

28 FEBBRAIO 2018

*“Omnia non vincit Amor”*  
Riflessioni sulla giurisprudenza  
costituzionale italiana ed austriaca in  
tema di coppie omosessuali

di Francesca Rescigno

Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico  
*Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna

“*Omnia non vincit Amor*”

## Riflessioni sulla giurisprudenza costituzionale italiana ed austriaca in tema di coppie omosessuali\*

**di Francesca Rescigno**

Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico

*Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna

Nel 2003 Jeffrey Eugenides vinse il Premio Pulitzer con il romanzo *Middlesex* in cui narrava la storia di Calliope, uno pseudoermafrodito <sup>(1)</sup> cresciuto come una ragazza fino a quando non sceglie di vivere come un ragazzo assumendo l'identità di Cal e fuggendo dalla famiglia. Questo romanzo, scritto con grande attenzione e delicatezza, ha avuto il merito di portare il tema degli studi di genere all'attenzione del grande pubblico alimentando la riflessione su questioni troppo spesso ignorate. Oggi omosessualità <sup>(2)</sup>, transessualità, identità di genere e orientamento sessuale <sup>(3)</sup> sono argomenti molto dibattuti in tutto il

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> La definizione medica di pseudoermafrodito maschile rinviene la causa nella scarsa produzione di androgeni. Gli individui pseudoermafroditi (per inibizione della sintesi o dell'azione del diidrotestosterone, possono avere pene e testicoli di dimensioni normali, ma più spesso sono nettamente più piccoli e meno sviluppati del normale, o presentano forma ambigua; in genere questi pazienti non hanno ginecomastia ma presentano una carenza di caratteri sessuali secondari come barba, peluria corporea e profondità della voce pur avendo solitamente una sessualità e fertilità nella norma. Nei casi di pseudoermafroditismo femminile, spesso definiti comunemente come casi di "androgenia", c'è una causa ormonale determinata da difetti enzimatici che può portare ad una virilizzazione più o meno significativa.

<sup>2</sup> L'Organizzazione Mondiale della Sanità definisce l'omosessualità *una variante naturale del comportamento umano*. Il confine tra eterosessualità ed omosessualità non è netto: vaste aree del comportamento umano sfuggono a una definizione precisa come nel caso delle persone bisessuali. L'omosessualità è stata depennata dalla *International Statistical Classification of Diseases, Injuries and Causes of Death* (ICD) il 17 maggio 1990, e proprio questa data è diventata la ricorrenza internazionale contro l'omofobia, la bifobia e la transfobia. Malgrado ciò è opportuno ricordare come la considerazione giuridica e lo *status* legale delle relazioni omosessuali vari da un Paese all'altro e siano presenti ordinamenti in cui alcuni comportamenti omosessuali sono considerati crimini e vengono puniti con pene severe, fino ad arrivare alla pena di morte (ad agosto 2017 l'omosessualità era ancora considerata reato in 72 paesi al mondo, di cui 45 condannano anche i rapporti omosessuali tra due donne oltre che quelli tra due uomini, e alcuni Paesi arrivano a prevedere la pena di morte, tra cui Iran, Arabia Saudita, Sudan, Yemen, Nigeria, Somalia, Afghanistan, Mauritania, Pakistan, Qatar, mentre in Iraq la pena di morte non è prevista dalla legge ma le esecuzioni sono condotte dalla milizia; ancora va segnalato lo Stato islamico che seppure non riconosciuto come nazione punisce comunque con la morte i comportamenti omosessuali. Infine, in Brunei la legge che punisce con la morte i comportamenti omosessuali doveva entrare in vigore nel 2016 ma a tutt'oggi non si registrano esecuzioni e negli Emirati Arabi Uniti secondo alcune interpretazioni legislative si potrebbe arrivare alla pena di morte per comportamenti omosessuali ma per ora non è stata registrata alcuna esecuzione).

<sup>3</sup> Di solito l'attribuzione del sesso alla nascita è basata sugli organi genitali, mentre il genere invece include aspetti come l'identità di genere e la sua espressione ma non l'orientamento sessuale. La determinazione del sesso biologico si basa su una serie di fattori tra cui genitali, cromosomi, gonadi e ormoni, gran parte degli individui rientra nella classificazione tra maschio e femmina ma uno su 100 può essere intersessuale. L'identità di genere si sviluppa già

mondo, realtà che mettono in discussione gli stereotipi sociali che da sempre accompagnano le nostre vite. L'accettazione della diversità ma soprattutto l'affermazione dell'eguaglianza nella diversità sembrano però ancora disorientare alcuni Paesi e tra questi certamente l'Italia dove assai spesso le questioni legate all'identità di genere e all'orientamento sessuale vengono affrontate con dogmatismo e moralismo anche da parte di giudici e Legislatore.

Il parametro del sesso quale paradigma di eguaglianza emerge dunque non solo nel caso delle discriminazioni di genere tra uomo e donna, fenomeno purtroppo ancora perdurante, ma anche nei confronti di coloro che dimostrano un'identità sessuale 'diversa' rispetto a quella c.d. 'naturale' (4).

Il diritto alla propria identità sessuale e il diritto a non essere discriminati in base alle proprie scelte sessuali sono ancora oggi nel nostro paese situazioni che giuridicamente e socialmente presentano profili controversi e danno origine a trattamenti discriminatori.

---

entro i primi tre anni di vita in cui ci si riconosce con il sesso assegnato (cisgender) o lo si rifiuta (transgender). L'espressione del proprio genere si ha attraverso il linguaggio, l'abbigliamento e altri segni esteriori ma la categorizzazione di questi elementi varia a seconda delle culture di provenienza.

L'American Psychological Association, l'American Psychiatric Association, e la National Association of Social Workers affermano che l'orientamento sessuale si riferisce ad un modello duraturo o ad una disposizione all'esperienza sessuale, affettiva o di romantica attrazione primariamente a uomini, donne o entrambi i sessi. Si riferisce anche al senso di personale e sociale identità di un individuo basato su tali attrazioni, ai comportamenti che le esprimono, e all'appartenenza ad una comunità di altri individui che le condividono. Benché il raggio d'azione dell'orientamento sessuale si dispieghi in un continuum da un'identità esclusivamente eterosessuale ad una esclusivamente omosessuale, viene solitamente interpretato nei termini di tre categorie: eterosessuale (avente attrazione sessuale e romantica primariamente o esclusivamente verso membri dell'altro sesso), omosessuale (avente attrazione sessuale e romantica primariamente o esclusivamente verso membri dello stesso sesso), e bisessuale (avente un significativo grado di attrazione sessuale e romantica nei confronti di entrambi, uomini e donne). L'orientamento sessuale va distinto da altre componenti sessuali o della sessualità, inclusi il sesso biologico (le caratteristiche anatomiche, fisiologiche e genetiche associate con l'essere di genere maschile o femminile), l'identità di genere (il senso psicologico di appartenenza al genere maschile o femminile), e il ruolo sociale di genere (l'adesione alle norme culturali che definiscono i comportamenti maschilini o effeminati).

<sup>4</sup> Rispetto alla classificazione nei due sessi: femminile e maschile, merita di essere ricordata la recente sentenza del *Bundesverfassungsgericht* che ha decretato l'illegittimità della legge anagrafica tedesca nella parte in cui non consente, a chi ne faccia richiesta, l'iscrizione nei registri dello stato civile come appartenente ad un "terzo sesso", distinto da quello femminile e maschile. Si rammenta anche come la riforma della legge sull'anagrafe avvenuta nel 2013 avesse già consentito la possibilità di essere iscritti nei registri senza l'indicazione di alcun sesso. Con questa decisione presa a maggioranza di 7 giudici contro 1 – nonostante il parere contrario di alcune associazioni cattoliche – si è quindi stabilito che le persone "intersessuali" potranno registrarsi all'anagrafe come terzo sesso (o meglio, terzo genere), infatti secondo i giudici: «L'assegnazione a un sesso è di primaria importanza per l'identità individuale; tipicamente, gioca un ruolo-chiave sia nell'immagine che una persona ha di se stessa sia nel modo in cui la persona interessata è percepita dagli altri. L'identità sessuale di quelle persone che non sono né maschi né femmine è protetta». Il Parlamento tedesco è ora obbligato a dare efficacia a tale decisione, approvando entro il 2018 una legge che consenta appunto agli intersessuali di iscriversi all'anagrafe come tali, e quando ciò avverrà la Germania sarà il primo paese europeo a compiere questo importante passo verso l'eguaglianza. Sulla decisione cfr. F. B. D'USSEAU, *La Corte costituzionale tedesca dichiara l'illegittimità costituzionale della legge sullo stato civile*, in *Articolo 29*, [www.articolo29.it/2017](http://www.articolo29.it/2017).

L'affermazione del diritto all'identità sessuale nel nostro ordinamento giuridico è avvenuta -a fronte del silenzio legislativo- grazie all'evoluzione della giurisprudenza costituzionale; la Corte infatti si è trovata dinanzi a questa problematica già alla fine degli anni '70 quando si è pronunciata per la prima volta rispetto alla possibilità di configurare un autonomo diritto all'identità sessuale ricavabile sulla base dell'articolo 2 della Carta costituzionale e lo ha fatto prediligendo un'interpretazione 'chiusa' dell'articolo 2<sup>(5)</sup>. Il giudizio di costituzionalità in questione trae origine dalla richiesta di un soggetto che in seguito alla rettificazione del proprio sesso, realizzata con apposito intervento chirurgico a Casablanca, chiedeva che fosse dichiarata la sua appartenenza al sesso femminile sui registri dello Stato civile, dove era invece iscritto come appartenente al sesso maschile. Il richiedente sentiva che, dopo l'intervento, finalmente il suo aspetto esteriore era conforme a quello psicologico che aveva sempre manifestato e per questo voleva essere, anche per la società civile, considerato a tutti gli effetti quale appartenente al genere femminile. In questa occasione la Consulta, pur dimostrando una certa "apertura", evitando cioè di suffragare l'interpretazione restrittiva che si era occupata del transessualismo in sede scientifica (la quale, per la maggiore, sosteneva che anche in seguito ad interventi chirurgici non si potesse parlare di reale mutamento di sesso, in quanto permanerebbe comunque l'originario assetto cromosomico), ammette il fenomeno del transessualismo ed invita il Legislatore ad occuparsi della materia; tuttavia, allo stesso tempo, respinge l'esistenza di un diritto all'identità sessuale *ex* articolo 2, motivando sull'assunto che non esistono altri diritti fondamentali inviolabili che non siano necessariamente conseguenti a quelli costituzionalmente previsti, e che il diritto all'identità sessuale non è riconosciuto né implicitamente né esplicitamente dalla Costituzione, per cui spetta solo al Parlamento la sua eventuale disciplina in via legislativa<sup>(6)</sup>.

---

<sup>5</sup> Cfr. Sentenza n. 98 del 1979 in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1979, 719 con nota di S. BARTOLE, *Transessualismo e diritti inviolabili dell'uomo*, 1178.

Rispetto all'estesa bibliografia esistente sull'articolo 2 della Costituzione, senza pretesa di esaustività cfr. P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella costituzione italiana*, Padova, 1972; A. BARBERA, [Commento all'] *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario alla Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna- Roma, 1975, 80; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; R. NANIA, *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, Torino, 1989; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, Voce *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XI, 1989; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, Padova, 1990; F. RICCOBONO (a cura di), *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, Milano, 1991; A. SPADARO, *Il problema del «fondamento» dei diritti «fondamentali»*, in *Diritto e Società*, 1991, 453; R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992; F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995; ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *I diritti fondamentali oggi*, Convegno di Taormina 30 novembre - 1 dicembre 1990, Padova, 1995.

<sup>6</sup> L'atteggiamento della Consulta in questa occasione ha indotto alcuni autori a considerare l'articolo 2 quale norma semi chiusa, a tale proposito cfr. R. NANIA, *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, Torino, 1989, 161.

Rispetto al fenomeno del transessualismo e alla registrazione della rettificazione dei propri dati anagrafici nei registri dello Stato civile è opportuno ricordare come tale atto sia divenuto giuridicamente obbligatorio in seguito all'approvazione della Legge n. 164 del 1982 contenente, *Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*'.

La questione della configurazione dell'identità sessuale quale diritto inviolabile non è però definitivamente tramontata ed alcuni anni più tardi, in un contesto decisamente diverso, la Corte torna ad occuparsi di tale fattispecie (7). Si trattava di un ricorso in materia pensionistica di guerra, per assicurare una pensione alle vittime di violenza carnale che non avessero subito menomazioni durature; specificamente, nel caso oggetto del giudizio principale, alla ricorrente, vittima nel 1944 di violenza carnale ad opera di tre soldati marocchini, era stato prima concesso un assegno di guerra rinnovabile per infermità conseguita a tale violenza e poi respinta l'istanza di aggravamento per l'insussistenza degli esiti di essa. Il *giudice a quo* lamenta dunque, nella sua ordinanza di rimessione, che il trattamento pensionistico di guerra sia, in virtù delle disposizioni impugnate, limitato ai soli casi di menomazioni fisiche comportanti una riduzione della capacità lavorativa, e che sia perciò escluso il risarcimento dei danni non patrimoniali patiti dalle vittime di violenze carnali consumate in occasione di fatti bellici. Si chiede quindi alla Corte di decidere se, alla stregua delle disposizioni costituzionali invocate, la violenza carnale in quanto tale -a prescindere cioè dalle lesioni o infermità che ne siano eventualmente conseguite- possa dare titolo al risarcimento dei danni non patrimoniali in quanto lesiva dell'identità sessuale del soggetto.

Con la Sentenza n. 561 del 1987, il giudice delle leggi non solo conferma l'impostazione del giudice rimettente ma coglie l'occasione per affermare, per la prima volta nel nostro Paese, l'esistenza di un diritto fondamentale alla libertà sessuale quale diritto soggettivo assoluto, ricompreso quindi tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona *ex* articolo 2. La Corte sostiene infatti che: *“La violenza carnale costituisce invero, nell'ordinamento giuridico penale, la più grave violazione del fondamentale diritto alla libertà sessuale. Essendo la sessualità uno degli essenziali modi di*

---

Ancora particolarmente rilevante appare la recente pronuncia della Corte di Cassazione (Sez I Civile, Sentenza 21 maggio-20 luglio 2015 n. 15138) che afferma la possibilità di procedere alla rettifica dei dati anagrafici di un transessuale anche a prescindere dall'operazione chirurgica di cambio del sesso in quanto obbligare la persona all'intervento chirurgico per la rettifica dei dati anagrafici lo esporrebbe all'alternativa di salvaguardare o la sua salute psichica (obbligandola ad un trattamento ed ad una modifica corporea che non vuole) o quella fisica (non esponendosi ai rischi dell'intervento). Il diritto al cambiamento di sesso è dunque un diritto inviolabile della persona e la Legge del 1982 non contiene (a differenza di altre esperienze europee, come ad esempio Germania ed Austria) un obbligo di procedere al trattamento chirurgico. Il mutamento di sesso come chiarisce la Cassazione è una scelta personale tendenzialmente insindacabile e difficilmente modificabile, sia sotto il profilo della percezione soggettiva, sia sotto il profilo delle oggettive mutazioni dei caratteri sessuali secondari estetico-somatici ed ormonali. Anche la Corte Costituzionale con la Sentenza n. 221 del 2015 (in *Giurisprudenza Costituzionale* 2015, 2041 con nota di L. FERRARO, *La Corte costituzionale e la primazia del diritto alla salute e della sfera di autodeterminazione*, *ivi*, 2054) ha confermato questa impostazione affermando che deve essere rimessa al singolo la scelta delle modalità attraverso le quali realizzare – con l'assistenza del medico e di altri specialisti – il proprio “percorso di transizione”, che deve comunque riguardare gli aspetti psicologici, comportamentali e fisici che concorrono a comporre l'identità di genere. Il trattamento chirurgico è uno strumento eventuale, un mezzo funzionale al conseguimento del pieno benessere psicofisico poiché porta ad una corrispondenza dei tratti somatici con quelli del sesso di appartenenza. Sulle problematiche ancora esistenti rispetto alla rettificazione di sesso si veda l'interessante e completo saggio di A. SCHUSTER, *La rettificazione di sesso: criticità persistenti*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 13 luglio 2017.

<sup>7</sup> Cfr. Sentenza n. 561 del 1987, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1987, 3535.

*espressione della persona umana, il diritto di disporre liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'articolo 2 Cost. impone di garantire*". Ci troviamo dinanzi ad una coraggiosa sentenza additiva che stigmatizza l'omissione legislativa e inquadra il diritto di disporre della propria libertà sessuale tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione *ex* articolo 2 censurando la norma ove non prevede un trattamento pensionistico di guerra che indennizzi i danni anche non patrimoniali patiti dalle vittime di violenze carnali consumate in occasione di fatti bellici.

A partire da questa pronuncia la libertà sessuale diviene dunque anche giuridicamente uno dei modi essenziali di espressione della persona umana immediatamente protetto dalla Costituzione.

Il dovuto riconoscimento del diritto all'identità sessuale non apre però la strada ad una riflessione sull'orientamento sessuale e sulle relazioni affettive tra coppie dello stesso sesso e infatti il nostro Legislatore ha atteso ben 29 anni prima di occuparsi di tali relazioni in via legislativa, mentre nel frattempo si accumulavano le sentenze delle magistrature ordinarie ed anche alcuni importanti interventi della Corte costituzionale.

Fino all'approvazione della Legge 20 maggio 2016 n. 76 il nostro Paese era uno dei pochi Stati dell'Unione Europea a non prevedere alcuna forma di riconoscimento giuridico nè per le c.d. coppie di fatto eterosessuali, nè per quelle omosessuali; tale stato di inerzia era diventato particolarmente evidente e censurabile considerando che l'Europarlamento aveva votato a favore del riconoscimento delle unioni civili e del matrimonio tra persone dello stesso sesso considerato quale vero e proprio *'diritto umano'*, e che la Corte Europea dei Diritti Umani con la *Sentenza Oliari e altri c. Italia* del 21 luglio 2015 ([18766/11 and 36030/11](#)) aveva censurato il nostro Paese in quanto inadempiente rispetto agli obblighi positivi derivanti dall'articolo 8 della Cedu consistenti anche nella necessità di prevedere una qualsiasi forma di riconoscimento giuridico della relazione stabile tra persone dello stesso sesso <sup>(8)</sup>.

---

<sup>8</sup> La Convenzione non impone agli Stati membri del Consiglio d'Europa di introdurre un vero e proprio regime matrimoniale per tali coppie essendo sufficiente una forma di riconoscimento alternativa ad esso. Tuttavia l'Italia non si era mossa nemmeno in questa direzione e i giudici di Strasburgo hanno affermato che gli Stati non possono godere di discrezionalità in ordine al *timing* delle riforme legislative. Nella pronuncia la Corte richiama principi oramai consolidati della sua giurisprudenza, in particolare quello secondo cui *"same-sex couples are just as capable as different-sex couples of entering into stable, committed relationships, and that they are in a relevantly similar situation to a different-sex couple as regards their need for legal recognition and protection of their relationship"* (*Schalk e Kopf c. Austria*, par. 99, e *Vallianatos e altri c. Grecia*, par. 78 e 81), così come i richiami provenienti dal Consiglio d'Europa attraverso la Raccomandazione CM/Rec (2010)5 e il *trend* di riconoscimento a livello europeo e internazionale. Da tutto ciò si deduce l'esistenza di un obbligo positivo derivante dall'articolo 8 Cedu di introdurre un (qualsiasi) strumento volto al riconoscimento giuridico delle coppie dello stesso sesso, in assenza del matrimonio.

Su tale fondamentale pronuncia cfr. C. DANISI, *Il diritto al rispetto per la vita familiare impone l'obbligo di riconoscere giuridicamente la relazione tra due persone dello stesso sesso*, in *Articolo 29*, [www.articolo29.it/2015](#); L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Ultreya coppie same-sex! La Corte europea dei diritti umani sul caso Oliari e altri v. Italia*, in *Articolo 29*, [www.articolo29.it/2015](#).

Questo paradossale ed inspiegabile vuoto legislativo ha comportato, come spesso avviene, un notevole coinvolgimento dei giudici ed anche della Corte costituzionale i cui interventi meritano un'attenta riflessione ed anche una comparazione con la recente decisione del 4 dicembre 2017 n. 258-259 della Corte costituzionale della Repubblica federale austriaca.

Il primo intervento assai significativo della Consulta in materia è rappresentato dalla Sentenza n. 138 del 2010<sup>(9)</sup> che riunisce due ricorsi di legittimità rispetto al divieto di matrimonio per le coppie omosessuali, divieto dedotto -in mancanza di una esplicita proibizione- dagli articoli 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 bis e 156 *bis* del Codice civile, come pure dalla disciplina della filiazione legittima e da altre discipline collegate al matrimonio quali quella relativa ai casi di scioglimento del matrimonio stesso, normative improntate alla differenza di sesso dei coniugi.

La Sentenza n. 138 del 2010, nell'affrontare la questione del riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali, mostra una Corte 'prudente' in evidente difficoltà, una Corte che confida nell'intervento del Legislatore e che nell'attesa preferisce non 'invadere' il campo legislativo, una Corte che evita di soffermarsi sull'evidenza giuridica per la quale il diritto di sposarsi era già considerato a pieno titolo tra i diritti fondamentali della persona<sup>(10)</sup> come d'altronde lo stesso giudice delle leggi aveva riconosciuto in precedenti pronunce non concernenti però coppie omosessuali<sup>(11)</sup>. Secondo la Corte non si ravvisa nell'esclusione delle coppie omosessuali dal matrimonio alcuna violazione costituzionale, né in relazione all'articolo 2 né tantomeno rispetto all'articolo 3 e al fondamentale principio di eguaglianza, in quanto la normativa del Codice civile oggetto del sindacato, che contempla esclusivamente il matrimonio tra uomo e donna, non può considerarsi illegittima sul piano costituzionale poiché in sintonia con gli articoli 29 e

---

<sup>9</sup> Cfr. Sentenza Corte costituzionale n. 138 del 2010 in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2010, 1604, con osservazione di R. ROMBOLI, *Il diritto «consentito» alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice «troppo» e «troppo poco»*, 1629. Su tale pronuncia cfr. R. BIN - G. BRUNELLI - A. GUAZZAROTTI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, 2010; R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, in *Foro italiano*, 2010, I, 1367; B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. la qualificazione della discrezionalità del Legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2010, 2715; B. PEZZINI - A. LORENZETTI (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, 2011; F. DAL CANTO, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla «aspirazione» al matrimonio al «diritto» alla convivenza*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, Vol. II, 1195; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, Vol. III, 2697.

<sup>10</sup> Cfr. gli articoli 12 e 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948; Articoli 8 e 12 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 (CEDU); Articoli 7 e 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000.

<sup>11</sup> La Corte aveva infatti già riconosciuto il diritto di sposarsi con la persona prescelta (cfr. Sentenza n. 445 del 2002 in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2002, 3634 con note di G. BRUNELLI, *L'illegittimità derivata di norme analoghe come tecnica di tutela dei diritti fondamentali*, 3644 e D. TEGA, *L'addio al celibato (e nubilito) dei militari*, 3652), così come il diritto di non sposarsi (cfr. Sentenza n. 166 del 1998, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1998, 1419).

30, e “non dà luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio”.

La Consulta rifiuta dunque la possibilità di affermare un’interpretazione evolutiva ed adeguatrice del paradigma eterosessuale del matrimonio, che resta eventualmente superabile solo con un apposito intervento legislativo, ma questa decisione interlocutoria mistifica il principio di eguaglianza poiché la questione era certamente una questione di eguaglianza, in quanto le norme che possono definire la condizione del soggetto omosessuale sono le stesse che garantiscono pari dignità sociale a tutte le persone e che affermano l’uguaglianza *senza distinzioni di sesso*. Il sesso quindi diviene fonte di discriminazione nel riconoscimento giuridico delle proprie relazioni affettive mortificando decisamente quanto statuito dall’articolo 3. In tal modo la Corte ha mancato un’ottima occasione per estendere alle coppie omosessuali le previsioni di cui all’articolo 29 della Costituzione e quelle del Codice civile limitandosi a spronare il Legislatore ad occuparsi della fattispecie.

Unica nota positiva della pronuncia del 2010 è l’inclusione delle coppie omosessuali tra le formazioni sociali protette *ex* articolo 2, rispetto alla quale la Corte afferma: “... *per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione 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*”, tuttavia tale doverosa inclusione non conduce all’estensione delle regole giuridiche in tema di matrimonio anche alle coppie omosessuali, in quanto -come evidenziato- la Corte lascia alla discrezionalità del Legislatore il compito di individuare le forme di garanzia e riconoscimento più consone rispetto alle esigenze di queste inedite formazioni sociali che evidentemente non sono ‘eguali’ rispetto alla formazione sociale uomo-donna che si crea con il matrimonio eterosessuale.

Accanto alla censurabile Sentenza del 2010 merita di essere presa in esame anche la pronuncia del 2014 relativa al c.d. divorzio imposto<sup>(12)</sup> con cui la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale degli articoli 2 e 4 della Legge 14 aprile 1982, n. 164, nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell’attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal Legislatore (estendendo in via consequenziale la dichiarazione di illegittimità anche all’art.

---

<sup>12</sup> Si tratta della Sentenza n. 170 del 2014, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2014, 2694, con nota di F. SAITTO, *L’incostituzionalità del “divorzio imposto” tra rettificazione di sesso e tutela del “pregresso vissuto” della coppia*, *ivi*, 2706.

31, co. 6 d.lgs. 150/2011, che riproduce con minima ininfluyente variante lessicale il contenuto dell'art. 4 l. 164/1982).

Quanto verificatosi rappresenta, come spiega la stessa Corte, una «*situazione innegabilmente infrequente*», ma che ciò nonostante può accadere ed è accaduta <sup>(13)</sup> ed investe in maniera violenta i diritti personali dei soggetti interessati ai quali sembra voler essere imposto lo scioglimento del loro legame affettivo e giuridico stante la mutazione del sesso di uno dei due coniugi. Il Giudice costituzionale interviene in questa complessa questione con una sentenza manipolativa, che integra e modifica le disposizioni sottoposte al suo esame, che escono dal giudizio costituzionale con una portata normativa ed un contenuto diversi da quello originario: il contenuto nuovo, “aggiunto” come costituzionalmente dovuto, è rappresentato dalla possibilità di convertire il matrimonio in una “convivenza registrata”, anche se nel momento della pronuncia non esisteva ancora alcuna specifica previsione legislativa in materia. Il matrimonio resta dunque collegato al paradigma eterosessuale come era già avvenuto con la discutibile Sentenza del 2010, ma nel 2014 particolare importanza assume il connotato della volontà di mantenere in vita un rapporto quale diritto inviolabile della persona riconducibile all'articolo 2, in quanto se la prosecuzione del matrimonio, nonostante la modificazione del sesso, non ha spezzato il legame tra i coniugi, perché tale legame dovrebbe essere interrotto d'ufficio da uno Stato ‘tutore e soprattutto censore dei sentimenti?’. La Corte ha scelto la strada della sentenza additiva dimostrando la volontà di allontanarsi dal mero monito e di voler produrre effetti più diretti ed incisivi innanzitutto sul giudizio *a quo* ma in generale sull'intera materia. In questo tentativo di proteggere i diritti inviolabili, ma allo stesso tempo di non riconoscere la legittimità matrimoniale-costituzionale delle coppie omosessuali, emerge una confusione di fondo poiché la Corte pone comunque la coppia oggetto del giudizio ‘fuori dal matrimonio’

---

<sup>13</sup> In concreto la questione sorge dalla circostanza per cui un uomo, Alessandro Bernaroli, sposa una donna e ad un certo punto della vita coniugale, dopo avere anche avuto dei figli, decide di mutare sesso. La sentenza che dispone la rettificazione dell'attribuzione di sesso e il cambio del nome anagrafico da Alessandro ad Alessandra non dice nulla sul matrimonio, ma interviene l'ufficiale dello stato civile, che *motu proprio* annota a margine dell'atto di matrimonio il suo scioglimento. L'interessata chiama allora in giudizio il Comune, e vince, in quanto, secondo il Tribunale di Modena (decr. 28 ottobre 2010) tale annotazione non è possibile, mancando un provvedimento giurisdizionale specifico al riguardo. Il Ministero dell'Interno però promuove appello e la Corte d'Appello di Bologna (decr. 4 febbraio 2011) ribalta la decisione precedente: «*consentire il permanere del vincolo matrimoniale, rettificato che sia il sesso d'uno dei coniugi*», dice, «*significherebbe mantenere un rapporto privo del presupposto suo legittimo più indispensabile: la diversità sessuale dei coniugi*». Di qui il riconoscimento della correttezza dell'annotazione eseguita dall'ufficiale dello stato civile. Il caso giunge alla Corte di Cassazione, che il 6 giugno 2013, con un'articolata motivazione, dispone la rimessione degli atti alla Corte costituzionale, prospettando una serie di dubbi di legittimità costituzionale in relazione al conflitto tra il divorzio, così “imposto” dal rigore della legge, e i diritti garantiti a livello costituzionale e sovranazionale: in primo luogo, il diritto all'autodeterminazione nella sfera dell'identità personale e in particolare sessuale; secondariamente, il «*diritto alla conservazione della preesistente dimensione relazionale, quando essa assuma i caratteri della stabilità e continuità propri del vincolo coniugale*»; infine, il diritto a non essere discriminati rispetto alle altre coppie che vogliono continuare a stare insieme, alle quali non viene imposto alcun divorzio.

anche se ammette che la situazione venutasi a creare ‘non è neppure semplicisticamente equiparabile ad una unione di soggetti dello stesso sesso’, e ciò perché, altrimenti, si cancellerebbe ‘un progresso vissuto che merita invece tutela’. Insomma l’unione che si presenta davanti alla Corte non è un matrimonio tra due persone dello stesso sesso (al tempo non disciplinato dalla legge) ma non è neppure un matrimonio secondo il modello legislativo tradizionale, per cui paradossalmente si definisce che cosa questa unione non fosse, ma non che cosa essa rappresentasse, seppur riconoscendo che essa doveva essere «*tutelata come forma di comunità, connotata dalla stabile convivenza tra due persone, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione*», e pertanto come «*formazione sociale*» ai sensi dell’art. 2 della Costituzione, e per questo la Corte chiede al Parlamento, attraverso un’adeguata normativa, di «*evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione...di assoluta indeterminazione*».

La Sentenza della Consulta è stata successivamente recepita dalla Corte di Cassazione che il 21 aprile 2015 si è pronunciata con la Sentenza n. 8097. Per la Cassazione, la scelta della Consulta “non è stata solo un “monito” ma una decisione autoapplicativa e non meramente dichiarativa”<sup>(14)</sup>, insomma la Corte di Cassazione si dimostra più ‘realista del re’ creando una sorta di ‘limbo giuridico’ dove collocare questa coppia ed altre che si trovassero in simile situazione fino all’auspicato intervento del Legislatore<sup>(15)</sup> giunto infine, come noto, nel 2016 con l’approvazione della Legge n. 76 contenente “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”.

---

<sup>14</sup> La Cassazione scrive: “In attesa dell’intervento del legislatore, cui la Corte ha tracciato la via da percorrere, il giudice a quo è tenuto ad individuare sul piano ermeneutico la regola per il caso concreto che inveri il principio imperativo stabilito con la sentenza di accoglimento. La Corte con la sentenza additiva di principio ha indicato al giudice il nucleo di diritti da proteggere. Il principio, come è stato sostenuto in dottrina, è costituzionalmente inderogabile ed impone un adeguamento necessario. Nella specie tale adeguamento, alla luce del chiaro dispositivo della sentenza della Corte Costituzionale, non può che comportare la rimozione degli effetti della caducazione automatica del vincolo matrimoniale sul regime giuridico di protezione dell’unione fino a che il legislatore non intervenga a riempire il vuoto normativo, ritenuto costituzionalmente intollerabile, costituito dalla mancanza di un modello di relazione tra persone dello stesso sesso all’interno del quale far confluire le unioni matrimoniali contratte originariamente da persone di sesso diverso e divenute, mediante la rettificazione del sesso di uno dei componenti, del medesimo sesso. Tale opzione ermeneutica è costituzionalmente obbligata e non determina l’estensione del modello di unione matrimoniale alle unioni omoaffettive, svolgendo esclusivamente la funzione temporalmente definita e non eludibile di non creare quella condizione di massima indeterminazione stigmatizzata dalla Corte Costituzionale in relazione ad un nucleo affettivo e familiare che, avendo goduto legittimamente dello statuto matrimoniale, si trova invece in una condizione di assenza radicale di tutela” e ancora “Risulta, in conclusione, necessario, al fine di dare attuazione alla declaratoria d’illegittimità costituzionale contenuta nella sentenza n. 170 del 2014, accogliere il ricorso e conservare alle parti ricorrenti il riconoscimento dei diritti e doveri conseguenti al vincolo matrimoniale legittimamente contratto fino a quando il legislatore non consenta ad esse di mantenere in vita il rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata che ne tuteli adeguatamente diritti ed obblighi. La conservazione dello statuto dei diritti e dei doveri propri del modello matrimoniale è, pertanto, sottoposta alla condizione temporale risolutiva costituita dalla nuova regolamentazione indicata dalla sentenza”.

<sup>15</sup> Sulla Sentenza del 2014 cfr. B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in *articolo29*, [www.articolo29.it/2014](http://www.articolo29.it/2014); M. M. WINKLER, *La Corte costituzionale si pronuncia sul caso del divorzio “imposto”: luci e ombre*, in *articolo29*, [www.articolo29.it/2014](http://www.articolo29.it/2014); R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto”: quando la Corte dialoga con il Legislatore ma dimentica il giudice*, in *Il Foro italiano*, 2014, n. 10; V. BALDINI, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente (brevi note a Corte costituzionale, sent. n. 170/2014)*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 15. 09. 2014 e il Focus n. 2 in *GeniIUS, Rivista di Studi giuridici sull’orientamento sessuale e l’identità di genere*, 2015/1.

L'eccezionalmente lunga attesa di questa legge non appare purtroppo bilanciata dalle garanzie da essa offerte: molte sono le lacune e inevitabilmente altrettanti sono i dubbi da essa sollevati. Innanzitutto già la tecnica legislativa utilizzata, ovvero quella del ricorso all'articolo unico composto da molteplici commi con successiva apposizione della questione di fiducia, dimostra il perdurare di una sostanziale debolezza del Legislatore nell'affrontare i temi etici che continuano nel nostro Paese a sopportare il peso di considerazioni e giudizi etico-morali che poco o niente hanno a che vedere con il principio di eguaglianza nelle sue diverse declinazioni, e allo stesso modo la richiesta del voto di fiducia su provvedimenti che investono i diritti dei consociati realizza un assurdo giuridico poiché, nel momento in cui si ampliano i diritti per una categoria di soggetti, vengono compressi i diritti dei parlamentari connessi al sistema rappresentativo <sup>(16)</sup>.

Ancora, si poteva auspicare che il ritardo con cui il nostro Legislatore si è avvicinato alla materia fosse foriero di un risultato pieno e rispettoso del principio di eguaglianza realizzando finalmente in modo ampio e garantista i diritti delle minoranze omosessuali; ma invece, ancora una volta, il nostro Parlamento non ha potuto o voluto spingersi oltre il rassicurante paradigma del matrimonio eterosessuale e così pur riconoscendo giuridicamente le unioni civili tra persone dello stesso sesso ha scelto di eliminare ogni riferimento specifico alla famiglia, all'affettività, alla fedeltà e all'adozione sancendo nella pratica legislativa la superiorità di un modello di unione rispetto all'altro.

Così le unioni omosessuali, già riconosciute come formazioni sociali dalla Consulta, ora esistono anche per il diritto positivo ma non vengono collocate in una posizione di eguaglianza con le unioni eterosessuali, preferendo istituzionalizzare una discriminazione palesemente irragionevole <sup>(17)</sup>.

A fronte dell'inadeguatezza legislativa la realizzazione dell'eguale dignità dei soggetti appare così demandata, come spesso avviene, agli sforzi della società civile e soprattutto a quelli della giurisprudenza ordinaria e costituzionale. Sono soprattutto i giudici ordinari infatti a supplire alle omissioni legislative occupandosi di *stepchild adoption* da parte di coppie omosessuali, così come dei riconoscimenti di adozioni, fino a pronunciarsi favorevolmente anche rispetto alla c.d. "madre sociale" nella maternità surrogata <sup>(18)</sup>.

---

<sup>16</sup> E' stato giustamente notato come il ricorso all'articolo unico potrebbe anche dare luogo a dubbi di costituzionalità considerando che la Costituzione prevede che le leggi siano approvate 'articolo per articolo'. Su tali considerazioni cfr. M. BELLETTI, *Matrimoni, unioni civili, convivenze di fatto: cosa cambia? Profili di legittimità costituzionale della nuova normativa (legge 20 maggio 2016, n.76)*, in *AIC, Osservatorio costituzionale*, n. 2016, n. 2.

<sup>17</sup> Sulla oggettiva difficoltà del nostro Legislatore in materia di temi sensibili mi si consenta di rimandare al mio F. RESCIGNO, *Ite missa est. Laicità paradigma di eguaglianza*, Napoli, 2015.

<sup>18</sup> In assenza di esplicite previsioni legislative si moltiplicano naturalmente le interpretazioni giudiziarie sul tema della genitorialità delle coppie omosessuali, registrando nella maggior parte dei casi un atteggiamento favorevole alla c.d. *stepchild adoption* in favore del consolidamento di situazioni familiari già esistenti, ma non mancano anche pronunce in senso contrario (Torino 11 settembre 2015; Milano, 17 ottobre 2016).

A favore dell'adozione del figlio del partner merita di essere ricordata la Sentenza n. 12962 del 24 maggio 2016 della Prima sezione civile della Suprema Corte di Cassazione che ha respinto il ricorso del procuratore generale

Le difficoltà del nostro Legislatore, così come quelle del Giudice delle leggi, emergono con desolante evidenza se confrontiamo il nostro *excursus* con quello compiuto da un paese come l’Austria<sup>(19)</sup>, a noi vicino non solo geograficamente ma anche dal punto di vista della tradizione giuridica come pure per l’estrema importanza conferita al fattore religioso<sup>(20)</sup>.

---

confermando la sentenza della Corte di Appello di Roma con la quale era stata accolta la domanda di adozione di una minore proposta dalla partner della madre considerando che le due donne convivevano in modo stabile. Secondo quanto stabilito dalla Cassazione, si spiega in una nota, questa adozione "*non determina in astratto un conflitto di interessi tra il genitore biologico e il minore adottando, ma richiede che l'eventuale conflitto sia accertato in concreto dal giudice*". Ancora, per la Suprema Corte l'adozione "*prescinde da un preesistente stato di abbandono del minore e può essere ammessa sempre che, alla luce di una rigorosa indagine di fatto svolta dal giudice, realizzi effettivamente il preminente interesse del minore*".

Ancora emblematica appare la sentenza del Tribunale per i minorenni di Roma che ha riconosciuto l'adozione definitiva del figlio del partner in una coppia di maschi gay. Tale pronuncia [depositata il 23 dicembre 2015](#) e resa pubblica il 21 marzo 2016, contiene una serie di indicazioni preziose rispetto a temi fondamentali quali: la confusione tra scelta, desiderio e “diritto” di essere genitore, l’alternativa tra soggettività del bambino e sua riduzione a “oggetto” di condotte e desideri degli adulti, il recupero del dato della differenza sessuale nella riflessione sulla genitorialità omosessuale, nonché il vero e proprio corto circuito – politico e mediatico, ma anche giuridico e culturale – tra riconoscimento dei diritti del bambino già nato e disciplina delle tecniche di procreazione assistita. Per la prima volta questa sentenza non è stata appellata dalla Procura ed è quindi divenuta definitiva.

Più recentemente si sono susseguite una serie di sentenze in materia di adozione coparentale (Tribunale per i minorenni di Venezia del 31 maggio 2017, depositata il 15 giugno; Tribunale per i minorenni di Palermo del 30 luglio 2017; Tribunale per i minorenni di Bologna del 20 luglio 2017, depositata il 31 agosto), che rappresentano diversi atteggiamenti dei tribunali italiani sulla questione. Tutti e tre i tribunali aderiscono infatti in linea di principio all’indirizzo della Cassazione, potendosi ritenere così verosimilmente accantonato quell’orientamento di netta contrapposizione seguito dai Tribunali per i minorenni di Torino e Milano, ma mentre la decisione palermitana e quella veneziana certificano la permanenza di resistenze giuridiche – come nel caso siciliano – e culturali, come nel caso veneziano, più aperta e garantista appare quella del tribunale bolognese. Se, dunque, la mancata disciplina dell’adozione coparentale in sede di approvazione della legge sull’unione civile non ha precluso – in virtù della specifica clausola di salvaguardia contenuta nel terzo periodo dell’art. 1, comma 20 – che i figli nati, accolti o cresciuti in coppie omogenitoriali potessero trovare tutela (almeno) nell’adozione in casi particolari ai sensi dell’art. 44, lett. d), legge adozioni, allo stesso tempo è evidente che la “delega” alla giurisdizione, posta in essere dal legislatore, comporta il rischio di divergenze interpretative che certamente non facilitano la realizzazione del miglior interesse del minore e corrono il rischio di discriminare le coppie, ancora una volta, sulla base dell’orientamento sessuale. Su queste ultime pronunce cfr. M. GATTUSO – A. SCHILLACI, *Il dialogo tra le corti minorili in materia di stepchild adoption*, in Articolo 29, [www.articolo29.it/2017](http://www.articolo29.it/2017).

<sup>19</sup> Ci si riferisce alla recente Sentenza del *Verfassungsgerichtshof*; G 258-259/2017-9, 4. Dezember 2017.

<sup>20</sup> Secondo i dati del 2017 infatti, su quasi 8 milioni e 700 mila abitanti dell’Austria, 5 milioni e 160 mila sono cattolici. La precisione del dato è dovuta al fatto che i cittadini austriaci devono dichiarare ufficialmente la loro appartenenza, o non appartenenza, a una fede religiosa e in relazione a ciò sono tenuti a versare mensilmente uno specifico contributo, che è obbligatorio (1,1% del reddito lordo per la Chiesa cattolica, 1,5% per quella evangelica), non volontario come l’8 per mille in Italia. Naturalmente da una Chiesa – sia essa cattolica o protestante o islamica – si può uscire quando si vuole (ma non possono farlo i minori di 14 anni), presentando apposita domanda, corredata dai documenti richiesti, tra cui il certificato di battesimo. Il pagamento del contributo cessa dal mese successivo. Questa procedura burocratica applicata al dato religioso consente di conoscere con esattezza quanti sono gli austriaci che ogni anno si avvicinano o allontanano dalla Chiesa cattolica. Nell’ultimo rapporto annuale, emerge, per esempio, che nel 2016 se ne sono andati 54.886 fedeli. Non appare utile soffermarsi sul fatto che tale dato numerico sia o meno pregiudizievole per la Chiesa cattolica poiché effettivamente il mondo cattolico austriaco è rimasto sostanzialmente stabile anche grazie al fatto che una grande parte degli immigrati è costituita da cristiani, e tale circostanza appare paradossale se si pensa che gli austriaci che si oppongono all’accoglienza dei profughi lo fanno in nome della difesa dei valori cristiani della civiltà occidentale, mentre sono proprio i profughi – o almeno

Il diritto positivo austriaco riservava, come stabilito dall'articolo 44 del Codice civile, il contratto matrimoniale a due persone di sesso diverso; e a tale normativa si è aggiunta nel 2009 (entrando in vigore il 1° gennaio del 2010) la Legge sulle unioni civili, istituito indirizzato invece alle sole coppie omosessuali. In pratica l'ordinamento austriaco si caratterizzava per l'esistenza di due istituti distinti riservati a due tipologie di coppie individuabili solo in base all'orientamento sessuale. Questa situazione di effettiva diversità di trattamento giustificata dal solo orientamento sessuale ha indotto la Corte costituzionale austriaca, nell'ottobre del 2017, a sollevare d'ufficio la questione di costituzionalità sia nei confronti dell'articolo 44 del Codice civile, che della Legge sulle unioni civili n. 135 del 2009 come successivamente modificata nel 2015. La vicenda processuale parte dalla richiesta di una coppia di donne, cittadine austriache civilmente unite dall'8 ottobre 2012, genitrici di un minore (che nella sintetica espressione della Corte costituzionale "*crece in questo rapporto*") che si erano rivolte il 9 maggio 2015 al segretario comunale di Vienna, chiedendo il rilascio del permesso di contrarre matrimonio, la costituzione e registrazione del medesimo e il rilascio di un certificato di matrimonio, tutte richieste respinte con decreto del 25 agosto del 2015. Le parti si erano rivolte quindi al Tribunale Amministrativo, che rigettava i loro ricorsi sulla base del fatto che per la giurisprudenza della Corte costituzionale e del Consiglio di Stato austriaci e della Corte europea dei diritti dell'uomo appartiene al margine di apprezzamento di ogni Legislatore la facoltà di provvedere al riconoscimento giuridico per le unioni di *partner* del medesimo sesso mediante il matrimonio o mediante un'unione civile. A questo punto, avendo le parti esaurito il primo grado di giudizio e ritenendo di essere state lese nei propri diritti fondamentali, proponevano direttamente ricorso alla Corte costituzionale. Per poter comprendere la posizione della Corte austriaca è doveroso precisare che la legge sulle unioni civili del 2009 era stata oggetto di modifica nel 2015, infatti la legge originaria era caratterizzata -similmente a quanto avvenuto in Italia- da alcune differenze tra le coppie eterosessuali che si potevano unire in matrimonio e quelle omosessuali che invece potevano unicamente ricorrere alle unioni civili, unioni da cui discendevano ai sensi di detta legge meno diritti ed obblighi. Dal momento dell'approvazione e dell'entrata in vigore nel 2010, il Legislatore austriaco ha compiuto un cammino di costante 'aggiustamento' della situazione giuridica dei partners omosessuali, modificando aspetti relativi al diritto all'abitazione, ai diritti di previdenza sociale, così come ai diritti ereditari, ma certamente la grande riforma è quella connessa alla genitorialità finalmente riconosciuta anche alle coppie omosessuali dalla legge n. 35 del 2015; da tale momento infatti le coppie omosessuali possono adottare congiuntamente figli e possono anche accedere alle forme di procreazione medica assistita già

---

una parte almeno di essi – a credere convintamente in quei valori che l'Austria secolarizzata sta invece perdendo per strada; ed è proprio grazie a questi nuovi immigrati che vengono colmati i vuoti lasciati dagli austriaci delusi dalla religione.

riconosciute <sup>(21)</sup>. Eliminato il discrimine basato sulla genitorialità per il Tribunale costituzionale austriaco è chiaro che: *“Die Institute der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft dürften einander inhaltlich in ihrer Ausgestaltung gleichen und die Ehepartner bzw. eingetragenen Partner auch in den maßgeblichen Rechtsbereichen weitgehend gleichgestellt sein”* <sup>(22)</sup>. Dopo queste modifiche sono rimaste infatti in essere tra gli istituti del matrimonio e quello dell’unione civile solo alcune differenze di minore spessore quali l’età minima per poter contrarre rispettivamente matrimonio o unione civile (16 anni per il primo e 18 per la seconda); ancora la disciplina delle unioni civili non prevede il fidanzamento ed infine -come avviene anche in Italia- non è previsto l’obbligo di fedeltà per le unioni civili. L’aspetto su cui è doveroso soffermarsi è però quello legato alla parificazione in tema di genitorialità poiché è proprio questo che consente di considerare sostanzialmente uguali i due tipi di unione, cioè legami affettivi stabili caratterizzati anche dalla possibilità di divenire genitori (*“So muss auch gleichgeschlechtlichen Paaren – im Wege der Adoption oder zulässigen Formen künstlicher Fortpflanzung – die Elternschaft ermöglicht werden”*) <sup>(23)</sup>.

Stabilita questa sostanziale parità che rende le coppie omosessuali effettivamente uguali a quelle eterosessuali appare naturale domandarsi il perché del perdurare di due istituti giuridici diversi riservati esclusivamente ciascuno ad una tipologia di coppia individuabile solo in riferimento all’orientamento sessuale; il mantenimento infatti di due diversi istituti giuridici denominati in maniera differente anche se nella loro essenza giuridica e significato sostanzialmente identici, potrebbe avere un effetto discriminatorio e condurre alla convinzione che le persone omosessuali non sono ancora effettivamente uguali a quelle eterosessuali; e, soprattutto, obbligare le coppie omosessuali a contrarre unicamente una unione civile significa obbligarle a rendere pubblico il proprio orientamento sessuale anche in contesti in cui esso non dovrebbe avere alcun ruolo e significato. Il rischio era quello di violare il principio di eguaglianza avallando l’idea di una presunta inferiorità delle coppie omosessuali <sup>(24)</sup>. Il *Verfassungsgerichtshof*

---

<sup>21</sup> Il Legislatore austriaco era dunque partito da, convincimento per cui le coppie omosessuali e quelle eterosessuali dovessero essere disciplinate giuridicamente con diversi istituti da cui derivavano differenti effetti giuridici, poiché il matrimonio è -quantomeno in potenza- finalizzato alla genitorialità che invece non veniva riconosciuta alle coppie omosessuali. Ma la successiva evoluzione del diritto ha dimostrato che questa differenziazione nel trattamento giuridico non poteva continuare a sussistere senza discriminare inammissibilmente le coppie omosessuali a cui era stato infine riconosciuto il diritto alla genitorialità.

<sup>22</sup> Cioè: *“Gli istituti del matrimonio e dell’unione civile potrebbero, nella loro conformazione contenutisticamente essere uguali; i coniugi e rispettivamente i civilmente uniti potrebbero essere ampiamente equiparati negli ambiti giuridici fondamentali”*.

<sup>23</sup> *“Deve essere consentita anche alle coppie omosessuali -in via di adozione o delle forme consentite di fecondazione artificiale- la genitorialità”*.

<sup>24</sup> Spiega chiaramente la Corte che la discriminazione giuridica lungamente giustificata, seppure non più sussistente, potrebbe continuare ad avere comunque effetti discriminanti per la sola esistenza di due istituti giuridici sostanzialmente identici ma riservati a due tipologie specifiche di coppie distinguibili tra loro solo in base all’orientamento sessuale e proprio per questo deve essere eliminata: *“Vor dem Hintergrund einer bis in die jüngste Vergangenheit reichenden rechtlichen und gesellschaftlichen Diskriminierung von Personen gleichgeschlechtlicher sexueller Orientierung dürfte das Aufrechterhalten unterschiedlicher Rechtsinstitute, verbunden mit unterschiedlichen Bezeichnungen, für sonst in ihrem Wesen*

afferma senza perplessità come questa differenziazione in due istituti giuridici sostanzialmente identici non possa essere mantenuta senza al contempo discriminare le coppie omosessuali e afferma: “*Diese Differenzierung in zwei Rechtsinstitute lässt sich heute nicht aufrecht-erhalten, ohne gleichgeschlechtliche Paare im Hinblick auf ihre sexuelle Orientierung zu diskriminieren. Indem der Gesetzgeber nach der geltenden Rechtslage Ehe und eingetragene Partnerschaft und folglich auch verschieden- und gleichgeschlechtliche Paare dadurch separiert, dass er für die staatliche Anerkennung ihrer Verbindung verschiedene – wenn auch in den Rechtsfolgen im Wesentlichen gleich gestaltete – Institute vorsieht, kommt in vielfältigen Lebenskonstellationen sichtbar zum Ausdruck, dass zwar eingetragene Partnerschaft und Ehe im Hinblick auf Rechtsbeziehung und Rechtsfolgen vergleichbar sind, diese Institute aber an sich ungleiche Verbindungen erfassen*” e ancora “*Die gesetzliche Trennung verschiedengeschlechtlicher und gleichgeschlechtlicher Beziehungen in zwei unterschiedliche Rechtsinstitute verstößt damit gegen das Verbot des Gleichheitsgrundsatzes, Menschen auf Grund personaler Merkmale wie hier der sexuellen Orientierung zu diskriminieren*”<sup>(25)</sup>. Proprio per evitare tale grave pregiudizio il Tribunale costituzionale austriaco si muove su due fronti: annullando da un lato le norme che riservavano il matrimonio alle sole coppie eterosessuali e annullando dall’altro anche le previsioni che attribuivano l’unione civile alle sole coppie omosessuali; questo perché se venisse eliminata solo la previsione del Codice civile, resterebbe comunque in vigore la disciplina che riserva l’unione civile alle sole coppie omosessuali, continuando in tal modo a violare il principio di eguaglianza che si realizza invece solo se entrambe le tipologie di coppie possono scegliere liberamente il tipo di istituto giuridico che meglio aderisce ai propri intenti. Così facendo dal prossimo 1° gennaio 2019 le coppie eterosessuali e/o omosessuali potranno accedere indifferentemente ai due istituti in maniera del tutto indipendente dal proprio orientamento sessuale<sup>(26)</sup>.

---

*und ihrer Bedeutung für den individuellen Menschen grundsätzlich gleiche Beziehungen in erster Linie einen diskriminatorischen Effekt haben, wie ihn Art. 7 Abs. 1 B-VG als wesentlichsten Inhalt gerade verbietet. Mit dem unterschiedlichen Rechtsinstitut und der unterschiedlichen Bezeichnung dürfte öffentlich und für jede Person deutlich gemacht werden, dass die von der eingetragenen Partnerschaft erfasste personale Beziehung zwischen zwei Personen gleichen Geschlechts etwas anderes – nach früherem Verständnis 'minderes' – ist als die Ehe zwischen Personen verschiedenen Geschlechts, obwohl beide Beziehungen intentional von den gleichen Werten getragen sind”.*

<sup>25</sup> “*La separazione legislativa delle relazioni eterosessuali e omosessuali in due istituti giuridici ineguali confligge, pertanto, contro il divieto del principio di uguaglianza di discriminare gli individui in base a caratteristiche personali come in questo caso l’orientamento sessuale*”.

<sup>26</sup> Così si esprime la Corte: “*Zur Herstellung eines die aufgezeigte Verfassungswidrigkeit beseitigenden Rechtszustandes ist es erforderlich, es genügt aber auch, die Wortfolge "verschiedenen Geschlechtes" in § 44 ABGB und die Wortfolgen "gleichgeschlechtlicher Paare" in § 1 EPG, "gleichen Geschlechts" in § 2 EPG sowie die Ziffer 1 des § 5 Abs. 1 EPG als verfassungswidrig aufzuheben. Denn diese komplementären Zugangsbeschränkungen sind Teil eines gesetz- bzw. rechtsinstitutsübergreifenden Systems im Partnerschaftsrecht, welches die Ehe verschiedengeschlechtlichen Paaren und die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlichen Paaren vorbehält. Würde nur die eine Zugangsbeschränkung beseitigt, ergäbe sie sich weiterhin aus der anderen (vgl. VfSlg. 19.942/2014). Dass nach der Aufhebung verschieden- wie gleichgeschlechtlichen Paaren jeweils die Wahl zwischen Ehe und eingetragener Partnerschaft offen steht, stellt im Hinblick darauf, dass das EPG im Übrigen damit auch für bestehende eingetragene Partnerschaften als Rechtsrahmen in Geltung bleibt, keinen völlig veränderten Gesetzesinhalt im Sinne der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts dar*”.

Questa pronuncia rappresenta una tappa fondamentale nell'evoluzione dei diritti in Austria ma la sua importanza non potrà essere ignorata nemmeno all'esterno poiché dimostra la forza del Tribunale costituzionale nella difesa, al di là di giudizi stereotipati e moralistici, del principio di eguaglianza. Infine è probabile (e auspicabile) che la permanenza in essere dei due istituti sia destinata all'estinzione, poiché ormai le tutele offerte da matrimonio e unione civile sono sostanzialmente le medesime e l'apertura di entrambi alle coppie indipendentemente dal proprio orientamento sessuale dimostrerà al Legislatore austriaco la sostanziale inutilità di mantenere in vita due istituti 'doppione' <sup>(27)</sup>.

In un panorama europeo -e non solo- ove il principio di eguaglianza applicato alle relazioni affettive omosessuali continua a guadagnare posizioni e in cui ormai solo una parte dei Paesi dell'Est Europa (Bulgaria, Lettonia, Lituania, Polonia, Romania e Slovacchia) perseverano nella volontà anacronistica di non voler riconoscere né le unioni civili né il diritto di accesso al matrimonio per gli omosessuali, la decisione austriaca assume grande rilevanza ed evidenzia la difficoltà italiana a liberarsi da stereotipi e condizionamenti di tipo moralistico quando sono in discussione temi eticamente sensibili. La nostra legge sulle unioni civili, attesa così lungamente, è nata già 'vecchia' e sorpassata, considerando che i Paesi con cui condividiamo tradizioni e influenze giuridiche sono andati oltre l'istituto delle unioni civili per affermare l'eguaglianza nell'accesso al matrimonio.

Comparare la giurisprudenza costituzionale italiana in tema di relazioni omosessuali con quella austriaca ci pone davanti alla tragica evidenza di un Paese sempre più incapace di confrontarsi con temi eticamente sensibili, e questa incapacità non sembra più limitata all'aula parlamentare ma investe lo stesso giudice delle leggi incapace di difendere il principio di eguaglianza contro ingiustificabili pregiudizi. Gli intenti e i valori che sono alla base delle unioni omosessuali sono i medesimi di quelli che animano le relazioni eterosessuali e spetta alla Corte richiamare al rispetto del principio di eguaglianza un Legislatore svogliato che tra omissioni e interventi legislativi eticamente orientati mortifica la democrazia calpestando il principio di eguaglianza e i diritti delle persone <sup>(28)</sup>.

---

<sup>27</sup> Si ricorda che anche la Germania nel luglio del 2017 ha aperto il matrimonio alle coppie dello stesso sesso, lasciando in pratica l'Italia unico Paese che mantiene la discriminazione matrimoniale nei confronti delle persone omosessuali, infatti Stati Uniti, Francia, Germania, Regno Unito (Irlanda del nord esclusa), Canada, Spagna e con la sentenza del Tribunale Costituzionale anche Austria hanno rimosso ogni discriminazione nell'accesso al matrimonio civile. Nel 2005 fu la Spagna ad aprire la strada per il riconoscimento del diritto al matrimonio alle coppie omosessuali e oggi potrebbero forse essere proprio Germania ed Austria a fornire l'esempio virtuoso al nostro Paese.

<sup>28</sup> Come giustamente scriveva S. Rodotà: *“Come può una società continuare a contemplare sé stessa come se fosse accettabile una discriminazione permanente, una esclusione istituzionalizzata di tante persone dai diritti fondamentali che dovrebbero essere universalmente riconosciuti... Qui siamo di fronte ad un vero problema di cittadinanza, che non può essere amputata di suoi elementi fondamentali senza porre un problema di legittimazione sociale, in definitiva, di democrazia”*. Cfr. S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Bari, 2015, 125.