

***I diritti dei “diversi”.
Saggio sull’omosessualità****

di **Marilisa D’Amico** – *Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale e Prorettrice a Legalità, Trasparenza e Parità di Diritti, Università degli Studi di Milano*

SOMMARIO: 1. Il punto di vista. – 2. “*Historia Magistra Vitae*”: omosessuali “al rogo”! – 3. Definizioni e Carte. – 4. I percorsi della giurisprudenza. Dall’identità sessuale e dall’identità di genere: il diritto a “cambiare sesso” nell’ordinamento italiano – 4.1. Il percorso giurisprudenziale europeo e il coraggio della Corte di Giustizia. – 4.2. Corte EDU e transessualismo: dall’art. 12 all’art. 8 CEDU – 5. L’orientamento sessuale e il suo travagliato riconoscimento come “diritto ad avere diritti”. Il difficile cammino in Italia. – 5.1. La prospettiva europea: dal lavoro ai diritti civili. – 5.2. Corte EDU e orientamento sessuale: dalla vita privata alla vita familiare. – 6. Le famiglie c.d. “omogenitoriali” fra prospettiva interna e sovranazionale. – 7. Una forma particolare di emarginazione: “i discorsi e i crimini d’odio”. Quanto il linguaggio può discriminare. – 8. Omosessualità e diritto: un punto di vista ancora limitato.

1. Il punto di vista

Nel 1971 viene pubblicato un saggio di Linda Nochlin che segnerà la storia dell’arte contemporanea del secondo novecento dal titolo “Why Are There No Great Women Artists?”.

* Il contributo si colloca nell’ambito del ciclo di Seminari “Persona e diritti fondamentali”, organizzato dall’Associazione italiana dei costituzionalisti.

Il saggio, che verrà tradotto e pubblicato in Italia, senza grande fortuna, nel 1977¹, segna l'ingresso, anche accademico, dell'arte femminile nel mondo artistico.

La domanda è radicale e la risposta complessa: per quel che ci interessa oggi, in ogni caso, l'assenza di donne nel mondo dell'arte, fino a quel momento interpretata come "inferiorità" e incapacità delle donne di essere artiste, ha una spiegazione storica e culturale, ma costringe anche a ripensare e a rileggere sotto questo aspetto i canoni estetici utilizzati nella storia, legati a una società dove i diritti erano riservati agli uomini, bianchi, eterosessuali, cattolici². Pensare all'assenza di donne artiste, quindi, ha consentito e consentirà, a partire da quel momento in poi, di rileggere la storia, di comprendere come l'esclusione delle donne dal mondo dell'arte fosse intimamente legata alla struttura sociale, di tipo patriarcale, che negava alle donne di lavorare, di seguire le accademie, o comunque di poter imparare al pari degli uomini (che si esercitavano su modelli e modelle nude, formazione negata alle donne che al massimo potevano esercitarsi su modelle vestite o su animali) o, ancora peggio, riservava alle donne l'arte solo come svago, come una delle tante cose che le donne avrebbero potuto imparare, senza eccellere. L'eccellenza, di norma, era riservata soltanto agli uomini, di cui semmai le donne potevano avere il privilegio di essere mogli.

Ho deciso di iniziare con questo riferimento apparentemente estraneo al nostro tema, perché sono convinta che, per una costituzionalista oggi, ragionare di identità e di orientamento sessuale (concetti e termini che declineremo meglio a breve) costringa ad affrontare domande radicali, molto legate alla storia, alla storia delle persone e dei loro diritti.

A quale identità ci rapportiamo? Su quale paradigma si fonda quella persona che nasce come "cittadino" nello Stato liberale e che è fondamento della Carta costituzionale? E, ancora, parlando di identità, come paradigma costituzionale per il godimento dei diritti, non possiamo non partire anche dalla consapevolezza che fin dalla Costituzione, la nostra democrazia nasce come democrazia

¹ L. Nochlin, *Perché non ci sono state grandi artiste?*, trad. a cura di J. Perna, Castelvechi, Roma, 2019.

² Sui diversi percorsi seguiti dai diritti delle donne e degli uomini cfr. A. Facchi, *Breve storia dei diritti umani. Dai diritti dell'uomo ai diritti delle donne*, il Mulino, Bologna, 2007; per uno studio sulla praticabilità, nel corso della storia, della libertà di scelta anche da parte delle donne cfr. A. Facchi, O. Giolo, *Libera scelta e libera condizione. Un punto di vista femminista su libertà e diritto*, il Mulino, Bologna, 2020.

Sulle conseguenze – estreme – di una cultura esclusivamente maschile cfr. A. Cavarero, *Il femminile negato. La radice greca della violenza occidentale*, Pazzini, Verucchio, 2007.

Inoltre, per un'indagine sulla nascita delle rivendicazioni femminili, finalizzate ad un allargamento del godimento effettivo dei diritti si veda, volendo, M. D'Amico, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Raffaello Cortina, Milano, 2020, pp. 33-50.

di “donne e di uomini”, ma che, in concreto, la parità fra i sessi non è ancor oggi ancora pienamente realizzata.

Questa relazione, quindi, vuole partire da un interrogativo sul “punto di vista” del diritto, sul presupposto che ha condotto finora, nel nostro ordinamento e nello spazio europeo e internazionale a “riconoscere” i diritti delle persone omosessuali, e non in modo pieno. Se, ancor oggi, parliamo di “riconoscimento, di faticoso avanzamento, anche attraverso le azioni giudiziarie, non possiamo non domandarci se si tratti di un problema di “punto di vista”. E se l’ottica anche dalla quale interpretiamo la nostra Costituzione³ sia limitativa per la costruzione di uno spazio davvero plurale, che garantisca a tutti uguali punti di partenza e uguali opportunità.

³ D’altra parte assistiamo in questo momento storico a problematiche del tutto nuove nella considerazione dell’attualità, anche linguistica, del testo costituzionale: pensiamo al dibattito recentemente riaperto su un importante quotidiano e alimentato da molti contributi, sull’utilizzo del termine “razza” nell’art. 3 della nostra Costituzione e sull’opportunità di una sua modifica.

Si consideri che tale opportunità è stata segnalata anche dalla Senatrice a Vita Liliana Segre: cfr. S. Fiori, *Liliana Segre: “C’è una politica che semina odio. Via la parola razza dalla Costituzione”*, in *La Repubblica*, 4 febbraio 2018. Contra P. Grossi, così come risulta dall’intervista di S. Fiori, *“Grossi: ‘La parola razza deve restare nella Costituzione, è un monito contro l’odio’”*, in *La Repubblica*, 7 febbraio 2018.

In letteratura si veda, a proposito dei nodi problematici legati all’abolizione della parola razza all’art. 3 Cost., G. M. Flick, *Verso la convivenza: leggi razziali, eguaglianza e pari dignità sociale*, in *Rivista Aic*, 2/2019, pp. 73-74.

Come è stato affermato, molti giuristi “si sono schierati in difesa del significato monitorio, quasi pedagogico, della parola razza nel testo della Costituzione”. Così A. Gratteri, G. A. Sacco, *Senza distinzione. Per il superamento della parola razza*, in *Nomos*, 2/2018, p. 2, i quali argomentano a favore dell’eliminazione della parola razza dalla Costituzione.

Pertanto, in Assemblea Costituente, come noto, l’inserimento del termine razza nell’art. 3 Cost. era preposto all’obiettivo di “negare in modo radicale il razzismo come principio giustificativo di qualsivoglia normativa speciale”, così G. Silvestri, *Il termine “razza” nella Costituzione*, in A. Meniconi, M. Pezzetti (a cura di), *Razza e inGiustizia. Gli avvocati e i magistrati al tempo delle leggi antiebraiche*, in *www.csm.it*, 2018, p. 71, il quale ritiene, a p. 74, che la preservazione del termine razza si ponga dalla parte del mantenimento della “forza etica e giuridica ad una condanna storica pronunciata dopo l’orrore delle leggi razziali e della Shoah e che deve rimanere intatta nella sua sinteticità e nella sua efficacia”.

Ancora, sulla rilevanza dell’impiego in Costituzione del “vincolo antirazziale” rappresentato dal termine “razza” cfr. V. Tondi della Mura, *La parola “razza” nella Costituzione, ovvero: della rilevanza costituzionale di una nozione scientificamente infondata*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2/2019. Similmente C. Nardocci, *Dall’invenzione della razza alle leggi della vergogna: lo sguardo del diritto costituzionale*, in *Italian Review of Legal History*, 5/2019, n. 14, pp. 481-525. Pare interessante notare che in Germania, anche di recente, si sta discutendo di eliminare il termine “Rasse” dall’art. 3, terzo comma, della GG, ai sensi del quale “Nessuno può essere discriminato o favorito per il suo sesso, per la sua nascita, per la sua razza, per la sua lingua, per la sua nazionalità o provenienza, per la sua fede, per le sue opinioni religiose o politiche. Nessuno può essere discriminato a causa di un suo handicap”, mediante riforma con legge costituzionale della disposizione appena menzionata. Per un commento si veda C.F. Mayer, A. Pautsch, *Das Grundgesetz und Diskriminierung wegen der “Rasse” - Anmerkungen zur geplanten Neufassung von Art. 3 III GG*, in *NJ*, 2021.

2. “*Historia Magistra Vitae*”: omosessuali “al rogo”!

Non possiamo affrontare la tematica dell’identità costituzionale fra identità di genere e orientamento sessuale prescindendo da alcuni, essenziali, elementi storici.

È infatti solo nel 1973 che l’omosessualità viene eliminata dal Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali⁴. D’altronde, lo stesso termine “omosessuale” viene inventato nel 1869 dallo scrittore ungherese Kertbeny: esso compariva in un documento anonimo di contrasto alla legge prussiana che puniva “gli atti sessuali fra persone di sesso maschile”⁵.

Ma è grazie alla scienza che la persona omosessuale viene ad esistenza, così come l’orientamento omosessuale, connotabile come stabile e idoneo ad esercitare influenza sullo sviluppo psicologico. In tale contesto, l’omosessualità viene considerata più patologica che immorale: tuttavia, è significativo che nella concezione freudiana dell’omosessualità questa non fosse considerata una malattia, ma una possibile variabile della funzione sessuale, pur inquadrabile in una forma di arresto dello sviluppo sessuale⁶.

Ed è soltanto dalla metà degli anni novanta che, appunto, l’omosessualità viene ritenuta nel contesto psicoanalitico come una variante normale degli orientamenti e dei comportamenti sessuali⁷.

La storia che precede questo momento ci trasmette il senso dell’enorme difficoltà, ancor oggi, per tante persone omosessuali di palesarsi e delle istituzioni giuridiche di riconoscerle come soggetti di diritti a pieno titolo.

Solo nell’antica Grecia l’omosessualità era considerata positivamente, con alcune importanti precisazioni⁸.

⁴ Per un’analisi del dibattito nel mondo della psichiatria che ha condotto all’eliminazione dell’omosessualità dal Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali cfr. C. Scovino, *Love is a human right. Omosessualità e diritti umani*, Rogas, Roma, 2016, pp. 63-77.

⁵ Cfr. F. Remotti, *L’omosessualità e il criterio della somiglianza*, in *D&Q*, 15/1, 2015, p. 33; cfr. anche C. Scovino, *Love is a human right. Omosessualità e diritti umani*, cit., p. 64.

⁶ Cfr. S. Freud, lettera a Mrs. N.N., in “Ernest Jones, Vita e opera di Sigmund Freud”, il Saggiatore, Milano 1995, vol. III, p. 236.

⁷ Cfr. V. Lingiardi, *Citizen gay*, Il Saggiatore, Milano, 2016, p. 71. Per quanto riguarda gli studi sull’omosessualità di quegli anni, si veda quanto riportato da M. Minolli, *Psicoanalisi e omosessualità*, in *Ricerca Psicoanalitica*, n. 1, Anno XIV, 2003, pp. 85-86; cfr. anche C. Scovino, *Love is a human right. Omosessualità e diritti umani*, cit., p. 64.

⁸ Sull’omosessualità nella Grecia antica attraverso l’arte e la letteratura greca cfr. K. J. Dover, *L’omosessualità nella Grecia antica*, Jouvence, Sesto San Giovanni, 2020.

Come affermato da Eva Cantarella, la prima descrizione delle pene d'amore è dovuta alla poetessa Saffo, donna che amava le donne, la quale scrisse: "E ancora mi scuote amore che scioglie le membra, dolce-amara invincibile fiera..."⁹.

Eppure, l'amore tra donne, dopo Saffo, ha lasciato il posto all'omosessualità maschile. La ragione consiste nell'esclusione delle donne "dalla parola" e, in generale, dal mondo della *polis*¹⁰: non servendo alla società, l'amore tra donne non "interessava la civiltà"¹¹, così come le leggi, che non disciplinavano, infatti, l'amore tra donne.

Al contrario, l'omosessualità maschile in Grecia aveva la funzione pedagogica e iniziatica di rendere "uomini". Durante l'età classica, quindi, la relazione omosessuale tra un adulto e un ragazzo (non schiavi, ma liberi) era non solo tollerabile, ma anche salutata con favore¹².

Pensiamo al noto discorso sull'amore che nel Simposio di Platone viene svolto da Socrate. Socrate parla attraverso una donna, la sacerdotessa Diotima, la quale, dopo aver teorizzato sull'amore come ricerca del bene e del bello, riconosce che l'amore fra un uomo e una donna è terreno e imperfetto, mentre la perfezione, intesa come costante ricerca del bene e della bellezza, si può trovare soltanto nell'amore fra due uomini, in particolare due filosofi, di cui uno è maestro e l'altro allievo¹³.

Nonostante la pederastia fosse definita dai romani come un vizio attribuibile ai greci, l'omosessualità romana esisteva, perché la sottomissione sessuale esprimeva un elevato grado di virilità; non è un caso che i romani amassero gli schiavi, più che i ragazzi liberi. L'omosessualità non era sanzionata penalmente e la prostituzione maschile, molto diffusa dal punto di vista sociale,

⁹ E. Cantarella, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Feltrinelli, Milano, 2016, p. 117.

¹⁰ In argomento, si veda, volendo, M. D'Amico, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, cit., spec. pp. 29-32.

¹¹ Così E. Cantarella, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Feltrinelli, Milano, 2016, p. 107.

¹² Tuttavia, esisteva un limite di età: per essere amati l'età minima coincideva con i 12 anni e l'età massima con i 17 anni. Per amare, invece, esisteva un solo limite: quello "minimo, vale a dire il raggiungimento dell'età confacente". Nel caso in cui non fossero stati rispettati i limiti di età in questione, le conseguenze erano diverse. In primo luogo, amare un ragazzo di età minore rispetto ai dodici anni era considerato un'infamia, ma non sembra esistessero sanzioni correlate. Amare un ragazzo dopo avere raggiunto l'età matrimoniale non era, di per sé, disdicevole. L'unica infrazione "verso l'alto", come afferma Eva Cantarella, è rappresentata da chi, pur avendo raggiunto l'età che imponeva l'assunzione del ruolo attivo, continuava ad avere un ruolo passivo. E. Cantarella, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, cit., spec. pp. 23, 67-68.

¹³ Cfr. A. Caverero, Platone, Raffaello Cortina, Milano, 2018.

non era suscettibile di riprovazione. Per quanto riguarda gli schiavi, essi potevano intrattenere relazioni sessuali solamente con il proprio padrone¹⁴.

Durante l'Impero emerse con forza l'esigenza di controllare con regole l'omosessualità maschile: la ragione, secondo Eva Cantarella, non è solamente ravvisabile nell'ellenizzazione poiché, a partire dal I secolo a.c., infatti, si iniziò a registrare il fatto che alcune personalità politiche di spicco si comportavano, sessualmente, come delle "donne"¹⁵: uno fra questi fu Cesare.

Quanto alla visione da parte degli uomini dell'omosessualità femminile, occorre considerare che le donne romane, al contrario che in Grecia, non erano escluse dalla vita cittadina: anzi, a loro spettava il compito di costruire una società fieramente romana e, per questa ragione, androcentrica, attraverso l'educazione dei figli maschi¹⁶. L'omosessualità femminile non era però socialmente accettata, ma ritenuta "contro natura" e costituente un crimine, cioè un adulterio (pur non specificamente sanzionata).

In epoca imperiale, l'omosessualità maschile cominciò ad essere perseguita penalmente: nel 390 d.c. Valentiniano, Arcadio e Teodosio furono gli autori di una costituzione che andava a punire con il rogo coloro i quali si facevano "donna" nei bordelli; in seguito, con la costituzione di Teodosio il Grande furono puniti con il rogo, invece, tutti gli omosessuali passivi; Giustiniano, sancì anche per gli omosessuali attivi pene durissime.

A giudizio di Eva Cantarella, durante l'epoca imperiale era emersa la necessità di imporre la morale cristiana, la quale, a sua volta, aveva fatto "propria" la condanna di tradizione ebraica dell'omosessualità attiva e passiva¹⁷.

Dopo la caduta dell'Impero romano d'Occidente (476), la persecuzione dell'omosessualità si spostò da un piano "laico" a uno religioso, contrassegnando anche tutta la storia successiva. Fra il VI e il VII sec., infatti, la repressione dei comportamenti omosessuali divenne oggetto di

¹⁴ La pederastia cominciò invece ad essere punita in epoca repubblicana quando fu approvata, intorno al 225 a.c, la *lex Scatinia*: E. Cantarella, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, cit., pp. 130-151.

¹⁵ E. Cantarella, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, cit., p. 200.

¹⁶ E. Cantarella, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, cit., p. 213.

¹⁷ E. Cantarella, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, cit., pp. 244-257.

Cfr. anche C. G. Moretti, *Da Gomorra a Sodoma: l'omosessualità nell'era berlusconiana tra retaggi fascisti e false moralità*, in *Italiana*, Vol. 92, no. 1, 2015, pp. 193-194.

Le prime manifestazioni di riprovazione nei confronti del comportamento omosessuale risalirebbero all'ottavo libro del Levitico, in cui la legge mosaica stabilisce che "non avrai relazioni carnali con un uomo così come si hanno con una donna".

Cfr. anche G. Riccardi, *Omofobia e legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2013, p. 1.

regolamentazione da parte della Chiesa, la quale applicava la pena della penitenza e non quella del rogo o della pena di morte, tipica degli ultimi imperatori romani. Dopo l'anno mille, l'omosessualità in contesti clericali fu duramente criticata nel *Liber gomorrhianus*, il quale, secondo gli storici, rappresenta il primo trattato dell'identità omosessuale, che va oltre l'identificazione dell'essere omosessuale con la (mera) relazione di tipo omosessuale¹⁸.

Con la nascita dei Comuni, i rispettivi governi, alleati con il partito guelfo (composto dalla borghesia mercantile), a sua volta alleato al papato, si iniziò a prevedere la pena del rogo per i complici dei sodomiti.

Dopo la seconda metà del duecento iniziò ad imporsi ovunque il *corpus iuris* di Giustiniano e quindi anche la pena del rogo, tanto che nel 1539 Carlo V introdusse il *Corpus iuris* “come ius commune anche nell'immenso territorio del Sacro Romano Impero”, così trasformando la pena al rogo alla pena “per antonomasia” per sodomiti¹⁹.

A partire dal XVIII secolo si assiste ad una progressiva sostituzione della pena del rogo con sanzioni alternative.-

Il reato di sodomia fu finalmente cancellato in occasione dell'adozione della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, la quale, all'art. 5 prevede che “la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société”²⁰.

Fu Montesquieu a teorizzare la necessità di abolire la pena del rogo per gli omosessuali, considerando preferibile l'azione preventiva “attraverso l'educazione o al massimo con un controllo poliziesco dei comportamenti più scandalosi, quale quello che di fatto era già in atto a Parigi”²¹.

In Italia nota è la presa di posizione di Cesare Beccaria, il quale chiede di “riconsiderare le pene che colpivano ‘i delitti di prova difficile’”, tra cui rientrano i rapporti di “greca libidine”: il reato fu quindi abrogato, senza suscitare particolare scalpore. Come sottolineato dallo storico Dall'Orto, l'abrogazione del reato non dipese dalla diffusione di un sentimento di natura tollerante, bensì

¹⁸ G. Dall'Orto, *Tutta un'altra storia*, Il Saggiatore, Milano, 2015, pp. 122-130.

¹⁹ G. Dall'Orto, *Tutta un'altra storia*, cit., pp. 132-176.

²⁰ Cfr. E. Dolcini, *Omosessualità, omofobia, diritto penale. Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio, L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 16/2021, 2011, p. 2.

²¹ G. Dall'Orto, *Tutta un'altra storia*, cit., p. 421.

Sulla scorta della rivoluzione francese, infatti, viene meno, “con alcune importanti eccezioni, la qualificazione dell'omosessualità in termini di reato, per la mancanza del requisito essenziale della ‘dannosità sociale’ del fatto”. Cfr. G. Riccardi, *Omofobia e legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, cit., p. 4.

dall'impossibilità, per lo Stato, di punire una condotta, a meno che non procuri un danno dimostrabile a qualcuno²².

Anche il codice penale napoleonico sembrò inserirsi in tale contesto socio-normativo²³.

Non è quindi un caso che, stando a quanto previsto dal codice Zanardelli, il rapporto omosessuale non fosse punito in quanto esso doveva essere abbandonato – come peccato – alla sanzione della religione, lasciando da parte il diritto: si tratta, come è stato scritto, di un'impostazione liberale²⁴.

Il ritirarsi del diritto penale era infatti del tutto coerente con la concezione del diritto penale come *extrema ratio* e della conquista del principio di separazione fra diritto e morale²⁵.

Nel fascismo assistiamo a fasi molto diverse quanto alla considerazione e persecuzione dell'omosessualità: in una prima fase, l'omosessualità era ritenuta vizio e patologia.

Infatti, ai sensi dell'art. 528 c.p. del Progetto preliminare di un nuovo codice penale, rubricato "Relazioni omosessuali", "Chiunque, fuori dai casi previsti negli articoli dal 519 a 521. [2], compie atti di libidine su persona dello stesso sesso, ovvero si presta a tali atti, è punito, se dal fatto derivi pubblico scandalo, con la reclusione da sei mesi a tre anni. La pena è della reclusione da uno a cinque anni: 1° - se il colpevole, essendo maggiore degli anni ventuno, commetta il fatto su persona minore degli anni diciotto; 2° - se il fatto sia commesso abitualmente, o a fine di lucro".

Tuttavia, tale soluzione venne abbandonata in quanto il vizio, in realtà, non sarebbe stato così diffuso da richiedere l'intervento della legge penale²⁶.

Piuttosto, un ruolo di rilievo fu ricoperto dal testo unico delle leggi di pubblica sicurezza: tra queste, si segnala il confino, misura di carattere amministrativo e prevista agli artt. 180 e ss.²⁷, che permetteva alle autorità di scegliere un domicilio coatto per la persona colpita dalla misura.

²² Così G. Dall'Orto, *Tutta un'altra storia*, cit., pp. 422-434.

²³ In ogni caso, la forza di polizia ricoprì un ruolo fondamentale nel controllo degli omosessuali durante la rivoluzione francese e durante l'epoca napoleonica. Cfr. M. D. Sibal, *The regulation of male homosexuality in Revolutionary and Napoleonic France, 1789-1815*, in J. Merrick, B. T. Ragan, *Homosexuality in modern France*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1996, pp. 80-101.

²⁴ E. Dolcini, *Omosessualità, omofobia, diritto penale. Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio, L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, cit., p. 5.

²⁵ Per uno studio sull'omosessualità e il diritto penale in occidente cfr. S. Falcetta, *Omosessualità e diritto penale in occidente: profili storici di decriminalizzazione e problematiche aperte*, in *Sociologia del diritto*, 1/2013.

²⁶ Si veda E. Dolcini, *Omosessualità, omofobia, diritto penale*, cit., pp. 5-6.

Contra V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VII, Utet, Torino, 1936, cit., p. 251 ss., come riportato da E. Dolcini, *Omosessualità, omofobia, diritto penale*, cit., p. 6.

L'assenza di misure restrittive viene confermato anche da G. Rossi Barilli, *Il movimento gay in Italia*, Universale economica, Feltrinelli, 1999, p. 19.

Successivamente, a partire dal 1936, si aprì la seconda fase dell'atteggiamento fascista nei confronti dell'omosessualità, caratterizzato dalla conversione della previsione del confinato comune in confinato politico²⁸.

Nel 1940 venne inaugurata un'altra tragica fase: la misura del confino venne sostituita da quella dell'ammonizione, in quanto solo la prima doveva essere destinata agli oppositori politici del regime²⁹.

Il fascismo italiano ebbe, in definitiva, un atteggiamento diverso rispetto al nazismo tedesco. La ragione consiste nel fatto che criminalizzare l'omosessualità, elevarla ad una categoria annoverabile nello stesso concetto di "razza", avrebbe di fatto determinato in capo agli omosessuali la nascita dello status di categoria sociale³⁰. D'altronde in Italia, al contrario di quanto accaduto in Germania³¹, l'omosessualità non era visibile.

Al contrario, in Germania, triste e nota è la creazione da parte di Himmler, capo della polizia del Reich, dell'Ufficio centrale del Reich per la lotta all'omosessualità e all'aborto, per la realizzazione dell'"omocausto"³²: alla base della persecuzione nazista vi era la concezione dell'omosessualità quale malattia.-

I numeri parlano chiaro: tra il 1943 e il 1945, dei 15.000 omosessuali internati solo 4.000 sono sopravvissuti³³. L'omocausto si è basato, di fatto, non su ragioni di natura morale o religiosa, ma di supposta natura scientifica, e proprio per questo oggi ci fa più orrore.

La storia appena illustrata non può non avere un peso sul riconoscimento di una soggettività pubblica.

I nostri costituenti pensavano anche agli omosessuali nel costruire quella persona e quelle libertà fondamentali che ora reclamano avanzamenti giuridici? E se non pensavano a loro, possiamo oggi inserire a pieno titolo, nella carta costituzionale tutte le persone, anche quelle omosessuali? Stando

²⁷ Cfr. G. Riccardi, *Omofovia e legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, cit., p. 4.

²⁸ Per una lettura sulla storia degli omosessuali durante il fascismo e sul confino cfr. G. Goretti, T. Giartosio, *La città e l'isola. Omosessuali al confino nell'Italia fascista*, Donzelli, collana Saggine, Roma, 2006. Cfr. G. Dall'Orto, *Tutta un'altra storia*, cit., pp. 525.

²⁹ Cfr. G. Dall'Orto, *Tutta un'altra storia*, cit., pp. 525.

³⁰ Si veda ancora G. Dall'Orto, *Tutta un'altra storia*, cit., pp. 527.

³¹ Sulla storia "politica" degli omosessuali in Germania cfr. H. G. Stümke, *Homosexuelle in Deutschland. Eine politische Geschichte*, Beck'sche Reihe, München, 1988.

³² Sull'omocausto si veda J. Le Bitoux, *Triangolo rosa. La memoria rimossa delle persecuzioni omosessuali*, Manni, San Cesario di Lecce, 2013.

³³ E. Dolcini, *Omosessualità, omofobia, diritto penale*, cit., che riporta lo studio relativo al nazismo e la persecuzione degli omosessuali, www.arcigaymilano.org.

all'interpretazione del nostro giudice costituzionale, la risposta non è chiara. Mi riferisco alla sent. n. 138 del 2010, dove la Corte costituzionale riconosce alle coppie omosessuali il diritto a vivere “liberamente la propria condizione di coppia”, ai sensi dell’art. 2 della Costituzione, ma afferma in modo deciso l'impossibilità di estendere l'istituto del matrimonio, dal momento che l’art. 29 sarebbe “riservato” alle coppie eterosessuali. Nell’argomentare tale esclusione, la Corte utilizza un’interpretazione “storica” della norma, nata a tutela delle coppie eterosessuali, dal momento che nel 1948 l'omosessualità non era ritenuta fenomeno da disciplinare.

Una chiave interpretativa simile, e sbagliata, a quella impiegata in un'altra famosa decisione, la n. 422 del 1995, dove la Corte bocciò tutte le misure antidiscriminatorie in materia elettorale, dal momento che i costituenti non avevano immaginato di utilizzare il principio di eguaglianza sostanziale per i diritti politici.

In sostanza, nel 1948, nessuno pensava alla necessità di equilibrare le proporzioni di donne e uomini nelle assemblee elettive.

Si tratta, in entrambi i casi, di un'interpretazione che vorrebbe impedire al principio costituzionale di adattarsi a una realtà mutata, un'interpretazione che limita fortemente il significato e la funzione di una Costituzione rigida, di principio, che dovrebbe adattarsi ai mutamenti sociali³⁴.

La prima domanda, che rimane inevitabilmente aperta, sta nella constatazione della novità del tema nell'orizzonte costituzionale: se fino al 1973, l'omosessualità era classificata come “malattia mentale” e se millenni di storia testimoniano inequivocabilmente l'impossibilità, per una persona omosessuale, di definirsi come soggetto di diritto, rimane aperta la domanda se e fino a che punto riusciamo ad adattare oggi istituti nati sulla base dell'esclusione delle persone che vorremmo

³⁴ Per uno studio recente sull'interpretazione della carta costituzionale cfr. A. Longo, *La peculiarità ermeneutica della Costituzione nel tempo: quattro passi su una strada tortuosa*, in *Consulta Online*, 2014, pp. 18-25 e C. Tripodina, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in *Archivio di diritto e storia costituzionali*, 2007, pp. 1-46. Per un recente contributo sul rapporto tra mutamenti sociali e Costituzione, nello specifico, rispetto alla procreazione medicalmente assistita e omogenitorialità, cfr. E. Olivito, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Osservatorio AIC*, 2/2021, pp. 148-153.

Nel ragionare sul matrimonio omosessuale si pone dalla parte della distinzione tra *original intent* e diritto costituzionale libero Spadaro. Cfr. A. Spadaro, *Matrimonio “fra gay”: mero problema di ermeneutica costituzionale - come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa - o serve una legge di revisione costituzionale?* in *wwwforumcostituzionale.it*, 9 settembre 2013, pp. 1-21.

includere. E, soprattutto, se il procedere per inclusioni progressive, se il cammino per piccoli passi non costituisca invece riaffermazione di una differenza, e quindi di una nuova discriminazione³⁵.

3. Definizioni e Carte

Un primo punto, quindi, da cui è necessario partire, sta nella constatazione del riconoscimento (o meno) dell'identità di genere e dell'orientamento sessuale nel nostro ordinamento e sul piano sovranazionale dal punto di vista del diritto positivo.

È solo a livello europeo, infatti, anzitutto nella Carta di Nizza, che l'orientamento sessuale viene testualmente introdotto come specifico fattore di discriminazione. Viceversa, l'identità di genere non viene esplicitamente ricompresa nelle disposizioni antidiscriminatorie del diritto UE.

Tra le norme antidiscriminatorie di diritto primario del diritto dell'Unione Europea, il riferimento è all'art. 21 della Carta di Nizza³⁶ e agli artt. 10³⁷ e 19³⁸ del Trattato sul funzionamento

³⁵ Mi riferisco, in questo senso, anche alla teoria della differenza sessuale. Sulla teoria della differenza sessuale v., fra gli altri, A. Cavarero, *Per una teoria della differenza sessuale*, in AA.VV., *Diotima. Il pensiero della differenza sessuale*, La Tartaruga, Milano, 1987, pp. 173-187; Id., *Die Perspektive der Geschlechterdifferenz*, in "Differenz und Gleichheit", Frankfurt, Ulrike Helmer Verlag, 1990, pp. 95-111; Id., *Equality and Sexual Difference: the Amnesias of Political Thought*, in G. Bock and S. James, Routledge (eds.), "Equality and Difference: Gender Dimensions of Political Thought, Justice and Morality", London, 1991, pp. 187-201; Id., *Il pensiero femminista. Un approccio teoretico*, in F. Restaino, A. Cavarero (a cura di), "Le filosofie femministe", Paravia, Torino, 1999, pp. 111-164.

Sul principio di uguaglianza e genere femminile cfr. Id., *A partire dall'eguaglianza. Un percorso nel pensiero femminista sul diritto*, in *AG About Gender - Rivista internazionale di studi di genere*, 2012/1, pp. 118-150.

Per un'analisi sulla critica al femminismo della differenza di Catharine A. MacKinnon si veda Id., *Stereotipi, discriminazioni, diritti. A proposito delle tesi di C. MacKinnon*, in T. Casadei (a cura di), *Donne, diritto, diritti*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 63-75; ancora, per un'analisi della critica al "femminismo della differenza" dell'autrice americana si veda L. Re, *Lo stereotipo della "differenza sessuale". Analisi di un fraintendimento in Catherine A. MacKinnon*, in *Donne, diritto, diritti*, cit., pp. 77-94.

Sulla nascita dello stereotipo della "diversità naturale" e sull'opportunità di superare la teoria "della differenza" sia consentito rinviare a M. D'Amico, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, cit., pp. 13-18.

Più in generale, sul pensiero femminista sul diritto cfr. A. Facchi, *Il pensiero femminista sul diritto: un percorso da Carol Gilligan a Tove Stang Dahl*, in G. Zanetti (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Raffaello Cortina, Milano, 1999; sul tema relativo alle battaglie "femminili" A. Cavarero, F. Restaino, *Le filosofie femministe. Due secoli di battaglie teoriche e pratiche*, Mondadori, Milano, 2002.

³⁶ Art. 21 CFUE, Non discriminazione, "1. È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale. 2. Nell'ambito d'applicazione dei trattati e fatte salve disposizioni specifiche in essi contenute, è vietata qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità".

³⁷ Art. 10 TFUE, "Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale".

dell'Unione Europea. Un secondo indubbio contributo è stato, poi, offerto dal diritto derivato e, in particolare, riferimenti significativi si rintracciano anche nelle cc.dd. direttive antidiscriminatorie, approvate al fine di concretizzare il principio di non discriminazione, prevendo norme volte al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri in specifici ambiti (prima fra tutte, direttiva 2000/78/CE, in tema di parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro).

Quanto alle direttive, occorre precisare che uno specifico riferimento all'orientamento sessuale si può rintracciare soltanto nella direttiva 2000/78/CE, del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro³⁹.

Come è noto invece, nella nostra Costituzione, vi è un espresso riferimento solo al “sesso”, oltre che alle generiche “condizioni personali” (art. 3, comma primo, Cost.), che certamente sono idonee a ricomprendere anche quelle nozioni⁴⁰. Con il termine “orientamento sessuale” si indica “la scelta del genere del partner nell'ambito della sfera erotico-affettiva”⁴¹ e ci si riferisce quindi alle preferenze sessuali e affettive di un individuo, indipendentemente dal genere, maschile o femminile, a cui appartiene.

L'identità sessuale ricomprende, invece, “sia la componente dell'orientamento sessuale, nella quale è qualificante la dimensione relazionale, sia quella dell'identità di genere”⁴². Più

³⁸ Art. 19 TFUE, (ex art. 13 n. 1 TCE), “1. Fatte salve le altre disposizioni dei trattati e nell'ambito delle competenze da essi conferite all'Unione, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale. 2. In deroga al paragrafo 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono adottare i principi di base delle misure di incentivazione dell'Unione, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, destinate ad appoggiare le azioni degli Stati membri volte a contribuire alla realizzazione degli obiettivi di cui al paragrafo 1”.

³⁹ Accanto alla citata direttiva, si richiamano le altre direttive con cui l'Unione Europea si è occupata di implementare il principio di non discriminazione: direttiva 2000/43/CE; direttiva 79/7/CEE relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale; direttiva 2004/113/CE che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura; direttiva 2006/54/CE riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego; direttiva 2010/41/UE sull'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma.

⁴⁰ Cfr. B. Liberali, *Sesso, genere, orientamento sessuale e identità di genere nei nuovi artt. 604-bis e 604-ter c.p.: una questione (non solo) definitoria*, in *L'omofobia diventa reato: la Camera dà il via libera* - B. Liberali, A. Schillaci, L. Goisis e G. Dodaro – Forum (a cura di C. Caruso, V. Mitiello), in *Giustizia insieme, Diritto e processo penale*, n. 1387, 10 novembre 2020, p. 2.

⁴¹ Cfr. E. Crivelli, *La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, 2011, pp. 6 ss.

⁴² Ibidem, p. 7.

correttamente di “identità sessuale” si può parlare in riferimento alle persone omosessuali che non aspirano ad appartenere a un sesso diverso da quello biologico, bensì a non essere discriminati per la scelta affettiva e sessuale di un partner dello stesso sesso. Rispetto alle persone transessuali, invece, occorre riferirsi all’identità di genere, perché mirano al riconoscimento di questa identità, sia dal punto di vista fisico, sia da quello anagrafico⁴³.

In generale, l’orientamento sessuale “è per sua natura complessa dato che rappresenta il risultato dell’interazione multipla dei diversi significati assumibili dai due fattori che la compongono: orientamento affiancato a sessuale”⁴⁴. L’orientamento sessuale, infatti, “si riferisce, in termini astratti, alle preferenze o inclinazioni di una persona di ordine sessuale, mentre in termini concreti appare idoneo a contenere il riferimento a condotte, pratiche, espressioni o manifestazioni varie (fisiche, verbali e non verbali) di natura sessuale. Anche il termine sessuale ha una duplice connotazione indicando, allo stesso tempo, «un’attrazione o una condotta affettiva ed erotica» così come il sesso o genere delle persone interessate”⁴⁵.

L’identità sessuale è riconducibile più direttamente all’orientamento sessuale, mentre l’identità di genere al mutamento di sesso. E, infatti, “Pur non negando che tra le due dimensioni esista una sorta di contiguità semantica e che anche la sessualità sia parte integrante dell’identità delle persone si preferisce, in ultima istanza, riservare la locuzione identità di genere alle sole questioni di mutamento di sesso, da donna a uomo e da uomo a donna”⁴⁶.

In senso analogo, anche il testo della Convenzione europea dei diritti dell’uomo non contiene alcun riferimento espresso né alla nozione di orientamento sessuale, né a quella di identità di genere (tantomeno a quella di intersessualità). Analogamente, valga altresì sottolineare che il trattato – allineandosi alle opzioni invalse dalle coeve Carte costituzionali nazionali – non menziona mai esplicitamente nemmeno la nozione di genere, preferendovi quella di sesso, viceversa espressamente contemplata a norma dell’art. 14 della Convenzione tra i fattori in relazione ai quali fare operare il divieto di discriminazione.

Dal punto di vista definitorio e dei significati da attribuire alle nozioni di orientamento sessuale e di identità di genere, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo ha, però, avuto

⁴³ Ibidem, p. 8.

⁴⁴ Così, L. Calafà, *Le discriminazioni basate sull’orientamento sessuale*, in M. Barbera, (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 177 ss.

⁴⁵ E. Crivelli, *La tutela dell’orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*, cit., p. 178.

⁴⁶ Ibidem, p. 179.

modo di precisare che l'orientamento sessuale e l'identità di genere sono da ricondurre entro la più ampia definizione di vita privata e che costituiscono elementi della sfera individuale ed intima della persona umana, come tali protetti a norma dell'art. 8 della Convenzione (Cfr. *P. G. & J.H. v. Regno Unito* del 25 settembre 2001).

Pure a fronte di una lettera delle disposizioni della Convenzione che si dimostra apparentemente indifferente ai profili connessi con il genere, qui inteso in senso lato e tale da ricomprendervi sia l'identità di genere che l'orientamento sessuale, l'interpretazione del testo del trattato per opera della Corte europea dei diritti dell'uomo ha consentito negli anni di estendere l'ambito applicativo del divieto di discriminazione anche in favore di questi ulteriori fattori, poggiando su una lettura "aperta" e non esaustiva dell'elenco degli elementi ivi contemplati.

Allo stato attuale, pertanto, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo pacificamente salvaguarda sia l'identità di genere, sia l'orientamento sessuale quali fattori in base ai quali non sono ammesse disparità di trattamento, entrambi ricondotti sotto la locuzione di cui all'art. 14 CEDU, che, appunto, vieta discriminazioni anche in relazione ad ogni "altra condizione", in aggiunta a quelle proprie dei fattori di discriminazione viceversa espressamente menzionati dalla lettera della norma (Cfr., in questo senso, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo* del 21 dicembre 1999, § 28; *Alekseyev c. Russia* del 21 ottobre 2010, § 108; *P.V. c. Spagna* del 30 novembre 2010, § 30; *Identoba e altri c. Georgia* del 12 maggio 2015, § 96).

La Convenzione, come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, non sussume quindi la nozione di orientamento sessuale entro quella di sesso, ma opta per isolarne la rilevanza includendola, unitariamente a quella di identità di genere, tra quegli ulteriori fattori cui l'art. 14 CEDU estende il proprio ambito di protezione.

L'orientamento sessuale e l'identità di genere si sono fatti strada nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non soltanto quali fattori di discriminazione in base ai quali vagliare una dedotta violazione dell'art. 14 CEDU. Si tratta di due nozioni con cui la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha avuto modo di confrontarsi soprattutto con riferimento alla prospettiva del diritto alla vita privata e familiare, di cui all'art. 8 CEDU, e con quella del diritto al matrimonio sancito ai sensi dell'art. 12 CEDU, concorrendo negli anni a irrobustire le tutele nei confronti delle persone LGBTQ+.

Un ultimo aspetto di carattere definitorio sul quale appuntare l'attenzione riguarda, infine, il termine "transessualismo", ricorrente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

a partire dagli anni '80. In tema, basti qui limitarsi a sottolineare che il Giudice europeo si è dimostrato propenso a fare propria una lettura della nozione di transessualismo che la avvicina a quella di identità di genere, mantenendone invece (e correttamente) salda la distinzione con quella di orientamento sessuale.

Alla luce della giurisprudenza, però, sia nazionale che sovranazionale, possiamo oggi riconoscere che esiste un ambito specifico e distinto per il diritto a una identità di genere e a un orientamento sessuale.

Si tratta di ambiti diversi, ma che oggi vengono rimessi in discussione, quanto alla possibilità di tutela dal dibattito che infuria sul DDL Zan che ha voluto introdurre tali definizioni nell'ambito di una normativa di tutela e contrasto contro l'*'hate speech*.

Rispetto al Ddl Zan, si può osservare che il testo unificato inserisce in via esplicita le definizioni di sesso (da intendersi quale "sesso biologico o anagrafico"), di genere (ossia "qualunque manifestazione esteriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse al sesso"), di orientamento sessuale (inteso come "l'attrazione sessuale o affettiva nei confronti di persone di sesso opposto, dello stesso sesso, o di entrambi i sessi") e di identità di genere (ossia "l'identificazione percepita e manifestata di sé in relazione al genere, anche se non corrispondente al sesso, indipendentemente dal- l'aver concluso un percorso di transizione") (art. 1)⁴⁷. Su tali definizioni, come è noto, e come segnaleremo nell'ultima parte del lavoro, infuria la battaglia parlamentare.

Proprio perché è soprattutto a livello giurisprudenziale che il riconoscimento del diritto emerge, in modo progressivo, è alla giurisprudenza che farò ora riferimento, una giurisprudenza che, letta unitariamente, conduce ad alcuni importanti punti fermi.

⁴⁷ Cfr. B. Liberali, *Sesso, genere, orientamento sessuale e identità di genere nei nuovi artt. 604-bis e 604-ter c.p.: una questione (non solo) definitoria*, cit., p. 3. Sulle ragioni per cui il Ddl Zan, secondo alcune critiche femministe, penalizzerebbe le donne, cfr. P. Leocata, *Il Ddl Zan penalizzerà le donne*, in www.libreriadelledonne.it, 24 luglio 2021; si pongono in senso contrario all'utilizzo del termine "genere" anche Arcilesbica e la comunità LGBTQI+. Cfr., rispettivamente, G. Vitale, *Ddl Zan, la presidente di Arcilesbica Gramolini: "Legge sbagliata sull'identità di genere, bisogna cambiare"*, in *La Repubblica*, 9 luglio 2021 e S. Alliva, *Ddl Zan, il movimento Lgbt compatto contro ogni modifica: "Basta mediazioni sulla nostra pelle"*, in www.espresso.repubblica.it, 5 luglio 2021.

Secondo la Sen. Valente, Presidente della Commissione di inchiesta della Camera sul femminicidio e contro ogni violenza di genere, "il termine identità di genere è usato in questi anni con una valenza precisa, gli è stata riconosciuta una sua importanza anche dalla Corte costituzionale. Il rischio però [...] è che un termine usato in una legge in maniera omnicomprensiva rischia di eliminare ogni specificità precisa". E ancora, secondo la Senatrice, la violenza nei confronti delle donne avrebbe origini del tutto diverse rispetto a quella che si scatena sulla comunità omosessuale o transessuale in quanto legate al "possedimento, da parte dell'uomo, delle donne". Cfr. L. Mauri, *Omotransfobia, il Pd e la guerra di parole*. Pini e Di Giorgi: *"La legge sarà modificata"*, in *La Repubblica*, 2 luglio 2020.

4. I percorsi della giurisprudenza. Dall'identità sessuale e dall'identità di genere: il diritto a "cambiare sesso" nell'ordinamento italiano

L'emersione del diritto a una identità sessuale avviene attraverso il riconoscimento per le persone transessuali del diritto a cambiare sesso. Così Franco Modugno annovera fra i cd. "nuovi diritti" anche il diritto alla libertà sessuale o alla sessualità, definendolo come una "esplicazione della libertà personale", riconducendolo al concetto di persona costituzionale tutelata dall'art. 2 Cost. e sottolineandone la inviolabilità e le sue implicazioni. Nella ricostruzione di Modugno, centrale per la definizione di tale identità è appunto il riferimento al diritto del transessuale al cambiamento di sesso⁴⁸.

In Italia ci si occupa presto del problema e infatti la disciplina in tema di rettificazione e di attribuzione del sesso è del 1982⁴⁹: al suo articolo 1 essa stabilisce le modalità attraverso le quali si procede alla rettificazione e alla attribuzione del sesso, prevedendo che: "[l]a rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali".

Per quanto attiene alla procedura giurisdizionale e alle controversie in materia di rettificazione e di attribuzione del sesso, la disciplina di cui agli abrogati artt. 2 e 3 della l. n. 164 del 1982 è attualmente contenuta a norma dell'art. 31 del D.lgs. n. 150 del 2011, *Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69*⁵⁰.

⁴⁸ F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 38-39.

⁴⁹ Si tratta della legge n. 164 del 1982, recante *Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*.

⁵⁰ "1. Le controversie aventi ad oggetto la rettificazione di attribuzione di sesso ai sensi dell'articolo 1 della legge 14 aprile 1982, n. 164, sono regolate dal rito ordinario di cognizione, ove non diversamente disposto dal presente articolo. È competente il tribunale, in composizione collegiale, del luogo dove ha residenza l'attore. 3. L'atto di citazione è notificato al coniuge e ai figli dell'attore e al giudizio partecipa il pubblico ministero. 4. Quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato. Il procedimento è regolato dai commi 1, 2 e 3. 5. Con la sentenza che accoglie la domanda di rettificazione di attribuzione di sesso il tribunale ordina all'ufficiale di stato civile del comune dove è stato compilato l'atto di nascita di effettuare la rettificazione nel relativo registro. 6. La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso non ha effetto retroattivo. Essa determina lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso. Si applicano le disposizioni del

La prima occasione in cui la Corte costituzionale si è occupata di transessualismo giunge a tre anni di distanza dall'entrata in vigore della legge n. 164 del 1982, in occasione della decisione n. 161 del 1985⁵¹.

Ai fini di un inquadramento generale, nella sua decisione, il Giudice costituzionale offre dapprima un quadro ricostruttivo dettagliato della nozione di transessuale⁵² — per poi sottolineare la sensibilità “sociale” con cui si è mosso il legislatore italiano che, anche sulla scorta degli elementi conoscitivi fornitigli dalla scienza medica, ha inteso regolamentare un fenomeno nuovo, che ha portato alla ribalta una nuova concezione dell'identità di genere.

Come precisa la Corte, infatti, la legge ha concorso a introdurre un concetto di identità sessuale nuovo, non più contraddistinto dagli organi genitali esterni, ma anche da elementi di carattere

codice civile e della legge 1° dicembre 1970, n. 898”. Si precisa che il comma 6, art. 31, D.lgs. n. 150 del 2011 è stato inciso dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 170 del 2014.

⁵¹ La questione di costituzionalità era stata sollevata dalla Corte di cassazione, sezione prima civile, sugli artt. 1 e 5 della legge 14 aprile 1982 n. 164 per contrasto con gli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 Cost., nella parte in cui, in luogo che riferirsi alle sole ipotesi “di evoluzione naturale di situazioni originariamente non ben definite, ancorché coadiuvate da interventi chirurgici diretti ad evidenziare organi già esistenti ed a promuoverne il normale sviluppo [...]” si riferiva anche al [...] caso in cui, sulla base di una dichiarata psicosessualità in contrasto con la presenza di organi dell'altro sesso, si intervenga con operazioni demolitorie e ricostruttive ad alterare gli organi esistenti per conferire al soggetto, la mera apparenza del sesso opposto”.

Il giudice *a quo* contestava l'applicabilità della l. n. 162 del 1982 e, dunque, la possibilità di beneficiare della rettificazione del sesso, anche in favore del transessuale, poiché, a suo avviso, l'identità sessuale sarebbe stata soltanto quella determinata dagli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita, o modificati per naturale evoluzione ancorché coadiuvata da interventi chirurgici diretti ad evidenziare organi già esistenti ed a promuoverne il normale sviluppo.

La Corte ha dichiarato inammissibili la questione di costituzionalità dell'art. 5, l. n. 164 del 1982, in relazione agli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 Cost.; dell'art. 1, l. n. 164 del 1982, con riferimento agli artt. 29 e 30 Cost.; non fondata la questione di costituzionalità dell'art. 1, l. n. 164 del 1982, per quanto attiene agli artt. 2 e 32 Cost.

⁵² “Transessuale, secondo la dottrina medico-legale, viene considerato il soggetto che, presentando i caratteri genotipici e fenotipici di un determinato sesso [...] sente in modo profondo di appartenere all'altro sesso (o genere), del quale ha assunto l'aspetto esteriore ed adottato i comportamenti e nel quale, pertanto, vuole essere assunto a tutti gli effetti ed a prezzo di qualsiasi sacrificio. Il desiderio invincibile del transessuale di ottenere il riconoscimento anche giuridico dell'appartenenza all'altro sesso si esprime, da parte sua, nella volontà di sottoporsi ad intervento chirurgico demolitorio e ricostruttivo che operi, per quanto possibile, la trasformazione anatomica (degli organi genitali); intervento visto come una liberazione, in quanto la presenza dell'organo genitale (del sesso rifiutato) dà luogo a disgusto ed a stati di grave sofferenza e di profonda angoscia. Invero, allo stadio attuale delle conoscenze scientifiche, si riconosce che la sindrome transessuale non può essere efficacemente curata né con terapie ormonali né con interventi di psicoterapia e che soltanto l'operazione chirurgica, demolitoria-ricostruttiva, può dare risultati positivi, come è stato verificato nella grande maggioranza dei casi considerati. Nel transessuale, infatti, l'esigenza fondamentale da soddisfare è quella di far coincidere il soma con la psiche [...] ed a questo effetto, di norma, è indispensabile il ricorso all'operazione chirurgica. [...] Ciò che conta [...] è che l'intervento chirurgico e la conseguente rettificazione anagrafica riescono nella grande maggioranza dei casi, come si è detto, a ricomporre l'equilibrio tra soma e psiche, consentendo al transessuale di godere una situazione di, almeno relativo, benessere, ponendo così le condizioni per una vita sessuale e di relazione quanto più possibile normale” (punto n. 3 del *Cons. in Dir.*)

psicologico e sociale, rappresentabile nel senso di un dato complesso che compone la personalità⁵³. Nella decisione, pur adottando una prospettiva nuova e importante, il giudice costituzionale muove comunque dalla prospettiva che ci si debba occupare di una “diversità”, che, come tale, vada trattata, in un’ottica di “assistenza”, non distante dalla prospettiva che definiva fino al 1973 l’omosessualità come malattia mentale. Emblematiche nel linguaggio utilizzato le affermazioni contenute nella parte finale della decisione, secondo le quali il legislatore “si è volut[o] dare carico anche di questi “diversi”, producendo una normativa intesa a consentire l’affermazione della loro personalità e in tal modo aiutarli a superare l’isolamento, l’ostilità e l’umiliazione che troppo spesso li accompagnano nella loro esistenza”⁵⁴.

In relazione ai singoli profili delle questioni sollevate, la Corte costituzionale contesta a monte la tesi del remittente che escludeva la riferibilità della normativa oggetto di censure anche al transessuale, avallando - e in ciò risiede uno dei tratti caratterizzanti la pronuncia - una nuova concezione di identità di genere che si allontana da quella attribuita alla nascita, per abbracciarne, invece, una nozione più ampia e comprensiva anche di quella che emerga successivamente nel corso dello sviluppo della personalità dell’individuo, a nulla rilevando la corrispondenza con il sesso di appartenenza⁵⁵.

Vi è di più, la Corte costituzionale nella sua decisione riconduce il diritto “di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità” nell’alveo protetto dall’art. 2 Cost., ponendo a carico, correlativamente, della collettività il dovere di riconoscerlo concretizzando il principio di solidarietà sociale.

L’evoluzione, anche concettuale, in tema di identità di genere si sviluppa poi successivamente con due importantissime decisioni, n. 221 del 2015 e n. 180 del 2017, dove, chiamata a valutare la legittimità costituzionale della disciplina, nella parte in cui non riconosceva la possibilità di cambiare sesso anche senza sottoporsi all’intervento chirurgico, la Corte afferma in modo

⁵³ Punto n. 4 del *Cons. in Dir.*

⁵⁴ Punto n. 4 del *Cons. in Dir.*

⁵⁵ Si consideri, a questo proposito, che la Corte costituzionale avrebbe individuato “nell’aspetto psicologico il cardine della questione”. Cfr. L. Ferraro, *Il giudice nel procedimento di rettificazione del sesso: una funzione ormai superata o ancora attuale?* in *Questione Giustizia*, 2016.

inequivocabile che “l’identità di genere costituisce un elemento costitutivo del diritto all’identità personale”⁵⁶.

Nella decisione n. 221 del 2015⁵⁷, particolarmente significativi sono alcuni passaggi che investono l’interpretazione della legge n. 164 del 1982, il concetto di identità di genere, il ruolo solo ausiliario e non obbligatorio dell’intervento chirurgico di ri-attribuzione del sesso ai fini della piena tutela del diritto costituzionale all’identità di genere, il collegamento tra l’intervento chirurgico ed il diritto alla salute.

La Corte ribadisce, quindi, per prima cosa, che “l’identità di genere quale elemento costitutivo del diritto all’identità personale, rientra [...] a pieno titolo nell’ambito dei diritti fondamentali della persona”.

In secondo luogo, quanto al trattamento chirurgico, la Corte precisa che il trattamento chirurgico “costituisce solo una delle possibili tecniche per effettuare l’adeguamento dei caratteri sessuali” e che l’esclusione del suo carattere obbligatorio ai fini della rettificazione anagrafica rappresenta una

⁵⁶ Sull’affermazione dell’identità di genere come espressione dell’identità personale si veda I. Rivera, *Le suggestioni del diritto all’autodeterminazione personale tra identità e diversità di genere. Note a margine di Corte cost. n. 221 del 2015*, in *Consulta Online*, 1/2016, spec. pp. 175-177. Per un recente contributo sul rapporto tra identità di genere e identità personale cfr. B. Guaglione, C. Ciccarelli, *Impatto dell’identità di genere e dell’espressione di genere sulla realtà odierna*, in Paper n. 42 a.a. 2019/2020, “Trento Biolaw Selected Student Papers”, redazione dell’articolo terminata il 22 maggio 2020. Sulle recenti richieste di depatologizzazione dei generi non conformi cfr. il recente contributo di F. Saccomandi, *Spesso non binarie, sempre non conformi: la “piena depatologizzazione” delle soggettività trans*, in *GenIUS*, 2/2020, pp. 1-21. Per un contributo contrario all’interpretazione data dalla Corte costituzionale all’identità di genere, in particolar modo in seguito all’adozione della sent. n. 180 del 2017 cfr. M. E. Ruggiano, *Il diritto alla identità di genere: preoccupazioni per la decisione della Corte costituzionale nella sentenza n. 180 del 2017*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 41/2017.

⁵⁷ In occasione della prima, la decisione n. 221 del 2015, la Corte costituzionale si è pronunciata in relazione alla questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale ordinario di Trento sull’art. 1, comma 1, l. n. 164 del 1982, in riferimento agli artt. 2, 3, 32, 117, primo comma, Cost., in relazione all’art. 8 CEDU. Ad avviso del giudice *a quo*, la norma oggetto, nel prevedere che “[l]a rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell’atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali”, si sarebbe posta in contrasto con gli artt. 2 e 117, primo comma, Cost., in relazione all’art. 8 della CEDU, “poiché la previsione della necessità, ai fini della rettificazione anagrafica dell’attribuzione di sesso, dell’intervenuta modificazione dei caratteri sessuali primari attraverso trattamenti clinici altamente invasivi pregiudicherebbe gravemente l’esercizio del diritto fondamentale alla propria identità di genere”. Per analoghi motivi, veniva denunciato anche il contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost., “per l’irragionevolezza insita nella subordinazione dell’esercizio di un diritto fondamentale, quale il diritto all’identità di genere, al requisito della sottoposizione della persona a trattamenti sanitari (chirurgici o ormonali), estremamente invasivi e pericolosi per la salute”.

La Corte, con una interpretativa di rigetto, ha dichiarato infondata la questione offrendo un’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 1, l. n. 164 del 1982, nel senso di escludere che la norma preveda, quale requisito a cui è subordinato l’accoglimento in sede giudiziale della domanda di rettificazione del sesso, la previa sottoposizione dell’interessato/a a intervento chirurgico. Ad avviso della Corte, infatti, l’obbligatorietà della previa sottoposizione al relativo intervento chirurgico “subordinerebbe irragionevolmente l’esercizio del fondamentale diritto all’identità di genere a trattamenti sanitari pericolosi per la salute”.

soluzione che si pone in sintonia con i valori costituzionali, in quanto rimette al singolo la scelta della modalità di realizzazione del percorso di transizione, ove [...] il trattamento chirurgico costituisce uno strumento eventuale. Sul versante del diritto alla salute, infine, la Corte chiarisce che, nei casi in cui “la divergenza tra il sesso anatomico e la psicosessualità sia tale da determinare un atteggiamento conflittuale e di rifiuto della propria morfologia anatomica”, il ricorso alla modificazione chirurgica risulti autorizzabile alla luce della tutela del diritto alla salute.

In senso analogo, si è mossa la Corte nella decisione n. 180 del 2017⁵⁸.

La sentenza in esame si inserisce coerentemente nel solco delle due precedenti pronunce qui richiamate.

Da un lato, il Giudice costituzionale ricorda, evocando per prima la decisione n. 161 del 1985, che, posto che “«la legge n. 164 del 1982 si colloca [...] nell’alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale»⁵⁹, l’art. 1 di detta legge [...]«costituisce l’approdo di un’evoluzione culturale ed ordinamentale volta al riconoscimento del diritto all’identità di genere quale elemento costitutivo del diritto all’identità personale, rientrando a pieno titolo nell’ambito dei diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost. e art. 8 della CEDU)»⁶⁰. Dall’altro, la Corte costituzionale riprende la pronuncia n. 221 del 2015, per enfatizzare, ancora una volta, la non obbligatorietà dell’intervento chirurgico di rettificazione del sesso dal momento che “[l]’aspirazione del singolo alla corrispondenza del sesso attribuitogli nei registri anagrafici, al momento della nascita, con quello soggettivamente percepito e vissuto [...] si realizza attraverso un procedimento giudiziale che garantisce, al contempo sia il diritto del singolo individuo, sia le esigenze di certezza delle relazioni giuridiche, sulle quali si fonda il rilievo dei registri anagrafici”⁶¹.

Nella giurisprudenza costituzionale, quindi, viene riconosciuto pienamente il diritto a una identità di genere diversa da quella attribuita alla nascita e collegata alla sfera intima di libertà

⁵⁸ La questione di costituzionalità era stata sollevata dal Tribunale di Trento in relazione all’art. 1, comma 1, della legge n. 164 del 1982, in riferimento agli artt. 2, 3, 32 e 117, primo comma, Cost., con riferimento all’art. 8 CEDU, nella parte in cui la norma oggetto subordina la rettificazione di attribuzione di sesso alle intervenute modificazioni dei caratteri sessuali della persona istante.

La Corte costituzionale ha dichiarato anche in questo caso l’infondatezza “nei sensi di cui in motivazione” della questione sollevata.

⁵⁹ Cfr. pto. 4.1 del *Cons. in Dir.*

⁶⁰ Cfr. pto. 4.2. del *Cons. in Dir.*

⁶¹ Pto. 5.2. del *Cons. in Dir.*

personale inviolabile, che prescinde dalla necessità di un'operazione chirurgica, legata a quanto soggettivamente percepito e vissuto dal singolo.

Nel contesto appena tracciato vale la pena richiamare la sent. n. 170 del 2014, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della disciplina dettata in materia di rettificazione dell'attribuzione di sesso, nella parte in cui non si prevede che la relativa sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che determina lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, in ogni caso, laddove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con un'altra forma di convivenza registrata, che tuteli in modo adeguato i diritti e gli obblighi della coppia medesima, con le modalità da stabilirsi da parte del legislatore.

Come noto, secondo la Corte costituzionale non sarebbe stato pertinente il riferimento, nell'ordinanza di rimessione, all'asserita lesione degli artt. 8 e 12 CEDU, "invocati come norme interposte, ai sensi della denunciata violazione degli artt. 10, primo comma, e 117, primo comma, Cost."⁶², così come agli artt. 24 e 3 Cost. in quanto, con riferimento al primo parametro costituzionale, non sarebbe "configurabile un diritto della coppia non più eterosessuale a rimanere unita nel vincolo del matrimonio", e, con riferimento al secondo, la diversità della "peculiare" causa dello scioglimento del vincolo matrimoniale ne giustificherebbe la differente disciplina⁶³. Viene ritenuto pertinente, invece, il riferimento all'art. 2 Cost., in quanto al mutamento di sesso di uno dei coniugi consegue la chiusura ad ogni forma di bilanciamento dell'istituto del matrimonio con gli interessi della coppia che, come afferma la Corte costituzionale, "non più eterosessuale", reclama di essere tutelata dal legislatore⁶⁴ 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» (sentenza n. 138 del 2010)"⁶⁵. Sulla base di tale premessa il Giudice delle leggi dichiara "l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982 n. 164, con riferimento all'art. 2 Cost., nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che comporta lo scioglimento del matrimonio, consenta, comunque, ove

⁶² Cfr. p.to 5.3 del *Cons. in Dir.*

⁶³ Così pt.o. 5.4 del *Cons. in Dir.*

⁶⁴ Sulla discrezionalità del legislatore in punto di differenziazione tra matrimonio eterosessuale e regolamentazione dei diritti e dei doveri delle coppie omosessuali cfr. B. Pezzini, *Riconoscere, negare o giustificare la discriminazione matrimoniale delle persone omosessuali? A proposito dell'interpretazione sistematico-originalista del matrimonio nell'articolo 29 Cost.*, in *Focus: Matrimonio, unioni civili e diritti fondamentali*, GenIUS, 2/2014, pp. 17-18.

⁶⁵ Cfr. p.to. 5.6 del *Cons. in dir.*

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, la cui disciplina rimane demandata alla discrezionalità di scelta del legislatore”⁶⁶. La sentenza additiva di principio in questione ha certamente avuto un ruolo fondamentale nella valorizzazione e nel riconoscimento di un diritto fondamentale individuale fondato sull’art. 2 Cost., limitandosi però a fornire un’interpretazione dell’art. 29 Cost. chiusa alla promozione dei “valori di liberazione dell’individuo”⁶⁷ nell’ampio contesto sociale. Secondo la Corte costituzionale, infatti, il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso si sarebbe posto in contrasto con l’art. 29 Cost., mentre la promozione del libero sviluppo della persona nella vita di relazione si sarebbe qualificata quale esigenza costituzionalmente fondata sull’art. 2 Cost. e, quindi, da garantire.

In buona sostanza, entro il tracciato della valorizzazione dell’art. 2 Cost., nel confermare però l’interpretazione “originalista” e tradizionalista dell’art. 29 Cost., già ampiamente operata nella sent. n. 138 del 2010⁶⁸ (cfr. *infra*), la Corte costituzionale ha frenato un pieno e paritario riconoscimento di queste nuove istanze nella società.

Pertanto, l’incisività della sentenza additiva di principio, in realtà, è rimasta circoscritta all’applicazione del diritto nel caso concreto, da parte del giudice a quo, mentre la regolamentazione dei diritti e dei doveri delle coppie omosessuali ha visto la luce soltanto in occasione dell’approvazione della legge n. 76 del 2016.

Una legge che si fonda sulla interpretazione della differenza “naturale”, qualificata non a caso come legge sulle “unioni civili”.

Nello specifico, alla luce della sent. n. 170 del 2014 la legge in commento ha regolamentato le conseguenze derivanti dalla sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso sia a fronte di una unione tra persone dello stesso sesso, sia nel caso di un matrimonio fra persone eterosessuali: nel primo caso, la rettificazione conduce allo scioglimento dell’unione civile, mentre, nel secondo, al matrimonio consegue, sempre laddove i due componenti lo vogliano, l’instaurazione di una unione civile.

⁶⁶ Cfr. p.to 5.7 del *Cons. in dir*

⁶⁷ Così B. Brunelli, *Dimensione antidiscriminatoria del principio di eguaglianza e diritto fondamentale di contrarre matrimonio*, in *Focus: Matrimonio, unioni civili e diritti fondamentali*, *GenIUS*, 2/2014, p. 11.

⁶⁸ G. Brunelli, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. “divorzio imposto”*, in *Articolo29.it*, 2014.

Infine, in un'ottica di diritto comparato, vale la pena di porre in evidenza che nel 2008 il *BVerfG* ha adottato una sentenza rilevante dal punto di vista della tutela dei diritti fondamentali della persona transessuale, cui, pertanto, pare opportuno dedicare qualche riflessione⁶⁹.

In questa pronuncia, il *BVerfG* ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 8 primo paragrafo 1 Nr. 2 della legge sulla modifica del nome e l'accertamento dell'appartenenza al genere sessuale in casi particolari (*Transsexuellengesetz* - TSG), poiché imponeva irragionevolmente il divorzio quale conseguenza del riconoscimento legale del nuovo genere, senza la possibilità di continuare il rapporto di partnership (in origine) fondato sul matrimonio attraverso il riconoscimento di una forma (giuridica) differente ma egualmente tutelativa dei diritti.

Il *BVerfG* specifica, valorizzando la discrezionalità del legislatore, che "l'incostituzionalità dell'art. 8 paragrafo 2 numero 2 del TSG non conduce alla nullità della stessa, ma all'incompatibilità di tale norma con l'art. 2 primo paragrafo in combinato disposto con l'art. 1 primo paragrafo e l'articolo 6 primo paragrafo del GG, atteso che il legislatore ha più possibilità per eliminare il vizio di illegittimità costituzionale. [V]iene posto un Frist nei confronti del legislatore fino a primo agosto 2009. A causa della gravità del pregiudizio che subisce una persona transessuale sposata [...] l'art. 8 paragrafo 1 numero 2 del TSG viene dichiarato non applicabile fino all'entrata in vigore della Neuregelung"⁷⁰.

Come è stato osservato dalla dottrina, con la decisione in commento il giudice delle leggi tedesco si è mostrato attento guardiano dei diritti delle "piccole e piccolissime minoranze", rendendo possibile, come nell'analogo caso italiano, il matrimonio omosessuale di persone precedentemente sposate⁷¹.

Successivamente, è stato regolamentato il matrimonio omosessuale, entrato in vigore il 1 ottobre 2017⁷².

Sempre in tema di diritto all'identità personale, la c.d. *allgemeine Persönlichkeitrechts*, il *BVerfG* ha adottato nel 2017 una pronuncia sull'illegittimità costituzionale della legge che

⁶⁹ Cfr. *BVerfG*, decisione del 27. Mai 2008 - 1 BvL 10/05.

⁷⁰ Cfr. Rn. 73.

⁷¹ Così F. Hufen, *Schutz der bestehenden Ehe eines Transsexuellen*, in *JuS*, 2008, p. 260.

⁷² BGBI. I S. 2787 (Nr. 52)

prevedeva la sola possibilità di registrarsi in qualità di maschio o femmina, ai sensi degli artt. 21, comma 1, numero 3 e 22, comma 3, del *Personenstandgesetz*⁷³.

La pronuncia, per la verità, non interessa direttamente il fenomeno del transessualismo, bensì quello dell'intersessualismo.

La persona intersessuale presenta “anatomie atipiche degli organi sessuali che non permettono di attribuire in maniera univoca la persona all'uno o all'altro sesso”⁷⁴.

Secondo il *BVerfG* l'impossibilità di procedere alla registrazione di un “terzo sesso” o di lasciare “aperto” il sesso di appartenenza rappresenta una violazione del diritto generale della personalità di cui agli artt. 2, primo comma, GG, in combinato disposto con l'art. 1, primo comma, GG, rappresentando la violazione di questa altresì una violazione dell'identità sessuale di chi non è passibile di essere incasellato nel binarismo di genere.

Allo stesso modo, la legge in questione andava a violare anche l'art. 3, terzo comma, GG, che sancisce il principio di eguaglianza, in quanto discriminatoria in ragione dell'appartenenza (*rectius*) della non appartenenza al sesso maschile o femminile.

Pare interessante sottolineare un passaggio in cui il *BVerfG* fa leva sull'interpretazione evolutiva del dettato costituzionale in un'ottica di allargamento del novero dei diritti fondamentali della persona.

Secondo il Tribunale costituzionale federale, nonostante il Costituente, nel 1949, nel formulare l'articolo 3, comma 3 prima frase della Costituzione, non considerasse persone di un ulteriore sesso, non è impedita “l'interpretazione costituzionale che queste persone, alla luce delle conoscenze odierne su ulteriori identità sessuali, siano incluse nella tutela contro le discriminazioni”⁷⁵.

Il legislatore, così come suggerito dalla dottrina⁷⁶ ben prima dell'intervento del *BVerfG*, è intervenuto modificando la legge sullo stato civile e prevedendo la c.d. terza opzione⁷⁷.

⁷³ Cfr. la decisione del 10 ottobre 2017 - 1 BvR 2019/16.

⁷⁴ Così G. Cerrina Feroni, *Intersessualismo: nuove frontiere*, in *Diritto Pubblico comparato europeo*, 2/2015, p. 306.

⁷⁵ Cfr. Rn. 61. Traduzione ripresa dalla presentazione dell'articolo di F. B. d'Usseaux, *Intersessualismo e “terzo sesso”: la rivoluzione copernicana della Corte costituzionale tedesca*, in *Articolo29.it*, 27 novembre 2017.

⁷⁶ Cfr. S. Gössl, *Intersexuelle Menschen und ihre personenstandsrechtliche Erfassung*, in *NZ Fam*, 2016, p. 1123.

⁷⁷ Bundesgesetzblatt Jahrgang 2018 Teil I Nr. 48, ausgegeben zu Bonn am 21. Dezember 2018.

4.1. Il percorso giurisprudenziale europeo e il coraggio della Corte di Giustizia

Anche sul piano sovranazionale, i primi casi che premono davanti alle Corti riguardano persone transessuali: per la Corte di Giustizia, in situazioni di discriminazione in ambito lavorativo, per la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo sotto la duplice angolazione degli artt. 8 e 12 CEDU, da soli oppure in combinato disposto con l’art. 14 CEDU.

La Corte di Giustizia si è inizialmente occupata di transessualismo in occasione della decisione *P/S e Cornwall County City* (30 aprile 1996, C-13/94)⁷⁸.

Chiamata ad occuparsi dei diritti di una persona transessuale in ambito lavorativo, la Corte di Giustizia riconosce che la discriminazione di una persona transessuale rientra a pieno titolo nell’ambito delle “discriminazioni fondate sul sesso”, ritenendo che l’ambito di applicazione della direttiva non possa essere ridotto soltanto “alle discriminazioni dovute all’appartenenza all’uno o all’altro sesso”. Ad avviso del giudice europeo, infatti, lo scopo e la natura dei diritti che la direttiva intende tutelare deve sicuramente estendersi anche “alle discriminazioni che hanno origine, come nella fattispecie, nel mutamento di sesso dell’interessata”. Ciò, in quanto “siffatte discriminazioni si basano essenzialmente, se non esclusivamente, sul sesso dell’interessato. Così, una persona, se licenziata in quanto ha l’intenzione di subire o ha subito un cambiamento di sesso, riceve un trattamento sfavorevole rispetto alle persone del sesso al quale era considerata appartenere prima di detta operazione. In conclusione, la Corte di Giustizia afferma che il rispetto e la dignità della persona transessuale devono essere difesi da questo tipo di discriminazioni, basate appunto sul “cambiamento di sesso”.

Interessante precisare che tale conclusione viene suggerita anche dall’allora Avvocato Generale Tesauero, che in modo molto innovativo rispetto alle concezioni dell’epoca, affronta il tema dell’identità di genere, che richiede di essere tenuta distinta dal concetto di “sesso”, maschile e femminile.

⁷⁸ Il caso riguardava una persona di sesso maschile che lavorava presso un’amministrazione pubblica e che agli inizi degli anni 90’ avviava il percorso per il mutamento del sesso. Non appena concluso l’ultimo intervento chirurgico apprendeva di essere stata licenziata (formalmente a causa di un esubero di personale). Impugnato il licenziamento, la Corte adita decide di operare un rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Giustizia, chiedendo se il principio che impone la parità di trattamento degli uomini e delle donne nella sfera lavorativa (direttiva 76/207/CEE) fosse da applicarsi anche nel caso di una persona transessuale.

Tesauro significativamente esordisce, infatti, ricordando “la tesi, sostenuta con sempre maggiore forza in ambienti medico-scientifici, secondo cui occorrerebbe andare oltre la classificazione tradizionale e riconoscere che, al di là della dicotomia uomo-donna, vi è un ventaglio di caratteristiche, di comportamenti e di ruoli che partecipano dell’uomo e della donna, sicché il sesso dovrebbe piuttosto essere considerato come un continuum. In tale prospettiva, è evidente che non sarebbe lecito continuare a sanzionare esclusivamente le discriminazioni fondate sul sesso che siano riferibili all’uomo e alla donna nel senso tradizionale dei termini, rinunciando invece a tutelare coloro che, precisamente a motivo del loro sesso e/o della loro identità sessuale, sono trattati ugualmente in modo sfavorevole” (cfr. § 17).

L’aspetto innovativo della pronuncia riguarda il fatto che la discriminazione fondata sull’identità di genere – qui con riferimento ad una persona transessuale –, sia pur rientrando formalmente nel novero delle discriminazioni fondate sul sesso, non presenta i medesimi presupposti e caratteristiche. Da notare, tuttavia, che la mancanza di un esplicito riferimento all’identità di genere, come fattore di discriminazione autonomo, finisce qui con il giustificare una interpretazione più estesa della discriminazione fondata sul sesso, senza viceversa isolare l’identità di genere quale fattore di discriminazione a sé stante.

Nel quadro della giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di transessualismo, vi sono almeno altre due decisioni meritevoli di considerazione: si tratta di *K.B. contro National Health Service Pensions Agency* (7 gennaio 2004, C-117/01)⁷⁹ e di *Richards contro Secretary of State for Work and Pensions*, (27 aprile 2006, C-423/04).

Nel primo caso, la ricorrente lamentava di aver subito una discriminazione indiretta in base al sesso: ciò in quanto la legge statale consentiva l’accesso al matrimonio (e a tutti i diritti che da questo derivano, come la pensione di reversibilità) solo alle coppie eterosessuali dalla nascita, escludendo così quelle formatesi in seguito al cambiamento di sesso di uno dei membri della coppia.

⁷⁹ Nel caso in questione, la ricorrente nel giudizio *a quo* era una infermiera iscritta all’ente pensionistico inglese, che aveva una relazione affettiva e di convivenza con donna che, in seguito ad una operazione, cambia sesso e diventa un uomo. Successivamente, all’operazione veniva impedito alla coppia di sposarsi e l’ente previdenziale avvisava la ricorrente che nel caso fosse scomparsa prima del compagno, quest’ultimo non avrebbe usufruito della pensione di reversibilità. Per tale ragione, nasceva il giudizio *a quo* e il tribunale adito, prima di definire il giudizio, proponeva un quesito pregiudiziale alla Corte di Giustizia volto ad apprendere se nel caso di specie si concretizzasse una discriminazione fondata sul sesso.

La decisione della Corte di Giustizia si muove su due binari paralleli. Da una parte, la Corte di Giustizia conferma la giurisprudenza *D. contro Consiglio*, negando che nel caso di specie si realizzi una discriminazione basata sul sesso. Dall'altra, però, ritiene che “in una situazione quale quella di cui alla causa principale esist[a] tuttavia una disparità di trattamento che, pur non mettendo direttamente in causa il godimento di un diritto tutelato dall'ordinamento comunitario, incide su una delle condizioni per la sua concessione” (§ 30, in senso adesivo anche l'Avv. Generale, § 74).

A ben vedere, dunque, il *focus* non è tanto sul diritto alla reversibilità in sé, quanto su quello al matrimonio. E la Corte di Giustizia conclude, infatti, sostenendo che: “l'art. 141 CE osta, in linea di principio, ad una legislazione che [...] impedisca ad una coppia, quale K.B. e R., di soddisfare la condizione del matrimonio, necessaria affinché uno di essi possa godere di un elemento della retribuzione dell'altro – con la conseguenza – che [s]petta al giudice nazionale verificare se, in un'ipotesi quale quella di cui alla causa principale, una persona nella situazione di K.B. possa invocare l'art. 141 CE affinché le si riconosca il diritto di far beneficiare il proprio convivente di una pensione di reversibilità”.

Il caso è di particolare interesse perché riguarda entrambi i fattori di discriminazione in esame, l'orientamento sessuale e l'identità di genere. E, per effetto di entrambi, la Corte esclude la discriminazione in base al sesso (che aveva riconosciuto con riferimento alla sola identità di genere, nel citato caso *P/S*), ma riconosce la disparità di trattamento in relazione ai due nuovi fattori di discriminazione.

Infine, merita, in questa sede, richiamare *Richards contro Secretary of State for Work and Pensions*, che conferma la giurisprudenza inaugurata con *K.B.*⁸⁰.

Alla Corte di Giustizia veniva chiesto di valutare la possibilità di un trattamento pensionistico “di favore”, alla luce del cambiamento di sesso, e, in particolare se “la direttiva 79/7 [relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale] osti al rifiuto di una pensione di vecchiaia, prima del raggiungimento dei 65 anni di età, ad una persona transessuale passata dal sesso maschile a quello femminile, quando invece

⁸⁰ Il caso di specie riguardava una donna, nata nel 1942 e registrata alla nascita come persona di sesso maschile, si sottopone ad intervento chirurgico nel maggio 2001 a seguito di una diagnosi di disforia di genere. Nel febbraio del 2002, compiuti i 60 anni, fa domanda di pensionamento (la legge nazionale prevede come età pensabile: 60 donne e 65 per gli uomini) che viene rigettata perché presentata in anticipo di 4 anni.

essa avrebbe avuto diritto a detta pensione all'età di 60 anni se fosse stata considerata una donna in base al diritto nazionale".

La risposta della Corte è anche in questa pronuncia positiva e si fonda sul principio di parità di trattamento, dal momento che, chiarisce la Corte, "l'art. 4, n. 1, della direttiva 79/7 osta ad una normativa che nega il beneficio di una pensione di vecchiaia ad una persona che, in conformità alle condizioni stabilite dal diritto nazionale, sia passata dal sesso maschile al sesso femminile per il motivo che essa non ha raggiunto l'età di 65 anni, quando invece questa stessa persona avrebbe avuto diritto a detta pensione all'età di 60 anni se fosse stata considerata come donna in base al diritto nazionale" (§ 38). In parole più semplici, la Corte di Giustizia, pur trattando di casi e problematiche attinenti alla sfera lavorativa, riesce a sviluppare una giurisprudenza attenta alla tutela dei diritti delle persone transessuali, ritenendo quindi il tema del cambiamento di sesso come tematica che coinvolge non soltanto la sfera privata della persona, ma tutti gli ambiti di esplicazione della propria vita personale, finanche quello pubblico e lavorativo.

4.2. Corte EDU e transessualismo: dall'art. 12 all'art. 8 CEDU

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha avuto modo, anzitutto, di confrontarsi in diverse e invero risalenti occasioni con vicende che interessavano l'identità di genere.

I primi casi portati all'attenzione della Corte EDU a partire dagli anni '80 hanno riguardato, in particolare e per primo, il transessualismo.

Ci si riferisce ad una serie di pronunce che hanno interessato individui il cui sesso attuale non corrispondeva a quello con il quale erano nati/e oppure che desideravano o chiedevano di potersi sottoporre ad un intervento chirurgico di ri-attribuzione del proprio sesso, lamentando, a seconda delle circostanze delle fattispecie concrete, violazioni dell'art. 8 CEDU oppure anche dell'art. 12 CEDU.

Un primo filone interessante in tema di transessualismo è quello che ha riguardato l'art. 12 CEDU, a tutela del diritto al matrimonio e a fondare una famiglia. E, in verità, il Giudice europeo ha avuto occasione di pronunciarsi prima in relazione ai diritti della persona transessuale al matrimonio che non, più in generale, con riferimento ai diritti protetti dall'art. 8 CEDU.

In tutti questi casi, la Corte EDU, inizialmente, si pronuncia in modo molto prudente e rispettoso della sfera di discrezionalità statale, invocando il principio del “margine di apprezzamento” degli Stati alla luce della complessità e della incertezza della materia.

In questo quadro, interessa richiamare il caso *Rees c. Regno Unito* (17 ottobre 1986). La vicenda riguardava una persona transessuale a cui era stata negata la rettifica del certificato di nascita e che invocava, tra gli altri, la violazione dell’art. 12 CEDU, a motivo del fatto che il mutamento di sesso avrebbe posto nel nulla il proprio rapporto di coniugio, legittimo fintantoché fondato sulla eterogeneità dei componenti della coppia. Si tratta di un caso che ricorda, per certi versi, la sent. n. 170 del 2014 della Corte costituzionale italiana sul cd. “divorzio imposto”, nella quale veniva proprio rivendicato il diritto di una coppia, originariamente eterosessuale e sposata, a rimanerlo anche dopo il cambiamento di sesso di un componente. Come vedremo, la Corte riconosce il diritto a un’unione, ma non al “matrimonio”, alla luce della discutibile distinzione fra coppie eterosessuali e omosessuali inaugurata con la sent. 138 del 2010.

La Corte EDU ritiene di non avere i poteri per discutere la normativa statale, richiamando il c.d. margine di apprezzamento.

A conclusioni non dissimili è giunta la Corte EDU in un caso simile di qualche anno successivo, *Cossey c. Regno Unito* (27 settembre 1990), in cui, ancora una volta, prevalgono esigenze di non interferenza con le scelte discrezionali degli Stati rispetto alla invocata violazione del diritto al matrimonio; ancora, non dissimili sono le conclusioni raggiunte in *Sheffield e Horsham c. Regno Unito* (30 luglio 1998), in cui il Giudice europeo afferma che: “la transessualità continua a sollevare complesse questioni di natura scientifica, giuridica, morale e sociale rispetto alle quali non esiste un approccio generalmente condiviso tra gli Stati contraenti” (Cfr. § 58).

In relazione quindi al “diritto al matrimonio” e all’art. 12 della Carta la Corte EDU lascia inizialmente le persone transessuali senza diritti nello spazio europeo: risulta pertanto molto significativo che, invece, i primi riconoscimenti avvengano con riferimento all’art. 8 CEDU sotto il profilo della sfera personale.

Il primo caso in cui la Corte EDU è giunta ad affermare che non rientra nel margine di apprezzamento statale la possibilità per lo Stato contraente di valutare se concedere o meno la rettifica del certificato di nascita successivamente ad un intervento chirurgico di ri-attribuzione del sesso è il celebre *Christine Goodwin c. Regno Unito* (11 luglio 2002). Nel giudizio, la Corte EDU accerta la violazione dell’art. 8 CEDU sotto il profilo del diritto alla vita privata della persona

transessuale, precisando che “[i]l diritto dei transessuali allo sviluppo della propria persona e alla propria sicurezza fisica e morale [...] non può essere considerato una questione controversa che richiede il passare del tempo per gettare una luce più chiara sulle questioni coinvolte” e, inoltre, che “la condizione insoddisfacente in cui si trovano costrette le persone transessuali che si siano sottoposte a interventi chirurgici di ri-attribuzione del sesso e che si trovano a vivere in una zona intermedia quali appartenenti ad un genere oppure ad un altro non è più sostenibile” (Cfr. § 90; nello stesso senso, anche, *I. c. Regno Unito*, 11 luglio 2002).

La giurisprudenza europea dei primi anni si sofferma, quindi, prevalentemente su profili afferenti alla vita privata e familiare delle persone transessuali, mentre rimane meno centrale il tema della disparità di trattamento sofferta dalla persona transessuale che riceverà, viceversa, e per la prima volta ingresso nella giurisprudenza convenzionale nel 2010 con il caso *P.V. c. Spagna* (30 novembre 2010)⁸¹. In quell’occasione, la Corte EDU, per la prima volta, ha espressamente incluso anche il transessualismo (c.d. *transsexuality*) nel novero dei fattori di discriminazione vietati a norma dell’art. 14 CEDU, distinguendolo dalla nozione di orientamento sessuale e ricordando che la lista dei fattori di discriminazione di cui all’art. 14 CEDU deve essere interpretata come meramente indicativa e non esaustiva (Cfr. § 30). Difettano, tuttavia, allo stato (ultimi dati sono dell’ottobre 2020) casi in cui la Corte europea sia giunta ad accertare la violazione del principio di non discriminazione in relazione a persone transessuali.

Negli anni più recenti, si segnalano due casi meritevoli di un qualche interesse. Ci si riferisce a *Hämäläinen c. Finlandia* (16 luglio 2014) e *Y.Y. c. Turchia* (10 marzo 2015).

Hämäläinen c. Finlandia riguardava una donna transessuale che lamentava l’impossibilità di rimanere sposata successivamente ad un intervento chirurgico di ri-attribuzione del sesso⁸². La ricorrente aveva, così, addotto la violazione dell’art. 12 CEDU, in combinato disposto con gli artt. 8 e 14 CEDU, dal momento che l’unione civile non poteva considerarsi sovrapponibile in termini di diritti e doveri all’unione civile. La Grande Camera sceglie di decidere il caso alla luce del solo art. 8 CEDU e, soprattutto, prendendo le mosse da un interrogativo preliminare. La Grande Camera si

⁸¹ Il caso riguardava una donna transessuale che aveva avuto un figlio prima di procedere all’intervento chirurgico di ri-attribuzione del sesso e a cui erano state interdetto le visite al figlio.

⁸² All’esito dell’operazione, l’unione coniugale risultava, infatti, contratta tra persone dello stesso sesso in violazione della legge dello Stato che, viceversa, imponeva l’alternativa tra scioglimento automatico del matrimonio tramite divorzio oppure la conversione del matrimonio in unione civile registrata a fronte di un legame familiare tra due persone dello stesso sesso.

chiede infatti se dall'art. 8 CEDU possa essere fatta discendere un'obbligazione positiva da porre in capo agli Stati contraenti e avente ad oggetto la previsione di una disciplina, ove assente, che consenta di preservare intatto il vincolo matrimoniale anche a seguito di un intervento di ri-attribuzione del sesso che trasformi un matrimonio da etero a omosessuale. La conclusione della Grande Camera è stata, però, nel senso di escludere siffatta interpretazione estensiva dell'art. 8 CEDU, facendo agio sull'ampio margine di apprezzamento da riservare agli Stati a fronte dell'assenza di un consenso a livello di Consiglio d'Europa in punto di regolamentazione della sorte di vincoli matrimoniali originariamente eterosessuali ma mutati in omosessuali a seguito di interventi di ri-attribuzione del sesso cui si sia sottoposto uno dei due componenti della coppia. La pronuncia della Grande Camera è stata giustamente oggetto di pesanti critiche nell'opinione dissenziente dei giudici Sajó, Keller e Lemmens, in cui si argomenta la difettosa tutela riservata ai diritti delle persone transessuali rispetto a quella viceversa accordata nella più recente giurisprudenza alle coppie omosessuali.

Più soddisfacenti nella prospettiva del rafforzamento delle tutele riservate alle persone transessuali sono state, invece, le conclusioni raggiunte dalla Corte EDU in *Y.Y. c. Turchia*. Il caso nasce dal ricorso di una persona transessuale a cui era stata negata la possibilità di sottoporsi ad un intervento chirurgico di ri-attribuzione del sesso a motivo del fatto che il ricorrente non era sterile. La Turchia subordinava, infatti, la sottoposizione a interventi chirurgici di ri-attribuzione alla condizione che l'interessato fosse impossibilitato a procreare. Il ricorrente, pertanto, lamentava la violazione dell'art. 8 CEDU sotto un duplice profilo: da un lato, infatti, lo Stato gli precludeva l'accesso all'intervento chirurgico di ri-attribuzione del sesso; dall'altro, gli imponeva di sottoporsi ad una procedura di sterilizzazione forzata quale preconditione per potersi sottoporre all'intervento di riassegnazione del sesso. In questa occasione, la Corte EDU ha accertato la violazione del diritto alla vita privata del ricorrente ai sensi dell'art. 8 CEDU, sottolineando che "il diritto dei transessuali allo sviluppo personale e alla sicurezza fisica e morale, nel senso pieno garantito socialmente a tutti, non può essere trattato come un problema di cui discutere". La sentenza della Corte si pone così in linea con la propria giurisprudenza precedente, che aveva già accertato violazioni dell'art. 8 CEDU sotto il profilo del diritto alla vita privata della persona transessuale⁸³, e ha trovato conferme in una

⁸³ Cfr., anche, *L. c. Lituania*, 11 settembre 2007; *Schlumpf c. Svizzera*, 8 gennaio 2009.

pronuncia successiva contro la Francia⁸⁴ e, più di recente, in altre pronunce contro la Bulgaria⁸⁵, l'Ungheria⁸⁶ e la Romania⁸⁷.

Anche l'Italia è stata negli anni più recenti protagonista di un caso in tema di transessualismo. Il riferimento è a *S.V. c. Italia*⁸⁸, conclusosi anch'esso con l'accertamento di una violazione dell'art. 8 CEDU, e quindi al diritto alla vita privata, alla lice del rifiuto delle autorità nazionali di acconsentire alla modifica del nome della ricorrente prima dell'intervento chirurgico di ri-attribuzione del sesso.

In Italia e in Europa, non è quindi più in discussione, almeno sul piano normativo e giurisprudenziale, il diritto a scegliere la propria identità di genere come diritto della persona, inalienabile, indisponibile, con cui la persona possa esistere e proiettarsi nella società.

Una identità legata alla sfera, intima, della propria sessualità. Il diritto è quindi ritenuto “fondamentale” e “inviolabile” come aspetto soggettivo e individuale.

Si tratta però, alla luce delle norme e dei casi decisi dalle Corti, di una identità “diversa”, quando la si proietta nelle proprie scelte di vita, come quella di vivere una dimensione pubblica di coppia oppure quella di avere una famiglia.

5. L'orientamento sessuale e il suo travagliato riconoscimento come “diritto ad avere diritti”. Il difficile cammino in Italia

Più difficile, anche a livello giurisprudenziale, è stato il riconoscimento del diritto a un “orientamento sessuale”, riconoscimento che si fa strada con la richiesta portata davanti alle Corti di un diritto “al matrimonio” da parte delle coppie omosessuali. Anche in questo ambito, è possibile osservare come le vicende italiane ed europee si intrecciano in modo significativo, sia dal punto di vista cronologico, che sotto il profilo contenutistico.

In Italia la strada è stata certamente lunga e si riallaccia in modo significativo anche alla difficoltà di una interpretazione evolutiva del concetto di famiglia, per lungo tempo circoscritto

⁸⁴ Si tratta del caso *Garçon e Nicot c. Francia*, 6 aprile 2017.

⁸⁵ *Y.T. c. Bulgaria*, 9 ottobre 2020.

⁸⁶ *Rana c. Ungheria*, 16 luglio 2020.

⁸⁷ *X. e Y. c. Romania*, 19 gennaio 2021.

⁸⁸ Cfr. *S.V. c. Italia*, 11 ottobre 2018.

nella giurisprudenza costituzionale a quella “legittima” fondata sul matrimonio, alla luce del testo formale di cui all’art. 29 Cost.

Il percorso che ha condotto al riconoscimento del rilievo costituzionale della unione omosessuale è stato complesso e ha preso avvio dalla preliminare valorizzazione, in generale, della convivenza di fatto eterosessuale. Solo successivamente la Corte ha avuto occasione di definire questioni che direttamente avevano a oggetto la posizione della coppia omosessuale.

Tale aspetto è particolarmente significativo, poiché il percorso che segna nella giurisprudenza costituzionale il passaggio di pieno rilievo assegnato anche alla convivenza di fatto (eterosessuale) è funzionale al successivo riconoscimento della coppia omosessuale (e se ne ritrovano indubbi passaggi motivazionali, in particolare, nella sent. n. 138 del 2010).

Se, infatti, in un primo momento la Corte costituzionale ha rilevato l’inapprezzabilità del rapporto “di fatto” poiché privo delle caratteristiche di certezza e di stabilità, proprie della famiglia legittima. La Corte infatti con la sent. n. 127 del 1997 aveva espressamente chiarito che “solo il rapporto coniugale è caratterizzato da stabilità e certezza e dalla reciprocità e corrispettività di diritti e doveri che nascono dal matrimonio”⁸⁹.

In un secondo momento, e precisamente in occasione della sent. n. 404 del 1988, viene riconosciuto il diritto del convivente a succedere nel contratto di locazione in caso di morte del conduttore in ragione del carattere irragionevole della norma censurata, che risultava in una violazione del diritto fondamentale all’abitazione ex art. 2 Cost.⁹⁰. È bene sottolineare che, in ogni caso, in questa decisione la Corte costituzionale non giunge affatto a equiparare la condizione dei coniugi a quella dei conviventi (in tal caso eterosessuali). Essa, infatti, estende il riconoscimento del diritto di succedere nel contratto di locazione a partire dalla irragionevole esclusione di questi ultimi dal godimento del diritto all’abitazione, ferme restando le differenze che di fatto caratterizzano i due istituti.

⁸⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 127 del 1997, che richiama la precedente sentenza n. 8 del 1996.

⁹⁰ Così, la Corte costituzionale affermava che “l’art. 3 della Costituzione va qui invocato [...] non per la sua portata eguagliatrice, restando comunque diversificata la condizione del coniuge da quella del convivente more uxorio, ma per la contraddittorietà logica della esclusione di un convivente dalla previsione di una norma che intende tutelare l’abituale convivenza. Se l’art. 3 della Costituzione è violato per la non ragionevolezza della norma impugnata, l’art. 2 lo è quanto al diritto fondamentale che nella privazione del tetto è direttamente leso”.

Ancora, si ritiene opportuno richiamare la sent. n. 559 del 1989⁹¹, in tema di riconoscimento diritto del convivente a succedere nella posizione del convivente assegnatario dell'alloggio di edilizia residenziale in caso di abbandono dell'alloggio da parte di quest'ultimo. Degna di nota è anche la sent. n. 6 del 1977, in occasione della quale la Corte costituzionale ha sollecitato l'intervento del legislatore affinché includesse anche il convivente tra i prossimi congiunti a cui è riconosciuta la facoltà di astenersi dal deporre nel processo penale⁹².

Interessante è, da ultimo, la sent. n. 8 del 1996 in cui la Corte costituzionale è stata chiamata a decidere sulla costituzionalità della mancata estensione al convivente della causa di non punibilità prevista nel caso di favoreggiamento personale quando il fatto sia stato commesso essendo costretti dalla necessità di salvare il coniuge da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore.

Ebbene, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione rispetto all'art. 3 Cost., in quanto mirando ad una decisione additiva, essa implica l'esercizio di potestà discrezionali riservate al legislatore ed eccedenti quelle del Giudice costituzionale; non fondata rispetto all'art. 29 Cost., in quanto la valutazione, differenziatrice del rapporto di convivenza di fatto rispetto al vincolo coniugale, operata dall'art. 29, quale punto di vista di principio assunto dalla Costituzione, costituisce criterio vincolante di comprensione e classificazione, e quindi di assimilazione o differenziazione, dei relativi fatti sociali giuridicamente rilevanti.

Alla luce di quanto appena richiamato, è possibile affermare che la Corte costituzionale ha inteso fondare l'esigenza costituzionale di una regolamentazione delle formazioni sociali diverse dalla famiglia fondata sul matrimonio sull'art. 2 Cost., non considerando il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. proprio in virtù della peculiare interpretazione – ristretta - dell'art. 29 Cost., riferibile ad un concetto di famiglia “fondata sul matrimonio”.

Tale giurisprudenza è significativa, proprio perché il Giudice delle leggi sembra avere utilizzato la stessa impostazione nell'adozione della sent. n. 138 del 2010, anteponendo, come già rilevato in altra sede, l'argomentazione fondata sull'art. 29 Cost. a quella sull'art. 3 Cost.

⁹¹ Corte costituzionale, sentenza n. 559 del 1989.

⁹² In questo senso Corte costituzionale, sentenza n. 6 del 1977, in cui il Giudice costituzionale rilevava che “la normale presenza di quegli interessi — ossia l'esigenza di tutelare il sentimento familiare — non dovrebbe rimanere senza una tutela per le dette situazioni omesse ed in particolare per quella che ricorre nella specie. E sarebbe, quindi, compito del legislatore di valutare, per detti interessi, l'importanza e la diffusione”.

Chiamata ad estendere l'istituto del matrimonio anche a coppie dello stesso sesso, la Corte nega la possibilità di tale equiparazione ritenendo che la famiglia "naturale" sia solo quella descritta dal testo dell'art. 29 Cost., e cioè quella di una coppia eterosessuale, unita in matrimonio.

Nel restringere la nozione di famiglia, la Corte tuttavia fa un importante riconoscimento per le coppie omosessuali, fondandolo sull'art. 2 Cost., lo stesso parametro utilizzato per la prima volta per riconoscere i diritti della famiglia "di fatto": ai sensi dell'art. 2 Cost., alle unioni omosessuali viene espressamente riconosciuto il diritto di vivere la propria condizione di coppia. Come noto e a tal proposito, il Giudice delle leggi ha affermato che "[l]'art. 2 Cost. dispone che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Per formazione sociale deve quindi 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"⁹³.

Di qui il riferimento alla sfera discrezionale del legislatore nell'individuazione della regolamentazione del legame giuridico tra persone dello stesso sesso.

Nella stessa decisione, però, utilizzando una interpretazione che è stata non a torto definita come "originalista", la Corte ritiene che la "famiglia naturale" sia solo quella fondata sul "matrimonio", descritta testualmente dai nostri costituenti. Curiosa la circostanza che analoga interpretazione "originalista" abbia ispirato la Corte quando si trattò di bocciare, nella sent. n. 422 del 1995, le cd "quote rosa" in materia elettorale. Anche in quel caso, si disse, i costituenti non avevano pensato a una interpretazione "sostanziale" dell'art. 51 Cost.⁹⁴.

Così viene negata nella decisione la possibilità di garantire direttamente i diritti delle persone omosessuali – in particolare attraverso il riconoscimento formale e sostanziale della propria unione

⁹³ Cfr. cons. in dir. p.to. 8.

⁹⁴ In generale sulle problematiche sottese alle questioni e alla parità di genere nella rappresentanza politica sia consentito il rinvio alle più ampie e approfondite osservazioni svolte in M. D'Amico, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, Giappichelli, Torino, 2011, oltre che a S. Leone, *L'equilibrio di genere negli organi politici. Misure promozionali e principi costituzionali*, FrancoAngeli, Milano, 2013.

con l'estensione dell'istituto matrimoniale – nella prima formazione sociale garantita dalla Costituzione, quella della “famiglia”. Tale impostazione ha poi avallato anche varie tesi dottrinali volte a distinguere e a differenziare coppia da coppia, rimanendo un punto fermo per la giurisprudenza successiva e anche per il legislatore che nella legge n. 76 del 2016 non ha parlato di matrimonio, ma di unione civile, pur estendendo alle coppie omosessuali tutta la disciplina civilistica prevista per il primo istituto (tranne i riferimenti all'adozione e all'obbligo di fedeltà).

Successivamente, la Corte conferma la propria impostazione in altre decisioni, e, in particolare, nel noto caso sul cd. “Divorzio imposto”, a seguito del cambiamento di sesso di uno dei due coniugi⁹⁵, riaffermando l'interpretazione “originalista” e tradizionalista dell'art. 29 Cost. già ampiamente operata nella sent. n. 138 del 2010.

Quello che preme sottolineare nella presente sede consiste nel fatto, però, che nella sentenza sul c.d. “divorzio imposto” la Corte costituzionale, facendo leva, ancora una volta, sull'art. 2 Cost., ha rafforzato ulteriormente il monito contenuto nella sent. n. 138 del 2010, adottando – non casualmente – una pronuncia additiva di principio, di per sé più incisiva rispetto alla tipologia decisionale corrispondente al monito⁹⁶.

In particolare, in questa occasione la Corte ha demandato al legislatore il compito di regolamentare la situazione in cui si trovi una coppia sposata, laddove uno dei suoi componenti decida di rettificare il proprio sesso: in tal caso, imponendosi lo scioglimento del matrimonio, è necessario che l'ordinamento provveda a fornire uno strumento di riconoscimento del legame che in ogni caso la coppia desidera mantenere.

L'incisività di tale tipologia decisionale, in realtà, è risultata mera apparenza: come noto, la regolamentazione dei diritti e dei doveri delle coppie omosessuali (richiamata nella sent. n. 138 del 2010) e quella della specifica situazione della coppia sposata o anche unita civilmente nella quale un componente rettifichi il proprio sesso (come richiesto dalla sent. n. 170 del 2014) ha visto la luce

⁹⁵ I principi affermati dalla Corte costituzionale in occasione della sent. n. 138 del 2010 sono stati riaffermati, peraltro, in due successive ordinanze, la n. 276 del 2010 e la n. 4 del 2011.

⁹⁶ Come noto, secondo la Corte costituzionale “Tuttavia, non ne è possibile la *reductio ad legitimitatem* mediante 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. Sarà, quindi, compito del legislatore introdurre 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. E tal compito il legislatore è chiamato ad assolvere con la massima sollecitudine per superare la rilevata condizione di illegittimità della disciplina in esame per il profilo dell'attuale deficit di tutela dei diritti dei soggetti in essa coinvolti”. Così il cons. in dir. p.to 5.6.

soltanto in occasione dell'approvazione della legge n. 76 del 2016. Una legge che si fonda sulla interpretazione della differenza naturale, qualificata non a caso come legge sulle "unioni civili".

E, infatti, in tale disciplina il legislatore, come si è accennato, da un lato ha esteso la regolamentazione del matrimonio (eterosessuale) all'istituto dell'unione civile, con esclusione del dovere di fedeltà e della materia delle adozioni; dall'altro ha espressamente previsto che il matrimonio (eterosessuale) si trasformi laddove la coppia lo desideri in una unione civile (omosessuale) in caso di mutamento di sesso di un suo componente. Allo stesso modo, l'unione civile si trasforma sempre in presenza del consenso della coppia in matrimonio a seguito di rettificazione di sesso di una delle due parti dell'unione.

Occorre peraltro sottolineare che l'intervento del legislatore, comunque tardivo se si considera che la decisione della Corte n. 138 è del 2010, è avvenuto (anche) a seguito della decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo resa nei confronti dell'Italia nel caso *Oliari e altri* del 2015, con cui precisamente si rilevava la situazione di violazione dei diritti delle coppie dello stesso sesso e sulla quale si tornerà specificamente oltre⁹⁷.

5.1. La prospettiva europea: dal lavoro ai diritti civili

Il tema delle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale viene affrontato dalla Corte di Giustizia sotto diverse prospettive, coinvolgendo prevalentemente la sfera lavorativa.

La prima occasione in cui la Corte di Giustizia si è confrontata con il tema delle discriminazioni in tema di orientamento sessuale è stata nella decisione *Grant contro South-West Trains* (17 febbraio 1998, C-249/96).

I quesiti pregiudiziali erano sorti nell'ambito di un ricorso proposto da una dipendente di una compagnia ferroviaria, la sig.ra Grant, che si era vista negare la richiesta di fruire di agevolazioni di viaggio per la compagna, con cui aveva una relazione stabile. La compagnia ferroviaria riservava, infatti, tali agevolazioni ai soli coniugi e *partner* stabili dei dipendenti e delle dipendenti, purché fossero di sesso opposto a quello del dipendente o della dipendente che ne avanzava la relativa

⁹⁷ Sulla decisione della Corte EDU si veda specificamente C. Nardocci, *Dai moniti del Giudice costituzionale alla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo. Brevi note a commento della sentenza Oliari e altri c. Italia*, in *Forumcostituzionale.it*, 3 settembre 2015.

richiesta. La sig.ra Grant si era, quindi, rivolta ad un tribunale inglese sostenendo che il diniego opposto costituiva una discriminazione basata sul sesso, in contrasto con la legge inglese sulla parità di retribuzione (l'*Equal Pay Act* 1970) e con norme della Comunità (in particolare, l'art. 119 TCE e la direttiva 76/207). La discriminazione era evidente: un collega eterosessuale della sig.ra Grant, a parità di condizioni, aveva ottenuto quelle stesse agevolazioni.

La Corte di Giustizia in questo caso nega la sussistenza di una discriminazione basata sul sesso, dal momento che, a suo avviso, la condizione prevista dal regolamento aziendale si sarebbe applicata in maniera indistinta anche qualora il ricorrente fosse stato un uomo omosessuale (§ 28). In secondo luogo, il Giudice dell'Unione, richiamando la giurisprudenza del Corte EDU sugli artt. 8 e 12 della Convenzione affermava che: “allo stato attuale del diritto nella Comunità, le relazioni stabili tra due persone dello stesso sesso non sono equiparate alle relazioni tra persone coniugate o alle relazioni stabili fuori del matrimonio tra persone di sesso opposto. Di conseguenza, un datore di lavoro non è tenuto in forza del diritto comunitario ad equiparare la situazione di una persona che abbia una relazione stabile con un compagno dello stesso sesso a quella di una persona che sia coniugata o abbia una relazione stabile fuori del matrimonio con un compagno di sesso opposto” (§§ 33-34).

Un aspetto interessante della decisione riguarda i suoi rapporti con il caso *P/S e Cornwall County City*, nella quale viene accolta una nozione meno “rigida” di discriminazione fondata sul sesso⁹⁸.

Nel novero della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea vi sono, però, almeno altri due casi meritevoli: si tratta di *Tadao Maruko contro Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* 81 aprile 2008, C-267/069 e di *Relu Adrian Coman e a. contro Inspectoratul General pentru Imigrări e Ministerul Afacerilor Interne* (5 giugno 2018, C-673/16), entrambi noti *leading cases* della giurisprudenza europea.

Tadao Maruko contro Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen riguardava la vicenda del sig. Maruko, partner di un noto stilista tedesco, con il quale nel 2001 aveva costituito una unione solidale. Dopo la scomparsa del partner 2005, il sig. Maruko si era rivolto all'ente previdenziale (Vddb) cui era iscritto il partner al fine di ottenere la pensione di reversibilità. L'Vddb rigettava,

⁹⁸ In generale, per ampi riferimenti alle tematiche sottese all'uguaglianza di genere riconosciuta a livello di Unione Europea si vedano le recenti riflessioni di A. Sciortino, *L'uguaglianza di genere nell'UE: categorie giuridiche e tutele*, in *Rivista AIC*, 2020, IV, pp. 19 ss.

però, la richiesta in forza del contratto collettivo dei teatri tedeschi che assegnava tale beneficio alle sole coppie sposate e di sesso opposto. Il diniego viene così impugnato dal ricorrente dinanzi al giudice a quo, lamentando la lesione del principio di parità di trattamento con riferimento alla legge tedesca sulle unioni solidali registrate (LPartG, che all'art. 46 n. 4 equipara in tema di pensione di reversibilità l'istituto del matrimonio con quello dell'unione solidale). In altri termini, secondo il ricorrente l'esclusione cui è soggetto concretizzerebbe una vera e propria discriminazione fondata sull'orientamento sessuale.

Il giudice a quo decide quindi di sollevare una serie di quesiti pregiudiziali interpretativi. Con i primi due e il quarto si chiede se la pensione di reversibilità spettante al partner superstite di una unione solidale rientri nella sfera di applicazione della direttiva 2000/78. La Corte risponde in senso affermativo. La direttiva si applica.

Con la terza questione viene chiesto di valutare se il diniego ricevuto dal sig. Maruko costituisca o meno una discriminazione indiretta ai sensi della direttiva 2000/78. A sostegno, viene affermato che il sig. Maruko, non potendo accedere all'istituto del matrimonio (elemento neutro), non può giovare di alcuni benefici spettanti alle sole coppie sposate. Si realizzerebbe così una discriminazione indiretta sulla base dell'orientamento sessuale.

La Corte di Giustizia non accoglie questa lettura e definisce invece come diretta la discriminazione subita dal sig. Maruko. Ciò in quanto l'ordinamento tedesco in ambito previdenziale equipara la disciplina riservata al matrimonio con quella applicabile all'unione solidale. I due istituti, pertanto, costituiscono situazioni analoghe, la cui comparazione può dar luogo ad una discriminazione diretta⁹⁹.

Venendo, invece, al più recente caso *Relu Adrian Coman e a. contro Inspectoratul General pentru Imigrări e Ministerul Afacerilor Interne* del 5 giugno 2018, esso riguardava la vicenda di un cittadino rumeno, il sig. Coman, e uno americano, il sig. Hamilton, che si erano sposati in Belgio, paese di residenza di entrambi. Dopo alcuni anni dalle nozze, la coppia aveva deciso di trasferirsi in Romania, dove viceversa era vietata qualsiasi forma di unione tra persone dello stesso sesso.

L'ispettorato generale dell'Immigrazione rigettava così la richiesta di ricongiungimento familiare; rigetto che viene successivamente impugnato dinanzi al Tribunale di prima istanza, che

⁹⁹ Questo profilo verrà ripreso e precisato nel caso *Jürgen Römer contro Freie und Hansestadt Hamburg*, 10 maggio 2011, C-147/08.

solleva questione di legittimità costituzionale. Il Tribunale costituzionale rumeno, a sua volta, si rivolgeva alla Corte di Giustizia, chiedendo se la disciplina nazionale fosse di ostacolo al corretto esercizio del diritto di libera di circolazione.

Nella sua decisione, la Corte di Giustizia ha significativamente affermato che le norme che vietano il matrimonio tra persone dello stesso sesso impediscono di fatto la libertà di circolazione delle persone e si traducono, quindi, in una violazione dell'art. 21, § 1 del TFUE: pertanto nel caso di specie, la Romania non poteva impedire il trasferimento della coppia nel Paese di origine di uno dei due.

In aggiunta, si segnala che in motivazione la Corte di Giustizia fa leva anche sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, prescritto all'art. 7 della Carta di Nizza, che va letto anche alla luce dell'art. 8 CEDU, così come interpretato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso *Orlandi c. Italia* del 14 dicembre 2017 (§ 50).

5.2. Corte Edu e orientamento sessuale: dalla vita privata alla vita familiare

Sul versante del diritto internazionale, la giurisprudenza si è sviluppata nel corso degli ultimi decenni, progressivamente irrobustendo lo *status* delle persone omosessuali entro il sistema della Convenzione.

In termini generali, può affermarsi che la giurisprudenza della Corte EDU su tematiche che investono l'orientamento sessuale dell'individuo ha conosciuto uno sviluppo più consistente rispetto a quanto verificatosi con riferimento al transessualismo e all'identità di genere.

In questo contesto, primo caso da ricordare è senza dubbio il noto *Dudgeon c. Regno Unito* (22 ottobre 1981), in cui la Corte EDU si è espressa in relazione ad una vicenda sorta in Irlanda del Nord, che all'epoca sanzionava penalmente i rapporti sessuali consenzienti tra persone dello stesso sesso. La Corte EDU, in quell'occasione, ha accertato la violazione dell'art. 8 CEDU sotto il profilo del diritto alla vita privata, ma non familiare, e si è astenuta dall'esprimersi in ordine alla pure dedotta incompatibilità con l'art. 14 CEDU, letto in combinato disposto con l'art. 8 CEDU (Cfr., in

senso analogo, successivamente, *Modinus v. Cipro* del 25 marzo 1993, *Norris v. Irlanda* del 26 ottobre 1988)¹⁰⁰.

Pure a fronte dell'omesso rilievo assegnato al divieto di discriminazione, la pronuncia rimane di sicura importanza per avere il Giudice europeo per la prima volta assicurato una prima forma di tutela in favore delle persone omosessuali, accertando l'illegittimità dell'interferenza statale.

Un altro caso da ricordare è *Lusting-Prean e Beckett c. Regno Unito* (27 settembre 1999). La vicenda riguardava l'esonero, poiché omosessuali, di due ufficiali della marina. In modo significativo, in quell'occasione, la Corte EDU ha condannato lo Stato riscontrando la violazione dell'art. 8 CEDU in relazione al diritto alla vita privata. Interessante, nella prospettiva di indagine, il passaggio della motivazione in cui la Corte di Strasburgo ha affermato che: "nella misura in cui tali atteggiamenti negativi corrispondono ai pregiudizi di una maggioranza eterosessuale nei confronti di una minoranza omosessuale, la Corte non può considerarli di per sé una ragione sufficiente alle ingerenze nei diritti summenzionati dei ricorrenti" (§ 90). Si tratta di un inciso particolarmente importante che denota la sensibilità del Giudice europeo nei confronti dell'omosessualità, ma anche, e forse soprattutto, la preferenza per l'approccio contro-maggioritario nella tutela dei diritti tanto più importante quando si tratta di minoranze discriminate e oggetto di pregiudizi condivisi, come nel caso in esame, anche da potere pubblico (in senso analogo, anche, *Smith e Grady c. Regno Unito* del 27 settembre 1999).

Un filone giurisprudenziale particolarmente rilevante è, poi, certamente quello, culminato negli anni più recenti con pronunce decisive, in tema di diritto al rispetto della vita familiare delle coppie composte da persone dello stesso sesso.

In proposito, occorre premettere che sino al 2010, la Corte EDU era solita dichiarare inammissibili ricorsi che poggiavano su una dedotta violazione dell'art. 8 CEDU sotto il profilo del diritto alla vita familiare quando la relazione affettiva investiva due persone dello stesso sesso. Si ricordi, ad esempio, quanto affermato dalla Corte europea nel *caso Simpson c. Regno Unito* (14 maggio 1986), in cui l'allora Commissione affermava che: "riguardo alla vita familiare, la Commissione ricorda che è già stato stabilito che, nonostante la moderna evoluzione dei costumi in relazione all'omosessualità, una stabile relazione omosessuale fra due uomini non rientra nella

¹⁰⁰ Interessante ricordare che la sentenza di condanna nel caso *Dudgeon* ha avuto un impatto significativo entro il sistema nazionale tanto da aver indotto l'Irlanda del Nord a modificare la propria normativa nella direzione della depenalizzazione dei rapporti consenzienti tra persone dello stesso sesso.

sfera di tutela della vita familiare tutelata dall'art. 8 della Convenzione" (interessante notare che non é neanche contemplata dal Giudice europeo, in questo momento storico, la possibilità di un'unione omosessuale fra due donne...). Un'affermazione che si ritrova anche in un altro caso di poco successivo contro i Paesi Bassi, *Commissione Kerkhoven e Hinke c. Paesi Bassi* (19 maggio 1992), in cui il Giudice europeo precisava l'impossibilità di considerare eguale un'unione omosessuale ad una tra due persone di sesso diverso.

Un cambio di passo fondamentale si è avuto, però, in occasione delle sentenze rese sui casi *Kozak c. Polonia* (2 marzo 2010) e *Schalk and Kopf c. Austria* (24 giugno 2010).

In modo più evidente nella seconda pronuncia, il Giudice europeo, colmando una disparità di trattamento nel godimento dei diritti convenzionali, ha riconosciuto che anche le coppie omosessuali sono titolari del diritto alla vita familiare. In *Schalk and Kopf c. Austria*, pure a fronte dell'omesso accertamento della violazione dei principi della Convenzione, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha, così, per la prima volta, riconosciuto l'applicabilità dell'art. 8 CEDU anche sotto il profilo della tutela della vita familiare¹⁰¹.

La giurisprudenza inaugurata nella sentenza resa contro l'Austria ha conosciuto ulteriore svolgimento nella successiva sentenza della Grande Camera, *Vallianatos e altri c. Grecia* (7 novembre 2013), ma soprattutto in *Oliari e altri c. Italia* del luglio 2015.

Nel già citato caso *Oliari e altri c. Italia*, in particolare, merita sottolineare che la Corte EDU non si è limitata ad accertare la violazione dell'art. 8 CEDU a fronte di un sistema nazionale che negava alle coppie composte da persone dello stesso sesso qualsiasi riconoscimento giuridico della loro unione affettiva. Il Giudice europeo ha, infatti, proposto un'interpretazione dell'art. 8 CEDU che si è spinta sino ad affermare che dal principio convenzionale in esame deriva non solo l'obbligo di astenersi da qualsiasi interferenza nell'esercizio del diritto, ma anche un obbligo positivo per gli Stati contraenti che sono chiamati ad introdurre una forma di riconoscimento giuridico delle unioni tra persone dello stesso sesso (nello stesso senso, anche, *Orlandi e altri c. Italia*).

Venendo più nel dettaglio alle circostanze del caso di specie, *Oliari e altri c. Italia* riguardava le doglianze portate all'attenzione del Giudice europeo da parte di alcune coppie composte da persone dello stesso sesso che lamentavano l'impossibilità di sposarsi e di poter beneficiare di una qualsiasi

¹⁰¹ Su tale decisione, in particolare, si veda C. Nardocci, *I diritti delle persone LGBT nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in M. D'Amico, C. Nardocci, M. Winkler (a cura di), *Orientamento sessuale e diritti civili. Un confronto con gli Stati Uniti d'America*, FrancoAngeli, Milano, 2014, pp. 121 s.

forma di riconoscimento della propria unione entro l'ordinamento giuridico italiano. Il ricorso, in verità, non si fondava soltanto sulla dedotta violazione dell'art. 8 della Convenzione sotto il profilo del diritto alla vita familiare, ma poggiava anche sull'art. 12 in tema di diritto al matrimonio e, in particolare, valorizzava la discriminazione di cui all'art. 14, letto in combinato disposto con l'art. 8 CEDU, sofferta dalle coppie ricorrenti a motivo del proprio orientamento sessuale. A quest'ultimo proposito, valga soltanto sottolineare che, pure a fronte di una sentenza di condanna indubbiamente significativa – si pensi come si è già sottolineato che ad essa ha fatto seguito l'approvazione della legge n. 76 del 2016, c.d. “Legge Cirinnà” –, la Corte EDU non ha però accertato la violazione del principio di non discriminazione incentrando la propria pronuncia sulla sola violazione del diritto alla vita familiare delle coppie ricorrenti. Un aspetto da non trascurare nel quadro di un'analisi che intenda approfondire lo *status* delle persone omosessuali entro il sistema della Convenzione europea.

Sotto altra prospettiva, la valorizzazione da parte della Corte EDU della vita familiare delle coppie dello stesso sesso non è però giunta ad ammettere che l'orientamento sessuale non costituisca un ostacolo nel godimento di un altro diritto convenzionale, il diritto al matrimonio di cui all'art. 12 CEDU, che da *Schalk and Kopf c. Austria* ad oggi non è stato mai esteso anche alle coppie omosessuali (nello stesso senso, anche, *Chapin e Charpentier c. Francia* del 9 giugno 2016).

La Corte EDU non ha, infatti, sinora mai smentito la propria giurisprudenza, che pacificamente rimette alle scelte discrezionali degli Stati contraenti la scelta circa l'estensione anche alle coppie omosessuali del diritto al matrimonio. Non si esclude quindi l'applicabilità dell'art. 12 CEDU alle coppie omosessuali, ma la giurisprudenza della Corte europea è ferma nel negare che dalla Convenzione discenda un qualsiasi obbligo positivo di introdurre il matrimonio omosessuale in quegli ordinamenti giuridici che non ne siano provvisti, in modo analogo a quanto, viceversa, previsto in relazione all'art. 8 CEDU a partire da *Oliari e altri c. Italia*.

Come si è già detto, la successiva legge n. 76 del 2016 ha inteso disciplinare per la prima volta non solo le unioni civili omosessuali, estendendovi la disciplina prevista per il matrimonio omosessuale, ma anche le convivenze di fatto (eterosessuali e omosessuali).

È restata espressamente esclusa dal novero dei diritti e doveri estesi alla formazione sociale dell'unione omosessuale la possibilità di accedere alla procedura di valutazione di idoneità

all'adozione¹⁰². Resta infatti fermo a questi fini il requisito richiesto del matrimonio (eterosessuale), così come anche ai fini dell'accesso alla procreazione medicalmente assistita è espressamente prevista la diversità di sesso dei componenti della coppia (questa volta sia coniugata sia "solo" convivente) per l'accesso alle relative tecniche.

Questo profilo, quello della cd. omogenitorialità, costituisce un ulteriore profilo problematico in relazione al riconoscimento pieno della coppia omosessuale nell'ordinamento. Negato tale diritto, come si è detto, da parte del legislatore, questa medesima impostazione è stata fatta propria anche dalla Corte costituzionale, come si vedrà in modo più approfondito oltre.

6. Le famiglie c.d. "omogenitoriali" fra prospettiva interna e sovranazionale

L'ulteriore tema di cui le Corti, sia a livello europeo che a livello nazionale, sono chiamate ad occuparsi riguarda il riconoscimento delle famiglie c.d. "omogenitoriali" e il legame fra i cd. "genitori sociali" e i bambini nati all'interno della coppia.

In questo caso, il riconoscimento e i principi affermati dai giudici europei si differenziano da quelli della nostra Corte costituzionale, la quale si è trovata, soprattutto di recente, a decidere numerose questioni di legittimità costituzionale relative al diritto, per le coppie omosessuali, di potere essere riconosciute come genitori.

Il Giudice delle leggi ha adottato numerose decisioni sull'omogenitorialità femminile e, da ultimo, anche su quella maschile, soprattutto in ragione del mancato riconoscimento giuridico sia nella legge n. 40 del 2004 che richiede per l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita la diversità di sesso dei componenti della coppia richiedente sia in relazione alla diversa materia dell'adozione, che viene ulteriormente esclusa dalla legge sulle unioni civili (l. 76/2016)¹⁰³.

La prima occasione in cui la Corte si è pronunciata è stata quella della sent. n. 221 del 2019, in tema di omogenitorialità femminile, dove viene rigettata una questione di costituzionalità avente ad

¹⁰² Per una completa disamina degli istituti e delle problematiche relativi alla legge n. 76 del 2016 si veda M. M. Winkler, M. Gattuso, G. Buffone, *Unione civile e convivenza*, Milano, Giuffrè, 2017.

¹⁰³ Cfr. A. Lorenzetti, *La recente giurisprudenza in tema di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2018, oltre che B. Liberali, *L'adozione dei single e delle coppie omosessuali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2013, Ii, pp. 1 ss., anche per riferimenti alla giurisprudenza della Corte EDU.

oggetto la disciplina della legge n. 40 del 2004, la quale, pur ormai consentendo grazie alla sent. n. 162 del 2014 la fecondazione eterologa per le coppie eterosessuali continua a vietare l'accesso alle tecniche di fecondazione e quindi anche all'eterologa alle coppie omosessuali femminili¹⁰⁴.

La Corte costituzionale, facendo riferimento al fatto che “[l]a materia tocca, al tempo stesso, «temi eticamente sensibili» (sentenza n. 162 del 2014), in relazione ai quali l’individuazione di un ragionevole punto di equilibrio fra le contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene «primariamente alla valutazione del legislatore» (sentenza n. 347 del 1998)”¹⁰⁵, sembra avere fatto molti passi indietro, affermando che la “giusta esigenza di procreazione è riservata alla coppia eterosessuale”, in qualche modo avvicinando il proprio ragionamento a quello utilizzato per negare tutela al matrimonio omosessuale.

Secondo la Corte, “l’infertilità ‘fisiologica’ della coppia omosessuale (femminile) non è affatto omologabile all’infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive: così come non lo è l’infertilità ‘fisiologica’ della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata. Si tratta di fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti”¹⁰⁶. In buona sostanza, la Corte afferma, ancorandosi ad una visione conservatrice difensiva dei principi costituzionali, che esiste un modello astratto di famiglia in cui bambino vivrebbe meglio, non considerando, al pari del legislatore, che non esistono più diritti di serie diverse sul piano costituzionale e legislativo.

Colpisce davvero, nella decisione, il tipo di linguaggio utilizzato dalla Corte che rende molto bene l’idea di una differenza “qualitativa” fra coppie eterosessuali e omosessuali: quella differenza “naturale” che impedisce una piena realizzazione di una relazione coniugale e che necessita di parole e di istituti giuridici diversi, quasi a marchiare in modo indelebile la condizione “personale”.

¹⁰⁴ In particolare, in riferimento agli artt. 1, commi 1 e 2, 2, 4, 5 e 12, commi 2, 9 e 10 della legge n. 40/2004 che vietano l’accesso alla procreazione medicalmente assistita alle coppie omosessuali femminili (da ottenersi con fecondazione eterologa) per ritenuto contrasto con gli artt. 2, 3, 31, secondo comma, 32, primo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest’ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU.

Per prime osservazioni alla decisione si vedano M. Picchi, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un’interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza. (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)*, in *Forumcostituzionale.it*, 2020, II, pp. 144 ss., e B. Liberali, *La legge n. 40 del 2004 di nuovo alla Corte costituzionale: una svolta decisiva (ma forse non ancora definitiva) nella ricostruzione di un possibile “diritto a procreare”?*, in *Studium Iuris*, 2020, V, pp. 534 ss.

¹⁰⁵ Cfr. cons. in dir. p.to 9.

¹⁰⁶ Cfr. cons. in dir. p.to 12.

Ancora, in occasione della sent. n. 237 del 2019, con cui è stata dichiarata inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata¹⁰⁷, la Corte costituzionale, nel richiamare la sent. n. 221 del 2019, ha considerato come la scelta espressa dal legislatore del 2004 si riveli «“non eccedente il margine di discrezionalità del quale il legislatore fruisce in subiecta materia, pur rimanendo quest’ultima aperta a soluzioni di segno diverso, in parallelo all’evolversi dell’apprezzamento sociale della fenomenologia considerata¹⁰⁸”». E ancora, secondo la Corte “[a]d opposte conclusioni neppure può poi condurre la successiva legge 20 maggio 2016, n. 76 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze), che – pur riconoscendo la dignità sociale e giuridica delle coppie formate da persone dello stesso sesso – non consente, comunque, la filiazione, sia adottiva che per fecondazione assistita, in loro favore”¹⁰⁹.

La sent. n. 221 del 2019 è stata nuovamente ripresa dalla sent. n. 230 del 2020¹¹⁰, in occasione della quale il Giudice delle leggi, nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto alcune norme della legge sulle unioni civili e dei regolamenti in materia di ordinamento dello stato civile e di filiazione, che impediscono l’indicazione, nell’atto di nascita di un bambino, della compagna unita civilmente alla partoriente¹¹¹, ha affermato – in modo non dissimile da quanto già sostenuto nella sent. n. 237 del 2019 - che il riconoscimento della omogenitorialità, all’interno di un rapporto tra due donne unite civilmente, non è imposto dai precetti costituzionali e che con le leggi n. 40/2004 e n. 76/2016 il legislatore avrebbe già avuto modo di compiere valutazioni in tema di omogenitorialità¹¹².

¹⁰⁷ La questione, sollevata dal Tribunale ordinario di Pisa, aveva ad oggetto gli artt. 250 e 449 del codice civile, gli artt. 29, comma 2, e 44, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell’ordinamento dello stato civile, a norma dell’articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127), e gli artt. 5 e 8 della, in relazione agli artt. 2, 3, 24 e 30, oltre che all’art. 117, primo comma, Cost.

¹⁰⁸ Cfr. cons. in dir. p.to. 3.1.1.

¹⁰⁹ Cfr. cons. in dir. p.to. 3.1.1.

¹¹⁰ Su questa decisione si rinvia in particolare a G. Ferrando, *Di chi è figlio un bambino con due mamme? Commento a prima lettura di Corte cost. n. 230/2020*, in *La Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2021, II, pp. 417 ss.

¹¹¹ Più nello specifico, la Corte costituzionale si è pronunciata sulle questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale ordinario di Venezia in ordine alla legge n. 76/2016 sulle unioni civili e al D.P.R. n. 396/2000 in materia di atti dello stato civile (come modificato dall’art. 1, comma 1, lettera c), del d.P.R. 30 gennaio 2015, n. 26, in materia di filiazione) in quanto in contrasto con gli artt. 2, 3, co. 1 e 2, 30 e 117, co. 1, Cost.

¹¹² Cfr. E. Olivito, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Rivista Aic*, 2020, p. 141.

Più nello specifico, la Corte costituzionale ha affermato che sarebbe da considerarsi costituzionalmente legittima una legge nazionale che riserva il ricorso all'inseminazione artificiale alle sole coppie eterosessuali sterili e non a quelle omosessuali, in quanto la situazione delle seconde non sarebbe paragonabile a quella delle prime. Inoltre, del tutto significativamente, secondo il Giudice delle leggi, l'art. 30 Cost. “non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli” e “[l]a libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori [...] non implica che [...] possa esplicarsi senza limiti” (sent. n. 162 del 2014)” in quanto tale libertà deve essere bilanciata “con altri interessi costituzionalmente protetti: [...] particolarmente quando si discuta della scelta di ricorrere a tecniche di PMA, le quali, alterando le dinamiche naturalistiche del processo di generazione degli individui, aprono scenari affatto innovativi rispetto ai paradigmi della genitorialità e della famiglia storicamente radicati nella cultura sociale”¹¹³.

In occasione delle più recenti decisioni nn. 32 e 33 del 2021, la Corte costituzionale non è arrivata a dichiarare l'incostituzionalità della disciplina, ma ha motivato molto diversamente, mettendo in luce la problematicità legata al profilo dell'esistenza di minori “incardinati nel rapporto con un solo genitore, proprio perché non riconoscibili dall'altra persona che ha costruito il [...] progetto”¹¹⁴. Si tratta però di questioni che, pur riguardanti lo stesso problema, e cioè il vuoto normativo in ordine alle famiglie “omogenitoriali”, erano state poste in modo molto diverso rispetto a quelle precedenti: in discussione non era tanto la lesione del diritto alle giuste esigenze di procreazione delle coppie omosessuali rispetto a quelle eterosessuali, bensì la lesione dell'interesse del minore, danneggiato dal vuoto di tutela normativo, soprattutto quando si trovasse in situazione di conflitti o di separazioni della coppia. I casi portati infatti evidenziavano come le famiglie omogenitoriali esistono e l'assenza di una normazione colpisce i soggetti più deboli, e cioè i minori, soprattutto nei momenti di crisi della coppia.

Come è stato affermato dalla dottrina, sarebbe emersa “finalmente, una esplicita insofferenza verso la situazione d'ingiustificata discriminazione dei figli minori delle coppie omoaffettive che si

¹¹³ Cfr. Cons. in dir. p.to 6.

¹¹⁴ Cfr. cons. in dir. p.to 2.4.1.3. Sulle sentenze nn. 32 e 33 si vedano le riflessioni svolte da A. Ruggeri, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore*, in *Consulta.org*, 2021, I, pp. 221 s., M. Acierno, *La Corte costituzionale “minaccia” un cambio di passo sull'omogenitorialità?*, in *QuestioneGiustizia*, 7.4.2021, e B. Liberali, *L'importanza delle parole e della tecnica decisoria in due recenti pronunce della Corte costituzionale in materia di omogenitorialità*, in *Studium Iuris*, 2021, in corso di pubblicazione.

verifica nel nostro ordinamento interno, attualmente dovuta a fattori di diversa genesi: le caratteristiche del progetto generativo; lo *status* acquisito all'estero od in Italia; il genere, maschile o femminile, della coppia dello stesso sesso”¹¹⁵.

In occasione della sent. n. 32 del 2012, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate nell'ambito di una famiglia omogenitoriale femminile, in quanto “protese a colmare un vuoto di tutela in una materia caratterizzata da ampia discrezionalità del legislatore”¹¹⁶.

Più precisamente, secondo il Giudice delle leggi, la recisione del legame tra la madre biologica e la madre intenzionale in presenza di un rapporto di filiazione effettivo tra questa e il minore avrebbe reso evidente un vuoto di tutela dell'ordinamento nel garantire tutela ai minori e ai loro migliori interessi; per questa ragione, un intervento del legislatore risulta del tutto rilevante in una materia “eticamente sensibile”¹¹⁷ come quella in oggetto, anche perché “una pronuncia della Corte costituzionale rischierebbe di generare disarmonie nel sistema complessivamente considerato”¹¹⁸.

Ancora, in occasione della sent. n. 33 del 2021¹¹⁹ in tema di maternità surrogata e quindi in tema di omogenitorialità maschile, è stata posta in evidenza la necessità di bilanciare l'interesse del minore “alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore”¹²⁰. In questo caso, così come accaduto con riferimento alla sent. n. 32 del 2021, il Giudice delle leggi ha inteso dichiarare l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale facendo leva sulla sfera discrezionale del legislatore, il quale è stato espressamente chiamato a farsi carico di una disciplina che assicuri una piena tutela degli interessi del minore.

Proprio alla luce di tali considerazioni, è possibile richiamare una più recente – e ancora pendente – questione di legittimità costituzionale, sollevata dal Tribunale per i minorenni

¹¹⁵ Cfr. M. Acierno, *La Corte costituzionale “minaccia” un cambio di passo sull'omogenitorialità?*, cit.

¹¹⁶ Si trattava di questioni aventi ad oggetto gli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004 e 250 c.c., in riferimento agli artt. 2, 3, 30 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 2, 3, 4, 5, 7, 8 e 9 della Convenzione sui diritti del fanciullo, e agli artt. 8 e 14 della CEDU

¹¹⁷ Così la Corte costituzionale nel Cons. in dir. p.to 2.4.1.4.

¹¹⁸ Cfr. Cons. in dir. p.to. 2.4.1.4.

¹¹⁹ Con la quale la Corte costituzionale ha deciso sulla questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Cassazione sull'art. 12, comma 6, della legge n. 40, dell'art. 64, comma 1, lettera g), della legge 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato), e dell'art. 18 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127) con riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, Cost.

¹²⁰ Cfr. Cons. in dir. p.to 5.5.

dell'Emilia Romagna (Bologna). Con tale ordinanza di rimessione, il giudice ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione relativa all'art. 55 della legge n. 184 del 1953, in combinato disposto con l'art. 300 c.c., laddove prevede che l'adozione non comporti alcun rapporto civile fra adottato e parenti dell'adottante, per contrasto con gli artt. 3, 31 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 CEDU.

Ecco che quanto è stato chiaramente rilevato nelle sentenze n. 32 e 33 dalla Corte e soprattutto la specifica tecnica decisoria prescelta potrebbero condurre a una decisione che entri nel merito della prospettata lesione degli interessi dei minori, laddove pure siano nati in contesti di cd. omogenitorialità.

La decisione della Corte costituzionale da questo punto di vista sarà particolarmente importante non solo per gli evidenti profili di merito, ma anche per quelli processuali, laddove si potrà verificare in che modo la Corte intenderà intervenire a seguito delle due sentenze richiamate, con cui si è espresso un chiaro e specifico monito al legislatore.

Nell'ambito del sistema della CEDU, la Corte Europea si è occupata anche della tutela dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere in tema di filiazione.

Un primo caso interessante è *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo* (21 dicembre 1999). La vicenda riguardava il rigetto di un provvedimento di custodia della propria figlia disposto nei confronti di un padre a motivo del suo orientamento sessuale. In quell'occasione, la Corte europea ha accertato la violazione dell'art. 14, letto in combinato disposto con l'art. 8 della Convenzione, riscontrando che nel caso di specie il solo motivo su cui si era fondato il rigetto della custodia era costituito dall'orientamento sessuale del ricorrente. La sentenza è di sicuro rilievo non soltanto perché si tratta del primo caso in cui la Corte europea espressamente include l'orientamento sessuale nel novero dei fattori di discriminazione vietati a norma dell'art. 14 CEDU, ma anche per l'esito nel senso della condanna dallo Stato portoghese.

Diverso è stato, invece, l'andamento della giurisprudenza in tema di adozione. La Corte europea dei diritti dell'uomo si è, infatti, negli anni successivi occupata prevalentemente di vicende che riguardavano casi di adozione nell'ambito di coppie dello stesso (nella forma della c.d. *second-parent adoption*) oppure di *singles* omosessuali. In relazione a questi ultimi, degno di nota è il portato raggiunto e ormai consolidato in seno alla giurisprudenza europea secondo il quale non può ammettersi un diniego di adozione quando quest'ultimo risulti fondato esclusivamente sull'orientamento sessuale dell'adottante.

Nel quadro di contesti ordinamentali che ammettono l'adozione anche da parte del *single*, la Corte EDU, a partire da *E.B. c. Francia* (superando il precedente *Frettè c. Francia*¹²¹), ha chiarito che l'orientamento sessuale non può assolvere la funzione di porsi quale elemento che induce al rigetto dell'istanza di adozione. Il caso riguardava il diniego opposto ad una donna omosessuale che viveva con la compagna di adottare un minore opposto alla ricorrente da parte delle autorità nazionali francesi. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha, in quell'occasione, accertato la violazione dell'art. 8 CEDU, in combinato disposto con l'art. 14 CEDU, osservando non soltanto che il diniego opposto alla ricorrente era stato pressoché esclusivamente motivato da ragioni legate al suo orientamento sessuale, ma, inoltre, che, avendo lo Stato optato per la piena legittimità dell'adozione da parte del *single*, allo stesso tempo ha anche scelto di ammettere l'adozione da parte del *single* omosessuale.

Più intricato è stato, invece, il percorso della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione all'adozione del figlio/a del partner nell'ambito di coppie composte da persone dello stesso sesso (c.d. *second-parent adoption*).

Accanto ad una prima pronuncia poco soddisfacente contro la Francia – il riferimento è a *Gas e Dubois c. Francia* –, merita in questa sede ricordare *X e altri c. Austria*, caso deciso dalla Grande Camera nel 2013. Il caso riguardava il rifiuto opposto dalle autorità giurisdizionali austriache all'adozione da parte di una donna omosessuale del figlio della propria partner alla quale era legata da una relazione stabile di convivenza. La Grande Camera ha condannato l'Austria riscontrando una violazione dell'art. 14, in combinato disposto con l'art. 8 della Convenzione a motivo della disparità di trattamento sofferta dalle coppie omosessuali rispetto alle coppie eterosessuali non sposate, cui la legge viceversa consentiva l'adozione del figlio del o della propria partner. Merita sottolineare, tuttavia, che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si è confrontata poco con le problematiche che investono i temi contigui della filiazione, sia sotto il profilo della c.d. omogenitorialità sia con riferimento all'istituto dell'adozione. Se è vero che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non offre espressamente tutela ad un diritto all'adozione è, però, altrettanto pacifico che il Giudice europeo può svolgere un sindacato sulle scelte dei singoli Stati dalla prospettiva del principio di non discriminazione, allo scopo, cioè, di verificare se la

¹²¹ Il caso riguardava anch'esso il rigetto della domanda di adozione da parte di un *single* a motivo del suo orientamento sessuale.

(eventuale) disparità di trattamento esistente nell'esercizio di un diritto ulteriore rispetto a quelli enumerati dalla Convenzione sia o meno sorretta da una giustificazione oggettiva e ragionevole.

Lo scrutinio sul rispetto dell'art. 14 CEDU è stato, così, determinante nei, seppure pochissimi casi giunti davanti alla Corte europea, per consentirle di esprimersi nel merito sulle doglianze lamentate dalla ricorrente. Per concludere su questo aspetto, sembra di potersi affermare che l'orientamento della Corte europea in tema di adozione del *single* omosessuale sia pacifico nel senso di escludere che l'orientamento sessuale possa assurgere a giustificato fattore di differenziazione.

Con riferimento alla *second-parent adoption*, dalla pronuncia della Grande Camera in *X e altri c. Austria* – e in attesa di analoghi casi futuri – sembra di potersi desumere che, fintantoché la normativa nazionale consente il ricorso a tale istituto nell'ambito di coppie eterosessuali, l'impossibilità di farvi ricorso per la coppia omosessuale costituisce una violazione del principio di non discriminazione. Viceversa, laddove diversa sia la scelta accolta dallo Stato – come nel caso dello Stato francese in *Gas e Dubois c. Francia*, in cui l'orientamento sessuale almeno *prima facie* non assolveva ad elemento di differenziazione irragionevole (la *second-parent adoption* era, infatti, esclusa per tutte le coppie conviventi e ammessa solo per quelle sposate) – l'esito dello scrutinio del Giudice europeo può, invece, arrestarsi e risolversi nella non condanna, escludendo la violazione dei principi della Convenzione europea.

Un tema ancora non indagato dalla giurisprudenza della Corte EDU riguarda invece casi di coppie omosessuali che abbiamo fatto ricorso alla maternità surrogata, poiché i casi sinora decisi dal giudice europeo hanno interessato coppie eterosessuali (*Mennesson c. Francia*, *Labassee c. Francia*, 26 giugno del 2014; *Paradiso e Campanelli c. Italia* del 24 gennaio del 2017).

7. Una forma particolare di emarginazione: “i discorsi e i crimini d’odio”. Quanto il linguaggio può discriminare

Un ultimo profilo che occorre affrontare, anche per il rilievo che sta occupando in Italia, in occasione dell'iter parlamentare del ddl Zan, è quello relativo al fenomeno dell'hate speech, che

assume di frequente contenuti omofobi e il correlato, anche se distinto, problema dei crimini motivati da odio omofobo¹²².

Qui i problemi sono tanti e potremmo riassumerli così: innanzitutto, la frequenza di un linguaggio e di un pensiero “omofobo”, soprattutto con i nuovi strumenti di comunicazione digitale, sono espressione di una realtà che non si sta normalizzando e dove, al contrario, a differenza di quello che vorrebbero fare le leggi e la buona politica, l'emarginazione e la persecuzione in ragione dell'omosessualità rimane diffusa e per tante persone qualcosa di “normale”. La realtà, soprattutto quella “on life”, secondo la felice espressione di Luciano Floridi¹²³, non garantisce pieni diritti e piena cittadinanza alle persone in ragione del proprio orientamento sessuale.

Sia in Europa, nelle decisioni delle Corti, che in Italia, nell'ambito del dibattito parlamentare sul ddl Zan emerge la difficoltà per il diritto di disciplinare questi fenomeni. Si oscilla infatti fra il ricorso allo strumento penale, al quale viene tuttavia affidata una impropria e pericolosa funzione di orientamento morale, e il tentativo di minimizzare la pericolosità dei fenomeni, in particolare con riguardo all'hate speech, invocando la funzione democratica di una libertà di manifestazione del pensiero senza alcun freno. Nei dibattiti politici e nelle considerazioni politiche mancano, in generale, serie analisi sociologiche e comportamentali dalle quali si evince come i “discorsi di odio” siano l'anticamera a comportamenti violenti, che nei casi più seri, sfociano in delitti gravi contro le persone. Un clima e immagini che ci riportano drammaticamente alle considerazioni che un filologo tedesco, negli anni della persecuzione razziale affidò a un diario oggi pubblicato sotto il titolo “La lingua del terzo reich”¹²⁴.

Se la tematica è complessa e come succede in altri campi, il diritto, forse, è l'ultimo a dover parlare, cionondimeno le difficoltà normative rivelano una realtà in cui il punto di vista, di cui dicevamo nel primo paragrafo di questo scritto, non è cambiato.

¹²² Sulle generali problematiche sottese al cd. hate speech si rinvia volendo a M. D'Amico, C. Siccardi (a cura di), *La Costituzione non odia. Conoscere, prevenire e contrastare l'hate speech on line*, Giappichelli, Torino, 2021, oltre che a G. Pitruzzella, O. Pollicino, *Disinformation and Hate Speech: A European Constitutional Perspective*, Bocconi University Press, Milano, 2020, e G. Ziccardi, *Odio online. Violenza verbale e ossessioni in rete*, Raffaello Cortina, Milano, 2016.

Sullo specifico percorso del disegno di legge Zan si vedano le prime osservazioni pubblicate nel forum a cura di C. Caruso, V. Militello, *L'omo-transfobia diventa reato; la Camera dà il via libera*, in *Giustiziainsieme.it*, 10 novembre 2020, con i contributi di B. Liberali, A. Schillaci, L. Goisis e G. Dodaro.

¹²³ Cfr. L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, Cortina ed., 2017.

¹²⁴ Si tratta di V. Klemperer, *Language of the Third Reich*, Continuum, Londra, 2006.

Di seguito alcune riflessioni suggerite dalle problematiche interne, soprattutto alla luce del percorso parlamentare del ddl Zan, e dalla giurisprudenza europea sul tema nella quale emergono interessanti casi e principi adottati dalle Corti.

Il dibattito relativo all'introduzione nel nostro ordinamento di alcune aggravanti al trattamento sanzionatorio a fronte di condotte di violenza e di discriminazione collegate al sesso, al genere, all'identità di genere e all'orientamento sessuale (con il cd. ddl Zan) offre un campo di indagine privilegiato per verificare la complessità e le criticità dei problemi che già si sono posti in rilievo in queste riflessioni.

In particolare, vorrei in questa sede soffermarmi sull'importanza di un utilizzo corretto del linguaggio, poiché anche a partire dalle “parole” è possibile avviare un vero e proprio cambiamento sociale e culturale che incide inevitabilmente anche sui comportamenti (in particolare, quelli violenti e discriminatori).

Ecco che, in questa prospettiva, mi sembra che il diritto costituzionale assuma un ruolo fondamentale nella definizione del rapporto fra linguaggio discriminatorio, violento e d'odio e linguaggio al contrario riconosciuto e tutelato dalla nostra Costituzione all'art. 21, rientrando nell'ambito del legittimo esercizio della libertà di manifestazione del pensiero¹²⁵.

L'introduzione di misure restrittive della libertà personale in questa materia, dunque, deve inevitabilmente costituire una *extrema ratio* e deve necessariamente correlarsi a condotte che manifestino un nesso diretto fra l'espressione del pensiero e le parole da un lato e dall'altro la condotta violenta o discriminatoria.

Da qui l'importanza altrettanto essenziale che la disciplina penale in questo settore sia chiara, determinata e corrisponda ai dati di realtà per poter essere efficacemente ed effettivamente compresa innanzitutto e successivamente applicata.

Ci si è, a tal proposito, già soffermati nelle considerazioni precedenti sull'importanza delle stesse definizioni di sesso, genere, identità di genere e orientamento sessuale. In modo opportuno, a mio avviso, nel ddl Zan queste categorie sono espressamente qualificate e definite, benché, o forse proprio perché, ormai pienamente entrate nel linguaggio comune e nel modo di intendere la stessa formazione della persona, della sua identità e del suo sviluppo.

¹²⁵ Sulle problematiche sottese si vedano i contributi pubblicati in M. D'Amico, C. Siccardi (a cura di), *La Costituzione non odia Conoscere, prevenire e contrastare l'hate speech on line*, cit.

Proprio alla dignità e al rilievo che nel nostro ordinamento ha lo sviluppo della persona, del resto, la nostra Costituzione dedica espresso riconoscimento ed espressa tutela negli artt. 2 e 3 Cost., laddove riconosce e garantisce i diritti fondamentali non solo dell'individuo, ma anche di quest'ultimo calato nelle formazioni sociali dove si svolge e si sviluppa la sua personalità; e laddove riconosce e garantisce la dignità sociale delle persone che deve essere paritaria, senza alcuna distinzione che sia fondata, in particolare, sulle condizioni personali (come quella relativa al sesso – espressamente previsto dall'art. 3 Cost., al genere, all'orientamento sessuale e all'identità di genere).

Interessante è il panorama dei casi portati all'attenzione della giurisprudenza sovranazionale in tema di discorsi e crimini d'odio, dove, nel complesso, le Corti europee rafforzano il principio della necessità di sanzionare, anche penalmente, espressioni omofobe e crimini motivati da odio omofobo: un panorama che dovrebbe rasserenare il nostro legislatore che si appresterebbe a introdurre una disciplina fondata proprio sugli stessi principi.

Il riferimento è, in primo luogo, ad alcune sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, sebbene in pochi casi, si è però espressa in relazione a vicende di violenza, verbale e fisica, ai danni di persone omosessuali.

Un primo esempio interessante in tema di *hate speech* è stato deciso contro la Svezia nel 2012.

Il riferimento è a *Vejdeland e altri c. Svezia* del 9 febbraio 2012, che riguardava il ricorso promosso da un gruppo di studenti che erano stati condannati dalle autorità nazionali per aver distribuito davanti ad una scuola superiore un centinaio di volantini, che contenevano offese e insulti nei confronti degli omosessuali, e che lamentavano la violazione dell'art. 10 CEDU a tutela del loro diritto alla libertà di espressione. La Corte europea ha escluso la violazione dell'art. 10 CEDU, osservando come i volantini, anche se non immediatamente inneggianti atti di violenza, costituivano tuttavia una forma grave di offesa nei confronti dei ricorrenti e, soprattutto, che la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale deve essere considerata una disparità di trattamento analoga a quelle che poggiano su altri fattori che la giurisprudenza europea guarda con particolare sospetto, come la razza, l'origine nazionale, il sesso.

Accanto al caso contro la Svezia, può ricordarsi in questa sede una pronuncia che ha invece riguardato episodi di violenza fisica e non solo verbale, *Identoba e altri c. Georgia* del 2015.

La vicenda nasce a fronte del mancato intervento delle forze dell'ordine a tutela di un gruppo di manifestanti dello stesso sesso che, durante le celebrazioni pubbliche in occasione della giornata

mondiale contro l'omofobia, erano stati vittime di una serie di violenze messe a punto da gruppi organizzati che avevano interrotto la manifestazione e attaccato i partecipanti. Il caso poggiava quindi sull'omesso intervento della pubblica autorità, ma anche sulla successiva gestione delle indagini che si erano astenute dal verificare e dimostrare il movente omofobo sottostante agli attacchi. La Corte europea ha accolto il ricorso, accertando la violazione dell'art. 3 CEDU in combinato disposto con l'art. 14 CEDU, sottolineando in particolare che le autorità nazionali avrebbero dovuto condurre indagini adeguate rispetto alle motivazioni discriminatorie sottese agli attacchi (in senso analogo, il successivo *M.C. e C.A. c. Romania*, 2016).

Un altro caso interessante – *Aghdgomelashvili e Japaridze c. Georgia* – risale al 2020, sempre contro la Georgia, e riguarda ancora una volta un episodio di violenza nei confronti di un'associazione lesbica, gay, bisessual e transgender di Tbilisi oggetto di un raid della polizia nell'ambito della quale i presenti sono stati vittime di insulti, minacce, nonché più in generale di forme di violenza fisica e verbale a sfondo omofobo e transfobico.

La condanna da parte della Corte europea è, in questa pronuncia, particolarmente importante perché la violazione del principio di non discriminazione non è ancorata solo all'omessa indagine successiva ai fatti bensì anche alle condotte vere e proprie poste in essere dalle forze di polizia durante il raid. Il movente discriminatorio, precisa la Corte, interessa quindi non soltanto l'aspetto procedurale relativo alla mancata attivazione delle indagini, ma anche quello sostanziale, cioè quello che ha motivato le violenze sofferte dai ricorrenti.

Infine, può segnalarsi un caso ancora più recente del gennaio 2021, *Sabalić c. Croazia*, in cui una donna era stata attaccata da un uomo in un bar dopo avergli rivelato il proprio orientamento sessuale. In modo analogo a *Identoba e altri c. Georgia*, l'accertamento della violazione dell'art. 3, in combinato disposto con l'art. 14 CEDU, ha riguardato il profilo procedurale, avendo la Corte europea condannato la Croazia a motivo delle omissioni in sede di indagine circa il movente omofobo e discriminatorio della condotta tenuta dall'uomo.

Anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è di recente confrontata con vicende analoghe a quelle appena descritte.

In particolare, il riferimento è alla pronuncia *NH contro Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford*, (23 aprile 2020, C-507/18), che ha riguardato la vicenda di un avvocato (NH) che durante un'intervista radiofonica aveva dichiarato la propria intenzione di non voler assumere nel proprio studio legale persone omosessuali.

Rete Lenford (rete di avvocati e avvocate che si occupano di cause a tutela di persone LGBT) ha così promosso ricorso davanti al giudice del lavoro per fare accertare il carattere discriminatorio di *NH*. In primo e secondo grado, *NH* viene condannato. La Cassazione, adita in sede di impugnazione, solleva invece due quesiti pregiudiziali alla Corte di Giustizia.

Con il primo, si chiede se Rete Lenford, in qualità di associazione, possa direttamente agire in giudizio per far accertare il carattere discriminatorio delle affermazioni di *NH*. La Corte risponde in senso affermativo e sul punto ribadisce che la sua interpretazione sull'art. 9, comma 2, della direttiva 2000/78¹²⁶.

In secondo luogo, viene chiesto alla Corte di Giustizia di chiarire in che termini dichiarazioni discriminatorie, rese nell'ambito di una intervista radiofonica, si pongano in contrasto con la direttiva 2000/78 (con particolare riferimento agli artt. 2 e 3). Il Giudice dell'Unione ritiene che dai fatti di causa non rilevi il carattere discriminatorio delle dichiarazioni (quindi, esclude dal suo scrutinio l'art. 2 della dir.), bensì considera il solo l'art. 3, par. 1, lett. a), in tema di "condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro (...), compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione". E, conseguentemente, il giudizio della Corte si focalizza sull'applicabilità al caso concreto dell'art. 3, par. 1, lett. a).

La Corte risolve il quesito constatando che la direttiva non definisce che cosa si debba intendere per "condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro". E per trovare una definizione la Corte ritiene di dover considerare il contesto nel quale si iscrive la direttiva, dato dagli artt. 19 TFUE ("il quale conferisce all'Unione una competenza ad adottare le misure necessarie per combattere qualsiasi discriminazione fondata, segnatamente, sull'orientamento sessuale") e 21 della Carta di Nizza principio generale di non discriminazione).

Fatte queste premesse interpretative, la Corte afferma poi che il fatto che le esternazioni discriminatorie non siano state fatte nell'ambito di una vera e propria procedura di selezione non impedisce di considerare applicabile la direttiva. Mentre, ciò è necessario è che il soggetto che compie tali dichiarazioni abbia lo *status* di "datore di lavoro".

¹²⁶ Art. 9: "Gli Stati membri riconoscono alle associazioni, organizzazioni e altre persone giuridiche che, conformemente ai criteri stabiliti dalle rispettive legislazioni nazionali, abbiano un interesse legittimo a garantire che le disposizioni della presente direttiva siano rispettate, il diritto di avviare, in via giurisdizionale o amministrativa, per conto o a sostegno della persona che si ritiene lesa e con il suo consenso, una procedura finalizzata all'esecuzione degli obblighi derivanti dalla presente direttiva".

Inoltre, la Corte di Giustizia non trascura neanche il giudizio di bilanciamento tra i diritti in gioco: da un lato, art. 21 CDFUE e, dall'altro, art. 10 CDFUE¹²⁷.

La Corte di Giustizia, pertanto, conclude ritenendo che le dichiarazioni dell'avv. *NH* rientrino nella nozione di "condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro" contenuta all'articolo 3, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2000/78, ritenendo applicabile la direttiva e, quindi, discriminatorie le relative affermazioni di *NH* in qualità di datore di lavoro.

8. Omosessualità e diritto: un punto di vista ancora limitato

Alla luce dell'analisi, che pure lunga e complessa, si rivela di certo lacunosa rispetto alle tante sfaccettature del tema, potremmo affermare oggi che ogni persona ha pieni diritti in Italia, anche in ragione del proprio sesso, genere, orientamento sessuale e della propria identità di genere, che tanti passi avanti sono stati fatti e che per altri occorre ancora attendere? A differenza di quanto affermato anni orsono, in occasione della sent. 138 del 2010, purtroppo, la risposta non può essere che negativa¹²⁸.

Siamo di fronte, infatti, a un ordinamento che fatica ad includere, a una società che per tanti aspetti è cambiata, ma che per tanti non riesce a mutare, e a una Costituzione che viene interpretata in modo ideologico, staccata dalla propria funzione innovatrice.

¹²⁷ Cfr. §§ 46-49: "46. In terzo luogo, deve essere preso in considerazione il contesto nel quale le dichiarazioni in questione sono state effettuate, in particolare il loro carattere pubblico o privato, od anche il fatto che esse siano state oggetto di diffusione tra il pubblico, a prescindere che ciò sia avvenuto attraverso i media tradizionali oppure tramite social network.

47. Questa interpretazione della direttiva 2000/78 non può essere inficiata dall'eventuale limitazione all'esercizio della libertà di espressione, prospettata dal giudice del rinvio, che potrebbe derivarne.

48. Indubbiamente, la libertà di espressione, in quanto fondamento essenziale di una società democratica e pluralista rispecchiante i valori sui quali l'Unione si fonda, a norma dell'articolo 2 TUE, costituisce un diritto fondamentale garantito dall'articolo 11 della Carta (sentenza del 6 settembre 2011, Patriciello, C-163/10, EU:C:2011:543, punto 31).

49. Tuttavia, come risulta dall'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, la libertà di espressione non è un diritto assoluto e il suo esercizio può incontrare delle limitazioni, a condizione che queste siano previste dalla legge e rispettino il contenuto essenziale di tale diritto nonché il principio di proporzionalità, vale a dire che esse siano necessarie e rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale riconosciuti dall'Unione o all'esigenza di tutela dei diritti e delle libertà altrui. Orbene, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi da 65 a 69 delle sue conclusioni, tale situazione sussiste nel caso di specie".

¹²⁸ Sulla sentenza n. 138 del 2010 sia consentito il rinvio alle più ampie e approfondite considerazioni svolte in M. D'Amico, *Una decisione ambigua*, in *Notizie di Politeia*, n. 100/2010, pp. 85 ss.

La storia delle persecuzioni delle persone omosessuali rende evidente la difficoltà di una piena inclusione e quindi anche le resistenze sociali e culturali legate all'accettazione delle persone con un "diverso" orientamento sessuale.

Il quadro nazionale e sovranazionale sembra mostrare, da un lato, una maggiore facilità per le persone transessuali a veder riconosciuti i propri diritti, dall'altro una conquista progressiva, a piccoli passi anche per le persone omosessuali, almeno dal punto di vista del diritto all'"Unione" o, in alcuni stati, al "Matrimonio".

Il riconoscimento dell'orientamento sessuale davanti alle Corti, nazionali e sovranazionali, e dal legislatore è risultato e risulta quindi più difficoltoso rispetto al riconoscimento dell'identità di genere. Tale difficoltà potrebbe essere legata alla difficile rivendicazione di uno spazio pubblico da parte delle coppie omosessuali, che renderebbe necessaria quella interpretazione estensiva dell'art. 29 Cost., sì da ricompredervi anche il matrimonio tra persone dello stesso sesso, che viceversa la giurisprudenza costituzionale non ha avallato del tutto, preferendo, in luogo di un superamento per via interpretativa del significato originario del principio costituzionale, demandare al legislatore.

Ci si trova dinanzi a quanto si era delineato in apertura, cioè ad un "punto di vista" del diritto, che appare difficilmente scardinabile.

Come si è detto trattando delle coppie omosessuali, la Corte costituzionale ha adottato un'interpretazione riduttiva della nozione costituzionalmente rilevante di famiglia, che riposa in larga parte su una interpretazione originalista dell'art. 29 Cost., secondo cui in tanto i Costituenti non avevano contemplato costruzioni relazionali diverse da quella eterosessuale, in tanto la nozione di famiglia, e quella connessa di matrimonio, fanno perno su quella stessa e univoca concezione di famiglia. Come osservato in dottrina, infatti "le sentenze n. 138 del 2010 e n. 170 del 2014, in particolare, non sono estranee ad una lettura quasi originalista dell'art. 29 Cost., ad esempio nelle parti in cui la Corte afferma che la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in assemblea costituente"¹²⁹.

Ciò non ha, però, precluso la Corte costituzionale dal porre l'accento, sin dalla famosa decisione n. 138 del 2010, sulla necessità che il legislatore garantisse anche alle coppie omosessuali il diritto alla vita familiare, sebbene preferendo all'ampliamento dell'ambito applicativo dell'art. 29 Cost.,

¹²⁹ Da N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, p. 12.

l'espresso riferimento all'art. 2 Cost., quale ancoraggio costituzionale del diritto della coppia omosessuale alla vita familiare. Un invito che il legislatore ha accolto solo dopo la condanna europea nel caso *Oliari e altri c. Italia* in occasione dell'entrata in vigore della c.d. legge "Cirinnà", l. n. 76 del 2016.

Resta, in ogni caso, aperto il dibattito sulla interpretazione dell'art. 29 Cost. e, in definitiva, sulla sua possibile, nel senso di costituzionalmente legittima, riferibilità anche alle coppie dello stesso sesso. Sullo sfondo, rimangono le criticità connesse ad interpretazioni evolutive dei principi costituzionali che li pongano "al passo" con i mutamenti della società a fronte, però, dell'ineliminabile interrogativo connesso alla definizione di che cosa si intenda per "coscienza sociale" e alla identificazione del soggetto istituzionalmente deputato a darvi seguito in un quadro complesso che vede legislatore, giudici e Corte costituzionale sempre più protagonisti della tutela dei diritti¹³⁰.

Allo stesso tempo, il legislatore, se si considera il profilo legato alla filiazione, non ha ritenuto meritevole di parificazione i diritti e i doveri delle coppie omosessuali a quelli delle coppie eterosessuali.

Alla luce di quanto appena posto in evidenza, è forse possibile sostenere che, ancora oggi, non si considera l'esistenza di tante comunità affettive e di tante famiglie all'interno della società.

A tal proposito, vorrei ricordare quello che affermava Aldo Moro, secondo cui con la nozione di famiglia si vuole intendere "una società creata al di fuori di ogni vincolo razionale ed etico. Non è un fatto, la famiglia, ma è appunto un ordinamento giuridico e quindi qui 'naturale' sta per 'razionale'. D'altra parte, non si vuole escludere che la famiglia abbia un suo processo di formazione storica, né si vuole negare che vi sia un sempre più perfetto adeguamento della famiglia a questa razionalità nel corso della storia; ma quando si dice: 'società naturale' in questo momento storico si allude a quell'ordinamento che, perfezionato attraverso il processo della storia, costituisce la linea ideale della vita familiare. Quando si afferma che la famiglia è una 'società naturale', si

¹³⁰ Ma il punto essenziale è che bisogna intendersi molto bene sul significato dell'espressione "coscienza sociale", particolarmente dal punto di vista di una teoria dell'interpretazione costituzionale (giacché, come è ovvio, il riferimento a questo termine ha una serie notevole di implicazioni per molte altre discipline, che sfuggono alla presente analisi). Senza aspirare a definizioni di dignità teorica risolutiva, andrebbe almeno chiarito sulla base di quali dati e presupposti possano essere scorti e interpretati i mutamenti della coscienza sociale particolarmente quando la finalità di questa indagine sia, appunto, l'interpretazione di disposizioni costituzionali che fungono da parametri di riferimento per la validità di norme legislative. Cfr. N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, cit., pp. 12-13.

intende qualche cosa di più dei diritti della famiglia. Non si tratta soltanto di riconoscere i diritti naturali alla famiglia, ma di riconoscere la famiglia come società naturale, la quale abbia le sue leggi e i suoi diritti di fronte ai quali lo Stato, nella sua attività legislativa, si deve inchinare”¹³¹.

E, ancora, che “c’è quello che solo vale ed al quale bisogna inchinarsi, un modo nuovo di essere nella condizione umana. È affermazione di ogni persona, in ogni condizione sociale, dalla scuola al lavoro, in ogni luogo del nostro Paese, in ogni lontana e sconosciuta regione del mondo; è l’emergere di una legge di solidarietà, di eguaglianza, di rispetto di gran lunga più seria e cogente che non sia mai apparsa nel corso della storia. E, insieme con tutto questo ed anzi proprio per questo, si affaccia sulla scena del mondo l’idea che, al di là del cinismo opportunistico, ma, che dico, al di là della stessa prudenza e dello stesso realismo, una legge morale, tutta intera, senza compromessi, abbia infine a valere e dominare la politica, perché essa non sia ingiusta e neppure tiepida e tardiva ma intensamente umana”¹³²; un’umanità che, come afferma il Giudice costituzionale, è propria anzitutto della Costituzione che “non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti”¹³³.

Quanto appena ricordato impone di fare riferimento alla sent. n. 223 del 2015, in occasione della quale la Corte costituzionale si è espressa intorno alla conformità a Costituzione della differenziazione, operata dalla causa di non punibilità di cui all’art. 649 c.p., tra coniuge non legalmente separato e altre figure parentali, come il convivente more uxorio. Nel dichiarare l’inammissibilità della questione per discrezionalità del legislatore, il Giudice costituzionale ha fatto riferimento alla pronuncia appena richiamata, la sentenza n. 494 del 2002, del tutto idonea a valorizzare i diritti dei singoli e non un modello di famiglia astratto, proprio per sostenere l’esigenza di adeguare il paradigma familiare alla società¹³⁴.

Rispetto quindi all’interpretazione “autentica” del costituente sul concetto di “natura”, e cioè una famiglia non soggetta alla cd. morale di stato, e rispetto anche all’interpretazione costituzionale di una famiglia che non può essere nemica delle “persone” e dei loro diritti, come possiamo allora

¹³¹ A. Moro, Ass. Costituente, Commissione per la Costituzione, Adunanza Plenaria, mercoledì 15 gennaio 1947.

¹³² Sulla vicenda che ha interessato l’istituzione in numerosi Comuni italiani dei Registri delle Unioni Civili nella volontà di colmare almeno a livello locale le lacune normative di livello nazionale, si vedano, M. D’Amico, *Diritti LGBT e “nuove famiglie” in Italia*, cit. e L. Imarisio, *Il registro delle unioni civili*, in Convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa”, Catania 7-8 giugno 2013, *La famiglia davanti ai suoi giudici*, 2013.

¹³³ Corte cost. sent. n. 494 del 2002, punto n. 6.1. del Cons. in Dir.

¹³⁴ Cfr. C. Nardocci, *Norme penali di favore, fra tutela dell’unità della famiglia “tradizionale” e diritti individuali. All’incrocio tra tempo della norma e tempi del legislatore. A margine di Corte cost. sent. 223 del 2015*, in *Rivista AIC*, 2016, II, p. 3.

valutare le decisioni della stessa Corte costituzionale che negano alle coppie omosessuali, anche nel caso di coppie femminili che possono far ricorso alla fecondazione eterologa, senza le problematiche legate alla gestazione per altri e ai diritti di una “terza” persona, ossia la madre surrogata, la possibilità di avere dei bambini? In particolare, come valutare le espressioni contenute nella sent. n. 221 del 2019, secondo la quale la “libertà procreativa” ritenuta dallo stesso giudice costituzionale diritto fondamentale inviolabile, sarebbe garantita solo in ragione dell’eterosessualità? E’ evidente che, pur a fronte di importanti riconoscimenti, quello che manca è ancora un cambiamento di paradigma, di punto di vista.

Tali difficoltà esplodono, come si è già accennato, nel dibattito parlamentare sul ddl Zan, dove il mondo politico riaccende una contesa sui diritti e fra punti di vista diversi in chi li difende: in particolare, i transessuali, il gruppo più debole e ancora più emarginato, sono visti da molti in Parlamento come nemici delle donne, l’identità di genere diventa vessillo da una parte e dall’altra di ingiustificate paure di segno contrario, di chi ritiene che possa mettere in crisi conquiste femminili, e di chi vorrebbe una società legata a modelli tradizionali e patriarcali. Nonostante il disegno di legge tenga conto dello stato della giurisprudenza sia nazionale che sovranazionale, il tentativo di affossarlo riposa anche su considerazioni critiche sul ricorso allo strumento penale, che sicuramente devono essere considerate con attenzione, ma delle quali lo stesso disegno di legge, però, avrebbe già tenuto conto¹³⁵.

A tal proposito, sono fermamente convinta che il ricorso allo strumento penale - quale *extrema ratio* - non sia l’unica via per contrastare atti di natura discriminatoria, ma che esso debba essere necessariamente accompagnato da serie politiche di prevenzione, sensibilizzazione e promozione di una società inclusiva, le quali contribuiscono in larga parte ad allargare il “punto di vista del diritto” in un diritto “aperto” al riconoscimento dei diritti fondamentali dei singoli e della loro dignità.

Occorre allora tenere sempre a mente le parole di Calamandrei che, in considerazione dell’effettività della garanzia dei diritti, affermava che “la Costituzione non è una macchina che una volta messa in moto va avanti da sé. La Costituzione è un pezzo di carta, la lascio cadere e non si muove. Perché si muova bisogna ogni giorno rimetterci dentro il combustibile. Bisogna metterci

¹³⁵ Nell’A.S. n. 2005, l’articolo in questione è rubricato “Pluralismo delle idee e libertà delle scelte” e prevede che siano fatte salve la libera espressione di convincimenti od opinioni nonché le condotte legittime riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte, purché non idonee a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti.

dentro l'impegno, lo spirito, la volontà di mantenere queste promesse, la propria responsabilità [...]”¹³⁶.

Credo che, per consentire alle persone, in ragione delle loro differenze, di godere pienamente dei propri diritti, a cui sono legati doveri altrettanto importanti, e per liberare finalmente le persone dall'emarginazione in ragione del proprio orientamento sessuale, occorra che anche nell'interpretazione dei diritti fondamentali, come è avvenuto in parte nel mondo dell'arte, si sia disposti e consapevoli di dover cambiare “il punto di vista”.

Ragionando sull'importanza – accanto a misure anche repressive e sanzionatorie – di un apparato di previsioni che coltivino e implementino una vera e propria cultura dell'inclusione, che superi ogni tipo di stereotipo e di discriminazione legati al sesso, al genere, all'orientamento sessuale e all'identità di genere, non può mancare una ulteriore riflessione sulla responsabilità che, in questa stessa direzione, deve essere assunta anche nel percorso di studi universitari, soprattutto, ma non solo, nelle facoltà di giurisprudenza. Le tematiche e le problematiche su cui mi sono soffermata, infatti, reclamano una attenzione e uno studio specifici, poiché solo in tal modo è possibile contribuire a costruire una società formata da individui più consapevoli e più responsabili.

Soprattutto per la prospettiva del diritto costituzionale, in fondo, l'approfondimento costante di questi temi consente di mettere a fuoco sempre nuove e diverse dinamiche, sempre nuove e diverse complessità, che contribuiscono a individuare altrettanto sempre nuove e diverse forme di discriminazione. Predisporre a beneficio della comunità scientifica e degli studenti gli strumenti per l'analisi, il riconoscimento e poi il superamento di questi ostacoli è fondamentale, in definitiva, per dare compiuto adempimento a quegli stessi doveri di solidarietà e di rispetto reciproci richiesti dalla nostra Costituzione.

¹³⁶ Cfr. Discorso sulla Costituzione, Piero Calamandrei, Milano, Salone degli Affreschi della Società Umanitaria il 26 gennaio 1955.