

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 4 - giugno 2011

Il matrimonio tra persone
dello stesso sesso nei giudizi
di legittimità costituzionale:
una prospettiva comparata

IANUS

Diritto e Finanza

N. 4 - 2011

Ianus - Diritto e finanza

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 4 - giugno 2011

Editore - Università di Siena, Via Banchi di sotto, 55 - 53100 Siena

Direttore responsabile: Angelo Barba

<http://www3.unisi.it/ianus/>

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805

INDICE

IL MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO NEI GIUDIZI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE: UNA PROSPETTIVA COMPARATA

Presentazione, di TANIA GROPPI, NICOLA VIZIOLI	5
Il <i>same-sex marriage</i> dinanzi alle Corti supreme degli Stati Uniti: dall'argomento originalista all'interpretazione evolutiva, attraverso la valorizzazione del dato sociologico, di CRISTINA FASONE	9
Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in Belgio tra diritto e società: l'apporto del legislatore, del Consiglio di Stato e della <i>Cour d'Arbitrage</i> , di MARIA DICOSOLA	61
Il <i>same-sex marriage</i> nel quadro della giurisprudenza della Corte suprema canadese, di LUCA MARFOLI	83
"Particolare tutela" del matrimonio, principio di uguaglianza e garanzia di istituto: le unioni civili davanti al tribunale costituzionale federale tedesco, di FRANCESCO SAITTO	109
La legittimità costituzionale del matrimonio tra persone dello stesso sesso nella giurisprudenza argentina, di NICOLA VIZIOLI	139
<i>Same-sex marriage</i> : il caso portoghese, di ELENA SORDA	173
La Corte suprema messicana tra processi di precomprensione comparativa e integrazione del dato sociale: la sentenza sul <i>matrimonio homosexual</i> , di RENATO IBRIDO	195
Le unioni di persone dello stesso sesso in Francia: dai <i>pacs</i> alla sentenza sul <i>mariage homosexual</i> , di ANNA MARIA LECIS	213
Tecniche di interpretazione costituzionale nel riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali in Colombia, di IRENE SPIGNO	235

GIURISPRUDENZA

La produzione e vendita di tabacchi da fumo: quale responsabilità per l'omessa informazione circa la pericolosità dei prodotti? Nota alla sentenza della Corte di Cassazione, Sezione III, n. 26516, del 17 dicembre 2009, di ELIO VIGLIONE	267
--	-----

MATERIALI

Corte di Cassazione, Sezione III, n. 26516, del 17 dicembre 2009	309
--	-----

PRESENTAZIONE

Tania Groppi

*Professore ordinario in Istituzioni di diritto pubblico
nell'Università di Siena*

Nicola Vizioli

*Ricercatore in Istituzioni di diritto pubblico
nell'Università di Siena*

Il matrimonio tra persone dello stesso sesso rappresenta, ormai da almeno un decennio, uno dei temi privilegiati per chiunque voglia riflettere sullo sviluppo di un diritto costituzionale globale e, in particolare, sul ruolo svolto, in tale prospettiva, dai giudici.

Di fronte al diffondersi di stili di vita alternativi alla famiglia “tradizionale”, fondata sul matrimonio tra un uomo e una donna, quasi tutti gli ordinamenti giuridici sono stati chiamati a dare risposte alle esigenze dei soggetti coinvolti in tali forme di convivenza.

È ben vero che si tratta di quote assai ridotte della popolazione, tuttavia tale argomento non è idoneo a qualificare il fenomeno come irrilevante, o comunque di scarsa importanza.

Infatti, è proprio alla prova dei diritti delle minoranze che lo Stato costituzionale è chiamato a mostrare quella capacità inclusiva che, almeno sul piano teorico, lo caratterizza, fino a costituirne l'essenza medesima.

Inoltre, nel caso delle persone dello stesso sesso, si tratta di minoranze altamente organizzate e consapevoli, che hanno saputo far sentire la propria voce sia di fronte ai parlamenti che ai tribunali. Questi ultimi, con poche eccezioni, si sono rivelati più sensibili dei legislatori, assai restii in genere ad

introdurre il matrimonio omosessuale, se non sotto la pressione delle decisioni giudiziarie.

L'attivismo delle organizzazioni e delle coppie è all'origine del profluvio di casi che sono stati portati, in tutto il mondo, all'attenzione delle Corti, con l'esplicito scopo, nella maggior parte delle occasioni, di chiedere il riconoscimento del matrimonio omosessuale.

L'Italia non è andata esente da questa tendenza e la Corte costituzionale, nel 2010, si è pronunciata sulla legittimità costituzionale degli articoli del codice civile che non consentono di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, dichiarando inammissibili o infondate le questioni ad essa sottoposte (sentenza n. 138 del 2010). Si tratta di un caso di scuola: varie coppie dello stesso sesso, in tutta Italia, avevano presentato richiesta agli uffici dello stato civile di procedere alle pubblicazioni di matrimonio e, di fronte al rifiuto ricevuto, avevano avviato procedimenti giudiziari finalizzati alla proposizione della questione di legittimità costituzionale.

Proprio a seguito della sentenza della Corte costituzionale italiana, che nella motivazione ha utilizzato argomenti qualificati come "originalisti" dalla dottrina e ha fatto ampio riferimento alla discrezionalità del legislatore, ha acquistato uno specifico interesse l'esame delle sentenze degli altri giudici che, nei diversi ordinamenti, sono stati chiamati a confrontarsi con la stessa questione. Infatti, la motivazione delle sentenze dei giudici costituzionali rappresenta un terreno privilegiato per la comparazione almeno da un duplice punto di vista: innanzitutto poiché, nonostante le differenze dei sistemi giuridici, gli argomenti utilizzati dalle Corti sono riconducibili all'applicazione di tecniche argomentative aventi matrici comuni; inoltre, per l'attenzione che i giudici – a prescindere dal fatto che vi facciano o meno riferimento esplicito – prestano, notoriamente, alle sentenze straniere, fenomeno questo che determina una circolazione degli argomenti, specie in materia di diritti fondamentali. Proprio per questa ragione, i

contributi che si presentano in questo numero di Ianus (seguendo l'ordine temporale delle pronunce, almeno di quelle più rilevanti per i singoli ordinamenti) sono dedicati specificamente all'analisi della motivazione delle decisioni in materia di matrimonio tra persone dello stesso sesso (e, in alcuni casi, di altre forme di riconoscimento di tali unioni) rese dalle giurisdizioni costituzionali (Corti costituzionali o, nei sistemi diffusi di giustizia costituzionale, giudici comuni) di paesi di diversa tradizione giuridica: Francia, Germania, Belgio e Portogallo, in ambito europeo; Argentina, Messico e Colombia in area iberoamericana; Canada e Stati Uniti tra gli ordinamenti di *common law*.

Ogni contributo, pertanto, pur fornendo nella parte iniziale un sintetico quadro sulla evoluzione, nel paese considerato, della disciplina in materia di unioni omosessuali, comprensivo delle norme costituzionali rilevanti, della legislazione e della giurisprudenza, si focalizza sugli argomenti utilizzati nelle sentenze, che vengono puntualmente esaminate.

Si tratta di decisioni nelle quali i giudici costituzionali sono stati, nella maggior parte dei casi, chiamati ad introdurre, in via giurisprudenziale, il matrimonio omosessuale, intervenendo con pronunce additive rispetto a una presunta "omissione legislativa": richiesta rispetto alla quale sembra delinearsi una qualche differenza tra sistemi di *civil law* e di *common law*. Nei primi prevale una certa prudenza (Francia, Germania, Portogallo), per cui i giudici si preoccupano sì della tutela delle coppie omosessuali, ma, circa il tema specifico del matrimonio, privilegiano la discrezionalità del legislatore con poche, laboriose, eccezioni (Argentina, Colombia). Diversa è la posizione, assai più "attivista", assunta dai giudici negli ordinamenti di *common law*, che con le loro sentenze hanno forzato il legislatore ad intervenire per introdurre il matrimonio omosessuale (Canada, alcune giurisdizioni statali negli Stati Uniti, senza considerare il Sudafrica qui non esaminato).

In altri casi, invece, le Corti sono state chiamate a sindacare scelte legislative favorevoli al matrimonio omosessuale: il rispetto della discrezionalità del legislatore è qui affermato ancor più nettamente, per cui nessuna di queste leggi è stata dichiarata incostituzionale (Messico, Portogallo, Belgio). Peraltro, l'esame delle tecniche argomentative utilizzate nei due tipi di decisioni (sindacato sulle omissioni legislative e sindacato sulle leggi) ha evidenziato un punto di convergenza, ovvero il netto prevalere dell'interpretazione evolutiva delle norme costituzionali in materia di famiglia e matrimonio, principalmente alla luce del dato sociologico, almeno ogniqualvolta il testo scritto lasci un qualche spazio interpretativo.

Ci pare di poter affermare, alla luce di tale elemento, che il tema del *same-sex marriage* rappresenta uno degli ambiti in cui la giurisprudenza mostra di saper appieno sfruttare l'elasticità del dettato costituzionale, al fine di intercettare le esigenze della società, specie delle sue minoranze. Ben più dei parlamenti, troppo spesso, su questo terreno, impegnati a tener conto della volontà di maggioranze sovente sospettose e, quantomeno, indifferenti al fenomeno.

Tania Groppi, Nicola Vizioli

**IL *SAME-SEX MARRIAGE* DINANZI ALLE CORTI
SUPREME DEGLI STATI UNITI: DALL'ARGOMENTO
ORIGINALISTA ALL'INTERPRETAZIONE
EVOLUTIVA, ATTRAVERSO LA VALORIZZAZIONE
DEL DATO SOCIOLOGICO**

Cristina Fasone

*Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico comparato
nell'Università di Siena*

Dopo una ricostruzione dell'evoluzione della disciplina a partire dalla garanzia del matrimonio come diritto fondamentale, dalla previsione per le coppie omosessuali di un trattamento assimilabile alle coppie eterosessuali sposate e dal rapporto conflittuale tra giudici e legislatori popolari in tema, l'articolo si sofferma specificamente sulle tecniche argomentative usate dalle Corti supreme statali degli Stati Uniti nelle sentenze in cui il diritto al same-sex marriage è stato affermato. Dalla disamina emerge la preferenza dei giudici per l'interpretazione evolutiva del dettato costituzionale, facendo leva primariamente sul dato sociologico. Ciò, con ogni probabilità, al fine di rafforzare la legittimazione delle decisioni, rese per lo più in contraddizione con gli indirizzi espressi dai cittadini.

After having considered the acknowledgment of marriage as a fundamental right, the recognition to same-sex couples of the same legal treatment guaranteed to married couples and the conflicting relationship between judges and legislators on this matter, the article deals specifically with the argumentative techniques applied by the States Supreme Courts of the United States when they affirm the right to same-sex marriage. The analysis shows that judges opt for the evolutive interpretation of constitutional provisions, relying mainly on sociological evidence. Possibly this depends on the need to strengthen the legitimacy of

decisions that mostly contradict the will expressed by citizens.

Sommario

1. Il contesto di riferimento

1.1. La disciplina in tema di stato civile e di *same-sex marriage*, materie “contese” tra Stati e Federazione?

1.2. Le previsioni costituzionali e la legislazione, tra le attività dei Congressi e le iniziative popolari

2. I diritti degli omosessuali, il diritto al matrimonio e il divieto del *same-sex marriage* per via giurisprudenziale

2.1. I diritti degli omosessuali: se e in quale misura la decisione sul caso *Lawrence v. Texas* costituisce un precedente per il riconoscimento dei matrimoni tra omosessuali

2.2. L’incostituzionalità del divieto di matrimoni interrazziali e la sua rilevanza per il riconoscimento del *same-sex marriage*

2.3. La negazione del *same-sex marriage* attraverso l’argomento “definitorio”, quello “tradizionalista” e quello “originalista”

3. Cenni sulle tecniche argomentative maggiormente usate dalle Corti statunitensi nell’ambito del controllo di costituzionalità sulle leggi

4. L’analisi dei casi giurisprudenziali in cui è stato riconosciuto il diritto al *same-sex marriage*

4.1. La “non decisione” (sul merito) nel caso *Baehr v. Lewin* e la differenza tra matrimonio e unione civile

4.2. Le Corti supreme del Massachusetts, del Connecticut e dell’Iowa: la centralità dell’interpretazione evolutiva fondata sulla garanzia del diritto fondamentale e sul rilievo del dato sociologico

4.3. Il *same-sex marriage* in California. Tra ruolo dei giudici e reazioni popolari, la questione assume rilievo federale

5. Note di sintesi e problemi aperti

1. Il contesto di riferimento

1.1. La disciplina in tema di stato civile e di *same-sex marriage*, materie “contese” tra Stati e Federazione?

La regolazione dei matrimoni tra omosessuali è una delle questioni che ha monopolizzato il dibattito della dottrina costituzionalista statunitense nell’ultimo decennio¹. Assai numerosi sono i profili che vengono in rilievo per il costituzionalista, dalla protezione dei diritti delle minoranze, al rapporto tra legislatore – in quest’ultimo caso, come si dirà tra breve, con approcci almeno in parte diversi a seconda che si utilizzino istituti di democrazia diretta, come le *initiatives*, o che la funzione legislativa sia esercitata da assemblee elettive – e giudici, al riparto di competenze tra Federazione e Stati.

Su quest’ultimo profilo, quello delle relazioni tra livelli di governo, si registra un primo punto di frizione. Sebbene si ritenga quasi unanimemente che la regolazione dello stato civile e, in particolare, della definizione di “matrimonio” e dei soggetti abilitati a contrarlo, sia materia di competenza statale – come si vedrà tra breve, la stessa Corte suprema federale ha dichiarato la sua incompetenza in materia –, da un lato, non mancano opinioni dottrinali che fondano il riconoscimento del matrimonio tra omosessuali direttamente nella Costituzione federale; dall’altro, il Congresso federale nel 1996 è intervenuto in materia.

Quanto, invece, alle dinamiche interne alla forme di governo di ciascuna entità federata, non solo si è riscontrato un susseguirsi di orientamenti difforni tra corti e legislatori in tema, ma anche una “competizione” tra Congressi statali e corpo elettorale, in alcuni Stati direttamente dotato del potere di approvare leggi ed emendamenti alla Costituzione statale, nel regolare la materia.

¹ Cfr. CALIARO, *Il same-sex marriage negli Stati Uniti d’America*, Padova, 2006.

1.2. Le previsioni costituzionali e la legislazione, tra le attività dei Congressi e le iniziative popolari

Come si è detto, secondo l'opinione pressoché unanime della dottrina, la regolazione del matrimonio tra omosessuali sfugge alle competenze federali. Infatti, né l'art. 1, sez. 8 Cost., che elenca le materie sulle quali il Congresso federale può legiferare, né la c.d. *necessary and proper clause*, collocata in chiusura dell'articolo (e che storicamente è servita come strumento di estensione delle competenze federali), possono costituire un appiglio normativo sufficiente. A ciò si aggiunga che la Corte suprema federale ha espressamente fatto propria una simile interpretazione, ormai trent'anni or sono. Infatti, la decisione della Corte suprema del Minnesota sul caso *Baker v. Nelson* (191 N.W. 2d 185, Minn. 1971), nella quale si era convalidata la conformità a Costituzione del divieto di matrimonio di coppie omosessuali, era stata impugnata dinanzi alla Corte suprema federale. Quest'ultima aveva dichiarato l'inammissibilità del ricorso per mancanza di rilevanza federale della questione (*Baker v. Nelson*, 409 U.S. 810 (1972)), circostanza, questa (dell'accertamento dell'incompetenza della Federazione in materia), che configurava – o, meglio, avrebbe dovuto configurare – la decisione come precedente, giacché la Corte aveva esaminato la questione nel merito².

Tuttavia, si è sostenuto più di recente che il riconoscimento del *same-sex marriage* sarebbe richiesto da quella previsione della Costituzione federale che impone agli Stati di dare «*full faith and credit*» a qualsiasi atto e decisione

² Cfr. GENTILI, *Una prospettiva comparata sul matrimonio omosessuale: Canada e Stati Uniti*, in BIN – BRUNELLI – GUAZZAROTTI – PUGIOTTO - VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, 2010, 172.

giurisprudenziale degli altri Stati (art. IV, sez. 1 Cost.)³, con la possibilità per il Congresso federale di intervenire sul punto: in tal modo il diritto al matrimonio delle coppie omosessuali si definirebbe di fatto per aggregazione delle varie discipline statali e con l'eventuale "disciplina quadro" del Congresso, per esplicito avallo della Costituzione federale⁴.

Proprio il timore di giungere ad un riconoscimento a livello federale del *same-sex marriage*, con le modalità che si sono dette, ha indotto nel 1996 il Congresso federale, allora a maggioranza repubblicana, ad approvare il *Defence of Marriage Act 1996 (DOMA)*, sulla base dell'art. IV, sez. I Cost., che consente appunto al Congresso di precisare con legge quali effetti devono avere atti e decisioni adottati in uno degli Stati dell'Unione nel territorio degli altri⁵. Sebbene questa sia una facoltà rimessa al Congresso dallo stesso testo costituzionale, ciò non implica che tale istituzione possa intervenire aldilà delle materie di sua competenza. Più precisamente, il *DOMA* stabilisce, in primo luogo, che in ambito federale il matrimonio può dirsi tale solo se contratto tra un uomo e una donna, con ciò

³ Cfr. KOPPELMAN, *Same Sex, Different States: When Same-Sex Marriages Cross State Lines*, New Haven, 2006, xii.

⁴ Altra questione, di cui si discuterà più avanti nel par. 4, è quella della qualificazione del diritto al *same-sex marriage* come diritto fondamentale. Qualora lo fosse, vi è chi argomenta in base a ciò la necessità di riconoscergli una copertura costituzionale anche a livello federale mediante il XIV Emendamento alla Costituzione che assicura il diritto al *due process of law* e il principio di eguaglianza. Così, MONTALTI, *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, Bologna, 2007, 470-471 e SEDLER, *The Constitution should protect the right to same-sex marriage*, in *Waine Law Review*, vol. 49, 2004, 975 ss.

⁵ Peraltro, sebbene senza successo, sono stati portati avanti alcuni tentativi di costituzionalizzazione, a livello federale, del divieto del *same-sex marriage*. L'ultimo caso si è riscontrato nel 2008, durante la presidenza di G.W. Bush, quando l'emendamento alla Costituzione volto a bandire tale tipo di matrimoni non ai incontrato i favori dei due terzi di ciascuna Camera, come richiesto dalla Legge fondamentale.

escludendo che l'unione tra omosessuali possa ricondursi alla nozione di matrimonio. In secondo luogo, si esentano gli Stati, in contrasto con l'art. IV, sez. I, della Cost. dal dare riconoscimento sul loro territorio ai matrimoni tra omosessuali celebrati negli Stati ove sono ammessi. Dopo diversi anni di vigenza i numerosi dubbi circa la costituzionalità delle legge⁶ si sono ora concretizzati in una chiara presa di posizione del Presidente Obama, il 23 febbraio 2011. Contrariamente a quanto accaduto fino a quel momento, infatti, il Presidente ha richiesto all'*Attorney General* Holder di non ricorrere più in appello avverso le decisioni nelle quali fosse messa in causa la conformità del *DOMA* a Costituzione, considerando tale legge incostituzionale. Pertanto, pur in assenza di abrogazione espressa, si giungerà per questa via alla sostanziale vanificazione degli effetti giuridici del *DOMA*⁷.

Appurato, quindi, che la materia è di competenza statale, quando ci si sofferma sulle Costituzioni – tutti gli Stati si sono dotati, infatti, di una propria Carta dei diritti – e sulle leggi statali, emerge un quadro estremamente composito, nel quale però è possibile identificare alcune tendenze di fondo.

Innanzitutto la netta preferenza per il divieto espresso di matrimoni tra omosessuali: dei cinquanta Stati più il Distretto di Columbia ben 37 si sono dotati di una legge che costituisce il contraltare, a livello statale, del *DOMA*

⁶ Su cui si vedano GRIFFIN, *Another Case, Another Clause. Same-Sex Marriage, Full Faith and Credit and the U.S. Supreme Court's Evolving Gay Rights Agenda*, in *Public Law*, 1998, 315-328 e SUNSTEIN, TUSHNET, *Constitutional Law*, Gaithersburg-New York, 2001, spec. 653. Inoltre il 10 luglio 2010 la Corte distrettuale federale per il distretto del Massachusetts ha dichiarato incostituzionale il *DOMA* in quanto, per la definizione di «matrimonio» che fornisce, viola il riparto di competenze tra Stati e Federazione.

⁷ Sulle posizioni sostenute in precedenza, cfr., invece, GLASS, KUBASEK, KIESTER, *Toward A 'European Model' of Same-Sex Marriage Rights: A Viable Pathway for the U.S.?*, in *Berkeley Journal of International Law*, vol. 29, n. 1, 132-174.

federale e che, quindi, consente il matrimonio solo tra eterosessuali⁸. Di questi 37 stati, 30 contengono anche nella loro Costituzione una precisa definizione del termine “matrimonio”, che ne esclude l’applicazione alle coppie omosessuali⁹. Gli Stati che invece ammettono e nei quali sono celebrati matrimoni tra coppie dello stesso sesso sono il Massachusetts, il Connecticut, l’Iowa, il Vermont, il New Hampshire più il Distretto di Columbia. Tuttavia, soltanto in Vermont¹⁰, in Massachusetts, in New Hampshire e nel Distretto di Columbia esistono previsioni normative che disciplinano il matrimonio tra omosessuali¹¹. Nei rimanenti due Stati, Iowa e Connecticut la possibilità di contrarre

⁸ In tre Stati l’interdizione è di diversi anni precedente rispetto al *DOMA* federale. Si tratta del *Defence of Marriage Act* del Wyoming, del 1957, di quello del Maryland, del 1973 e di quello del New Hampshire, del 1987. Fonte: National Conference for State Legislatures, www.ncs.org, sezione sul *same-sex marriage*, ult. aggiornamento maggio 2011.

⁹ Come si preciserà meglio in seguito, par. 4.3., la California, dopo l’approvazione della *Proposition 8*, che ha modificato la Costituzione, figura tra gli Stati ove vi è un divieto costituzionale del *same-sex marriage*, ma nell’agosto del 2010 una corte distrettuale federale ha dichiarato incostituzionale tale nuova previsione della Costituzione. Contro questa decisione è stato esperito ricorso in appello dinanzi alla Corte suprema federale, la quale, a sua volta, ha usato la procedura di *certification* nei confronti della Corte suprema della California per determinare la sussistenza, in base alla Costituzione statale della legittimazione ad agire in giudizio da parte dei proponenti della *Proposition 8*. Il ricorso, quindi, è ancora pendente.

¹⁰ Il Vermont è il primo Stato, nel 2009, ad approvare una legge che prevede il *same-sex marriage*, senza che vi sia stata una previa pronuncia di un giudice che disponesse in tale senso.

¹¹ Nel Distretto di Columbia, invero, la previsione del *same-sex marriage* è contenuta in una risoluzione parlamentare. Vi sono altri Stati, poi, come il New Jersey, il New Mexico, New York e Rhode Island, dove il matrimonio tra omosessuali non è proibito, ma non è neppure garantito da una legge o da una pronuncia della rispettiva Corte suprema. In alcuni di questi casi, come si vedrà di seguito, si è preferito regolare le unioni tra omosessuali come unioni civili aventi sostanzialmente gli stessi diritti delle coppie sposate, ma per le quali non compare il *nomen* “matrimonio”.

matrimonio tra omosessuali è da soltanto ricondurre all'intervento delle Corti supreme statali che hanno dichiarato incostituzionale il divieto di tale matrimonio.

Se, dunque, sono assai pochi gli Stati che garantiscono in via legislativa o giurisprudenziale il *same-sex marriage*, altri, però, hanno adottato misure che assicurano alle unioni omosessuali un trattamento molto simile a quello delle coppie sposate: sembrerebbe, quindi, che si tratti principalmente di una questione definitoria¹². Tra gli Stati che si sono orientati in tale senso, una minoranza garantisce lo *status* di "unione civile" alle coppie omosessuali registrate dinanzi ai competenti uffici delle autorità statali, il che implica il riconoscimento precisamente di tutti i diritti di cui godono le coppie sposate in quello Stato ad eccezione del diritto a veder denominata la propria unione come "matrimonio"¹³.

Una seconda categoria di rapporti, che non concerne, invero, solo le coppie omosessuali, ma anche quelle eterosessuali che non intendono coniugarsi, è quella delle *domestic partnership* che assicurano quasi tutti i diritti previsti per le coppie che hanno contratto matrimonio¹⁴. Significativo, ad esempio, è il caso dell'Oregon e del suo *Oregon Family Fairness Act (Public Law no. 99, Oregon HB 2007)*, che esclude i benefici garantiti a livello federale

¹² Tuttavia, come si vedrà tra breve, nel par. 1.2. sotto la definizione di "matrimonio" si cela anche un contenuto di diritti e tutele ben determinato.

¹³ Rientrano in questa categoria il Delaware, le Hawaii, l'Illinois e il New Jersey, mentre in Connecticut, Vermont e New Hampshire il *same-sex marriage* ha sostituito le unioni civili, che si configuravano, proprio in quanto previste esclusivamente per le coppie omosessuali, come una misura discriminatoria, sanzionata dalle rispettive Corti supreme. Sul carattere assai discutibile di tale equiparazione di fatto, cfr. MONTALTI, *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, cit., 2007, 457-470.

¹⁴ Gli Stati che prevedono *domestic partnership* di questo tipo sono la California (dato che il *same-sex marriage*, al momento, dopo la *Proposition 8*, è vietato dalla Costituzione statale), l'Oregon, il Nevada e Washington.

come alcune prestazioni sociali a seguito della scomparsa del proprio congiunto.

La terza categoria di Stati, infine, include quelli che riconoscono alle *domestic partnership*, siano queste contratte da coppie omosessuali o da coppie eterosessuali, solo alcuni dei diritti previsti per le coppie sposate¹⁵. Così, nel Maine, a titolo di esempio, il congiunto ha diritto ad una parte di eredità del *partner* deceduto, anche se questi non aveva così disposto espressamente (ha cioè diritto alla legittima), di decidere sul funerale e sulla sepoltura del convivente, di agire come suo rappresentante legale in caso di incapacità e di diventare amministratore dei suoi beni, di decidere, in caso di decesso, sulla donazione degli organi, di essere protetto dalla legge sulle violenze domestiche.

La trattazione della legislazione di derivazione congressuale (statale, naturalmente) non sarebbe completa se non si menzionassero anche le leggi di alcuni Stati (Rhode Island, New York e Maryland) che, pur non garantendo ai propri residenti il diritto al *same-sex marriage*, pur tuttavia riconoscono sul loro territorio gli effetti dei matrimoni tra omosessuali contratti in altri Stati, così determinando, per effetto dell'art. IV, sez. I della Costituzione federale, di cui si è già detto, una sorta di "discriminazione alla rovescia" a danno dei residenti.

Tuttavia, negli Stati degli Stati Uniti d'America quella di origine congressuale, ossia approvata dai Congressi statali, non costituisce l'unica fonte di produzione legislativa in materia: ad essa infatti si aggiunge la legislazione di origine popolare, le c.d. *initiative*, vale a dire proposte di legge di iniziativa popolare sottoposte all'approvazione del corpo elettorale¹⁶. Data l'estrema sensibilità della materia di cui si

¹⁵ Si tratta del Maine, del District of Columbia e del Wisconsin.

¹⁶ Sul tema, cfr. MARKS, COOPER, *State Constitutional Law*, St. Paul Minn., 1988, 256-257 e 269-272, i quali esaminano tanto le *initiative* finalizzate all'approvazione di una legge ordinaria, quanto quelle dirette ad un emendamento alla Costituzione statale. Su quest'ultimo tipo di *initiative*, v. anche GENTILI, *Il confine tra emendamento e revisione*

tratta – il riconoscimento di un diritto ad una minoranza storicamente discriminata –, la natura estremamente composita del quadro delle fonti che possono intervenire a regolarla e la facilità con cui si può giungere all’abrogazione (o alla declaratoria di incostituzionalità) di norme appena in vigore, rendono la cornice normativa sottoposta a continue modifiche. L’intervento popolare, in particolare, si è sempre orientato, in senso conservatore, in una precisa direzione: quella di abrogare le previsioni che riconoscono il *same-sex marriage* o di vietare questo istituto. È stato così, ad esempio, “in positivo”, nel 2000, quando con la *Proposition 22* i cittadini residenti in California hanno adottato una legge che rende valido nello Stato solo il matrimonio tra un uomo e una donna; “in negativo”, invece, si può citare il caso del Maine dove la legge che riconosceva il diritto al *same-sex marriage* del 2009 è stata abrogata pochi mesi dopo la sua approvazione da parte del Congresso statale mediante iniziativa popolare (*initiative*).

Tuttavia, poiché in diversi Stati l’*initiative* è anche uno strumento idoneo ad apportare modifiche alla Costituzione, è stato usato in questo modo anche per costituzionalizzare il divieto del *same-sex marriage*. I due casi probabilmente più noti sono quelli della *initiative* per la modifica della Costituzione delle Hawaii nel 1998, a seguito della quale è stata introdotta una norma che consente al Congresso statale di riservare il matrimonio alle sole coppie eterosessuali; e della *Proposition 8* per la modifica della Costituzione californiana nel senso di proibire direttamente il matrimonio tra omosessuali, sebbene l’approvazione di tale *initiative* abbia poi avuto un seguito nelle Aule dei tribunali, fino alle più alte giurisdizioni statale e federale.

Spesso, nelle vicende connesse con la regolazione del *same-sex marriage* si assiste ad uno scontro netto tra politica e giudiziario, mentre si riscontra una maggiore convergenza – come è prevedibile in qualche misura – tra Assemblies

costituzionale in una decisione della Corte suprema della California, in Quad. cost., 2010, p. 601-605.

rappresentative e rappresentati. Così, la volontà popolare – per lo più espressione, anche nei casi di *initiative* costituzionali, della maggioranza (relativa) dei cittadini¹⁷ –, che in prima battuta o dopo una decisione “progressista” di un giudice intende vietare i matrimoni tra omosessuali, si contrappone a pronunce dei giudici, comparativamente più garantiste nei confronti di questa minoranza¹⁸. Invece, la maggiore affinità di orientamenti tra rappresentanti e rappresentati (pur con diverse eccezioni) si ravvisa, per esempio, nella circostanza per cui tra i Congressi statali è comunque prevalente un atteggiamento conservatore, preferendosi semmai assicurare alle coppie omosessuali un trattamento assimilabile, ma non equivalente, da un punto di vista formale, a quello riservato alle coppie sposate, attraverso le unioni civili e le *domestic partnership*.

¹⁷ Basti pensare che l’art. 18, sez. 4 della Costituzione della California considera approvato un emendamento alla Costituzione, se questo ottiene la maggioranza dei voti espressi, senza alcun *quorum*.

¹⁸ In un caso, in California si è registrato un fronte comune tra sostenitori di una *Proposition*, Corte Suprema e Governatore statale, che ha messo sostanzialmente “in minoranza” il Congresso. Era accaduto infatti che la Corte suprema della California nel caso *Lockyer v. City of San Francisco* (2004, 33 Cal.4th 1055) aveva sostenuto l’illegittimità del comportamento dei funzionari della Città di San Francisco i quali, sulla scorta di una lettera inviata dal sindaco della città, avevano iniziato a rilasciare le autorizzazioni a contrarre il matrimonio civile a prescindere dall’orientamento sessuale dei coniugi. Tale condotta era infatti contraria alla *Proposition* 22, la legge di iniziativa popolare del 2000 che consentiva soltanto il matrimonio tra eterosessuali. La successiva reazione contro tale decisione della Corte e contro, quindi, la stessa *Proposition* è derivata dall’approvazione di un disegno di legge da parte del Congresso statale, nel 2005, che avrebbe introdotto il *same-sex marriage* nello Stato. Tuttavia, l’atto non è mai diventato legge per il veto opposto dal Governatore statale in base all’argomentazione, assai criticabile, invero, per cui il legislatore non potrebbe sostituirsi alla volontà popolare. Tuttavia, se la questione è riportata sul piano dei rapporti tra fonti, l’argomento appare assai debole. In base al criterio cronologico, infatti, se due norme sono pari ordinate, la legge successiva abroga la precedente, a prescindere dalle loro modalità di formazione.

2. I diritti degli omosessuali, il diritto al matrimonio e il divieto del *same-sex marriage* per via giurisprudenziale

Nel prosieguo si cercherà di ripercorrere l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, da un lato, sui diritti degli omosessuali, dall'altro sul diritto al matrimonio per poi soffermarsi sinteticamente sulle pronunce delle Corti statali nelle quali si è negato il diritto al *same-sex marriage*. Successivamente, nel par. 3, si analizzeranno le principali tecniche argomentative usate dalle Corti statunitensi in tema di riconoscimento e protezione dei diritti delle minoranze; mentre nel cap. 4 si prenderanno invece puntualmente in esame, sotto il profilo delle tecniche argomentative utilizzate dai giudici, le decisioni nelle quali il matrimonio tra omosessuali è stato garantito. Data la consistente mole di sentenze in tema, si è scelto infatti di concentrare l'analisi solo su quelle che hanno contribuito all'affermazione dell'istituto.

2.1. I diritti degli omosessuali: se e in quale misura la decisione sul caso *Lawrence v. Texas* costituisce un precedente per il riconoscimento dei matrimoni tra omosessuali

Come si è anticipato, quasi sempre – solo il Vermont e il New Hampshire rappresentano oggi un'eccezione, avendo agito direttamente il legislatore in questi due Stati – dietro il riconoscimento del *same-sex marriage* c'è un giudice¹⁹. Si può sostenere, infatti, che nella gran parte dei casi i giudici e, in particolare le Corti supreme statali, si sono mostrati favorevoli al riconoscimento del matrimonio tra

¹⁹ Tanto è vero che si è parlato, anche in questo caso, di «*new judicial federalism*» con riferimento all'attivismo delle corti statali. Cfr. BARBISAN, *Il "new judicial federalism" negli Stati Uniti e la Corte europea di Strasburgo in un caso sulla libertà sessuale degli omosessuali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, 179-190.

omosessuali, mentre i legislatori, popolari e congressuali, anche costituzionali, lo hanno negato o lo hanno espressamente proibito. Pertanto, se, attraverso i legislatori, la volontà “dei più”, della maggioranza, nei diversi Stati ha optato per il mantenimento dello *status quo* o, ove alterato dai giudici, per il suo ristabilimento, la minoranza, costituita dalle coppie omosessuali, invece, è stata protetta principalmente dal giudiziario, confermando il ruolo contro-maggioritario svolto da questo potere dello Stato²⁰. La garanzia del *same-sex marriage* da parte di diverse giurisdizioni statali costituisce un rilevante passo avanti sulla strada della tutela della minoranze, se si pensa che la decisione della Corte suprema federale sul caso *Lawrence v. Texas* (2003, 539 U.S. 558) risale soltanto a qualche anno fa²¹, quando ancora si riteneva penalmente perseguibile la condotta di due adulti consenzienti che avevano rapporti omosessuali. Si è sostenuto che tale decisione, con la quale si è dichiarata incostituzionale una legge del Texas che criminalizzava la sodomia, «non sia conferente»²² con la questione del *same-sex marriage*, giacché nel caso *Lawrence* l'incostituzionalità è stata riscontrata per violazione del diritto alla *privacy* e della *due process clause*²³, senza aver riguardo alla violazione del principio di eguaglianza, che invece verrebbe primariamente in rilievo proprio nel divieto dei matrimoni omosessuali. Tuttavia, è innegabile che un collegamento anche stretto tra

²⁰ Insiste sul ruolo contro-maggioritario dei giudici, in particolare in questa materia, GENTILI, *Una prospettiva comparata sul matrimonio omosessuale: Canada e Stati Uniti*, cit., 171ss.

²¹ La decisione sul caso *Lawrence v. Texas* costituisce un *overruling* di *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986). Cfr. TRIBE, *Lawrence v. Texas: The Fundamental Right That Dare Not Speak Its Name*, in *Harvard Law Review*, 2004, 1893-1955.

²² Cfr. GENTILI, *Una prospettiva comparata sul matrimonio omosessuale: Canada e Stati Uniti*, cit., 174.

²³ La *due process clause* (XIV Emendamento alla Costituzione federale) è la clausola costituzionale di garanzia contro le arbitrarie ingerenze dello Stato nella vita, nelle libertà e nelle proprietà degli individui.

giurisprudenze esiste, dal momento che le pronunce di giudici sul riconoscimento del *same-sex marriage* sono principalmente successive al caso *Lawrence*. Come a dire: se si considera penalmente rilevante avere rapporti omosessuali, difficilmente se ne garantirà piena dignità nell'ordinamento giuridico sotto forma di matrimoni omosessuali. È anche opportuno precisare comunque, ad onor del vero, che proprio perché la materia è di competenza statale si riscontrano grandi differenze nel trattamento dell'istituto tra Stati del Nord più la California, tradizionalmente più aperti alla tutela delle istanze minoritarie, e Stati del Sud, nei quali le "iniziative" anche di derivazione giurisprudenziale di garanzia del *same-sex marriage* sono pressoché inesistenti.

In una certa misura appare utile richiamare qui anche una decisione più risalente rispetto a quella resa in *Lawrence v. Texas*, il caso *Romer v. Evans* (517 U.S. 620 (1996)), non tanto perché possa considerarsi un precedente per la recente "famiglia" di decisioni con cui si è riconosciuto il *same-sex marriage*, quanto per alcune argomentazioni che si ritrovano nell'opinione di maggioranza e in quella dissenziente²⁴. In questo caso la Corte suprema federale è stata chiamata a pronunciarsi sulla conformità al XIV Emendamento²⁵, quindi al principio di eguaglianza, di un emendamento alla Costituzione del Colorado che vietava alle autorità di governo locali l'adozione di qualsiasi misura antidiscriminatoria per la protezione di orientamenti, pratiche, condotte e relazioni omosessuali, lesbiche o bisessuali. Questa decisione ha una rilevanza per il caso di studio almeno per due ragioni. In primo luogo, viene in rilievo il test condotto dalla Corte federale – e che è in uso

²⁴ Cfr. G.R. STONE e altri, *Constitutional Law*, VI ed., cit., 2009, 498-499.

²⁵ Sulla giurisprudenza relativa al XIV Emendamento e al principio di eguaglianza la letteratura è assai ampia. Si veda, da ultimo, WINKLER, *Same-sex Marriage negli Stati Uniti: le nuove frontiere del principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, n. 1, 2011, 93-121.

anche presso le Corti supreme statali – per valutare se l'accertata violazione del principio di uguaglianza possa essere giustificata. La Corte ricorre al *rational basis test*²⁶, il tipo di controllo più facile da superare da parte delle autorità statali, giacché per giustificare la violazione si richiede soltanto di mostrare l'esistenza di una relazione razionale tra la compressione del diritto e un interesse legittimo del governo a porre in essere quella limitazione. Nel caso di specie, però, la Corte ritiene che l'emendamento è così gravemente discriminatorio nei confronti di un gruppo ben identificato di persone che la norma contestata non può essere fatta salva neppure da tale test.

In secondo luogo, la decisione è importante perché evidenzia come i giudici nelle decisioni riguardanti i diritti degli omosessuali facciano spesso ricorso ad argomentazioni non propriamente giuridiche, quanto piuttosto di tipo politico-sociologico o morale. Innanzitutto, il giudice relatore, Kennedy, nell'opinione di maggioranza sottolinea come la misura è rivolta esclusivamente a danneggiare a «*politically unpopular group*», qualificando in questo termini la minoranza omosessuale. Nell'opinione dissenziente il giudice Scalia invece giustifica l'emendamento alla Costituzione del Colorado come uno strumento che le autorità statali hanno ritenuto appropriato per sanzionare una condotta moralmente repressibile come quella degli omosessuali. Tali argomentazioni si ritrovano, ad anni di distanza, anche nelle decisioni delle Corti supreme statali a favore o contro il *same-sex marriage*.

2.2. L'incostituzionalità del divieto di matrimoni interrazziali e la sua rilevanza per il riconoscimento del *same-sex marriage*

²⁶ Sul *rational basis test*, cfr. *infra* il par. 3.

Se questi sono stati i principali sviluppi della giurisprudenza federale sul fronte dei diritti degli omosessuali, altrettanto significativi sono i precedenti della Corte suprema federale in tema di matrimonio e, in particolare, del divieto di discriminazioni nel contrarre il matrimonio. È stato osservato, infatti, che il precedente cruciale per la giurisprudenza in tema di matrimonio tra omosessuali è il caso *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1, 1967), nel quale il diritto al matrimonio è stato considerato come un diritto fondamentale. In questa sentenza il divieto di matrimoni interrazziali – sancito, a livello federale, nel *Racial Integrity Act 1924* e, a livello statale, dalle c.d. *misogeneration laws*, e sanzionato penalmente – è stato ritenuto incostituzionale per violazione del principio di uguaglianza (XIV Emendamento). Inoltre, si è affermato che l’uguaglianza formale della pena, identica per i bianchi e i neri in caso di matrimonio “misto” (argomento addotto a sostegno della conformità a Costituzione della norma), non consentiva di ritenere rispettato il XIV Emendamento.

In ambito dottrinale, si deve sostanzialmente a Cass. R. Sunstein l’intuizione dell’assimilabilità di trattamento del divieto del *same-sex marriage* al divieto di matrimoni interrazziali²⁷. In particolare, così come la proibizione di matrimoni “misti” costituisce una discriminazione in base alla razza, allo stesso modo l’impossibilità di sposarsi per gli omosessuali, rappresenta una discriminazione in base al sesso. Tale analogia è stata fatta propria anche da alcuni giudici statali. Così, la Corte suprema della California, nel decidere in *In Re Marriage Cases* (183 P.3d 384, Cal. 2008) sulla base della Costituzione statale – al contrario di

²⁷ Cfr. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Bologna, 2009, 282. Cfr. anche D’ALOIA, *Omosessualità e Costituzione. La tormentata ipotesi del matrimonio tra persone dello stesso sesso davanti alla Corte costituzionale*, e MARZULLI, *Right to marry e same-sex couples: spunti di riflessione comparatistica dalla recente evoluzione giurisprudenziale statunitense*, in BIN – BRUNELLI – GUAZZAROTTI – PUGIOTTO – VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, cit., specie 103 e 249.

Loving v. Virginia, dove invece si chiamava in causa la Costituzione federale – per argomentare la costituzionalità del *same-sex marriage* si è richiamata ad uno suo precedente (*Perez v. Sharp*, 1948, 32 Cal.2d 711, 198 P.2d 17), ben più risalente di *Loving v. Virginia*, ma avente un dispositivo e una motivazione sostanzialmente identici.

2.3. La negazione del *same-sex marriage* attraverso l'argomento "definitorio", quello "tradizionalista" e quello "originalista"

Guardando poi alle decisioni dei giudici statali, se ne possono richiamare brevemente alcune che, sebbene abbiano negato il riconoscimento del *same-sex marriage*, appaiono particolarmente significative, se non altro per il fatto che le argomentazioni qui fatte proprie dalle opinioni di maggioranza vengono sovente riprese nelle opinioni dissenzienti dei giudici della quattro Corti supreme federali (Massachusetts, California, Iowa, Connecticut) che hanno garantito il diritto al matrimonio omosessuale.

La prima decisione in tema di *same-sex marriage* negli Stati Uniti è stata resa dalla Corte suprema del Minnesota nel 1971 (*Baker v. Nelson*). I ricorrenti, una coppia omosessuale, contestavano il divieto opposto al rilascio dell'autorizzazione per il matrimonio da parte del cancelliere di una corte distrettuale dello Stato. La vicenda, che come si è già detto, è giunta fino alla Corte suprema federale, che però ha dichiarato inammissibile il ricorso, concerneva la conformità al XIV Emendamento alla Costituzione federale di una legge del Minnesota su cui si era fondato il divieto di officiare matrimoni tra omosessuali. La Corte suprema statale respinge il ricorso, sostenendo che non vi è alcuna violazione della *due process clause* e del principio di eguaglianza. Per argomentare tale conclusione la Corte ricorre a tre argomenti, che potremmo chiamare "definitorio", "tradizionalista" e "dell'intento originario del

legislatore”, argomenti che saranno usati in seguito anche da altre corti²⁸.

Rispetto all’argomento “definitorio”, la Corte attinge alle definizioni di “matrimonio” contenute nei dizionari per escludere che tale nozione possa estendersi anche alle coppie omosessuali. Tanto nel *Webster’s Third New International Dictionary* quanto nel *Black Law Dictionary*, infatti, il matrimonio è definito con un’unione tra moglie marito di sesso diverso. Gli altri due argomenti, infine, vengono presentati come strettamente correlati tra loro: da un lato, ci si richiama alla tradizione, risalente addirittura al libro della Genesi, secondo i giudici, per cui la concezione del matrimonio come unione eterosessuale è fortemente radicata nella cultura del Paese; dall’altro, proprio in ragione della tendenziale immutabilità della nozione di “matrimonio”, si può ritenere che anche coloro che hanno redatto il testo della Costituzione federale così come quelli che hanno regolato a livello statale l’istituto del matrimonio avevano in mente come riferimento il paradigma eterosessuale del matrimonio, da cui, pertanto, non è possibile discostarsi.

La decisione resa a diversi anni di distanza da questa dalla Corte suprema di New York sul caso *Hernandez v. Robles* (855 N.E.2d 1, N.Y., 2006) in parte sviluppa argomenti simili a quelli della Corte suprema del Minnesota, in parte ne introduce di nuovi. La Corte di New York sostiene, contrariamente a quanto affermato dalle 44 coppie ricorrenti, che la Costituzione statale non impone il riconoscimento del *same-sex marriage* e che, spetta al legislatore, semmai, regolare l’istituto, fermo restando che questi ha piena discrezionalità in materia. La Corte, richiamandosi ad un precedente più recente sul diritto al suicidio assistito (*Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 1997) ha poi ulteriormente sviluppato l’argomento “tradizionalista”. Alla luce di questo precedente federale,

²⁸ Cfr. MONTALTI, *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita*, cit., 414-416.

infatti, si è stabilito che un diritto fondamentale si considera formato quando esso è «fortemente radicato nella storia e nella tradizione di questa Nazione». Da questo punto di vista, secondo la Corte suprema di New York il diritto al matrimonio, specie dopo la sentenza su *Loving v. Virginia*, è da ritenersi un diritto fondamentale, ma non lo stesso può dirsi, proprio per l'assenza di radicamento nella tradizione del Paese, del diritto al *same-sex marriage*. La limitazione di tale diritto non fondamentale è giustificata, secondo la maggioranza dei giudici, in base al *rational-basis test*, il tipo di scrutinio meno restrittivo. L'argomento che qui si fa valere è di natura "scientifica-sociologica". Per la Corte, evidenze scientifiche mostrerebbero che le coppie omosessuali sono spesso fondate su relazioni casuali e temporanee e, quindi, non idonee a garantire quella stabilità nei rapporti tra i coniugi che si richiede per il benessere dei figli, essendo la procreazione il fine naturale del matrimonio. Inoltre, quand'anche fosse possibile per le coppie omosessuali riuscire ad avere figli, «grazie ai miracoli della tecnologia e della scienza», ciò non avverrebbe comunque a seguito di un impulso naturale. Infine, «l'intuizione e l'esperienza» - proseguono i giudici - insegna che i bambini crescono meglio se hanno dinanzi come modelli di vita dei genitori che sono un uomo ed una donna. Dunque, con un salto logico un po' ardito, collegando il matrimonio alla filiazione, i giudici arrivano a sostenere che la limitazione del *same-sex marriage* si giustifica per presunte ragioni scientifiche.

3. Cenni sulle tecniche argomentative maggiormente usate dalle Corti statunitensi nell'ambito del controllo di costituzionalità sulle leggi

Sebbene i fondamenti delle tecniche interpretative usate dai giudici siano simili in tutti gli ordinamenti democratici²⁹, laddove si richieda al giudice di argomentare la propria decisione, vi sono però alcune variazioni da Stato a Stato, nel senso che si fa prevalentemente ricorso solo ad alcune di esse o a loro peculiari combinazioni³⁰.

Negli Stati Uniti, soprattutto dopo l'attivismo della Corte Warren, si è acceso un vivace dibattito sulle tecniche interpretative da usare nel giudizio di costituzionalità delle leggi³¹. Nell'ambito della vasta categoria delle tecniche interpretative, ci si sofferma innanzitutto sulle tecniche argomentative utilizzate per *identificare* la norma parametro mediante l'attribuzione di significati a enunciati costituzionali.

Tra gli anni Sessanta e Settanta del Novecento si sono sviluppate, in reazione alla presunta "decostruzione" della Costituzione operata dalla Corte suprema federale, una serie di teorie "originaliste", per le quali la Costituzione deve essere interpretata secondo il significato originario del testo, come attribuito dai Padri costituenti. Tali teorie, che riscuotono anche oggi un certo successo, essendo fatte

²⁹ Cfr. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 139-181.

³⁰ Sul punto, in particolare, sul superamento storico dell'interpretazione letterale, cfr. MADDALENA, *I percorsi logici per l'interpretazione del diritto nei giudizi davanti la Corte costituzionale*, relazione tenuta alla XV Conferenza delle Corti costituzionali europee "La giustizia costituzionale: funzioni e rapporti con le altre pubbliche autorità", Bucharest, 23-25 maggio 2011, in *federalismi.it*, n. 11/2011.

³¹ Per un'accurata ricostruzione delle principali tecniche interpretative e del dibattito dottrinale, cfr. BOGNETTI, *Lo Spirito del costituzionalismo americano*, vol. II, *La Costituzione democratica*, Torino, 1998, 313 ss.

proprie da alcuni giudici della Corte suprema³², si declinano negli Stati Uniti secondo due principali orientamenti, all'atto dell'interpretazione costituzionale. L'originalismo può far leva infatti sull'interpretazione letterale, ossia sulla stretta attinenza al dato testuale (*textualism*), oppure su argomenti meta-giuridici, come quando si ricostruiscono le intenzioni degli autori delle disposizioni costituzionali, usando «elementi storici extratestuali»³³. Nelle decisioni sul *same-sex marriage* il ricorso all'originalismo è stato volto esclusivamente a negare il riconoscimento dei matrimoni tra omosessuali, affermando che nelle intenzioni dei Padri costituenti la *equal protection clause* e la *due process clause* non erano state introdotte col fine di garantire questo istituto.

Pur non potendo essere ascritte entro la cornice dell'originalismo, vi sono altre due tecniche argomentative a cui si ricorre per seguire un'interpretazione "conservatrice" del testo costituzionale, orientato pressoché sempre a negare il diritto al *same-sex marriage*³⁴: si tratta, da un lato, dell'argomento tradizionalista, che enfatizza una concezione tradizionale dei rapporti sociali e in particolare della famiglia e del matrimonio come unione tra un uomo e una donna (talvolta anche "appoggiandosi" a testi sacri); dall'altro, si fa riferimento all'argomento naturalistico, per cui i rapporti sociali andrebbero regolati "secondo natura". Così, se il fine naturale del matrimonio è la procreazione, ciò esclude che gli omosessuali possano contrarlo (dato che la filiazione sarebbe una conseguenza artificiale delle tecniche messe a punto dalla scienza o dell'adozione). Queste due tecniche argomentative "conservatrici" vengono spesso combinate tra loro, in modo da rafforzarsi a vicenda.

³² Cfr. SCALIA, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton, 1998.

³³ *Ivi*, p. 316.

³⁴ Sulle tecniche argomentative usate dalle corti statunitensi in tema di *same-sex marriage*, cfr. WINKLER, *Same-sex marriage negli Stati Uniti*, cit., spec. 112ss.

Agli antipodi dell'originalismo si collocano le teorie e la pratica giurisprudenziale che si fondano sull'interpretazione evolutiva della Costituzione. Tuttavia, anche qui le tecniche argomentative usate sono piuttosto differenziate. Talvolta si fa leva sull'interpretazione teleologica, laddove si ritiene che le disposizioni costituzionali vadano lette in modo da massimizzare il benessere collettivo, ossia da garantire la più ampia protezione possibile dei diritti minimizzando i costi per coloro che non ne fruiscono³⁵. Altre volte, in particolare in tema di *same-sex marriage*, proprio per assicurarne il riconoscimento, si argomenta, sulla base del dato sociologico, che i destinatari di riferimento dei precetti costituzionali hanno mutato i loro costumi e atteggiamenti e che, pertanto, vi è una domanda di regolazione di tali nuovi rapporti come effetto della realtà che cambia³⁶. In altri casi ancora si fa uso dell'argomento morale (c.d. *moral argument*), mediante la scelta dell'interprete tra principi fra loro concorrenti secondo un ideale morale di giustizia. Tali principi sarebbero poi graduabili sulla base di un ordine di preferenza, così che per qualcuno risulta più determinante il principio di eguaglianza³⁷, mentre per qualcun altro è prioritario che le decisioni dei giudici vadano in ogni caso nella direzione del rafforzamento della rappresentanza democratica, in particolare a protezione delle minoranze³⁸. L'interpretazione evolutiva spesso può essere sviluppata mediante l'argomentazione sistematica – sebbene questa raramente sia usata da sola, ma quasi sempre in combinazione con altre tecniche interpretative – che consiste nel «lavorare su tutto il testo per trarne in tutte le

³⁵ Cfr. POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard Univ. Press, 1990.

³⁶ Cfr. SANDALOW, *Constitutional Interpretation*, in *Michigan Law Review*, vol. 79, 1981, 1033-1072.

³⁷ Cfr. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard, 1997.

³⁸ V. HART ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard, 1980, 7-8.

direzioni conseguenze congrue con la logica delle “strutture” complessive del sistema, ricavabili da esso»³⁹.

Infine, di rado si ricorre alla citazione di fonti di diritto straniero (legislazione, giurisprudenza e dottrina) e di diritto internazionale.

Tale “sistema” di tecniche interpretative, in linea di massima, è in uso negli Stati Uniti tanto a livello federale quanto a livello statale, che è quello che più interessa per la nostra analisi. Tuttavia, esistono alcuni elementi di differenza tra i due livelli di governo quanto all’interpretazione costituzionale, se non altro perché diversi sono i testi costituzionali. Tali differenze non sono però particolarmente marcate: per lungo tempo, infatti, quando le previsioni delle Costituzioni statali lo consentivano (nel senso che le disposizioni erano simili o identiche a quelle della Costituzione federale), i giudici statali e, soprattutto, quelli delle Corti supreme, hanno preferito fondare le loro decisioni sulla giurisprudenza della Corte suprema o, in generale, dei giudici federali. Il c.d. *new judicial federalism*, cioè il crescente orientamento dei giudici statali a far riferimento alle rispettive dichiarazioni costituzionali sui diritti (anziché al catalogo federale), è un fenomeno relativamente nuovo, che risale agli anni Settanta⁴⁰. Tarr evidenzia come le corti statali abbiano «scoperto» le rispettive previsioni costituzionali sui diritti soltanto quando la nuova composizione della Corte suprema federale, dopo l’epoca delle grandi conquiste sul

³⁹ Così BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, cit., p. 324. Insistono sulla rilevanza di questa tecnica interpretativa TRIBE, *Constitutional Choices*, Harvard Univ. Press, 1980 e BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, II ed., New Haven, 1986.

⁴⁰ Cfr. BRENNAN, *State Constitutions and the Protection of Individual Rights* in *Harvard Law Review*, vol. 90, 1977, 489-504 e TARR, *Understanding State Constitution*, Princeton, 1998, 173.

fronte dei diritti, iniziò a far temere una brusca virata quanto ad una loro ampia protezione⁴¹.

Alcuni autori hanno evidenziato l'esistenza di significative differenze tra il testo delle Costituzioni statali e quello della Costituzione federale, rispetto alla loro formulazione ed emendabilità⁴². In particolare, nelle Costituzioni statali sarebbero assenti quelle caratteristiche di chiarezza ed intelligibilità che si richiedono ad una Carta fondamentale. Disposizioni di principio convivono con norme di dettaglio, alcune delle quali sembrano tipiche del contenuto delle leggi se non di atti dell'amministrazione. Tali Costituzioni si configurerebbero quindi come *corpus* di norme tra loro spesso incoerenti e configgenti, privi della natura tipica delle carte costituzionali come di documenti volti ad identificare una precisa comunità politica e i suoi valori di fondo. Certo, a tale confusione non giova neppure la flessibilità di queste Costituzioni, spesso modificabili in assenza di *quorum* aggravati⁴³.

Proprio queste caratteristiche che si sono appena evidenziate e, in particolare, il frequente "aggiornamento" delle Carte costituzionali statali – la cui versione originaria è in diversi casi antecedente all'entrata in vigore della Costituzione federale – hanno indotto l'interprete, negli ultimi anni, a fare sovente ricorso all'originalismo e all'interpretazione letterale. I frequenti emendamenti alle Costituzioni rendono infatti agevole per l'interprete risalire alla volontà originaria del legislatore costituzionale, potendo disporre di una cospicua massa documentale. Dall'altra parte, l'osservanza di tale tecnica interpretativa

⁴¹ *Ivi*, p. 178. Sui diversi orientamenti adottati nello sviluppo dei rapporti tra giurisprudenza statale e giurisprudenza federale sui diritti, v. A TARR, cit., 180-185.

⁴² Cfr. GARDNER, *The Failed Discourse of State Constitutionalism*, in *Michigan Law Review*, vol. 90, 1992, 761-837 e KAHN, *Interpretation and Authority in State Constitutionalism*, in *Harvard Law Review*, vol. 106, 1993, p. 1147-1168.

⁴³ Sul numero assai ragguardevole di modifiche alle Costituzioni statali nell'ultimo secolo, cfr. TARR, op. cit., 139-140.

da parte di diversi giudici statali spiega perché solo in una esigua minoranza di Stati si sia giunti al riconoscimento del *same-sex marriage* (anche se, come si è anticipato, tale riconoscimento nei pochi Stati in cui è stato conseguito è intervenuto per via giurisprudenziale più che mediante il legislatore). Le *equal protection clause* statali, il principale appiglio normativo per la garanzia del matrimonio tra omosessuali, in molti casi non sono state mai modificate. Pertanto, il ricorso all'argomento originalista preserva intatta la concezione del principio di eguaglianza invalsa nel XIX secolo – quando buona parte di queste Costituzioni entrarono in vigore – come di un principio volto a proteggere la maggioranza contro l'introduzione di speciali privilegi per alcune minoranze ad opera del legislatore⁴⁴. Si può notare, perciò, quale distanza vi sia rispetto alla concezione del principio di eguaglianza come ridefinito durante il periodo della lotta per i diritti civili, momento a partire dal quale esso è stato interpretato come strumento a difesa delle minoranze⁴⁵.

Un ultimo elemento significativo sull'interpretazione costituzionale da parte delle corti statali concerne il contesto di riferimento entro il quale tale attività avviene. Si è già detto della naturale influenza sulle decisioni delle corti statali della giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti, che rappresenta un vincolo quando si interpreta la Costituzione federale. Più incerto è invece il suo valore quando i giudici statali interpretano la rispettiva Costituzione, che contiene norme assai simili o sostanzialmente riprodottrici di previsioni costituzionali federali: in generale, deroghe sono ammesse solo per

⁴⁴ *Ivi*, p. 198.

⁴⁵ Non è un caso, quindi, che negli Stati in cui il *same-sex marriage* è stato poi riconosciuto in via giurisprudenziale (Massachusetts, Connecticut e Iowa, mentre la vicenda è più complessa per la California) si sia cercato di modificare inizialmente le previsioni costituzionali sul principio di eguaglianza al fine di impedire il riconoscimento dell'istituto da parte delle Corti supreme.

assicurare un livello di protezione dei diritti più ampio. Tuttavia, le corti statali citano con una certa frequenza anche le pronunce di altri giudici statali in materia (circostanza che avviene di frequente nei casi sul *same-sex marriage*), decisioni che, in punto di diritto, non hanno altro che *persuasive authority*.

Circostanza almeno in parte diversa, rispetto a quanto affermato sinora sulle tecniche interpretative usate per *individuare* la norma parametro, è quella dell'uso di tecniche interpretative dirette a *costruire* la norma parametro attribuendo significati specifici ad enunciati costituzionali contenenti principi. In questo caso, evidentemente, la norma parametro si produce integralmente mediante un'operazione di bilanciamento o di concretizzazione.

Il caso paradigmatico nell'ordinamento statunitense e con riferimento al *same-sex marriage* è quello del principio di eguaglianza. Tutto dipende dal tipo di violazione di questo principio che si contesta o, meglio, della categoria di soggetti che si ritiene discriminata⁴⁶. Ciò comporta, infatti, che vi siano delle discriminazioni più gravi di altre – come quelle relative alla razza – per le corti statunitensi. La giurisprudenza federale e quelle statali ammettono che il principio di eguaglianza possa essere violato e la sua violazione è condizione necessaria, ma non sufficiente, per considerare la norma oggetto del giudizio incostituzionale. Questa, infatti, sebbene lesiva del principio di eguaglianza, potrebbe essere però giustificata alla luce di altri interessi pubblici pure meritevoli di tutela.

La Corte suprema federale ha elaborato quindi tre differenti tipi di controllo, di *scrutiny*, da applicare alle norme che violano tale principio⁴⁷. Il tipo di *scrutiny* più restrittivo (*strict scrutiny*) rende particolarmente difficile per le autorità di governo giustificare l'adozione delle norma

⁴⁶ Sul punto, cfr., da ultimo, FABIANO, *Le categorie sensibili dell'eguaglianza negli Stati Uniti d'America*, Torino, 2009.

⁴⁷ Cfr., *amplius*, STONE e altri, *Constitutional Law*, cit., spec. 492 ss.

contestata. Questa infatti deve essere direttamente collegata al perseguimento di un interesse pubblico impellente e da proteggere obbligatoriamente e deve determinare la minima limitazione possibile del principio di eguaglianza. Il controllo di tipo intermedio (*intermediate scrutiny*) richiede, sempre laddove sia stata accertata una violazione del principio, che si intende raggiungere un obiettivo governativo importante e sostanzialmente collegato alla compressione del diritto e che non importi oneri eccessivamente gravosi rispetto a quanto necessario per conseguirlo. Infine, il tipo di controllo più blando, quello che esige un onere della prova minimo per l'autorità di governo (*minimal scrutiny*), pretende che la norma adottata in violazione del principio di eguaglianza presenti un legame razionale con i fini governativi – fini che naturalmente devono essere legittimi – e che non imponga oneri irrazionali a coloro che sono destinatari del provvedimento (*rational-basis test*)⁴⁸.

Quanto all'applicabilità di questi *test*, la Corte suprema degli Stati Uniti ha chiarito che l'applicazione dello *strict scrutiny* richiede una violazione del principio di eguaglianza che si sostanzia nell'identificazione di una classe sospetta (*suspect classification*) ovvero di un gruppo di individui che risponda almeno ad una delle seguenti caratteristiche: 1) il gruppo è stato storicamente discriminato ed è oggetto di pregiudizio e stereotipi; 2) il gruppo è identificabile sulla base di caratteristiche non modificabili o di tratti fisici; 3) il gruppo non è nelle condizioni di proteggere i propri interessi durante il processo di decisione politica; 4) le caratteristiche distintive del gruppo non impediscono ai suoi componenti di essere parte attiva della comunità. In genere, a titolo di esemplificativo, sono soggette allo *strict scrutiny* le norme che comportano una discriminazione razziale; le misure che causano una discriminazione tra

⁴⁸ Cfr. *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938).

cittadini e stranieri sono sottoposte al test intermedio⁴⁹, mentre le norme che determinano una discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, come il caso *Romer v. Evans* insegna, devo superare semplicemente il *rational-basis test*.

Tali tecniche di *costruzione* della norma parametro sono il punto di riferimento anche per l'interpretazione dei testi delle Costituzioni statali da parte dei rispettivi giudici: i diversi procedimenti logici seguiti, a seconda del *test*, sono sostanzialmente replicati dinanzi alle giurisdizionali statali, per scelta di queste ultime nella gran parte dei casi, a meno che non vi sia una clausola costituzionale statale in cui si richieda, in base all'*analogia legis*, di interpretare le disposizioni statali identiche a quelle federali in conformità con la giurisprudenza federale in proposito. Ciò che può cambiare, invece, e questo è un dato particolarmente significativo, è il tipo di test applicato, con conseguenze importantissime. Così, la Corte suprema delle Hawaii, nel caso *Baier v. Lewin* (v. *supra*), sul divieto di matrimoni omosessuali, ha applicato lo *strict scrutiny*, mentre a livello federale, almeno fino al 2010 (come si dirà *infra*), difficilmente si sarebbe applicato un controllo così serrato ad una discriminazione basata sull'orientamento sessuale.

4. L'analisi dei casi giurisprudenziali in cui è stato riconosciuto il diritto al *same-sex marriage*

4.1. La “non decisione” (sul merito) nel caso *Baier v. Lewin* e la differenza tra matrimonio e unione civile

Venendo, invece, ai tentativi di affermazione del matrimonio tra omosessuali mediante la giurisprudenza delle Corti supreme statali, la prima decisione degna di nota è quella sul caso *Baier v. Lewin* (852 P. 2d 44 (Haw.

⁴⁹ In passato tale test si è applicato anche ai casi di discriminazione in base al sesso: cfr. *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976)

1993) della Corte suprema delle Hawaii, all'inizio degli anni Novanta⁵⁰.

In *Baehr v. Lewin* la Corte suprema delle Hawaii non è giunta ad una vera e propria decisione. Difatti, sebbene tale Corte, in prima battuta, abbia ritenuto il divieto di contrarre matrimonio tra gli omosessuali incostituzionale perché lesivo della *equal protection clause* contenuta nella Costituzione delle Hawaii, trattandosi di una discriminazione (*rectius* classificazione) fondata sul sesso e perciò sospetta, la Corte stessa ha sospeso il giudizio e ha rimesso la questione alla *circuit court* dinnanzi alla quale le autorità statali erano state chiamate a giustificare la loro limitazione del diritto. Configurandosi il caso come sottoposto allo *strict scrutiny*, lo Stato avrebbe dovuto dimostrare la sussistenza di interessi pubblici impellenti da soddisfare mediante la misura restrittiva. Accertata l'insussistenza di tali interessi, la questione è stata rinviata alla Corte suprema, che però non ha potuto esprimersi sul merito. Frattanto, infatti, nel 1998 era stato approvato un emendamento alla Costituzione californiana che bandiva il *same-sex marriage*. Questo primo tentativo volto a garantire, se non la regolazione in positivo, quanto meno la rimozione di divieti contro il matrimonio tra omosessuali è anche importante per un'altra ragione: esso aveva infatti determinato una rapida approvazione del *DOMA* federale. Il Congresso degli Stati Uniti temeva, infatti, che il riconoscimento del *same-sex marriage* nello Stato delle Hawaii avrebbe potuto causare una sorta di "effetto domino", in virtù del quale per effetto dell'art. IV sez. I Cost. federale, ossia del riconoscimento della sentenza della Corte delle Hawaii negli altri Stati, si sarebbe giunti ad un riconoscimento dell'istituto in ambito federale.

Infine, le Corti statali sono anche intervenute sulla distinzione tra la nozione di matrimonio e quella di unione

⁵⁰ Cfr. COX, *Same-Sex Marriage and Choice of Law: If We Marry in Hawaii, Are We Still Married When We Return Home?*, in *Wisconsin Law Review*, 1994, 1033 ss.

civile tra omosessuali, distinzione su cui, più recentemente, è stata chiamata a decidere anche la Corte suprema californiana. In precedenza, però, con il primo riconoscimento effettivo del *same-sex marriage* in via giurisprudenziale, da parte della Corte suprema del Massachusetts (nel caso *Goodridge*, su cui v. *infra*), nel 2003, tale Corte aveva anche richiesto l'approvazione di una legge che potesse regolare questo tipo di matrimoni. Il disegno di legge presentato presso il Congresso statale, però, operava una netta distinzione tra matrimoni, da celebrare tra coppie eterosessuali, e unioni civili, dotate di un identico corredo di diritti, ma riservate alle coppie omosessuali. Il Senato statale, ritenendo esistenti, per la differenziazione che si è detta, gravi dubbi circa lo costituzionalità del disegno di legge (naturalmente, sempre avuto riguardo alla Costituzione statale e in particolare alla *equal protection* e alla *due process clause*) lo ha sottoposto alla Corte in virtù della previsione costituzionale che consente al Congresso di richiedere alla suprema Corte un parere, vincolante, «su questioni importanti di diritto (Capitolo III, art. 2 Cost.)». Nel quadro di questo tipo di sindacato astratto e preventivo la Corte ha sostenuto l'incostituzionalità del *bill* (*opinion of the Massachusetts Supreme Court of 6 February 2004*). A suo giudizio, infatti, la distinzione tra matrimonio e unione civile non è puramente semantica: dietro l'uso del termine «matrimonio», si celerebbero infatti tutta una serie di «*intangible benefits*», la cui fruizione è preclusa a coloro che sono costretti a contrarre un'unione civile, limitandone la possibilità di godere appieno di una differente esperienza umana. Per la Corte, a ciò si aggiunge il fatto che vi è un'intenzione evidente del legislatore di separare rigidamente, da un punto di vista giuridico, il regime di trattamento delle coppie omosessuali da quelle eterosessuali, in contrasto con la sua decisione del 2003. Si relegano così le coppie omosessuali ad uno *status* di secondo ordine giacché l'esperienza e la storia

costituzionale insegnano che raramente la previsione di regimi separati implica l'eguaglianza di trattamento⁵¹.

4.2. Le Corti supreme del Massachusetts, del Connecticut e dell'Iowa: la centralità dell'interpretazione evolutiva fondata sulla garanzia del diritto fondamentale e sul rilievo del dato sociologico

Sebbene la Corte suprema del Massachusetts abbia aperto per prima la strada (dopo la Corte delle Hawaii) al riconoscimento del *same-sex marriage* con la decisione sul caso *Goodridge v. Department of Public Health* (440 Mass 309, 2003)⁵², le Corti che l'hanno "seguita" – anche riportando nelle loro motivazioni interi stralci del percorso argomentativo della prima –, quelle del Connecticut⁵³ e dell'Iowa⁵⁴, hanno usato, con qualche limitata differenza, argomentazioni sostanzialmente identiche, basate su un'interpretazione evolutiva delle Costituzioni statali e, in particolare, sulla garanzia del diritto al matrimonio tra omosessuali come diritto fondamentale e sul rilievo del dato sociologico.

Tutte e tre le Corti sono state adite in appello e le vicende da cui originano i casi giudiziari sono simili: i ricorrenti sono coppie omosessuali che si sono viste negare l'autorizzazione a contrarre il matrimonio dal pubblico ufficiale responsabile per lo stato civile – parte resistente

⁵¹ Per la ricostruzione della vicenda, cfr. MONTALTI, *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita*, cit., 453-456.

⁵² La Corte suprema del Massachusetts è composta da 7 giudici. Il caso in esame è stato deciso con una maggioranza di 4 a 3.

⁵³ La Corte suprema del Connecticut nel caso *Kerrigan and Mock v. Connecticut Department of Public Health* (289 Conn. 135, 2008) ha deciso con una maggioranza di 4 giudici a 3.

⁵⁴ La Corte suprema dell'Iowa nel caso *Varnum v. Brien* (763 N.W. 2d 862, Iowa, 2009) ha deciso all'unanimità.

nei giudizi – nelle rispettive comunità locali di residenza⁵⁵, non essendo consentito nei tre Stati il *same-sex marriage*. Differente nei tre Stati era stata però la risoluzione della controversia nei primi gradi di giudizio, giacché in Massachusetts e in Connecticut i ricorsi non erano stati accolti inizialmente – in Connecticut, in particolare, perché, mentre il ricorso era pendente, il Congresso statale aveva approvato una legge che garantiva le unioni civili tra omosessuali assicurando ad essi gli stessi diritti delle coppie sposate -; in Iowa, invece, la corte distrettuale dello Stato aveva accolto i ricorsi. Nei tre casi le norme oggetto di giudizio erano contenute nelle leggi statali che regolavano il matrimonio e la famiglia: in Iowa, peraltro, la legge era stata appositamente modificata nel 1998 per proibire il matrimonio tra omosessuali (*Iowa Code, section 595.2*), mentre in Connecticut, come si è anticipato, nel 2005 si è tentato di arginare la portata del divieto, consentendo le unioni civili tra omosessuali, che non supereranno, comunque, il vaglio di costituzionalità dinanzi alla Corte suprema⁵⁶.

⁵⁵ Per l'esattezza, si trattava di undici ricorrenti nel caso dinanzi alla Corte suprema del Massachusetts, di dodici ricorrenti nel caso giudicato dalla Corte suprema dell'Iowa e di sedici ricorrenti nel caso di fronte alla Corte suprema del Connecticut. Come sottolineano le Corti stesse, i ricorrenti hanno estrazioni sociali e provenienze assai eterogenee tra loro, svolgendo i lavori più disparati (da professionisti e avvocati a insegnanti e infermieri), ma sono accomunati dal fatto di essere coinvolti in relazioni sentimentali con persone dello stesso sesso e dal desiderio di sposarsi.

⁵⁶ In Massachusetts già era in vigore da tempo, invece, la G.L. c. 207, secondo cui il matrimonio si definiva come un'unione tra un uomo e una donna. Peraltro, è bene ricordare che dopo la celebre sentenza della Corte suprema di questo Stato del 2003 in cui è stata dichiarata incostituzionale la G.L. c. 207, tale Corte è nuovamente intervenuta in materia nell'ambito del parere vincolante reso al Senato statale per sostenere la necessità di garantire effettivamente il diritto degli omosessuali al matrimonio, rendendo impraticabili le "scorciatoie" volta a ridenominare l'unione tra omosessuali in modo diverso rispetto all'istituto matrimoniale. L'argomentazione, che sarà poi ripresa dalla Corte suprema del Connecticut nel 2008, si fonda sul fatto che il

Le norme costituzionali parametro di giudizio erano la *due process clause* e la *equal protection clause* – quest’ultima modificata nei tre Stati rispetto al testo originario – delle rispettive Costituzioni statali, ma le tre Corti hanno considerato dirimente il mancato rispetto del principio di eguaglianza e l’assenza di valide giustificazioni per la sua violazione da parte delle autorità statali (*rationl-basis* o *intermediate scrutiny*, a seconda delle Corti) per la risoluzione dei tre casi.

Nelle tre decisioni il diritto al matrimonio è considerato un diritto fondamentale, per ragioni sociali – la Corte suprema del Massachusetts afferma che «il matrimonio civile rafforza il benessere della comunità di riferimento» –, ma anche per i benefici individuali «tangibili»⁵⁷ ed «intangibili» che è in grado di garantire a chi lo contrae. Inoltre, anche i figli cresciuti da coppie sposate, direttamente e indirettamente, «sono oggetto di speciale protezione giuridica ed economica». Eppure, per secoli, sottolineano le tre Corti, il diritto al matrimonio è stato solo parzialmente garantito: fino alla sentenze *Perez v. Sharp* della Corte suprema della California (1948) e *Loving v. Virginia* della Corte suprema federale (1967), esplicitamente richiamate, si consentivano matrimoni solo tra individui della stessa razza. Tuttavia, il diritto al matrimonio significa poco se «non comprende il diritto di sposare la persona che si è scelta (*Perez v. Sharp*)», considerazione che può essere estesa, secondo i giudici statali, anche alle coppie omosessuali.

In base a tale assunto, le Corti, in perfetta simmetria tra loro, evidenziano come le rispettive Costituzioni in genere assicurino una protezione più ampia dei diritti rispetto a quanto consente la Costituzione federale e ciò non deve

matrimonio non è un mero catalogo di diritti la cui denominazione è alla mercè del legislatore (unione, *partnership* ecc.), ma ha un significato simbolico e sociale che trascende persino le prerogative formalmente attribuite alle coppie sposate.

⁵⁷ Anche in termini fiscali e di copertura assicurativa.

sorprendere, dal momento che le corti statali possono interpretare le loro norme costituzionali in modo da estendere il livello di tutela dei diritti rispetto a quello federale (*Arizona v. Evans*, 514 U.S. 1, 8, 1995); le deroghe, quindi, sono ammesse per eccesso e non per difetto di tutela.

A questo punto, però, anche se solo formalmente, come si vedrà tra breve, la posizione della Corte suprema del Massachusetts si distanzia da quelle delle altre due Corti. Tutte riconoscono infatti che la negazione del *same-sex marriage* costituisce una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, un tipo di discriminazione che, in base al più importante precedente federale, *Romer v. Evans*, è stata sottoposta al test meno stringente per le autorità pubbliche, il *rational-basis scrutiny*. Pertanto, in base a quanto affermato poco prima, ovvero che i giudici statali sono inclini ad estendere il livello di protezione dei diritti oltre quello federale, ci si sarebbe potuti attendere l'opzione per un tipo di controllo più "esigente", lo *strict scrutiny* o l'*intermediate scrutiny*. Del resto, almeno uno dei presupposti per l'applicazione di questi ultimi due tipi di controllo veniva esplicitamente richiamato poco prima, ossia la natura di diritto fondamentale del diritto al matrimonio. Mentre la Corte suprema del Connecticut e quella dell'Iowa in base a questo fondamento e al fatto che gli omosessuali, a loro parere, sono da considerarsi come caso di *suspect o quasi-suspect classification* – secondo i quattro requisiti richiesti a livello federale di essere una minoranza storicamente discriminata, identificabile in base a caratteristiche tendenzialmente immutabili, di contribuire attivamente alla propria comunità di riferimento e di contare poco nei processi di decisione politica (cfr. *supra*, par. 1.2.) – applicano l'*intermediate scrutiny*, la Corte suprema del Massachusetts opta invece per il *rational-basis scrutiny*, smentendo apparentemente quanto sostenuto poco prima. Tuttavia, come rilevato dal giudice Sosman nella sua *dissenting opinion*, nell'opinione di maggioranza si applica

di fatto un test molto simile allo *strict scrutiny*, dato che si pone l'accento sulle ragioni addotte dai resistenti (le autorità statali) al divieto dei matrimoni omosessuali per la carenza di obiettivi impellenti e obbligatori da perseguire e, soprattutto, per il danno sproporzionato causato alle coppie omosessuali rispetto alle presunte finalità della misura restrittiva. I giudici degli altri due Stati sostengono invece di "fermarsi" all'*intermediate scrutiny*, senza giungere al controllo più stringente, perché le ragioni addotte dai convenuti nei giudizi non sono in grado di superare nemmeno il test intermedio, figuriamoci quello più impegnativo.

Ciò premesso, le tre Corti sviluppano argomentazioni assai simili nel risolvere i tre casi, partendo dalla confutazione delle ragioni – pressoché identiche - addotte dalle autorità statali a giustificazione del divieto del *same-sex marriage*. Tali ragioni possono ricondursi a tre tipi di argomenti: a) l'argomento naturalistico, per cui il matrimonio si collegherebbe *ipso facto* alla procreazione naturale, che è esclusa per le coppie omosessuali, e secondo il quale i figli troverebbero un ambiente più favorevole alla loro crescita ove vi siano genitori di sesso diverso, che sarebbero più inclini di genitori omosessuali a garantire la stabilità della famiglia; b) l'argomento economico-efficientistico, per cui il divieto di contrarre matrimoni omosessuali consentirebbe di economizzare risorse da spendere in altre politiche, anche perché – si sostiene – nelle coppie omosessuali i conviventi sarebbero maggiormente indipendenti tra loro economicamente rispetto ai coniugi eterosessuali, quindi i benefit che il matrimonio garantisce sarebbero meno necessari per i primi –; c) l'argomento tradizionalista, secondo il quale il matrimonio come istituzione sociale per eccellenza è sempre stato eterosessuale e, mentre il diritto al matrimonio così inteso è da considerarsi fondamentale perché «fortemente radicato nella storia della Nazione

(*Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 721, 1997)», non può dirsi lo stesso del diritto al *same-sex marriage*⁵⁸. Se sul primo e sul secondo argomento le Corti hanno gioco facile nel rilevare l'assenza di un collegamento tra un importante o impellente interesse del Governo da soddisfare e il divieto imposto alle coppie omosessuali, avvalendosi dei numerosi *amici curiae briefs* pervenuti da medici e psicologi nonché da docenti universitari di storia e di economia e che vengono citati, esse si soffermano principalmente sull'argomento tradizionalista, che viene superato mediante un'interpretazione evolutiva dei testi costituzionali. Nel caso *Kerrigan and Mock v. Connecticut Department of Public Health* la Corte del Connecticut precisa innanzitutto che la «tradizione» in nessun caso può essere idonea, di per sé, a giustificare una discriminazione. La Corte suprema dell'Iowa poi, citando prima la decisione federale sul caso *Lawrence v. Texas* – per la quale il tempo che passa può convincerci di certe verità, «ma le generazioni successive sono in grado di distinguere come le leggi una volta considerate necessarie e appropriate, siano diventate in realtà soltanto uno strumento di oppressione» – e poi il suo precedente, *Callender v. Skiles* (591 N.W.2d 182, 190, Iowa 1999) ha ribadito che «la nostra Costituzione non è unicamente legata alla tradizione, ma riconosce la natura mutevole della società». Lo stesso può dirsi della Corte del Connecticut, che considera la Costituzione come un «*living document*», addirittura «come

⁵⁸ Questi tre argomenti sono anche quelli utilizzati nelle *dissenting opinions*, alle quali però si aggiunge l'argomento originalista, adoperato in particolare dal giudice Sosman del Massachusetts. Nella *dissenting opinion* del giudice Borden, della Corte suprema del Connecticut, invece, si afferma che gli omosessuali non configurerebbero affatto una *suspect o quasi-suspect classification* essendo assai influenti nelle decisioni politiche (appunto, uno dei quattro requisiti richiesti): diversi membri del Congresso statale, ad esempio hanno apertamente dichiarato il loro orientamento sessuale e il loro numero sarebbe tale, secondo il giudice, da far ritenere determinante il loro contributo nel procedimento legislativo.

uno strumento di progresso», che deve essere interpretato in conformità con le domande della società contemporanea – rilievo del dato sociologico –, anche a costo di perdere il suo significato originario; altrimenti, la Costituzione rischia di atrofizzarsi (citando *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 415, 4L. Ed. 579, 1819).

La *ratio decidendi* della tre Corti, che nel caso della Corte suprema del Massachusetts fa leva anche sul *moral argument* per cui il principio di eguaglianza si colloca al centro dell'intero ordine costituzionale dello Stato ed è pertanto il bene principale da preservare nel giudizio, si fonda su questo assunto: il diritto fondamentale al matrimonio non sarebbe garantito se non si tenesse conto delle nuove richieste di tutela che provengono dalla società, in particolare quella delle coppie omosessuali ad unirsi in matrimonio. L'accoglimento di questa richiesta, secondo le Corti, in nessun modo pregiudica l'istituto del matrimonio come tradizionalmente si è sviluppato né il divieto del *same-sex marriage* è atto a garantire il conseguimento di un importante interesse pubblico. Ed è proprio il fine perseguito dalle leggi in esame il criterio rispetto al quale si deve valutare, a giudizio delle tre Corti, se gli omosessuali sono discriminati rispetto agli eterosessuali. Poiché, come ricordato dalla Corte suprema dell'Iowa, il fine delle leggi che regolano il matrimonio è quello di garantire le basi istituzionali per definire i diritti e le responsabilità fondamentali degli individui in una società organizzata, che tanto le coppie dello stesso sesso quanto quelle di sesso diverso sono interessate all'irreggimentazione di queste relazioni sociali. La funzione di preservazione dell'ordine sociale svolta dall'istituto del matrimonio è quindi un elemento dirimente - oltre all'argomentazione del diritto fondamentale – per stabilire che si commette una discriminazione quando alcune coppie, quelle omosessuali, appunto, ne rimangono escluse.

Infine, un ultimo elemento importante che traspare dalle argomentazioni dei giudici è la preoccupazione di

legittimare il più possibile la loro presa di posizione: le rispettive sentenze, come le stesse Corti ribadiscono a più riprese, costituiscono un punto di svolta determinante nella loro giurisprudenza e sono tali da avere un effetto potenzialmente dirompente sul tessuto sociale. Dunque, il problema della legittimazione è particolarmente avvertito anche se ad esso si è reagito mettendo l'accento su profili diversi.

La Corte suprema del Massachusetts è l'unica delle tre che, oltre a far ampio ricorso alla citazione di precedenti di altre corti statali richiama anche *ad adiuvandum* un precedente straniero, non a caso di un'altra corte statale, *rectius*, provinciale, canadese. Si cita infatti la decisione della Corte di appello dell'Ontario (*Halpern v. Toronto (City)*, 172 O.A.C. 276 (2003) proprio a supporto di un'interpretazione evolutiva della *equal protection clause* statale⁵⁹. In quella decisione, infatti, sebbene utilizzasse come norme parametro fonti federali – la Costituzione e la Carta canadese dei diritti e delle libertà –, la corte canadese aveva ridefinito la nozione di “matrimonio” in modo da includervi anche le coppie omosessuali.

La Corte suprema del Connecticut, invece, per legittimare la sua decisione si avvale di un test *standard*⁶⁰, corroborato dagli anni Novanta e articolato in sei punti: 1) considerare il testo costituzionale, come effettivamente applicato; 2) tenere in conto i precedenti della Corte suprema statale e delle corti di appello; 3) esaminare i precedenti federali rilevanti; 4) guardare ai precedenti delle altre Corti supreme statali; 5) considerare l'evoluzione storica delle norme costituzionali e il dibattito tra i redattori del testo

⁵⁹ Nella decisione sul caso *Goodridge* la Corte suprema del Massachusetts, riferendosi alla decisione della corte canadese, afferma: «*We concur with this remedy, which is entirely consonant with established principles of jurisprudence empowering a court to refine a common-law principle in light of evolving constitutional standards*».

⁶⁰ Cfr. il caso *State v. Geisler*, 222 Conn. 672, 685, 610 A.2d 1225 (1992)

costituzionale e degli emendamenti costituzionali; 6) valutare profili di ordine economico e sociologico. Già il fatto che il percorso logico-argomentativo compiuto dalla Corte sia sistematizzato e codificato in un precedente e, quindi, che sia tendenzialmente attuato, è assai significativo dal punto di vista del grado di legittimazione delle decisioni della Corte. Inoltre, rappresentando un'eccezione nel panorama delle corti statali che riconoscono il *same-sex marriage*, la Corte suprema del Connecticut si "appoggia" all'argomento originalista per giustificare le sue conclusioni. Infatti, nel dar conto del dibattito all'interno della Convenzione che ha redatto, tra gli altri, anche la nuova versione dell'art. 1, sect. 20 Cost. (la *equal protection clause*) – come richiesto al punto 5 del test – evidenzia come i Rappresentanti stessi intendessero garantire un'interpretazione del testo costituzionale che non impedisse il riconoscimento di nuovi diritti⁶¹, tra cui rientra, a pieno titolo, quello al matrimonio tra omosessuali.

Infine, la Corte suprema dell'Iowa (in modo molto meno evidente anche la Corte suprema del Connecticut), sebbene la questione non sia stata sollevata dalle parti bensì negli *amici curiae briefs* (soprattutto da associazioni religiose), tenta una sua interpretazione – che ben poco ha di giuridico, ma che fa emergere uno dei rischi sottesi all'interventismo giudiziale in materia – delle ragioni profonde circa la contrarietà di molti cittadini al *same-sex marriage*. I giudici, in questa veste di "sociologi", identificano nell'opposizione religiosa l'ostacolo più importante al riconoscimento sociale del *same-sex marriage*. La Corte dedica un intero paragrafo – dal titolo «Opposizione religiosa al *same-sex marriage*» - a questo tema all'interno delle *conclusioni*, passando in rassegna le confessioni religiose che riconoscono il matrimonio omosessuale (come i buddisti e i quaccheri). La

⁶¹ Cfr. *Proceedings of the Connecticut Constitutional Convention (1965)*, p. 692, l'opinione del Rappresentante James J. Kennelly.

consapevolezza dimostrata dalla Corte sui possibili “malumori” che la sua sentenza può provocare tra i credenti, serve ad essa per prendere le distanze da qualsiasi concezione religiosa del matrimonio. La libertà religiosa non viene in alcun modo intaccata e il riconoscimento del *same-sex marriage* a livello civile non crea alcun vincolo nella regolazione dei matrimoni religiosi, rimessi nella piena disponibilità delle diverse confessioni. E’ solo il matrimonio civile come contratto che qui viene in rilievo e, come tale, deve essere giudicato sulla base degli standard costituzionali di protezione del principio di eguaglianza, senza riferirsi a dottrine religiose o convinzioni religiose personali. Soltanto alla luce di questi principi costituzionali “laici” si ritiene necessaria la piena parificazione delle coppie omosessuali a quelle eterosessuali rispetto al matrimonio.

4.3. Il *same-sex marriage* in California. Tra ruolo dei giudici e reazioni popolari, la questione assume rilievo federale

La regolazione del *same-sex marriage* in California presenta dei tratti peculiari rispetto agli Stati di cui si è detto, in modo sintetico, per quelli dove l’istituto è oggi proibito, e, in modo più approfondito, per il Massachusetts, il Connecticut e l’Iowa dove, invece, è riconosciuto grazie ad una pronuncia delle Corti supreme statali. Le differenze tra la California e gli altri Stati riguardano almeno due ordini di ragioni: la prima, di natura più propriamente procedurale, concerne l’evoluzione della disciplina sulla scorta di un “botta e risposta” tra giudici, sia statali che federali, da una parte, e cittadini, nella loro veste di legislatori ordinari e costituzionali, dall’altra. La seconda differenza, di ordine sostanziale, attiene soprattutto al fatto che la protezione del matrimonio tra omosessuali, per il tramite dell’evoluzione della sua disciplina in California – e non, invece, per il

DOMA –, ha assunto oggi un rilievo federale. Infatti, sebbene non vi sia ancora una pronuncia definitiva, è in discussione la conformità della Costituzione della California alla Costituzione federale, in particolare al XIV Emendamento (già si è resa in primo grado una declaratoria di incostituzionalità). Inoltre, contrariamente agli altri giudici statali, la Corte suprema della California nel garantire il diritto al matrimonio tra omosessuali non ha fatto leva pressoché unicamente sul principio di eguaglianza, ma anche sul diritto alla *privacy* e sulla *due process clause*.

Sul primo profilo, procedurale, il numero di sentenze sul *same-sex marriage* in California non ha eguali negli altri Stati. Negli anni più recenti, la prima decisione in proposito risale al 2004 e al caso *Lockyer v. San Francisco* (v. *supra*), che non involgeva, però, una questione di costituzionalità. La Corte californiana, infatti, era stata chiamata a giudicare esclusivamente della legittimità della condotta di alcuni funzionari della Città di San Francisco che avevano iniziato a rilasciare, con il consenso del sindaco, autorizzazioni a contrarre matrimoni tra omosessuali. Allora tale condotta era stata dichiarata illegittima perché violava la *Proposition 22*, legge ordinaria approvata direttamente dai cittadini e che modificava il codice di famiglia statale, più specificamente l'art. 308.5, dove il matrimonio civile era definito come un'unione tra un uomo ed una donna.

Qualche anno più tardi, però, la questione ha assunto rango costituzionale. Difatti nel 2008 la Corte suprema della California ha deciso, riunendo sei distinte cause (*In Re Marriage Cases*, 43 Cal.4th 747, 2008) sulla costituzionalità della *Proposition 22*, ossia sulla sua conformità alla *equal protection clause* e alla *due process clause* statali. I ricorrenti erano coppie omosessuali alle quali era stata negata dalle autorità locali l'autorizzazione al matrimonio civile e che contestavano la violazione del loro diritto fondamentale al matrimonio. La legislazione statale, a loro giudizio, relegava infatti le loro unioni ad una

posizione di second'ordine, consentendo la conclusione di *domestic partnernship* con un corredo di diritti molto simile a quello delle coppie sposate, ma escludeva per loro il matrimonio. Come affermato dalla stessa Corte suprema, infatti, a differenza delle altre Corti che si sono pronunciate in materia, essa non doveva decidere sulla costituzionalità del divieto del *same-sex marriage*, ma sulla conformità a Costituzione del mantenimento di un doppio regime tra coppie omosessuali ed eterosessuali⁶². Da questo punto di vista, è diventato quindi dirimente accertare se esiste un diritto fondamentale al matrimonio che, proprio in quanto fondamentale, deve essere garantito a tutti indistintamente. Il diritto al matrimonio – afferma la Corte – è stato concepito come diritto fondamentale tanto nella giurisprudenza federale quanto in quella statale, sebbene nella Costituzione della California (come del resto in quella degli Stati Uniti) esso non sia espressamente menzionato. Lo si desume dalla *due process clause* e dal diritto alla vita privata e familiare. Se nessuno, quindi, mette in discussione lo *status* di tale diritto, non può dirsi lo stesso del diritto al *same-sex marriage*. La Corte suprema è chiamata infatti a stabilire se tale ultimo diritto determini situazioni giuridiche soggettive distinte dal primo, configurandosi come nuovo diritto, o possa essere invece sussunto nel diritto fondamentale al matrimonio. La Corte opta per quest'ultima soluzione, ritenendo che la funzione sociale e individuale del matrimonio siano identiche tanto per le coppie di sesso diverso quanto per quelle dello stesso sesso. La Corte, difatti, riconosce il contributo del matrimonio alla preservazione dell'ordine sociale, ma sottolinea il valore di tale istituto anche con riferimento alla

⁶² Che le *domestic partnership* fossero state concepite internazionalmente per differenziare il regime di trattamento delle coppie omosessuali da quelle eterosessuali lo si desume dal fatto che esse potevano essere concluse tra coppie eterosessuali a patto che i coniugi superassero l'età di sessanta anni.

«felicità e al benessere individuali», garantiti in Costituzione all'art. 1, sez. 1.

Proprio perché il diritto al matrimonio è da considerarsi, indipendentemente dal sesso e dall'orientamento sessuale dei contraenti⁶³, come «la capacità di un individuo di unirsi con la persona che si è scelta in una relazione familiare di lungo periodo, basata sull'impegno reciproco e ufficialmente riconosciuta» e non soltanto come un bene strumentale agli interessi della società, la sua regolazione non è nella piena disponibilità del legislatore. Trattandosi di un diritto fondamentale, questi non può prevederne l'abrogazione o negarlo *ab initio*⁶⁴. Anzi, secondo l'opinione di maggioranza⁶⁵, tale diritto deve essere inteso sia in senso negativo, ossia lo Stato deve astenersi di norma da interferenze indebite nella vita familiare – salvo poter proibire la poligamia e le relazioni incestuose –, sia in senso positivo, cioè lo Stato deve agire per riconoscere e favorire l'unità familiare.

Facendo poi propria un'interpretazione evolutiva della Costituzione, la Corte suprema stabilisce che invocare la concezione tradizionale del matrimonio, come suggeriscono i resistenti, è fuori luogo. La tradizione da sola non è mai stata vista come giustificazione sufficiente per perpetuare senza alcun controllo la limitazione e il diniego di un diritto

⁶³ A tal proposito, in una nota a piè di pagina (n. 41), a prescindere dal fatto che gli Stati Uniti ne fossero parti contraenti, la Corte effettua una rassegna di tutti i trattati internazionali in cui il diritto al matrimonio è considerato come diritto fondamentale da garantire a tutti indistintamente. Tra questi si citano l'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, l'art. 23 dei Patti internazionali sui diritti civili e politici, l'art. 12 della CEDU e l'art. 17 della Convenzione americana sui diritti umani.

⁶⁴ Non è di questo avviso SUNSTEIN, *The Right To Marry*, in *Cardozo Law Review*, vol. 26, 2005, 2083-2097, per il quale gli Stati ben potrebbero abolire il matrimonio senza violare la Costituzione federale. A suo parere, vi sarebbe comunque la *due process clause* che garantirebbe alcune delle prerogative e dei *benefit* oggi assicurati dalle leggi statali sul matrimonio.

⁶⁵ La decisione, infatti, è assunta con una maggioranza di 5 giudici a 2.

fondamentale, come nei confronti delle coppie omosessuali. I «concetti costituzionali non sono statici», ma sono sottoposti ad una continua evoluzione nell'ordinamento.

Tali considerazioni conducono ai rilievi sulla seconda censura di costituzionalità, quella sul principio di eguaglianza. Sul punto, la Corte afferma che anche tale principio evolve tenendo conto delle trasformazioni sociali e che, parimenti a quanto accaduto per le discriminazioni razziali, prima, e per quelle sessuali, poi, anche le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, come quella derivante dal divieto del *same-sex marriage* sono assolutamente intollerabili e pertanto devono considerarsi assoggettate al tipo di *scrutiny* più stringente. L'opzione per lo *strict scrutiny* e, quindi, la considerazione degli omosessuali come *suspect classification* – in base a quanto sostenuto nel paragrafo precedente – dipendono principalmente dal carattere sostanzialmente immutabile dell'orientamento sessuale. Questo, infatti, essendo parte integrante dell'identità di un individuo può cambiare solo dietro imposizione esterna, il che comporterebbe una gravissima violazione della libertà individuale oltre che della *privacy*. Al riguardo la Corte suprema usa estensivamente l'argomento di diritto comparato, citando interi paragrafi della motivazione della Corte suprema del Canada nella decisione su *Egan v. Canada* ([1995] 2 S.C.R. 513, 1995 SCC 49), e menzionando altre sentenze canadesi. Quindi in una nota a piè di pagina, compie una ricognizione su tutti i Paesi che allora riconoscevano il *same-sex marriage*, dando conto della legislazione e della giurisprudenza in materia (nota n. 70).

Anche sotto il profilo della *equal protection clause* l'art. 308.5 del codice di famiglia della California viene dichiarato incostituzionale, giacché le autorità statali, sulle quali, in base al tipo di controllo particolarmente severo che si svolge, ricade l'onere di provare l'esistenza di un *compelling interest* che giustifichi la discriminazione, non sono in grado di fornire ragioni che le esimano da una

condanna. Peraltro, più che sulle giustificazioni addotte dai resistenti, che fanno leva, come nei casi decisi da altre corti statali, per lo più sull'argomento naturalistico e tradizionalista, conviene soffermarsi brevemente sulle argomentazioni contenute nelle due opinioni dissenzienti (dei giudici Baxter e Corrigan).

La principale obiezione mossa dai due giudici in dissenso è centrale nella complessa vicenda della regolazione del *same-sex marriage* e attiene al ruolo delle corti e dei legislatori in materia. Lamentando una violazione del principio di separazione dei poteri, i due giudici usano, invero in modo piuttosto convincente, a parere di chi scrive, l'argomento della necessaria deferenza al legislatore. Si rileva infatti, che, in base all'art. 2, sez. 10 Cost., le leggi approvate mediante *Proposition* - e, nel caso della *Proposition 22*, anche con una larga maggioranza, pari al 61.4% degli aventi diritto - non possono essere modificate o abrogate se non previo voto popolare dopo l'approvazione da parte del Congresso statale. La procedura è quindi particolarmente aggravata ed è volta a far sì che le leggi approvate mediante *Proposition*, le quali generalmente riguardano questioni etiche e politiche particolarmente controverse, come il cambiamento della concezione sociale e giuridica del matrimonio, non possano essere modificate se non mediante una procedura che assicuri almeno lo stesso tasso di democraticità della approvazione originaria. Se - si argomenta - neppure il Congresso può modificare da solo una legge di questo tipo, tanto meno dei giudici, privi della legittimazione derivante dal principio di rappresentanza democratica, possono dichiarare tale legge o alcune sue norme incostituzionali. Manca infatti in Costituzione qualsiasi riferimento ad una simile facoltà delle corti: queste ultime, in particolare per Corrigan, potrebbero sovvertire un voto popolare soltanto qualora la Costituzione espressamente lo consentisse, circostanza che in California non si verifica. E difatti, la reazione popolare

alla sentenza della Corte suprema non ha tardato a manifestarsi.

In linea con quanto sostenuto nelle opinioni dissenzienti, la popolazione, nell'esercizio della sua funzione di legislatore costituzionale, ha deciso di modificare il parametro di giudizio e mediante la *Proposition 8*, di qualche mese successiva a *In Re Marriage Cases*, ha costituzionalizzato il divieto del *same-sex marriage*. Da qui ne è sorto un contenzioso giudiziario che ancora non si è concluso. A partire da questa modifica della Costituzione, infatti, gli effetti della sentenza della Corte suprema statale del 2008 sono venuti meno e si è smesso di rilasciare le autorizzazioni ai matrimoni omosessuali, proibiti ora dalla stessa Costituzione.

I sostenitori del *same-sex marriage* hanno quindi provato a contestare, senza successo, l'approvazione della *Proposition 8* sul piano procedurale, sostenendo che questa non aveva comportato l'approvazione di un semplice emendamento alla Costituzione, bensì una revisione della stessa, che, sempre secondo la Carta fondamentale, non può essere adottata mediante *Proposition*, ma richiede la convocazione di un'apposita convenzione. La Corte suprema, nel decidere su questo caso – *Strauss v. Horton* 46 Cal.4th 364 (2009) – ha confermato la sua giurisprudenza, risalente agli anni Settanta, e ha convalidato l'interpretazione sostenuta dai promotori della modifica costituzionale, ossia che di semplice emendamento e non di revisione costituzionale si è trattato⁶⁶. Il divieto costituzionale di *same-sex marriage* resta pertanto pienamente in vigore.

⁶⁶ Non si scende qui nei dettagli del caso che non appare particolarmente rilevante per le tecniche argomentative adoperate dalla Corte suprema, anche perché più che della garanzia o del diniego di un diritto si trattava della correttezza della procedura di modifica della Costituzione. Cfr., sul punto, GENTILI, *Il confine tra emendamento e revisione costituzionale in una decisione della Corte suprema della California*, in *Quad. cost.*, 2010, 601-605.

Tuttavia, la vicenda non si è interrotta qui. Piuttosto, essa si è ulteriormente complicata per effetto del coinvolgimento della giurisdizione federale. Difatti quattro cittadini residenti in California (due coppie omosessuali) hanno impugnato la *Proposition 8*, pertanto una fonte statale di rango costituzionale, dinanzi ad una corte federale, quella per il Distretto settentrionale della California, per violazione del XIV Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti: più specificamente – come sempre in questi casi – del principio di eguaglianza e della *due process clause* (cfr. il caso *Perry et al. v. Schwarzenegger et al.* del 2010). Le argomentazioni utilizzate dal giudice federale, in composizione monocratica, sono pienamente coerenti con la motivazione della Corte suprema della California in *Re Marriage Cases* del 2008, nonostante al differenza nel parametro costituzionale. Il fondamentale diritto al matrimonio, inteso come l'espressione del libero l'accordo tra le parti di impegnarsi reciprocamente e di creare una famiglia, trova il suo fondamento in Costituzione proprio nel XIV Emendamento e nella *due process clause*. La libertà di scelta del *partner* e la protezione della vita privata e familiare rappresentano la sostanza di questo diritto, che è esattamente quello rivendicato dai ricorrenti. Non si tratta di “costruire” un nuovo diritto. Uno dei passaggi più interessanti nella motivazione riguarda, ancora una volta, il rapporto tra giudici e legislatore. La concezione di tale rapporto si colloca qui agli antipodi rispetto a quanto sostenuto dai giudici Baxter e Corrigan della Corte suprema della California. Il giudice della corte distrettuale, infatti, afferma che dinanzi ad un diritto fondamentale la forza della maggioranza deve arrestarsi. È irrilevante nel giudizio, a parere del giudice federale, la circostanza che un'ampia maggioranza di californiani abbiano supportato l'emendamento costituzionale: «i diritti fondamentali non possono essere sottoposti ad un voto», né «dipendere dal risultato delle elezioni». Essi devono essere garantiti a prescindere dalla formazione delle maggioranze politiche.

Trattandosi di diritto fondamentale, il controllo sulla *Proposition 8* dovrebbe seguire le rigide regole dello *strict scrutiny*, ma un tale tipo di controllo non è necessario, dal momento che, secondo la corte, la *Proposition* non è in grado di superare neppure il *rational-basis test*. Lo *strict scrutiny*, invero, sarebbe richiesto anche per la gravità della discriminazione che si rileva alla luce del secondo parametro, la *equal protection clause*. La negazione del matrimonio per le coppie omosessuali e la riserva ad esse dell'istituto delle *domestic partnership* è arbitrariamente discriminatoria e la discriminazione è particolarmente insidiosa perché riguarda una categoria sospetta (*suspect classification*) individuata in base all'orientamento sessuale e al sesso⁶⁷. Nessun interesse razionale supporta la scelta del legislatore costituzionale: né un generico interesse alla procreazione, dal momento che il rilascio delle autorizzazioni per il matrimonio, anche per gli eterosessuali, non è subordinato alla verifica della capacità procreativa degli aspiranti coniugi; né la concezione tradizionale del matrimonio, che non può essere motivo di esclusione dalla fruizione di un diritto fondamentale; né il contenimento degli oneri burocratici e amministrativi, i quali, anzi, aumentano per effetto del doppio regime, tra matrimoni eterosessuali e *domestic partnership* omosessuali; né la stabilità dei rapporti famigliari aumenta, essendo essa collegata, secondo il giudice, alla garanzia generalizzata del matrimonio. Infine, il giudice rileva come non vi sia alcuna prova scientifica circa i presunti effetti perversi sulla crescita dei figli del fatto di essere vissuti da genitori omosessuali e sottolinea come il riconoscimento dei matrimoni tra omosessuali non arrecherebbe alcun danno alle coppie eterosessuali, neppure in termini di innesco di una competizione sulle autorizzazioni al matrimonio; il loro numero non è infatti contingentato.

⁶⁷ Per il giudice federale, difatti, le discriminazioni in base all'orientamento sessuale sono riconducibili alla categoria delle discriminazioni sessuali.

Date queste premesse, per la prima volta una corte federale dichiara incostituzionale per contrasto con la Costituzione degli Stati Uniti una previsione costituzionale statale che vieta il *same-sex marriage*. Contro questa sentenza sono ricorsi in appello dinanzi alla Corte federale del Nono Circuito i firmatari della *Proposition 8* censurata. La decisione è stata però sospesa, essendo emersa una “questione pregiudiziale” alla risoluzione del caso (*Perry v. Brown*), vale a dire se sussista in capo ai proponenti di una iniziativa di revisione costituzionale – come la *Proposition 8* – la titolarità ad agire in giudizio per difendere la costituzionalità della loro proposta, approvata come emendamento alla Costituzione statale. Trattandosi di una questione di diritto costituzionale “processuale” della California, la Corte del Nono Circuito ha sospeso il giudizio e ha richiesto alla Corte suprema statale – in base alla regola n. 8.548 delle *California Rules of Court* – di pronunciarsi in merito. Quest’ultima, nel pieno della sua facoltà di decidere se pronunciarsi o meno, ha dichiarato che si esprimerà, con ogni probabilità, a settembre 2011.

A livello federale, pertanto, manca ad oggi una decisione definitiva sulla conformità rispetto alla Costituzione degli Stati Uniti delle clausole costituzionali statali che vietano il *same-sex marriage*. Se la decisione della Corte distrettuale settentrionale dovesse essere confermata, si può immaginare l’effetto “rivoluzionario” di una simile pronuncia nei quasi 30 Stati che, come la California hanno costituzionalizzato un simile divieto, senza considerare il fatto che, per effetto del XIV Emendamento alla Costituzione federale, la materia risulterebbe almeno in parte “attratta” nell’ambito della regolazione federale.

5. Note di sintesi e problemi aperti

Il riconoscimento per via giurisprudenziale del diritto al *same-sex marriage*, laddove ciò è stato conseguito, è

passato sempre per un'interpretazione evolutiva delle clausole costituzionali, che ha fatto leva su un preciso sillogismo: a) il diritto al matrimonio – sia a livello statale che a livello federale – è un diritto fondamentale; b) il diritto al *same-sex marriage* non è un diritto “nuovo”, ma va ricompreso nel diritto al matrimonio; c) *ergo*, il diritto al *same-sex marriage* è un diritto fondamentale. Nei casi esaminati più dettagliatamente, quelli decisi dalle Corti supreme del Massachusetts, del Connecticut, dell'Iowa e della California, sia perché si tratta di un diritto considerato fondamentale, sia in quanto la discriminazione in base all'orientamento sessuale si considera come causa dell'individuazione di una *suspect classification* – sulla scorta dei 4 ormai noti parametri⁶⁸ – si è affermata la necessità del tipo di controllo più stringente, che pone un gravoso onere della prova in capo alle autorità pubbliche (*strict scrutiny*). Tuttavia, questo controllo non è mai stato di fatto applicato perché – si è sostenuto – le norme impugnate, costituzionali o di rango primario, non erano idonee a superare neppure il testo più blando (*rational-basis test*).

Accanto a queste argomentazioni, un ampio rilievo, forse eccessivo, è stato attribuito al dato sociologico: se la società cambia, gli strumenti giuridici devono adeguarsi, si è detto. La valorizzazione di tale argomento sembra sminuire però, in più di un'occasione, la capacità delle motivazioni di fare leva su strumenti più propriamente giuridici. Poiché il tema del *same-sex marriage* involge un gran numero di questioni eticamente e politicamente sensibili, i giudici si vedono costretti a mettersi nei panni di sociologi, di esperti conoscitori delle diverse confessioni religiose, di psicologi.

⁶⁸ 1) La minoranza è stata storicamente discriminata ed è vittima di pregiudizi; 2) il criterio di discriminazione non mina la capacità dei membri della minoranza di contribuire attivamente alla comunità di riferimento; 3) il criterio di discriminazione è tendenzialmente immutabile; 4) la minoranza conta assai poco nei processi di decisione politica.

Da questo punto di vista, il contributo degli *amici curiae briefs* è determinante per garantire un approccio multidisciplinare nella trattazione della materia.

Tutto ciò si spiega con la necessità per i giudici di rafforzare la propria legittimazione nel momento in cui si prendono decisioni che, già prima che siano prese, si sa che saranno contestate da più parti⁶⁹. Ecco quindi, la scelta per la predisposizione di motivazioni assai lunghe e articolate.

Anche laddove i giudici di queste Corti supreme sono eletti, come in California (art. 6, sez. 16 Cost.), la loro legittimazione non si fonda – o, almeno, non si fonda primariamente – sul principio democratico-rappresentativo, bensì sull'*expertise*, sulla ponderazione e il bilanciamento dei diritti e degli interessi in gioco, sulla garanzia dei diritti delle minoranze contro la “tirannia della maggioranza”.

Negli Stati Uniti è particolarmente evidente questa tensione tra ruolo contro-maggioritario dei giudici, come *élite* illuminata, e attivismo dei legislatori in tema di *same-sex marriage*, ove i primi tendono a garantire e i secondi a negarlo. Mentre il rapporto con giudici-legislatori e la competenza di questi ultimi a decidere sulla materia non sono pressoché mai evocati nelle decisioni che riconoscono il *same-sex marriage*, se non in alcune opinioni dissenzienti, quella della deferenza al legislatore costituisce invece una delle argomentazioni spesso usate, almeno in prima battuta, dalle corti che intendono negare il matrimonio tra omosessuali (cfr. il caso della Corte suprema di New York, *Hernandez v. Robles*).

In alcuni Stati come in California, poi, ove al “legislatore congressuale” si affianca il “legislatore popolare”, anche costituzionale, la legittimazione dei giudici a smentire in

⁶⁹ Sul punto una posizione molto netta è assunta da CHOPER, *Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, The University of Chicago Press, 1980, 167, per il quale «*the Court should review individual rights questions, unabated by its judgment about whether a particular result will be subject to criticism, hostility, or disobedience*».

particolare quest'ultimo non è così scontata, innanzitutto per la mancanza di espresse previsioni costituzionali che conferiscano alle corti questo ruolo. Difatti, se è vero che un diritto fondamentale in via di principio non dovrebbe essere sottoposto ad un voto, di fatto ciò è consentito – seppur entro certi limiti – come per la distinzione tra emendamento e revisione costituzionale – da alcune Costituzioni statali. La consapevolezza di questo deficit di legittimazione democratica, specie in un contesto come quello che si è descritto, - in cui il *same-sex marriage* viene vietato, prima, a larga maggioranza con legge ordinaria “popolare” e, poi, con un emendamento alla Costituzione sempre di derivazione popolare - finisce per rendere la selezione delle tecniche argomentative l'unico strumento per far accettare “ai più” la necessità della protezione di una minoranza storicamente vittima di disapprovazione morale e di pregiudizi.

**IL MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO
SESSO IN BELGIO TRA DIRITTO E SOCIETÀ:
L'APPORTO DEL LEGISLATORE, DEL CONSIGLIO
DI STATO E DELLA *COUR D'ARBITRAGE***

Maria Dicosola

*Assegnista di Ricerca in Diritto pubblico comparato
LUISS – Guido Carli*

L'introduzione nell'ordinamento belga del matrimonio tra persone dello stesso sesso ha rappresentato l'esito di un complesso percorso normativo e giurisprudenziale, che ha visto coinvolti il legislatore, il Consiglio di Stato e la Cour d'Arbitrage, in una comune riflessione sul significato dell'istituto del matrimonio e sulla sua evoluzione nel contesto sociale nel quale esso trova attuazione concreta. Nel presente contributo si intendono esaminare, in particolare, le decisioni del Consiglio di Stato e dalla Cour d'Arbitrage con riferimento specifico alle tecniche argomentative utilizzate per negarne, o confermarne, la legittimità.

The process for the introduction of same-sex marriage in Belgium has been long and complex: its actors have been the legislator, the Council of State and the Cour d'Arbitrage, which have been engaged in the work of defining the meaning of "marriage" and its evolution towards the transformation of society. In this paper, in particular, the decisions of the Council of State and the Cour d'Arbitrage will be analysed, with particular reference to the decision-making techniques.

Sommario

1. Premessa
2. La legge del 2003
3. L'*avis* del Consiglio di Stato
4. La sentenza della *Cour d'Arbitrage*
5. L'adozione da parte di coppie formate da persone dello stesso sesso

1. Premessa

Il Belgio, dopo i Paesi Bassi, è stato il secondo Paese europeo a riconoscere il diritto delle coppie omosessuali di contrarre matrimonio, con la legge del 13 febbraio 2003¹, che ha modificato alcune disposizioni del codice civile.

La legge, che ha suscitato un vivace dibattito nell'opinione pubblica, è stata dapprima sottoposta al giudizio preventivo del Consiglio di Stato e in seguito impugnata innanzi alla *Cour d'Arbitrage*². Le Corti sono giunte a conclusioni opposte: mentre infatti il *Conseil d'Etat*, nell'*avis* n. 32.008/2 del 12 novembre 2001, ha concluso per l'opportunità dell'abbandono del progetto, al contrario, la *Cour d'Arbitrage*, con sentenza n. 159 del 20 ottobre 2004³, ha confermato la legittimità costituzionale della legge. La sentenza del giudice costituzionale ha infine aperto la strada al completamento della riforma voluta dal legislatore, con l'introduzione della possibilità dell'adozione anche per le coppie formate da persone dello stesso sesso⁴, eliminando così uno dei principali caratteri di distinzione tra il matrimonio tra persone di sesso diverso e persone dello stesso sesso, e riducendo, almeno sul piano normativo, un importante motivo di discriminazione a danno degli omosessuali.

Nel presente contributo si intendono esaminare le decisioni del Consiglio di Stato e dalla *Cour d'Arbitrage* con particolare attenzione alle tecniche argomentative utilizzate

¹ Loi 13 février 2003 - *Loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil*, in *Moniteur Belge*, 28-2-2003, ed. 3.

² Sebbene, con la revisione costituzionale del 2007, la denominazione dell'organo di giustizia costituzionale belga sia stata modificata in *Cour Constitutionnelle*, in questo saggio si utilizzerà la denominazione *Cour d'Arbitrage*, in quanto la sentenza in esame è precedente alla riforma.

³ *Cour d'Arbitrage*, *arrêt* n. 159/2004 del 20 ottobre 2004.

⁴ Loi 18 mai 2006 - *Loi modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe*.

per negarne, o confermarne, la legittimità. Prima di procedere a tale analisi, tuttavia, si rende necessaria una premessa sulle evoluzioni normative e sulle motivazioni che hanno condotto il legislatore, nel 2002, a proporre l'estensione dell'istituto del matrimonio anche alle coppie formate da persone dello stesso sesso, in quanto è proprio sulla base di queste ultime che il Consiglio di Stato prima e la *Cour d'Arbitrage* poi hanno fondato le loro decisioni.

2. La *Loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe*

La legge del 2003 ha rappresentato l'esito di un lungo processo – tanto sul piano della maturazione dell'opinione pubblica quanto su quello degli sviluppi legislativi – che ha avuto inizio alla fine degli anni ottanta dello scorso secolo. Infatti, il dibattito sui diritti delle coppie formate da persone dello stesso sesso è stato sollecitato, in quegli anni, dall'esplosione di un'epidemia di AIDS, che ha colpito gli omosessuali come gruppo sociale e ha messo in luce in tutta la loro evidenza le gravi forme di discriminazione alle quali questi ultimi erano sottoposti: i *partner* di omosessuali malati, infatti, non si vedevano riconoscere alcun diritto tanto nell'assistenza durante la malattia quanto nelle eventuali fasi successive alla morte del compagno. Tali circostanze hanno ravvivato il dibattito sulle discriminazioni subite a causa dell'omosessualità e sollecitato una riflessione sulla necessità di introdurre forme di riconoscimento legale delle coppie formate da persone dello stesso sesso.

La riforma legislativa si è così sviluppata in due fasi: la prima si è conclusa, nel 1998, con l'introduzione del contratto di coabitazione legale⁵ e la seconda ha condotto,

⁵ Legge del 23 novembre 1998 – *Loi instaurant la cohabitation legale* (in *Moniteur Belge*, 12-1-1999, ed. 1). La dottrina belga ha definito tale

nel 2003, al riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso⁶.

Come stabiliva la legge del 1998, per “coabitazione legale” si intendeva la «situazione di vita comune di due persone che abbiano fatto una dichiarazione ai sensi dell’art. 1476 c.c.»⁷.

La legge prevedeva che due persone, non legate dal vincolo del matrimonio, potessero effettuare una dichiarazione di coabitazione legale⁸, i cui effetti terminavano nel caso di matrimonio o decesso di una delle parti, ovvero di comune accordo delle parti o a seguito di dichiarazione unilaterale di una di esse⁹. Dalla coabitazione legale derivava l’obbligo di partecipare alle spese della vita comune in proporzione alle proprie capacità e secondo il principio di solidarietà. I coabitanti stabilivano le regole della vita comune – incluse quelle relative ai diritti di successione – attraverso una convenzione, redatta con un atto pubblico¹⁰.

Tuttavia, dalla coabitazione legale non derivava alcun effetto automatico sul piano dei diritti fiscali, sociali o successori¹¹. Tale aspetto rappresentava il principale limite della legge, che, ad ogni modo, ha costituito una tappa

fase “francofona”, a sottolineare l’apporto prevalente di enti e associazioni della comunità francofona.

⁶ Sulle due fasi del processo di riconoscimento del diritto al matrimonio delle coppie formate da persone dello stesso sesso, si veda, tra gli altri: PATERNOTTE, *Quinze ans des débats sur la reconnaissance légale des couples de même sexe*, in *Courrier Hebdomadaire du CRISP*, 2004, 5-80; ID., *Beyond the Laws: Right to Marry, Citizenship and Inclusion Models in Belgium*, in WEYNEMBERG- CARSTOCEA (a cura di), *The Gays and Lesbians Rights in an Enlarged European Union*, Bruxelles, 2006, 127-143.

⁷ Art. 2 della legge, che introduce l’art. 1457 par. 1 del codice civile.

⁸ Art. 2 della legge, che introduce l’art. 1476 par. 1 del codice civile.

⁹ Art. 2 della legge, che introduce l’art. 1476 par. 2 del codice civile.

¹⁰ Art. 2 della legge, che introduce l’art. 1477 par. 2-3-4 del codice civile.

¹¹ Cfr. AREND-CHEVRON, *La loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage a des personnes de même sexe*, in *Courrier Hebdomadaire du CRISP*, 2002, 10-11.

importante nel processo del riconoscimento giuridico dei diritti delle coppie formate da persone dello stesso sesso.

Proprio in considerazione dei limiti del contratto di coabitazione legale, a seguito del rinnovamento della maggioranza politica dopo le elezioni del 1999¹², si è riaperto il dibattito sui diritti delle coppie formate da persone dello stesso sesso: in tale contesto, sono state presentate le prime proposte di legge volte ad introdurre l'istituto del matrimonio tra persone omosessuali¹³.

Ne è seguita, il 22 giugno 2001, l'adozione da parte del Consiglio dei Ministri del progetto di legge *ouvrant le mariage à des personnes de meme sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil*, che si è poi tradotto nell'omonima legge.

Il progetto, come anticipato, si fondava sulla considerazione della profonda trasformazione dell'istituto del matrimonio nella società contemporanea.

Come si legge infatti nelle motivazioni del progetto¹⁴, secondo la concezione tradizionale in Belgio il matrimonio era considerato una comunità di vita durevole tra due persone, avente come fine pervalente la procreazione. Sebbene il codice civile non stabilisse nulla in merito, dottrina e giurisprudenza erano concordi nel ritenere che

¹² I risultati elettorali del 1999 hanno determinato la formazione di un governo c.d. *arc-en-ciel*, formato da una coalizione composta da sei partiti liberali, socialisti ed ecologisti, sia francofoni che fiamminghi: tra le priorità del programma politico vi era proprio il riconoscimento del diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso.

¹³ Proposte di legge Grauwels (Agalev) e Vanvelthoven (SP), rispettivamente, del 6 settembre 2000 e del 13 dicembre 2000 che eliminavano, dalle condizioni per contrarre matrimonio, la differenza di sesso e aprivano la seconda fase del processo di riconoscimento del diritto al matrimonio delle coppie formate da persone dello stesso sesso. Tale fase è stata definita dalla dottrina "fiamminga", in quanto sono stati prevalenti gli orientamenti espressi dai gruppi di pressione appartenenti a tale comunità linguistica.

¹⁴ Chambre des Représentants de Belgique, 14 mars 2002, *Projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil*, DOC 1692/001.

potessero contrarre matrimonio solo persone di sesso diverso, proprio in considerazione delle finalità di tale istituto.

Il legislatore, tuttavia, affermava che tale concezione è ormai superata: nella realtà contemporanea, infatti, il matrimonio ha perso l'essenziale carattere procreativo, ma «è visto e considerato come una relazione formale tra due persone, che ha come scopo principale la creazione di una comunità di vita stabile». La sua finalità prevalente, oggi, non è più esclusivamente la procreazione, ma consiste nella esteriorizzazione di «una relazione intima tra due persone». Sulla base di tale definizione, a giudizio del legislatore, doveva essere riconosciuta uguaglianza di trattamento, sul piano del matrimonio, alle coppie eterosessuali e omosessuali, riconoscendo loro identici diritti, salvo quelli legati alla procreazione.

Per tali ragioni, il progetto di legge proponeva di modificare o introdurre alcune disposizioni del codice civile, volte ad adeguare l'istituto del matrimonio al rinnovato contesto sociale contemporaneo: si proponeva, in particolare, di sostituire l'articolo 143 del codice, con un nuovo testo, intitolato *Des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage*, che avrebbe stabilito: «due persone di sesso diverso o dello stesso sesso possono contrarre matrimonio». Al contempo in tutte le disposizioni, l'espressione «marito e moglie» sarebbe stata sostituita da «sposi».

Come anticipato, il progetto di legge è stato sottoposto in via preventiva dal Ministro della giustizia al Consiglio di Stato. La decisione si segnala in quanto sostiene l'inammissibilità dell'interpretazione evolutiva dell'istituto del matrimonio proposta dal legislatore: a tal fine, la motivazione è arricchita da numerosi rinvii alla giurisprudenza straniera, oltre che alla dottrina e ai lavori preparatori del codice civile belga e della stessa proposta di legge.

3. L'avis del Consiglio di Stato

Il parere del Consiglio di Stato analizza la possibilità del riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso, sotto due profili: in primo luogo si esamina la possibilità del suo riconoscimento alla luce dell'evoluzione sociale, che – secondo quanto riteneva il legislatore – aveva ormai trasformato il significato di tale istituto; in secondo luogo, se ne valuta l'opportunità sul piano della certezza del diritto, in relazione alle regole del diritto internazionale privato.

Quanto al primo profilo, il Consiglio di Stato, dopo aver richiamato la definizione “classica” e quella “nuova” di matrimonio, citando il progetto di legge sottoposto al suo giudizio, censura radicalmente la seconda.

Quanto invece alla compatibilità del matrimonio tra persone dello stesso sesso e il principio di certezza del diritto alla luce delle regole di diritto internazionale privato, il Consiglio di Stato ritiene che il matrimonio tra persone dello stesso sesso di nazionalità diversa possa essere riconosciuto solo a condizione che entrambi gli ordinamenti di appartenenza prevedano tale istituto: nell'eventualità dell'introduzione del matrimonio omosessuale nell'ordinamento belga, dunque, sarebbe stata frequente la possibilità del suo mancato riconoscimento in altri ordinamenti. Ne sarebbero derivate numerose occasioni di incertezza giuridica, che, a giudizio del Consiglio di Stato, giustificavano l'abbandono del progetto di legge.

Il parere, per quanto attiene a entrambi i profili, si segnala per la tecnica argomentativa adottata: infatti, a supporto dell'opzione interpretativa prescelta, si rinvia a quanto affermato in merito nella giurisprudenza di Corti straniere, sia in via indiretta che diretta, alla dottrina belga, ai lavori preparatori al codice civile e ai testi delle convenzioni internazionali.

Quanto ai rinvii alla giurisprudenza, a sostegno della tesi secondo la quale le coppie omosessuali si distinguono da

quelle eterosessuali e una eventuale disparità di trattamento giuridico non determina una discriminazione ingiustificata, sono citate in primo luogo le sentenze della Corte di Cassazione francese del 11 luglio 1989.

Le decisioni della Corte francese hanno ad oggetto il riconoscimento alle coppie omosessuali dei diritti sociali delle coppie di fatto eterosessuali. A giudizio della *Cour de Cassation*, tali diritti non possono essere estesi anche alle coppie formate da persone dello stesso sesso, sulla base della nozione di “coppia di fatto”, che consiste in una comunità di vita tra due persone – necessariamente di sesso diverso – che abbiano deciso di vivere come sposi pur non essendo uniti dal vincolo coniugale.

La citazione è in realtà indiretta, in quanto il Consiglio di Stato belga vi fa rinvio richiamando il commento di B. Beigner¹⁵, che criticava le decisioni, sostenendo che, pur dovendosi riconoscere la differenza tra il rapporto di concubinato tra coppie eterosessuali e omosessuali, in quanto solo nel primo caso vi è la possibilità di filiazione, non fosse possibile negarne i diritti.

Diretto è invece il riferimento al parere del 1999 del Consiglio di Stato dei Paesi Bassi sul progetto di legge sul matrimonio tra persone dello stesso sesso, citato nella seconda parte dell'*avis* belga. Il parere è richiamato a supporto della tesi secondo la quale il riconoscimento del matrimonio omosessuale non è opportuno per ragioni di certezza del diritto sul piano del diritto internazionale: come si afferma sia nel parere del Consiglio di Stato belga che in quello del Consiglio di Stato dei Paesi Bassi, infatti, sulla base delle regole di diritto internazionale privato, le unioni omosessuali sono ammissibili solo qualora lo statuto personale di entrambi gli sposi lo consenta. Qualora uno degli sposi sia cittadino di uno Stato che non riconosca il matrimonio tra persone dello stesso sesso, si potrebbe

¹⁵ BEIGNER, *A propos du concubinage homosexuel*, in *Dalloz*, 1998, 215 s.

prospettare il rischio del mancato riconoscimento dell'unione. Anche per questa ragione, a giudizio del Consiglio di Stato belga, il progetto di legge deve essere abbandonato.

Inoltre, a sostegno dell'interpretazione classica dell'istituto del matrimonio, secondo la quale esso deve essere considerato come l'unione tra un uomo e una donna, con la principale finalità della filiazione, il Consiglio di Stato belga fa rinvio sia ai lavori preparatori del codice civile e della nuova legge sul matrimonio tra persone dello stesso sesso, che alla dottrina e ai testi di convenzioni internazionali.

Come si legge nei lavori preparatori al codice civile, esplicitamente citati nell'*avis*, infatti, «*le principal effet de l'union conjugale est de donner la vie à des enfants, c'est-à-dire à des êtres environnés de mille besoins*». Sono invece citati *a contrario* i lavori preparatori del progetto di legge sottoposto al giudizio del Consiglio di Stato, nei quali si afferma che occorre riconoscere l'evoluzione della mentalità nella società contemporanea, sulla base della quale il matrimonio ha lo scopo di esteriorizzare una relazione intima tra due persone e ha perso il tradizionale carattere essenzialmente procreativo.

Anche i riferimenti alla dottrina sono volti a dimostrare che l'istituto del matrimonio va inteso in senso tradizionale: a tal fine, si rinvia al *Traité élémentaire de droit civil belge* di J.-P. Masson.

Infine, nello stesso senso, il Consiglio di Stato richiama le definizioni di matrimonio contenute in alcune convenzioni internazionali: l'art. 23 c. 2 del Patto internazionale sui ai diritti civili e politici, l'art. 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'art. 16 c. 1 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, che riconoscono all'"uomo" e alla "donna" il diritto al matrimonio.

L'*avis* del Consiglio di Stato ha suscitato in dottrina reazioni vivaci e varie. Al favore degli studiosi di orientamento più tradizionalista, si sono contrapposte le critiche di coloro che invece hanno espresso una posizione

più progressista. Costoro, in particolare, hanno messo in evidenza l'effetto discriminatorio che sarebbe derivato a danno delle coppie formate da persone dello stesso sesso nel caso di mancata approvazione della proposta di legge. In particolare, è stato affermato che, a differenza di quanto sostenuto dal Consiglio di Stato, gli omosessuali subiscono una discriminazione nel caso in cui non possano accedere, allo stesso modo degli eterosessuali, all'istituto del matrimonio¹⁶, sotto due profili: da una parte, mentre le coppie eterosessuali si vedrebbero riconoscere il diritto di scelta tra il matrimonio e la coabitazione legale, quelle omosessuali sarebbero privati di ogni possibilità di scelta, in quanto costrette ad optare esclusivamente per il regime della coabitazione legale; dall'altra, il rifiuto del matrimonio sarebbe discriminatorio anche in relazione ai figli, frutto di relazioni passate dei *partner* ed educati dalla coppia omosessuale, ai quali sarebbe negata una importante occasione di stabilità a causa del divieto di matrimonio per i loro genitori¹⁷. Quanto alla coerenza con l'ordinamento giuridico belga dell'estensione del matrimonio anche alle coppie omosessuali, la dottrina ha sostenuto che l'estensione del matrimonio anche alle coppie formate da persone dello stesso sesso comporti senza dubbio la radicale trasformazione di alcune idee consolidate, ma non implichi, per questo, alcuna violazione dei diritti fondamentali¹⁸.

La posizione del legislatore si è allineata con quella della dottrina più progressista: infatti, il parere negativo del Consiglio di Stato non ha ostacolato il processo di approvazione della legge, che è stata adottata in via definitiva il 13 febbraio 2003 e pubblicata sul *Moniteur Belge* il 28 febbraio dello stesso anno.

¹⁶ RENCHON, *Mariage et homosexualité*, in *Journal des tribunaux*, 2002, 509.

¹⁷ Come dichiarato da otto professori e ricercatori in una *charte blanche* pubblicata su *le Soir* del 15 dicembre 2001.

¹⁸ Cfr. AREND-CHEVRON, *La loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sex*, cit., 22.

Nel testo approvato in via definitiva, come previsto nel progetto di legge, le disposizioni del codice civile relative al matrimonio sono state modificate prevedendo la sostituzione delle espressioni «marito e moglie» con «sposi»¹⁹ e introducendo un nuovo articolo 143 c.c., il quale prevede che possano contrarre matrimonio persone «dello stesso sesso o di sesso diverso»²⁰.

Per effetto della riforma, risulta dunque applicabile alle coppie omosessuali che contraggano matrimonio lo stesso regime relativo al matrimonio tra coppie eterosessuali. Restava tuttavia esclusa l'applicabilità di tutte le disposizioni relative alla filiazione, nonché impedita l'adozione. Parte della dottrina ha sottolineato come l'esclusione del diritto di adozione da parte delle coppie omosessuali dalla legge del 2003 abbia rappresentato proprio l'esito di un compromesso tra coloro che sostenevano la completa parificazione tra il regime matrimoniale delle coppie eterosessuali ed omosessuali e coloro che invece lo negavano, e ha individuato proprio in tale carattere uno degli aspetti di debolezza e incoerenza del testo normativo²¹.

Il complesso e lungo *iter* normativo per il riconoscimento del diritto al matrimonio – sia pure con l'esclusione degli effetti legati alla filiazione – non poteva tuttavia ancora dirsi concluso: la legge ha subito incontrato l'opposizione di larga parte dell'opinione pubblica, che si è tradotta nell'impugnazione del testo innanzi alla *Cour d'Arbitrage* con un ricorso per annullamento²².

¹⁹ Art. 2 Loi 13-2-2003 – *Loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil.*

²⁰ Art. 3., che sostituisce l'art. 143 Cod. civ., abrogato, con un nuovo testo.

²¹ Cfr. in questo senso RENCHON, *L'avenement du mariage homosexuel dans le Code civil belge*, in *Revue de droit international et de droit comparé*, 2004, 169-207.

²² Il ricorso per annullamento costituisce una delle due vie di ricorso alla *Cour d'Arbitrage* – ora Corte costituzionale: secondo quanto stabilisce la legge speciale del 6 gennaio del 1989, può essere proposto ricorso per

Anche la decisione della Corte, come quella del Consiglio di Stato, è incentrata prevalentemente sull'interpretazione del concetto di matrimonio, al fine di riconoscerne l'eventuale ammissibilità tra persone dello stesso sesso. A differenza del Consiglio di Stato, tuttavia, la *Cour d'Arbitrage*, confermando l'orientamento del legislatore, ha accolto l'interpretazione evolutiva dell'istituto, con una sentenza di rigetto. Anche la decisione di costituzionalità esamina i lavori preparatori del codice civile e del progetto di legge, mentre non vi è alcun rinvio alla giurisprudenza straniera.

4. La sentenza della *Cour d'Arbitrage*

Il ricorso alla *Cour d'Arbitrage* è stato proposto da individui – sposati o intenzionati a contrarre matrimonio – i quali sostenevano che la legge avesse snaturato l'istituto del matrimonio, rendendolo incompatibile con le proprie convinzioni religiose²³. Oggetto del ricorso era l'intero testo della legge: il parametro invocato era costituito, da una parte, da disposizioni della Costituzione, e, dall'altra, da convenzioni internazionali²⁴.

In particolare, la legge veniva impugnata sotto il profilo della violazione del principio di uguaglianza e non

annullamento, in tutto o in parte, di una legge o di un atto avente forza di legge entro 60 giorni dalla pubblicazione della legge. Il ricorso può essere presentato dal Primo Ministro, un Ministro, il Presidente di una delle due Camere o una persona fisica che giustifichi l'interesse al ricorso.

²³ Come si desume dall'esposizione dell'interesse delle parti a ricorrere: *Cour d'Arbitrage, arrêt* n. 159/2004 del 20 ottobre 2004, par. A.1.1.

²⁴ In effetti, le convenzioni internazionali in materia di diritti dell'uomo, e in particolare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, pur non essendo fonti vincolanti nell'ordinamento giuridico belga, sono tuttavia progressivamente entrate a far parte del parametro di giudizio della *Cour d'Arbitrage*, attraverso il controllo della compatibilità delle leggi con il principio di uguaglianza e non discriminazione, ex art. 10 e 11 Cost. belga.

discriminazione, in relazione agli articoli 10²⁵, 11²⁶ e 11 bis²⁷ della Costituzione. In secondo luogo, era ritenuta lesiva della libertà religiosa: a tal proposito, i ricorrenti sostenevano che essa non fosse compatibile, sul piano nazionale, con gli art. 21 c. 2²⁸ e 19²⁹ della Costituzione e, sul piano sovranazionale, con gli art. 9³⁰ e 12³¹ della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e 18 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Infine, a giudizio dei ricorrenti, la legge si fondava su una nozione di matrimonio diversa da quella accolta dalla Costituzione belga, dall'art. 12 della Convenzione europea dei diritti

²⁵ «Il n'y a dans l'État aucune distinction d'ordres.

Les Belges sont égaux devant la loi; seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers.

L'égalité des femmes et des hommes est garantie».

²⁶ «La jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges doit être assurée sans discrimination. A cette fin, la loi et le décret garantissent notamment les droits et libertés des minorités idéologiques et philosophiques».

²⁷ «La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent aux femmes et aux hommes l'égal exercice de leurs droits et libertés, et favorisent notamment leur égal accès aux mandats électifs et publics».

²⁸ «Le mariage civil devra toujours précéder la bénédiction nuptiale, sauf les exceptions à établir par la loi, s'il y a lieu».

²⁹ «La liberté des cultes, celle de leur exercice public, ainsi que la liberté de manifester ses opinions en toute matière, sont garanties, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés».

³⁰ «Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti.

La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la pubblica sicurezza, la protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o per la protezione dei diritti e della libertà altrui».

³¹ «Uomini e donne, in età matrimoniale, hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto».

dell'uomo e dall'art. 23 del Patto internazionale sui diritti civili e politici³², i quali, a loro giudizio, prevedevano che potessero accedere al matrimonio solo le coppie formate da persone di sesso diverso.

In particolare, quanto all'incostituzionalità della legge in relazione al principio di uguaglianza e non discriminazione, i ricorrenti sostenevano che situazioni diverse fossero trattate in modo uguale, senza alcuna giustificazione oggettiva e ragionevole: a loro giudizio, infatti, il legislatore aveva omesso di dare seguito all'*avis* del Consiglio di Stato, non considerando che vi è una differenza oggettiva tra coloro che intendono fondare una famiglia con una persona di un altro sesso, attraverso il matrimonio, e coloro che invece vogliono formare una «comunità di vita» con un'altra persona, anche dello stesso sesso. Secondo i ricorrenti, la riforma adottata si fondava sulla premessa, erronea, secondo la quale è necessario porre fine ad una situazione di fatto discriminatoria.

Quanto al profilo relativo alla libertà religiosa, si sosteneva che, con la riforma, i cittadini credenti sarebbero stati costretti ad aderire ad un istituto che non era compatibile con i propri precetti religiosi: ne derivava pertanto la violazione della libertà religiosa e del diritto a sposarsi.

Infine, in merito all'incompatibilità della nuova nozione di matrimonio, proposta dal legislatore, e quella classica, stabilita dalla Costituzione e le convenzioni internazionali, i ricorrenti precisavano che la Costituzione prevede che il

³² «La famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato.

Il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia è riconosciuto agli uomini e alle donne che abbiano l'età per contrarre matrimonio.

Il matrimonio non può essere celebrato senza il libero e pieno consenso dei futuri coniugi.

Gli Stati parti del presente Patto devono prendere misure idonee a garantire la parità di diritti e di responsabilità dei coniugi riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e al momento del suo scioglimento. In caso di scioglimento deve essere assicurata ai figli la protezione necessaria».

matrimonio possa essere contratto solo da persone di sesso diverso: tanto si desumeva dal fatto che l'art. 21 della Costituzione mostrasse l'intento di impedire che lo Stato istituisse una forma di matrimonio incompatibile con il matrimonio religioso e che nessun culto religioso prevedesse la possibilità del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Inoltre, sempre a sostegno della concezione classica di matrimonio, i ricorrenti richiamavano gli art. 11 e 11 *bis* della Costituzione, 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e 23 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. A giudizio dei ricorrenti, non spettava al legislatore la possibilità di modificare la concezione di matrimonio come unione tra un uomo e una donna, che si desumeva tanto dalla Costituzione che dalle convenzioni internazionali.

La *Cour d'Arbitrage* ha rigettato tutti i motivi di ricorso, confermando così la costituzionalità della legge.

Di particolare interesse, ai fini di questo studio, è la decisione relativa alla compatibilità della nuova concezione di matrimonio introdotta dalla legge con quella proposta dalla Costituzione e le convenzioni internazionali.

Come nel parere del Consiglio di Stato, sono citati i lavori preparatori del progetto di legge³³: tuttavia, ad essi, è attribuito un valore diverso. Infatti, mentre nel parere del Consiglio di Stato il testo è richiamato allo scopo di esemplificare un'opzione interpretativa che si ritiene di dover rigettare, nella sentenza della *Cour d'Arbitrage* si sostiene che la determinazione della natura e delle condizioni del matrimonio rientri nella discrezionalità del legislatore³⁴ e non possa essere invece l'esito dell'attività interpretativa del giudice delle leggi. Di conseguenza, l'interpretazione dell'istituto fornita dal legislatore viene accolta dalla Corte e posta alla base del rigetto del ricorso per annullamento della legge.

³³ Considerato in diritto, par. B.4.5.

³⁴ Considerato in diritto, par. B.4.6.

La Corte dunque, ribaltando l'interpretazione del Consiglio di Stato e confermando quella del legislatore, sostiene che l'istituto del matrimonio abbia subito nella società contemporanea una profonda evoluzione – relativa in particolare alla perdita dell'esclusiva finalità della procreazione – che impedisce di escludere che anche le persone dello stesso sesso possano accedervi.

Quanto alla asserita incompatibilità della nuova concezione di matrimonio con quella stabilita dalle convenzioni internazionali, i ricorrenti richiamavano lo stesso parametro invocato a sostegno del ricorso al Consiglio di Stato, ma, anche in questo caso, le conclusioni della Corte sono del tutto differenti. La *Cour d'Arbitrage*, infatti, ritiene che le disposizioni richiamate vadano lette alla luce dell'art. 53 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo³⁵ e dell'art. 5 c. 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici³⁶, che fanno salva l'applicazione del diritto nazionale, o di altre convenzioni internazionali, qualora essi garantiscano una tutela più ampia dei diritti fondamentali. Sulla base di tale principio, la Corte sostiene che le disposizioni delle convenzioni richiamate dai ricorrenti non possano essere interpretate nel senso di impedire il riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Quanto alle tecniche di giudizio e di argomentazione utilizzate dalla *Cour d'Arbitrage* nella sentenza commentata, occorre in primo luogo rilevare che la Corte belga si è pronunciata sulla legge sul matrimonio tra persone delle

³⁵ «Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i Diritti dell'Uomo e le Libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte Contraente o in base ad ogni altro accordo al quale essa partecipi».

³⁶ «Nessuna restrizione o deroga a diritti fondamentali dell'uomo riconosciuti o vigenti in qualsiasi Stato parte del presente Patto in virtù di leggi, convenzioni, regolamenti o consuetudini, può essere ammessa col pretesto che il presente Patto non li riconosce o li riconosce in minor misura».

stesso sesso con una sentenza di rigetto, escludendo di pronunciarsi con una decisione di tipo intermedio³⁷.

La scelta della tecnica di giudizio appare giustificata, da una parte, dalla volontà del giudice costituzionale di confermare la costituzionalità della legge senza alcuna riserva e, dall'altra, di riconoscere solo al legislatore il compito di stabilire l'interpretazione degli istituti disciplinati nella legge: come già sottolineato in precedenza, in effetti, la Corte sottolinea come «*il appartient au législateur de déterminer la nature et les conditions du mariage*». Ed è per questa ragione che la Corte rinvia, per la definizione dell'istituto, ai lavori preparatori della legge, accogliendo la tesi dell'evoluzione dell'istituto nel rinnovato contesto sociale dei nostri tempi. Si può dunque ritenere che la Corte abbia fatto uso dell'argomento sociologico nella sua decisione, sia pure in via indiretta, facendo rinvio a quanto stabilito in proposito dal legislatore.

A differenza della decisione del Consiglio di Stato, invece, a supporto dell'opzione interpretativa prescelta, nella sentenza della Corte non vi è alcun rinvio alla dottrina né alla giurisprudenza straniera, né in via diretta né indiretta.

La mancanza di riferimenti a precedenti stranieri, peraltro, rispecchia lo stile delle sentenze del tribunale costituzionale belga, nelle quali raramente è citato il diritto straniero, tanto a supporto della decisione quanto *a contrario*. Nelle motivazioni, invece, frequenti sono i riferimenti alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia. La giurisprudenza sovranazionale,

³⁷ In effetti, pochi anni dopo la sua istituzione, la *Cour d'Arbitrage* ha ampliato la tipologia delle proprie decisioni, pronunciandosi, oltre che con sentenze di accoglimento o di rigetto "secche", con decisioni interpretative di rigetto o, al contrario, di annullamento "condizionato": le prime sono utilizzate allo scopo di salvare la costituzionalità della legge, grazie ad una interpretazione conforme al dettato costituzionale, mentre le seconde accolgono la questione di costituzionalità "nella misura in cui" sia accolta una certa interpretazione della legge. Cfr. in merito DELPÉRE - RASSON-ROLAND (a cura di), *Recueil d'études sur la Cour d'Arbitrage 1980-1990*, Bruxelles, 1990, 141-147.

in effetti, pur non dotata in valore vincolante, ha tuttavia un ampio valore di persuasione.

5. L'adozione da parte di coppie formate da persone dello stesso sesso

Come anticipato, la sentenza di rigetto della *Cour d'Arbitrage* ha aperto la strada all'ultima, e più ambiziosa, fase del processo del progressivo riconoscimento dei diritti delle coppie formate da persone dello stesso sesso. Così, tra gennaio e maggio 2004 sono state presentate cinque proposte di legge³⁸ volte a modificare il codice civile allo scopo di autorizzare l'adozione da parte di coppie dello stesso sesso. Tutte le proposte partivano dalla constatazione che, sia pure in mancanza di una regolamentazione legislativa, il fenomeno di famiglie composte da persone dello stesso sesso con figli – provenienti da precedenti matrimoni, adottati da uno solo dei coniugi, ovvero procreati con l'inseminazione artificiale o altre modalità al di fuori della coppia – è una realtà di fatto³⁹. In tale contesto, tuttavia, le famiglie omosessuali, ed in particolare i figli, subiscono gravi forme di discriminazione sociale e si

³⁸ Proposta depositata il 7 gennaio 2004 da Guy Swennwen; proposta depositata l'8 gennaio 2004 da Martine Taelman, Maggie De Block, Geert Versnick, Hilde Vautmans, Rik Daems, Karel De Gucht e Annemie Turtelboom; proposta depositata l'8 gennaio 2004 da Els Van Weert, Annelies Storms e Stijn Bex; proposta depositata il 30 marzo 2004 depositata da Zoé Genot; proposta depositata il 19 maggio 2004 da Velérie Déom, Karine Lalieux, Marie-Claire Lambert e Yvan Mayeur.

³⁹ A conferma di quanto sostenuto nelle proposte di legge, si vedano i numerosi rapporti curati da organizzazioni e associazioni attive nel campo della tutela dei diritti degli omosessuali: a mero titolo esemplificativo, si consideri, ad esempio: *L'adoption de A à Z pour les couples gays et lesbiens*, Dossier pédagogique réalisé par l'équipe di Centre d'éducation permanente de Tels Quels coordonné par Julie Bierlaire.

vedono private di alcuni essenziali diritti: tra di essi, l'impossibilità di trasmettere il cognome ai figli è una delle più evidenti. Allo scopo dunque di adeguare l'ordinamento alla realtà concreta, non lasciando prive di regolamentazione strutture sociali di fatto esistenti, tutte le proposte di legge avevano l'obiettivo di consentire l'adozione alle coppie formate da persone dello stesso sesso e di consentire la trasmissione del cognome ai figli. In generale, le proposte avevano ad oggetto l'adozione nazionale, mentre solo una intendeva autorizzare anche l'adozione internazionale⁴⁰.

Il 18 maggio 2006, il Parlamento belga ha approvato in via definitiva la legge che consente l'adozione alle coppie formate da persone dello stesso sesso⁴¹, modificando il titolo VIII del codice civile, che disciplina l'adozione. In particolare, è stato emendato l'art. 343, il quale prevede le definizioni di "adottante" e "adottato", eliminando dalla prima definizione il riferimento alla necessità che gli adottanti siano di sesso diverso⁴². Gli artt. 3-8 della legge di riforma hanno inoltre inserito nuove disposizioni, o sostituito disposizioni esistenti, allo scopo di regolare gli aspetti relativi alla trasmissione del cognome dagli adottanti all'adottato. In particolare, in caso di adozione simultanea da parte di due persone dello stesso sesso, queste ultime dichiarano al Tribunale, di comune accordo, quale delle due trasmetterà il cognome all'adottato⁴³. Allo stesso modo, la scelta, di comune accordo, del cognome è comunicata al tribunale nel caso in cui una persona adotti il figlio o il figlio adottivo del coniuge o del compagno dello stesso

⁴⁰ Proposta di legge depositata il 30 marzo 2004 da Zoé Genot.

⁴¹ Legge 18 maggio 2006 – *Loi modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe*, in *Moniteur Belge*, 20-6-2006, ed. 2.

⁴² Art. 2 legge 18 maggio 2006.

⁴³ Art. 3 legge 18 maggio 2006, che introduce l'art. 352 c. 2 Cod. civ.

sesso⁴⁴. Nel caso in cui l'adottato sia maggiorenne, gli adottanti possono richiedere al tribunale che il cognome dell'adottato non sia modificato, ovvero, nel caso in cui egli possieda un cognome derivante da una adozione precedente, che possa farlo precedere o seguire da quello del nuovo adottante⁴⁵.

In conclusione, è possibile osservare come l'apertura dell'ordinamento belga al matrimonio tra persone dello stesso sesso abbia rappresentato l'esito di un lungo e complesso percorso normativo e giurisprudenziale, che ha visto coinvolti il legislatore, il Consiglio di Stato e la *Cour d'Arbitrage*, in una comune riflessione sul significato dell'istituto del matrimonio e sulla sua evoluzione nel contesto sociale nel quale esso trova attuazione concreta.

Non può negarsi, in tale processo, l'importanza dell'apporto della decisione della *Cour d'Arbitrage*, che, pur non esprimendosi con una sentenza interpretativa, ha tuttavia, nelle argomentazioni riportate nelle motivazioni, rafforzato l'opzione interpretativa che ha costituito il fondamento di tutta la riforma introduttiva del matrimonio tra persone dello stesso sesso, anche con riferimento agli effetti legati alla filiazione.

⁴⁴ Art. 4 legge 18 maggio 2006, che introduce l'art. 352 c. 2 § 2 Cod. civ.

⁴⁵ Art. 5 legge 18 maggio 2006, che sostituisce l'art. 353 c. 3 Cod. civ.

IL SAME-SEX MARRIAGE NEL QUADRO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE SUPREMA CANADESE

Luca Marfoli

*Dottorando di ricerca in Diritto pubblico comparato
nell'Università di Siena*

*La decisione sul same-sex marriage assunta dalla Corte suprema in occasione di un'advisory opinion sulla richiesta avanzata dal Governo federale costituisce un interessante occasione per l'analisi delle tecniche utilizzate dal giudice canadese per l'interpretazione costituzionale. Dalla pronuncia del 2004, *Re Same-Sex Marriage*, emerge l'uso ormai collaudato della living tree doctrine e di una interpretazione evolutiva degli istituti del diritto canadese rispetto ai principi e alle norme costituzionali. La Costituzione canadese elemento organico della vita dell'ordinamento giuridico consente di adattare il contenuto delle norme di legge in relazione alle trasformazioni della società canadese. La pronuncia inoltre offre ulteriori indicazioni sulle tecniche che i giudici costituzionali utilizzano per l'interpretazione delle leggi per valutarne la conformità alla Costituzione.*

*The decision on same-sex marriage issued by the Canadian Supreme Court on an advisory opinion requested by the Federal Government is a very interesting opportunity for analyzing the techniques used by the Canadian judges for constitutional interpretation. From the decision of 2004, *Re Same-Sex Marriage*, come out the well-tested use of the living tree doctrine and an evolutive interpretation of the institutes of the Canadian law with respect to the principles and constitutional standards. The Canadian Constitution is an organic one of the life of the Canadian legal system that can also adapt the content of the law in relation to the*

transformation of Canadian society. The ruling also provides further guidance on the techniques that judges use to interpret the laws to assess compliance with the Constitution.

Sommario

1. Il seme del *living tree* nella questione sul *same-sex marriage*
2. Il “quadro” normativo sul *same-sex marriage*
3. La discriminazione in base all’orientamento sessuale
4. Il *same-sex marriage*
5. Corte suprema, tutela dei diritti e tecniche interpretative
6. Il *Reference Re Same-Sex Marriage*

1. Il seme del *living tree* nella questione sul *same-sex marriage*

Il *same-sex marriage* in Canada è stato legalizzato il 20 luglio 2005 con l’emanazione del *Civil Marriage Act*¹ il quale ha introdotto una nuova definizione di matrimonio nell’ordinamento canadese: «*the lawful union of two persons to the exclusion of all others*». L’approvazione del provvedimento legislativo è avvenuta tuttavia solo dopo un’*advisory opinion* della Corte suprema, “giudice dei diritti”², che nella pronuncia ha argomentato la propria scelta anche attraverso una nota tecnica di motivazione della giurisprudenza canadese: la *living tree doctrine*, metafora di una interpretazione evolutiva del testo costituzionale in grado di leggere ed adattare il contenuto delle norme in relazione alle trasformazioni della società canadese³.

L’affermazione del matrimonio omosessuale in Canada costituisce il prodotto di una evoluzione giurisprudenziale e legislativa, tanto di livello federale quanto di livello provinciale, realizzatasi intorno al concetto di discriminazione in base all’orientamento sessuale⁴.

¹ *Civil Marriage Act*, SC 2005, c 33, “*an act respecting certain aspects of legal capacity for marriage for civil purposes*”, presentato in Parlamento con il Bill C-38 nel febbraio del 2005.

² Sul ruolo della Corte suprema in Canada quale giudice dei diritti, nella dottrina italiana, tra gli altri: GROPPI, *La Corte suprema del Canada come “giudice dei diritti”*, in ROLLA (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milano, 2000, 82.

³ Sul tema si veda: WALUCHOW, *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, Cambridge, 2007.

⁴ La prima giurisdizione che in Canada ha proibito la discriminazione in base all’orientamento sessuale nella propria legislazione sui diritti umani è stata quella del Quebec nel 1977 (la *Charter of Human Rights and Freedoms*); cfr. HURLEY, *Sexual Orientation and Legal Rights: a Chronological Overview*, revised june 2005, in *Library of Parliament*, <http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/ResearchPublications/prb0413-e.htm>. Per una ricostruzione della evoluzione giurisprudenziale: WINTEMUTE, *Equality principle, sexual orientation, discrimination, and*

Le fonti normative che devono essere esaminate in tema di matrimonio omosessuale in Canada sono poste a livello costituzionale e ordinario (federale e provinciale). A livello costituzionale rilevano alcune disposizioni del *Constitution Act* del 1867 e le sec. 1 e 15 – *limitation clause* ed *equality rights provision* – della Carta canadese dei diritti e delle libertà⁵. Il *Constitution Act, 1867* nonostante non si preoccupi di tutelare o definire i concetti di famiglia o matrimonio è di notevole importanza poiché determina la suddivisione delle competenze in queste materie tra i diversi livelli di governo in Canada. In particolare la sec. 91(26) riconosce al Parlamento federale il potere di emanare atti legislativi in materia di «*marriage and divorce*», mentre le sec. 92(12) e 92(13) attribuiscono alla competenza esclusiva delle Province rispettivamente la «*solemnization of marriage*» e i «*property and civil rights*». L'altra fonte costituzionale, la Carta canadese dei diritti e delle libertà, pur offrendo protezione ai diritti e alle libertà di singoli e gruppi risulta essere priva al suo interno di una definizione del concetto di famiglia o matrimonio⁶. L'ordinamento

the Canadian Charter, in E. Ceccherini (a cura di), *Sexual Orientation in Canadian Law*, Milano, 2004, 81.

⁵ La Carta fondamentale canadese è costituita da una pluralità di testi tra cui i *British North America Acts* emanati dal 1867 al 1982, l'ultimo e più importante dei quali – il *Canada Act, 1982* – include il *Constitution Act, 1982*, i cui primi 35 articoli sono costituiti dalla *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Sul tema si veda: FRÉMONT, *Le fonti del diritto costituzionale canadese*, in AA.VV., *L'ordinamento costituzionale del Canada*, Torino, 1997, 19; ROLLA (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, cit., passim.

⁶ Secondo BERTOLINI, *La tutela della famiglia nell'ordinamento canadese*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2010, 754: «Nonostante il suo impianto volto a tutela di gruppi sociali, la Canadian Charter non riconosce in maniera esplicita la famiglia tra i gruppi sociali degni di protezione. Tale lacuna non è stata casuale, ma frutto di una precisa volontà politica; la Parliamentary Joint Committee on the Constitution, infatti ha motivato l'omissione sostenendo come sarebbe stato troppo difficoltoso inserire il concetto di famiglia a causa della sua non facile definizione, soprattutto con riferimento al multiculturalismo e a orientamenti sessuali di carattere omosessuale».

canadese, infatti, deriva quest'ultimo concetto dalla tradizione giuridica del *common law* che, in particolare, definisce il matrimonio come «*the voluntary union for life of one man and one woman to the exclusion of all others*»⁷. Quest'ultima definizione, ma anche e soprattutto l'*equality clause* (sec. 15) della *Charter*, hanno giocato un ruolo chiave in quella evoluzione giurisprudenziale e legislativa che ha condotto all'affermazione del matrimonio omosessuale. La legislazione ordinaria in tema di *same-sex marriage*, invece, coinvolge non solo l'analisi del *Civil Marriage Act* federale ma anche l'esame di una moltitudine di atti legislativi di livello federale e provinciale, modificati dal legislatore o interpretati dalle corti canadesi, che hanno rappresentato la tela su cui veniva dipinto l'istituto studiato. Tale normativa, tuttavia, non sarà oggetto di analisi del presente elaborato per motivi di spazio.

2. Il “quadro” normativo sul *same-sex marriage*

A livello giurisprudenziale la decisione che ha costituito una prima fondamentale tappa per l'affermazione sia del divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale, sia del riconoscimento del *same-sex marriage*, è stata quella assunta nel caso Egan del 1995⁸. Qui la Corte suprema ha

⁷ Definizione, di “carattere confessionale”, offerta da Lord Penzance nel celebre caso inglese della *English High Court Probate, Divorce & Admiralty Div.*, *Hyde v. Hyde and Woodmansee* (1866), L.R. 1 P&D 130; «*si ritiene che il matrimonio come inteso nella cristianità, possa a tal fine essere definito come l'unione volontaria e perpetua tra un uomo e una donna, ad esclusione di ogni altro*» (p. 133). Sul punto si veda HOGG, *Canada: The Constitution and same-sex marriage*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2006, 715.

⁸ *Supreme Court of Canada, Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513. La decisione tuttavia non costituisce il primo caso di *gay equality rights* dovendo ricordare in particolare la pronuncia sul caso Mossop – *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554. Sul punto si veda BERTOLINI, *La tutela della famiglia nell'ordinamento canadese*,

in primo luogo chiarito che la sec. 15 della Carta canadese dei diritti e delle libertà non vieta esclusivamente le fattispecie discriminatorie in essa specificamente elencate ma anche quei comportamenti fondati su *analogous grounds* che comportano una discriminazione di carattere sostanziale e non solo formale⁹; quindi ha ricompreso tra i motivi analoghi di discriminazione l'orientamento sessuale¹⁰. Successivamente in *Vriend v. Alberta* (1998)¹¹ la Corte suprema ha affermato, per la prima volta – dando seguito al caso Egan – che il mancato riconoscimento dell'orientamento sessuale quale motivo di discriminazione costituisce una violazione del principio di eguaglianza garantito nella sec. 15 non giustificabile ai sensi della *limitation clause* (sec. 1)¹². Ad una piena equiparazione tra coppie omosessuali e coppie eterosessuali si giunge tuttavia solo con *M. v. H.* (1999)¹³ in cui il Giudice supremo

cit., 767. Per un commento al caso Egan: WINTEMUTE, *Discrimination Against Same-Sex Couples: Section 15 (1) of the Charter: Egan v. Canada*, 1995, in *Canadian Bar Review*, 74, 682.

⁹ Si veda: DI BENEDETTO, *Il "Civil Marriage Act": un difficile equilibrio tra divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale e libertà religiosa*, in ROLLA (a cura di), *Eguali ma diversi. Identità ed autonomia secondo la giurisprudenza della Corte suprema del Canada*, Milano, 2006, 114; WINTEMUTE, *Equality principle, sexual orientation, discrimination, and the Canadian Charter*, *cit.*, 82.

¹⁰ «Sebbene la sez. 15(1) della Carta non menzioni l'orientamento sessuale fra gli enumerated prohibited grounds, in *Egan v. Canada* la Corte Suprema ha specificato che esso deve essere considerato un prohibited analogous ground di discriminazione» MONTALTI, *La battaglia legale per il same-sex marriage in Canada e Sud Africa: eguaglianza e dignità umana versus libertà religiosa*, in *Giur. cost.*, 2005, 4821.

¹¹ *Supreme Court of Canada, Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493.

¹² Secondo BERTOLINI, *La tutela della famiglia nell'ordinamento canadese*, *cit.*, 767: «La Corte riconosce che il negare l'uguaglianza formale a gay e lesbiche non solo era una violazione della sec. 15(1) ma anche un *non resonable limit* ex sec. 1 della Carta».

¹³ *Supreme Court of Canada, M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3. Secondo E. Bertolini, *La tutela della famiglia nell'ordinamento canadese*, *cit.*, 767: «Il cuore della questione era se una coppia omosessuale potesse essere

canadese ha rilevato come la definizione di *spouse* (coniuge) nel diritto di famiglia dell'Ontario, riconducibile solo a membri di coppie di sesso opposto, costituisse una violazione della Carta e un grave pregiudizio per la dignità umana implicando una disparità di trattamento, ed una minore protezione, per le coppie omosessuali¹⁴. Nelle decisioni indicate, pertanto, la Corte suprema, da un lato ha ricondotto il *sexual orientation* nell'alveo della sec. 15, con conseguente applicabilità (esclusa in *Vriend e M. v. H.*) della *limitation clause*¹⁵, dall'altro lato ha chiarito come la discriminazione in base all'orientamento sessuale possa violare la dignità umana.

3. La discriminazione in base all'orientamento sessuale

Il riconoscimento da parte del Giudice supremo dell'orientamento sessuale quale fattore discriminatorio ha condotto sia il Legislatore federale che le Assemblee legislative provinciali ad apportare modifiche al loro apparato normativo per uniformarsi al dettato giurisprudenziale della Corte¹⁶. Tuttavia il Parlamento, forse

considerata come una famiglia e, conseguentemente, se la definizione di spouse applicabile solo ad individui di sesso opposto violasse la Charter».

¹⁴ Ulteriore conferma dell'indirizzo adottato dalla Corte suprema in tema di orientamento sessuale è contenuta nella decisione *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)* [2000] 2 S.C.R. 1120.

¹⁵ Canadian Charter of Rights and Freedoms, sec. 1; si veda: JACKMAN, *Protecting Rights and Promoting Democracy: Judicial Review Under Section 1 of the Charter*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 1996, 661; HIEBERT, *The Evolution of the Limitation Clause*, *Osgoode Hall L.J.*, 1990, 104.

¹⁶ A livello federale, ad esempio, nel 1999 sono stati introdotti i primi benefici in favore delle coppie omosessuali con una modifica alla legge sulle pensioni (*Bill C-78, Public Sector Pension Investment Board Act*, S.C. 1999, c. 34). A livello provinciale si richiamano invece: la *Quebec's Assemblée* nazionale ha adottato all'unanimità la *Loi modifiant diverses*

temendo un “possibile attacco” all’istituto del matrimonio come concepito nel *common law*, poco dopo la decisione del caso *M. v. H.* (1999) ha voluto ribadire «*that marriage is and should remain the union of one man and one woman to the exclusion of all others*»¹⁷. La posizione del Parlamento canadese deve essere concepita come una prima reazione al riconoscimento della Corte suprema della piena equiparazione dei diritti tra coppie omosessuale e coppie eterosessuali. Tale presa di posizione del Parlamento canadese è stata espressa anche nel *Modernization of Benefits and Obligations Act* (2000)¹⁸, che ha emendato ben 68 leggi federali al fine di consentire alle coppie omosessuali di godere degli stessi diritti e prerogative sociali riconosciuti alle coppie eterosessuali non sposate. Nonostante fosse stata riconosciuta una equiparazione nei diritti e nei doveri tra coppie di fatto omosessuali ed eterosessuali a livello giurisprudenziale e legislativo l’istituto matrimoniale rimaneva una “prerogativa eterosessuale”.

dispositions législatives concernant les conjoints de fait, S.Q. 1999, c.14, attraverso cui la definizione di *de facto spouse* è stata modificata in 28 leggi; l’*Act to amend certain statutes because of the Supreme Court of Canada Decision in M. v. H.*, S.O. 1999, c. 6, approvato in Ontario; il *Definition of Spouse Amendment Act, 2000*, S.B.C. 2000, c. 24, della *British Columbia’s Legislative Assembly*.

¹⁷ V. House of Commons, *Debates*, 8 june 1999 «*Following the M. v. H. decision, by a vote of 216 55, the House of Commons adopted an opposition motion that “it is necessary, in light of public debate around recent court decisions, to state that marriage is and should remain the union of one man and one woman to the exclusion of all others, and that Parliament will take all necessary steps within the jurisdiction of the Parliament of Canada to preserve this definition of marriage in Canada*», HURLEY, *Sexual Orientation and Legal Rights: a Chronological Overview*, cit., 7.

¹⁸ S.C. 2000, c. 12. Si veda DI BENEDETTO, *Il “Civil Marriage Act”: un difficile equilibrio tra divieto di discriminazione in base all’orientamento sessuale e libertà religiosa*, cit., 122.

4. Il *same-sex marriage*

Il problema del riconoscimento del *same-sex marriage* è stato affrontato dalle corti canadesi sin dall'entrata in vigore della *Charter of rights and freedoms* ma attraverso il richiamo a due storici precedenti inglesi, *Hyde v. Hyde* (1866) e *Corbett v. Corbett* (1970), ha ottenuto sempre esito negativo¹⁹. In particolare deve essere richiamato il caso deciso dalla corte provinciale dell'Ontario, *Layland v. Ontario* (1993), in cui la maggioranza ha stabilito che «*under the common law of Canada applicable to Ontario a valid marriage can take place only between a man and a woman and that persons of the same-sex do not have the capacity to marry one another*»²⁰. Nella decisione il giudice Southey (per la maggioranza) attraverso un ragionamento tautologico, ha affermato che «le unioni tra persone dello stesso sesso non sono “matrimonio” a causa della

¹⁹ *Hyde v. Hyde and Woodmansee* (1866), *cit*; *Court of Divorce & Matrimonial Causes Corbett v. Corbett* (no.2), [1970] 2 All. E.R. 33. Quest'ultimo caso ha ribadito quanto affermato da Lord Penzance ma attraverso una “connotazione laica”. Di fatti la definizione di matrimonio offerta in *Hyde v. Hyde* risentiva della influenza della tradizione e cultura cristiana, preponderante in quell'epoca. Nel caso *Corbett v. Corbett* il riferimento all'elemento religioso è meno evidente. Si veda: MONTALTI, *Separazione dei poteri e riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in BILOTTA (a cura di), *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario e comparato*, Milano, 2008, 69.

²⁰ *Ontario Divisional Court, Layland v. Ontario (Minister of Consumer & Commercial Relations)*, (1993) 104 D.L.R. (4th) 214. Nella decisione deve segnalarsi la posizione dissenziente del giudice Greer per il quale «*la common law e il diritto di provenienza legislativa devono entrambi cambiare al fine di incontrare le esigenze mutevoli della società*» (*Greer dissenting*, p. 236-237) e «*gli eterosessuali non risulterebbero lesi o comunque limitati dall'estensione del diritto al matrimonio a gay e lesbiche*» (*Greer dissenting*, p. 233) MONTALTI, *Separazione dei poteri e riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso*, *cit.*, 78. Si veda anche: DAVIS, *Canadian Same-Sex Marriage Litigation: Individual Rights, Community Strategy*, in *University of Toronto Faculty Law Review*, 2008, 101.

definizione stessa di matrimonio [e] lo scopo principale del matrimonio non può, di base, essere perseguito in un'unione omosessuale a causa delle limitazioni biologiche di tale unione»²¹. Nel caso di specie il giudice dell'Ontario, infine, ha fatto riferimento anche ad un *pre-charter case* *North v. Matheson* (1974)²² deciso anch'esso in base ai precedenti inglesi richiamati.

Il dibattito di fine secolo animato dalla giurisprudenza della Corte suprema sulla discriminazione in base all'orientamento sessuale ha tuttavia reso fertile il terreno di un successivo cambiamento nella concezione dell'istituto matrimoniale in Canada. Tre decisive pronunce di altrettanti giudici provinciali, ad inizio del nuovo secolo si sono rivelate prodromiche all'approvazione a livello federale del *Civil Marriage Act* (2005)²³. Nei casi *EGALE*, *Halpern* e *Hendricks* alcune corti d'appello provinciali hanno ritenuto che l'esclusione delle coppie omosessuali dalla definizione di matrimonio costituisce una violazione della *equality clause* della Carta dei diritti e delle libertà²⁴.

²¹ MONTALTI, *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, Bologna, 2007, 378.

²² *Manitoba County Court, North v. Matheson* (1974), 24 R.F.L. 112 (Man. Co. Ct.). «Perhaps the first reported Canadian decision on sexual orientation discrimination outside the criminal law ... Given that same-sex sexual activity had been decriminalized only five years before, it is not surprising that the claim failed» WINTEMUTE, *Sexual Orientation and the Charter: The Achievement of Formal Legal Equality (1985-2005) and its Limits*, in *McGill Law Journal*, 2004, 1143.

²³ Parte della dottrina ritiene che il la vicenda del matrimonio omosessuale in Canada abbia origine proprio da tali decisioni, che costituiscono il "salto" dal tema della discriminazione in base all'orientamento sessuale a quello del *same-sex marriage*: HURLEY, *Sexual Orientation and Legal Rights: a Chronological Overview*, cit. 9; GENTILI, *Una prospettiva comparata sul matrimonio omosessuale: Canada e Stati Uniti*, in *La «Società naturale» e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*. Atti del Seminario, Ferrara, 26 febbraio 2010, Torino, 2010, 171.

²⁴ *British Columbia Court of Appeal, EGALÉ Canada v. Canada* (Attorney General), [2003] 225 D.L.R. (4th) 472; *Court of Appeal for Ontario, Halpern v. Canada*, [2003] 225 D.L.R. (4th) 529; *Quebec*

In tutti e tre i casi l'illegittimità della *opposite sex definition marriage* è intervenuta in primo grado, ma solo nel caso *EGALE* la Corte di appello competente ha ritenuto di correggere la posizione del giudice di primo grado che aveva ritenuto applicabile la sec. 1 della *Charter*. In *EGALE*, infatti, la *British Columbia Supreme Court*²⁵ aveva considerato «un “limite ragionevole” alla piena applicazione del principio di uguaglianza la diversità biologica delle coppie omosessuali, che, al contrario di quelle eterosessuali, non sono in grado di procreare»²⁶. Il cambiamento in atto è stato quindi colto dal governo federale che anziché impugnare tali decisioni ha predisposto un progetto di legge presentato alla Corte suprema canadese affinché potesse esprimere la propria opinione sulla sua legittimità²⁷.

Court of Appeals, Hendricks and Leboeuf v. Québec, 19.03.2004 (che ha confermato: *Québec Cour Supérieure, Hendricks v. Québec (Procureur General)*, [2002]). Le corti nell'esame delle diverse legislazioni provinciali hanno potuto esprimersi in tal senso poiché il matrimonio non è definito né a livello costituzionale né nella legislazione ordinaria. Sulle decisioni si veda: WALTERS, *Incorporating common law into the Constitution of Canada: EGALÉ v. Canada and the status of Marriage*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 41, 2003, 75; CASWELL, *Same sex couples: marriage vs. civil unions, registered domestic partnerships or registered common-law relationship*, in CECCHERINI, cit., 121; LLOYD, *Defining Marriage, Step One: EGALÉ v. Canada*, in *Alberta Law Review*, 2002, 963; LOOSEMORE, *EGALÉ v. Canada: The Case for Same-Sex Marriage*, in *University of Toronto F. L. R.*, 2002, 43; CHAPMAN, *Halpern v. Canada (A.G.)*, [2002] O.J. No. 2714 (Ont. Div. Ct.), in *Canadian Journal of Family Law*, 2002, 423.

²⁵ La *British Columbia Supreme Court* – nonostante il nome – rappresenta uno dei giudici di primo grado del sistema giudiziario della Provincia, in particolare è una *Superior Court*; per maggiori indicazioni sul sistema giudiziario canadese si rinvia alla nota n. 27 seguente, nonché alla nota n. 17 di VIZIOLI, *La nomina dei giudici della Corte suprema del Canada*, in corso di pubblicazione in DPCE, 2011.

²⁶ DI BENEDETTO, *Il “Civil Marriage Act”: un difficile equilibrio tra divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale e libertà religiosa*, cit., 124.

²⁷ Con riferimento al sistema giudiziario del Canada, il *British North America Act* suddivide la competenza tra la federazione e le province in un sistema totalmente differente da quello statunitense. La giurisdizione

5. Corte suprema, tutela dei diritti e tecniche interpretative

In Canada solo in tempi relativamente recenti si sono formate tutte le condizioni necessarie per la creazione di un sistema di giustizia costituzionale²⁸. Con l'approvazione del *Constitution Act* del 1982, il Canada si è dotato di una Costituzione che afferma la propria supremazia su tutte le altre fonti del diritto ed ha costituzionalizzato un catalogo di diritti, la Carta dei diritti e delle libertà, di cui la Corte suprema è divenuta il principale "portavoce"²⁹. In un sistema di giustizia costituzionale di tipo diffuso, la Corte suprema canadese – al vertice del potere giudiziario – ha gradualmente abbandonato «l'atteggiamento di *deference* verso le decisioni adottate dalle Assemblee legislative per intraprendere un attivismo interpretativo nella garanzia dei

a livello provinciale in materia civile e penale è ripartita tra: le *Provincial Courts*, che si occupano generalmente, in prima istanza, di diritto di famiglia e casi di minore rilevanza; le *Superior Courts*, cui è assegnata invece una giurisdizione di prima istanza di carattere residuale; le *Provincial Court of Appeal*, cui si ricorre in appello avverso le decisioni delle corti provinciali e superiori. A livello federale le decisioni delle Corti provinciali, che interpretano tanto il diritto provinciale quanto quello federale, possono essere impugnate di fronte alla Corte suprema federale. Sul tema si veda: GROPPI, *Canada*, il Mulino, 2006. 134; MORTON, *Law, politics, and the judicial process in Canada*, Calgary, 2002, *passim*.

²⁸ Secondo GROPPI, *La Corte suprema del Canada come "giudice dei diritti"*, cit., 63: «è soltanto nel 1982, con l'approvazione del *Canada Act* e del *Constitution Act* da parte del Parlamento del Regno Unito, a seguito di una risoluzione del Parlamento di Ottawa, che si realizza in Canada la condizione giuridico-formale essenziale per la compiuta creazione di un sistema di giustizia costituzionale».

²⁹ La *Charter of Rights and Freedoms* ha rappresentato un vero e proprio *turning point* della storia costituzionale canadese, secondo l'espressione utilizzata da ACKERMAN, *We the People. Foundations*, Cambridge, 1991, 34 ss., che propone un esame della storia costituzionale statunitense.

diritti fondamentali codificati nella *Charter*»⁵⁰. Ai fini del presente scritto, ci limiteremo ad offrire un saggio di alcune delle tecniche usate dal giudice costituzionale per l'interpretazione della Costituzione, per lo più incentrate sulla Carta dei diritti e delle libertà.

Il carattere indeterminato, talvolta generale ed astratto, e l'uso di una terminologia che si presta ad interpretazioni differenti, delle norme contenute nella *Charter*, nonché la natura e l'eterogeneità dei diritti in essa positivizzati, ha portato la Corte suprema ad adottare ed elaborare alcuni principi e tecniche interpretative in grado di dare significato a quei diritti e di tracciare linee guida per il riconoscimento dei provvedimenti ad essi contrari. L'attività interpretativa che il giudice costituzionale compie nel valutare la conformità delle leggi alla *Charter* può essere scandita in due fasi le cui regole sono state determinate dalla Corte suprema canadese in alcune decisioni. In un primo momento il giudice deve dare un significato concreto al diritto o libertà che si presume violato al fine di valutare la legittimità del provvedimento legislativo impugnato rispetto alla Carta; nel caso in cui rilevi la violazione, quindi, deve decidere se la stessa possa dirsi ragionevolmente giustificabile in una società libera e democratica come

⁵⁰ TELESE, *Le limitazioni al godimento dei diritti fondamentali secondo i principi generali elaborati dalla Corte suprema del Canada*, in ROLLA (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti*, cit., 88. La Corte suprema canadese «constitutional mediator nei confronti degli altri organi costituzionali e ... centro di equilibrio dei rapporti tra federazione e province» ha il compito di dichiarare «ogni legge incompatibile con le disposizioni della Costituzione è ... nella misura dell'incompatibilità, senza forza o effetto» (art. 52, *Canada Constitution Act*, 1982), G. D'Ignazio, *I principi immodificabili della Carta canadese dei diritti e delle libertà*, in ROLLA (a cura di), *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano, Giuffrè, 2008, 180.

quella canadese secondo il dettato della *section 1* della *Charter*³¹.

Tra le tecniche e i principi interpretativi sviluppati dalla Corte suprema in una prima fase del processo interpretativo possono essere richiamate la *generous interpretation* e la *purposive interpretation*, corollari della *living tree doctrine*, già richiamata e meglio descritta nel prossimo paragrafo.

La *generous interpretation* trova le proprie origini nel c.d. “*Persons*” case – *Edwards v. Canada* (1930) – ma è stata esplicitamente enunciata in un momento successivo in *Hunter et al. v. Southam Inc.* (1984)³². Questo principio consiste nel garantire una «*large and liberal interpretation*» per le disposizioni costituzionali³³. Il “*purposive approach*”

³¹ La *section 1* della *Charter* c.d. *limitation clause*, subordina l’attuazione dei diritti e delle libertà codificati «solo a quei limiti ragionevoli disposti dalla legge che possano giustificarsi in una società libera e democratica». Sulla interpretazione della *Charter* si veda: TELESE, *Le limitazioni al godimento dei diritti fondamentali secondo i principi generali elaborati dalla Corte suprema del Canada*, in ROLLA (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti*, cit., 91; F. Jacobucci, *Judicial Review by the Supreme Court of Canada under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: The First Ten years*, in BEATTY, *Human Rights and Judicial Review: a Comparative Perspective*, Dordrecht, 1994, 110.

³² *Supreme Court of Canada, Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. Nella decisione è richiamata anche una pronuncia del *Privy Council* riferita al territorio d’oltremare britannico delle Bermuda, *Minister of Home Affairs v. Fisher*, [1980] A.C. 319, in cui «*Lord Wilberforce reiterated at p. 328 that a constitution is a document “sui generis, calling for principles of interpretation of its own, suitable to its character”, and that as such, a constitution incorporating a Bill of Rights calls for: ...a generous interpretation avoiding what has been called “the austerity of tabulated legalism,” suitable to give individuals the full measure of the fundamental rights and freedoms referred to Bermuda*».

³³ *Supreme Court of Canada, Edwards v. Canada (Attorney General)* [1930] A.C. 124. Sul punto: HOGG, *Constitutional Law, Student Edition*, Scarborough, 2008, 412, 746, il quale rileva che: «*for Lord Sankey in Edwards v. A.-G. Can. (1930), the primary implication of his living tree metaphor was that a Constitution should receive a generous interpretation*». Si veda anche *Supreme Court of Canada, R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 117: «*The interpretation should be, as*

– o metodo cd. “finalistico” – è invece il principio per il quale ogni diritto o libertà deve essere interpretato alla luce dell’analisi «*of the purpose of such guarantee*»³⁴. La Corte suprema nel caso *Southam* ha affermato che la Costituzione canadese è «redatta con un occhio al futuro»³⁵ e quale “*puppositive document*” deve essere interpretata in modo ampio e liberale, flessibile ed evolutivo, in considerazione degli scopi e degli interessi che si vogliono garantire³⁶. La seconda fase del processo interpretativo evidenziato coinvolge l’esame della *sec. 1* della *Charter* – c.d. *limitation clause* – e del *landmark case R. v. Oakes* (1986) in cui è stato realizzato un test per verificare l’applicabilità della *sec. 1*³⁷. L’*Oakes test*, nonostante i successivi aggiustamenti rispetto alla sua introduzione, rappresenta oggi il principale punto di riferimento per l’autorità giudiziaria canadese nell’interpretazione e applicazione delle disposizioni della Costituzione in tema di diritti, libertà e loro limitazioni, secondo un principio di proporzionalità. L’essenza del test articolato in tre fasi – *rational connection, minimal*

the judgment in Southam emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the Charter's protection».

³⁴ *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, cit., 116. Sul punto si veda anche: MILLER, *The “Living Tree” and Originalist Constitutional Interpretation in Canada*, cit., 339.

³⁵ *Supreme Court of Canada, Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 155.

³⁶ Si veda *R. v. Big M Drug Mart*, cit., par. 116. Sul punto TELESE, *Le limitazioni al godimento dei diritti fondamentali secondo i principi generali elaborati dalla Corte suprema del Canada*, in G. Rolla (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti*, cit., 91.

³⁷ *Supreme Court of Canada, R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. «*L’art. 1 e l’Oakes test sono delineati per raggiungere un giusto equilibrio tra la rule of law, il ruolo di tribunali, Parlamento o legislatori, ed esecutivi, e la vita democratica del paese*», *Supreme Court of Canada, Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 S.C.R. 567, 187.

impairment, proportionate effect – si trova nella legittimità degli obiettivi e nella proporzionalità dei mezzi⁵⁸.

Ulteriori tecniche interpretative caratterizzano l'esame delle disposizioni costituzionali sulla ripartizione dei poteri tra Parlamento e legislatori provinciali. La Corte suprema anche nel caso del *same-sex marriage* si è soffermata sulle sec. 91 e 92 del *Constitution Act, 1867* in cui sono stilati due elenchi di materie che secondo un criterio di "exclusiveness" appartengono o alla autorità legislative del Parlamento o alla legislazione esclusiva delle Province. La distribuzione dei poteri tra il Parlamento federale e i Legislatori provinciali è esaustiva – "Exhaustiveness" – pertanto lo spazio per una competenza concorrente tra i due livelli legislativi è estremamente limitato⁵⁹. Ciononostante nella prassi legislativa possono crearsi conflitti di competenza tra i due livelli di formazione delle leggi. Tali conflitti possono essere risolti attraverso la c.d. *pith and substance doctrine* per la quale, se l'essenza di una legge rientra all'interno di una materia regolata dalla lista del corpo legislativo che l'ha adottata, la legge è valida e

⁵⁸ Per Chief Justice Dickson – estensore della decisione *R. v. Oakes* – per stabilire se il limite di cui all'art. 1 della Carta rispetta i requisiti posti dal Costituente devono essere soddisfatti due "criteri centrali": il primo prevede che «l'obiettivo che sono dirette a raggiungere le misure responsabili del limite posto a un diritto o una libertà della Charter, deve essere "di sufficiente importanza per giustificare l'override di un diritto o una libertà costituzionalmente protetta"»; il secondo criterio, soddisfatto il primo, impone che «la parte che invoca l'art.1 deve dimostrare che i mezzi scelti siano ragionevoli ed evidentemente giustificati» ed a tal fine il test è articolato in tre importanti componenti il cui esito positivo – di ognuna di esse – determina la legittimità della restrizione: *rational connection, minimal impairment, e proportionate effect*.

⁵⁹ Sul punto si veda: HOGG, *Constitutional Law, cit.*, 401 il quale rileva che «la totalità del potere legislativo è distribuita tra il parlamento federale e i Legislatori provinciali».

non può essere obiettato che essa incidentalmente regoli anche una materia che ricade all'interno di un'altra lista⁴⁰. In ultimo deve essere ricordato l'uso del precedente nel diritto canadese che traspare già dall'esame delle tecniche sopra indicate e si rende particolarmente interessante quando riferito a casi stranieri⁴¹. In particolare deve ricordarsi il ricorso alla giurisprudenza della vicina Corte suprema statunitense⁴², e in alcuni casi persino alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani⁴³. Inoltre, come sopra osservato, a lungo il ricorso a precedenti inglesi ha escluso la configurabilità del same-sex marriage in Canada.

⁴⁰ HOGG, *Constitutional Law*, cit., 409; «it is important to recognize that this “pith and substance” doctrine enables one level of government to enact laws with substantial impact on matters outside its jurisdiction». L'espressione sembra sia stata formulata per la prima volta in *Judicial Committee of the Privy Council, Union Colliery Co. of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580 ed è stata ripresa dalla Corte suprema in *R v Morgentaler* [1993] 3 SCR 463. La “pith and substance” doctrine è utilizzata anche da altre corti, si veda: BLACKSHIELD, *Working The Metaphor : The Contrasting Use Of “Pith And Substance” in Indian and Australian law*, in *Journal Of Indian Law Institute*, 2008, 518.

⁴¹ Si veda: LA FOREST, *The use of American precedents in Canadian courts*, *Maine Law Review*, 1994, 211.

⁴² Si veda: *R. v. Big M Drug Mart Ltd*, cit., 295; GENTILI, *Use of Foreign Precedents by the Supreme Court of Canada. An Empirical Study*, in GROPPI, PONTTHOREAU, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Londra, 2012, in corso di pubblicazione; HOGG, *Constitutional Law*, cit. 948; G. V. La Forest, *The use of American precedents in Canadian courts*, cit.; EISGRUBER, ZEISBERG, *Religious freedom in Canada and the United States*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2006, 244.

⁴³ Si veda: *Supreme Court of Canada, Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, cit., 567, in cui la Corte richiama un caso della Corte europea dei diritti umani, *Kokkinakis v. Greece*.

6. Il *Reference Re Same-Sex Marriage*

Le decisioni assunte dalle Corti di appello nei casi *EGALE*, *Halpern* e *Hendricks* sopra richiamati, non furono impugnate dal Governo canadese di fronte alla Corte suprema, ma fu presentato in Parlamento un disegno di legge per una definizione del matrimonio che non escludesse le coppie omosessuali e non pregiudicasse la libertà dei ministri di culto di rifiutarsi di celebrare matrimoni contrari al proprio credo⁴⁴. Prima che fosse presentato il *draft* legislativo alla House of Commons, il Governo ha chiesto alla Corte suprema di esprimersi sulla sua legittimità costituzionale con una *advisory opinion*. Questo strumento, che nel diritto canadese assume il nome di *reference*, è disciplinato alla sec. 53 del *Supreme Court Act* (1985)⁴⁵ e consiste nella «possibilità per il Governatore generale⁴⁶ (*Governor in Council*) – vale a dire per il Governo – di chiedere alla Corte un’*advisory opinion* su di una “*important questions of law or fact*” riguardante l’interpretazione delle fonti costituzionali, la legittimità e l’interpretazione di una qualunque legge federale o provinciale, la giurisdizione di appello in materia di

⁴⁴ Il Bill C-38, è stato presentato alla House of Commons nel febbraio 2005 ed approvato nel luglio dello stesso anno. Il *draft* è costituito da due articoli: «1. *Marriage, for civil purposes, is the lawful union of two persons to the exclusion of all others.* 2. *Nothing in this Act affects the freedom of officials of religious groups to refuse to perform marriages that are not in accordance with their religious beliefs*».

⁴⁵ *Supreme Court Act* (R.S.C., 1985, c. S-26), sec. 53, «*The Governor in Council may refer to the Court for hearing and consideration important questions of law or fact ... [and] it is the duty of the Court to hear and consider it and to answer each question so referred*». Sul punto: HOGG, *Constitutional Law*, cit. 257.

⁴⁶ A proposito di questo organo, cfr. MCWHINNEY, *The Governor General and the Prime Ministers. The Making and Unmaking of Governments*, Vancouver, Ronsdale Press, 2005. Di recente, nella dottrina italiana, OLIVETTI, *La nomina di David Johnston come nuovo Governatore Generale del Canada*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2010, 1493 ss.

istruzione, i poteri dei Parlamenti e dei Governi federali e provinciali (art. 53, c. 1 del *Supreme Court Act*) e qualunque altra questione ritenuta importante dal Governo (art. 53, c. 2)⁴⁷. Nonostante la Corte suprema in tale occasione espliciti più una funzione consultiva che giurisdizionale, le decisioni assunte dal supremo giudice costituzionale hanno dimostrato di avere un forte peso su tutta la giurisprudenza costituzionale successiva. Attraverso la procedura del *reference* sono stati trattati temi di notevole importanza per il diritto costituzionale canadese, come la *patriation* della Costituzione o la secessione del Quebec⁴⁸ ed è stato definito anche il tema del matrimonio omosessuale.

Nel *Reference Re Same-Sex Marriage*, il Governo aveva sottoposto alla Corte quattro quesiti. Con il primo quesito è stato chiesto alla Corte suprema se la disciplina della capacità giuridica a contrarre il matrimonio di cui alla *sec. 1* del *draft* legislativo rientrasse nella competenza legislativa esclusiva del Parlamento, la cui autorità legislativa è sancita per le materie indicate nella *sec. 91* del *Constitution Act, 1867*. Il problema nasceva, come sopra accennato, da un lato dal regime di ripartizione delle competenze legislative tra Parlamento nazionale ed Assemblee legislative

⁴⁷ VIZIOLI, *La nomina dei giudici della Corte suprema del Canada*, cit.; l'autore evidenzia anche che «la possibilità di chiedere il parere della Corte (ma su un ambito decisamente più ristretto) è prevista anche per le due camere dall'art. 54 del *Supreme Court Act* secondo cui "the Court, or any two of the judges, shall examine and report on any private bill or petition for a private bill presented to the Senate or House of Commons and referred to the Court under any rules or orders made by the Senate or House of Commons"».

⁴⁸ Sul tema si veda: GROPPI, *Il Canada tra riforma della Costituzione e secessione*, in ROLLA (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, cit., 19; ROSA, *La Corte suprema di fronte alla patriation della Costituzione*, in ROLLA (a cura di), *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, cit., 51.

provinciali sancito dalla Costituzione⁴⁹, dall'altro lato dalla assenza a livello costituzionale di una definizione di matrimonio⁵⁰. La Corte suprema ha ritenuto la sec. 1 del *draft* «*intra vires Parliament*» e la sec. 2 «*ultra vires Parliament*» - cioè rispettivamente “di competenza” e “oltre la competenza” del Parlamento – facendo ricorso alla *pith and substance doctrine*, alla *living tree metaphor* e al *principle of exhaustiveness*.

Attraverso la *pith and substance doctrine* la Corte suprema ha determinato la principale e più rilevante caratteristica della sec. 1 del *Proposed Act* nella capacità giuridica di contrarre matrimonio, che come già riconosciuto in *Re Marriage Laws* (1912) appartiene alla competenza esclusiva del Parlamento federale⁵¹. Quindi, attraverso lo stesso procedimento ha affermato che la sec. 2 rientra nell'ambito della *solemnization of marriage*, appartenente alla competenza legislativa delle Province.

La *living tree doctrine* ha invece consentito al Giudice supremo una interpretazione evolutiva dell'istituto matrimoniale tale da rendere legittima la definizione offerta nel *draft* e superare la *common law definition of “marriage”* enucleata in *Hyde v. Hyde* (1866). Quest'ultima, a parere della Corte, era infatti legata ad una società in cui il matrimonio e la religione «*were thought to be inseparable*» e non può dirsi pertanto adatta all'attuale

⁴⁹ Come già detto, il *Constitution Act, 1867* attribuisce alla competenza legislativa del Parlamento la materia del «*marriage and divorce*», sec. 91(26) ed alle Assemblee legislative provinciali quella della «*solemnization of marriage in the provinces*», sec. 91(12).

⁵⁰ Come ha riconosciuto la stessa Corte suprema secondo cui «the meaning of marriage is not constitutionally fixed», *Reference Re Same-Sex Marriage, cit.*, 20.

⁵¹ Nella decisione *Re Same-Sex Marriage* al par. 18 la Corte, richiamandosi al precedente *Re Marriage Laws* (1912), 46 S.C.R. 132 ha individuato in quale “head of power” la disposizione ricade, indicando il Parlamento federale in base alla sec. 91(26) del *Constitution Act, 1867*. Sul punto: HOGG, *Canada: The Constitution and same-sex marriage, cit.* 717.

carattere pluralista della società canadese⁵². La dottrina del *living tree*, attraverso una lettura del dato sociologico, accanto a quello giuridico preminente, ha consentito un'interpretazione del concetto di matrimonio nell'ordinamento giuridico canadese non cristallizzato nel dato storico ma plasmato sull'evoluzione della società⁵³. La *opposite-sex definition of marriage* della tradizione di *common law* non può essere rappresentata come un *natural limit* alla crescita del *constitutional living tree* canadese⁵⁴. Come evidenziato in parte anche dalla giurisprudenza su richiamata, la *living tree doctrine*, metafora di una interpretazione costituzionale evolutiva che ha totalmente oscurato le opposte teorie originaliste⁵⁵, rappresenta una

⁵² *Re Same-Sex Marriage*, cit., 22; «The “frozen concepts” reasoning runs contrary to one of the most fundamental principles of Canadian constitutional interpretation: that our Constitution is a living tree which, by way of progressive interpretation, accommodates and addresses the realities of modern life»; Si veda: G. HUSCROFT, *The Trouble with Living Tree Interpretation*, in *University of Queensland Law Journal*, 2006, 3.

⁵³ «If the newly planted “living tree” which is the Charter is to have the possibility of growth and adjustment over time, care must be taken to ensure that historical materials, such as the Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee, do not stunt its growth», Justice Antonio Lamer, *Supreme Court of Canada, Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486. Si veda anche: JACKSON, *Constitutions as “Living Trees”? Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors*, in *Fordham Law Review*, 2006, 921, «In Canada, a widely used metaphor is of their Constitution as a “living tree.” The idea of a “living tree” may better embrace the multiple modalities – text, original intentions, structure and purpose, precedent and doctrine, values and ethos, prudential or consequentialist concerns – of contemporary constitutional interpretation. It suggests that constitutional interpretation is constrained by the past, but not entirely. ... The tree is rooted in past and present institutions, but must be capable of growth to meet the future».

⁵⁴ Si fa qui riferimento alla definizione proposta da Lord Sankey L.C. nel *Persons case*.

⁵⁵ Si veda sul punto, MILLER, *The “Living Tree” and Originalist Constitutional Interpretation in Canada*, in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2009, 331, per il quale «Constitutional

delle tecniche interpretative più rilevanti nel diritto canadese. Secondo questa teoria di *progressive interpretation* la Costituzione è qualcosa di organico – di vivo – che deve ricevere una lettura ampia ed evolutiva tale da adattarla al cambiamento dei tempi e della società. Le origini di questa tecnica risalgono alla celebre decisione della Corte suprema canadese *Edwards v. Canada* (1930) – c.d. “*Persons*” case già citato – in cui Lord Sankey affermò che il «*British North America Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits*»⁵⁶. Alla tecnica della *living tree* devono poi essere riconnessi i due *interpretative commitments* sopra esaminati: la *generous interpretation* e la *purposive interpretation*.

Il principio di esaustività costituisce invece l'elemento che chiude il cerchio del ragionamento offerto dalla Corte che ritiene che non essendo possibile un vuoto legislativo nella ripartizione delle competenze tra Parlamento e Assemblee legislative provinciali, e non potendo riconoscersi la competenza di queste ultime sul *same-sex marriage* in base alle sec. 92(12) e 92(13), la «s. 91(26) most aptly subsumes it»⁵⁷.

Con il secondo quesito è stato richiesto alla Corte se l'estensione della capacità di contrarre matrimonio a persone dello stesso sesso come introdotta dalla sec. 1 del *draft*, fosse compatibile con i principi della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In tale occasione la Corte suprema ha rilevato la compatibilità tra la definizione di matrimonio di cui alla sec. 1 del *draft* e la *Charter*, e ciò anche attraverso una lettura del preambolo del provvedimento da cui si desume l'intento del legislatore di sciogliere i nodi che i giudici provinciali avevano creato

interpretation in Canada is dominated by the metaphor of the “living tree”».

⁵⁶ *Supreme Court of Canada, Edwards v. Canada (Attorney General)* [1930] A.C. 124. Sul punto: HOGG, *Constitutional Law, cit.*, 412.

⁵⁷ *Re Same-Sex Marriage, cit.*, 34.

intorno al carattere discriminatorio della vigente nozione di matrimonio⁵⁸. Il Giudice supremo si è anche soffermato sugli effetti che la nuova definizione produrrebbe sul principio di eguaglianza di gruppi religiosi (sec. 15.1) e sulla stessa libertà religiosa (sec. 2a). La Corte ha affermato che «il mero riconoscimento dei diritti di eguaglianza ad un gruppo non può, di per sé, costituire una violazione dei diritti di un altro» (gruppo) ed il contrasto con la libertà religiosa non può essere provato, ma sarebbe comunque risolto in base alla tecnica del bilanciamento dei diritti⁵⁹. Il secondo quesito rappresenta lo spunto per esaminare il comportamento tenuto dalla Corte suprema nel dare risposta alle questioni sottopostegli. Il giudice supremo infatti nella prima parte della propria *advisory opinion*, laddove gli veniva chiesto di esprimersi sulla competenza del legislatore federale ha operato un'analisi approfondita del concetto di matrimonio e dell'opportunità di una interpretazione evolutiva dell'istituto. Nella seconda parte della decisione, invece, laddove veniva rivolto il problema più rilevante, la Corte si è limitata ad una poco approfondita analisi sugli effetti del matrimonio omosessuale sui diritti e le libertà garantite dalle sec. 15 e 2 della Charter, passando semplicemente in rassegna i dubbi sollevati sul rispetto della libertà religiosa. Quello che si vuole evidenziare è che la Corte si è probabilmente sottratta da un esame profondo sul rapporto tra la definizione di matrimonio proposta nel *draft* ed i principi della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* per gli stessi motivi per cui – come evidenziato più avanti – ha evitato di rispondere all'ultima questione proposta. Utilizzando adeguatamente lo

⁵⁸ *Re Same-Sex Marriage, cit.*, 41. Si veda: DI BENEDETTO, *Il "Civil Marriage Act": un difficile equilibrio tra divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale e libertà religiosa, cit.*, 129.

⁵⁹ Sul tema si veda: DICOSOLA, *Tecniche di bilanciamento tra libertà di religione e laicità dello Stato. Il principio del duty of accommodation*, in ROLLA (a cura di), *Eguagli ma diversi, cit.*; HOGG, *Constitutional Law, cit.* 754.

strumento dell'*advisory opinion* la Corte suprema ha ritenuto opportuno non dare un "taglio giurisdizionale" alla propria opinione, senza precludere in tal modo la possibilità di decidere in futuro sul problema dell'effettivo bilanciamento dei diritti con l'istituto del matrimonio omosessuale e lasciando al legislatore la libertà di decidere sull'opportunità di adottare o meno il provvedimento legislativo proposto.

Il tema della libertà religiosa e l'eventuale contrasto con la nuova definizione di matrimonio è ripreso poi dalla Corte nella risposta al terzo quesito, in cui è sollevato il problema della celebrazione di *same-sex marriages* da parte di ministri di culto contro la loro fede religiosa. Qui è stato richiesto al Giudice supremo se nella libertà religiosa prevista dalla *sec. 2* della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* fosse ricompresa la facoltà per i ministri di culto di rifiutarsi di celebrare un matrimonio tra persone dello stesso sesso qualora questo fosse entrato in contrasto con la propria fede religiosa. Il Giudice di Ottawa, sul punto ha in primo luogo chiarito che le nuove disposizioni legislative riguardano il matrimonio civile, quindi, ha ritenuto che, in astratto, un obbligo in tal senso non solo violerebbe la Carta ma non potrebbe neanche essere giustificato dall'applicazione della *limitation clause*. In questo caso l'opinione della Corte è stata chiara e costituisce forse un monito per future decisioni del legislatore.

Nell'ultimo quesito, invece, la Corte suprema chiamata a sindacare circa la legittimità dell'*opposite-sex requirement* nel matrimonio rispetto alla *Charter* si è astenuta dal rispondere. La Corte, infatti, ha preferito non rispondere, lasciando inalterata la possibilità di adottare la nuova definizione di matrimonio da parte del legislatore federale⁶⁰.

⁶⁰ L'ultimo quesito era stato sottoposto alla Corte in un secondo momento, rispetto alla richiesta di *advisory opinion*, inizialmente articolata su tre quesiti. Parte della dottrina ha rilevato come, quest'ultimo quesito avrebbe rappresentato la vera questione che sarebbe stata sottoposta alla Corte se i casi *EGALE*, *Halpern* e

La Corte ha ritenuto che «una pronuncia sul quarto quesito avrebbe potuto compromettere il raggiungimento dell'obiettivo di creare una legislazione uniforme a livello federale in materia di matrimonio civile, che il Governo federale si era prefisso di raggiungere»⁶¹. Sebbene parte della dottrina ritenga che la Corte suprema avrebbe il “dovere” di rispondere ai quesiti che le sono sottoposti nelle *advisory opinions*⁶², il Giudice supremo, anche nello stesso *reference* sul *same-sex marriage*, ha sempre ritenuto di possedere una residuale discrezionalità circa la possibilità di non rispondere a quesiti inappropriati⁶³. Nel caso di specie, come rilevato da parte della dottrina, la motivazione offerta dalla Corte non si rivela né chiara né convincente, tuttavia la ragione principale potrebbe essere «*a desire to make Parliament play a role in the legalization of same-sex marriage*»⁶⁴.

Hendricks fossero stati impugnati, HOGG, *Canada: The Constitution and same-sex marriage*, cit. 720.

⁶¹ DI BENEDETTO, *Il “Civil Marriage Act”: un difficile equilibrio tra divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale e libertà religiosa*, cit., 132.

⁶² HOGG, *Canada: The Constitution and same-sex marriage*, cit. 720.

⁶³ Si veda: *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Reference re Objection by Quebec to a Resolution to Amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217 (“*Secession Reference*”).

⁶⁴ HOGG, *Canada: The Constitution and same-sex marriage*, cit. 720; «*if Parliament acted, it could not be claimed that such a controversial project was entirely driven by judges*».

**"PARTICOLARE TUTELA" DEL MATRIMONIO,
PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA E GARANZIA DI
ISTITUTO:
LE UNIONI CIVILI DAVANTI AL TRIBUNALE
COSTITUZIONALE FEDERALE TEDESCO**

Francesco Saitto

*Dottorando di ricerca in Diritto pubblico comparato
nell'Università di Siena*

Il lavoro ricostruisce la giurisprudenza costituzionale in materia di unioni civili in Germania alla luce della concezione tradizionale di matrimonio, tutelato da una garanzia di istituto, che protegge la sola unione di uomo e donna, e garantito in Costituzione da un obbligo, in capo al Legislatore, di «speciale protezione». Attraverso l'analisi delle pronunce del Tribunale costituzionale, viene messo in rilievo come, a partire dalla prima sentenza in materia del 2002, da un lato, si siano lentamente ridotte le differenze che distinguono matrimonio e unioni civili, valorizzando il principio di uguaglianza e negando, anche se non immediatamente, che la «speciale protezione» imponesse un obbligo di differenziazione nella disciplina che regola matrimonio e unioni civili; e come, dall'altro, si sia, in particolare in pronunce in materia di transessualismo, fortemente problematizzata quella garanzia d'istituto che protegge il matrimonio come la sola unione di uomo e donna e che, alla luce della più recente giurisprudenza, sembra rendere la distinzione tra matrimonio e unioni civili più nominalistica che sostanziale.

The present work describes the constitutional jurisprudence on civil unions in Germany in light of the traditional concept of marriage, which in Germany is protected by an institute guarantee, which understands marriage as the union between a man and a woman, and guaranteed by the

Constitution through a duty of «special protection» imposed on the Legislator. Through the analysis of the Constitutional Court's rulings, the article highlights how, since the first ruling on topic issued in 2002, on the one hand, the differences that originally characterized marriage and civil unions have been gradually reduced, relying on the principle of equality and eventually denying that the constitutional requirement of «special protection» necessarily mandated a different legal treatment between marriage and civil unions; and how, on the other, the institute guarantee implied in the qualification of marriage as a legal institution comprising exclusively unions between a man and a woman, has, especially in decisions on transsexualism, become an increasingly complex one, likely to make the distinction between marriage and civil unions more nominalistic than substantial.

Sommario

1. Le Unioni civili e il *Lebenspartnerschaftsgesetz*: il quadro normativo
2. Il Tribunale costituzionale federale: il concetto matrimonio e la sua «particolare tutela»
3. La parabola giurisprudenziale del *Bundesverfassungsgericht* in materia di unioni civili, «dall'obbligo al divieto di differenziazione»
4. Il *Leiturteil* del 2002 tra garanzia di istituto e «particolare tutela» del matrimonio
5. Se la «particolare tutela» è norma speciale rispetto al principio di uguaglianza: la giurisprudenza tra il 2007 e il 2008
6. La giurisprudenza dopo il 2009 e il “nuovo corso”: il *Bundesverfassungsgericht* torna sul rapporto tra principio di uguaglianza e «particolare tutela»
7. La garanzia d'istituto e le sentenze sul transessualismo
8. Conclusioni e tendenze

1. Le Unioni civili e il *Lebenspartnerschaftsgesetz*: il quadro normativo

In Germania, dal 2001¹, una legge, il *Lebenspartnerschaftsgesetz* (*LPartDisBG*), in parte modificata nel 2004 e nel 2009, ha introdotto un apposito istituto volto a riconoscere diritti e doveri per le coppie di persone dello stesso sesso che decidono di registrare civilmente la loro unione: le *eingetragene Lebenspartnerschaft*.

La legge, divisa in sei sezioni, riserva, nella prima, rubricata «forme e condizioni», questo istituto alle sole persone del medesimo sesso (art. 1), prevedendo che i *partner* non possano essere già sposati o essersi già uniti in un'altra unione civile. È sancito poi che le due persone del medesimo sesso debbano contrarre l'unione civile attraverso un'esplicita dichiarazione con cui affermano contestualmente, davanti ad un soggetto competente, di volersi unire per la vita. L'ufficiale deve chiedere espressamente ai contraenti se vogliono legarsi in questo tipo di unione (*Partnerschaft*) e, alla risposta affermativa di entrambi, la dichiara fondata.

Nella Sezione seconda, vengono regolati gli effetti di tale istituto che, per molti ambiti, rinviano alle norme già previste per il matrimonio dal codice civile tedesco (il *BGB*). In particolare, l'art. 2 prevede che i *partner*, nel contrarre un'unione civile, si impegnano alla cura e al sostegno reciproco, ad una vita in comune e, infine, ad essere responsabili l'uno per l'altro; l'art. 3 disciplina il regime del nome comune, mentre l'art. 5 dispone che i due *partner* si obbligano, attraverso il loro lavoro e i loro beni, a contribuire in modo appropriato alla vita di coppia e dichiara applicabili, a questo fine, alcuni articoli del codice civile per l'unione matrimoniale.

¹ Il testo è disponibile al sito internet: <http://bundesrecht.juris.de/lpartg/>.

L'art. 6 sancisce, anche in questo caso con il richiamo del regime previsto dal codice civile per i coniugi, che il regime patrimoniale della coppia, salvo diversa manifestazione di volontà delle parti (art. 7), sia la comunione dei beni (*Zugewinnngemeinschaft*). L'art. 9 regola lo *status* di eventuali figli presenti al momento dell'unione e l'ultimo comma dispone che un *partner* possa adottare il figlio del proprio compagno o della propria compagna (*Stiefkindadoption*), pur restando presclusa, almeno per ora, l'adozione da parte della coppia². L'art. 11, infine, specifica che il *partner* di una *eingetragene Lebenspartnerschaft* è da considerarsi come un familiare (*Familienangehöriger*). I parenti dell'uno, poi, sono, come

² Per quanto riguarda il profilo delle norme in materia di adozione, cfr. HENKEL, *Fällt nun auch das "Fremdkindadoptionsverbot"*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2011, 259 ss. il quale, in particolare, sostiene come il divieto per le coppie unite in una *eingetragene Lebenspartnerschaft* potrebbe presto cadere per opera del Tribunale federale e che già l'introduzione della norma che prevede l'adozione dello *Stiefkind* nel 2004 ha rappresentato un'innovazione significativa tanto che, su di essa, è stato anche chiamato a pronunciarsi il Tribunale costituzionale. Nell'ordinanza (*Beschluss*) del 10 agosto 2009 1 BvL 15/09, quest'ultimo ha dichiarato che tale norma non è incompatibile con l'art. 6, comma 2 GG, nella parte in cui due persone del medesimo sesso vengono definiti *genitori* (*Eltern*), e con la particolare tutela che viene dalla Legge fondamentale riservata, oltre che al matrimonio, alla famiglia (14).

Sul concetto di famiglia e di matrimonio in Germania, cfr., nella letteratura italiana, BERTOLINI, *La tutela della famiglia nell'ordinamento tedesco*, in *Dir. pubbl. comp. eur.* 2/2010, 578 ss. Per i concetti di matrimonio e famiglia in generale, recentemente, si vedano RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 4/2007, 751 ss., MANETTI, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti* n. 00 del 2010 e, da ultimo, PEDRAZZA GORLERO - FRANCO, *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio*, in *Dir. Pubbl.* 1-2/2010, 247 ss. In prospettiva comparata, cfr. GATTUSO, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in www.forumcostituzionale.it.

nel matrimonio, considerati acquisiti (*verschwägert*) dall'altro³.

La Sezione III regola l'eventuale separazione (*Getrenntleben*) dei due *partner*, anche in questo caso con un rinvio delle norme del codice civile che disciplinano la medesima fattispecie per i coniugi, mentre, nella Sezione IV, la legge prevede (art. 15) tempi e condizioni per poter procedere all'annullamento o risoluzione (*Aufhebung*) dell'unione civile e viene precisato, all'art. 16, che resta comunque fermo il diritto agli alimenti (a regolare la stessa disciplina per il matrimonio sono gli artt. 1313 e ss. del *BGB*⁴). Nella Sezione V sono contenute delle disposizioni transitorie e nella VI, da ultimo, la legge dispone la possibilità per i *Länder* di derogare ad alcune disposizioni di carattere amministrativo.

³ Il codice civile prevede per i parenti di sangue del *partner*, infatti, una disposizione analoga a quella prevista per il matrimonio all'art. 1590 *BGB* stabilendo che anch'essi sono considerati parenti acquisiti o affini (*verschwägert*) dell'altro coniuge. Il diritto di famiglia tedesco distingue, come l'ordinamento italiano, tra legami di parentela di sangue e di parentela acquisita in virtù di un'unione matrimoniale o civile. Sul punto, cfr. E. BERTOLINI, *La tutela della famiglia nell'ordinamento tedesco*, cit., 580.

Diversa, invece, la qualificazione del rapporto tra i due *partner*, perché a seguito del matrimonio i due *partner* si qualificano coniugi (*Ehegatten*). Questa distinzione non implica più particolari differenze giuridiche sul piano fiscale in quanto è lo stesso *Abgabeordnung*, legge in materia tributaria, (AO) che stabilisce, all'art. 15, che anche i coniugi, come anche altri parenti stretti, sono tra loro da considerarsi *Angehöriger*.

⁴ Il testo del codice civile tedesco è disponibile al sito <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> e anche in lingua inglese al sito http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html.

2. Il Tribunale costituzionale federale: il concetto matrimonio e la sua «particolare tutela»

Il Tribunale costituzionale federale si è pronunciato più volte sulle problematiche connesse al concetto di matrimonio e su quelle relative al rapporto tra matrimonio (*Ehe*) e unioni civili (*eingetragene Lebenspartnerschaft*)⁵ ed è identificabile, nella ricca giurisprudenza costituzionale, un favore crescente nei confronti delle unioni civili che, nel tempo, ha portato a ridurre sempre più le differenze con l'istituto del matrimonio (*Ehe*). Infatti, se con alcune decisioni è stato sostenuto dal Tribunale che vi fosse per il legislatore un obbligo di differenziazione⁶ (*Differenzierungsgebot*) tra i due istituti, derivante, come si darà conto, dall'art. 6, comma 1 della Legge fondamentale, in seguito si è meglio precisato il rapporto di questa norma con il principio di eguaglianza sancito all'art. 3 GG, tanto che in dottrina si è parlato di un passaggio da un obbligo di differenziazione ad un divieto di differenziazione (da un *Differenzierungsgebot* ad un *Differenzierungsverbot*)⁷. Prima di descrivere, tuttavia, la parabola giurisprudenziale tracciata dal *Bundesverfassungsgericht*, iniziata nel 2002⁸, e attraversata anche da due pronunce della Corte di Giustizia

⁵ Su cui, per riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, cfr. ZUCK, *Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Ehe im Wandel des Zeitgestes*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2009, 1499 ss.

⁶ In questo senso, come si darà conto, una certa giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* è sembrata individuare nell'art. 6 GG e nella «particolare tutela» (*besonderer Schutz*) in esso riservata al matrimonio e alla famiglia, una plausibile giustificazione ad eventuali differenze che derogassero al principio di uguaglianza, individuando in quella formula un compito «speciale» (*speziell*) rispetto al generale principio di uguaglianza (BVerfG, 2 BvR 855/06 del 20 settembre 2007 (18)). Nello stesso senso, cfr. anche l'ordinanza BVerfG, 2 BvR 1830/06 del 6 maggio 2008.

⁷ KRINGS, *Vom Differenzierungsgebot zum Differenzierungsverbot – Hinterbliebenenversorgung eingetragener Lebenspartner*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2011, 26 ss.

⁸ BVerfG, 1 BvF 1/01 del 17 luglio 2002.

Europea⁹, è necessario dare conto del contesto costituzionale in cui si è inserita la legislazione in materia di unioni civili.

In primo luogo, dunque, si farà riferimento alle norme costituzionali che regolano il matrimonio per poi descrivere, nella giurisprudenza più risalente del Tribunale costituzionale federale tedesco, la loro applicazione. Nella parte successiva, si proverà, poi, a delineare i punti più significativi della giurisprudenza costituzionale in materia di *eingetragene Lebenspartnerschaft* al fine di cercare di tratteggiare, così come risulta nella motivazione della varie decisioni, l'*iter* argomentativo seguito dal *Bundesverfassungsgericht*, che nel tempo ha non solo assottigliato le differenze tra unioni civili e matrimonio, ma anche fortemente inciso sulla stessa dimensione *istituzionale* del matrimonio.

Norma cardine e pietra angolare in materia di matrimonio e di famiglia è, come detto, l'art. 6 GG che sancisce al comma

⁹ Se ne darà brevemente conto nel prosieguo (*infra*, par. 5). La prima è la nota sentenza *Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* del 1 aprile 2008 (procedimento C 267/06), su cui cfr., nella dottrina tedesca, BRUNS, *Die Maruko-Entscheidung im Spannungsfeld zwischen europäischer und nationaler Auslegung*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2008, 1929 ss.; LEMBKE, *Sind an die Ehe anknüpfende Leistungen des Arbeitsgebers auch an Lebenspartner zu gewähren*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2008, 1631 ss.; STÜBER, *Was folgt aus „Maruko“?*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2008, 750 ss.; nella dottrina italiana, in particolare anche con riferimenti alla giurisprudenza tedesca, VIOLINI, *Il Bundesverfassungsgericht di fronte alla sentenza Maruko: un dialogo tra sordi*, in *Quad. cost.* 2009, 410 ss. e COZZI, *Il diritto alla pensione di reversibilità del partner di un'unione solidale registrata: la Corte di Giustizia al bivio tra il divieto comunitario di discriminazione in base all'orientamento sessuale e il diritto nazionale*, in www.forumcostituzionale.it; in lingua inglese, cfr. MÖSCHEL, *Germany's life Partnerships: separate and unequal?*, in *Columbia Journal of European Law* 2009, 37 ss.; la seconda è la recentissima sentenza *Römer* del 10 maggio 2011 (procedimento C-147/08) su cui cfr. NINATTI, *Il caso Römer : limiti di materia, principio di uguaglianza o tutela di diritti?*, in *Quad. cost.* 3/2001, 693 ss.

1: «Il matrimonio e la famiglia sono oggetto di particolare tutela da parte dell'ordinamento statale»¹⁰.

Questa norma è stata definita come «un'utopia tedesca»¹¹ ed è stata interpretata dal Tribunale costituzionale federale, in particolare nella sua giurisprudenza degli Anni Cinquanta, in un modo piuttosto interessante che ha fatto perno sulla dogmatica tedesca dei diritti. Nella costante giurisprudenza del *BVerfG*, infatti, già in una pronuncia 1957¹², il matrimonio, come gli altri diritti fondamentali, chiude in sé tre dimensioni: quella liberale di difesa (*Abwehrrecht*), ovvero la dimensione di difesa dall'intervento statale; quella istituzionale, che assume la forma di una garanzia di istituto, e quella per cui il legislatore è positivamente obbligato a favorirne lo sviluppo (*wertenscheidende Grundsatznorm*)¹³. Proprio sulla dimensione istituzionale, come si dirà, il Tribunale ha fatto leva, nella decisione del 2002, per individuare cosa distingua il matrimonio dalle unioni civili.

Le garanzie di istituto, si è sostenuto, rappresentano la «tendenza del diritto costituzionale a pervadere ambiti in

¹⁰ La traduzione dal tedesco è tratta da CERRINA FERONI (a cura di), *Germania*, in CERRINA FERONI – FROSINI - TORRE (a cura di), *Codice delle Costituzioni*, Torino, Giappichelli, 2009, 125.

¹¹ Così DIEDERICHSEN, *Der besondere Schutz von Ehe und Familie – eine deutsche Utopie*, in *Familie Partnerschaft Recht* 2007, 221. Il termine utopia è stato utilizzato in ragione della difficoltà di delineare cosa si dovesse intendere con questa locuzione e se questa fosse qualcosa di più di una promessa, integrando gli estremi di un diritto effettivamente esigibile (222).

¹² BVerfGE 6, 55. Cfr., sul punto, anche ROBBERS, in MANGOLD – KLEIN – STARK, GG I, Art. 6, *Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. 1, Aufl. 5, Vahlen, München, 2005, 675 ss., secondo il quale la particolare tutela si risolve in un obbligo di non svantaggiare ma non in una pretesa attiva, e ZUCK, *Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Ehe im Wandel des Zeitgestes*, cit., 1499.

¹³ Sulle varie dimensioni dei diritti fondamentali cfr., nella vastissima bibliografia, HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, Heidelberg, 1983, trad. it. RIDOLA (a cura di), *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1993 e, nella letteratura italiana, RIDOLA, *Diritti fondamentali*, Torino, 2004, 148 ss.

passato ritenuti ad esso estranei ed insieme a considerare determinati settori o istituti della società civile in una prospettiva più esclusivamente riconducibile allo schema dei diritti individuali con carattere di assolutezza» tendendo non solo a dilatare «la sfera delle garanzie, fino a farla coincidere con il riconoscimento che la costituzione ha operato di determinati ambiti di libertà corporativa, sfere di autonomia, istituti giuridici radicati nella tradizione», ma anche «a contemperare la tutela di situazioni soggettive e la salvaguardia di interessi metaindividuali»¹⁴. Per poter comprendere l'iter argomentativo seguito dalla giurisprudenza del Tribunale costituzionale in materia di unioni civili, è di particolare rilevanza ricostruire proprio come sia stato interpretato il matrimonio nella sua dimensione istituzionale.

La garanzia di istituto, infatti, secondo il *Bundesverfassungsgericht*, protegge il matrimonio come la sola unione di due persone di sesso diverso. In particolare, nell'interpretazione del Tribunale costituzionale, il matrimonio è considerato come «l'unione di un uomo e di una donna fundamentalmente indissolubile per la vita»¹⁵ dato che questo istituto, continua il Tribunale, non è mutato nel suo nucleo materiale da come era nei tempi antichi e continua a corrispondere, dunque, a quel diritto tradizionale¹⁶. Da questo passaggio, peraltro, emerge molto

¹⁴ Così RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit., 169 ss. che si sofferma poi anche sulle criticità connaturate alla protezione dei diritti per il tramite delle garanzie di istituto e sulle osservazioni che già Carl Schmitt sollevava in merito alla loro ambiguità. Sul tema, cfr. anche BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997,

¹⁵ BVerfGE 10, 59 (punto 66) dove si legge, appunto, che il matrimonio consiste in «*die Vereinigung eines Mann und einer Frau zur grundsätzlich unauflösbaren Lebensgemeinschaft*».

¹⁶ Nella sentenza è affermato, infatti, che «Entrambi gli istituti [Matrimonio e Famiglia] sono giunti sin qui da tempi antichi e restano nel loro nucleo immutati; in tal misura corrisponde il contenuto materiale della garanzia di istituto di cui all'art. 6, comma 1 GG con il

bene, come questa dimensione istituzionale sia strettamente connessa con la teoria del nucleo essenziale (*Wesensgehalt*) e con i limiti ad essa immanenti della intangibilità del *contenido immodificabile* dei diritti che acquisiscono, per questa via, un vero e proprio *nucleo di valore* che il legislatore non può intaccare¹⁷. Nella sua dimensione oggettiva, nel caso di specie, ciò che rappresenterebbe il “nucleo essenziale” dell’istituto-matrimonio sarebbe, come detto, secondo i giudici di *Karlsruhe*, proprio la differenza di sesso tra i due contraenti.

3. La parabola giurisprudenziale del *Bundesverfassungsgericht* in materia di unioni civili, «dall’obbligo al divieto di differenziazione»

Alla luce di questa risalente giurisprudenza che ha accolto la possente dogmatica brevemente ricostruita, si può intuire

diritto della tradizione» («Beide Institute [Ehe und Familie] sind von Alters her überkommen und in ihrem Kern unverändert geblieben; insoweit stimmt der materielle Gehalt der Institutsgarantie aus Art. 6 Abs. 1 GG mit dem hergebrachten Recht überein»), BVerfGE 10, 59 (punto 66).

¹⁷ Così, ancora, cfr. RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit., 171. Sul problema della differenza tra nucleo essenziale (*Wesensgehalt*) e garanzia di istituto cfr. anche LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983. L’Autore, dopo essersi soffermato sul dibattito tedesco sulla nozione di *Institutsgarantie* e sul suo significato ed aver sostenuto che, affinché l’istituto dispieghi la propria garanzia, è necessario «che si tratti di un *quid* di *precostituzionale*, di fisso e tradizionale» (punto 52), afferma che la differenza tra i due istituti consisterebbe nella diversa «*logica* sottesa alle due garanzie» (53). Il piano della tutela apprestata dal nucleo essenziale inciderebbe «su una sfera intangibile dei diritti», quella della garanzia di istituto sulla «tutela di un sistema di norme» (punto 53). Sul tema, cfr. anche BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1997, 96 ss. Con riferimento alla dottrina tedesca sul nucleo essenziale (*Wesensgehalt*) e la dogmatica dei diritti fondamentali, necessario il richiamo a HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, cit.

come fosse difficile per il legislatore procedere ad un'estensione del matrimonio per regolare le unioni tra persone dello stesso sesso. Una tale scelta, infatti, avrebbe potuto comportare il concreto rischio di una pronuncia di incostituzionalità. Nonostante ciò, molti sono stati i dubbi riguardanti la legittimità delle norme regolanti le unioni civili che hanno portato il Tribunale costituzionale tedesco a pronunciarsi più volte in materia.

Il *Leiturteil* in materia di unioni civili è la sentenza BVerfG, 1 BvF 1/01 del 17 luglio 2002, il c.d. «Homo-Ehe» *Urteil* (*infra*, par. 4). Ad essa sono seguite, in modo non del tutto lineare, molte pronunce, anche di Tribunali non costituzionali¹⁸. Nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, oltre alle due ordinanze richiamate in precedenza¹⁹ (*infra*, par. 5), sembra opportuno in particolare fare riferimento a tre decisioni rispettivamente del 2009, del 2010 (*infra*, par. 6) e del 2011 (*infra*, par. 7).

Nelle due ordinanze già menzionate, rispettivamente del 2007 e del 2008, il Tribunale costituzionale ha sottolineato come la speciale protezione garantita al matrimonio dalla Legge fondamentale permettesse al legislatore di introdurre anche delle differenziazioni in deroga al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 GG.

Le due ordinanze successive, del luglio 2009 e del luglio 2010, hanno rispettivamente ad oggetto il diritto alla pensione di reversibilità e i diritti ereditari del *partner* superstite di un'unione civile registrata ed, in questo secondo caso, quegli articoli dell'*Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz* (diritto tributario delle successioni e

¹⁸ Su cui cfr. MÖSCHEL, *Germany's life Partnerships: separate and unequal?*, cit., 51 ss. Inoltre, per il commento ad una pronuncia del BVerfG (la decisione è del 26 gennaio 2006) a cui è seguita una *Verfassungsbeschwerde* davanti al *Bundesverfassungsgericht*, cfr. STÜBER, *Kein Familienzuschlag für Lebenspartner?*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2006, 1774 ss.

¹⁹ Le già menzionate BVerfG, 2 BvR 855/06 del 20 settembre 2007 e BVerfG, 2 BvR 1830/06 del 6 maggio 2008 (*supra*, n. 6).

delle donazioni) che prevedevano per questi ultimi, fino al 2008, un trattamento tributario diverso da quello previsto per le coppie sposate. Queste ordinanze sono particolarmente interessanti perché, incentrandosi, nuovamente, la loro *ratio decidendi* sul rapporto tra art. 3 e art. 6 GG, sembrano chiarire la posizione del *Bundesverfassungsgericht* in materia di unioni civili, riavvicinandola a quella espressa nella decisione del 2002. Il Tribunale costituzionale, superando i propri precedenti in materia, ha, infatti, con queste decisioni ribaltato l'interpretazione dell'art. 6 GG come norma speciale. La sesta decisione²⁰, infine, inquadrata nel filone di decisione in materia di transessualismo, del gennaio 2011, pur avendo per oggetto il *Transsexuellengesetz* (TSG), ha inciso anche sull'istituto delle *Lebenspartnerschaft*, in particolare, come si dirà, problematizzando la richiamata giurisprudenza del Tribunale costituzionale sulla dimensione istituzionale del matrimonio.

Alla base delle varie decisioni che verranno analizzate vi sono, dunque, gli artt. 6 e 3 GG, ma anche gli artt. 2 e 1 del *Grundgesetz* (GG). L'art. 6, comma 1, GG impone, come detto, al legislatore di garantire una tutela particolare (*besonderer Schutz*) al matrimonio e alla famiglia. L'art. 3, comma 1, GG, invece, sancisce il principio di uguaglianza di tutti gli esseri umani di fronte alla legge. L'art. 2 GG, poi, protegge, per quel che rileva ai fini di questo scritto, al primo comma, il libero sviluppo della personalità e, al secondo, il diritto all'integrità fisica. Infine, l'art. 1, comma 1 GG, pone, come noto, il fondamentale principio della *Menschenwürde* (dignità umana).

²⁰ BVerfG, 1 BvR 3295/07

4. Il *Leiturteil* del 2002 tra garanzia di istituto e «particolare tutela» del matrimonio

Nella sentenza del 2002, a promuovere il ricorso sono stati alcuni *Länder*²¹ che hanno sostenuto l'esistenza di un vero e proprio obbligo di differenziazione (*Abstandsgebot*) del legislatore desumibile dall'art. 6, comma 1 *GG*, in ragione del quale non solo il legislatore dovrebbe garantire una particolare tutela alla famiglia, ma anche svantaggiare altre forme di convivenza alternative al matrimonio. Da ciò hanno dedotto un motivo di incostituzionalità del *Lebenspartnerschaftsgesetz*.

Le questioni affrontate sono state fundamentalmente tre. In primo luogo, il *BVerfG* si è interrogato sulla competenza del *Bund* a legiferare in materia di coppie dello stesso sesso e, in particolare, se fosse legittima la procedura utilizzata nel caso di specie in ragione della quale la legge non è stata votata nella sua interezza, ma suddivisa in parti in modo da far passare solo ciò che era strettamente necessario attraverso il *Bundesrat* per il necessario *consenso* o *approvazione* (*Zustimmung*)²². I giudici hanno poi dovuto

²¹ Baviera, Sassonia e Turingia

²² Prima della riforma del 2006, si è calcolato che in oltre il sessanta per cento dei casi, il *Bundesrat* era chiamato, ai sensi dell'art. 77 *GG*, ad esprimere, con voto favorevole, il proprio consenso su leggi approvate dal *Bundestag*. Tale potere, di fatto, consiste in un vero e proprio veto che permane ancora oggi per un'ampia serie di materie indicate in maniera tassativa dalla stessa Legge fondamentale come, per esempio, nel caso previsto dall'art. 73, comma 2 *GG* (che impone l'approvazione del *Bundesrat* per le leggi di cui all'art. 73, comma 1, n. 9 ovvero in materia di «difesa dai pericoli del terrorismo internazionale ad opera dell'ufficio federale di polizia criminale se sussiste un pericolo che investe più di un *Land*, se non è possibile stabilire la competenza dell'autorità di polizia di un *Land* oppure se l'autorità suprema di un *Land* chiede l'intervento dello Stato federale») e di cui all'art. 73, comma 2 *GG*, che impone l'approvazione per le leggi di cui all'art. 73, comma 1, nn. 25 e 27 (ovvero, rispettivamente, in materia di responsabilità civile dello Stato e di status giuridico dei funzionari dei *Länder*, compresi i giudici, dei Comuni e degli altri enti di diritto

valutare se la disciplina della *Lebenspartnerschaft* fosse incostituzionale per violazione dell'art. 6, comma 1 *GG* e in ragione della particolare tutela che questo articolo impone al legislatore in favore del matrimonio. Da ultimo, i giudici si sono soffermati sulla legittimità o meno, sotto il profilo della ragionevolezza, del *Lebenspartnerschaftsgesetz* in relazione all'art. 3 *GG* e, dunque, al principio di uguaglianza.

In questo contributo, interessa soprattutto il secondo dei nodi argomentativi affrontati dal *BVerfG* che assume come parametro, come detto, l'art. 6, comma 1 *GG* perché permette di individuare con precisione la *ratio decidendi* della decisione nella ricostruzione dell'*iter* argomentativo seguito.

La dimensione di difesa (*Abwehr*), la prima delle tre dimensioni descritte in precedenza che caratterizzano i diritti fondamentali, non assume una particolare rilevanza nel caso di specie. Il Tribunale, piuttosto, è chiamato dai *Länder* a valutare se vi sia una lesione delle altre due dimensioni che contraddistinguono il matrimonio così come protetto dall'art. 6 *GG*.

In primo luogo, quindi, i giudici hanno esaminato un'eventuale lesione del matrimonio inteso come garanzia di istituto e, poi, una possibile violazione del principio per

pubblico). La *Zustimmung* è dunque necessaria in una serie di materie rimanendo, nonostante la *Federalismusnovelle*, ancora oggi un passaggio procedimentale obbligato molto frequente per numerose leggi che toccano la competenza dei *Länder* come per esempio in materia finanziaria e fiscale. Particolarmente significativa, tuttavia, è stata, sul punto, la riforma costituzionale del 2006 che è intervenuta con il fine di eliminare la *Zustimmung* per alcune delle leggi che incidono sull'amministrazione dei *Länder*, con la modifica dell'art. 84 *GG*, introducendo l'istituto delle «norme in deroga». Si differenzia dalla *Zustimmung* il semplice veto sospensivo (*Einspruch*) che può essere superato dal *Bundestag* con delle maggioranze qualificate. Sul punto, nella vasta letteratura italiana, cfr. PARODI, *La Germania e l'Austria*, in CARROZZA - DI GIOVINE - FERRARI, *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2009, 207-209. Cfr. anche MAURER, *Staatsrecht I*, Monaco, Beck, 2010, 546 ss.

cui il legislatore deve favorire il matrimonio come forma di vita in comune (*Lebensform*) rispetto alle altre, ovvero la dimensione di sviluppo declinata però, in questa circostanza, nella forma di un vero e proprio *Abstandsgebot* (appunto un obbligo di differenziazione) nei confronti delle altre forme di vita in comune.

Nel motivare il loro ragionamento, i giudici hanno affermato che matrimonio e *Lebenspartnerschaft* sono tra loro due istituti molto diversi e che la *Lebenspartnerschaft* è un vero e proprio *aliud*²³ rispetto al matrimonio. La nuova forma di unione, infatti, resta preclusa alle coppie di sesso diverso. Non sono due istituti dunque in alcun modo in concorrenza. Il Tribunale costituzionale ha sottolineato che il matrimonio è e può essere solo l'unione tra un uomo e una donna perché solo questa è la forma di vita che, per quanto non vi sia alcuna definizione di matrimonio contenuta in Costituzione, il *Grundgesetz* presuppone (*voraussetzen*) quando si riferisce al matrimonio e che viene tutelata, nella sua dimensione istituzionale, tramite la garanzia di istituto dall'art. 6, comma 1 *GG*²⁴. Per questo motivo, il nucleo fondamentale del principio della tutela del matrimonio e, di conseguenza, la garanzia di istituto è stata considerata inviolata²⁵.

²³ Il concetto è molto chiaro quando si legge: «Le unioni civili non sono in ragione di tale differenza nemmeno un matrimonio con una falsa etichetta, come viene sostenuto in entrambe le opinioni di minoranza, ma proprio un *aliud* rispetto al matrimonio» («Die eingetragene Lebenspartnerschaft ist wegen dieses Unterschieds auch keine Ehe mit falschem Etikett, wie dies in beiden Minderheitenvoten angenommen wird, sondern ein *aliud* zur Ehe») BVerfG, 1 BvF 1/01 (103). Non è, dunque, un caso se ROBBERS, in MANGOLD – KLEIN – STARK, GG I, ART. 6, *Kommentar zum Grundgesetz*, cit., 684 sostiene che potrebbe essere necessario un cambiamento costituzionale per una equiparazione (*Gleichstellung*) totale, in quanto se le unioni civili sono protette dall'art. 2 *GG*, comunque non lo sono dall'art. 6, comma 1 *GG*.

²⁴ BVerfG, 1 BvF 1/01 (87)

²⁵ Tuttavia, sulle più recenti problematiche sollevatesi a questo riguardo, si tornerà sul finire di questo lavoro (*infra*, par. 7).

Altro e diverso problema è stato affrontato in merito all'esistenza di un obbligo di differenziazione (*Abstandsgebot*), che è stato però, in questa prima decisione, negato dai giudici. Sul punto, tuttavia, il Tribunale tornerà a soffermarsi in gran parte nella sua giurisprudenza successiva, in particolare, interrogandosi sul rapporto tra art. 3 e art. 6 GG. Proprio su questo problema, peraltro, è stata anche espressa un'opinione dissenziente da parte del giudice Haas.

Pur avendo ammesso che la garanzia di istituto protegge il solo matrimonio, infatti, i giudici hanno sostenuto che ciò non esclude che il legislatore possa allargare ad un istituto simile, per quanto diverso, alcuni diritti resisi necessari dall'evoluzione della società²⁶, se ciò non comporta uno svantaggio per il matrimonio o se questi diritti non avvantaggiano un'altra forma di vita rispetto al matrimonio stesso²⁷. Da questa prospettiva, la norma sulle *Lebenspartnerschaft* non viene ritenuta lesiva del principio per cui deve essere riconosciuta una particolare protezione al matrimonio in quanto tale istituto non subirà alcuna conseguenza da questa legge.

Sembra dedursi, dunque, dal suo argomentare, come il *BVerfG* abbia ritenuto fondamentale, nel ricostruire i motivi in base ai quali ha giudicato la legge compatibile con il *Grundgesetz*, il fatto che le unioni registrate siano aperte solo a persone dello stesso sesso che, per questo motivo, rappresenterebbero un *quid* di completamente diverso rispetto al matrimonio tutelato all'art. 6 GG. Come accennato, tuttavia, nella sentenza del 2002, il *BVerfG* è andato anche oltre e ha affermato che dalla protezione del matrimonio e della famiglia non è derivabile nemmeno l'obbligo di differenziare in negativo altre forme di vita in comune. Se il legislatore, quindi, istituisse, – sembra dedursi – con un nome diverso, un istituto con gli stessi diritti del matrimonio e magari aperto anche alle coppie

²⁶ BVerfG, 1 BvF 1/01 (in particolare 98 e 102)

²⁷ BVerfG, 1 BvF 1/01 (92)

eterosessuali, ma con meno doveri, questo sarebbe incostituzionale perché un tale istituto verosimilmente svantaggerebbe il matrimonio e lo danneggerebbe. Poiché, invece, l'istituto delle *eingetragene Lebenspartnerschaft*, come detto, «non è un matrimonio con una etichetta falsa», ma è un *quid* sostanzialmente diverso²⁸, i giudici hanno ritenuto che fosse legittimo.

Su questo passaggio si intravede, già, tuttavia, la debolezza dell'argomentazione giuridica che fonda la differenza tra i due istituti sulla base di una garanzia di istituto e proprio su questo profilo ha fondato la sua opinione dissenziente il giudice Haas²⁹. Se vi fosse infatti un istituto in tutto e per tutto uguale al matrimonio, questo sarebbe legittimo solo a condizione che mantenesse un nome diverso e fosse aperto esclusivamente a persone di sesso diverso, pur essendo sostanzialmente omogeneo al matrimonio per quanto concerne il suo contenuto materiale. A questo punto, essendo la differenza solo nominalistica, si potrebbe anche chiamarlo apertamente matrimonio e non vi sarebbe una vera, sostanziale differenza che caratterizzerebbe i due istituti. In questa prospettiva, però, potrebbe sembrare perdere ogni valore concreto la particolare tutela garantita dall'art. 6, comma 1 per il solo matrimonio.

²⁸ BVerfG, 1 BvF 1/01 103

²⁹ BVerfG, 1 BvF 1/01 (v. i punti 134 e ss.). Nella sua opinione dissenziente, ed in particolare il punto 136 il giudice Haas ha affermato che il legislatore non può eludere le prescrizioni dell'art. 6, comma 1 GG, evitando di utilizzare il termine matrimonio (*Der Gesetzgeber kann sich den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 GG nicht dadurch entziehen, dass er die Bezeichnung "Ehe" vermeidet*) e che il Tribunale costituzionale avrebbe dovuto valutare se fosse comparabile la disciplina delle unioni civili registrate al matrimonio e che, se la risposta fosse stata affermativa, avrebbe dovuto ritenere la legge non conforme all'art. 6, comma 1, GG (137).

5. Se la «particolare tutela» è norma speciale rispetto al principio di uguaglianza: la giurisprudenza tra il 2007 e il 2008

Tra il 2007 e il 2008 il *Bundesverfassungsgericht* è sembrato in parte tornare sui propri passi. Se nel 2002 aveva sancito, infatti, che dal *Grundgesetz* non fosse deducibile alcun obbligo di differenziazione, in due successive pronunce sono riemersi, invece, i problemi che nella prima decisione erano rimasti coperti da un velo di ambiguità e, in particolare, il rapporto tra art. 3, comma 1, il principio di uguaglianza, e il significato del principio della particolare tutela del matrimonio.

In primo luogo, nell'ordinanza del 2007³⁰, pronunciata a seguito di una ricorso individuale (*Verfassungsbeschwerde*), il Tribunale costituzionale è stato molto netto nell'affermare che nel giudicare su eventuali differenziazioni di disciplina tra unioni civili e matrimonio deve essere tenuto in considerazione che l'art. 6, comma 1 *GG* rappresenta una norma speciale, di fronte alla quale non sarebbe applicabile l'art. 3, comma 1. In questa decisione, dunque, si è sostenuto in dottrina, il Tribunale «rianima»³¹ (*wiederbelebt*) il compito di differenziazione, espressamente evocato, che era stato «sepolto» (*beerdigt*) nel 2002³²,

³⁰ Cfr. MÖSCHEL, *Germany's life Partnerships: separate and unequal?*, cit., 47 ss. il quale critica il formalismo di cui soffre questa decisione nella misura in cui il Tribunale afferma che non è rinvenibile una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale perché l'eterosessualità non è il presupposto giuridico del matrimonio, così come l'omosessualità non lo è delle unioni civili («Eine heterosexuelle Orientierung ist keine rechtliche Voraussetzung, um eine Ehe zu schließen, ebenso wenig wie eine homosexuelle Orientierung Voraussetzung für eine Lebenspartnerschaft wäre»). BVerfG, 2 BvR 855/06 (21).

³¹ Così BRUNS, *Die Maruko-Entscheidung im Spannungsfeld zwischen europäischer und nationaler Auslegung*, cit., 1930.

³² Ancora BRUNS, *Die Maruko-Entscheidung im Spannungsfeld zwischen europäischer und nationaler Auslegung*, cit., 1930.

affermando che questo è incorporato nell'art. 6, comma 1 GG⁵³.

Nel maggio 2008, il Tribunale ha confermato tale orientamento⁵⁴. In particolare, anche in questa decisione il ricorso individuale si incentrava sulla violazione del principio di uguaglianza a causa del diverso trattamento previsto dalla legge per i *partner* delle unioni civili rispetto ai coniugi. In questa ordinanza, peraltro, il Tribunale si è dovuto confrontare anche con la sentenza *Maruko*⁵⁵ della Corte di Giustizia europea emanata solo il mese precedente. In quella decisione, la Corte di Lussemburgo, nel lasciare formalmente agli Stati il compito di valutare se sono comparabili gli istituti delle unioni civili e del matrimonio, ha affermato che se, nel caso di specie, la risposta alla domanda è affermativa, la disciplina tedesca in materia di pensione di reversibilità, che adottava un regime meno favorevole per i *partner* delle unioni, avrebbe dovuto considerarsi illegittima alla luce del diritto comunitario. Il Tribunale costituzionale federale, negando nel caso di specie questa comparabilità⁵⁶, ha individuato ancora una volta nell'art. 6, comma 1 GG la norma giustificativa per riconoscere una specialità particolare al matrimonio capace di giustificare delle differenziazioni⁵⁷.

⁵³ BVerfG, 2 BvR 855/06 (18).

⁵⁴ Sul problematico rapporto tra la sentenza *Maruko* e questa giurisprudenza del Tribunale tedesco, molto critico, MÖSCHEL, *Germany's life Partnerships: separate and unequal?*, cit., 54 ss. Parla, come detto, di dialogo tra sordi, VIOLINI, *Il Bundesverfassungsgericht di fronte alla sentenza Maruko: un dialogo tra sordi*, cit., 410

⁵⁵ I principi sanciti in questa decisione, come accennato, sono stati recentemente ribaditi in *Römer v. Freie Hansestadt Hamburg* del 10 maggio 2011 (C-147/08) con ancora maggiore incisività. Sul punto, cfr., nello stesso senso, NINATTI, *Il caso Römer : limiti di materia, principio di uguaglianza o tutela di diritti?*, cit., 693.

⁵⁶ BVerfG, 2 BvR 1830/06 (13 ss.)

⁵⁷ BVerfG, 2 BvR 1830/06 (17).

6. La giurisprudenza dopo il 2009 e il “nuovo corso”: il *Bundesverfassungsgericht* torna sul rapporto tra principio di uguaglianza e «particolare tutela»

Il *Bundesverfassungsgericht*, tuttavia, nel luglio del 2009³⁸ è stato chiamato nuovamente a decidere su tale questione per arrivare, questa volta, a risultati diversi. Nell'affrontare il regime della pensione di reversibilità delle unioni civili, oggetto anche della sentenza *Maruko*, il Tribunale ha offerto un'interpretazione che, tornando a posizioni più vicine alla decisione del 2002, ha superato il c.d. *Differenzierungsgebot*.

Il Tribunale si è fermato di nuovo a riflettere, dunque, sul rapporto tra principio di uguaglianza e particolare tutela del matrimonio.

Nella decisione del 2009, il Tribunale costituzionale ha stabilito che le decisioni dei vari tribunali statali che avevano negato il diritto alla pensione di reversibilità equiparata ai coniugi di un matrimonio ai *partner* superstiti di un'unione civile violavano il principio di uguaglianza e, dunque, l'art. 3, comma 1 *GG*. Nel motivare tale decisione, ha sancito che è necessario applicare uno scrutinio stretto (*strenger Maßstab*)³⁹ per giustificare una diversità di disciplina dato che l'art. 6, comma 1 *GG* non è motivo sufficiente atto a giustificare un trattamento differenziato⁴⁰. È evidente come questa ordinanza sia in maggiore sintonia anche con quanto affermato nel *Leiturteil* del 2002 e che superi le pronunce del 2007 e del 2008 prima citate.

La decisione in commento, inoltre, appare particolarmente interessante perché svela anche il precedente formalismo sottolineando come eventuali differenze tra i due istituti rischiano di risolversi in una discriminazione basata

³⁸ BVerfG, 1 BvR 1164/07.

³⁹ BVerfG, 1 BvR 1164/07 (85).

⁴⁰ Cfr. MÖSCHEL, *Germany's life Partnerships: separate and unequal?*, cit., 59.

sull'orientamento sessuale⁴¹. Certamente, i giudici hanno ribadito che il matrimonio è sottoposto ad una particolare protezione da parte del *Grundgesetz* e che non è tutelato solo come istituto, ma anche come scelta di valore vincolante (*verbindliche Wertentscheidung*)⁴² per il legislatore, tuttavia questa circostanza non è considerata sufficiente per essere posta a fondamento di una normativa di svantaggio nei confronti di altre forme di comunità di vita (*andere Lebensgemeinschaften*)⁴³.

Il punto viene chiarito in maniera ancora più chiara nella pronuncia del 2010 con cui il Tribunale ha consolidato il proprio orientamento in ragione del quale, come già detto, non solo non sarebbe rinvenibile un *Abstandsgebot*, ma anzi vi sarebbe un vero e proprio *Differenzierungsverbot*⁴⁴. In questa decisione il *BVerfG* è tornato sul problema delle differenziazioni esistenti tra matrimonio e unioni civili registrate. Oggetto della controversia era la legge che prevedeva che i superstiti di una coppia registrata dovessero pagare, fino ad una modifica legislativa intervenuta nel 2008, una tassa ereditaria maggiore rispetto a quella a cui erano soggetti i coniugi in un matrimonio. Nella decisione in commento, il Tribunale costituzionale federale ha affermato che una normativa di questo tipo era in violazione dell'art. 3, comma 1 del *GG* e ha imposto al legislatore di intervenire con legge per sanare tutti quei casi in cui, nel periodo di vigenza della legge, si era consumata una violazione del principio di uguaglianza.

⁴¹ BVerfG, 1 BvR 1164/07 (85 ss.).

⁴² BVerfG, 1 BvR 1164/07 (101).

⁴³ BVerfG, 1 BvR 1164/07 (105).

⁴⁴ Così KRINGS, *Vom Differenzierungsgebot zum Differenzierungsverbot – Hinterbliebenenversorgung eingetragener Lebenspartner*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2011, 26 ss. il quale afferma che «la motivazione del primo senato prepara adesso la strada ad una piena equiparazione del matrimonio con le unioni civili, ignora la disposizione che prevede un ordine di speciale protezione in favore del matrimonio dell'art. 6, comma 1 *GG* e lascia la norma, nel suo riferimento al matrimonio, priva di alcuna implicazione (*leerlaufen*)» (27).

Come già sancito nella decisione del 2002 e nell'ordinanza del 2009, il Tribunale ha ribadito che una discriminazione tra coppie dello stesso sesso e di diverso sesso non può trovare un fondamento ragionevole solo nel fatto che l'art. 6, comma 1 del *GG* prevede una protezione speciale per il matrimonio.

Il Legislatore – hanno affermato i giudici – deve, infatti, agire sempre tenendo conto della giurisprudenza costituzionale sul principio di uguaglianza. A questo proposito, secondo i giudici, l'art. 3, comma 1 del *GG* pretende un controllo di costituzionalità in base ad uno stretto *Gleichheitsmaßstab* (scrutinio in base al parametro del principio di uguaglianza)⁴⁵. L'art. 3 *GG* presuppone, infatti, che davanti alla legge tutti gli uomini siano trattati alla stessa maniera. Ciò comporta anche l'obbligo per il legislatore di trattare situazioni sostanzialmente uguali in maniera uguale e situazioni sostanzialmente diverse in maniera diversa⁴⁶.

Fatta questa premessa, i giudici sono entrati nel merito delle differenziazioni ammissibili in campo tributario e hanno affermato che le differenziazioni previste per le unioni civili registrate devono essere misurate sia in base al principio di uguaglianza, sia in base al principio di proporzionalità (*Verhältnismäßigkeit*). Uno snodo centrale del percorso argomentativo della corte si rinviene al punto 87 quando i giudici hanno sancito che, siccome matrimonio e unioni civili sono assimilabili sia per la durata del rapporto, che è proiettato nel tempo, sia per il tipo di vincolo giuridico, è necessario che sussistano motivazioni particolari per giustificare una qualche differenza di trattamento⁴⁷. Non è

⁴⁵ BVerfG, 1 BvR 611/07 (78).

⁴⁶ BVerfG, 1 BvR 611/07 (79-80).

⁴⁷ Nel passo richiamato (BVerfG, 1 BvR 611/07 (87)) si legge: «*perché, quindi, possa essere considerato legittimo un trattamento diseguale di coniugi e partner di una unione civile nel diritto delle successioni in connessione con l'orientamento sessuale, è necessario giustificare differenze sufficientemente significative tra queste due forme di stabile durata e giuridicamente stabilita unione perché sia legittimo il concreto*

sufficiente, dunque – il concetto viene qui nuovamente ribadito – basare un privilegio per il matrimonio solo sul presupposto che questo serva a garantirne una particolare protezione così come richiesto dall'art. 6 del *GG*, perché il fondamento di ogni differenziazione può e deve essere rinvenuto e giustificato solo nell'ambito dei principi con cui il *BVerfG* dà attuazione all'art. 3, comma 1 *GG*.

Il Tribunale è tornato, così, inevitabilmente, ancora una volta, sul problema dell'obbligo di differenziazione. Effettivamente, ha affermato il *Bundesverfassungsgericht*, l'art. 6 *GG* protegge particolarmente il matrimonio, ma ciò non vuol dire che la Legge fondamentale garantisca solo questa forma di unione. Questa norma impone senz'altro una scelta di valore vincolante in favore del matrimonio⁴⁸, ma per far ciò è compito dello Stato evitare qualunque intervento che possa danneggiare o compromettere questo istituto. Alcune norme di vantaggio rispetto ad altre forme di vita possono essere ammissibili, ma, hanno proclamato i giudici, nei limiti in cui la differenziazione introdotta appaia ragionevole ai sensi dell'art. 3, comma 1 *GG*

In definitiva, nel caso esaminato, il Tribunale ha sostenuto che poiché le azioni sono comparabili e la differenziazione è irragionevole, di per sé il semplice rinvio al compito di difesa del matrimonio non giustifica nessuna differenziazione⁴⁹. Questa la *ratio decidendi* delle due ordinanze richiamate che sembrano ricollegarsi idealmente, chiarendone meglio i contorni, al *Leiturteil* del 2002, superando quella che appare, oggi, una parentesi rappresentata dalle decisioni del 2007 e del 2008.

trattamento diseguale» («Da damit die Ungleichbehandlung von Ehegatten und eingetragenen Lebenspartnern im Erbschaftsteuerrecht in Anknüpfung an die sexuelle Orientierung erfolgen kann, bedarf es hinreichend gewichtiger Unterschiede zwischen diesen beiden Formen einer auf Dauer angelegten, rechtlich verfestigten Partnerschaft, um die konkrete Ungleichbehandlung zu rechtfertigen».)

⁴⁸ BVerfG, 1 BvR 611/07 (90).

⁴⁹ BVerfG, 1 BvR 611/07 (91).

Si può dire, dunque, al termine di un percorso non del tutto lineare, che non c'è nessun contrasto tra art. 3 e art. 6 GG secondo il Tribunale costituzionale. Il primo trova applicazione senza che possa constatarsi un'incompatibilità con la particolare tutela che l'ordine statale deve riconoscere al matrimonio. Il potere dello Stato di ottemperare al suo dovere di proteggere il matrimonio e di renderlo effettivo resta, infatti, totalmente inalterato davanti alla domanda del terzo che vanta una valida aspettativa di un trattamento uguale (*Gleichbehandlungsanspruch*).

7. La garanzia d'istituto e le sentenze sul transessualismo

Da ultimo appare di particolare interesse una decisione del gennaio 2011⁵⁰ in materia di transessualismo che sembra riaprire un altro punto critico della giurisprudenza costituzionale tedesca in materia di matrimonio. Se, infatti, come visto, l'elaborazione giurisprudenziale è apparsa concentrarsi prevalentemente sul problema del rapporto tra art. 6 e art. 3 GG, è rimasto più sfocato il tema concernente il fatto che il matrimonio possa essere solo, in ragione della garanzia di istituto, l'unione di un uomo e una donna. Anche questo profilo ha subito, tuttavia, alcuni interessanti sviluppi che hanno intaccato il rigido dualismo delineato dal Tribunale costituzionale nel 2002.

Prima di entrare nel merito della decisione del 2011, è opportuno ricordare che una eccezione sostanziale alla rigidità della garanzia di istituto, ribadita anche nel 2002, per cui il matrimonio sarebbe solo l'unione tra uomo e donna, si era avuta già nel maggio del 2008⁵¹. In questa

⁵⁰ BVerfG, 1 BvR 3295/07.

⁵¹ BVerfG, 1 BvL 10/05 del 27 maggio 2008. Si deve ricordare, inoltre, anche l'importante precedente BVerfGE 49, 286, a seguito del quale fu approvato la legge sul transessualismo, in cui il Tribunale sancì il diritto del transessuale operato ad essere riconosciuto dall'ordinamento come

ordinanza, non avente ad oggetto direttamente o indirettamente la materia delle unioni civili registrate, il *Bundesverfassungsgericht* ha avuto modo, infatti, di giudicare incostituzionali quelle norme del *Transsexuellengesetz* che imponevano, come condizione per poter registrare l'avvenuto cambiamento di sesso di un transessuale operato, il celibato o il nubilitato, perché altrimenti sarebbe risultato che due persone dello stesso sesso erano sposate. Con questa pronuncia, il *BVerfG* ha imposto al legislatore, pur lasciando ampio margine alla sua discrezionalità sul come recepire la decisione, di eliminare nella sua assolutezza questo principio ammettendo, collateralmente, che un matrimonio potesse continuare a sussistere tra persone (ormai) dello stesso sesso. In tal modo, il Tribunale ha sicuramente indebolito le fondamenta del ragionamento del proprio precedente del 2002, erodendo i confini della garanzia di istituto. Infatti, pur ricostruendo la propria interpretazione e l'*iter* argomentativo della propria decisione in modo tale da

appartenente al nuovo sesso ed essere, dunque, trattato di conseguenza con la possibilità di contrarre eventualmente matrimonio. In particolare, su questo punto, la decisione è chiara nell'affermare che non è la fertilità il prerequisite necessario per contrarre matrimonio, ma la differenza di sesso (54) e che pertanto un transessuale operato ben potrebbe contrarre matrimonio. Cfr, sul punto, anche ROBBERS, in MANGOLD – KLEIN – STARK, cit., 684.

È anche da citare, nel quadro delle decisioni in materia di transessualismo, il più recente *BVerfG*, 1 BvL 3/03 del 6 dicembre 2005, in cui il Tribunale, pur riconoscendo un interesse pubblico nella norma censurata, il cui fine era di evitare che vi fosse l'impressione che due persone del medesimo sesso si potessero sposare (56), ha dichiarato incostituzionale quella norma del *TSG* che imponeva la perdita del nome del nuovo genere al transessuale omosessuale non operato che avesse cambiato nome (*kleine Lösung*) e contratto matrimonio finché non fosse prevista legislativamente la possibilità di contrarre con il proprio *partner* una unione giuridicamente garantita (*eine rechtlich gesicherte Partnerschaft*) (62). Quest'ultima pronuncia, in particolare, si pone in diretto collegamento con la più recente ordinanza del 2011 di cui si darà conto e che ha aperto ai transessuali non operati l'istituto delle unioni civili.

confermare la centralità dell'art. 6, comma 1 GG, nella pronuncia si legge anche che, in ogni caso, l'interesse del legislatore a mantenere il matrimonio come un'unione di uomo e una donna⁵², non può mettere in secondo piano la volontà di una coppia di restare unita anche in seguito ad un evento come il mutamento di sesso⁵³.

Il punto più alto di questo processo di erosione appare, tuttavia, in tutta la sua evidenza nell'ordinanza del gennaio 2011. Quest'ultima decisione del Tribunale tedesco è particolarmente interessante infatti perché, sia pur restando circoscritta al campo del transessualismo, introduce un ulteriore elemento di complessità, arricchendo la giurisprudenza in materia di *Lebenspartnerschaft* di un tassello capace di scardinare la rigidità del dualismo che concettualizza l'istituto del matrimonio come riservato a persone di sesso diverso e quello dell'unione civile come riservato a persone del medesimo sesso. In tale caso – che si differenzia per questo notevolmente sia da quello del 2005⁵⁴, con cui si è aperto l'istituto del matrimonio a persone che sostanzialmente sono di sesso diverso, per quanto con nomi appartenenti allo stesso genere, o da quello del 2008⁵⁵, richiamati in questo paragrafo – si tratta, infatti, di aprire *ex novo* l'istituto delle unioni civili registrate a persone che, eccezion fatta per il nome, sono di sesso diverso e che dunque potrebbero concludere un matrimonio, ma non una unione civile, riservata per legge solo a persone del medesimo sesso.

Il pronunciamento è scaturito proprio da una *Verfassungsbeschwerde* di un transessuale che aveva optato, ai sensi della legge tedesca sul transessualismo, per la c.d. “piccola soluzione” («*kleine Lösung*») in ragione della quale è possibile, in seguito ad alcuni accertamenti, ma senza operazione chirurgica, cambiare comunque nome e

⁵² BVerfG, 1 BvL 10/05 (50).

⁵³ BVerfG, 1 BvL 10/05 (57).

⁵⁴ Cfr. n. 51.

⁵⁵ Cfr. n. 51.

prenderne uno che corrisponda alla propria identità sessuale. La decisione in commento appare particolarmente significativa perché, dichiarando incostituzionale il *Transsexuellengesetz* nella parte in cui di fatto imponeva l'operazione chirurgica per poter registrare una eventuale unione omosessuale, il *BVerfG* ha riconosciuto la possibilità che questo istituto sia utilizzabile anche tra persone di sesso diverso.

Il ricorrente, come detto, era rimasto fisicamente un uomo eccezion fatta per il nome e si era, di conseguenza, visto rifiutare, in un primo momento, la possibilità di legarsi in una *eingetragene Lebenspartnerschaft* con la sua compagna. Egli era un uomo che si sentiva donna e che era attratto dalle altre donne. Non volendo, però essere obbligata a procedere ad un'operazione chirurgica piuttosto delicata, che avrebbe potuto comportare serie conseguenze, ma volendo comunque contrarre l'unione prevista per legge per le coppie del medesimo sesso, la donna (anche il *BVerfG* utilizza il femminile) ha ritenuto lesi alcuni suoi diritti tra cui il diritto al libero sviluppo della personalità e all'inviolabilità fisica in connessione il principio della *Menschenwürde* (dignità umana).

I giudici, a questo proposito, hanno ritenuto che l'obbligo di procedere ad un'operazione chirurgica per poter contrarre l'unione registrata violasse effettivamente quei diritti e ha quindi riconosciuto non compatibile la legge sul transessualismo con il *Grundgesetz* nella parte in cui non permette anche a chi ha optato per la *piccola soluzione* di registrare la propria *Lebenspartnerschaft*.

È interessante notare come questa rappresenti un'altra eccezione alla rigidità della dimensione istituzionale così come affermata anche nella giurisprudenza del 2002. Infatti, nella pronuncia del 2002, il *Lebenspartnerschaftsgesetz* non è stato dichiarato contrastante alla Legge fondamentale e incompatibile con l'art. 6, comma 1 *GG* perché l'unione registrata era un istituto che in nessun caso poteva ritenersi concorrente al

matrimonio, in quanto necessario prerequisite era la differenza di sesso. Persone del medesimo sesso non avrebbero potuto contrarre matrimonio, né persone di sesso diverso una *Lebenspartnerschaft*.

Se già con la pronuncia del 2008⁵⁶, questo principio aveva vacillato nella sua assolutezza, con la decisione del 2011 sembra essere ulteriormente ridimensionato, mentre, in parallelo, si sono ridotte sempre più anche le differenze di disciplina tra il matrimonio e la *Lebenspartnerschaft*, come dimostrano le decisioni sul principio di uguaglianza in precedenza richiamate. Certo i giudici hanno precisato che si deve tener conto del fatto che la persona in questione deve sentirsi irreversibilmente donna e, inoltre, essere omosessuale, ma non può non notarsi come, in ogni caso, questa decisione sia una chiara ulteriore eccezione rispetto a quei principi che hanno, in particolare nella sentenza del 2002, rappresentato la principale motivazione che ha spinto i giudici a considerare legittimo il *Lebenspartnerschaftsgesetz*.

8. Conclusioni e tendenze

In conclusione, si può rilevare, nella giurisprudenza in materia di unioni civili, che il Tribunale costituzionale ha, nel tempo, offerto un'interpretazione che, salve le eccezioni delle ordinanze del 2007 e del 2008 (*supra*, par. 5), ha visto con un certo favore la disciplina del *Lebenspartnerschaftsgesetz*, confrontandosi con due grandi nodi: in primo luogo, il rapporto tra principio di uguaglianza e particolare tutela riservata al matrimonio e, dunque, sull'esistenza di un obbligo di differenziazione (*Abstandsgebot*) che imponesse non solo un trattamento di favore per il matrimonio, ma anche una normativa che svantaggiasse le altre forme di vita comune; in secondo, il

⁵⁶ La citata BVerfG, 1 BvL 10/05.

progressivo problematizzarsi della nozione di matrimonio come la sola unione di un uomo e una donna che, nel tempo, si è dovuta misurare con situazioni che hanno esposto questa rigidità a molteplici frizioni.

È da rilevare, inoltre, una chiara inversione di tendenza che ha inciso sulle sempre maggiori aperture del Tribunale costituzionale. Se, infatti, nella prima sentenza ad impugnare la legge sulle unioni civili sono stati alcuni *Länder* conservatori con il fine di veder dichiarato incostituzionale l'istituto delle *eingetragene Lebenspartnerschaft* e di restringere le posizioni di tutela riconosciute ai singoli, le ultime decisioni, al contrario, sono state pronunciate in conseguenza di ricorsi individuali di persone che ritenevano violati i loro diritti e le loro libertà, in particolare il principio di uguaglianza, il diritto al libero sviluppo della loro personalità e la loro dignità, con l'obiettivo opposto di estendere e ampliare le tutele di chi contrae o vuole contrarre un'unione civile. Di questo cambiamento, anche sollecitato probabilmente dalla giurisprudenza comunitaria, c'è traccia nelle decisioni del *Bundesverfassungsgericht*.

In questo scenario, c'è da dire che, pur permanendo alcune linee d'ombra, sono da salutare con favore, rispetto alla rigidità della prima giurisprudenza e ai principi, spesso non sempre perspicui, in quella sede delineati, i nuovi significativi sviluppi che hanno ridisegnato, di fatto, i confini della garanzia di istituto che protegge il matrimonio e che hanno portato a negare definitivamente e con chiarezza l'esistenza di un *obbligo di differenziazione*.

In conclusione, l'istituto giuridico delle *Lebenspartnerschaft* si è notevolmente evoluto grazie all'interpretazione costituzionale del Tribunale costituzionale e, se da un lato sta conquistando una piena equiparazione con il matrimonio, da cui presto potrebbe distinguerlo solo il nome, dall'altro, squaderna problematiche nuove, che hanno sempre di più come punti di riferimento le pietre angolari del sistema di valori del *Grundgesetz*, ovvero l'art. 1 e l'art. 2 GG.

LA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DEL MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO NELLA GIURISPRUDENZA ARGENTINA

Nicola Vizioli

*Ricercatore in Istituzioni di diritto pubblico
nell'Università di Siena*

A partire dal 2007 decine di coppie omosessuali argentine hanno adottato una strategia giudiziaria volta ad ottenere pronunce di illegittimità costituzionale di alcune disposizioni che limitavano il matrimonio alle sole coppie eterosessuali. L'approvazione della legge che estende l'istituto alle coppie omosessuali ha impedito alla Corte suprema di pronunciarsi sul tema. Vigendo però in Argentina un controllo diffuso di costituzionalità, nel frattempo si sono pronunciati numerosi giudici di grado inferiore. L'articolo analizza quattro sentenze che risultano particolarmente rilevanti sotto il profilo delle tecniche argomentative, evidenziando lo stretto legame intercorrente tra la scelta di tali tecniche e l'esito del giudizio.

Since 2007 several Argentinean homosexual couples have adopted a legal strategy towards the declaration of constitutional inconsistency against those provisions that limited marriage only to heterosexual couples. The approval of the law that extends the institution of marriage to homosexual couples has prevented the Supreme Court to pronounce on this issue. Due to the fact that the judicial review of legislation in Argentina is diffuse, in the meanwhile several lower courts have adopted decisions on this topic. The present article is focused on the analysis of four decisions, all highly relevant for the interpretative techniques used therein, thereby underlining the strict linkage between the choice of these judicial arguments and the outcomes of the judgment.

Sommario

1. La legge n. 26.618 sul c.d. *matrimonio igualitario* e la normativa precedente
2. Il quadro costituzionale
3. La giurisprudenza
4. Il rifiuto dell'*amparo* (caso Rachid de la Cruz)
5. L'accoglimento dell'*amparo* e la dichiarazione di illegittimità costituzionale (il caso Freyre)
6. L'accoglimento dell'*amparo* senza la dichiarazione di illegittimità costituzionale (il caso Bernath)
7. Considerazioni conclusive.

1. La legge n. 26.618 sul c.d. *matrimonio igualitario* e la normativa precedente

Con la legge n. 26.618 del 21 luglio 2010 l'Argentina è diventato il primo Paese sudamericano¹ (e tra i primi al mondo) a consentire il matrimonio omosessuale. La legge, composta da 43 articoli, provvede a sostituire tutte le espressioni contenute nel codice civile e nelle leggi che facevano in qualche modo riferimento al sesso dei coniugi con altre che possono essere intese sia come riferite a coniugi di sesso diverso, sia a coniugi dello stesso sesso; rari sono invece i casi in cui il legislatore è stato costretto ad aggiungere una disposizione volta a disciplinare le situazioni createsi a seguito dell'introduzione del matrimonio omosessuale. Non è questa la sede per un'analisi dettagliata delle singole disposizioni, però è necessario soffermare l'attenzione sull'art. 42 che costituisce una vera e propria norma di chiusura che dà perfettamente conto della volontà del legislatore di riconoscere la piena parità di tutte le coppie sposate a prescindere dal sesso dei coniugi. Tale articolo recita:

«Tutti i riferimenti all'istituto del matrimonio contenuti nel nostro ordinamento giuridico sono da intendersi come applicabili sia al matrimonio tra due persone dello stesso sesso che a quello tra due persone di sesso diverso.

I membri delle famiglie originate da un matrimonio tra due persone dello stesso sesso, così come quelli di sesso diverso, avranno gli stessi diritti e doveri.

¹ Per una ricognizione dello status giuridico delle coppie omosessuali nel continente americano v. GONZALEZ, *Marriage and Gay Union Law in the Americas*, in *Law and Business Review of the Americas*, 2010, vol. 16, 285 ss. e RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *El reconocimiento de las uniones homosexual. Una perspectiva de derecho comparado en América Latina*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2011, n. 130, 208 ss.

Nessuna norma dell'ordinamento giuridico argentino potrà essere interpretata o applicata nel senso di limitare, restringere, escludere o sopprimere l'esercizio o il godimento degli stessi diritti e doveri, sia riguardanti il matrimonio tra due persone dello stesso sesso che quello tra due persone di sesso diverso».

Si tratta del punto di arrivo di un percorso molto complesso iniziato nel settembre 2005 quando cinque associazioni di lesbiche, gay, bisessuali e transessuali (LGBT) argentine decisero, a seguito dell'approvazione in Spagna della legge sul matrimonio omosessuale, di coordinare i propri sforzi per raggiungere il medesimo obiettivo. Il ruolo svolto da queste associazioni, che dal 28 giugno 2006 costituiscono la *Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans*² (FALGBT) è stato determinante e si è sviluppato in due direzioni. Da un lato attraverso la collaborazione e l'impulso alla presentazione di alcuni progetti di legge federali³; dall'altro, attraverso una lunga serie di ricorsi giurisdizionali volti ad ottenere il riconoscimento del diritto a contrarre matrimonio; ricorsi che hanno portato anche a dichiarazioni di illegittimità costituzionale di alcune disposizioni del codice civile da parte di vari giudici di merito. In Argentina infatti vige un controllo di

² Una legge che riconosca il matrimonio omosessuale è solo uno dei cinque interventi legislativi programmatici che l'associazione si è prefissa. Gli altri sono l'approvazione di una *Ley de Identidad de Género* che garantisca il diritto all'identità sessuale per i trans, la modifica della *Ley Antidiscriminatoria* in modo da sanzionare anche le discriminazioni dovute all'orientamento sessuale, la modifica della *Ley de Educación Sexual* in modo da includere contenuti riguardanti la diversità sessuale e, a livello provinciale, la modifica dei *Códigos de Faltas* che in varie Province che reprimono la diversità sessuale.

³ Già nel dicembre 2005, viene presentato, insieme al deputato socialista Eduardo Di Pollina, un primo progetto finalizzato a riconoscere a livello federale le coppie omosessuali. Altri volti al riconoscimento del matrimonio omosessuale e alla sua completa equiparazione con quello eterosessuale sono state successivamente presentati in entrambi i rami del Parlamento.

costituzionalità diffuso e, al momento dell'approvazione della legge n. 26.618, la questione di legittimità costituzionale di alcuni articoli del codice civile che impedivano il matrimonio omosessuale risultava pendente davanti alla Corte suprema. L'entrata in vigore della legge ha fatto sì che la Corte si pronunciasse nel senso della cessazione della materia del contendere⁴, anche se, secondo diffuse indiscrezioni di stampa, all'interno del supremo collegio si era formata una maggioranza favorevole alla dichiarazione di illegittimità.

Non va tuttavia trascurato di ricordare che, prima dell'offensiva giudiziaria, vi erano stati alcuni interventi normativi locali volti a riconoscere le unioni civili omosessuali in alcune parti del Paese (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Provincia de Río Negro e nei comuni di Villa Carlos Paz e di Río Cuarto, situati entrambi nella Provincia di Cordoba). Tralasciando gli ultimi due casi, la cui disciplina è affidata a fonti di rango normativo secondario, ci soffermiamo brevemente sui primi due in cui il riconoscimento è avvenuto con legge⁵.

La legge n. 1004 del 17 gennaio 2003 della Ciudad Autónoma de Buenos Aires disciplina l'*unión civil* tra due persone «*independientemente dal loro sesso o dall'orientamento sessuale*». Le due persone debbono aver convissuto «*in una relazione affettiva stabile e pubblica per*

⁴ Si tratta di due decisioni del 24 agosto 2010 - *Rachid, María de la Cruz y otro c/ Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas* (R. 90. XLIV) e *Vannelli, Alejandro Jorge y otro c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas* (V. 43. XLV) – con cui la Corte suprema «*declara abstracta la cuestión planteada*».

⁵ Nello stesso senso si è mossa anche la Provincia di Santa Fe la cui Camera dei deputati ha approvato per ben due volte progetti volti a dare riconoscimento legale alle coppie di fatto (sia etero che omosessuali). Il procedimento legislativo si è però interrotto per l'impossibilità di ottenere il consenso del Senato provinciale a maggioranza conservatrice.

un periodo di almeno due anni»⁶, risiedere da almeno due anni a Buenos Aires e fare richiesta di iscrizione in un apposito *Registro Público de Uniones Civiles* (art. 1). Inoltre i membri della coppia devono essere maggiorenni, capaci di intendere e di volere, non devono essere sposati o già membri di un'altra unione civile, né tra loro devono sussistere legami di parentela (neppure a seguito di adozione) o affinità in linea diretta, non devono essere fratelli o cugini (art. 5). L'unione può cessare per volontà anche di uno solo dei membri, per morte o per matrimonio da parte di uno dei membri della coppia (art. 6). Inoltre, limitatamente all'esercizio di diritti e doveri previsti nella legislazione della Città, i componenti la coppia unita civilmente *«avranno un trattamento simile a quello dei coniugi»* (art. 4).

La legge n. 3736 del 9 maggio 2003 della Provincia di Rio Negro ha invece come destinatarie le sole coppie omosessuali (in quanto quelle eterosessuali erano già state disciplinate con altro provvedimento legislativo); richiede requisiti simili a quelli previsti dall'art. 5 delle legge di Buenos Aires (ma non quelli di cui all'art. 1 della stessa legge) e estende loro *«tutti i diritti e gli obblighi previsti dalla legislazione provinciale per le coppie conviventi»* (art. 4).

Per quanto questi provvedimenti, in ragione della loro origine provinciale, abbiano garantito solo un limitato numero di diritti, hanno avuto un ruolo rilevante da un punto di vista culturale e sociale poiché hanno facilitato la maturazione del riconoscimento del matrimonio omosessuale sia presso l'opinione pubblica che tra le forze politiche.

A livello federale, occorre segnalare che, prima dell'approvazione della legge sul matrimonio egualitario, vi erano state varie pronunce giurisprudenziali riguardanti profili specifici relativi ai rapporti di convivenza tra persone

⁶ Tale periodo minimo non è necessario per le coppie (eterosessuali) che abbiano un figlio riconosciuto da entrambi i membri della coppia.

dello stesso sesso. Degna di nota è anche la *Resolución 671/2008* dell'*Administración Nacional de la Seguridad Social* (pubblicata sul *Boletín Oficial* del 27 agosto 2008) con cui vengono riconosciuti ai conviventi dello stesso sesso alcuni diritti di carattere previdenziale⁷.

2. Il quadro costituzionale

La Costituzione argentina attualmente vigente è stata approvata nel 1853 e, da allora, soggetta ad una serie di revisioni tra cui una molto ampia nel 1994 che ha comportato altresì una nuova numerazione dell'articolato. La decisione di intervenire in modo profondo sulla Costituzione esistente invece di approvarne una nuova ha fatto sì che il testo presenti alcune anomalie di fondo di tipo strutturale-topografico; inoltre vi convivono disposizioni che, anche da un punto di vista linguistico, evidenziano gli oltre 140 anni che separano la formulazione delle une da quella delle altre.

In materia di diritti, ad esempio, i primi 31 articoli del testo vigente presentano solo pochissime variazioni – peraltro di scarsa rilevanza – rispetto al testo previgente, ma, al contempo, la riforma del 1994 ha aggiunto alla prima parte un capitolo su «*nuevos derechos y garantías*» contenente diritti politici, alcuni c.d. diritti di terza generazione e, a livello di garanzia, le azioni di *amparo*, *habeas corpus* e *habeas data*. Nella seconda parte dedicata alle «*autoridades de la Nación*» invece sono state introdotte disposizioni di tutela della maternità, dell'infanzia, degli indigeni e di altre

⁷ L'art. 1, c. 1 di tale *Resolución* recita: «*Declárese a los convivientes del mismo sexo incluidos en los alcances del artículo 53 de la Ley N° 24.241, como parientes con derecho a la pensión por fallecimiento del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad del Régimen Previsional Público o del Régimen de Capitalización, que acrediten derecho a percibir el componente público*».

categorie, così come il riconoscimento delle principali carte internazionali dei diritti, argomento quest'ultimo su cui si avrà occasione di tornare tra breve.

Quanto appena detto contribuisce a spiegare l'assenza di disposizioni dedicate in modo specifico alla famiglia di cui la Costituzione non dà neppure una definizione. Essa si limita, all'art. 14 *bis*, c. 3, dedicato alla previdenza sociale, a prevedere che «*la legge stabilirà: [...] la protezione completa della famiglia; la difesa del bene della famiglia, l'indennità economica familiare e il diritto a un'abitazione degna*». Un ulteriore accenno è contenuto nella seconda parte della Costituzione e, per la precisione, nell'art. 75 n. 19 sulla legislazione scolastica secondo cui le «*leggi di organizzazione e di base dell'educazione [...] garantiscono [...] la partecipazione della famiglia e della società*». Tali disposizioni però, come era facile prevedere, non hanno svolto alcun ruolo nelle vicende relative al riconoscimento dei matrimoni omosessuali non essendo mai richiamate né nel dibattito dottrinale, né nella giurisprudenza.

Diverso è invece il caso del diritto al matrimonio. La Costituzione argentina non lo contempla espressamente per i cittadini. Si limita, all'art. 20 dedicato ai diritti dello straniero a prevedere che «*gli stranieri godono nel territorio della Nazione di tutti i diritti civili del cittadino*» e poi elenca alcuni diritti tra cui «*testare e contrarre matrimonio in conformità con le leggi*».⁸ Questo diritto è quindi da

⁸ L'art. 14 è molto simile all'art. 20 ma ha come destinatari i cittadini. Anche in questo caso è riportato un elenco di diritti che però non contempla quello a contrarre matrimonio: «*Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: De trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender*». In alcuni casi, anche se individuati con forme linguistiche distinte, i diritti coincidono. In altri, sono presenti solo in

intendersi come riconosciuto anche ai cittadini. Lo afferma anche una nota sentenza⁹ della Corte suprema che, nel 1986, ha fornito alcune importanti puntualizzazioni sia sul concetto di matrimonio che su quello di famiglia. Secondo il supremo giudice *«nel matrimonio come istituzione giuridica si riconoscono necessità umane essenziali, come quella di soddisfare la propria sessualità attraverso una relazione con caratteristiche di stabilità, con obiettivi di costituire una famiglia e, di solito, di procreare. Questa disposizione a costituire una famiglia è insita nella natura umana; le forme che questa istituzione ha adottato sono le più varie come ci insegna l'antropologia e la storia, giacché, sebbene la famiglia sia universale, come tutte le altre istituzioni è un prodotto sociale soggetto a mutamenti e modificazioni; però quali che siano le ipotesi sulla sua evoluzione e l'influenza delle condizioni dello sviluppo economico, politico e religioso sul suo funzionamento sociale, essa costituisce il nodo primario della vita sociale. Godono tanto il matrimonio come la famiglia di un riconoscimento costituzionale espresso (art. 14 nuovo e 20, interpretato a potiori, della Costituzione nazionale)»*.

Però, come si è accennato sopra, quelli riportati nella prima parte della Costituzione non esauriscono affatto il catalogo dei diritti di rango costituzionale. L'art. 75, n. 22 prevede infatti che una serie di trattati internazionali firmati dall'Argentina ed espressamente elencati¹⁰ *«nelle condizioni*

una delle due disposizioni. Comunque è evidente che tali elenchi non possono assolutamente essere intesi come esaustivi.

⁹ Si tratta del caso Sejean (Fallos 308:2268) in materia di divorzio.

¹⁰ Sono *«la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre; la Declaración universal de derechos humanos; la Convención americana sobre derechos humanos; el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales; el Pacto internacional de derechos civiles y políticos y su Protocolo facultativo; la Convención sobre la prevención y la sanción del delito de genocidio; la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Convención contra la*

di vigenza, hanno gerarchia costituzionale, non modificano alcun articolo della prima parte della presente Costituzione e sono da considerarsi complementari dei diritti e delle garanzie dalla stessa riconosciuti». Tali trattati «potranno solo essere denunciati, se del caso, dal Potere esecutivo nazionale, previa approvazione dei due terzi della totalità dei membri di ogni Camera». Con lo stesso consenso parlamentare potranno assumere rango costituzionale anche «gli altri trattati e convenzioni sui diritti umani»¹¹. Per quanto concerne invece gli altri «trattati stipulati con le altre nazioni e con le organizzazioni internazionali e i concordati con la Santa Sede» è comunque previsto che «sono gerarchicamente superiori alle leggi».

Oltre a quelle appena viste, è necessario fare cenno anche all'esistenza di disposizioni costituzionali delle entità federate. L'Argentina infatti è uno Stato federale composto da 23 Province e dalla Città autonoma di Buenos Aires che, per certi aspetti, gode di uno *status* assimilabile a quello delle Province¹². Molte delle pronunce giurisdizionali sul matrimonio omosessuale, comprese quelle che si esamineranno in seguito, sono state pronunciate nella capitale ed è quindi opportuno spendere qualche parola sulla Costituzione della città anche se sulla sua qualifica di documento costituzionale la dottrina nutre più di un dubbio¹³. A prescindere dalla sua qualificazione, in questa

tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; la Convención sobre los derechos del niño».

¹¹ Come avvenuto, nel 1996, con la *Convención sobre desaparición forzosa de personas* e, nel 2003, con *Convención sobre imprescriptibilidad de delitos de guerra y de lesa humanidad*.

¹² Sulla complessa situazione giuridica della città e su alcune problematiche cui dà luogo, v. BILLÈ, *La Città autonoma di Buenos Aires: un nuovo soggetto federale? Contributo al dibattito in corso sul nuovo Codice delle Autonomie locali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2007, 217 ss.

¹³ Sul punto v. BILLÈ, *Op. cit.*, 238 ss. secondo cui si tratterebbe di uno statuto che avrebbe dovuto disciplinare solo profili di carattere organizzativo, anche se poi, di fatto, il documento si autoqualifica come Costituzione e delle Costituzioni possiede anche il contenuto tipico.

sede è sufficiente limitarsi a dar conto che tale documento non presenta elementi particolarmente significativi per quel che riguarda il matrimonio e la famiglia. È infatti assente qualunque riferimento al primo e al diritto di contrarlo, mentre sono presenti vari riferimenti alla seconda che però non sembrano essere decisivi. Gli artt. 37 (sui diritti riproduttivi e sessuali)¹⁴ e 38 (sulle politiche di genere)¹⁵ sembrano far riferimento ad una famiglia basata su una coppia eterosessuale, ma questo di per sé non pare escludere l'ammissibilità di una famiglia il cui fulcro sia rappresentato da una coppia omosessuale a cui le norme potrebbero non fare cenno solo perché non sarebbero rilevanti in quegli specifici ambiti. Non presentano alcun

¹⁴ L'art. 37 recita: «*Se reconocen los derechos reproductivos y sexuales, libres de coerción y violencia, como derechos humanos básicos, especialmente a decidir responsablemente sobre la procreación, el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos. Se garantiza la igualdad de derechos y responsabilidades de mujeres y varones como progenitores y se promueve la protección integral de la familia*».

¹⁵ Secondo il quale: «*La Ciudad incorpora la perspectiva de género en el diseño y ejecución de sus políticas públicas y elabora participativamente un plan de igualdad entre varones y mujeres. Estimula la modificación de los patrones socioculturales estereotipados con el objeto de eliminar prácticas basadas en el prejuicio de superioridad de cualquiera de los géneros; promueve que las responsabilidades familiares sean compartidas; fomenta la plena integración de las mujeres a la actividad productiva, las acciones positivas que garanticen la paridad en relación con el trabajo remunerado, la eliminación de la segregación y de toda forma de discriminación por estado civil o maternidad; facilita a las mujeres único sostén de hogar, el acceso a la vivienda, al empleo, al crédito y a los sistemas de cobertura social; desarrolla políticas respecto de las niñas y adolescentes embarazadas, las ampara y garantiza su permanencia en el sistema educativo; provee a la prevención de violencia física, psicológica y sexual contra las mujeres y brinda servicios especializados de atención; ampara a las víctimas de la explotación sexual y brinda servicios de atención; promueve la participación de las organizaciones no gubernamentales dedicadas a las temáticas de las mujeres en el diseño de las políticas públicas*».

interesse invece gli altri riferimenti alla famiglia e al contesto familiare¹⁶.

A giocare un ruolo rilevante nella giurisprudenza che qui interessa saranno, come si vedrà in seguito, non tanto le disposizioni sul matrimonio e la famiglia – comunque presenti nelle Carte internazionali che, in virtù dell'art. 75, n. 22 Cost., rivestono rango costituzionale –, ma quelle riguardanti il principio di uguaglianza e la tutela della dignità umana.

3. La giurisprudenza

Tutte le pronunce giurisprudenziali esaminate nelle prossime pagine riguardano azioni di *amparo* promosse da attivisti di associazioni omosessuali in attuazione della loro strategia giudiziaria. Il meccanismo utilizzato per provocare la decisione del giudice è sempre lo stesso: la coppia si recava presso l'ufficio di stato civile per chiedere di iniziare le procedure necessarie a contrarre matrimonio; l'ufficio negava questa possibilità in quanto, all'epoca dei fatti, il codice civile richiedeva che i nubendi fossero di sesso diverso. La coppia quindi impugnava il provvedimento attraverso un'azione di *amparo* con il fine di ottenere una pronuncia giurisdizionale che obbligasse l'ufficio di stato civile a celebrare il matrimonio in quanto il provvedimento che lo negava si basava su un atto di rango legislativo che, a detta degli attori, contrastava con norme di rango costituzionale.

Si tratta di un piccolo – quattro sentenze su un totale di circa un centinaio rese negli ultimissimi anni – ma significativo campione che fornisce un quadro molto vario

¹⁶ Si tratta degli artt. 39 (sulla protezione dei bambini e degli adolescenti) e 41 (sulla protezione degli anziani) e della dodicesima disposizione transitoria in cui, a proposito delle competenze dei *Tribunales de Vecindad*, si accenna alla prevenzione della violenza familiare.

sia per le motivazioni alla base delle varie pronunce, sia per il loro esito. La prima sentenza è anche la prima in assoluto tra quelle rese sul tema e, come la seconda pronunciata in sede di appello sullo stesso caso, nega l'*amparo* riaffermando che l'istituto matrimoniale è riservato alle sole coppie eterosessuali. La terza pronuncia riguarda il primo caso in cui ai ricorrenti viene concesso l'*amparo* e contiene anche una dichiarazione di illegittimità costituzionale degli artt. 172 e 188 del codice civile. La quarta, pur riconoscendo come la precedenti il diritto delle coppie omosessuali a contrarre matrimonio, risulta interessante in quanto il giudice arriva a questa conclusione pur ritenendo costituzionalmente legittime le disposizioni codicistiche che prevedevano la diversità del sesso dei nubendi.

Trattandosi di pronunce di giudici di primo grado (e in un caso di una pronuncia d'appello), è di fatto impossibile cercare di contestualizzare le argomentazioni usate in queste sentenze all'interno del quadro più ampio della giurisprudenza dei singoli organi decidenti. Può però essere proficuo un cenno alle tecniche interpretative e argomentative più frequentemente usate dalla Corte suprema che, sia per il fatto di svolgere lo stesso ruolo (giudice del caso e, al tempo stesso, giudice della legittimità costituzionale), sia per la sua posizione di organo di vertice del sistema giudiziario, inevitabilmente influenza gli organi giurisdizionali inferiori.

La più attenta dottrina argentina¹⁷ ha sottolineato come non siano rinvenibili nella giurisprudenza della Corte suprema opzioni di fondo univoche. Essa, a prescindere dalla sua concreta composizione, non esita a far ricorso a tecniche interpretative (della legge e della Costituzione) diverse e finanche opposte tra loro. Così, a casi in cui le norme vengono interpretate letteralmente – a volte privilegiando il significato comune dei termini, altre invece preferendo un

¹⁷ SAGÜÉS, *Interpretación constitucional y alquimia constitucional. (El arsenal argumentativo de los Tribunales Supremos)*, in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 1, 2004, 151 ss.

significato tecnico – si affiancano casi in cui l'interpretazione letterale viene mitigata o a volte rovesciata da altri criteri quali quello della *volutas legislatoris*; a casi di interpretazione di tipo originalista, se ne affiancano altri in cui si fa ricorso ad un'interpretazione evolutiva, ecc.

In questa sede occorre comunque sottolineare una caratteristica importante del giudice argentino: una notevole apertura sia nei confronti di discipline non giuridiche (storia, sociologia, ecc.), sia nei confronti del diritto straniero (con riferimenti sia alla dottrina che alle fonti e alla giurisprudenza¹⁸). In materia di diritti, a partire dalla riforma costituzionale del 1994, è diventato poi rilevante il richiamo alle Carte internazionali dei diritti e alla giurisprudenza dei Corti sovranazionali. Si tratta di riferimenti non limitati a quelle fonti che ormai, a detta di parte della dottrina, integrano un vero e proprio blocco di costituzionalità e alla giurisprudenza sovranazionale sulla loro applicazione. Se per un verso infatti vi è un'ovvia predilezione per i richiami alla giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti dell'uomo, non mancano neppure quelli ai rapporti e alle raccomandazioni della Commissione

¹⁸ Un ruolo decisamente particolare ha storicamente avuto il richiamo alla giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti. Le ragioni ovviamente sono molteplici, ma la principale è da rinvenire nel fatto che gli Stati Uniti hanno fornito un modello cui l'ordinamento argentino si è largamente ispirato. Esempio è al proposito un passaggio nella sentenza sul caso Lino de la Torre (Fallos 19:236) del 21 agosto 1877, in cui la Corte afferma «*el sistema de gobierno que nos rige no es una creación nuestra. Lo hemos encontrado en acción, probado por largos años de experiencia y nos lo hemos apropiado. Y se ha dicho con razón que una de las grandes ventajas de esta adopción ha sido encontrar un vasto cuerpo de doctrina, práctica y una jurisprudencia que ilustran y completan las reglas fundamentales y que podemos y debemos utilizar, en todo aquello que no hayamos querido alterar por disposiciones particulares*». Ovviamente questa ragione con il tempo si è affievolita e con essa i richiami della Corte. In generale, per un quadro dell'evoluzione giurisprudenziale della suprema Corte argentina, v. MANILI, *Evolución de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1863-2007)*, Buenos Aires, 2007.

interamericana (che non hanno natura giurisprudenziale) e i riferimenti alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Questa "apertura" verso l'esterno è altresì confermata dalla prassi costante di fare espliciti e numerosi riferimenti e citazioni della dottrina argentina e straniera.

4. Il rifiuto dell'*amparo* (caso Rachid de la Cruz)

La prima pronuncia in esame è stata resa dal *Juzgado Nacional de lo Civil* di Buenos Aires il 22 giugno 2007 a seguito di un ricorso di *amparo* promosso da Maria Rachid de la Cruz, presidente della FALGBT, e dalla sua compagna contro il rifiuto, opposto il 14 febbraio 2007 dall'Ufficio di stato civile, di dar seguito agli adempimenti necessari per il matrimonio della coppia. Si tratta, come detto sopra, del primo episodio della strategia giudiziaria varata dal movimento omosessuale argentino. Il rifiuto era diretta conseguenza di quanto disponeva l'art. 172 del codice civile secondo cui era «*indispensabile per l'esistenza del matrimonio il pieno e libero consenso espresso personalmente dall'uomo e dalla donna davanti all'autorità competente a celebrarlo*». Per questa ragione le ricorrenti chiedevano la concessione dell'*amparo* e la dichiarazione di illegittimità costituzionale della citata disposizione del codice.

Le motivazioni della sentenza, che ha respinto entrambe le richieste delle ricorrenti, si articolano intorno a tre punti.

In primo luogo il giudice ritiene che dal testo della legge si possa ricavare il suo «*espíritu*». La disposizione, nel prevedere che esso venga celebrato tra un uomo e una donna dimostra, secondo il giudice, che l'istituto «*non è finalizzato solamente agli interessi privati dei contraenti o allo sviluppo della loro personalità*» ma «*è rivolto alla continuità della specie e all'educazione dei figli*». Ne consegue che il divieto di celebrare matrimoni omosessuali

corrisponde non solo alla lettera della disposizione ma anche al suo spirito in quanto le coppie omosessuali non sono idonee a generare prole. Fin qui l'argomentazione del giudice, che si rifà a una concezione tradizionale dell'istituto, sembra essere pleonastica: è evidente che se dalla lettera della legge se ne ricava lo spirito e il fine cui essa è preordinata, un comportamento che sia coerente con la lettera sarà coerente anche con il fine, proprio per questo rapporto di discendenza logica che è stato assunto come premessa. A supporto delle affermazioni riguardanti il fine cui è preordinato l'istituto matrimoniale il giudice riporta alcune opinioni dottrinali. Queste citazioni – presenti anche in altri passi della sentenza – non pare svolgano un ruolo particolarmente rilevante nell'andamento argomentativo se non nella misura in cui servono a dar forza ad un'argomentazione che nella sua sinteticità appare apodittica. Come si è detto, è prassi assolutamente comune nella giurisprudenza argentina la citazione di opinioni dottrinali a sostegno delle argomentazioni del giudice. Per questa ragione in queste pagine non se ne farà cenno se non in casi particolari.

In secondo luogo il giudice nega che nella Costituzione e nelle fonti internazionali di rango costituzionale possa essere rinvenuta una diretta tutela del matrimonio come istituto di applicazione universale che prescindendo dalla diversità di sesso dei nubendi. La Costituzione, come si è visto, si limita a fare cenno al matrimonio come un diritto degli stranieri (art. 20), ma al tempo stesso rinvia ad una serie di Carte internazionali dei diritti che assumono rango costituzionale. Il giudice, facendo ricorso all'interpretazione letterale, rileva che queste carte individuano come titolari del diritto «*hombre y mujer*» e dalla congiunzione usata – “y” – deduce che si riferiscano ad unioni tra un uomo e una donna; non tanto perché si faccia riferimento esplicito al matrimonio tra un uomo e una donna ma perché se avessero voluto intendere che il matrimonio è un diritto a prescindere dal sesso dell'altra persona avrebbero usato

locuzioni prive di riferimenti al carattere sessuale quali “tutti”, “ogni persona”, ecc. Poiché, secondo la giurisprudenza della Corte suprema, «*la Costituzione nazionale deve essere analizzata come un insieme armonico, all'interno del quale ogni sua disposizione deve essere interpretata secondo il suo contenuto integrale, poiché non si deve alterare l'equilibrio dell'insieme*» occorre dedurre che «*la menzione espressa di uomo e donna come titolari del diritto costituzionale a contrarre matrimonio, limita il riconoscimento a quello celebrato tra eterosessuali*». Questa conclusione non contrasterebbe a detta del giudice con la giurisprudenza della Corte suprema secondo cui il matrimonio può essere soggetto a requisiti previsti con legge ordinaria e che questi sono da considerarsi legittimi purché «*non siano irragionevoli*».

In terzo luogo il giudice verifica il rispetto del principio di uguaglianza richiamando dapprima la giurisprudenza della Corte suprema sul punto. Secondo quest'ultima il principio di uguaglianza implica, da un lato, che non si possano trattare diversamente situazioni uguali ma, dall'altro, che situazioni distinte possano dar luogo a un trattamento diversificato «*quando la differenziazione non è arbitraria, non risponde a un intento vessatorio contro determinati individui o gruppi di persone, né contiene un indebito trattamento favorevole o un privilegio personale o di gruppo*». Il trattamento differenziato è, a detta del giudice del caso, giustificato se risulta necessario «*per raggiungere la finalità dell'istituto che si disciplina*». A questo punto il giudice richiama quanto sostenuto in precedenza circa le finalità procreative dell'istituto matrimoniale e ne deduce che la distinzione tra coppie omosessuali e coppie eterosessuali circa l'accesso all'istituto sarebbe pienamente legittima. A chi scrive pare che l'argomentazione del giudice sia affetta da un grave vizio logico. Nel momento in cui la finalità della norma viene ricavata dalla norma stessa è evidente che essa risulti coerente rispetto alle finalità così ricavate. Questo corto circuito logico di fatto cancella il

controllo sulla ragionevolezza della diversità del trattamento; il parametro costituzionale ne risulta completamente tagliato fuori e l'apprezzamento della ragionevolezza diventa autoreferenziale e potenzialmente idonea a giustificare qualunque trattamento discriminatorio.

Comunque, in base a queste motivazioni il giudice ritiene che l'art. 172 del codice civile non sia costituzionalmente illegittimo e rigetta l'*amparo* richiesto.

Non diverse sono le ragioni si poggia anche la pronuncia d'appello della *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F*, anche se occorre sottolineare che la pronuncia nel suo complesso risulta sicuramente meglio argomentata. Il giudice afferma che, in conformità con quanto previsto dall'art. 19 della Costituzione, una coppia omosessuale può, ad esempio, decidere di convivere stabilmente in quanto tale convivenza attiene alla sfera privata. Cosa diversa è però il matrimonio che *«trascende la sfera intima dei coniugi»* e, benché l'ordinamento non definisca cosa si intende per matrimonio, tale definizione è inutile in quanto *«è sottinteso che il diritto positivo fa propria una realtà accettata universalmente: l'unione intersessuale»*.

Pur riconoscendo *«che nella cultura contemporanea gli omosessuali sono stati tradizionalmente discriminati da un punto di vista sociale per il loro orientamento sessuale in un contesto di violenza nei loro confronti»*, il giudice nega, con un'argomentazione invero formalistica, che la proibizione del matrimonio sia un atto discriminatorio nei confronti degli omosessuali poiché *«l'orientamento sessuale»* del singolo *«non rientra tra i requisiti richiesti per il matrimonio. Ciò che l'omosessuale non può fare, per ragioni legali, è contrarre matrimonio con una persona del suo stesso sesso»*. A convalidare la tesi circa la non discriminazione del divieto di accedere all'istituto per le coppie omosessuali vengono ribadite le argomentazioni già espresse nella sentenza di primo grado circa la diversità dei presupposti che giustifica il trattamento difforme in quanto

è interesse dello Stato *«privilegiare le unioni che abbiano come fine la continuazione della specie, servano per la procreazione e forniscano una base alla famiglia»*. Tali considerazioni nell'argomentare del giudice non sembrano però avere un valore assoluto e immutabile in quanto afferma che *«è indubbio che la legge, nel fissare le condizioni richieste per contrarre matrimonio, fa proprie valutazioni socioculturali ovviamente condivise dalla comunità in un'epoca determinata»*. A confermare questa contestualizzazione sociale del matrimonio sono poi gli esempi che il giudice porta di casi in cui è fatto divieto di matrimonio: tra consanguinei e affini o nel caso in cui esista già un rapporto matrimoniale. Anche in questi casi, come per l'omosessualità, non si ha discriminazione poiché si tratta di *«valutazioni di ordine pubblico familiare che corrispondono a tradizioni secolari come nel caso del divieto di incesto o della monogamia»*. Questi ultimi passaggi sono particolarmente interessanti in quanto il giudice sembra far propria un'argomentazione tipica di un'interpretazione di stampo progressista che non considera il matrimonio un istituto di carattere naturale ed immutabile, ma lo fa solo per ribadire che il contesto sociale non è mutato (o comunque non lo è ancora in una misura tale da superare una tradizione secolare) e quindi il diverso trattamento ne è in un qualche modo il riflesso.

Non stupisce quindi che il giudice liquidi in poche parole l'allegazione (da parte di un *amicus curiae*) di pronunce straniere che riconoscono la legittimità dei matrimoni omosessuali. Sul punto la Corte si limita ad osservare che *«altre sentenze straniere sono giunte a conclusioni opposte»*.

Per quel che riguarda il rigetto della questione relativa al contrasto tra l'art. 172 c.c. e le Carte internazionali che in virtù dell'art. 75, n. 22 hanno assunto rango costituzionale, la pronuncia d'appello si basa su due distinte ragioni. Essa infatti, da un lato, ricalca quella di primo in quanto basata sulle stesse ragioni di carattere letterale – l'uso già visto

della congiunzione “y” – che consentono al giudice di ritenere che tali documenti internazionali vadano interpretati come riferiti ai soli matrimoni eterosessuali anche se la corte sui sente in dovere di aggiungere che questo avviene «sebbene non si specifichi che la locuzione ha il significato di sposarsi “tra loro”». Dall’altro lato, la Corte aggiunge una considerazione che rimanda alla volontà del legislatore concreto osservando che «*se si ha riguardo alle date in cui furono firmati questi trattati, vedremo che all’epoca non si ponevano ancora questo tipo di questioni*».

5. L’accoglimento dell’*amparo* e la dichiarazione di illegittimità costituzionale (il caso Freyre)

Dopo altri due tentativi infruttuosi¹⁹ il movimento omosessuale cambia in parte la sua strategia. Pur continuando a presentare richieste di *amparo* a seguito del rifiuto da parte degli uffici di dar corso a pratiche matrimoniali, non si rivolge più ai giudici nazionali, ma ai giudici locali²⁰ mettendo in atto delle pratiche di c.d. *forum*

¹⁹ Si tratta dell’*amparo* richiesto da Alejandro Vannelli e Ernesto Larrese – presentato nel giugno 2007, respinto per motivi formali, era giunta all’attenzione della Corte suprema che ha ritenuto cessata la materia del contendere per il sopraggiungere della legge sul *matrimonio igualitario* – e di quello presentato da Martín Peretti Scioli e Oscar Marvich nel febbraio 2008, negato sia in primo grado che in appello.

²⁰ Sul territorio di Buenos Aires operano tre distinti livelli di giurisdizione: quello federale, quello nazionale e quello locale. Nella restante parte del Paese, come accade di solito negli Stati federali, i livelli di giurisdizione sono due: uno federale e l’altro provinciale. A loro volta all’interno delle singole giurisdizioni si distinguono diverse tipologie di organi giudiziari individuabili in base a due criteri di applicazione congiunta e che riguardano il grado di giudizio in cui operano e l’ambito materiale di competenza. Per un quadro sintetico della compessa organizzazione giurisdizionale argentina v. DÍAZ RICCI, *Un código procesal constitucional y algunos problemas de la*

*shopping*²¹ vale a dire pratiche assolutamente legali che, sfruttando lacune o incertezze interpretative delle disposizioni sulla competenza, sono volte a far sì che la decisione sia presa da giudici considerati più propensi ad accogliere le istanze fatte valere da chi mette in atto tale pratica²².

Come premessa della modifica dell'organo giurisdizionale, muta anche il soggetto convenuto: non più il *Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas*, ma il Governo della città di Buenos Aires da cui dipende l'ufficio il cui atto si presume abbia menomato i diritti dei ricorrenti.

La prima azione di *amparo* presentata dai signori Alejandro Freyre e José María Di Bello presso il giudice locale ottiene l'esito sperato dai ricorrenti.

Nella sentenza del 10 novembre 2009 il giudice, dopo aver motivato la sua competenza e l'ammissibilità della domanda d'*amparo*²³, respinge l'obiezione del convenuto secondo cui la richiesta degli attori mirava ad aggirare il potere di modificare il codice civile che è prerogativa che la Costituzione attribuisce al Parlamento e non al potere giudiziario. Il giudice supera l'obiezione su una presunta violazione del principio della separazione dei poteri osservando che escludere la giustiziabilità delle decisioni parlamentari inciderebbe sul principio costituzionale

jurisdicción constitucional en Argentina, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2005, 72 ss.

²¹ In questo senso CAPARROZ, *Una nueva sentencia que 'autoriza' un matrimonio homosexual sin existir competencia judicial*, ..., 7 aprile 2010 e GRACIA ANDÍA, *Disadvantaged groups, the use of courts and their impact: a case study of legal mobilization in Argentina*, Law, Policy, and Society Dissertations. Paper 23, 2011, 200 s. <http://hdl.handle.net/2047/d20000898>

²² Sul *forum shopping* nell'ordinamento argentino, v. SLONIMSQUI, *Forum Shopping*, Buenos Aires, 2008.

²³ In questo gruppo di casi tale profilo è spesso oggetto di contestazione da parte del convenuto che ritiene lo strumento non idoneo a decidere controversie complesse.

secondo cui i singoli poteri trovano un necessario limite proprio nel rapporto con gli altri poteri; per altro verso, a sposare la tesi del ricorrente si lascerebbero le minoranze prive di protezione e in balia dei voleri della maggioranza, incidendo così su *«una condizione basilare per la società democratica, quale è la coesistenza sociale pacifica»*.

Esauriti questi aspetti pregiudiziali, il giudice passa ad esaminare la questione nel merito attraverso un percorso abbastanza lineare consistente nell'accertamento della situazione di disuguaglianza (e dell'entità della disuguaglianza stessa) e, dopo averla accertata, nel valutare se essa ha un fondamento che la renda costituzionalmente ammissibile oppure non sia da considerare come una forma illegittima di discriminazione a cui conseguirebbe inevitabilmente la concessione dell'*amparo*.

Il giudice inizia quindi con l'analizzare le differenze esistenti tra le coppie sposate e quelle non sposate. E lo fa evidenziando i diritti che l'ordinamento riconosce a seguito del legame matrimoniale²⁴ e il notevole rilievo che essi assumono per una coppia che mira ad un rapporto stabile. Ciononostante, queste differenze possono apparire poco significative se comparate «con la trascendencia pública que conlleva el matrimonio, la celebración del compromiso asumido y el respeto moral por la decisión de cada uno, incluso si los otros emplean un esquema ético distinto en sus propias vidas». Questo rilievo dato alla considerazione sociale del matrimonio e alle ripercussioni che la sua negazione ha per l'uguaglianza e la dignità delle persone è solo un primo accenno di quanto verrà sviluppato nella restante parte della sentenza.

Il giudice quindi afferma che il principio di uguaglianza previsto dall'art. 16 Cost. non può essere inteso come una

²⁴ A titolo di esempio ne elenca alcuni «ventajas tributarias a la pareja – y a sus miembros considerados individualmente –, derechos de herencia y pensiones, privilegios testimoniales, beneficios en políticas migratorias, capacidad de decidir por otro en situaciones de imposibilidad, entre muchas otras».

giustificazione di un trattamento giuridico differenziato solo perché diversa è la situazione di fatto sottostante, ma occorre verificare che questo trattamento disuguale non sia discriminatorio. Il giudice richiama, facendola propria, un'opinione concorrente²⁵ del giudice della Corte suprema Petracchi che, nel 2000, sottolineava come l'art. 16 Cost. non abbia impedito che in passato si ritenessero legittime leggi che oggi consideriamo discriminatorie per ragioni di sesso quale, ad esempio, quella che negava il voto alle donne. La concezione di uguaglianza (e di disuguaglianza) muta nel tempo e quindi non è possibile definirla una volta per tutte.

L'esistenza di un principio di uguaglianza si ricollega all'esistenza di un diritto ad una propria personalità ed è compito dello Stato garantire questo diritto che si configura come un vero e proprio diritto ad essere diversi. In questo senso va quindi letto il Preambolo della Costituzione di Buenos Aires che riconosce «*la identidad en la pluralidad*». Il giudice, riprendendo quasi letteralmente (pur senza citarla in questo passaggio della sentenza) una pronuncia della Corte suprema del 2006²⁶, sottolinea come il diritto alla differenza è connaturato allo stato democratico e che l'art. 19 Cost. (che ai principi democratici e liberali è ispirato), nel riconoscere la libertà dei singoli, ne garantisce il diritto alla differenza. Ben più esplicita della Costituzione federale è, anche in ragione della diversa epoca in cui fu

²⁵ *González de Delgado, Cristina y otros v. Universidad Nacional de Córdoba* (Fallos 323:2659)

²⁶ Si tratta della sentenza *Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/ Inspección General de Justicia* (Fallos 329:5266) in cui la Corte cassò con rinvio la pronuncia di un giudice che aveva negato il diritto dell'associazione ricorrente ad ottenere il riconoscimento giuridico. Quella della Corte suprema è una sentenza che, sia per la tematica di fondo (il riconoscimento di un diritto di una minoranza sessuale), sia per alcuni principi che ne sono alla base (uguaglianza e dignità umana), sia per lo svolgimento argomentativo, è presa in grande considerazione nella pronuncia che qui si commenta che in più punti la richiama esplicitamente.

redatta, quella della Città di Buenos Aires il cui art. 11, richiamando nella sua formulazione l'art. 3 della Costituzione italiana, stabilisce:

«Tutti hanno pari dignità e sono uguali davanti alla legge.

È riconosciuto il diritto alla diversità, non ammettendosi discriminazioni che abbiano come obiettivo la segregazione per ragioni o a pretesto di razza, etnia, genere, orientamento sessuale, età, religione, ideologia, opinione, nazionalità, caratteri fisici, condizione psicofisica, sociale, economica o qualunque altra circostanza che implichi distinzione, esclusione, restrizione o riduzione.

La Città promuove la rimozione degli ostacoli di qualunque ordine che, limitando di fatto l'uguaglianza e la libertà, impediscono il pieno sviluppo della persona e l'effettiva partecipazione alla vita politica, economica e sociale della comunità».

La lista riportata nel c. 2 non è certo esaustiva delle ragioni che possono essere alla base di illegittime differenze di trattamento giuridico, ma costituisce una preziosa base per l'interprete. In questi casi, secondo la giurisprudenza della Corte suprema²⁷ richiamata nella sentenza in commento, si ha una sorta di presunzione di illegittimità, con inversione dell'onere della prova e sua sottoposizione a uno «*escrutinio estricto*» in cui bisognerà valutare sia i fini che il legislatore si è proposto di raggiungere che i mezzi con cui

²⁷ In particolare la sentenza *Pedro Cornelio Federico Hooft c/ Provincia de Buenos Aires* (Fallos 327:5118) in cui la Corte suprema giudica di una discriminazione subita da un cittadino naturalizzato che si era visto negare l'accesso ad un impiego pubblico che per legge era riservato ai cittadini argentini per nascita. In questo caso la Corte nell'affermare la presunzione di illegittimità per contrasto con alcune carte internazionali aventi rango costituzionale richiama in modo generico la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 14 CEDU e la sentenza *Oakes* della Corte suprema canadese.

l'ha fatto. I primi dovranno essere «*sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes*» mentre per i secondi «*non sarà sufficiente una generica “adeguatezza” ai fini, bensì sarà necessario valutare se li promuovono effettivamente e, inoltre, se non esistono altre soluzioni meno restrittive dei diritti in gioco rispetto a quelle previste nella disciplina esaminata*». Nel caso di specie gli argomenti addotti dal resistente si sono rivelati scarsi e generici e quindi non in grado di superare il test.

La materia è però di quelle estremamente delicate e il giudice pensa bene di rafforzare ulteriormente la decisione attraverso il ricorso ad esempi provenienti dall'esperienza storica. Dapprima elencando alcune situazioni straniere in cui le restrizioni poste dalla legge al diritto di contrarre matrimonio ci appaiono come un chiaro segno di discriminazione: dalla Germania nazista in cui nel 1935 è stato vietato il matrimonio tra ebrei e ariani, agli Stati Uniti ove, fino alla sentenza *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1, 1967)²⁸, limitazioni del diritto al matrimonio hanno colpito neri, asiatici e nativi. In seguito ricostruisce i mutamenti che il matrimonio e l'istituto familiare hanno subito nei due secoli di storia argentina: la secolarizzazione del matrimonio (1888), la lenta ma progressiva equiparazione dei coniugi, l'altrettanto lenta equiparazione tra figli legittimi e figli naturali e il divorzio, istituto che è stato disciplinato dalla legge solo dopo essere stato riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte suprema nel citato caso *Sejean*. Questi mutamenti storici intervenuti in Argentina dimostrano, da un lato, che non esiste un significato «*natural o recto*» dell'istituto matrimoniale e, dall'altro, che gli allarmi di coloro che prima di ogni riforma presagivano la fine dell'istituto e perfino la disintegrazione sociale si

²⁸ Su cui v. in questa rivista FASONE, *Il same-sex marriage dinanzi alle corti supreme degli Stati Uniti: dall'argomento originalista all'interpretazione evolutiva, attraverso la valorizzazione del dato sociologico*.

sono rivelati infondati. Il matrimonio infatti non sembra aver esaurito «*ni su fuerza ni su evolución*».

Terminata questa lunga parentesi, in cui non si trascura di affrontare il rapporto tra Stato e credenze religiose, il magistrato torna a svolgere l'argomentazione principale legata al principio di uguaglianza e di non discriminazione e al rispetto della dignità umana.

Il giudice fa una rapida rassegna delle disposizioni della Costituzione federale, di quella cittadina e delle Carte internazionali di rango costituzionale con cui, «*ad un primo esame letterale*», sarebbero in contrasto gli artt. 172 e 188 c.c.

La sentenza richiama quindi le già viste differenze – «*cuantitativos monetarios*» e «*cualitativos de respeto social*» - tra la situazione della coppia attrice e una coppia eterosessuale e ribadisce che esse non sono illegittime in astratto, ma lo diventano se concretamente ispirate da una considerazione degli esclusi come «*seres humanos menos valiosos*». La diffusione del sentimento omofobico viene dapprima affrontata in un contesto planetario riportando i dati di un rapporto dell'*International Lesbian and Gay Association* secondo cui nel 2007 in 85 Paesi membri delle Nazioni unite esistevano leggi che prevedono sanzioni penali per i rapporti sessuali tra adulti dello stesso sesso consenzienti. A fronte di questi dati il giudice completa il quadro con i Paesi – decisamente meno numerosi – che di recente hanno riconosciuto il matrimonio omosessuale o in cui sono stati introdotti istituti che volti al riconoscimento alle coppie omosessuali di alcuni o tutti i diritti attribuiti dal matrimonio. È interessante notare che, come aveva già fatto in precedenza a proposito dell'introduzione del divorzio nell'ordinamento argentino, la sentenza sottolinea che in alcuni casi (Massachussetts, California²⁹, Sudafrica) le modifiche legislative volte ad un riconoscimento delle coppie omosessuali sono avvenute per impulso

²⁹ Su cui v. FASONE, *op. cit.*

giurisprudenziale. Il giudice passa quindi a considerare come il disprezzo verso l'omosessualità non sia assente neppure all'interno del Paese ed il giudice ne ricava i sintomi da alcuni atteggiamenti sociali e soprattutto linguistici, dall'uso di certi appellativi per indicare la persona omosessuale che risultano lesive della sua dignità. Il giudice sottolinea come l'omofobia sia solo una delle fobie sociali e come i suoi meccanismi d'azione siano gli stessi del razzismo: identificazione di esseri considerati inferiori che *«presuppone e produce un terreno d'azione in cui viene stabilita la differenza»* e che, nelle fantasie del razzista o dell'omofobo, è vissuta come un pericolo per la propria integrità. Inoltre, nelle parole del giudice, *«l'omofobia di solito è dissimulata dietro il discorso sulla tolleranza»* poiché si può tollerare solo chi viene definito in termini di contrapposizione. Il rafforzamento del principio democratico fa sì che l'omosessualità sia tendenzialmente tollerata purché le sue manifestazioni siano limitate alla sfera privata. La tolleranza non è quindi sufficiente e *«non realizza le rilevanti esigenze ugualitarie presenti nel nostro quadro costituzionale»*. Dalle disposizioni della Costituzione di Buenos Aires emerge come l'orientamento sessuale non sia un terreno su cui si possano legittimamente esprimere giudizi di valore. Citando Adorno, il giudice ribadisce l'importanza della libertà e della dignità umana e il ruolo rilevante della giurisprudenza affermando che *«un obiettivo importante a cui può tendere una decisione giudiziaria è il riconoscimento pubblico dell'esistenza della disapprovazione [sociale] e della sofferenza inflitta, e l'illiceità delle discriminazioni che su di essa si basano»*. Trattandosi di un giudizio su un caso concreto, il giudice poi affronta le eventuali responsabilità del convenuto ritenendo che il Governo della città non avrebbe potuto comportarsi diversamente dato che gli ostacoli che impediscono *«il pieno sviluppo della persona e l'effettiva partecipazione alla vita politica, economica e sociale della comunità»* (art. 11 Cost. BA) erano, in questo caso, previsti

da una legge che l'ufficio non ha il potere di disapplicare. Al tempo stesso però il giudice respinge le obiezioni del convenuto secondo cui la coppia attrice avrebbe potuto far ricorso all'unione civile prevista dalla legislazione cittadina e lo fa, sia pure in modo più succinto, con le stesse argomentazioni usate nel valutare le differenze tra la condizione di coniugi e quella di persone non sposate: l'unione civile infatti, oltre a garantire minori diritti rispetto al matrimonio, «*in termini simbolici, risulta sicuramente insufficiente poiché la mera conservazione di un regime esclusivo per le coppie eterosessuali rafforza lo stereotipo, il biasimo e la mancanza di approvazione e di riconoscimento delle differenti sessualità*». Il giudice accoglie così pienamente le istanze poste alla base della lotta del movimento omosessuale argentino e riassumibili nello slogan usato per la loro campagna: «*los mismos derechos con los mismos nombres*».

In base a queste motivazioni, concede l'*amparo* e dichiara l'illegittimità cost. degli artt. 172 e 188 c.c.

La decisione da parte della Città di Buenos Aires di non impugnare la sentenza ha stimolato l'attivismo giudiziario di alcune associazioni cattoliche che hanno chiesto l'annullamento della decisione per incompetenza e la sospensione cautelare dell'efficacia della sentenza³⁰. Tale sospensione è stata accordata con due distinte pronunce: la prima del *Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n. 85* del 30 novembre 2009 e la seconda della *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil – Sala E* del 1° dicembre 2009³¹. Anche se, al termine di una vicenda molto

³⁰ Critica sia nei confronti del Governo della città che dei ricorrenti avverso la sentenza, della cui legittimazione dubita, è MEDINA, *Un juez no puede condenar a que se cambie el concepto de matrimonio*, in *La Ley*, 2010-A, 1233.

³¹ A loro volta queste pronunce hanno dato luogo a due ricorsi davanti al *Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación* promossi da Rachid Maria de la Cruz (nella sua qualità di Presidente della FALGBT) contro i giudici che avevano deliberato le suddette

complessa, il 28 dicembre gli attori riuscirono a celebrare il loro matrimonio nella cittadina di Ushuaia situata nella Provincia Tierra de Fuego. Tale matrimonio fu però dichiarato nullo e una sorte simile toccò ad altri matrimoni che si svolsero a seguito di altre pronunce di *amparo*³².

6. L'accoglimento dell'*amparo* senza la dichiarazione di illegittimità costituzionale (il caso Bernath)

L'atteggiamento più accomodante del Governo della Città di Buenos Aires è evidente anche in caso di poco successivo. Si tratta della sentenza di *amparo* resa il 22 febbraio 2010 dal *Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario n. 4 de la Ciudad de Buenos Aires* nel caso *Bernath, Damián Ariel y Otros c/G.C.B.A. s/Amparo (Art. 14 C.C.B.A.)*. In questo caso infatti il convenuto non ha contestato la competenza del giudice adito, anzi sul punto ha concordato con la parte attrice e si è limitato a rilevare come nel caso Freyre il *Poder Judicial Nacional* abbia assunto una posizione radicalmente diversa da quella del giudice locale e, verosimilmente, questo sarebbe accaduto anche in altri casi simili. La parte convenuta neppure ha sostenuto, come aveva fatto nel caso Freyre, che una eventuale pronuncia di illegittimità costituzionale sarebbe stata contraria al principio della separazione dei poteri. Si è

sospensioni cautelari. Tali controversie sono state decise con le *Resoluciones* 400/10 e 466/10 che ha respinto i ricorsi.

La *Resolución* 400/10 ha deciso anche altri due ricorsi contro lo stesso giudice del *Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n. 85* presentati da Elena A. Liberatori giudice del *Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario n. 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, a seguito della dichiarazione di nullità di due matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati a seguito della concessione dell'*amparo* da parte del magistrato ricorrente.

³² Dà conto di vari casi BASSET, *Estudio sobre algunos aspectos relativos al reclamo de reforma en torno al matrimonio*, in *Revista Jurisprudencia Argentina*, 4-8-2010.

limitata ad affermare che l'ufficio di stato civile non avrebbe potuto agire in modo diverso poiché è obbligato a rispettare la legge e solo il giudice può prescrivere un comportamento diverso.

Venendo alla parte in diritto, essa è formata per i suoi primi tre quinti esclusivamente da citazioni – testuali o con lievissime modifiche di carattere lessicale – della pronuncia sul caso Freyre. È interessante la comparazione sinottica tra le due pronunce perché permette di apprezzare bene le differenti sensibilità dei due giudici. Quello del caso Freyre sembra essere più attento alle ricadute sociali, anche solo simboliche, del divieto di matrimonio omosessuale. Quando ad esempio le due pronunce si soffermano sulle differenze esistenti tra le coppie omosessuali, cui è negato il matrimonio, e quelle eterosessuali, che possono invece accedervi, il primo giudice evidenzia due ordini di differenze: uno in termini di minori diritti (quelli che conseguono in modo automatico dal contratto matrimoniale) e l'altro sul piano simbolico, di riconoscimento sociale. Il giudice del caso Bernath invece si limita a riportare il primo ordine di differenze omettendo il secondo (che viene invece ripreso poi in una citazione testuale di un altro passaggio in cui il giudice del caso Freyre tornava sulla questione).

Il secondo giudice mostra anche una minore attenzione alla ricostruzione storica. Nella pronuncia sul caso Bernath manca completamente la parte centrale della prima sentenza in cui il giudice si soffermava, sia sulle limitazioni matrimoniali cui erano stati soggetti alcuni gruppi etnici nella Germania nazista e negli Stati Uniti, sia sulla ricostruzione dell'evoluzione storica del concetto di famiglia e di matrimonio nell'ordinamento argentino e da cui il primo giudice faceva discendere la constatazione dell'inesistenza di un concetto naturale e immutabile di matrimonio.

Quella sul caso Bernath è una pronuncia complessivamente meno ricca e di minore respiro che viene in considerazione

in queste pagine esclusivamente per la sua parte finale. Date le premesse, ricalcate come si è detto sull'altra sentenza, ci si sarebbe aspettato che il giudice giungesse alle stesse conclusioni e invece non è così. Il magistrato infatti concede sì l'*amparo*, ma respinge la prospettata incostituzionalità degli artt. 172 e 188 del c.c. L'argomentazione, sul punto abbastanza articolata, non pare però convincente. In sintesi il giudice opta per un'applicazione analogica delle disposizioni del codice civile alle coppie omosessuali. A supporto di tale conclusione vengono riportate una serie di argomentazioni diverse. In primo luogo, l'art. 10 della Costituzione della città di Buenos Aires secondo cui *«i diritti e la garanzie non possono essere negati o limitati per omissione o insufficienza della disciplina e questa non li può circoscrivere»*. In secondo luogo, una ricostruzione del ruolo del giudice che deve calare nella realtà quotidiana in perenne mutamento un diritto scritto il cui adeguamento alla realtà sociale è necessariamente più lento; un adeguamento che, nel caso di specie, il giudice sottolinea che era in corso al momento della pronuncia essendo in discussione alle camere il progetto di legge sul *matrimonio igualitario*. Lo strumento per tutelare il diritto anche di fronte all'omissione o ai ritardi (fisiologici o meno) del legislatore il giudice lo trova nell'art. 16 c.c. secondo cui *«se una questione di diritto civile non può essere risolta ricorrendo alla lettera o allo spirito della legge, si farà riferimento ai principi di leggi analoghe; e se la questione fosse ancora incerta, si risolverà facendo uso dei principi generali del diritto, tenendo in considerazione le circostanze del caso»*. Non si può non notare che nel caso di specie le conclusioni del giudice portano ad una evidente forzatura nell'applicazione dell'argomento analogico che capovolge la lettera stessa della disposizione sul presupposto – errato a parere di chi scrive – che la disposizione non individui la diversità di sesso come un requisito per contrarre il matrimonio. L'art. 10 della Costituzione della città avrebbe

potuto essere agevolmente applicato facendo ricorso alla dichiarazione di illegittimità costituzionale delle disposizioni del codice civile.

7. Considerazioni conclusive

Volendo individuare degli elementi di sintesi, non si può non rilevare come le sentenze viste sopra presentino, a due a due, degli elementi comuni che certo in parte dipendono da un collegamento esistente tra loro – la seconda è la pronuncia di appello nei confronti della prima, mentre la quarta riprende testualmente una parte consistente della terza – ma che, per altro verso, pare di poter affermare sia legata anche all'esito dell'*amparo*.

Le prime due sono sentenze brevi. Le citazioni sono poco numerose e limitate alla dottrina argentina, così come estremamente parco è il richiamo alla giurisprudenza della Corte suprema.

Inoltre, le prime due pronunce, sia pure con sfumature diverse, danno dell'istituto matrimoniale una lettura su cui incide in modo determinante il peso della tradizione. Così come, quando si tratta di interpretare norme di rango costituzionale – vale a dire, in questo caso concreto, le carte internazionali dei diritti – adottano un'interpretazione letterale e, nel caso della pronuncia d'appello, si rifanno a quella che si presume essere la volontà del legislatore concreto. Tutte tecniche argomentative e interpretative cui si fa ricorso in caso di pronunce di stampo conservativo di un ordine preesistente.

Ben più ampie sono le altre due sentenze (e la terza in particolare). Questo è comprensibile in quanto, mentre le prime due confermavano lo *status quo*, le altre – e la terza in particolare, sia per essere la prima a concedere l'*amparo*, sia per la dichiarazione di illegittimità costituzionale in essa contenuta – si caratterizzano per un forte grado di innovatività. Per limitarsi alla sentenza Freyre, occorre

sottolineare come sia molto ricco l'apparato di citazioni, non limitato alla dottrina giuridica, ma estesa alla sociologia, alla filosofia e finanche alla narrativa³³. Numerosissime sono anche le citazioni della giurisprudenza argentina e, come è ovvio, in particolare quelle della Corte suprema. Per quel che riguarda il diritto straniero, vi sono riferimenti storici alla legislazione della Germania nazista, a quella degli Stati Uniti e un quadro generale sul riconoscimento dei diritti al matrimonio e ad altre forme di unione nel panorama mondiale; Per quel che riguarda la giurisprudenza straniera si trovano riferimenti a alla giurisprudenza statunitense (federale e statale) e a quella sudafricana. È però importante sottolineare che, al contrario di quel che accade nelle sentenze sul caso Rachid de la Cruz, i riferimenti che si trovano nella sentenza Freyre non sempre sono finalizzati a rafforzare le ragioni fatte proprie dal giudice; ma in alcuni casi la citazione è volta a stigmatizzare in modo deciso alcuni atti giuridici risalenti – pensiamo alla legislazione discriminatoria nazista, alla sentenza *Dred Scott*³⁴ della Corte suprema statunitense o alla sentenza Lanteri de Renshaw (Fallos 154:289) della Corte suprema argentina che confermava il divieto di voto alle donne – o comunque in chiave di contrapposizione dialettica, come nel caso dei riferimenti a parte della dottrina civilistica argentina contemporanea.

Passando alle tecniche argomentative e interpretative, le ultime due pronunce sono centrate essenzialmente su argomentazioni di carattere evolutivo che trovano sostegno nel dato sociologico e storico. Inoltre privilegiano un'interpretazione sistematica da cui, in virtù del ruolo centrale che in esse svolge il principio di uguaglianza modellato su una grande sensibilità verso la dignità della persona umana, fanno discendere conseguenze fortemente innovative.

³³ Si citano tra gli altri Gilles Deleuze, Hannah Arendt, Theodor Adorno e finanche Honoré de Balzac.

³⁴ *Dred Scott v. Sandford*, (60 U.S. 393, 1857)

Come era prevedibile e come è confermato anche dai contributi riguardanti altri ordinamenti, in questioni particolarmente controverse che affondano le loro radici nei mutamenti sociali, il legame tra i vari tipi di interpretazione dei testi (costituzionali e legislativi) e le argomentazioni usate, da un lato, e il dispositivo, dall'altro, emerge con una lampante chiarezza.

SAME-SEX MARRIAGE: IL CASO PORTOGHESE

Elena Sorda

*Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico Comparato
nell'Università di Siena*

Recentemente il Tribunal Constitucional lusitano è stato chiamato a pronunciarsi in merito alla legittimità costituzionale del matrimonio fra persone dello stesso sesso.

Nel 2009 la Corte è stata adita in occasione di un ricorso in concreto sollevato da due donne che hanno contestato la legittimità del coniugio tradizionale, sostenendo che fosse discriminatorio.

Nel 2010 il giudice è invece stato chiamato a pronunciarsi con un ricorso in via preventiva sollevato dal Presidente della Repubblica.

Punto centrale di entrambe le pronunce è il riconoscimento della possibilità di estendere il diritto a contrarre matrimonio anche alle persone dello stesso sesso, lasciando però la valutazione sull'opportunità di tale scelta al legislatore.

Recently the Portuguese Tribunal Constitucional was asked to express a verdict on the constitutional legitimacy of same-sex marriages.

In 2009 the Court had to rule on the appeal filed by two women who contested the legitimacy of traditional same-sex marriages and claimed that they were discriminatory.

In 2009 the Constitutional Judge responded to an appeal by the President of the Republic.

A central point of both deliberations is the Tribunal's recognition of the possibility to extend the right of marriage to individuals of the same sex. However, the legal implementation of such right rests on the legislator.

Sommario

1. Contesto normativo: la famiglia e il matrimonio nella Costituzione portoghese e la disciplina delle unioni di fatto
2. La giurisprudenza del *Tribunal Constitucional*: la sentenza 359/2009
3. *Segue*. La giurisprudenza del *Tribunal Constitucional*: la sentenza 121/2010
4. Conclusioni

1. Contesto normativo: la famiglia e il matrimonio nella Costituzione portoghese e la disciplina delle unioni di fatto

Il tema delle unioni omosessuali riveste nell'attualità una rilevanza particolare, non solo per la recente sentenza della Corte costituzionale italiana che nel 2010 si è espressa in materia dichiarando non illegittima l'assenza del matrimonio omosessuale nell'ordinamento italiano¹, ma anche per la disciplina che tale fenomeno sta ricevendo a livello comparato, nonché per le rilevanti sentenze che le Corti di diversi Paesi hanno pronunciato negli ultimi anni in questo frangente, come si avrà modo di vedere anche solo leggendo il presente numero di *Ianus*.

Il Portogallo, anche in conseguenza di due importanti sentenze in tema di *same-sex marriage* emesse dal *Tribunal Constitucional*, nel 2010 ha visto l'entrata in vigore della legge che disciplina il matrimonio fra persone dello stesso sesso. Prima di analizzare in concreto le pronunce del giudice lusitano, appare necessario esaminare brevemente la tutela riconosciuta dalla Costituzione portoghese alla famiglia e al matrimonio, oltre alla disciplina sulle unioni di fatto introdotta nel 1999 e modificata nel 2001².

Il primo articolo della carta fondamentale da analizzare è il 36, collocato nel Titolo II, relativo a «*diritti, libertà e garanzie*». Al suo interno non viene data una definizione di "famiglia" o di "matrimonio", ma ci si limita a individuarne la disciplina fondamentale. Il punto forse più rilevante è dato dal comma 1 che recita «*todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade*»: pressoché unanime è l'opinione che con questa disposizione il costituente abbia voluto strutturare il diritto a costituire una famiglia in modo autonomo rispetto a quello a contrarre matrimonio, riconoscendo così

¹ Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138.

² Per una rapida panoramica sulla Costituzione portoghese si veda MIRANDA, *A originalidade e as principais características de Constituição portuguesa*, in *Cuestiones Constitucionales*, num. 16, 2007, 253.

un'apertura verso la tutela giuridica di forme di unione familiare non necessariamente fondate sul vincolo matrimoniale. Dalla lettera dell'art. 36 emerge inoltre che i coniugi sono posti in posizione di uguaglianza a livello di diritti e doveri sia sul piano civile che rispetto all'educazione dei figli (commi 1, 3 e 5), che spetta alla legge regolare le modalità e gli effetti dello scioglimento del matrimonio (comma 2), che i figli naturali hanno gli stessi diritti rispetto a quelli nati da genitori sposati e che è quindi vietata ogni forma di discriminazione in merito (comma 4), che la prole non può essere separata dai genitori salvo gravi carenze da parte di questi (comma 6), infine che la legge disciplina l'istituto dell'adozione e che lo Stato ha l'onere di garantire la celerità nell'adempimento delle relative procedure (comma 7).

L'altra sede in cui la Costituzione portoghese disciplina la materia in esame è l'art. 67, collocato nel Titolo III dedicato a «*diritti e doveri economici*». In tale disposizione si individuano con maggior precisione gli ambiti nei quali è previsto l'intervento dello Stato a tutela della famiglia (senza però fare riferimento alcuno al matrimonio). Rispetto alla norma prima richiamata questa presenta una minore incisività, non solo perché le disposizioni collocate nel Titolo II sono direttamente applicabili e vincolano soggetti pubblici e privati, ma anche perché sono fra quelle non suscettibili di revisione costituzionale³. Tuttavia, a differenza della disposizione precedente, questa volta si dà una definizione del concetto di famiglia, presentata come «*elemento fondamentale della società*»; seguono l'enucleazione degli oneri statali per la tutela della stessa, fra cui si possono richiamare l'assistenza per l'educazione dei figli, la garanzia dell'esercizio dei diritti e del rispetto della libertà individuale, gli aiuti economici, la regolamentazione della procreazione assistita nel rispetto della dignità umana. Gli articoli successivi si concentrano

³ Così dispone l'art. 288 lett. d) della Costituzione portoghese, all'interno del quale sono elencati i «*limites materiais da revisão*».

invece su aspetti più specifici, quali la tutela di maternità e paternità, o la protezione di infanti, giovani, anziani o soggetti con disabilità⁴.

Come si è avuto modo di rilevare, la Costituzione lusitana riconosce tanto il diritto a contrarre matrimonio, quanto quello - autonomo rispetto al precedente - a formare una famiglia. Nell'alveo di questa tutela il legislatore è stato dunque indotto a introdurre una specifica disciplina per regolamentare il fenomeno delle unioni di fatto, collegandovi particolari diritti e doveri, nonché individuandone i limiti per la costituzione. È così entrata in vigore la legge 135/1999, del 28 agosto, riservata solo alle coppie eterosessuali. La disciplina da questa prevista è a sua volta stata integrata e parzialmente modificata da altri due atti normativi: la *lei* 6/2001, relativa all'«economia comune» (cioè che regola i rapporti esistenti fra coppie di conviventi sotto il profilo economico)⁵, e la *lei* 7/2001, che estende il regime delle unioni di fatto anche agli omosessuali⁶.

L'ordinamento portoghese prevede quindi un'apposita disciplina per i conviventi *more uxorio*: il riconoscimento dell'unione può essere richiesto quando la coppia viva in «condizioni analoghe a quelle dei coniugi» da almeno due anni; l'età minima per iniziare la convivenza è fissata a

⁴ CIAMMARICONI, *Le dinamiche evolutive della tutela giuridica nella famiglia e nel matrimonio nell'ordinamento portoghese*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2010, 676; MADEIROS-MIRANDA, *Constitution et famille(s) - Portugal*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2008, 285.

⁵ Si consideri che l'art. 2 della *lei* 6/2001 definisce come economia comune «*a situação de pessoas que vivam em comunhão de mesa e habitação há mais de dois anos e tenham estabelecido uma vivência em comum de entreatajuda ou partilha de recursos*». Si fa dunque riferimento alla comunione di «tavola e di abitazione», con l'instaurazione di una vita comune basta sull'aiuto reciproco o sulla condivisione dei mezzi.

⁶ Così recita l'art. 1 che individua come obiettivo della legge quello di regolare «*a situação jurídica de duas pessoas, independentemente do sexo, que vivam em união de facto há mais de dois anos*».

sedici anni e non viene ritenuta valida qualora uno dei contraenti (o entrambi) sia incapace di intendere e di volere. È poi necessario che le parti non abbiano alle spalle un matrimonio precedente non ancora sciolto - a meno che i coniugi non siano separati - e che non siano legati da parentela in linea diretta o collaterale o ancora da affinità in linea diretta⁷.

Fra i diritti riconosciuti alle coppie in regime di unione di fatto si può richiamare la possibilità per i soggetti coinvolti di ottenere permessi di paternità o di usufruire delle ferie nello stesso periodo, la facoltà di succedere al convivente in un contratto di locazione o di nominare questi quale destinatario della reversione della pensione, il diritto a ottenere un risarcimento in caso di morte sul lavoro del compagno così come quello a rientrare nell'asse ereditario.

Il regime non ha bisogno di particolari formalità per la sua instaurazione: è infatti sufficiente che i soggetti interessati rilascino una dichiarazione presso una delle *Juntas de Freguesia* perché questa emetta un'attestazione relativa all'esistenza della relazione *more uxorio*, che potrà essere contestata solo per via giudiziaria (tanto da un terzo, quanto da una delle parti). Il rapporto instaurato viene sciolto qualora uno dei conviventi muoia o si sposi; nel caso in cui la fine della relazione dipendesse dalla volontà di uno solo dei membri della coppia, questi è tenuto a richiedere la dichiarazione dello scioglimento dello stesso per via giudiziale attraverso un'azione di accertamento qualora voglia farlo valere per accedere a determinati diritti.

⁷ Sono inoltre presenti quattro casi in cui il rapporto esistente fra persone che vivono sotto lo stesso tetto non può essere ricondotto al regime di comunione economica previsto dalla *ley* 6/2001 (*ex art.* 3, l. 6/2001): la presenza del rapporto di sublocazione o di altre forme contrattuali onerose legate all'alloggio condiviso, l'esistenza di un obbligo di convivenza legato al rapporto di lavoro instaurato fra i soggetti (si pensi a certe forme di collaborazione domestica), la sussistenza di una relazione economica avente carattere prettamente transitorio o ancora la totale dipendenza personale e psichica di uno dei due soggetti, in grado di limitarne la capacità di autodeterminazione.

Un ultimo aspetto che non va tralasciato nell'analisi della disciplina delle unioni di fatto riguarda le limitazioni a cui sono soggette le coppie omosessuali. Sebbene infatti sia stata estesa loro la regolamentazione relativa a siffatto regime giuridico, non va però omissis che a tale categoria di soggetti non è esteso né il diritto all'adozione né quello al ricorso alla procreazione medicalmente assistita⁸.

2. La giurisprudenza del *Tribunal Constitucional*: la sentenza 359/2009

Dopo l'estensione della disciplina sulle unioni di fatto alle coppie omosessuali, il dibattito relativo alla legittimità costituzionale del matrimonio fra persone dello stesso sesso ha acquisito nuova linfa nel 2004 quando, in occasione della sesta revisione della Costituzione portoghese, è stato modificato il testo dell'art. 13, relativo al principio di uguaglianza, introducendo espressamente il divieto di discriminazione in virtù dell'orientamento sessuale⁹. Se da una parte era diffusa l'opinione che, considerando il nuovo testo dell'art. 13.2 in combinato disposto con l'art. 36, non vi fossero più i termini per ritenere legittime le disposizioni del codice civile portoghese che limitavano il diritto a

⁸ Il divieto di ricorso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie omosessuali è previsto dalla l. 32/2006 che disciplina la suddetta materia. CIAMMARICONI, *Le dinamiche evolutive della tutela giuridica della famiglia e del matrimonio nell'ordinamento portoghese*, cit.; MADEIROS-MIRANDA, *Constitution et famille(s) - Portugal*, cit.; GROPPI, *La nouvelle famille*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2007, 549; COSTA, *La cohabitation légale belge et l'union de fait portugaise*, in *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, , 2007, 131.

⁹ Così recita l'art. 13.2: «ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual».

contrarre matrimonio ai soggetti di sesso diverso, non mancavano però giuristi che sostenessero che fosse in ogni caso necessario introdurre un apposito riferimento al coniugio omosessuale nella carta fondamentale portoghese¹⁰.

Nel 2009 il *Tribunal Constitucional* è stato chiamato a pronunciarsi sul tema. Il caso è giunto al giudice di legittimità dopo che, nel febbraio 2006, due donne avevano provato a contrarre matrimonio e, visto il diniego opposto dall'ufficiale civile, avevano presentato ricorso presso il *Tribunal Cível* di Lisbona, dando così il via a una concatenazione di giudizi che hanno coinvolto anche il *Tribunal de Relação* della capitale portoghese e il *Supremo Tribunal de Justiça*, fino ad approdare alla Corte costituzionale lusitana¹¹.

In tale frangente va sinteticamente osservato che nell'ordinamento portoghese il controllo di costituzionalità può essere svolto in concreto o in astratto. Il controllo concreto, che può essere fatto valere solo in via successiva (a differenza di quanto avviene per quello astratto, che può essere svolto *a priori* o *a posteriori*), permette ai giudici comuni di pronunciarsi sulla legittimità delle norme che vengono dedotte nelle controversie sollevate presso di loro. Contro le decisioni emesse da questi ultimi è sempre possibile ricorrere presso il Tribunale costituzionale il quale sarà chiamato a esprimersi solo su quella parte della sentenza del giudice comune relativa alla legittimità o illegittimità delle disposizioni (non potrà quindi esprimersi sul merito della questione). Si configura così un sistema di

¹⁰ Per una ricostruzione della dottrina lusitana sul punto si vedano VAGLI, *La sesta revisione costituzionale in Portogallo*, in *Dir. e soc.*, , 2004, 569; VAGLI, *Problematiche giuridiche inerenti al matrimonio tra omosessuali in Portogallo*, 2008, reperibile su www.diritto.it.

¹¹ CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze fra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2010 (reperibile su www.rivistaaic.it).

giustizia costituzionale parzialmente diffuso (che risente, sotto questo profilo, della disciplina propria della Costituzione del 1911) e parzialmente accentrato¹².

Il ricorso presentato presso il *Tribunal Constitucional* aveva ad oggetto l'art. 1577 del codice civile che definisce il matrimonio nell'ordinamento portoghese¹³; le ricorrenti ritengono che la disposizione sia illegittima alla luce degli artt. 13.2 (divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale), 36 (diritto al matrimonio e a costituire una famiglia) e 67 (nella parte in cui prevede la tutela costituzionale del vincolo familiare). Viene altresì dedotta una incostituzionalità per omissione, dovuta alla mancata introduzione di atti normativi volti ad attuare le disposizioni costituzionali stesse (nello specifico ci si riferisce al supposto mancato adeguamento dell'ordinamento in risposta alla riforma dell'art. 13.2)¹⁴.

¹² RODRIGUES CANOTILHO, *El sistema constitucional de Portugal*, in *Revista de derecho constitucional europeo*, num. 14, 2010, 117; GOMES CANOTILHO, *Il diritto costituzionale portoghese*, Torino, 2006, 191 ss.; AZZENA, *La giustizia costituzionale in Portogallo*, in LUTHER-ROMBOLI-TARCHI (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, t. II, Torino, 2000, 253 ss.

¹³ Secondo l'articolo dedotto, infatti, il matrimonio è definito come il contratto celebrato fra due persone di sesso opposto che vogliono costituire una famiglia.

¹⁴ In merito a quest'ultimo punto è opportuno ricordare che il Portogallo è uno dei pochi Paesi che disciplinano l'incostituzionalità per omissione. La disciplina è piuttosto complessa e non può certo essere esaminata esaurientemente in questa sede; a titolo generale si può brevemente richiamare che essa può essere totale (se l'inerzia del legislatore non ha prodotto nessuna norma) o parziale (qualora l'atto non sia sufficiente ad attuare in modo completo il disposto costituzionale). Alcuni atti vanno invece esclusi dal controllo di costituzionalità in esame e fra essi rientrano l'omissione di leggi di esecuzione di trattati internazionali o l'omissione dell'approvazione delle convenzioni internazionali. Presupposti per attivare il controllo sono il fatto che dalla mancata attuazione costituzionale derivi la violazione di una determinata norma, che quest'ultima non possa produrre i propri effetti autonomamente e che manchino le misure legislative perché questi possano essere prodotti. In base all'art. 283

In diversi passi della propria motivazione il giudice lusitano osserva che il punto nodale della questione non è capire se il matrimonio omosessuale è permesso dalla Costituzione, bensì se esso è imposto. Nel primo caso, infatti, l'introduzione dell'istituto andrebbe demandata alla discrezionalità del legislatore, nel secondo questa dovrebbe essere riconosciuto già dalla Corte, per essere considerato subito vigente.

Il *Tribunal* in prima istanza utilizza l'argomento storico per individuare il significato che i costituenti avevano attribuito al termine "matrimonio" considerando che i primi due commi dell'art. 36 Cost. non sono mai stati oggetto di modifica¹⁵. Viene così ricavato che senza dubbio nel 1978, anno di entrata in vigore della carta fondamentale, si faceva riferimento alla nozione di *casamento* presente nel codice civile, precedente alla Costituzione stessa. Si ricorda però non si può interpretare quest'ultima alla luce di una norma di rango primario, e quindi inferiore, e che pertanto la soluzione al quesito vada ricercata altrove.

La Corte passa quindi a utilizzare l'argomento *a contrario*:

Cost. l'incostituzionalità per omissione può essere dedotta solamente da determinati soggetti, cioè dal Presidente della Repubblica, dal *Provedor de Justiça* (una sorta di Difensore Civico) o dai Presidenti delle Assemblee legislative delle regioni autonome.. Nel caso di specie il *Tribunal* ha ammesso il ricorso, anche se le ricorrenti non rientravano fra i soggetti legittimati. Il giudice costituzionale ha infatti osservato che, poiché la norma del codice civile era stata oggetto di una pronuncia di rigetto in occasione del ricorso in concreto avutosi durante il complesso *iter* processuale precedente, il suo giudizio era in ogni caso l'unica via per valutare la correttezza dei giudici ordinari circa la legittimità della disposizione dedotta e le attrici erano quindi i soli soggetti con il potere di impugnare le pronunce medesime (*fundamento* 9). In merito alla disciplina del controllo di costituzionalità per omissione si vedano: GOMES CANOTILHO, *Il diritto costituzionale portoghese*, cit.; AZZENA, *La giustizia costituzionale in Portogallo*, cit.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La incostitucionalidad por omisión en Portugal*, in *Revista de Estudios Políticos*, num. 101, 1998, 335; VAGLI, *Prime riflessioni sul controllo di costituzionalità per omissione in Portogallo*, in *Dir. e soc.*, 1997, 573.

¹⁵ *Fundamento* 10.

prende in considerazione la riforma del 2004 che ha portato a modificare l'art. 13.2 introducendo il divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale. Secondo il giudice, se con la modifica di tale disposizione si fosse voluto modificare anche la nozione di matrimonio, il legislatore della revisione costituzionale avrebbe proceduto - nella medesima occasione - anche a cambiare l'art. 36 della carta fondamentale. Da ciò occorre desumere che sotto questo profilo l'ordinamento è indifferente verso l'estensione, o meno, del coniugio anche alle coppie di persone dello stesso sesso.

Un altro aspetto che viene considerato è la distinzione fra famiglia e matrimonio: si osserva infatti che senza dubbio la nuova formulazione dell'art. 13.2 Cost. (interpretando il divieto di discriminazione in combinato disposto con il principio democratico, il principio di libertà individuale e autodeterminazione, nonché il diritto a costituire una famiglia) permette di garantire una piena protezione ai nuclei familiari omosessuali, colmando così un possibile vuoto normativo; tuttavia sarebbe una forzatura del dettato costituzionale estendere la portata di queste norme in modo tale da modificare di diritto la nozione tradizionale di matrimonio.

La Corte costituzionale portoghese ha fatto anche una ricostruzione della giurisprudenza e della disciplina vigente in materia di *same-sex-marriage* a livello comparato¹⁶. Nella sua ricognizione trovano spazio Stati Uniti¹⁷, Canada, Repubblica Sudafricana, così come il continente europeo, rispetto a cui si individuano le esperienze tanto degli Stati che hanno introdotto il matrimonio omosessuale, quanto di quelli che riconoscono le unioni civili registrate. Vengono poi citate la CEDU e la Carta di Nizza, così come le sentenze delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo. Emerge un quadro eterogeneo, da cui è possibile desumere che i

¹⁶ *Fundamento 7.*

¹⁷ Sono citate le pronunce di Hawaii, Vermont, Massachusetts, New Jersey, California, Connecticut e Iowa.

giudici chiamati a pronunciarsi su questa materia sono pervenuti a soluzioni fra loro molto diverse.

Il *Tribunal Constitucional* sembra voler utilizzare l'argomento comparatistico per richiamare proprio il composito quadro giurisprudenziale esistente, sottolineando il ventaglio di soluzioni che possono essere adottate per disciplinare il medesimo fenomeno sociale. Si concentra poi sulle sentenze di Canada, Massachusetts, California e Repubblica Sudafricana per richiamare quanto da queste affermato rispetto alla nozione di matrimonio¹⁸. Le Corti citate ritengono infatti che sia possibile riconoscere al matrimonio un significato più ampio rispetto a quello tradizionale (essendo possibile concepirlo prescindendo dalla procreazione, vista come scopo dello stesso) e ritengono altresì che questa interpretazione dell'istituto matrimoniale non obblighi coloro che invece hanno una visione "classica" a cambiare la stessa. Il *Tribunal* critica questa impostazione poiché ritiene contraddittorio ammettere entrambe le visioni (quella estensiva e quella tradizionale): se si ammette una visione allargata di matrimonio, permettendo che vi accedano gli omosessuali, automaticamente si esclude dall'ordinamento la concezione di matrimonio finalizzato alla procreazione. La questione va quindi risolta in modo diverso.

Il giudice di legittimità osserva inoltre che la nozione di *dignità della persona*, tutelata dall'art. 13 Cost., è un principio aperto, dal contenuto flessibile, soggetto all'evoluzione della società e dei costumi della popolazione¹⁹. Sarà poi compito del legislatore dare attuazione al comune sentire dei cittadini adeguando il sistema normativo alle esigenze che vengano via via in essere.

Nella parte finale della sentenza il Tribunale giunge alla conclusione che la Costituzione non impone un'interpretazione del matrimonio come esclusivamente

¹⁸ *Fundamento* 12.

¹⁹ *Fundamento* 11.

eterosessuale, né come obbligatoriamente aperta anche a quello omosessuale, giacché questo potrebbe essere fatto solo forzando una lettura della carta fondamentale, tanto in un senso, quanto in un altro. Tutto dipende dalla nozione che la società attuale attribuisce al matrimonio, così che si presentano due alternative fra cui scegliere: da un lato sarebbe possibile riservare il coniugio alle coppie eterosessuali se si intendesse «*o casamento como uma instituição social que è apresentada aos cônjuges com um significado relativamente estável, enquanto união entre homem e mulher, designadamente assente na função que lhe cabe na reprodução da sociedade*», dall'altro sarebbe invece discriminatorio escludere l'unione omosessuale qualora si concepisse «*o casamento como relação puramente privada, entre duas pessoas adultas, sem qualquer projecção na reprodução da sociedade*»²⁰.

Alla luce delle considerazioni appena riportate la Corte ritiene che la Costituzione portoghese possa ammettere tanto la nozione tradizionale di matrimonio, quanto quella più moderna, inclusiva delle coppie omosessuali, e che pertanto l'articolo del codice civile dedotto dalle ricorrenti non sia incostituzionale²¹.

Viene infine osservato che se le sentenze additive sono degli strumenti da usare con molta cautela, anche in occasione dei ricorsi in astratto, giacché esse si collocano lungo la linea di confine che delimita le competenze dei giudici di legittimità e rischiano di ledere il principio di separazione dei poteri; a maggior ragione non pare opportuno utilizzarle in occasione di un ricorso concreto, considerando la controversia specifica in cui siffatta pronuncia andrebbe a insistere. Si afferma quindi che spetta al legislatore, unico soggetto istituzionale legittimato a farlo, il compito di modificare le norme dell'ordinamento qualora esse risultassero non più rispondenti alle esigenze della

²⁰ *Fundamento 14.*

²¹ *Fundamento 14.*

popolazione.

Concludendo si può osservare che il giudice, dopo aver analizzato il significato storico di matrimonio, nonché la giurisprudenza e la disciplina esistente in materia sul piano comparato, da un lato richiama quelle che sono le possibili concezioni di matrimonio esistenti, dall'altra dichiara che sarà compito del legislatore verificare quale nozione corrisponda al comune sentire dei cittadini nel momento storico presente e, in conseguenza di tale valutazione, scegliere se mantenere immutato l'ordinamento, riformare la Costituzione inserendovi un espresso riferimento al tipo di coniugio tutelato o ancora limitarsi a modificare le norme del codice civile che disciplinano la materia.

3. *Segue. La giurisprudenza del Tribunal Constitucional: la sentenza 121/2010*

Sulla scia della sentenza 359 del 2009 e del crescente dibattito sollevato dall'opinione pubblica, il legislatore lusitano nel 2010 ha approvato una legge di modifica del codice civile, volta a introdurre il matrimonio anche per le coppie omosessuali²². Il Presidente della Repubblica Aníbal Cavaco Silva, conservatore, ha però deciso di non apporre la propria firma al disegno di legge, impedendone così la promulgazione, preferendo piuttosto adire il *Tribunal Constitucional* perché esprimesse la sua opinione in merito alla legittimità dello stesso²⁵.

²² Più precisamente la legge è stata approvata in Parlamento l'8 gennaio 2010; si tratta del *Decreto de Assembleia* n. 9/XI, reperibile su www.parlamento.pt, nella sezione *Actividade Parlamentar e Processo Legislativo*.

²⁵ La pronuncia ha dato luogo a numerosi commenti, per limitarci a quelli in lingua italiana si vedano: VAGLI, *La legalizzazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso in Portogallo*, in *Diritto&diritti*, 2010, reperibile su www.diritto.it; ROMANO, *Il Tribunal Constitucional Português, il Presidente e il legislatore: same-sex marriage, ultimo atto*, 2010, reperibile su www.diritticomparati.it;

Prima di esaminare il contenuto della pronuncia della Corte va però sinteticamente richiamato il ruolo svolto dal Presidente della Repubblica portoghese²⁴. Nello Stato lusitano, dove vige un sistema semipresidenziale debole, il Presidente è eletto direttamente dai cittadini²⁵ ed esprime la sua legittimazione politica nell'adempimento dei suoi compiti di garante dell'indipendenza nazionale, dell'unità dello Stato e del regolare funzionamento delle istituzioni democratiche. Qualora non concordi con il contenuto di leggi, decreti-legge o «*decretos regulamentares*» che vengano a lui sottoposti per la promulgazione, può opporre il proprio diritto di veto politico²⁶, così come può adire la Corte costituzionale in via preventiva perché emetta un parere in merito alla legittimità del testo sottoposto alla sua

CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese*, cit.; CIAMMARICONI, *Le dinamiche evolutive della tutela giuridica della famiglia e del matrimonio nell'ordinamento portoghese*, cit.

²⁴ Fra gli altri si vedano VANNUCCI, *Portogallo: Cavaco Silva confermato alla Presidenza della Repubblica. Un'analisi del risultato tra il crollo dell'affluenza e le nuove prospettive in merito alla forma di Governo*, in *Federalismi.it*, num. 3, 2011; RODRIGUES CANOTILHO, *El sistema constitucional de Portugal*, cit.; AZZENA, *La giustizia costituzionale in Portogallo*, cit.;

²⁵ Art. 121 Cost.

²⁶ Art. 136 Cost. Si osservi che il Presidente della Repubblica può opporre due tipi di veto: quello politico, che fa perno sulla sua semplice valutazione di opportunità, o quello costituzionale. Quest'ultimo, previsto nell'art. 279 Cost., prevede per il Capo dello Stato (per leggi, decreti-legge e accordi internazionali) e per il «Representato da Republica» (per decreti legislativi e regolamenti regionali) il dovere di apporre il veto alle norme che vengano dichiarate incostituzionali; l'atto sarà quindi rinviato all'organo che lo ha emesso perché elimini o corregga il vizio. Qualora invece il Presidente della Repubblica opponga, nel termine di venti giorni dalla presentazione dell'atto, il veto politico, il testo normativo verrà rinviato all'Assemblea che potrà sottoporlo nuovamente a votazione (con una maggioranza assoluta o di due terzi a seconda dell'atto); in caso di esito positivo di quest'ultima, il Presidente è tenuto a promulgare l'atto entro gli otto giorni successivi. AZZENA, *La giustizia costituzionale in Portogallo*, cit.

approvazione; una volta adito, il giudice di legittimità ha venticinque giorni di tempo per pronunciarsi²⁷.

Come sopra accennato, nel caso di specie il Presidente della Repubblica ha optato per la presentazione al *Tribunal Constitucional* di un ricorso astratto in via preventiva, indicando le ragioni che lo inducevano a ritenere che la legge approvata dal Parlamento fosse illegittima. In primo luogo il Presidente ricorda che, come affermato nella sentenza n. 359/2009, alla luce del nuovo testo dell'art. 13.2 Cost. il legislatore non ha nessun obbligo di introdurre il matrimonio anche per le coppie dello stesso sesso; si afferma poi che il principio di uguaglianza sarebbe applicato in modo erroneo qualora si desse la medesima disciplina a fattispecie sostanzialmente diverse, anche alla luce del fatto che le relazioni omosessuali sono già tutelate giuridicamente dalle unioni di fatto registrate. Il ricorrente utilizza poi l'argomento della coerenza della disciplina giuridica, deducendo una violazione dell'art. 16.2 Cost. che afferma che «i principi costituzionali e giuridici relativi ai diritti fondamentali devono essere interpretati e integrati in armonia con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo» che nel suo art. 16.1 riconduce il diritto al matrimonio a uomo e donna²⁸; una lettura adeguatrice della Costituzione alla norma internazionale imporrebbe di interpretare il coniugio come unione riservata alle coppie eterosessuali. Infine il ricorrente richiama l'argomento storico, sostenendo che senza dubbio i costituenti avevano concepito il matrimonio come unione fra soggetti di sesso diverso e che lo scopo fondamentale dello stesso è la filiazione, centrale nell'ambito dell'istituzione familiare medesima. Il Presidente sostiene quindi che cambiare la nozione di coniugio implicita nella Costituzione del 1978

²⁷ Art. 134 Cost.

²⁸ Così recita l'art. 16.1 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo: «uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia [...]»

equivarrebbe a vanificare la garanzia costituzionale stessa dell'istituto.

Il *Tribunal Constitucional*, con la sentenza n. 121/2010 risponde al ricorso sollevato dal Presidente della Repubblica sostenendo la legittimità della legge approvata dal Parlamento portoghese e rilevando, in via preliminare, che oggetto della sua valutazione sarebbe stato l'art. 1 della legge, che, a sua volta individua l'oggetto dell'atto stesso: «*a presente lei permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo*».

Come accaduto per la precedente pronuncia, anche in questa occasione la Corte fa una ricognizione della giurisprudenza e della disciplina delle unioni omosessuali a livello comparato per giungere alla conclusione che le soluzioni accoglibili sono svariate e che tutto ruota attorno alla nozione, al contenuto, che la società riconduce al matrimonio: si pensi a tal fine alla soluzione adottata dalla Germania che ha preferito limitarsi alla disciplina delle unioni registrate, ritenendo che la caratteristica pregnante del coniugio sia «una relazione di un uomo con una donna, uniti per molto tempo, così che possano nascere figli in comune, evento che non può verificarsi in un'unione di persone del medesimo sesso»²⁹.

Anche sotto il profilo dell'argomento storico si sottolinea che se da un lato è innegabile che la Costituzione sia stata elaborata pensando al matrimonio come relazione esclusivamente eterosessuale, dall'altro non va dimenticato che quando essa fu scritta il tema della tutela delle unioni omosessuali era giuridicamente e politicamente pressoché sconosciuto. La Corte afferma quindi che in questo frangente «*o elemento histórico deve ser mobilizado com cautelas ainda maiores do que aquelas que geralmente já merece na interpretação do texto constitucional*»³⁰.

Il giudice lusitano si pronuncia anche sul riferimento che il

²⁹ *Fundamento 15.*

³⁰ *Fundamento 18.*

ricorrente fa alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. A differenza del Presidente della Repubblica che suggerisce una lettura adeguatrice e letterale dell'art. 16.1 della Dichiarazione stessa, la Corte preferisce adottare l'argomento teleologico, sostenendo che lo scopo del rinvio che l'art. 16.2 Cost. fa al suddetto catalogo di diritti quale criterio ermeneutico per l'interpretazione della carta fondamentale è «*o de alargar a cobertura constitucional dos direitos fundamentais e não o de restringir ou limitar, extensiva ou intensivamente*»⁵¹. La Dichiarazione universale non va quindi utilizzata come strumento per limitare la portata costituzionale di un diritto, bensì – semmai – per estenderla; non può quindi essere correttamente dedotta per suffragare l'illegittimità dell'estensione alle coppie omosessuali del diritto al matrimonio.

Viene poi considerata la supposta violazione del principio di uguaglianza. Il giudice ricorda che per l'art. 13.2, che vieta la discriminazione in base all'orientamento sessuale, quest'ultimo va inteso come «l'inclinazione per l'unione con una persona del medesimo sesso biologico o genetico», divenendo irrilevanti la componente morfologica, psicologica o sociale dell'identità sessuale dell'individuo. In questo frangente è tutelata l'uguaglianza dei soggetti, lasciando poi alla discrezionalità del legislatore la possibilità di accogliere o meno una nuova nozione di matrimonio che, a differenza di quella fino ad allora vigente, prescindendo dall'unione fra uomo e donna come requisito essenziale. La portata dell'art.13 va quindi di pari passo con il contenuto che si vuole dare all'istituto matrimoniale: qualora si ritenga che esso non includa necessariamente la procreazione, escludere gli omosessuali sarebbe fonte di discriminazione; viceversa qualora si affermi che il coniugio presupponga la filiazione, estendere lo stesso alle coppie dello stesso sesso equivarrebbe a trattare in modo uguale situazioni giuridiche sostanzialmente distinte e sarebbe quindi altrettanto

⁵¹ *Fundamento 20.*

illegittimo³².

Particolarmente degno di nota appare quanto osservato dal *Tribunal* nell'ultimo capoverso del *fundamento* 25 laddove si riconosce che a livello biologico, sociologico e antropologico l'unione fra persone dello stesso sesso rappresenta una realtà distinta rispetto a quella fra coppie eterosessuali. Tuttavia a livello giuridico queste differenze possono essere eliminate qualora il legislatore scelga di privilegiare l'aspetto simbolico dell'istituto, dando particolare rilievo al profilo sociale e antidiscriminatorio tramite il riconoscimento di una specifica tutela normativa. Risulta chiaro che ancora una volta il punto centrale del problema diviene l'ammissibilità o meno della nozione di matrimonio come legato alla sola unione stabile fra due persone, che prescinde dalla procreazione. La Corte sostiene che siffatta impostazione sia ammissibile sotto vari aspetti; in primo luogo, perché qualora una coppia eterosessuale decidesse di sposarsi avendo da subito ben chiara la volontà di non concepire figli, questo non vizierebbe la validità del loro vincolo. In secondo luogo, il giudice stesso richiama, citandolo nella *ratio decidendi*, quanto affermato da un autore italiano secondo cui «il principio dell'eterosessualità non rappresenta una soluzione necessaria ma, anche in questo caso, una scelta (possibile) del legislatore[...]»³³. Quest'ultima risulta essere la visione accolta anche dalla Costituzione portoghese che nel suo art. 36.2 delega alla legge il compito di definire i requisiti e gli effetti del matrimonio; anzi la circostanza stessa che la carta fondamentale sancisca il diritto a sposarsi e deleghi poi alla legge la disciplina dell'istituto relativo impone al «*legislador a incumbência de manter a necessária conexão entre Direito e realidade social*»³⁴. Insomma il riconoscimento del

³² *Fundamentos* 5, 6 e 25.

³³ PIGNATELLI, *I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra "istituzione" matrimoniale e "funzione" familiare*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2005, 281.

³⁴ *Fundamento* 22.

matrimonio presente nella Costituzione è finalizzato a dare una particolare garanzia all'istituto stesso, senza che però questo equivalga a cristallizzarne il contenuto nel tempo³⁵.

Infine, il giudice di legittimità aggiunge che l'estensione del coniugio alle coppie omosessuali non avrebbe alcuna conseguenza sul vincolo matrimoniale che lega due persone di sesso diverso: gli effetti giuridici, i diritti e doveri dei coniugi, l'opponibilità innanzi allo Stato o ai terzi nonché il ruolo svolto nell'ambito sociale resterebbero inalterati³⁶.

Il *Tribunal Constitucional*, mantenendosi in linea con la precedente sentenza del 2009, rigetta pertanto i dubbi di legittimità costituzionale sollevati dal Presidente della Repubblica, sostenendo che sia esclusivo compito del legislatore quello di esprimere il comune sentire della società che rappresenta, valutando l'*an* e il *quomodo* relativi all'introduzione di una nuova definizione e disciplina dell'istituto del matrimonio.

Ricevuto il verdetto del giudice di legittimità il Capo di Stato lusitano avrebbe potuto reagire in due modi: opporre comunque un veto politico, rinviando il testo di legge all'Assemblea perché fosse soggetta a una nuova votazione, oppure promulgarlo. Quest'ultima è stata la via scelta da Cavaco Silva che il 17 maggio 2010 ha apposto la propria firma al *Diploma* di riforma del codice civile³⁷.

³⁵ *Fundamento* 18.

³⁶ *Fundamento* 24.

³⁷ Nella dichiarazione rilasciata in occasione della promulgazione il Presidente della Repubblica ha dichiarato che sebbene egli non condividesse il contenuto della legge, ha preferito comunque permetterne l'entrata in vigore senza rinviarla nuovamente all'Assemblea giacché questo avrebbe dato luogo a nuovi dibattiti sia in sede parlamentare che nell'opinione pubblica, rischiando di essere fonte di disgregazione in un momento cruciale per il Paese che, dovendo affrontare una grave crisi economica, aveva la necessità di rimanere il più coeso possibile. Si veda la *Declaração do Presidente da República sobre o Diploma da Assembleia da República que permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo*, del 17 maggio 2010, reperibile su www.presidencia.pt, sezione *Presidência directa - intervenções*.

4. Conclusioni

Le sentenze pronunciate dal *Tribunal Constitucional* portoghese aggiungono un altro tassello al panorama giuridico che concerne la disciplina delle unioni omosessuali nel mondo.

Come si è avuto modo di osservare attraverso il riferimento che il giudice lusitano stesso fa ad altri Stati (come Canada, Repubblica Sudafricana o Stati Uniti), all'ordinamento comunitario, nonché ad alcuni Paesi europei, emerge che il medesimo fenomeno sociale può ottenere una regolamentazione molto diversa a seconda dell'ordinamento e della cultura giuridica e politica ad esso sottese.

Nel caso di specie la Corte ha analizzato con attenzione il profilo storico, così come quello sistematico, comparatistico ed evolutivo del diritto a contrarre matrimonio sancito nella Costituzione portoghese, giungendo ad affermare che il contenuto della suddetta tutela è aperto all'evoluzione della società e che è compito del legislatore farsi voce della stessa, valutando quando e come modificare la disciplina vigente e, più nello specifico, considerando se nel momento attuale i consociati ritengano che la nozione di coniugio implichi o meno la possibilità di procreare.

Appare poi condivisibile anche la scelta (fatta dal giudice di legittimità in occasione della prima pronuncia) di non emettere una sentenza additiva rilevando che, viste la portata del tema in discussione e la rilevanza sociale dello stesso, spettasse solo al legislatore la possibilità di estendere o meno il diritto al matrimonio anche agli omosessuali, pena un possibile vizio di eccesso di poteri.

A livello generale, prescindendo dal solo caso portoghese, chi scrive ritiene ci sia la necessità di disciplinare il fenomeno delle unioni fra persone dello stesso sesso, non importa se introducendo una disciplina *ad hoc*, se riconoscendo le unioni di fatto registrate o se estendendo la possibilità di contrarre matrimonio. Senza dubbio ogni Paese, alla luce della propria cultura giuridica, politica e

sociale, percepisce questa materia in modo diverso, riconducendovi differenti regolamentazioni; tuttavia appare necessario che gli Stati che ancora non hanno provveduto a disciplinare le unioni omosessuali si facciano carico di tale onere giacché si assiste alla mancanza di tutela giuridica per una quota importante di persone della nostra società, rivelando un vuoto normativo che corrisponde alla mancata individuazione di diritti e doveri in capo a un gruppo ben definito di soggetti. Siffatta lacuna, seppure in astratto possa risultare compatibile con le Costituzioni, va in ogni caso colmata perché contraria alle logiche di uno Stato democratico di diritto che si faccia carico delle esigenze dei cittadini che lo compongono e che li tuteli in ogni loro formazione sociale.

**LA CORTE SUPREMA MESSICANA TRA PROCESSI
DI PRECOMPRESIONE COMPARATIVA E
INTEGRAZIONE DEL DATO SOCIALE: LA
SENTENZA SUL *MATRIMONIO HOMOSEXUAL***

Renato Ibrido

*Dottorando di ricerca in Diritto pubblico comparato
nell'Università di Siena*

Con la sentenza del 16 agosto 2010, la Corte suprema messicana ha riconosciuto la costituzionalità della legge che introduce nel distretto federale di Città del Messico la figura del matrimonio omosessuale, estendendo altresì alle coppie dello stesso sesso la possibilità di accedere all'istituto dell'adozione.

Le ragioni di interesse per questa sentenza, peraltro, oltrepassano il pur fondamentale profilo dell'introduzione del matrimonio homosexual, imponendo piuttosto una riflessione ulteriore in merito alle opzioni di interpretazione costituzionale fatte proprie da questa decisione.

Rigettando infatti l'argomento originalista proposto dal ricorrente, la Corte suprema ha offerto una lettura della carta costituzionale intesa come «documento vivo», ossia di un testo giuridico inidoneo a pietrificare ed ancorare ad uno schema predeterminato figure per loro natura dinamiche come, ad esempio, quello della famiglia.

In secondo luogo, la sentenza in esame, valorizzando le potenzialità di un approccio interdisciplinare, ha fatto uso del c.d. argomento sociologico allo scopo di scardinare una visione statica della famiglia, portando a compimento una complessa operazione di de-contestualizzazione e ricontestualizzazione del dato testuale.

Infine, la sentenza della Corte suprema offre importanti spunti di riflessione in ordine alla questione dell'uso della comparazione nell'interpretazione costituzionale, mostrando in particolare l'esistenza di momenti comparativi nei processi ermeneutici di precomprensione.

On the 16th of August, Mexico's Supreme Court ruled on the constitutionality of the law which allows same-sex marriages in Mexico City. With the same decision, the Court established the legitimacy of adoptions made by same-sex couples.

This sentence is extremely interesting not only for having introduced homosexual marriages, but also for having led to new reflections on its method of constitutional interpretation.

In fact, the Supreme Court did reject the claimant's originalist interpretation and intended the Constitution as a "living document", in other words a legal text which is unable to stick dynamic concepts, such as family, to predetermined schemes.

Moreover, this sentence improved the potentiality of the interdisciplinary approach, in fact it relied on sociological clues with the purpose of getting over the static concept of family. Therefore, it accomplished a complex decontextualization and recontextualization operation of the textual element.

Finally, this sentence offers new suggestions for the use of comparative method during constitutional interpretation, showing the existence of comparatives moments in the hermeneutic preconception process.

Sommario

1. Chiavi di lettura della sentenza della Corte suprema messicana in materia di matrimonio omosessuale
2. La Costituzione come «documento vivo»: la prospettiva non originalista della Corte suprema
3. Operazioni di de-contestualizzazione e ricontestualizzazione del dato testuale attraverso le risorse di un approccio interdisciplinare
4. La degradazione della famiglia da "concetto" a "tipo"
5. Momenti comparativi nel processo di precomprensione dell'interprete della Costituzione

1. Chiavi di lettura della sentenza della Corte suprema messicana in materia di *matrimonio homosexual*

Con la sentenza del 16 agosto 2010, la Corte suprema messicana ha riconosciuto la costituzionalità dell'articolo 146 del codice civile del distretto federale, il quale, nella versione novellata dalla riforma del dicembre 2009, aveva introdotto nel distretto di Città del Messico la figura del *matrimonio homosexual*¹. Con questa decisione, la Corte ha altresì riconosciuto la legittimità costituzionale dell'estensione alle coppie omosessuali della possibilità di accedere all'istituto dell'adozione².

Benché nelle 310 pagine della sentenza convergano diverse questioni e profili di costituzionalità, alcuni dei quali attinenti ai rapporti fra centro e periferia nonché al rispetto

¹ La riforma in esame, entrata in vigore nel marzo del 2010, era stata preceduta nel 2006 dall'introduzione nel distretto federale di Città del Messico e nello Stato di Coahuila di apposite regolamentazioni delle unioni civili. Contro la novella all'art. 146 del codice civile avevano presentato ricorso, oltre alla procura generale della Repubblica, tre Stati membri della federazione (Morelos, Guanajuato e Tlaxcala). In argomento, v. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *Los matrimonios homosexuales en el Distrito Federal. Algunas consideraciones en torno a la reforma a los códigos Civil y de Procedimientos Civiles*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2010).

² L'art. 391 del codice civile del distretto federale disciplina l'istituto dell'adozione. Sebbene tale disposizione non sia stata oggetto di modifica, il combinato disposto fra l'art. 391 ed il nuovo art. 146 ha aperto le porte all'adozione da parte di coppie omosessuali unite in matrimonio. Ad avviso della procura generale, tale risultato dà vita ad un nuovo atto legislativo, suscettibile dunque di impugnazione, il quale contrasta con i principi di non discriminazione (art. 1, comma 3 Cost.) e di protezione dei minori (art. 4, commi 6 e 7 Cost.). In particolare, sotto il profilo del principio di non discriminazione, l'adozione da parte di coppie omosessuali priverebbe alcuni bambini della possibilità di vivere in condizioni di uguaglianza rispetto ai minori inseriti all'interno di nuclei familiari tradizionali. Secondo il ricorrente, il principio della prevalenza dell'interesse dell'adottato rispetto all'adottante precluderebbe dunque la possibilità di estendere l'accesso all'istituto dell'adozione alle coppie omosessuali.

delle norme sulla tecnica legislativa⁵, nelle pagine che seguono ci si limiterà peraltro ad esaminare la pronuncia sul piano della teoria dell'argomentazione e interpretazione costituzionale, focalizzando in particolare l'attenzione sull'uso di un approccio comparativo e interdisciplinare nella ricostruzione del dato positivo, problema che ad avviso di chi scrive costituisce la cifra fondamentale per comprendere l'aspetto innovativo di questa sentenza nel panorama delle decisioni in materia di *matrimonio homosexual*. La sentenza del 16 agosto, infatti, non solo aggiunge un importante tassello al ricco *puzzle* giurisprudenziale in materia di *same-sex marriage* ma offre altresì spunti di riflessione significativi relativamente alle tecniche di argomentazione e decisione utilizzate dalla Corte suprema messicana.

Non vi è dubbio, d'altronde, che il ricorso al pluralismo disciplinare nell'argomentazione e nella decisione delle controversie costituzionali costituisca un punto di osservazione privilegiato per indagare in quale misura le ragioni di ordine storico-culturale e valutativo costituiscano una sfida ricorrente per il giurista. Come infatti è stato autorevolmente osservato, l'uso di approcci disciplinari diversi (la storia, la sociologia, la filosofia, l'antropologia culturale, *etc.*), non resta mai fine a se stesso, ma sondando il retroterra culturale del discorso giuridico consente di far emergere «dietro la facciata della positività del diritto» quegli strati storici ed antropologici che appaiono indispensabili «ad una corretta comprensione della positività stessa». Ciò appare tanto più essenziale se

⁵ La Corte ha in particolare affermato che spetta a ciascuno Stato membro decidere di introdurre o meno la figura del *matrimonio homosexual*. Tuttavia, le entità federative, a prescindere dalle proprie scelte in materia, non potranno in ogni caso disconoscere la validità sul proprio territorio dei matrimoni fra persone dello stesso sesso celebrati in un altro Stato della Federazione. Quanto alla tecnica legislativa seguita dal Congresso del Distretto federale, la Corte suprema ha rigettato le censure volte a dimostrare l'esistenza di un difetto di motivazione della legge.

l'interdisciplinarietà è accompagnata dal metodo comparativo, in quanto è proprio il pluralismo disciplinare a collocare la comparazione sul terreno ermeneutico, contribuendo all'attivazione di processi di precomprensione idonei a proiettare nel lavoro del giurista «la relazione dialettica con l'«alterità»»⁴.

2. La Costituzione come «*documento vivo*»: la prospettiva non originalista della Corte suprema

Sostituendo l'espressione «uomo e donna» con «due persone», la novella dell'art. 146 del codice civile del distretto federale ha definito il matrimonio come «l'unione libera di due persone per la realizzazione di una comunità di vita».

Secondo la tesi sostenuta dalla procura generale della Repubblica⁵, tale modifica, estendo alle coppie omosessuali la possibilità di accedere all'istituto del matrimonio, comportava una violazione dell'articolo 4, primo comma della Costituzione federale, nell'inciso che impone al legislatore di proteggere «l'organizzazione e lo sviluppo della famiglia»⁶. Invocando infatti una interpretazione del parametro conforme al «*espíritu del Constituyente*», il

⁴ Lo evidenzia RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 248.

⁵ La Costituzione messicana prevede, in relazione alla *Suprema Corte di Justicia*, tre diverse forme di controllo di costituzionalità: la controversia costituzionale (corrispondente per molti aspetti ad un conflitto di attribuzione), l'azione di incostituzionalità ed il giudizio *de amparo*. L'azione di incostituzionalità, che è il mezzo esperito nel caso di specie dalla procura generale della Repubblica, può essere promosso, oltretutto dalla procura, da determinate minoranze parlamentari, dai partiti politici registrati, e da appositi organismi preposti alla tutela dei diritti umani.

⁶ L'articolo 4, primo comma della Costituzione, nella sua attuale formulazione, è il risultato della revisione costituzionale del 31 dicembre 1974. Recita la disposizione: «*el varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia*».

ricorrente ha evidenziato come il compilatore dell'articolo 4 abbia inteso riferirsi alla famiglia nel suo modello ideale, ossia il nucleo sociale costituito da padre, madre e figli⁷.

All'argomento originalista proposto dal ricorrente, la Corte suprema messicana ha contrapposto una concezione della carta costituzionale intesa come «*documento vivo*», ossia un testo normativo inidoneo a pietrificare e ancorare ad uno schema predeterminato figure per loro natura dinamiche come ad esempio quella della famiglia. «*No obstante la especial protección jurídica del matrimonio como institución civil (incluso, como base de la familia, mas no como única forma de integrarla)*» – afferma in particolare la Corte – «*no se trata de un concepto inmutable o “petrificado” y, por tanto, no es concebible que su conceptualización tradicional no pueda ser modificada por el legislador ordinario, pues, como señalamos, la Constitución no lo sujeta a un concepto predeterminado y, además, la realidad social exige que el legislador responda a ella*».

Sono evidenti in questo passaggio della pronuncia non solo le suggestioni della teoria del “*living tree*” elaborata dalla Corte suprema canadese a partire dal caso Edwards del 1930, ma anche le coordinate fondamentali della nota dottrina Holmes: «quando ci occupiamo di parole che sono anche leggi costituenti, come la Costituzione» – osservava il “*Great Dissenter*” della Corte suprema statunitense – «dobbiamo renderci conto che esse hanno chiamato alla vita un essere del quale il più dotato dei genitori non avrebbe potuto completamente prevedere lo sviluppo. A

⁷ Considerazioni non dissimili valgono, nella ricostruzione proposta dalla procura, per alcune norme contenute in trattati internazionali ratificati dal Messico (art. 16 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 17 della *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 23 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* e 10 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*) i quali sembrerebbero presupporre una concezione della famiglia quale nucleo sociale fondato sul matrimonio fra un uomo e una donna. Tali trattati rivestono nell'ordinamento messicano rango costituzionale.

costoro è bastato sapere o sperare di aver creato un organismo: ci sono voluti un secolo e il sudore e il sangue dei loro successori per provare che hanno creato una Nazione. Il caso presente va esaminato alla luce di tutta la nostra esperienza e non soltanto alla luce di ciò che è stato detto cento anni fa»⁸.

Non è possibile in questa sede, se non a costo di gravi imprecisioni, individuare linee di tendenza nell'evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte messicana in materia di interpretazione della legge e della Costituzione. D'altronde, come è stato rilevato in dottrina, dal 1924 ad oggi si sono susseguite 79 diverse tesi giurisprudenziali in relazione al problema dei criteri di interpretazione dei testi giuridici⁹. E tuttavia, pur tenendo conto di queste indispensabili cautele, e sulla base di una prima rapida ricognizione, non sembra che la teoria "soggettiva" dell'interpretazione (che si basa come noto sull'intenzione del legislatore¹⁰) abbia assunto nella giurisprudenza (e nella cultura giuridica) messicana quella posizione privilegiata che invece è stata riconosciuta ad altri approcci, primo fra tutti quello che pone l'accento sulla centralità dell'interpretazione letterale. Non è casuale, in questo senso, che nella Costituzione messicana siano codificati

⁸ *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920), in HOLMES, *Opinioni dissenzienti*, Milano, 1975, 207.

⁹ Lo rileva NIETO CASTILLO, *Jurisprudencia e interpretación jurídica en la Constitución mexicana. Evolución e implicaciones en la cultura jurídica nacional*, relazione disponibile sul sito <http://www2.scjn.gob.mx/investigacionesjurisprudenciales/seminarios/2o-seminario-jurisprudencia/modulo-vii/09santiago-nieto-jurisprudencia-e-interpretacion-juridica.pdf>

¹⁰ Sul classico dilemma relativo alla contrapposizione fra teoria "soggettiva" dell'interpretazione e teoria "oggettiva", quest'ultima improntata alla funzione che può esercitare la norma, ossia sulla *mens legis* anziché sulla *mens legislatoris*, v., almeno, ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1968, trad. it. BARATTA (cur.), *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, spec. 131 ss.; ALEXYS, *Interpretazione giuridica*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, V, Roma 1996, 64 ss.

espressamente determinati criteri interpretativi – ad esempio l’obbligo dei giudici civili di attenersi alla lettera della legge nelle sentenze definitive¹¹ – mentre nessun riferimento in tal senso è contenuto in relazione alla volontà del costituente e del legislatore storico, che pure è elemento ermeneutico-argomentativo richiamato da altre costituzioni latinoamericane¹².

3. Operazioni di de-contestualizzazione e ricontestualizzazione del dato testuale attraverso le risorse di un approccio interdisciplinare

Ma c’è di più. Oltrepassando la classica e pur fondamentale contrapposizione fra originalismo e anti-originalismo, la Corte suprema messicana ha fatto leva sulle potenzialità di un approccio interdisciplinare allo scopo di scardinare una

¹¹ Ai sensi dell’art. 14, c. 4 della Costituzione «*en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho*». In relazione invece al procedimento logico dell’analogia, la Costituzione precisa che «*en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata*». Ulteriori vincoli costituzionali all’interpretazione sono posti, ad esempio, con riferimento al divieto di interpretazione restrittiva dei diritti umani. In ogni caso, per una più esaustiva ricognizione di tali limiti, v. NIETO CASTILLO, *Jurisprudencia e interpretación jurídica en la Constitución mexicana. Evolución e implicaciones en la cultura jurídica nacional*, cit.

¹² È questo ad esempio il caso della nuova Costituzione boliviana, che all’art. 6 stabilisce l’obbligo del Tribunale costituzionale di applicare, «con preferenza, la volontà del costituente» nell’interpretazione del testo costituzionale, anche sulla base dei «documenti, atti e risoluzione dell’Assemblea costituente». Sui vincoli all’interprete posti dalla Costituzione boliviana, sia consentito in ogni caso rinviare a IBRIDO, *Bolivia. Con l’approvazione della legge elettorale e della legge sul Tribunale costituzionale, la Bolivia completa l’attuazione della Costituzione del 2009*, in *DPCE online*, 4, 2010.

visione statica del concetto di famiglia, portando così a compimento una complessa operazione di fuoriuscita e reingresso nel testo, *rectius*, di de-contestualizzazione e ricontestualizzazione del dato testuale.

L'integrazione nel giudizio costituzionale del dato sociale trova, come noto, il proprio "manifesto" in *Brown v. Board of Education* della Corte suprema statunitense. In quell'occasione, le conclusioni alle quali erano pervenute le autorità scientifiche in merito ai danni irreversibili provocati sui minori dalla segregazione razziale nelle scuole, avevano giocato un ruolo decisivo ai fini dell'esclusione nel settore dell'istruzione pubblica della dottrina del "*separate but equal*".

A partire da *Brown*, il problema dell'uso dell'argomento "extra-giuridico" – termine quest'ultimo non del tutto felice in quanto sembrerebbe riproporre vecchie paratie rigide fra "giuridico" e "extragiuridico" quando invece anche il dato sociale, economico e culturale è parte fondamentale del discorso giuridico – ha da sempre chiamato il giudice costituzionale a misurarsi con la sfida dell'interdisciplinarietà. Ebbene, al pari di altre importanti decisioni della Suprema Corte messicana¹³, anche nel caso del *matrimonio homosexual*, quelli che sono solitamente definiti come "*legislative facts*"¹⁴ dalla dottrina e giurisprudenza anglosassoni hanno rivestito un peso determinante nella decisione della Corte.

¹³ Un esempio paradigmatico di decisione nella quale la Suprema Corte messicana ha fatto ricorso ad un approccio interdisciplinare, in particolare in relazione all'integrazione nel giudizio del dato sociale, è rappresentata dalla sentenza sulla depenalizzazione dell'aborto dopo la dodicesima settimana di gestazione (No. 167/2008). Su tale vicenda è possibile consultare il "micro-sito" che la Suprema Corte ha dedicato a questa pronuncia, http://www.informa.scjn.gob.mx/boletn_sexta_y_ultima_audiencia_publica.html.

¹⁴ Sulla distinzione fra *legislative facts* e *adjudicative facts*, v. GROPPI, *La Corte costituzionale tra "fatto legislativo" e "fatto sociale"*, in *Giur. cost.*, 1998, spec. 2803.

In un passaggio significativo della decisione, i giudici supremi, dopo aver osservato che «*la familia, antes que ser un concepto jurídico*» costituisce innanzitutto «*concepto sociológico*», hanno aggiunto che il riferimento alla presunta volontà del legislatore storico (il costituente o il compilatore dei trattati internazionali ratificati dal Messico) appare tutt'altro che determinante. Richiamando infatti le opinioni tecniche formulate dall'Università nazionale autonoma del Messico¹⁵, la Corte ha evidenziato, da un punto di vista sociologico, che all'epoca in cui fu redatto l'art. 4 della Costituzione, le persone omosessuali, data la disapprovazione sociale verso orientamenti sessuali considerati non di rado alla stregua di vere e proprie malattie, mantenevano celata la propria omosessualità. Questo «*hecho innegable*» consente dunque di decontestualizzare e ricontestualizzare la scelta normativa operata dalla Costituzione, la quale non ha previsto (ma neppure escluso espressamente), forme di tutela per modelli familiari che di fatto erano occulti al momento in cui fu redatto l'art. 4.

La necessità di un approccio scientifico interdisciplinare alla ricostruzione della norma positiva è poi ben presente nel *voto particular* del giudice Arturo Zaldívar, il quale, pur dichiarandosi concorde con le conclusioni della Corte sulla costituzionalità dell'adozione da parte di coppie omosessuali, ha richiamato l'attenzione dei colleghi sull'esigenza di un uso ancora più rigoroso del dato "extra-giuridico". Secondo Zaldívar, infatti, in relazione al tema dell'adozione, non è sufficiente affermare che il principio di

¹⁵ Con *auto* del 5 aprile 2010, il *Ministro instructor* (ossia il giudice incaricato di coordinare alcune importanti attività delle parti nel processo costituzionale), nell'esercizio dei poteri previsti dall'art. 68, primo comma della legge di attuazione dell'art. 105 della Costituzione, nonché sulla base di un'apposita convenzione stipulata con la Università nazionale autonoma del Messico, ha richiesto all'ateneo messicano l'elaborazione di uno studio scientifico sui temi dell'adozione e del matrimonio omosessuale, specialmente con riferimento ai profili psicologici, sociologici, bioetici che investono le suddette tematiche.

non discriminazione impedisce di per sé di considerare nociva per il minore la crescita all'interno di un nucleo familiare omosessuale, ma impone di combinare la ricostruzione giuridica di tale principio con la dimostrazione, attraverso un approfondito raffronto dei vari studi scientifici sul tema, che effettivamente nessun danno può essere arrecato all'adottato dal suo inserimento all'interno di una famiglia omosessuale.

Ben diverso è l'approccio interdisciplinare accolto nell'opinione dissenziente del giudice Aguirre. Dopo un lungo (e discutibile) *excursus* storico-sociologico sull'evoluzione a partire dal mondo antico dei concetti di matrimonio e famiglia, Aguirre ha affermato che l'istituto del matrimonio è intrinsecamente legato all'idea della «continuazione del culto domestico» attraverso la procreazione. Sennonché tale affermazione non è stata motivata sulla base di approfonditi studi scientifici, come richiesto invece da Zaldívar, ma è sembrata arrestarsi ad una analisi etimologica e semantica della parola "matrimonio". Tale termine si compone infatti di due elementi: "*matri*" (da "*mater*") e "*monio*" (da *monere*, ossia ricordare). Il matrimonio sarebbe quindi ciò che ricorda la maternità, vale a dire la procreazione. Questi dati permettono di sostenere, ad avviso di Aguirre, che l'aggettivo eterosessuale costituisce un elemento essenziale, e non meramente accidentale, del sostantivo matrimonio. Se si volessero istituire unioni fra persone dello stesso sesso si dovrebbe dunque trovare una parola diversa da matrimonio (*ginecogamia*, *homogamia* o *lesbogamia*) e prevedere uno *status* giuridico differente rispetto a quello dell'istituto matrimoniale. La posizione del giudice Aguirre, oltre a riflettere una concezione del fenomeno giuridico quanto meno singolare, appare tanto più incomprensibile se si considera che è ormai pacifico il carattere dinamico del significato semantico del linguaggio. Pietrificare il concetto di matrimonio a quello richiamato dal Digesto costituisce

dunque, se non una provocazione, quanto meno un pericoloso controsenso.

4. La degradazione della famiglia da “concetto” a “tipo”

«Il tipo – ha scritto Jünger – è il modello con cui ci misuriamo», qualcosa di «più forte di un’idea, per non dire di un concetto»¹⁶. In effetti, secondo una pista di ricerca sviluppata nella teoria generale e nella teoria dell’interpretazione, “concetti” e “tipi” corrispondono a due linee di tendenza differenti. Mentre infatti il concetto può essere applicato ad una circostanza concreta solo e soltanto quando vi si riscontrino tutti i tratti della definizione, «il tipo non può mai essere totalmente definito, ma solo indicato e spiegato, poiché la tipicità da esso richiamata si basa su di un complesso di caratteristiche che ha un nucleo fisso, ma non rigidamente chiuso». Per dirla con Viola e Zaccaria, «il concetto divide, il tipo lega»¹⁷.

Dalle clausole generali, ai c.d. “*standards*”, senza dimenticare i tipi di frequenza (es. l’uomo medio, il buon commerciante), le varie forme di tipizzazione hanno ormai da tempo fatto il loro ingresso prepotente nella legislazione, specialmente nel diritto di famiglia, consentendo di lanciare nel procedimento applicativo del diritto un ponte tra norma e caso vitale. Benché non esente da aspetti problematici sul versante della certezza del diritto, il tipo, in questa ottica di incessante mediazione tra passato e presente, appare in grado di fronteggiare più efficacemente le discontinuità e le fratture sociali, culturali ed economiche che si manifestano nelle nuove immagini prodotte e riprodotte dalla società. Malgrado nella sentenza in esame non venga ripresa espressamente questa distinzione terminologica, la

¹⁶ JÜNKER, *Typus, Name, Gestalt*, in Id., *Sämtliche Werke*, Bd. 13, Stuttgart, 1981.

¹⁷ VIOLA - ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2009, 268 ss.

ricostruzione dell'istituto della famiglia proposta dalla Corte suprema messicana sembra rispondere perfettamente alla logica del tipo anziché a quella del concetto.

Si legge in particolare in un passaggio della decisione: *«la familia, lejos de ser una creación jurídica, nace o se origina con las relaciones humanas, correspondiendo más bien a un diseño social que, por ende, se presenta de forma distinta en cada cultura; así, los cambios y transformaciones sociales que se van dando a lo largo del tiempo, de manera necesaria, impactan sustancialmente en la estructura organizativa de la familia en cada época»*. Si può concludere dunque – afferma la Corte – che sebbene storicamente il matrimonio sia stato considerato *«como la unión entre un hombre y una mujer, teniendo la procreación, en determinado momento, un papel importante para su definición (...) no es sostenible afirmar, sin más, que el matrimonio, en su definición tradicional, fuera un concepto completo y, por tanto, inmodificable por el legislador, máxime derivado del proceso de secularización de la sociedad y del propio matrimonio»*.

In definitiva, la famiglia, lungi dall'integrare un «concetto completo», degrada nell'interpretazione della Corte a “tipo”, ad elemento aperto e dinamico idoneo a porre in evidenza il ruolo indirettamente normativo dei comportamenti sociali.

Sotto quest'ultimo profilo, la Corte ha modo di precisare che *«el legislador ordinario al regular la organización y el desarrollo de la familia se encuentra compelido a atender a esa realidad social, pero no sólo eso, sino que también esa realidad social debe guiar la interpretación constitucional y legal que realiza esta Corte, como Tribunal Constitucional, a fin de que la Constitución sea un documento vivo»*. Non è azzardato affermare, dunque, che fra le righe del soprammenzionato obbligo di canalizzare nella legislazione l'evoluzione della realtà sociale, può leggersi il tentativo di scardinare il classico paradigma positivista che assegna al legislatore il monopolio nel processo di determinazione

della norma¹⁸. Peraltro, il rifiuto dell'antico paradigma non equivale alla sua sostituzione con un positivismo giurisprudenzial-centrico. La Costituzione – sembra dire la sentenza – non è semplicemente quello che la Corte dice, perché anche il giudice costituzionale, al pari del legislatore, è tenuto a farsi carico della realtà sociale in mutamento, sia pure nella diversa sede dell'interpretazione costituzionale. Il ruolo del giudice tracciato in questa parte chiave della sentenza sembra dunque avvicinarsi più all'immagine di Hermes, dio della mediazione e della trasmissione dei messaggi, che non a quella di Zeus, sovrano dell'Olimpo. Se l'uditorio dei destinatari delle disposizioni giuridiche collabora ad elaborare il senso da attribuire alla norma – questa la tesi implicitamente contenuta nella ricostruzione della Corte – non vi possono essere infatti poli esclusivi nella formazione del diritto, ma vi è semmai un vasto campo nel quale dati sociali e dati testuali interagiscono e si combinano sotto l'impulso di una realtà per sua natura *in progress*.

5. Momenti comparativi nel processo di precomprensione dell'interprete della Costituzione

Accanto all'integrazione del dato sociale all'interno del giudizio di costituzionalità, l'altra chiave di lettura della sentenza sul *matrimonio homosexual* è costituita dal problema dell'utilizzo del metodo comparativo nella decisione e argomentazione della Corte.

¹⁸ Un paradigma, quest'ultimo, che a discapito delle apparenze, continua a rappresentare un punto di riferimento per numerose corti costituzionali. Basti pensare, ad esempio, a determinate affermazioni del *Tribunal Constitucional* spagnolo in materia di limiti all'interpretazione conforme. Sul punto sia consentito rinviare a IBRIDO, *Il rebus dell'interpretazione conforme alla luce della recente sentenza sullo Statuto catalano*, in DPCE, 2011, spec. 55-57.

Nel *proyecto original de sentencia*¹⁹ predisposto dal giudice relatore Sergio Valls Hernández, il quinto punto del “considerato in diritto” conteneva un approfondito studio comparativo sulle tendenze legislative e giurisprudenziali concernenti le unioni civili e il *matrimonio homosexual*. L’obiettivo della comparazione – osservava il giudice relatore nel suo *voto particular* – era quello di ricostruire il contesto all’interno del quale si inseriva tale discussione, verificando in quale misura le diverse declinazioni dei principi di uguaglianza e non discriminazione elaborate in materia di *same sex-marriage* potevano essere traslati dall’esperienza comparata al sistema costituzionale messicano. È quest’ultima, una posizione che merita assoluta attenzione: rifuggendo infatti dalla tentazione di assegnare alla comparazione un improbabile primato nell’interpretazione – non vi è d’altronde comparazione se c’è qualcuno che «ha l’ultima parola»²⁰ – Valls sembra affidare al metodo comparativo il ruolo che gli è proprio, ossia quello di lente su altri orizzonti di cultura, strumento di autocoscienza della propria identità ordinamentale.

Con una maggioranza di sei voti contro cinque, il *plenum* della Corte ha deciso di eliminare l’analisi comparativa dal testo della sentenza, ritenendola utile a fini illustrativi ma inidonea alla decisione del caso sottoposto alla Corte²¹. Il

¹⁹ Nel diritto processuale messicano, il termine “progetto di sentenza” indica la proposta che il giudice relatore sottopone all’esame del collegio.

²⁰ RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., 304.

²¹ In merito all’uso della comparazione da parte della Suprema Corte messicana è stato osservato che «*there is a silent but increasing struggle in Mexico between a traditional isolating approach on constitutional adjudication and a comparative one (...) Due to the until-recent-years rooted nationalist tendency of Mexican legal thought, the comparative effort was taken as an activity that should be rejected; but nowadays the table has turned thanks to new generations’ perspectives and the impelling reality of our “global village”: young legal scholars are influenced by foreign modes of legal reasoning and the Mexican Supreme Court has finally acknowledged the importance and usefulness of the precedents of foreign constitutional and human rights courts.*».

robusto approccio comparativo proposto da Valls è stato così ridimensionato ad alcuni sporadici riferimenti, fra i quali l'apodittica affermazione – utilizzata fra l'altro in chiave di mera opposizione ad una interpretazione originalista delle convenzioni internazionali – in base alla quale i trattati in materia di diritti, in linea con quanto ribadito dalla «giurisprudenza comparata», vanno interpretati secondo i principi *pro persona* e *pro libertatis*. In sostanza, interpretazione estensiva dei diritti e restrittiva delle loro limitazioni. Sennonché, in assenza di richiami a precedenti stranieri, il riferimento della Corte alla «giurisprudenza comparata» appare per alcuni aspetti misterioso, sembrando delineare l'esistenza sul punto di un blocco giurisprudenziale monolitico.

Assai più incisivo, in quanto supportato dall'indicazione di precedenti stranieri, è il riferimento alla giurisprudenza comparata che ha censurato i regimi di adozione non inclusivi delle coppie omosessuali. In particolare, viene qui richiamata la sentenza *E.B. vs. France* del 2008, con la quale la Corte europea dei diritti dell'uomo giudicò in contrasto con la Convenzione l'esclusione dall'accesso all'adozione per motivi legati all'orientamento sessuale allorché l'ordinamento nazionale consenta l'adozione da parte di *single*.

Benché l'argomentazione comparativa presentasse sviluppi assai più rigorosi nel progetto anziché nel testo definitivo di sentenza, la decisione della Corte messicana offre non di

Per altro verso, le corti messicane sono ancora riluttanti a citare esplicitamente i precedenti stranieri dai quali hanno tratto ispirazione. Infatti, «*when they refer or quote one of them, it is only as a mere support for a previously established opinion, or to abound in favor of it. We cannot say that a Mexican constitutional judgment has been explicitly based upon a certain foreign precedent*». Così, FERRER MAC-GREGOR – SÁNCHEZ GIL, *The use of foreign constitutional precedents in Mexico*, relazione al VIII World Congress of the International Association of Constitutional, disponibile su <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/12/203.pdf>

meno spunti utili in relazione al problema dell'approccio comparativo alla ricostruzione del dato positivo. L'eliminazione dell'indagine comparativa compiuta dal relatore, eliminazione che come visto è stata decisa fra l'altro con un solo voto di maggioranza, non ha impedito infatti al giudice Valls di riprodurre integralmente il soppresso "considerato in diritto" all'interno del proprio *voto particular*, rendendo così pubblica l'esistenza di un momento comparativo all'interno del processo di precomprensione che ha coinvolto l'interprete nella ricostruzione del dato positivo.

L'esistenza di fenomeni di precomprensione comparativa conduce a domandarsi se la dicotomia "argomento/giudizio comparativo" proposta da autorevole dottrina²², per la difficoltà di dare conto di tutta una larga zona di confine fra le due categorie, non vada intesa in senso debole, ossia come distinzione fra mere polarità estreme nell'utilizzazione della comparazione all'interno del giudizio costituzionale. In secondo luogo, vi è da chiedersi se la riconduzione dell'uso giurisprudenziale della comparazione ad una matrice culturale davvero equivalga, come sostenuto da questo filone dottrinario, ad un suo ridimensionamento. Da un lato, infatti, le risorse dell'argomentare comparativo, agendo come nel caso qui in esame sul piano del *Selbverständnis* (autocomprensione, autochiarimento), contribuiscono a definire l'orizzonte culturale e assiologico all'interno del quale si muoverà l'interprete nella ricerca delle soluzioni ai propri problemi interpretativi. Dall'altro lato, la matrice culturale dell'argomento comparativo, la sua capacità di fungere da lente critica sull'ordinamento di partenza, non solo produce una frattura rispetto all'immagine "introversa" del giudice disegnata dal positivismo statualista ma finisce anche per proiettare il proprio raggio d'azione su uno spazio di conseguenze assai

²² DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010.

più ampio rispetto a quello della singola controversia, ovverosia lo spazio del medio-lungo periodo. In definitiva, l'argomento comparativo, scardinando i pilastri del sistema Westfalia, fa «rifluire nell'interpretazione costituzionale la rete delle interdipendenze che condizionano in misura crescente lo stato costituzionale contemporaneo, a causa della tendenza in atto da alcuni decenni alla generalizzazione di un patrimonio costituzionale che trascende i confini degli stati, al delinarsi di un nuovo "cosmopolitismo costituzionale", non più fondato su basi giusnaturalistiche, ma sulla formazione di circuiti comunicativi fra le esperienze dello stato costituzionale cooperativo»²⁵. Se così è, ben si comprende allora l'esigenza di non confinare il c.d. argomento comparativo ad una posizione "ancillare" rispetto ad altre forme di utilizzazione della comparazione all'interno del processo di ricostruzione del dato positivo, recuperando dunque per l'argomentare su basi comparative quella indispensabile funzione di quinto canone dell'interpretazione secondo la suggestiva intuizione di Peter Häberle²⁴.

²⁵ Lo evidenzia RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., 295.

²⁴ HÄBERLE, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlin, 1992, 3-26, il quale riprende e sviluppa uno spunto di ZWEIGERT, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*, in *RabelsZ*, 1950, 5 ss.

**LE UNIONI DI PERSONE DELLO STESSO SESSO IN
FRANCIA:
DAI PACS ALLA SENTENZA SUL *MARIAGE
HOMOSEXUEL***

Anna Maria Lecis

*Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico comparato
nell'Università di Siena*

Il contributo intende analizzare, in linea con il fil rouge di questo numero, le argomentazioni utilizzate dal Conseil constitutionnel nella decisione in cui ha sancito la legittimità del divieto di matrimonio omosessuale. L'analisi della sentenza è preceduta da una ricostruzione della disciplina costituzionale del matrimonio e della famiglia, nonché dal confronto tra disciplina dei Pacs e regime matrimoniale, per comprendere sia le ragioni delle rivendicazioni dei diritti degli omosessuali, dettate dalle significative differenze tra Pacs e matrimonio, sia lo spazio lasciato ad un eventuale intervento del Legislatore.

This contribution is intended to analyze, in line with the theme of the current issue, the arguments made by the French Constitutional Council in the decision upholding the ban on gay marriage.

The analysis of the sentence is preceded by a survey of the constitutional regulation of marriage and family and by a comparison between the regulation of marriage and Pacs, in order to clarify the reasons founding the struggle for gay rights in France, dictated by the differences between Pacs and marriage, and the space left for a possible intervention of the Legislator.

Sommario

1. La doppia via francese: *Pacs e mariage*
2. La famiglia nel diritto costituzionale francese: un istituto non definito ma caratterizzato da diritti
3. Un istituto *étranger au mariage* per regolare la *vie commune*: il *Pacte civil de solidarité*
4. La decisione del *Conseil constitutionnel* sul matrimonio omosessuale
 - 4.1. L'assenza del paradigma eterosessuale in Costituzione
 - 4.2. La discrezionalità del legislatore e il bilanciamento con i diritti costituzionalmente garantiti
 - 4.3. Il principio di uguaglianza e la ragionevolezza presupposta della scelta del legislatore
 - 4.4. Il *droit à une vie familiale normale*: un diritto accordato, ma di serie B

1. La doppia via francese: *Pacs e mariage*

Le coppie di persone dello stesso sesso possono beneficiare in Francia del riconoscimento legale fin dal 1999, grazie all'istituto del *Pacte civil de solidarité* (meglio noto come *Pacs*), istituito con la legge n. 99-944 del 15 novembre 1999.

Tale riforma, per quanto piuttosto all'avanguardia nel riconoscimento dei diritti degli omosessuali¹ all'interno del panorama europeo, precedendo di un anno l'introduzione del matrimonio omosessuale in Olanda, non ha certo posto fine al dibattito sulla tutela delle coppie di persone dello stesso sesso, in ragione del fatto che la nuova disciplina non comporta un'equiparazione delle coppie registrate alle coppie sposate sul piano di diritti e doveri. Il confronto pubblico e politico sull'argomento è perciò proseguito sul fronte dell'eguaglianza con, da una parte, la richiesta dell'estensione della disciplina del matrimonio o quantomeno di una sempre maggiore equiparazione delle coppie unite da *Pacs* alle coppie sposate e, dall'altra, la

¹ Si ricorda che l'istituto francese del *Pacte civil de solidarité* non è riservato alle sole coppie omosessuali, bensì è accessibile anche alle coppie di persone di sesso opposto, come alternativa al matrimonio civile repubblicano. La Francia si colloca dunque tra quei Paesi che hanno scelto, per il riconoscimento delle coppie di persone dello stesso sesso, la via dell'introduzione di un istituto alternativo al matrimonio, accessibile a coppie eterosessuali ed omosessuali, laddove altri Paesi, come la Germania, hanno introdotto un istituto riservato alle sole coppie omosessuali, e altri ancora, come i Paesi Bassi, hanno esteso la disciplina matrimoniale alle coppie di persone dello stesso sesso. Per una panoramica sui diversi modelli di riconoscimento delle coppie omosessuali si rimanda, tra gli altri, a GROPPI, *La nouvelle famille*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle, Constitution et liberté d'expression, famille et droits fondamentaux*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 2007, 549 ss. e, limitatamente all'ambito europeo, PIGNATELLI, *Nozione di matrimonio e disciplina delle coppie omosessuali in Europa*, in *Foro it.*, 2005, 260, DÌEZ-PICAZO, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, Il Mulino, 2007, 319.

difesa del matrimonio, caratterizzato dal paradigma eterosessuale, come (unico) strumento di comunione di vita costituzionalmente previsto.

Le istanze di accesso al matrimonio da parte di coppie omosessuali, dalla sede dell'agone politico e del dibattito pubblico, hanno in più di un'occasione raggiunto le aule giudiziarie e, da ultimo, anche il *Conseil constitutionnel*, a seguito dell'introduzione della *Question prioritaire de constitutionnalité*. Con una decisione del 28 gennaio 2011,² il *Conseil constitutionnel* ha confermato la costituzionalità del divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso, dichiarando che la disciplina dell'accesso all'istituto del matrimonio rientra nella discrezionalità del Legislatore.

Per analizzare la sentenza e comprendere sia le ragioni dell'istanza, dettate dalle significative differenze tra *Pacs* e matrimonio, sia lo spazio lasciato ad un eventuale intervento del Legislatore alla luce delle norme costituzionali, è necessario partire da una ricostruzione della disciplina costituzionale del matrimonio e della famiglia, nonché dal confronto tra disciplina dei *Pacs* e regime matrimoniale.

2. La famiglia nel diritto costituzionale francese: un istituto non definito ma caratterizzato da diritti

In Francia la nozione di famiglia non ha goduto di grande fortuna nelle carte costituzionali. La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino non vi fa alcun cenno, né se ne occupano le costituzioni rivoluzionarie.³ Venendo ai

² *Cons. const.* n. 2010-92 QPC del 28 gennaio 2011.

³ Le quali tuttavia regolavano alcuni aspetti del diritto di famiglia, come il matrimonio e l'adozione, per quel che concerne l'acquisizione della cittadinanza. Il riconoscimento costituzionale della famiglia avviene per la prima volta nella Costituzione del 1848 ed è poi riproposto nella Costituzione di Vichy. Cfr. VIDAL-NIQUET, *Constitution et famille(s). France*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*,

giorni nostri, nemmeno la Costituzione del 1958 fa alcun riferimento alla famiglia. Essa compare, però, nel Preambolo alla Costituzione del 1946 (cui rinvia il Preambolo della Costituzione del 1958), che tuttavia non ne offre alcuna definizione, limitandosi ad affermare che «*La Nazione assicura all'individuo e alla famiglia le condizioni necessarie al loro sviluppo.*»⁴ La Carta prosegue poi con il riconoscimento di alcuni diritti sociali connessi con lo *status* familiare, in particolare a vantaggio di madri e bambini, senza procedere anche in questo caso ad alcuna definizione dei rapporti familiari.⁵ La Costituzione non ospita nemmeno una definizione di matrimonio, sebbene quest'ultimo sia perlomeno menzionato, nell'elenco delle materie riservate al legislatore all'art 34, insieme con, tra le altre, la cittadinanza, lo stato e la capacità delle persone e la disciplina delle successioni.⁶

A giudicare dal numero di disposizioni che vi sono dedicate, si potrebbe ritenere che la famiglia non sia oggetto di diritto costituzionale in Francia.⁷ In realtà, la carenza di norme costituzionali concernenti famiglia e matrimonio non deve trarre in inganno sul rapporto tra diritto pubblico e diritto di famiglia.⁸ Il *Conseil constitutionnel* ha attribuito un'importanza costituzionale al diritto di famiglia nella decisione sul Trattato di Lisbona, laddove ha affermato che

Constitution et famille(s) - Urgence, exception et constitution, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 2008, 185 ss.

⁴ Preamb. Cost. 1946, comma 10.

⁵ «*Essa garantisce a tutti, in particolare al fanciullo, alla madre e agli anziani lavoratori, la tutela della salute, della sicurezza materiale, del riposo e delle ferie.*» Preamb. Cost. 1946, comma 11.

⁶ «*La legge stabilisce le norme concernenti: i diritti civili e le garanzie fondamentali accordate ai cittadini per l'esercizio delle pubbliche libertà; [...] la cittadinanza, lo stato e la capacità delle persone, il regime matrimoniale, le successioni ed elargizioni; [...]*» Art. 34, comma 1 Cost. 1958.

⁷ VIDAL-NIQUET, *Constitution et famille(s)*, cit., 185.

⁸ Cfr. MILLARD, *Famille et droit public. Recherches sur la construction d'un objet juridique*, Paris, LGDJ, 1995, 8 ss.

la modificazione del procedimento d'adozione di norme in materia di diritto di famiglia richiede una revisione costituzionale, in quanto interviene «*in una materia inerente all'esercizio della sovranità nazionale.*»⁹

Se l'assenza di una definizione degli istituti del diritto di famiglia in Costituzione ha fatto sì che la loro disciplina fosse lasciata alla piena disponibilità del Legislatore, col vantaggio di una maggiore capacità evolutiva della materia, ciò non significa che essa sia stata ignorata dal diritto costituzionale. È vero, da un lato, che questa circostanza ha prodotto, in termini di tutela giurisdizionale dei diritti, una maggiore applicazione di norme di diritto internazionale a discapito del diritto costituzionale: le giurisdizioni ordinaria e amministrativa hanno più spesso invocato disposizioni di diritto pattizio, in particolare gli articoli 8 e 12 della Cedu, che il comma 10 del Preambolo del 1946 (tutt'al più, peraltro, invocato insieme con i precedenti).

D'altra parte, però, ciò non ha impedito che il *Conseil* sviluppasse una tutela costituzionale del diritto di famiglia nelle (poche) decisioni in cui è stato chiamato a pronunciarsi su riforme legislative in materia. Una giurisprudenza costituzionale su famiglia e matrimonio esiste,¹⁰ per quanto le leggi di riforma del diritto di famiglia non vengano frequentemente rimesse al vaglio del *Conseil constitutionnel*.

⁹ «Considerando che richiede una revisione della Costituzione ogni disposizione del Trattato che, in una materia inerente all'esercizio della sovranità nazionale, permetta [...] di sostituire con un metodo di decisione maggioritario la regola dell'unanimità in seno al Consiglio dei ministri [...]. Considerando che richiedono ugualmente una revisione della Costituzione le disposizioni [...] che consentono al Consiglio, mediante una decisione presa all'unanimità e salvo opposizione di un parlamento nazionale, di sottomettere taluni aspetti del diritto di famiglia aventi una rilevanza transfrontaliera alla procedura legislativa ordinaria» Cons. const. n. 2007-560 DC del 20 dicembre 2007, cons. 23 e 25.

¹⁰ Per un *excursus* delle decisioni del *Conseil constitutionnel* in materia di diritto di famiglia, HAUSER, *Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel* n. 16, 2004.

In assenza di nozioni costituzionali di *famiglia* e *matrimonio* da garantire, il controllo del giudice costituzionale si è però svolto prevalentemente nella forma della tutela dei diritti connessi con la famiglia, che sono stati così in un certo senso costituzionalizzati. Dai commi 10 e 11 del Preambolo del 1946, infatti, deriva che la famiglia, per il diritto costituzionale, rilevi non tanto come struttura a sé stante, ma piuttosto come luogo di attribuzione e riconoscimento di diritti costituzionalmente garantiti. Ciò ha fatto sì che il *Conseil constitutionnel* si astenesse dall'avventurarsi in una definizione di famiglia, a partire dalla quale individuare la sussistenza dei diritti connessi, preferendo piuttosto esprimersi a garanzia della tutela dei diritti della famiglia, laddove l'esistenza di quest'ultima era presupposta, sulla base di dati normativi o di fatto.¹¹

3. Un istituto *étranger au mariage* per regolare la *vie commune*: il *Pacte civil de solidarité*

Un'occasione per tentare di individuare gli elementi caratterizzanti la vita familiare e la nozione costituzionale di famiglia si è ripresentata al *Conseil constitutionnel* in occasione del ricorso avente ad oggetto la legge istitutiva dei *Pacs*. L'approvazione del *Pacte civil de solidarité*, infatti, accompagnata da accesi dibattiti sia nell'agone politico che nella scena pubblica, è stata seguita inevitabilmente dalla proposizione del ricorso all'organo di controllo costituzionale da parte di deputati e senatori, che ha offerto al *Conseil* l'opportunità di scandire, seppur in maniera non del tutto chiarificatrice, le differenze tra unioni di fatto, unioni registrate e matrimoni, nonché il rapporto tra famiglia e matrimonio nel disegno costituzionale.¹²

¹¹ VIDAL-NIQUET, *Constitution et famille(s)*, cit., 190.

¹² Per un'analisi della disciplina dei *Pacs* alla luce della decisione del *Conseil*, cfr. CHARBONNEAU - PANSIER, *Et in Terra Pacs. Commentaire*

In quella circostanza,¹³ innanzitutto, il *Conseil* ha respinto l'allegazione secondo cui l'istituzionalizzazione di una forma di coabitazione diversa dal matrimonio violerebbe i principi fondamentali delle leggi repubblicane,¹⁴ per il riconoscimento di vantaggi propri del matrimonio ad un istituto di comunione di vita alternativo ad esso.¹⁵

Inoltre, ha rigettato anche le censure relative al comma 10 del Preambolo del 1946, per il riconoscimento legale di una coppia che non è "famiglia" fondata sul matrimonio, senza la contestuale previsione di una disciplina concernente i figli che eventualmente si trovino a vivere con la coppia e che sarebbero così privi della protezione che la legge accorda alla famiglia. Il *Conseil*, in risposta a tali censure, ha convenuto che la legge si limita a disciplinare la situazione di due persone che vogliono organizzare la loro vita in comune, senza intervenire sulla disciplina della filiazione, ma ha anche osservato che non per questo incide in negativo sulla protezione dei figli di una o di entrambe le persone *pacsées*, ai quali si applicheranno le stesse norme, comprensive di diritti dei figli e doveri dei genitori connessi con la potestà genitoriale, che si applicherebbero in relazione a genitori non sposati.¹⁶

du Pacte civil de solidarité créé par la loi du 14 novembre 1999 et à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel, in *Gazette du palais*, n. 323-324, 1999, 2; FEMENIA, *Le contrat, après la décision du conseil constitutionnel du 9 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité*, in *Revue de la recherche juridique - Droit prospectif*, 2002, 1199; MOLFESSIS, *La réécriture de la loi relative au Pacs par le Conseil constitutionnel*, in *La Semaine juridique - ed. generale*, I, 2000, 210.

¹³ Si tratta della decisione *Cons. const.* n. 99-419 DC del 9 novembre 1999.

¹⁴ Costituzionalizzati per effetto della celebre decisione n. 71-44 DC del 16 luglio 1971.

¹⁵ Il *Conseil* osserva infatti che: «*le disposizioni relative al pacte civil de solidarité non incidono su alcuna delle norme relative al matrimonio; che, pertanto, la motivazione della violazione di tali norme è infondata.*» *Cons. const.* n. 99-419 DC, *Cons.* n. 59.

¹⁶ Il *Conseil* osserva che «*le norme di diritto di famiglia esistenti concernenti la filiazione e le disposizioni a tutela dei diritti del*

Il *Pacs* dunque, secondo il giudice di costituzionalità, non viola i principi costituzionali a tutela di matrimonio e famiglia. Ciò perché, il *Conseil* lo ribadisce in più punti,¹⁷ si tratta sicuramente di un istituto diverso dal matrimonio, alternativo ad esso per il riconoscimento legale della vita di coppia, anche se non è chiaro se si tratti di una forma costitutiva di famiglia.¹⁸ Per chiarire la natura del *Pacs* e la portata della locuzione di *vie commune* è pertanto opportuno un confronto tra le discipline.

Il *Pacte civil de solidarité* è un contratto di diritto privato avente ad oggetto l'organizzazione della vita in comune di una coppia, che può essere concluso da due persone di sesso opposto o dello stesso sesso¹⁹ e spiega i suoi effetti a seguito di una registrazione presso il tribunale.²⁰ La legge non definisce i caratteri della "vita in comune" alla cui regolamentazione sono rivolti i *Pacs*, ma lo fa il *Conseil*, esplicitando ciò che nella legge non era stato espressamente sancito: la *vie commune* implica una condivisione che va oltre la mera coabitazione, comprendendo la sfera

fanciullo, tra le quali figurano quelle relative ai diritti e ai doveri dei genitori sulla base dell'autorità parentale, si applicano, come è stato precedentemente indicato, ai figli il cui legame di filiazione sia stabilito nei confronti di persone legate da un pacte civil de solidarité o anche (nei confronti) di uno solo dei partner all'interno di tale patto.»

¹⁷ Ad es., laddove respinge l'allegazione secondo cui lo scioglimento unilaterale del patto comporterebbe un ripudio legalizzato, il *Conseil* senza mezzi termini sottolinea che: «il pacte civil de solidarité è un contratto diverso dal matrimonio» *Cons. const.* n. 99-419 DC, cons. n. 67.

¹⁸ Nella legge istitutiva dei *Pacs* e nella decisione del *Conseil* non viene espressamente affrontata la questione della configurabilità della coppia *pacsée* come "famiglia". Tuttavia in seguito, in particolare nella decisione sul matrimonio omosessuale, il *Conseil* riconoscerà il *Pacs* quale istituto attraverso il quale può essere esercitato il diritto alla vita familiare delle coppie omosessuali, *infra* par. 2, in particolare 11 s.

¹⁹ «Un pacte civil de solidarité è un contratto concluso da due persone fisiche maggiorenni, di sesso differente o dello stesso sesso, per organizzare la loro vita comune.» Art. 515-1 *Code civil*.

²⁰ Art. 515-3 *Code civil*.

sentimentale e sessuale. Le “due persone adulte”, cui offre riconoscimento legale l’istituto, formano dunque una coppia legata da stabile relazione sentimentale e sessuale.²¹ Differentemente da quanto accade con l’istituto del matrimonio, tuttavia, il riferimento alla natura sessuale del legame è descrittivo e non prescrittivo, per cui non è né previsto l’obbligo di relazione sessuale, né l’obbligo di esclusività di tale sorta di relazioni. Il *Pacs* è dunque concepito come un istituto a metà strada tra matrimonio e concubinato.²² Non viene chiarito però se la *vie commune* sia elemento non solo necessario ma anche sufficiente per la qualificazione di “famiglia”.

²¹ I giudici riconducono il carattere sentimentale ed eventualmente sessuale della relazione di coppia contemplata dalla legge alle cause d’impedimento previste, la cui principale *ratio* è quella di evitare rapporti incestuosi: «*Risulta da queste disposizioni, alla luce dei dibattiti parlamentari al seguito dei quali esse sono state adottate, che la nozione di vita comune non ricopre soltanto una comunione di interessi e non si limita all’asigenza di una mera coabitazione tra due persone; che la vita comune menzionata dalla legge in oggetto presuppone, oltre che una residenza comune, una vita di coppia, la sola che giustifichi che il legislatore abbia previsto delle cause di nullità del patto che, sia riprendono gli impedimenti al matrimonio volti a prevenire l’incesto, sia impediscono una violazione dell’obbligo di fedeltà derivante dal matrimonio; che, di conseguenza, pur non definendo espressamente il contenuto della nozione di vita comune, il legislatore ne ha determinato i caratteri essenziali*» Cons. const. n. 99-419 DC, cons. n. 26. La vita di coppia, implicante una componente sessuale, è però appunto “supposta” e non prevista come elemento essenziale.

²² La differenza rispetto al concubinato è messa in evidenza dal *Conseil* laddove giustifica la disparità di trattamento a fini fiscali tra le persone *pacsées* e i meri conviventi in concubinato: «*il legislatore ha inteso accordare dei diritti particolari alle persone che non possono o non vogliono sposarsi, ma che desiderano legarsi mediante un patto di vita comune; che, contrariamente alle persone che vivono in concubinato, i partner di un tale patto sono soggetti a talune obbligazioni; che essi, in particolare, si devono “un aiuto reciproco e materiale”; che tale differenza di situazione giustifica, quanto all’oggetto della legge, la differenza di trattamento censurata tra persone che vivono in concubinato e persone legate da un pacte civil de solidarité.*»

Per quanto riguarda, poi, le differenze rispetto al prototipo del riconoscimento legale della vita in comune, il matrimonio civile, queste non dipendono tanto dalla definizione dell'istituto, bensì dalla disciplina per esso prevista. Tra le differenze più rilevanti ricordiamo la possibilità di scioglimento unilaterale del *Pacs*²³ (in relazione al quale il *Conseil* ha escluso si potesse parlare di "ripudio" per la diversa natura del *Pacs* rispetto al matrimonio),²⁴ la mancata previsione del beneficio della pensione di reversibilità a vantaggio del *partner* superstite e l'impossibilità per le due persone *pacsées* di accedere all'istituto dell'adozione in qualità di coppia (essendo possibile solo l'adozione da parte di uno dei *partner*) e di esercitare congiuntamente l'*autorité parentale* sui figli di uno dei due *partner*.

4. La decisione del *Conseil constitutionnel* sul matrimonio omosessuale

Proprio quest'ultimo punto ha dato luogo alla battaglia giudiziaria di rivendicazione del diritto al matrimonio che è pervenuta al *Conseil constitutionnel* mediante il giudizio incidentale che verrà di seguito trattato. La questione di

²³ L'art. 515-7, disciplinante lo scioglimento del *Pacs*, prevede le ipotesi di rottura unilaterale del rapporto al comma 1 («*Quando uno dei partner decide di mettere fine al pacte civil de solidarité, egli notifica all'altro la propria decisione e invia una copia di tale notifica all'ufficio del tribunal d'instance che ha ricevuto l'atto iniziale.*») e al comma 2 («*Quando uno dei partner mette fine al pacte civil de solidarité sposandosi, egli ne informa l'altro mediante notifica e invia copia della suddetta notifica unitamente al proprio certificato di nascita, sul quale è riportata notizia del matrimonio, all'ufficio del tribunal d'instance che ha ricevuto l'atto iniziale.*»).

²⁴ «*Considerando, in primo luogo, che il pacte civil de solidarité è un contratto estraneo al matrimonio; che, di conseguenza, la sua rottura unilaterale non può essere qualificata "répudiation".*» *Cons. const.* n. 99-419 DC, cons. n. 67.

fatto che ha generato il giudizio *a quo* vedeva infatti protagoniste due donne, già unite da un *Pacte civil de solidarité* e madri di quattro figli (di cui i primi tre figli naturali dell'una e il quarto dell'altra), che rivendicavano la possibilità di accedere al matrimonio per poter così ottenere l'esercizio congiunto della potestà sui propri figli conviventi, che nell'ordinamento francese è riservato alle sole coppie sposate.²⁵

L'esito del percorso dinanzi alla giurisdizione ordinaria era prevedibile, sulla base dell'orientamento assunto dalla Corte di cassazione in una pronuncia del 13 marzo 2007²⁶ che aveva annullato il "*mariage de Bègles*", ovvero il primo matrimonio tra due persone dello stesso sesso celebrato sul territorio francese, officiato dal sindaco di Bègles nonostante l'opposizione del procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bordeaux. Quelle nozze, celebrate il 5 giugno 2004, erano state annullate dall'organo giurisdizionale di primo grado meno di due mesi dopo e l'annullamento, già confermato in appello, era stato definitivamente convalidato dalla Cassazione, che aveva motivato la propria decisione anche sulla base dell'assenza di norme di diritto internazionale che obblighino la Francia all'estensione della disciplina del matrimonio alle coppie omosessuali.²⁷

Le possibilità di azione delle due *justiciables* apparivano però profondamente mutate a seguito della riforma costituzionale istitutiva della *Question prioritaire de constitutionnalité*,²⁸ che apriva il giudizio a nuove

²⁵ Si veda *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2010-39 QPC del 6 ottobre 2010, dove il *Conseil* rigetta la QPC avente ad oggetto l'estensione alle coppie registrate dell'esercizio congiunto della potestà sul figlio di uno dei due *partner* che venga adottato dall'altro.

²⁶ *Cass.Civ. 1ère* n. 511, cit.

²⁷ Il caso è al momento oggetto di un ricorso pendente dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, *Chapin et Charpentier c. France*, ric. n. 40183/07.

²⁸ Il controllo successivo di costituzionalità delle leggi è stato introdotto nell'ordinamento francese con la legge organica n. 2009-1523 che, in

prospettive. Le due donne hanno perciò agito in giudizio con l'evidente proposito di portare per la prima volta la questione dinanzi al giudice costituzionale, grazie all'introduzione del giudizio di costituzionalità in via incidentale nell'ordinamento francese. Tale riforma, infatti, ha permesso che il *Conseil constitutionnel* potesse essere chiamato a intervenire per valutare la violazione, nel caso concreto, di diritti costituzionalmente garantiti da parte di una legge in vigore nell'ordinamento (nel caso di specie, gli articoli sopramenzionati del codice civile), a seguito della proposizione di una questione incidentale. In questo modo, attraverso il controllo di costituzionalità successivo, anche il *Conseil constitutionnel* francese ha potuto iniziare a pronunciarsi non solo su disposizioni legislative in corso di emanazione, ma anche, dietro l'impulso dei casi concreti della vita, su istituti non espressamente previsti dalla legge o ipotesi che non erano nemmeno prese in considerazione nel momento in cui una determinata disciplina era stata emanata (nel caso di specie, il matrimonio tra persone dello stesso sesso), ma che nondimeno si pongono all'attenzione degli interpreti nella risoluzione delle controversie.²⁹

È questo quanto è avvenuto quando, davanti al *Tribunal de Grande Instance* della città di Reims, che aveva dichiarato irricevibile la domanda di autorizzazione alla celebrazione della nozze tra le due donne, è stata sollevata un'eccezione d'incostituzionalità, che il tribunale stesso, effettuato il primo vaglio di ammissibilità che gli compete, ha ritenuto di dover trasmettere alla *Cour de Cassation*, la quale a sua volta, nella sua funzione di filtro di ultima istanza delle QPC, ha deciso di rimetterla al *Conseil constitutionnel*.

attuazione del nuovo art. 61-1 della Costituzione, disciplina la *Question Prioritaire de Constitutionnalité*.

²⁹ È stato osservato che la cosiddetta "porte étroite" del giudizio di costituzionalità, dalla definizione di VEDEL, *L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite*, Paris, La vie judiciaire, 1991, diventa oggi "porte ouverte", cfr. DRAGO, *Le nouveau visage du contentieux constitutionnel*, in *Revue française du droit constitutionnel*, 2010, 751.

4.1. L'assenza del paradigma eterosessuale in Costituzione

Il *Conseil constitutionnel*, con decisione del 28 gennaio 2011,³⁰ ha confermato la costituzionalità del divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Oggetto del controllo di costituzionalità erano gli articoli 75 e 144 del *code civil*, disciplinanti rispettivamente le formalità procedurali e l'età per contrarre matrimonio, i quali, parlando rispettivamente di «*mari et femme*» e «*homme et femme*», avrebbero comportato, secondo il giudice del rinvio, una violazione dei diritti degli omosessuali. In particolare, la Corte di cassazione, nell'ordinanza di rinvio,³¹ censurava le suddette disposizioni in relazione alla libertà personale (art. 66 Cost. del 1958) e alla libertà di matrimonio (Preambolo Cost. del 1946 e del 1958). Due associazioni per i diritti degli omosessuali, intervenute nel giudizio di costituzionalità, allegavano ulteriori profili d'incostituzionalità, concernenti la violazione del diritto alla vita familiare (Preamb. Cost. del 1946) e del principio di uguaglianza (art. 6 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*).

La decisione che ne è conseguita, benché succinta nelle argomentazioni com'è nello stile del *Conseil constitutionnel*, presenta degli interessanti spunti soprattutto quanto al rapporto, che costituisce un'assoluta novità in Francia, tra controllo di costituzionalità successivo e discrezionalità del potere legislativo, in un Paese che si è sempre dimostrato diffidente nei confronti di qualunque intromissione nella *souveraineté de la loi*.

Il cuore della decisione sta nelle venti righe che costituiscono i considerando n. 7, 8 e 9, nei quali il giudice delle leggi declina la propria competenza a sindacare nel merito le scelte legislative in materia di matrimonio, in

³⁰ *Cons. const.* n. 2010-92 QPC.

³¹ *Cass. Civ. 1ère, Décision de renvoi* n. 1088 del 16 novembre 2010.

ragione della discrezionalità accordata al Legislatore dai Costituenti. Spiega infatti il *Conseil* che essendo riservata al Legislatore, ai sensi dell'art. 34 della Costituzione,³² la disciplina del matrimonio, le limitazioni legislative alla libertà di sposarsi potranno essere considerate incostituzionali soltanto in quanto esse violino altri diritti o libertà costituzionalmente protetti. Pertanto, nel caso di specie, non essendo riscontrabile la violazione né del diritto di condurre una normale vita familiare né del principio di uguaglianza, le disparità di trattamento operate dal Legislatore sono giustificate e insindacabili nel merito da parte dei giudici costituzionali.

Ma ripercorriamo il ragionamento del *Conseil constitutionnel*, per vedere come esso arriva a dichiarare conforme a Costituzione il divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso, partendo innanzitutto dalla determinazione del significato delle disposizioni oggetto della questione.³³

I giudici costituzionali, infatti, dopo aver delimitato l'ambito del proprio sindacato alle sole parti degli articoli contestati dirette a escludere le coppie omosessuali dall'accesso al matrimonio, assumendo come norme oggetto soltanto l'ultimo comma dell'art. 75 e l'intero art. 144, ne determinano il significato sulla base dell'interpretazione consolidata della *Cour de cassation*, la quale afferma che, dal complesso delle norme sul matrimonio contenute nel codice civile, si deve evincere che «*selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme.*»³⁴

Questo è il primo punto degno d'attenzione, in quanto in

³² «*La legge stabilisce le norme concernenti: i diritti civili e le garanzie fondamentali accordate ai cittadini per l'esercizio delle pubbliche libertà; [...] la cittadinanza, lo stato e la capacità delle persone, il regime matrimoniale, le successioni ed elargizioni; [...]*» Art. 34, comma 1 Cost. 1958.

³³ *Cons. const.* n. 2010-92, Cons. n. 1, 2 e 3.

³⁴ *Cass., Civ. 1ère*, n. 511, prima richiamata e citata nella decisione n. 2010-92 QPC nel cons. n. 3.

esso i giudici costituzionali, utilizzando l'argomento del riferimento alla giurisprudenza che fortemente richiama la dottrina italiana del diritto vivente,⁵⁵ riconducono il paradigma eterosessuale del matrimonio al significato conferito all'istituto dal diritto civile, nell'applicazione datagli dalla giurisdizione ordinaria, e non dalla Costituzione. È vero, come si legge nel commento alla sentenza nei *Cahiers du Conseil constitutionnel*⁵⁶ che la Cassazione, con quel riferimento al complesso delle disposizioni civilistiche, sembra far assurgere l'eterosessualità del matrimonio a principio generale del diritto civile francese, ancorandola ad un fondamento più ampio e generale, ma è anche vero che si tratta comunque di un principio che trova la sua ragion d'essere in fonti primarie, e non in Costituzione. È proprio grazie all'esclusione di una matrice costituzionale del carattere eterosessuale del matrimonio che viene lasciato spazio all'intervento del Legislatore ordinario.

Da ciò discende la considerazione che l'eventuale estensione della disciplina del matrimonio alle coppie di persone dello stesso sesso non comporterebbe una violazione della nozione costituzionale dell'istituto, del quale, tuttavia, il *Conseil* anche in questa sede non fornisce una definizione.

⁵⁵ Sull'utilizzo del diritto vivente nella giurisprudenza del *Conseil constitutionnel*, cfr. SEVERINO, *Il ruolo della giurisprudenza comune nel giudizio di costituzionalità in Francia. Un diritto vivente dinnanzi al Conseil constitutionnel?*, in M. CAVINO (a cura di), *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2009, 53 ss. e EAD., *La doctrine du droit vivant*, Paris, Aix-en-Provence, Economica-PUAM. Sull'impiego invece dei riferimenti giurisprudenziali secondo il modello di dottrina del diritto vivente à l'italienne, cfr. G. ZAGREBELSKY, *La doctrine du droit vivant et la QPC*, in *Constitutions*, 2010, 5 e ROUSSEAU, *L'art italien au Conseil constitutionnel: les décisions de 6 et 14 octobre 2010*, in *Gazette du Palais*, 2010, 12.

⁵⁶ *Cah. Cons. const.* n. 32, 2011, 2.

4.2. La discrezionalità del legislatore e il bilanciamento con i diritti costituzionalmente garantiti

Il *Conseil constitutionnel*, individuate le norme oggetto del controllo di costituzionalità e il fondamento legislativo del requisito di eterosessualità dei coniugi, passa all'analisi dei profili di sospetta incostituzionalità, sulla base dei singoli parametri.

Rigetta innanzitutto la questione sotto il profilo della violazione dell'articolo 66, avente ad oggetto la tutela della libertà personale garantita mediante riserva giurisdizionale, ricordando che la libertà di contrarre matrimonio rientra tra i diritti e le libertà della persona garantiti dagli art. 2 e 4 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* e non è ricompresa nell'ambito della libertà personale di cui all'art. 66.³⁷ In effetti, sebbene quest'ultima fosse l'interpretazione costituzionale adottata dal *Conseil* fino alla fine degli anni Novanta, tale orientamento è oramai mutato a partire dal 1999, quando – adottando una concezione più restrittiva della libertà personale *ex art. 66* – il *Conseil* ha ricondotto le altre libertà della persona nell'alveo della tutela offerta dagli art. 2 e 4 della *Déclaration*.³⁸

La violazione della libertà di matrimonio deve comunque essere valutata nel merito, ma solo sulla base dei due articoli citati del documento del 1789. Tuttavia il *Conseil*, conformemente alla propria giurisprudenza in materia, ritiene la trattazione di tale profilo successiva e consequenziale rispetto a quelli concernenti la tutela della vita familiare e il principio di uguaglianza, in quanto, ai sensi dell'art. 34 della Costituzione, è lasciata al Legislatore la disciplina del matrimonio, che incontra come unico limite l'obbligo di assicurare «*le garanzie legali delle esigenze di*

³⁷ *Cons. const.* n. 2010-92 QPC, cons. n. 6.

³⁸ *Cah. Cons. Const.* n. 32, 5 s.

carattere costituzionale». Le limitazioni alla libertà di contrarre matrimonio previste dal Legislatore saranno, perciò, incostituzionali soltanto qualora rappresentino una violazione di altri diritti e libertà costituzionalmente garantiti, nella fattispecie il diritto alla vita familiare e alla parità di trattamento da parte della legge.

Sulla base di queste premesse, e torniamo qui all'argomento fondante della *ratio decidendi*, il *Conseil* rileva che non vi sia violazione della libertà di matrimonio, non riscontrando alcuna violazione né del diritto alla conduzione di una normale vita familiare né del principio di non discriminazione.

È questo un utilizzo dell'argomento della discrezionalità del legislatore in funzione di *self restraint* da parte dell'organo di controllo costituzionale, che si combina ad una sorta di giudizio di proporzionalità, volto ad assicurare la garanzia dei contenuti minimi dei principi e diritti costituzionali eventualmente lesi o limitati dalla norma oggetto: il *Conseil* riconosce infatti di non poter esercitare un controllo nel merito delle scelte legislative che fondano una determinata norma oggetto, sulla base delle norme parametro indicate, se non nei termini di controllo sulla garanzia dei contenuti minimi essenziali di altri diritti costituzionalmente garantiti. Laddove la Carta costituzionale affida al Legislatore la disciplina di una materia, questi incontra certamente i limiti costituiti dalle altre norme costituzionali, ma al contempo la riserva di legge gli garantisce uno spazio di discrezionalità tale da far presupporre la costituzionalità dei bilanciamenti da egli operati, salvo in caso di violazione del nucleo essenziale di principi e diritti costituzionali.

Sebbene i giudici non facciano riferimento al *noyau dur* dei diritti costituzionalmente garantiti, è proprio il nucleo essenziale delle norme parametro invocate quello che il *Conseil* sembra tutelare quando, seppur mediante la tecnica argomentativa ermetica che gli è propria, dal considerando sulla discrezionalità del legislatore passa al vaglio nel merito dei profili della questione incidentale, svolgendo un

controllo teso a garantire, da un lato, il rispetto del principio di uguaglianza mediante la ragionevolezza della disparità di trattamento e, dall'altro, il rispetto del nucleo essenziale del diritto alla vita familiare.

4.3. Il principio di uguaglianza e la ragionevolezza presupposta della scelta del legislatore

Quanto al principio di uguaglianza, il giudizio dei *Sages* incontra dunque i limiti imposti dalla discrezionalità riconosciuta al Legislatore dall'articolo 34 della Costituzione, per cui all'organo di garanzia costituzionale spetta soltanto di valutare la ragionevolezza della disparità di trattamento. Il *Conseil* ribadisce infatti la propria giurisprudenza secondo la quale il principio di uguaglianza davanti alla legge, da un lato, non impedisce di trattare in maniera diversa situazioni diverse e, dall'altro, non osta nemmeno a che il Legislatore deroghi alla parità di trattamento di situazioni analoghe per ragioni di pubblico interesse.³⁹ Con particolare riferimento, poi, alla disparità di trattamento tra coppie omosessuali e non, il *Conseil* ne rileva la ragionevolezza sottolineando che, nella valutazione operata dal Legislatore, «*la diversità della situazione delle coppie omosessuali rispetto a quella delle coppie composte da un uomo e una donna può giustificare una diversità di trattamento nell'ambito della disciplina del diritto di famiglia*» e che «*non sta al Conseil constitutionnel sostituire la propria discrezionalità a quella del legislatore*» in merito all'opportunità di parificare o meno le coppie omosessuali a quelle eterosessuali.⁴⁰

È importante sottolineare che il *Conseil* non procede ad un giudizio di ragionevolezza o ad un controllo di

³⁹ “Diversità di situazione” e “pubblico interesse” sono le due ipotesi alternative di deroga legittima al principio di uguaglianza, a partire dalla sentenza *Cons. const.* n. 89-254 DC del 4 luglio 1979.

⁴⁰ *Cons. const.* n. 2010-92, *Cons.* n. 9.

proporzionalità per *test*, coerentemente con la propria giurisprudenza in materia di principio di uguaglianza, secondo la quale la ragionevolezza della scelta del Legislatore è presupposta, salvo che essa appaia manifestamente discriminatoria o per *erreur manifeste*, nella valutazione del nesso tra discriminazione e obiettivo perseguito, o per *excessive atteinte* al diritto dei destinatari del trattamento diversificato.⁴¹ Nel caso in questione, il *Conseil* si accontenta di rilevare come il Legislatore abbia ritenuto che la diversità di situazione tra le coppie considerate sia tale da rendere la discriminazione ragionevole e, pertanto, giustificata in rapporto all’oggetto della disposizione legislativa (riscontrando così una delle due ipotesi alternative di deroga legittima al principio di uguaglianza, secondo la giurisprudenza sul punto).

Al fatto che i giudici costituzionali non procedano ad una valutazione sull’entità dell’*atteinte* possono darsi due letture: secondo la prima, essi semplicemente, non scorgendo *prima facie* alcuna manifesta disparità di trattamento, non hanno ritenuto di dover procedere al sindacato di merito sull’idoneità e la necessarietà della previsione normativa discriminatoria ai fini del perseguimento dell’obiettivo legislativo; l’altra lettura postula, invece, che la pronuncia si fondi sulla “valutazione di non dover valutare”. Secondo questo punto di vista, con quel riferimento ponziopilatesco alla discrezionalità del Legislatore, che ha assorbito ogni valutazione di merito sulla disparità di trattamento, il *Conseil* avrebbe voluto riaffermare, all’indomani dell’introduzione in Francia di un sistema di controllo costituzionale incidentale a tutela dei diritti e delle libertà fondamentali che cambia sensibilmente il volto del giudizio di costituzionalità, la ripartizione dei

⁴¹ Sull’applicazione del giudizio di uguaglianza e del controllo di proporzionalità da parte del *Conseil constitutionnel* si rimanda a DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 2a ed., Paris, PUF, 2006, e ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 8a ed, Paris, Montchrestien, 2008.

ruoli tra politica e giustizia costituzionale, riconoscendo al Legislatore, e dunque alla politica, il potere di scelta sui temi dalla forte implicazione etica su cui ci siano evidenti divisioni all'interno della società.

L'affermazione del *Conseil* va invero letta alla luce dell'ordinanza di rimessione. È proprio in questo senso, infatti, che la Cassazione ha inteso sollecitare una pronuncia dell'organo di controllo costituzionale, trasmettendo la questione, nell'esercizio della propria funzione di filtro, non sulla base del carattere di serietà del ricorso, bensì in ragione della sua novità «*nel senso che il Conseil constitutionnel attribuisce a questo criterio alternativo*», cioè sulla base di quella facoltà riconosciuta alle supreme giurisdizioni ordinaria e amministrativa di adire il giudice costituzionale anche in presenza di questioni che non siano né nuove in senso tecnico, né «*serie*» dal punto di vista della fondatezza e della complessità giuridica, ma che siano nondimeno da essi ritenute interessanti e meritevoli di una pronuncia da parte del *Conseil constitutionnel*.⁴² Il giudice rimettente ha così invitato i *Sages* a prendere posizione su una questione che è «*oggi l'oggetto di un acceso dibattito nella società, a causa, in particolare, dell'evoluzione dei costumi e del riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso nelle legislazioni di molti Paesi stranieri*».⁴³

Chiamato in causa in questi termini, il giudice costituzionale ha detto la sua: «*non sta al Conseil constitutionnel sostituire la propria valutazione a quella del legislatore sulla considerazione, in questa materia, di questa differenza di situazione.*»⁴⁴ La parola spetta al Legislatore.

⁴² È questa l'interpretazione data al criterio della *nouveauté* nella decisione *Cons. const.* n. 2009-595 DC del 3 dicembre 2009.

⁴³ *Décision de renvoi*, cit.

⁴⁴ *Cons. const.* n. 2010-92 QPC, cons. n. 9.

4.4. Il *droit à une vie familiale normale*: un diritto accordato, ma di serie B

Quanto al profilo della violazione del diritto a condurre una normale vita familiare per il divieto di sposarsi imposto dal codice civile alle coppie omosessuali, il *Conseil* rigetta la questione, confermando la sua precedente posizione, secondo la quale il matrimonio non è elemento necessario e qualificante di una normale vita familiare, essendo questa sufficientemente garantita dalla possibilità di convivere in unioni registrate e nuclei familiari anche non formalmente riconosciuti. Rilevano infatti i *Sages* che «*il diritto di condurre una normale vita familiare non implica il diritto di sposarsi*» e che le disposizioni censurate «*non ostano alla libertà delle coppie di persone dello stesso sesso di vivere in concubinato [...] o di beneficiare del quadro giuridico del patto civile di solidarietà disciplinato dagli articoli 515-1 e seguenti [del codice civile].*»⁴⁵

La coppia *pacsée*, eterosessuale o omosessuale che sia, è dunque “famiglia”, cui è riconosciuto il diritto alla tutela della vita familiare, ben potendo, tuttavia, non essere equiparata alla famiglia fondata sul matrimonio per una serie di effetti rilevanti, fra i quali l’esercizio congiunto della potestà sui figli. Si crea così una sorta di famiglia di serie B, che la Costituzione ammette, lasciando alla sola competenza del Legislatore la scelta in merito all’equiparazione tra famiglia fondata sul matrimonio e famiglia fondata su quell’istituto alternativo di riconoscimento della vita in comune che è il *Pacte civil de solidarité*. Essendo possibile per le sole coppie eterosessuali la scelta tra i due istituti, alle coppie di persone dello stesso sesso, cui è precluso l’accesso al matrimonio, rimane ad oggi soltanto la possibilità di costituire una famiglia di serie B.

⁴⁵ *Cons. const.* n. 2010-92 QPC, cons. n. 8.

**TECNICHE DI INTERPRETAZIONE
COSTITUZIONALE NEL RICONOSCIMENTO DEI
DIRITTI DELLE COPPIE OMOSESSUALI IN
COLOMBIA**

Irene Spigno

*Assegnista di ricerca in Diritto Pubblico Comparato
nell'Università di Siena*

In Colombia, il riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali è il prodotto non di un esplicito riconoscimento legislativo, ma dell'elaborazione giurisprudenziale compiuta dalla Corte costituzionale, la quale ha progressivamente esteso molti dei diritti riconosciuti alle coppie eterosessuali anche a quelle omosessuali, per poi da ultimo dichiarare l'illegittimità della definizione di matrimonio contenuta nel codice civile. Nell'ultimo decennio, infatti, il giudice costituzionale colombiano si è pronunciato in diverse occasioni con riferimento allo statuto giuridico e ai diritti delle coppie omosessuali, elaborando una dottrina costituzionale piuttosto avanzata, se analizzata nella prospettiva sia dello specifico contesto latino americano, che in quello internazionale. Ciò che colloca la Colombia in una posizione di avanguardia è rappresentato sia dai risultati ottenuti nella protezione dei diritti delle coppie omosessuali, che dall'argomentazione giuridica utilizzata dal giudice delle leggi, entrambi elementi analizzati nel presente articolo.

In Colombia the rights of homosexual couples are not the product of an explicit legislative recognition. However, they are the result of the Constitutional Court jurisprudence, which has gradually extended many of the rights accorded to heterosexual couples to homosexual ones. During the last two decades, the Colombian constitutional judge has

developed a high quality doctrine towards the increasing recognition of gay couples' rights together with the advancement of their legal status. The constitutional case law on same-sex couples provides a full set of rights that put Colombia in a very advanced position especially within the specific Latin America context as well as, in a wider perspective, in the international one. The elements that put Colombia in a leading position are represented by the advances obtained in the protection of homosexual couples' rights as well as by the legal reasoning and interpretative techniques used by the constitutional judge, both of which are discussed in this article.

Sommario

1. Una breve premessa
2. La famiglia nell'ordinamento costituzionale colombiano
3. La prospettiva individuale della tutela dei diritti delle persone omosessuali
4. Il primo riconoscimento dei diritti patrimoniali delle coppie omosessuali: la sentenza C-075 del 2007
5. Le sentenze successive in attesa della pronuncia sul matrimonio omosessuale
6. L'ultima parola della Corte: la sentenza C-577 del 2011
7. Considerazioni conclusive

1. Una breve premessa

Il riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali in Colombia è stato l'oggetto di una vivace evoluzione ad opera della Corte costituzionale, il cui studio, oltre a focalizzarsi sull'analisi delle decisioni più rilevanti, non può prescindere dalla considerazione dello specifico contesto storico e sociale di riferimento. La società colombiana è stata caratterizzata per lungo tempo da gravi discriminazioni sia nei confronti delle donne – e tale circostanza giustifica molte delle disposizioni che a livello costituzionale e legislativo sono dirette alla protezione del genere femminile – che degli omosessuali. Il codice penale del 1936 considerava l'omosessualità come un reato; tale disposizione è stata poi abrogata nel 1980 e soltanto a partire dal 2001 l'orientamento sessuale ha cominciato ad essere considerato come elemento qualificativo della discriminazione.

Rilevante ai fini dell'indagine che si propone con il presente contributo è anche l'analisi dello specifico contesto costituzionale colombiano e, in particolare, del ruolo svolto all'interno del sistema dalla Corte costituzionale. L'attuale Costituzione è entrata in vigore nel 1991 e nonostante la Colombia possa vantare una risalente tradizione del controllo di costituzionalità delle leggi¹, solo con il nuovo testo è stata istituita una Corte costituzionale e sono stati costituzionalizzati differenti tipi di ricorsi e azioni volti alla protezione dei diritti fondamentali riconosciuti nella Costituzione stessa.

La giustizia costituzionale colombiana prevede un sistema misto, con meccanismi tipici del modello accentrato e di

¹ Già nel secolo XIX l'ordinamento colombiano vantava la presenza di diversi strumenti che caratterizzavano un sistema di giustizia costituzionale agli albori. A tale proposito si vedano URIBE VARGAS, *Las constituciones de Colombia: historia, crítica y textos*, Madrid, 1977, vol. I, 309 ss. e GAONA CRUZ, *Control y reforma de la Constitución en Colombia*, Bogotá, 1988, vol. II, 78 ss.

quello diffuso e coinvolge, nell'espletamento di tale compito, sia il giudice costituzionale, che tutti gli altri giudici². Ciononostante, si deve riconoscere una netta prevalenza degli elementi propri del modello accentrato. La competenza del giudice costituzionale deriva in via generale dall'art. 241 della Costituzione del 1991, il quale attribuisce alla Corte il compito di tutelarne l'integrità e la supremazia³. Diversi sono gli strumenti mediante i quali la Corte esercita tale funzione⁴, ma data la natura del presente

² Si vedano BREWER-CARÍAS, *El Sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá, 1995 e GAONA CRUZ, *El control de la constitucionalidad de los actos jurídicos en Colombia ante el Derecho Comparado*, in *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. VII 1984-1985, *Derecho Público en Venezuela y Colombia*, Caracas, 1986, 39-114.

³ Il Capitolo 4 del Titolo VIII della Costituzione del 1991 si occupa della giurisdizione costituzionale istituendo una specifica Corte costituzionale, composta da nove magistrati eletti dal Senato della Repubblica per singoli periodi di otto anni, scelti nell'ambito di terne presentate dal Presidente della Repubblica, dal Consiglio di Stato e dalla Corte suprema di giustizia.

⁴ Per uno studio completo sul funzionamento della Corte costituzionale colombiana e più in generale sulla giurisdizione costituzionale, si veda CIFUENTES MUÑOZ, *Jurisdicción Constitucional en Colombia*, in *Ius Et Praxis*, num. 8.1, 2002, 283-317. La Costituzione riconosce il diritto di ogni cittadino di presentare azioni pubbliche in difesa della Costituzione stessa e della legge. Si tratta di un corollario del diritto di partecipazione nella formazione, esercizio e controllo del potere politico ed è indicativo dei diversi strumenti o azioni che si possono esercitare contro quegli atti giuridici che violano le disposizioni della Costituzione e i suoi principi fondamentali. In particolare sono tre gli strumenti previsti dalla Costituzione colombiana: l'azione pubblica di incostituzionalità (prevista dall'art. 241 ss. della Costituzione), l'azione di nullità per incostituzionalità (ex art. 237.2 Cost.) e l'azione di tutela (di cui all'art. 86 Cost.). Inoltre, anche se non è considerata come un tipo di ricorso di incostituzionalità, vi è l'eccezione di incostituzionalità, che costituisce comunque un corollario del complessivo impianto di protezione della supremazia della Costituzione. In realtà, queste non sono le uniche modalità previste dalla Costituzione per esercitare il controllo di costituzionalità, posto che sono previsti anche altri strumenti tra i quali la revisione automatica di determinati decreti e leggi e l'esame delle *objeciones presidenciales* (art. 167). Anche i

lavoro si offriranno solo alcune indicazioni strettamente correlate ai meccanismi utilizzati dal giudice costituzionale nell'attività interpretativa in materia di diritti delle coppie omosessuali, il cui progressivo riconoscimento è stato sviluppato dall'alto tribunale mediante pronunce espresse nell'ambito sia dell'*acción de tutela*⁵ (meccanismo previsto dall'art. 86 della Costituzione), che dell'*acción pública de inconstitucionalidad*⁶ (ex art. 241 della Carta fondamentale).

Come si approfondirà nel proseguo della trattazione, la giurisprudenza costituzionale colombiana si avvale di un arsenale interpretativo che si caratterizza sia per la preferenza per un'interpretazione letterale del testo costituzionale, prevalente nella prima fase della sua attività, che di un approccio evolutivo che, come si vedrà, spinge la Corte a leggere il dettato costituzionale adeguandolo ai mutamenti sociali e culturali.

Inoltre, una delle tecniche interpretative maggiormente utilizzate dalla Corte costituzionale, sin dall'inizio della sua attività, richiama la dottrina francese del *bloc de constitutionnalité*⁷, in particolare per quanto riguarda il

tribunali amministrativi hanno una seppur limitata competenza costituzionale, in quanto devono occuparsi di risolvere le *objeciones* presentate dai governatori contro i progetti di ordinanze dettati dalle *Asambleas Departamentales* e sulla costituzionalità delle autorità locali (artt. 305.9 e 10 della Costituzione).

⁵ La *acción de tutela* è un meccanismo previsto dalla Costituzione nell'ambito del quale la Corte si occupa di casi già decisi dai giudici inferiori nei quali si lamenta la violazione dei diritti fondamentali da parte dello Stato o, in alcuni casi, da parte degli individui. Le sentenze pronunciate nell'ambito di tale procedimento sono identificate con la lettera "T".

⁶ A differenza della *acción de tutela*, quella di *inconstitucionalidad* esprime un controllo di tipo astratto nel quale l'argomentazione giudiziale si concentra sulla compatibilità astratta tra una disposizione legislativa e la Costituzione. Le sentenze sono indicate con la lettera "C".

⁷ La Corte costituzionale con sentenza del 18 maggio 1995, con riferimento al controllo automatico di costituzionalità del II Protocollo

diritto internazionale pubblico. La Corte decise di avvalersi di tale tecnica per conciliare il principio della supremazia costituzionale⁸ con quello della supremazia del diritto internazionale (previsto dall'art. 93.1 della Costituzione). Il suo utilizzo ha caratterizzato l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale con riferimento all'implementazione dei diritti fondamentali, riconoscendo progressivamente l'universalità dei valori e dei principi consacrati nel testo costituzionale, i quali appartengono alla persona in quanto tale e hanno come funzione quella di assicurare la permanenza e l'obbligatorietà del contenuto della Costituzione⁹.

aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 1949 relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali e della relativa legge di esecuzione (*ley* 171 del 16 dicembre 1994), “trapiantò” nel sistema giuridico colombiano, senza alcuna sfumatura o adattamento, la teoria francese del *bloc de constitutionnalité*, affermando che l'unico significato ragionevole che si può attribuire all'idea della prevalenza dei trattati internazionali in materia di diritti umani è che questi formino, unitamente al resto del testo costituzionale un “*bloque de constitucionalidad*” il cui rispetto si impone per legge. Per un approfondimento dell'utilizzo del *bloque de constitucionalidad* da parte del giudice costituzionale colombiano si vedano UPRIMNY YEPES, *El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*, in O'DONELL (a cura di), *Compilación de instrumentos internacionales: derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*, Bogotá, 2007 e ARANGO OLAYA, *El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*, in *Revista Precedente*, 2006, 79-102.

⁸ In questo senso è la decisione della Corte costituzionale colombiana T-406 del 5 giugno 1992. Secondo il sistema della fonti colombiano, la Costituzione occupa una posizione prevalente, essendo il principio della supremazia costituzionale espressamente sancito nell'art. 4 della Costituzione.

⁹ Così la sentenza della Corte costituzionale C-574 del 1992.

2. La famiglia nell'ordinamento costituzionale colombiano

L'entrata in vigore della Costituzione del 1991 ha rappresentato un'importante trasformazione del sistema giuridico colombiano, sia in generale, che per quanto riguarda il concetto di famiglia e i diritti a questa collegati. Infatti, contrariamente al passato, il testo costituzionale non è più considerato come un catalogo meramente enunciativo di diritti la cui efficacia sarebbe derivata e collegata al successivo sviluppo legislativo, ma ha assunto il ruolo di documento giuridico-politico che, oltre a dettare le regole fondamentali per il funzionamento della struttura istituzionale dello Stato, ha previsto anche una carta inclusiva di diritti, doveri e garanzie, con immediata efficacia precettiva, che non necessita di una specifica attuazione legislativa. L'efficacia diretta delle norme costituzionali, derivante sia da una loro più dettagliata formulazione, che da un'interpretazione in tal senso operata dalla Corte, ha consentito al giudice delle leggi di svolgere un ruolo fondamentale nell'implementazione dei diritti ivi riconosciuti.

Una grande rilevanza è attribuita dall'ordinamento colombiano alla famiglia, in quanto istituzione che, per il suo carattere di entità sociale che si adegua ai cambiamenti storici, politici ed economici, costituisce il nucleo della società. Diversi sono i riferimenti contenuti nel testo costituzionale: l'art. 5, tra i principi fondamentali, sottolinea il carattere di istituzione fondamentale della famiglia nell'ambito della società colombiana. In combinato disposto con tale norma deve essere letto il divieto di discriminazione per motivi di sesso, razza, origine nazionale o familiare, lingua, religione, opinione politica o filosofica, il quale si accompagna ad uno specifico mandato rivolto al legislatore affinché promuova le condizioni per un'eguaglianza che sia reale ed effettiva, anche mediante l'adozione di misure a favore di gruppi discriminati o emarginati (secondo quanto previsto dall'art. 13 Cost.). Più

nello specifico, gli artt. 15 e 28 riconoscono rispettivamente il diritto all'intimità familiare e quello alla libertà personale e familiare, mentre l'art. 42, inserito nella parte dei diritti economici, sociali e culturali, disciplina nel dettaglio le caratteristiche del matrimonio e dello stato civile, indicando anche i doveri e le obbligazioni della famiglia¹⁰.

Le norme costituzionali non costituiscono l'unico referente normativo della protezione della famiglia nell'ordinamento colombiano: difatti, numerose sono anche le convenzioni internazionali sottoscritte¹¹ e gli interventi del legislatore ordinario¹². Di rilevanza fondamentale è anche l'interpretazione fornita dal giudice costituzionale il quale, nell'esercizio della sua funzione di controllo e di rispetto della Costituzione¹³, si è pronunciato in diverse occasioni

¹⁰ La Costituzione colombiana riconosce la famiglia come il nucleo fondamentale della società, sottolineando come sia formata grazie alla libera decisione di un uomo e di una donna di contrarre matrimonio o di costituirla in altro modo (art. 42 Cost.).

¹¹ Tra le numerose convenzioni si segnalano: la Convenzione interamericana sulla prevenzione, punizione e sradicamento della violenza contro le donne, adottata dall'Assemblea generale dell'Organizzazione degli Stati Americani a Belém do Pará, Brasile, il 9 giugno 1994 e ratificata con la legge 248 del 1995; la Convenzione dell'Aia del 29 maggio 1993 sulla tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, ratificata con la legge 265 del 1996; la Convenzione interamericana di Montevideo del 15 luglio 1989 sulle obbligazioni alimentari, ratificata con la legge 319 del 1996; il Protocollo facoltativo alla Convenzione sui diritti del fanciullo, relativo alla partecipazione di fanciulli a conflitti armati, concluso a New York il 25 maggio 2000 e ratificato con la legge 765 del 2002.

¹² Per un'analisi critica delle disposizioni legislative in materia di diritto di famiglia si veda GUÍO CAMARGO, *El concepto de familia en la legislación y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*, in *Studiositas*, vol. 4.3, 2009, 65-81.

¹³ Nonostante la Costituzione colombiana attribuisca al giudice costituzionale la competenza del controllo di costituzionalità delle leggi, l'art. 25 del codice civile prevede che l'interpretazione di quelle leggi considerate come «oscuras» rientri tra le attribuzioni esclusive del legislatore (sulla concorrenza e le distinzioni tra giudizio di costituzionalità e l'adozione di leggi interpretative, si veda la sentenza della Corte costituzionale C-820 del 4 ottobre 2006).

con riferimento alla protezione della famiglia e dei suoi componenti, concentrandosi in particolare sulla tutela delle coppie di fatto, sulla posizione della donna nell'ambito familiare¹⁴, sui bambini. e sulla loro educazione¹⁵ e, per quello che qui maggiormente interessa, sulle coppie omosessuali.

Così, per quanto concerne la protezione delle coppie di fatto, la Corte costituzionale ha affermato che non sarebbe né ragionevole né proporzionato, secondo il combinato disposto degli articoli 5, 13 e 42 della Costituzione, prevedere un trattamento differenziato tra coppie sposate e quelle di fatto. Tale diversità, basandosi sull'origine del vincolo familiare, sarebbe discriminatoria posto che la Costituzione riconosce l'eguaglianza tra le famiglie che sono formate secondo «*vínculos naturales*» (e quindi le coppie di fatto) e quelle unite invece da «*vínculos jurídicos*» (matrimonio). Secondo la Corte, però, *eguaglianza* non equivale a *identità*, sottolineando così la persistenza di differenza tra il matrimonio e l'unione di fatto¹⁶.

Ciononostante, la Corte ha progressivamente garantito una tutela ampia del nucleo familiare genericamente inteso (formato quindi anche al di fuori del matrimonio), in particolare con riferimento a benefici in materia di assistenza sanitaria¹⁷ e di eredità¹⁸.

¹⁴ A tale proposito si vedano le pronunce della Corte C-034 del 27 gennaio 1999 e 092 del 2008.

¹⁵ Si veda l'ordinanza della Corte costituzionale n. 147 del 5 agosto 2003, nella quale il giudice delle leggi ha sottolineato come qualunque limitazione imposta dai genitori allo sviluppo della personalità dei propri figli deve avere come unico obiettivo la protezione dei loro diritti. Così, al fine di garantire lo sviluppo completo della loro personalità, i bambini sono riconosciuti titolari del diritto ad avere una famiglia e a non essere separati da quella, all'identità personale e familiare e a mantenere relazioni con tutti i membri della famiglia stessa.

¹⁶ In questo senso si vedano le sentenze della Corte costituzionale C-1033 del 27 novembre 2002 e C-016 del 20 gennaio 2004.

¹⁷ Analogamente la Corte ha affermato che il diritto all'eguaglianza e al libero sviluppo della personalità risultano violati quando si perdono i

3. La prospettiva individuale della tutela dei diritti delle persone omosessuali

Il cammino compiuto dalla Corte costituzionale colombiana nel progressivo riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali si è accompagnato al passaggio dalla preferenza per l'utilizzo di un approccio interpretativo del concetto di famiglia, tendenzialmente originalista, legato al testo della Costituzione e alla volontà del costituente, verso uno più progressista ed evolutivo.

In realtà, se da un lato la famiglia è stata interpretata dalla Corte secondo un approccio strettamente legato al testo della Costituzione, dall'altro il diritto del singolo al libero sviluppo della personalità (riconosciuto dall'art. 16 della Costituzione) è stato protagonista di un'interpretazione costituzionale fedele al mutamento sociale¹⁹. È infatti a partire dal 1993 che il giudice costituzionale, rilevando le evoluzioni e le esigenze della società colombiana, ha attribuito una grande importanza alla prospettiva individuale della personalità, autorizzando per la prima

benefici relativi al sistema sanitario per aver costituito una seconda famiglia: infatti ciò non implica automaticamente l'indipendenza economica del beneficiario (Corte costituzionale, sentenza C – 029 del 26 gennaio 2006).

¹⁸ Si veda la sentenza C-101 dell'8 febbraio 2005, nella quale si afferma il diritto all'autodeterminazione dell'individuo. Tale tutela poggia sull'equiparazione sostanziale tra i due tipi di nuclei familiari, rivestendo la famiglia, intesa come unione tra un uomo e una donna anche al di fuori del vincolo matrimoniale, un ruolo centrale nella società. Si veda a tale proposito la sentenza della Corte costituzionale C-059 del 1 febbraio 2005, nella quale il giudice costituzionale ha fatto leva proprio su tale ruolo per giustificare l'utilizzo di misure alternative e complementari allo strumento penale nei casi di abuso e violenza domestica, al fine di garantire sia la protezione dell'integrità della famiglia, che la sua partecipazione nella società.

¹⁹ L'articolo 16 della Costituzione colombiana stabilisce che «*Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico*».

volta il cambio di nome da maschile a femminile, sulla base della considerazione che ogni persona ha le proprie convinzioni essendo titolare della capacità di autodeterminare i propri pensieri e azioni²⁰.

In una delle prime sentenze in materia, la Corte ha affermato l'esistenza di un interesse giuridicamente qualificato delle persone omosessuali, basandosi su argomentazioni giuridiche che rinvenivano il loro fondamento in un'analisi dello sviluppo storico e filosofico dell'etimologia di concetti quali la tolleranza, l'eguaglianza e il rispetto. Conformemente a tale approccio, qualunque tipo di discriminazione basata sull'orientamento sessuale doveva essere considerata incostituzionale, in quanto vietata dal diritto internazionale, dalla giurisprudenza costituzionale e dall'art. 13 della Costituzione stessa²¹.

Così, la Corte nelle prime pronunce in materia di diritti delle persone omosessuali, ha fatto leva sull'utilizzo di elementi extragiuridici per fornire un'interpretazione ampia ed evolutiva del principio d'eguaglianza, estendendo il dovere costituzionalmente previsto di impedire qualunque tipo di discriminazione anche a situazioni giuridiche non esplicitamente comprese nel dettato costituzionale. Il primo

²⁰ Sentenza della Corte costituzionale T-594 del 1993, in occasione della quale la Corte aveva riconosciuto la singolarità di ogni persona, determinando anche le modalità secondo le quali tale diritto doveva essere rispettato.

²¹ In questo senso è la sentenza T- 539 del 1994: secondo la Corte «*los homosexuales no pueden ser objeto de discriminación en razón de su condición de tales.(...) Los homosexuales tienen su interés jurídicamente protegido, siempre y cuando en la exteriorización de su conducta no lesionen los intereses de otras personas ni se conviertan en piedra de escándalo, principalmente de la niñez y la adolescencia. Un trato justo, hacia los homosexuales, tiene que basarse en el respeto, la consideración y la tolerancia, por tratarse de seres humanos titulares de los mismos derechos fundamentales de los demás en condiciones de plena igualdad, así no sean idénticos en su modo de ser a los demás. (...) En aras del principio de igualdad, consagrado en la Carta como derecho constitucional fundamental de toda persona humana, no hay título jurídico que permita discriminar a un homosexual*».

approccio del giudice costituzionale nei confronti dei diritti degli omosessuali si appoggiava quindi al diritto del singolo a scegliere liberamente il proprio orientamento sessuale, facendo leva su una retorica negativa della discriminazione, limitatamente peraltro a singoli settori come l'educazione scolastica o il lavoro²².

A partire dalla sentenza C-098 del 1996, la Corte è stata chiamata ad occuparsi dei diritti degli omosessuali in quanto coppie. Il caso era stato portato all'attenzione della Corte mediante un'azione pubblica di incostituzionalità sugli artt. 1 e 2 della legge 54 del 1990. Tale legge disciplina le unioni di fatto e ne definisce il regime patrimoniale, limitandone l'applicazione solo alle coppie formate da persone di sesso diverso. Confermando la costituzionalità della normativa impugnata, la Corte aveva motivato la propria decisione considerando che la volontà del legislatore era quella di garantire il benessere della famiglia (inteso come unione di un uomo e una donna secondo quanto previsto dall'art. 42 Cost.) e di proteggere la donna, in quanto storicamente discriminata nell'ambito delle relazioni familiari e di coppia.

²² Così, il giudice costituzionale ha affermato l'incostituzionalità dell'espulsione di uno studente da un istituto scolastico per motivazioni legate alla propria condizione sessuale (sent. C-098-1996), ha escluso che l'essere omosessuale potesse essere considerato come la causa di cattiva condotta e di gravi mancanze di carattere disciplinare nell'ambiente lavorativo (sent. T-808 del 2003), garantendo infine la protezione alle persone omosessuali che si trovano in una situazione di privazione della libertà personale in carcere (sent. T-1096 del 2004). In particolare, con riferimento alla questione delle carceri, la Costituzione colombiana riconosce e protegge la diversità sessuale e la sua manifestazione pubblica, considerandole come lo sviluppo della sessualità dell'essere umano fondato sui diritti fondamentali di eguaglianza, intimità e libero sviluppo della personalità (sent. T-499 de 2003). Allo stesso modo la Corte richiamò l'attenzione dei direttori dei centri carcerari richiedendogli che si attivassero per proteggere e rispettare la libertà sessuale dei membri della comunità carceraria (sent. T- 848 del 2005).

L'argomentazione logico-giuridica utilizzata dalla Corte nel sottolineare la differenza tra le coppie eterosessuali e quelle omosessuali, faceva leva su un'interpretazione letterale del testo costituzionale e in particolare degli artt. 42 e 43, i quali nell'indicare le modalità con cui creare una famiglia la limitano a "*la mujer y el hombre*".

Secondo la Corte, la legge 54 nel garantire "*protección integral*" solamente alle coppie eterosessuali attuava correttamente il disposto costituzionale, essendo queste ultime le uniche potenzialmente idonee a formare una famiglia e in quanto tali oggetto necessario della protezione ivi prevista, diversamente da quelle omosessuali.

Il giudice costituzionale richiama i lavori dell'Assemblea Costituente, durante i quali si era sottolineato la necessità di disciplinare le coppie di fatto interpretando una necessità emergente nella società colombiana, la quale ha assistito a partire dal 1900 ad un incremento delle convivenze di fatto, ricollegando tale dato ad un cambio di mentalità e al mutamento delle condizioni sociali ed economiche. Attraverso il richiamo alla volontà del costituente e del legislatore del 1990, come emerge dal testo della Costituzione e della normativa impugnata, nonché come visto da elementi ulteriori, la Corte si è avvalsa dell'argomento storico per giustificare la differenza di trattamento prevista per le coppie eterosessuali e quelle omosessuali.

L'utilizzo di un approccio interpretativo legato al testo della Costituzione per escludere la possibilità di equiparare le coppie eterosessuali e quelle omosessuali, ha spinto la Corte a pronunciarsi, fino al 2007, a favore dei diritti degli omosessuali solamente nei casi in cui veniva in rilievo una qualche forma di discriminazione individuale – diretta ed esplicita – basata sull'orientamento sessuale. Al contrario, il giudice costituzionale ha negato l'incostituzionalità di tutte quelle misure legislative che rappresentavano una discriminazione indiretta, escludendo l'estensione di

specifiche misure legislative previste, invece, per le coppie eterosessuali²³.

Nella dottrina costituzionale elaborata a partire dal 1996, ha dominato un'idea tradizionale di famiglia: la famiglia è quella "naturale", capace di procreare e, quindi, formata da un uomo e una donna. Evidente è l'analogia tra la prima fase della giurisprudenza colombiana e l'argomentazione sviluppata dalla Corte costituzionale italiana che, nel dichiarare l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sulle norme del codice civile che limitano il matrimonio alle coppie eterosessuali, ha ritenuto che tale normativa non dà luogo ad una discriminazione irragionevole «(...) in quanto le unioni omosessuali *non possono essere ritenute omogenee al matrimonio*»²⁴.

²³ Il concetto tradizionale di famiglia come istituzione fondata sull'unione di un uomo e una donna è stata utilizzato dalla Corte anche per giustificare il diniego dell'inserimento, nel sistema di sicurezza sociale, quale beneficiario, del compagno del titolare di un contratto assicurativo, in quanto dello stesso sesso (sentenza SU-623 del 2001). Nel caso di specie, il ricorrente lamentava la violazione del diritto alla salute, alla sicurezza sociale e al libero sviluppo della personalità. In tale occasione si pronunciò la *Sala Plena* della Corte, la quale concluse che non vi era discriminazione con riferimento alle coppie omosessuali nell'ambito del sistema di sicurezza sociale colombiano per il fatto di essere escluse dall'accesso ad un diritto invece legislativamente previsto per le coppie eterosessuali. Conseguentemente, dichiarò il beneficio di accesso alla sicurezza sociale una prerogativa che non obbligava il legislatore a riconoscerlo come un diritto. Il giudice costituzionale, ancora una volta, ha sottolineato che le coppie omosessuali, nonostante la situazione di inferiorità e di disagio sociale vissuta dalla comunità omosessuale in Colombia, non potevano essere considerate come una famiglia e di conseguenza l'omissione legislativa non era discriminatoria e non violava i diritti fondamentali indicati dal ricorrente, non potendo imporsi al legislatore il compimento di atti per attribuirgli determinati benefici sociali, invece riconosciuti alle coppie eterosessuali.

²⁴ Cfr. sentenza Corte costituzionale italiana 138 del 2010 e in particolare, per quanto riguarda le tecniche argomentative utilizzate si veda MASSA PINTO, TRIPODINA, «*Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio*». *Tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale per motivare la sentenza n. 138 del 2010*, in *Diritto Pubblico*, 1-2/2010, 471-494. Corsivo di chi scrive.

La preferenza del giudice colombiano per un'interpretazione tradizionale del concetto di famiglia è stata confermata anche in una successiva decisione della Corte, resa nell'ambito di un'azione pubblica di incostituzionalità, avente ad oggetto una disposizione del *Código del Menor*. Tale norma stabiliva come requisito per l'adozione di un minore che la coppia adottante fosse formata da un uomo e una donna²⁵. La *Sala Plena* della Corte, considerando che l'adozione è un istituto giuridico che deriva dal dovere di protezione costituzionale della famiglia e che una coppia formata da persone dello stesso sesso non costituisce una "famiglia", concluse nel senso che esso rappresenta una prerogativa legittima esclusiva delle coppie eterosessuali. La disposizione impugnata non doveva quindi considerarsi discriminatoria, essendo la differenza di trattamento legittima in quanto distingueva due gruppi sostanzialmente differenti: la famiglia tradizionale, quella eterosessuale, e la coppia omosessuale²⁶. Tale orientamento della Corte è stato ribadito anche in alcune sentenze successive, nelle quali l'elemento comune è rappresentato dal richiamo alla *ratio legis*²⁷.

²⁵ Si tratta della sentenza C-814 del 2001.

²⁶ Né la sentenza SU-623 cit., , né la C-814 cit. furono assunte all'unanimità del collegio giudicante. A tale proposito si veda LEMAITRE, *Los derechos de los homosexuales y la Corte Constitucional: (casi) una narrativa de progreso*, in BONILLA MALDONADO, *Hacia un nuevo derecho constitucional*, Universidad de los Andes, 2005, 204 s., la quale sottolinea come «*Ambas sentencias [SU-623 y C-814 de 2001] muestran a una Corte muy dividida con 5 magistrados a favor y 4 en contra de la decisión mayoritaria. Para la minoría progresista, el que los homosexuales no puedan acceder a los beneficios de ser parejas estables, ni a los de seguridad social, ni al de poder adoptar un hijo y que además se diga que según la Constitución no son familia, son claras violaciones del derecho a la igualdad, ya que utilizan, sin justificación razonable, un criterio de discriminación sospechoso: el criterio de la orientación sexual.*».

²⁷ Si veda in particolare la sentenza T-349 del 2006 la quale decide il ricorso presentato da un malato di Aids, nell'ambito di una azione di tutela contro l'*Instituto de Seguros Sociales* (ISS). Tale istituto gli aveva

Sarà solo nel 2007, oltre dieci anni dopo la prima pronuncia, che la Corte, attraverso un *revirement* giurisprudenziale che coinvolgerà anche un cambio di rotta nelle tecniche interpretative utilizzate, riconoscerà la possibilità per le coppie omosessuali di essere titolari di diritti, aprendo così la strada alla progressiva estensione di quelli – prevalentemente di natura patrimoniale – già riconosciuti alle coppie eterosessuali.

4. Il primo riconoscimento dei diritti patrimoniali delle coppie omosessuali: la sentenza C-075 del 2007

La sentenza C-075 del 2007 è la prima decisione con la quale il giudice costituzionale ha riconosciuto giuridicamente le unioni formate da persone dello stesso sesso, quali portatrici di un progetto di vita in comune valido e meritevole di tutela. Tale decisione, da considerarsi come il *leading case* in questa materia, è stata seguita da

negato la possibilità di lasciare la pensione al suo compagno ed egli lamentava la violazione della sua dignità umana, così come del diritto all'uguaglianza. In aggiunta, il ricorrente invocò la violazione degli articoli 2 e 7 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, l'art. 3 del Patto internazionale dei diritti economici, sociali e culturali, l'art. 24 della Convenzione americana sui diritti umani e la Convenzione 100/51 dell'organizzazione internazionale del lavoro. La Corte ha affermato che la copertura del sistema di sicurezza sociale si articola intorno alla protezione della famiglia, in un contesto che presuppone la mancata protezione dei suoi componenti nel momento in cui viene a mancare colui che si occupava di garantire la sopravvivenza economica della famiglia. Non rientrerebbe inoltre tra i compiti del giudice costituzionale estendere l'accesso alla pensione di reversibilità per casi non espressamente disciplinati dal legislatore e che non corrispondono al concetto di famiglia impiegato per la delimitazione della struttura e i caratteri della prestazione. Posto che inoltre vi sono delle alternative per l'accesso alla sicurezza sociale in termini pensionistici che sono alla portata di tutte le persone, senza alcuna distinzione, la Corte ha concluso nel senso di non poter considerare il riferimento all'orientamento sessuale del ricorrente come un elemento discriminatorio.

una serie di ulteriori pronunce che hanno ampliato progressivamente i diritti delle coppie omosessuali, anche se limitatamente a settori specifici²⁸.

Ancora una volta, il caso all'attenzione della Corte riguardava la costituzionalità degli articoli 1 e 2 della legge 54 del 1990. I ricorrenti, nell'ambito di un'azione pubblica di incostituzionalità, sostenevano che l'espressione "uomo e donna", contenuta nella definizione delle unioni di fatto e della categoria di *compañeros permanentes*, violava il principio d'eguaglianza, determinando una discriminazione basata sull'orientamento sessuale. Come indicato nel ricorso, l'incostituzionalità sarebbe derivata dal fatto che tale espressione escludeva la possibilità di estendere alle coppie omosessuali il regime di protezione patrimoniale previsto dal legislatore per le coppie eterosessuali, traducendosi tale esclusione nella violazione della dignità umana dei componenti la coppia omosessuale, così come del loro diritto fondamentale all'eguaglianza (tutelato dall'art. 13 Cost.). La questione è stata decisa dalla *Sala Plena* della Corte, che ha articolato l'argomentazione della sentenza in due punti fondamentali: il primo riguarda alcune considerazioni generali sul regime giuridico dei diritti delle coppie di fatto, mentre il secondo è relativo all'analisi della condizione della comunità omosessuale nell'ordinamento costituzionale colombiano. A tale duplice prospettiva fa seguito anche l'utilizzo di tecniche argomentative distinte.

In primo luogo, la Corte ha ricostruito il contenuto e la *ratio* della legge 54 del 1990, richiamando la propria precedente giurisprudenza a far data dal 1996. Come visto, l'obiettivo perseguito dal legislatore era quello di riconoscere giuridicamente l'esistenza della famiglia naturale e, di conseguenza, prevedere un insieme di diritti e doveri di carattere patrimoniale dei conviventi, colmando

²⁸ Si vedano a tale proposito le decisioni C-811 e T-856 del 2007, C-336 e C-798 del 2008 e C- 029 del 2009.

così un vuoto legislativo che coinvolgeva il benessere della famiglia. L'argomento storico che nel 1996 svolgeva il ruolo di protagonista nell'interpretazione del concetto di famiglia legata al testo costituzionale e alla volontà del costituente, limitandola alle unioni tra uomo e donna, comincia a cedere nel 2007, determinando un *revirement* giurisprudenziale che rinviene la propria *raison d'être* principalmente nel modificato contesto sociale all'interno del quale la normativa impugnata deve essere letta.

Gli oltre dieci anni trascorsi dall'approvazione della legge 54 e dalla pronuncia del 1996, insieme alle modifiche introdotte dalla legge 979 del 2005 al regime patrimoniale dei *compañeros permanentes*, costituiscono un valido indicatore dell'esistenza di una nuova cornice sociale e giuridica nell'ambito della quale il regime patrimoniale delle coppie omosessuali si inserisce. Queste argomentazioni, unitamente alle esigenze di eguaglianza richieste dallo stesso testo costituzionale, garantirebbero maggiore rilevanza alla dimensione regolatoria della situazione patrimoniale della coppia, rendendo di conseguenza possibile spostare l'enfasi interpretativa della norma verso la coppia intesa non solo come famiglia, ma anche come espressione di un progetto di vita comune fondato sulla solidarietà e il sostegno reciproco, che consentirebbe l'estensione del regime patrimoniale inizialmente previsto solo per le coppie eterosessuali anche a quelle omosessuali. Ciò non comporta, peraltro, l'abbandono di quelle necessità di protezione della famiglia e della donna messe in evidenza dalla sentenza C-098 del 1996 e tantomeno dell'interpretazione letterale del concetto di famiglia ivi contenuta. Difatti, così come non sparisce il fondamento giustificativo originario della legge 54 del 1990, la Corte non modifica l'idea tradizionale di nucleo familiare, ma arricchisce il suo spettro interpretativo con il dato sociologico, che funge da punto di partenza per un'interpretazione evolutiva del dettato costituzionale.

Così, secondo il giudice delle leggi, benché non possa essere considerata come famiglia, anche la convivenza fondata sulla solidarietà e sull'appoggio reciproco è meritevole di tutela. Ed essendo innegabile che la società colombiana ha assistito all'affermarsi, accanto alle coppie eterosessuali, di quelle formate da persone dello stesso sesso, secondo il giudice costituzionale, anche queste ultime costituiscono un'opzione di vita valida, presentando, almeno sul piano patrimoniale, esigenze di protezione ampiamente assimilabili a quelle delle coppie eterosessuali.

La linea argomentativa sviluppata dalla Corte con riferimento al regime patrimoniale dei conviventi *more uxorio* è espressione di un approccio interpretativo che fa quindi leva sulla situazione della comunità omosessuale in Colombia. Nonostante la Costituzione del 1991 protegga la diversità sessuale in modo esplicito, gli omosessuali sono stati un gruppo tradizionalmente discriminato: di conseguenza, vi è una presunzione di incostituzionalità con riferimento a tutti quei trattamenti differenziati che trovano come loro ragione giustificativa l'orientamento sessuale²⁹. È lo stesso giudice costituzionale a riconoscere che nonostante il testo costituzionale vieti ogni tipo di discriminazione basata sull'orientamento sessuale, tali disposizioni hanno avuto un valore meramente retorico nel caso delle coppie omosessuali, come mostrato anche dalla pregressa giurisprudenza costituzionale sul tema, per cui la mancata estensione alle coppie omosessuali delle disposizioni patrimoniali previste per quelle eterosessuali si traduce in una forma di discriminazione implicita legata al loro mancato riconoscimento giuridico³⁰.

²⁹ Nei confronti di tali disposizioni è pertanto previsto che si compia un controllo di costituzionalità stretto; in questo senso si veda la sentenza C- 481-1998, nella quale l'orientamento sessuale è stato considerato come una categoria discriminatoria e come tale da sottoporre ad uno *strict scrutiny*.

³⁰ Tale nuovo orientamento supera il paradosso che per quasi dieci anni ha consentito la coesistenza di due linee giurisprudenziali tra di loro

Nel rilevare la presenza di un vuoto legislativo, l'alto tribunale ha esteso la disciplina indicata nella normativa impugnata anche alle coppie omosessuali con una sentenza additiva. La mancata previsione di una protezione patrimoniale per le coppie omosessuali si porrebbe in contrasto con i diritti fondamentali riconosciuti in Costituzione, di cui tutti sono titolari a prescindere dall'orientamento sessuale. Secondo la Corte vi sarebbe, infatti, una relazione profonda tra il diritto a vivere con dignità e quelle relazioni economiche fondamentali per la realizzazione di un progetto di vita in comune in condizioni di dignità, che determina il dovere dello Stato di attivarsi affinché questo progetto possa essere attuato, garantendo la realizzazione dell'autonomia personale, il libero sviluppo della personalità e l'autodeterminazione dell'individuo (art. 16), il cui unico limite è rappresentato proprio dai diritti altrui.

Ulteriore tecnica argomentativa sviluppata dalla Corte nell'interpretare il divieto di discriminazione basato sull'orientamento sessuale fa leva sul cd. "blocco di costituzionalità"⁵¹ e sul "dialogo transnazionale" con la giurisprudenza internazionale. Prima del 2007, la Corte aveva sempre escluso qualunque riferimento al diritto internazionale dei diritti umani anche se, in realtà, nelle opinioni dissenzienti o concorrenti si rinvenivano riferimenti espliciti al diritto internazionale, confermando che si trattava di argomentazioni che non trovavano accoglimento nelle decisioni di maggioranza⁵². Al contrario,

contraddittorie in materia di diritti delle persone omosessuali, espresso dalla Corte con le seguenti parole: «*De este modo, el ordenamiento jurídico reconoce los derechos que como individuos tienen las personas homosexuales, pero, al mismo tiempo las priva de instrumentos que les permitan desarrollarse plenamente como pareja, ámbito imprescindible para la realización personal, no sólo en el aspecto sexual, sino en otras dimensiones de la vida*».

⁵¹ Vedi *supra* nota n.7.

⁵² Si veda per esempio i *salvamentos de voto* del magistrato Manuel José Cepeda nella sentenza SU-623 del 2001, del magistrato Rodrigo

nella sentenza C-075 la Corte ha fatto riferimento esplicito a due pronunce del Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite in materia di orientamento sessuale: si tratta dei casi *Toonen e Young* entrambi contro Australia⁵³.

L'argomentazione secondo la quale la mancata applicazione delle disposizioni previste dalla legge 54 anche alle coppie omosessuali costituisce una lesione della dignità umana del singolo, quale diritto fondamentale al libero sviluppo della sua personalità, ma anche come diritto a godere di certe condizioni materiali che gli garantiscano una vita degna, risulterà fondamentale anche nelle successive decisioni in questa materia, attraverso le quali si realizzerà il consolidamento e l'espansione dei diritti delle coppie omosessuali⁵⁴.

Uprimny nella sentenza T-725 de 2004 e del magistrato Jaime Córdoba Triviño nella sentenza T-349 del 2006.

⁵³ Comitato dei diritti dell'Uomo delle Nazioni Unite, Comunicazione 941/2000: Australia. 18/09/2003. CCPR/C78/D941/2000. Il loro richiamo da parte del giudice costituzionale si giustifica con l'esigenza di individuare quale elemento discriminatorio la differenza di trattamento tra le coppie eterosessuali e quelle omosessuali, specialmente nel caso in cui tale distinzione si basi sull'esclusione dell'estensione di una normativa più favorevole, senza che sia possibile rinvenire alcuna giustificazione ragionevole ed obiettiva.

⁵⁴ Per un approfondimento si veda ALBARRACÍN CABALLERO, *Protección constitucional de los compañeros permanentes del mismo sexo*, in AZUERO, ALBARRACÍN CABALLERO, *Activismo judicial y derechos de los LGBT en Colombia, Sentencias emblemáticas. Serie Judicatura y Democracia. Instituto de Servicios Legales Alternativos*, ILSA. 2009, 37-69, 41 ss. Il merito della sentenza C-075 è stato quello di aver riconosciuto per la prima volta i componenti della coppia omosessuale come soggetti giuridici e di conseguenza titolari di un insieme di diritti e doveri; si veda BONILLA, *Parejas del mismo sexo en Colombia: tres modelos para su reconocimiento jurídico y político*, in *Anuario de Derechos Humanos*, 2010, 183-200, secondo il quale tutte le decisioni successive si sono fondate su tre elementi fondamentali: la dignità, il libero sviluppo della personalità e l'eguaglianza.

5. Le sentenze successive in attesa della pronuncia sul matrimonio omosessuale

Nonostante sia innegabile il merito e il valore della sentenza C-075, in quanto momento di svolta nel riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali, la sua portata applicativa era limitata solamente ai diritti patrimoniali, lasciando così un dubbio irrisolto. Come si potevano riconoscere i diritti patrimoniali delle coppie dello stesso sesso senza che prima fosse dettata una precisa regolamentazione giuridica che riconoscesse l'esistenza delle coppie in sé considerate?

La giurisprudenza successiva alla sentenza C-075, in particolare attraverso le sentenze T-856 e C-811 del 2007, C-336, C-798 e T-1241 del 2008 e C-029 del 2009, ha sciolto i nodi lasciati irrisolti, creando dei precedenti solidi nella protezione dei conviventi omosessuali. Con tali decisioni la Corte si è quindi occupata del riconoscimento del *derecho de afiliación en salud* (C-811 de 2007), del diritto alla pensione di reversibilità (C-336 del 2008), del sistema di sicurezza sociale (sentenze di tutela T-856 del 2007 e T-1241 del 2008), delle obbligazioni alimentari (C-798 del 2008) ed, infine, dei diritti e degli obblighi delle coppie dello stesso sesso in differenti settori normativi contenuti in 26 leggi (C-029 del 2009).

Al di là del contenuto delle decisioni sopra citate, ciò che maggiormente rileva in questa sede è l'interpretazione sistematica compiuta dal giudice costituzionale delle espressioni presenti nell'ordinamento giuridico colombiano di *compañeros permanentes*, *unión marital de hecho*, *unión permanente* alla luce della legge 54 del 1990. Da tale approccio deriva che i conviventi permanenti dello stesso sesso hanno i medesimi diritti ed obbligazioni di quelli eterosessuali in tutti i settori, rendendo così incostituzionali tutte quelle distinzioni – discriminatorie di fatto e di diritto – disposte nei loro confronti, in quanto in contrasto con il principio di eguaglianza garantito dall'articolo 13 della Costituzione, con la dignità umana riconosciuta nel

preambolo e nell'articolo 1 e con il libero sviluppo della personalità previsto dall'art. 16 Cost..

Filo rosso dell'interpretazione compiuta dalla Corte è costituito dalla dignità umana. L'idea che ha accompagnato le discussioni svoltesi durante i diversi giudizi costituzionali era semplice, ma allo stesso tempo solida: uguali in dignità, uguali nei diritti e di conseguenza uguali nella protezione. La lacuna presente nell'ordinamento colombiano con riferimento al riconoscimento delle coppie omosessuali è stata quindi colmata dall'attività pretoria compiuta dal giudice delle leggi, senza che però l'interpretazione originaria del concetto di famiglia fosse in alcun modo scalfita.

Infine, nel 2010 il giudice delle leggi è stato chiamato ad esprimersi sulla costituzionalità della definizione di matrimonio. La Corte si è pronunciata con una decisione molto controversa (sentenza C-886/2010)⁵⁵, preferendo non entrare nel merito della questione e dichiarandosi *inhibida* per la mancanza dei requisiti di carattere sostanziale richiesti dalla legge per la proposizione delle questioni di costituzionalità.

I ricorrenti, nell'ambito di un'azione pubblica di incostituzionalità, sostenevano l'illegittimità dell'art. 113

⁵⁵ Oltre ad esser stata profondamente criticata dall'opinione pubblica, la decisione della maggioranza della Corte ha determinato l'insorgere di una spaccatura all'interno del collegio giudicante, come dimostrato dai voti dissenzienti dei giudici Calle Correa, Henao Pérez, Palacio Palacio e Vargas Silva, i quali ritenevano che la Corte in realtà si sarebbe dovuta pronunciare nel merito, in quanto trattandosi di un caso di discriminazione, avrebbe dovuto applicare il principio *pro actione*. Si tratta di una tecnica utilizzata dalla Corte secondo la quale «*el examen de los requisitos adjetivos de la demanda no debe ser sometido a un riguroso escrutinio y se debe preferir una decisión de fondo antes que una inhibitoria, de manera que se privilegie la efectividad de los derechos de participación ciudadana y de acceso al recurso judicial efectivo ante esta Corte*» (Cfr. le sentenze C-508/2008, C-451/2005, C-480/2003 e C-1052/2001).

del codice civile e dell'art. 2 della legge 294 del 1996³⁶. Più nello specifico essi lamentavano la violazione di diverse disposizioni della Costituzione, tra le quali il principio di eguaglianza, il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il diritto al libero sviluppo della propria personalità, e delle norme del Patto internazionale sui diritti civili e politici che riconoscono il diritto al matrimonio e a formare una famiglia.

La prima norma impugnata definisce il matrimonio come un contratto solenne attraverso il quale un uomo e una donna si uniscono con il fine di vivere insieme, procreare e aiutarsi reciprocamente, mentre la seconda specifica che la famiglia si può costituire mediante vincoli naturali o giuridici per la decisione libera di un uomo e una donna di contrarre matrimonio. Il giudice costituzionale ha ritenuto che il contrarre matrimonio rappresenta solo un'opzione e non un obbligo. Di conseguenza, una disciplina che limita il matrimonio alle sole coppie eterosessuali non può pertanto essere considerata come una forma di trattamento inumano e degradante contraria all'art. 12 della Costituzione, diversamente da quanto sostenuto dai ricorrenti.

La Corte, inoltre, a sostegno della propria argomentazione, ha rilevato come il diritto internazionale non preveda una norma che garantisca il diritto degli omosessuali a contrarre matrimonio. Il giudice costituzionale, a tale proposito, fa esplicito riferimento sia alla Convenzione americana dei diritti dell'uomo (artt. 17 e 23) che all'interpretazione fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Kopf y Shalk v. Austria*³⁷.

³⁶ Si tratta della normativa di attuazione dell'art. 42 della Costituzione contenente norme contro la violenza familiare.

³⁷ *Schalk and Kopf v Austria* [2010] 30141/04 (24 giugno 2010)

6. L'ultima parola della Corte: la sentenza C-577 del 2011

Non è trascorso nemmeno un anno dalla controversa pronuncia del 2010, nella quale la Corte aveva preferito dichiararsi *inhibida* piuttosto che pronunciarsi nel merito della questione, che il giudice costituzionale colombiano, mediante una sentenza monitoria, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 113 del codice civile, nella parte in cui limitava il matrimonio all'unione tra un uomo e una donna, esortando il legislatore a disciplinare la materia in modo organico entro il 20 giugno 2013³⁸.

I tempi sono finalmente maturi per un'interpretazione ampia del concetto di famiglia, consentendo così ad una Corte unanime di reinterpretare il testo dell'art. 42 della Costituzione³⁹.

Nonostante venga sottolineata la volontà del costituente di distinguere tra la *famiglia* intesa come istituzione precedente allo Stato, di natura sociale ma riconosciuta giuridicamente, e il *matrimonio*, quale vincolo che trova il proprio fondamento nel consenso espresso dai coniugi, che in maniera libera e volontaria si impegnano a dare vita ad

³⁸ Si tratta della sentenza C-577/11 del 26 luglio 2011 nella quale la Corte oltre ad aver dichiarato illegittima l'espressione «*un hombre y una mujer*» prevista nell'art. 113 del codice civile, si è dichiarata *inhibida* a pronunciarsi nel merito sia per quanto riguarda l'illegittimità dell'espressione «*de procrear*» contenuta nella stessa norma, per inadeguatezza degli argomenti a sostegno del ricorso, sia per quanto riguarda l'espressione «*un hombre y una mujer*» prevista negli artt. 2 della *Ley* 294 del 1996 e 2 della *Ley* 1361 del 2009, in quanto tali norme non fanno altro che riprodurre precetti costituzionali.

³⁹ Nonostante la decisione della Corte abbia ricevuto il consenso unanime di tutti i membri del collegio giudicante, nel *salvamiento parcial de voto* del giudice Calle Correa è stato evidenziato come la Corte avrebbe dovuto indicare più nello specifico le regole da applicare nel caso in cui il legislatore non adotti alcuna disposizione normativa sul tema entro la data prestabilita, in quanto altrimenti le decisioni da assumere relative alla celebrazione delle unioni omosessuali verrebbero lasciate alla completa discrezionalità interpretativa del notaio o del giudice.

una famiglia, il concetto di famiglia previsto viene ora interpretato dalla Corte in termini molto più ampi rispetto a quelli finora prevalenti.

Tale nuovo approccio si appoggia al modello di Stato sociale pluralista e partecipativo (previsto dall'art. 1 Cost.), che include tra i suoi fini, oltre alla protezione delle libertà, convinzioni e diritti inviolabili di tutte le persone (come risulta dal combinato disposto degli artt. 2 e 5), anche la tutela della diversità culturale e del pluralismo della nazione. Secondo la Corte, la garanzia di tale valore fondamentale sarebbe ostacolata dall'imposizione di un unico modello di famiglia (quella fondata sull'unione di un uomo e una donna), quale previsto dall'art. 113 del codice civile e dalla stessa pregressa giurisprudenza costituzionale. Nell'argomentazione sviluppata dal giudice costituzionale, il disposto dell'art. 42 della Costituzione, secondo il quale «*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla*», non vuole intendere quella fondata sul matrimonio come l'unica forma familiare considerata meritevole di tutela da parte del costituente. Difatti, posto che il dettato costituzionale consente la formazione della famiglia secondo diverse modalità, mediante distinti “vincoli naturali o giuridici”, ammettendo anche la possibilità, ad esempio, di famiglie monoparentali, l'eterosessualità non costituisce più una caratteristica imprescindibile per formare un nucleo familiare.

Cosciente che il progressivo riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali non si era accompagnato ad un'evoluzione del concetto tradizionale di famiglia, strettamente ancorato all'eterosessualità della coppia, la Corte in aperto *overruling* con la propria precedente giurisprudenza, ha sottolineato la necessità di optare per un'interpretazione flessibile e maggiormente aderente alla

realtà sociale di tale concetto, inclusivo anche delle coppie omosessuali.

Nonostante l'esplicito riferimento del dettato costituzionale al matrimonio eterosessuale, la Corte ha ritenuto che tale limitazione non implichi una preclusione assoluta per il legislatore di dettare una disciplina per garantire anche alle coppie omosessuali di formalizzare la loro unione.

L'interpretazione letterale del dettato costituzionale prevalente nelle pregresse pronunce del giudice costituzionale colombiano in materia di famiglia viene quindi progressivamente abbandonata per lasciare spazio ad un'interpretazione evolutiva della volontà del costituente, non limitata al riconoscimento giuridico della sola famiglia eterosessuale. Anche se l'art. 42 della Costituzione fa riferimento al matrimonio come decisione libera di un uomo e una donna, il giudice costituzionale avvalendosi dell'utilizzo dell'argomento sistematico (il complesso della cornice costituzionale) e di quello sociologico (il pluralismo e la diversità della società colombiana) arricchisce il proprio arsenale argomentativo di elementi nuovi.

Conformemente alle conclusioni raggiunte dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza 138 del 2010, la Corte sottolinea come il principio democratico imponga che sia il legislatore, nell'ambito delle sue competenze, ad adottare delle misure che garantiscano il godimento effettivo dei diritti delle coppie omosessuali. Il monito rivolto dalla Corte al legislatore è piuttosto forte e si estende fino alla declaratoria di illegittimità dell'espressione «un uomo e una donna» contenuta nell'art. 113 del codice civile. Il *Congreso* deve, entro il 20 giugno 2013, adottare una disciplina sistematica che regolamenti in modo organico i diritti delle coppie omosessuali con l'obiettivo di eliminare il *deficit* di protezione. Nel caso in cui il Parlamento non rispetti quanto deciso dalla Corte, le coppie omosessuali potranno comunque recarsi direttamente da un notaio o dal giudice competente per formalizzare la loro unione.

7. Considerazioni conclusive

L'interpretazione del giudice costituzionale colombiano sul riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali prende in considerazione sia i mutamenti del contesto sociale di riferimento, che le modifiche dell'ordinamento giuridico, entrambi elementi rilevanti della questione. Difatti, il mutamento sociale richiede una risposta concreta da parte del diritto, in termini di riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali.

Le decisioni del giudice costituzionale sui diritti e il matrimonio delle coppie omosessuali hanno avuto un forte valore simbolico e pratico, non solo per la comunità omosessuale direttamente coinvolta, ma specialmente per le giustificazioni argomentative ivi utilizzate. Per la prima volta, infatti, nel 2007 è stata affrontata la tematica dei diritti delle coppie omosessuali al di fuori del paradigma della famiglia eterosessuale e monogamica, posto che è lo stesso giudice costituzionale ad affermare che riconoscere giuridicamente le coppie omosessuali non implica una minore protezione per la famiglia eterosessuale. Entrambi sono interessi costituzionalmente legittimi e non si escludono a vicenda nell'ordinamento costituzionale colombiano.

Appare rilevante sottolineare come, nell'evoluzione giurisprudenziale anteriore alla sentenza C-577 del 2011, la Corte aveva lasciato impregiudicata la distinzione tra la famiglia (*familia*) e la coppia (*pareja*), limitando la prima alle coppie eterosessuali e consentendo l'inclusione di quelle omosessuali nella seconda. Il riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali è avvenuto quindi senza che il concetto di famiglia tradizionalmente accettato all'interno dell'ordinamento costituzionale colombiano fosse modificato.

Evidente è il mutamento dell'approccio interpretativo sviluppato dalla Corte, che ha assistito ad un progressivo affermarsi della considerazione del mutamento sociale

giuridico vissuto dalla società colombiana alla quale il giudice costituzionale si è adeguato. Un contributo a tale evoluzione deriva probabilmente anche dall'influenza esercitata dal diritto internazionale in materia di diritti umani, considerato come parte integrante del *bloque de constitucionalidad* (vedi sentenza C-075/2007).

La dottrina elaborata dalla Corte garantisce un livello minimo di protezione costituzionale, che deve essere rispettato dallo Stato e dagli individui. È innegabile che il ruolo simbolico e strumentale rivestito da tali sentenze sarà effettivo solo nel momento in cui i diritti riconosciuti saranno esercitati dai titolari, le nuove disposizioni pienamente applicate e implementate da parte degli operatori giuridici e, specialmente, incorporati nella cultura giuridica e popolare.

GIURISPRUDENZA

LA PRODUZIONE E VENDITA DI TABACCHI DA FUMO: QUALE RESPONSABILITÀ PER L'OMESSA INFORMAZIONE CIRCA LA PERICOLOSITÀ DEI PRODOTTI?

Nota alla sentenza della Corte di Cassazione, Sezione III, n. 26516, del 17 dicembre 2009

Elio Viglione

*Dottorando di ricerca in Law and Economics
nell'Università di Siena*

CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 17 dicembre 2009, n. 26516 – Pres. Petti –Rel. Segreto – P.m. Russo –British American Tobacco BAT Italia S.p.a. c. Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato

Responsabilità civile - Domanda risarcitoria ex art. 2043 – Accoglimento ex art. 2050 – Ultrapetizione – Sussistenza (art. 2043, 2050 c.c.; art. 112 c.p.c.)

La produzione e la vendita di tabacchi lavorati costituiscono attività pericolose ai sensi dell'art. 2050 c.c., poiché i tabacchi, avendo come unica destinazione il consumo mediante il fumo, contengono in sé una potenziale carica di nocività per la salute umana; tuttavia, ove il danneggiato abbia proposto una domanda risarcitoria - ai sensi dell'art. 2043 c.c. - nei confronti del produttore-venditore di tabacco, viola l'art. 112 c.p.c.ed incorre nel vizio di ultrapetizione il giudice che sostituisca a tale domanda quella, nuova e diversa, di cui all'art. 2050 c.c., la quale integra un'ipotesi di responsabilità oggettiva (nella specie, l'originaria domanda risarcitoria era fondata sul carattere ingannevole delle diciture Light e Extra Light apposte sulla confezione di una marca di sigarette).

Responsabilità civile – Pubblicità ingannevole – Fatto produttivo di danno ingiusto – Obbligazione risarcitoria – Configurabilità

(Decreto Legislativo 25 gennaio 1992, n. 74; art. 2043 c.c.)

L'apposizione, sulla confezione di un prodotto, di un messaggio pubblicitario considerato ingannevole (nella specie, il segno descrittivo «light» sul pacchetto di sigarette) può essere considerato come fatto produttivo di danno ingiusto, obbligando colui che l'ha commesso al risarcimento del danno, indipendentemente dall'esistenza di una specifica disposizione o di un provvedimento, che vieti l'espressione impiegata.

Responsabilità civile – Danno da pubblicità ingannevole – Domanda di risarcimento ex art. 2043– Contenuto dell'onere a carico dell'attore

(art. 1223, 2043, 2056 c.c.)

In materia di responsabilità civile, il consumatore che, lamentando di aver subito un danno per effetto di una pubblicità ingannevole (nella specie, relativa ad una marca di sigarette con la dicitura Light ed Extra Light), agisca per il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2043 c.c., non assolve in modo adeguato all'onere della prova esistente a suo carico limitandosi a dimostrare il solo carattere ingannevole della pubblicità, ma è tenuto a provare l'esistenza del danno, il nesso di causalità, nonché (almeno) la colpa di chi ha diffuso la pubblicità, la quale si concreta nella prevedibilità che dalla diffusione di quel messaggio sarebbero derivate le lamentate conseguenze dannose.

1. Per la Cassazione le attività di produzione e vendita di tabacchi lavorati sono pericolose ai sensi dell'art. 2050 c.c.; si tratta di un *obiter dictum*¹, poiché il principio è stato

¹ In questo senso, già MONATERI, *La Cassazione e i danni da fumo: evitare un ennesimo "isolamento italiano"*, in *Danno e resp.*, 2011, 57,

enunciato a conferma di un capo della sentenza impugnata che la stessa Corte ha ritenuto nullo per ultrapetizione. La domanda risarcitoria era stata proposta *ex art.* 2043 c.c. davanti al Giudice di Pace di Napoli, il quale aveva dichiarato pericolosa *ex art.* 2050 c.c. l'attività di commercializzazione di sigarette. Il Supremo Collegio, ritenendo diversi i presupposti di fatto per l'applicazione delle due norme, considera la riqualificazione operata dal Giudice di Pace una sostituzione² della domanda proposta con una diversa e dichiara nullo il relativo capo della sentenza. Entrando comunque nel merito, la Corte per la prima volta ha reso il suo insegnamento³ sulla discussa pericolosità dell'attività di produzione e vendita di tabacchi da fumo.

L'art. 2050 c.c. pone i danni cagionati «*nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati*» a carico di chi la esercita. La prima decisione sull'applicabilità della norma alla produzione di sigarette fu resa dal Tribunale di Roma con la sentenza 4 aprile 1996⁴ (c.d. caso Stalteri). L'applicabilità fu esclusa, considerando che *a)* il danno da fumo è collegato al consumo della sigaretta e non alla sua produzione, *b)* la sigaretta non presenta una potenzialità lesiva collegata al processo produttivo. L'orientamento ebbe seguito in altre decisioni di merito⁵, fra cui la sentenza 15 dicembre 2004 del Tribunale di Napoli⁶, secondo cui: *a)* i rischi per la salute non dipendono dalle caratteristiche intrinseche del

e PONZANELLI, *La produzione di sigarette è attività pericolosa*, in *Corr. giur.*, 2010, 482.

² Vietata *ex art.* 112 c.p.c.

³ Ovviamente non vincolante.

⁴ Trib. Roma, 4 aprile 1996, in *Danno e resp.*, 1997, 750, con nota di Cafaggi.

⁵ Cfr., Trib. Roma, 11 febbraio 2000, *Corriere giur.*, 2000, 1639, con nota di Pacifico.

⁶ Trib. Napoli, sez. XI, 15 dicembre 2004, in *Danno e resp.*, 2005, 442, con nota di D'Antonio.

tabacco, ma dall'*abuso, uso non corretto*⁷ dei prodotti che lo contengono; b) i danni da fumo attivo sono evitabili con l'ordinaria diligenza *ex art.* 1227 c.c., atteso che la scelta di fumare è libera.

Senonché, la prima decisione in materia⁸ venne riformata dalla Corte di Appello di Roma, con sentenza 7 marzo 2005⁹, con cui, ribaltando l'argomentazione del Tribunale, la Corte qualificava pericolose le attività di produzione e vendita di tabacchi. I tabacchi sarebbero dotati di pericolosità potenziale: a) per la loro composizione biochimica, b) poiché esclusivamente destinati al consumo mediante il fumo e c) poiché dal fumo può derivare danno alla salute¹⁰. L'Ente Tabacchi Italiano (ETI)¹¹, dunque,

⁷ Cfr., sul punto, TASSONE, *Tobacco litigation all'italiana e responsabilita' civile che va in fumo*, in *Danno e resp.*, 2009, 1097, per il quale non è possibile «*tracciare una netta linea di demarcazione*» fra uso ed abuso, in considerazione che l'evidenza empirica dimostra che in media i fumatori fumano un pacchetto di sigarette al giorno (Cfr., in proposito, altresì, M. DI MARZIO, *Danni da fumo e nesso di causalità: giudici divisi, sentenze contrapposte*, in *Dir. e giust.*, 2005, fasc. 17, 48 ss.). Il primo Autore considera, comunque, assorbente l'incidenza della libera scelta di fumare sul nesso causale.

⁸ La sentenza del Tribunale di Roma, 4 aprile 1996, cit.

⁹ App. Roma, sez. I, 7 marzo 2005, in *Corr. giur.*, 2005, 668, con nota critica di Monateri. In proposito, cfr., altresì, MONATERI, *La Cassazione e i danni da fumo: evitare un ennesimo "isolamento italiano"*, cit., 57, che sostiene che tale pronuncia non possa considerarsi precedente in senso tecnico, poiché risolve il caso considerando che l'ETI ha omesso di provare di aver adottato tutte le misure idonee richieste dall'art. 2050 c.c. e, quindi, in base ad una questione processuale. L'opinione per quanto autorevole non sembra condivisibile: ogni volta che la responsabilità *ex art.* 2050 c.c. è ravvisabile il convenuto non è riuscito a provare di aver adottato tali misure, altrimenti la responsabilità si dovrebbe escludere. Dunque, l'opinione citata condurrebbe a ritenere che ogni decisione che ravvisi la responsabilità *ex art.* 2050 c.c. non possa mai considerarsi precedente.

¹⁰In particolare, «*l'esistenza del rapporto causale tra cancro polmonare e fumo di sigaretta può dirsi accertata, secondo un criterio di seria probabilità scientifica, al di là di ogni ragionevole dubbio*». In senso sostanzialmente conforme, cfr. G. di P. Napoli, 18 marzo 2005, *Dir. e giust.*, 2005, fasc. 27, 37, con nota di Di Marzio.

veniva condannato al risarcimento del danno, per non aver soddisfatto la prova liberatoria prevista dall'art. 2050 c.c.¹². Per la Corte, l'ETI avrebbe dovuto provare di aver informato il consumatore circa i rischi del fumo, anche indipendentemente da specifici obblighi di legge¹³.

Meno di un mese dopo, il Tribunale di Roma¹⁴ ribadì la propria giurisprudenza e ritenne pericoloso l'«uso smodato» delle sigarette e non le sigarette in quanto tali. L'indirizzo fu confermato con la sentenza 11 aprile 2005¹⁵, con cui il medesimo Tribunale, rifiutando espressamente l'orientamento del Giudice d'Appello, affermò che l'omessa informazione del consumatore non può fondare la responsabilità del produttore *ex art.* 2050 c.c. In proposito, addusse la tradizionale distinzione tra pericolosità dell'attività e pericolosità della condotta¹⁶, deducendo che l'omessa informazione circa i danni del fumo, in quanto condotta pericolosa, potrebbe essere dedotta solo *ex art.* 2043 c.c. Comunque, muovendo dalla premessa che la

¹¹ Istituito con d.lgs., 9 luglio 1998, n. 283 e dedito all'attività di produzione e di commercio dei tabacchi.

¹² L'esercente un'attività pericolosa risponde «*se non prova di avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno*» (art. 2050 c.c.).

¹³ La Corte giungeva ad affermare che, in assenza di tale prova, non potrebbe escludere la responsabilità nemmeno la concreta conoscenza da parte del consumatore dei rischi del fumo: si tratta, tuttavia, di un *obiter dictum*, poiché il giudice non ha ritenuto provata tale conoscenza.

¹⁴ Trib. Roma, 4 aprile 2005, in *Corr. merito*, 2005, 793 con nota di Giovanardi.

¹⁵ Trib. Roma, 11 aprile 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 1559. Conformi, Trib. Brescia, sez. II, 10 agosto 2005, in *Danno e resp.*, 2005, 1210 con nota di Monateri; Trib. Roma, 4 aprile 2008, sez. XII, *Danno e resp.*, 2009, 1079, con nota di Tassone.

¹⁶ Nel primo caso, la pericolosità è intrinseca all'attività e la responsabilità va valutata *ex art.* 2050 c.c.; nel secondo, la pericolosità dipende dalle modalità di esercizio di un'attività di per sé non dannosa e l'eventuale responsabilità può riscontrarsi solo *ex art.* 2043 c.c. Cfr., in dottrina, M. COMPORTE, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive*, artt. 2049-2053 c.c., in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2009, 189-190.

nocività del fumo è notoria, il Tribunale concluse che la colpa del fumatore è in ogni caso assorbente (e pregiudica il riconoscimento del risarcimento), sia quando il fumatore è in concreto informato dei rischi del fumo sia nel caso opposto. Nel primo caso, il fumatore assume su di sé liberamente i rischi del fumo¹⁷, nel secondo è comunque in colpa nell'ignorare un fatto notorio. Infine, il Tribunale di Roma, con sentenza 28 gennaio 2009¹⁸, oltre a riconfermare quest'ultimo indirizzo, avanzò un nuovo argomento. I regimi di responsabilità oggettiva o ad essa assimilabili (come quello *ex art. 2050 c.c.*) presupporrebbero che il solo danneggiante possa prevenire il danno: nel caso del fumo attivo, poiché il danno può essere evitato anche dal comportamento della vittima, applicare l'art. 2050 c.c. contrasterebbe con la sua *ratio*. Dunque, andavano consolidandosi- se si eccettua la decisione della Corte di Appello di Roma- due principi: a) le sigarette non sono cose pericolose, è l'*uso smodato* delle medesime ad essere fonte di rischi; b) in caso di danni da consumo di sigarette, la colpa del fumatore è sempre tale da precludere il risarcimento.

In questo quadro giurisprudenziale, si inserisce l'*obiter dictum* della Cassazione che, con l'espresso intento di comporre il contrasto fra le corti di merito, nega fondatezza all'indirizzo prevalente. La Corte esclude che, con riguardo alla produzione di una cosa destinata al commercio ed al consumo, la pericolosità *ex art. 2050 c.c.* debba necessariamente manifestarsi nel momento produttivo, potendo questa emergere all'atto del consumo del prodotto, tanto più se consistente nell'uso normale (e, dunque, prevedibile). Con riguardo alla produzione e vendita di sigarette, sarebbe, dunque, infondata la tesi per cui, qualora il prodotto sia commercializzato e, quindi, sia uscito dalla

¹⁷ In senso sostanzialmente conforme cfr., Trib. Roma, sez. II, 5 dicembre 2007, in *Foro It.*, 2008, I, 985.

¹⁸ Trib. Roma, sez. II, 28 gennaio 2009, *Danno e resp.*, 2009, 1084, con nota di Tassone.

sfera di controllo del produttore, ci si troverebbe di fronte ad una cosa pericolosa frutto di attività non pericolosa¹⁹. A confutazione di tale tesi, la Corte adduce: a) nel caso delle sigarette, la pericolosità è riferibile all'attività produttiva, poiché la loro destinazione al consumo mediante il fumo è lo scopo dell'attività medesima, b) la pericolosità dipende dal «*mezzo adoperato*» (il tabacco) e per esso si estende all'attività, c) sussistono indici normativi²⁰ della riferibilità della pericolosità del prodotto all'attività produttiva. La Corte dichiara che è comunque diritto vivente ascrivere la pericolosità della cosa alla relativa attività produttiva e prende in considerazione indici normativi della considerazione del tabacco come sostanza nociva²¹. Esclude che la conoscenza da parte del fumatore dei rischi del fumo possa impedire l'applicazione dell'art. 2050 c.c., poiché la norma prescinde del tutto dal comportamento del danneggiato, presupponendo esclusivamente la pericolosità dell'attività. Infine, confuta l'argomento per cui l'art. 2050 c.c., in quanto fattispecie di responsabilità oggettiva, potrebbe trovare applicazione solo in caso di possibilità di prevenzione unilaterale degli incidenti²². Sostiene, *ad opponendum*, che l'applicabilità dell'art. 1227 c.c., che obbliga il danneggiato a prevenire il danno, è pacificamente ammessa tanto con riferimento ad ipotesi di responsabilità per colpa quanto oggettiva. Inoltre, «*il dovere di*

¹⁹ Trib. Roma, sez. II, 5 dicembre 2007, cit. Aderiscono, in dottrina, MONATERI, *La Cassazione e i danni da fumo: evitare un ennesimo "isolamento italiano"*, cit., 57 e TASSONE, *Tobacco litigation all'italiana e responsabilità civile che va in fumo*, cit., 1093.

²⁰ Cfr., art. 1, l. 10 agosto 1988, n. 357.

²¹ Cfr., d.m. 25 ottobre 1924; art. 216, r.d. 27 luglio 1934, n. 1265; art. 64, r.d. 18 giugno 1931, n. 773; l. 10 aprile 1962, n.165; l. 28 dicembre 1990, n. 428; d.lgs. 24 giugno 2003, n. 184; L. 11 novembre 1975, n. 584; d.P.R. 11 luglio 1980, n. 28; art. 1, l. 10 agosto 1988, n. 357; art. 730 c.p.

²² Recepito da Trib. Roma, sez. II, 28 gennaio 2009. In dottrina cfr., già MONATERI, *I danni da fumo: classico e gotico nella responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2005, 668.

*comportamento diligente del danneggiato (e quindi il mancato rispetto dello stesso), è un elemento esterno al singolo paradigma normativo di responsabilità»²³. Il comportamento del danneggiato rileverebbe solo sotto il profilo del nesso di causalità: la conoscenza dei rischi da parte del fumatore può portare, ex art. 1227 c.c., al rigetto della domanda risarcitoria. La Cassazione ha, altresì, rigettato la tesi avanzata dalla dottrina²⁴ secondo cui si verterebbe in tema di responsabilità del produttore per prodotto difettoso, obiettando che nel caso delle sigarette la pericolosità non dipende da un *vizio del prodotto*, ma è *intrinseca* allo stesso. Ha, dunque, enunciato il seguente principio di diritto: «*La produzione e la vendita di tabacchi lavorati integrano un'attività pericolosa, ai sensi dell'art. 2050 c.c., poiché i tabacchi, avendo quale unica destinazione il consumo mediante il fumo, contengono in sé, per la loro composizione bio-chimica e per la valutazione data dall'ordinamento, una potenziale carica di nocività per la salute*»²⁵.*

Come già accennato, la statuizione non altera il quadro dei precedenti in materia poiché si tratta di un *obiter dictum*; va aggiunto che la Corte non sembra aver preso una posizione chiara sulla rilevanza ex art 1227 c.c. della scelta di fumare, che - come già osservato - la prevalente giurisprudenza di merito tende a ritenere preclusiva del diritto al

²³ Cfr., par. 3.14. della sentenza in commento.

²⁴ PACIFICO, *Il risarcimento del danno da fumo attivo*, in *Corr. giur.*, 2000, 1639.

²⁵ Quanto alle statuizioni in tema di pubblicità ingannevole, la sentenza si uniforma alla pronunzia, 15 gennaio 2009, n. 794, resa a Sezioni Unite dalla Cassazione, da ultimo pubblicata in *Amb. e svil.*, 2010, 132, ed oggetto di molteplici annotazioni: GIAMPIETRO, *Sigarette "light" e danno da pubblicità ingannevole (nota a Cass. civ. Sez. Un. n. 794/2009)*, in *Amb. e svil.*, 2010, 132; DE STEFANIS, *Sigarette "light", pubblicità ingannevole e risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2009, 853; BIANCHI, *Sigarette light e nuovo danno non patrimoniale*, in *Nuova giur. civ.*, 2009, 783; D'ANTONIO, *Sigarette "light", pubblicità ingannevole e danni al consumatore: i due principi fissati dalle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2009, 770.

risarcimento. La Cassazione si è limitata ad ammettere che il fumatore informato dei rischi *possa* perdere il diritto al risarcimento *ex art.* 1227 c.c. L'affermazione sembra, tuttavia, esclusivamente finalizzata a chiarire che le considerazioni svolte circa l'irrilevanza della condotta del fumatore non vanno intese in senso assoluto, ma con esclusivo riferimento alla definizione del campo di applicazione dell'art. 2050 c.c.²⁶ Poiché la pronuncia, dunque, non pone in discussione la giurisprudenza circa il contributo colposo del fumatore, si può ragionevolmente escludere che possa avere rilevanti implicazioni pratiche²⁷; merita, tuttavia, attenzione per l'importanza delle questioni trattate²⁸.

2. Per ragioni di priorità logica è, tuttavia, necessario iniziare l'analisi della responsabilità da fumo attivo proprio dalla questione che ha ricevuto minor approfondimento dalla Corte: il contributo causale del fumatore. È noto, infatti, che il fatto della vittima rileva ai fini dell'individuazione del nesso causale - dunque, del fatto fonte di responsabilità - e non soltanto ai fini della quantificazione del danno. Con riferimento ai danni da fumo attivo, si è già detto che per la maggior parte dei precedenti²⁹, il fumatore è sempre in colpa assorbente,

²⁶ Cfr., par. 3.7 della decisione in commento: «*non si vuol dire che tale comportamento sia giuridicamente irrilevante, ma solo che ai fini del perfezionamento della fattispecie prevista dall'art. 2050 c.c., non costituisce un elemento necessario la "inscienza" del danneggiato*».

²⁷ *Contra* MONATERI, *La Cassazione e i danni da fumo: evitare un ennesimo "isolamento italiano"*, cit., 57, il quale teme l'inflazione di cause fondate nell'*an*, ma foriere di «*risarcimenti irrisori o nulli*».

²⁸ Sul rilievo della pronuncia cfr., PONZANELLI, *La produzione di sigarette è attività pericolosa*, cit., 482.

²⁹ Cfr., Trib. Napoli, sez. XI, 15 dicembre 2004, cit.; Trib. Roma, 11 aprile 2005, cit.; Trib. Brescia, sez. II, 10 agosto 2005, cit.; Trib. Roma, 5 dicembre 2007, cit.; Trib. Roma, 4 aprile 2008, cit.; Trib. Roma, sez. II, 28 gennaio 2009, cit. Per una posizione più articolata, cfr., TASSONE, *Tobacco litigation all'italiana e responsabilità civile che va in fumo*, cit., 1096, per il quale la conoscenza dei rischi da parte del fumatore

poiché o ignora il fatto notorio dei rischi del fumo o colpevolmente fuma conscio di tali rischi. La dottrina³⁰ ha, dunque, segnalato come in tali casi sembri mancare il nesso causale fra la produzione e vendita dei prodotti da fumo e il danno al fumatore. Si è, dunque, esclusa la riferibilità, a qualunque titolo di responsabilità, dei danni da fumo attivo alle attività suddette.

La tesi appare, in linea di principio, condivisibile: si può dubitare soltanto che i rischi connessi al fumo debbano sempre considerarsi notori. Innanzitutto, non si può dubitare che se l'atto del fumatore è libero e informato, i relativi rischi non siano riferibili all'attività di produzione e vendita delle sigarette. In questo caso, ci si trova al di fuori di ogni paradigma di responsabilità civile per fatto proprio: quest'ultima ha, fra le altre, la funzione di far internalizzare le esternalità, cioè di far ricadere sui soggetti che hanno deciso di compiere determinate azioni (e non sui terzi) le

costituisce «uno degli ostacoli principali che si frappongono all'affermazione della responsabilità dei produttori». Tuttavia, l'Autore ritiene che la colpa del fumatore sia assorbente "soltanto" nella «stragrande maggioranza dei casi» (p. 1097).

³⁰ Sull'interruzione del nesso causale per il fatto della vittima, cfr. MONATERI, *I danni da fumo: classico e gotico nella responsabilità civile*, cit., 668, per il quale l'esercente è esente da responsabilità se riesce a provare che il danno è dovuto a causa a lui non imputabile. In generale, sulla difficoltà di provare il nesso fra il fumo e la patologia, cfr. TASSONE, *Tobacco litigation all'italiana e responsabilità civile che va in fumo*, cit., 1093, 1096, per il quale costituisce rilievo decisivo il fatto che è «quasi impossibile» provare il nesso di causalità individuale (e non la mera correlazione statistica) fra il consumo delle sigarette e lo sviluppo della malattia. Tuttavia, «vi è almeno un principio di prova del fatto che – su base aggregata – un elevato numero di individui ne divengono affetti». Cfr., su entrambe le problematiche relative al nesso causale, PACIFICO, *Il risarcimento del danno da fumo attivo*, cit., 1639, che, da un lato, rigetta la ricostruzione del nesso di causalità in termini statistici e, dall'altro, conclude che l'assunzione del fumo di sigaretta per scelta informata del consumatore vale senz'altro ad interrompere il nesso causale fra la produzione e/o vendita di sigarette e l'insorgenza di patologie dovute al fumo.

conseguenza di queste³¹. In quest'ottica, è ovvio che qualora il fumatore si determini a fumare con scelta libera e informata non può trovare applicazione alcuna regola di responsabilità civile per fatto proprio a pena di frustrare la *ratio* dell'istituto. In questo caso, infatti, già in assenza di responsabilità del produttore non vi è esternalità: il fumatore decide di fumare e soffre le conseguenze della sua scelta; al contrario, se in ipotesi siffatta il consumatore potesse ottenere un risarcimento dal produttore, il risarcimento costituirebbe esso stesso un'esternalità. Il fumatore farebbe pagare al produttore, almeno in parte³², il costo di una sua scelta. Dunque, salvi i casi di responsabilità per fatto altrui (cui di certo l'art. 2050 c.c. non è ascrivibile), nessuno può essere chiamato a rispondere dell'atto di un terzo da questi deciso con scelta libera e informata. È questa la *ratio* della considerazione del fatto della vittima come causa interruttiva del nesso di causalità. Dunque, i danni da fumo non sono ascrivibili all'attività di produzione delle sigarette, quando il loro consumo è dipeso da una scelta libera e informata. Non appare, dunque, corretta la tesi della Cassazione per cui la circostanza che il bene sia stato usato per scelta informata del consumatore è sempre irrilevante al fine di stabilire l'applicabilità dell'art. 2050 c.c.: come è stato

³¹ Cfr., in termini giuridici, MONATERI, *I danni da fumo: classico e gotico nella responsabilità civile*, cit., 668, per il quale «il pregiudizio verificatosi non ammonta a responsabilità del convenuto, se risulta estraneo alla sua signoria di controllo, il che appunto si verifica quando il danno è derivato da una causa esterna a lui non imputabile, compreso il fatto della vittima». Il nesso causale andrebbe, infatti, inteso come «signoria sul fatto», cioè «possibilità concreta, tanto del danneggiante potenziale, che della vittima potenziale, di influenzare i fatti dalla cui concatenazione il danno è derivato». Tale concezione sarebbe richiesta dalla funzione di prevenzione dei danni della responsabilità civile. Cfr., altresì, ID., *La responsabilità civile*, in *Trattato Sacco dir. civ.*, Torino, 1998, 1036.

³² Atteso che il risarcimento per un danno permanente alla salute non può mai ritenersi perfettamente compensativo.

autorevolmente osservato³³, la condotta della vittima rileva sempre sotto il profilo del nesso di causalità e, dunque, della configurabilità di un fatto come fonte di responsabilità.

Tuttavia, quando il concreto fumatore non è adeguatamente informato ed i rischi del fumo non sono notori (o è un minore o un incapace), non sembra possibile escludere in ogni caso la sussistenza del nesso di causalità fra l'attività di produzione e vendita dei tabacchi da fumo e l'insorgenza delle patologie da fumo. In tali casi, la responsabilità del produttore e/o venditore non può, dunque, escludersi. Consideriamo, allora, le informazioni diffuse in passato tra il pubblico circa la pericolosità del fumo, alla luce, in particolare, dell'ampio materiale probatorio valutato dal Tribunale di Brescia nella citata sentenza³⁴. Una diffusa opera di informazione del pubblico sembra essere avvenuta soltanto nel periodo fascista, ma vi è da chiedersi quali rischi venissero pubblicizzati all'epoca se ancora nel 1915 un manuale per educatori³⁵ annoverava fra i danni da fumo soltanto «*l'assuefazione alle sigarette e i gravi fenomeni dovuti all'astinenza*». Inoltre, la sentenza citata desume che la pericolosità del fumo fosse «*common knowledge*» negli anni cinquanta del secolo scorso, considerando che quotidiani anche nazionali e riviste dell'epoca dedicarono ai relativi rischi numerosi articoli. È, tuttavia, sufficiente la copertura del problema da parte della stampa nazionale a far ritenere che gli effettivi pericoli del fumo fossero notori? Quanta parte della popolazione italiana era raggiunta dalla stampa quotidiana negli anni '50 del secolo scorso? E ancora, quali pericoli potevano essere pubblicizzati all'epoca? Infatti, se l'Enciclopedia Treccani³⁶ nel 1949 alla

³³ MONATERI, *La Cassazione e i danni da fumo: evitare un ennesimo "isolamento italiano"*, cit., 57.

³⁴ Trib. Brescia, sez. II, 10 agosto 2005, cit.

³⁵ UBERTIS, 1915, citato dalla sentenza.

³⁶ *Enciclopedia Treccani*, voce *Tabagismo*, vol. XXXIII, 1949, 134, citata dalla sentenza.

voce *Tabagismo* riportava già il cancro fra le conseguenze del fumo, tuttavia, si dovrà attendere il 1964 ed il Rapporto Terry³⁷ per avere la prova statistica della correlazione fra fumo e cancro al polmone. Quest'ultimo a detta dei giudici bresciani ha ricevuto ampia copertura da parte della stampa italiana dell'epoca: tuttavia, anche per questo periodo valgono le riserve circa la diffusione della stampa presso la popolazione italiana. Alla stregua di questi elementi non sembra potersi dire con sicurezza che l'uomo medio avesse precisa percezione del grado di pericolosità dei tabacchi da fumo, almeno fino alla comparsa delle avvertenze sulle confezioni³⁸. Altrimenti, risulterebbe anche difficile comprendere per quale ragione il Legislatore abbia in seguito onerato il produttore all'avvertenza dei danni da fumo, se questi erano notori. Non sembra, dunque, potersi ritenere il fumatore sempre in colpa assorbente e, quindi, non sembra potersi escludere la responsabilità del produttore e/o venditore. Quando, la scelta di fumare non è sufficientemente informata per integrare un'ipotesi di interruzione del nesso causale nè la colpa del fumatore è assorbente, la responsabilità di produttore e venditore è coerente con la *ratio* sopra descritta di una regola di responsabilità civile per fatto proprio. Infatti, proprio poiché la scelta del fumatore non è sufficientemente informata, le conseguenze del fumo possono essere considerate, almeno in parte, come esternalità della produzione e vendita di sigarette.

3. Potendo, dunque, sussistere in qualche caso il nesso causale fra lo svolgimento dell'attività e lo sviluppo della malattia, merita chiedersi se sia configurabile una

³⁷ Citato dalla sentenza.

³⁸ Cfr., in tal senso già PACIFICO, *Il risarcimento del danno da fumo attivo*, cit., 1639, per il quale anteriormente alla comparsa degli avvertimenti «il consumatore medio poteva non essere in grado di rappresentarsi in modo realistico le conseguenze dannose del fumo, di cui pur aveva – è indubbio – una generica consapevolezza».

responsabilità *ex art.* 2050 c.c. La norma obbliga al risarcimento chi nell'esercizio di «*un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati*», cagioni danno ad altri, «*se non prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno*». Dunque, il criterio di imputazione della responsabilità consiste nell'esercizio di: a) «*un'attività pericolosa*»³⁹, b) «*per sua natura o per la natura dei mezzi impiegati*».

Per pericoloso s'intende ciò «*che ha in sé la possibilità di determinare o di costituire un pericolo, che può procurare o provocare danni fisici o d'altra natura, direttamente o indirettamente*»⁴⁰: dunque, la nozione di pericolosità richiede che l'attività sia idonea a causare un danno. Possa porsi, cioè, come *condicio sine qua non* della verifica di eventi dannosi; si consideri, tuttavia, che l'art. 2050 c.c. fa dipendere la responsabilità dell'agente dalla mancata adozione di «*tutte le misure idonee ad evitare il danno*». Si tratta, ovviamente, di una norma ispirata dalla *ratio* di prevenire gli incidenti⁴¹. Quindi, una corretta interpretazione teleologica della disposizione dovrebbe garantire una correlazione fra la responsabilità e la possibilità di prevenzione⁴²: la norma dovrà essere letta in modo tale che l'agente sia chiamato a rispondere solo dei danni prevedibili⁴³ e evitabili⁴⁴. Ovviamente, come ogni

³⁹ Cfr., MONATERI, *I danni da fumo: classico e gotico nella responsabilità civile*, cit., 668, nota 2, per il quale la locuzione è «*tendenzialmente indefinita*».

⁴⁰ Cfr., *Vocabolario Treccani*.

⁴¹ Non della previsione *ex lege* di un'obbligazione di garanzia, semplicemente tendente ad allocare una perdita attesa. Su queste ultime, cfr., GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, IV ed., vol. II, t. I, Padova, 2004, 17.

⁴² Afferma il principio, in generale, MONATERI, *I danni da fumo: classico e gotico nella responsabilità civile*, cit., 668: «*Se la responsabilità civile vuol prevenire i danni, deve imputare i fatti a ciascuno, nella misura in cui quel tipo di soggetti (...) può, controllando i fatti, evitare in concreto l'insorgere del danno*».

⁴³ Al tempo dello svolgimento dell'attività. Diversamente – considerando, cioè, ricompresi nel campo di applicazione della norma

regola di responsabilità, l'art. 2050 c.c. non può essere inteso in modo tale da rendere l'esercente responsabile anche di eventi dannosi a lui non imputabili: ciò deve valere anche ai fini dell'interpretazione dell'espressione «*attività pericolosa*». Nel valutare tale pericolosità non si potranno tenere in conto gli eventi dannosi imprevedibili ed inevitabili, poiché avverso tali eventi nessuna attività di prevenzione è idonea ad impedirli. Dovrà, dunque, ritenersi pericolosa *ex art. 2050 c.c.* l'attività idonea a porsi come *condicio sine qua non* – secondo un processo causale prevedibile nel tempo in cui l'attività è svolta – di (almeno) un evento dannoso evitabile da parte dell'esercente. Inoltre, poiché la regola di responsabilità ha natura obiettiva (sul punto, cfr. *infra*), la sua applicazione deve prescindere dalla colpa e, più in generale, dalle caratteristiche soggettive dell'agente. Pertanto, la prevedibilità e l'inevitabilità dovranno essere intese in senso obiettivo. Inoltre, poiché l'esercente, per sfuggire alla responsabilità, è tenuto a porre in essere *tutte* le misure preventive idonee, deve concludersi che lo sforzo di prevenzione richiesto dal legislatore incontri come unico limite l'idoneità delle misure. Si tratta, dunque, di uno sforzo assoluto, nel valutare il quale non potranno considerarsi le caratteristiche dell'attività esercitata: dunque, solo gli eventi *assolutamente* inevitabili ed imprevedibili sono esclusi dalla responsabilità *ex art. 2050 c.c.* Quindi, nel valutare la pericolosità *ex art. 2050 c.c.* non potrà tenersi in conto degli *eventi dannosi obiettivamente ed assolutamente imprevedibili ed inevitabili*: cioè di quegli *eventi che nessun soggetto potrebbe mai prevedere od evitare indipendentemente dallo sforzo profuso*. Infine, poiché la nozione di pericolosità fa riferimento all'idoneità a causare generici danni, è sufficiente che il rapporto causale richiesto dalla nozione di

anche eventi imprevedibili – si finirebbe per svincolare la responsabilità dalle possibilità di prevenzione, attribuendo alla norma una funzione di garanzia che la lettera pare voler escludere.

⁴⁴ Mediante l'adozione di «*misure idonee ad evitare il danno*».

«*pericolosità*» leghi lo svolgimento dell'attività ad un danno astratto ed ipotetico e non necessariamente a quello concretamente verificatosi. Riassumendo: *un'attività può dirsi pericolosa ex art. 2050 c.c. quando può causare eventi dannosi obiettivamente ed assolutamente prevedibili ed evitabili al tempo del suo esercizio.*

L'art. 2050 c.c. precisa che la pericolosità rilevante è soltanto quella che dipende o dalla natura dell'attività o dalla natura dei mezzi impiegati: cioè, la norma si riferisce esclusivamente alle attività *intrinsecamente pericolose*⁴⁵. Evidentemente, restano escluse dall'ambito applicativo, le attività pericolose per la *scarsa diligenza con la quale sono esercitate*⁴⁶. Così intesa, dunque, la norma sembra voler dettare una disciplina differenziata - rispetto a quella ordinaria prevista dall'art. 2043 c.c. - per le attività idonee a cagionare danni *anche se esercitate in modo diligente*. Per queste il Legislatore non si limita a richiedere l'ordinario dovere di diligenza (richiesto dall'art. 2043 c.c.), ma pretende l'*obiettiva* adozione di misure di prevenzione⁴⁷.

⁴⁵ Così, M. COMPORI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive*, artt. 2049-2053 c.c., cit., 190.

⁴⁶ Si tratta della distinzione tradizionale fra pericolosità della condotta e pericolosità dell'attività, su cui cfr. *supra*. Echi di tale distinzione sembrano percepibili nella motivazione della sentenza in commento: «*la valutazione richiesta dalla norma concerne l'attività nella sua interezza e non il comportamento personale dell'imprenditore*». La Cassazione ne desume, quindi, che la responsabilità ex art. 2050 c.c. è oggettiva e che, nel caso in cui l'attività pericolosa sia d'impresa, la responsabilità per i danni grava su «*colui che ha il controllo dell'attività al momento del danno, sul solo presupposto dell'oggettiva mancanza delle misure protettive idonee*».

⁴⁷ L'inclusione nell'ambito applicativo della norma di tutte e sole le attività idonee a causare danni anche quando esercitate con diligenza sembra ragionevole: per queste, sarebbe poco efficace, in termini di prevenzione del danno, ancorare la responsabilità alla diligenza dell'esercente. Così inteso, il criterio di imputazione dà, altresì, coerenza al sistema: riserva all'art. 2043 c.c. la disciplina della diligenza nell'esercizio delle attività dannose se colposamente svolte, mentre all'art. 2050 c.c. la disciplina delle obiettive misure di prevenzione e della responsabilità per la loro omissione in caso di esercizio di attività

Riassumendo, l'art. 2050 c.c. deve trovare applicazione con riguardo alle *attività che, anche se esercitate con diligenza, possono causare danni obiettivamente ed assolutamente prevedibili ed evitabili al tempo del loro esercizio*⁴⁸.

Prima di poter applicare questo *test* di pericolosità intrinseca alla produzione e vendita di sigarette, ci si deve chiedere se sia fondata la tesi per cui le sigarette sarebbero cose pericolose frutto di attività non pericolosa, con cui espressamente la decisione in commento dissente. In altre parole, si deve considerare se la pericolosità del prodotto, uscito dalla sfera di controllo del produttore, possa trasmettersi alla relativa attività di fabbricazione. In particolare, il Tribunale di Roma⁴⁹ aveva escluso la pericolosità delle attività sulla considerazione che essa non trasfonde alcuna pericolosità nelle sigarette. La tesi veniva,

intrinsecamente pericolose. Coerentemente, la clausola di esclusione di responsabilità - che richiede che l'agente ponga in essere «*tutte le misure idonee ad evitare il danno*» - andrà letta in termini puramente obiettivi. Così intesa, sembra fare riferimento a *tutte le misure, disponibili dato lo stato della tecnica, che, al tempo dello svolgimento dell'attività, possano ritenersi obiettivamente idonee ad evitare i danni obiettivamente ed assolutamente prevedibili come conseguenza dell'attività*.

⁴⁸ *Contra* MONATERI, *La Cassazione e i danni da fumo: evitare un ennesimo "isolamento italiano"*, cit., 57, per il quale «*un'attività è pericolosa se produce più danni della media delle attività umane (che sono tutte inevitabilmente dannose!) se produce statisticamente moltissimi danni anche se piccoli, o se può produrre statisticamente pochissimi danni ma enormi e sproporzionati rispetto alla media dei danni*». Si ritiene di non poter seguire questa pur autorevole opinione, poiché essa sembra obliterare che l'art. 2050 c.c. fa esclusivo riferimento alla pericolosità *intrinseca*. Infatti, considerando l'insieme di tutti i danni prodotti da un'attività si tiene ovviamente anche in conto di quelli dovuti a negligenza. Inoltre, il citato Autore ritiene che il giudizio di pericolosità abbia natura empirica; sembra, tuttavia, più coerente con la citata *ratio legis* configurare il medesimo come giudizio prognostico ed astratto.

⁴⁹ Trib. Roma, sez. II, 5 dicembre 2007, cit.

altresì, sostenuta da autorevole dottrina⁵⁰ che aggiungeva che l'art. 2050 c.c. tutelerebbe soltanto i terzi rispetto all'attività pericolosa e non i partecipanti ad essa: dunque, se il consumatore è terzo rispetto all'attività di produzione e commercializzazione, l'uso del prodotto non può concorrere a determinare la pericolosità dell'attività.

Innanzitutto, giova premettere che, qualora la causazione dei danni da fumo sia mediata dall'uso del prodotto, non può dirsi in astratto che sia sempre interrotto il nesso causale fra la produzione e vendita della cosa ed il danno: come abbiamo visto *supra*, ciò accade solo quando l'uso non è informato. Con riguardo a queste ipotesi, dunque, solo il dettato dell'art. 2050 c.c. potrebbe escludere la rilevanza dell'uso del prodotto al fine di definire la pericolosità dell'attività. Consideriamo, dunque, tale nozione come ricostruita *supra*: *un'attività è pericolosa se è idonea a cagionare danni obiettivamente ed assolutamente prevedibili ed evitabili al tempo del suo esercizio*. Il concetto non contiene una limitazione ai solo eventi lesivi conseguenza immediata dello svolgimento dell'attività. Ciò che limita la rilevanza di un evento appartenente ad una serie causale innescata dallo svolgimento dell'attività è (come osservato *supra*) la sua prevedibilità ed evitabilità. Dunque, in caso di prodotto dannoso, la nozione di «attività pericolosa» fa riferimento anche al danno che si manifesti all'atto dell'uso del prodotto, purché *tanto l'uso quanto il danno siano obiettivamente ed assolutamente prevedibili ed evitabili al tempo dell'esercizio dell'attività*. Consideriamo ancora la clausola «*nello svolgimento*» e se essa valga ad impedire l'applicazione dell'art. 2050 c.c. agli eventi dannosi causati dall'uso del prodotto. Una dottrina

⁵⁰ Cfr., MONATERI, *La Cassazione e i danni da fumo: evitare un ennesimo "isolamento italiano"*, cit., 57 e TASSONE, *Tobacco litigation all'italiana e responsabilità civile che va in fumo*, cit., 1093, il quale conclude che «*la pericolosità delle sigarette non deriva da loro caratteristiche intrinseche, bensì dalle modalità con le quali vengono utilizzate*».

autorevole⁵¹ ritiene che tale espressione valga ad escludere l'applicabilità dell'art. 2050 c.c. ai danni causati da cose non azionate dall'uomo, anche se si trovano nella sfera di controllo dell'esercente. L'art. 2050 c.c. riguarderebbe soltanto i danni causati dall'attività nella sua fase dinamica e non anche in quella statica: sembra che così ragionando si possa escludere la rilevanza di tutti i danni dovuti all'uso del prodotto, atteso che l'attività di produzione e/o vendita non è più in atto al tempo del consumo. La *ratio* della norma consente di escludere siffatta interpretazione. Assumiamo, per assurdo, che l'art. 2050 c.c. venga interpretato in modo da prestare tutela solo per i danni conseguenza immediata di attività pericolosa: in tal modo, i danni mediati cadranno nell'ambito applicativo dell'art. 2043 c.c.⁵² Con riferimento ai prodotti dannosi, dunque, i danni causati nella loro produzione sarebbero risarcibili *ex* 2050 c.c., mentre quelli causati dal prodotto finito *ex* 2043

⁵¹ M. COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive, artt. 2049-2053 c.c.*, cit., 174 s.

⁵² Si badi che non osta alla riconducibilità dei danni da prodotto alle due attività in considerazione il disposto dell'art. 1223 c.c. ed, in particolare, la clausola di limitazione del risarcimento ai soli danni conseguenza immediata e diretta. In tal senso, cfr., Cass., Sez. III, 06 aprile 2006, n. 8096, in *Mass. Giur. it.*, 2006, per la quale: «*Il giudice di merito, per stabilire se sussista il nesso di causalità materiale - richiesto dall'art. 2043 cod. civ. in tema di responsabilità extracontrattuale - tra un'azione o un'omissione ed un evento deve applicare il principio della "conditio sine qua non", temperato da quello della regolarità causale, sottesi agli artt. 40 e 41 cod. pen. Pertanto, alla stregua di ciò, se la condotta della vittima si inserisce in una serie causale avviata da altri, concorrendo alla produzione dell'evento dannoso, il suo apporto non vale ad interrompere quella serie in quanto **non è possibile distinguere fra cause mediate o immediate, dirette o indirette, precedenti o successive e si deve riconoscere a tutte la medesima efficacia** [grassetto mio, nda]; l'interruzione si verifica, invece, se la condotta della vittima, pur inserendosi nella serie causale già intrapresa, ponga in essere un'altra serie causale eccezionale ed atipica rispetto alla prima, idonea da sola a produrre l'evento dannoso, che sul piano giuridico assorbe ogni diversa serie causale e la riduce al ruolo di semplice occasione».*

c.c. Tale differenza di trattamento appare incoerente con la *ratio legis* che non basa la differenziazione dei due regimi di responsabilità sulla immediatezza o meno del danno, ma sulla idoneità a causare danni *anche se l'esercente è diligente*. Questa idoneità permane anche quando il danno non è conseguenza immediata: l'interpretazione restrittiva della norma condurrebbe, dunque, ad irragionevoli disparità di trattamento. Quindi, *qualora, al tempo dell'esercizio dell'attività di fabbricazione, anche se il produttore è diligente, sia assolutamente ed obiettivamente prevedibile ed evitabile il verificarsi di un evento dannoso, anche come conseguenza dell'uso del prodotto dell'attività*, l'eventuale responsabilità andrà valutata *ex art. 2050 c.c.*

Consideriamo la produzione di tabacchi da fumo ed, in particolare, cosa potrebbe fare il produttore di sigarette diligente per evitare i danni. Potrebbe fabbricare la sigaretta evitando con diligenza di introdurre sostanze nocive ulteriori rispetto al tabacco (il tabacco sarà comunque necessario altrimenti il prodotto non potrà dirsi sigaretta). Potrebbe dotare la sigaretta di un filtro in grado di trattenere una parte delle sostanze sprigionate dalla combustione, ma comunque il filtraggio non potrà essere totale, altrimenti la sigaretta non sarà idonea all'uso del fumo, cui è destinata. Potrebbe, infine, adeguatamente informare i terzi dei rischi connessi al fumo. Ipotizzando che il produttore tenga queste condotte, è *obiettivamente ed assolutamente prevedibile ed evitabile*, al tempo della loro fabbricazione, che le sigarette siano *idonee a causare danni, anche mediante il loro utilizzo da parte dei terzi*? Ovviamente, la questione trova risposta negativa: in costanza di diligenza nella commercializzazione e nella produzione, è obiettivamente ed assolutamente prevedibile che le sigarette causeranno danni ai fumatori, ma tali danni saranno obiettivamente ed assolutamente inevitabili dall'esercente. I fumatori, infatti, saranno adeguatamente informati circa la pericolosità del fumo e, quindi, fumando, ne assumono il rischio: il danno è generato da una causa

non imputabile al produttore, cioè, la scelta libera e informata del fumatore. In queste condizioni i danni che pure potranno assolutamente ed obiettivamente prevedersi sono inidonei a connotare l'attività di «*pericolosità*». Questa diventa pericolosa solo in caso di negligenza dell' esercente: in particolare, quando i tabacchi da fumo non sono posti in commercio con adeguate avvertenze⁵³. Le attività di produzione e vendita di tabacchi da fumo, dunque, non sono attività pericolose *ex art. 2050 c.c.*: l'orientamento della sentenza in commento non sembra, dunque, potersi condividere.

Si badi che le argomentazioni testè svolte valgono ad escludere la responsabilità *ex art. 2050 c.c.* per i danni conseguenti all'uso di qualunque tipo di prodotto: infatti, qualunque produttore diligente informerebbe il pubblico adeguatamente circa la pericolosità della cosa (se essa non è già notoria) e gli usi cui il prodotto può essere destinato. Dunque, se in questo contesto informativo si producono danni essi devono considerarsi obiettivamente ed assolutamente inevitabili da parte del produttore, poiché imputabili esclusivamente alla condotta dell'utente. Dunque, con le precisazioni che precedono, la tesi del prodotto pericoloso frutto di attività non pericolosa sembra trovare applicazione con riguardo a qualunque prodotto.

4. C'è un'ulteriore ragione per cui l'art. 2050 c.c. non può trovare applicazione in caso di danni da prodotto: la primazia del diritto comunitario⁵⁴. La responsabilità da

⁵³ Si deve, dunque, condividere la conclusione della già citata sentenza del Trib. Roma, 11 aprile 2005, cit., par. 4.2, ove si esclude l'applicabilità dell'art. 2050 c.c. ai danni causati da omessa informazione circa i rischi del fumo, poiché tale omissione è condotta e non attività pericolosa.

⁵⁴ MONATERI, *La Cassazione e i danni da fumo: evitare un ennesimo "isolamento italiano"*, cit., 57, che mette in guardia dal rischio che un'interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale in difformità da quello comunitario possa esporre lo Stato Italiano a condanna da parte delle istituzioni comunitarie, come già avvenuto in passato [cfr.,

prodotto è disciplinata dalla direttiva CE del 25 luglio 1984, n. 374, recepita nell'ordinamento nazionale dagli art. 114 ss., cod. cons. L'art. 127 cod. cons. dispone che le norme sulla responsabilità da prodotto difettoso «*non escludono né limitano i diritti attribuiti al danneggiato da altre leggi*». La disciplina sembrerebbe, dunque, fornire una tutela addizionale ai danneggiati, insuscettibile di precludere l'applicazione di altre tutele previste dall'ordinamento. Tuttavia, l'art. 13 della citata direttiva – cui è stata data attuazione mediante il citato art. 127 cod. cons. - dispone: «*La presente direttiva lascia impregiudicati i diritti che il danneggiato può esercitare in base al diritto relativo alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale o in base ad un regime speciale di responsabilità **esistente al momento della notifica della direttiva***»⁵⁵. Sembra che la direttiva non precluda l'applicabilità del diritto nazionale in materia di responsabilità da prodotto solo se già in vigore al tempo della sua notifica (30 luglio 1985). Da quella data, i Legislatori nazionali sembrano aver perso la facoltà di introdurre tutele ulteriori rispetto a quelle previste dalla disciplina comunitaria⁵⁶.

CGCE, Gran. Sez., 9 dicembre 2003, C-129/00, *Commissione c. Repubblica Italiana*, in *Racc.*, 2003, I-14637].

⁵⁵ Grassetto mio.

⁵⁶ La norma ha, tuttavia, formato oggetto di interpretazione restrittiva da parte della Corte di Giustizia, la quale, riunita in Grande Sezione [CGCE, Gran. Sez., 10 gennaio 2006, C 402/03, *Skov c. Bilka*, in *Racc.*, 2006, I-199], sembra aver elaborato i seguenti criteri. a) «*La direttiva ... persegue un'armonizzazione totale sui punti da essa disciplinati*» (par. 33. Sul punto, cfr., altresì, CGCE, Gran. Sez., 2 dicembre 2009, C-358/08, *Aventis Pasteur SA c. OB*, in *Racc.*, 2009, I-11305). Sembra, quindi, che in caso di contrasto fra norme nazionali, anche anteriori alla direttiva e più favorevoli al consumatore, e disposizioni della direttiva, le prime andranno disapplicate in favore delle seconde. b) Tuttavia, «*l'art. 13 della direttiva dev'essere interpretato nel senso che il regime attuato da quest'ultima non esclude l'applicazione di altri regimi di responsabilità contrattuale o extracontrattuale purché essi si basino su elementi diversi, come la garanzia dei vizi occulti o la colpa* [neretto mio, nda]» (par. 47). In

Per verificare se la direttiva osti all'applicazione dell'art. 2050 c.c. in materia di responsabilità da prodotto, giova, innanzitutto, chiedersi se prima della data di notifica della direttiva (30 luglio 1985) la *pacifica* giurisprudenza nazionale applicasse già la norma codicistica nel modo accolto dalla sentenza in commento. Si è detto *pacifica*, poiché sembra ragionevole intendere l'art. 13 della direttiva come ostativo anche della consolidazione, in data successiva alla notifica, di un orientamento giurisprudenziale non ancora pacifico. La *ratio* della disposizione, infatti, in accordo con la generale finalità di armonizzazione della direttiva, sembra voler cristallizzare al tempo della notifica le varie discipline nazionali in tema di responsabilità da prodotto, affinché i vari modelli non divergano ulteriormente. Dunque, sembra coerente con la sua *ratio* ritenere che l'art. 13 osti anche alla consolidazione di una giurisprudenza nazionale non ancora *pacifica*. Orbene, l'ultimo precedente, in materia di *res periculosae*, emanato dalla Corte di Cassazione, prima della notifica della direttiva, fu la sentenza 13 gennaio 1982, n. 182⁵⁷, con cui si ritenne sostanzialmente che l'art. 2050 c.c. disciplini la responsabilità del produttore *fintantoché il prodotto si*

applicazione di questi principi, la Corte ha dichiarato che la direttiva: a) «*osta ad una norma nazionale secondo la quale il fornitore risponde, al di là dei casi tassativamente elencati all'art. 3, n. 3, della direttiva stessa, della responsabilità oggettiva che la direttiva istituisce e imputa al produttore*»; b) «***non osta ad una norma nazionale secondo la quale il fornitore è tenuto a rispondere illimitatamente della responsabilità per colpa del produttore*** [neretto mio, nda]». Comunque sembra chiaro che uno stato membro non possa, *in seguito alla notifica della direttiva*, introdurre una disciplina difforme in tema di responsabilità da prodotto, *anche se basata su elementi diversi dalla nozione comunitaria di prodotto difettoso.*

⁵⁷ In *Resp. civ. e prev.*, 1982, 746 ss., con nota di Monateri. Nella specie, la Corte ritenne che, nel momento in cui un produttore di bombole di gas consegna il prodotto ad impresa distributrice ed installatrice, l'art. 2050 c.c. cessa di disciplinare la responsabilità del produttore per i danni cagionati dalla bombola, restando unicamente applicabile all'attività del distributore-installatore.

trova nella sua sfera di controllo. Ovviamente, alla stregua di questo criterio, nessun danno da fumo attivo potrebbe ricondursi alla responsabilità del produttore o del venditore, poiché, all'atto del fumo, la sigaretta non è nella sfera di controllo di questi ultimi, ma in quella del consumatore. Dato questo autorevole precedente, non sembra potersi ritenere che il principio enunciato dalla sentenza oggi in commento fosse *pacífico* al tempo della notifica della direttiva. Quindi, per i danni da fumo attivo (e, in generale, per i danni da prodotto *uscito dalla sfera di controllo del produttore*) l'art. 13 della direttiva osta all'applicazione dell'art. 2050 c.c.

5. Compariamo ora, con l'ausilio della teoria economica, i diversi effetti che i vari modelli di responsabilità - cui il produttore ed il venditore possono essere astrattamente assoggettati - possono spiegare sul costo sociale atteso dei danni da fumo. In proposito, un'autorevole dottrina⁵⁸ aveva richiamato il consolidato risultato di *law and economics* per cui le regole di *strict liability* pura possono trovare applicazione solo in caso di unilaterale possibilità di prevenzione degli incidenti, cioè quando solo il danneggiante potenziale può impedire il danno. Infatti, tale forma di allocazione della responsabilità non tiene conto né del contributo colposo del danneggiato né di quello del danneggiante, ma alloca la responsabilità al danneggiante per la mera sussistenza del nesso causale. Dunque, qualunque sia il grado di diligenza del danneggiato questo otterrà sempre l'integrale risarcimento del danno sofferto. Verosimilmente, dunque, nei casi di possibilità bilaterale di prevenzione degli incidenti, le regole di *strict liability* pura non conducono ad esiti efficienti in termini di incentivi alla prevenzione forniti alla vittima potenziale⁵⁹. In questi casi, la considerazione della colpa tanto dell'una quanto

⁵⁸ MONATERI, *I danni da fumo: classico e gotico nella responsabilità civile*, cit., 668.

⁵⁹ Cfr., COOTER-ULEN, *Law and Economics*, V ed., Boston, 2008, 341.

dell'altra parte è per - la dottrina citata⁶⁰ - il «*criterio princeps*», al fine di soddisfare l'interesse generale alla minimizzazione dei costi sociali degli incidenti. Il Tribunale di Roma recepiva l'argomento ed escludeva l'applicabilità dell'art. 2050 c.c. ai danni da fumo attivo⁶¹. La Cassazione, con la pronuncia in commento, ha avuto buon gioco a rigettare l'opinione, rammentando che l'art. 1227 c.c. - pacificamente applicabile anche in ipotesi di responsabilità oggettiva⁶² - onera il danneggiato a prevenire il danno. L'obiezione della Cassazione sembra fondata: una attenta dottrina⁶³ aveva già rammentato che l'applicabilità dell'art.

⁶⁰ MONATERI, *I danni da fumo: classico e gotico nella responsabilità civile*, cit., 668.

⁶¹ Trib. Roma, Sez. II, 28 gennaio 2009, cit., par. 4: «*non si imputa una responsabilità oggettiva (o simile a questa quanto all'onere probatorio) se l'agente non ha l'esclusivo controllo del danno (rectius, della pericolosità dell'attività svolta), e se la condotta può invero essere pericolosa anche per l'interazione di terzi*». Cfr., TASSONE, *Tobacco litigation all'italiana e responsabilità civile che va in fumo*, cit., 1092, che aderisce alla conclusione del Tribunale, ma evidenzia i limiti del percorso argomentativo.

⁶² Concorda sull'applicabilità dell'art. 1227 c.c. ad ogni ipotesi di responsabilità civile MONATERI, *I danni da fumo: classico e gotico nella responsabilità civile*, cit., 668.

⁶³ TASSONE, *Tobacco litigation all'italiana e responsabilità civile che va in fumo*, cit., 1092, il quale riconosce che il disposto dell'art. 1227 c.c. ha, fra gli altri, l'effetto di «*dotare la responsabilità oggettiva di un correttivo idoneo a prevenire comportamenti da free rider (o comunque incuranti) del danneggiato*». Dunque, attraverso l'applicazione dell'art. 1227 c.c., la responsabilità oggettiva presenta le stesse proprietà, in termini di incentivi alla precauzione, di una *rule of negligence*. Quest'ultima rende responsabile l'agente per i danni cagionati dalla sua condotta colposa, mentre il costo degli eventuali danni non dovuti a colpa verrà sopportato dalla vittima. La regola che emerge dal combinato disposto dell'art. 2050 c.c. e dell'art. 1227 c.c. è simmetrica a quest'ultima: la vittima sopporta i danni causati dalla propria colpa, mentre tutti gli altri sono sopportati dall'esercente l'attività (salva la *defence* dell'adozione di «*tutte le misure idonee*»). Per la tradizionale dottrina giureconomica, sotto determinate condizioni, qualunque regola che allochi il costo degli incidenti bilateralmente prevenibili in funzione della colpa di almeno una delle parti, non presenta problemi di

1227 c.c. ad ogni ipotesi di danno, attribuisce alla responsabilità oggettiva prevista dal nostro ordinamento la capacità di fornire incentivi alla prevenzione degli incidenti non solo al danneggiante potenziale, ma anche al potenziale danneggiato. Precisamente, poiché il nostro ordinamento considera in ogni caso la condotta colpevole del danneggiato, riducendo in misura proporzionale l'entità del risarcimento dovuto, non sussiste mai il rischio che questi non abbia incentivi alla prevenzione dei danni. Quindi, purché trovi applicazione l'art. 1227 c.c., ogni forma di responsabilità, anche quella oggettiva, è teleologicamente compatibile - sotto il profilo degli incentivi alla prevenzione degli incidenti - con situazioni fattuali nelle quali sia la vittima che l'agente possono contribuire ad evitare il danno⁶⁴.

Con specifico riferimento al danno da fumo, sussiste un ulteriore argomento a confutazione della tesi della inadeguatezza dell'art. 2050 c.c. a regolare la responsabilità di produttori e venditori di tabacchi da fumo: il fumatore si espone al rischio di morire. Quando il danno consiste nella morte della vittima può fortemente dubitarsi che, in caso di applicazione di una regola di responsabilità oggettiva, la vittima sia indifferente fra soffrire il danno, ma ricevere il risarcimento, e non essere danneggiata⁶⁵. Una volta deceduto il fumatore potrà giovare ben poco del risarcimento eventualmente concesso ai suoi familiari⁶⁶: in

incentivazione solo unilaterale alla prevenzione del danno. Cfr., COOTER-ULEN, *Law and Economics*, cit., 346: «*assuming perfect compensation and each legal standard equal to the efficient level of care, every form of the negligence rule gives the injurer and victim incentives for efficient precaution*» (c.d. *equivalence result*).

⁶⁴ Dunque, la contraria opinione accolta dalla giurisprudenza di merito citata sembra il frutto di una trasposizione erronea di risultati validi soltanto con riferimento al modello di *strict liability* pura.

⁶⁵ In altre parole, il risarcimento non potrà mai essere perfettamente compensativo.

⁶⁶ Analogamente, TASSONE, *Tobacco litigation all'italiana e responsabilità civile che va in fumo*, cit., nota 23, che, tuttavia, svolge

questo caso, dunque, anche una regola di *strict liability* pura non priverebbe la vittima potenziale degli incentivi a prevenire il danno. Infatti, il fumatore fronteggia, comunque, un efficace deterrente all'espone la propria salute ai rischi del fumo: l'incremento della probabilità di contrarre malattie potenzialmente mortali.

Ogni discussione in merito agli incentivi alla precauzione di un incidente dovrebbe, tuttavia, prendere le mosse dalla definizione dell'incidente che le parti devono evitare: orbene, si è già detto che non ha senso applicare una regola di responsabilità per fatto proprio in assenza di un'esternalità. Si è, altresì, precisato che quando la scelta di fumare è libera e informata il danno da fumo attivo non può essere considerato come un costo esterno (non sopportato, cioè, dall'esercente) dell'attività di produzione e vendita delle sigarette, bensì costituisce il costo interno (cioè, sopportato dal fumatore) della decisione di fumare. L'esternalità è, invece, ravvisabile quando il fumatore non è adeguatamente informato circa i rischi del fumo: quando tali rischi si realizzano, non possono essere considerati costi interni della scelta di fumare, poiché il fumatore non ha potuto tenerne conto al tempo della propria decisione. Questi costi, dunque, devono essere riferiti all'attività di produzione e vendita delle sigarette, come esternalità della medesima. L'incidente che la regola di responsabilità vuole indurre ad evitare è, dunque, il danno sofferto dal fumatore a causa della propria ignoranza dei rischi: quali attività precauzionali possono immaginarsi a prevenzione di questi danni? All'evidenza l'unica condotta precauzionale efficace sembra l'opera d'informazione del consumatore da parte del produttore⁶⁷: d'altronde, cosa potrebbe fare il fumatore

l'argomento con riferimento alla perdita da parte dei familiari del congiunto fumatore.

⁶⁷ Cfr., TASSONE, *Tobacco litigation all'italiana e responsabilità civile che va in fumo*, cit., 1094, che include fra le «*misure idonee ad evitare il danno*» previste dall'art. 2050 c.c. l'opera di informazione del fumatore.

che ignora i rischi per minimizzare i danni? Evidentemente nulla, perché delle due l'una o il consumatore ignora di esporsi ad un rischio e, allora non è in condizione di tenere condotte di prevenzione, o è informato dei rischi e, dunque, nessuna esternalità sussiste e l'incidente che la regola vuole evitare⁶⁸ non può verificarsi. Dunque, i danni risarcibili da fumo attivo possono essere prevenuti solo mediante la condotta precauzionale del produttore e del venditore: siamo, dunque, di fronte ad un'ipotesi di precauzione unilaterale. Ciò che è bilaterale in materia di danno da fumo attivo è il livello dell'attività⁶⁹: affinché un danno da fumo si verifichi, è necessario che siano svolte tanto l'attività di produzione e vendita quanto quella di consumo di sigarette, ma, come vedremo di seguito, i livelli di attività non influenzano la probabilità di verifica di danni risarcibili. Quindi, l'unica attività di precauzione che deve essere incentivata attraverso una regola di responsabilità è quella del produttore e del venditore⁷⁰: tanto una *rule of negligence* quanto una regola di *strict liability* sono astrattamente idonee allo scopo. Alla luce dell'analisi svolta, l'unica situazione inefficiente in termini di incentivi sarebbe l'assenza di ogni responsabilità in capo al produttore ed al venditore, i quali, in questo caso, non avrebbe interesse ad

⁶⁸ Cioè, il danno al fumatore non adeguatamente informato.

⁶⁹ La quantità di attività svolta.

⁷⁰ PONZANELLI, *La produzione di sigarette è attività pericolosa*, cit., 482, dubita che l'attribuzione della responsabilità ai produttori di tabacchi da fumo possa avere un'elevata influenza sulle future condotte di prevenzione di questi, per l'impossibilità di produrre sigarette incapaci a causare danni da fumo. Teme, dunque, il fenomeno dell'*overdeterrence*, anche perché non sembra considerare che la funzione di deterrenza della r.c. possa anche manifestarsi nell'induzione alla diffusione di informazioni circa i rischi del fumo da parte del produttore. Quindi, per l'Autore, collegare il risarcimento all'omissione informativa da parte del produttore gli attribuirebbe una funzione sanzionatoria. Tale conclusione non sembra condivisibile, perché non pare condivisibile l'assunto da cui muove per cui l'azione informativa del produttore non può essere considerata come un obiettivo al cui conseguimento tende la funzione di deterrenza della r.c.

informare il consumatore. Quindi, sotto il profilo dell'incentivazione alla precauzione, l'analisi economica, pur richiedendo che una responsabilità per l'omessa *disclosure* dei rischi del fumo sia posta a carico del venditore e del produttore dei tabacchi da fumo, non induce a preferire una regola piuttosto che un'altra.

Tuttavia, la valutazione dell'efficienza relativa dei vari modelli di responsabilità deve tenere in conto, altresì, degli incentivi al contenimento dei livelli⁷¹ di attività dannosa forniti dalle diverse regole⁷². È, infatti, risultato consolidato che la *strict liability* fornisca incentivi a mantenere il livello di attività dannosa in corrispondenza del livello socialmente ottimo⁷³, mentre la *rule of negligence* non fornisca alcun incentivo al contenimento del livello e, quindi, le attività dannose ad essa soggette siano sempre svolte ad un livello socialmente sovra-ottimale. Dunque, tanto più il livello di attività incide sulla probabilità di verifica del danno, tanto più una regola di *strict liability* consentirà di ridurre il costo sociale degli incidenti rispetto ad una *rule of negligence*⁷⁴. Con riguardo ai tabacchi da fumo, sembra potersi dire che, quando il produttore ed il venditore sono soggetti ad una qualsiasi regola di responsabilità per i danni da fumo, hanno un incentivo a informare adeguatamente il fumatore circa i relativi rischi. Quindi, il fumatore sarà sempre adeguatamente informato ed i danni da questi sofferti non possono più considerarsi costi esterni dell'attività di produzione e vendita delle sigarette. Dunque, non sussiste alcuna esternalità negativa dipendente dal livello di tali attività, cioè il livello dell'attività non

⁷¹ La quantità.

⁷² TASSONE, *Tobacco litigation all'italiana e responsabilità civile che va in fumo*, cit., 1092.

⁷³ In termini di minimizzazione del costo sociale degli incidenti.

⁷⁴ Il fondamentale risultato si deve a SHAVELL, *Strict Liability versus Negligence*, 9 *J. Leg. Stud.* 1 (1980); cfr., anche TASSONE, *Tobacco litigation all'italiana e responsabilità civile che va in fumo*, cit., 1092.

influenza il livello dei danni attesi⁷⁵: dunque, non vi è l'esigenza di adottare una regola di *strict liability*. Anche sotto il profilo dei livelli di attività, quindi, l'analisi economica non fornisce argomenti per preferire una regola all'altra.

Un ulteriore profilo distintivo fra la regola di *strict liability* e quella di *negligence* si ravvisa nella differente allocazione del rischio di verificazione degli incidenti: la prima regola rende l'agente responsabile per gli incidenti che si verificano anche in costanza di comportamento diligente. La seconda è simmetrica: quando l'agente è diligente non risponde mai, dunque i danni che si verificano in costanza di comportamento diligente del danneggiante potenziale sono sempre sopportati dalla vittima. Quindi, la prima regola alloca il rischio di verificazione degli incidenti inevitabili con l'ordinaria diligenza all'agente, la seconda alla vittima. Qualora il primo sia neutrale al rischio e la seconda sia avversa, è socialmente ottimale l'uso della regola di *strict liability*, nel caso opposto l'ottimo sociale è conseguibile mediante una regola di *negligence*⁷⁶. Nel caso delle sigarette, tuttavia, come osservato *supra*, non è immaginabile la verificazione di danni risarcibili in costanza di diligenza del produttore: cioè, quando questi informi adeguatamente il fumatore. Dunque, non si pone il problema dell'allocazione di tali rischi: anche sotto questo profilo l'analisi economica non induce a preferire una delle due regole.

⁷⁵ In senso conforme, TASSONE, *Tobacco litigation all'italiana e responsabilità civile che va in fumo*, cit., 1093, per il quale la produzione e vendita di tabacchi da fumo non sembra richiedere una responsabilità basata sulla *strict liability*, poiché «i livelli dell'attività [del danneggiante] non incidono sul rischio di danno a meno di non voler considerare l'impatto sull'intero mercato di misure volte a innalzare significativamente i prezzi e/o a ridurre le quantità offerte, le quali però appartengono più al paradigma della regulation (...) che a quello della responsabilità civile».

⁷⁶ Cfr., SHAVELL, *Liability for Accidents*, 2005, <http://ssrn.com/abstract=849285>, 6 s.

Consideriamo, infine, i costi di amministrazione delle due regole: il costo, cioè, di farne applicazione attraverso lo strumento processuale. In generale, la teoria economica ritiene che le regole di *negligence* rendono più costosi i processi, poiché l'attività processuale oltre a dover riguardare il nesso di causalità e il danno, come nel caso dell'applicazione della *strict liability*, deve anche essere svolta con riguardo alla colpa del convenuto. Tuttavia, in caso di applicazione di una regola di *negligence*, il numero dei processi instaurati è minore, poiché in questo caso la vittima può sperare di ottenere il risarcimento solo per i danni dovuti a colpa e non per tutti quelli comunque causalmente legati all'attività dell'attore come nel caso dell'applicazione di una regola di *strict liability*. I due effetti, dunque, influenzano il costo di amministrazione in senso opposto: dunque, non si può dire in astratto quale delle due regole conduca alla sua minimizzazione⁷⁷. Nel caso delle sigarette, tuttavia, questo risultato ambiguo non sembra verificarsi, per due ordini di ragioni. In primo luogo, è notorio che prima dell'entrata in vigore dell'obbligo legale delle avvertenze sulle confezioni queste ne erano prive ed è comunque notorio che i produttori ed i venditori di sigarette non hanno svolto attività di informazione del pubblico circa i rischi del fumo. Dunque, poiché i fatti notori non debbono essere provati⁷⁸, il costo di provare la colpa dei produttori è nullo e poiché i costi della decisione in merito alla colpa sembrano coincidere quasi completamente con i costi dell'attività istruttoria, sembra potersi concludere che anche questi siano pressoché nulli. Quindi, nella specie, la *rule of negligence* non sembra incrementare i costi del processo rispetto all'ipotesi dell'applicazione di una regola di *strict liability*. In secondo luogo, come abbiamo visto, quando il produttore è diligente, il fumatore è informato e non c'è responsabilità:

⁷⁷ Cfr., COOTER-ULEN, *Law and Economics*, cit., 360.

⁷⁸ Cfr., art. 115, 2° comma, c.p.c.

dunque, anche se si applicasse una regola di *strict liability*, il fumatore non potrebbe sperare di ottenere alcun risarcimento in caso di diligenza del produttore. Indipendentemente dalla regola applicata, la vittima instaura il processo solo in caso di colpa del produttore e/o del venditore. In conclusione, indipendentemente dalla regola applicata, il numero delle cause che verranno instaurate sembra essere lo stesso ed identico appare, altresì, il costo dell'attività processuale: dunque, nel caso dei danni da fumo attivo, tanto una regola di *strict liability* quanto una *rule of negligence* sembrano presentare gli stessi costi di amministrazione. Anche sotto questo profilo, dunque, la teoria economica non fornisce ragioni per preferire una regola all'altra.

In conclusione, la teoria economica suggerisce che, al fine di minimizzare il costo sociale atteso dei danni da fumo attivo, a) quando il fumatore conosce adeguatamente i rischi per la salute (essi sono, cioè, notori), nessuna tutela risarcitoria deve essergli concessa⁷⁹; b) quando il fumatore non è adeguatamente informato, è necessario rendere il produttore ed il venditore di sigarette responsabili⁸⁰ - a qualunque titolo di responsabilità - dei danni da omessa informazione circa i rischi del fumo attivo⁸¹.

⁷⁹ Altrimenti, questa consentirebbe al fumatore di esternalizzare, almeno in parte, le conseguenze di una propria scelta. Si è detto almeno in parte, poiché il risarcimento in caso di morte o lesioni permanenti non può essere perfettamente compensativo.

⁸⁰ Sembra ritenere efficiente addossare al produttore la responsabilità per i danni da fumo anche PACIFICO, *Il risarcimento del danno da fumo attivo*, cit., 1639.

⁸¹ Cfr., altresì, TASSONE, *Tobacco litigation all'italiana e responsabilità civile che va in fumo*, cit., 1094, che suggerisce come l'applicazione dell'art. 2050 c.c. sia astrattamente idonea a stimolare il produttore ad investire nell'innovazione del prodotto in modo tale da diminuirne la pericolosità. Conclude, tuttavia, che di fatto i produttori di sigarette già svolgono tale attività, per varie ragioni, in generale, riconducibili alla massimizzazione dei profitti. Sembra, tuttavia, poter aggiungersi che nemmeno in astratto l'art. 2050 c.c. in combinazione con l'art. 1227 c.c. possa essere idoneo a stimolare l'innovazione di prodotto in modo

6. Consideriamo ora se la responsabilità, auspicata dalla teoria economica, può essere attribuita ai produttori ed ai venditori dalle norme sulla responsabilità da prodotto difettoso *ex artt.* 114 ss. del codice del consumo. Rammentiamo che per la decisione in commento le sigarette non sono prodotti difettosi, in quanto la loro pericolosità è intrinseca e non dipende da un vizio. Il confine fra la responsabilità *ex art.* 2050 c.c. e quella *ex artt.* 114 ss. cod. cons. andrebbe, dunque, cercato nella distinzione fra *vizio* e *pericolosità intrinseca* del prodotto. Quest'ultima sembra potersi ravvisare quando un prodotto, destinato alla commercializzazione ed al consumo, è «altamente idoneo», per la propria composizione, a produrre danni, anche «nella fase del consumo»⁸². La Corte ha, invece, omesso ogni espressa definizione di *vizio del prodotto*; sembra, comunque, potersi desumere dal principio enunciato che

più efficace dell'art. 2043 c.c. in combinazione con l'art. 1227 c.c. In forza di quest'ultima norma, il danneggiato informato dei rischi è sempre in colpa assorbente e non può ottenere alcun risarcimento, in entrambi i casi, dunque, il produttore risponderà solo dei danni sofferti dal fumatore ignorante. Dunque, qualunque regola si applichi in congiunzione con l'art. 1227 c.c. il valore della responsabilità a carico del produttore sarà sempre lo stesso e, quindi, la medesima forza avrà l'incentivo da essa rappresentato all'innovazione di prodotto. Né si può ritenere che in caso di applicazione dell'art. 2050 c.c. possano porsi a carico dell'esercente i rischi del prodotto non conoscibili dato lo stato della tecnica al tempo dello svolgimento dell'attività: tali rischi devono, infatti, considerarsi assolutamente ed obiettivamente imprevedibili e, dunque, inevitabili dall'esercente. In altre parole, non sono imputabili al medesimo: dunque, non possono essere posti a suo carico tramite l'art. 2050 c.c. che, come osservato *supra*, ha la funzione di indurre gli esercenti ad evitare i danni e non di imporre sui medesimi un'obbligazione di garanzia.

La dottrina citata sembra comunque concludere la propria analisi lasciando aperta la questione circa la *performance* in termini di incentivi dell'art. 2043 c.c. e suggerendo, in generale, che il problema dei danni da fumo sembra potersi affrontare più adeguatamente attraverso forme di intervento pubblico diverse dalla responsabilità civile.

⁸² Cfr., par. 3.3.-3.4. della sentenza in commento.

non basti ad integrare il vizio la mera intrinseca pericolosità dei prodotti. Per la Corte, dunque, a) le sigarette non sono prodotti difettosi ai fini della responsabilità del produttore; b) la mera pericolosità intrinseca di un prodotto non basta a rendere il prodotto difettoso.

Consideriamo se queste conclusioni possono essere condivise, stante il dettato dell'art. 117 cod. cons., per cui «*un prodotto è difettoso quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere*». La nozione, dunque, appare incentrata sulla discrasia fra a) *aspettative legittime* in merito alla pericolosità del prodotto e b) *pericolosità effettiva*: in assenza di tale discrasia, la mera pericolosità intrinseca non sembra sufficiente a rendere il prodotto difettoso. Appare, dunque, fondato il secondo principio desumibile dalla statuizione della Corte. Ovviamente, la pericolosità intrinseca deve essere tenuta in conto nel determinare la pericolosità effettiva: infatti, la norma prosegue imponendo di valutare la difettosità «*tenuto conto di tutte le circostanze*». Dunque, parrebbe che, affinché un prodotto, anche intrinsecamente pericoloso, possa dirsi difettoso ex art. 117 cod. cons., debba *legittimamente apparire meno pericoloso di quanto sia realmente*⁸³. Cioè, la *pericolosità effettiva* del prodotto debba essere superiore alla *pericolosità legittimamente attesa*⁸⁴.

Ci si deve, dunque, chiedere sotto quali condizioni un'aspettativa circa la pericolosità del prodotto possa dirsi legittima. Sembra ragionevole ritenere legittime le aspettative che un ipotetico agente medio si formerebbe

⁸³ La *ratio* della disciplina sembra, dunque, consistere nell'incentivare i produttori alla *disclosure* di informazioni relative alla pericolosità dei propri prodotti. La norma sembra voler promuovere la trasparenza circa la pericolosità dei prodotti mediante la tutela del legittimo affidamento dei terzi sulla loro pericolosità apparente.

⁸⁴ Cfr., in senso analogo, MONATERI, *Manuale della responsabilità civile*, Torino, 2001, 520, per il quale «*il prodotto risulta difettoso se il modo della sua commercializzazione, rispetto all'uso cui è destinato, induce il consumatore ad abbassare la soglia di attenzione che sarebbe invece stata ragionevole nella specie*».

«tenuto conto di tutte le circostanze» ed, in particolare, di quelle espressamente elencate dall'art. 117, 1 comma, cod. cons. Queste ultime paiono, così, riassumibili: a) le modalità della messa in circolazione del prodotto; b) «l'uso al quale il prodotto può essere ragionevolmente destinato e i comportamenti che, in relazione ad esso, si possono ragionevolmente prevedere» e c) il tempo della messa in circolazione. Sembra che l'uso ragionevole del prodotto debba consistere in quello che un ipotetico utente medio⁸⁵ porrebbe in essere; così come i comportamenti ragionevolmente prevedibili andranno determinati con riguardo alle capacità predittive di un ipotetico agente medio. Sembrerebbe, dunque, potersi concludere che *sono legittime le aspettative che un agente medio si formerebbe, al tempo della messa in circolazione di un prodotto e sulla base delle modalità di questa, circa la pericolosità di questo in relazione agli usi cui lo stesso agente medio destinerebbe la cosa ed ai comportamenti dei terzi rispetto a questa dal medesimo prevedibili.*

Quanto alla pericolosità effettiva, essa sembra doversi valutare *dato lo stato delle conoscenze all'epoca della sua messa in circolazione.* Infatti, l'art. 118, 1° comma, lett. e), cod. cons. esclude la responsabilità «*se lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso*». Come già segnalato, dovrà, comunque, tenersi in conto «*di tutte le circostanze*» ed in particolare di quelle contemplate dall'art. 117 cod. cons.

Concludendo, *un prodotto è difettoso quando la sua effettiva pericolosità, definita dato lo stato delle conoscenze all'epoca della sua messa in circolazione, è superiore a*

⁸⁵ Le caratteristiche di tale utente medio, ovviamente, devono variare a seconda del tipo di prodotto ed all'uso in vista del quale è stato fabbricato. Analogamente, MONATERI, *Manuale della responsabilità civile*, cit., 520, per il quale le aspettative rilevanti sarebbero quelle della collettività dei consumatori cui il prodotto è destinato.

quella che un agente medio si aspetterebbe, al tempo della messa in circolazione del bene e sulla base delle modalità di questa, in relazione agli usi cui lo stesso agente destinerebbe la cosa ed ai comportamenti dei terzi dal medesimo prevedibili.

Nel valutare la difettosità del prodotto e, più in generale, la responsabilità del produttore⁸⁶, risulta centrale la nozione di «messa in circolazione»⁸⁷. Essa non è, tuttavia, definita dalla citata Direttiva CE, cui la disciplina nazionale sulla responsabilità da prodotto cerca di dare attuazione. La Corte di Giustizia della Comunità Europea ha, dunque, avuto occasione⁸⁸ di colmare la lacuna, anche se non con riferimento alla nozione di prodotto difettoso, ma in merito all'art. 11 della direttiva, in tema di prescrizione. Per la Corte: «*si deve ritenere che un prodotto sia stato messo in circolazione, ai sensi dell'art. 11 della direttiva, quando è uscito dal processo di fabbricazione messo in atto dal produttore ed è entrato in un processo di commercializzazione in cui si trova nello stato offerto al pubblico per essere utilizzato o consumato*»⁸⁹. Dunque, il

⁸⁶ Cfr., altresì, l'art. 118, 1° comma, lett. a), cod. cons., che esclude la responsabilità «*se il produttore non ha messo il prodotto in circolazione*».

⁸⁷ Cfr., CABELLA PISU, *Ombre e luci nella responsabilità del produttore*, in *Contr. e imp.*, 2008, 617, per la quale il produttore risponde «*per messa in circolazione di un prodotto difettoso*».

⁸⁸ Cfr., CGCE, Sez. I, 9 febbraio 2006, C-127/04, *Declan O'Byrne c. Sanofi Pasteur MSD Ltd*, in *Racc.*, 2006, I-01313. La Corte aveva già accolto una diversa nozione (estremamente ampia) di messa in circolazione, con la sentenza CGCE, Sez. V, 10 maggio 2001, C-203/99, *Henning Vedfeld c. Århus Amtskommune*, in *Racc.*, 2001, I-03569. In questo caso, tuttavia, la Corte era chiamata a pronunciarsi sull'art. 7 della direttiva relativo alle cause di esclusione della responsabilità, ed aveva fondato la propria interpretazione considerando sostanzialmente tale norma come eccezionale. Pare, dunque, che al fine di definire la nozione di prodotto difettoso (senz'altro, costituente una regola generale) questa decisione sia poco pertinente.

⁸⁹ Cfr., altresì, il par. 28 della decisione: «*A questo proposito resta irrilevante, in linea di principio, il fatto che il prodotto sia venduto*

prodotto è messo in circolazione quando esce dalla sfera di controllo del produttore. Stante la primazia del diritto comunitario, alla luce di tali indirizzi dovrà leggersi l'art. 119, cod. cons., che, invece, definisce la messa in circolazione solo come consegna all'acquirente, all'utilizzatore oppure al vettore od allo spedizioniere per l'invio ai primi⁹⁰. Dunque, applicando i principi comunitari alla produzione di sigarette, non si può dubitare che queste siano messe in circolazione, al più tardi, al tempo della consegna al tabaccaio, nonostante la lettera dell'art. 119 cod. cons.

Consideriamo, dunque, se i tabacchi da fumo possano ritenersi prodotto difettoso *ex art.* 117 cod. cons. Quanto alla pericolosità effettiva, sembra fuor di dubbio che a partire dal 1964⁹¹ la correlazione statistica fra fumo e cancro ai polmoni fosse provata. Dunque, con riguardo a tabacchi da fumo messi in circolazione dopo il 1964 deve

direttamente dal produttore all'utilizzatore o al consumatore oppure che tale vendita sia effettuata nell'ambito di un processo di distribuzione che implica uno o più operatori...». Tuttavia, «quando una delle maglie della catena di distribuzione è strettamente legata al produttore, per esempio nel caso di una società controllata al 100% da quest'ultimo, occorre stabilire se tale legame fa sì che tale entità sia in realtà implicata nel processo di fabbricazione del prodotto interessato...» (par. 28). «Spetta ai giudici nazionali stabilire, alla luce delle circostanze di ciascuna fattispecie e della situazione di fatto della causa di cui sono investiti, se i legami tra il produttore ed un'altra entità sono così stretti che la nozione di produttore ai sensi degli artt. 7 e 11 della direttiva incorpora anche quest'ultima entità e che la cessione del prodotto dall'una all'altra di tali entità non comporta la messa in circolazione del prodotto ai sensi delle dette disposizioni». A tal fine, «rileva sapere se si tratta di imprese che esercitano attività di produzione differenti oppure, al contrario, di imprese di cui una, la società controllata, agisce semplicemente come distributore o come depositario del prodotto fabbricato dalla società madre...» (cfr., par. 30).

⁹⁰ CABELLA PISU, *Ombre e luci nella responsabilità del produttore*, cit., 617, rileva il rischio dell'incompatibilità della normativa nazionale con quella comunitaria.

⁹¹ Rapporto Terry, citato da Trib. Brescia, sez. II, 10 agosto 2005, cit.

concludersi che le conoscenze scientifiche dell'epoca consentissero di comprendere che il fumo fosse dannoso. Il punto della questione riposa, dunque, nella definizione delle legittime aspettative circa la pericolosità dei prodotti considerati: in altre parole, ci si deve chiedere se, nei periodi di tempo, caso per caso, rilevanti per l'insorgenza della malattia, il fumatore medio, sulla base delle informazioni disponibili all'epoca della messa in circolazione dei prodotti fumati, fosse in grado di percepire i pericoli per la salute dovuti al loro consumo. In proposito, si rinvia alle argomentazioni svolte *supra* circa la notorietà dei rischi del fumo che portano a dubitare che, prima della comparsa delle avvertenze sulle confezioni di sigarette, il consumatore medio avesse una corretta percezione dei rischi cui andava esponendosi⁹². Dunque, a quell'epoca, il fumatore, non comprendendo le conseguenze del fumo normale e del suo abuso (per usare la terminologia invalsa presso le corti di merito), poteva ritenere entrambi *usi ragionevoli* del prodotto⁹³. Quindi, l'inadeguata percezione dei rischi del fumo *a*) rende *uso ragionevole* qualsiasi quantitativo assunto e *b*) rende legittime le aspettative circa un livello di sicurezza maggiore dell'effettivo. Dunque, la disciplina in parola sembra applicabile ai danni da fumo attivo compiuto anteriormente alla comparsa delle

⁹² *Contra* MONATERI, *La Cassazione e i danni da fumo: evitare un ennesimo "isolamento italiano"*, cit., 57, per il quale la pericolosità delle sigarette è generalmente nota almeno a partire dagli anni '70 del secolo scorso.

⁹³ Cfr., PACIFICO, *Il risarcimento del danno da fumo attivo*, cit., 1639, secondo il quale un uso ragionevole (in quanto ragionevolmente prevedibile) delle sigarette consiste nel «*consumarne una discreta quantità giornaliera*». Tale conclusione, tuttavia, sembra stata raggiunta indipendentemente dalla considerazione dell'informazioni disponibili al fumatore medio. L'autore, inoltre, considerando che il quantitativo citato è di per sé sufficiente a causare danni alla salute, conclude che le sigarette sono prodotti che mancano di sicurezza e, quindi, difettosi. Tale tesi non sembra accettabile, poiché sembra privare rilevanza alle *legittime aspettative* del fumatore e, conseguentemente, alla loro difformità rispetto alla *pericolosità effettiva* del prodotto.

avvertenze sulle confezioni⁹⁴. Queste sono state previste dalla legge 29 dicembre 1990, n. 428, la quale ha, tuttavia, consentito la messa in circolazione in assenza di avvertenze delle sigarette fino al 31 dicembre 1992 e degli altri tabacchi da fumo fino al 31 dicembre 1993 (cfr., art. 46, 2° comma). La disciplina della responsabilità da prodotto difettoso sembra applicabile con riguardo ai danni dovuti al consumo di sigarette messe in circolazione fra il 30 luglio 1988 (data iniziale dell'applicabilità della disciplina, cfr., art. 127, 3° comma, cod. cons.) ed il 31 dicembre 1992 (od anche successivamente purché prive delle avvertenze richieste dalla legge) ed ai danni dovuti al fumo degli altri prodotti messi in circolazione fino al 31 dicembre 1993. Ovviamente, si tratta di mera astratta applicabilità, al produttore sarà, comunque, sempre consentito di provare che in concreto il fumatore sapeva dei rischi ed andare così esente da responsabilità⁹⁵ (cfr., art. 122, 2° comma, cod. cons.). Dunque, con riferimento a questo periodo di tempo, l'opinione della Cassazione - che esclude in ogni caso l'applicabilità della disciplina - non sembra condivisibile. Si deve precisare che, mentre la Cassazione ha ritenuto parimenti pericolose *ex art. 2050 c.c.* tanto la produzione quanto la vendita di tabacchi da fumo, la disciplina della responsabilità da prodotto non equipara la posizione del

⁹⁴ Cfr., gli argomenti e le fonti citate *supra* in tema di interruzione del nesso di causalità. Cfr., altresì, PACIFICO, *Il risarcimento del danno da fumo attivo*, cit., 1639, il quale suggerisce un ulteriore non condivisibile argomento per escludere la responsabilità del produttore in epoca successiva alla comparsa delle avvertenze. Gli eventuali danni causati dall'inadeguatezza di tali avvertenze non possono generare responsabilità del produttore, in quanto tali avvertenze sono richieste dalla legge (cfr., *infra* nel testo) e, dunque, nella specie, il difetto deriverebbe da conformità a norma imperativa (cfr., art. 118, 1° comma, lett. *d*), cod. cons.). La tesi non è accettabile, perché la norma sull'etichettatura non sembra impedire ai produttori di fornire ai fumatori informazioni ulteriori rispetto a quelle prescritte dalla legge.

⁹⁵ Per quest'obiezione, cfr., PACIFICO, *Il risarcimento del danno da fumo attivo*, cit., 1639, che condivisibilmente riconduce tale situazione ad un'ipotesi di interruzione del nesso causale.

venditore a quella del produttore: al primo è estesa la responsabilità prevista per il secondo solo se «*ha omissis di comunicare al danneggiato, entro il termine di tre mesi dalla richiesta, l'identità e il domicilio del produttore o della persona che gli ha fornito il prodotto*» ed «*il produttore non sia individuato*» (art. 116 cod. cons.).

Si tenga, infine, in considerazione un rilevante limite alla tutela del fumatore attraverso la citata Direttiva: il danneggiato decade dal diritto al risarcimento se non propone l'azione entro dieci anni *dalla messa in circolazione del prodotto* (cfr., art. 126 cod. cons. che attua l'art. 11 della Direttiva). Quindi, dati i ristretti limiti temporali di astratta applicabilità della disciplina – individuati *supra* - e la previsione della decadenza, si deve concludere che oggi nessuna azione è più ammissibile, restano, invece, ammissibili domande proposte, al più tardi, a seconda del tipo di prodotto da fumo, nel corso dell'anno 2002 o 2003.

MATERIALI

Corte di Cassazione, Sezione III, n. 26516, del 17 dicembre 2009*SVOLGIMENTO DEL PROCESSO*

D.M.M. conveniva davanti al giudice di pace di Napoli la British American Tobacco, Bat Italia s.p.a. per sentirla condannare al risarcimento dei danni, nei limiti del giudizio di equità, derivanti dall'ingannevolezza dei descrittivi - "Lights" ed "Extra Lights" apposti sul contenitore di sigarette MS, per effetto dei quali egli, già fumatore di sigarette MS normali, era passato a questo tipo di sigarette più "leggere", nella convinzione indotta che esse fossero meno dannose; che egli aveva raddoppiato il consumo del prodotto.

Interveniva in giudizio C.R. che faceva valere analoga domanda.

Si costituiva la convenuta, che proponeva varie eccezioni e chiamava in giudizio l'Amministrazione autonoma Monopoli di Stato per essere da questa manlevata, in caso di condanna al pagamento del risarcimento richiesto dall'attore.

Il Giudice di pace, con sentenza definitiva depositata il 22.3.2005, condannava la convenuta al pagamento della somma di Euro 770,00 a titolo di risarcimento del danno in favore dell'attore e di eguale somma in favore dell'intervenitrice, oltre alle spese processuali. Dichiarava l'estromissione dal giudizio dell'Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato.

Riteneva il giudice di pace che l'attività di commercializzazione di sigarette integrasse attività pericolosa a norma dell'art. 2050 c.c., e che la convenuta aveva colpevolmente prodotto, commercializzato e pubblicizzato confezioni di sigarette con l'utilizzo della dicitura "LIGHT", atta ad indurre in errore il consumatore medio in ordine alla presunta minore pericolosità e nocività di tali prodotti rispetto a quelli "normali". Errore nel quale -

secondo il giudice - erano incorsi l'attore e l'intervenitrice, i quali ne subirono sia il danno da perdita della chance di scegliere liberamente una soluzione alternativa "rispetto al problema fumo", sia il danno esistenziale dovuto al peggioramento della qualità della vita conseguente allo stress ed al turbamento per il rischio del verificarsi di gravi danni all'apparato cardiovascolare o respiratorio.

Avverso questa sentenza ha proposto ricorso per cassazione la convenuta BAT Italia s.p.a..

Resiste con controricorso l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato. La ricorrente ha presentato memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso la ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione dei principi informatori della materia per avere il giudice di pace applicato l'art. 2050 c.c., al caso di specie in difetto di domanda delle parti ed in contrasto con il diritto di difesa ed il principio del contraddittorio, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 4, n. 1. Assume la ricorrente che le parti avevano proposto una domanda di responsabilità aquiliana e che il giudice aveva effettuato d'ufficio una modifica della stessa in azione per il risarcimento del danno da attività pericolosa.

2. Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 2050 c.c., ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

Sostiene la ricorrente che la produzione e vendita di tabacco non costituisce attività pericolosa, a norma dell'art. 2050 c.c., come erroneamente ritenuto dalla sentenza impugnata, in quanto la pretesa pericolosità non attiene al processo produttivo, ma al consumo del prodotto; che la sigaretta in sè non ha alcuna pericolosità, in quanto le sostanze nocive si sprigionano solo con l'accensione ed il fumo della sigaretta, a cui è estraneo il produttore.

La ricorrente si riporta ad alcune sentenze di giudici di merito che escludono nella fattispecie l'ipotesi di cui all'art. 2050 c.c.

3.1. Ritiene questa Corte che i due motivi di ricorso vadano esaminati congiuntamente, investendo essi i profili sostanziale e processuale della responsabilità per l'esercizio di attività pericolosa e l'inquadrabilità in questa della produzione e della vendita di tabacchi lavorati per il fumo.

Va dato atto, preliminarmente, dell'esistenza di un contrasto nella giurisprudenza di merito (cui corrisponde un acceso dibattito in dottrina) sul punto se l'attività di commercializzazione di prodotti da fumo integri attività pericolosa a norma dell'art. 2050 c.c., il che rende la questione importante, in mancanza di giurisprudenza di legittimità. 3.2. L'art. 2050 c.c., statuisce che: "Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di una attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno".

Quanto al concetto di attività pericolosa per sua natura, è giurisprudenza costante di questa Corte che debba intendersi non solo quell'attività che espressamente è ritenuta tale dalla legge (segnatamente quella di P.S.), ma anche ogni altra attività, che pur non essendo legislativamente qualificata come tale, tuttavia abbia una pericolosità intrinseca o relativa ai mezzi impiegati (Cass. 27/05/2005, n. 11275; Cass. 20.7.1993, n. 8069). La qualifica di pericolosità di un'attività dipende, quindi, da una valutazione empirica: la quantità di pericolo che la connota. Un primo indice rilevatore della pericolosità così intesa si ha quando dall'esercizio dell'attività derivi un'elevata probabilità o una notevole potenzialità dannosa, considerate in relazione al criterio della normalità media e rilevate attraverso dati statistici ed elementi tecnici e di comune esperienza.

3.3. Non vi è base normativa per limitare tale forma di responsabilità solo al momento produttivo.

Se, infatti, l'attività ha ad oggetto la realizzazione di un prodotto destinato alla commercializzazione e poi al consumo, la caratteristica di "pericolosità" può riguardare

anche tale prodotto, indipendentemente dal punto che esso sia altamente idoneo a produrre i danni non nella fase della produzione o della commercializzazione, ma nella fase del consumo.

Infatti ove l'attività considerata sia quella della produzione finalizzata al commercio e quindi all'uso da parte del consumatore, è ovvio che, se quell'attività sostanzialmente diffonde nel pubblico un rilevante pericolo, tale attività debba per sua natura definirsi pericolosa, tanto più se il pericolo invocato sia quello conseguente all'uso tipico e normale di quel prodotto e non ad un uso anomalo.

3.4. Non è fondatamente obiettabile che nella ipotesi considerata di danno dal prodotto ormai commercializzato, e così uscito dalla sfera del produttore, si verterebbe in tema di cosa pericolosa, prodotta mediante attività non pericolosa. A parte la precisazione assorbente che, nella previsione specifica, la circolazione delle sigarette per l'uso del fumo da parte del consumatore è compresa nell'attività considerata, inerendo ad essa come scopo prefissato sin dal momento produttivo ed estrinsecatosi poi in fase di commercializzazione, - sicché il pericolo che la contraddistingue è propriamente il pericolo dell'attività del produttore - commerciante -, può aggiungersi l'osservazione che, in quella previsione, i prodotti conservano in loro stessi, propagandola, quella medesima potenzialità lesiva che caratterizza il mezzo adoperato e, per esso, l'attività che li ha come oggetto, alla quale, in definitiva, necessariamente si collegano. Cioè il prodotto è stato realizzato (sia pure per mancanza di diversa alternativa) con quella potenzialità lesiva per l'uso normale effettuato dal singolo acquirente in una situazione normale e non eccezionale, mentre il non uso del prodotto da parte dell'acquirente costituirebbe situazione eccezionale e, come tale, non prevedibile. Tale intima connessione tra produzione e prodotto commercializzato, ai fini della pericolosità, nella fattispecie

trova un riscontro anche nella L. 10 agosto 1988, n. 357, art. 1, che concede finanziamenti all'AAMS per la ristrutturazione e l'ammodernamento dei propri impianti e strutture "anche al fine di ridurre i fattori di rischio connessi al fumo". 3.5. Va, a tal fine, osservato che, dopo l'iniziale interpretazione restrittiva dell'art. 2050 c.c., tale norma è stata dalla giurisprudenza oggetto di interpretazione estensiva, per cui può dirsi rientrare nel diritto vivente un'interpretazione giurisprudenziale che ha esteso il giudizio di pericolosità ex art. 2050 c.c., anche al bene finale dell'attività produttiva, sempre che tale bene ne abbia conservato la potenzialità lesiva nei confronti dei consumatori-utenti (Cass. 30.8.2004, n. 17639; Cass. 4.6.1998, n. 5484; Cass. 19.1.1995, n. 567; ed in relazione al carattere pericoloso ex art. 2050 c.c., degli emoderivati, Cass. 27.1.1997, n. 814; Cass. 1.2.1995, n. 1138; Cass. 15.7.1987, n. 6241).

3.6. A sostegno della ritenuta pericolosità del fumo di tabacco da parte del nostro ordinamento vi sono numerosi indici normativi: D.M. 25 ottobre 1924, che inserisce la manifattura dei tabacchi tra le industrie insalubri, del R.D. 27 luglio 1934, n. 1265, art. 216 (T.U. leggi sanitarie); D.M. 12 febbraio 1971; art. 64 del T.U. P.S. (R.D. n. 773 del 1931); L. 10 aprile 1962, n. 165 (sul divieto di pubblicità dei prodotti da fumo); L. 28 dicembre 1990, n. 428 e D.Lgs. n. 184 del 2003, art. 216 sui caveat da apporre sui pacchetti di sigarette; L. 11 novembre 1975, n. 584, sul divieto di fumo in determinati luoghi; D.P.R. 11 luglio 1980, n. 28, sul divieto di fumo nei compartimenti ferroviari ed altri luoghi; della citata L. 10 agosto 1988, n. 357, art. 1, in tema di finanziamenti, anche per ridurre i rischi da fumo.

Inoltre l'art. 730 c.p., sotto la rubrica di somministrazione a minori di sostanze velenose o nocive, vieta la vendita di tabacchi a minori di anni 14.

A differenza che per gli emoderivati, la pericolosità del prodotto non si desume dal dettaglio di disciplina per la

produzione e la commercializzazione, ma per qualificazione, da parte dello stesso legislatore, del tabacco come prodotto velenoso o nocivo.

3.7. Qui non si tratta di responsabilità del produttore per prodotto difettoso, di cui al D.P.R. 24 maggio 1988, n. 224 (attualmente abrogato e recepito D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 114 e segg. - codice del consumo -) come pure sostenuto da qualche Autore, atteso che non vi è un vizio del prodotto, ma la pericolosità è intrinseca al prodotto stesso.

La pretesa conoscenza del rischio e della pericolosità del prodotto- sigaretta da parte del consumatore-fumatore (pur potendo portare al rigetto della domanda risarcitoria) non è idonea ad escludere la configurabilità della responsabilità del produttore ai sensi dell'art. 2050 c.c..

Tale norma prescinde dal comportamento del soggetto danneggiato e la fattispecie si perfeziona sulla base del solo esercizio dell'attività pericolosa senza l'adozione delle misure idonee ad evitare il danno.

Si badi che qui non si vuoi dire che tale comportamento sia giuridicamente irrilevante, ma solo che ai fini del perfezionamento della fattispecie prevista dall'art. 2050 c.c., non costituisce un elemento necessario la "inscienza" del danneggiato. Il comportamento del danneggiato può essere astrattamente rilevante nell'ambito del nesso eziologico tra lo stesso e l'evento dannoso, allegato nella singola fattispecie (vedasi, infra, punto 3.1.4).

3.8. Neppure può condividersi l'osservazione secondo cui, così interpretato, l'art. 2050 c.c., determinerebbe che un'attività lecita, in tanto non esporrebbe il gestore a responsabilità, in quanto non fosse esercitata, con evidenti profili di incostituzionalità.

Infatti anche l'attività pericolosa, per tale solo fatto, non diventa illecita e cioè proibita, sicchè il problema va risolto attraverso il bilanciamento del diritto del produttore ad esercitare la propria impresa e quello del terzo a non essere danneggiato.

Tale bilanciamento, all'interno dell'art. 2050 c.c., è stato trovato nella necessità (e nel contempo nella sufficienza) che l'esercente l'attività pericolosa provi di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno. A tal fine vanno effettuate due specificazioni.

3.9. Anzitutto, nonostante tale formulazione della prova liberatoria, la più recente dottrina e giurisprudenza (Cass. 04/05/2004, n. 8457), cui questa Corte ritiene di aderire, sostiene che tale responsabilità sia di natura oggettiva, in considerazione del fatto che soggettivamente (soprattutto se l'esercente è un imprenditore) il responsabile può non avere colpa alcuna nella mancata predisposizione di tutte le misure idonee.

Il soggetto chiamato a rispondere (nell'ipotesi che l'attività pericolosa assuma la forma di impresa) è colui che ha il controllo dell'attività al momento del danno, sul solo presupposto dell'oggettiva mancanza delle misure protettive idonee, non essendogli sufficiente, per ottenere l'esonero, la prova di essere personalmente incolpevole. Tale esito discende dal fatto che la valutazione richiesta dalla norma concerne l'attività nella sua interezza e non il comportamento personale dell'imprenditore, ed in questa attività vi è anche la mancanza oggettiva di misure idonee ad evitare il danno.

3.10. La contraria opinione, la quale, nell'affermare che la norma di cui all'art. 2050 c.c., contenga solo una presunzione di colpa, si riallaccia alla relazione al codice, che parla di ampliamento del dovere di diligenza, risente del principio della tradizione romanistica e di una parte della dottrina classica tedesca, secondo cui "nessuna responsabilità sussiste senza colpa", per cui casus = non culpa, mentre la dottrina moderna riconosce pacificamente la presenza di ipotesi di responsabilità oggettiva, considerandole come approdo delle legislazioni moderne. Anche in Germania, il cui sistema è strenuamente preoccupato della centralità della colpa sul piano dell'affermazione di principio (Dollari 823 del BGB), la

Gefährdungshaftun si è sviluppata come un vero e proprio sistema di responsabilità oggettiva rigorosamente legislativo, per quanto esterno al BGB. 3.11. A fronte delle resistenze verso un tipo di responsabilità fondata sulla pura causalità, si è osservato che il criterio di imputazione reagisce sul rapporto di causalità.

Un rapporto causale concepito allo stato puro tende all'infinito. La responsabilità oggettiva non può essere pura assenza o irrilevanza dei criteri soggettivi di imputazione, bensì sostituzione di questi con altri di natura oggettiva, i quali svolgono nei confronti del rapporto di causalità la medesima funzione che da sempre è propria dei criteri soggettivi di imputazione nei fatti illeciti. Nella responsabilità oggettiva sono i criteri di imputazione ad individuare la sequenza causale, tendenzialmente infinita, alla quale fare riferimento ai fini della responsabilità.

Tale criterio di imputazione nelle specifiche fattispecie di responsabilità oggettive è fissato dal legislatore con una qualificazione del soggetto, su cui viene fatto ricadere il costo del danno.

La ratio di tale accollo del costo del danno non è più la colpa, ma un criterio oggettivo, che tuttavia rimane fuori dalla norma. Esso fu individuato nella deep pocket (tasca ricca) negli ordinamenti del common law e nella richesse oblige, nella tradizione francese, mentre nell'affinamento dottrinale successivo si è ritenuto che la ratio vada individuata nel principio dell'esposizione al pericolo o all'assunzione del rischio, ovvero nell'imputare il costo del danno al soggetto che aveva la possibilità della cost-benefit analysis, per cui doveva sopportarne la responsabilità, per essersi trovato, prima del suo verificarsi, nella situazione più adeguata per evitarlo nel modo più conveniente, sicchè il verificarsi del danno discende da un'opzione per il medesimo, assunta in alternativa alla decisione contraria.

3.12. Sennonchè ciò che va ribadito è che quanto sopra individua la ratio del criterio di imputazione del rapporto di causalità ad un determinato soggetto e non ad altri,

effettuata a monte dal legislatore, ma che non comporta un ulteriore elemento di integrazione della fattispecie di responsabilità, costituito da un sindacato da parte del giudice sulla scelta effettuata dal soggetto su cui la norma accolla il costo del danno. Nella responsabilità oggettiva il giudizio è puramente tipologico e consiste nell'appurare se l'evento che si è verificato appartenga o meno alla serie di quelli che il criterio di imputazione ascrive ad una certa sfera del soggetto per il loro semplice accadere.

In questi termini è esatta la centralità del nesso causale nelle ipotesi di responsabilità oggettiva.

3.13, La seconda osservazione che va effettuata è che non può condividersi l'assunto di parte della dottrina, pur autorevole, secondo cui la fattispecie dei danni da fumo non potrebbe inquadrarsi nell'ambito dell'art. 2050 c.c., e quindi della responsabilità oggettiva, in quanto si può usare la *strict liability* nei soli casi di prevenzione unilaterale degli incidenti. Tipico caso sarebbe quello del vettore aereo, in quanto il trasportato non può fare nulla per impedire il danno. Nell'ipotesi del danno da fumo, invece, la prevenzione del danno è bilaterale, in quanto - se la vittima è in colpa - non riceve un risarcimento, ovvero riceve un risarcimento ridotto, proporzionale al suo concorso di colpa a norma dell'art. 1227 c.c..

3.14. Anzitutto così intesa, e cioè come possibilità di prevenzione unilaterale, già esistente nell'ordine delle cose e quindi trasfusa nella norma dal legislatore, e non invece come sua scelta di allocazione dei costi e quindi creazione, nell'ambito dei suoi poteri discrezionali, di condotte unilaterali di prevenzioni, indipendentemente dal rilievo dell'elemento soggettivo, la tesi non può essere seguita.

Anche il trasportato in un'auto non può fare nulla per evitare l'incidente: eppure la fattispecie è regolata non da un'ipotesi di responsabilità oggettiva, ma da una fattispecie legislativa di responsabilità soggettiva, sia pure con presunzione di colpa (art. 2054 c.c., *ex multis*, Cass. 18/01/2006, n. 834).

Quanto al profilo che nell'ambito della responsabilità per danni da fumo è rilevante il comportamento colposo del danneggiato, a norma dell'art. 1227 c.c., e che quindi anche su questi vi è un dovere di prevenzione dell'incidente, con conseguente bilateralità di tale dovere, va osservato che la norma di cui all'art. 1227 c.c., comma 1, opera per ogni figura di responsabilità (sia contrattuale che extracontrattuale), e quindi anche per le ipotesi di responsabilità di indiscussa natura oggettiva, come quelle previste dagli artt. 2051 e 2052 c.c. (Cass. 6.7.2006, n. 15383; Cass. 18/06/2004, n. 11414;

Cass. 03/12/2002, n. 17152; Cass. 09/01/2002, n. 200).

Il problema è che il dovere di comportamento diligente del danneggiato (e quindi il mancato rispetto dello stesso), è un elemento esterno al singolo paradigma normativo di responsabilità, per cui il dovere di prevenzione dell'incidente, che grava anche sul danneggiato sempre (se poi in concreto questi potesse fare qualcosa o meno, è una questione che attiene alla situazione fattuale), non costituisce elemento del perfezionamento della fattispecie legale.

Tale comportamento colposo si inserisce dall'esterno nella serie causale tipizzata dalla specifica norma.

Per tutte le suddette ragioni va quindi ritenuto che l'attività di commercializzazione di tabacco da fumo integri un'attività pericolosa, a norma dell'art. 2050 c.c., come ritenuto dalla sentenza impugnata ed erroneamente censurato con il secondo motivo.

4.1. Sennonchè, il potere-dovere del giudice di qualificare giuridicamente l'azione e di attribuire il nomen iuris al rapporto dedotto in giudizio, anche in difformità rispetto alla qualificazione della fattispecie ad opera delle parti, trova un limite - la cui violazione determina il vizio di ultrapetizione ex art. 112 c.p.c. - nel divieto di sostituire la domanda proposta con una diversa, perchè avente un diverso petitum oppure perchè fondata su una diversa causa petendi o su una realtà fattuale non dedotta in giudizio

dalle parti e sulla quale, pertanto, non si è realizzato il contraddittorio (Cass. 27/02/2004, n. 3980).

4.2. Tale violazione si è verificata nella fattispecie, come correttamente censurato dalla ricorrente con il primo motivo di ricorso.

Sia l'attore che l'intervenitrice, infatti, avevano richiesto la condanna della convenuta per il risarcimento del danno da pubblicità ingannevole, a norma dell'art. 2043 c.c.. Il giudice di pace, a fronte di tale domanda, aveva invece affermato la responsabilità della convenuta per il danno causato da attività pericolosa (art. 2050 c.c.) relativa alla commercializzazione di sigarette da fumo.

La responsabilità per l'esercizio di attività pericolose implica l'accertamento di presupposti di fatto diversi, quantomeno parzialmente, da quelli propri della responsabilità per fatto illecito prevista dalla norma generale dell'art. 2043 cod. civ., onde la domanda che ha per oggetto l'accertamento del primo tipo di responsabilità deve essere considerata diversa e nuova rispetto a quella che ha per oggetto la responsabilità ordinaria per fatto illecito (Cass. 6/04/2006, n. 8095; Cass. 19/01/2007, n. 1195 ; Cass. 27/01/2006, n. 1755).

Ciò comporta nella fattispecie la nullità della sentenza. Per l'effetto va accolto il primo motivo di ricorso e va rigettato il secondo.

5. Con il terzo motivo di ricorso la ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione dei principi della responsabilità civile, avendo la sentenza impugnata condannato la Bat Italia, pur in mancanza dell'accertamento di una condotta illecita, dolosa o colposa, alla medesima imputabile. Assume la ricorrente che sia il provvedimento dell'autorità garante che la direttiva comunitaria vietavano la dicitura Lights solo dal 2003, mentre, quanto al periodo precedente, unico rilevante nella fattispecie, non poteva configurarsi nessuna ipotesi di inganno.

6.1. Il motivo è infondato.

E' vero che a norma dell'art. 7 della direttiva 2001/37/CE, cui è stata data attuazione tramite il D.Lgs. n. 184 del 2003, solo dal 30 settembre 2003 sono vietate le diciture, denominazioni, marchi, immagini o altri elementi, che suggeriscono che un particolare prodotto del tabacco è meno nocivo di altri.

Sennonchè la circostanza che solo dal 30/9/2003 la dicitura "lights" non possa essere apposta sulla confezione di sigarette non esclude che tale parola non possa costituire il fatto integrante la responsabilità aquiliana, antecedentemente a tale data.

L'art. 2043 c.c., fa infatti riferimento al "fatto doloso o colposo" ed al "danno ingiusto", ma non al "fatto illecito". Per cui ciò che rileva è che il fatto dell'agente abbia prodotto la lesione di una posizione giuridica altrui, ritenuta meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, lesione non altrimenti giustificata.

Nella stessa linea di pensiero nessun rilievo ha la norma di cui al D.Lgs. n. 184 del 2003, art. 10, nella parte in cui dispone che "le sigarette non conformi alle disposizioni del presente decreto possono ancora essere commercializzate fino al 30 settembre 2003". Ciò significa solo che, anche per la particolare fattispecie indicata da tale norma, transitoriamente le sigarette prodotte potevano essere vendute, senza che ciò costituisse illecito amministrativo, ma non che il produttore di sigarette fosse autorizzato a "produrre danno ingiusto" alla persona, così come non poteva produrlo per il periodo antecedente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 184 del 2003. 6.2. In ogni caso nella fattispecie la parte attrice ha fatto valere il diritto al risarcimento del danno da messaggio ingannevole (lights) apposto sul pacchetto di sigarette, indipendentemente dall'esplicito divieto all'utilizzo di tale dicitura.

L'ordinamento già con il D.Lgs. 25 gennaio 1992, n. 74 (abrogato dal D.Lgs. 6 settembre 2005, art. 146.) sanzionava la pubblicità ingannevole statuendo all'art. 2, lett. B) che per "pubblicità ingannevole", dovesse intendersi

qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione, induca in errore o possa indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo, leda o possa ledere un concorrente.

7. Con il quarto motivo di ricorso la ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione dei principi ispiratori della responsabilità civile, avendo la sentenza impugnata affermato la sua responsabilità pur in mancanza di una condotta illecita, dolosa o colposa, non avendo essa svolto alcuna attività per ingenerare nel consumatore il convincimento della minore nocività delle sigarette lights.

8. Con il quinto motivo di ricorso la ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione dei principi informatori della responsabilità civile, con particolare riguardo al rapporto di causalità ed all'omessa valutazione della condotta del fumatore come fattore che interrompe il nesso causale, nonché il vizio motivazionale dell'impugnata sentenza.

Lamenta la ricorrente che non risulta provato che il danno lamentato derivasse dalla condotta di essa ricorrente; che essa ricorrente non era tenuta ad apporre sui pacchetti di sigarette, che già contenevano le diciture (previste dalla legge) relative ai danni del fumo, ulteriori dichiarazioni aggiuntive per le sigarette lights, poichè il consumatore-fumatore era già avvertito di tali danni dalle diciture esistenti ed aveva consapevolmente accettato il rischio del fumo.

9. I due motivi di ricorso vanno esaminati congiuntamente, essendo connessi. Essi sono fondati, salvo che nel riferimento al comportamento del consumatore-fumatore, di cui al quinto motivo.

L'art. 2043 c.c., fissa i principi informatori della responsabilità civile, ai quali anche il giudice di pace nel giudizio di equità deve attenersi, quanto alla struttura del fatto dannoso (costituito da una condotta, almeno colposa,

da un evento lesivo e da un nesso causale che unisca etiologicamente la prima al secondo) ed al danno risarcibile, inteso come danno consequenziale all'evento lesivo.

L'art. 2059 c.c., fissa, invece, i principi informativi della materia in tema di risarcimento del danno non patrimoniale, per cui tale danno è risarcibile (oltre alle ipotesi tipicamente previste dalla legge) solo allorché l'evento dannoso incida su valori della persona umana costituzionalmente garantiti (Cass. S.U. 11.11.2008, n. 26972).

10.1. Come rilevato da S.U. n. 794 del 15/01/2009, in ricorso avverso sentenza similare del giudice di pace di Napoli, la sentenza manca di qualsiasi motivazione in ordine alla natura ingannevole della pubblicità, sussistendo, in proposito, la mera citazione del provvedimento dell'Autorità Garante (del quale non sono riportate neppure le ragioni) ed il riferimento alle affermazioni dello stesso attore; manca, poi, la motivazione in ordine all'esistenza del nesso di causalità tra la propagazione del messaggio ingannevole ed il danno ingiusto lamentato.

Manca, altresì, qualsiasi argomentazione in ordine all'atteggiamento psicologico della società convenuta, pur avendo la parte attrice e quella intervenuta proposto domanda risarcitoria ex art. 2043 c.c. (e non ex art. 2050 c.c.). Sul punto bisogna dire che la ricorrente ha, per un verso, ragione quando sostiene che tale elemento della fattispecie risarcitoria debba essere adeguatamente provato e motivato; tuttavia essa sbaglia, per altro verso, quando ritiene che sia necessaria la dimostrazione di avere essa mirato a presentare le sigarette in questione come meno dannose per la salute. Così argomentando la società finisce con il pretendere la dimostrazione del dolo, ossia della volontà del comportamento diretto ad ingannare; laddove, invece, è sufficiente presupposto risarcitorio la dimostrazione della colposa diffusione di un messaggio prevedibilmente idoneo ad insinuare nel consumatore il

falso convincimento intorno alle caratteristiche ed agli effetti del prodotto.

10.2. Il quinto motivo è invece, infondato nella parte in cui lamenta che il giudice non avrebbe tenuto conto del comportamento del fumatore, che, nonostante i "caveat" o "health warnings", sui danni da fumo, aveva continuato a fumare con una scelta autonoma che comportava l'interruzione del nesso causale tra il produttore delle sigarette ed il danno da fumo e l'esclusiva responsabilità del fumatore a norma dell'art. 1227 c.c., comma 1. Nella fattispecie, infatti, non è prospettabile la questione della volontaria assunzione (freedom of choice) di rischio da parte del danneggiato, poichè non si fa questione del danno da fumo subito dal fumatore, che ne era avvertito, ma del danno da pubblicità ingannevole e cioè di quello subito da parte di un soggetto fumatore, che riteneva di ridurre il rischio di danno, proprio fumando tali sigarette lights.

11. Quanto detto al punto precedente comporta il rigetto anche del sesto motivo di ricorso, con cui si lamenta la nullità della sentenza per mancanza di motivazione in relazione all'accertamento del rapporto di causalità e della condotta del fumatore come fattore che interrompe il nesso causale.

12.1. Con il settimo motivo di ricorso la ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione dei principi ispiratori in tema di individuazione del danno risarcibile (ex art. 360 nn. 3 e 4 c.p.c.).

Assume la ricorrente che non risultano provati nè l'assunto peggioramento delle condizioni di salute ed il danno alla vita di relazione nè il danno non patrimoniale, quale danno esistenziale.

Nella fattispecie il giudice di pace ha ritenuto che la parte attrice, passando a fumare sigarette lights in luogo di quelle normali (che già fumava), sulla base dell'errata convinzione (a cui era stato indotto dalla dicitura "lights") di ridurre i danni da fumo, proprio perchè tale risultato non era stato conseguito, avesse subito "un danno alla salute, alla vita di

relazione". Sennonchè il giudice di pace non indica il percorso argomentativo ed i supporti probatori sulla base dei quali ha ritenuto la sussistenza nella fattispecie del danno alla salute.

12.2. Osserva questa Corte che, anche in tema di risarcimento del danno da responsabilità aquiliana (sia esso patrimoniale che non patrimoniale) occorre che sia provata l'esistenza di questo danno di cui si chiede il risarcimento, non potendo ritenersi che il danno sia in re ipsa, cioè coincida con l'evento, poichè il danno risarcibile è pur sempre un danno conseguenza anche nella responsabilità aquiliana, giusti i principi di cui agli artt. 2056 e 1223 c.c., e non coincide con l'evento, che è invece un elemento del fatto, produttivo del danno.

Invero il danno risarcibile, nella struttura della responsabilità aquiliana, non si pone in termini di automatismo, con il fatto dannoso.

La linea logica che sostenesse il contrario ed a cui pare ispirarsi la sentenza impugnata, si fonderebbe essenzialmente sul presupposto che, una volta verificatosi il fatto dannoso, la dimostrazione del danno ingiusto risarcibile sarebbe "in re ipsa", per cui non ricadrebbe sull'attore originario l'onere della dimostrazione delle singole situazioni di pregiudizio subite e risarcibili.

Questa impostazione non è accettabile.

Ed invero sostenere ciò significa affermare la sussistenza di una presunzione in base alla quale, una volta verificatosi il fatto, appartiene alla regolarità causale la realizzazione del danno ingiusto oggetto della domanda risarcitoria, per cui la mancata conseguenza di tale pregiudizio debba ritenersi come eccezionale.

Così operando si pone a carico del convenuto danneggiante l'onere della prova contraria all'esistenza del danno in questione, senza che esso sia stato provato dall'attore.

12.3. Occorre, quindi, che l'attore-danneggiato fornisca la specifica prova del danno lamentato.

Quanto al danno alla salute, esso deve essere provato attraverso l'accertamento medico-legale (D.Lgs. n. 209 del 2005, artt. 138 e 139; Cass. S.U. 26972/2008) e non attraverso la prova testimoniale. Ciò vale tanto più nella fattispecie in esame in cui l'attore assume di essere già un fumatore e come tale già esposto coscientemente ai rischi e danni da fumo, ma lamenta che il passaggio alle sigarette più "leggere", che secondo il messaggio subliminalmente "ingannevole" nel predetto descrittivo avrebbe dovuto comportargli una riduzione del rischio e del danno da fumo, in effetti non gli ha dato il risultato sperato, essendo danno e rischio da fumo rimasti inalterati. Sennonchè la statuizione risarcitoria dell'impugnata sentenza non ha ad oggetto questo danno per così dire "differenziale" tra la situazione precedente e quella seguente l'induzione all'uso delle sigarette lights, ma un generico danno da peggioramento della salute ed alla vita di relazione, non altrimenti precisato nè provato, ma ritenuto in re ipsa.

12.4. Egualmente è fondato il motivo di ricorso nella parte in cui censura il risarcimento per un generico danno non patrimoniale conseguente a tale pubblicità ingannevole. Come sopra detto, a seguito dello specifico arresto delle S.U. n. 26972/2008, il danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c., è risarcibile, oltre che nei casi specificamente previsti dalla legge, solo nel caso di danno conseguente a lesione di valori della persona umana, costituzionalmente garantiti. Le S.U. - inoltre - hanno escluso che possa sussistere una generica categoria di danno esistenziale. Nella fattispecie il danno da pubblicità ingannevole (salvo che non si risolva in un danno alla salute da accertarsi nei termini suddetti) ha come referente costituzionale più prossimo solo l'art. 41 Cost., il quale garantisce la libertà dell'iniziativa economica privata e l'autodeterminazione delle scelte in materia. Tale norma tuttavia appartiene alla

sfera dei rapporti economici e non dei diritti inviolabili della persona, con la conseguenza che l'evento lesivo, che attinge la posizione tutelata dall'art. 41 Cost., non può dar luogo, in assenza di una specifica norma, a danno non patrimoniale.

Quanto al diritto all'autodeterminazione, esso può essere tratto dal Codice del consumo che, all'art. 2, riconosce come fondamentali i diritti del consumatore ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità, nonché all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà.

12.5. Quanto alla paura di ammalarsi, in dottrina è stato fatto riferimento al danno da pericolo già elaborato dalle Sezioni Unite, quando, a proposito del disastro di Seveso, è stato ritenuto risarcibile il danno morale soggettivo lamentato da coloro che avevano subito un turbamento psichico (non tradottosi in malattia) a causa dell'esposizione a sostanze inquinanti ed alle conseguenti limitazioni del normale svolgimento della loro vita (Cass. sez. un. 21 febbraio 2002, n. 2515). Tuttavia, non si può omettere di considerare che siffatta soluzione è stata accolta in un caso in cui il danno lamentato era posto in collegamento causale con un fatto costituente il reato di disastro colposo e, dunque, in riferimento all'art. 185 c.p..

13. L'ottavo motivo, relativo alla legittimazione passiva, essendo stato proposto subordinatamente al rigetto del ricorso, va dichiarato assorbito.

14. Pertanto vanno rigettati il secondo, terzo e sesto motivo di ricorso; vanno accolti, nei termini suddetti, il primo, quarto, quinto e settimo motivo e va dichiarato assorbito l'ottavo motivo.

Va cassata la sentenza impugnata, con rinvio ad altro giudice di pace di Napoli, che si uniformerà ai seguenti principi di diritto:

1) "La produzione e la vendita di tabacchi lavorati integrano un'attività pericolosa, ai sensi dell'art. 2050 c.c., poichè i tabacchi, avendo quale unica destinazione il

consumo mediante il fumo, contengono in sè, per la loro composizione biochimica e per la valutazione data dall'ordinamento, una potenziale carica di nocività per la salute.

Tuttavia, qualora il danneggiato abbia proposto domanda risarcitoria a norma dell'art. 2043 c.c., nei confronti del produttore-venditore di tabacco, viola il principio posto all'art. 112 c.p.c., ed incorre nel vizio di ultrapetizione il giudice che sostituisca a questa domanda quella nuova e diversa di cui all'art. 2050 c.c., integrante un'ipotesi di responsabilità oggettiva”.

2) “L'apposizione, sulla confezione di un prodotto, di un messaggio pubblicitario considerato ingannevole (nella specie il segno descrittivo "LIGHT" sul pacchetto di sigarette) può essere considerato come fatto produttivo di danno ingiusto, obbligando colui che l'ha commesso al risarcimento del danno, indipendentemente dall'esistenza di una specifica disposizione o di un provvedimento che vieti l'espressione impiegata”.

3) “Il consumatore che lamenti di aver subito un danno per effetto di una pubblicità ingannevole ed agisca, ex art. 2043 c.c., per il relativo risarcimento, non assolve al suo onere probatorio dimostrando la sola ingannevolezza del messaggio, ma è tenuto a provare l'esistenza del danno, il nesso di causalità tra pubblicità e danno, nonchè (almeno) la colpa di chi ha diffuso la pubblicità, concretandosi essa nella prevedibilità che dalla diffusione di un determinato messaggio sarebbero derivate le menzionate conseguenze dannose”.

Esistono giusti motivi (segnatamente la novità di alcune questioni trattate) per compensare tra tutte le parti le spese di questo giudizio di cassazione.

P.Q.M. Accoglie, nei termini di cui in motivazione, il primo, quarto, quinto e settimo motivo di ricorso, dichiara assorbito l'ottavo motivo e rigetta i restanti.

Cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa ad altro giudice di pace di Napoli.

Compensa tra tutte le parti le spese di questo giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, il 18 novembre 2009.

Depositato in Cancelleria il 17 dicembre 2009



Ianus - Diritto e finanza

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 4 - giugno 2011

Editore - Università di Siena, Via Banchi di sotto, 55 - 53100 Siena

Direttore responsabile: Angelo Barba

<https://www.rivistaianus.it>

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805