che la tutela dei diritti fondamentali produce nella ricognizione del materiale normativo e sulla particolare formulazione linguistica di tali diritti v., diffusamente, Mazzarese, *Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali*

*Spunti per una posizione «politicamente scorretta»*, in *Ragion pratica*, 2010, 516 : "...anche le forme di conoscenza del materiale giuridico, dismessa la presunta avalutatività e oggettività nella descrizione e sistematizzazione del materiale normativo, non possono non riflettere, ed essere condizionate ad un tempo, dai valori che, espressi dai diritti fondamentali a livello costituzionale, delle norme dell'ordinamento condizionano tanto la produzione, quanto l'applicazione.[...] i modi di attuazione e/o applicazione (giudiziale) del diritto non si riducono più (nel caso questa riduzione sia mai stata effettivamente possibile) ad un'asettica ricognizione della legge e ad una sua meccanica concretizzazione (così come si era soliti affermare degli ordinamenti giuridici degli stati liberali di diritto)12 ma sono essi stessi indotti a tener conto dei valori espressi dai diritti fondamentali, enunciati a livello costituzionale, sia nell'interpretazione, sia, se del caso, nella denuncia dell'eventuale incostituzionalità della legge."

<sup>92</sup> Da ultimo, v.Ruggeri, *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, in *Rivista AIC*, <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/articolorivista/l-interpretazione-conforme-e-la-ricerca-del-sistema-di-sistemi-come-problema>, specif. § 2.

<sup>93</sup> V., in particolare, Ruggeri, op.ult.cit., par.2: <<...la ricerca, bisognosa di essere ogni volta rinnovata in ragione delle peculiari esigenze del caso, del "sistema di sistemi" richiede di essere condotta e portata a compimento *al piano della teoria dell'interpretazione*, laddove soltanto essa può perfezionarsi e rendersi visibile; se così non fosse, d'altronde, non si capirebbe la ragione stessa dell'orientamento teleologico dell'interpretazione. Di contro, *al piano della teoria delle fonti*, non è consentito affermare, perlomeno al presente, che sia compiutamente maturato il processo istituzionale volto all'avvento di un "sistema di sistemi" *pleno iure* integrato, quale quello che invece si ha in ambito interno, per il modo con cui i "microsistemi" (statale, regionale, locali, oltre quelli di cui sono portatori enti non territoriali) si compongono e danno vita al "macrosistema" delle fonti costitutive della Repubblica italiana. Ad oggi, dunque, il "sistema di sistemi" *c'è e non c'è allo stesso tempo*: c'è (o, meglio, *può* esserci) al piano della teoria dell'interpretazione (e delle esperienze in base ad essa apprezzabili), mentre non c'è (perlomeno nella sua forma compiuta) al piano istituzionale, dell'organizzazione, ed a quello della teoria delle fonti (e delle relative esperienze), non essendosi ancora perfezionato il processo di unificazione europea. In ogni caso, il canone della tutela più "intensa" sta tutto qui sotto i nostri occhi ad ammaestrarci che il sistema non è fisso ed immutabile, non disponendosi le fonti costitutive dello stesso in un ordine strutturato a mo' di piramide di formale fattura. E ciò, per il fatto che - come si è venuti dicendo - sono, a conti fatti, le *norme*, quale che ne sia la provenienza o la fonte che le esprime, a ridefinire ogni volta il sistema, a darne l'assetto e l'equilibrio interno, in ragione delle peculiari esigenze del caso e delle pretese dei valori evocati in campo.>>

linee maestre sulle quali il giudice dovrebbe piazzarsi per rispondere al meglio alle domande di giustizia. Ma se il parametro rilevante si sposta da quello formale astratto alla necessità della più intensa tutela il discorso appare, all'evidenza, meno predeterminabile. Ed è altrettanto vero che la difficoltà di predeterminazione cresce anche in relazione alla "scelta" dei parametri – interni o convenzionali- che si intende utilizzare, come ha mostrato di recente Corte cost.n.162/2014<sup>94</sup>.

In questo senso, gli esempi dei provvedimenti di merito resi in ambito di affido temporaneo dei quali qui si è detto sembrano comunque rappresentare il paradigma *ortodosso*<sup>95</sup>.

Diversamente, il provvedimento del Tribunale di Grosseto non sembra allinearsi alle coordinate fissate dalla Corte costituzionale e dalla Cassazione in materia, né pare trovare adeguata sponda nella CEDU.

## 7.2 Quali limiti per il giudiziario.

Ma quali sono i limiti del giudiziario?

Torna anche nell'ambito di queste riflessioni il tema ricorrente, talvolta lasciato sottotraccia ma, in realtà, avvertito come decisivo.

La crescita esponenziale dei fenomeni che ruotano attorno alle relazioni affettive e agli interessi della persona rende evidente quanto l'evoluzione normativa non riesca a seguire il passo delle innovazioni, spesso frutto del progresso scientifico e/o, più in generale, del rinnovato interesse per "fatti" che in passato non erano considerati meritevoli di tutela o che, addirittura, gravitavano in ambiti di palese illiceità- anche penale- o più semplicemente d'irrilevanza giuridica.

La stagione dell'espansione dei diritti fondamentali della persona che ormai caratterizza l'esperienza dei paesi democratici -soprattutto europei- da oltre un cinquantennio segna, dunque, il trapasso di comportamenti e desideri della persona da ambiti collocati nell'indifferenza o, addirittura, nel campo della rimproverabilità a contesti pienamente leciti e bisognosi, dunque, di regole.

*Nulla quaestio* quando i fatti trovano agevole regolazione nel paradigma di una legge.

Per tali ipotesi, infatti, si potrà al più porre il tema del "contrasto" della norma positiva con i valori fondamentali della persona umana, rispetto al quale il giudice non potrà voltare le spalle, ma sarà tenuto a un'attività di vera e propria ricostruzione del sistema attraverso i meccanismi che allo stesso sono riservati dalla legge- verifica della costituzionalità della legge e della sua conformità ai diritti fondamentali di matrice sovranazionale per come interpretati dalle Corti nazionali e sovranazionali che rendono concreta e effettiva la tutela dei diritti fondamentali-. Quanto appena espresso è stato mirabilmente ricordato dalla recente Corte cost.10 giugno 2014 n.162<sup>96</sup>, resa in tema di fecondazione eterologa, allorché la Corte ha ricordato come "...Le questioni toccano temi eticamente sensibili, in relazione ai quali l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene «primariamente alla valutazione del legislatore» (sentenza n. 347 del 1998), *ma resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano*"(enfasi aggiunta)<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> v., sul punto Sorrenti, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Consultaonline*, 13 giugno 2014.

<sup>95</sup> Nel compiere questo giudizio di valore avverto nitidamente la certezza che tale conclusione potrà non essere condivisa dal lettore o da tutti i lettori o da una buona parte di essi, in ciò trovando conferma dell'idea di quanto sia difficile e oneroso il mestiere del giudice.

<sup>96</sup> V. il commento a prima lettura di Antonio Ruggeri, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, in corso di pubblicazione su Quaderni costituzionali.

<sup>97</sup> Analoghi principi esprime la Corte nell'ancora più recente Corte cost.n.170/2014, resa in data 11 giugno 2014 –sulla quale v.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 *Consultaonline*, <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri37.pdf>, sul tema del divorzio "imposto" alla coppia che sia stata

Il problema sorge poi, con maggiore delicatezza, quando tali fatti o non trovano tale paradigma o si pongono in contrasto con il paradigma normativo.

Il giudice si trova di fronte a veri e propri “dilemmi” che, da un lato, lo mettono a contatto con la pressante e scottante realtà fattuale e, dall’altro, non elidono la necessità che quello stesso giudice regoli il caso al suo esame non sulla base della sua scienza privata o delle sue convinzioni ed esperienze personali o del suo credo politico o religioso, ma facendo applicazione della “legge”.

E allora, se la legge non c’è, significa che non c’è tutela giuridica che possa essere reclamata? La risposta a tale quesito è probabilmente positiva, in prima approssimazione.

Particolarmente perspicue appaiono le recenti conclusioni dell’Avvocato Generale Nils Wahl presentate il 26 settembre 2013 nella causa C-363/12, *Z c. Ministero e Consiglio di amministrazione di una Community School* che, chiamato dal giudice nazionale irlandese a valutare se la legislazione nazionale che non riconosce i congedi parentali alla madre che ha stipulato un contratto di maternità surrogata fosse conforme al diritto UE, ha escluso che la disciplina eurounitaria potesse costituire un valido parametro di verifica rispetto alla legislazione interna e tuttavia così concludeva: “... comprendo bene le difficoltà che i genitori affidatari si trovano indubbiamente ad affrontare a causa dell’incertezza giuridica inerente ai contratti di maternità surrogata in taluni Stati membri. Tuttavia, non credo che spetti alla Corte sostituirsi al legislatore, impegnandosi in un’interpretazione costruttiva che porterebbe a leggere nelle direttive 2006/54 e 2000/78 (ovvero nella direttiva 92/85) qualcosa che esse non contemplano e costituirebbe, a mio avviso, un’usurpazione della prerogativa legislativa. Infatti, stabilire in sede giurisdizionale un diritto ad un congedo retribuito equivarrebbe a prendere posizione su questioni di natura etica, che devono essere ancora risolte con un procedimento legislativo. Se si ritiene che sia socialmente opportuno estendere la portata della protezione del congedo di maternità o per adozione (o creare una forma separata di congedo per i contratti di maternità surrogata), spetta agli Stati membri e/o al legislatore europeo adottare le misure *legislative* necessarie per raggiungere detto obiettivo.”

Dunque, semaforo rosso per il giudice- della Corte di Giustizia o nazionale quando “manca” una tutela apprestata dall’ordinamento positivo- sia esso di matrice UE o nazionale o convenzionale (*id est*, CEDU)-<sup>98</sup>.

Resta vero, infatti, che permane sul potere legislativo l’obbligo di fissare, con normative non solo *minimali* ma sempre più *elasticamente* pronte a realizzare nel caso concreto, una giustizia piena in relazione alle singole, multiformi situazioni che possono presentarsi.

Ma ove ciò non accada, per le più varie ragioni, non sembra possibile elidere il “vincolo” del *giudiziario* a verificare se i casi della vita portati al suo vagliopossono trovano una regola all’interno dei diritti fondamentali dotati di carattere precettivo e declinati all’interno delle Carte dei diritti fondamentali, siano esse nazionali o sovranazionali-Carta di “Nizza Strasburgo”, Convenzione europea dei diritti dell’uomo, altri Trattati internazionali che contemplano diritti fondamentali dell’uomo-<sup>99</sup>.

Anche con riferimento al tema delle unioni omosessuali la stessa Corte cost.n.138/2010- e in definitiva la successive Corte cost.n. 170/2014- muovono dall’idea di base che anche in assenza di

---

interessata dalla rettificazione di sesso di uno dei suoi componenti, allorchè ribadisce, al punto 5.5, che «...nell’ambito applicativo dell’art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell’esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette», e, per altro verso, che resta, però, comunque, «riservata alla Corte costituzionale la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni», nel quadro di un controllo di ragionevolezza della rispettiva disciplina...>>

<sup>98</sup> E infatti, la successiva Corte giust.18 marzo 2014, resa nel medesimo procedimento C-363/12, nel decidere il quesito pregiudiziale rivolto dal giudice nazionale, ha ritenuto che- p.63- “...Risulta chiaramente da tale articolo, in combinato disposto con il considerando 27 della direttiva 2006/54, che quest’ultima lascia inalterata la libertà degli Stati membri di accordare o meno un congedo di adozione e che le condizioni di applicazione di tale congedo non attinenti al licenziamento e al rientro al lavoro non rientrano nell’ambito di detta direttiva.”

<sup>99</sup> Sul punto, v.,ancora, Lamarque, *I giudici italiani e l’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, cit., 243.

un intervento legislativo in materia di unioni fra persone dello stesso sesso, anche se «in relazione ad ipotesi particolari »,permane comunque «la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppie coniugata e quella della coppia omosessuale»<sup>100</sup>.

Ciò, secondo una dottrina, chiama anzitutto il legislatore a dare un contenuto organico alla materia, ma, per il fatto stesso del riconoscimento del diritto fondamentale, chiamerebbe anche i giudici a dare ad esso un contenuto<sup>101</sup>.

### 7.3 Il ruolo dell'interpretazione giuridica ...e della motivazione.

Il discorso, ovviamente, si amplia a dismisura e non può essere in questa sede adeguatamente sviluppato.

Si può, in via di mera approssimazione, magari chiarire che il giudice “è tenuto” a verificare se la situazione posta al suo vaglio trovi una specifica regolamentazione nella griglia dei valori della persona espressi dalle Carte avendo cura, tuttavia, di selezionare i materiali *costituzionali* – usando tale espressione in senso atecnico per indicare i valori fondamentali a prescindere dal documento nel quale gli stessi trovano tutela- a seconda della “competenza” del singolo ordinamento che viene in considerazione dovendosi, secondo la giurisprudenza per ora consolidata della Corte di Giustizia, escludere la rilevanza della Carta dei diritti fondamentali dell’U.E. per le vicende non regolate dal diritto eurounitario- v., da ultimo, Corte giust. Corte giust. 6 marzo, causa C-206/13, *Cruciano Siragusa*, Corte giust., Grande sezione, 18 marzo 2014, causa C-363/12,Z<sup>102</sup>-.

Una volta compiuta tale verifica, ci si dovrà chiedere “come” e “in che modo” il giudice deve intervenire.

Si aprono, così, le porte della concretizzazione delle tutele realizzate attraverso l’individuazione di una *regula iuris* che trova diretta matrice nei “principi fondamentali” scolpiti nelle Carte dei diritti e, dunque, della giustizia per *principia*, da compieremediante l’interpretazione alla quale si è sopra fatto cenno.

Peraltro, i risultati che l’agire giudiziario produrrà in tali circostanze – recte, soprattutto nelle vicende in cui si discorre di temi eticamente sensibili- difficilmente si prestano a operazioni di generalizzazione, proprio perché la soluzione concreta del caso assume, nelle vicende di cui si discute, connotati non sempre passibili di operazioni di astrazione. Ciò che, in definitiva, distingue in modo netto e preciso l’attività del giudice da quella del legislatore<sup>103</sup>.

La stella polare che, in ogni caso, il giudice è tenuto a seguire, come si diceva, quella della più intensa tutela della dignità della persona da realizzare all’interno di un procedimento giudiziario capace di fare emergere tutti gli elementi necessari per rendere la decisione adeguata al “fatto”, al caso concreto- sul punto si rinvia ad alcuni approfondimenti in altra sede svolti-.

Chi ha pratica delle aule giudiziarie sa, peraltro, che il meccanismo dell’interpretazione conforme alla Costituzione, alla CEDU e all’ordinamento UE si presta, quasi naturalmente, ad essere, volta per volta, additato come salvifico e virtuoso ovvero come grimaldello capace di mascherare operazioni che di interpretativo *stricto sensu* hanno poco o nulla e che si volgono a pratiche manipolative e creative.

La sentenza *X e altro c. Austria* della Grande Camera della Corte dei diritti umani, alla quale si è qui fatto cenno, può dirsi paradigmatica, essendo stata indicata non dalla dottrina, ma dagli stessi

---

<sup>100</sup> V., sul punto, di recente, App.Milano,20 novembre 2012, in *Resp.civ.*, 2014,2,641 con nota di Winkler, *Ai confini dell’arcipelago familiare:unioni fra persone dello stesso sesso e danno da perdita familiare*, che ha riconosciuto il danno non patrimoniale da perdita familiare al convivente di coppia omosessuale.

<sup>101</sup> Pezzini, *La sentenza 138/2010 parla (anche) ai giudici*, in Pezzini-Lorenzetti,*Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, 2011, 95.

<sup>102</sup> V., volendo, su tale sentenza, Conti, *Dalla Fransson alla Siragusa. Prove tecniche di definizione dei “confini” fra diritto UE e diritti nazionali dopo Corte giust. 6 marzo, causa C-206/13, Cruciano Siragusa*, in Consultaonline, <http://www.giurcost.org/studi/conti1.pdf>.

<sup>103</sup> V., sul punto, diffusamente, Mazzarese, *Diritto, privato, Studi in onore di Antonio Palazzo*, cit., 456 ss.

giudici che hanno contribuito a stenderla ora –dalla maggioranza- come confermativa del carattere *vivente* della CEDU, ora – dall’opinione dissidente- come opera di *pura creazione*. E, come si è visto, critiche non meno pesanti sono state espresse dall’opinione dissidente nel caso *Vallianatos*.

Si tratta, come si accennava sopra, di conferme autentiche del fatto che l’opera interpretativa continuerà a dimenarsi fra opposte convinzioni rimanendo, nella sostanza, affidato al decisore di turno la verifica se una data interpretazione del dato normativo sia compatibile o meno con il quadro dei principi fondamentali<sup>104</sup>.

La contrapposizione manifestata in dottrina<sup>105</sup> circa il valore e la portata dell’art.29 Cost., rispetto alla quale Antonio Ruggeri, che pure non manca di insistere sulla “luce abbagliante” che nell’ordinamento interno promanano gli artt.2 e 3 Cost.<sup>106</sup> anche sul tema della famiglia *lato sensu* intesa, è sicuramente il più autorevole assertore della necessità di una visione ancorata alla tradizione dell’istituto matrimoniale<sup>107</sup> costituisce, probabilmente, confermadi quanto si è andato qui sostenendo<sup>108</sup>.

La presa d’atto di tale situazione rappresenta una pericolosa anticamera del “diritto libero”, mettendo a repentaglio i sacri canoni della certezza del diritto e, prim’ancora, la democrazia stessa dei paesi occidentali?

Per rispondere a questi dilemmi si può forse usare la tecnica della risposta con altre domande.

E’ cioè possibile pensare che lo strumento del processo offerto alle parti per tutelare i propri diritti costituisca strumento di aggressione della democrazia quando esso si sviluppa secondo le coordinate volute da quello stesso sistema – controllo di costituzionalità, convenzionalità, interpretazione orientata ai valori fondamentali-? E’ o non è vero che tale processorisulta, esso stesso, manifestazione prima di quella stessa democrazia, fondandosi per di più su meccanismi di

---

<sup>104</sup> Sull’indeterminatezza dei diritti fondamentali v., ancora Mazza, op.ult.cit.,537: “...Tale indeterminatezza, infatti, non può non riflettersi e non trovare espressione in una discrezionalità ben più accentuata di quella che accompagna l’interpretazione di qualsiasi formulazione linguistica di una legge.[...] è infatti difficile non condividere, estendendola alla maggior parte dei diritti fondamentali, la considerazione che Mauro Cappelletti fa in relazione ai diritti di *welfare* (ai diritti, cioè, sociali, economici e culturali): «Difficile ignorare il carattere creativo dell’interpretazione e dell’applicazione giudiziale [...] di leggi su e diritti di *welfare*. Certo, a paragone con il ruolo più tradizionale dei giudici, la differenza è solo di grado, non di sostanza. L’interpretazione è sempre creativa, e, quantomeno, un minimo di discrezionalità è inevitabile in ogni tipo di interpretazione giudiziale. Di regola, tuttavia, la creatività è più manifesta e più accentuata in queste nuove aree che si sono aperte alla funzione giudiziale. Infatti, più una legge è vaga e meno un diritto è definito, maggiore, ovviamente, è lo spazio lasciato alla discrezione nelle decisioni giudiziali»” La stessa A., nello scritto appena ricordato- spec.pagg.543 ss.-, espone la sua tesi in ordine al carattere defettibile e approssimato del ragionamento giudiziario

<sup>105</sup> Busnelli,*La famiglia e l’arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2002, pp. 510 ss.; Ferrando,*Le relazioni familiari nella Carta dei diritti dell’Unione europea*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 353).

<sup>106</sup> V., Conti, *I giudici e il biodiritto*,cit., 125, nota 118, ove si riporta per esteso il pensiero espresso da Antonio Ruggeri.

<sup>107</sup> Ancora nello scritto predisposto per l’odierno incontro Ruggeri, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, cit., pag.12 del dattiloscritto, non manca di rilevare, ricordando i commenti successivi a Corte cost. n.138/2010, come “...molti autori non sono riusciti a rifuggire dalla tentazione di far pesare sulla bilancia i propri preorientati giudizi, in un senso o nell’altro...” trovando poi la spiegazione a tale situazione nel fatto che “... il linguaggio costituzionale, con la sua strutturale apertura (e, in più punti, vera e propria concettuale vaghezza), si presta a farsi docilmente piegare da chi confonde le indicazioni della Carta coi propri desideri e la propria visione del mondo.” Id., Spadaro, *Matrimonio “fra gay”: mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolvibile dal legislatore ordinario e dalla corte, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it); Troiolo, *la nozione di famiglia tra regole costituzionali e status personali*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it).

<sup>108</sup> La radicalizzazione delle diverse opinioni in materia sono ben sintetizzate oltre che in Auletta, *Diritto di famiglia*, Torino, 2011, pp. 154 ss., anche in Gattuso, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in Trattato di diritto di famiglia, diretto di Zatti, vol.1, a cura di Ferrando, Fortino, Ruscello, 793 ss. anche in Nicotra, *La famiglia in divenire dinanzi a un legislatore “fuori tempo massimo”*, cit.

controllo, interni ma anche esterni, legislativamente disciplinati?<sup>109</sup>

E ancora, la consapevolezza che, sempre di più, i ricorsi individuali innanzi alla Corte di Strasburgo condizionano in maniera pervasiva i sistemi normativi- soprattutto quando suscitano sentenze c.d.pilota- non rende indilazionabile la riconquista, da parte del potere legislativo, di quelle prerogative che allo stesso competono proprio per sollevare l'autorità giudiziaria da compiti di supplenza<sup>110</sup> ai quali spesso il giudiziario non si può sottrarre, a meno di venire meno agli obblighi che sullo stesso ricadono?

Resta il fatto che la migliore risposta ai primi interrogativi qui posti la si può probabilmente forgiare considerando che è la *coppia* "motivazione interpretazione" a costituire la valvola di sicurezza per la tenuta del sistema giudiziario di protezione dei diritti umani.

E' infatti, attraverso questa coppia che la sentenza si mette al servizio del caso concreto e si legittima agli occhi delle parti e di chi la considera per il suo contenuto, la commenta, la critica, nel processo e fuori dal processo<sup>111</sup>.

La/le coppia/e di motivazioni interpretazioni che provengono dalle Corti finiscono, in questo modo, col fare tra loro sistema, col costituire l'uno giustificazione e spiegazione dell'altro, tenendosi appunto a vicenda come i mattoncini, ma non sottraendosi per ciò stesso alle critiche e a quegli stessi meccanismi che l'ordinamento riconosce per elidere o modificare le decisioni illegittime.

In questa prospettiva, affermare che una decisione errata possa rappresentare un attacco alle istituzioni democratiche e rappresentative significa, forse, attribuire ad una pronuncia giurisdizionale un valore e un significato che essa probabilmente non ha.

#### **7.4 A proposito del valore della comparazione.**

Del resto, proprio in tema di tutela del matrimonio delle coppie omosessuali la già ricordata vicenda che ha riguardato l'introduzione della legge spagnola e la sua verifica da parte del giudice costituzionale di quel Paese- sent.6 novembre 2012- alla luce di un dettato costituzionale (art.32) letteralmente costruito sull'unione di uomo e donna- ha del resto dimostrato come l'operazione interpretativa affidata ai giudici- comuni e costituzionali- risente di variabili difficilmente controllabili che, spesso, superano la "lettera" del dato normativo<sup>112</sup>. E ciò anche per effetto della ricordate fonti sovranazionali.

Tale riflessione, peraltro, non può né deve indurre a considerare possibile una automatica traslazione dei materiali giurisprudenziali stranieri in altri contesti statuali, comunque caratterizzati da specifiche condizioni sociali e culturali, né consente di ipotizzare, allo stato, che il riconoscimento delle unioni di coppie omosessuali possa avvenire senza la mediazione di un intervento normativo secondo modalità e accenti che lo stesso legislatore non può mancare di disciplinare e che non devono necessariamente atteggiarsi secondo uno schema di integrale e piena

---

<sup>109</sup> Proprio il fenomeno delle sentenze c.d. pilota all'interno della Convenzione dei diritti dell'uomo delle quali si è detto sopra non rappresenta, in definitiva, uno strumento capace di ovviare all'assenza, nell'ordinamento interno italiano, del meccanismo del controllo individuale di costituzionalità delle leggi. La legittimazione, offerta al singolo, di evidenziare una violazione di carattere sistemico e la connessa facoltà, attribuita alla Corte europea e al Comitato dei Ministri- in fase di attuazione ex art.46 CEDU- di delineare le misure di ordine generale idonee a eliminare la violazione accertata non costituiscono forse, una volta ammesse nell'ordinamento per effetto dell'adesione al Consiglio d'Europa e alla CEDU, un potente strumento di partecipazione democratica, se appunto si collegano allo stesso margine di apprezzamento riservato allo Stato nel dare attuazione alle misure di ordine generale?

<sup>110</sup> V., sul punto, Mannella, *I "diritti" delle unioni omosessuali. Aspetti problematici e casistica giurisprudenziale*, Napoli, 2013, 89, secondo il quale il "perdurante assenza di intervento legislativo" «finisce [...] per costringere l'attività giurisprudenziale ad un pesante ruolo di supplenza, con uno sforzo di non poco conto».

<sup>111</sup> V., sul punto, Tancredi, *La tutela dei diritti fondamentali «assoluti» in Europa: «It's all balancing»*, in *Ragion pratica*, 2007, 383 ss.; id., *L'emersione dei diritti fondamentali «assoluti» nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv.dir.intern.*, 2006, f.3, 644 ss. e, volendo, ancora Conti, *I giudici e il biodiritto*, cit., 196 ss.

<sup>112</sup> Corte costituzionale della Spagna, Plenum, 6 novembre 2012, nella traduzione di R.De Felice e A.Rotelli, in <http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documentiforum/allegati/2012-spagna-sent-corte-cost.pdf>

sovrapposizione con la figura matrimoniale<sup>113</sup>.

Ma non è nemmeno revocabile in dubbio che le conclusioni espresse dai giudici costituzionali spagnoli – *recte*, dalla maggioranza di quei giudici- alimentano l'idea che gli stessi materiali costituzionali sono i terminali di operazioni di interpretazione, la misura delle quali è davvero difficile fissare in astratto.

Nel caso spagnolo, infatti, il riferimento al matrimonio come unione fra persone di sesso diverso era ben esplicitato nella lettera dell'art.32 della Costituzione spagnola più di quanto non risulti nel nostro art.29 Cost. Ma in quel caso tale *fissità* del dato letterale non fu ritenuta causa ostativa a un intervento normativo proprio in relazione all'obbligo costituzionale di interpretazione conforme alla CEDU sancito dall'art.10 della Costituzione spagnola, ha prodotto certi risultati<sup>114</sup>.

La pronuncia spagnola sembra dunque inscrivere nella tendenza volta a non cristallizzare i principi costituzionali anche quando “la lettera” sembra impedire operazioni di rivitalizzazione o, comunque, di adeguamento della stessa alle aspettative delle persone, ai bisogni che le stesse rappresentano e ai profondi mutamenti della cultura e del costume di un popolo.

Non ci si nasconde, tornando al piano interno, che le questioni qui evocate sono estremamente delicate.

Ma questo non vuol dire che i giudici, di merito e non<sup>115</sup>, non possano – e anzi debbano- giocare al

---

<sup>113</sup> Ricordare, però, alcuni passi della decisione dei giudici costituzionali spagnoli appena evocata non pare affatto inutile, almeno quando ivi si afferma che “...l'istituzione del matrimonio, come unione tra due persone indipendentemente dal loro orientamento sessuale, sia andata affermandosi, essendo prova di ciò l'evoluzione verificata in diritto comparato e nel diritto europeo dei diritti umani rispetto alla considerazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Un'evoluzione che manifesta l'esistenza di una nuova “immagine” del matrimonio sempre più estesa, benché non sia, sinora, assolutamente uniforme, e che ci permette di intendere oggi la concezione del matrimonio, dal punto di vista del diritto comparato del mondo occidentale, come una concezione *plurale*...”V., ancora, un ulteriore passo della decisione ricordata nel testo:”... Il riconoscimento del diritto al matrimonio a tutte le persone, indipendentemente dal loro orientamento sessuale, implica la possibilità per ogni individuo di contrarre matrimonio con persone del suo stesso sesso o di differente sesso, di modo che tale esercizio riconosca pienamente l'orientamento sessuale di ciascuno. Ciò non attenta al contenuto essenziale del diritto, perché la circostanza che possano contrarre matrimonio tra sé persone del medesimo sesso né lo snatura, né lo trasforma in altro diritto, né impedisce alle coppie eterosessuali di sposarsi liberamente, o di non sposarsi. Le persone eterosessuali non hanno ridotta la sfera di libertà che prima della riforma avevano riconosciuta come titolari del diritto al matrimonio, posto che con la disciplina attuale e con quella previgente, godono del diritto a contrarre matrimonio senza altre limitazioni che quelle che derivano dalla configurazione legale dei requisiti per contrarre matrimonio imposti dal codice civile. Invece, le persone omosessuali godono ora dell'opzione, inesistente prima della riforma, di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, di tal modo che il rispetto al loro orientamento sessuale si riflette nel disegno della istituzione matrimoniale, e pertanto il loro diritto individuale a contrarre matrimonio integra anche il rispetto del loro orientamento sessuale. In questo modo si avanza nella garanzia della dignità della persona e nel libero sviluppo della personalità (articolo 10, comma 1, Costituzione) che devono orientarsi alla piena effettività dei diritti fondamentali (sentenza n. 212 del 21 luglio 2005), oltre a essere fondamento dell'ordine politico e della pace sociale e, perciò, un valore giuridico fondamentale (sentenza n. 53 dell'11 aprile 1985), senza impedire che si possa riconoscere che il meccanismo scelto dal legislatore per questo avanzamento non era l'unico tecnicamente possibile.”

<sup>114</sup> Agli occhi di scrive, peraltro, questi risultati non sembrano frutto di un'attività di vera e propria violenza operata dall'interprete- nel caso addirittura costituzionale- sul tessuto letterale di una norma costituzionale che dà il giusto rilievo a tradizioni millenarie ma, forse, appaiono essi stessi frutto di quell'operazione di rigenerazione dei materiali costituzionali che proprio Antonio Ruggeri ha descritto mirabilmente in plurime – e tutte assai feconde- occasioni, ancorché lo stesso Autore sia uno dei più autorevoli sostenitori della impossibilità, a Costituzione invariata, di pervenire al riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso per via legislativa, abbisognando comunque una legge costituzionale.

<sup>115</sup> La circostanza che la Corte costituzionale, nella sentenza n.138/2010, abbia scisso nettamente la famiglia tradizionalmente intesa da altre unioni sussumibili, invece, nel paradigma dell'art.2 Cost. – che abbisogna, però, di un'attuazione concreta- non impedisce di pensare che il riconoscimento di una tutela ulteriore alle coppie omosessuali possa giungere attraverso un ripensamento da parte di quegli stessi giudici proprio valorizzando, eventualmente, anche argomenti comparatistici ove gli stessi rispecchino un sentire comune anche con riguardo alla collettività italiana. In questa direzione si è mossa, per l'appunto, Corte cost.n.170/2014, al contempo valorizzando “in concreto” la portata del parametro di cui all'art.2 Cost. senza tuttavia elidere la necessità che sia il legislatore a “...introdurre una forma alternativa (e diversa dal matrimonio) che consenta ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stato di massima

meglio la loro partita.

In altre parole, la decisione spagnola appena ricordata non può né deve essere, da sola, valorizzata dal giudice -comune e non- interno per giungere a un risultato interpretativo maggiormente protettivo rispetto a quello in atto patrocinato dalla Corte costituzionale italiana, ciò non apparendo né ortodosso né giuridicamente corretto, ma forse dimostra sempre più la necessità di ponderazione (anche) di quell'elemento apparentemente spurio all'interno di un più vasta consapevolezza della rilevanza – anzi, quasi dell'indispensabilità- della comparazione giuridica e delle fonti sovranazionali. Ciò soprattutto quando si discute di diritti fondamentali, destinati a non esplicarsi esclusivamente all'interno di un territorio nazionale, ma a fluttuare, a circolare, a confrontarsi in modo molto spesso frenetico, costituisce operazione dovuta ai fini di esercitare al meglio la giurisdizione<sup>116</sup>.

Altre volte ci è capitato di evidenziare come proprio la ricerca comparatistica, soprattutto quando correlata ad esperienze che muovono dalla condivisione di principi fondamentali comuni, contribuisce all'emersione, sia pur difficoltosa, di uno *ius commune* in materia di diritti fondamentali<sup>117</sup>.

Rilevante conferma a quanto appena espresso si rinviene nella recentissima Corte cost.n.162/2014 che contiene, ai punti 11,12 e 13, significativi richiami alla comparazione, pur non diradando idubbi che possono comunque porsi in ordine alle modalità da seguire rispetto all'approccio comparatistico<sup>118</sup>.

Quali poi possano essere i risultati di tale ponderazione comparatistica, che già si è visto caratterizzare la stessa giurisprudenza della CEDU nell'ambito della c.d. dottrina del consenso - forza persuasiva o rafforzativa e di sostegno o, ancora, di ispirazione o di completamento della legislazione nazionale - sarà possibile individuare in relazione al singolo caso, per la cui decisione ogni giudice non potrà che attestarsi sui limiti propri del suo operato ai quali già si è fatto cenno.

Il fare sistema della comparazione con i tradizionali meccanismi decisori – che nella sentenza spagnola della Corte costituzionale trova conferma autorevole- introduce, dunque, ulteriori elementi di complessità che, tuttavia, il buon giudice non può bypassare, a pena di tradire quell'obbligo di fedeltà ai valori fondamentali che la stessa Carta costituzionale impone(art.54).

Allo stesso modo, l'*attivismo* giudiziario trova un ulteriore paradigma nella sentenza resa dalla Corte di Cassazione n.4184/2012 che, pur non offrendo la tutela reclamata dalla coppia omosessuale che aveva celebrato all'estero il matrimonio chiedendone la trascrizione in Italia, si è presa cura di individuare l'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU in tema di riconoscimento delle unioni omosessuali, realizzata non solo attraverso la riconduzione delle unioni all'ambito delle

---

protezione giuridica ad una condizione, su tal piano, di assoluta indeterminatezza.” Si tratta di un punto di equilibrio che la Corte delle leggi ha trovato proprio per evitare che la sentenza n.170/2014, caducativa della legislazione in vigore- nella parte in cui prevede il divorzio automatico- avesse gli effetti di una “...pronuncia manipolativa, che sostituisca il divorzio automatico con un divorzio a domanda, poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost.”-p.5.6 sent. n.170/2014-.

Del resto, che le nozione di famiglia sia “in movimento” anche agli occhi della Corte costituzionale sembra risultare dalla recente sentenza n.162/2014, cit., in tema di fecondazione eterologa, ove la Corte non ha mancato di precisare che “...la Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli (come è deducibile dalle sentenze n. 189 del 1991 e n. 123 del 1990). Nondimeno, il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione. La considerazione che quest'ultimo mira prevalentemente a garantire una famiglia ai minori (come affermato da questa Corte sin dalla sentenza n. 11 del 1981) rende, comunque, evidente che il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa.”

<sup>116</sup> Di questo abbiamo già parlato in Conti, *I giudici e il biodiritto*, cit.,163 ss.

<sup>117</sup> Ancora Conti, op.ult.cit., 164.

<sup>118</sup> V., anche Corte cost.n.120/2014, p.4.4. Anche la recentissima Corte. Costn.170/2014, già ricordata nel testo, conferma l'attenzione della Corte costituzionale al fenomeno del consenso proprio sul tema della regolamentazione delle unioni fra persone dello stesso sesso-p.5.5.-

relazioni familiari-art.8 CEDU- ma direttamente dall'art.12 CEDU- integrato lessicalmente dall'art.9 della Carta di Nizza-Strasburgo<sup>119</sup>.

In tal modo, il giudice di legittimità, mettendo a profitto le indicazioni espresse dalla Corte europea, ha sottilmente -ma significativamente- colto nel ragionamento esposto dalla sentenza *Schalk* del giugno 2010 già ricordata la distinzione fra *riconoscimento* delle unioni omosessuali-ormai riconducibile all'art.12 CEDU integrato dall'art.9 della Carta- e *garanzia* della tutela del diritto ad unirsi in matrimonio della medesima coppia, che trova la sua regolamentazione sul piano -esclusivo-dei singoli ordinamenti nazionali<sup>120</sup>.

Al di là della condivisibilità o meno delle conclusioni - a mo' di *obiter dicta*- alle quali è giunta la Cassazione anche a proposito del superamento del principio dell'inesistenza del matrimonio fra coppie dello stesso sesso<sup>121</sup>, non pare revocabile in dubbio che le pronunzie rese da una Corte suprema nell'affrontare con equilibrio questioni eticamente sensibili -parimenti rappresentate da Cass.(ord.)n.14329/13<sup>122</sup>-costituiscono esse stesse il paradigma di quell'agiustizia "povera" cui si

---

<sup>119</sup> Cfr. p.3.3.4 sent. cit. "...la ratio decidendi, inoltre, costituisce vero e proprio Overruling ("[...] la Corte non ritiene più che il diritto al matrimonio di cui all'articolo 12 debba essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto [...])" rispetto alla precedente giurisprudenza richiamata dalla stessa Corte, secondo la quale "l'articolo 12 garantisce il diritto fondamentale di un uomo e di una donna di contrarre matrimonio e di fondare una famiglia"; 3) conseguentemente, il diritto al matrimonio riconosciuto dall'art. 12 ha acquisito, secondo l'interpretazione della Corte Europea - la quale costituisce radicale "evoluzione" rispetto ad "una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio" -, un nuovo e più ampio contenuto, inclusivo anche del matrimonio contratto da due persone dello stesso sesso (cfr., supra, nn. 3.3.1., lettera B, e 3.3.3.)..."

<sup>120</sup> Sulla possibilità che l'ordinamento interno si unifichi ai principi sovranazionali attraverso una legge ordinaria v.Romboli, *Il diritto consentito al matrimonio e il diritto garantito alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice troppo e troppo poco*, in AIC n. 00, del 2.7.2010.

<sup>121</sup> I. Massa Pinto, *"Fiat matrimonium!" l'unione omosessuale all'incrocio tra Corte Costituzionale, Corte Europea dei diritti dell'uomo e Corte di Cassazione: può una sentenza della Corte di Cassazione attribuire a (un inciso di) una sentenza della Corte Europea il potere di scardinare "una consolidata ed ultramillenaria tradizione" (superando anche il giudicato costituzionale)?*, in AIC n. 2/2012; nonché, L. Lorello, *La Cassazione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale*, (Cassazione I, sez. civile 15/3/2012, n. 4184).

<sup>122</sup> L'ordinanza n.14329/13 della Cassazione -v.la in *Corr. giur.*, 2013, 1519 con commento di Patti, *Un ben motivato rinvio alla Corte Costituzionale in materia di divorzio «automatico» della persona transessuale*; v. anche Schuster, *Quid est matrimonium? Riattribuzione del genere anagrafico e divorzio*, in *NGCC*, 2014, I, 33 ss.;Bozzi, *Mutamento di sesso di uno dei coniugi e «divorzio imposto»: diritto all'identità di genere vs paradigma della eterosessualità del matrimonio*, in *NGCC*, 2014, 5, 233; sul tema in generale v.Patti, *Il divorzio del transessuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 163 ss.- ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art.4 della legge n.164/1982 sulla rettificazione del sesso nella parte in cui dispone che la sentenza (di rettificazione) comporta lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio in maniera automatica. La Corte ha ipotizzato la violazione degli artt. 2, 3, 24, 29 cost. nonché degli artt. 8 e 12 CEDU e per connessione degli artt. 10 e 117 cost. ipotizzando ipotizza che lo scioglimento automatico del matrimonio, comporti lesione del di-ritto all'identità personale dei coniugi e del diritto al matrimonio. Anche in tale ipotesi l'intervento del giudice di ultima istanza si pone all'interno delle regole ed è, al contempo, dimostrativo, di quanto esso assuma rilevanza nel processo di progressiva trasformazione del diritto e dei diritti. Appare assai rilevante - e in definitiva confermativo di quanto si è detto nel testo a proposito della indispensabilità di siffatto tecnica decisoria- il riferimento comparatistico operato dai giudici di legittimità all'esistenza di analoga questione di legittimità costituzionale posta alla Corte costituzionale tedesca e alla declaratoria di incostituzionalità ivi pronunziata- sulla rilevanza della comparazione e, dunque, sulla necessità di conoscere la regolamentazione di una fattispecie oltre confine v.Patti, op.ult.cit., part.178 ss. -E ciò si rileva quando proprio il richiamo di alcuni passi della motivazione della sentenza tedesca operato dal giudice nazionale è funzionale a delimitare la portata della eventuale declaratoria di incostituzionalità, al fine di fugare che essa costituisca un modo surrettizio di riconoscere il matrimonio fra persone dello stesso sesso. E' dunque particolarmente significativo che tale passaggio sia stato pienamente condiviso da Corte cost.n.170/2014 che, pure escludendo la rilevanza del parametro di cui agli artt.3,24 e 29 Cost,- e dell'art.117 1^ comma Cost. in relazione agli artt.8 e 14 CEDU-, ha accolto la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Cassazione, ritenendo, fra l'altro-p.5.6-, che "...La fattispecie peculiare che viene qui in considerazione coinvolge, infatti, da un lato, l'interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio (e a non consentirne, quindi, la prosecuzione, una volta venuto meno il requisito essenziale della diversità di sesso dei coniugi) e, dall'altro lato, l'interesse della coppia, attraversata da una vicenda di rettificazione di sesso, a che l'esercizio della libertà di scelta compiuta dall'un coniuge con il consenso dell'altro, relativamente ad un tal significativo aspetto della identità personale, non sia eccessivamente penalizzato con il sacrificio

accennava all'inizio, "al servizio" di tutte quelle aspettative che esprimono la dignità delle persone. Attese che non possono acquietarsi con risposte notarili e burocratiche, meritando invece una giurisdizione che, pur senza fughe in avanti vertiginose e pur rimanendo assolutamente fedele ai valori stessi fissati dalla Costituzione e ai canoni fondamentali ad essa sottesi, come integrati e rigenerati incessantemente dalle Carte dei diritti fondamentali europee, offre di sé un'immagine adeguata alla società che la circonda.

Attese e aspettative alle quali, d'altra parte, la stessa Corte costituzionale –sent.n.170/2014, cit.-ha dimostrato di non rimanere insensibile, adottando una decisione –pur se insoddisfacente secondo una dottrina<sup>123</sup>- anche per casi "innegabilmente infrequenti"<sup>124</sup>, quali quelli della coppia unita in matrimonio che, nell'ordinamento interno, si trovava esposta al "divorzio ex officio".

In tale vicenda il giudice costituzionale ha ritenuto di dovere caducare la norma che imponeva il divorzio *ex officio* proprio sul presupposto che "...la condizione dei coniugi che intendano proseguire nella loro vita di coppia, pur dopo la modifica dei caratteri sessuali di uno di essi, con conseguente rettificazione anagrafica, sia riconducibile a quella categoria di situazioni "specifiche" e "particolari" di coppie dello stesso sesso, con riguardo alle quali ricorrono i presupposti per un intervento di questa Corte per il profilo, appunto, di un controllo di adeguatezza e proporzionalità della disciplina adottata dal legislatore."<sup>125</sup>

Non è qui la sede per approfondire il significato e la portata concreta della decisione appena ricordata nei confronti del legislatore<sup>126</sup>, rilevando semmai che la pronunciata ultimo ricordata rappresenta, comunque la si voglia intendere, un ulteriore mattoncino sulla strada della concretizzazione delle tutele, rispetto al quale il controllo di costituzionalità mostra in modo chiaro i "limiti" pervasivi ai quali il legislatore, quando interviene, è sottoposto proprio in materie eticamente sensibili<sup>127</sup>. Limiti che sono rappresentati dai valori fondamentali – ma anche dalla scienza - e che trovano nell'attivismo del giudiziario – suscitato dal caso- l'occasione per emergere e per determinare pronunzie caducatorie di "leggi" generali e astratte.

Allora, se non è in discussione l'attivismo del giudice rispetto al "controllo di costituzionalità" e di convenzionalità che quest'ultimo è tenuto a svolgere sulle leggi adottate attraverso la verifica di compatibilità con i diritti fondamentali, l'interrogativo che può porsi ri-torna a essere quello di quale sia il ruolo del giudice di fronte all'inerzia – conclamata e certificata da più parti- di uno Stato che, ormai fra gli ultimi in Europa ha deciso, ancora oggi, di non decidere su taluni temi che toccano taluni valori fondamentali.

Domanda spinosa, quasi *acida* quando risulti con evidenza che il torpore legislativo vulnera le più

---

integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto, che essa vorrebbe, viceversa, mantenere in essere (in tal ultimo senso si sono indirizzate le pronunce della Corte costituzionale austriaca – VerfG 8 giugno 2006, n. 17849 – e della Corte costituzionale tedesca BVerfG, 1, Senato, ord. 27 maggio 2008, BvL 10/05)."

<sup>123</sup> Cfr. Bartolini, *Cambiare sesso da sposati: la Consulta sul divorzio del transessuale*, in <http://www.civilecontemporaneo.com/#!/Cambiare-sesso-da-sposati-la-Consulta-sul-divorzio-del-transessuale-Francesca-Bartolini-Universit-di-Genova/cu6k/8317BC05-EE32-48FD-AF5D-27176266620F> parla di decisione pilatesca.

<sup>124</sup> La circostanza era già stata sottolineata per tempo in dottrina-, *Il divorzio del transessuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012,172, sottolineandosi che in genere al cambiamento del sesso si associa l'aspirazione a vivere con una persona di sesso diverso.

<sup>125</sup> Si tratta, peraltro, di un intervento che non consente alla coppia interessata e alle altre che si dovessero trovare in condizione omologa di avere una tutela giuridica alla propria unione che, una volta perse –comunque- le caratteristiche del matrimonio per effetto del cambiamento di esso di uno dei due partner, richiede che il legislatore introduca "... una forma alternativa (e diversa dal matrimonio) che consenta ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione, su tal piano, di assoluta indeterminatezza». Non è infatti possibile che quella tutela venga offerta dalla Corte stessa, vigendo il divieto di sentenze manipolative.

<sup>126</sup> Il punto viene diffusamente e problematicamente analizzato da 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)*, pag.2 del dattiloscritto.V. anche Morrone, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consultaonline*,13 giugno 2014.

<sup>127</sup> V.sul punto, Morrone,*Ubi scientia ibi iura*, in *Consultaonline*, cit..

che legittime aspettative di chi è in attesa di una tutela ad un diritto che, per le Corti dei diritti è già fondamentale ma che rimane, in Italia, in attesa di regolazione.

La risposta a tale quesito può, forse, rinvenirsi nella vocazione di tutti i precedenti giurisprudenziali, di merito come di legittimità, costituzionali come sovranazionali, a rappresentare idealmente, come in un mosaico, dei frammenti di vetro attraverso i quali si va lentamente componendo l'immagine di quella "casa dei diritti" cui si faceva cenno all'inizio, costruita sulle fondamenta rappresentate dai principi come attuati dal legislatore e, in caso di inerzia e di precettività dei principi, dallo stesso giudice.

Ciò avviene senza necessità alcuna di atti eversivi, ma attraverso una puntiforme opera di emersione dei materiali normativi e giurisdizionali che le decisioni dei casi progressivamente produce e che, alla lunga, costituisce il parametro dal quale il legislatore è poi comunque tenuto a partire, magari decidendo di offrire una diversa lettura dei principi offerta dal *giudiziario*.

Resta solo da dire che l'eventuale diversa regolamentazione che il legislatore potrà *recte*, dovrà varare nell'esercizio delle sue prerogative, attuare rispetto a quella giurisprudenziale non potrà che produrre effetti "per l'avvenire" e non "per il passato", come la vicenda Englaro ha dimostrato in tutta la sua drammaticità<sup>128</sup>.

Questo complesso di giudici- al cui interno prevale il metro dell'equiordinazione rispetto a quello della gerarchia- si compone di elementoni eversivi e nemmeno passivi ma, tutto al contrario, proattivi, vigili, attenti e sempre protesi a fornire una risposta al servizio dei diritti e delle persone rappresenta il cuore pulsante della società, delle sue passioni, delle sue tensioni.

Per tale motivo sono quegli stessi giudici a portare, spesso, la croce delle loro decisioni, anche quando è prevedibile che queste ultime possano risultare indigeste o laceranti all'interno di quello stesso corpo sociale e anche quando il legislatore, pur invitato di pietra, sceglie di non affrontare il problema, preferendo addossare sul giudiziario le responsabilità, che prioritariamente a quello competono, in ordine all'attuazione dei diritti fondamentali tutelati dalle Carte.

Quando ciò accade non si può certo dire che il giudice si dimostri "infedele" alla Repubblica<sup>129</sup>.

Ciò impone peraltro di considerare che la progressiva emancipazione del giudice dalla legge positiva non significa affatto sostituire il giudiziario al legislativo, né realizzare un *arbitrio giudiziario*, ma soltanto evidenziare le linee guide che caratterizzano, oggi, l'esercizio della giurisdizione- come si diceva, invero dai concetti di interpretazione costituzionalmente, eurounitariamente e convenzionalmente conforme, di disapplicazione del diritto interno contrario al diritto UE immediatamente efficace nei rapporti verticali e del sindacato di costituzionalità anche in relazione all'art.117 1<sup>a</sup> comma Cost.-<sup>130</sup>.

Non costituisce mai stucchevole retorica ricordare le parole di Rosario Livatino spese nel tentativo di delineare "il ruolo del giudice nella società che cambia".

Egli scriveva che il giudice vive nella società, che è per sua natura un'entità in continua evoluzione, che si trasforma quotidianamente, a volte sensibilmente e a volte insensibilmente, dando luogo all'evoluzione perenne del costume<sup>131</sup>.

Ora, la focalizzazione dei diritti riconosciuti alle persone omosessuali compiuta dai precedenti di merito "ortodossi" ai quali si è qui fatto riferimento costituisce la testimonianza migliore di un modo di operare della giurisdizione domestica attento alle fonti sovranazionali, scrupoloso, non partigiano, ma equilibrato rispetto a questioni delicate, complesse e anche rispettoso dei canoni costituzionali.

Un composito prodotto giudiziario, quest'ultimo che, in aggiunta all'inascoltato monito al legislatore di Corte cost.n.138/2010- ora fortemente ribadito da Corte cost.n.170/2014-, sicuramente

<sup>128</sup> Sia consentito, sul punto, ancora il rinvio a Conti, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 286 ss.

<sup>129</sup> Ancora Conti, op.ult. cit., 184. Sul dovere di fedeltà v. le belle pagine di Morelli, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013 e, con specifico riferimento al ruolo dell'interpretazione, 195 e 253.

<sup>130</sup> Conti, op.ult.cit.,185.

<sup>131</sup> V., volendo, Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, cit.,445 ss.

contribuisce a mutare la tradizione nel senso della destrutturazione del rigido paradigma eterosessuale, aprendo le porte a nuovi interventi normativi – costituzionali o forse anche solo a livello di legislazione ordinaria- orientati al riconoscimento di plurimi modelli di famiglia.

Ecco, così, sciogliere l'altro enigma: famiglia o famiglie? Quale delle due espressioni esce vincente dall'esame dei casi qui proposti?

Probabilmente, risalta il fatto che si tratta di fenomeni entrambi fondamentali per la vita e la dignità delle persone, i quali danno vita a quelle relazioni familiari stabili che si declinano in modi magari fra loro non totalmente sovrapponibili ma che, già in atto, trovano un solido riconoscimento nei principi delle Carte dei diritti fondamentali.

I passi successivi che la legislazione e la/e giurisdizione/i sarà/nno chiamata/e a svolgere non potranno, allora, che essere conseguenti orientandosi, nel rispetto della Carta costituzionale come delle altre Carte alle quali è necessario informare ogni decisione, verso il raggiungimento di quell'elevato livello di tutela<sup>132</sup> che costituisce il metro ordinante all'interno dei diritti fondamentali<sup>133</sup>.

Attivismo, quello del giudice, che, in conclusione, è esso stesso mirabile manifestazione di quel lento formarsi del *consenso* che ciascun popolo, con i suoi tempi e con i suoi modi ha, secondo le rime scolpite – soprattutto, ma non soltanto - dalla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo il dovere di sperimentare anche attraverso il proprio apparato giudiziario che costituisce, a buon titolo, anch'esso manifestazione della sovranità statale- pur destinata a soluzioni di casi concreti-, al pari di quella legislativa e esecutiva<sup>134</sup>.

Non costituisce mai stucchevole retorica ricordare le parole di Rosario Livatino spese nel tentativo di delineare “il ruolo del giudice nella società che cambia”.

Egli scriveva che il giudice vive nella società, che è per sua natura un'entità in continua evoluzione, che si trasforma quotidianamente, a volte sensibilmente e a volte insensibilmente, dando luogo all'evoluzione perenne del costume<sup>135</sup>.

Una giurisdizione che, d'altra parte, proprio incuneandosi nelle regole -per quanto liquidema pur sempre tali- non dovrebbe nemmeno avere il timore di suscitare risentimenti o malumori con il proprio operato- ancorchè sia prevedibile che ciò accada<sup>136</sup>-trovando semmai nuovi stimoli nella sua attività dal fatto di essere sempre e comunque al servizio dei diritti e dei loro unici titolari:le persone.

---

<sup>132</sup> V., Celentano e Gattuso, *Liberi di sposarsi? I giudici italiani e la discriminazione delle famiglie gay e lesbiche*, in *Questione giustizia on line*, <http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/articolo.php?id=456>

<sup>133</sup> Sembra poco proficuo affrontare il tema dei non ipotetici contrasti fra le Carte secondo una prospettiva dell'aut aut che, in definitiva, muove dall'idea che, alla fine della fiera, ciò che è destinato a prevalere è sempre la protezione dei valori stabiliti dalla Costituzione. Tale affermazione è scomparsa, silenziosamente ma definitivamente, con riferimento ai rapporti fra diritto UE e diritto interno – fatti salvi gli ineffabili controlimiti- e sembra destinata a scomparire anche rispetto al rapporto diritto interno-CEDU. In questa prospettiva potrebbe essere peraltro provvidenziale la celere attuazione del Protocollo n.16 annesso alla CEDU, attuativo del meccanismo della richiesta di parere consultivo delle Alte Corti nazionali alla Corte dei diritti umani- su tale questione, v. n.42.

<sup>134</sup> V., invece, Ruggeri, nello scritto presentato in occasione del convegno di studio odierno, cit., spec.pag.14, in una prospettiva tesa a limitare fortemente la possibilità di una revisione costituzionale dell'art.29: “...La stessa ipotesi della revisione costituzionale, di certo in via di principio prospettabile, al fine di non risultare essa pure viziata da palese astrattismo e per avere un minimo di fondamento, dovrebbe risultare sorretta da una nuova, profondamente radicata, tradizione nel senso della destrutturazione del rigido paradigma eterosessuale, sostituito da altro aperto a plurimi modelli di famiglia (anche tra persone dello stesso sesso, dunque). Insomma, l'innovazione costituzionale richiede – a me pare – di essere preceduta da (e di poggiare su) un “consenso” interno diffuso (una vera e propria consuetudine di vita sociale) nel senso della declinazione “plurale” del modello di famiglia e di matrimonio.”

<sup>135</sup> V., volendo, Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit.,445 ss.

<sup>136</sup> Zagrebelski, *Un diritto da inventare*, in *La Stampa*, 19 aprile 2014, pagg.1 e 25.