Percorsi Ragionati di Giurisprudenza

Diritti, Orientamento sessuale, Identità di Genere

VOLUME 1

Rete Lenford
AVVOCATURA PER I DIRITTI LGBTI

Otto per mille
CHIESA VALDESE
UNIONE DELLE CHIESE METODISTE E VALDESI

Percorsi Ragionati di Giurisprudenza Diritti, Orientamento sessuale, Identità di Genere - Vol. 1

Avvocatura per i diritti LGBTI APS - Rete Lenford
Progetto sostenuto con i fondi Otto Per Mille della Chiesa Valdese

Novembre 2020

Avvocatura per i diritti LGBTI APS - Rete Lenford

È un'associazione di promozione sociale composta da avvocat* e giurist* attiv* nel contrasto alle discriminazioni in ragione dell'identità di genere, dell'orientamento sessuale e della condizione intersessuale. Nata nel 2007, è l'unica associazione italiana le cui finalità statutarie rimandano specificamente alle attività giudiziarie e di sostegno giuridico alle vittime di discriminazione, anche attraverso iniziative di informazione e formazione per professionisti legali e studiosi delle materie legali. Dall'anno della sua fondazione, ha organizzato oltre 400 convegni e seminari tematici su tutto il territorio nazionale, abbinando profili di approfondimento specifico su singole questioni, a formazione a carattere generale, sia di livello nazionale, sia internazionale. Numerosi i progetti di ricerca di carattere nazionale ed europeo cui ha preso parte come capofila o come partner, così come le pubblicazioni che ha realizzato e finanziato.

Indirizzi e recapiti
Avvocatura per i diritti LGBTI APS - Rete Lenford
Via Sant' Alessandro 14, 24122 Bergamo
E-mail: info@retelenford.it
Codice fiscale e partita IVA: 06006020488

Progettazione grafica ed impaginazione
woodoostudio.com

La redazione del testo è stata ultimata nel mese di novembre 2020.

Questa pubblicazione rappresenta lo stato di avanzamento dei lavori delle Autrici e dell'Autore al 30 novembre 2020. La versione finale della Rassegna sarà pubblicata al termine del progetto annuale, fissato al 30 giugno 2021, con l'integrazione delle pronunce e la conseguente revisione dell'opera.

AUTRICI E AUTORE DELL'OPERA

NORA BERTOLOTTI, avvocata del foro di Bergamo, si interessa, già nel corso degli studi universitari, di tutela dei diritti umani e di non discriminazione, in particolare in riferimento alla condizione delle persone LGBTI. Ha collaborato con associazioni LGBTI di volontariato e dal 2015 è socia di Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford. Nell'esercizio della professione forense, si occupa principalmente di diritto civile e di responsabilità civile in ambito giudiziale e stragiudiziale.

VALENTINA CIARAMELLA, avvocata del foro di Roma, si specializza in diritto penale collaborando con diversi studi legali di settore sin dall'abilitazione alla professione forense nel 2003; nel 2005 costituisce il proprio Studio legale proseguendo nella specializzazione in ambito penale. Socia di Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford, da oltre 10 anni é impegnata quale volontaria presso associazioni romane per la tutela dei diritti delle persone LGBTI.

MARTINA COLOMASI, avvocata del foro di Roma. Socia dal 2016 di Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford, è impegnata negli ambiti del diritto antidiscriminatorio, della tutela dei diritti fondamentali delle persone LGBTI e dell'affermazione dei diritti delle coppie omogenitoriali che mirano a ottenere il legittimo riconoscimento dello loro *status* di genitori, sia in sede giudiziale sia nei rapporti con le amministrazioni pubbliche.

DANIELA DI ROSA, avvocata del foro di Torino, si occupa prevalentemente di diritto civile, diritto dell'immigrazione, protezione internazionale e diritti umani. È attualmente componente della Segreteria Scientifica di Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford, a cui è iscritta dal 2019. Collabora come volontaria con l'Ufficio Pastorale Migranti di Torino dal 2009 e con l'Associazione Mosaico - Azioni per i Rifugiati dal 2016; dal 2010 è socia di ASGI - Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione. È attualmente componente della Commissione per i Rapporti Internazionali del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Torino. Ha partecipato a progetti di divulgazione e formazione in materia di diritto civile, diritti umani, protezione internazionale e diritto dell'immigrazione.

PATRIZIA FIORE, avvocata del foro di Udine, è socia dal 2010 di Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford. Impegnata nella promozione dei diritti fondamentali, sia nelle aule di giustizia, che nella società civile, anche attraverso attività di stimolo alle Istituzioni per l'adozione di atti amministrativi e legislativi che garantiscano il superamento delle discriminazioni fondate su genere, identità di genere e orientamento sessuale. Dal 2019 è componente del Comitato per le Pari Opportunità dell'Ordine degli Avvocati di Udine.

LUCA GIACOMELLI, dottore di ricerca in Diritto Comparato e Costituzionale e cultore della materia presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze. Da quando, nel 2009, ha collaborato come *legal research assistant* al progetto europeo *"Equal-Jus"*, fa parte attivamente di Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford. Sia nella sua attività universitaria che in quella di avvocato è da sempre impegnato nello studio e nella promozione delle tematiche legate all'eguaglianza, alla non discriminazione, alla privacy, alla tutela dei diritti dei soggetti più vulnerabili. Oltre ad un'opera monografica, edita da Giappichelli nel 2018, dal titolo *"Ripensare l'eguaglianza. Effetti collaterali della tutela antidiscriminatoria"*, è autore di numerosi saggi e articoli su riviste scientifiche italiane e internazionali.

FEDERICA MACCARIO, avvocata del foro di Torino dal 2011, si è laureata nel 2008 all'Università degli Studi di Torino con una tesi in Diritto Processuale Civile, disciplina di cui è stata cultrice della materia. Presta la sua attività nel settore civile e commerciale con particolare specializzazione nell'ambito della responsabilità medico sanitaria e della tutela dei diritti della persona. É autrice di articoli e pubblicazioni scientifiche nonché relatrice in convegni. Componente della commissione ADR presso l'Ordine degli Avvocati del foro di Torino, è socia di Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford dal gennaio 2020.

INDICE

Prefazione **7**

SEZIONE PRIMA – Il diritto all'identità di genere **10**

Introduzione **10**

Capitolo 1 – La domanda di rettificazione del sesso e del nome e le ricadute nell'ordinamento giuridico e nel sistema familiare **15**

1.1 La domanda di rettificazione del nome e del sesso 15

1.2 La modificazione del sesso e le conseguenze sul matrimonio 24

1.3 Adolescenti e identità sessuale: tra responsabilità genitoriale e autodeterminazione 24

1.4 Minore età e consenso informato 27

Capitolo 2 – Intersessualità e la tutela dei minori **29**

2.1 L'intersessualità e il mito dei due sessi 29

2.2 Il "trattamento" giuridico delle persone intersessuali 32

Capitolo 3 – Raccolta giurisprudenziale in materia di diritto all'identità di genere **36**

SEZIONE SECONDA – Il diritto alla vita familiare **46**

Introduzione **46**

Capitolo 1 – Matrimonio egualitario e Unioni civili **49**

1.1. "Questo matrimonio non s'ha da fare": l'inerzia del legislatore italiano e la sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale 49

1.2. Dopo il crollo del muro: l'evoluzione giurisprudenziale italiana e il dialogo con la Corte europea per i diritti dell'uomo 54

1.2.1 "Gli ultimi della classe": la sentenza Oliari v. Italia e la condanna dell'Italia per la mancanza di una disciplina a tutela della vita affettiva delle coppie dello stesso sesso 58

1.3. Una rivoluzione a metà: l'approvazione della legge sulle unioni civili (l. n. 76/2016) 59

1.3.1 Disciplina delle unioni civili 61

1.3.2 I decreti attuativi della legge n. 76/2016 62

Capitolo 2 – Filiazione e Genitorialità **64**

2.1. La mancata riforma della filiazione: l'occasione persa della legge n.76 del 2016 64

2.2 «Prima i bambini»: i tre principali filoni giurisprudenziali in materia di riconoscimento delle «nuove» forme di genitorialità 67

2.2.1 La «stepchild adoption» o, per meglio dire, l'adozione in casi particolari 68

2.2.2 La trascrivibilità nei registri dello stato civile dell'atto di nascita con due genitori dello stesso sesso 70

2.2.3 Famiglie che circolano: la trascrivibilità nei registri dello stato civile delle sentenze straniere di adozione a favore di coppie omosessuali 74

2.3. Gli stop & go della giurisprudenza: gli arresti della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale 76

Capitolo 3 – Raccolta giurisprudenziale **79**

3.1 La giurisprudenza in materia di unioni civili 79

3.2 La giurisprudenza in materia di filiazione e genitorialità 88

SEZIONE TERZA – La discriminazione sui luoghi di lavoro **108**

Introduzione **108**

Capitolo 1 - La discriminazione sui luoghi di lavoro ed il licenziamento per ragioni di orientamento sessuale e di identità di genere **111**

1.1 la direttiva CE/2000/78 ed il suo recepimento in Italia 111

Capitolo 2 – Raccolta giurisprudenziale in materia di non discriminazione nei luoghi di lavoro **117**

SEZIONE QUARTA – La tutela penale dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere **124**

Introduzione **124**

Capitolo 1 – Hate crimes **128**

1.1 I crimini d'odio: concetto e sviluppi normativi recenti 128

1.2 Dalla legge Reale-Mancino ai vari tentativi di introduzione di una legislazione penale a tutela dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere 130

1.3 L'ultimo (ennesimo?) tentativo di riforma legislativa: la proposta di legge "Zan" 134

Capitolo 2 – Hate spechees **136**

2.1 I discorsi d'odio: una categoria costituzionalmente problematica 136

2.2 "Spunti europei" per una positivizzazione del reato di hate speech omo/transfobico 137

Capitolo 3 – Raccolta giurisprudenziale in materia di tutela penale dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere **139**

SEZIONE QUINTA – La protezione internazionale delle persone LGBTI+ **142**

Introduzione **142**

Capitolo 1 - Rilevanza di orientamento sessuale e identità di genere ai fini del riconoscimento della protezione internazionale **143**

1.1 Normativa e linee guida di diritto internazionale 143

1.1.1 La Convenzione di Ginevra 144

1.1.2 Principi di Yogyakarta del 2007 144

1.1.3 Nota ACNUR novembre 2008 144

1.1.4 Linee Guida ACNUR maggio 2012 145

1.1.5 Art. 3 CEDU e giurisprudenza della Corte di Strasburgo 146

1.2 Normativa di diritto interno 146

1.2.1 Art. 10 Cost. 146

1.2.2 D.Lgs. 251/07 147

1.2.3 D. Lgs. 25/08 148

1.2.4 D.Lgs. 286/98 148

1.2.5 D.Lgs. 142/15 149

Capitolo 2 – Raccolta giurisprudenziale in materia di protezione internazionale **150**

Bibliografia essenziale **160**

Prefazione

L'Italia registra, ancora oggi, un preoccupante quadro di discriminazioni in ragione dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere e una diffusa violazione della dignità e dei diritti fondamentali delle persone omosessuali e trans*.

Ciò nonostante, non soltanto non è stata ancora approvata una specifica normativa a tutela delle vittime dei reati d'odio omo-bi-lesbo-transfobici, ma non è stata nemmeno discussa una compiuta e organica legislazione civilistica che, travalicando l'ambito giuslavoristico e anticipando un intervento ormai incagliato dell'Unione europea, possa garantire una efficace tutela antidiscriminatoria nell'accesso a beni e servizi.

Le carenze normative, unite alla scarsa conoscenza degli strumenti di cui operatori e operatrici del diritto possono comunque servirsi per difendere e far valere i diritti delle persone LGBTI+, rendono ancora più difficile l'accesso alla giustizia per queste persone e si riflettono, *inter alia*, sulla giurisprudenza ancora troppo scarna in ordine alla persecuzione dei reati d'odio e alla tutela dal linguaggio d'odio.

Questo *deficit* di conoscenza è imputabile, in aggiunta a ragioni di carattere culturale e ai vuoti normativi, all'entrata in vigore di norme nuove e di incerta interpretazione (si pensi ad alcune disposizioni della Legge n. 76/2016 sulle unioni civili e sulle convivenze); all'esistenza di leggi di derivazione comunitaria di non agevole applicazione (come il D. Lgs n. 216/2003 sulla parità di trattamento in materia di occupazione per orientamento sessuale e identità di genere); alla presenza di leggi risalenti nel tempo, la cui concreta operatività è stata profondamente modificata dalla giurisprudenza negli ultimi anni (si pensi alla legge n. 164/1982 su cui sono fortemente intervenute, negli ultimi anni, sia la Corte costituzionale sia la Corte di cassazione, saggiandone la evidente labilità storica).

In un quadro così carente di risposte legislative adeguate, l'intervento della magistratura - chiamata a misurarsi con il proprio compito interpretativo - acquista un ruolo fondamentale ad assicurare la tutela, l'eguaglianza e la pari dignità delle persone LGBTI+, rifuggendo da precomprensioni che, furtive, ancora oggi e troppo spesso, s'insinuano nelle pronunce

delle nostre corti, mascherate da impronte tecnicistiche o da sofisticazioni dogmatiche.

L'esito dei processi interpretativi, del resto, "*è il prodotto della funzione nomopoietica distribuita tra tutti i soggetti dell'ordinamento, continuamente alimentata dal dibattito processuale del giudice con e tra le parti*" (così Cass. 4135/2019): si pone, pertanto, la necessità di portare a conoscenza di operatori e operatrici del diritto non soltanto l'insieme delle disposizioni normative esistenti, ma anche - e soprattutto – la necessità di offrire loro uno strumento di rapida consultazione della giurisprudenza, così da poter conoscere la specifica e "attuale" tutela approntata dai tribunali, in un ideale dialogo tra cultura teorica e duttile concretezza applicativa.

La *Rassegna ragionata di giurisprudenza*, condotta attraverso la lente dell'identità di genere e dell'orientamento sessuale, che qui si presenta, nasce pertanto - e prima di tutto - dal bisogno di offrire uno strumento per avvocat* e magistrat*, attivist* e studios*, capace di fornire una stampella operativa robusta e competente per tutelare i diritti delle persone LGBTI+.

A rendere possibile questa idea è stata la Chiesa Valdese grazie al supporto dato al progetto propostole, con i fondi dell'otto per mille ad essa destinati.

La rassegna giurisprudenziale che qui presentiamo nel suo *Volume I* contiene la sintesi e la massima, o il principio di diritto, delle più rilevanti, e spesso inedite, pronunce delle Corti italiane ed europee nelle materie che coinvolgono maggiormente i profili di discriminazione per orientamento sessuale e identità di genere.

Volendo concentrare l'attenzione sulla produzione giurisprudenziale dell'anno in corso, è stato necessario corredare ciascuna sezione di una parte introduttiva che desse conto anche dell'ambito teorico entro il quale si inseriscono le sentenze, nonché di inserire in una parte più narrativa la sintesi di alcuni *leading case* troppo risalenti per compendiarli nella parte di raccolta giurisprudenziale, ma senza la conoscenza dei quali non sarebbe possibile leggere e comprendere gli esiti giudiziari dell'oggi.

Il *Volume I*, quindi, si struttura secondo una traiettoria che coinvolge interamente la persona e i suoi diritti fondamentali, muovendo dal *diritto all'identità di genere* interpretato, finalmente, come diritto della personalità capace di interrogare significativamente il binarismo su cui si incardina l'intero sistema giuridico e da cui deriva la discriminazione sulla base, appunto, del sesso/genere/orientamento sessuale, giungendo al *diritto alla vita familiare*, ove la personalità umana si sviluppa a volte in modo prevalente o preferenziale, passando dal *principio di non discriminazione*, in particolare nel settore del lavoro, per giungere al tema della tutela dalle condotte di violenza e odio omo-lesbo-bi-trans-fobiche, declinate come reati d'odio, secondo tradizionali distinzioni ancora non recepite nel nostro ordinamento.

L'ultima sezione è dedicata al tema della protezione internazionale delle persone LGBTI+, tema sempre più attuale tenuto conto che, negli ultimi anni, è divenuto imprescindibile garantire maggiore protezione alle persone che cercano rifugio da paesi nei quali la propria identità e il proprio orientamento sessuale sono motivo di persecuzione, odi, violenze e in alcuni casi anche morte.

Ringrazio, allora, il team di soci, socie e aderenti di Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford che, con salda competenza teorica e pratica, ha elaborato le meditate pagine di questa *Rassegna*: Nora Bertolotti, Valentina Ciaramella, Martina Colomasi, Daniela Di Rosa, Patrizia Fiore, Luca Giacomelli e Federica Maccario. A Luca e a Patrizia, inoltre, rivolgo sentimenti di speciale gratitudine, per avere anche condiviso un sapiente coordinamento dei lavori, sia sul piano scientifico che su quello organizzativo.

L'opera dimostra che le istanze delle persone LGBTI+ sono ancora tante, aperte ed acute, affidate all'operosa intelligenza e ai necessari interventi di tutti i formanti del dritto.

Il circolo di interpretazione e di applicazione avvolge intimamente il destino di quelle istanze; sicché, le pronunce giurisprudenziali che sono ragionate in questa *Rassegna* appaiono - per usare una felice immagine di Norberto Bobbio - come gli affluenti di quel gran fiume, giunto da lontano e volto verso un inatteso futuro, che è lo sviluppo di un sistema giuridico: nel nostro caso, un sistema che dia piena attuazione al principio di eguaglianza.

Anche con questa *Rassegna*, allora, Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford confida di proseguire nella sua attività di rivendicazione della *eguaglianza* e, per il suo intrinseco carattere di apertura alla giurisprudenza che verrà, è particolarmente lieta di rendere quest'opera disponibile alle avventure del tempo.

Vincenzo Miri
Presidente di Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford

SEZIONE 1

Il diritto all'identità di genere

Introduzione*

Negli ultimi anni, il discorso sul genere e sull'identità di genere si è fatto molto più intenso e si è progressivamente spostato dal campo prettamente medico/psicologico a quello politico e giuridico. Non sempre, tuttavia, a ciò è seguita un'altrettanta correttezza terminologica e profondità di analisi, complice anche un'informazione talvolta più attenta al clamore che alla proprietà di linguaggio. Osservando, per esempio, il dibattito italiano sorto intorno alla cd. «ideologia del *gender*»[1], che si nutre della continua e intenzionale confusione tra il piano biologico ("per fare un figlio servono un uomo e una donna") e quello sociale e culturale ("per allevare un figlio o per essere buoni genitori bisogna essere un uomo e una donna"), emerge un quadro molto preoccupante dove la semplificazione derivante dal dogma del binarismo sessuale e di genere nega piena cittadinanza e pari diritti alle identità di coloro i quali non si conformano ai canoni e alle categorie della cultura dominante. Definire un individuo «transessuale» ha un significato diverso rispetto al definirlo «*transgender*» o «*gender variant*»; parlare di «intersessualità» vuol dire considerare un fenomeno differente dalla «disforia di genere», anche se talvolta connessi o intrecciati, cosi come riferirsi all'identità di genere di una persona non implica in alcun modo indagare il suo orientamento sessuale. Più in particolare, mentre con il termine «transessualismo» si indica la condizione di chi abbia condotto un procedimento di rettificazione medico-chirurgica del sesso attribuito alla nascita, compiendo il «transito» da un sesso all'altro («*Female to Male*» o «*Male to Female*»), la parola «*transgender*» può essere utilizzata, in senso generale, per indicare gli individui la cui identità di genere non è conforme alle aspettative sociali maggioritarie associate al sesso biologico assegnato alla nascita. Oggi si tende a fare riferimento a quest'ultima nozione quale termine «ombrello» utilizzato per riferirsi a tutte quelle persone la cui identità di genere non è percepita come allineata al genere assegnato alla nascita[2]. Più di recente, soprattutto con riguardo agli individui in età evolutiva, è stato poi coniato il termine «varianza di genere» per indicare le diversificate identità *transgender* che, per l'appunto, sono varianti rispetto alle

* L'autore della presente introduzione è Luca Giacomelli.

1 Vedi, per esempio, C. LALLI, *Tutti pazzi per il gender*, in Internazionale, 31 marzo 2015, disponibile su: https://www.internazionale.it/opinione/chiara-lalli/2015/03/31/teoria-gender-diritti.

2 Cfr., sul punto, American Psychological Association, *Guidelines for psychological practice with transgender e gender non-conforming people, in American Psychologist*, 70(9), 2015, pp. 832-864. Si veda anche F. Pfäfflin, *Transgenderism and transexuality: Medical and psycological viewpoints*, in J.M. Scherpe (a cura di), *The legal status of transsexual and transgender persons*, Intersentia, Cambridge, 2015, pp. 11-24; P. Currah, *Gender Pluralisms under the Transgender Umbrella*, in P. Currah, R.M. Jaung, S. Price Minter (a cura di), *Transgender Rights*, University of Minnesota Press, Minneapoli, 2006, pp. 3-31.

norme socio-culturalmente imposte relative al genere maschile o femminile. Questo termine viene anche utilizzato per sottolineare la differenza fondamentale che intercorre con la disforia di genere. Da un punto di vista psichiatrico, infatti, la disforia indica la sofferenza per determinate condizioni mentali e/o fisiche, ma non tutte le persone *transgender* – o con varianza di genere – avvertono una disforia per la propria condizione identitaria. Più spesso è proprio l'ambiente socioculturale in cui si trovano, ancora troppo rigidamente ancorato al dogma del binarismo sessuale, a stigmatizzarle e discriminarle e, di conseguenza, a determinare in loro disagio e sofferenza psicofisica.

Per i sistemi giuridici di molti Paesi nel mondo è necessario qualificare le persone come maschi o come femmine. Una tale distinzione sembra così radicata nella cultura giuridica occidentale da inibire sul nascere la concettualizzazione di generi ulteriori o la possibilità di riconoscere un diritto all'indeterminatezza di genere. Sul binarismo maschio/femmina si fonda l'organizzazione dell'intera struttura sociale. Al momento della nascita, ogni individuo viene indicato come maschio o femmina e gli viene così attribuita l'appartenenza a un genere sessuale mediante l'osservazione dei genitali esterni. Questa «etichettatura» rappresenta l'inizio di un percorso che segna l'intera esistenza dell'essere umano, il primo messaggio che il mondo esterno ci invia sulla nostra identità sessuale; poi, durante tutta la vita, seguono una miriade di altri messaggi del mondo circostante che, giorno dopo giorno, esperienza dopo esperienza, confermano o meno la nostra identità.

L'ordinamento giuridico sembra non poter fare a meno di tali classificazioni per disciplinare la vita sociale. Il diritto codifica l'individuo «in generale» (l'Uomo o la Donna) e «in particolare» (il Minore, il Criminale, la Prostituta, la Madre, l'Omosessuale, etc.). In questo senso, il diritto si configura non solo come uno di quei sistemi produttivi della differenza di genere, ma anche come generatore di soggettività e identità a cui l'individuo viene legato e associato. Un siffatto meccanismo di normazione, tuttavia, non può e non deve divenire esso stesso generatore di discriminazioni nel momento in cui si confronta con la complessità dell'essere umano; i paradigmi mentali e culturali dominanti devono essere riconosciuti e decostruiti affinché gli strumenti giuridici possano davvero garantire l'eguale dignità e l'eguale libertà a tutti gli individui.

La sociologa del diritto Tamar Pitch individua nella differenza sessuale il paradigma di tutte le differenze, poiché si tratta di «una differenza diversa da tutte le altre, giacché le attraversa tutte»[3]. In particolare, l'Autrice rileva il carattere relazionale della differenza: «nell'ottica giuridica, cioè, nel lessico delle Costituzioni, la differenza (non solo di sesso, ma anche di razza, di lingua, di religione, di età, di orientamento sessuale) si traduce in mancanza di qualcosa, in deficit. Ma, mancanza rispetto a che cosa? Come nel caso della devianza così in quello della differenza il parametro di riferimento è l'uomo normale, normale in quanto è partendo da questo stampo che si forgia la norma»[4].

Il mito dei due sessi, tanto nell'antichità quanto nella modernità, si presta alla costruzione culturale del genere in virtù della quale l'accesso alla sfera pubblica, la divisione del lavoro, la detenzione del potere si sono caratterizzati per una profonda asimmetria a svantaggio del genere femminile. Ma andando ancora oltre si potrebbe sostenere, come del resto fa Judith Butler[5], che non soltanto il

3 T. Pitch, *I diritti fondamentali: differenze culturali, disuguaglianze sociali, differenza sessuale*, Giappichelli, Torino, 2004, p.343.
4 *Idem.*
5 Sul punto cfr. J. Butler, *Questione di genere. Il femminismo e la sovversione dell'identità*, Laterza, Roma-Bari, 2013; E. Ruspini, *Le identità di genere*, Carocci, Roma, 2009; R.W. Connell, *Questioni di genere*, Il Mulino, Bologna, 2006; M.E. De Caroli, *Categorizzazione sociale e costruzione del pregiudizio: riflessioni e ricerche sulla formazione degli atteggiamenti di "genere" ed "etnia"*, Franco Angeli, Milano, 2005.

genere è una costruzione culturale ma anche il sesso, inteso come differenze corporee tra i sessi, sarebbe un artificio che acquista rilevanza culturale nel momento in cui si richiede la presenza di due generi ben distinti. Al centro del mito del binarismo sessuale vi sarebbe infatti il dogma dell'eterosessualità obbligatoria: è il dovere dell'eterosessualità che impone la presenza di due generi ed è la necessità di eliminare ogni ambiguità tra questi che attribuisce rilevanza culturale alle differenze corporee tra i sessi, individuate in primis nei genitali che ne rappresentano l'espressione più tangibile ed evidente. Pertanto, continua Butler, non sarebbe tanto il genere a derivare dal sesso, quanto il sesso a derivare dal genere[6]. Quindi anche il sesso, così come il genere, in definitiva risulta essere un prodotto culturale-linguistico e la distinzione sesso-genere, nell'ottica di un regime binario asimmetrico e obbligatoriamente eterosessuale, assume un significato ancora più pervasivo giungendo a plasmare l'identità degli individui.

Il sesso è un concetto strettamente legato alla biologia. Eppure, è sbagliato dare per scontato che si nasca o maschi o femmine, come ci ricorda l'esistenza di persone intersessuate. Il genere, invece, ha una connotazione socio-culturale: sintetizza un insieme di caratteristiche della persona in base alle quali di essa si dice che è maschile o femminile[7]. È evidente che la condizione *trans* o *intersex* scombina i tradizionali sistemi di classificazione sociali e giuridici, poiché «i corpi anatomici non rappresentano più soltanto le ideologie di sesso e di genere in essi incluse»[8]. Si rende necessario quindi un ripensamento del rigido dimorfismo sessuale che caratterizza le società occidentali e che ha evidentemente contaminato anche le categorie del ragionamento giuridico. Tale ripensamento non può che prendere forma a partire dai valori e dai principi fondamentali che fondano il costituzionalismo contemporaneo.

Per queste ragioni non è stato semplice il cammino verso una piena definizione e tutela del diritto fondamentale all'identità di genere, quale aspetto integrante l'identità personale di ciascun individuo alla luce degli artt. 2, 3 e 32 Cost. e dell'art. 8 CEDU. Un cammino che in Italia prende avvio con l'approvazione della legge n. 164 del 1982 ("*Norme in materia di rettificazione di attribuzione del sesso*"). Per superare la pretesa immodificabilità del sesso anagrafico della persona transessuale, anche nel caso di intervenute modifiche medico-chirurgiche dei caratteri sessuali, viene sancito per la prima volta il principio generale per cui la persona può procedere alla rettifica del sesso indicato nell'atto di nascita, qualora sia intervenuto un trattamento chirurgico demolitivo/ricostruttivo dei propri caratteri sessuali. In tal modo, si avverte la necessità di tutelare coloro che non si identificano nel sesso biologico assegnato alla nascita, inducendo così l'ordinamento a riconoscere un diritto all'identità sessuale. Diritto successivamente consacrato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 161/1985 che, optando per "la concezione del sesso come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori"[9] propone una nozione di identità sessuale nuova e diversa rispetto al passato. La necessità di tenere presenti sia i caratteri fisici che quelli psicologici, al fine di determinare, anche dal punto di vista giuridico, l'identità sessuale della persona, impone di attribuire rilevanza, da una parte, ad un'identità psicosessuale opposta e prevalente rispetto a quella fisica e, dall'altra, ad un'evoluzione di questa identità dall'uno all'altro polo dell'appartenenza

6 Cfr., J. Butler, *La disfatta del genere*, Meltemi, Milano, 2006.
7 Per la ricostruzione del dibattito circa la differenza tra sesso, identità di genere e orientamento sessuale, si vedano, tra gli altri, F. Bilotta, *Transessualismo (voce)*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 2013, 732 ss., spec. 765 ss.; P. Stanzione, *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge n. 164/82*, in *Dir. fam. per.*, 2009, 713 ss.
8 M. Pickels, *Vestirsi per fare colpo: il transgender e la minaccia all'identità di genere*, in D. Buchbinder – S. Petrilli (a cura di), *Masculinities. Identità maschili e appartenenze culturali*, Mimesis, Milano-Udine, 2009.
9 Corte cost., sentenza del 23 maggio 1985, n. 161.

sessuale. In tal modo, si individua il contenuto del diritto all'identità sessuale, prodromico anche alla definizione di un diritto all'identità di genere. Sebbene in una prospettiva di medicalizzazione del transessualismo e con una funzione normalizzante della persona trans a garanzia dei rapporti sociali e della certezza giuridica, la l. 164/1982, per gli anni della sua approvazione, "si colloca nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà, di dignità e di libertà, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie"[10]. La Consulta, nel ritenerla costituzionalmente legittima, supera infatti l'interpretazione dell'art. 2 Cost. come catalogo "chiuso" rinvenendovi piuttosto, in combinato disposto con il diritto alla salute, il fondamento del diritto all'identità sessuale, come fattore di svolgimento della personalità dell'individuo, che si coniuga con l'esistenza di un dovere di solidarietà sociale da parte dello Stato e dei consociati verso la persona transessuale.

La legge sulla rettificazione di sesso non ha subito modifiche fino al 2011, quando è stata introdotta la riforma dei riti processuali in un'ottica di semplificazione[11], senza tuttavia stravolgerne, come l'evoluzione sociale, culturale e giuridica avrebbe imposto, l'impianto giuridico e simbolico. L'idea che implicitamente continuava a suggerire tale normativa era quella per cui il disagio della persona transessuale potesse essere superato attraverso l'unico strumento dell'intervento chirurgico sui caratteri sessuali, senza prestare debita attenzione alle diverse fasi del percorso, né porsi l'ipotesi di soluzioni alternative derivanti dall'impossibilità o dalla non volontà auto-determinativa del soggetto di concludere chirurgicamente la propria transizione. Una consapevolezza, questa, che ancora una volta è derivata dall'opera giurisprudenziale che, anche sulla spinta delle Corti europee[12], ha re-interpretato in modo costituzionalmente e convenzionalmente conforme il dato normativo, affermando che la subordinazione della possibilità di accedere alla rettificazione anagrafica di sesso alla modificazione dei caratteri sessuali attraverso trattamenti sanitari (ormonali o chirurgici) comportasse un'ingiustificata invasione nella sfera più intima del soggetto interessato, oltre a costituire un grave pericolo per la salute dello stesso, minando *in nuce* l'esercizio del fondamentale diritto all'identità di genere[13].

La valorizzazione della dignità umana, nei molteplici accenti nei quali essa si esprime, e la necessità di assicurare la centralità della persona intesa come fine, complesso centro di relazioni sociali e di intime aspirazioni personali, costituisce la traccia argomentativa nel solco della quale il giudice costituzionale è giunto a riconoscere che la richiesta di accesso alla rettificazione anagrafica del sesso può prescindere dall'intervento chirurgico. Riprendendo e sviluppando ulteriormente l'asse motivazionale della precedente sentenza n. 161/1985, la Corte costituzionale evidenzia l'importanza dell'identità di genere quale estrinsecazione specifica dell'identità personale, la cui tutela si impone nell'ordinamento giuridico interno ai sensi degli artt. 2 e 32 della Costituzione e 8 della Convenzione

10 *Idem*.
11 D. lgs. 150/2011, entrato in vigore il 6 ottobre 2011.
12 Cfr., per esempio, Corte europea per i diritti dell'uomo, *Y.Y. c. Turchia*, del 10 marzo 2015, ricorso n. 14793/08, nella quale il giudice di Strasburgo ha ritenuto lesiva dell'art. 8 CEDU la scelta della Turchia di imporre la procedura di sterilizzazione al fine della successiva rettifica anagrafica del sesso, rammentando come, in tematica particolarmente sensibili, tra le quali è riconducibile il diritto all'autodeterminazione personale, il margine di apprezzamento rimesso ai singoli Stati si restringa e nasca un dovere degli Stati membri di astenersi– in attuazione del portato in senso negativo dell'art. 8 CEDU - da qualsiasi atto o comportamento che possa ledere la dignità dell'individuo – nel caso di specie, mediante l'imposizione dell'incapacità procreativa ai fini della transizione di genere -, anche nell'ambito di un procedimento di cambiamento personale specificamente scelto e voluto dal soggetto. Per un approfondimento, tra gli altri, A. Del Guercio, *Il riconoscimento giuridico dell'identità di genere delle persone trans gender, tra sterilizzazione imposta e diritto all'autodeterminazione. Il caso Y.Y. c. Turchia e le cautele della Corte europea*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 9, 2015, 441 ss.
13 Corte cost., sentenza del 5 novembre 2015, n. 221.

europea dei diritti dell'uomo. Il percorso di transizione pare dover trovare un'attuazione differente, lontano da rigide determinazioni aprioristiche, che deve tener conto delle legittime aspirazioni personali e delle contingenze concrete nelle quali l'individuo vive e si relaziona con gli altri. Così inteso, l'intervento chirurgico diviene uno strumento meramente funzionale al perseguimento di un maggior livello di benessere psicofisico, ma non il mezzo esclusivo cui ricorrere per dare seguito all'esigenza di inverare la propria identità[14]. Viene dato rilievo, quindi, alla imprescindibile connotazione personalistica del diritto alla salute, che si manifesta nella necessità di assicurare la soddisfazione delle prioritarie esigenze dell'individuo, anche nella specifica realizzazione personale e secondo le modalità che risultino più opportune al fine di garantire il pieno e libero sviluppo della personalità, al netto di ogni concezione, paradigma o dogma culturale. Una posizione confermata anche dalla Corte di Cassazione che, nella pronuncia n. 15138 del 2015[15], che sottolinea come nessun interesse pubblico sembrerebbe giustificare, in ogni caso, il sacrificio della condizione psico-fisica del soggetto in ragione dell'attribuzione del nuovo sesso. Il percorso di mutamento sessuale risulta piuttosto complesso, e attraversato dal dissidio di vivere una condizione umana non corrispondente esattamente al proprio intimo volere. In questo quadro, l'imposizione dell'intervento chirurgico rischierebbe di acuire la gravità di una scelta personalissima già particolarmente sofferta e di portare ad esiti autodistruttivi il soggetto che vi si sottopone, non più libero di perseguire il proprio processo di maturazione personale, bensì coatto dall'esigenza collettiva di raggiungere una condizione di corrispondenza giuridica al nuovo genere.

Tra le conclusioni che si possono trarre da questa evoluzione giurisprudenziale c'è quella per cui il corpo resta ancora oggi il primo veicolo attraverso il quale il genere e la sessualità sono esposti agli altri, appresi nei loro significati sociali e culturali e trattati dalle norme giuridiche. E se è vero che gli individui dipendono dal riconoscimento degli altri, è necessario che i criteri sulla base dei quali il riconoscimento opera siano i più inclusivi possibile: liberandosi dalla presa normalizzante e violenta del mito dei due sessi e del paradigma eterosessuale – quella per cui la volontà di cambiare sesso deve essere diagnosticata come *gender disorder* o quella per cui l'ambiguità genitale dei minori intersessuali deve essere necessariamente risolta dal bisturi – si può invece immaginare un processo di riconoscimento plurimo, volto a rivendicare uno statuto di realtà, di "vivibilità" anche per quelle identità eccezionali finora marginalizzate e oppresse.

14 Cfr., tra gli altri, A. Lorenzetti, *Il cambiamento del sesso anagrafico e le sue condizioni: la necessità o meno dell'intervento chirurgico. Brevi riflessioni sulla situazione attuale e sui prossimi sviluppi*, in Genius, n. 1, giugno 2015; A. Vesto, *Favorire l'emersione dell'identità sessuale per tutelare la dignità umana nella sua unicità*, in *Nuova Giur.civ.*, 2015, 6 ss.; G. D'Amico, *Identità di genere: «non è mai troppo tardi per essere ciò che avresti potuto essere»*, in *Quad.cost.*, 3/2015.

15 Corte di cassazione, I sez. civ., 20 luglio 2015, n. 15138. Per un commento, cfr. G. Casaburi, *La Cassazione sulla rettifica di sesso senza intervento chirurgico «radicale». Rivive il mito dell'ermafrodismo?*, in *Il Foro italiano*, 2015, I, 3138 ss.

CAPITOLO 1
LA DOMANDA DI RETTIFICAZIONE DEL SESSO E DEL NOME E LE RICADUTE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO E NEL SISTEMA FAMILIARE*

Sommario

1.1 La domanda di rettificazione del nome e del sesso
1.2 La modificazione del sesso e le conseguenze sul matrimonio
1.3 Adolescenti e identità sessuale: tra responsabilità genitoriale e autodeterminazione del bambino
1.4 Minore età e consenso informato

1.1 La domanda di rettificazione del nome e del sesso e la tenuta del paradigma eterosessuale

L'ordinamento giuridico italiano si è dotato sin dal 1982 di una Legge che consente alle persone di chiedere al Tribunale la modifica del sesso e del nome nell'atto di nascita.

La Legge n. 164 del 1982 fu pensata in un momento nel quale diverse cittadine italiane, anagraficamente di sesso maschile, si erano sottoposte a terapie ormonali e ad interventi chirurgici all'estero, e pertanto avevano anatomie femminili e documenti maschili.

Non si tratta, però, di una Legge che mette in discussione il binarismo di genere. Anzi, con il riconoscimento del diritto a modificare il proprio sesso anagrafico, il legislatore rende espliciti i limiti imposti a questa pretesa. La legge in questione, infatti, prevedeva, almeno nell'interpretazione data fino al 2015, che per modificare il proprio sesso all'anagrafe una persona dovesse sottoporsi – prima e necessariamente - ad interventi di asportazione chirurgica degli organi riproduttivi e delle ghiandole mammarie (per FtoM) e ricostruzione chirurgica dei genitali esterni (nei primi anni 2000 si ottennero alcune sentenze che consentirono la rettificazione anagrafica anche senza la ricostruzione chirurgica, richiedendosi tuttavia obbligatoriamente l'asportazione delle gonadi e delle ghiandole mammarie[16]), e che, nel caso fosse sposata, il vincolo matrimoniale venisse sciolto.

---

* Gli autori di questo capitolo sono Patrizia Fiore (per la parte 1.1 e 1.2 e Luca Giacomelli per la parte 1.3 e 1.4)

16 Tra le altre a mero titolo di esempio, la sentenza del Tribunale Pavia, 02 febbraio 2006 (Foro it. 2006, 5, I, 1596), che così testualmente recita: *"Ai fini della rettificazione dell'attribuzione di sesso, in particolare dell'attribuzione anagrafica con provvedimento giudiziario del sesso femminile a persona originariamente di sesso maschile, è sufficiente che la persona si sia sottoposta a trattamento chirurgico consistente nella totale asportazione di entrambi i testicoli, in quanto organi che permettono di generare come uomo, mentre non è necessaria anche l'asportazione del pene, con conseguente formazione degli organi sessuali femminili, ciò anche a salvaguardia del diritto del soggetto alla salute e all'integrità fisica"*. E, in senso analogo, il Tribunale Bologna, 05 agosto 2005 (Fonti: Foro it. 2006, 12, I, 3542) : *"Ai fini della rettificazione dell'attribuzione di sesso, in particolare dell'attribuzione anagrafica con provvedimento giudiziario del sesso maschile a persona originariamente di sesso femminile, è sufficiente che la persona si sia sottoposta a trattamento chirurgico consistente nella totale asportazione dell'utero e delle ovaie, oltre che delle ghiandole mammarie, con conseguente preclusione della capacità di procreazione, mentre non è necessaria anche la ricostruzione del pene, con conseguente formazione degli organi sessuali maschili, ciò anche a salvaguardia del diritto del soggetto alla salute e all'integrità fisica"*

L'interesse pubblico alla certezza dei rapporti giuridici fondati sul paradigma eterosessuale, si mostra, in questa norma, in tutta la sua supremazia.

La modificazione del sesso negli atti anagrafici è una decisione che compete esclusivamente al Tribunale, con la supervisione del Pubblico Ministero, a dimostrazione che la materia coinvolge non solo l'interesse del singolo all'espressione della propria personalità, ma l'interesse pubblico a non sovvertire l'ordine pre-costituito: ovvero a presidio del binarismo sessuale e dell'eterosessualità su cui si disciplinano tutte le vicende familiari.

A dimostrazione di un tanto, per oltre trent'anni dalla sua entrata in vigore la Legge 164/1982 è stata interpretata nel senso che dovesse essere imposta la sterilizzazione alle persone che chiedessero la modificazione del proprio sesso all'anagrafe.

Le sentenze che impongono le operazioni medico-chirurgiche demolitive degli organi riproduttivi sono tra le pagine più oscure e oscurantiste della giurisprudenza italiana[17].

Ad una lettura costituzionalmente orientata e alla luce delle più recenti pronunce della Corte Europea dei diritti umani (CEDU), delle risoluzioni del Parlamento Europeo e dei rapporti delle associazioni che si occupano dei diritti umani[18], non resta che riconoscere che con tali sentenze, sia stata violata l'integrità e la dignità delle persone coinvolte.
A partire dalla fine degli anni novanta, e con significative pronunce a cavallo del primo decennio degli anni duemila, si iniziano a intravvedere alcuni mutamenti della giurisprudenza, in ragione di una sempre maggiore sensibilizzazione e approfondimento culturale, anche tra i giuristi, rispetto ai temi dei diritti LGBTI[19]. Il Tribunale di Roma già nel 1997 aveva ammesso la modifica anagrafica

---

17 Vedi nota 16.

18 Il Parlamento Europeo con la Risoluzione 12 marzo 2015 ha chiesto espressamente *"la messa al bando della sterilizzazione quale requisito per il riconoscimento giuridico del genere"* rammentando altresì come tale messa al bando sia stata richiesta anche dal relatore speciale delle Nazioni Unite sulla tortura, affermando di condividere il punto di vista *"secondo cui tali requisiti dovrebbero essere trattati e perseguiti come violazione del diritto all'integrità fisica nonché della salute sessuale e riproduttiva e dei relativi diritti"*. Interviene quasi in contemporanea anche la Corte di Strasburgo con la decisione del 10 marzo 2015 Affaire Y.Y. C. Turquie. Qui la Corte Europea dei diritti umani ha stabilito che è illegittimo negare l'autorizzazione alle modifiche di sesso in ragione della circostanza che il richiedente fosse incapace di procreare e ha ritenuto di dichiarare l'illegittimità della condotta dello Stato turco per violazione della vita privata protetta dall'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (in questo caso in Turchia esiste una legge che impone il requisito della sterilità per la rettifica del sesso. Vedi http://www.articolo29.it/2015/strasburgo-illegittimo-negare-mutamento-sesso-previa-sterilizzazione/). Anche Amnesty International ha pubblicato una importante relazione di ricognizione e denuncia di tali norme e delle prassi di molti stati di imporre la sterilizzazione per le persone transex, nel gennaio 2014 dal titolo: THE STATE DECIDES WHO I AM LACK OF LEGAL GENDER RECOGNITION FOR TRANSGENDER PEOPLE IN EUROPE. Il 6 aprile 2017 la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha condannato la Francia per la violazione dell'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti umani a causa della normativa in materia che prevedeva fosse necessaria la sterilizzazione per poter accedere alla modifica anagrafica del sesso. La Corte EDU conclude che si tratti di una violazione dell'art, 8 della CEDU (diritto al rispetto della vita privata) - Communiqué de presse n° CEDH 121 (2017) de la CEDH du 6 avril 2017 - *"L'obligation de subir une opération stérilisante ou un traitement entraînant une très forte probabilité de stérilité pour changer la mention du sexe à l'état civil viole le droit au respect de la vie privée"* - http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-5677503-7199880 - CEDH, 5ème section, 6 avril 2017 (Requêtes nos 79885/12, 52471/13 et 52596/13), A.P., Garçon et Nicot c/ France - http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-172556Vedi A.P., GARÇON ET NICOT c. FRANCE (Requêtes nos 79885/12, 52471/13 et 52596/13).

19 Ci si riferisce in particolare al lavoro di Avvocatura per i diritti LGBTI Rete Lenford, costituita a Firenze nel 2007. Si tratta di un'associazione di avvocate, avvocati e praticanti costituita allo scopo di sviluppare e diffondere la cultura e il rispetto dei diritti delle persone LGBTI (lesbiche, gay, bisessuali, transgender e intersessuali). L'associazione agisce per promuovere lo studio e la conoscenza delle questioni LGBTI tra tutti gli operatori del diritto, sollecitando il rispetto e la promozione delle differenze. Si occupa della tutela giudiziaria delle persone omosessuali, transessuali e intersessuali, in particolare nel contrasto alle discriminazioni (vedi http://www.retelenford.it/chi-siamo.html).

senza intervento chirurgico stabilendo che la rettificazione dell'atto di nascita potesse disporsi *"anche senza che sia intervenuto preventivamente un trattamento medico-chirurgico autorizzato, trattamento che non è di per se indispensabile ai fini della rettificazione, dovendo essere disposto solo quando appaia ut supra, necessario"*[20]. Successivamente, anche altri tribunali avevano accolto la domanda di rettificazione del sesso senza intervento chirurgico[21].

Infine, nel corso del 2015 si sono avute due importanti decisioni, di cui si darà conto anche nella rassegna giurisprudenziale che segue, che hanno determinato un autentico cambio di passo per la giurisprudenza italiana sul tema, riportando finalmente il procedimento della rettifica del sesso nell'alveo dei presidi dei diritti umani fondamentali con priorità dell'essere umano sugli altri possibili interessi coinvolti. In specie sul tema degli interventi medico –chirurgici si riesce finalmente a perimetrare l'interferenza del potere statale, riconoscendo nell'intervento sul corpo il dispiegarsi del diritto alla salute e della libertà di autodeterminazione dell'individuo. La Suprema Corte di Cassazione, nella pronuncia del 20 luglio 2015, n. 15138, ha sostenuto, infatti, che *«L'interesse pubblico alla definizione certa dei generi, anche considerando le implicazioni che ne possono conseguire in ordine alle relazioni familiari e filiali, non richiede il sacrificio del diritto alla conservazione della propria integrità psico-fisica sotto lo specifico profilo dell'obbligo dell'intervento chirurgico inteso come segmento non eludibile dell'avvicinamento del soma alla psiche»*.

Nello stesso anno anche la Corte Costituzionale si è trovata investita della questione interpretativa in ordine alla normativa sul cambiamento di sesso. Infatti, il Tribunale di Trento aveva rimesso la questione alla Corte Costituzionale già nell'agosto del 2014, dubitando della costituzionalità della norma. Tenuto conto che la questione era già stata affrontata e ampiamente decisa dalla Corte di Cassazione, la Corte Costituzionale ha optato per ritenere non fondata la questione di costituzionalità alla luce della possibilità di interpretarla in senso costituzionalmente orientato, dunque nel senso di consentire la rettificazione del sesso e del nome anche in assenza di intervento chirurgico[22].

In specie la Corte Costituzionale sottolinea, nella sentenza citata, che *«La prevalenza della tutela della salute dell'individuo sulla corrispondenza fra sesso anatomico e sesso anagrafico, porta a ritenere il trattamento chirurgico non quale prerequisito per accedere al procedimento di rettificazione – come prospettato dal rimettente –, ma come possibile mezzo, funzionale al conseguimento di un pieno benessere psicofisico. Il percorso ermeneutico sopra evidenziato riconosce, quindi, alla disposizione in esame il ruolo di garanzia del diritto all'identità di genere, come espressione del diritto all'identità personale (art. 2 Cost. e art. 8 della CEDU) e, al tempo stesso, di strumento per la piena realizzazione del diritto, dotato anch'esso di copertura costituzionale, alla salute»*.[23]

L'obbligo di sottoporsi ad interventi chirurgici di riassegnazione del sesso, cui sono state sottoposte le persone la cui identità non corrisponde a quella riconosciuta alla nascita, è pratica disumana e degradante e che, oggi, è stata delegittimata da una interpretazione della norma costituzionalmente orientata. Con la compressione dell'integrità fisica e della dignità dell'essere umano il legislatore avrebbe inteso tutelare l'ordine pubblico garantito dalla certezza delle relazioni giuridiche discendenti dai rapporti endo-familiari. In altre parole, obbligando alla sterilità le persone trans si evitavano le complesse questioni attinenti l'attribuzione della maternità e della paternità[24]. L'ordinamento giuridico italiano infatti non era (e non è tuttora) in grado di definire la relazione tra

20 Tribunale di Roma, 18 ottobre 1997, in *Dir. famiglia*, 1998, 1033.
21 Tribunale di Roma, sentenza n. 5896 del 22 marzo 2011, Tribunale di Rovereto, il 3 maggio 2013, Corte d'Appello di Napoli, 15 marzo 2013, il Tribunale di Potenza, sentenza del 20 febbraio 2015.
22 Cfr. la sentenza della Corte Costituzionale 5 novembre 2015, n. 221
23 Cfr. la sentenza della Corte Costituzionale 5 novembre 2015, n. 221
24 Cfr. Roberta Dameno, La legge n. 164/1982: tra diritto all'identità sessuale e di genere e l'obbligo di sterilizzazione. Alcune riflessioni sulla transGenitorialità. In GenIUS, anno II, numero 1, giugno 2015.

una persona transitata al maschile e il figlio da lei generato, a seguito della rettificazione anagrafica.

Grazie ai recenti arresti della giurisprudenza delle supreme Corti, sopra ricordate, si sta ormai consolidando anche nelle Corti di merito l'interpretazione della medesima Legge 164/1982 nel senso di riconoscere l'autorizzazione agli interventi medico – chirurgici solo "quando necessario", come dice la norma stessa, ovvero quando richiesto dalla persona e quando questo percorso sia ritenuto il migliore ausilio in termini di realizzazione della propria identità e della propria persona, al fine della tutela del benessere psico-fisico della stessa[25]. Inoltre, la maggior parte dei Tribunali di merito ammettono la rettifica anagrafica indipendentemente dall'intervento chirurgico e comunque anche prima che esso venga eseguito, tenuto conto che la richiesta di rettifica del sesso, in senso anagrafico, è, nella maggior parte dei casi, la più urgente e necessaria perché siano superati i rischi di discriminazione, abuso e violazione della riservatezza cui sono costrette le persone i cui documenti non sono ancora allineati alla propria identità[26]. Nella parte dedicata alla rassegna giurisprudenziale avremo modo di vedere come, tuttavia, la giurisprudenza si ponga in modo ancora differenziato sul territorio per quanto attiene le prove da sottoporre al giudice a fondamento della domanda.

Stante l'attuale prassi, da quanto è dato comprendere analizzando le sentenze pubblicate dai Tribunali italiani negli ultimi anni, è sempre necessario allegare alla domanda alcuni documenti medici: solitamente una certificazione che accerta la disforia di genere o incongruenza di genere, nonché relazioni di tipo psicodiagnostico che attestino l'eventuale terapia seguita e la compiutezza del percorso, nonché la documentazione relativa ad un intrapreso trattamento endocrinologico e, per chi vi si sia sopposto, anche eventuali interventi chirurgici – estetici. Vi sono Tribunali che ancora dispongono, nonostante una produzione documentale proveniente da ospedali e strutture pubbliche o convenzionate, una consulenza tecnica d'ufficio. Si ritiene pertanto non del tutto risolta la questione dell'accesso alla modifica anagrafica senza interventi chirurgici a seguito delle sentenze citate che, seppure segnano importanti passi in avanti, non sono giunte ad una decisione priva di ambiguità sul punto, tenuto conto che chiedono agli attori di provare una compiutezza e un approdo definitivo nel percorso identitario tutto e sempre determinato da una rigida visione binaria e dalla necessità che non vengano sovvertite le regole eterosessuali dell'ordinamento e delle relazioni familiari. Inoltre, nel caso in cui invece l'attore/trice voglia chiedere anche di potersi sottoporre agli interventi chirurgici, le sentenze citate non risolvono alcuni dubbi interpretativi di tipo processuale.

25 *Ex multis*: Tribunale di Bari il 14 dicembre 2015 (sentenza n. 5467/2015), nella quale si legge testualmente "È riconosciuta, altresì, la rettificazione dell'atto di nascita e di ogni altro atto dello stato civile contestualmente all'autorizzazione all'intervento medico – chirurgico per il mutamento di sesso, anche alla luce della recente e condivisibile lettura fornita in materia dalla Corte Costituzionale con sent. 221 del 21.10.2015", nello stesso senso la Sentenza n. 357/2016 del 30/03/2016 del Tribunale di Savona; le sentenza n. 364/2016 del 04/10/2016 e la n. 1358/2016 del 4/10/2016 pronunciate dal Tribunale di Vicenza; la sentenza n. 4296/2016 del 15/07/2016 del Tribunale di Salerno; la sentenza n. 154/2016 del Tribunale di Livorno, la sentenza n. 1347/2016 del Tribunale di Lucca, la sentenza n. 230/2016 del Tribunale di Modena, la sentenza 3114/2016 del Tribunale di Padova, la sentenza n. 3043/2016 del Tribunale di Verona, la sentenza n. 1503/2016 del Tribunale di Reggio Emilia inoltre, la Corte d'Appello di Torino del 18 maggio 2016 nel proc. 731/2015 ha disposto la rettifica degli atti anagrafici pur in assenza degli interventi chirurgici autorizzati; il Tribunale di Pavia del 18 aprile 2016 nella causa n. 41/2015 ha ordinato la rettifica anagrafica laddove non era stata richiesta una autorizzazione a interventi chirurgici; il Tribunale di Taranto con la sentenza n. 693/2017 pubblicata il 10/03/2017 ha autorizzato gli interventi chirurgici e contestualmente ordinato la rettifica anagrafica, nello stesso senso anche il Tribunale di Milano con sentenza n. 4090/2017 del 10/04/2017 e il Tribunale di Roma con sentenza 6734/2017 del 04/04/2017.

26 Non possiamo tuttavia tacere il fatto che alcuni Tribunali optino ancora per disporre consulenze tecniche d'ufficio al fine di verificare la serietà del percorso intrapreso e la irreversibilità dell'approdo, anche sotto il profilo delle modificazioni di caratteri sessuali secondari e di capacità riproduttive, così rimettendo pienamente in gioco, attraverso le ordinanze che dispongono i quesiti verso le C.T.U., l'imposizione della sterilizzazione, non prevista dalla legge del 1982 eppure diffusamente e pacificamente richiesta dai giudici italiani, fin dalla sua prima applicazione e fino alla sentenza Cass. 15138/2015.

Anche se la maggior parte delle sentenze negli ultimi anni – e di alcune si darà conto nella rassegna che segue – confortano nel ritenere che con un unico provvedimento il Tribunale possa ordinare la rettificazione del sesso e autorizzare gli interventi chirurgici, non è mancato chi ha ritenuto che la sentenza di rettificazione assorbisse la domanda di autorizzazione (nella rassegna che segue si dà conto in questo senso di una sentenza del Tribunale della Spezia del 2018). Dalla fine del 2015 ad oggi sono state pronunciate numerose sentenze di merito, passate in giudicato, tutte nel senso di riconoscere la cumulabilità delle domande[27].

1.2 La modificazione del sesso e le conseguenze sul matrimonio.

La domanda di rettificazione del sesso e del nome nell'atto di nascita di una persona interroga e mette in crisi, come già anticipato nel paragrafo precedente, il sistema binario su cui si fonda l'intero ordinamento giuridico ed, in particolare, le norme che regolano le relazioni familiari. Dalla lettura dell'art.29 della Costituzione italiana si evince che *"La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio"*. La famiglia è pertanto una "società naturale", con ciò intendendosi una entità che si forma spontaneamente[28], fondata sul matrimonio. L'espressione è ossimorica, poiché da una parte si definisce la famiglia come "naturale", ma dall'altra si stabilisce che essa trovi la sua fonte nel matrimonio, ovvero dentro le griglie di un istituto giuridico. Ebbene, l'istituto su cui si fonda la società naturale della famiglia ai sensi dell'art. 29 della Costituzione repubblicana, è, però, escluso alle coppie di persone che abbiano egual sesso anagrafico. A rendere esplicito tale divieto non è la Costituzione, né il Codice Civile, bensì la Legge che consente la modifica del sesso anagrafico, introdotta in Italia nel 1982.

La domanda rivolta all'ordinamento giuridico italiano intesa a ottenere la modificazione del sesso

27 Tribunale di Bari il 14 dicembre 2015 (sentenza n. 5467/2015), nella quale si legge testualmente "È riconosciuta, altresì, la rettificazione dell'atto di nascita e di ogni altro atto dello stato civile contestualmente all'autorizzazione all'intervento medico – chirurgico per il mutamento di sesso, anche alla luce della recente e condivisibile lettura fornita in materia dalla Corte Costituzionale con sent. 221 del 21.10.2015", nello stesso senso la Sentenza n. 357/2016 del 30/03/2016 del Tribunale di Savona; le sentenza n. 364/2016 del 04/10/2016 e la n. 1358/2016 del 4/10/2016 pronunciate dal Tribunale di Vicenza; la sentenza n. 4296/2016 del 15/07/2016 del Tribunale di Salerno; la sentenza n. 154/2016 del Tribunale di Livorno, la sentenza n. 1347/2016 del Tribunale di Lucca, la sentenza n. 230/2016 del Tribunale di Modena, la sentenza 3114/2016 del Tribunale di Padova, la sentenza n. 3043/2016 del Tribunale di Verona, la sentenza n. 1503/2016 del Tribunale di Reggio Emilia inoltre, la Corte d'Appello di Torino del 18 maggio 2016 nel proc. 731/2015 ha disposto la rettifica degli atti anagrafici pur in assenza degli interventi chirurgici autorizzati; il Tribunale di Pavia del 18 aprile 2016 nella causa n. 41/2015 ha ordinato la rettifica anagrafica laddove non era stata richiesta una autorizzazione a interventi chirurgici; il Tribunale di Taranto con la sentenza n. 693/2017 pubblicata il 10/03/2017 ha autorizzato gli interventi chirurgici e contestualmente ordinato la rettifica anagrafica, nello stesso senso anche il Tribunale di Milano con sentenza n. 4090/2017 del 10/04/2017 e il Tribunale di Roma con sentenza 6734/2017 del 04/04/2017.

28 Cfr. Vittorio Caporrella, *La famiglia nella Costituzione italiana. La genesi dell'articolo 29 e il dibattito della Costituente* :L'approccio giusnaturalistico della DC era caratterizzato da una dichiarazione di principio - che si basava sul già approvato articolo 2 - la stessa con cui La Pira aveva introdotto e impostato l'intero Titolo II della Costituzione: vi sono diritti dell'individuo e delle sue formazioni sociali che sono anteriori alla legge positiva dello Stato. Dunque rigetto della teoria dei diritti riflessi, con cui fascismo e nazismo avevano invaso la sfera privata della famiglia, e applicazione della dottrina pluralistica, in base alla quale si riconoscevano formazioni sociali preesistenti lo Stato e con ordinamenti giuridici autonomi che sancivano diritti intangibili e inalienabili. Lo scopo di La Pira era quello di gettare le basi per affermare l'autonomia delle scelte familiari in base alla tradizione cattolica italiana, sancendo la libertà dei genitori di scegliere tra scuola pubblica o privata/confessionale per i figli. Tutto ciò portò alla proposta Dc di iniziare il Titolo II con la definizione di famiglia «come l'unità naturale e fondamentale della società», sostituita poi dalla formula «società di diritto naturale». Togliatti e Moro si accordarono allora sulla generica definizione di famiglia come «società naturale», che veniva incontro alle esigenze democristiane lasciando però un certo grado di ambiguità, in https://storicamente.org/famiglia_costituzione_italiana, sito del Dipartimento di Storia Culture Civiltà Università di Bologna.

nell'atto di nascita ha reso intellegibile ciò che prima era "implicito", ovvero il postulato della differenza di sesso, entro il quale è costruito il "paradigma eterosessuale" del matrimonio[29].

Ecco perché, dunque, la vicenda umana di colui o colei che intende modificare il proprio sesso all'anagrafe, è destinata a deflagrare nell'arcipelago familiare[30].

Il testo dell'art. 4 della Legge citata così recitava: "*La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso non ha effetto retroattivo. Essa provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso. Si applicano le disposizioni del codice civile e della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni*".

"Cambiare" sesso all'anagrafe "provoca" lo scioglimento del matrimonio[31].

Nonostante parte della dottrina abbia messo in discussione il carattere "automatico" di tale scioglimento, le applicazioni che la stessa ha avuto nel tempo sono andate nel senso di ammettere la caducazione del vincolo matrimoniale come necessaria e ovvia conseguenza del passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione del sesso di uno dei due coniugi.

La Legge del 1982, e la successiva modifica avvenuta con l'art. 31 del Decreto Legislativo 150/2011[32] espressamente, e per la prima volta, sanciscono che per sposarsi o rimanere sposati sia necessaria la differenza di sesso tra coniugi.

La norma che permette di domandare e di ottenere la modifica del sesso è la stessa norma che rende esplicito il postulato secondo il quale due persone a cui all'anagrafe sia stato attribuito eguale sesso non possono contrarre matrimonio civile[33].

A partire dalla fine degli anni novanta del secolo scorso, tuttavia, si è iniziato a mettere fortemente in discussione l'impianto binario ed etero-sessista dell'intero ordinamento giuridico. A farlo sono state soprattutto avvocate e avvocati impegnati nell'affermazione dei diritti civili delle persone

29 Cfr. Anna Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali* , Capitolo 3. Il diritto alla vita familiare e la tensione del paradigma eterosessuale, pg. 99 e ss., ed. Franco Angeli, 2013.

30 Cfr. F.D. Busnelli in *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in V. Scalisi (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, Giuffrè, 2004, 251 ss., quale evoluzione dell'immagine della famiglia come isola che il diritto può soltanto lambire, felicemente proposta da A.C. Jemolo in *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, VIII, Napoli, 1949, 57, frequentemente ripresa in tutti i Convegni che trattano di diritto di famiglia.

31 Secondo parte della dottrina il termine "provoca" stava ad indicare il divorzio come una conseguenza automatica dell'accertamento del nuovo sesso, secondo un'altra lettura la norma si limitava ad affermare che la pronuncia di rettificazione di attribuzione di sesso è causa di scioglimento da far valere nelle forme e nei modi previsti dalla legge sul divorzio. Così in Anna Lorenzetti, op. cit., pg. 102. Non è questa la sede per addentrarci sulle questioni anche procedurali che una o l'altra tesi comportano, tuttavia è evidente la complessità del tema in punto diritti di difesa del coniuge che vedrebbe sciolto il proprio vincolo senza un autonomo giudizio di separazione e divorzio.

32 art. 31 c. 6 del D.lgs. 150/2011: "La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso non ha effetto retroattivo. Essa determina lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso. Si applicano le disposizioni del codice civile e della legge 1° dicembre 1970, n. 898 determina lo scioglimento". Come si vede l'unica modifica rispetto all'art. 4 della Legge 164/1982 è nel verbo che da "provoca" diviene "determina". Questo, a detta dei commentatori, avrebbe rafforzato l'interpretazione nel senso dell'automatismo. Vi è anche da dire che l'intero articolo 31 del D.lgs. 150/2011 modifica radicalmente il rito del procedimento, disponendo che la domanda di rettifica si introduca con un atto di citazione che andrà notificato ai coniugi e ai figli, se vi sono. La nuova norma immagina pertanto il coniuge e i figli come controparti nel giudizio di rettificazione del sesso con ciò svelando il pregiudizio in ordine alla natura obbligatoriamente eterosessuale del matrimonio e della famiglia, che non solo non "regge" al mutamento di sesso, ma deflagra in contenzioso giudiziario "per legge".

33 Corte Cost. sentenza del 14 aprile 2010, n. 138, laddove per ribadire il paradigma eterosessuale fa riferimento proprio alla norma sul cambio di sesso.

lesbiche, gay, bisessuali, transessuali e intersessuali[34]. La maggiore conoscenza che le cittadine e i cittadini hanno maturato negli ultimi decenni in merito alle pretese giuridiche che possono far valere in un'aula di giustizia, unite alla tenacia di giuriste/i, avvocate/i, professori e studiose/i che si occupano dei temi del genere e dell'identità, dà avvio ad una stagione di azioni giudiziarie di importanza epocale nell'ordinamento giuridico italiano.

L'automatismo dello scioglimento del matrimonio, nel caso uno dei coniugi abbia cambiato sesso all'anagrafe, è stato possibile per moltissimi anni perché, almeno stando alla letteratura e alle sentenze pubblicate e annotate, nessuna coppia ha chiesto ad un Tribunale di cancellare l'annotazione dell'ufficiale di stato civile che dichiarava lo scioglimento del matrimonio, come conseguenza della rettifica del sesso[35]. Nel 2010, invece, a seguito di modifica del sesso del marito, una coppia di coniugi ha chiesto all'Avvocatura per i diritti LGBTI di assisterle per ottenere l'annullamento dell'annotazione che scioglieva il loro matrimonio, per poter mantenere in vita il vincolo giuridico a suo tempo contratto[36].

Dopo gli alterni esiti giudiziari in primo e secondo grado[37], la vicenda si concluse nel 2015 con la sentenza della Suprema Corte di Cassazione Civile n. 8097/2015, che è seguita alla sentenza della Corte Costituzionale n. 170/2014, adita incidentalmente proprio nella medesima causa.

La lettura di queste ultime sentenze ha definitivamente sancito il primato del "paradigma eterosessuale" (espressione di cui si è ampiamente servita la stessa Corte Costituzionale) sui diritti dei singoli individui a vedere garantita la propria vita privata, familiare e personale.

La Corte Costituzionale, infatti, investita dalla Corte di Cassazione proprio nella causa sopra citata, sulla legittimità costituzionale dell'art. 4 della L. n. 164 del 1982 sostiene che *«non ne è possibile la reductio ad legitimitatem mediante una pronuncia manipolativa, che sostituisca il divorzio automatico con un divorzio a domanda, poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost. »* [38].

La Corte pertanto dichiara espressamente, in questo cruciale passaggio, che *«il perdurare del vincolo*

34 Vedi n. 19.

35 Riteniamo in ogni caso assai probabile che siano rimasti in vita matrimoni di persone trans* che non abbiano ottenuto la rettifica anagrafica, stante il lunghissimo lasso di tempo che doveva trascorrere tra il momento dell'autorizzazione agli interventi, l'effettuazione degli stessi e l'eventuale ottenimento della modifica anagrafica successiva. La norma infatti impone uno scioglimento del vincolo solo ad avvenuta modifica all'anagrafe, quando – ovviamente – il paradigma "eterosessuale" è già stato disatteso. Matrimoni tra persone di egual sesso (anche se non all'anagrafe) sono sempre esistiti, e, resi espliciti nel vigore della norma, quando, prima delle evoluzioni giurisprudenziali, le persone trans erano costrette a stare anche per molti anni con documenti non allineati al proprio genere. Un caso "dichiarato" alla cronaca in questo senso, è quello di un'avvocata di Treviso che non ha chiesto la rettifica anagrafica proprio per poter contrarre matrimonio e conservarlo: vedi, tra gli altri in: https://tribunatreviso.gelocal.it/treviso/cronaca/2013/06/13/news/cambia-sesso-si-sposa-e-la-vita-diventa-film-1.7251234.

36 Il caso è stato introdotto con ricorso ex art. 95 del D.P.R. 03.11.2000 n. 396 presso il Tribunale di Modena, promosso dalle coniugi, per la cancellazione dell'annotazione di scioglimento del matrimonio apposta in data 18.02.2010 dal Comune di Finale Emilia a margine del loro atto di matrimonio.

37 Con sentenza 27/10/2010 il Tribunale di Modena accoglieva il ricorso delle coniugi e ordinava la cancellazione dell'annotazione di scioglimento del matrimonio, di converso la sentenza della Corte d'Appello di Bologna, adita dal Ministero dell'Interno, il 18/05/2011 riformava integralmente il decreto del Tribunale di Modena e dichiarava la legittimità di quella annotazione.

38 La Corte poi prosegue nella sentenza, in questo passaggio, così: "*sarà, quindi, compito del legislatore introdurre una forma alternativa (e diversa dal matrimonio) che consenta ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione, su tal piano, di assoluta indeterminatezza. E tal compito il legislatore è chiamato ad assolvere con la massima sollecitudine per superare la rilevata condizione di illegittimità della disciplina in esame per il profilo dell'attuale deficit di tutela dei diritti dei soggetti in essa coinvolti*".

matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso» sarebbe *«in contrasto con l'art. 29 Cost.»*. La sentenza è particolarmente significativa anche perché richiama a più riprese una precedente sentenza della medesima Corte, la n. 138 del 2010 in tema di matrimonio tra persone dello stesso sesso, ribadendo che la tutela delle coppie *same sex* troverebbe idonea copertura costituzionale nell'art. 2 della Costituzione e non sotto l'ombrello dell'art. 29 Cost.

Non possiamo in questa sede dilungarci oltre nell'approfondimento critico di questa sentenza, sia tuttavia consentito evidenziare come la Corte Costituzionale insista sul tema del divieto di accesso al matrimonio alle coppie formate da persone dello stesso sesso, nonostante la domanda posta alla sua attenzione fosse un'altra; ovvero la legittimità costituzionale della compressione del diritto di una persona transessuale e della propria coniuge a mantenere il rapporto giuridico consolidato diversi anni prima, rapporto che regola le posizioni giuridiche della coppia e riverbera i propri effetti anche su parenti e affini, oltreché sulla comunità di appartenenza (pensiamo all'affidamento di terzi creditori in caso di comunione di beni etc.). La domanda posta alla Corte concerneva il diritto della persona a vedere riconosciuta la propria identità sessuale e a poter sviluppare la propria personalità senza vedere sacrificato il proprio diritto alla vita familiare, privata, intima e personalissima. La rettifica del sesso di una persona già stabilmente coniugata, fa emergere in modo evidente quello che si preferisce definire il pregiudizio anti-omosessuale della famiglia, piuttosto che il "paradigma eterosessuale" del matrimonio.

Il pre-giudizio anti-omosessuale (o omofobo) è infatti quello che muove tutto l'argomentare nelle sentenze della Corte Costituzionale tanto del 2010 che del 2014 in materia di matrimonio. Il "convitato di pietra" di queste argomentazioni non è il sesso delle persone che chiedono di unirsi o di permanere nel vincolo giuridico, bensì il loro orientamento sessuale.

Il corto circuito posto dalla persona trans* che chiede di vedere modificato il sesso attribuito alla nascita, non dipende dal fatto che egli o ella senta e voglia essere femmina o maschio, in luogo di quanto scritto sui documenti anagrafici, bensì dalle relazioni affettive, sentimentali e sessuali che egli o ella intende porre in essere anche a rettifica realizzata. La persona che muta sesso dovrà approdare al genere di destinazione secondo i modelli, i parametri, i ruoli e le preferenze sessuali che sono "ordinate" per quel genere. Si pone come "ovvio" che una donna (a seguito di rettificazione) non debba più mantenere un rapporto matrimoniale con un'altra donna perché, giocoforza, nella struttura di pensiero del legislatore e delle Corti Superiori interrogate sul punto, non potrebbe "consumare" il rapporto sessuale implicato e legittimato nel e dal matrimonio: quello eterosessuale[39].

Nonostante le relazioni umane siano sicuramente più complesse e variegate delle combinazioni binarie previste dalla Legge e dai Giudici, sembra che la norma non riesca tutelare le variabili

39 Cfr. Corte Costituzionale n. 138/2010: *"Il riconoscimento del diritto di sposarsi a coloro che hanno cambiato sesso, quindi, costituisce semmai un argomento per confermare il carattere eterosessuale del matrimonio, quale previsto nel vigente ordinamento."* e ancora con riferimento all'art. 29 Cost. : *"Si deve ribadire, dunque, che la norma non prese in considerazione le unioni omosessuali, bensì intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto. Non è casuale, del resto, che la Carta costituzionale, dopo aver trattato del matrimonio, abbia ritenuto necessario occuparsi della tutela dei figli (art. 30), assicurando parità di trattamento anche a quelli nati fuori dal matrimonio, sia pur compatibilmente con i membri della famiglia legittima. La giusta e doverosa tutela, garantita ai figli naturali, nulla toglie al rilievo costituzionale attribuito alla famiglia legittima ed alla (potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale. In questo quadro, con riferimento all'art. 3 Cost., la censurata normativa del codice civile che, per quanto sopra detto, contempla esclusivamente il matrimonio tra uomo e donna, non può considerarsi illegittima sul piano costituzionale. Ciò sia perché essa trova fondamento nel citato art. 29 Cost., sia perché la normativa medesima non dà luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio."*

e le complessità degli individui e delle loro relazioni, e resti invece ancorata a schemi rigidi che incatenano le vite umane, a volte in modo irreversibile.

Negli ultimi vent'anni è stata chiesta una lettura critica e una interpretazione costituzionalmente orientata della legge italiana con le domande giudiziali avviate da cittadini e cittadine sempre più consapevoli di essere titolari di diritti fondamentali non più comprimibili, nonché dalle pronunce delle Corti sovranazionali. In particolare la Corte Europea dei diritti dell'uomo con diverse sentenze è andata affermando la necessità che gli Stati rispettino i diritti fondamentali posti nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo[40].

Possiamo ritenere risultati positivi sia il fatto che i Tribunali e le Corti siano state investite e abbiano trattato, temi prima banditi nel silenzio e nell'invisibilità, sia che, da ultimo, il Parlamento italiano abbia adottato una norma per disciplinare i rapporti di coppia tra persone dello stesso sesso: la Legge 76/2016. A chi scrive, tuttavia, il risultato appare ancora molto deludente, se si tiene conto che si sta discutendo di diritti umani fondamentali, continuando a comprimerli a favore di un generico interesse pubblico alla «*non modificazione dei caratteri fondamentali dell'istituto del matrimonio*»[41] .

La delusione è determinata dal fatto che, nonostante la Costituzione Repubblicana metta al centro la persona umana e nonostante l'etica dell'umanesimo dovrebbe spingere il legislatore, da alcuni secoli, a pensare le norme a tutela della persona, dell'individuo e della dignità dell'essere umano, su un tema fondamentale, come quello della identità sessuale, delle relazioni familiari e dello sviluppo della personalità individuale, il legislatore e la giurisprudenza costituzionale mantengono una prospettiva autoritaria che vincola i cittadini ai modelli patriarcali ed imposizioni eterosessiste.

La Corte di Cassazione nel caso sopra citato ha pertanto deciso di accogliere il ricorso, annullando l'annotazione dello scioglimento del matrimonio ma dichiarando: «*Risulta, in conclusione, necessario, al fine di dare attuazione alla declaratoria d'illegittimità costituzionale contenuta nella sentenza n. 170 del 2014, accogliere il ricorso e conservare alle parti ricorrenti il riconoscimento dei diritti e doveri conseguenti al vincolo matrimoniale legittimamente contratto fino a quando il legislatore non consenta ad esse di mantenere in vita il rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata che ne tuteli adeguatamente diritti ed obblighi.*». E così, di lì a poco, nel mese di maggio del 2016, il Parlamento italiano ha approvato una norma che disciplina le "unioni civili tra persone dello stesso sesso", creando per queste coppie un istituto *ad hoc*, che rinvia alle norme sui diritti e doveri dei coniugi, ma non determina alcune legame di affinità tra gli uniti civilmente, ed esclude l'applicazione delle norme in materia di filiazione per i figli nati entro le unioni civili tra persone dello stesso sesso (di questi temi si tratterà estesamente nella sezione II di questo lavoro). Contestualmente è stato introdotto il comma 4*bis* all'art. 31 del D.lgs. 150/2011 che dispone che la persona che ha proposto domanda di rettificazione di attribuzione di sesso ed il coniuge possono, nel giudizio di rettificazione, esprimere la volontà, in caso di accoglimento della domanda, di costituire l'unione civile, effettuando le eventuali dichiarazioni riguardanti la scelta del cognome ed il regime patrimoniale.

---

40 Ricordiamo, tra le altre, la sentenza della Corte europea diritti dell'uomo sez. grande chambre , 11/07/2002, n. 28957 in cui si stabilisce che *"Può sussistere un grave pregiudizio alla vita privata quando il diritto nazionale è incompatibile con un aspetto importante dell'identità personale. Nel contesto dell'art. 8 della Convenzione, dove la nozione di autonomia personale riflette un importante principio sotteso all'interpretazione delle garanzie di tale disposizione, la sfera personale di ciascun individuo è protetta, compreso il diritto per ciascuno di decidere i particolari della propria identità di essere umano"*; Corte europea dei diritti dell'uomo, seconda sezione, L. contro Lituania, decisione del 11 settembre 2007; Corte europea dei diritti umani, Affaire Y.Y. C. Turquie, decisione del 10 marzo 2015; Corte Europea dei diritti umani, sez. I, causa S.V. c. Italia, decisione dell'11 ottobre 2018

41 Sentenza n. 170/2014 Corte Costituzionale.

Nel caso di modificazione del sesso di uno dei due, quindi, nella ipotesi che vogliano restare insieme, i coniugi, dalla fine del 2016, possono chiedere che il matrimonio venga degradato in unione civile tra persone dello stesso sesso, finendo definitivamente fuori dall'orbita dell'art. 29 della Costituzione.

1.3 Adolescenti e identità sessuale: tra responsabilità genitoriale e autodeterminazione del bambino

La Convenzione di New York sui Diritti del Fanciullo del 1989 rappresenta la rivoluzione copernicana per i diritti dei minori, segnando il passaggio «dal bambino protetto al bambino partecipante»[42]. È proprio la previsione di diritti di partecipazione a testimoniare la portata innovativa della Convenzione alla luce della quale il minore, intendendo come tale l'individuo fino al diciottesimo anno di età (salvo che secondo le leggi del suo Stato non abbia raggiunto prima la capacità legale), è considerato una persona che ha diritti umani fondamentali, opinioni da esprimere e consapevolezza di sé. Diversamente da altre disposizioni, quali il divieto di non-discriminazione, il divieto di sfruttamento del lavoro minorile, il divieto di punizioni corporali, il divieto di impiego in attività produttive pericolose, che erano già stati riconosciuti in atti e documenti precedenti, negli articoli relativi alla partecipazione appare cristallina l'intenzione, originale e innovativa, di sconfessare un approccio puramente paternalistico ai problemi relativi alla tutela del minore. La necessità di tenere in debita considerazione l'opinione del bambino e procedere al suo ascolto nelle questioni e nei processi civili che a diverso titolo possono riguardarlo è stata per molto tempo trascurata dal legislatore italiano. Ad eccezion fatta del procedimento di adozione, per il quale la normativa interna non poteva non prendere in considerazione il tema del consenso (e con esso dell'audizione) dei minori, soltanto nel 2006, con l'entrata in vigore della legge n. 54, in tema di affidamento condiviso, si è assistito nell'ordinamento al primo rilevante cambiamento di impostazione. L'ormai abrogato articolo 155 *sexies* c.c. stabiliva per l'appunto che «il giudice dispone[sse], inoltre, l'audizione del figlio minore che [avesse] compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento». La disciplina è stata rivista con l'ultima grande riforma della filiazione, bipartita tra la legge n. 219 del 2012 e il d.lgs. n. 154 del 2013, per mezzo della quale l'ascolto è stato previsto quale figura generale, oltre che in numerose specifiche disposizioni, e dettagliato, nei suoi presupposti, modalità di estrinsecazione e possibili deroghe24. Pertanto, si prevede ai sensi dell'art. 315 *bis*, 3° comma, c.c. (introdotto dalla l. 10 dicembre 2012, n. 219), che «il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano». Il richiamo generico a «questioni» e «procedure» lascia intuire che l'ascolto debba esplicarsi non soltanto sul versante della tutela giurisdizionale, ma prima ancora e «a monte» nell'ambito delle stesse relazioni familiari e in tutti i procedimenti amministrativi in cui sia necessario assumere scelte che riguardano la vita del bambino o dell'adolescente. Il d.lgs. n. 154/2013 ha poi dettagliato il tema in numerose disposizioni più specifiche e ha introdotto gli artt. 336 bis c.c., interamente dedicato all'ascolto del minore, 337 *octies* c.c. (che sostituisce l'art. 155 *sexies* c.c.), in tema di poteri istruttori e ascolto del minore dei procedimenti della crisi della famiglia e 38 *bis* disp. att. c.c. (sulle modalità operative inerenti l'ascolto).

Queste considerazioni di ordine giuridico assumono ancora più rilevanza nei casi in cui si discute

42 Così P. Ronfani, *Dal bambino protetto al bambino partecipante. Alcune riflessioni sull'attuazione dei 'nuovi' diritti dei minori*, in Sociologia del diritto, 1, 2001, pp. 67 e ss.

di sessualità, identità e consenso poiché impongono di porre al centro dell'attenzione la persona del minore, i suoi bisogni e i suoi desideri prima ancora che gli interessi e le convinzioni dei genitori, dello Stato e della società. L'infanzia e l'adolescenza costituiscono un periodo fondamentale nella vita di un individuo per la costruzione della propria identità. Questa è una fase delicata di transizione in cui la personalità che va formandosi, come insieme delle caratteristiche biologiche, psicologiche e sociali, si costruisce nel tempo, potenziando e sviluppando le proprie peculiarità, ma anche utilizzando gli stimoli e gli apporti provenienti dall'ambiente. Nella costruzione dell'identità di ciascun individuo si deve considerare sia un patrimonio nativo, ereditario e congenito di attitudini e disposizioni individuali, sia l'insieme dei trattamenti educativi, delle influenze sociali e culturali, che concorrono a determinare i tratti della personalità. Come ha avuto modo di precisare anche il Comitato Nazionale per la Bioetica, in un documento del 25 febbraio 2010, le questioni attinenti alla strutturazione dell'identità sessuale del bambino e dell'adolescente richiedono una seria e approfondita riflessione, essendo in gioco le complesse decisioni di intervento sul corpo e sulla psiche da parte del medico, le modalità di consulenza ai genitori e agli stessi minori quando raggiungono un sufficiente grado di consapevolezza. Il Comitato sembra, dunque, cogliere la complessità delle implicazioni etico-giuridiche, sottolineando che: «ogni scelta in questa peculiare situazione deve essere adeguatamente ponderata, valutando caso per caso, in funzione del «riconoscimento» dell'identità sessuale nell'ambito di una considerazione globale del soggetto, bilanciando in una sintesi dinamica i dati biologici (nel caso di neonati) e gli aspetti biologico-psicologici (nel caso di minori con sufficiente livello di consapevolezza), con l'obiettivo di armonizzare elementi di disarmonia. La concezione della sessualità come realtà strutturante della persona nella sua unitotalità, modalità di esistere, di entrare in relazione, di essere nel mondo, impedisce di ricorrere ad un criterio esclusivamente fisicobiologico, così come impedisce di prescindere dalle dimensioni corporee del sesso a favore esclusivamente di quelle psichiche e culturali. [...] La sessualità, quindi, non è «neutra» alla nascita, anche se il/la bambino/a sono all'inizio del loro percorso di identificazione sessuale: vi sono elementi biologici (genetici, gonadici, ormonali, fenotipici) che si intrecciano con fattori ambientali (sociali e familiari, quali la rappresentazione dei genitori circa l'identità sessuale del figlio/figlia). La medicina, e anche il diritto, non possono ignorare questa complessità».

In questa cornice si inserisce quindi il tema dell'autonomia del minore e di autodeterminarsi pur all'interno di un sistema di garanzie e di tutele volto a proteggere la sua vulnerabilità. In particolare, La questione giuridica del consenso a intraprendere percorsi sanitari volti, da un lato, a bloccare temporaneamente la pubertà in attesa che il minore raggiunga una consapevolezza e maturità tali da poter stabilire con certezza in che modo raggiungere il proprio benessere psico-fisico e, dall'altro, la sottoposizione a terapie ormonali e a interventi chirurgici finalizzati all'adeguamento irreversibile del soma con la psiche rappresenta senza dubbio uno dei temi bioetici più delicati e dibattuti degli ultimi anni. La questione della disponibilità del proprio corpo da parte del minore e del diritto all'autodeterminazione rispetto alle scelte più intime, deve misurarsi con l'esigenza di protezione e di perseguimento della sua salute e del suo benessere. In altre parole, è necessario individuare il giusto equilibrio tra autonomia e protezione, specie in relazione all'esercizio dei diritti della personalità. Perché se è vero che «ci si trova di fronte ad una persona ancora in fase di formazione e sviluppo, la cui crescita è istituzionalmente affidata agli adulti che l'ordinamento individua come responsabili della cura di quel determinato soggetto»[43], è altrettanto vero che il riconoscimento al minore del valore di persona impone la tutela della sua dignità «a prescindere dalle attività che può

43 M. Piccinni, *Il consenso al trattamento medico del minore*, Cedam, Padova, 2007, p. 215.

compiere, e dalle particolari comunità e dalla classe sociale in cui si trova inserito»[44]. Pertanto, se si vuole proteggere la personalità del minore, diventa indispensabile apprezzarne l'ascolto in funzione della realizzazione della sua personalità.

Con riferimento alla normativa italiana, la materia segue la regola generale del consenso informato[45], secondo la quale qualsiasi trattamento sanitario, a eccezione di quelli imposti dalla legge, deve essere preceduto dalla manifestazione di volontà del soggetto interessato. Nel caso si tratti di persona minore di età, tale consenso deve essere prestato al medico dai genitori o dal suo legale rappresentante. L'atto infatti richiede la capacità di agire del soggetto oppure, in mancanza, l'intervento del suo rappresentante. Il concetto chiave cui ancorare la soluzione di tali conflitti è quello, da una parte, di valorizzare il concetto di responsabilità genitoriale, in forza del quale le scelte del genitore, indirizzate alla realizzazione degli interessi del figlio, devono essere prese nel suo esclusivo interesse e con lui condivise, man mano che egli acquista capacità di discernimento, nel rispetto delle sue inclinazioni naturali e aspirazioni (art. 30 Cost.) e, dall'altra, di adempiere seriamente al dovere di ascolto del fanciullo, consentendogli un'effettiva partecipazione nelle decisioni che lo riguardano, nel rispetto della sua dignità e capacità di autodeterminazione (artt. 315 *bis*, 2° comma, e 316, 1° comma, c.c.)[46]. Il discrimine tra autonomia decisionale del minore e potestà decisoria dei genitori è costituito dalla sua capacità di discernimento.

In generale, però, nonostante tali orientamenti, in Italia è ancora assente una regolamentazione normativa sistematica che indichi quali siano i principi e le più corrette modalità per informare i minori sui trattamenti sanitari cui debbano essere eventualmente sottoposti ed esprimere il loro consenso/dissenso. Questo comporta un notevole grado di incertezza in ambito clinico e difficoltà nel garantire contemporaneamente la tutela delle norme di legge e dei principi etici. Nemmeno la recente riforma del 2017, legge n. 219, che ha finalmente dettato in modo chiaro una disciplina in materia di consenso informato e ha introdotto le cd. disposizioni anticipate di trattamento[47], può considerarsi un punto d'arrivo appagante. In particolare, l'art. 1 della legge n. 219, sottolineando la diretta derivazione delle soluzioni indicate dalla Carta costituzionale (artt. 2, 13 e 32) e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (artt. 1, 2 e 3), ribadisce, in linea generale, la correlazione

44 P. Rescigno, *Personalità (diritti della)*, in Enciclopedia giuridica, vol. XXIV, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1991.

45 Per un approfondimento si rinvia a U.G. Nannini, *Il consenso al trattamento medico. Presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, Giuffrè, Milano, 1989. Tale principio è stato riaffermato anche dalla giurisprudenza costituzionale. Cfr., in particolare, Corte cost., sentenza del 23 dicembre 2008, n. 438 e 30 giugno 2009, n. 253.

46 È la stessa Corte costituzionale a precisare che «l'art. 2 Cost. collega, dunque, i diritti inviolabili al valore della persona e al principio di solidarietà. I diritti di libertà sono riconosciuti, cioè, dalla Costituzione in relazione alla tutela e allo sviluppo del valore della persona e tale valore fa riferimento non all'individuo isolato, ma a una persona titolare di diritti e doveri e, come tale, inserita in relazioni sociali. Il costituzionalismo contemporaneo è, del resto, ispirato all'idea che l'ordinamento non deve limitarsi a garantire i diritti costituzionali ma deve adoprarsi per il loro sviluppo. Di qui una concezione dell'individuo come persona cui spetta una "libertà di" e non soltanto una "libertà da"» (sentenza n. 141 del 2019, Considerato in diritto, § 5.1). Cfr., in particolare, L. Antonini, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in F. D'Agostino (a cura di), *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, in Atti del Convegno nazionale U.C.G.I., Pavia, 5-7 dicembre 2009, Milano, 2012; A. Spadaro, *I due volti del costituzionalismo di fronte al principio di autodeterminazione*, in Pol. dir., 2014, pp. 403 ss.

47 Si tratta di una di quelle materie «eticamente sensibili» che, a fronte dell'inerzia del legislatore, ha visto un attivismo giurisprudenziale piuttosto spinto, il quale ha svolto un ruolo cruciale di applicazione di norme costituzionali e sovranazionali. Si pensi, per esempio, alle problematiche emerse, in sede civile, come in sede penale, e sottese all'esercizio dei cd. diritti personalissimi in materia di consenso o rifiuto di trattamenti terapeutici da parte delle persone incapaci di intendere e di volere: Cass. 13 novembre 2008, n. 27145; App. Milano, decreto 9 luglio 2008, id., 2009, I, 35 e 37; Trib. Roma 23 luglio 2007, id., 2008, II, 105; o, più recentemente, alla vicenda costituzionale in tema di suicidio assistito (Corte. cost, ordinanza n. 207 del 2018, cd. «caso Cappato»).

fra espressione del consenso (all'inizio e alla prosecuzione del trattamento sanitario) e informazione, inquadrandola nella relazione di cura e fiducia tra paziente e medico. La lacuna rimane con riferimento alle persone minori di età: l'art. 3 della legge dispone che il consenso informato sia espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore.

1.4 Minore età e consenso informato

La legge n. 164/1982 non fa menzione di un requisito minimo di età richiesto per ottenere la rettificazione del sesso anagrafico (ed eventualmente del nome), lasciando aperta la controversa questione sulla possibilità o meno di includere la persona minorenne tra i suoi destinatari. Questo approccio si inscrive nella più generale tendenza dell'ordinamento giuridico italiano che sembra mantenere una posizione in bilico tra una più ampia valorizzazione del consenso del minore (alla luce anche della recente riforma del 2017, legge n. 219) e la conservazione della nozione di incapacità (con relativi poteri dei rappresentanti legali). Le risposte che la giurisprudenza ha tentato di fornire non sono univoche e, in mancanza di un intervento legislativo chiarificatore, la questione resta aperta sotto molti punti di vista.

Tra le sentenze pubblicate sul punto, leggiamo quella del Tribunale di Catania, ad esempio, che nel 2004, aveva ritenuto inammissibile la domanda proposta dai genitori di un minore volta ad ottenere l'autorizzazione all'esecuzione sul proprio figlio del trattamento di riassegnazione medico-chirurgica del sesso, «dovendo ritenersi che, rientrando l'identità sessuale nel novero dei diritti personalissimi, non valga la regola della rappresentanza dei genitori, e che nella specie, in difetto di un'espressa previsione di speciale capacità di agire del minore, l'esercizio del diritto in questione gli sia precluso già in astratto e in modo radicale»[48].

Questo orientamento si intende superato con una sentenza del Tribunale di Salerno del 2010, seguita poi dal Tribunale di Roma nel 2011. Quest'ultima, in particolare, muove dal rilievo che la persona minore di età deve essere ammessa all'azione in oggetto tramite rappresentante, pur trattandosi di atto personalissimo. In questo caso, dovrà valutarsi in concreto se sussista un conflitto di interessi tra il minore ed i suoi genitori, rappresentanti legali, dovendosi in tal caso nominare un curatore legale. Infine pone l'accento sulla necessità dell'ascolto del minore, come sotto il profilo istruttorio, dell'espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio[49].

48 Vedi sentenza Tribunale di Catania datata 14/03/2004, Rep. 2005, voce Persona fisica, n. 124 (per esteso in Dir. famiglia, 2004, 455).

49 Tribunale Salerno sez. I, 15 giugno 2010, n. 1387, Redazione Giuffrè 2010: «*Va autorizzato il genitore di un minore a prestare il proprio consenso affinché il figlio possa essere sottoposto a trattamento medico - chirurgico per l'adeguamento dei propri caratteri sessuali a quelli femminili in quanto il diritto alla salute di quest'ultimo, inteso non solo come mera funzionalità fisica, ma come benessere psico-fisico e il suo diritto all'identità sessuale considerato come diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale e di vedersi riconosciuto dalla società e dall'ordinamento il sesso corrispondente alla propria realtà psicosomatica, possono trovare tutela solo attraverso il ricorso ad una rettificazione chirurgica e, quindi, successivamente, anagrafica quando questa è l'unica strada per potere contribuire a garantire o quantomeno a migliorare il benessere psichico-sociale del minore.*» e sentenza Tribunale civile di Roma - Sezione I, Sentenza 11 marzo 2011, Guida al diritto, Luglio – Agosto 2011, n. 7 «*Il diritto all'effettiva identità sessuale costituisce chiara specificazione del più ampio diritto alla salute, di cui all'articolo 32 della Costituzione. Tale diritto non è più da intendersi circoscritto alla sola integrità fisica, ma riguarda anche il benessere psichico e relazionale in genere. L'intervento di riattribuzione chirurgica del sesso è un trattamento sanitario volto al raggiungimento dell'integrità psicofisica con la conseguenza, dunque, che quando esso deve essere espletato su un minore, vige il principio della rappresentanza dei genitori. La richiesta di autorizzazione ha natura di atto complesso, espressione di due volontà concorrenti, quella del minore e quella del genitore. Rispetto al minore dovrà essere considerata l'età e il grado di maturità intellettuale oltre che l'esigenza di tutela della sua personalità.*». *Ma*

Una delle più recenti sentenze di merito rinvenute in questo senso è stata depositata dal Tribunale di Genova il 17/01/2019 e ha accolto la domanda di rettificazione del sesso ed autorizzazione a far effettuare alla figlia minore ogni «ulteriore trattamento di carattere medico – chirurgico che dovesse essere ancora necessario all'adeguamento dei suoi caratteri e organi sessuali, primari e secondari, da femminili a maschili, nel rispetto del suo benessere psicofisico»[50], così dimostrando che per l'approdo all'identità di genere non è più necessario un intervento invasivo di tipo medico-chirurgico sui "caratteri sessuali". La sentenza è particolarmente importante non solo per quanto concerne le persone minorenni, ma anche per gli adulti, in quanto valorizza e realizza pienamente i principi enunciati dalle sentenze delle supreme corti emesse nel 2015 e che hanno rimesso al centro l'essere umano e la sua autodeterminazione. Ancora più recentemente è stato adito per analoga pronuncia il Tribunale di Ravenna; nella raccolta che segue si pubblica il decreto emesso incidentalmente da quel Tribunale in materia d uso del nome d'elezione nell'istituto scolastico[51].
Oltre alle sentenze citate, alcuni principi-guida possono ricavarsi dalla lettura sistematica delle fonti dell'ordinamento e dalla giurisprudenza in materia di minori «*gender variant*», per lo più relativi a casi di disforia di genere. Anzitutto è da riconoscersi, anche in capo al bambino e all'adolescente, il diritto all'identità sessuale, quale espressione del diritto alla salute (art. 32 Cost.)[52], che attiene alla dignità stessa della persona in quanto momento essenziale per il suo pieno e libero sviluppo (artt. 2 e 3 Cost. e 8 CEDU). In secondo luogo, alla luce del nuovo assetto normativo e ordinamentale volto a incoraggiare il coinvolgimento attivo del fanciullo nelle scelte che lo riguardano, nei modi e nei limiti della sua capacità di comprensione e maturità (artt. 315 bis, 336 bis c.c., 6 Convenzione di Oviedo, 24, primo comma, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, 12 Convenzione di New York), è stato stabilito che il divieto di rappresentanza rispetto al compimento di atti inerenti a diritti personalissimi non deve spingersi fino a ostacolare l'esercizio dei diritti fondamentali del soggetto. In terzo luogo, la separazione tra la rettificazione dei dati anagrafici e l'eventuale intervento chirurgico di riattribuzione del sesso, riconosciuta infine anche dalla Corte di Cassazione[53] e dalla Corte costituzionale[54], ha definito un vero e proprio diritto all'autodeterminazione in rapporto all'identità di genere, quale parte integrante il diritto alla salute e tratto identitario fondamentale della persona, rispetto al quale l'intervento chirurgico di modifica dei caratteri sessuali rappresenta soltanto uno delle tante modalità di garanzia di tale diritto. Pertanto, nel bilanciamento con i contrapposti interessi della certezza delle relazioni giuridiche e dell'esatta determinazione dei (due) generi (in relazione ai (due) sessi biologici) ha prevalso il diritto all'autodeterminazione di genere, all'integrità psico-fisica e alla dignità della persona. A parere di chi scrive, questo vale a maggior ragione nel caso dei minorenni, la cui identità sessuale e di genere è ancora in formazione.

---

anche, Tribunale di Frosinone, 25 luglio 2017, in Foro Italiano – 2018, ove, peraltro si fa riferimento alle relazioni psico-diagnostiche che evidenziano che "è necessario e urgente" che il minore possa ottenere, contemporaneamente, anche il cambio anagrafico, oltre che l'autorizzazione a sottoporsi agli interventi chirurgici, poiché "possedere documenti al femminili, in attesa della riassegnazione chirurgica di sesso, potrà permettere alla ragazza di cominciare a vivere e sperimentarsi pienamente secondo il genere percepito, contribuendo in maniera sostanziale al suo benessere e contenendo il rischio di sviluppare psicopatologie associate".

50 Tribunale di Genova, Quarta sezione civile, 17/01/2019.

51 Decreto Tribunale di Ravenna, 21 luglio 2020.

52 Questo è un assunto ormai consolidato, a partire dalla sentenza n. 161 del 1985 della Corte costituzionale, la quale – discettando sulla legittimità costituzionale degli artt. 1 e 5 della legge n. 164 del 1982 – ha affermato che l'identità sessuale di un individuo non è semplicemente un dato biologico legato al sesso anatomico bensì un dato complesso della personalità che incorpora elementi di carattere psicologico e sociale. È un diritto, proseguiva la Corte, che si fonda sugli artt. 2 e 32 della Cost. e, pertanto, gli interventi chirurgici di adeguamento del soma con la psiche debbono ritenersi leciti. In quell'occasione, quindi, veniva fornita una lettura aperta dell'articolo 2 Cost. e si riconosceva anche un generale dovere di solidarietà dei consociati nei confronti della persona transessuale e della sua inclusione sociale.

53 Corte di Cassazione, sezione I civile, n. 15138 del 2015.

54 Corte cost., sentenza del 5 novembre 2015, n. 221.

Alla luce di questo quadro si può dunque desumere che il diritto all'identità sessuale e di genere inerisce al diritto alla salute di rango costituzionale (art. 32 Cost.) e quindi l'intervento di adeguamento dei caratteri sessuali all'identità psicosessuale deve certamente ricomprendersi tra i trattamenti sanitari necessari per i quali è ammessa la rappresentanza dei genitori perché funzionale all'esercizio di diritti fondamentali; e che la partecipazione del minore in scelte personalissime, mediante il suo ascolto – diretto o indiretto – è dirimente, essendo il modo migliore per accertare cosa contribuisce a garantire o a migliorare il suo benessere che rappresenta il fine ultimo di ogni decisione che lo riguarda. In questi casi, il consenso all'intervento si caratterizza allora come «atto complesso, espressione di due volontà, quella del minore, la cui manifestazione va valutata [concretamente] in relazione all'età e al grado di maturità, e quella dei genitori»[55].

CAPITOLO 2
INTERSESSUALITÀ E TUTELA DEI MINORI*

Sommario

1. L'intersessualità e il mito dei due sessi
2. Il "trattamento" giuridico delle persone intersessuali

2.1 L'intersessualità e il mito dei due sessi

La concezione del maschile e del femminile come "uno, nessuno, centomila" è una spinta interpretativa piuttosto recente che nasce e si sviluppa nella cultura occidentale sia come risposta storico-sociale ai femminismi e agli studi di genere, sia come nuova epistemologia che si è trovata a fare i conti con l'analisi psicologica del comportamento sociale. Il biologico, cioè l'appartenenza ad un sesso cromosomico e gonadico, è ormai considerato insufficiente a descrivere il genere e l'identità di genere. L'appartenenza ad uno dei due sessi, quale garanzia di una sicura identità sessuale, viene dunque minata dalla complessità della prospettiva. L'identità sessuale deriva infatti dall'interazione tra dimensione biologica e socio-culturale (contro il determinismo biologico da un lato e il determinismo socio-culturale dall'altro): si riconosce, in altre parole, la rilevanza della componente biologica ma anche l'intervento di fattori esterni (psicologici e ambientali) che consentono, sin dalle prime fasi di sviluppo del minore, il raggiungimento e l'espressione di un sufficiente grado di consapevolezza. Pur senza sapere "quanto" e "come" essi interagiscano, è ormai consolidato che interagiscono. Contro ogni tradizione e classificazione socio-culturale, ciascun individuo esperisce la propria sessualità anche e soprattutto a livello della psiche, eccedendo quindi i limiti del meramente biologico e del costruttivismo sociale. Eppure, storicamente così non è mai stato e non è tuttora: i miti della virilità, della sottomissione femminile, degli amori dovuti e di

* L'autore di questo capitolo è Luca Giacomelli

55 Trib. Frosinone, 25 luglio 2017, in Foro.it.

quelli proibiti mantengono una funzione culturale e sociale di fondamentale importanza, perché contribuiscono a consolidare le strutture sociali e le istituzioni civili e religiose che caratterizzano una certa società[56]. Tra questi, il radicato culturale e religioso del dimorfismo sessuale rimane attualmente uno dei dispositivi biopolitici tra i più inossidabili e pervasivi delle moderne società occidentali[57]. La concezione che ogni cultura ha del corpo sessuato e della distinzione maschio/femmina muta nel tempo e nello spazio. Per quanto sarebbe illuminante un'analisi diatopica delle concezioni di sesso e genere nelle diverse culture, ci concentreremo su quella occidentale ed in particolare sulla trasformazione nel modo di intendere la distinzione tra i sessi avvenuta a partire dal diciottesimo secolo, quando si passò da una visione del corpo "ad un solo sesso" ad una visione "bi-sessuale". Nella visione precedente, il corpo femminile e, dunque, anche il sesso femminile erano considerati una "versione inferiore" del corpo e della sessualità maschile ma soltanto da un punto di vista di grado, di gerarchia. Secondo Laqueur[58], il sesso femminile costituiva una versione meno sviluppata del sesso maschile ma derivante pur sempre da una base comune; in seguito la prospettiva muta e le differenze tra i sessi divengono tipologiche, segnando l'accentuazione di un binomio (maschio/femmina) che non accetta niente di intermedio. Nella nuova visione "bi-sessuale", quelle strutture fino ad allora considerate comuni vengono nettamente distinte e differenziate per le necessità di eliminare ogni ambiguità tra i due generi. Organi che fino a quel momento non erano stati contraddistinti, ora ricevono anche un nome specifico affinché possano corrispondere alla cultura del maschio e della femmina. Scrive Michel Foucault:

«[l]e teorie biologiche della sessualità, le concezioni giuridiche dell'individuo, le forme di controllo amministrativo nelle nazioni moderne, hanno portato poco a poco al rifiuto dell'idea di una mescolanza dei due sessi in un unico corpo e di conseguenza a porre un limite alla libera scelta di individui indeterminati. Pertanto, tutti dovevano avere uno ed un solo sesso. Tutti dovevano avere la propria primaria, profonda, determinata identità sessuale; ciò che poteva apparire un elemento dell'altro sesso poteva essere solo accidentale, superficiale o persino semplicemente illusorio. Da un punto di vista medico, ciò significava che quando aveva di fronte un ermafrodita, il medico non doveva più riconoscere la presenza dei due sessi, giustapposti e mescolati, o sapere quale dei due prevaleva sull'altro, ma doveva decifrare il vero sesso nascosto sotto l'ambiguità delle apparenze».[59]

La netta distinzione tra i due sessi è legata, ancora una volta, ai mutamenti culturali e sociali che, a partire dalla Rivoluzione industriale e dalla sempre maggiore separazione tra la sfera domestica e la sfera pubblica, coinvolgono le società occidentali. E quelle differenze corporee, che certamente anche prima erano tenute ben presenti, adesso divengono "l'espressione logica di un dato ordine cosmologico governato da differenza, gerarchia ed interrelazione, quali "indicatori" della distinzione maschio/femmina piuttosto che base o "causa" di essa"[60]. In continuità con i miti antichi, se pur fondati su motivazioni diverse, i miti moderni perseverano il dogma del binarismo sessuale, incarnato in corpi nettamente distinti e, dunque, immediatamente riconoscibili. Da Giove e Giunone a Barbie e Ken, il concetto binario di sesso e genere nasce in definitiva dalla constatazione di uno

56 Si veda, in particolare, E. Cantarella, *Dammi mille baci. Veri uomini e vere donne nell'antica Roma*, Feltrinelli, Roma, 2009.
57 Sul punto si veda, in particolare, M. Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al College de France (1978-1979)*, Feltrinelli, Milano, 2005.
58 Si veda T. Laqueur, *Making sex: body and gender from the Greeks to Freud*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1990; trad. it., *L'identità sessuale dai greci a Freud*, Laterza, Roma-Bari, 1992.
59 M. Foucault, *Herculine Barbin detta Alexina B. Una strana confessione. Memorie di un ermafrodito presentate da Michel Foucault*, trad. it., Einaudi, Torino 1979.
60 T. Laqueur, *Making sex*, cit., pp. 151-152.

squilibrio: non deriva dalla presa d'atto neutrale di una realtà sessuata, bensì dall'interpretazione socio-culturale di uno squilibrio di potere. Il mito dei due sessi, tanto nell'antichità quanto nella modernità, si presta alla costruzione culturale del genere in virtù della quale l'accesso alla sfera pubblica, la divisione del lavoro, la detenzione del potere si sono caratterizzati per una profonda asimmetria a svantaggio del genere femminile[61].

Alla luce di tale premessa, è chiaro come il fenomeno dell'intersessualità attacca alle basi il mito dei due sessi che vorrebbe affermato il dogma del binarismo sessuale e di genere, ignorando la complessità della vita e dell'esperienza umana. La condizione delle persone *intersex* scombina i tradizionali sistemi di classificazione sociale e giuridica, dimostrando che "i corpi anatomici non rappresentano più le ideologie di sesso e di genere in essi incluse"[62] e rendendo così necessario un ripensamento del rigido dimorfismo sessuale che caratterizza le società occidentali e che ha evidentemente contaminato anche le categorie del ragionamento giuridico. L'essere umano appare piuttosto come un *continuum*[63], ai cui due poli estremi si trovano la femmina e il maschio biologici "standard", e lungo di esso un insieme (tutt'altro che numericamente irrilevante) di persone con varietà cromosomiche e/o fenotipiche che non rientrano in quei due opposti.

L'intersessualità[64] è una condizione prima fisica che psicologica. Secondo i dati statistici dell'*Intersex Society of North America20*, nasce intersessuale un bambino ogni duemila. Questo significa che, se la popolazione italiana è stimabile attorno ai 60 milioni di abitanti, le persone intersessuali in Italia sono probabilmente attorno alle 30 mila unità. In ogni caso non è una questione di numeri. Considerando inoltre che, nella maggior parte dei casi, l'intersessualità non è visibile alla nascita e viene scoperta solo durante il periodo adolescenziale o nel momento in cui vengono effettuati test di fertilità o altri esami specifici diventa ancora più complicato stilare delle stime precise. È il caso, per esempio, dei soggetti colpiti da sindrome di Klinefelter[65] che comporta la presenza di un terzo cromosoma sessuale. Generalmente le persone "XXY" sono classificate dalla medicina come maschi. Alla nascita, in effetti, appaiono maschi, ma quando giungono alla pubertà non sviluppano i caratteri secondari maschili e non sviluppano pene e testicoli di dimensioni funzionali. Hanno

61 Cfr., per esempio, S. Piccone Stella – C. Saraceno (a cura di), *Genere. La costruzione sociale del femminile e del maschile*, Il Mulino, Bologna, 1996.

62 M. Pickles, *Vestirsi per fare colpo: il transgender e la minaccia all'identità di genere*, in D. Buchbinder – S. Petrilli (a cura di), *Masculinities. Identità maschili e appartenenze culturali*, Mimesis, Milano, 2009.

63 Nel 1993, sulla rivista americana *The Sciences*, la biologa Anne Fausto-Sterling ha cercato di sgomberare il campo dai pregiudizi di genere che influenzavano la ricerca scientifica, con un articolo provocatoriamente intitolato: *The five sexes. Why male and female are not enough*. Nell'articolo, la biologa sostiene la teoria per cui il sesso sarebbe un *continuum* e che quindi in realtà saremmo tutti intersessuali. Si veda, A. Fausto-Sterling, *The Five Sexes, Revisited*, in *The Sciences*, vol. 40, 4, 2000, pp. 18-23; *Id.*, *Sexing the Body: Gender Politics and the Construction of Sexuality*, Basic Books, New York, 2000.

64 L'intersessualità si riferisce alle anomalie congenite del sistema riproduttivo, che possono comportare lo sviluppo atipico, talvolta ambiguo, dell'apparato genitale. La maggioranza delle forme di intersessualità non è visibile alla nascita. È il caso, per esempio, delle ragazze con una completa insensibilità agli androgeni (AIS): generalmente nascono con un fenotipo tipicamente femminile e possono scoprire di avere cromosomi XY all'età della pubertà, dopo essersi sottoposte ad esami per accertare le cause dell'assenza di menarca. Lo stesso si può dire per i maschi con cromosoma «XXY» che possono venire a conoscenza della propria intersessualità in un percorso di analisi dei motivi dell'infertilità. I casi di nascite con genitali «ambigui», rispetto alle definizioni tradizionali del femminile e del maschile (per esempio, forme di ermafroditismo), sono una minoranza ma pur sempre significativa. Per un approfondimento si suggerisce Comitato nazionale per la bioetica, *I disturbi della differenziazione sessuale nei minori: aspetti bioetici*, in www.governo.it/bioetica/pareri_abstract/testo_20100225.pdf, 2010. Dati e stime attendibili sono invece reperibili sul sito web della Intersex Society of North America: http://www.isna.org/. Si veda, inoltre, J.S. Kessler, *La costruzione medica del genere: il caso dei bambini intersessuati*, in Piccone Stella – C. Saraceno (a cura di), *Genere. La costruzione sociale del femminile e del maschile*, Il Mulino, Bologna, 1996.

65 Comitato nazionale per la bioetica, *I disturbi della differenziazione sessuale nei minori: aspetti bioetici*, in www.governo.it/bioetica/pareri_abstract/testo_20100225.pdf, 2010, p. 8.

invece voce sottile, fianchi arrotondati, spalle spioventi, e spesso sviluppano il seno. È il caso, poi, dei soggetti colpiti da sindrome di Morris[66]: geneticamente sono maschi "XY" ma, per una incapacità di reazione agli ormoni maschili durante la gravidanza, nascono come bambini micropenici con testicoli introflessi. Non avendo i testicoli non produrranno mai testosterone e quindi non potranno in adolescenza acquisire i caratteri secondari maschili. Ed ancora è il caso dei soggetti affetti da iperplasia surrenale congenita che consiste in un malfunzionamento delle ghiandole surrenali che producono poco cortisolo e poco aldosterone. Nelle donne, la conseguenza è lo sviluppo in età puberale di caratteri sessuali secondari maschili. Più rare sono invece le nascite con genitali misti o addirittura forme di ermafroditismo o pseudoermafroditismo[67]. Il termine ermafroditismo è applicato correttamente solo quando è impossibile stabilire il sesso di un individuo semplicemente e soltanto su base anatomica. Il vero ermafrodita (con entrambi i tessuti, ovarico e testicolare) può in realtà presentarsi sia come femmina sia come maschio, sebbene vi siano di solito delle anomalie dello sviluppo o della differenziazione dei genitali, quali ernia inguinale, criptorchidismo, fusione labiale o sproporzione fallica. Lo pseudoermafroditismo di solito è il risultato di un problema endocrino e presenta un cariotipo normale. Può essere maschile, con corredo cromosomico 46,XY e genitali ambigui o di tipo femminile, e femminile, con cariotipo 46,XX e genitali ambigui o di tipo maschile. Va tuttavia sottolineato come la percentuale di incidenza dell'intersessualità dipenda anche da quali variazioni si considerano e da quali definizioni si usano, essendo molteplici i fattori che concorrono allo sviluppo sessuale già a partire dalla fase del concepimento.

2.2 Il "trattamento" giuridico delle persone intersessuali

Nella maggior parte degli ordinamenti di tradizione giuridica occidentale, il diritto quale scienza sociale è tipicamente costruito sul dogma del binarismo sessuale, aspetto che genera incertezza sul "trattamento" giuridico, delle persone che manifestino variazioni intersessuali. La "soluzione" all'incertezza nell'ascrizione sessuale del "minore" intersessuale è rinvenuta nella modifica del corpo, ossia nel suo adeguamento chirurgico – spesso nelle prime settimane di vita e per finalità di natura meramente estetica/normalizzante – a quei canoni che sono considerati "normali" per un corpo considerato femminile o per un corpo considerato maschile[68]. Le ragioni che vengono addotte per provare a giustificare gli interventi praticati senza finalità di natura sanitaria si riferiscono alla supposta "necessità" di ricondurre il corpo entro standard di presunta "normalità" sulla base del presupposto (a-criticamente assunto ma) non dimostrato, per cui diversamente ne sarebbe compromesso il benessere della persona coinvolta[69]. Al contrario, risulta sistematicamente assente la valutazione del reale e concreto interesse del minore, così come la valutazione dei criteri e dei parametri assunti per valutarlo, prospettiva che avvicina la questione al "bisogno" di rispettare modelli e paradigmi di riferimento, implicitamente fatto proprio dalla normativa e dalle prassi[70]. La vicenda delle persone intersessuali mette così in luce il paradosso di agire in maniera invasiva e irreversibile, assumendo il presunto obiettivo del benessere del minore, senza tuttavia indagare se sia effettivamente garantito. Emblematica, in questo senso, è la critica al protocollo

66 *Idem*, p. 9.
67 *Idem*, p. 10-11.
68 Sul punto è molto efficace L. Bernini, *Maschio e Femmina Dio li creò!? Il sabotaggio transmodernista del binarismo sessuale*, Milano, Il Dito e la Luna, 2010.
69 G.N. Callahan, *Between XX and XY. Intersexuality and myth of two sexes*, Chicago, Chicago Review Press 2009.
70 Cfr., tra gli altri, L. Giacomelli, *Quando la vita infrange il mito della normalità: il caso dei minori intersessuali*, in Riv. Crit. Dir. Priv., n. 4, 2012.

medico, paternalistico e retrogrado, che prevede la "normalizzazione" chirurgica dei genitali ambigui del neonato intersessuale, con l'intento di favorirne il migliore adattamento all'interno del sesso assegnatoli e con la speranza (poi smentita dai fatti) di evitare disturbi dell'identità di genere[71]. Si propone, al contrario, la valorizzazione della diversità di ogni essere umano in quanto tale, al fine di tutelarne la dignità e i basilari diritti umani, sostenendo una moratoria su tutti gli interventi chirurgici di "normalizzazione" non necessari alla salute del minore e lasciando decidere quest'ultimo, una volta raggiunta la maturità necessaria, se e come intervenire sul proprio corpo[72]. È interessante rilevare come il fattore culturale si scontri con la scienza e con il diritto nel momento in cui si discute su come, quando e perché intervenire chirurgicamente (non a scopi terapeutici) sui minori intersessuali: l'Occidente grida allo scandalo di fronte alle pratiche mutilatorie femminili che vengono effettuate per motivi religiosi in alcuni paesi islamici africani, eppure chiude gli occhi davanti a tali interventi chirurgici di "normalizzazione", presentati come cure necessarie o come unica scelta possibile, quando altro non sono che mutilazioni genitali e corporee dettate dal dogma del binarismo sessuale.

Una delle prime sentenze costituzionali in materia di gestione del minore *intersex* risale al 1999 ad opera della Corte costituzionale colombiana[73]. Questa pronuncia è particolarmente significativa perché è la prima volta che una Corte suprema si misura con la questione della legittimità e dell'eticità del protocollo medico tradizionale di intervento precoce sui minori intersessuali mettendone in luce le contraddizioni. Il nodo giuridico da sciogliere era tutt'altro che semplice: proibire gli interventi chirurgici non terapeutici volti alla "normalizzazione" dei genitali ambigui fino al momento in cui il bambino non avesse raggiunto l'età del consenso, correndo il rischio, però, di lanciarsi in un esperimento sociale di cui il bambino avrebbe potuto fare le spese; oppure continuare a permettere il protocollo tradizionale, con il rischio invece di scambiare il migliore interesse del minore con l'interesse della società a conservare l'ordine delle cose. Il caso riguardava NN, una bambina di poco più di tre anni affetta da pseudoermafroditismo maschile, i cui genitali si stavano sviluppando in maniera ambigua. Un *team* di medici aveva consigliato di intervenire chirurgicamente con una vaginoplastica, mediante la rimozione del pene che, assicuravano, non sarebbe mai stato in grado di svolgere la propria funzione. Tuttavia, l'*èquipe* di esperti non intendeva procedere all'intervento senza prima l'autorizzazione del tribunale, in virtù di una precedente sentenza della Corte costituzionale che aveva affermato che la potestà dei genitori non era assoluta e non poteva spingersi sino a decisioni irreversibili e così importanti per la vita del minore[74]. Pertanto, i genitori ricorrono al giudice per ottenere l'autorizzazione a procedere al trattamento sanitario: secondo i medici, infatti, attendere che il minore raggiungesse l'età per il consenso sarebbe stato controproducente per la sua salute e avrebbe ostacolato "il suo normale sviluppo fisico, psicologico e sociale". In assenza di giurisprudenza in materia, la Corte effettua una ricerca, sottoponendo un questionario *ad hoc* ai principali ospedali nazionali ed internazionali. I risultati della ricerca confermano la complessità del tema e la contrapposizione tra i sostenitori dell'intervento chirurgico precoce e i sostenitori della

71 Su tutti, J. Money, *Hermaphroditism: recommendations concerning case management*, in *Journal of clinical endocrinology and metabolism* 4, 1956.

72 Si veda, per esempio, la proposta di legge A.C. 246; A.S. 392; A.S. 405 di modifica alla legge in materia di cambiamento di sesso (l. 164/1982), depositate nel corso della XVII legislatura («Norme in materia di modificazione dell'attribuzione di sesso»), che prevedono la moratoria completa per gli interventi chirurgici, fatte salve esigenze di salute urgenti. L'approvazione di una simile normativa avrebbe apportato un sicuro beneficio alla salute delle persone intersessuali che non sarebbero più state sottoposte a trattamenti irreversibili e invasivi, se non realmente necessari per il loro benessere.

73 Corte costituzionale della Colombia, 12 maggio 1999, no. SU-337/99; cfr. anche la sentenza del 2 agosto 1999, no. T- 551/00 della stessa Corte costituzionale colombiana su analoga questione.

74 Corte costituzionale della Colombia, 1995, no. T-477/95.

necessità del consenso da parte del minore. La decisione finale della Corte si può interpretare come un compromesso. Alla fine i giudici costituzionali ritengono che siano i genitori a dover decidere sulla base di un consenso pienamente informato e orientato al superiore interesse del bambino. La Corte, tuttavia, non manca di rilevare come la gestione clinica dell'intersessualità assuma caratteristiche diverse rispetto agli altri casi di consenso informato prestato dai genitori in sostituzione del minore incapace: l'ignoranza sul tema e il contesto sociale stigmatizzante, infatti, non garantiscono che i genitori (e gli stessi medici) siano nella posizione migliore per prendere una decisione nel miglior interesse del bambino. La Corte cerca quindi di trovare un equilibrio tra la protezione dei diritti fondamentali del minore intersessuale, da un lato, e l'esercizio della potestà genitoriale, dall'altro.

Il caso colombiano è significativo sotto diversi profili. Innanzitutto, rappresenta la prima pronuncia di una Corte suprema in materia di gestione clinica dell'intersessualità. Il protocollo medico tradizionale di intervento chirurgico precoce sui genitali ambigui viene messo sotto accusa: soddisfa realmente l'obiettivo dei *best interests of the child*? A partire dalle teorie di John Money[75], il quale ipotizzava che i bambini nascessero senza una determinata identità di genere e che questa si sviluppasse successivamente in base al contesto sociale e familiare in cui si trovavano a crescere, la chirurgia e la psicologia hanno pensato di poter modellare il genere e l'identità del bambino: l'importante era agire in fretta adattando i genitali ambigui al genere stabilito. Quanto prima si interveniva, tanto più si riducevano le conseguenze negative per la salute psichica del bambino. A ciò si doveva accompagnare una rigorosa educazione secondo il genere assegnatoli al fine di favorire la sua piena socializzazione ed evitare così disturbi identitari. Gli stessi genitori dovevano essere educati e, in un certo senso, tranquillizzati circa la condizione del figlio/a: una volta determinato/provato il vero genere, i genitali "difettosi" potevano essere aggiustati e il vero genere "riannunciato". Infatti, il genere era sempre stato quello che adesso si poteva vedere. Tuttavia, a ben vedere, tale teoria sembra fondarsi più su valori e paradigmi culturali che non su principi medico-biologici: questo protocollo medico è infatti viziato da un errore di fondo. Si basa sulla convinzione che il genere sia qualcosa di naturale e che trovi la sua manifestazione incontrovertibile nell'espressione genitale. Eppure, come visto nei paragrafi precedenti, sesso e genere sono in larga parte costruzioni sociali e in tal modo "ciò che non è normativo viene fatto diventare normativo"[76]. L'ambiguità anatomica dei corpi intersessuali viene corretta in modo che si conformi ad una dicotomia di genere "naturale", cioè culturalmente inattaccabile. In secondo luogo, la decisione della Corte colombiana valorizza fortemente il ruolo del consenso informato, sottolineando come gli interventi chirurgici di "normalizzazione" rappresentino una violazione dei diritti fondamentali del minore. A tal fine, vengono richiamati gli artt. 2 (principio di eguaglianza), 3 (superiore interesse del minore), 12 (diritto all'ascolto) e 16 (diritto alla privacy) della Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo che rappresenta certamente il più importante strumento internazionale nel riconoscimento e nella promozione del minore e dei suoi diritti. Due sono i profili che paiono cruciali ai fini del discorso sulla legittimità o meno del protocollo medico tradizionale: il primo riguarda il principio di eguaglianza e di non discriminazione sulla base del sesso; il secondo riguarda il *right to privacy* nella sua particolare veste di diritto all'autonomia e autodeterminazione dell'individuo. In particolare, l'art. 12 della Convenzione di New York parla di diritto all'ascolto del minore[77]. Tale articolo enuncia

75 J. Money, *Hermaphroditism: recommendations concerning case management*, in *Journal of clinical endocrinology and metabolism* 4, 1956.

76 J.S. Kessler, *La costruzione medica del genere: il caso dei bambini intersessuati*, in Piccone Stella – C. Saraceno (a cura di), *Genere. La costruzione sociale del femminile e del maschile*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 116.

77 Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo (1989), Art. 12: "Gli Stati parte garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa,

un diritto sostanziale, affermando che tutti i minori hanno il diritto di partecipare alle decisioni che li riguardano; ma al contempo è anche un diritto procedurale, ovvero uno strumento attraverso il quale intervenire nei processi decisionali, influire sulle scelte, denunciare abusi di potere e ottenere giustizia. Consente, in altre parole, di essere protagonisti delle proprie scelte "esistenziali", di opporsi alle violazioni, di agire per ottenere il riconoscimento dei propri diritti. Ne consegue che il diritto all'ascolto agisce in tutte le decisioni che concernono la vita del bambino, dalla scuola alla famiglia, dai tribunali agli ospedali; richiede, anzitutto, l'obbligo di mettere il minore nella condizione ottimale per poter esprimere la sua opinione e, in secondo luogo, la garanzia del rispetto dei diritti riconosciuti compatibilmente con l'età, il grado di maturità e il vissuto del minore.

Negli ultimi anni l'approccio scientifico e giuridico è cambiato alla luce di una rinnovata attenzione ai valori della persona minorenne e ai suoi diritti fondamentali. Dignità, eguaglianza e non discriminazione, salute e integrità fisica, autodeterminazione appartengono anche al minorenne, il quale è persona a tutti gli effetti e non più soltanto un mero oggetto di protezione. La realizzazione dei suoi *best interests* richiede quindi una valutazione in concreto della massimizzazione del suo benessere derivante dal bilanciamento dei diritti e interessi in gioco. In Italia risale al 2010 un parere ufficiale del Comitato Nazionale per la Bioetica nel quale sono state tracciate le linee guida da seguire nel trattamento dei soggetti colpiti da disturbi della differenziazione sessuale[78]. In questo documento, dopo un inquadramento storico e clinico della questione, sono evidenziati gli elementi principali delle linee guida bioetiche internazionali, al fine di cogliere i nodi problematici sul piano etico e giuridico, giungendo ad esprimere alcune importanti raccomandazioni condivise. In particolare, si afferma che ogni intervento sul corpo deve essere guidato dal principio del miglior interesse del bambino, evitando mutilazioni non necessarie (tali interventi andrebbero attuati solo in condizioni di urgenza, essendo preferibile attendere che il soggetto raggiunga una maturazione che consenta di esprimere il consenso); inoltre, la famiglia e lo stesso minore (se in condizioni di comprendere) devono essere adeguatamente informati e sostenuti psicologicamente e la comunicazione deve essere attenta e graduale, predisponendo una appropriata consulenza. Si fa riferimento anche ad un sistema giuridico impreparato ad affrontare situazioni di questo tipo, un sistema che da un lato impedisce a persone *transgender* maggiorenni di cambiare genere sui documenti a meno che non si sottopongano a un intervento chirurgico e, dall'altro, permette a genitori e medici di intervenire chirurgicamente sul corpo di minorenni, in barba ai diritti fondamentali di cui anche il minore è titolare, per "normalizzarli" secondo i dettami del binarismo sessuale. Si sottolineano quindi le lacune di un ordinamento, quello italiano, improntato al più rigido binarismo sessuale che, per esempio, non consente alcuna deroga all'obbligo di dichiarazione del sesso alla nascita che deve avvenire in tempi molto brevi e non ammette eccezioni[79]. Scrive il Comitato: «[l]'attuale normativa che regola la dichiarazione del sesso

le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità. A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale."

78 Comitato nazionale per la bioetica, *I disturbi della differenziazione sessuale nei minori: aspetti bioetici*, in www.governo.it/bioetica/pareri_abstract/testo_20100225.pdf, 2010.

79 In Italia il D.P.R. 3 novembre 2000 n. 396 (art. 30) richiede che la dichiarazione di nascita sia fatta entro 3 giorni dal parto presso la direzione sanitaria dell'ospedale o casa di cura dove è avvenuto il parto o entro 10 giorni presso l'Ufficio di Stato Civile del Comune ove il bimbo è nato o del comune di residenza dei genitori. Nella dichiarazione è richiesta anche esplicitamente l'indicazione del "sesso del bambino" (art. 29) e il nome di quest'ultimo deve corrispondere al sesso (art. 35). Se la dichiarazione è fatta dopo più di 10 giorni dalla nascita (dichiarazione tardiva, art. 31), l'Ufficiale dello Stato Civile può riceverla solo se il dichiarante indica espressamente le "ragioni del ritardo". Il dichiarante deve indicare le ragioni del ritardo e di tale ritardo viene data segnalazione al Procuratore della Repubblica. Nei casi di "omessa dichiarazione" o di dichiarazione tardiva senza indicazione delle "ragioni del ritardo", l'Ufficiale ne riferisce al Procuratore della Repubblica per il

alla nascita (D.P.R. 3 novembre 2000) [dovrebbe] essere integrata con una "annotazione" riservata, fondata su rigorosa e completa certificazione medica della patologia di cui soffre il neonato, così da consentire in seguito – se necessario – una rettificazione dell'indicazione anagrafica attraverso una procedura più semplificata rispetto a quella prevista dalla legge vigente (che richiede il trattamento medico chirurgico in base alla normativa sulla rettificazione sessuale, Legge 14 aprile 1982)»[80].

È evidente che questo non è sufficiente a garantire quella massimizzazione del benessere del bambino che, invece, una lettura sistematica dei principi di diritto internazionale (Convenzione ONU sui diritti del fanciullo) e della Costituzione italiana imporrebbe. Costituzione che assume la persona come perno del proprio "progetto", dunque dal principio personalista che certamente si oppone a qualsiasi forma di "oggettivizzazione" dell'individuo, al contrario, valorizzandone la centralità in ogni scelta e vicenda che lo vede coinvolta (artt. 2, 3 e 32 Cost.). La tutela costituzionale della salute, *ex* art. 32 Cost., non dovrebbe ammettere un asservimento del benessere individuale ad astratti canoni di presunta "normalità". Al contrario, prioritaria nell'eventuale scelta terapeutica dovrebbe essere l'integrità del corpo e la non compromissione della vita sociale e relazionale della persona *intersex*, attuale e futura. A rafforzare questo approdo sono anche i due architrave dello stato costituzionale, ossia i principi di eguaglianza e pari dignità sociale, *ex* artt. 2 e 3 Cost., che certamente si oppongono a un trattamento irreversibile e violento, in ragione di una condizione personale e alla compromissione del pieno sviluppo della personalità in ragione di una condizione personale, peraltro non scelta, in nome del perseguimento di astratti modelli di riferimento. Purtroppo, il quadro normativo italiano vede ad oggi soli strumenti di *soft law*, come le sopracitate Linee Guida elaborate dal Comitato Nazionale per la Bioetica, posto che non è stata approvata la proposta di legge che mirava a introdurre una moratoria degli interventi chirurgici per ragioni meramente estetiche.

CAPITOLO 3
RACCOLTA GIURISPRUDENZIALE IN MATERIA DI IDENTITÀ DI GENERE

A cura di Patrizia Fiore

NORME DI RIFERIMENTO

Articoli 2, 3 e 32 della Costituzione
Legge n. 164 del 14 aprile 1982
Art. 31 del Decreto Legislativo n. 150 del 2011
Art. 35 DPR 396/2000
Art. 8 Convenzione Europea sui Diritti Umani (CEDU)
Art. 14 Convenzione Europea sui Diritti Umani (CEDU)
Art. 5 Codice Civile

promovimento del "giudizio di rettificazione" (art. 32).
80 Comitato nazionale per la bioetica, *I disturbi della differenziazione sessuale nei minori*, p. 2.

Corte di Cassazione, prima sezione civile, sentenza del 20 luglio 2015 n. 15138 (pres. Forte, est. Acierno) RETTIFICA DEL SESSO – NECESSITÀ DELL'INTERVENTO CHIRURGICO

Il caso

Tizia aveva richiesto al Tribunale di Piacenza nel 1999 l'autorizzazione al trattamento medico chirurgico per la modificazione definitiva dei propri caratteri sessuali primari al fine di ottenere la rettificazione dei caratteri anagrafici. Il Tribunale aveva accolto la domanda. Dopo circa dieci anni l'attore ha proposto al Tribunale domanda di rettificazione dei propri dati anagrafici senza che egli si fosse sottoposto ad un intervento chirurgico di riassegnazione del sesso sui propri organi riproduttivi (definiti nella sentenza "caratteri sessuali primari"). A sostegno della nuova domanda era stato rilevato: che la ricorrente temeva le complicanze di natura sanitaria e che nel frattempo aveva raggiunto un'armonia con il proprio corpo che l'aveva portato a sentirsi donna a prescindere dal trattamento anzidetto. Il Tribunale riteneva condizione necessaria il trattamento chirurgico e respingeva la domanda. L'interessata proponeva reclamo avverso tale pronuncia anche sulla base del fatto che, nel caso di specie, il trattamento non solo non era necessario ma si rivelava anche dannoso per il timore radicato di conseguenze pregiudizievoli per la sua incolumità fisica, tenuto conto che negli anni, in conseguenza di numerosi trattamenti estetici ed ormonali, aveva raggiunto la piena armonia con il proprio corpo; inoltre non vi era più conflitto tra il sentire psichico del reclamante e la condizione anatomica e non veniva, di conseguenza, più avvertita l'esigenza di assoggettarsi ad un intervento chirurgico per realizzare la propria identità sessuale. Aggiungeva il reclamante che la L. n. 164 del 1982, non prescriveva che i caratteri sessuali della persona potessero identificarsi in quelli primari e secondari limitandosi a richiederne il mutamento senza specificarne la tipologia, così da ritenere sufficiente l'adeguamento dei soli caratteri sessuali secondari. La Corte d'Appello ha respinto il reclamo. Tizia si rivolgeva pertanto alla Corte di Cassazione che risolveva definitivamente la questione accogliendo la domanda di rettificazione anagrafica del sesso senza i previ interventi chirurgici sui caratteri sessuali primari.

La massima

L'interesse pubblico alla definizione certa dei generi, anche considerando le implicazioni che ne possono conseguire in ordine alle relazioni familiari e filiali, non richiede il sacrificio del diritto alla conservazione della propria integrità psico fisica sotto lo specifico profilo dell'obbligo dell'intervento chirurgico inteso come segmento non eludibile dell'avvicinamento del soma alla psiche, giacché l'acquisizione di una nuova identità di genere può essere il frutto di un processo individuale che non ne postula la necessità, purché la serietà ed univocità del percorso scelto e la compiutezza dell'approdo finale sia accertata, ove necessario, mediante rigorosi accertamenti tecnici in sede giudiziale.

Corte costituzionale, sentenza n. 221 del 5 novembre 2015 (Pres. Criscuolo; Est. Amato) DIRITTI DELLA PERSONALITA' – BIOETICA – PERSONA FISICA – DIRITTO ALL'IDENTITA' DI GENERE – INTERVENTI CHIRURGICI

La questione

Il Tribunale di Trento, con ordinanza del 20 agosto 2014, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 comma 1 della Legge 164 del 1982 in quanto "si porrebbe in contrato con gli artt. 2 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 della CEDU, poiché la previsione della necessità, ai fini della rettificazione anagrafica dell'attribuzione di sesso, dell'intervenuta modificazione dei caratteri sessuali primari attraverso trattamenti clinici altamente invasivi pregiudicherebbe gravemente l'esercizio del diritto fondamentale alla propria identità di genere". Veniva, inoltre, denunciato dal giudice rimettente il contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost., "per l'irragionevolezza insita nella subordinazione dell'esercizio di un diritto fondamentale, quale il diritto all'identità sessuale, al requisito della sottoposizione della persona a trattamenti sanitari (chirurgici o ormonali), estremamente invasivi e pericolosi per la salute". Con specifico riferimento alla violazione dell'art. 2 Cost., il giudice a quo evidenziava che la giurisprudenza costituzionale ha ricondotto nell'alveo dei diritti inviolabili sia «il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità», che gli altri membri della collet-

tività sono tenuti a riconoscere «per dovere di solidarietà sociale» (sentenza n. 161 del 1985); sia il diritto alla libertà sessuale, poiché, «Essendo la sessualità uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporne liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto» (sentenza n. 561 del 1987).

La decisione

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, 32, 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848, dal Tribunale ordinario di Trento, con l'ordinanza indicata in epigrafe, e ciò in quanto la norma può trovare una applicazione costituzionalmente orientata da parte del giudice di merito, proprio nel senso di ordinare la rettificazione del sesso e del nome anche in assenza di intervento chirurgico.

Corte Costituzionale n. 180 del 13 luglio 2017

(Pres. Paolo GROSSI, Est. Giuliano AMATO)

RETTIFICA DEL SESSO – PRESUPPOSTO DELLA INTERVENUTA MODIFICAZIONE DEI CARATTERI SESSUALI DELLA PERSONA – INSUSSISTENZA

La questione

Con due ordinanze di analogo tenore, dell'8 aprile 2015 (r.o. n. 174 del 2015) e del 28 aprile 2015 (r.o. n. 211 del 2015), il Tribunale ordinario di Trento ha sollevato – in riferimento agli artt. 2, 3, 32 e 117, primo comma, della Co stituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848 – questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso). Ad avviso del giudice rimettente, la disposizione censurata si porrebbe in contrasto con gli artt. 2 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 della CEDU, poiché la previsione della necessità, ai fini della rettificazione anagrafica dell'attribuzione di sesso, dell'intervenuta modificazione dei caratteri sessuali primari attraverso trattamenti chirurgici pregiudicherebbe gravemente l'esercizio del diritto fondamentale alla propria identità di genere. È, inoltre, denunciato il contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost., per l'irragionevolezza insita nella subordinazione dell'esercizio di un diritto fondamentale, quale il diritto all'identità sessuale, al requisito della sottoposizione della persona a trattamenti sanitari (chirurgici o ormonali), estremamente invasivi e pericolosi per la salute. In particolare, nel giudizio da cui proviene l'ordinanza iscritta al n. 174 del r.o. 2015, si richiede che risulti quale genere quello maschile e quale prenome uno dello stesso tipo. A questo fine, la parte istante riferisce di aver percepito, sin da quando aveva 14 anni, un'identità maschile, anche facendosi chiamare con un nome del genere, e di essersi già sottoposta a trattamento con testosterone, nonché a mastectomia bilaterale e isterectomia. Nel giudizio da cui proviene l'ordinanza iscritta al n. 211 del r.o. 2015, la parte attrice, di sesso anagrafico maschile, chiede che risulti quale genere quello femminile e quale prenome uno dello stesso tipo, evidenziando di aver percepito da anni un'identità di genere femminile, con la quale si presenta anche nell'ambiente sociale, di avere avviato una terapia ormonale e di non ritenere necessario alcun intervento chirurgico. Solo in via di estremo subordine, è richiesta la relativa autorizzazione. In entrambi i giudizi, il Tribunale rimettente ritiene che il tenore letterale della disposizione censurata escluda la possibilità di ottenere la rettificazione dell'attribuzione di sesso anche in assenza della modificazione chirurgica dei caratteri sessuali primari, vale a dire l'apparato genitale, in base al quale, al momento della nascita, si individua il sesso della persona.

La decisione

Non è fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, l. 14 aprile 1982, n. 164, censurato, per violazione degli artt. 2, 3, 32 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nella parte in cui subordina la rettificazione di attribuzione di sesso alla intervenuta modificazione dei caratteri sessuali della persona istante. Infatti, è possibile un'interpretazione della disposizione censurata compatibile con i valori costituzionali di libertà e dignità della persona umana. Essa è stata individuata e valorizzata sia dalla giurisprudenza di legittimità, sia da

quella costituzionale, le quali hanno riconosciuto che l'acquisizione di una nuova identità di genere possa essere il risultato di un processo individuale che non postula la necessità di un intervento chirurgico demolitorio o modificativo dei caratteri sessuali anatomici primari, purché la serietà ed univocità del percorso scelto e la compiutezza dell'approdo finale siano oggetto di accertamento anche tecnico in sede giudiziale. In particolare, la sentenza n. 221 del 2015 ha riconosciuto che la disposizione censurata costituisce l'approdo di un'evoluzione culturale ed ordinamentale volta al riconoscimento del diritto all'identità di genere quale elemento costitutivo del diritto all'identità personale, rientrante a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost. e art. 8 CEDU) (sentt. nn. 161 del 1985, 221 del 2015).

Corte di Appello di Torino - sez. famiglia del 28 marzo 2018, n. 569

RETTIFICAZIONE DEL SESSO – INTERVENTI CHIRURGICI – PRESUPPOSTO – MODIFICA DEL NOME

Il caso

A. reclamava la sentenza del Tribunale di Torino che aveva rigettato la domanda di rettificazione del sesso da maschile a femminile. Il procedimento merita attenzione perché la causa di primo grado viene instaurata nel 2016 e in essa l'attore chiedeva la sola rettificazione del sesso, senza avere eseguito interventi chirurgici di riassegnazione del sesso (organi sessuali o riproduttivi, anche definiti in sentenza Cass.n. 15138/2015 "caratteri sessuali primari") e senza che questi fossero ritenuti dall'attore necessari per l'affermazione della propria identità di genere, femminile. Il Tribunale di Torino aveva rigettato la domanda, ritenendo che difettasse "nel ricorrente una piena metabolizzazione e simbolizzazione mentale dell'essere femminile, questo anche in considerazione del fatto che il soggetto non si era mai sottoposto ad un percorso medico, psicologico o di psicoterapia che lo aiutasse in tal senso". Le conclusioni del giudice di prime cure derivavano dall'accertamento effettuato con l'esecuzione di una CTU, nella quale il medico aveva evidenziato che l'attore non si sarebbe sentito "donna fino in fondo in quanto non intenzionato a rimuovere il pene". Il reclamo dell'attore alla predetta sentenza del Tribunale di Torino è particolarmente rilevante così come l'esito cui giunge la Corte d'Appello per alcuni profili, in particolare. Il primo quello relativo alla legittimazione del Ministero dell'Interno ad essere convenuto nel procedimento in oggetto.

Il secondo quello della necessità dell'ascolto dell'attore al fine di garantire il diritto del soggetto ad un «ricorso effettivo» *ex* art. 24 Cost. ed al «giusto processo» *ex* art. 111 Cost., in base ai quali il Tribunale non può acriticamente basarsi sulle conclusioni della CTU senza avere svolto anche una indagine volta all'ascolto diretto della persona. Riconducendo l'eccezione alla giurisprudenza della Corte di Giustizia in recenti decisioni (es. sentenza 25.1.2018, F., C-473/16) si sostiene che le perizie possono essere elementi utili nella valutazione dell'esistenza dei requisiti per ottenere le autorizzazioni ma devono necessariamente rispettare i diritti fondamentali delle persone fra cui figurano il diritto al rispetto della dignità umana e il diritto alla vita privata e familiare. La sentenza si segnala anche perché è la decisione che verrà poi cassata in ordine al rigetto della modifica del nome nel senso chiesto dall'attore (Cass. n. 3877/2020 sottoriportata).

L'esito

Nella causa per la rettificazione del sesso il Ministero dell'Interno non è parte necessaria del giudizio. E' fondata la richiesta di estromissione dal giudizio del Ministero dell'Interno, difettandone la qualità di controparte rispetto alla domanda proposta in giudizio, e dunque la legittimazione a parteciparvi.

L'assenza di contradditori nel rito ordinario di cognizione non comporta la modificazione del rito da ordinario in camerale di volontaria giurisdizione, giacché tale tesi confligge palesemente con la norma, che verrebbe meno tutte le volte che non esistano i soggetti che la norma stessa indica quali contraddittori, conseguenza non prevista in alcun modo dalla legge.

La mera circostanza per cui l'appellante non intenda sottoporsi all'intervento demolitivo di ablazione dell'organo sessuale maschile non impedisce di ritenere acquisita, ed irreversibile, la scelta del genere femminile. Né quanto osserva il CTU, circa i comportamenti "anomali" dell'appellante quale il rifiuto di sottoporsi a sedute di carattere psicologico, la mancata frequentazione di persone nella stessa situazione, può comportare una valutazione di mancata, completa transizione verso il genere femminile, tenuto con-

to della storia personale del soggetto, e delle pesantissime conseguenze subite per le proprie scelte, che sembrano tali da poterne garantire la serietà e la irreversibilità.

La domanda dell'appellante, di mutamento delle indicazioni anagrafiche che lo riguardano, da maschili a femminili, dev'essere pertanto accolta. Peraltro, tale mutamento, anche nell'interesse pubblico di una stabilità e ricostruibilità delle registrazioni anagrafiche, non può essere dell'esatto tenore proposto, vale a dire col mutamento del nome da A., ad "A.", posto che esso non è la conseguenza dell'accoglimento della domanda, ma di un voluttuario desiderio di mutamento del nome di cui, di per sé, non sussistono i presupposti che sono quelli dettati dal DPR 396/2000. Tale domanda dev'essere dunque in tali termini rigettata, e il nuovo nome che comparirà nei registri sarà dunque quello derivante dalla mera femminilizzazione del precedente, ovvero "A.".

Cassazione civile, prima sezione civile, del 17 febbraio 2020, n. 3877 (Pres. Bisogni, Est. Iofrida)

RETTIFICAZIONE DEL SESSO – PRESUPPOSTO – MODIFICA DEL NOME

Il caso

La Corte d'appello di Torino, con sentenza n. 569/2018, depositata in data 28/3/2018, ha riformato la decisione di primo grado, che aveva respinto la richiesta di O.A. di rettificazione di attribuzione del sesso da maschile a femminile, L. n. 164 del 1982, ex art. 1 in difetto, all'esito di una consulenza tecnica d'ufficio, del presupposto della compiutezza del percorso di transizione da genere maschile a femminile nel richiedente. In particolare, i giudici d'appello, dopo avere disposto l'estromissione del Ministero dell'Interno, in difetto di sua legittimazione passiva nel suddetto giudizio, hanno accolto la domanda di O.A. di rettificazione di sesso da maschile a femminile, ordinando agli ufficiali dello stato civile le competenti modifiche anagrafiche conseguenti; in particolare, per quanto qui ancora interessa, la Corte ha ritenuto che il mutamento delle indicazioni anagrafiche, "nell'interesse pubblico di una stabilità e ricostruibilità delle registrazioni anagrafiche", non poteva essere dello stesso esatto tenore proposto (del prenome, da " A." ad " Al."), trattandosi non della mera conseguenza dell'accoglimento della domanda di rettificazione di sesso ma di "un voluttuario desiderio di mutamento del nome di cui, di per sè, non sussistono i presupposti", dettati dal D.P.R. n. 396 del 2000, cosicchè, respinta tale domanda, il nuovo nome da inserire nei registri doveva essere quello derivante dalla mera femminilizzazione del precedente, ovvero " a.". Avverso la suddetta pronuncia, O.A. propone ricorso per cassazione, affidato ad un motivo, nei confronti del Ministero dell'Interno (che non svolge attività difensiva).

La massima

In caso di disposta rettificazione della attribuzione di sesso (ai sensi della l. n. 164/1982) il riconoscimento del primario diritto alla identità sessuale sotteso alla disposta rettificazione, rende conseguenziale la rettificazione del prenome. Questo, peraltro, non va necessariamente convertito nel genere scaturente dalla rettificazione, dovendo il giudice tenere conto del nuovo prenome, indicato dalla persona, pur se del tutto diverso dal prenome precedente, ove tale indicazione sia legittima e conforme al nuovo stato. (Nella specie il giudice del merito aveva rigettato la richiesta di rettificazione del prenome da A. in Al., ritenendo che il richiedente non potesse dare alcuna indicazione in merito al prenome da imporre quale dato dello stato civile al momento in cui è accolta la richiesta di rettificazione di sesso, attribuendo di conseguenza il prenome A.. In termini opposti la Corte di Cassazione, in applicazione del principio che precede, ha accolto la domanda attrice e, pronunciando nel merito, ha disposto che unitamente alla rettificazione del sesso da maschile fosse riportato il prenome Al. in luogo di A.).

Sentenza del Tribunale di La Spezia n. 655/2018 pubbl. il 21/09/2018 (Pres. Nella Mori, Rel. Ettore Di Roberto)

Il caso

XXX, cittadina brasiliana, residente a La Spezia, adiva il Tribunale di La Spezia per domandare la rettificazione del sesso da maschile a femminile, la modificazione del nome e la contestuale autorizzazione ad eseguire gli interventi chirurgici di riassegnazione del sesso. Chiedeva conseguentemente anche che il Giudice pronunciasse lo scioglimento dell'unione civile in essere.

Il Tribunale accoglie la domanda di rettificazione del sesso e del nome e dichiara lo scioglimento dell'unione civile. Ri-

tiene invece assorbita nell'accoglimento della rettificazione anagrafica del sesso la domanda di autorizzazione agli interventi chirurgici. La sentenza, sebbene di due anni fa, rileva per alcuni profili: 1) la giurisdizione in materia nel caso di cittadino straniero; 2) la necessità di una pronuncia contestuale di autorizzazione agli interventi chirurgici di ri-attribuzione del sesso e di rettifica anagrafica; 3) lo scioglimento dell'unione civile in caso di modifica del sesso della parte unita civilmente (in questo caso si trattava di matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto in Brasile, degradato a unione civile per la normativa italiana e che viene conseguentemente sciolto a seguito della medesima espressa disposizione della Legge 76/2016).

L'esito

Poiché l'attrice ha cittadinanza brasiliana, occorre, individuare preliminarmente la legge applicabile alla fattispecie. A tal fine, trattandosi del diritto della persona all'identità di genere e sessuale, a venire in rilievo è l'art. 24 della Legge 218/1995 ai sensi del quale: "l'esistenza ed il contenuto dei diritti della personalità sono regolati dalla Legge nazionale del soggetto [...]". Tale disposizione, tuttavia, deve essere coordinata con l'art. 16 della medesima legge, che esclude l'applicazione della legge straniera richiamata "se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico". Ora, in Brasile, a seguito di una pronuncia del Tribunale Superiore di Giustizia dell'ottobre 2009, risulta che la persona affetta da disforia di genere possa domandare al giudice la rettificazione dei propri dati anagrafici. L'accoglimento di una simile domanda (ancora carente di riconoscimento sul piano legislativo) è, però, subordinato, da un lato, all'onere posto in capo alla persona di offrire una prova testimoniale del proprio transessualismo, dall'altro, alla preventiva effettuazione dell'intervento chirurgico per la riattribuzione del sesso. L'ordine pubblico di cui alla L. 218/1995 è costituito dal complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico. Nel nostro ordinamento la tutela dell'identità di genere e dell'identità sessuale rientra senza dubbio in tale nozione. Si tratta, infatti, di diritti che godono di una copertura di rango costituzionale o, comunque, di rango sopraelevato rispetto alla Legge, in quanto espressione del diritto all'identità personale (art. 2 Cost. e art. 8 CEDU) e strumento per la piena realizzazione del diritto alla salute (art. 32 Cost.). La portata di tale tutela ha assunto una nuova veste sulla scorta delle pronunce n. 15138/2015 della Corte di Cassazione e n. 221/2015 della Corte Costituzionale, secondo cui ai fini della rettificazione di attribuzione di sesso, non necessariamente il soggetto deve sottoporsi all'intervento chirurgico demolitorio o modificativo dei caratteri sessuali anatomici primari della persona. Ciò anche in conformità con le posizioni giurisprudenziali registratesi nell'ambito della comunità internazionale. In tale particolare prospettiva, l'applicazione del diritto brasiliano nella vertenza de qua si porrebbe in contrasto con l'ordine pubblico, come richiamato dall'art. 16 citato. Il giudizio deve allora essere deciso facendo applicazione del diritto interno (cfr. art. 16 comma 2 L. 218/1995 secondo cui: "in tal caso si applica la Legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la Legge italiana"). Soluzione analoga è già stata adottata da vari Tribunali (cfr. Trib. Milano 17/07/2000, Trib. Prato 16/07/2010; Trib. Milano 12/12/2013).

In punto autorizzazione agli interventi, il Tribunale statuisce che la parte attrice, risulta avere già raggiunto il necessario equilibrio pur non avendo ancora effettuato l'intervento.

A questo punto l'autorizzazione richiesta non è più necessaria perché: da un lato, non vi è più rischio, effettuando l'intervento, di creare incertezza nei rapporti giuridici; dall'altro, non sussiste più dubbio sulla finalità terapeutica dell'intervento in questione, finalità ormai da ritenersi in *re ipsa* (trattandosi di realizzare la parificazione delle caratteristiche anatomiche del soggetto con la sua ormai definitivamente accertata identità di genere femminile).

Interessante anche il profilo della declaratoria in punto unione civile: all'accoglimento della domanda di rettificazione di attribuzione di sesso deve allora conseguire, *ex* art. 1 comma 26 della L. 76/2016, lo scioglimento dell'unione civile tra parte attrice e XX.

Sentenza del Tribunale di Trieste n. 125 del 28.02.2019 (Pres. e rel. Fanelli)

RETTIFICAZIONE SESSO – AUTORIZZAZIONE AGLI INTERVENTI CHIRURGICI – PRESUPPOSTI

Il caso

Tizia, nata con corredo cromosomico XY, maschio all'a-

nagrafe, ha adito il Tribunale di Trieste per domandare la rettificazione del sesso nell'atto di nascita e contestuale autorizzazione a sottoporsi ad interventi chirurgici di riassegnazione del sesso da maschile a femminile, allegando la certificazione di disforia di genere proveniente dall'Ospedale cittadino e una relazione psicodiagnostica, nonché la certificazione dell'intrapresa terapia ormonale femminilizzante.

La sentenza è di particolare rilevanza, pur rintracciandosi ormai a partire dal 2016 numerose sentenze di merito dello stesso segno, perché il Collegio trae il proprio convincimento anche dalla libera audizione dell'attrice nella prima udienza di comparizione e ritiene sufficientemente istruita la causa nella quale era stata allegata la relazione psicologica proveniente dal terapeuta psicologo e la diagnosi di disforia di genere proveniente dal dirigente psichiatra operante presso la struttura ospedaliera pubblica. Non è stata pertanto disposta una consulenza tecnica d'ufficio e la causa è stata trattenuta in decisione nella medesima udienza. La sentenza è stata poi depositata pochi giorni dopo l'udienza.

L'esito

Sentito liberamente il ricorrente, che ha confermato la volontà espressa nell'atto introduttivo, ed acquisitene le conclusioni, il Giudice ha riservato la decisione al Collegio. Nulla osta effettivamente all'accoglimento delle domande attoree, senza necessità di dover procedere a specifica consulenza medico-legale (del resto, eventuale anche per dettato normativo), apparendo invero evidente e indubitabile la dissociazione tra caratteristiche somatiche originarie e reale identità psico-sessuale di Tizia, non influenzata da malattie organiche o disturbi psicopatologici, o tanto meno da interferenze o condizionamenti ambientali. Un tanto trova del resto pieno riscontro sia nelle dichiarazioni rese dalla stessa parte interessata - mostratasi del tutto lucida e consapevole della propria condizione e correlativa scelta di adeguamento –, sia nelle chiare ed eloquenti relazioni e certificazioni mediche in atti, attestanti "*disforia di genere non secondaria a psicopatologia*".

E' dunque in definitiva rimessa al soggetto la scelta della modalità attraverso cui realizzare il mutamento della propria identità di genere, mutamento che "*deve comunque riguardare gli aspetti psicologici, comportamentali e fisici che concorrono a comporre l'identità di genere*" e deve potersi dire definitivo (nel senso che non è necessaria la totale coincidenza dei nuovi caratteri sessuali acquisiti con quelli dell'altro sesso, già si era espressa la giurisprudenza di merito: v. ad es. Tribunale Trieste dd. 25/02/15, Bologna dd. 5/08/15, Taranto dd. 26/06/13, Roma 18/10/97). L'intervento chirurgico perde, in definitiva, la sua connotazione di prerequisito per la realizzazione del mutamento di sesso, divenendo unicamente uno dei possibili mezzi atti allo scopo. Ne deriva che va senz'altro accolta, anche a prescindere dall'intervenuto mutamento dei caratteri sessuali primari (che è stato comunque pure qui richiesto, e viene autorizzato), la domanda di rettificazione in esame.

Tribunale di Bergamo n. 397 del 19 febbraio 2020 (Pres. Caprino, Rel. Marrapodi) RETTIFICAZIONE SESSO – AUTORIZZAZIONE AGLI INTERVENTI CHIRURGICI - PRESUPPOSTI

Il caso

Tizia, residente in Giappone, cittadina italiana, adiva il Tribunale di Bergamo, per chiedere la rettificazione del sesso e del nome nell'atto di nascita (da maschile a femminile) e l'autorizzazione agli interventi chirurgici di riassegnazione del sesso. Tizia proponeva le domande al Tribunale dopo essersi già sottoposta ad una lunga serie di esami clinici e diagnostici e ad interventi di chirurgia estetica sul viso, aver avviato un trattamento ormonale sostitutivo e dopo essersi sottoposta ad una valutazione psicodiagnostica dalla cui relazione emerge l'assenza di problematiche di tipo psicopatologico ed una piena consapevolezza dell'attrice della ineludibilità della transizione fisica, sessuale e anagrafica. Il Tribunale di Bergamo ha accolto entrambe le domande dell'attrice in un'unica sentenza.

L'esito

La sentenza del Tribunale di Bergamo presenta alcuni profili di particolare interesse.

Un profilo attiene alla natura della causa di rettificazione del sesso e autorizzazione agli interventi chirurgici di riassegnazione del sesso, ai sensi dell'art. 1 L. 164/1982 e art. 31 D.lgs. 150/2011. Nonostante il procedimento imposto per questa causa sia quello ordinario di cognizione, la natura della causa è, secondo l'argomentazione del Tribunale di Bergamo, di Volontaria Giurisdizione.

Sebbene l'attrice risieda in Giappone, essendo cittadina italiana, la giurisdizione appartiene al giudice nazionale

ai sensi dell'art. 9 Legge 31/5/1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato) che prevede testualmente che *"In materia di giurisdizione volontaria, la giurisdizione sussiste, oltre che nei casi specificamente contemplati dalla presente legge e in quelli in cui è prevista la competenza per territorio di un giudice italiano quando il provvedimento richiesto concerne un cittadino italiano o una persona residente in Italia o quando esso riguarda situazioni o rapporti ai quali è applicabile la legge italiana"*.

Sebbene, infatti, il procedimento de quo sia regolato dalle norme relative al rito ordinario di cognizione – come statuito dall'art. 31 D. Lgs. n. 150/2011 – la forma del rito non influisce sulla natura del giudizio, che deve invece ricondursi alla c.d. volontaria giurisdizione. In proposito va osservato che nel nostro ordinamento non esiste una definizione giuridica di "volontaria giurisdizione" così come non esiste una puntuale elencazione delle materie e dei procedimenti che debbono essere ricondotti a tale ambito. Tuttavia, sono proprio alcuni caratteri comuni individuati in taluni giudizi a consentire una agevole qualificazione di tale procedimento tra quelli di "volontaria giurisdizione": nello specifico si osserva che tali giudizi si caratterizzano per la mancanza di una vera e propria contrapposizione di posizioni giuridiche soggettive tanto è vero che, a differenza dei procedimenti civili contenziosi, essi non perseguono la risoluzione di una disputa tra privati, che si risolve in genere nella negazione o compressione di altrui diritti, in vista dell'affermazione e del riconoscimento di altri; in detti procedimenti l'autorità giurisdizionale non è chiamata a dirimere un contrasto o a risolvere un conflitto, bensì a tutelare e, quindi, a garantire l'interesse della persona o delle persone che subiranno gli effetti del provvedimento finale, o ancora a proteggere e, quindi, a prevenire il pericolo di una lesione di tale interesse; in continuità con quanto appena enunciato, solitamente in questi procedimenti interviene un unico attore e là dove vi siano più parti il giudice è tendenzialmente chiamato a convalidare un accordo già raggiunto dalle stesse; stante l'assenza di interessi contrapposti, il principio dispositivo che regola il processo civile è notevolmente attenuato, tanto che l'autorità giurisdizionale dispone di un ampio potere istruttorio e inquisitorio al fine di valutare la sussistenza dei requisiti di legge per la concessione del bene giuridico cui la parte aspira, bene giuridico che spesso viene attribuito mediante semplici autorizzazioni, omologazioni o approvazioni, che non determinano alcuna soccombenza anche in ipotesi di rigetto della domanda, ragione per la quale il provvedimento normalmente non statuisce sulle spese della procedura.

Ciò detto, appare evidente a questo Collegio come all'ambito della volontaria giurisdizione debba essere ricondotta la domanda di un soggetto volta ad ottenere l'autorizzazione alla rettifica del sesso anagrafico ed il mutamento del proprio nome nei registri dello stato civile: tale procedura, coerentemente con quanto sopra affermato, si caratterizza per l'assenza di una disputa fra parti, ancorché sia prevista la partecipazione necessaria del Pubblico Ministero trattandosi di causa relativa allo stato delle persone ex art. 70 c.p.c.; per la necessità di assicurare tutela ad un interesse privato, o meglio, ad un diritto soggettivo fondamentale di rilievo costituzionale, qual è il diritto all'identità sessuale (rectius: di genere); per la sussistenza di ampi poteri istruttori del Giudice, quali quello di disporre la consulenza tecnica d'ufficio ai sensi dell'art. 2 Legge n. 164/1982 (ancorché abrogato per effetto dell'art. 34, comma 39 D. Lgs. n. 150/2011); per il contenuto essenzialmente autorizzatorio della sentenza tribunalizia; infine, per l'insussistenza di una eventuale soccombenza e, quindi, di una condanna alle spese di lite. La sentenza si distingue anche per il rilievo posto all'ascolto dell'attrice e alla rettificazione dei documenti anagrafici come strumento di benessere psicofisico per l'attrice, diremmo sovraordinato rispetto alle operazioni chirurgiche cui potrà sottoporsi con i tempi e modi prescritti anche dal confronto con il personale sanitario.

Proprio la rettifica degli atti dello stato civile appare costituire lo strumento maggiormente adeguato a consentire a parte attrice un soddisfacente riequilibrio psico-fisico [...] permangono intuibili grosse difficoltà connesse al possesso di documenti anagrafici al maschile, difficoltà che potrebbero degenerare in sentimenti di vulnerabilità, umiliazione e ansia, ragione per la quale deve essere accolta la domanda di adeguamento del nome alla realtà della situazione personale e sociale dell'istante.

Sentenza del Tribunale di Brindisi n. 488 del 7 aprile 2020 (Pres. Palazzo, Rel. Sardiello) RETTIFICAZIONE SESSO – AUTORIZZAZIONE AGLI INTERVENTI CHIRURGICI - PRESUPPOSTI

Il caso

L'attore ha adito il Tribunale di Brindisi per domandare la

rettificazione del sesso nell'atto di nascita e contestuale autorizzazione a sottoporsi ad interventi chirurgici di riassegnazione del sesso da femminile a maschile, allegando documentazione medica proveniente dalle strutture pubbliche all'uopo preposte nella citta di Bari.

La sentenza si inserisce nel solco delle numerose pronunce di merito che si sono ottenute a partire dal 2016, che hanno pronunciato nel senso di accertare l'identità di genere del richiedente e di autorizzare gli interventi ordinando contestualmente la modificazione dei documenti anagrafici. Si segnala, analogamente a quella vista sopra del Tribunale di Trieste, per la rilevanza data alla documentazione prodotta dalla parte, al libero interrogatorio della persona interessata e quindi alla celerità di definizione, senza sovrabbondanti passaggi da consulenze tecniche d'ufficio.

La decisione

Il Tribunale ha autorizzato gli interventi chirurgici relativi ai caratteri sessuali primari e secondari per la riassegnazione chirurgica da femminile a maschile e ha ordinato contestualmente all'ufficiale di stato civile la rettificazione del sesso e del nome nei documenti anagrafici.

Decreto del Tribunale di Ravenna del 21 luglio 2020 (Giudice Allegra)
USO DEL NOME D'ELEZIONE - RETTIFICAZIONE DEL SESSO - MINORI

Il caso

Nell'ambito del giudizio di merito volto ad ottenere l'autorizzazione alla rettifica dell'atto di nascita ex art. 31 comma 5 d .lgsl. n 150/2011 con il mutamento del sesso da maschile in femminile e il con il mutamento de nome, nonché l'autorizzazione agli interventi in senso andro-ginoide di ragazza minorenne, il difensore e i genitori da questo rappresentanti proponevano una domanda d'urgenza volta ad ottenere che il Tribunale ordinasse all'amministrazione scolastica, nelle more della decisione su quel procedimento, di usare il nome di elezione della ragazza. Il Tribunale di Ravenna accoglieva la domanda.

L'esito

Pur non essendo certamente consentito adottare un provvedimento anticipatorio della modifica del nome nei registri dello stato civile, trattandosi di provvedimento definitivo e immodificabile, appare senz'altro meritevole di accoglimento la richiesta di utilizzare il nome prescelto ai fini della domanda di merito nell'ambito della frequentazione scolastica, ambiente nel quale – oltre a quello familiare e delle amicizie – la minore esplica verosimilmente per la quasi totalità la propria personalità e conduce i propri rapporti sociali.

Il Tribunale ordina all'amministrazione di utilizzare nei registri scolastici cartacei ed elettronici e nei rapporti personali intrattenuti nei confronti della minore, il prenome corrispondente al genere di elezione, adottando ogni utile condotta atta ad evitare l'utilizzo del nome al maschile, fermo restando ogni necessario collegamento con l'effettiva identità del minore negli atti interni.

Sentenza del Tribunale di Torino n. 504/2020 pubbl. il 28/01/2020 (Pres. Cesare Castellani, Rel. Isabella Messina)
RETTIFICAZIONE SESSO – AUTORIZZAZIONE AGLI INTERVENTI CHIRURGICI - PRESUPPOSTI

Il caso

L'attore ha adito il Tribunale di Torino per domandare la rettificazione del sesso nell'atto di nascita e contestuale autorizzazione a sottoporsi ad interventi chirurgici di riassegnazione del sesso da femminile a maschile, allegando documentazione medica proveniente dal Centro Interdipartimentale Disturbi Identità di Genere (C.I.D.I.Ge.M.) dell'Azienda ospedaliera universitaria Citta della Salute e della Scienza di Torino, in particolare relazione psicodiagnostica e relazione endocrinologica attestante il trattamento ormonale intrapreso dall'attore.

L'esito

Il Tribunale ritiene che, alla luce delle univoche risultanze mediche provenienti dal centro pubblico specializzato, il sesso attribuito nell'atto di nascita non corrisponda più all'identità attuale di parte attrice e possa, pertanto, procedersi immediatamente alla rettificazione di attribuzione di sesso da femminile a maschile, con conseguente ordine all'Ufficiale di Stato Civile di provvedere alle necessarie rettifiche sul relativo registro.

Questo Tribunale condivide l'orientamento secondo cui la partecipazione del Ministero dell'Interno nel giudizio in og-

getto non trova alcuna giustificazione nel dato normativo. L'art. 31 comma 3 d.lgs. 150/2011, infatti, prevede che i litisconsorti necessari nel procedimento per la rettificazione di attribuzione di sesso siano esclusivamente il coniuge ed i figli con intervento del p.m. ai sensi dell'articolo 72 c.p.c.

L'ordinamento non riconosce, dunque, in capo al Ministero dell'Interno, alcun interesse ad opporsi alla domanda; piuttosto, la norma di riferimento dispone l'intervento necessario solo del P.M. Tale interpretazione risulta avallata anche dalla Corte d'Appello di Torino che, con sentenza n. 569/2018 pubblicata in data 28/03/18, ha accertato il difetto di legittimazione passiva del Ministero dell'Interno, confermando che "*è fondata la richiesta di estromissione dal giudizio del Ministero dell'Interno, difettandone la qualità di controparte rispetto alla domanda proposta in giudizio, e difettando dunque la legittimazione a parteciparvi*".

INTERSESSUALITÀ

Tribunale di Milano, sentenza n. 3502/2020 del 19.06.2020 (Pres. Orietta Micchiché, Rel. Angelo Claudio Ricciardi)

INTERSESSUALITÀ – PROCEDIMENTO DI RETTIFICAZIONE DEL SESSO - PRESUPPOSTI

Il caso

I genitori della piccola Caia, di 5 anni al momento dell'instaurazione del giudizio, adiscono il Tribunale ai sensi della l. n. 164/1982 chiedendo di ordinare all'Ufficiale di Stato Civile del comune di nascita di Caia la rettificazione dell'atto di nascita della stessa con sostituzione del nome da "Caia" a "Caio" e indicazione del sesso maschile in sostituzione di quello femminile. Caia nasceva in una condizione di intersessualità, con genitali ambigui. Al fine di chiarire il sesso del neonato i medici eseguivano ulteriori esami dai quali era rivelata la presenza dell'utero e la mancanza di gonadi. Veniva quindi attribuito a Caia sesso femminile. Se non che, a seguito di ulteriori esami genetici, veniva identificato un cariotipo maschile, determinando così l'attribuibilità del sesso genetico maschile e non femminile, poi confermato anche dal punto di vista anatomico, con esami che confermavano incompleto sviluppo dei genitali in senso maschile. Caia veniva quindi sottoposta a percorso sia ormonale che chirurgico al fine di adeguamento, sviluppo e maturazione dei genitali in senso maschile, cui si accompagnava da parte dei genitori il trattamento del bambino, ormai chiamato "Caio" come appartenente al genere maschile.

Di conseguenza, e vista la prossima iscrizione alla scuola dell'obbligo, i genitori di Caio adivano il Tribunale per ottenere le rettificazioni dell'atto di nascita suddette, instaurando il procedimento ai sensi della l. 164/1982.

L'esito

La domanda di rettificazione viene accolta. Il Tribunale ritiene, ad esito della CTU espletata, che "alla luce delle superiori considerazioni – attestanti l'appartenenza del minore, sotto il profilo genetico, al sesso maschile - ed in considerazione del percorso chirurgico e ormonale intrapreso per il completo adeguamento dei caratteri anatomici al sesso (maschile) di appartenenza, deve concludersi per la presenza di un quadro sufficientemente definito e tranquillizzante in ordine all'appartenenza di Caia al genere maschile".

Sia il CTU che il Tribunale hanno indagato, vedendo personalmente il bambino, quale percezione di sé abbia Caio. La CTU è esplicita sul punto: "attualmente il bimbo, chiamato Caio (...) ha una percezione del sé maschile, non ha mai avuto contezza della problematica, gli è stato raccontato dai genitori che gli interventi eseguiti sono volti a modificare delle problematiche anatomiche (la madre riferisce che non vi è mai stata menzione della problematica di genere anagrafica) (...)". Nota poi il Tribunale: "il minore è inoltre comparso in udienza accompagnato dai genitori e, nei limiti di quanto percepibile in tale contesto, è apparso rientrare nel genere maschile dal punto di vista fisico, comportamentale e relazionale". Il Tribunale motiva l'accoglimento anche sul rilievo che "il fatto, poi, che il minore dovrà sottoporsi, in età adolescenziale, a stimolazione ormonale per dirigere la virilizzazione rientra appieno nel programma terapeutico ormai definitivamente intrapreso ed è, pertanto, in linea con l'attuale appartenenza del soggetto al genere maschile".

Per tali motivazioni il Tribunale "dichiara l'appartenenza di Caia (...) al genere maschile" e per l'effetto ordina la rettificazione di attribuzione di sesso domandata.

SEZIONE 2

Il diritto alla vita familiare

Introduzione*

Sempre più spesso, oggi, si avverte la difficoltà – se non addirittura il timore – di confrontarsi con le "nuove" parole necessarie a descrivere e regolare la complessa fenomenologia che caratterizza la famiglia, la filiazione e le relazioni affettive[81]. Unioni civili, omogenitorialità, procreazione medicalmente assistita e gestazione per altri sono quelle "nuove" parole che spaventano il legislatore italiano – per ragioni legate alla necessità di acquisire il consenso politico e la maggioranza in Parlamento, ma anche per ragioni di carattere etico e culturale –, e che invece interrogano sempre più di frequente il giudice, chiamato a "inventare" (nel senso del latino «*invenire*», ossia «trovare») soluzioni giuridiche adeguate a colmare veri e propri vuoti normativi. La vita procede oltre il diritto, specialmente quando questo si dimostra incapace di fronteggiare i cambiamenti sociali, tecnologici e culturali. I rapidi avanzamenti delle possibilità offerte dalle tecniche mediche e, accanto ad essi, la veloce trasformazione della società mostrano l'arretratezza delle leggi e, viceversa, il ruolo decisivo assunto dalla giurisprudenza, sia essa costituzionale o ordinaria. «*La "regola" è infatti sollecitata a seguire il "fatto"*»[82], il dato della vita che assume ad oggetto di regolazione, conformandosi al fatto stesso e portando quindi ad un regime giuridico congruo rispetto alla peculiare situazione disciplinata. Questo è proprio uno dei principi di diritto fissati dalla Corte costituzionale nella sentenza 138/2010 in tema di legittimità del matrimonio tra persone dello stesso sesso. A partire da quel momento, ma prima ancora da quando alcune coppie omosessuali si sono decise a richiedere le pubblicazioni di matrimonio, è iniziata una rivoluzione culturale, oltreché giuridica, di decostruzione del nesso che il diritto ha costruito tra eterosessualità, matrimonio e famiglia.

La sfida al paradigma eterosessuale della famiglia che pervade la tradizione giuridica occidentale e alla produzione etero-normativa che vede nell'istituto matrimoniale uno delle sue più evidenti manifestazioni richiede di cambiare le coordinate del campo di indagine, di modificare la lente attraverso cui studiare le regole, di superare categorie giuridiche statiche ed escludenti, ormai inadeguate a descrivere la complessità della realtà umana. Tuttavia, il fatto che quest'opera di decostruzione sia portata avanti dai giudici (e non, come sarebbe più opportuno, dal legislatore)

* L'autore di questa introduzione è Luca Giacomelli

81 Cfr., per esempio, G.O. Cesaro, P. Lovatti, G. Mastrangelo, *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico e interesse del minore*, Franco Angeli, Milano, 2014; R. Pane (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, ESI, Napoli, 2014 e L. D'Avack, *Il progetto di filiazione nell'era della tecnologia. Percorsi etici e giuridici*, Giappichelli, Torino, 2014.
82 Corte cost., sentenza del 14 aprile 2010, n. 138.

fa sì che la dimensione conflittuale emerga maggiormente, registrando la presenza di elementi talvolta ambigui e tra loro contraddittori. E, in maniera altrettanto faticosa e non lineare, procede anche la costruzione dei concetti meglio in grado di esprimere il nuovo, nel contesto di un difficile dialogo tra chi si trova sui due fronti opposti del mutamento paradigmatico e si trova ad osservare una transizione, qualcosa che potrebbe diventare – ma ancora non è – il punto di svolta decisivo; cosicché chi si colloca oltre il paradigma, riconoscendo un significato più ampio e trasversale e "nuove" parole per esprimerlo, compie una riorganizzazione cognitiva degli strumenti regolatori, mentre a chi rimane nell'alveo culturale del paradigma precedente tali idee innovative possono apparire inaccettabili forzature.

Eppure, «quando del paradigma emerge la dimensione conflittuale (nei confronti dei formanti giuridici), esso ha già cessato di essere tale (quantomeno, di essere interamente tale); per quanta resistenza si possa osservare ad una rielaborazione che registra il superamento del paradigma, per quanto il diritto venga specificamente impiegato a confermarlo e ribadirlo, ne appare tutta l'artificialità: sono proprio la forza e la forma del diritto ad essere impiegate per conservarlo»[83]. Di questo è emblematico, ancora una volta, l'equilibrismo della Consulta nella sentenza 138/2010 (ma anche nella più recente pronuncia 170/2014) laddove, da una parte, tenta di mantenere giuridicamente in piedi il paradigma vacillante per ribadirlo e consentirgli di operare nel rispetto della separazione dei poteri ("*detta interpretazione [dell'art. 29 Cost.], però, non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata*") e, dall'altra, ne intravede il superamento nella convinzione che l'interpretazione costituzionale debba indirizzarsi a massimizzare eguaglianza e libertà di ciascuno nella configurazione del percorso di vita liberamente scelto alla luce degli artt. 2 e 3 Cost. ("*[anche all'unione omosessuale] spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri*")[84]. La messa in discussione del paradigma viene interrogata, in questa prospettiva, innanzitutto come manifestazione di una domanda di tutela da parte dei soggetti coinvolti.

In questo quadro il contributo della giurisprudenza europea è stato fondamentale non solo per i contenuti sostanziali delle pronunce ma anche per aver favorito il mutamento della coscienza sociale e stimolato l'emergere di una maggior sensibilità, nell'opinione pubblica e nel mondo politico, verso la condizione delle persone gay e lesbiche e delle loro famiglie. La svolta epocale segnata dalla Corte di Strasburgo, nella decisione sul caso *Schalk & Kopf v. Austria*[85], che ha reso la nozione di "famiglia" inclusiva delle coppie gay, affermando come sarebbe oramai "artificiale" mantenere la pregressa distinzione tra omosessuali ed eterosessuali, pone ulteriormente in crisi la tenuta del paradigma eterosessuale: è l'interpretazione combinata degli artt. 12 e 14 della CEDU, 9 della Carta diritti fondamentali UE, a determinare una decisiva ridefinizione dei concetti "tradizionali" di matrimonio e di famiglia anche nell'ordinamento italiano[86].

83 B. Pezzini, *Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra le sentenza della Corte costituzionale 138/2010 e della Corte di cassazione 4184/2012*, in Forum di Quaderni Costituzionali, 2012, p. 3.
84 Cfr., tra i molti, R. Romboli, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli, 2011, 3-30; C. Silvis, *Il matrimonio omosessuale fra il "non s'ha da fare" dell'art. 29 ed il "si può fare" dell' art. 2 della Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali, www.forumcostituzionale.it*, 2010; P. Veronesi, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *Studium Iuris*, n. 10, 2010, 997-1008.
85 Corte europea per i diritti dell'uomo, *Schalk & Kopf v. Austria*, ricorso n. 30141/04, 24 giugno 2010.
86 Si veda, in tal senso, Corte europea per i diritti dell'uomo, *Oliari e Altri v. Italia*, cause n. 18766/11 e 36030/11, 21 luglio 2015. Cfr., sul punto, F. Alicino, *Le coppie dello stesso sesso. L'arte dello Stato e lo stato della giurisprudenza*,

Nonostante questi progressi, il cammino per il ripensamento del paradigma eterosessuale della famiglia o, come più spesso si sente dire, del modello di famiglia tradizionale, che è a propria volta derivazione del più ampio e pervasivo paradigma del binarismo di genere, è ancora molto lungo. Anche all'indomani dell'approvazione della legge sulle unioni civili (l. 76/2016)[87], al legislatore italiano continua a sfuggire una verità di fatto, ovvero che oggi ci troviamo di fronte a un *patchwork* della famiglia, suscettibile di assumere la forma della famiglia di fatto, eterosessuale e omosessuale, con o senza figli, della famiglia "ricostruita" o "ricomposta", nella quale uno o entrambi i partner hanno avuto precedenti relazioni stabili, di tipo matrimoniale, e dalle quali hanno avuto uno o più figli, della famiglia fondata sul matrimonio, della famiglia monoparentale o mononucleare, della famiglia omogenitoriale e non solo. Molto forte è infatti la tensione tra l'istanza di riconoscimento di situazioni di vita, che a loro volta costituiscono la proiezione della fondamentale libertà di autodeterminarsi nella sfera affettiva, e la pretesa dell'ordinamento giuridico di rendere tali situazioni oggetto di qualificazione e disciplina, tentando di non "mescolarle" con le categorie giuridiche tradizionali per paura di contaminarle. Nasce così la nozione di "formazione sociale specifica" (*ex* art. 2 Cost.) da tenere distinta da quella di "famiglia" (*ex* art. 29 Cost.) e nasce quel fastidioso *déjà-vu* di due regimi, sostanzialmente simili ma formalmente diversi, con profonde ripercussioni sulla dignità delle relazioni affettive delle persone omosessuali e sui diritti dei loro figli. A fronte di una legge che ha concepito l'unione civile come una relazione tra partner per i quali non è possibile – in via teorica – dare vita a rapporti di filiazione, il compito di garantire l'effettivo rispetto dei diritti dei minori che – di fatto – nascono e crescono in queste famiglie è spettato nuovamente alla giurisprudenza. Anche a questo riguardo, il paradigma è stato sfidato: si è assistito, in altri termini, a un significativo rovesciamento di prospettiva, particolarmente evidente – ad esempio – nella formulazione e nella portata degli artt. 8 e 9 l. n. 40/2004, i quali, saldamente ancorati al principio della responsabilità procreativa, dispongono – per un verso – che il minore nato a seguito del ricorso a tecniche di PMA acquisti lo stato di figlio della coppia che ha prestato il consenso alla pratica e – per altro verso – che, nel caso di PMA realizzata mediante ricorso a gamete esterno alla coppia, il genitore non genetico non possa esercitare l'azione di disconoscimento. «La cornice istituzionale e giuridica delle relazioni tra i genitori (*favor legitimitatis*) e la verità della procreazione (*favor veritatis*) hanno così progressivamente ceduto spazio al *favor minoris* e al *favor affectionis*»[88]. Dal riconoscimento dell'adozione in casi particolari a favore del partner dell'unione civile alla trascrivibilità dei certificati di nascita stranieri recanti l'indicazione di due madri, la tutela delle situazioni soggettive attraverso l'articolazione degli *status* di diritto familiare si sposta dall'ambito dell'appartenenza necessaria (e dunque da premesse di tipo dogmatico) a un diverso equilibrio tra autodeterminazione dei singoli in ordine alla costruzione delle relazioni personali e familiari, pluralismo, solidarietà, eguaglianza e responsabilità verso i soggetti vulnerabili (i minori).

Per queste ragioni, l'evolversi delle relazioni affettive e familiari si contrappone ad astratte ricostruzioni dogmatiche e invita il diritto a superare categorie e nozioni che, per loro stessa natura, non sono cristallizzate e immutabili, e decostruire schemi paradigmatici rigidi ed escludenti. Pertanto, dal momento che «la Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica

in *Forum di Quaderni costituzionali*, *www.forumcostituzionale.it*, 2015 e L. Scaffidi Runchella, *Ultreya coppie same-sex! La Corte europea dei diritti umani sul caso Oliari e altri v. Italia*, in www.articolo29.it, 2015.

87 Cfr., tra i molti, E. Calò, *Le unioni civili in Italia legge 20 maggio 2016, n. 76. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, ESI, Napoli, 2016; M. Sesta, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Famiglia e diritto*, n. 10, 2016, 881-888; C. Romano, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, n.4, 2016.

88 A. Schillaci, *Famiglie e dignità delle relazioni: una lettura costituzionale*, in Questione Giustizia, n. 2, 2019.

delle persone e dei loro diritti, soltanto modelli disciplinari ragionevolmente aderenti alla vita e alle sue diverse manifestazioni paiono idonei ad assicurare, in ultima analisi, la piena effettività degli obiettivi costituzionali cui la protezione della famiglia è preordinata»[89].

CAPITOLO 1
MATRIMONIO E UNIONI CIVILI*

Sommario

1.1 "Questo matrimonio non s'ha da fare": l'inerzia del legislatore italiano e la sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale
1.2 Dopo il crollo del muro: l'evoluzione giurisprudenziale italiana e il dialogo con la Corte europea per i diritti dell'uomo
1.2.1 "Gli ultimi della classe": la sentenza Oliari v. Italia e la condanna dell'Italia per la mancanza di una disciplina a tutela della vita affettiva delle coppie dello stesso sesso
1.3 Una rivoluzione a metà: l'approvazione della legge sulle unioni civili (l. n. 76/2016)
1.3.1 Disciplina delle unioni civili
1.3.2 I decreti attuativi della legge n. 76/2016

1.1 "Questo matrimonio non s'ha da fare": l'inerzia del legislatore italiano e la sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale

A prima vista, l'esistenza di una norma positiva o di un divieto legislativo è l'ipotesi più evidente di discriminazione e di interferenza con gli interessi fondamentali di un individuo. Quando uno Stato decide di criminalizzare gli atti di sodomia tra adulti consenzienti, compie una precisa scelta politico-giuridica che si manifesta in una norma, in questo caso penale, giustificabile o meno. Tuttavia i diritti fondamentali, protetti *in primis* dalle Costituzioni e dalle Carte dei diritti, possono subire interferenze anche a causa dell'inattività degli Stati, del mancato riconoscimento di prerogative e diritti a una certa categoria di individui. La stessa Corte europea per i diritti dell'uomo ha stabilito che una violazione della Convenzione può avvenire anche tramite comportamenti omissivi della pubblica autorità, precisando che sullo Stato gravano anche "*positive obligations inherent in an effective respect for private or family life*"[90]. Tenere a mente questi riferimenti è importante perché

89 *Idem.*
* L'autore di questo capitolo è Luca Giacomelli

90 Vedi i casi *Marckx v. Belgio*, 13 giugno 1979, *Publications, Series A*, n.31, 14 e *X e Y v. Olanda*, 26 marzo 1985, *Publications, Series A*, n.91, 23.

una delle questioni più significative, relativamente al rapporto tra diritti fondamentali e inattività del legislatore, concerne proprio il riconoscimento della vita affettiva e familiare delle coppie formate da persone dello stesso sesso, nei confronti delle quali si è registrato, fino a pochi anni fa, la mancanza di una qualsiasi forma di legittimazione giuridica. È però altrettanto vero che il dibattito sul riconoscimento delle unioni omosessuali e gli impulsi scaturenti soprattutto dalle aule di tribunale hanno determinato in molti Stati l'adozione di discipline dedicate alle coppie di persone dello stesso sesso, alcune delle quali hanno esteso l'istituto del matrimonio civile anche a queste ultime, mentre altre hanno preferito inventare soluzioni diverse.

In quest'ultimo caso, i nomi usati per indicare questi istituti *ad hoc* variano da Paese a Paese e si parla al riguardo di "unioni civili", "unioni domestiche", "*lebenspartnerschaft*", "*partnership* registrate", "unioni di vita", "*PaCS*" e così via. Si tratta fondamentalmente della stessa cosa: tutti questi istituti attribuiscono alle coppie omosessuali alcuni o tutti i diritti e i doveri che solitamente derivano dall'istituto del matrimonio civile. Entrambe le soluzioni intendono porre rimedio a un ostacolo di natura giuridica che consiste nell'impossibilità per le persone omosessuali di contrarre matrimonio con una persona dello stesso sesso. Tale divieto deriva da norme, sedimentatesi nel corso del tempo e penetrate nella cultura giuridica occidentale, dalle quali traspare in modo evidente la paradigmatica eterosessualità che pervade le categorie giuridiche e il sistema sociale, e che richiede, come presupposto dell'istituto, la diversità di sesso dei coniugi. È il c.d. "elemento naturalistico". Senza di esso, il matrimonio non è solo nullo e inefficace, ma è altresì "inesistente", secondo una formula che era molto usata dalla giurisprudenza e che suggellava in modo chiaro l'importanza di quel requisito[91]. Ecco dunque che l'esclusione delle unioni omosessuali dal concetto di famiglia (tradizionalmente intesa come l'unione tra un uomo e una donna, incentrata sul matrimonio) ha determinato sia l'impossibilità per due partner dello stesso sesso di accedere al matrimonio civile (diritto *al* matrimonio), sia l'esclusione da un insieme di benefici di natura familiare connessi all'istituto stesso (diritti *del* matrimonio). Ciò ha determinato "un fenomeno discriminatorio a cascata di amplissima portata, perché ogni qual volta gli atti parlamentari, i regolamenti attuativi, o la *common law* facevano rinvio al concetto di "matrimonio", di "*marriage*", o ad espressioni connesse come "marito", "moglie", "coniuge" ed altre ancora, di fatto privavano le *same-sex couples* di una serie corposa di opportunità e benefici"[92]. Solo in tempi recenti i legislatori hanno iniziato ad includere fra i destinatari di specifiche prerogative e benefici anche le coppie di fatto (omosessuali e non), pur decidendo in molti casi di non disciplinare in via generale il fenomeno delle convivenze familiari, ma scegliendo ancora una volta di ignorare la questione. Tuttavia, a differenza delle coppie gay e lesbiche, quelle eterosessuali possono decidere di non sposarsi e di instaurare quindi un rapporto di mera convivenza caratterizzato da limitati diritti e doveri (c.d. "convivenza *more uxorio*") proprio perché esse, poco importa per quale ragione, rifiutano l'istituto del matrimonio e il marchio della definitività che esso comporta. La loro è dunque una scelta, grazie alla quale la coppia

91 In Italia, si vedano, tra le molte pronunce, Cassazione civile, 9 giugno 2000, n. 7877, in *Giustizia civile*, 2000, I, 2897, che ha sanzionato con l'inesistenza il matrimonio nel quale risulti assente il requisito naturalistico. Nello stesso senso Tribunale di Roma, 28 giugno 1980, in *Giurisprudenza italiana*, 1980, 169. Cfr. nella giurisprudenza statunitense il precedente *Baker v. Nelson*, 191 N.W.2d 185, 186 (Minn. 1971), secondo il quale "[è] irrealistico pensare che gli originali compilatori delle leggi in materia di matrimonio, che risale all'epoca coloniale, avrebbero usato questo termine in un qualsiasi altro significato. [...] L'istituto del matrimonio come l'unione di un uomo e di una donna, il solo che coinvolga la procreazione e la crescita dei bambini, è tanto antico quanto il libro della Genesi". Questo precedente è stato sempre utilizzato per respingere le interpretazioni che, rimettendo in discussione l'elemento naturalistico, volevano il matrimonio accessibile anche alle coppie gay e lesbiche: *Jones v. Hallahan*, 501 S.W.2d 588 (Ky. 1973); *Singer v. Hara*, 11 Wash. App. 247 (1974); *Adams v. Howerton*, 486 F.Supp. 1119, 1123 (1982).

92 M. Moltalti, *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, Bononia University Press, Bologna, 2007, p. 655

preferisce contrattare giorno per giorno ciò che invece il matrimonio le offrirebbe in via generale e automatica[93]. Non può dirsi lo stesso per le coppie gay e lesbiche: non potendo sposarsi, per tali coppie la convivenza non costituisce un'alternativa, ma un percorso obbligato.

L'Italia è rimasta a lungo estranea a queste trasformazioni giuridiche e culturali che hanno riguardato la maggior parte dei Paesi europei negli ultimi trent'anni. Come ha scritto la Corte di Strasburgo nella decisione sul caso *Vallianatos v. Grecia*[94] del 2013, l'Italia è progressivamente divenuta un'isolata eccezione nel panorama europeo, restando tra gli ultimi Paesi a non prevedere alcun tipo di riconoscimento giuridico per le relazioni omo-affettive. In effetti, in Italia il dibattito sulle unioni tra persone dello stesso sesso si è aperto molto tardi e soltanto nel 2016 si è giunti all'approvazione di una legge sulle "unioni civili". Dopo i moniti della Corte costituzionale, dopo i richiami della Corte di Cassazione e dopo le condanne della Corte europea, il legislatore è riuscito ad adottare una legge che, se pur in modo non del non pienamente soddisfacente, ha per la prima volta riconosciuto la dignità delle coppie dello stesso sesso. In verità, c'erano stati in precedenza alcuni timidi tentativi, poi falliti, di dare una regolamentazione delle unioni e convivenze di fatto, sia omosessuali che eterosessuali. Un primo tentativo di normare la materia c'era stato nel 2007 con il disegno di legge sui "Dico" (Diritti e doveri delle persone unite in stabile convivenza) varato dal governo di centrosinistra nel 2007. Il testo, elaborato dalle ministre Barbara Pollastrini e Rosy Bindi, riguardava i conviventi, ovvero «*due persone maggiorenni, anche dello stesso sesso, unite da reciproci vincoli affettivi, che convivono stabilmente e si prestano assistenza e solidarietà materiale e morale*». Nel disegno di legge venivano regolamentati i diritti dei conviventi in materia di alloggi e locazioni; trattamenti previdenziali e pensionistici; successione; decisioni in materia di salute e in caso di morte; agevolazioni in materia di lavoro; permessi di soggiorno e utili d'impresa. La reazione dell'opposizione e del mondo cattolico non si fece attendere: nel marzo del 2007 il Consiglio permanente della Conferenza episcopale italiana diramò immediatamente una nota ufficiale in cui definiva «inaccettabile» il disegno di legge del governo sui "Dico" e invitava i parlamentari cattolici a opporsi alla legalizzazione delle coppie di fatto. Tale normativa, infatti, secondo la posizione della Conferenza episcopale italiana, avrebbe avuto un «effetto deleterio» sulla famiglia "tradizionale". Pochi mesi dopo, il 12 maggio 2007, si tenne a Roma il primo "*Family Day*", una manifestazione in difesa della famiglia "tradizionale", organizzato dal Forum delle associazioni familiari. Secondo i dati ufficiali in piazza sfilano circa 250 mila persone. Ciò segnò la fine della discussione parlamentare del disegno di legge sui Dico che venne così accantonata.

Un secondo tentativo, c'era poi stato nel 2008 con la proposta di legge sui "Di.Do.Re" (Diritti e doveri di reciprocità dei conviventi), un testo unico che, senza spese per lo Stato, prevedeva solo alcuni diritti individuali e non il riconoscimento delle coppie. La proposta, avanzata dai ministri Brunetta e Rotondi del nuovo governo di centrodestra, non riuscì a trovare consenso neppure nella maggioranza che lo aveva ideato, tanto che l'allora presidente dei senatori del vecchio partito di centrodestra, il Popolo Delle Libertà, dichiarò:

93 "La convivenza", spiega A. Palazzo, *Matrimonio e convivenze*, in *Diritto di famiglia*, 2009, 1300, dipende dalla "precisa scelta [degli interessati] di non suggellare la loro unione con vincolo matrimoniale, dimostrando così, sia pur tacitamente, di volersi sottrarre alla normativa di quel vincolo ... senza garanzia di stabilità dell'unione. Si tratta, per le persone di sesso differente, di una scelta". Quindi, "[l]a differenza tra la convivenza e il matrimonio sembrerebbe, dunque, consistere nel progetto, nel senso che le coppie conviventi *more uxorio* non perseguirebbero 'qualcosa di veramente diverso dal matrimonio', ma auspicherebbero 'l'instaurarsi di un rapporto di tipo matrimoniale, senza però il marchio ideale della definitività [che peraltro non sussiste neppure per le coppie coniugali], da contrattare e da costruire giorno per giorno in modo adulto e paritario. [...] la scelta di convivere sembra essere ispirata dall'intento da una parte, di non perdere la propria individualità, ma piuttosto di mantenere uno spazio di libertà e di autonomia anche nel rapporto di coppia e, dall'altra parte, conseguentemente, di concepire tale rapporto come il frutto di una quotidiana contrattazione".

94 Corte europea per i diritti dell'uomo, *Vallianatos v. Grecia*, 7 novembre 2013, nn. 29381/09 e 32684/09.

«Regole per unioni di fatto non sono nel programma del governo e non servono, perché in Italia si può contrarre matrimonio religioso o civile o non celebrare nessun matrimonio. La Costituzione va rispettata e tutela la famiglia fondata sul matrimonio. Non ci sono spazi per unioni gay, Dico, Di.Do.Re e cose simili. In Parlamento non possono passare e non passeranno».

L'impulso decisivo all'adozione di una legge per le coppie dello stesso sesso è però giunto dalla giurisprudenza che ha avuto il suo momento di svolta nel 2010, anno della commentatissima sentenza della Corte costituzionale sul matrimonio omosessuale. La vicenda processuale ha inizio nel 2008 quando alcune coppie omosessuali[95] si rivolsero all'Ufficiale di Stato civile del proprio comune di residenza chiedendo le pubblicazioni di matrimonio[96]. L'Ufficiale, basandosi su un'interpretazione letterale delle norme del codice civile, aveva rifiutato di procedere alle pubblicazioni, rilasciando un certificato con i motivi del rifiuto. Sulla base dell'art. 98 del codice civile italiano, che al secondo comma prevede la possibilità di ricorrere contro il rifiuto al tribunale, il quale decide in camera di consiglio, sentito il Pubblico Ministero, queste coppie avevano fatto ricorso in tribunale. Al giudice fu quindi chiesto di accertare se il pubblico ufficiale, rifiutando di procedere alle pubblicazioni di matrimonio, avesse agito legittimamente e in conformità delle norme concernenti l'istituto matrimoniale ed eventualmente, previa sospensione del processo, di rimettere alla Corte Costituzionale la questione di legittimità degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 *bis*, 156 *bis*, 231 c.c. nella parte in cui non consentivano il *same-sex marriage*, in relazione agli artt. 2, 3, 29 e 117 della Costituzione.
La Corte costituzionale si è pronunciata sulla legittimità del paradigma eterosessuale del matrimonio con la sentenza n. 138 del 15 aprile 2010[97]. Le norme costituzionali rispetto alle quali era stata sollevata la questione di legittimità costituzionale sono, come si è detto, gli art. 2, 3, 29 e 117. Dalla lettura della pronuncia anzitutto si registra un'apertura su un principio che peraltro era già stato evidenziato dalla giurisprudenza, e cioè che anche le coppie omosessuali hanno dignità costituzionale[98]. Nella nozione di "*formazione sociale*" ai sensi dell'art. 2, spiega infatti la Corte, "*è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso*". Non soltanto: a questa unione, prosegue la sentenza, "*spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone, nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge, il riconoscimento*

95 In realtà una proposta di riconoscimento delle unioni di fatto (comprese le coppie omosessuali) fu avanzata nel 2007: si trattava del disegno di legge sui DICO (diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi) presentato dagli allora ministri Pollastrini e Bindi e che voleva ispirarsi all'esperienza francese dei PACS. Il disegno di legge tuttavia non è mai stato approvato.
96 Nel 2008 le associazioni Certi Diritti, Rete Lenford e il comitato "Sì, lo voglio", hanno dato avvio alla "Campagna di Affermazione Civile", una campagna giuridica, sociale e culturale a sostegno dell'affermazione della dignità e della parità di tutte le persone e le coppie gay e lesbiche e in particolare del riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso e che ha visto una serie di coppie omosessuali ricorrere in tribunale contro il diniego delle pubblicazioni di matrimonio da parte dell'Ufficiale di Stato Civile. In quattro di questi casi, il Collegio ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale rispetto agli artt. 2, 3, 29 e 117 Cost. italiana, disponendo l'immediata rimessione degli atti alla Corte Costituzionale. Si tratta delle ordinanze di rimessione del Tribunale di Ferrara 11/12/2009, del Tribunale di Venezia 01/07/2009, della Corte di Appello di Firenze 13/11/2009 e del Tribunale di Trento 29/07/2009.
97 Corte costituzionale, 15 aprile 2010, n. 138, in *Foro italiano*, 2010
98 Rispetto all'art. 2, la questione di legittimità costituzionale delle norme che riservano il matrimonio all'unione tra un uomo e una donna è, come ha sentenziato la Corte, "inammissibile". Invece, le altre questioni sottoposte all'esame della Consulta (art. 3 e 29) sono state dichiarate "infondate". La differenza risiede nel fatto che nel secondo caso si tratta di una decisione che ha valutato le questioni nel merito, mentre l'inammissibilità corrisponde a un rigetto per ragioni di ordine tecnico. In sostanza, l'inammissibilità rispetto all'art. 2 riguarda la circostanza che il giudice rimettente "ha richiesto una pronuncia non costituzionalmente obbligata" che costituirebbe una "evidente intromissione nella discrezionalità del legislatore" (cfr. corte costituzionale, ordinanza, 19 novembre 2002, n. 463, concernente l'estensione al coniuge separato della quota di t.f.r. percepito dall'altro coniuge; per altri esempi di ordinanze di questo tenore v. 24 luglio 2009, n. 243; 12 giugno 2007, n. 185; 26 maggio 2006, n. 210).

giuridico con i connessi diritti e doveri"[99]. Pertanto, la relazione omosessuale, in particolare la vita di coppia, rappresenta un "*diritto inviolabile dell'uomo*" che lo Stato riconosce ed è tenuto a rispettare. La conseguenza immediata di questo riconoscimento è che una legge che impedisca le relazioni omosessuali o l'instaurarsi di una convivenza tra persone dello stesso sesso sarebbe inevitabilmente incostituzionale per violazione dell'art. 2. In secondo luogo la Corte ha chiaramente stabilito che è compito del legislatore offrire una regolamentazione a questa vita di coppia. Va però ammesso che dalle parole usate dalla Corte non si evince se il legislatore sia obbligato o meno ad intervenire, come invece sarebbe stato se si fosse trattato di una "sentenza-monito". La Corte, infatti, non giunge al punto di ammonire il legislatore per l'omissione normativa che di fatto determina una disparità di trattamento tra coppie eterosessuali e coppie omosessuali, ma rimette alla discrezionalità del legislatore la modalità dell'intervento, e cioè la scelta se intervenire e come farlo, prevedendo l'estensione del matrimonio civile oppure attraverso altre forme di riconoscimento delle unioni di fatto[100]. Quanto all'art. 29 Cost. e al dibattito sul presunto requisito naturalistico del matrimonio, la Corte chiarisce quella che è la filosofia sottostante: "*[...] la norma*", spiegano i giudici delle leggi, "*pone il matrimonio a fondamento della famiglia legittima, definita società naturale*", sottolineando come "*con tale espressione, come si desume dai lavori preparatori dell'Assemblea costituente, si volle sottolineare che la famiglia contemplata dalla norma aveva dei diritti originari e preesistenti allo Stato, che questo doveva riconoscere*"[101]. Il Giudice delle leggi, infatti, giunge a riconosce che "*i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere "cristallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi*", anche se allo stesso tempo compie un inaspettato *revirement* quando soggiunge che "*[...] detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata*"[102]. In definitiva dall'analisi della sentenza emerge che la Costituzione italiana non evidenzia alcun dato oggettivo da cui ricavarsi inconfutabili preclusioni al matrimonio fra soggetti dello stesso sesso: né riferimenti espliciti alla necessaria diversità sessuale dei coniugi, né funzionalizzazioni dell'istituto matrimoniale alla esclusiva realizzazione di scopi che implichino l'indispensabile diversità biologico-sessuale fra i *nubendi* (come la procreazione).

Eppure nonostante queste aperture la Corte non ha accolto le istanze delle coppie che chiedevano di potersi sposare. La Corte ha ritenuto, infatti, che il concetto di "matrimonio" secondo l'art. 29 si riferisse esclusivamente all'unione tra uomo e donna. Secondo i Giudici delle leggi "*è inevitabile concludere che [i costituenti] tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942*"[103]. Pertanto, l'art. 29 "*non prese in considerazione le unioni omosessuali, bensì intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto*"[104]. Inoltre il riferimento della Corte, fatto a proposito della collocazione dell'art. 29 prima dell'art. 30 relativo al rapporto genitori-figli, rischia far cadere nella tentazione di agganciare il concetto di famiglia "naturale" alle potenziali finalità procreatrici della coppia, che invece non rappresentano in alcun modo un requisito per l'accesso all'istituto matrimoniale. Secondo alcuni autori[105], altro dato da sottolineare è poi la lettura,

99 *Ibid.*, par. 8.
100 Si dice infatti: "*[s]petta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette*".
101 Corte costituzionale, 15 aprile 2010, n. 138, in *Foro italiano*, 2010, par. 9.
102 *Ibid.*
103 *Ibid.*
104 *Ibid.*
105 In particolare M. Bonini Baraldi, *La famiglia de-genere. Matrimonio, omosessualità e Costituzione*, Mimesis Edizioni, Udine, 2010, pp. 70 ss.

non particolarmente approfondita, del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., che nella filosofia complessiva della decisione, viene analizzato attraverso la lente dell'art. 29[106]. Quest'ultimo prevede una discriminazione tra tipologie di famiglie: quella "fondata sul matrimonio" e quella cosiddetta "di fatto". In quanto discriminatorio, l'art. 29 dovrebbe essere letto alla luce dell'art. 3, non viceversa. Anzi, nel ragionamento dei Giudici "il principio di eguaglianza viene quasi ignorato e l'art. 29, che i Costituenti avevano pensato per finalità anti-ideologiche, viene così asservito all'ideologia che vorrebbe come unica famiglia "naturale" e "legittima" quella procreativa, cioè formata da un marito con sua moglie e i figli"[107].

Tale sentenza è stata, per molte ragioni, tra le più commentate degli ultimi anni e ha ricevuto valutazioni assai diverse. Tuttavia, andando oltre il dibattito sulla reale apertura o meno a favore della causa omosessuale, è indubbio il passo in avanti compiuto dalla Corte, specie se calato nel contesto dell'ordinamento italiano fino ad allora quasi del tutto insensibile al fenomeno. E la riprova sono i riflessi che la sentenza ha avuto sulle corti italiane. La pronuncia della Corte costituzionale ha avuto il merito di aver abbattuto il muro del silenzio e di aver fissato un principio di estrema importanza: le coppie omosessuali sono titolari del "*diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia*", e il riconoscimento e la garanzia di tale diritto inviolabile postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolarne i diritti e i doveri, secondo la discrezionalità del legislatore. In altri termini, la sentenza ha il merito di aver fornito ai giudici ordinari gli strumenti argomentativi essenziali per tutelare future violazioni e discriminazioni a danno delle coppie di persone dello stesso sesso.

1.2 Dopo il crollo del muro: l'evoluzione giurisprudenziale italiana e il dialogo con la Corte europea per i diritti dell'uomo

Altra sentenza centrale nel percorso evolutivo che ha condotto a una specifica tutela e regolamentazione della vita familiare delle persone omosessuali è quella resa dalla Corte di Cassazione, il 15 marzo 2012, n. 4184[108]. La vicenda in questo caso trae origine dal rifiuto opposto dall'ufficiale dello stato civile a procedere alla trascrizione nei registri dello stato civile del matrimonio contratto in Olanda nel 2002 tra due cittadini italiani dello stesso sesso, secondo quanto consentito dalle leggi di quel Paese. La mancanza nell'ordinamento italiano di forme di riconoscimento giuridico delle unioni tra persone dello stesso ha infatti spinto numerose coppie a formalizzare la propria unione attraverso quanto consentito in altri ordinamenti, per poi cercare di ottenere la trascrizione di tale vincolo nei registri dello stato civile italiani, come generalmente consentito per il matrimonio contratto all'estero dall'art. 63 del d.P.R. n. 396 del 2000. In questo caso, il Tribunale di Latina nel 2005 aveva dichiarato legittimo il rifiuto dell'ufficiale del Comune di Latina di procedere alla trascrizione dell'atto matrimoniale, ritenendo che tale negozio fosse «inesistente» per l'ordinamento italiano, difettando del requisito essenziale della diversità di sesso dei nubendi (leggasi dell'eterosessualità dell'unione) e, in secondo luogo, essendo questo contrario all'ordine pubblico. Tale pronuncia veniva impugnata di fronte alla Corte di Appello di Roma che, il 13 luglio del 2006, confermava la pronuncia di primo grado in ragione del dato normativo vigente nell'ordinamento e della tradizionale concezione sociale del matrimonio quale istituto rivolto alle sole coppie eterosessuali. La Corte,

106 È la Corte stessa a sancire questo ordine logico: cfr. la sentenza in commento, al par. 9.
107 M. Bonini Baraldi, *La famiglia de-genere. Matrimonio, omosessualità e Costituzione*, Mimesis Edizioni, Udine, 2010, p. 77
108 Cass., Sez. I Civile, 15 marzo 2012, n. 4184.

tuttavia, nell'affermare quest'ultimo punto, rilevava come in realtà nell'ordinamento italiano non fosse presente una definizione espressa di *matrimonio* sottolineando come vi fosse la necessità di compiere una sua interpretazione anche in considerazione dell'evoluzione culturale e sociale che aveva riguardato l'istituto matrimoniale.
La questione, portata di fronte alla Corte di Cassazione, è oggetto di una pronuncia estremamente significativa: la Corte evita di affrontare il più ampio tema della compatibilità del matrimonio tra persone dello stesso sesso con l'ordine pubblico, spostando la motivazione della non trascrivibilità del matrimonio gay contratto all'estero su un piano diverso, ovvero quello dei requisiti. E, infatti, il passo più importante (e, forse, astuto) lo compie chiarendo, finalmente, che:

> *«L'intrascrivibilità delle unioni omosessuali dipende non più dalla loro "inesistenza" o dalla loro "invalidità", ma dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio appunto, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano»*[109].

La diversità di sesso dei nubendi, per l'appunto, è da sempre stato, secondo una consolidata concezione di matrimonio e secondo la stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione, requisito indispensabile per l'"esistenza" stessa del matrimonio civile come atto giuridicamente rilevante. L'unione matrimoniale omosessuale contratta all'estero non può essere trascritta nei registri dello stato civile non perché «inesistente», ma perché «inefficace». Non essendoci nell'ordinamento italiano alcuna disposizione che riconosca queste unioni mancherebbe una condizione di efficacia della trascrizione[110]. L'aver posto fine, non senza fatica, alla teoria dell'inesistenza – ed in questo la giurisprudenza europea ha giocato un ruolo centrale – libera lo spazio per una "nuova" teoria, quella dell'inidoneità che, a differenza della prima, non giunge a negare persino la dignità di "vita familiare" all'unione omosessuale.
Questa sentenza trova sicuramente nella pronuncia della Corte costituzionale n. 138 del 2010 e, soprattutto nella giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo, le sue premesse essenziali[111]. A quest'ultimo riguardo, merita di essere menzionata la fondamentale decisione resa dalla Corte di Strasburgo nel 2010 sul caso *Schalk e Kopf v. Austria*[112]. Facendo un passo in avanti rispetto ai casi precedenti, dove si era limitata a riconoscere singoli diritti alla coppia omosessuale[113], qui la Corte prende atto della necessità di una re-interpretazione dell'art. 12 CEDU (diritto di sposarsi), alla luce dei mutamenti sociali e culturali e delle normative statali intervenute a regolare, in modi diversi, il fenomeno. La rivisitazione dell'art. 12 CEDU appare certamente l'aspetto più innovativo della pronuncia, se non altro per i suoi risvolti che ha avuto anche sull'ordinamento italiano.
In effetti, già con il caso *Christine Goodwin v. Regno Unito*[114] del 2002, la Corte europea aveva segnato un'importante svolta nel separare il fine procreativo dalla nozione di matrimonio e nel chiarire altresì che la garanzia del diritto a sposarsi di un uomo e di una donna non implica che il sesso debba essere determinato secondo criteri puramente biologici. D'altro canto, la Corte non poteva più ignorare il numero sempre maggiore di Stati che negli ultimi anni avevano riconosciuto giuridicamente le unioni omosessuali, in molti casi estendendo loro l'istituto matrimoniale, nonché il valore di certe

109 Cass., Sez. I Civile, 15 marzo 2012, n. 4184, § 4.3.
110 Per un approfondimento si suggerisce, tra gli altri, R. Torino, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo e italiano*, Giappichelli, Torino, 2012.
111 Cfr. sul punto, tra gli altri, B. Pezzini, *La sentenza 138/2010 parla (anche) ai giudici*, in B. Pezzini – A. Lorenzetti (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli, 2011.
112 Corte europea per i diritti dell'uomo, *Schalk e Kopf v. Austria*, 24 giugno 2020, n. 30141/04.
113 Si veda, per esempio, Corte europea per i diritti dell'uomo, *Karner v. Austria*, 24 luglio 2003, n. 40016/98.
114 Corte europea dei diritti dell'uomo, *Christine Goodwin v. Regno Unito*, 11 luglio 2002, n. 28957/95.

disposizioni del diritto dell'Unione europea e il loro impatto all'interno degli Stati membri. In *Schalk e Kopf v. Austria* si presenta dunque per la Corte l'occasione per compiere un ulteriore passo in avanti nell'interpretazione delle nozioni di matrimonio e di famiglia contenute nella Convenzione: l'art. 12 CEDU ricomprende, seppur non in termini di riconoscimento del diritto, anche il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Nella sentenza si legge, infatti, che una coppa omosessuale convivente, con una stabile relazione di fatto, rientra a tutti gli effetti nella nozione di «vita familiare» (di cui all'art. 8 CEDU), come vi rientrerebbe la relazione eterosessuale nella medesima condizione. Così, i giudici europei:

«[P]rendendo in considerazione l'art. 9 della Carta [dei diritti fondamentali dell'UE], quindi, la Corte non ritiene più che il diritto di sposarsi racchiuso nell'art. 12 debba in tutte le circostanze essere limitato al matrimonio fra persone di sesso opposto. Conseguentemente, non si può dire che l'art. 12 sia inapplicabile alla rimostranza dei ricorrenti».[115]

A partire da questo momento, la coppia composta da persone dello stesso sesso è considerata "famiglia" e rientra a tutti gli effetti nella nozione di "vita familiare" protetta dall'art. 8 CEDU, oltrepassando il mero riferimento alla tutela della "vita privata" offerto sempre dallo stesso articolo. Tuttavia, in linea anche con la giurisprudenza comunitaria[116], i giudici di Strasburgo si affrettano a chiarire:

«[P]er come stanno le cose [ovvero mancando un consenso comune al riguardo e restando la materia familiare di competenza esclusiva degli Stati], si lascia decidere alla legislazione nazionale dello Stato contraente se permettere o meno il matrimonio omosessuale».[117]

L'art. 12, pur interpretato alla luce dell'art. 9 della Carta dei diritti dell'Unione europea – nel quale il riferimento all'uomo e alla donna sia in relazione al diritto di costituire una famiglia sia per quanto riguarda il diritto di sposarsi è stato deliberatamente omesso –, non impone (ma nemmeno vieta) il riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Certamente, questa radicale evoluzione rispetto ad una "consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio", consegna un contenuto nuovo e più ampio all'art.12 CEDU. Come già detto, però, questa sentenza non rimane priva di effetti giuridici immediati. Da questo momento in poi, infatti, si apre la possibilità di ricorrere all'art. 14 CEDU (divieto di discriminazione) in combinato disposto proprio con l'art. 12. Si pensi per esempio alle discriminazioni tra coppie coniugate in ragione del loro orientamento sessuale. Diventa, cioè, molto più arduo per lo Stato introdurre trattamenti diversificati per la coppia omosessuale rispetto all'equivalente coppia (coniugata o registrata) eterosessuale[118].

Un altro momento fondamentale nel cammino giurisprudenziale verso il riconoscimento e la tutela della vita affettiva tra persone dello stesso sesso è poi rappresentato da un'altra pronuncia della Corte costituzionale che nel 2014 è tornata a occuparsi, se pur indirettamente, di matrimonio

115 Corte europea dei diritti dell'uomo, *Shalk & Kopf v. Austria*, § 61.
116 Si veda, per esempio, Corte di Giustizia UE, 15 maggio 2011, causa C-147/08.
117 Corte europea dei diritti dell'uomo, *Shalk & Kopf v. Austria*, § 105.
118 Un esempio significativo è offerto dalla pronuncia sul caso *Vallianatos e Altri v. Grecia* del 7 novembre 2013 (ric. n. 29381/09 32684/09), in cui la Corte di Strasburgo ha condannato lo Stato ellenico per aver introdotto una forma di unione civile riservata esclusivamente alle coppie eterosessuali. Si dice, infatti, che, rappresentando questo l'unico modo per ottenere una forma di riconoscimento e tutela, l'esclusione della coppia omosessuale da tale istituto costituisce una irragionevole discriminazione poiché impedisce di rendere socialmente riconoscibile la propria relazione familiare, che ha la stessa dignità di quella di una coppia di sesso opposto.

tra persone dello stesso sesso, nella decisione n. 170 sul cosiddetto "divorzio imposto"[119]. Qui la Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 2 e 4 della Legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione dell'attribuzione di sesso), perché non consentivano a due coniugi "*di proseguire nella loro vita di coppia pur dopo la modifica dei caratteri sessuali di uno di essi con conseguente rettificazione anagrafica*". Il cd. "divorzio imposto" rappresentava un bilanciamento inadeguato tra l'interesse statuale a tenere in vita il modello di matrimonio basato sulla diversità di sesso della coppia (e dunque sull'eterosessualità del legame) e i contrapposti diritti che erano stati maturati dai due soggetti nel corso del loro vissuto coniugale. Si imponeva quindi il divorzio in capo a due coniugi che manifestavano invece la volontà di continuare a vivere insieme e a condividere ciò che avevano precedentemente maturato nel corso della loro precedente vita di coppia.
La Consulta, riprendendo il proprio precedente orientamento, ribadisce che la nozione di famiglia delineata dall'art. 29 Cost. non può estendersi fino al punto di ricomprendere anche le unioni di persone dello stesso sesso, che trovano invece riconoscimento e tutela all'art. 2 della Costituzione. Ancora una volta, la sentenza conferma l'incorporazione del paradigma eterosessuale nella nozione di matrimonio "presupposta dal costituente (cui conferisce tutela il già citato art. 29 Cost.)". Perciò esclude che il parametro di riferimento della fattispecie in esame possa essere l'art. 29 e, di conseguenza, indirizza la questione entro il perimetro dell'art. 2 della Costituzione:

«*una pronuncia manipolativa, che sostituisca il divorzio automatico con un divorzio a domanda (...) equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost.*". È invero il legislatore chiamato a trovare "*una forma alternativa (e diversa dal matrimonio)*" per garantire alla coppia, già coniugata, la protezione costituzionale dell'art. 2 ed evitarle l'approdo ad una condizione di "*assoluta indeterminatezza*"»[120].

La difesa del paradigma eterosessuale del matrimonio nella sentenza n. 170 risulta quindi piuttosto netta. La Corte dichiara dunque l'illegittimità costituzionale delle disposizioni relative allo scioglimento automatico del matrimonio nella parte in cui non prevedono la possibilità, ove entrambi i coniugi lo richiedano, di «*mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed i doveri della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore*». Secondo i giudici non sarebbe possibile «*cancellare, sul piano giuridico, un pregresso vissuto, nel cui contesto quella coppia ha maturato reciproci diritti e doveri, anche di livello costituzionale, che, seppur non declinabili all'interno del modello matrimoniale, non sono, per ciò solo, tutti necessariamente sacrificabili*». Tuttavia non consente la continuazione del rapporto nella forma matrimoniale, stabilendo che la relazione potrà essere formalizzata con quello specifico istituto che verrà introdotto dal legislatore. Ancora una volta rivolge un chiaro ed esplicito monito al legislatore sulla necessità di una regolamentazione in materia e, richiamando la precedente sentenza n. 138/2010, sottolinea come la questione sottoposta a suo giudizio rientra perfettamente tra quelle situazioni in cui la stessa Corte ha stabilito di poter intervenire per garantire un controllo di ragionevolezza.
Particolare è la conclusione della vicenda: con sentenza n. 8097 del 2015 la Corte di Cassazione che aveva proposto la questione di legittimità ha dichiarato illegittima l'annotazione di cessazione degli

119 Corte cost., 11 giugno, 2014, n. 170.
120 *Idem*, § 5.6. Per un approfondimento si suggerisce, tra gli altri, L. Pedullà, *Il percorso giurisprudenziale sul riconoscimento delle c.d. "unioni civili"*, in Rivista AIC, n. 2, 2016; V. Baldini, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente (brevi note a Corte costituzionale, sent. n. 170/2014)*, in , 15 settembre 2014; F. Saitto, *L'incostituzionalità del "divorzio imposto" tra rettificazione di sesso e tutela del "pregresso vissuto" della coppia*, in Giur. cost. n. 3, 2014.

effetti civili del matrimonio, sostituendosi così al legislatore che al tempo della pronuncia non era ancora intervenuto con alcuna disciplina in materia[121].

1.2.1 "Gli ultimi della classe": la sentenza Oliari v. Italia e la condanna dell'Italia per la mancanza di una disciplina a tutela della vita affettiva delle coppie dello stesso sesso

Dopo le importanti sentenze n. 138/2010 e n. 170/2014 con le quali la Corte costituzionale, sebbene con grandi cautele e con toni talvolta involutivi, ha sollecitato il Parlamento italiano a intervenire per l'assenza di disciplina sul tema delle relazioni omo-affettive, è infine giunta anche l'esplicita condanna da parte della Corte europea per i diritti dell'uomo. Nella decisione del caso *Oliari & Altri v. Italia*[122] del 21 luglio 2015 la Corte EDU ha condannato l'Italia per la mancata previsione da parte del legislatore di un istituto giuridico, anche diverso dal matrimonio, che riconosca una relazione tra persone dello stesso sesso, poiché la carenza di riconoscimento giuridico di tali unioni determina una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare come enunciato dall'articolo 8 della Convenzione. La decisione nasce dall'esame di due distinti ricorsi poi riuniti, proposti da tre coppie *same-sex* italiane, le quali si erano viste rifiutare dall'Ufficiale dello stato civile le pubblicazioni matrimoniali. Esauriti i ricorsi interni, tali coppie decidevano infine di rivolgersi alla Corte europea per i diritti dell'uomo, lamentando come l'impossibilità di sposarsi nell'ordinamento italiano, correlata all'inesistenza di una legge sulle unioni *same-sex*, violasse la Convenzione EDU. Più precisamente, in un primo ricorso viene invocata la lesione dell'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) letto singolarmente, nonché la violazione dell'art. 12 (diritto al matrimonio) letto singolarmente e in combinato disposto con l'art. 14 (divieto di discriminazione); in un secondo ricorso viene contestata la violazione dell'art. 8 in combinato disposto con l'art. 14. I giudici di Strasburgo hanno risolto la questione, affermando che i ricorsi sono fondati con riguardo alla violazione da parte dell'Italia dell'art. 8 (e per tale ragione è stato, invece, ritenuto superfluo valutare se vi sia stata una violazione pure dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8), mentre manifestamente infondati con riguardo all'art. 12 letto singolarmente o in combinato disposto con l'art. 14.
La decisione della Corte di Strasburgo si inserisce nel solco giurisprudenziale ormai consolidato (v. *supra* § 3) che ha riconosciuto la dignità di "vita familiare" delle relazioni stabili tra persone dello stesso sesso e che ha affermato l'esistenza di "obblighi positivi" in capo agli Stati membri, finalizzati a rendere effettivo il godimento dei diritti garantiti dall'art. 8 della Convenzione. Nella sentenza è ulteriormente sottolineata la gravità della situazione italiana, poiché

> «*alla necessità di riconoscere e tutelare tale relazione [omosessuale] è stato dato un alto profilo dalle supreme autorità giudiziarie inclusa la Corte costituzionale e la Corte di cassazione. [...] La Corte costituzionale ha ripetutamente ed esplicitamente invocato il riconoscimento giuridico dei diritti e dei doveri relativi alle coppie omosessuali [...], una misura che potrebbe essere adottata solo dal Parlamento. [...] Nondimeno, a dispetto di alcuni tentativi lungo tre decenni [...], il legislatore italiano è stato incapace di approvare la relativa normativa*»[123].

La Corte EDU ritiene, pertanto, che l'inerzia conclamata del Parlamento italiano produce un duplice e negativo effetto: da un lato «*potenzialmente indebolisce le responsabilità del potere giudiziario*»,

121 Cass., Sez. I Civ., 21 aprile 2015, n. 8097.
122 Corte europea per i diritti dell'uomo, *Oliari & Altri v. Italia*, 21 luglio 2015, nn. 18766/11 e 36030/11.
123 *Idem*, § 180.

dall'altro lascia «*le persone interessate in una situazione di assoluta incertezza giuridica che deve essere presa in considerazione*"[124].

A risentirne è anche il margine di apprezzamento dello Stato membro che, di fronte a una situazione di questo tipo, si riduce progressivamente: difatti, non ci si trova dinanzi a «metodi alternativi di riconoscimento», che giustificherebbero un più ampio potere discrezionale di scelta, quanto piuttosto ad una generale carenza di tali rimedi giuridici che limita di molto il margine di apprezzamento statale, dal momento che nessuna opzione legislativa è stata messa in campo dallo Stato sul tema dei rapporti affettivi *same-sex*. A seguito del mancato intervento del Parlamento l'Italia non ha adempiuto, dunque, al suo obbligo positivo di garantire le coppie omosessuali dal punto di vista della loro vita privata e familiare, *ex* art. 8 CEDU. La Corte di Strasburgo fotografa con realismo la situazione italiana delle relazioni affettive di tipo omosessuale, dove l'assenza di una disciplina legislativa del fenomeno costringe le coppie a ricorrere ad accordi contrattuali privati che, in ogni caso, non sono idonei a provvedere a certi diritti e obblighi essenziali all'interno della coppia (ad esempio i doveri di assistenza e diritti ereditari).

La Corte EDU, quindi, condanna l'Italia e non perde l'occasione per ribadire alcuni principi fondamentali, rafforzando ancora di più la propria giurisprudenza e la propria autorevole influenza sui diversi Stati membri, molti dei quali continuano a violare i diritti alle coppie omosessuali e a negare loro la piena cittadinanza: anzitutto, (I) l'estensione della nozione di "vita familiare" alle coppie dello stesso sesso e del corrispondente obbligo per gli Stati di predisporre un efficace sistema di tutele; in secondo luogo, (II) l'art. 12 della Convenzione che deve essere interpretato come un'apertura ai matrimoni tra persone dello stesso sesso, alla luce anche dell'art. 9 della Carta di Nizza, che riconosce il diritto di sposarsi senza specificare il genere delle persone. A tale interpretazione naturalmente non corrisponde un obbligo giuridico a carico degli Stati membri di riconoscimento del matrimonio *same-sex* ma certamente influisce sul loro margine di apprezzamento, in virtù anche del sempre più ampio *consensus* sul tema tra i Paesi del Consiglio d'Europa; in terzo luogo, (III) la limitazione del "margine di apprezzamento" dello Stato con riguardo alla scelta dei tempi e dei modi di introduzione di uno specifico quadro giuridico sulle unioni *same-sex*, atteso che il semplice riconoscimento di tali relazioni, nella misura minima indicata dalla Corte, realizza un diritto esistenziale per i ricorrenti che non si scontra con diritti che si caratterizzano per la sensibilità del loro contenuto.

1.3 Una rivoluzione a metà: l'approvazione della legge sulle unioni civili (l. n. 76/2016)

Ed infine «*they said yes*». Dopo anni di battaglie giudiziarie, di pressioni sociali e di rivendicazioni politiche, l'11 maggio 2016 è stato approvato in via definitiva il disegno di legge "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze" (cd Legge Cirinnà). La legge n. 76, promulgata dal Presidente della Repubblica il 20 maggio 2016 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 118 del 21 maggio 2016, introduce nell'ordinamento italiano l'istituto dell'unione civile tra persone dello stesso sesso quale "specifica formazione sociale" ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione e disciplina anche le convivenze di fatto. La legge è entrata in vigore il 5 giugno 2016. La scelta operata dal legislatore italiano si colloca ad un livello intermedio: esclusa infatti l'estensione dell'accesso al matrimonio alle coppie omosessuali, il legislatore ha introdotto due forme di riconoscimento della vita familiare omosessuale, dotate di diversa intensità. Da un lato, i

124 *Idem*, § 184.

commi da 1 a 35 dell'articolo unico[125] che compone la legge, disciplinano l'istituto dell'unione civile tra persone dello stesso sesso; dall'altro, i commi 36 ss. del medesimo articolo unico consentono alle coppie – etero ed omosessuali – di far discendere dalla propria convivenza di fatto una serie di effetti giuridici, che non incidono sul riconoscimento della condizione di coppia, ma sui diritti individuali dei partner. A differenza del matrimonio e dell'unione civile, che conferiscono riconoscimento e piena rilevanza pubblica alla relazione di coppia e ai rapporti familiari che possono derivarne, la disciplina delle convivenze mantiene pertanto una più spiccata connotazione privatistica.

L'unione civile italiana si ispira al modello tedesco della *Lebenspartnerschaft*[126], un istituto alternativo al matrimonio e riservato alle coppie formate da persone dello stesso sesso. Come in Germania, peraltro, anche in Italia l'unione civile è istituto di diritto pubblico. Essa si caratterizza, cioè, per un elevato livello di istituzionalizzazione e per una limitata rilevanza della volontà delle parti nella concreta disciplina del rapporto (limitata alla scelta del cognome comune o del regime patrimoniale). La legge ha inteso disciplinare l'istituto dell'unione civile attraverso un rinvio a singole previsioni del Codice civile relative al matrimonio[127]. Ciò va a corroborare, in qualche modo, l'immagine di un istituto di diritto familiare modellato sul matrimonio – con alcune rilevanti eccezioni, specie relative al profilo dei rapporti genitoriali – e riservato alle coppie formate da persone dello stesso sesso.

Da un lato, per molti profili, le differenze tra matrimonio e unioni civili sono solo nominali, non di contenuto (vengono, infatti, riconosciuti i diritti del matrimonio, dai diritti patrimoniali all'eredità compresa la legittima, dal diritto al mantenimento ed agli alimenti al diritto alla pensione di reversibilità, dal ricongiungimento familiare alla cittadinanza italiana per lo straniero unito civilmente, dal congedo matrimoniale a tutte le prerogative in materia di lavoro, dagli assegni familiari a tutte le disposizioni fiscali), dall'altro lato – e fermo che vi sono anche differenze sostanziali di rilievo – vi è la considerazione che le parole "contano", specie con riferimento ad istituti per i quali i simboli, le definizioni e i termini assumono grande rilievo sociale (basti pensare al venir meno dell'obbligo di fedeltà dei contraenti l'unione). Il grande assente di questa riforma è il tema della filiazione: il voto di fiducia ha comportato il sacrificio dell'articolo 5 della legge, quello che estendeva alle parti di una unione civile omosessuale – attraverso la modifica dell'art. 44, lett. *b*), della legge n. 184/83 – la possibilità di chiedere l'adozione del figlio biologico o adottivo dell'altra parte, così garantendo al bambino la stabilità e la certezza giuridica del rapporto con il genitore sociale. È interessante sottolineare, tuttavia, come al ventesimo comma del maxi-emendamento sia stato lasciato un sibillino riferimento alla filiazione adottiva che potrebbe risultare tanto più incomprensibile ove si consideri che segue alla richiamata esclusione dell'applicabilità, alla l. 184\1983, della clausola di equivalenza posta dalla stessa disposizione. Si legge, infatti, che "*resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*". Ora, come è noto, la l. 184\1983 nulla prevede, e nulla consente, con riferimento alle adozioni da parte di coppie dello stesso sesso. Appare quindi evidente che la disposizione debba essere letta – del resto è stato

125 Legge 20 maggio 2016, n. 76, "*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*", (16G00082) (GU Serie Generale n.118 del 21-05-2016).

126 Introdotto in Germania dalla *Lebenspartnerschaftsgesetz* del 16 febbraio 2001 (LPartG), consultabile all'indirizzo: http://www.gesetze-im-internet.de/lpartg/; cfr. sul punto S. Patti, *Le unioni civili in Germania*, in *Fam. Dir.*, 2015, 958 ss.; G. Repetto, *At Crossroads between Privacy and Community: The Legal Status of Same-Sex Couples in German, Austrian and Swiss Law*, in D. Gallo – L. Paladini – P. Pustorino, *Same Sex Couple*, cit., 263 ss.

127 Vale segnalare, peraltro, che l'utilizzo della tecnica del rinvio è stata oggetto di una evoluzione nei diversi testi che si sono succeduti nel corso dell'esame da parte della Commissione Giustizia del Senato. Nel testo unificato infine adottato dalla Commissione il 26 marzo 2015, si sostituisce al rinvio generale una serie di rinvii specifici al codice civile. Nel corso del successivo esame parlamentare, la tecnica del rinvio è stata ulteriormente limitata, con la riproduzione pedissequa, salvo talune eccezioni (cfr. i commi 5, 13 e 25 dell'attuale formulazione del testo di legge), del contenuto di molte delle disposizioni (codicistiche o meno) già oggetto di rinvio puntuale nelle versioni precedenti.

espressamente riconosciuto da chi l'ha proposta – come una sorta di clausola di salvezza, volta a consentire, o meglio a non impedire, il consolidamento di un orientamento giurisprudenziale manifestatosi di recente, alla stregua del quale è stata riconosciuta l'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, lett. *d*) della legge sulle adozioni, a favore del co-genitore dello stesso sesso quando ciò corrisponda all'interesse del minore[128].

1.3.1 Disciplina delle unioni civili

A norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 76/2016 l'unione civile si costituisce mediante dichiarazione congiunta resa dalle parti dinanzi all'ufficiale dello stato civile alla presenza di due testimoni. L'ufficiale di stato civile non può rifiutare di ricevere la domanda e le dichiarazioni congiunte con le quali le parti dichiarano di costituire davanti a lui un'unione civile fra persone dello stesso sesso. Conseguentemente, il comma 3 dello stesso articolo prescrive la "registrazione" dell'unione a cura dell'ufficiale di stato civile ed il comma 9 impone che l'unione civile sia "certificata dal relativo documento attestante la costituzione dell'unione, che deve contenere i dati anagrafici delle parti, l'indicazione del loro regime patrimoniale e della loro residenza, oltre ai dati anagrafici e alla residenza dei testimoni".

Rientrando tra i propri doveri istituzionali, l'ufficiale di stato civile dovrà quindi verificare preventivamente che non sussistano gli impedimenti indicati dalla legge (sono cause impeditive i matrimoni e le unioni celebrate all'estero incidenti sullo stato libero, mentre non lo sono istituti esteri che non incidono sullo stato civile delle parti, come ad es. i *Pacs* francesi). A tal fine, al momento della presentazione della domanda, l'ufficio di stato civile dovrà indicare alle parti il termine entro il quale si procederà alla celebrazione dell'unione civile. Ove riscontri la presenza di un impedimento potrà rifiutare l'atto con provvedimento motivato ai sensi dell'art. 7 del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 e comunicarlo senza indugio alle parti. Tale provvedimento può essere impugnato davanti al tribunale ordinario ex artt. 95 e ss. del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396.

Ai fini della costituzione dell'unione civile, è quindi necessario e sufficiente che le parti – dopo aver presentato all'ufficio dello stato civile la relativa domanda – si presentino di fronte al Sindaco o ad un suo delegato nella data fissata e rendano, alla presenza di due testimoni, la dichiarazione di voler costituire l'unione civile. Affinché la dichiarazione sia effettuata in piena scienza e coscienza, è necessario che il Sindaco o il suo delegato diano lettura alle parti dei commi 11 e 12 dell'articolo 1 della legge, che enunciano i diritti e doveri derivanti dall'unione, e che le parti stesse – una volta rese edotte dei contenuti dell'unione – rendano le dichiarazioni affermative che recano il consenso alla costituzione dell'unione.

Dunque, il certificato che attesta la costituzione dell'unione civile dovrà contenere:

1) indicazione del luogo, del giorno e dell'ora della costituzione dell'unione civile

2) indicazione dell'avvenuta lettura dei commi 11 e 12;

3) indicazione dell'avvenuta prestazione del consenso;

4) attestazione dell'avvenuta lettura della formula di costituzione della unione civile;

5) attestazione della scelta relativa al regime patrimoniale prescelto, ove compiuta dalle parti o, in mancanza, indicazione che il regime patrimoniale è quello della comunione dei beni;

6) attestazione della scelta relativa al cognome comune, ove compiuta dalle parti e delle altre dichiarazioni eventuali in materia di cognome;

7) Data e firme: a) dell'ufficiale di stato civile; b) di ciascuna delle parti; c) dei due testimoni.

128 Il riferimento è a un importante filone giurisprudenziale che ha riconosciuto e ammesso l'adozione "in casi particolari" del figlio del proprio partner.

1.3.2 I decreti attuativi della legge n. 76/2016

I commi 28 e 34 del maxi articolo unico della legge sulle unioni civili prevedono decreti attuativi, fra cui un "decreto-ponte" contenente le prime disposizioni transitorie per la tenuta degli archivi dello stato civile da emanarsi entro trenta giorni dall'entrata in vigore della legge. Sebbene con qualche settimana di ritardo il governo ha provveduto a emanare i primi decreti attuativi necessari per consentire concretamente la celebrazione delle unioni o la trascrizione dei matrimoni *same-sex* celebrati all'estero che in Italia avranno valore di unione civile. Infatti, il primo grande problema dopo l'entrata in vigore della legge si è posto con riguardo alle modalità di costituzione delle unioni civili, nonché della loro iscrizione e annotazione nei registri dello stato civile, così come si desumono dal testo di legge. Il primo importante decreto è il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 23 luglio 2016, n. 144 ("Regolamento recante disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile, ai sensi dell'articolo 1, comma 34, della legge 20 maggio 2016, n. 76") che ha specificato le modalità attinenti alla richiesta di costituzione dell'unione, alle verifiche che l'ufficiale di stato civile deve effettuare per la corretta celebrazione e agli adempimenti necessari per la corretta attuazione della legge (redazione del processo verbale; registrazione degli atti in un apposito registro provvisorio delle unioni civili tenuto presso ciascun Comune; indicazione del cognome comune nella dichiarazione costitutiva dell'unione, cognome comune che può essere anteposto o posposto al proprio cognome; obbligo per l'ufficiale di stato civile di darne comunicazione al Comune di nascita dei partner e agli uffici competenti perché procedano all'annotazione nell'atto di nascita ed all'aggiornamento della scheda anagrafica; modalità per la trasformazione del matrimonio in unione civile, ai sensi dell'articolo 1, comma 27, della legge, qualora, a seguito della rettificazione di sesso di uno di loro, essi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non farne cessare gli effetti civili; rilascio dell'atto certificativo dell'unione e del nuovo stato civile di "unito/a civilmente"; modalità per la trascrizione in Italia del matrimonio *same-sex* contratto all'estero).

Il Consiglio di Stato ha dato parere favorevole a tale "decreto-ponte" soffermandosi poi su alcune questioni problematiche che erano state sollevate nel dibattito politico e da alcuni sindaci che avevano dichiarato pubblicamente di opporre obiezione di coscienza alla celebrazione delle unioni civili[129]. Il Consiglio di Stato, dopo aver richiamato gli artt. 2 e 3 della Costituzione quale fondamento della nuova legge, ha espressamente negato l'esistenza di un diritto all''obiezione di coscienza motivabile con il rifiuto, in base a convinzioni culturali, religiose o morali, di concorrere a rendere operativo l'istituto della unione civile tra persone dello stesso sesso. Il rilievo giuridico di una "questione di coscienza" - affinché soggetti pubblici o privati si sottraggano legittimamente ad adempimenti cui per legge sono tenuti – può infatti derivare soltanto dal riconoscimento che di tale questione faccia una norma. Non può invece trovare fondamento in una "auto-qualificazione" effettuata da chi sia tenuto, in forza di una legge, a un determinato comportamento. Il primato della "coscienza individuale" rispetto al dovere di osservanza di prescrizioni normative è stato affermato – pur in assenza di riconoscimento con legge – nei casi estremi di rifiuto di ottemperare a leggi manifestamente lesive di principi supremi e non negoziabili (si pensi alla tragica esperienza delle leggi razziali). In un sistema costituzionale e democratico, tuttavia, è lo stesso ordinamento che deve indicare come e in quali termini la "coscienza individuale" possa consentire di non rispettare un precetto vincolante per legge. Nei casi in cui il legislatore ha contemplato l'esercizio della libertà di coscienza (si pensi all'obiezione di coscienza in materia di aborto o di sperimentazione animale) tale bilanciamento è stato effettuato con previsione generale e astratta. Nel caso della legge n. 76/2016 una previsione del genere non è stata introdotta; e, anzi, dai lavori parlamentari risulta che

129 Consiglio di Stato, Sez. Cons. per gli Atti Normativi, 15 luglio 2016, n. 01352/2016.

un emendamento volto ad introdurre per i sindaci l'obiezione di coscienza sulla costituzione di una unione civile è stato respinto dal Parlamento, che ha così fatto constare la sua volontà contraria, non aggirabile in alcun modo nella fase di attuazione della legge. Inoltre, il fatto che la legge e anche il decreto attuativo pongano tali adempimenti a carico dell'"ufficiale di stato civile", e cioè di un pubblico ufficiale che può essere anche diverso dalla figura del sindaco rende ancora meno fondata la questione della tutela della "coscienza individuale". Successivamente è stata dettata la disciplina "definitiva" di attuazione della legge sulle unioni civili mediante l'emanazione di tre decreti legislativi, nn. 5, 6 e 7 del 19 gennaio 2017, pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale n. 22 del 27 gennaio 2017. Tali decreti accolgono tutte le osservazioni formulate dalle Commissioni parlamentari e sono relativi rispettivamente alle modifiche dell'ordinamento dello stato civile in materia di costituzione e registrazione dell'unione civile, all'introduzione di specifiche norme di adeguamento in materia penale ed al coordinamento delle norme di diritto internazionale privato con il nuovo istituto. Il decreto legislativo n. 5/2017 apporta modifiche alle norme del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, in materia di ordinamento dello stato civile, e ha ad oggetto, tra le altre cose, disposizioni in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni alle previsioni della legge sulla regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, nonché disposizioni recanti modifiche ed integrazioni normative per il necessario coordinamento con la medesima legge sulla regolamentazione delle unioni civili delle disposizioni contenute nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti e nei decreti. Con il decreto legislativo n. 6/2017 sono introdotte nel codice penale e di procedura penale le necessarie disposizioni di coordinamento per consentire l'equiparazione del partner dell'unione civile al coniuge: agli effetti della legge penale il termine "matrimonio" si intende riferito anche alla costituzione di un'unione civile tra persone dello stesso sesso; la qualità di coniuge prevista come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un reato si intende riferita anche alla parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso; analogamente, è estesa alla persona unita civilmente la facoltà di astensione dalla testimonianza nel processo penale prevista per il coniuge dall'art. 199 c.p.p. Ciò consente, per esempio, l'applicabilità del reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare quando le inadempienze siano del partner dell'unione civile nei confronti dell'altro; allo stesso modo, al reato di omicidio potrà applicarsi l'aggravante dell'essere la vittima coniuge dell'autore, anche quando il fatto avvenga tra due soggetti legati da unione civile.
Infine il decreto legislativo n. 7/2017 reca disposizioni di modifica e riordino delle norme di diritto internazionale privato in materia di unioni civili tra persone dello stesso sesso. Tra le altre cose si stabilisce che il matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana; analogamente, l'unione civile, o altro istituto analogo, costituiti all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso abitualmente residenti in Italia produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana.
In generale si può dire che il legislatore è intervenuto soltanto laddove l'adeguamento dell'ordinamento appariva strettamente necessario (lasciando quindi all'interprete e, conseguentemente al giudice, il compito di attivare la clausola antidiscriminatoria contenuta al comma 20 dell'art. 1 della legge n. 76/2016 in tutti gli altri ambiti normativi non interessati dai decreti). In questo senso, la normativa di attuazione deve considerarsi integrativa, e non sostitutiva, di quanto autonomamente disposto dalla clausola generale di equivalenza tra matrimonio e unione civile tra persone dello stesso sesso, enunciata al comma 20 dell'art. 1 della legge e in attuazione dell'articolo 3 della Costituzione. Inoltre, scorrendo le disposizioni dei decreti attuativi si evince, sempre in linea generale, l'intenzione del legislatore delegato di assicurare all'unione civile un trattamento quanto più possibile modellato su quello riservato alle coppie coniugate, riducendo al minimo le differenze di disciplina rispetto al matrimonio, tentando quindi di assicurare il rispetto dell'art. 3 Cost. (quantomeno sotto il profilo dell'eguaglianza formale) e dunque la parità di trattamento.

CAPITOLO 2
FILIAZIONE E GENITORIALITÀ*

Sommario

2.1 La mancata riforma della filiazione: l'occasione persa della legge n.76 del 2016
2.2 «Prima i bambini»: i tre principali filoni giurisprudenziali in materia di riconoscimento delle «nuove» forme di genitorialità
2.2.1 La «stepchild adoption» o, per meglio dire, l'adozione in casi particolari
2.2.2 La trascrivibilità nei registri dello stato civile dell'atto di nascita con due genitori dello stesso sesso
2.2.3 Famiglie che circolano: la trascrivibilità nei registri dello stato civile delle sentenze straniere di adozione a favore di coppie omosessuali
2.3 Gli stop & go della giurisprudenza: gli arresti della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale

2.1 La mancata riforma della filiazione: l'occasione persa della legge n.76 del 2016

Lo scarto che è venuto a crearsi tra la realtà sociale concretamente vissuta dalle famiglie omogenitoriali e la loro totale o parziale inesistenza sul piano giuridico trasforma la loro quotidianità in una ripetuta esperienza di lesione di diritti fondamentali che riguardano tanto la vita materiale (dal diritto all'abitazione al diverso trattamento previdenziale e fiscale), quanto la vita più intima e personale (dalla condizione di «clandestinità nel diritto» della propria unione all'impossibilità di veder pienamente riconosciuti i propri legami affettivi). Ciò ha conseguenze notevoli soprattutto sui figli delle persone omosessuali, i quali rischiano di pagare il prezzo più alto. Quest'ultimi non hanno pieni diritti. La rigidità delle categorie giuridiche «tradizionali» e la carenza di tutele specifiche per le famiglie omogenitoriali crea scenari ingiusti, conseguenza del mancato riconoscimento legale di uno dei due genitori – quello non biologico –, contravvenendo all'idea che sia la responsabilità e non il mero legame genetico a fondare in senso più pregnante il rapporto genitoriale. Attraversare il confine può rappresentare quindi la differenza tra l'essere riconosciuti o meno come famiglia, tra il perdere o il mantenere la custodia legale dei propri figli, tra l'avere o meno la facoltà di adottare da parte di una coppia gay e lesbica. Proprio da questo riconoscimento «a metà», giuridico ma anche simbolico, discende non soltanto la sensazione di cittadinanze di serie B (legittimando indirettamente conseguenze omofobiche e discriminatorie) ma anche il dolore della stigmatizzazione per i figli di queste coppie che cresceranno senza la garanzia dei diritti e delle tutele previsti per tutti gli altri. E ciò diventa sempre meno giustificabile specie alla luce dell'emersione di uno spazio europeo dei diritti in cui le coppie dello stesso sesso hanno diritto all'esatta registrazione dei propri dati personali e alla continuità degli *status* legittimamente acquisiti, pur restando ferma la competenza dei singoli Stati sulle questioni del matrimonio, della famiglia e della genitorialità.

In seguito alle ripetute esortazioni provenienti dalla giurisprudenza, sia nazionale che europea (cfr., *supra*, Cap. 1), e alla crescita della domanda sociale, il legislatore italiano è finalmente intervenuto con l'approvazione della legge n. 76 del 2016 sulle unioni civili, liberando dal "dimenticatoio dell'irrilevanza giuridica"[130] i rapporti omo-affettivi. Nella nuova legge, formata da un unico articolo formato da 69 commi, troviamo disciplinati due diversi istituti: la prima parte è infatti dedicata al nuovo istituto dell'unione civile, riservato alle sole coppie formate da persone dello stesso sesso (cfr., *supra*, Scheda n.1, par. 3), nella seconda quello delle convivenze di fatto, accessibile, invece, sia alle coppie omosessuali sia a quelle eterosessuali. Certamente uno dei temi che più fortemente ha animato il dibattito politico è stato proprio quello della filiazione. Il disegno di legge originario (d.d.l. n. 2081/2015) ha infatti subito nel corso dell'*iter* parlamentare un mutamento che ne ha profondamente modificato l'assetto iniziale. Il 25 febbraio 2016, data in cui è stato espresso il voto di fiducia in Senato, è stato stralciato dal testo di legge l'originario art. 5 che prevedeva la possibilità per le parti dell'unione civile di chiedere l'adozione del figlio (biologico o adottivo) del partner, garantendo in questo modo al bambino la possibilità di conservare la continuità del rapporto affettivo col genitore cd. "sociale"[131]. Tale possibilità si sarebbe dovuta realizzare attraverso la modifica dell'art. 44, c. 1, lett. b) della l. 184/1983 recante "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento di minori". Si sarebbe trattato, in realtà, di una tutela soltanto parziale dal momento che l'adozione co-parentale avrebbe continuato ad avere delle significative differenze rispetto all'adozione cd. "legittimante". L'adozione "piena" o "legittimante" di cui al titolo II della legge n. 184/1983, infatti, si sublima nell'assunzione dello *status* di figlio legittimo da parte dell'adottato, recidendo completamente ogni tipo di legame tra il minore adottato e la famiglia d'origine e comportando inoltre l'instaurarsi di un legame di parentela tra l'adottato e i parenti dell'adottante. Lo stralcio dell'adozione co-parentale, o come viene più comunemente definita della *stepchild adoption*, ha costituito un elemento di profonda alterazione del disegno di legge, impendendone una più coerente assimilazione alla disciplina del matrimonio, con gli annessi diritti e doveri. La possibilità di adottare, e dunque di accedere ai rapporti di filiazione, è stata infatti del tutto preclusa alle coppie dello stesso sesso.

Com'è noto, motivo ispiratore della legge sull'adozione è la protezione e la realizzazione dell'interesse del minore, da ritenersi sovraordinato tanto all'interesse della famiglia d'origine, quanto al desiderio di genitorialità degli adottanti. L'adozione cd. "legittimante", che costituisce il nucleo portante ed attualmente, la disciplina "di diritto comune" dell'adozione dei minori, individua le condizioni necessarie per il raggiungimento del migliore interesse del bambino. In gran parte le difficoltà di una riforma dell'impianto originario della disciplina sono legate alla rigidità con cui la legge delinea il modello di famiglia idoneo ad adottare, individuandolo nella coppia eterosessuale, coniugata da almeno tre anni e non separata, neppure di fatto, non anziana, né troppo giovane perché vi sia una differenza di età massima e minima (rispettivamente quaranta anni e diciotto anni) con l'adottando. Questi i requisiti che nell'ottica del legislatore assicurano la realizzazione dell'interesse del minore: ma non c'è dubbio che in tal modo la disciplina dell'adozione, al di là delle sue finalità ultime, si pone al servizio di una difesa pervicace del modello più tradizionale di famiglia, qui delineato come l'unico

130 *L'autore di questo capitolo è Luca Giacomelli

L'espressione è di F. D. Busnelli, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in www.juscivile.it, 2017, 2, p. 169.

131 La disposizione recitava: "All'art. 44, c.1, lett. b della legge 4 maggio 1983, n. 184, dopo la parola «coniuge» sono inserite le seguenti: «o dalla parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso» e dopo le parole «e dell'altro coniuge» sono aggiunte le seguenti: «o dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso». Vedi, tra gli altri, A. Schillaci, *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale dopo il voto del Senato*, in www.articolo29.it, 26 febbraio 2016.

concepibile, ma nella realtà, già all'epoca dell'approvazione della legge, solo uno dei modelli presenti nel tessuto sociale.

In effetti, tra le ragioni che si nascondono dietro lo stralcio della *stepchild adoption* dalla legge sulle unioni civili c'è la pretesa salvaguardia dell'istituto dell'adozione come improntato alla volontà di plasmare la famiglia adottiva ad immagine e somiglianza della famiglia "naturale", quindi riproducendo al suo interno quelle caratteristiche (biologiche e non) che la caratterizzerebbero. Il paradigma eteronormativo trova piena manifestazione nel criterio della cd. *imitatio naturae* secondo cui gli omosessuali, non potendo procreare "naturalmente", non potrebbero neppure adottare. È sostanzialmente questo il criterio a cui dimostra di essere ispirata la l. 184/1983, che consente l'accesso all'adozione soltanto alle coppie coniugate, che si presumono quindi maggiormente idonee a garantire una corretta crescita del minore. Un criterio che appare però, oggi, ormai superato. La Corte costituzionale, peraltro, già da tempo ha affermato con sentenza n. 183/1994 che «gli artt. 3, 29 e 30 Cost. non si oppongono a un'innovazione che riconosca in misura più ampia la possibilità che, nel concorso di speciali circostanze, tipizzate dalla legge stessa o rimesse volta per volta al prudente apprezzamento del giudice, l'adozione da parte di una persona singola sia giudicata la soluzione in concreto più conveniente all'interesse del minore»[132]. Ciò trova conferma proprio nella previsione dell'art. 44 della l. 184/1983 che stabilisce che, in alcuni casi, il minore possa essere affidato anche a persone singole; in questo modo viene regolato il rapporto tra il minore e l'adottante senza recidere il legame con la famiglia di origine. Più specificamente, la lettera *d*) dell'art. 44, "*constatata impossibilità di affidamento preadottivo*", costituisce una sorta di norma di chiusura, idonea a offrire protezione al minore nel caso in cui il suo superiore interesse non possa essere raggiunto con l'adozione piena. Già con tale previsione possiamo dunque osservare come fosse stata superata la presunzione secondo cui lo sviluppo e la crescita del minore potessero avvenire correttamente solo in una famiglia fondata sul modello coniugale *ex* art. 29 Cost., aprendo la strada anche all'adozione da parte di soggetti non coniugati.

La legge n. 76 del 2016 poteva dunque rappresentare la sede giusta per una riforma più estesa che investisse anche il tema dell'adozione. Ciò avrebbe assicurato una maggiore sistematicità e certezza della disciplina in un ambito che vede coinvolti non soltanto gli interessi degli adulti ma anche e soprattutto quelli dei minori. Infatti, oltre alla limitazione dei diritti del singolo individuo o della coppia rispetto all'aspirazione a diventare genitore, si deve denunciare, soprattutto, la discriminazione nei confronti dei minori già esistenti che, per il solo fatto di vivere in una famiglia omogenitoriale, sono esclusi dal pieno godimento dei diritti e dalle tutele previste dalla legge. È importante sottolineare, comunque, che, nonostante lo stralcio della cd. *stepchild adoption* dalla legge sulle unioni civili e l'assenza di norme positive che estendano una seppur minima tutela anche ai rapporti genitoriali all'interno delle famiglie dello stesso sesso, il tema della filiazione non è stato completamente ignorato dal legislatore. Ciò emerge analizzando con attenzione quel compromesso politico ben rappresentato dal comma 20 dell'unico articolo della legge n. 76 del 2016, il quale costituisce "la perfetta espressione dello psicodramma del legislatore"[133], il quale da un lato non voleva introdurre esplicitamente uno spazio per l'adozione nei contesti omogenitoriali, dall'altro però non ha voluto nemmeno opporvisi, specialmente alla luce delle aperture che l'istituto stava incontrando nella prassi giurisprudenziale[134]. Infatti la prima parte della disposizione prevede che:

132 Corte cost., sentenza del 16 maggio 1994, n. 183, in G.C. 1994, 1, p. 1434.
133 Così N. Cipriani, *La disciplina delle unioni civili: un punto di arrivo o di partenza?*, in Foro it., 2017, I, c. 2170 ss. 16.
134 Da segnalare in particolar modo l'orientamento del Foro romano: Trib. min. Roma 30.07.2014 n. 299,

"*Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso*". Dunque, la finalità di questa disposizione è fondamentalmente antidiscriminatoria e consiste nel rimuovere ogni ulteriore ostacolo all'effettivo godimento dei diritti da parte delle persone unite civilmente (art. 3, comma 2, Cost.), mettendole al riparo dalla possibilità di subire trattamenti differenziati rispetto alle persone coniugate. La norma però, prevede, nel secondo periodo, due eccezioni: "*La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*".

La prima eccezione si giustifica alla luce dell'intento del legislatore di diversificare: infatti, così come deliberatamente affermato anche nel primo comma dell'unico articolo, sebbene l'unione civile integri una "formazione sociale specifica" di tipo familiare e la sua disciplina sia stata forgiata sull'istituto del matrimonio, i due istituti continuano ad avere matrici diverse ed un diverso fondamento costituzionale. La seconda eccezione, invece, è quella che interessa più da vicino il tema dell'omogenitorialità: si tratta, infatti, dell'esclusione dell'applicazione alle unioni civili della disciplina sull'adozione. Anche questa scelta è ovviamente il frutto dell'"ansia di differenziazione" del legislatore. È interessante sottolineare, tuttavia, come la formula di chiusura ("*Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*") esprima un sibillino riferimento alla filiazione adottiva che potrebbe risultare tanto più incomprensibile ove si consideri che segue alla richiamata esclusione dell'applicabilità, alla l. 184/1983, della clausola di equivalenza posta dalla stessa disposizione. Ora, come descritto pocanzi, la legge sull'adozione nulla prevede, e nulla consente, con riferimento alle adozioni da parte di coppie dello stesso sesso. Appare quindi evidente che la disposizione debba essere letta – del resto è stato espressamente riconosciuto da chi l'ha proposta – come una sorta di "clausola di salvezza", volta a consentire, o meglio a non impedire, il consolidamento di un orientamento giurisprudenziale manifestatosi negli ultimi anni, alla stregua del quale è stata riconosciuta l'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, lett. *d*) della legge sulle adozioni, a favore del co-genitore dello stesso sesso quando ciò corrisponda all'interesse del minore

2.2 «Prima i bambini»[135]: i tre principali filoni giurisprudenziali in materia di riconoscimento delle «nuove» forme di genitorialità

Ancora una volta è toccato alla giurisprudenza supplire all'inerzia del legislatore e farsi interamente carico delle richieste di tutela provenienti dalle famiglie "non tradizionali", alla luce di un divario fra la realtà sociale e il diritto scritto sempre più grande. Del resto, come dimostra l'assenza nel testo

in Foro it. 2014, I, 2743; App. Roma, 23.12.2015, n. 7127, in Foro it., 2016, I, 699; Trib. min. Roma, 22.10.2015, in Foro it., 2016, I, 339, con nota di G. Casaburi, *Omosessuali, unioni civili e filiazione: una questione aperta*. Queste sentenze sono alcuni esempi di come la giurisprudenza, già prima della legge Cirinnà, stava cominciando a dare tutela ai figli delle coppie omosessuali, riconoscendo l'adozione in casi particolari al c.d. genitore sociale ai sensi della lett. d) dell'art 44 della l. 184/1983; *contra*: Trib. min. Piemonte e Valle d'Aosta 11.11.2015, nn. 258 e 259, in Nuova giur. civ. comm., 2016, 2, 205 ss. con nota di A. Nocco, *L'adozione del figlio del convivente dello stesso sesso: due sentenze contro una lettura "eversiva" dell'art. 44 lett. d) L. n. 184/83*.

135 L'espressione è ripresa da E. Lamarque, *Prima i bambini: Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016.

sulle unioni civili di disposizioni in materia di filiazione, il legislatore ha preferito non avventurarsi in complessi processi di rielaborazione delle nozioni di famiglia e genitorialità, cosciente dei risvolti valoriali, etici e culturali e timoroso delle potenziali «derive» di una genitorialità a tutti i costi. Tuttavia le sempre più numerose modalità di instaurazione del rapporto di filiazione, stante il sostanziale superamento del paradigma naturalistico (e, quindi, prettamente eterosessuale), impongono al giurista una funzione «ordinante»[136] rispetto alla complessità della fenomenologia, al fine di assicurare anzitutto una adeguata protezione alla parte più vulnerabile del rapporto, ovverosia al minore. Così, a fronte di una legge che ha concepito l'unione civile come una relazione tra partner per i quali non è possibile – in via teorica – dare vita a rapporti di filiazione, il compito di garantire l'effettivo rispetto dei diritti dei minori che – di fatto – nascono e crescono in queste famiglie spetta (ancora) alla giurisprudenza.

2.2.1 La «stepchild adoption» o, per meglio dire, l'adozione in casi particolari

Il primo filone giurisprudenziale da analizzare per ordine cronologico è quello relativo al riconoscimento dell'adozione del figlio, biologico o adottivo, del partner dello stesso sesso, la cd. *stepchild adoption*. Ad inaugurarlo è stata una sentenza del Tribunale per i minorenni di Roma, del 30 luglio 2014, n. 299 che ha interpretato in maniera estensiva l'ipotesi di adozione in casi particolari di cui all'art. 44 lett. d) della legge 184/1983. Il caso riguardava due mamme ed una bambina. La legge italiana, come noto, riconosce soltanto la mamma biologica e per tale ragione la mamma «sociale» chiedeva di essere ammessa all'adozione della minore. In seguito ad un approfondito esame della situazione di fatto (nel provvedimento si dà atto dell'indagine socio-psicologica condotta, dell'ascolto dei genitori ed anche del responsabile della scuola della bimba), il tribunale rilevava come la bambina fosse nata da un progetto genitoriale comune delle due donne, le quali erano conviventi da dieci anni, erano iscritte nel registro comunale delle unioni di fatto ed erano pure coniugate in Spagna, dove fu concepita la bambina. Cresciuta dalla coppia, la bimba, all'epoca della sentenza di cinque anni, riconosceva pienamente nelle due donne i propri genitori, chiamandole entrambe mamma. Le relazioni dei servizi sociali davano atto che la bambina era perfettamente inserita nel contesto familiare.

A fronte di tale situazione di fatto, il Tribunale di Roma osserva come allo stesso non tocchi costruire alcuna nuova realtà giuridica o creare «nuovi diritti», ma soltanto di vagliare la rilevanza giuridica della situazione già esistente, verificando quale fattispecie giuridica trovi applicazione alla luce del superiore principio dell'esclusivo interesse della minore. Il giudice ha fatto ricorso all'istituto dell'adozione in casi particolari per «constatata impossibilità di affidamento preadottivo» di cui all'art. 44, comma primo, lettera *d*), della legge 184/1983. Sono casi che prescindono dalla prova dello stato di abbandono del minore e realizzano l'interesse del minore ad essere adottato, pure sussistendo genitori o parenti che se ne possano prendere cura. La *ratio* profonda dell'istituto è dare veste giuridica a rapporti di fatto, fondati sull'accudimento del minore, prolungato nel tempo. Le ipotesi *sub a*), *c*) e *d*) sono consentite anche a chi non è coniugato e dunque anche al singolo. La motivazione della sentenza ruota giustamente tutta intorno al benessere della minore e al rapporto tra questa e l'aspirante adottante, *partner* della madre biologica. A dire di questo giudice, la «constatata impossibilità di affidamento preadottivo», presupposto per questa tipologia di adozione, dovrebbe intendersi correttamente non soltanto come «impossibilità di fatto», che ricorre quando,

136 M. Bianca, *Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull'erroneo scambio degli embrioni*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, n. 1, 2015, p. 193.

per esempio, l'affidamento preadottivo è rifiutato per le difficoltà caratteriali del minore o per una sua grave disabilità fisica o psichica, ma anche come «impossibilità di diritto», ovvero laddove non sia possibile dichiarare lo stato di abbandono perché, come nel caso di specie, il minore ha già un genitore che se ne prende cura. L'adozione *ex* art. 44, comma primo, lettera *d*), dovrebbe essere consentita anche a chi conviva stabilmente col genitore del minore e condivida con questo i compiti di mantenimento, istruzione ed educazione.

È interessante sottolineare come il Tribunale riconosca come il matrimonio non sia di per sé idoneo a tutelare il minore adottato meglio di quanto possa fare una convivenza *more uxorio*, stante anche il fatto che l'adozione del figlio del coniuge è possibile (e ammessa senza difficoltà) anche dopo la separazione e il divorzio della coppia, data la dissolubilità del vincolo matrimoniale. Ciò dimostra, invero, che la *ratio* di questo istituto normativo è quella di fornire una copertura giuridica a una genitorialità sociale consolidata con il partner del genitore e favorire così l'interesse del minore alla più ampia protezione giuridica possibile. Questo punto diventa ancora più significativo in considerazione della recente riforma della filiazione (l. 219/2012 e d.lgs. 154/2013) che, equiparando lo *status* giuridico di tutti figli, ha vietato ogni discriminazione che possa derivare dal dato astratto dello stato civile del genitore[137].

Il giudice nega anche l'ammissibilità di qualunque discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale con riferimento alla capacità genitoriale, sociale o biologica che sia: come riconosciuto dalla Corte di Cassazione proprio in materia di affidamento di un minore a un genitore omosessuale, l'assunto per cui il corretto ed armonioso sviluppo psichico del minore possa essere garantito soltanto dal suo inserimento in una dinamica di coppia eterosessuale resta espressione di un pregiudizio (come tale inaccettabile socialmente e ancor di più privo di spessore giuridico) laddove esso non sia suffragato da adeguati riscontri scientifici o da dati di esperienza, ragion per cui – in assenza di tali riscontri – non vi è motivo per ritenere dannosa per un minore la sua permanenza all'interno di una nucleo omosessuale[138]. Del resto, numerose sono le decisioni dei giudici di merito che hanno proceduto all'affidamento di minori a coppie formate da persone dello stesso sesso, spesso in un dialogo fruttuoso con le pronunce delle corti sovranazionali[139].

Questa interpretazione dell'art. 44, comma 1, lettera d) della legge sulle adozioni ad opera del Tribunale per i minorenni di Roma, e successivamente della Corte d'Appello di Roma, è stata infine avallata anche dalla Suprema Corte di Cassazione che con la sentenza n. 12962 del 26 maggio 2016, depositata in data 22 giugno 2016 ha confermato l'adozione co-parentale da parte del genitore sociale all'interno delle famiglie omogenitoriali. Si tratta della prima adozione co-parentale riconosciuta dalla Cassazione e pone un primo, importante, punto fermo nell'intricato dibattitto che negli ultimi anni agita la

137 Cfr., sul punto, A. Gorgoni, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Cedam, Padova, 2017; Fondazione Italiana Del Notariato, *Le "nuove famiglie" e la parificazione degli status di filiazione ad opera della l. 219/2012. Atti dei convegni Milano, 7 marzo 2014, Bolzano, 21 marzo 2014, Salerno, 13 giugno 2014*, Gruppo 24 ore, Milano, 2015 e M. Saporiti, *Omogenitorialità, famiglia e «mero pregiudizio»*, in *Ragion pratica*, n. 1, 2014, 247-272.

138 Cass., sez. I civile, sentenza 8 novembre 2012 – 11 gennaio 2013, n. 601.

139 Nello stesso senso anche le decisioni dei Tribunali di Genova (ordinanza del 30 ottobre 2013), di Nicosia (ordinanza del 14 dicembre 2010) e di Firenze (ordinanza del 30 aprile 2009). Quanto al contesto europeo, merita ricordare il famoso caso della Corte europea per i diritti dell'uomo, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portogallo*, decisione del 21 dicembre 1999, in cui la Corte ha affermato che costituisce violazione dell'articolo 14 qualunque discriminazione che non abbia una oggettiva e ragionevole giustificazione, che non persegua, cioè, un obiettivo legittimo o per la quale manchi comunque una relazione di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e l'obiettivo che si intende raggiungere; porre l'orientamento sessuale di uno dei genitori alla base di una decisione circa la custodia di un figlio costituisce un'interferenza ingiustificabile con la vita privata del genitore, protetta dall'articolo 8, e confligge con la necessità di adottare una decisione unicamente nell'esclusivo, reale, interesse della prole.

questione della genitorialità omosessuale[140]. Due gli snodi principali della motivazione degli Ermellini: 1) l'adozione in casi particolari nell'ambito di una coppia omosessuale non determina in astratto un conflitto di interessi tra genitore biologico e il minore adottando, ma richiede che l'eventuale conflitto sia accertato in concreto dal giudice; 2) tale modello adottivo prescinde da un preesistente stato di abbandono del minore e può essere ammesso sempreché alla luce di una rigorosa indagine di fatto svolta dal giudice, realizzi effettivamente il superiore interesse del minore (*best interests of the child*)[141].

2.2.2 La trascrivibilità nei registri dello stato civile dell'atto di nascita con due genitori dello stesso sesso

Un secondo indirizzo giurisprudenziale in materia di omogenitorialità è quello relativo alla trascrizione nei registri dello stato civile dei certificati di nascita formati all'estero e recanti l'indicazione di due genitori dello stesso sesso. Si tratta di coppie omosessuali che hanno fatto ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita (nel caso di due donne) o alla gestazione per altri (nel caso di due uomini) in Paesi stranieri dove ciò è consentito dalla legge e che, al rientro in Italia, chiedono la trascrizione dell'atto di nascita dei loro figli nei registri dello stato civile.

Come scritto pocanzi, la filiazione come stato giuridico, cioè come rapporto che lega il figlio ai genitori, nell'ordinamento italiano, sembrerebbe ammessa soltanto nel contesto della coppia eterosessuale. Ciò è evidente soprattutto nella filiazione matrimoniale, tenuto conto che coniugi possono essere soltanto persone di sesso diverso[142]. Ma anche nella disciplina del riconoscimento dei figli nati fuori del matrimonio, le norme del codice presuppongono la diversità di sesso dei genitori[143]. La legge n. 76/2016 non ha risolto il problema, in quanto non richiama le disposizioni del codice civile relative alla presunzione di paternità[144], né quelle in tema di riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio. La conseguenza è che, in caso di nascita di un bambino in costanza di unione civile, non scatta alcuna presunzione di concepimento come invece accade nel matrimonio. Dunque, ad esempio, il bambino di una coppia di donne unite civilmente, sarà, per l'ordinamento italiano, ai sensi dell'art. 269, comma 3, del codice civile[145], figlio soltanto della partoriente, ma non dell'altra parte dell'unione civile, la quale non può altresì procedere al riconoscimento *ex* art. 250

140 Per un ulteriore approfondimento si vedano, fra i molti, G. Ferrando, *Il problema dell'adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 12962 del 2016*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 9, 2016, 1213 ss.; S. Stefanelli, *Adozione del figlio del partner nell'unione civile*, in *GenIUS*, n.2, 2016, 102-130; G. Casaburi, *L'adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra (Nota a Cass. 22 giugno 2016, n. 12962)*, in *Foro Italiano*, 2016, 2342; M. Gattuso, A. Schillaci, *Il dialogo fra le corti minorili in materia di stepchild adoption*, in *www.articolo29.it*, 2017.

141 Per un approfondimento sul significato e sulla funzione della clausola dei *best interests* si rimanda a L. Giacomelli, *(Re)Interpretando i best interests of the child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?*, in *Atti del Convegno del Gruppo di Pisa "La famiglia davanti ai suoi giudici"*, Giuffrè, Roma, 2014, 467-483 e E. Lamarque, *Prima i bambini*, op. cit.

142 Ciò rileva, ad esempio, dall'art. 147 del codice civile che recita: "Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire, educare e assistere moralmente i figli, nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni, secondo quanto previsto dall'articolo 315- *bis*"; nonché dagli articoli 231 e ss. del codice civile.

143 Infatti l'art. 250 del codice civile prevede che il figlio possa essere riconosciuto "dalla madre e dal padre".

144 Com'è noto l'art. 231 del codice civile prevede che "Il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio". Mentre l'art. 232 dispone che: "Si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato quando non sono ancora trascorsi trecento giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio".

145 Infatti l'art. 269, terzo comma, del codice civile, in tema di prova della filiazione, dispone: "La maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre". Tale argomento in realtà non rappresenta più un dato incontestabile, dato che la scienza oggi consente di effettuare la PMA eterologa mediante donazione di gameti femminili. Quindi potrebbe, tramite l'impianto di ovocita, portare avanti la gravidanza e poi partorire colei che non è madre genetica del bambino.

c.c. Anche nell'ipotesi di nascita di un bambino in costanza di unione civile tra due persone di sesso maschile, il rapporto di filiazione si instaurerà esclusivamente nei confronti di uno dei due padri e cioè il padre genetico, il quale sarà l'unico a poter effettuare il riconoscimento.

È chiara dunque la scelta del legislatore italiano di non riconoscere la bigenitorialità alle coppie unite civilmente, non intendendo equiparare sotto tale profilo matrimonio e unione civile. Ciò detto, i criteri codicistici fondati sul dato genetico per il padre e sul dato gestazionale per la madre non esauriscono i criteri legali di determinazione della genitorialità giuridicamente vincolante. Sono infatti da considerare sul tema, da un lato, la sopracitata legge sull'adozione e, dall'altro, la legge del 19 febbraio 2004, n. 40, intitolata "*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*". Soprattutto con riferimento alla procreazione medialmente assistita (di seguito PMA), la possibilità di far ricorso alle nuove tecnologie ha determinato il sorgere di problemi legati al biodiritto, in quanto esse coinvolgono diritti e interessi di rilevanza costituzionale: il diritto di avere figli[146] si scontra ad esempio con i diritti del nato ad avere due genitori e a conoscere le proprie origini, ovvero con il diritto alla salute psico-fisica della gestante e del nato, in particolare nei casi di gestazione per altri.

Tutto ciò ha portato il legislatore italiano a disciplinare tali problemi in modo molto prudente e con un atteggiamento di forte chiusura. Il risultato è stato quello di "imporre valori, principi e diritti che hanno delegittimato altre situazioni giuridiche soggettive rilevanti a livello costituzionale"[147]. La n. 40/2004 prevede dei requisiti oggettivi e soggettivi molto stringenti per l'accesso alle tecniche di PMA. Per quanto riguarda i primi, il secondo comma dell'art. 1 della legge dispone che il ricorso a tali tecniche sia consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità[148]. Con riferimento ai requisiti soggettivi, invece, l'art. 5 prevede che "[...] possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi". Così facendo il legislatore ha voluto tutelare in particolar modo il diritto del bambino ad avere due genitori (di sesso diverso)[149]. Quindi attualmente in Italia alle coppie omosessuali è vietata la possibilità di

146 La libertà di avere figli è costituzionalmente garantita, in quanto legata all'identità e allo sviluppo della personalità di ogni individuo *ex* art. 2 Cost. La stessa Consulta con la nota sentenza Corte cost., n. 162 del 2014, in Foro it., 2014, I, 2324 ss., in tema di ammissibilità nell'ordinamento italiano della fecondazione eterologa, ha affermato che la scelta della coppia «di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che [...] è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare». Il principio era stato dichiarato anche dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo nella sentenza sul caso *S.H. e altri c. Austria* del 2010, in cui aveva affermato che in un ordinamento che consente la procreazione artificiale, il diritto di una coppia di farne uso per concepire un figlio rientra nella sfera dell'art. 8 CEDU, in quanto espressione della vita privata e familiare. Inoltre il principio è desumibile anche dall'art. 1 della l. 194/1978 che così recita: "Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile [...]".

147 A. Gorgoni, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Cedam, Padova, 2017, p. 208.

148 Da precisare però che la Corte Costituzionale, con sentenza n. 96 del 2015, in , ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente comma nella parte in cui non consente il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194.

149 Com'è noto, la l. 8.02.2006 n. 54, che ha introdotto in Italia l'affidamento condiviso dei figli in caso di separazione dei genitori, ha anche sancito all'art. 1 il diritto dei figli di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, nonché di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi. Il principio della bigenitorialità si era già affermato da tempo negli ordinamenti europei: l'art. 24, par. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea dispone che "il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori". È presente altresì nella Convenzione sui diritti del fanciullo sottoscritta a New York il 20 novembre 1989, e resa esecutiva in Italia con la legge n. 176 del 1991. L'art. 9 della suddetta Convenzione recita: "Gli Stati parti rispettano il diritto del fanciullo separato da entrambi i genitori e da uno di essi, di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i suoi genitori, a meno che ciò non sia contrario all'interesse preminente del fanciullo".

utilizzare le pratiche disciplinate dalla legge n. 40/2004[150]. Questa breve premessa sulla modalità di instaurazione dello *status filiationis* è utile per comprendere meglio le difficoltà che incontrano le coppie di genitori omosessuali che, stante il divieto in Italia, ricorrono a tali tecniche procreative all'estero, chiedendo poi la trascrizione dei relativi atti di nascita agli Ufficiali di stato civile italiani. La prima questione che viene in rilievo è la riconoscibilità nell'ordinamento italiano di tali atti formati nel Paese straniero in conformità alle sue leggi. Qui, l'interprete si ritrova in una dimensione per così dire *ex post*, cioè in un assetto fattuale già significativamente delineato, riguardo al quale si tratta di sondare la possibilità, nel sistema interno, di attribuire corrispondente riconoscimento e consistenza sul piano degli effetti giuridici. La seconda questione, intrecciata con la precedente, è quella relativa alla normativa di riferimento, al fine di individuare i principi e le regole applicabili ai figli generati tramite PMA e a quelli nati a seguito di gestazione per altri (di seguito, GPA).

Il bisogno fondamentale cui il diritto deve fare fronte, in particolare, è quello di tutelare in maniera piena ed effettiva il minore, garantendo il suo diritto fondamentale alla conservazione del suo *status filiationis* e alla stabilità dei rapporti affettivi con coloro che se ne prendono cura. Con decreto del 29 ottobre 2014, la Corte di Appello di Torino ha ordinato, per la prima volta, la trascrizione del certificato di nascita di un bambino nato da due donne in Spagna[151]. La coppia di donne aveva fatto ricorso alla fecondazione eterologa in Spagna: la madre italiana aveva trasferito il proprio ovulo alla madre spagnola che, dopo la fecondazione con seme proveniente da un donatore anonimo, aveva portato a termine la gravidanza. La coppia successivamente aveva divorziato e il Tribunale di Barcellona aveva statuito l'affidamento condiviso del figlio. La madre italiana, volendo tornare in Italia, aveva richiesto quindi la trascrizione dell'atto di nascita del figlio alle autorità locali così da ottenere il riconoscimento legale del suo rapporto di filiazione anche in Italia e poter portare il proprio bambino con sé legittimamente. Il Tribunale di Torino aveva però negato la trascrizione perché in contrasto con l'ordine pubblico: infatti, secondo la legge italiana, la madre è soltanto colei che partorisce il bambino, in questo caso la madre spagnola, e dunque al figlio non poteva essere riconosciuta nemmeno la cittadinanza italiana per il principio dello *ius sanguinis*.

La Corte di Appello smentisce la decisione di primo grado, rilevando che il perseguimento del massimo benessere possibile del minore è principio fondamentale dell'ordinamento italiano e che, nel caso di specie, questo può essere raggiunto solo consentendo al bambino di mantenere uno stabile rapporto con entrambe le madri, tenuto conto anche che senza tale trascrizione il minore non potrebbe ottenere la cittadinanza italiana e non potrebbe quindi venire in Italia con la madre italiana. In via preliminare viene sottolineato come la procedura disciplinata dall'ordinamento dello stato civile (D.P.R. n. 396/2000), ai fini della trascrizione dell'atto, sia finalizzata soltanto a regolare l'attività di certificazione, mentre l'individuazione del rapporto di filiazione deve desumersi nel caso in esame secondo le norme del diritto internazionale privato. Ne consegue che lo stato di figlio, in base all'art. 33, deve essere determinato dalla legge nazionale del figlio o, se più favorevole,

150 Su tale esclusione, alcuni hanno espresso dubbi di legittimità costituzionale. Si veda C. Camardi, *Diritti fondamentali e "status" della persona*, in Riv. critica dir. privato, 2015, 1, 42-43, secondo cui la disposizione di cui all'art. 5, l. n. 40/2004 è contraria all'art. 2 Cost. e alla normativa europea, in quanto discriminatoria rispetto alla coppia omosessuale, "la cui «capacità» di essere genitori non sembra più essere messa in discussione". L'autrice sostiene che "il diritto fondamentale di costituire una famiglia «logicamente» porta con sé il diritto di procreare, oltre che di adottare. E il diritto di procreare nell'ambito di una famiglia *same-sex* si lega automaticamente alla libertà – ancorché regolata – di ricorrere alle tecniche di fecondazione eterologa".

151 Cfr., tra gli altri, G.N. La Diega, *La trascrizione del certificato di nascita del figlio dei coniugi "same sex". Filiazione omogenitoriale, ordine pubblico internazionale e interesse del minore nella recente giurisprudenza torinese*, in *Diritto civile contemporaneo*, n. 2, 2015, 1-15 e S. Celentano, *La trascrizione in Italia dell'atto di nascita del figlio di coppia omosessuale*, in *Questione Giustizia*, 2015.

dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino al momento della nascita, e che lo status di figlio legittimo acquisito alla luce della legge nazionale di uno dei due genitori non può essere contestato che alla stregua di detta legge. Ora, nel caso in esame, il minore è nato in Spagna e, secondo la legge spagnola, è figlio legittimo di entrambe le madri e, poiché vige certamente nel nostro sistema il principio del *favor filiationis* (confermato dall'art. 13, comma terzo, l. 218/1995 che consente il rinvio alla legge straniera «soltanto se esso conduce all'applicazione di una legge che consente lo stabilimento della filiazione»), il minore deve essere ritenuto, anche per l'ordinamento italiano, figlio di entrambe le madri ed ha, dunque, assunto la cittadinanza italiana *ius sanguinis* in quanto figlio (anche) di madre italiana. Ad avviso dei giudici di secondo grado, inoltre, è da escludere che la trascrizione del certificato di nascita possa essere impedita dai principi dell'ordine pubblico internazionale. I giudici rammentano al riguardo come tali principi, secondo l'insegnamento della Suprema Corte, debbano intendersi come «principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un dato periodo storico» e fondati su esigenze, comuni ai diversi ordinamenti, «di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, sulla base di valori sia interni che esterni all'ordinamento purché accettati come patrimonio condiviso in una determinata comunità giuridica sovranazionale». Fra i principi che concorrono a determinare l'ordine pubblico internazionale ricorrono, allora, anche quelli desumibili dalla Convenzione europea dei diritti umani secondo l'interpretazione delle Corti europee, oltre che ovviamente quelli desunti dalla Costituzione e dai principi fondamentali dell'ordinamento posti a garanzia dei diritti fondamentali.

Sul punto ha avuto modo di pronunciarsi anche la Corte di Cassazione, la quale – rigettando i ricorsi proposti dal Procuratore generale della Repubblica e dal Ministero degli interni avverso il decreto della Corte torinese – ha confermato la posizione delineata dai giudici di secondo grado non rinvenendo ragioni ostative alla trascrivibilità dell'atto di nascita. Con sentenza n. 19599 del 30 settembre 2016[152], gli ermellini hanno fissato alcuni principi di grande rilevanza che, in mancanza di una disciplina legislativa, aggiungono un ulteriore tassello al frammentato mosaico che tutela l'omogenitorialità. Infatti, questa pronuncia segna una progressiva evoluzione del concetto di ordine pubblico, alla luce del superiore interesse del minore[153]. Secondo la Corte, dunque, il giudice nazionale chiamato a compiere la verifica di compatibilità con l'ordine pubblico di un atto straniero, non deve valutare la conformità o la difformità della disciplina straniera rispetto a quella interna, ma solo se sussista un contrasto tra l'atto straniero e le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Così delineati i termini (e i confini) del proprio giudizio, la Corte entra nel merito, affrontando la questione della compatibilità dell'atto di nascita con la «tutela dell'interesse superiore del minore, anche sotto il profilo della sua identità personale e sociale, e in generale del diritto delle persone di autodeterminarsi e formare una famiglia, valori [...] già presenti nella Carta costituzionale (artt. 2, 3, 31 e 32 Cost.) e la cui tutela è rafforzata dalle fonti sovranazionali che concorrono alla formazione dei principi di ordine pubblico internazionale»[154].

152 Cass., sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599.

153 Cfr., sul punto, I. Rivera, *La trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero tra tutela dell'ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore*, in *GenIUS*, n. 1, 2017, 70-76; A. Schillaci, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di Cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*, in *www.articolo29.it*, 2016. In senso critico, specialmente con la nozione di ordine pubblico internazionale offerta dalla Suprema Corte si veda, tra gli altri, G. Luccioli, *Il caso del figlio nato da due madri. L'interesse del minore e il limite dell'ordine pubblico*, in *www.giudicedonna.it*, n. 4, 2016.

154 Cass., sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, par. 7.

Oltre a questo punto, sul quale la Suprema Corte è apparsa piuttosto netta, merita segnalare altri due passaggi di grande rilievo, soprattutto per le possibili ricadute nella costruzione – seppur nel disomogeneo e incerto incedere della giurisprudenza – della tutela della genitorialità nell'ambito delle coppie omosessuali. Innanzitutto, (I) non può ostare il rilievo che la nascita del minore sia avvenuta a seguito del ricorso ad una pratica di procreazione medicalmente assistita non consentita dalla legge italiana alle coppie dello stesso sesso. «Non si può ricorrere alla nozione di ordine pubblico» afferma la Corte, «per giustificare discriminazioni nei confronti [del minore] a causa della scelta di coloro che lo hanno messo al mondo mediante una pratica di procreazione assistita non consentita in Italia [...] Vi sarebbe altrimenti una violazione del principio di uguaglianza, intesa come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali»[155]. In secondo luogo, (II) non può più essere assunto a principio inderogabile di ordine pubblico quello secondo cui, nel nostro ordinamento, madre è colei che partorisce, enunciato all'art. 269 c.c. L'attribuzione della maternità può essere inquadrata «in una cornice più ampia, aperta alla rilevanza centrale della trasmissione del patrimonio genetico ma anche, entro certi limiti, al rilievo del concetto di 'responsabilità genitoriale' specie quando, come nella specie, la non coincidenza tra parto e trasmissione del patrimonio genetico consegua ad un peculiare progetto genitoriale nell'ambito di una coppia omosessuale»[156].

Di grande rilievo è poi la sentenza n. 14878 del 15 giugno 2017, nella quale la Corte di Cassazione affronta per la prima volta il tema della compatibilità tra la legge sulle unioni civili e le regole in materia di filiazione. Il caso riguardava una coppia di donne, coniugate e residenti all'estero, che chiedevano la rettificazione dell'atto di nascita straniero, originariamente trascritto solo come figlio della partoriente, con l'indicazione di entrambe le madri. In primo e secondo grado veniva tuttavia rigettava la richiesta, sostenendo che la rettificazione comportasse necessariamente il riconoscimento della validità del loro matrimonio anche in Italia, ipotesi questa contraria all'ordine pubblico. La Corte di Cassazione, nel dare ragione alle ricorrenti, ha ricostruito la disciplina dell'omogenitorialità nell'ordinamento nazionale, facendo chiarezza su alcuni approdi giurisprudenziali che, a questo punto, possono dirsi consolidati: I) la piena legittimità dell'interpretazione estensiva dell'art. 44, lett. *d*), della legge sulle adozioni; II) la non contrarietà all'ordine pubblico (da leggersi in chiave internazionalistica) dell'indicazione di due genitori dello stesso sesso sull'atto di nascita straniero; III) il fatto che l'ordinamento interno vieti il ricorso alla pma da parte di coppie dello stesso sesso e il ricorso alla GPA non osta alla trascrizione o alla rettificazione del certificato di nascita del minore nei registri dello stato civile, dovendosi avere riguardo anzitutto dei *best interests of the child* e, dunque, del diritto del minore alla continuità del suo *status filiationis*; IV) la responsabilità genitoriale non discende più unicamente dalla verità biologica ma anche e soprattutto dalla serietà della volontà ad assumersi tale responsabilità. «All'unicità dello stato di figlio corrisponde, ormai, una pluralità di titoli della filiazione: la generazione, l'adozione, l'assunzione di responsabilità verso il nato»[157].

2.2.3 Famiglie che circolano: la trascrivibilità nei registri dello stato civile delle sentenze straniere di adozione a favore di coppie omosessuali

Altro filone giurisprudenziale in materia di omogenitorialità riguarda infine la trascrizione nei registri dello stato civile dei provvedimenti stranieri di adozione e dunque di quelle pronunce che

155 *Idem*, par. 8.3.
156 *Idem*, par. 11.1.
157 G. Ferrando, *Diritto di famiglia*, Zanichelli, Bologna, 2015, p. 260.

hanno disposto l'adozione congiunta di un minore a una coppia dello stesso sesso secondo il diritto interno del Paese straniero. Tale giurisprudenza è stata aperta dal Tribunale per i minorenni di Firenze, con due decreti del 7 e dell'8 marzo 2017, mediante i quali è stata ordinata la trascrizione di due sentenze (una inglese e l'altra statunitense) che avevano disposto l'adozione piena di un minore a favore di due coppie di uomini di cittadinanza italiana ma residenti in quei Paesi[158].

Il Tribunale di Firenze riconduce correttamente queste fattispecie alla previsione di cui all'art. 36, comma 4 della legge n. 184/1983, a norma del quale «l'adozione pronunciata dalla competente autorità di un Paese straniero a istanza di cittadini italiani, che dimostrino al momento della pronuncia di aver soggiornato continuativamente nello stesso e di avervi avuto la residenza da almeno due anni, viene riconosciuta ad ogni effetto in Italia con provvedimento del tribunale per i minorenni, purché conforme ai princìpi della Convenzione»[159]. Infatti, diversamente dai casi di adozione internazionale pronunciata all'estero[160] e dai casi di adozione straniera pronunciata all'estero a favore di cittadini stranieri[161], qui ci troviamo di fronte a una sentenza che dispone l'adozione a favore di adottanti che, seppur cittadini italiani, risiedono all'estero assieme al minore.

Anche nel caso di riconoscimento di provvedimenti stranieri ai sensi dell'art. 36, comma quarto, della legge n. 184/1983, il giudice è chiamato a verificare la compatibilità dei suddetti provvedimenti con i principi della Convenzione e, più in particolare, ai sensi dell'art. 24 della medesima Convenzione, con l'ordine pubblico da valutarsi alla luce del superiore interesse del minore.

Pertanto – come, del resto, sempre avviene in materia internazional-privatistica e come chiarito, da ultimo, dalla Corte di Cassazione nella citata sentenza n. 19599 del 2016, relativa alla trascrizione di atto di nascita straniero recante l'indicazione di due genitori dello stesso sesso – il concetto di ordine pubblico va declinato nei termini, più ampi e comprensivi, di ordine pubblico «internazionale». Non deve aversi riguardo meramente alla conformità del provvedimento straniero con la normativa interna intesa nel suo complesso, bensì piuttosto alla sua conformità rispetto ai «principi fondamentali della Costituzione o [a] quegli altri principi e regole che rispondono all'esigenza di

158 Cfr., per esempio, M. Winkler, *Riconoscimento di sentenza di adozione straniera e nozione «perimetrata» di ordine pubblico internazionale: le due decisioni del Tribunale per i minorenni di Firenze*, in www.diritticomparati.it, 2017.

159 Per «convenzione» la legge fa riferimento alla Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, approvata a L'Aja il 29 maggio 1993 e ratificata dall'Italia con legge n. 476 del 31 dicembre 1998.

160 In tal caso viene in gioco l'art. 41, comma 2, della legge n. 218/95 che, nel fare salve le disposizioni speciali in materia di adozione di minori, rinvia, per l'effetto, alle corrispondenti disposizioni della legge n. 184/1983, e dunque ai suoi artt. 35 e 36, relativi, in generale, al riconoscimento di provvedimenti pronunciati all'estero, aventi ad oggetto adozioni internazionali (vale a dire adozioni, pronunciate all'estero, di minori stranieri che debbano trasferirsi in Italia al seguito degli adottanti, soggette alla disciplina della Convenzione dell'Aja del 1993). Secondo tali previsioni, in estrema sintesi, il riconoscimento spetta direttamente al Tribunale per i minorenni e non all'ufficiale di stato civile e il controllo assume caratteri di maggiore severità, dovendosi verificare che il provvedimento non contrasti con i «princìpi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori, valutati in relazione al superiore interesse del minore», ed anche che non ricorrano le condizioni di cui all'art. 35, comma 6 (tra cui, per ciò che qui rileva, la circostanza che l'adozione sia stata pronunciata a favore di soggetti non in possesso dei requisiti per adottare previsti dalla legge italiana). Tale disposizione si giustifica alla luce dell'esigenza, richiesta dalla stessa presenza di obblighi internazionali in materia, di evitare che possa essere aggirata la disciplina relativa all'adozione internazionale di minori. Così Corte costituzionale, sentenza n. 76 del 2016.

161 In tal caso viene in soccorso l'art. 41, commi 1 e 2, della legge n. 218/95 che comporta la trascrizione del provvedimento da parte dell'ufficiale di stato civile, previo controllo della compatibilità di esso con l'ordine pubblico e possibilità di adire il giudice ordinario (Corte d'appello in grado unico, ai sensi dell'art. 67 della medesima legge n. 218) e che concerne unicamente (come chiarito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 76/2016) i provvedimenti pronunciati all'estero e aventi ad oggetto l'adozione di minore straniero, interno o esterno alla coppia, da parte di cittadini stranieri (cd. adozione «nazionale» straniera). Così Corte d'Appello di Genova, ordinanza n. 1319, del 1 settembre 2017.

carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo o che informano l'intero ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduce in uno stravolgimento dei valori fondanti del suo assetto ordinamentale»[162].

Alla luce di questo concetto ampliato di ordine pubblico, il giudice è tenuto a valutare il rispetto dei principi universali di tutela dei diritti fondamentali che emergono dalla Costituzione, dalle tradizioni costituzionali comuni e dagli altri obblighi internazionali e sovranazionali in un sistema integrato e multilivello che va oltre i confini dello Stato. Ed, infatti, il tribunale fiorentino è molto chiaro sul punto sottolineando come «non si possa ricorrere alla nozione di ordine pubblico per giustificare discriminazioni nei confronti dei minori, qualora fosse disconosciuto il loro legittimo status di figlio dei ricorrenti solo in quanto in una situazione (omosessualità) che ne inibisce la possibilità di unirsi in matrimonio in Italia e, quindi, di poter legittimamente adottare nel nostro paese; di tale condizione, a loro non imputabile, non possono subire conseguenze negative i bambini che hanno un diritto fondamentale a conservare lo *status* legittimamente acquisito all'estero; vi sarebbe altrimenti una violazione del principio di uguaglianza, intesa come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali»[163].

2.3 Gli stop & go della giurisprudenza: gli arresti della Corte di Cassazione

Con sentenza n. 12193 del 2019, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno fatto il punto su alcuni temi di grande delicatezza, come quello della compatibilità con l'ordine pubblico internazionale della pratica della gestazione per altri, della trascrivibilità di un provvedimento straniero con il quale sia stato dichiarato il rapporto di genitorialità tra un minore nato da tale pratica e un soggetto legato da matrimonio omosessuale con il padre biologico, della rilevanza nell'ipotesi in discorso dell'interesse superiore dello stesso minore. Il caso riguardava due minori concepiti con l'apporto genetico di uno dei componenti di una coppia omossessuale mediante il ricorso alla GPA, attuata con la collaborazione di due donne, delle quali una aveva messo a disposizione gli ovociti e l'altra aveva portato a termine la gestazione. I ricorrenti, dopo che l'Ufficiale di stato civile aveva rifiutato di riconoscere efficacia nell'ordinamento interno al provvedimento emesso dalla *Superior Court of Justice* dell'Ontario, con cui il giudice canadese aveva riconosciuto al partner non biologico lo *status* di genitore, avevano adito la Corte d'Appello di Trento con ricorso ex art. 67 della l. n. 218/1995, che aveva accolto la domanda (Corte d'Appello di Trento - ord. 23 febbraio 2017).

A seguito del ricorso per Cassazione, la questione è stata devoluta alle Sezioni Unite Civili, le quali hanno ritenuto di dover cassare la sentenza impugnata e di respingere la domanda di trascrizione. La Suprema Corte ha affermato che il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento straniero trova ostacolo nel divieto di surrogazione di maternità, previsto dall'art.12, comma sesto, della l. n. 40/2004, ravvisando in tale disposizione un principio di ordine pubblico, posto a tutela della dignità della donna. Le argomentazioni della Suprema Corte si concentrano sulla compatibilità del provvedimento con l'ordine pubblico, richiesta ai fini del riconoscimento dagli artt. 64 e ss. della legge n. 218 del 1995. In particolare, afferma la Corte che l'apertura dell'ordinamento interno al

162 Cass., sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, par. 7.
163 Tribunale per i minorenni di Firenze, decreto del 7 marzo 2017, par. 3.3.

diritto sovranazionale ha certamente "modificato il concetto di ordine pubblico, caratterizzato, nelle formulazioni più recenti da un sempre più marcato riferimento ai valori giuridici condivisi dalla comunità internazionale e alla tutela dei diritti fondamentali [...]"[164]. Tuttavia la Corte, sviluppando conclusioni già raggiunte in una precedente decisione (cfr. Cass., Sez. Un. Civ., n. 16601/2017 in materia di *punitive damages*), afferma che "in tema di riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero, la compatibilità con l'ordine pubblico, richiesta dagli artt. 64 e ss. della legge n. 218 del 1995, dev'essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornitane dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria"[165]. In tal senso, le Sezioni Unite si discostano dalla sentenza n. 19599 del 2016 (cfr., *infra*, par. 2.2) che aveva fatto propria una concezione rigida dell'ordine pubblico internazionale sostanziandola esclusivamente con i principi e i diritti fondamentali affermati nella Costituzione e nelle Carte dei diritti sovranazionali e internazionali ratificate dall'ordinamento.

La rilevanza attribuita dalle Sezioni Unite non solo ai principi fondamentali della Costituzione e delle fonti equivalenti, ma anche alla normativa ordinaria che incarna valori espressi in quelle Carte e che quindi indica concretamente il modo in cui detti valori trovano attuazione nella disciplina dei singoli istituti, che ha portato a ritenere il divieto di GPA elemento costituivo dell'ordine pubblico, in quanto pratica lesiva del principio fondamentale di dignità della donna, che peraltro costituisce non solo presidio irrinunciabile dell'ordinamento interno, ma anche valore universale condiviso dalla comunità internazionale. Ciò è appunto incarnato nell'esplicito divieto, penalmente sanzionato, di cui all' art. 12, comma 6, della legge n. 40, con le conseguenti implicazioni in punto di trascrivibilità della pronuncia emessa all'estero.

La sentenza in oggetto si discosta anche, in maniera più opinabile, da quell'orientamento giurisprudenziale e dottrinario che ravvisa nell'interesse superiore del minore una clausola generale di interpretazione ed applicazione della normativa riguardante i minori in materia di *status* e che lo configura come controlimite nella valutazione del contrasto con l'ordine pubblico o come canone interpretativo del concetto, così da assegnargli una funzione integratrice e conformativa della stessa nozione di ordine pubblico[166]. La presa di distanza da tale posizione è chiara laddove si afferma che il superiore interesse del minore - espressione di un principio di favore ineludibile nella regolamentazione della condizione dei minori, codificato in convenzioni sovranazionali e recepito in importanti decisioni delle corti europee - è pur sempre passibile di bilanciamento con altri principi e valori considerati essenziali ed irrinunciabili dall'ordinamento. In alcuni casi detta comparazione è svolta direttamente dal legislatore, in altri è rimessa al giudice di merito, chiamato a tener conto di una serie di variabili attinenti alle peculiarità della vicenda al suo esame. Si tratta di una posizione non troppo diversa da quella sostenuta anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 272 del

164 Cass., sentenza dell'8 maggio 2019, n. 12193.
165 par. 12.3.
166 Cfr., per esempio, Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, riguardante la rettifica dell'atto di nascita di un minore generato da due donne mediante fecondazione assistita, che ha escluso che la trascrizione richiesta fosse contraria all'ordine pubblico internazionale, tenuto conto della posizione del minore e del suo interesse; Cass., 31 maggio 2018, n. 14007, relativa ad una richiesta di riconoscimento di provvedimento straniero di adozione piena di minori in favore del coniuge omosessuale del genitore biologico, la quale ha sostenuto che il principio del superiore interesse del minore opera necessariamente come un limite alla stessa valenza della clausola di ordine pubblico. In dottrina, tra gli altri, G. Ferrando, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, in Fam. e Dir., 2019, p. 677; A. Sassi – S. Stefanelli, *Ordine pubblico differenziato e diritto allo stato di figlio nella g.p.a.*, in Articolo29, 2018., n.5.

2017, laddove ha osservato che vi sono casi in cui la valutazione comparativa tra il principio di verità biologica della filiazione ed il superiore interesse del minore alla conservazione dello *status* acquisito è predefinita direttamente dal legislatore, come accade con il divieto di disconoscimento a seguito di fecondazione eterologa, mentre in altri il legislatore impone l'imprescindibile presa d'atto della verità con divieti come quello della GPA, trattandosi di pratica che lederebbe in modo intollerabile la dignità della donna e minerebbe nel profondo le relazioni umane, senza che per questo l'interesse del minore resti cancellato.

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, la clausola dei *best interests of the child*, per la natura e il significato che essa incarna, non dovrebbe entrare nel giudizio comparativo di bilanciamento tra gli interessi in gioco ma dovrebbe più correttamente assurgere a standard di valutazione *ex post* di quel giudizio al fine di verificare che il punto di equilibrio così individuato realizzi effettivamente, nel caso concreto, il massimo benessere possibile per il minore[167]. Questo emerge nel momento in cui si afferma che la prevalenza dell'interesse alla verità biologica e genetica non può giungere a tradursi nella completa cancellazione dell'interesse del minore alla conservazione del proprio *status*, dal momento che l'ordinamento giuridico offre altri strumenti idonei a consentire la costituzione di un legame giuridico con il genitore intenzionale (in specie, l'adozione in casi particolari prevista dall'art. 44, comma primo, lett. *d)*, della legge n.184/1993).Viene dunque piuttosto da chiedersi se la mancanza di legame genetico con il co-padre d'intenzione sia il vero ostacolo alla formalizzazione del vincolo di genitorialità instaurato in fatto con il bambino (e in diritto secondo la legge straniera), così come sembra trasparire dalla decisione delle Sezioni Unite, laddove sottolinea che la mancanza di verità della nascita sarebbe elemento che mina nel profondo le relazioni umane. Una lettura, quest'ultima, che non si adatta all'evoluzione dettata dalle nuove metodiche procreative e che non tiene adeguatamente in conto tenendo conto anche i principi, cui s'è fatto cenno, di affermazione del superiore interesse del minore, di salvaguardia delle relazioni familiari anche instaurate in via di fatto, di tutela della continuità affettiva, proclamati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue e sanciti in numerosi atti convenzionali. Così come la soluzione alternativa proposta dalla Cassazione non appare pienamente satisfattiva di tali principi e diritti fondamentali del minore: la possibilità, infatti, di ricorrere all'adozione in casi particolari (cd. *stepchild adoption*) non realizza in maniera piena la legittima aspirazione del minore (e del genitore d'intenzione) a formalizzare il vincolo di filiazione costituito in fatto. Va, inoltre, rimarcato che la formalizzazione del vincolo genitoriale tramite l'adozione *ex* art. 44, lett. *d*), l. n. 183/1984 non consegue immediatamente (o quasi) alla nascita del figlio, ma discende da un lungo e articolato procedimento, denso di insidie e di possibili precarietà. La sua attivazione e il buon esito dipendono dal permanere in vita e dalla perdurante capacità del genitore d'intenzione, e così pure dalla perdurante attualità della scelta bi-genitoriale in capo ad entrambi i *partner*. L'uno deve avviare il procedimento adottivo e mantenere ferma la propria scelta; l'altro, quello già formalmente tale, deve cooperare dando il proprio assenso all'adozione del *partner*. Senza considerare, anche e soprattutto, la differenza negli effetti, dal momento che, com'è noto, essi sono più circoscritti di quelli che discendono dall'adozione piena. Senza dimenticare, infine, che, a fronte dell'anodina formulazione dell'art. 74 c.c. pur a seguito della riforma del 2012, permane incertezza tra gli interpreti sulla formazione del vincolo di parentela tra l'adottato e i consanguinei dell'adottante.

167 Si veda sul punto L. Giacomelli, *(Re)interpretando i Best Interests of the Child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica*", in Atti del Convegno del Gruppo di Pisa "*La famiglia davanti ai suoi giudici*", Giuffrè, Roma, 2014.

CAPITOLO 3
RACCOLTA GIURISPRUDENZIALE

3.1. La giurisprudenza in materia di unioni civili

A cura di Nora Bertolotti

SCIOGLIMENTO DELL'UNIONE CIVILE
NORME DI RIFERIMENTO:
Legge n. 76/2016: art. 1, comma 23, comma 24, comma 25
Legge 898/1970: art. 1, art. 2; art. 3, numero 1) e numero 2), lettere a), c), d) ed e); art. 5; art. 6; art. 8
Legge 55/2015: art. 2
Codice civile: art. 156

Tribunale di Novara, sentenza del 05.07.2018
(Pres. Lamanna, Rel.-Est. Iaquinta)
SCIOGLIMENTO UNIONE CIVILE – TERMINE E PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO EX ART 24 L. 76/2016 – CONDIZIONE DI PROCEDIBILITÀ - ESCLUSIONE

Il caso
Il Tribunale è chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di scioglimento dell'unione civile di una coppia di uomini, dettata da incompatibilità caratteriali. Non vi sono questioni economiche e il convenuto è rimasto contumace. Risulta che il ricorso non sia stato preceduto dalla dichiarazione – né congiunta né di una sola parte – di volontà di scioglimento davanti all'Ufficiale di Stato Civile, né dall'invio della raccomandata alla parte non dichiarante, come prescrive il comma 24 dell'art. 1 l. 76/2016.

La decisione
La sentenza del Tribunale è preceduta da ordinanza presidenziale che ha autorizzato le parti unite civilmente a vivere separatamente, con facoltà di interrompere la convivenza e la coabitazione, ma con l'obbligo del reciproco rispetto. Il Tribunale accoglie il ricorso affermando, in punto di diritto e in merito allo scioglimento dell'unione civile, che:

1) il comma 23 dell'art. 1 l. 76/2016, nel richiamare quale causa di scioglimento dell'unione civile i casi di cui all'articolo 3, numero 1) e numero 2), lettere a), c), d) ed e), della legge 898/1970:

a) non prevede uno scioglimento automatico dell'unione, ma ne rende possibile lo scioglimento mediante ricorso al Tribunale, accordo stipulato avanti l'Ufficiale di Stato civile o accordo stipulato in esito a negoziazione assistita da avvocati;

b) richiede al giudice una valutazione di tipo differente rispetto a quella eseguita in sede di scioglimento del matrimonio, poiché in quest'ultimo procedimento le cause richiamate sono idonee a fondare la pronuncia di accoglimento in quanto incidano sulla comunione materiale e spirituale dei coniugi, di cui va altresì accertata l'impossibilità di ricostruzione; al contrario nel procedimento di scioglimento dell'unione civile una tale valutazione non è necessaria poiché l'esistenza *ab origine* e la conservazione di una comunione materiale e spirituale di vita fra le parti è del tutto priva di rilevanza nell'istituto dell'unione civile, sicché è sufficiente accertare la ricorrenza di uno dei casi richiamati dal comma 23;

2) il comma 24 dell'art. 1 l. 76/2016 prevede la disciplina ordinaria dello scioglimento dell'unione civile, attivabile

tutte le volte in cui non ricorrono i casi contemplati dal comma 23. In particolare:

a) il termine di tre mesi che deve intercorrere tra la dichiarazione resa all'Ufficiale di Stato Civile e la proposizione del ricorso (o l'avvio dello scioglimento stragiudiziale) si qualifica quale *spatium deliberandi* imposto dalla legge ai partners dell'unione quando non si verificano le cause di cui al comma 23;

b) non rileva che la dichiarazione avanti l'USC sia stata presentata da una o da entrambe le parti, dovendo il giudice accogliere la domanda sulla sola base della presentazione della stessa ad oltre tre mesi dalla dichiarazione resa;

c) in assenza sia della dichiarazione davanti all'Ufficiale di Stato Civile sia dell'invio della raccomandata al partner il giudice può comunque accogliere la domanda – non costituendo, pertanto, i due adempimenti condizione di procedibilità – in presenza dei seguenti requisiti: l'attore abbia notificato ritualmente il ricorso introduttivo del giudizio al partner (assimilabile all'invio della raccomandata), abbia ribadito in sede presidenziale la propria volontà di sciogliere il vincolo (assimilabile alla dichiarazione avanti l'USC) e, tra la fase presidenziale e il momento in cui viene emesso da parte del Tribunale il provvedimento definitorio del giudizio, sia trascorso un lasso di tempo pari o superiore a tre mesi.

Tribunale di Bologna, sentenza n. 742/2019 (non definitiva) del 25.03.2019 (Pres. Perla – Rel. Neri) SCIOGLIMENTO UNIONE CIVILE – CONDIZIONI DELLO SCIOGLIMENTO

Il caso.

La sentenza ha ad oggetto i provvedimenti relativi allo scioglimento dell'unione civile di una coppia di donne, unitasi in matrimonio in Spagna, matrimonio che veniva poi trascritto in Italia per effetto della l. 76/2016 come unione civile. Dall'unione è nata una bambina, figlia biologica di una delle due donne e adottata dall'altra, adozione trascritta in Italia dal Comune competente ex art. 44 l. 183/1984. La coppia manifestava davanti all'Ufficiale di Stato Civile la volontà di separarsi, la reiterava di fronte al tribunale nella prima udienza per lo scioglimento e dava atto di aver raggiunto un accordo su tutte le condizioni dello scioglimento tranne la regolamentazione dei tempi di permanenza della figlia con ciascuna madre, che era al momento oggetto di un percorso di terapia famigliare volto a superare la difficoltà della bambina ad accettare la separazione delle madri.

La decisione

Il Tribunale constata in primo luogo che si è verificato il caso di scioglimento di cui all'art. 1, comma 24 l. 76/2016, ossia manifestazione di volontà di scioglimento davanti all'Ufficiale di Stato Civile e decorso del termine di tre mesi da detta manifestazione per la proposizione della domanda. Constata inoltre che le condizioni congiuntamente presentate dalle parti per la regolamentazione dello scioglimento sono frutto di libero accordo e rispondenti all'interesse della figlia minore nelle parti in cui la riguardano. Tra le condizioni si evidenziano, in particolare: l'autorizzazione delle parti a "mantenere residenza e domicilio separati"; l'affidamento della figlia congiuntamente a entrambe le madri; l'impegno di entrambe le parti a collaborare al percorso di terapia famigliare, volto alla piena affermazione della bi-genitorialità nell'ottica di una permanenza e coabitazione paritaria della minore con entrambe le madri; il versamento, a carico di una delle madri e a favore dell'altra, di un contributo mensile per il mantenimento della figlia oltre alla suddivisione al 50% delle spese extra assegno; la corresponsione da una parte a favore dell'altra di assegno divorzile una tantum, applicabile per effetto del rinvio del co. 25, l. 76/2016, all'art. 5, 6° e 8° co., L. 898/70.

Tribunale di Pordenone, ordinanza avente ad oggetto i provvedimenti provvisori del 13.03.2019 e conseguente sentenza del 13.01.2020 (Pres.- Est. Appierto) SCIOGLIMENTO UNIONE CIVILE – CONDIZIONI PATRIMONIALI - ASSEGNO APPLICABILITÀ E PRESUPPOSTI

Il caso

Tribunale si occupa del regolamento delle condizioni patrimoniali allo scioglimento di un'unione civile contratta da due donne nel 2016, con una pregressa convivenza a partire dal 2013. Risulta, in particolare, che una delle due donne abbia lasciato la precedente abitazione per convivere con l'altra in Pordenone, distante qualche ora di au-

tomobile dalla sua precedente residenza, e che tale scelta sia stata dettata dalla volontà di dedicare più tempo alla convivenza e al progetto di vita comune. Il trasferimento ha comportato la necessità di lasciare la precedente occupazione, nel settore privato e più remunerativa, per una occupazione nel settore pubblico, meno remunerativa e con limitate prospettive di carriera. La coppia incardina il procedimento di scioglimento nel 2018 e si presenta avanti il Presidente del Tribunale nel marzo 2019.

La decisione

Il Presidente del Tribunale afferma, nell'ordinanza del 13.03.2019, di non poter emettere un provvedimento che autorizzi le parti a vivere separate e sciolga la comunione delle unioniste, ritenuto del tutto improprio e non applicabile nemmeno per analogia, poiché manca nella l. 76/2016 un richiamo all'art. 2 l. 55/2015. Ritiene applicabile al caso di specie la giurisprudenza recente della Corte di Cassazione e in particolare la sentenza n. 18287/2018 in tema di assegno divorzile e dispone un assegno a favore della parte economicamente più svantaggiata, calcolato tenendo conto anche del periodo di convivenza, giudicata del tutto analoga alla fase di unione vera e propria e supportata dalla considerazione per cui solo nel 2016 con l'approvazione della legge n. 76 la coppia ha potuto formalizzare la propria unione.

La sentenza conferma tale orientamento, ritenendolo interpretazione costituzionalmente orientata data l'omogeneità dell'oggetto della decisione nel caso di scioglimento del matrimonio e dell'unione civile – situazione economico-patrimoniale- e afferma che i presupposti e le ragioni di fatto e di diritto siano del tutto riconducibili alla giurisprudenza citata. Vengono, a tale proposito, valorizzati i seguenti elementi: il consistente squilibrio tra le rispettive condizioni economico-patrimoniali; la durata della relazione e della stabile convivenza fin dal 2013; la perdita di chances e la misura degli assetti economici derivati alla parte richiedente l'assegno dalla scelta endo-relazionale di trasferirsi, che la ha portata ad abbandonare una situazione economicamente priva di costi e potenzialmente e concretamente idonea a maturare trattamenti salariali complessivamente più consistenti.

Tribunale Milano, sentenza n. 45257 del 03.06.2020 (Pres. Rel. Cattaneo)

SCIOGLIMENTO UNIONE CIVILE - SCIOGLIMENTO DEL MATRIMONIO - DISTINZIONI – ITER DECISIONALE - TERMINE E PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO EX ART 24 L. 76/2016 – CONDIZIONE DI PROCEDIBILITÀ

Il caso

Tizio e Caio si univano civilmente dopo un breve periodo di fidanzamento e una altrettanto breve convivenza. Tizio manifestava la volontà di scioglimento dell'unione civile davanti all'Ufficiale di Stato Civile in febbraio e in settembre depositava relativo ricorso al Tribunale, chiedendo solamente lo scioglimento dell'unione e nessuna statuizione economica. Caio, regolarmente citato, non si presentava all'udienza presidenziale. Data l'impossibilità di esperire il tentativo di conciliazione e data la mancanza di domande di tenore economico, il Presidente non emetteva provvedimenti provvisori e la causa veniva inviata in trattazione, con autorizzazione alla precisazione delle conclusioni in caso di contumacia del resistente. Rimasto Caio contumace, la causa procedeva con precisazione delle conclusioni e rimessione in decisione.

La decisione

Con un'articolata pronuncia il Tribunale accoglie la domanda di scioglimento.

1) Il Tribunale si sofferma innanzitutto sulla differenza tra la disciplina dello scioglimento del matrimonio e quella dello scioglimento dell'unione civile. Evidenzia che tra le due vi è identità di cause della dissoluzione del vincolo tranne che per una, ossia la pregressa separazione per il divorzio, in luogo della quale la disciplina delle unioni civili prevede la dichiarazione della volontà di scioglimento davanti all'Ufficiale di Stato Civile. Rinviene molteplici differenze tra le due cause, ossia:

a) procedimentali: per il matrimonio, in caso di disaccordo tra i coniugi è necessario che si instauri il procedimento giudiziale, nel quale il giudice, fallito il tentativo di conciliazione, accerta che sussista, per uno o entrambi i coniugi, il presupposto dell'intollerabilità della convivenza; per l'unione civile è sufficiente la manifestazione della volontà di scioglimento davanti all'autorità amministrativa, anche da parte di un solo unito, senza ulteriori accertamenti. A tale fase non è assimilabile nemmeno la procedura, prevista per lo scioglimento del matrimonio, di conclusione di

accordo di separazione davanti all'Ufficiale di Stato Civile perché esperibile non in ogni caso, ma solo in presenza di determinati presupposti;

b) temporali: lo scioglimento del matrimonio può essere pronunciato trascorsi 12 mesi per la separazione giudiziale e 6 per la separazione consensuale; per l'unione civile devono trascorrere 3 mesi;

c) sotto il profilo degli effetti: la separazione determina un nuovo status, mentre la dichiarazione resa dall'unito o dagli uniti davanti all'USC no: questo dovrebbe portare a escludere il diritto al mantenimento ex art. 156 c.c. in capo all'unito economicamente debole onerandolo, in caso di inerzia del partner, a instaurare il procedimento giudiziale per ottenere provvedimenti di natura economica.

2) il Tribunale prosegue poi descrivendo l'iter decisionale che il giudice è chiamato a svolgere nel decidere sullo scioglimento dell'unione civile:

a) verifica, senza dubbio, della sussistenza di una delle cause previste dalla legge per lo scioglimento;

b) accertamento del venir meno della comunione materiale e spirituale tra le parti: su tale requisito vi è incertezza, in quanto il comma 25 dell'art. 1 l. 76/2016 nel richiamare le norme della l. 898/1970 estensibili all'unione civile non richiama gli art. 1 e 2. Di conseguenza, tale accertamento dovrebbe ritenersi escluso, pur sussistendo, segnala il Tribunale, obiezioni in dottrina quanto ai profili di uguaglianza e ragionevolezza di tale esclusione;

c) audizione delle parti, prima separatamente e poi congiuntamente, ed esperimento del tentativo di conciliazione;

d) verifica del decorso del termine di tre mesi tra la dichiarazione resa avanti l'USC e la proposizione del ricorso.

3) Infine, il Tribunale afferma che il previo esperimento della fase amministrativa e il decorrere del termine dilatorio di tre mesi costituiscono condizione di procedibilità dell'azione. Infatti:

a) diversamente opinando si perverrebbe a una lettura sostanzialmente abrogatrice della disposizione di cui al comma 24, art. 1 l. 76/2016;

b) ritenere tali adempimenti e il trascorrere del termine condizione di procedibilità è coerente con il dettato della norma ora citata, che ha previsto un iter procedimentale complesso per lo scioglimento dell'unione civile, in cui i requisiti in parola si inseriscono;

c) in particolare, il termine di tre mesi assolve alla funzione di garantire alla coppia un periodo di riflessione analogamente a quanto previsto per il divorzio, in assenza del quale si verificherebbe una disparità di trattamento di dubbia legittimità costituzionale.

COGNOME COMUNE

NORME DI RIFERIMENTO
Legge 76/2016: art. 1, comma 10, comma 28
Codice civile: art. 6; art. 262
D. lgs 5/2017: art. 3, lett. c), n. 2; art. 8
DPR 223/1989: art. 20, comma 3 bis
DPR 396/2000: art. 95; art. 98
Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: art. 1; art. 7; 24 comma 2; art. 53
CEDU: art. 8
DPCM n. 144/2016: art. 4, comma 2
Costituzione: art. 2; art. 3; art. 11; art. 22; art. 76; art. 117, comma 1

Tribunale di Lecco, ordinanza del 04.04.2017 (Giudice Trovò) – COGNOME COMUNE DELL'UNIONE CIVILE – DIRITTO ALL'IDENTITÀ PERSONALE E ALLA DIGNITÀ– ELIMINAZIONE VALENZA ANAGRAFICA DELLA SCELTA- ANNULLAMENTO DELL'ANNOTAZIONE EX D. LGS. 5/2017 – LEGITTIMITÀ – ESCLUSIONE – DISAPPLICAZIONE

Il caso

Tizia Rossi e Caia Bianchi si univano civilmente e sceglievano, ai sensi del comma 10, art. 1 l. 76/2016, quale cognome comune "Rossi", che Caia anteponeva al proprio assumendo il cognome "Rossi Bianchi". Circa un mese dopo l'unione nasceva Sempronia, partorita da Caia, la quale ai sensi dell'art. 262 c.c. prendeva il cognome "Rossi Bianchi". A se-

guito di tali fatti interveniva il legislatore con d. lgs 5/2017, ai sensi del quale sulla scheda anagrafica va riportato il cognome posseduto prima dell'unione civile (art. 3, lett. c), n. 2 che introduce nell'art. 20 dpr 223/1989 il comma 3 bis) e, di conseguenza, l'USC deve procedere all'annullamento della scelta del cognome effettuata ai sensi del comma 10, art. 1 l. 76/2016 entro trenta giorni (art. 8). Tizia e Caia proponevano ricorso ex art. 700 c.p.c, chiedendo di inibire al Sindaco del Comune dove l'unione era stata contratta di procedere a qualsiasi annullamento e prospettando quale azione di merito l'azione ex art. 95 dpr 396/2000. Ciò sulla base dell'illegittimità costituzionale delle disposizioni legislative citate per eccesso di delega e per contrasto con gli art. 2, 3, 22, e 117 comma 1 Cost. per violazione dell'art. 8 Cedu e, quale ragione di *periculum in mora*, il breve lasso di tempo – 30 giorni – entro il quale l'USC deve provvedere all'annullamento.

La decisione

Il Tribunale accoglie la domanda cautelare, con primo provvedimento *inaudita altera parte* del 09.03.2017, poi confermato dall'ordinanza del 04.04.2017, sulla base delle seguenti considerazioni in diritto:

1) il nome e il cognome di una persona sono un elemento costitutivo della sua identità personale, della sua dignità e della sua vita privata;

2) la tutela di essi è garantita a livello sovranazionale dagli artt. 1 e 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'art. 8 CEDU, a livello nazionale dall'art. 6 c.c. che adempie allo scopo di garantire la certa individuazione dei consociati e la protezione e tutela della personalità, a livello costituzionale dall'art. 2 Cost. in quanto diritto all'identità personale;

3) il figlio ha diritto alla conservazione del proprio status famigliare e alla salvaguardia della propria identità, che costituisce esplicazione dell'interesse superiore del minore da considerarsi preminente in tutti gli atti relativi ai minori ai sensi dell'art. 24 comma 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea;

4) l'avvicendamento di norme ha prodotto una lesione della dignità della persona e dell'interesse supremo del minore in quanto ha inciso su situazioni giuridiche consolidatesi (uso e spendita del cognome comune sia in documenti che in società da parte della madre e della figlia);

5) per tale contrasto con la normativa dell'Unione europea l'art. 8 d. lgs 5/2017 va disapplicato. (testualmente la sentenza riporta erroneamente l'art. 4, comma 2, d. lgs 5/2017).

Tribunale di Gela, ordinanza del 10.11.2017 (Pres. -Rel. Strazzanti) COGNOME COMUNE DELL'UNIONE CIVILE – DIRITTO ALL'IDENTITÀ PERSONALE E ALLA DIGNITÀ– ELIMINAZIONE VALENZA ANAGRAFICA DELLA SCELTA- ANNULLAMENTO DELL'ANNOTAZIONE EX D. LGS. 5/2017 – LEGITTIMITÀ – ESCLUSIONE – DISAPPLICAZIONE

Il caso

La questione di fatto è del tutto analoga a quella che si è presentata al precedente Tribunale di Lecco, ord. 04.04.2017.

La decisione

Il Tribunale accoglie totalmente il ricorso sulla base delle seguenti considerazioni in diritto:

1) il diritto al nome è tutelato dall'ordinamento dell'Unione Europea agli art. 1 (dignità personale) e 7 (diritto alla vita privata e famigliare) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, come interpretata, ai sensi dell'art. 53 della stessa, alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 8 CEDU (diritto alla vita privata e famigliare);

2) in base a tali norme si può quindi affermare che il cognome è autonomo segno distintivo dell'identità personale e tratto essenziale dell'individuo. È, insieme al prenome, elemento del diritto al nome, che è diritto assoluto della persona e come tale disponibile solo entro i limiti fissati dalla legge e modificabile solo in base all'autodeterminazione della persona. Il rispetto del diritto al nome garantisce il rispetto della dignità personale che costituisce valore preminente rispetto a ogni diritto fondamentale. Il nome vale a identificare la persona e ogni modifica successiva all'assunzione o attribuzione di esso in base a prescrizioni di legge incide sull'individuo e sulle sue scelte;

3) la disposizione dell'art. 3, lett. c), n. 2) d. lgs 5/2017 determina la perdita del diritto al nome conseguito ai sensi del comma 10, art. 1 l. 76/2016 e art. 4, comma 2, dpcm n. 144/2016 e perciò lede il diritto dell'individuo all'identità

personale e alla dignità. È, pertanto, suscettibile di essere disapplicata perché in contrasto con il diritto dell'Unione Europea;

4) sussiste il *periculum in mora* in quanto a seguito dell'annullamento da effettuarsi entro 30 giorni non si potrebbe riparare, nemmeno con successiva rettificazione, la perdita del diritto nel lasso di tempo intercorrente tra la prima annotazione e la successiva rettificazione.

Tribunale di Ravenna, ordinanza del 22.11.2017 (Pres. Sereni Lucarelli- Est. Allegra) COGNOME COMUNE DELL'UNIONE CIVILE – ELIMINAZIONE VALENZA ANAGRAFICA DELLA SCELTA- ANNULLAMENTO DELL'ANNOTAZIONE EX D. LGS. 5/2017 – VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 2, 3, 22, 117, PRIMO COMMA COST. – NON MANIFESTA INFONDATEZZA

Il caso

Sempronio e Mevio, all'atto dell'unione civile, sceglievano ai sensi dell'art. 1, comma 10, l 76/2016 e art. 4, comma 2, dpcm n. 144/2016 quale cognome comune quello di Sempronio, "Rossi", che Mevio aveva posposto al proprio, assumendo il cognome "Bianchi Rossi". Ai sensi delle disposizioni di cui al successivo d. lgs 5/2017 (art. 3, lett. c), n. 2 e art. 8) ricevevano comunicazione di variazione delle generalità nelle registrazioni anagrafiche consistente nell'annullamento dell'annotazione relativa alla scelta del cognome di Mevio, con conseguente correzione dello stesso da "Bianchi Rossi" a "Bianchi". La coppia proponeva, pertanto, ricorso ex art. 98 dpr 396/2000 chiedendo l'annullamento delle correzioni.

La decisione

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8 d. lgs n. 5/2017 in combinato disposto con l'art. 3, comma 1, lett c) del d. lgs 5/2017 per violazione dell'art. 76 Cost. nella parte in cui, eccedendo la delega legislativa, ha legiferato in contrasto con quanto stabilito dall'art. 1, comma 28, l. 76/2016, nonché per violazione degli art. 2, 3, 22, 11 e 117 comma 1 Cost. anche rispetto all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (nonché agli art. 1 e 7 della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione europea), nella parte in cui, eliminando la incidenza anagrafica del "cognome comune" di cui all'art. 1, comma 10, l. 76/2016 dispongono la cancellazione d'ufficio e senza contraddittorio delle annotazioni e degli aggiornamenti eseguiti in forza dell'art. 1, comma 10, l. 76/2016 (e dell'art. 4, comma 2, dpcm 144/2016), ledendo il diritto alla conservazione del nome e della identità personale conseguita dalla parte unita civilmente che abbia reso le dichiarazioni di cui all'art. 1, comma 10, l. 76/2016.

Corte costituzionale, sentenza n. 212/2018 (Pres. Lattanzi – Est. Amato) COGNOME COMUNE DELL'UNIONE CIVILE – ELIMINAZIONE VALENZA ANAGRAFICA DELLA SCELTA ART 3, COMMA 1, LETT. C), N. 2 –ANNULLAMENTO DELL'ANNOTAZIONE ART 8 D. LGS. 5/2017 – ECCESSO DI DELEGA – INFONDATEZZA - VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 2, 3, 11, 117, PRIMO COMMA COST. - INFONDATEZZA

Il caso

La Corte è interpellata dal Tribunale di Ravenna, che con ordinanza del 22.11.2017 solleva questione di costituzionalità degli art. 3, lett. c), n.2 e dell'art. 8, d. lgs 5/2017 con gli art. 2, 3, 22, 76, 11 e 117 Cost, questi ultimi in relazione agli art. 1 e 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dell'art. 8 CEDU. Viene altresì rilevata l'irragionevolezza del procedimento con cui tali norme impongono di attuare la cancellazione d'ufficio e senza contraddittorio mediante la procedura di cui all'art. 98 dpr 396/2000.

La decisione

La Corte costituzionale dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate. Afferma espressamente che con esse il legislatore ha escluso la valenza anagrafica del cognome comune scelto dalle parti dell'unione civile, ma ne afferma la costituzionalità sulla base dei seguenti argomenti:

a) per l'art. 3, comma 1, lett. c), n. 2:

1) in relazione all'art. 76 Cost. in quanto, nell'adeguare l'ordinamento dello stato civile alle previsioni sul cognome delle unioni civili, è stata compiuta una scelta che rappresenta il coerente sviluppo dei principi posti dalla legge di delega. Ciò in base al fatto che il rilievo temporale del co-

gnome comune è limitato alla sola durata dell'unione civile, e sarebbe contraddittoria e irragionevole una previsione che permettesse la variazione anagrafica del cognome, effetto tendenzialmente definitivo e irreversibile nell'ordinamento, ma che sarebbe temporaneo e reversibile per l'unione civile;

2) in relazione agli art. 2, 3, 11 e 117 Cost. in quanto nessuna norma tra quelle citate impone che il diritto al nome si concretizzi nel cognome comune. Anzi, attribuire ad esso valenza anagrafica comporterebbe pregiudizio per i figli della coppia i quali ex art. 262 c.c. prenderebbero il cognome comune, ma lo perderebbero a seguito dello scioglimento dell'unione civile. La disciplina del cognome comune è, quindi, stata dettata in coerenza con quella del cognome d'uso assunto dalla moglie a seguito del matrimonio e assicura garanzia adeguata dell'identità della coppia unita civilmente e della sua visibilità nella sfera delle relazioni sociali in cui essa si trova ad esistere.

b) per l'art. 8:

1) in relazione all'art. 76 Cost. in quanto la delega conferita al legislatore aveva ad oggetto «[l'] adeguamento [...] delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni» alle previsioni della stessa legge sulle unioni civili, con salvezza delle disposizioni da essa direttamente introdotte, ed in particolare di quella di cui all'art. 1, comma 10, dedicato alla disciplina del cognome comune delle unioni civili. Con l'art. 8 il legislatore ha previsto la caducazione delle annotazioni effettuate *medio tempore*, in applicazione di una fonte normativa, provvisoria e di carattere secondario, non coerente con i principi della delega, al fine dell'adeguamento della disciplina dello stato civile. Tale operazione è conseguenziale al dettato dell'art. 3, comma 1, lett. c), n. 2 con il quale il legislatore ha esplicitato il significato del principio posto dall'art. 1, comma 10, della legge n. 76 del 2016, escludendo la valenza anagrafica del cognome comune.

2) in relazione agli art. 2, 11 e 117 Cost in quanto la transitorietà della disposizione che ha introdotto la disciplina dell'art. 4, comma 2, del dpcm n. 144 del 2016 si riverbera sull'effetto modificativo della scheda anagrafica, anch'esso transitorio e destinato a cessare in forza degli emanandi decreti legislativi. La dichiarata transitorietà del dpcm in esame e la relativa brevità del suo orizzonte temporale di riferimento portano ad escludere che le novità da esso introdotte abbiano determinato un ragionevole affidamento in ordine all'emersione e al consolidamento di un nuovo tratto identificativo della persona. Ne consegue che la previsione dell'annullamento delle variazioni anagrafiche già effettuate non può ritenersi lesiva di una nuova identità personale, ancora non affermata

La Corte dichiara altresì inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 22 per non aver il Tribunale sufficientemente circoscritto la violazione, posto che l'art. 22 vieta la privazione del nome "per motivi politici".

Quanto alla rilevata irragionevolezza dell'attuazione delle cancellazioni mediante il procedimento di cui all'art. 98 dpr 396/2000 la Corte osserva che, al contrario, si tratta di una procedura che garantisce il contraddittorio con la parte interessata attraverso la proposizione di un ricorso e l'instaurazione di un giudizio di fronte ad un tribunale. Ciò perché del provvedimento è data comunicazione agli interessati i quali entro 30 giorni possono fare ricorso ex art. 95 dpr 396/2000.

TRASCRIZIONE DEL MATRIMONIO CONTRATTO ALL'ESTERO

NORME DI RIFERIMENTO
Legge 218/1995: art. 27; art. 32 bis; art. 32 ter; art. 32 quater; art. 32 quinquies

Corte di Cassazione, sentenza n. 11696/2018 (Pres. Tirelli – Rel. Acierno) – MARTRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO CONTRATTO ALL'ESTERO TRA CITTADINO ITALIANO E CITTADINO SRANIERO – TRASCRIZIONE IN ITALIA – TRASCRIZIONE COME UNIONE CIVILE – ART 32 BIS L. 218/1995 – LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

Il caso

Una coppia formata da un cittadino italiano e un cittadino straniero contraeva matrimonio all'estero nel 2013 e

chiedeva di trascriverlo in Italia come matrimonio. La trascrizione veniva rifiutata e la coppia presentava ricorso, respinto sia in primo che in secondo grado.

La decisione

La Corte di Cassazione respinge il ricorso e afferma che il matrimonio contratto all'estero da un cittadino straniero e un cittadino italiano va trascritto in Italia quale unione civile.

1) applicabilità della l. 76/2016 e delle modifiche alla l. 218/1995 al matrimonio contratto prima del 05.06.2016.

La Corte, innanzitutto, valuta positivamente l'applicabilità delle norme introdotte nel 2016 (si ricorda che la l. 76/2016 è entrata in vigore il 05.06.2016) anche agli atti formati prima di tale data. Diversamente, si creerebbe una situazione di disomogeneità di tutele rispetto a situazioni omogenee, in quanto i cittadini che abbiano contratto matrimonio o celebrato l'unione prima dell'entrata in vigore della legge non potrebbero trascriverlo.

2) trascrizione del matrimonio contratto all'estero da un cittadino italiano e un cittadino straniero

La Corte premette che con l'emanazione della l. 76/2016 il legislatore ha scelto la forma e il modello di tutela delle coppie formate da persone dello stesso sesso. Così facendo ha colmato il vuoto di tutela presente nell'ordinamento italiano secondo la richiesta di C. Cost. 170/2014 e di Corte Edu, sent. Oliari c. Italia del 21.07.2015. La scelta del modello dell'unione civile, anziché del modello matrimoniale scelto da alti stati, è frutto della discrezionalità legislativa che rientra pienamente nel "potere di apprezzamento degli stati" indicato come riferimento interpretativo dell'art. 12 CEDU da Corte Edu, sent. Schalk e Kopf c. Austria del 03.06.2010, nonché da C. Cost. 170/2014.

Tale scelta si riverbera nelle norme di diritto internazionale privato (l. 218/1995) inserite dal d. lgs. 7/2017, art. 32 bis, ter, quater e quinquies, dalle quali emerge il *favor* per l'istituto dell'unione civile regolato secondo il modello italiano, in particolare dall'art. 32 bis e l'art. 32 quinquies, applicabili al caso di specie. In particolare, l'art. 32 bis:

- si applica sicuramente alla coppia formata da due cittadini italiani, e ciò per finalità anti-elusive della disciplina italiana;

- non si applica sicuramente alla coppia formata da cittadini entrambi stranieri;

- si applica anche alla coppia cd. "mista" (un cittadino italiano e un cittadino straniero) sulla base di tre argomenti:

a) sul piano testuale: l'art. 32 bis prevede quale ambito di applicazione soggettivo "il matrimonio contratto *da* cittadini italiani", da leggersi alla luce di quanto detto in premessa: si può quindi dire che la disposizione in parola esprime la nettezza della scelta legislativa verso il modello dell'unione civile di cui alla l. 76/2016. Coerentemente l'art. 32 quinquies si riferisce a unioni costituite all'estero *tra* cittadini italiani ed esprime una ratio estensiva della tutela di cui alla l. 76/2016 anche a chi sia sottoposto, all'estero, a regimi giuridici che attribuiscono meno diritti;

b) sul piano della coerenza dell'ordinamento: il criterio di cui all'art. 27 l. 218/1995, applicabile al caso, rinvia alla legge nazionale di ciascuno dei nubendi. Se non si applicasse l'art. 32 bis anche alle coppie miste tale criterio creerebbe un conflitto non risolvibile in ordine alla forma e agli effetti della trascrizione dell'atto contratto all'estero;

c) sul piano del principio di uguaglianza: se l'art. 32 bis non si applicasse anche ai cd. matrimoni misti si avrebbe una "discriminazione cd. a rovescio" tra i cittadini italiani che hanno contratto matrimonio all'estero e possono "trasportare" forma ed effetti del vincolo nel nostro ordinamento e quelli che hanno contratto un'unione civile in adesione al modello legislativo applicabile nel nostro ordinamento.

3) legittimità costituzionale dell'art. 32 bis l. 218/1995

La Corte afferma che la trascrivibilità quale unione civile dell'atto di matrimonio tra un cittadino italiano e un cittadino straniero formato all'estero non costituisce il frutto di un quadro discriminatorio per ragioni di orientamento sessuale o un'interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente incompatibile con il limite antidiscriminatorio. La scelta del modello di unione riconosciuta tra persone dello stesso sesso negli ordinamenti facenti parte del Consiglio d'Europa è rimessa al libero apprezzamento degli stati membri, salva la definizione di uno standard di tutele coerenti con l'interpretazione del diritto alla vita famigliare ex art. 8 fornita dalla Corte Edu.

COSTITUZIONE DELL'UNIONE CIVILE

NORME DI RIFERIMENTO
Legge. 76/2016: art. 1, comma 20

TAR Lombardia- sez. staccata di Brescia, sentenza del 29.12.2016 (Pres. – Est. Calderoni) COSTITUZIONE DELL'UNIONE CIVILE – DELIBERA COMUNALE CHE DESIGNA LUOGHI DIVERSI PER LA COSTITUZIONE DELL'UNIONE CIVILE E LA CELEBRAZIONE DEL MATRIMONIO - ILLEGITTIMITÀ – DELIBERA COMUNALE CHE DESIGNA OFFICIANTI DIVERSI CON ESCLUSIONE DEL SINDACO PER LA COSTITUZIONE DELL'UNIONE CIVILE E LA CELEBRAZIONE DEL MATRIMONIO - ILLEGITTIMITÀ

Il caso

Tizio e Caio, da anni conviventi e residenti nel Comune di Stezzano, in provincia di Bergamo, sono intenzionati a unirsi civilmente nel medesimo Comune. Caio, pertanto, si presentava, nel 2016, presso l'ufficio servizi demografici per avere informazioni sull'iter di costituzione dell'unione. In tale occasione veniva informato, tra le altre cose, che "con deliberazione assunta qualche giorno prima, la giunta comunale aveva disposto che le unioni civili fossero costituite in una stanza adiacente a quell'ufficio". La stanza poi mostratagli si rivelava "angusta e indecorosa", "affatto idonea ad accogliere la cerimonia di costituzione dell'unione quale se l'era prefigurata con il compagno, alla presenza di parenti e amici, e [...] assai diversa dalla sala di rappresentanza del municipio riservata alla celebrazione dei matrimoni civili". A seguito di ciò Tizio e Caio chiedevano di prendere visione della delibera in questione e di ogni precedente in materia di matrimonio civile. Apprendevano, quindi, che il Comune aveva adottato una delibera specifica per la "celebrazione e costituzione" dell'unione civile, che prevedeva luoghi diversi da quelli dedicati al matrimonio civile – in particolare, nel Palazzo Municipale, per i matrimoni la sala di rappresentanza, per le unioni civili un locale adiacente l'ufficio servizi demografici - le medesime tariffe e diversi officianti – in particolare, per i matrimoni il Sindaco o suo delegato, per le unioni civili i consiglieri che avessero manifestato la propria disponibilità e, in caso di indisponibilità, il dipendente comunale cui sono state delegate le funzioni di ufficiale di stato civile.

Tizio e Caio impugnavano la delibera suddetta ritenendola illegittima.

La decisione

Il TAR accoglie le censure dei ricorrenti e annulla la delibera impugnata nelle parti in cui prevede per le unioni civili rispetto ai matrimoni civili a) luoghi di celebrazione differenti; b) differenti figure soggettive deputate alla celebrazione.

L'argomentazione del Tribunale muove da una disamina degli aspetti di differenziazione e di analogia tra gli istituti del matrimonio civile e dell'unione civile. In particolare, viene valorizzata:

- la disciplina della costituzione, che sia nell'aspetto propriamente procedimentale di costituzione del vincolo che di celebrazione mostra delle differenze, ma in cui identica è la natura giuridica dell'atto costitutivo;

- la disposizione di cui al comma 20 dell'art. 1 l. 76/2016, definita "chiave di volta e norma di chiusura della disciplina dell'unione civile", che prevede una "regola generale" per cui tutti i diritti previsti dalla legge per il matrimonio sono riconosciuti anche ai partner di unione civile in materia di lavoro, assistenza, previdenza, sanità, pensioni, immigrazione e in campo penale, penitenziario, fiscale.

Il Tribunale compie poi una approfondita esegesi della delibera impugnata e afferma che la stessa introduce una autonoma e distinta disciplina della celebrazione delle sole unioni civili. Matrimonio civile e unioni civili sono pertanto regolamentate nell'ordinamento del Comune da due autonome discipline, non solo diverse tra loro, ma anche qualitativamente differenti: tale "carattere deteriore impresso dalla Giunta comunale" non si rivela, per il Tribunale, rispettoso del quadro normativo vigente in tema di unioni civili.

Ciò proprio in ragione della identica natura giuridica dell'atto costitutivo delle unioni civili e del matrimonio civile, che deve condurre, nel rispetto del comma 20 citato, all'equiparazione delle due discipline. Il TAR afferma che il comma 20 "riveste un'automatica efficacia etero-integra-

trice delle norme regolamentari originariamente "pensate" per (e dedicate a) il (solo) istituto del matrimonio allora esistente, nel senso che tali norme devono ora intendersi automaticamente estensibili e applicabili anche all'istituto delle unioni civili pur senza la necessità di una apposita modifica espressa in tal senso".

Quanto alle differenti figure soggettive deputate alla celebrazione il Tribunale aggiunge che l'esclusione del Sindaco quale officiante dell'unione civile costituisce una "auto-esclusione" dell'organo assimilabile a una obiezione di coscienza alla celebrazione dell'unione civile. Obiezione di coscienza da considerarsi illegittima in quanto istituto che, per poter essere invocato, deve essere previsto dalla legge in modo espresso e così non è nel caso della l. 76/2016 (il TAR richiama sul punto anche il parere del Consiglio di Stato 1695/2016).

In conclusione, annulla la delibera nei punti già citati (difformità dei luoghi di celebrazione e dei soggetti celebranti) affermando che, per effetto del comma 20, la disciplina prevista per i matrimoni dalle precedenti delibere comunali si estende alle unioni civili.

Si segnala in tema anche **TAR Veneto, ordinanza del 7.12.2016 (Pres. Nicolosi – Est. De Berardinis)**, la quale ha sospeso in via cautelare la nota del Capo del Settore servizi demografici e cimiteriali del Comune di Padova che designava, quali giorni dedicati alle dichiarazioni di costituzione delle unioni civili il lunedì, il mercoledì e il giovedì e considerava inapplicabili ai procedimenti di costituzione delle unioni civili le norme contenute nel Regolamento per la celebrazione dei matrimoni civili e le disposizioni contenute nella deliberazione della Giunta comunale previste per la celebrazione dei matrimoni civili e riguardanti luoghi, orari e tariffe connessi a tali procedimenti.

3.2 La giurisprudenza in materia di filiazione e genitorialità

A cura di Martina Colomasi e Nora Bertolotti

NORME DI RIFERIMENTO

Codice civile: art 231; art 243bis; art 250; art 263; art 269; art. 294, comma 2
Legge 76/2016: art. 1, comma 20
Legge 184/1983: art. 36, comma 4; art. 44, primo comma, lett. d)
Legge 40/2004: art 4; art. 5; art 6; art. 8, art. 9; art. 12
DPR 396/2000: art 11; art. 29, comma 2; art. 30; art 42; art 95
DPR 223/1989: art 7, comma 1, let a) (come modificato dal DPR 17.07.2015 n. 126)
Costituzione: art 2; art. 3; art 30; art 31
Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: art. 24, par. 3
CEDU: art. 8; art. 14
Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989: art. 2

Tribunale di Venezia, ordinanza del 01.04.2019 (Pres. Simone – Rel. Barison) COPPIA DI DONNE UNITE CIVILMENTE – DIRITTO ALLA GENIORIALITÀ – INDICAZIONE NELL'ATTO DI NASCITA DI ENTRAMBE LE DONNE E ATTRIBUZIONE DOPPIO COGNOME AL NATO– ART 1, COMMA 20, L. 76/2016 – ART 29, COMMA 2, DPR 396/2000 - VIOLAZIONE DEGLI ART. 2, 3, 30 E 117 COST. – NON MANIFESTA INFONDATEZZA

Il caso

Una coppia di donne unite civilmente si rivolgeva ad una clinica all'estero dove Tizia, con l'espresso consenso di Caia, si sottoponeva a procreazione medicalmente assistita da donatore esterno. Nasceva così, in Italia, Sempronio. La coppia chiedeva l'indicazione di entrambe sull'atto di nascita del bambino e l'attribuzione del doppio cognome. L'ufficiale di stato civile rifiutava e indicava come madre la sola partoriente. La coppia impugnava il rifiuto chiedendo il riconoscimento della genitorialità di entrambe con l'attribuzione del doppio cognome.

La decisione

Il Tribunale inquadra la questione nell'ambito di applicazione dell'art. 8, l. 40/2004 che regola la filiazione da procreazione medicalmente assistita eterologa, l'art. 5 l. 40/2004 che regola i requisiti soggettivi per la stessa e l'art. 29, comma 2, dpr 396/2000 che disciplina il contenuto dell'atto di nascita, letti alla luce dell'art. 1, comma 20, l. 76/2016. Ritiene, infatti, che le questioni sottoposte dalle ricorrenti riguardino da un lato la possibilità anche per le coppie di donne omosessuali di dare alla luce figli che hanno voluto insieme, dall'altro la possibilità che il nato in Italia da fecondazione eterologa fatta all'estero sia giuridicamente figlio della coppia di donne che l'hanno voluto nella loro unione civile.

Tali questioni pongono, per i giudici, dubbi di legittimità costituzionale e non sono risolvibili senza interpellare la Corte costituzionale.

In particolare, ritiene che gli articoli citati esprimano una scelta legislativa contraria alla genitorialità per le coppie di donne sia dal punto di vista letterale – perché l'art. 8 l. 40/2004 letto alla luce dell'art. 5 l. 40/2004 prevede che i genitori siano di sesso diverso – sia dal punto di vista teleologico – perché il comma 20, art. 1 l. 76/2016 pone una clausola di estensione della normativa sul matrimonio alle unioni civili ai soli fini di assicurare diritti e doveri "nascenti dall'unione civile", ossia, a opinione del Tribunale, quelli che avvincono i partner, senza alcun riferimento alla filiazione.

Tuttavia, ritiene che sussista nell'ordinamento il diritto dei partner eterosessuali a diventare genitori, in particolare espresso da C. Cost. 162/2014 che ha ammesso il ricorso alla fecondazione eterologa al fine di superare la sterilità della coppia.

Si chiede pertanto se sussista, nell'ordinamento italiano, alla luce dei principi di dignità e uguaglianza sostanziale, il diritto umano inviolabile e universale a diventare genitori, a prescindere dal proprio orientamento sessuale. Se così è, il fatto di negare l'accesso alla fecondazione eterologa e in generale alla genitorialità a coppie di donne contrasta con il riconoscimento della possibilità di fondare unioni civili quali formazioni sociali ove si svolge la loro personalità.

Il Tribunale solleva, pertanto, questione di legittimità costituzionale, in quanto ritiene che l'inapplicabilità delle regole sulla genitorialità intenzionale alle coppie di donne unite civilmente contrasti:

1) con l'art. 2 Cost. in quanto non realizza il diritto fondamentale alla genitorialità dell'individuo, sia come soggetto singolo, sia nelle formazioni sociali;

2) con l'art. 3 Cost. in quanto comporta una disparità di trattamento basata sull'orientamento sessuale e sul reddito. Ciò in relazione sia al primo comma dell'art. 3, perché si esclude dall'applicazione della l. 40/2004 una coppia che pure rientra nella finalità della legge stessa, ossia superare il dato di fatto della sterilità, sia al secondo comma dell'art. 3 perché non si rimuove l'ostacolo di ordine "sociale" al pieno sviluppo della personalità della persona omosessuale, ossia lo "stigma" tradizionalmente subito. Il contrasto con l'art. 3 si ravvisa anche nei confronti del nato, in quanto verrebbe discriminato, e in particolare sotto-tutelato, a causa della caratteristica della relazione tra i suoi genitori;

3) con l'art. 30 Cost. in quanto l'impossibilità di indicare due madri nell'atto di nascita non permette l'applicazione, né agli adulti né al bambino, dei principi di cui all'articolo in parola;

4) con l'art. 24, par. 3, della Carta dei diritti fondamenta-

li dell'Unione europea, con gli art. 8 e 14 CEDU e con la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, in particolare l'art. 2, quali parametri interposti in relazione all'art. 117 Cost. Attribuire lo status di figlio al nato da coppia di donne è, secondo il Tribunale, il presupposto ineludibile per l'accesso del minore alla massima tutela spettantegli in base alle norme citate, senza che le condizioni dei suoi genitori possano essere di ostacolo. Il principio secondo cui il matrimonio non è più un discrimine né per l'esercizio da parte degli adulti del loro diritto alla genitorialità né per la tutela massima del figlio costituisce un "principio internazionale definitivamente acquisito".

Il Tribunale solleva, pertanto, questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 20, l. 76/2016 nella parte in cui limita la tutela delle coppie di donne omosessuali unite civilmente "ai soli diritti e ... doveri nascenti dall'unione civile" e dell'art. 29 comma 2, dpr 396/2000 - per contrasto con gli art. 2, 3 comma 1 e comma 2, 30 e 117 Cost. in relazione all'art. 24 par. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, degli art. 8 e 14 CEDU e con la Convenzione dei diritti del fanciullo firmata a New York nel 1989 – laddove limita la possibilità di indicare il solo genitore "legittimo, nonché di quelli che rendono ... o che hanno dato il consenso ad essere nominati" e non anche alle donne unite civilmente e che abbiano fatto ricorso (all'estero) a procreazione medicalmente assistita.

Tribunale per i Minorenni di Trieste, decreto del 05.06.2019 (Pres. Garlatti – Rel. Moreschini) ADOZIONE DIRETTA – SCELTA DA PARTE DEL GENITORE DEI GENITORI ADOTTIVI – RICONOSCIMENTO IN ITALIA – VIOLAZIONE CONVENZIONE L'AJA 29.05.1993 – ADOZIONE EX ART. 44, PRIMO COMMA, LETT. D) L. 184/1983

Il caso

Tizio, cittadino italiano iscritto all'AIRE, e Caio, cittadino americano, contraevano matrimonio in USA. I due adottavano, pochi anni dopo, il minore Sempronio in forza di adozione diretta. Infatti, Sempronio, nato in Cina, era divenuto cittadino americano in forza di adozione internazionale da parte di Mevia, la quale, successivamente, acconsente all'adozione da parte di Tizio e Caio. Tale adozione, secondo le leggi degli Stati Uniti, si perfezionava. Tizio e Caio chiedevano, con istanza al Tribunale dei Minorenni di Trieste, il riconoscimento del provvedimento di adozione di Sempronio.

La decisione

Il Tribunale ritiene applicabile al caso di specie l'art. 36, comma 4, l. 184/1983 e valuta, di conseguenza, la conformità del provvedimento straniero ai principi della Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale fatta a l'Aja il 29.05.1993.

Il Tribunale ritiene che i principi posti da detta Convenzione costituiscano il limite entro cui può essere riconosciuto l'interesse degli adulti a diventare genitori in relazione al superiore interesse del minore e siano principi di ordine pubblico internazionale.

In particolare, ritiene fondamentale in tale sistema che la scelta della coppia adottiva non venga effettuata direttamente dai genitori stessi – e ciò anche per evitare la tratta o la vendita di minori, uno degli obiettivi della Convenzione – bensì da organi istituzionali che effettuino una previa comparazione fra tutti gli aspiranti all'adozione al fine di selezionare gli adulti che meglio risultino in grado di rispondere alle specifiche esigenze di quel singolo bambino.

Vi è, pertanto, un interesse del bambino ad essere abbinato alla coppia che maggiormente risponde ai suoi bisogni particolari che deve prevalere sull'interesse degli adulti a diventare genitori. Il Tribunale ritiene che nel caso di specie la modalità con la quale è stata attuata l'adozione da parte di Tizio e Caio contrasti con l'ordine pubblico internazionale, posto che vi è stata una scelta diretta da parte di Mevia dei genitori adottivi. Ciò si traduce in uno stravolgimento dei valori fondanti l'intero assetto ordinamentale in materia di tutela dei minori che sottrae alle decisioni dei privati cittadini la scelta dei genitori adottivi per concentrarla sugli organi pubblici.

Statuisce, di conseguenza, la non riconoscibilità della sentenza straniera di adozione per palese contrasto con la Convenzione de L'Aja.

In chiusura il Tribunale rileva che tale impossibilità di riconoscimento non si traduce in una negazione dell'interesse di Sempronio a vedere riconosciuto da un punto di vista giuridico il suo legame con Tizio e Caio e indica quale via l'adozione ex art. 44, primo comma, lett. d) l. 184/1983.

Corte di Appello di Trento decreto del 16.01.2020 (Pres. Creazzo – Est. Gattiboni) ATTO DI NASCITA CON DOPPIA MATERNITÀ FORMATO IN ITALIA– TRASCRIZIONE – AMMISSIBILITÀ – CONTRARIETÀ ALL'ORDINE PUBBLICO – APPLICABILITÀ L 40/2004 A COPPIA DI DONNE – IDENTITÀ PERSONALE DEL MINORE

Il Fatto

Il procedimento ha ad oggetto il ricorso avverso il diniego espresso dal Comune di Rovereto alla richiesta di trascrizione di un atto di nascita con doppia maternità formatosi presso altro comune italiano.

Il giudizio di primo grado è stato incardinato da Tizia e Caia, due donne unite civilmente che, a seguito di fecondazione medicalmente assistita effettuata in Spagna, hanno dato alla luce un bambino in Italia presso l'ospedale del Comune di X. Le signore procedevano quindi alla dichiarazione di nascita del minore presso il Comune di X ai sensi dell'art. 30, comma 4, D.P.R. n. 396/2000. L'atto di nascita veniva formato dall'Ufficiale dello stato civile del Comune di X con l'indicazione di entrambe le mamme e, successivamente, trasmesso al Comune di Rovereto (Comune dove le signore erano residenti) al fine della trascrizione nei relativi registri.

Il Comune di Rovereto esprimeva il proprio diniego alla trascrizione dell'atto facendo riferimento alla "impossibilità di trascrivere un atto di nascita con doppia maternità per contrarietà all'ordine pubblico e alle previsioni di cui all'art. 250 c.c.". Le signore proponevano quindi ricorso *ex* art. 95 del D.P.R. n. 396/2000 innanzi al Tribunale di Rovereto affinché fosse accertata l'illegittimità del rifiuto e fosse ordinata la trascrizione dell'atto così come era stato redatto dall'Ufficiale di stato civile del Comune di X nei registri comunali di Rovereto.

Il Giudizio di Primo Grado

Il Tribunale di Rovereto con decreto del 12.04.2019 accoglieva il ricorso, dichiarava l'illegittimità del rifiuto dell'Ufficiale di stato civile di Rovereto e ordinava a quest'ultimo di trascrivere nei propri registri l'atto di nascita relativo al minore. La decisione si fondava sui seguenti motivi:

(Sul diniego di trascrizione di atti interni)

sull'atto di nascita inviato dal Comune di X ai sensi dell'art. 12, comma VIII, D.P.R. n. 396/2000, il Comune di Rovereto non avrebbe potuto esercitare alcun ulteriore controllo di merito rispetto a quello già effettuato dal Comune di X;

(Sulla pretesa contrarietà all'ordine pubblico interno)

il concetto di ordine pubblico, alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali enunciati su rapporti e *status* formatisi all'estero, deve ispirarsi prevalentemente alla tutela dei diritti della persona, alla stabilità dei legami affettivi e giuridici già costituitisi avendo particolare attenzione alla continuità degli affetti e degli *status* familiari preesistenti attribuendo particolare rilievo al superiore interesse del minore. Se tali principi valgono per i legami e gli *status* familiari creatisi all'estero devono valere, a maggior ragione, per le ipotesi come quella in esame in cui la nascita del minore e la creazione del legame familiare sono venuti in essere entro confini nazionali e sono già stati riconosciuti come esistenti da atti interni al nostro ordinamento dello stato civile;

(sulla pretesa contrarietà all'art. 250 c.c.)

vista l'evoluzione che ha interessato i concetti di coppia e genitorialità nel nostro ordinamento e l'espresso riconoscimento della genitorialità omosessuale, i termini "madre" e "padre" contenuti nell'art. 250 c.c. non devono essere intesi con accezione escludente o limitatrice bensì come relativi ai soggetti qualificati a rendere la dichiarazione di riconoscimento senza esclusione della omogenitorialità.

Avverso detto decreto proponeva reclamo ex artt. 739 c.p.c. e 96 D.P.R. 396/2000 il Ministero dell'Interno sostenendo la legittimità del rifiuto alla trascrizione dell'atto di nascita.

Il Provvedimento

La Corte di Appello di Trento con il decreto del 16 gennaio 2020 ha rigettato il reclamo proposto dal Ministero degli Interni sulla base delle seguenti motivazioni in diritto:

(Sull'applicazione della Legge n. 40 del 2004 al caso di specie)

La previsione dell'unicità di *status* di cui all'art. 8 della L. 40/2004 e il rilievo della filiazione intenzionale espresso dall'art. 9 evidenziano l'insussistenza della coincidenza tra la verità biologica e la verità legale e determinano il sorgere di tutele nei confronti del nato non solo in relazione

ai doveri previsti per la sua formazione, in particolare agli artt. 30 e 31 della Costituzione, ma ancor prima, in base all'art. 2 Cost., ai suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità. Nell'attuale ordinamento positivo esiste una genitorialità biologica di chi fornisce i gameti maschili o femminili e una genitorialità affettiva e psicologica di chi *in primis* ha accettato di essere genitore di un bambino, di crescerlo, educarlo, mantenerlo, istruirlo, assumendo il processo mentale e affettivo dell'essere genitore. L'art. 5 della Legge n. 40/2204 consente l'accesso alla PMA non soltanto alle coppie coniugate ma anche alle coppie solo "conviventi": la mancanza nella nozione di conviventi di qualsivoglia indicazione in ordine al genere dei componenti depone a favore della possibilità di considerare ricomprese nella medesima anche le coppie dello stesso sesso.

(Sulla presunta contrarietà all'ordine pubblico)

Il divieto di ricorso alla pratica di fecondazione assistita alle coppie dello stesso sesso non esprime un valore costituzionale superiore ed inderogabile, idoneo ad assurgere a principio di ordine pubblico, in quanto lo stesso legislatore contempera tale previsione con il riconoscimento di tutela dell'interesse superiore del nato, consentendo l'acquisizione dello *status filiationis* indipendentemente dalla pratica di fecondazione realizzata. Né alcun argomento in contrario può essere tratto dall'art. 250 c.c. il cui ambito di applicazione riguarda espressamente una fattispecie circoscritta di genitorialità naturale realizzatasi al di fuori della costanza di matrimonio di ciascun genitore con altro soggetto.

(Sul presunto divieto di formazione di un atto di nascita con doppia maternità)

L'identità di sesso dei genitori e la pratica usata per la procreazione in nessuna norma sono espressamente considerati come origine e fondamento di un divieto di formazione di un atto di nascita descrittivo della detta realtà. Non osta a detto principio né l'art. 29 D.P.R. 396/2000 che disciplina il contenuto dell'atto di nascita (la formulazione di tale norma non preclude la possibilità del genitore intenzionale di essere indicato, assieme alla madre che ha partorito e con il suo consenso, quale secondo genitore essendo *partner* della coppia unita civilmente che si è reso genitore intenzionale), né l'art. 269 c.c. secondo cui, nel nostro ordinamento madre è colei che partorisce (secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata detta norma non può assurgere a principio inderogabile di ordine pubblico non essendo norma di rango costituzionale e costituendo, invece, norma sulla prova di filiazione) né la recente sentenza della Corte Costituzionale n. 221/2019 sul mancato accesso per le coppie omosessuali alla fecondazione assistita (la pronuncia aveva ad oggetto il diritto della coppia di accedere alle tecniche di procreazione e non si occupava delle ipotesi di genitorialità sociale e di tutela del nato). Considerata la giurisprudenza di legittimità che in più occasioni ha confermato la trascrivibilità di atti di nascita formatisi all'estero da coppie di donne ricorse all'eterologa sancendo la non contrarietà all'ordine pubblico dell'atto da trascrivere, si riscontrerebbe una palese e ingiustificata disparità di trattamento rispetto alla coppia che abbia deciso di far nascere il figlio in Italia a parità di ricorso a tecniche di PMA eterologa senza che ciò trovi alcun ragionevole fondamento.

(Sulla tutela dell'identità personale del minore)

Nel caso in esame non si tratta di assicurare al minore il complesso dei diritti che conseguono a un suo inserimento all'interno di una famiglia che lo accolga (come nell'istituto dell'adozione) ma di riconoscere giuridicamente, con l'attribuzione dello *status*, il suo inserimento *ab origine* in un progetto di vita familiare manifestato all'esterno mediante la prestazione del consenso *ex* art. 6 L. 40/2004 in assenza del quale egli non sarebbe stato procreato. Non si tratta infatti di salvaguardare il diritto alla vita familiare bensì di salvaguardarne il diritto (diverso e ancora più pregnante) all'identità personale che è strettamente collegato alla genitorialità intenzionale: prima ancora del diritto ad essere cresciuto ed educato in quell'ambito familiare e di godere della protezione normativa offerta dalle norme sull'adozione, il minore ha un fondamentale diritto di essere riconosciuto quale frutto di un progetto genitoriale, anche se esso si sia realizzato in violazione di norme ordinarie interne (che non assurgono a principi di ordine pubblico). Quanto all'attribuzione del doppio cognome, richiamando la sentenza n. 286/2016 della Corte Costituzionale, si rileva come l'attribuzione del cognome anche del genitore intenzionale realizza il diritto del figlio all'identità personale – che ha copertura costituzionale assoluta e che nel nome trova il suo primo riscontro – e il paritario rilievo di entrambe le figure genitoriali nel processo di costruzione dell'identità personale.

Il Principio di Diritto

"La Corte ritiene che sulla base delle norme della legge 40/2004 e, in particolare, degli artt. 6 e 8, la genitorialità da PMA, anche eterologa, è vera genitorialità, fondata sul consenso, nell'ambito di un progetto di genitorialità condivisa che talora può prescindere dal legame biologico e che, approntando una forte tutela per il nato, costituisce un sistema a sé stante di genitorialità, autonomo rispetto ai requisiti della famiglia codicistica o tradizionale".

Corte di Appello di Bari decreto del 3.2.20 (Pres- Rel. Grillo) atto di nascita con due madri formato all'estero – trascrizione in italia – - ammissibilità - contrarietà all'ordine pubblico – genitore intenzionale – consenso alla pma- legittimazione ad agire del ministero dell'interno

Il Fatto

Il procedimento ha ad oggetto il ricorso della Procura della Repubblica di Bari al fine di chiedere la cancellazione della trascrizione dell'atto di nascita di un minore figlio di due donne (una cittadina inglese e una cittadina italiana unite civilmente) formatosi a Malta e poi trascritto dall'Ufficiale di Stato Civile di Bari. Il Tribunale di Bari ordinava l'integrazione del contraddittorio nei confronti delle due genitrici, del Ministero dell'Interno e del Comune di Bari. La procura, in corso di causa, rinunciava all'istanza di cancellazione e il Ministero proseguiva il giudizio insistendo per detta cancellazione.

Il Giudizio di Primo Grado

A fronte della rinuncia alla istanza di cancellazione originariamente avanzata dalla Procura, il Tribunale di Bari ha dichiarato estinto il giudizio avendo ritenuto il Ministero dell'Interno privo della legittimazione a proseguire il giudizio. A parere del Tribunale il comma 1 dell'art. 95 D.P.R. n. 396/2000 fissa la legittimazione processuale in capo ai soggetti titolari di diritti soggettivi connessi agli *status* aggiungendo che la legittimazione ad agire e a resistere appartenga esclusivamente in capo ai titolari di tali diritti soggettivi ed al Procuratore della Repubblica restando escluso ogni altro soggetto trattandosi di interessi pubblici predeterminati direttamente dalla legge e non rimessi all'esercizio di un potere amministrativo.

Avverso detto decreto proponeva reclamo il Ministero dell'Interno insistendo per la sussistenza della propria legittimazione ad agire e per la non trascrivibilità dell'atto di nascita in quanto detta trascrizione avrebbe attribuito al minore (nato a seguito di fecondazione eterologa) lo *status filiationis* anche del genitore italiano privo di legami di sangue con il minore.

Il Provvedimento

La Corte di Appello di Bari con il decreto del 3 febbraio 2020 ha rigettato, nel merito, il reclamo proposto dal Ministero dell'Interno accogliendo le doglianze relative alla legittimazione processuale e affermando in particolare:

(Sulla legittimazione ad agire del Ministero dell'Interno)

Nell'esercizio delle funzioni di Ufficiale dello Stato Civile, il Sindaco agisce in qualità di Ufficiale del Governo, quale organo periferico dell'Amministrazione statale, cui sono pertanto imputabili gli atti da lui compiuti in tale veste. Come previsto dall'art. 1 D.P.R. n. 396/2000 e come ribadito dalla Suprema Corte con la sentenza n. 12193/2019 il Sindaco in qualità di Ufficiale di Stato Civile destinatario della richiesta di trascrizione e il Ministero dell'Interno sono legittimati a spiegare intervento in causa e ad impugnare la decisione in virtù della competenza ad esso attribuita in materia di tenuta dei registri di stato civile.

(Sulla trascrivibilità dell'atto e sull'ordine pubblico)

La trascrizione in Italia di certificati validamente formati all'estero può essere negata soltanto nel caso di contrarietà all'ordine pubblico *ex* artt. 18 del D.P.R. n. 396/2000 e 65 della Legge n. 281/1995. La nozione di ordine pubblico coincide con quella di ordine pubblico internazionale, quale limite all'applicazione del diritto straniero, ancorato ai diritti fondamentali dell'uomo desumibili dalla Carta Costituzionale dei Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nonché dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo con peculiare riferimento al supremo interesse del minore ed alla tutela dei suoi diritti fondamentali, tra i quali spicca il diritto al riconoscimento della genitorialità, a pieno titolo oggetto di tutela costituzionale quale diritto "ad instaurare relazioni affettive e durature con un genitore (diritto alla genitorialità) o meglio ancora con entrambi i genitori (diritto alla bigenitorialità) che debbano assicurargli mantenimento, istruzione ed educazione adeguati. La Suprema Corte con

la sentenza n. 12193/2019 a Sezioni Unite nell'esplicitare la nozione di ordine pubblico da utilizzarsi al fine di valutare la possibilità del riconoscimento di *status* di genitore in favore del genitore intenzionale ha negato quest'ultimo con esclusivo riferimento al concetto di surrogazione di maternità vietata dall'art. 12, comma 6, Ln. 40/2004. Nel caso di specie, la tecnica fecondativa adottata è assimilabile alla fecondazione eterologa e, pertanto, il richiamo alla surrogazione di maternità non è pertinente.

(Sulla assenza di legame genetico tra il minore e il genitore intenzionale)

Stante il testo vigente della L. n. 40/2004 come modificata dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 162/2014 la doglianza del Ministero è priva di fondamento in quanto il consenso ha sostituito il dato genetico. In presenza di una valida unione civile fra le donne della coppia, nel caso in esame, si applica il combinato disposto dell'art. 8 della L. 40/2004 secondo cui "i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime" e della Legge n. 76/2016 in virtù della quale non è più possibile affermare che il termine "coppia" sia di per sé giuridicamente riferibile alle sole coppie di sesso diverso. In assenza di qualsivoglia ulteriore limitazione di ordine pubblico sarebbe piuttosto da assumersi come violazione dell'art. 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo ogni disparità di trattamento tra coppie eterosessuali e omosessuali *a fortiori* dopo l'entrata in vigore della Legge n. 76/2016. Con la sentenza n. 14878/2017, tra l'altro, la Suprema Corte ha rilevato l'applicabilità della norma di cui all'art. 8 della L. 40/2004 in virtù della quale "i figli nati da fecondazione eterologa hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime" anche in assenza di legame biologico.

Il Principio di Diritto

"L'elemento della diversità di sesso dei genitori, nel quadro complessivo del nostro ordinamento, non può giustificare una condizione deteriore per i figli che tale qualità abbiano assunto in conseguenza di tecniche procreative consentite all'estero, con nascita certificata dallo Stato straniero, in assenza di elementi di contrarietà all'ordine pubblico, al fine di tutelare il prevalente interesse del minore. Tale interesse verrebbe leso e strumentalizzato qualora, attraverso il rifiuto dell'identità-conseguenza del riconoscimento in Italia come figlio delle due madri, per aver le stesse cercato fuori dall'Italia la realizzazione del diritto a divenire genitori, anche se non biologici, su cui la predetta sentenza della Corte Costituzionale (*ndr* sentenza n. 162/2014) ha costruito e fondato l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa".

Cassazione sent. n. 7668/2020 del 3.3.2020 (Pres. Giancola – Rel. Lamorgese) ATTO DI NASCITA FORMATO IN ITALIA – INDICAZIONE DI DUE MADRI – INAMMISSIBILITÀ – ACCESSO ALLA PMA PER COPPIE OMOSESSUALI – DIRITTO A PROCREARE

Il Fatto

Il procedimento ha ad oggetto il ricorso avverso il diniego espresso dal Comune alla richiesta di ricevere la dichiarazione congiunta di riconoscimento del minore nato in Italia da due cittadine italiane a seguito di fecondazione assistita praticata all'estero.

Il giudizio di primo grado è stato incardinato da Tizia e Caia (Tizia madre biologica e partoriente e Caia madre intenzionale), unite civilmente che hanno dato alla luce un bambino in Italia presso l'ospedale del Comune di X. Le signore procedevano quindi alla dichiarazione di nascita del minore presso il Comune di X ai sensi dell'art. 30, comma 4, D.P.R. n. 396/2000. L'atto di nascita veniva formato dall'Ufficiale dello stato civile del Comune di X con l'indicazione della sola madre biologica.

Le signore proponevano quindi ricorso *ex* art. 95 del D.P.R. n. 396/2000 innanzi al Tribunale di Treviso affinché fosse accertata l'illegittimità del rifiuto e fosse ordinata al Comune di X di ricevere la dichiarazione congiunta di riconoscimento della minore. IL Tribunale di Treviso rigettava il ricorso e le signore proponevano reclamo presso la Corte di Appello di Venezia che a sua volta rigettava. Il decreto della Corte di Appello veniva quindi impugnato in Corte di Cassazione.

Il Giudizio di Secondo Grado

La Corte di Appello di Venezia con decreto del 10.05.2018 rigettava il reclamo osservando che l'Ufficiale di Stato Civile non aveva il potere di inserire in un atto dello stato

civile dichiarazioni e indicazioni diverse da quelle consentite dalla legge (art 11, comma 3) – come quella relativa alla presunta filiazione tra due donne – ostandovi il DPR n. 396 del 3 novembre 2000 che vieta di manipolare o integrare gli atti dello stato civile. Il decreto, per escludere il potere dell'ufficiale di stato civile di modificare l'atto di nascita inserendo la doppia maternità, ha osservato che si trattava di atti redatti secondo formule e modalità tipiche e predeterminate con decreti del Ministero dell'Interno e che quindi non era legittimo procedere alla modifica richiesta.

Avverso detto decreto proponevano ricorso in Cassazione Tizia e Caia.

Il Provvedimento

La Corte di Cassazione con la sentenza n. 7668/2020 del 3 aprile 2020 ha rigettato il ricorso affermando in particolare:

a (Sul divieto di accedere alla procreazione medicalmente assistita per le coppie omosessuali)

la sentenza impugnata ha fatto corretta applicazione del divieto per le coppie formate da persone omosessuali di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita cui possono accedere solo le coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi (art. 5 legge n. 40/2004) rafforzato peraltro dalla previsione di sanzioni amministrative a carico di chi le applica a coppie formate da persone dello stesso sesso (art. 12, comma 2). Tale divieto è desumibile da altre disposizioni (art. 30, comma 1, DPR n. 396/2000, art. 1, comma 1, lett. c, del DPR del 17 luglio 2015) e da dette disposizioni si ricava che una sola persona abbia diritto di essere menzionata come madre nell'atto di nascita in virtù di un rapporto di filiazione che presuppone il legame biologico/genetico con il nato.

(Richiamo alla Sentenza n. 221/2019 della Corte Costituzionale)

La Corte Costituzionale con la sentenza n. 221 del 2019 ha ritenuto che la possibilità di una scissione tra atto sessuale e procreazione, mediata dall'intervento del medico, pone un interrogativo di fondo: se sia configurabile - e in quali limiti – un "diritto a procreare" comprensivo non solo dell'*an* e del *quando*, ma anche del *quomodo*, e dunque declinabile anche come diritto a procreare con metodi diversi da quello naturale. Al suddetto interrogativo la Corte ha dato risposta negativa seguendo due principi (vedi *infra*).

(Sulla funzione delle tecniche di PMA – Sentenza Corte Costituzionale n. 221/2019)

La legge configura le tecniche di procreazione medicalmente assistita come un rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti rimovibile: escludendo con ciò che la PMA possa rappresentare una modalità di realizzazione del desiderio di genitorialità alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati.

(Sulla struttura del nucleo familiare – Sentenza Corte Costituzionale n. 221/2019)

La legge prevede una serie di limitazioni di ordine soggettivo all'accesso alla PMA alla cui radice si colloca il trasparente intento di garantire che il suddetto nucleo riproduca il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre.

(Sulla differenza tra adozione e PMA – Sentenza Corte Costituzionale n. 221/2019)

L'adozione presuppone l'esistenza in vita dell'adottando: essa non serve per dare un figlio ad una coppia, ma per dare una famiglia al minore che ne è privo. Nel caso dell'adozione il minore è già nato ed emerge come specialmente meritevole di tutela l'interesse del minore stesso a mantenere relazioni affettive già di fatto instaurate e consolidate: interesse che va verificato in concreto. La PMA di contro serve a dare un figlio non ancora venuto ad esistenza a una coppia (o a un singolo) realizzandone le aspirazioni genitoriali. Il bambino quindi deve ancora nascere: non è perciò irragionevole che il legislatore si preoccupi di garantirgli quelle che, secondo la sua valutazione e alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale, appaiono, in astratto, come le migliori condizioni di partenza.

(Sul richiamo alla trascrivibilità degli atti di nascita con doppia maternità formati all'estero)

La possibilità di ottenere il riconoscimento in Italia di atti stranieri dichiarativi del rapporto di filiazione da due donne dello stesso sesso si giustifica in virtù del fatto che diverso è il parametro normativo applicabile. A venire in rilievo, in tal caso, è il principio di ordine pubblico con il quale si è ritenuto non contrastare il divieto normativamente imposto in Italia alle coppie formate da persone dello stesso sesso di accedere alle PMA in relazione ad atti validamente formati all'estero per i quali è impellente la tutela del dirit-

to alla continuità dello *status filiationis* acquisito all'estero unitamente al valore della circolazione degli atti giuridici, quale manifestazione dell'apertura dell'ordinamento alle istanze internazionalistiche alla luce dell'art. 117, comma 1, Costituzione. E ciò diversamente dalle coppie omosessuali maschili per le quali la genitorialità artificiale passa necessariamente attraverso la pratica distinta della maternità surrogata che è vietata da una disposizione che si è ritenuta espressiva di un principio di ordine pubblico, a tutela dei valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione, non irragionevolmente ritenuti dal legislatore prevalenti sull'interesse del minore salva la

possibilità di conferire comunque rilievo al rapporto genitoriale mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici quali l'adozione. Non è dunque pertinente il riferimento sul quale le ricorrenti insistono alla nozione ristretta di ordine pubblico essendo l'atto di nascita che si chiede di rettificare formato in Italia e non rilevando che la pratica fecondativa medicalmente assistita sia avvenuta all'estero.

Tribunale di Rieti, sentenza n. 1/2020 del 12.03.2020 (Pres. Est. De Angelis) ADOZIONE DEL MAGGIORENNE – ART. 294 C.C., COMMA 2 - ADOTTANTE UNITO CIVILMENTE

Il caso

Tizio si unisce civilmente con Mevio nel 2017. Mevio nel 2014 aveva adottato Caio, già maggiorenne. Tizio, pur avendo avuto l'intenzione di adottare anch'egli Caio nel 2014, non aveva potuto farlo in ragione del divieto di adozione del maggiorenne da parte di più di una persona ai sensi dell'art. 294, comma 2 c.c. Con l'avvenuta unione civile Tizio considera venuto meno tale ostacolo e chiede l'adozione di Caio – sussistendone tutte le altre condizioni di legge quali il superamento del 35esimo anno di età dell'adottante, la differenza di età di più di 18 anni tra adottante e adottato, il consenso dell'adottando e del genitore già adottivo, l'irreperibilità dei genitori naturali al fine delle loro determinazioni.

La decisione

Il Tribunale pronuncia l'adozione di Caio da parte di Tizio stante la sussistenza di tutte le condizioni di legge, tra cui considera venuto meno l'ostacolo dell'adozione da parte di più di una persona ai sensi dell'art. 294, comma 2 c.c., il quale prevede espressamente "salvo che i due adottanti siano marito e moglie".

Il Tribunale afferma che "l'unica giustificazione razionale al divieto dell'adozione del medesimo soggetto da parte di più di una persona è ravvisabile nella necessità di impedire la creazione di status personali tra loro confliggenti tanto è vero che il divieto non sussiste nell'ipotesi di adozione successiva da parte di un soggetto coniugato con chi ha già effettuato l'adozione". Infatti, in questo caso l'adottato diviene "figlio di due genitori".

La legge n. 76/2016 non ha né consentito né negato espressamente l'adozione da parte di coppie omosessuali, avendo utilizzato sul punto (al comma 20) la dizione "resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti". L'art. 294 c.c. va letto in base a questa disposizione, con l'effetto di consentire l'adozione nel caso di specie.

Il Tribunale considera anche Cass. 12962/2016, la quale ha consentito l'adozione, da parte di una donna, della figlia minorenne della compagna, ritenendo che se tale possibilità è riconosciuta per i minori a maggior ragione deve esserlo per i maggiorenni.

Infine, i Tribunale considera l'interesse dell'adottando: l'adozione conviene a Caio, perché consente di formalizzare anche sul piano giuridico un legame affettivo e familiare già esistente e consolidato di fatto, permettendo anche l'acquisizione dei diritti di successione nei confronti dell'adottante.

Tribunale di Bergamo decreto 20.04.2020 (Pres.-Rel. Caprino) ATTO DI NASCITA FORMATO IN ITALIA – INDICAZIONE DI DUE MADRI – AMMISSIBILITÀ -ACCESSO ALLA PMA PER COPPIE OMOSESSUALI – STATUS DEL FIGLIO NATO A SEGUITO DELL'INOTTEMPERANZA DEI DIVIETI POSTI DALLA L 40/2004

Il Fatto

Il procedimento ha ad oggetto il reclamo ex art. 95, comma 1, D.P.R. n. 396/2000 proposto da due cittadine italiane, unite civilmente, avverso il diniego dell'Ufficiale di Stato

Civile di ricevere la dichiarazione di riconoscimento dei due figli minori delle stesse nati in Italia a seguito di procreazione medicalmente assistita effettuata in Spagna. L'Ufficiale di Stato Civile, a seguito del rifiuto di riconoscere nell'atto di nascita entrambe le madri, formava l'atto di nascita dei due bambini con la sola indicazione della madre biologica.

Il Provvedimento

Il Tribunale di Bergamo con il decreto del 20 aprile 2020 ha accolto il reclamo e ha ordinato all'Ufficiale di Stato Civile di ricevere la dichiarazione di riconoscimento dei figli resa dalle ricorrenti ordinando l'annotazione di tale riconoscimento a margine dell'atto di nascita dei due minori sulla base dei seguenti motivi in diritto:

(Sul divieto per le coppie omosessuali di effettuare la tecnica della PMA)

Sebbene sia incontestato e assolutamente vigente in Italia il divieto per le coppie omosessuali di effettuare la tecnica della PMA ai sensi dell'art. 5 della L. 40/2004 e sebbene la scelta del legislatore sia in tal senso discrezionale e legittima, il comportamento delle reclamanti è argomento

che non ha alcuna rilevanza nella fattispecie in esame dovendo il giudicante solo prendere atto dell'esistenza di una PMA effettuata in una nazione nella quale la tecnica è consentita e della conseguente nascita di due gemelli. L'oggetto della questione esaminanda è la posizione del bambino che è nato in Italia a seguito di PMA effettuata all'estero e, in particolare, se questi abbia diritto o meno di essere registrato nei registri di stato civile come figlio dei due genitori o meno.

(Sulla Legge 40/2004 e sulla rilevanza del "consenso")

L'art. 8 della L. 40/2004 riconosce in modo assolutamente chiaro lo status di figli ai nati con la PMA in forza del consenso prestato dai genitori. E' proprio il "consenso" l'unico cardine su cui la nuova genitorialità, cd legale, è riconosciuta in modo pieno in Italia. Una genitorialità certamente diversa da quella esclusivamente biologica e genetica di cui si parla nel codice civile. Di tale nuovo modo di concepire la "genitorialità" e quindi la "famiglia" ci sono evidenti tracce nella stessa legge 40/2004: art. 6, comma 3, sulla irrevocabilità del consenso dopo che la fecondazione sia attuata, art. 9 sul divieto di disconoscimento di paternità e sull'anonimato della madre naturale, art. 9 sulla assenza di qualsivoglia relazione giuridica parentale tra il nato e il donatore di gameti. L'intero apparato legislativo si fonda quindi sulla necessaria tutela e difesa del minore che nascerà attraverso tale tecnica di procreazione. I genitori che si avvalgono della PMA sono quindi da considerare genitori per scelta o genitori intenzionali dovendo necessariamente esservi alla base un progetto di genitorialità comune che è l'unico che permette loro di accedere a tali metodologie assistite e quindi di potersi sottoporre alle tecniche e ai colloqui previsti obbligatoriamente dalla stessa legge.

(Sulle conseguenze della violazione dell'art. 5 della L. 40/2004)

Ai sensi del combinato disposto tra gli artt. 5 e 12 della L. 40/2004 l'unica sanzione prevista per chi, in carenza dei requisiti soggettivi, fa ricorso alla PMA è una sanzione di tipo amministrativo che viene comminata solo al soggetto che, estraneo alla coppia, abbia prestato assistenza nell'ambito delle tecniche di PMA quindi il sanitario o chi ha consigliato il ricorso a dette tecniche. Men che meno da tali norme si riesce a trarre una qualche conseguenza nei confronti del nato. Conseguenza logica (oltre che conseguenza imposta giuridicamente dalla interpretazione letterale e sistematica) di ciò è che il nato da PMA di una coppia priva dei requisiti previsti dall'art. 5 della L. 40/2004 è comunque un figlio "riconosciuto" della coppia stessa. Il minore, che non può scontare su di sé il comportamento vietato di coloro che hanno deciso sulla sua nascita, ha diritto ad avere tutelati i suoi interessi alla crescita migliore e alla garanzia di poter usufruire affettivamente del contributo di entrambi coloro che hanno progettato e voluto la sua nascita.

(Sulla impossibilità di redigere l'atto di nascita indicando solo la madre biologica) La trascrizione parziale dell'atto di nascita (indicando una sola delle due madri) confligge con quella che è stata la realtà genetica dei minori nella presente fattispecie. Detti minori infatti (i) non hanno un padre biologico nel senso imposto dal codice civile, ciò alla luce della giuridica assenza di qualsivoglia legame parentale tra i nati da PMA ed il soggetto che ha fornito i gameti alla gestante, (ii) non potranno neppure essere adottati dalla madre intenzionale dal momento che la Legge n. 76/2016 non consente alla coppia omosessuale di ottenere l'adozione di minori, (iii) l'adozione coparentale ex art. 44 della legge sulle adozioni non offre una tutela piena e adeguata

in tal senso. Se da un lato l'art. 8 deve essere interpretato in modo ampio perché tutelante la dignità e gli interessi del nato da PMA (indipendentemente da dove la PMA sia stata effettuata e dalla presenza dei requisiti di cui all'art. 5) e, dall'altro, non si ha in questa fattispecie alcun valore che possa essere leso e che abbia pari valore costituzionale (come nel caso di maternità surrogata) è chiaro che l'aver redatto un atto di nascita con l'indicazione di uno solo dei genitori è lesivo degli interessi dei gemelli di cui si tratta.

(Sull'impossibilità a redigere un atto di nascita con l'indicazione di due madri dovendo l'Ufficiale di Stato Civile seguire le circolari del Ministero e sulla indicazione formale impostagli dagli artt. 29 e 30 del DPR 396/2000 nel quale si parla di madre e padre) L'art. 11 del D.P.R. 396/2000 relativo al contenuto degli atti non pone un effettivo divieto testuale visto che enumera le "persone dichiaranti" e non anche la necessità di uno specifico individuo con sesso definito. Neanche negli artt. 29, 30 e 42 del medesimo DPR si coglie alcuna impossibilità. In detti articoli viene sempre indicata la locuzione "genitori" e l'art. 30 indica "madre" la puerpera per garantire l'eventuale volontà della stessa di non essere nominata. Né sembra di potersi affermare ragionevolmente che le eventuali formule linguistiche utilizzate nell'ambito dei registri ministeriali non possano essere riempiti proprio con la locuzione "genitore" piuttosto che necessariamente con "padre" ed essendo il membro della coppia sostanzialmente il secondo "genitore" intenzionale.

Il Principio di Diritto

"Nel preminente interesse del minore rientra la tutela della propria identità personale: l'identità della persona non può che comprendere anche l'identificazione del proprio *status* di figlio di determinati genitori, concretando essa la certezza della propria discendenza bigenitoriale, elemento di primaria rilevanza nella costruzione della specifica propria identità".

Cassazione sent. n. 8029/2020 del 22.04.2020 (Pres. Giancola-Rel. Mercolino) ATTO DI NASCITA FORMATO IN ITALIA – INDICAZIONE DI DUE MADRI – INAMMISSIBILITÀ - ACCESSO ALLA PMA PER COPPIE OMOSESSUALI – STATUS DEL FIGLIO NATO A SEGUITO DELL'INOTTEMPERANZA DEI DIVIETI POSTI DALLA L 40/2004

Il Fatto

Il procedimento ha ad oggetto il ricorso avverso il diniego espresso dal Comune di X alla richiesta di ricevere la dichiarazione congiunta di riconoscimento del minore nato in Italia da due cittadine italiane a seguito di fecondazione assistita praticata all'estero.

Il giudizio di primo grado è stato incardinato da Tizia e Caia (Tizia madre biologica e partoriente e Caia madre intenzionale), unite civilmente che hanno dato alla luce un bambino in Italia presso l'ospedale del Comune di X. Le signore procedevano quindi alla dichiarazione di nascita del minore presso il Comune di X ai sensi dell'art. 30, comma 4, D.P.R. n. 396/2000. L'atto di nascita veniva formato dall'Ufficiale dello stato civile del Comune di X con l'indicazione della sola madre biologica.

Le signore proponevano quindi ricorso *ex* art. 95 del D.P.R. n. 396/2000 innanzi al Tribunale di Pistoia affinché fosse accertata l'illegittimità del rifiuto e fosse ordinato al Comune di X di ricevere la dichiarazione congiunta di riconoscimento del minore. Il Tribunale di Pistoia accoglieva il ricorso dichiarando illegittimo il rifiuto dell'Ufficiale di Stato Civile e disponendo la rettificazione dell'atto di nascita del minore, ai sensi dell'art. 95 del DPR n. 396/2000 mediante la sostituzione di quello esistente e la formazione di un nuovo atto di contenuto analogo ma con l'indicazione di entrambe le ricorrenti in qualità di madri e l'attribuzione al minore dei relativi cognomi. Il decreto veniva impugnato dal Pubblico Ministero presso la Corte di Appello di Firenze che rigettava il reclamo con decreto del 19 aprile 2019. Proponevano ricorso per Cassazione il Ministero dell'Interno e la Prefettura di Pistoia.

Il Giudizio di Secondo Grado

La Corte di Appello di Firenze ha dichiarato innanzitutto ammissibile l'intervento spiegato in appello dal Ministero dell'Interno e dalla Prefettura di Pistoia: nel procedimento di cui all'art. 95 del DPR 396/2000 la legittimazione passiva spetta al Pubblico Ministero (titolare del potere di iniziativa e portatore del correlato interesse pubblico) ma nulla impedisce all'ufficiale di stato civile di intervenirvi *ad adiuvandum* per far valere l'interesse pubblico sotteso alla condotta censurata ed affermando pertanto la legittimità

dell'intervento del Ministero (al quale spetta il potere di impartire istruzioni all'ufficiale di stato civile) e del Prefetto (al quale spetta la vigilanza sugli uffici di stato civile).

Nel merito la Corte di Appello di Firenze ha affermato che, rimanendo invariata l'impostazione di fondo della Legge n. 40/2004 è consentito il ricorso alla PMA solo a coppie formate da persone maggiorenni, di sesso diverso, coniugate e conviventi, in età potenzialmente fertile ed ancora viventi, purché sia accertata l'impossibilità di rimuovere la causa impeditiva della procreazione, purché sussista il consenso informato di entrambi i componenti della coppia e purché la procedura si svolga presso strutture pubbliche o private autorizzate dalla Regione. Ha aggiunto inoltre che la stessa normativa esclude la punibilità di coloro che si siano sottoposti alle predette tecniche, confermando il divieto di anonimato per la madre biologica e il divieto di disconoscimento della paternità per il coniuge o il convivente che abbia prestato il proprio consenso ed escludendo l'acquisto di diritti da parte del terzo donatore di gameti. Dalla predetta disciplina ha, pertanto, desunto il riconoscimento della preminenza, rispetto alla sua violazione, dell'interesse del minore alla genitorialità completa ed al mantenimento di uno *status filiationis* corrispondente al complessivo esito dell'assunzione di responsabilità da parte di entrambi i genitori e della procreazione assistita di uno di essi, affermando conseguentemente l'incongruenza di un'interpretazione sistematica che a causa dell'illegittima condotta dei coniugi o conviventi non punisca gli stessi ma recida ogni rapporto tra il figlio biologico di uno di essi e l'altro coniuge che abbia prestato il proprio consenso alla nascita. Ha aggiunto che, in assenza di una specifica previsione, tale risultato ermeneutico, riguardante l'illegittimo ricorso alla PMA nel territorio dello Stato, può essere esteso, pena un'inammissibile disparità di trattamento, anche all'ipotesi in cui tale condotta sia tenuta all'estero, in un Paese in cui la predetta pratica sia consentita con garanzie analoghe a quelle dell'ordinamento italiano.

Sulla possibilità di estendere il detto riconoscimento alla coppia omosessuale la Corte di Appello ha richiamato le norme costituzionali che riconoscono i diritti inviolabili dell'uomo e la pari dignità sociale di tutti i cittadini davanti alla legge, nonché l'impegno della Repubblica a rimuovere gli ostacoli che limitano la libertà dei cittadini ed impediscono il pieno sviluppo della persona umana, evidenziando l'apertura delle predette disposizioni a nuove fattispecie, e la conseguente emersione di nuovi diritti derivanti dall'evoluzione della coscienza sociale, nonché l'esigenza di rimuovere gli ostacoli al pieno sviluppo degli stessi che costituiscono frutto di contrapposte valutazioni etiche.

Considerato che, in materia di genitorialità, la predetta esigenza si pone da un lato con riguardo al diritto alla salute, alla procreazione e all'integrità personale e dall'altro con riguardo al diritto alla identità di ciascun individuo (in particolare all'identità sessuale) correlato alle unioni civili, ha affermato che la tutela di tali diritti, ormai entrati a far parte del patrimonio culturale e giuridico dello Stato, risulta condizionata dal rispetto di valori di rango superiore alla cui luce vanno letti, con l'unico limite della lesione di antagonisti diritti di pari rango. E' quindi possibile un'interpretazione costituzionalmente orientata fondata sulla valutazione della fattispecie in questione alla stregua di un bilanciamento tra principi di pari rango, costituiti rispettivamente dal diritto del concepito alla completa genitorialità, dal diritto alla famiglia, alla salute ed alla procreazione della coppia che abbia acceduto alla PMA e dal diritto della coppia omosessuale legata da unione civile a dispiegare in tale unione la propria personalità anche attraverso un progetto di genitorialità condivisa e comunque a non essere discriminata per ragioni legate alla propria inclinazione sessuale.

Avverso detto decreto proponevano ricorso in Cassazione Il ministero dell'Interno e la Prefettura di Pistoia.

Il Provvedimento

La Corte di Cassazione con la sentenza n. 8029/2020 del 22 aprile 2020 ha accolto il ricorso, cassato il decreto impugnato e, decidendo nel merito, ha rigettato la domanda delle due donne sulla base dei seguenti motivi in diritto:

(Sull'eccesso di potere giurisdizionale)

l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore ricorre soltanto nel caso in cui il giudice non si sia limitato ad applicare una norma giuridica esistente, ma ne abbia creato una nuova in tal modo esercitando un'attività di produzione normativa estranea alla sua competenza. Tale vizio non è ravvisabile nel decreto impugnato il quale, nel dichiarare ammissibile il riconoscimento di un minore nato da una donna unita civilmente ad un'altra donna come figlio na-

turale di entrambe, ha fornito a sostengo di tale conclusione una interpretazione costituzionalmente orientata della legge n. 40/2004 secondo cui la violazione del divieto di applicare tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie omosessuali non comporta l'esclusione di ogni rapporto tra il minore e il convivente del genitore che abbia prestato il consenso all'utilizzazione di dette tecniche dovendosi ritenere prevalenti l'interesse del minore al riconoscimento dello *status filiationis* ed il suo diritto alla bigenitorialità, realizzabile anche nell'ambito delle unioni omosessuali.

(Sul divieto di accesso alla PMA per le coppie omosessuali)

La Corte Costituzionale con la sentenza n. 221/2019, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 5 e 12 della L. 40/2004 è pervenuta alla esclusione della possibilità di ravvisare una generalizzata legittimazione al ricorso alle predette tecniche e dall'altro alla esclusione dell'utilizzabilità delle stesse per la soddisfazione delle aspirazioni genitoriali delle coppie omosessuali. Le tecniche di PMA rimangono rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti rimovibile e dall'intento di garantire che il nucleo familiare scaturente dalla loro applicazione riproduca il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre. L'ammissione delle coppie omosessuali alla PMA richiederebbe la sconfessione (sul piano della tenuta costituzionale) delle linee guida della disciplina normativa che, a dire della Corte Costituzionale, non presenta alcuna incongruenza interna non essendo l'infertilità fisiologica della coppia omosessuale omologabile a quella della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive (ciò a prescindere dalla tutela accordata all'unione omosessuale quale formazione sociale ex art. 2 Costituzione). Il compito di ponderare gli interessi in gioco e di trovare un equilibrio tra le diverse istanze spetta in via primaria al legislatore e la scelta da questi effettuata nelle disposizioni censurate non eccede il margine di discrezionalità non potendosi considerare irrazionale e ingiustificata la preoccupazione di garantire il rispetto delle condizioni ritenute migliori per lo sviluppo della personalità del nuovo nato e dovendosi per altro verso escludere l'arbitrarietà e irrazionalità dell'idea, sottesa alla disciplina in esame, che una famiglia *ad instar naturae* rappresenti in linea di principio il luogo più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato e ciò indipendentemente dalla capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali. Non può pertanto condividersi il tentativo di astrarre il contenuto dell'art. 9 dal contesto in cui è collocato per desumere dal divieto di anonimato per la madre biologica e dal divieto di disconoscimento della paternità per il coniuge/convivente che abbia prestato il proprio consenso, un principio generale in virtù del quale, ai fini dell'instaurazione del relativo rapporto, può considerarsi sufficiente il mero dato volontaristico o intenzionale rappresentato dal consenso alla PMA o comunque dall'adesione ad un comune progetto genitoriale (richiama quindi le norme di cui agli artt. 269, terzo comma, art 231, art. 243-bis, art. 250, art. 263, art. 269 c.c.).

(Sulla discriminazione delle coppie omosessuali)

Il riconoscimento, ormai ampiamente diffuso nella coscienza sociale, della capacità delle coppie omosessuali di accogliere, crescere ed educare figli, che ha condotto a ritenere ammissibile l'adozione del minore da parte del partner dello stesso sesso del genitore biologico ex art. 44, primo comma, lett. d), della L. 184/1983 nonché la trascrizione dell'atto di nascita validamente formato all'estero dal quale risulti che il nato è figlio di due donne non implica lo sganciamento della filiazione dal dato biologico né giustifica la prospettazione di un meccanismo d'instaurazione del relativo rapporto alternativo a quello fondato su tale dato, non dovendo la predetta genitorialità esprimersi necessariamente nelle medesime forme giuridiche previste per il figlio nato dal matrimonio o riconosciuto, a condizione, ovviamente, che al minore accolto dalla coppia omosessuale sia assicurata una tutela comparabile a quella garantita a quest'ultimo. L'esclusione della possibilità di ricollegare, in assenza di un rapporto biologico, l'instaurazione del rapporto di filiazione tra il minore ed il partner del genitore biologico al consenso da quest'ultimo prestato all'applicazione delle tecniche della PMA non contrasta in alcun modo neppure con la giurisprudenza della Corte EDU: quest'ultima, pur riconoscendo alla coppia omosessuale il diritto al rispetto della vita privata, anche familiare (ed includendo in detta nozione anche il diritto al rispetto della decisione di diventare genitore e del modo di diventarlo) ha escluso la possibilità di ravvisare un trattamento discriminatorio nella legge nazionale che attribuisca alla PMA finalità esclusivamente terapeutiche riservando il ricorso a tali tecniche solo alle coppie eterosessuali (richia-

mando l'ampio margine di apprezzamento di cui godono gli Stati membri). Quanto poi all'interesse del minore, la Corte EDU, pur osservando che il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione è destinato inevitabilmente ad incidere sulla vita familiare del minore, ha escluso la configurabilità di una violazione del diritto al rispetto della vita familiare, ove sia assicurata in concreto la possibilità di condurre un'esistenza paragonabile a quella delle altre famiglie.

(Sull'ordine pubblico)

La nozione di ordine pubblico rilevante ai fini del riconoscimento dell'efficacia degli atti e dei provvedimenti stranieri è più ristretta di quella rilevante nell'ordinamento interno, corrispondente al complesso dei principi informatori dei singoli istituti quali si desumono dalle norme imperative che li disciplinano: non può quindi ravvisarsi alcuna contraddizione tra il riconoscimento del rapporto di filiazione risultante dall'atto di nascita formato all'estero e l'esclusione di quello derivante dal riconoscimento effettuato in Italia la cui efficacia deve essere valutata alla stregua della disciplina vigente nel nostro ordinamento. Tale disparità di trattamento non comporta la violazione di alcun precetto costituzionale, costituendo il naturale portato della differenza tra la normativa italiana e quelle vigenti in altri Paesi, la cui diversità, pur rendendo possibili condotte elusive della più restrittiva disciplina dettata dal nostro ordinamento non costituisce di per sé causa di illegittimità costituzionale di quest'ultima. La sentenza impugnata ha fatto corretta applicazione del divieto per le coppie formate da persone omosessuali alle tecniche di procreazione medicalmente assistita cui possono accedere solo le coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi (art. 5 legge n. 40/2004) rafforzato peraltro dalla previsione di sanzioni amministrative a carico di chi le applica a coppie formate da persone dello stesso sesso (art. 12, comma 2). Tale divieto è desumibile da altre disposizioni (art. 30, comma 1, DPR n. 396/2000, art. 1, comma 1, lett. c, del DPR del 17 luglio 2015) e da dette disposizioni si ricava che una sola persona abbia diritto di essere menzionata come madre nell'atto di nascita in virtù di un rapporto di filiazione che presuppone il legame biologico/genetico con il nato.

Il Principio di Diritto

"Il riconoscimento di un minore concepito mediante ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo da parte di una donna legata in unione civile con quella che lo ha partorito, ma non avente alcun legame biologico con il minore, si pone in contrasto con l'art. 4, comma 3, della Legge n. 40/2004 e con l'esclusione del ricorso alle predette tecniche da parte delle coppie omosessuali, non essendo consentita, al di fuori dei casi previsti dalla legge, la realizzazione di forme di genitorialità svincolate da un rapporto biologico, con i medesimi strumenti giuridici previsti per il minore nato nel matrimonio o riconosciuto".

"L'esclusione dell'ammissibilità del riconoscimento consente di ritenere legittimo il rifiuto opposto dall'Ufficiale di Stato Civile alla ricezione della dichiarazione di riconoscimento del minore come figlio delle due donne, o comunque come figlio naturale della donna che si è limitata a prestare il proprio consenso alla fecondazione eterologa, trovando tale provvedimento giustificazione nel disposto dell'art. 42 del DPR n. 396/2000 che, subordinando il riconoscimento alla dimostrazione dell'insussistenza di motivi ostativi legalmente previsti, consente di escluderne l'operatività nell'ipotesi in cui, come nella specie, la costituzione del rapporto di filiazione trovi ostacolo nella disciplina legale della procreazione medicalmente assistita".

Corte di Appello di Roma decreto n. 1453/2020 del 27.04.2020 (Pres. Mangano-Rel. Massera) ATTO DI NASCITA FORMATO IN ITALIA – INDICAZIONE DI DUE MADRI – AMMISSIBILITÀ - ACCESSO ALLA PMA PER COPPIE OMOSESSUALI – STATUS DEL FIGLIO NATO A SEGUITO DELL'INOTTEMPERANZA DEI DIVIETI POSTI DALLA L 40/2004 – ATTRIBUZIONE AL NATO DEL DOPPIO COGNOME

Il Fatto

Il procedimento ha ad oggetto il ricorso avverso il diniego espresso dal Comune di Roma Capitale alla richiesta di trascrizione di un atto di nascita con doppia maternità.

Il giudizio di primo grado è stato incardinato da Tizia e Caia, due donne unite civilmente che, a seguito di fecondazione medicalmente assistita effettuata all'estero, hanno dato alla luce un bambino in Italia. Le signore procedevano quindi alla richiesta di dichiarazione di nascita del minore presso il Comune di Roma Capitale ai sensi dell'art. 30,

comma 4, D.P.R. n. 396/2000. Il Comune di Roma esprimeva il proprio diniego alla richiesta di riconoscimento. Le signore proponevano quindi ricorso *ex* art. 95 del D.P.R. n. 396/2000 innanzi al Tribunale di Roma affinché fosse accertata l'illegittimità del rifiuto e fosse ordinata la trascrizione dell'atto.

Il Giudizio di Primo Grado

Il Tribunale di Roma con decreto del 2 luglio 2019 respingeva la domanda osservando, in sintesi, (i) che Roma Capitale era priva di legittimazione passiva, in quanto nell'esercizio delle funzioni di ufficiale dello stato civile il Sindaco agisce in qualità di ufficiale del governo e quindi come organo periferico del Ministero dell'Interno; (ii) che l'atto di nascita è stato formato in Italia, e deve quindi essere applicata integralmente la disciplina interna; (iii) che nell'intero sistema normativo italiano la nozione di filiazione è indefettibilmente legata al presupposto che la discendenza derivi da persone di sesso diverso; (iv) che di conseguenza non è consentita la formazione di un atto di nascita nei quali compaiano come genitori due persone dello stesso genere; (v) che i termini della questione non mutano per il fatto che ai sensi dell'art. 8 l. n. 40/2004 i figli nati all'esito di PMA acquistano lo *status* di figli riconosciuti, in considerazione delle univoche norme in tema di filiazione previste dall'ordinamento interno; (vi) che gli interessi del minore possono essere adeguatamente tutelati mediante altri strumenti giuridici quale l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44 lett. d) L. n. 184/1983; (vii) che la stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo non impone, a tutela del minore, la trascrizione dell'atto di nascita nei registri dello stato civile, ben potendo il legislatore interno individuare strumenti alternativi comunque idonei a tutelare il rapporto tra il minore e il soggetto, dello stesso sesso dell'altro genitore, che insieme a questo ha prestato il consenso alla PMA. Avverso detto decreto proponevano reclamo Tizia e Caia.

Il Provvedimento

La Corte di Appello di Roma con il decreto del 27 aprile 2020 ha accolto il reclamo e ordinato all'ufficiale di stato civile del Comune di Roma di annotare a margine dell'atto di nascita il riconoscimento della madre intenzionale e ciò sulla base delle seguenti motivazioni in diritto:

(Sulla legittimazione passiva di Roma Capitale)

Roma Capitale è stata parte del giudizio di primo grado, e le stesse reclamanti le hanno notificato l'atto di reclamo, sia pur a meri fini di *denuntiatio litis*; così facendo, esse hanno riconosciuto l'ente come portatore di un interesse all'esito del giudizio tale da giustificare la sua partecipazione al procedimento, anche solo in termini equiparabili a quelli dell'intervento adesivo.

(Sulla sentenza della Corte di Cassazione n. 7668/2020)

La Corte ritiene di non poter condividere l'orientamento e il percorso argomentativo di detta sentenza. È ben vero, infatti, che l'art. 5 L. n. 40/2004 vieta, in Italia, l'accesso alla PMA alle coppie formate da persone dello stesso sesso; da ciò tuttavia non è possibile inferire che necessariamente, nel caso in cui comunque si faccia ricorso a tali pratiche e una volta che la nascita sia avvenuta, solo colei che ha dato alla luce il bambino possa essere riconosciuta come genitore. Una questione analoga è stata, in altra occasione, posta all'attenzione della Suprema Corte, investita del caso di un bambino nato in Italia ma concepito all'estero mediante PMA omologa praticata utilizzando il seme crioconservato del coniuge della madre, allorché questo era già deceduto; pratica che in Italia è anch'essa vietata dall'art. 5. Ebbene, in questa occasione la Cassazione con la sentenza n. 13000 del 15 maggio 2019 ha osservato che quello che veniva in rilievo non era "il tema della liceità, o meno, secondo la legislazione italiana (cfr. L. n. 40 del 2004), della tecnica di P.M.A. predetta (fecondazione omologa *post mortem*)", bensì, considerato l'ambito operativo del procedimento ex art. 95 d.p.r. n. 396/2000, esclusivamente "quello della corrispondenza fra la realtà del fatto come complessivamente dichiarato" all'ufficiale di stato civile "e la sua riproduzione nell'atto di nascita come da quest'ultimo concretamente redatto". Le conseguenze della violazione delle prescrizioni e dei divieti posti dalla L. n. 40 del 2004 imputabile agli adulti che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale in Italia non possono ricadere su chi è nato, di ciò essendosi mostrato consapevole lo stesso legislatore, il quale, all'art. 9, comma 1, ha previsto che, in caso di ricorso a tecniche (allora vietate) di procreazione medicalmente assistita addirittura di tipo eterologo, il coniuge o convivente consenziente non possa esercitare l'azione di disconoscimento della paternità, né impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità. Richiamati gli artt. 4, 5, 6 e 12 della Legge n. 40/2004 appare quindi evidente che il legislatore del 2004 ha tenuto ben presente l'eventualità che l'accesso alle pratiche di PMA potesse avvenire al di fuori dei casi consentiti, perché sia stata

posta in essere una aperta violazione della legge o perché questa sia stata elusa recandosi all'estero; per tale ipotesi non solo non ha previsto sanzioni a carico dei soggetti che a tali pratiche hanno fatto ricorso, ma ha espressamente previsto, nell'ambito delle disposizioni dettate "a tutela del nascituro", che i nati a seguito di fecondazione eterologa acquistano lo *status* di figli dei membri della coppia (coniugata o no) sulla sola base del consenso da questi prestato alla pratica, e sono vietati tanto il disconoscimento di paternità quanto l'anonimato della madre. Il trattamento riservato al minore nato a seguito di PMA non può pertanto essere diverso e deteriore per il solo fatto che ciò sia avvenuto al di fuori dei casi ammessi dalla legge.

(Sulla parità di trattamento tra figli nati in Italia e all'estero)

È ben vero che la possibilità di riconoscere in Italia atti stranieri dichiarativi del rapporto di filiazione da due donne discende dall'applicazione delle norme di diritto internazionale privato e dall'esigenza di tutelare il "diritto alla continuità e alla conservazione dello *status filiationis* acquisito all'estero, unitamente al valore della circolazione degli atti giuridici" (in questi termini Cass. n. 7668/2020), e dunque diversi sono i parametri che vengono in gioco nella presente vicenda, in cui l'atto di nascita è stato formato in Italia; tuttavia, non è chi non veda quanto strida con i principi di uguaglianza e di tutela preminente dell'interesse superiore del minore la ritenuta impossibilità di dare riconoscimento alla genitorialità c.d. "intenzionale" solo quando il minore sia nato in Italia, conducendo ciò a disparità di trattamento non tollerabili e che ben potrebbero trarre origine anche solo da discriminazioni di tipo economico e sociale; si pensi ad esempio all'ipotesi di due bambini generati con le stesse modalità dalla stessa coppia omosessuale ma nati l'uno in Italia e l'altro all'estero, o di due bambini concepiti secondo le medesime modalità da due diverse coppie omosessuali, una sola delle quali disponga però delle risorse economiche necessarie per poter anche partorire all'estero. Posto quindi che le norme che regolano lo *status filiatonis* a seguito di fecondazione assistita di tipo eterologo devono essere rinvenute negli artt. 8 e 9 l. n. 40/2004, occorre privilegiare l'interpretazione di tali disposizioni che più risponde al principio di uguaglianza (non tanto tra coppie omosessuali e coppie eterosessuali quanto piuttosto) tra soggetti nati a seguito di PMA, al superiore interesse del minore (nella misura in cui quest'ultimo non entri in conflitto con altri principi equiordinati o sovraordinati, essendo esso "preminente" ma certamente non destinato a prevalere su qualunque altro principio), al diritto del nato alla propria identità personale e con questa quello di conoscere le proprie origini, nonché al diritto al rispetto della propria vita familiare, che, è opportuno ribadirlo, comprende l'unione tra persone dello stesso sesso e non presuppone necessariamente la discendenza biologica dei figli.

(Sull'istituto dell'adozione)

Garantire che anche la madre c.d. "intenzionale" possa e debba essere riconosciuta genitore del nato corrisponde all'interesse superiore del minore, e non trova tutela equivalente in altri istituti quale l'adozione in casi particolari prevista dall'art. 44, lett. d) l. n. 184/1983. Sotto il primo profilo, infatti, il minore ha diritto a conoscere la sua provenienza e ad essere riconosciuto figlio di entrambe coloro che, all'interno di una relazione affettiva, hanno concorso alla sua nascita; ha diritto che entrambe esercitino pienamente le responsabilità che hanno consapevolmente assunto prestando il consenso alla PMA, e che entrambe siano tenute ad adempiere ai doveri nei confronti del minore stesso che ne discendono; ha diritto che tutto ciò avvenga anche qualora la madre "intenzionale" non intenda intraprendere iniziative giudiziarie in tal senso, ad esempio qualora, a seguito della fine della relazione affettiva, ometta di proporre domanda di adozione. Sotto il secondo profilo, poi, l'istituto dell'adozione in casi particolari non tutela allo stesso modo il minore, in quanto tramite questo viene adeguatamente salvaguardato il diritto alla vita familiare, ma non anche quello all'identità personale. L'adozione ai sensi dell'art. 44, poi, non instaura alcun legame tra l'adottato e la famiglia dell'adottante, così che il primo potrebbe vedersi immotivatamente privato, ad esempio, della possibilità di divenire erede degli ascendenti della madre "intenzionale", a differenza di quanto accade per il figlio concepito con PMA da una coppia omossessuale ma che sia nato all'estero, e per quello concepito, sia pur tramite PMA eterologa, da coppia eterosessuale.

(Sull'art. 29 DPR n. 396/2000)

Le norme dell'ordinamento dello stato civile non costituiscono un insormontabile ostacolo all'annotazione del riconoscimento: l'art. 29 DPR 396/2000 in tema di formazione dell'atto di nascita fa espressamente riferimento ai "genitori", e quindi non impone che questi debbano necessa-

riamente essere un "padre" e una "madre"; è evidente che tutta la normativa in materia implicitamente presuppone che i genitori siano un padre e una madre perché così accade *in rerum natura*, ma l'argomento non è certamente di per sé dirimente, tanto che gli atti di nascita redatti all'estero ben possono essere trascritti, e in numerosi Comuni italiani sono stati redatti atti di nascita che riconducono la genitorialità a due donne.

(Sul doppio cognome)

Con la sentenza n. 286 del 21 dicembre 2016 la Corte Costituzionale, intervenendo proprio sulla norma ora indicata, ha ritenuto che il divieto di attribuire al figlio il cognome di entrambi i genitori "pregiudichi il diritto all'identità personale del minore e, al contempo, costituisca un'irragionevole disparità di trattamento tra i coniugi, che non trova alcuna giustificazione nella finalità di salvaguardia dell'unità familiare". Quanto al primo profilo, che più attiene alla vicenda oggi all'esame della Corte, il giudice delle leggi ha osservato che "Il valore dell'identità della persona, nella pienezza e complessità delle sue espressioni, e la consapevolezza della valenza, pubblicistica e privatistica, del diritto al nome, quale punto di emersione dell'appartenenza del singolo ad un gruppo familiare, portano ad individuare nei criteri di attribuzione del cognome del minore profili determinanti della sua identità personale, che si proietta nella sua personalità sociale, ai sensi dell'art. 2 Cost. Il processo di valorizzazione del diritto all'identità personale è culminato nella recente affermazione, da parte di questa Corte, del diritto del figlio a conoscere le proprie origini e ad accedere alla propria storia parentale, quale «elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona» (sentenza n. 278 del 2013). In questa stessa cornice si inserisce anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha ricondotto il diritto al nome nell'ambito della tutela offerta dall'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). La piena ed effettiva realizzazione del diritto all'identità personale, che nel nome trova il suo primo ed immediato riscontro, unitamente al riconoscimento del paritario rilievo di entrambe le figure genitoriali nel processo di costruzione di tale identità personale, impone l'affermazione del diritto del figlio ad essere identificato, sin dalla nascita, attraverso l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori. I medesimi principi devono trovare applicazione nella presente fattispecie, la medesima essendo la *ratio* e non potendo essere introdotte discriminazioni del minore in funzione dell'orientamento sessuale dei genitori.

Il Principio di Diritto

"L'interpretazione degli artt. 8 e 9 l. n. 40/2004 condotta alla luce dei principi sin qui esposti porta quindi a ritenere che Tizia debba essere considerata genitore sulla base del consenso da lei prestato alla pratica di PMA e della conseguente assunzione di responsabilità da parte sua, anche in assenza di legame biologico o genetico, in virtù del principio preminente del superiore interesse del minore e del principio di non discriminazione del minore derivante da una scelta dei genitori.".

Tribunale di Cagliari decreto n. 1146/2020 del 28.04.2020 (Pres. Tamponi-Rel. Gana) ATTO DI NASCITA FORMATO IN ITALIA – INDICAZIONE DI DUE MADRI – AMMISSIBILITÀ - ACCESSO ALLA PMA PER COPPIE OMOSESSUALI – STATUS DEL FIGLIO NATO A SEGUITO DELL'INOTTEMPERANZA DEI DIVIETI POSTI DALLA L 40/2004 – LEGITTIMAZIONE ATTIVA MINISTERO INTERNO E PREFETTURA NEL PROCEDIMENTO EX ART. 95 D.P.R. 396/2000

Il Fatto

Il procedimento ha ad oggetto il ricorso proposto dal Ministero dell'Interno e dalla Prefettura di Cagliari nei confronti del Comune di Cagliari per chiedere la disapplicazione dell'atto dell'Ufficiale dello Stato Civile del Comune di Cagliari con il quale è stata ricevuta e annotata la dichiarazione di nascita di un minore con doppia maternità (nascita avvenuta a Cagliari da due donne italiane unite civilmente).

Il Provvedimento

Il Tribunale di Cagliari con il decreto del 28 aprile 2020 ha rigettato il reclamo sulla base dei seguenti motivi in diritto:

(Sulla legittimazione attiva del Ministero dell'Interno e della Prefettura)

Nella formazione degli atti dello Stato civile il Sindaco agisce come organo periferico della Amministrazione statale dalla quale dipende ed alla quale sono imputabili gli atti da

lui compiuti nella predetta veste. Si tratta di una attività amministrativa vincolata nell'interesse individuale nello svolgimento della quale l'amministrazione statale non agisce in qualità di parte non dovendo coordinare l'interesse individuale con alcun interesse pubblico, essendo invece tenuta a garantire che le disposizioni di legge relative alla tenuta dei pubblici registri vengano correttamente e uniformemente applicate nell'ordinamento. Ciò non toglie, tuttavia, che nel caso concreto l'amministrazione statale possa essere titolare di un autonomo e attuale interesse tale da legittimare l'intervento nel giudizio di rettificazione degli atti dello Stato civile da altri regolarmente instaurato. Nel presente procedimento il Pubblico Ministero (titolare della legittimazione attiva *ex lege*) si è costituito in giudizio proponendo a sua volta la domanda di rettifica dell'atto dello Stato civile e quindi riproponendo alla cognizione del Tribunale l'intera vicenda fattuale già oggetto dell'atto introduttivo del Ministero degli Interni e della Prefettura di Cagliari e da ciò ne consegue che il Tribunale possa giungere a una pronuncia sul merito della causa.

(Sulla corrispondenza tra quanto risulta dall'atto e la realtà fattuale)

Con richiamo pressochè integrale alla sentenza della Corte di Appello di Trento del 16 gennaio 2020, secondo il Tribunale di Cagliari appare assolutamente condivisibile detto orientamento nella regolazione del caso di giudizio riconoscendo prevalenza alla tutela dell'interesse dell'incolpevole nato alla conservazione di uno status già acquisito a seguito della nascita e del consenso prestato da coloro che hanno fatto ricorso alla PMA scindendo tale profilo dalla valutazione di liceità della tecnica di PMA concretamente utilizzata. La Legge 40/2004 ha delineato un nuovo tipo di genitorialità, denominata intenzionale, non più basata sul legame biologico/genetico tra i genitori e il nato (legame peraltro assente anche nella terza forma di genitorialità che l'ordinamento conosce ossia quella derivate dal ricorso all'istituto dell'adozione) quanto piuttosto sul consenso reso dalle parti che vi si sottopongono e che manifestano la volontà di assumere la responsabilità della procreazione. L'assenza di legame biologico/genetico non ha rilievo al fine di riconoscere effetti nel nostro ordinamento a un atto di nascita. Nella consapevolezza della delicatezza della tematica, della rilevanza delle valutazioni etiche e sociali dalle quali la stessa è pervasa e delle differenze nella legislazione dei vari Stati dell'Unione Europea, il legislatore italiano ha ritenuto di dover mantenere in ogni caso ferme lo statuto delle garanzie e delle tutele da riconoscere al nato, evitando altresì di sanzionare il ricorso alla PMA non espressamente consentita se non tramite sanzioni di tipo amministrativo a carico degli operatori sanitari. Ed in questa logica si spiega la formulazione letteralmente generale e onnicomprensiva dell'art. 8 della L. 40/2004 ai sensi del quale i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere a tali tecniche senza alcun riferimento ai necessari requisiti soggettivi o oggettivi di accesso alla PMA. Il diritto vivente, elaborato dalla stessa Corte di Cassazione, ha ripetutamente evidenziato la necessità di interpretare il sistema normativo di cui alla Legge n. 40/2004 assumendo quale criterio guida la prevalenza dell'interesse del nato alla conservazione dello *status filiationis* acquisito ai sensi dell'art. 8 L. 4072004 anche qualora la fattispecie concreta si ponga in contrasto con le disposizioni della stessa legge in materia di requisiti di accesso alla PMA. Ciò è stato affermato chiaramente in materia di fecondazione eterologa e di fecondazione *post mortem*. L'irrilevanza della violazione dei requisiti soggettivi od oggettivi di accesso alla PMA rispetto alla prioritaria tutela del preminente interesse dell'incolpevole nato deve quindi essere estesa anche alla fattispecie analoga in cui la violazione riguarda la mancanza del requisito della diversità di sesso tra i componenti della coppia che hanno fatto ricorso a tali tecniche.

(Sulla Sentenza della Corte di Cassazione n. 7668/2020)

La Corte di Cassazione ha ritenuto che la Corte di Appello di Venezia (vedi *supra*) abbia fatto una corretta applicazione del divieto per le coppie formate da persone dello stesso sesso di accedere alla PMA, divieto che si pone in coerenza con l'impianto normativo costruito, a giudizio della Corte, in modo tale da far sì che soltanto una persona possa essere indicata come madre nell'atto di nascita in virtù di un rapporto di filiazione che presupporrebbe tuttora il legame biologico e genetico tra i genitori e il nato. A fronte di tale pronuncia della Corte di Cassazione è convincimento di questo Tribunale che il dialogo tra i giudici di merito e di legittimità debba proseguire e non già arrestarsi. L'attuale epoca è stata efficacemente definita della post modernità giuridica, caratterizzato dall'elasticità e fattualità, in cui primeggia la figura dell'interprete costantemente chiamato a raffrontare il piano mutevole dei fatti che gli

vengono sottoposti con gli esiti della attività interpretativa cui si è giunti, dando vita ad una discussione corale e in costante divenire in cui si deve dare una piena risposta ad ogni esigenza di tutela non arrestando la propria attività ermeneutica prima che la stessa arrivi a un approdo sufficientemente saldo. In questa logica, si condivide l'opinione per la quale la nomofilachia deve essere intesa non come un valore assoluto, ma metodologico, che non è funzionale alla mera conservazione di un orientamento giurisprudenziale, ma al raggiungimento di un esito interpretativo che sia in grado di rispondere pienamente, ma per necessità in via solamente provvisoria, ad ogni mutevole esigenza emergente dalla prassi, in modo coerente e ordinato rispetto a tutti i dati interpretativi che possono essere tratti dal sistema e dal diritto vivente. Ed è proprio nel rispetto della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione che questo Tribunale ritiene di dover svolgere un ragionamento ulteriore, anche a seguito della pronuncia da ultimo esaminata, al fine di sollecitare una prosecuzione del dibattito tra gli interpreti che possa permettere di arrivare ad un approdo solido, idoneo a dare una risposta alle diverse sollecitazioni già emerse nella presente materia e che riporti a coerenza il diritto vivente espresso dalla stessa giurisprudenza di legittimità.

(Sull'interesse del minore)

Ciò di cui si discute è l'ammissibilità di un atto di riconoscimento che rechi l'indicazione di due madri, atto che è diretto a garantire in favore del nato l'instaurazione del rapporto di filiazione, in uno con la piena consapevolezza da parte di quest'ultimo della propria identità e dell'ambito familiare e parentale di riferimento. Conseguentemente, il concreto interesse del minore o *best interest of the child* della normativa sovranazionale a dover essere considerato il criterio guida in ogni decisione che lo riguarda che può essere contemperato soltanto con interessi di analogo rilievo. Sul punto sono state le stesse sezioni unite della Corte di Cassazione, con la pronuncia numero 12193/2019, ad affermare che il principio di prevalenza dell'interesse del minore può diventare recessivo soltanto a fronte di diritti altrettanto fondamentali individuati come inderogabili dal legislatore o ricostruibili come tali dall'interprete: nel caso esaminato nella pronuncia citata, la Corte di Cassazione ha individuato nella violazione del divieto di maternità surrogata, assistito da sanzione penale, e posto a presidio della dignità umana, l'unico limite alla prevalenza dell'interesse del nato alla conservazione dello *status filiationis* già acquisito, con la conseguenza che deve essere esclusa la possibilità di trascrivere in Italia un atto di nascita redatto all'estero e che rechi l'indicazione quali genitori di coloro che hanno fatto ricorso alla maternità surrogata. Al di fuori di tale limitate ipotesi, deve tornare ad operare il principio di prevalenza dell'interesse del nato alla conservazione di uno *status filiationis* già acquisito con l'evento nascita e formalizzato, nel caso sottoposto a questo Tribunale, nell'atto formato dall'ufficiale dello stato civile del comune di Cagliari. Si tratta di un interesse volto a garantire la certezza del nato in ordine alla propria discendenza bigenitoriale nell'ambito di un progetto di genitorialità condivisa in cui, in assenza del consenso di entrambi i soggetti indicati nell'atto di nascita, egli non sarebbe potuto nascere: tale certezza, a sua volta, determina l'instaurazione di rapporti parentali, di diritti ereditari e costituisce l'elemento primario nella costruzione dell'identità familiare e sociale del nato. Si delinea quindi un primo profilo di criticità della sentenza numero 7668 del 2020 della Corte di Cassazione: nel ragionamento svolto dai giudici di legittimità la tutela dell'interesse del nato e la conservazione di uno *status* già acquisito non sembra avere trovato adeguato spazio, ne è emersa una sua comparazione con interessi fondamentali di analogo rilievo, carenza riscontrabile peraltro anche nelle argomentazioni svolte dal Pubblico Ministero nel presente giudizio.

(Sulla sentenza n. 13000/2019)

In detta pronuncia la Corte di Cassazione ha affermato che "qualsivoglia considerazione riguardante la valutazione in termini di illiceità/illegittimità, in Italia, della tecnica di PMA in precedenza specificamente richiamata, oltre che, eventualmente, delle condotte di coloro che ne consentono l'accesso o l'applicazione, non potrebbe certamente riflettersi, in negativo, sul nato e sull'intero complesso dei diritti a lui riconoscibili. In altre parole, la circostanza che si sia fatto ricorso all'estero alla PMA non espressamente disciplinata (o addirittura non consentita) nel nostro ordinamento non esclude, ma anzi impone, nel preminente interesse del nato, l'applicazione di tutte le disposizioni che riguardano lo stato del figlio venuto al mondo all'esito di tale percorso, come peraltro affermato, con chiarezza, della Corte EDU nelle due sentenze gemelle *Mennesson* c. Francia (26 giugno 2014) e *Labassee* c. Francia (26 giugno 2014) oltre che sancito dalla Corte Costituzionale fin dalla

sentenza n. 347 del 1998, che (ancor prima del sopravvenire della L. n. 40/2004 sottolineò la necessità di distinguere tra la disciplina di accesso alle tecniche di PMA e la doverosa, e preminente, tutela giuridica del nato, significativamente collegata alla dignità dello stesso. Già in quella sede ci si preoccupò di plurime esigenze costituzionali. Preminenti in proposito sono le garanzie per il nuovo nato, non solo in relazione ai diritti e ai doveri previsti per la sua formazione, in particolare dagli artt. 30 e 31 Cost. ma ancor prima – in base all'art. 2 Cost. – ai suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità: diritti che è compito del legislatore specificare". Si tratta di un'impostazione ravvisabile anche nella giurisprudenza costituzionale, se solo si considera che nella pronuncia n, 162/2014 la Consulta ha chiaramente affermato l'applicabilità delle norme a tutela del nato anche a coloro che sono nati da PMA di tipo eterologo, allorquando, si badi, tale pratica era allora vietata. Appare quindi nuovamente evidente la distonia tra la pronuncia n. 7668/2020 della Corte di Cassazione e il quadro interpretativo a poco a poco ricostruito, con la conseguente necessità di sollecitare ancora un ampliamento del percorso interpretativo prima di ritenere che sia stato effettivamente raggiunto un saldo e coerente approdo ermeneutico da parte della giurisprudenza di legittimità.

Il Principio di Diritto

"Appare doveroso mutare la prospettiva di analisi rispetto a quella assunta da ultimo dalla Corte di Cassazione e analizzare la fattispecie concreta non già alla luce del divieto di accesso alla PMA da parte di coppie di individui dello stesso sesso, quanto piuttosto nell'ottica del bilanciamento di tale primo parametro con quello dell'interesse del minore alla conservazione di uno *status filiationis* già acquisito. In tale prospettiva, si ritiene che la tutela del nato non possa subire compromissioni derivanti dalla valutazione di illiceità o illegittimità in Italia della tecnica della PMA alla quale la coppia di genitori ha fatto ricorso all'estero".

SEZIONE 3

La discriminazione sui luoghi di lavoro

Introduzione*

Il diritto antidiscriminatorio può essere definito come quel *corpus* di norme, varie e frammentate, che hanno iniziato ad imporsi sulla scena del diritto comunitario e nazionale in epoca relativamente recente (seconda metà del '900) e che hanno ricevuto oggi una, seppur ancora parziale, riorganizzazione ed unitarietà grazie anche all'emanazione di direttive comunitarie definite da alcuni autori "di seconda generazione" [168], poi recepite negli stati membri dell'Unione.

La normativa antidiscriminatoria si compone dunque di vaste e varie fonti del diritto che saldano il divieto di discriminazione al principio di uguaglianza ed alla protezione dei diritti fondamentali dell'individuo.

Il legame ineludibile con il principio di uguaglianza lo si ricava dalla definizione stessa di condotta discriminatoria quale condotta capace, anche solo in termini potenziali ed indiretti, di provocare una ingiustificata differenza di trattamento nei confronti di un individuo per ragioni legate a condizioni naturali o sociali che vengono a lui ascritte (quali il sesso, la razza, la religione, l'età, l'orientamento sessuale ...) [169]. Questa impronta sociale e dal carattere generalizzato del divieto di discriminazione nasce e si diffonde a livello comunitario soprattutto a partire dai primi anni del 2000, grazie anche all'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, cd Carta di Nizza [170], che ha acquisito una efficacia direttamente vincolante per gli stati membri a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 2009; prima di allora, a livello concettuale, il divieto di discriminazione in Europa si traduceva per lo più nel divieto di praticare diseguaglianze tra i cittadini per ragioni

* L'autrice di questa introduzione è Federica Maccario

168 Così D. Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, 2005, 14. Si tratta, in particolare, delle Direttive CE/2000/43, CE/2000/78, CE/2002/73 (sostitutiva della precedente Direttiva 76/207/CEE sulla discriminazione di genere), ed ancora CE/2004/113, CE/2006/54.

169 M. BARBERA, *Introduzione. L'effetto trasversale del principio di non discriminazione*, in Riv. Giur. Lav., 2008, I, 469 e segg. definisce il diritto antidiscriminatorio come quel *"corpus di norme volte a impedire, attraverso obblighi di natura negativa, che il destino delle persone sia determinato da status naturali o sociali ascritti (il sesso, la razza, l'origine etnica e via dicendo) e al tempo stesso a consentire, attraverso obblighi di natura positiva, che identità soggettive differenti siano tutte egualmente riconosciute e tutelate"*.

170 La Carta sancisce il carattere fondamentale e la portata dei diritti umani per i cittadini dell'Unione ed il suo obiettivo è appunto quello di raccogliere in un unico documento i diritti fondamentali vigenti a livello dell'Unione europea, in modo che possano essere più manifesti, in quanto principi generali dell'ordinamento comunitario. Così Troisi, *Divieto di discriminazione e forme di tutela. Profili comparatistici*, Torino, 2012, 10.

legate alla nazionalità, così da consentire il funzionamento del mercato unico europeo. Con la Carta di Nizza vi è allora un sostanziale cambio di prospettiva. Al suo capo III, intitolato "Uguaglianza", l'art. 21 in particolare sancisce un generalizzato divieto di discriminazione fondata sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli *handicap*, l'età o le tendenze sessuali.

Il divieto di discriminazione di matrice comunitaria ha dunque applicazione ed efficacia diretta oggi negli stati membri dell'unione grazie, *in primis*, a quanto previsto dalla Carta di Nizza (artt. 20-23), ma non solo. Esistono altre norme contenute nei Trattati e nelle Convenzioni comunitarie che sanciscono il divieto di discriminazione. In particolare, l'art. 19 del Trattato Fondativo dell'Unione Europea (*ex* art. 13 TCE) stabilisce che il Consiglio, previa approvazione del Parlamento e con un procedimento speciale, sia legittimato ad adottare i provvedimenti che ritiene più opportuni per combattere fenomeni di discriminazione (da qui l'emanazione delle direttive comunitarie cd "di seconda generazione"[171]); ancora, l'art. 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) prevede che il godimento dei diritti e delle libertà di cui alla Convenzione stessa debbano essere garantiti senza discriminazione tra gli individui per ragioni legate al sesso, alla razza, al colore, alla lingua, alla religione, alle opinioni politiche o di altro genere, all'origine nazionale o sociale, all'appartenenza ad una minoranza nazionale, alla ricchezza, alla nascita o ad ogni altra condizione. L'efficacia di quest'ultima norma, che secondo una interpretazione letterale non dovrebbe avere valore autonomo ma solo accessorio rispetto ai diritti ed alle libertà già riconosciute dalla Convenzione, è stata oggi letta invece in senso estensivo grazie soprattutto a quanto chiarito dal Consiglio d'Europa con il Protocollo n. 12 del 2000; quest'ultimo amplia la portata del divieto di discriminazione dell'art. 14 CEDU non vincolandolo ai contenuti della Convenzione, ma interpretandolo nel senso di garantire parità di trattamento nel godimento di ogni diritto indipendentemente dunque dalla fonte da cui origina[172].

Data per presupposta l'efficacia diretta a livello nazionale del principio comunitario di non discriminazione, deve precisarsi però come questo principio non goda di una portata applicativa assoluta. Le legislazioni nazionali possono infatti prevedere limitazioni alla parità di trattamento tra gli individui purché ragionevoli e proporzionate [173]. Tale temperamento si rende necessario per il fatto che, non infrequentemente, il principio di non discriminazione può (apparentemente

171 Si rimanda alla nota n. 187.

172 L'art. 1 del Protocollo n. 12 del 2000, entrato in vigore nel 2005, recita che *"Il godimento di ogni diritto previsto dalla legge deve essere assicurato, senza discriminazione alcuna, fondata in particolare sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione. Nessuno può costituire oggetto di una discriminazione da parte di una qualsivoglia autorità pubblica che sia fondata segnatamente sui motivi menzionati nel par. 1"*. A riguardo è stato osservato come: *"Per comprendere la novità introdotta dal protocollo va ricordato che la CEDU non garantisce un autonomo diritto all'uguaglianza, ma vieta le discriminazioni nel godimento dei diritti e delle libertà riconosciute dalla Convenzione: si tutela non l'uguaglianza in sé, ma l'uguale godimento dei diritti, accogliendo una formulazione che si distacca dal principio generale di uguaglianza enunciato come autonomo diritto dalla maggior parte delle carte costituzionali, tra cui anche quella italiana"* (E. CRIVELLI, *Il Protocollo n. 12 CEDU: un'occasione (per ora) mancata per incrementare la tutela antidiscriminatoria*, in G. D'Elia, G. Tiberi, M.P. Viviani Schlein, *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Giuffrè, Milano, 2012, 138).

173 Questo principio è stato affermato con chiarezza dalla Corte costituzionale italiana con sentenza n. 227 del 30 giugno 2010, in Foro it., 2010, I, pag. 2951, che chiarisce come *"il contrasto della norma con il principio di non discriminazione non è sempre di per sé sufficiente a consentire la non applicazione della confliggente norma interna da parte del giudice comune"*. Questo poiché il divieto di discriminazione *"pur essendo in linea di principio di diretta applicazione ed efficacia"* non è però assistito da *"una portata assoluta tale da far ritenere sempre e comunque incompatibile la norma nazionale che formalmente vi contrasti"*. Al legislatore nazionale è infatti consentito di *"prevedere una limitazione alla parità di trattamento tra il cittadino di altro Stato membro, a condizione che sia proporzionata e adeguata"*.

o concretamente) collidere con altri diritti fondamentali riconosciuti da fonti primarie del diritto, nazionali ma anche di matrice comunitaria. Si sono poste allora, e tuttora si pongono, numerose questioni pratiche circa il necessario contemperamento dei diritti con riguardo a situazioni specifiche che la giurisprudenza ci insegna essere le più varie.

Da qui il proliferare di una nutrita giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea (CGUE) chiamata di volta in volta dai giudici del rinvio nazionali ad interpretare, in via pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE, il diritto comunitario in materia antidiscriminatoria con evidente funzione nomofilattica. Alla luce delle sentenze della CGUE è infatti possibile per i giudici nazionali emettere sentenze che non contrastino, compromettendolo, con il livello di tutela previsto dal diritto dell'Unione Europea.

In materia antidiscriminatoria, come si diceva, le pronunce sono state numerose ed hanno riguardato inizialmente le discriminazioni legate al sesso, all'età [174], alla nazionalità e solo più di recente – a seguito dell'emanazione delle Direttive CE/43/2000 e CE/78/2000 – l'appartenenza ad un credo religioso[175], le convinzioni personali[176], la razza ed anche – per quanto qui interessa specificamente – l'orientamento sessuale[177].

In Italia il principio di non discriminazione, nella sua portata più ampia e generale, trova fondamento nell'art. 2 (che riconosce tutela ai diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità) e nell'art. 3 della Costituzione (che sancisce il principio di uguaglianza sia nel suo aspetto formale sia in quello sostanziale), declinandosi poi in senso più specifico in normative di settore che si riferiscono ciascuna ai diversi possibili fattori di discriminazione. Così: il D.lgs. 286/1998 (cd Testo Unico sull'immigrazione) ed il D.lgs. 215/2003 si riferiscono alla parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica; il D.lgs. 216/2003 – come si vedrà più dettagliatamente – disciplina la parità di trattamento sui luoghi di lavoro per ragioni quali la religione, le convinzioni personali, gli *handicap*, l'età o l'orientamento sessuale; la Legge 67/2006 si pone l'obiettivo di contrastare le condotte discriminatorie a danno delle persone portatrici di *handicap*, il D.lgs. 198/2006 (cd Codice delle pari opportunità), operando una sistematizzazione di tutti i precedenti normativi interni [178], regolamenta la parità di trattamento tra uomo e donna.

In conclusione, riprendendo un concetto già espresso nell'*incipit* di questo scritto, possiamo allora definire il principio di uguaglianza e quello di non discriminazione come un'endiadi. È infatti certamente vero che osservare come criterio guida l'uguaglianza serve ad impedire il verificarsi di condotte discriminatorie; del pari però, è proprio l'applicazione delle norme che vietano le discriminazioni – declinate nelle varie forme possibili – a consentire in concreto il raggiungimento della parità di trattamento.

Questa breve sintesi del quadro normativo che regola il diritto antidiscriminatorio, dovrebbe consentirci ora di approfondire con maggior competenza una disciplina normativa in particolare, quella cioè che vieta le condotte discriminatorie sui luoghi di lavoro per ragioni legate all'orientamento sessuale (ed all'identità di genere).

---

174 La celeberrima sentenza del caso Mangold (C-144/04 del 22.11.2005) apre di fatto la strada alla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea in materia antidiscriminatoria con riferimento, in particolare, al fattore dell'età. Si sono susseguite numerose altre pronunce in materia. Tra le più recenti: caso Dansk Industry C-441/14 del 19.04.2016; caso Sorondo, C-258/15 del 15.11.2016. Quest'ultimo esclude la natura discriminatoria della norma che fissi in 35 anni il limite di età per agenti della polizia.

175 Di rilievo le sentenze della Corte di Giustizia Europea chiamata a stabilire se il divieto per una lavoratrice musulmana di indossare il velo in orario di lavoro costituisca discriminazione (C-157/15 del 14.03.2017; C-188/15 del 14.03.2017). Al riguardo, ed in particolare in punto differenza tra discriminazione diretta ed indiretta, si rimanda anche alla nota 185 del presente scritto.

176 Corte di Giustizia Europea, C-395/15 del 1.12.2016.

177 Corte di Giustizia Europea, C-507/18 del 23.04.2020.

178 Tra cui: la legge n. 903 del 9 dicembre 1997, la legge n. 125 del 10 aprile 1991, il d.lgs. 226 del 31 luglio 2003, il d.lgs. n. 196 del 23 maggio 2000 [...]

CAPITOLO 1
LA DISCRIMINAZIONE SUI LUOGHI DI LAVORO ED IL LICENZIAMENTO PER RAGIONI DI ORIENTAMENTO SESSUALE E DI IDENTITÀ DI GENERE*

1.1. La Direttiva CE/2000/78 ed il suo recepimento in Italia

Come è emerso dal paragrafo che precede, la tutela giuridica dell'orientamento sessuale (sia esso eterosessuale, omosessuale, bisessuale, pansessuale) può - a ragione - considerarsi oggi tra i principi cardine dell'Unione Europea, a cui viene riconosciuta protezione dalle fonti del suo diritto primario. Così, il già citato art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE vieta ogni forma di discriminazione fondata su ragioni che riguardino, tra le altre cause espressamente indicate, l'orientamento sessuale. Allo stesso modo l'art. 19 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (ex art. 13 TCE) cita l'orientamento sessuale tra i possibili fattori di discriminazione da contrastare. Inoltre, a completamento del quadro Europeo, come già visto, è importante ricordare anche l'art. 14 CEDU che, benché espressamente non menzioni l'orientamento sessuale come oggetto di tutela, di fatto lo ricomprende grazie anche ad una lettura combinata con l'art. 8 CEDU [179].
In virtù proprio dei principi espressi dall'Unione Europea nei Trattati e nelle Convenzioni, uno stato europeo quale il Portogallo ha modificato la propria costituzione introducendo espressamente il divieto di discriminazione legato all'orientamento sessuale.
In Italia l'unico riferimento esplicito al divieto di discriminazione per orientamento sessuale – oltre a quanto previsto dall'art. 1 della Legge 26 luglio 1975 n. 354 (ordinamento penitenziario) modificata in questo senso nel 2018 [180] – riguarda invece l'ambito lavorativo ed è costituito dal D.lgs. 216 del 2 luglio 2003 che ha recepito la Direttiva CE/2000/78 del 27 novembre 2000 sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro [181].
Il d.lgs. 216/2003 ha rappresentato e rappresenta una importante riforma nell'ordinamento

179 *L'autrice di questo capitolo è Federica Maccario.

"La Corte ha poi trattato diversi casi di discriminazione a causa dell'orientamento sessuale. Alcuni di essi sono stati esaminati in base all'art. 14 CEDU, in relazione all'art. 8. Tra questi quelli concernenti la diversa età per il consenso in diritto penale per le relazioni omosessuali, l'attribuzione di diritti genitoriali, il permesso di adottare un minore e il diritto di subentro al partner deceduto nella locazione", così PUTATURO, *Il principio di non discriminazione ai sensi dell'art. 14 CEDU: risvolti sul piano del diritto internazionale e del diritto interno*, in http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Putaturo_-_Il_principio_di_non_discriminazione.pdf

180 L'art. 1, primo comma, della legge 354/1975, come modificato dal D.lgs. 123/2018, recita: *"Il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona. Esso è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a sesso, identità di genere, orientamento sessuale, razza, nazionalità, condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose, e si conforma a modelli che favoriscono l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione".*

181 A livello costituzionale, in Italia, l'orientamento sessuale riceve implicitamente tutela dall'art. 3 cost. (principio di uguaglianza formale e sostanziale) e dall'art. 2 cost. che riconosce tutela ai diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni in cui si svolge la sua personalità. Espresso riconoscimento in tal senso è stato dato dalla sentenza della Corte costituzionale italiana n. 138 del 21 aprile 2010, secondo cui: *"L'unione omosessuale intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso è da annoverare tra le formazioni sociali a norma dell'art. 2 Cost. cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri".*

giuridico italiano introducendo con una fonte legislativa di rango primario (anche se non già costituzionale, come nel caso anzidetto del Portogallo) una tutela forte nei confronti delle condotte discriminatorie per ragioni di religione, convinzioni personali, *handicap*, età e – per quanto qui interessa – orientamento sessuale. Tuttavia tale tutela è stata estesa esclusivamente in ambito lavorativo e non riguarda le condotte discriminatorie commesse in settori diversi. Il principio della parità di trattamento si applica così a tutti i lavoratori, sia nel settore pubblico che privato, nelle seguenti aree: a) accesso all'occupazione ed al lavoro, sia autonomo sia dipendente, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione; b) occupazione e condizioni di lavoro, compresi gli avanzamenti di carriera, la retribuzione e le condizioni del licenziamento; c) accesso a tutti i tipi e livelli di orientamento e formazione professionale, perfezionamento e riqualificazione professionale, inclusi i tirocini professionali; d) affiliazione e attività nell'ambito di organizzazioni di lavoratori, di datori di lavoro o di altre organizzazioni professionali e prestazioni erogate dalle medesime organizzazioni. Nell'esame che segue, riguardante la disciplina di cui alla Direttiva CE/2000/78, e dunque del D.lgs. 216/2003, ci concentreremo in via esclusiva sul fattore di discriminazione legato all'orientamento sessuale, tralasciando per scelta gli altri.

Lo studio non potrà che iniziare allora cercando di dare una definizione di orientamento sessuale – compito non semplice e che in questa sede verrà svolto senza alcuna pretesa di esaustività – distinguendola da quella di identità di genere – per cui valgono le stesse considerazioni sopra svolte – di cui ci occuperemo più avanti.

Per orientamento sessuale può intendersi allora la capacità di ogni persona di provare attrazione emotiva, affettiva e sessuale verso persone dell'altro sesso e/o dello stesso sesso e/o verso persone di genere cd non binario, ovvero di intrattenere relazioni intime con esse. Espressioni dell'orientamento sessuale sono dunque la bisessualità, l'eterosessualità, l'omosessualità (maschile o femminile), la pansessualità [182]. L'identità di genere corrisponde invece al senso di appartenenza di una persona al genere (maschile o femminile) con cui si identifica, che può non coincidere con il sesso biologico o non essere di tipo binario (transgenderismo).[183]

Ciò che il d.lgs. 216/2003 vuole vietare sono dunque tutte quelle condotte che in via diretta o indiretta possono compromettere, anche solo potenzialmente, la parità di trattamento tra le persone per ragioni attinenti al loro orientamento sessuale.

Più nel dettaglio, sussiste una condotta discriminatoria in via diretta quando un soggetto sia trattato meno favorevolmente di un altro a causa del suo orientamento sessuale. Vi è invece discriminazione in via indiretta allorquando un comportamento di per sé neutro sia in grado di produrre una condizione di particolare svantaggio per chi abbia un orientamento sessuale invece di un altro. Rientrano nel concetto di discriminazione diretta anche le molestie ovvero quei comportamenti indesiderati che, per ragioni legate all'orientamento sessuale di una persona, abbiano lo scopo o producano l'effetto di violarne la dignità, di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo (art. 2 d.lgs. 216/2003) [184].

182 Ovvero il legame emotivo-affettivo-sessuale nei confronti di una persona indipendentemente dal sesso o dal genere di appartenenza, che dunque può anche essere di tipo non binario.

183 L'identità di genere, come riportato in una definizione del Consiglio d'Europa del 1998, può essere definita come "*l'integrazione dell'elemento fisico di una persona al suo elemento psichico che evoca la funzione socio-culturale della sessualità*" (CONSIGLIO D' EUROPA, *Gender mainstreaming: conceptual framework, methodology and presentation of good practices*, Strasburgo, 1998)

184 Con l'introduzione della molestia quale condotta discriminatoria vietata si ha di fatto una traslazione del concetto di discriminazione in quanto è affermato il diritto a non essere "svantaggiati", e non già "più svantaggiati" per le caratteristiche soggettive facendo coincidere il comportamento vietato con la violazione della dignità della persona, ossia con la violazione di un diritto assoluto a non essere intimiditi, degradati, umiliati, offesi.

La distinzione tra discriminazione diretta o indiretta non è meramente formalistica poiché, a seconda che si rientri nell'una o nell'altra categoria, le limitazioni ammesse dal legislatore al principio di parità di trattamento possono essere più o meno ampie.
L'art. 3, comma 3, del D.lgs. 216/2003 introduce infatti una limitazione al principio di parità di trattamento tra i lavoratori per ragioni anche di orientamento sessuale allorquando, nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza e purché la finalità sia legittima, debba ritenersi che l'orientamento sessuale del lavoratore costituisca un requisito essenziale e determinante al fine dell'attività lavorativa o per il contesto in cui viene espletata. Il comma 6 dello stesso art. 3 prevede a sua volta una attenuazione al principio di parità di trattamento laddove, solo in caso di discriminazioni indirette, sancisce che queste possano essere giustificate oggettivamente da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari.
In caso di discriminazione indiretta, quindi, sembrerebbe esserci una maggior flessibilità nell'ammettere forme di limitazione del principio di parità di trattamento tra i lavoratori. Per cercare di comprendere in cosa si traduca questa differenza, possiamo esemplificativamente guardare alla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea affermatasi con riguardo a condotte discriminatorie per ragioni di tipo religioso, riconducibili in particolare al divieto nei confronti di alcune lavoratrici di indossare il velo islamico sul luogo di lavoro; il rimando è reso necessario dal fatto che non si dispone, per ora, di analoga giurisprudenza con riguardo alle discriminazioni legate all'orientamento sessuale[185].
Alla luce di tale giurisprudenza appare confermato che, in caso di discriminazione indiretta, vi sia una maggiore discrezionalità da parte del giudicante nel valutare la sussistenza o meno di cause che possano legittimamente attenuare il divieto di discriminazione.
Resterà dunque da capire la portata applicativa concreta dell'art. 3, comma 3 e 6, del D.lgs. 216/2003 la quale, in qualche modo, potrebbe depotenziare la disciplina. Ciò è tanto più vero in considerazione che la normativa antidiscriminatoria di cui alla Direttiva CE/78/2000 è stata recepita in Italia non senza resistenze. La prima stesura del D.lgs. 216/2003 è stata aspramente criticata, oltre che oggetto di una procedura di infrazione comunitaria [186] in seguito alla quale l'Italia è stata costretta ad apportare modifiche al testo legislativo inizialmente approvato, con l'emanazione del D.L. 59/2008 poi convertito nella Legge 101/2008. [187] Con il D.L. 59/2008 sono state quindi apportate

185 In particolare, due casi molto simili affrontati dalla CGUE, mettono in luce differenze di trattamento significative a seconda che una condotta discriminatoria venga definita come diretta o indiretta. Nel primo caso (CGUE C-188/15 del 14.03.2017), una lavoratrice musulmana era stata licenziata a seguito del divieto, non rispettato, posto dal suo datore di lavoro di indossare il velo islamico in ambiente ed orario di lavoro. In questo caso è stata ravvisata una ipotesi di discriminazione diretta. Nel secondo caso (CGUE C-157/15 del 14.03.2017), il licenziamento di una lavoratrice musulmana era dipeso dal suo indossare il velo in orario di lavoro malgrado la presenza di un regolamento aziendale che prevedesse, in senso generalizzato per tutti i lavoratori, l'obbligo di indossare un abbigliamento di lavoro neutro, privo cioè di elementi riconducibili ad una appartenenza religiosa, filosofica, politica. In questo secondo caso si ravvisava una discriminazione di tipo indiretto. Malgrado i due casi siano, come detto, molto simili, la differenza di qualifica tra discriminazione diretta (nel primo) ed indiretta (nel secondo) consente alla CGUE di giungere a conclusioni differenti sulla base proprio dell'interpretazione dell'art. 4 Direttiva CE/78/2000 in punto cause di giustificazione delle condotte discriminatorie. E così, mentre il divieto di discriminazione diretta per ragioni di credo religioso non ammette deroghe (neppure a fronte del principio di libertà di iniziativa economica privata, art. 16 CEDU) se non quando si dimostri che il comportamento richiesto al dipendente costituisca *"un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa"*, nel caso di discriminazione indiretta è vero il contrario. La Corte parrebbe infatti riconoscere una attenuazione del principio di parità di trattamento quando la finalità della condotta ritenuta discriminatoria sia legittima (come potrebbe essere nel caso di obbligo per i lavoratori di indossare un abbigliamento neutro) e purché sia rispettato il requisito di proporzionalità (se, ad esempio, una lavoratrice non abbia contatto con il pubblico, l'obbligo di abbigliamento neutro impostole dal datore di lavoro potrebbe non risultare giustificato; vero sarebbe il caso opposto).

186 Commissione Europea, procedura n. 2006/2441.
187 Una sorte analoga ha avuto il D.lgs. 215/2003, normativa parallela che ha recepito in Italia la direttiva

alcune modifiche al D.lgs. 216/2003[188] nel senso di renderlo maggiormente conforme al dettato della direttiva comunitaria di cui costituisce emanazione. È stato in particolare eliminato il regime speciale di eccezione per le Forze Armate (previsto dall'originario art. 3, terzo comma, D.lgs. 216/2003 [189]) ed è stata estesa la legittimazione attiva non solo alle organizzazioni sindacali ma anche alle associazioni ed alle organizzazioni portatrici degli interessi lesi.

È tuttavia soltanto con il D.lgs. n. 150 del 1° settembre 2011 che, per il tramite della parziale abrogazione dell'art. 4 del D.lgs. 216/2003, la normativa nazionale viene resa conforme a quanto previsto dall'art. 10 della Direttiva CE/78/2000 in punto onere della prova [190]. Era stata proprio questa non conformità ad avere giustificato, in massima parte, le procedure comunitarie di infrazione a danno dell'Italia [191]. Prima della riforma del 2011, il legislatore nazionale aveva infatti stabilito che sul soggetto vittima di discriminazione gravasse l'onere di fornire elementi di fatto idonei a fondare in termini gravi, precisi e concordanti, l'esistenza degli atti, patti o comportamenti discriminatori lamentati (così l'art. 4 originario dei d.lgs. 215/2003 e 216/2003). Vi era nella sostanza un rimando implicito a quanto già previsto dal codice civile, all'art. 2729, con riguardo all'istituto della presunzione [192].

É soltanto con il D.lgs. 150/2011 che l'onere della prova viene reso conforme a quanto già previsto dall'art. 40 D.lgs. 198/2006, in materia di discriminazione per ragioni legate al genere, nonché alle direttive comunitarie del 2000. L'art. 28 del D.lgs. 150/2011 stabilisce infatti come sia sufficiente per il soggetto vittima di discriminazione allegare elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, da cui si possa presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori a suo danno, ribaltando poi sul convenuto l'onere di provarne l'insussistenza. Viene meno in questo modo il requisito della gravità della prova presuntiva in capo al ricorrente, previsto invece come necessario dall'art. 2729 c.c., secondo cui il giudice non può che ammettere presunzioni precise, gravi e concordanti. La riforma introdotta dal D.lgs. 150/2011 è allora dirompente per una pluralità di ragioni. *In primis* poiché l'art. 28 del D.lgs. 150/2011 – oltre ad avere riscritto la disciplina in punto onere probatorio nel senso anzi detto – si pone come norma unificatrice in materia di diritto antidiscriminatorio, estendendo la sua portata applicativa in modo unitario a tutti i procedimenti aventi ad oggetto condotte discriminatorie; non solo dunque all'art. 4 del D.lgs. 216/2003 qui in esame, ma anche all'art. 4 del D.lgs. 215/2003 (con riguardo alla razza ed all'origine etnica), all'art. 44 D.lgs. 286/1998 (Testo unico sull'immigrazione), all'art 3 della L. 67/2006 (con attinenza all'*handicap*), all'art. 55-quinquies del D.lgs. 198/2006 (Codice delle pari opportunità).

L'art. 28 del D.lgs. 150/2011 ha pertanto la finalità di uniformare e rendere maggiormente agevole l'accesso e la tutela giudiziaria al soggetto vittima di discriminazione con riguardo ai diversi ambiti in cui la disciplina antidiscriminatoria si è sviluppata ed ai differenti fattori che sono più facilmente causa di discriminazione. L'obiettivo viene raggiunto non solo tramite l'alleggerimento dell'onere probatorio in capo al ricorrente, ma anche tramite la previsione che il procedimento debba svolgersi

CE/43/2000 sulla parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica di appartenenza, oggetto anch'esso di una procedura di infrazione (Commissione Europea, procedura n. 2005/2358) e parzialmente modificato dal D.L. 59/2008 nel testo poi convertito in legge.

188 E così pure al d.lgs. 215/2003

189 La norma abrogata introduceva una eccezione al divieto di discriminare che non trovava alcun riscontro nel testo della Direttiva comunitaria, prevedendo testualmente che: *"[...] parimenti, non costitui[vano] atto di discriminazione la valutazione delle caratteristiche suddette [tra cui l'orientamento sessuale] ove esse assum[essero] rilevanza ai fini dell'idoneità allo svolgimento delle funzioni che le forze armate e i servizi di polizia, penitenziari o di soccorso po[tevano] essere chiamati ad esercitare"*.

190 Analogamente viene anche abrogato l'art. 4 del d.lgs. 215/2003 rendendolo così conforme all'art. 8 della Direttiva CE/43/2000

191 Si rimanda alle note nn. 186 e 187.

192 Sull'importanza proprio delle presunzioni quali fonti di prova, si rimanda alla sentenza pronunciata dalla Corte d'App. Trento, sez. lav., 7.03.2017.

attraverso le forme del rito sommario di cognizione (art. 702 *bis* c.p.c.) e che la parte in primo grado possa stare in giudizio personalmente, senza l'assistenza legale di un avvocato.
L'art. 28 del D.lgs. 150/2011 prevede poi espressamente che, nel caso sia accertata una condotta discriminatoria, oltre alla condanna a cessare la stessa ed eventualmente ad adottare un piano per rimuoverne gli effetti, sia risarcibile il danno anche non patrimoniale subito dal soggetto discriminato. Le sentenze che si sono succedute a livello comunitario, in parte recepite anche dai giudici italiani, prevedono che il danno da liquidarsi debba essere proporzionato alla gravità della discriminazione ed in misura tale da rendere la sanzione dissuasiva ed effettiva.
Tali criteri – limitatamente ora a quanto previsto dal d.lgs. 216/2003 con riguardo alle condotte discriminatorie sui luoghi di lavoro per ragioni legate anche all'orientamento sessuale – debbono applicarsi sia nei confronti del soggetto individuale vittima di discriminazione sia nei confronti dei sindacati e/o delle associazioni titolari degli interessi collettivi lesi. Il D.lgs. 216/2003 art. 5 estende infatti la legittimazione attiva anche ai sindacati ed alle associazioni che siano portatori di interessi esponenziali i quali – in via esclusiva quando non sia già identificabile un soggetto specifico vittima di discriminazione ma ad essere lesa sia una intera categoria di soggetti – possono agire giudizialmente avanzando una autonoma domanda risarcitoria [193].
Il D.lgs. 216/2003 introduce una ulteriore importante novità nella parte in cui, con il suo art. 4, modifica l'art. 15 delle Legge n. 300 del 20 maggio 1970 (Statuto dei lavoratori) introducendo la nullità del licenziamento anche quando determinato da condotte discriminatorie legate a ragioni di *handicap*, età, basate su convinzioni personali del lavoratore[194] e – per quanto qui interessa – sull'orientamento sessuale [195]. La tutela ancora oggi accordata al lavoratore dall'art. 15 dello Statuto dei lavoratori in caso di licenziamento illegittimo è massima prevedendo infatti la reintegra nel posto di lavoro (che invece è stata per lo più eliminata per gli altri casi di recesso datoriale integranti le ipotesi classiche di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo oggettivo e soggettivo [196]).
D'altra parte, compiendo una veloce notazione comparatistica e volgendo lo sguardo all'ordinamento americano dove il paradigma antidiscriminatorio ha avuto origine, l'illegittimità del licenziamento di un lavoratore per ragioni legate al suo orientamento sessuale è stata proprio di recente proclamata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, la quale, con la sentenza del 15.06.2020, *Bostock vs Clayton County Georgia*, ha statuito che il licenziamento di persona omosessuale ovvero transessuale sia discriminatorio [197].

193 Il tema è stato ampiamente discusso e reso oggetto anche della sentenza emessa dalla Corte di Giustizia Europea, Grande Sez., 23/04/2020, nella causa n. 507/18 (di cui al capitolo 2 della presente sezione). Si veda in particolare il commento della sentenza di RECCHIA, *Il peso delle parole: le dichiarazioni pubbliche o omofobiche nell'accesso al lavoro al vaglio della Corte di Giustizia*, in Il lavoro nella giurisprudenza, 7, 2020, 729 e segg.
194 A riguardo si rimanda a Cass Civ., sez. lav., 2 gennaio 2020 n. 1, in Giur. It., 2020, con nota di CIARCIÁ, *Carattere discriminatorio della condotta antisindacale e onere della prova*, 634 e segg.
195 Il licenziamento cd discriminatorio, a differenza di quello ritorsivo che presuppone in ogni caso sempre la illiceità del motivo ex art. 1345 c.c., è nullo anche in presenza di un'altra finalità legittima, quale ad esempio un motivo di tipo economico. Sul punto, in particolare, Cass. Civ., sez. lav., 5 aprile 2016 n. 6575. Si applica in ogni caso, nell'ipotesi di licenziamento discriminatorio, il regime in punto onere probatorio di cui all'art. 28 d.lgs. 115/2011

196 L'art. 18 Statuto dei lavoratori è stato oggetto di importanti recenti riforme, in particolare a seguito dell'emanazione della Legge n. 92 del 28 giugno 2012.
197 La sentenza pronunciata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti è assai corposa e si fonda sull'interpretazione del Titolo VII del Civil Rights Act del 1964, normativa che vieta le condotte discriminatorie per ragioni anche legate al sesso, dandone una lettura estesa ricomprendente anche le discriminazioni per ragioni di orientamento sessuale ed identità di genere, in questo modo contrastando con l'interpretazione opposta datane dall'amministrazione Trump. In estrema sintesi, la sentenza sancisce che *"Un datore di lavoro che licenzia un individuo per essere omosessuale o transgender lo fa sulla base di tratti o azioni che non sarebbero messi in discussione su persone di sesso differente. Il sesso svolge un ruolo decisivo nella decisione, e questo è esattamente ciò che il Titolo VII vieta"*.

Restando all'interno dei confini nazionali, o al più entro quelli Europei, va ancora precisato che la normativa introdotta dal D.lgs. 216/2003, e quindi ancor prima dalla Direttiva Europea CE/2000/78, riguarda le condotte discriminatorie per ragioni legate all'orientamento sessuale e non all'identità di genere. Queste ultime infatti parrebbero ricevere tutela dalla Direttiva Europea n. 1976/207 riguardante la parità di genere, recepita in Italia con Legge 903/1977 poi modificata ed integrata dalla Legge 125/1991 ed oggi sistematizzata dal D.lgs. 198/2006 (Codice delle Pari Opportunità).[198]
A livello dunque prettamente teorico le persone transessuali e *transgender* godono di una tutela legislativa più ampia e maggiormente incisiva rispetto a quella delle persone omosessuali o bisessuali; la normativa italiana in materia di parità di genere è infatti più sviluppata.
Tuttavia, l'unica sentenza reperita con riguardo ad un licenziamento discriminatorio a danno di una persona transessuale pare non operare questa distinzione, richiamando espressamente le norme in punto licenziamento discriminatorio per ragioni attinenti all'orientamento sessuale; ciò malgrado il motivo alla base della discriminazione riguardasse l'identità di genere del lavoratore [199].
In conclusione, come si vedrà nella parte che segue, l'applicazione concreta e giurisprudenziale dei principi affermati con chiarezza a livello comunitario riguardanti la parità di trattamento tra persone omosessuali, bisessuali, transessuali e transgender, non è copiosa. Le pronunce (con attinenza almeno all'ambito lavorativo) sono ancora oggi in numero assai limitato ed in particolare – circostanza che potrà indurre riflessioni [200] – non ne è stata reperita alcuna legata a discriminazioni basate sull'identità di genere (ad eccezione del già citato Tribunale di Ravenna, 3 febbraio 2009, al netto delle considerazioni già svolte).
Lo stesso ricorso alla disciplina antidiscriminatoria di cui al D.lgs. 216/2003 appare ancora modesto malgrado gli indubbi vantaggi che la normativa introduce per la parte vittima di discriminazione [201].
Proprio in ragione della scarsità di pronunce giurisprudenziale si è scelto di riportare, nella parte

198 Così è stato stabilito da CGUE, C-13/94 del 30.04.1996 secondo cui in considerazione dello scopo della direttiva 76/207, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali ed alle condizioni di lavoro, l'art. 5, n. 1, di detta direttiva osta al licenziamento di un transessuale per motivi connessi al suo mutamento di sesso; difatti, poiché il diritto di non essere discriminato a causa del proprio sesso costituisce uno dei diritti fondamentali della persona umana, la sfera d'applicazione della direttiva non può essere ridotta alle sole discriminazioni dovute all'appartenenza all'uno o all'altro sesso, ma si estende alle discriminazioni determinate dal cambiamento di sesso; invero queste sono basate essenzialmente, se non esclusivamente, sul sesso dell'interessato, giacché licenziare una persona perché intende subire o ha subito un cambiamento di sesso significa usarle un trattamento sfavorevole rispetto alle persone del sesso al quale era considerata appartenere prima di tale operazione.
199 Così il Tribunale di Ravenna che con sentenza del 3 febbraio 2009, dopo un lungo ed approfondito *iter* argomentativo, ha dichiarato che, ai sensi dell'articolo 15 dello Statuto dei lavoratori e dell'articolo 2 del d.lgs. 216/2003, è nullo qualsiasi atto discriminatorio attuato nei confronti di un lavoratore a causa del suo orientamento sessuale di transessuale che gli rechi pregiudizio e gli riservi un trattamento meno favorevole di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra persona in situazione analoga. Il Tribunale ha dunque disposto la rimozione degli effetti del comportamento discriminatorio e quindi anche della cancellazione dell'interessato dall'elenco del personale volontario del Comando Provinciale dei Vigili del Fuoco di Ravenna ed ha condannato la convenuta al risarcimento dei danni liquidati in 33.345,00 oltre alle spese legali.
200 Sarebbe interessante approfondire, anche da un punto di vista sociologico, il perché oggi vi sia un accesso ancora così limitato alla tutela giudiziaria nei confronti delle discriminazioni sui luoghi di lavoro per ragioni di orientamento sessuale ed identità di genere; ciò posto che tali condotte sono tutt'altro che assenti o infrequenti. Le ragioni potrebbero essere varie e complesse. Ad una forse non completa conoscenza della normativa in commento, e delle problematiche ad essa sottese, da parte degli operatori del diritto ed ancora prima delle vittime di discriminazione, si accompagna in ipotesi una non piena comprensione dell'importanza dei diritti e degli interessi che la disciplina antidiscriminatoria vuole tutelare, una scarsa fiducia nella tutela giudiziaria da chi vi potrebbe fare ricorso o, ancora, la possibilità per il datore di lavoro di eludere, con ancora relativa facilità, i divieti di cui al D.lgs. 216/2003. Nel tentativo di dare una risposta al quesito è interessante consultare i dati raccolti dall'OCSE quale risultato dell'indagine "*Society at Glance*" sul benessere sociale dei Paesi che fanno parte dell'area. Nell' edizione 2019 sono presenti anche i dati relativi alle persone LGBT e fotografa una situazione in Italia abbastanza arretrata sull'accettazione in particolare dell'omosessualità.
201 Sul punto anche BORELLI, *La ricetta dell'insulto omofobo non piace alla Cassazione*, in nota a Cass. Civ. 19 febbraio 2019, n. 4815, Labor il Lavoro nel diritto, 2019, 4, 419 e segg.

che segue, alcuni precedenti importanti, seppur meno recenti, che hanno in qualche modo tracciato il solco per la giurisprudenza di merito e legittimità italiana in punto condotte discriminatorie sui luoghi di lavoro.

CAPITOLO 2
RACCOLTA GIURISPRUDENZIALE IN MATERIA DI NON DISCRIMINAZIONE SUI LUOGHI DI LAVORO

A cura di Federica Maccario

Corte giustizia Unione Europea, Grande Sez., 23/04/2020, causa n. 507/18 – Pres. K. Lanaertes – Rel. L. Jarukatis – NH c. Associazione Avvocatura per il diritti LGBT Rete Lenford

Rinvio pregiudiziale - Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro - Divieto di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale - Condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro - Dichiarazioni pubbliche che escludono l'assunzione di persone omosessuali - Persona giuridica rappresentativa di un interesse collettivo - Legittimazione ad agire in giudizio - Diritto ad ottenere il risarcimento del danno

(Riferimenti normativi: Direttiva 2000/78/CE; D.lgs. 216/2003; art. 21 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; art. 19 TFUE)

***i)* La nozione di "condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro" contenuta all'articolo 3, paragrafo 1,lettera a), della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretata nel senso che in essa rientrano delle dichiarazioni rese da una persona nel corso di una trasmissione audiovisiva secondo le quali tale persona mai assumerebbe o vorrebbe avvalersi, nella propria impresa, della collaborazione di persone di un determinato orientamento sessuale, e ciò sebbene non fosse in corso o programmata una procedura di selezione di personale, purché il collegamento tra dette dichiarazioni e le condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro in seno a tale impresa non sia ipotetico.**

***ii)* La direttiva 2000/78 deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale in virtù della quale un'associazione di avvocati, la cui finalità statutaria consista nel difendere in giudizio le persone aventi segnatamente un determinato orientamento sessuale e nel promuovere la cultura e il rispetto dei diritti di tale categoria di persone, sia, in ragione di tale finalità e indipendentemente dall'eventuale scopo di lucro dell'associazione stessa, automaticamente legittimata ad avviare un procedimento giurisdizionale inteso a far rispettare gli obblighi risultanti dalla direttiva summenzionata e, eventualmente, ad ottenere il risarcimento del danno, nel caso in cui si verifichino fatti idonei a costituire una discriminazione, ai sensi di detta direttiva, nei confronti della citata categoria di persone e non sia identificabile una persona lesa.**

Commento

Nell'ottobre 2013, un noto avvocato penalista italiano, nel corso di una trasmissione radiofonica aveva dichiarato: "*Se la tenga lei l'omosessualità, io non ne ho alcuna, né simpatia né antipatia, non me ne frega niente, l'importante è che non mi stiano intorno [...] Mi danno fastidio [...] intanto io nel mio studio ad esempio faccio una cernita adeguata in modo che questo non accada*". Alla domanda dello speaker radiofonico

"Cioè, non ho capito, lei, se uno è omosessuale, non lo assume nel suo studio?" seguiva la risposta *"Ah sicuramente no, sicuramente no [...] Beh, vabbè, sarà discriminazione a me non me ne frega niente"*.

Le dichiarazioni rese dall'avvocato – e di cui è stato riportato sopra solo uno stralcio a titolo esemplificativo – sono state giudicate in più gradi di giudizio discriminatorie ai sensi dell'art. 2, § 1, lett. a) del D.lgs. 9 luglio 2003 n. 216. A sanzionare la condotta è stato in primo grado il Tribunale di Bergamo il quale, con ordinanza datata 6 agosto 2014, su ricorso dell'Associazione Avvocatura per i diritti delle persone LGBT Rete Lenford, ha condannato l'autore delle dichiarazioni al risarcimento del danno non patrimoniale nei confronti dell'associazione, liquidato in 10.000,00 euro, nonché alla pubblicazione a proprie spese dell'ordinanza sul quotidiano *"Corriere della Sera"*, oltre al pagamento delle spese legali. Ciò sul presupposto che la dichiarazione più volte affermata e ripetuta in radio di non volere assumere nel proprio studio persone omosessuali, avesse carattere discriminatorio, indipendentemente dal fatto che non vi fossero assunzioni in corso. La condanna veniva pronunciata all'esito di un procedimento incardinato ai sensi dell'art. 28 D.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 (*"Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69"*) che prevede che in caso di condotte discriminatorie ai sensi del D.lgs. 216/2003 si debba procedere con ricorso ex art. 702 bis c.p.c. e segg., secondo le forme quindi del rito sommario di cognizione, con anche un alleggerimento dell'onere probatorio a carico di chi fornisce elementi di fatto circa la natura discriminatoria della condotta contestata.

L'ordinanza veniva impugnata innanzi alla Corte d'Appello di Brescia sul presupposto di cinque motivi: 1) la carenza di legittimazione attiva in capo all'associazione ricorrente in primo grado ; 2) la carenza di competenza funzionale del giudice di primo grado; 3) la nullità del ricorso di primo grado per mancanza dell'avvertimento ex art. 163 n. 7 c.p.c.; 4) l'eccezione di illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 3 del d.lgs. 216/2003 ritenuti violare in particolare l'art. 21 cost.; 5) la dedotta erronea applicazione del principio dell'onere della prova. La Corte d'appello di Brescia, con sentenza datata 23 gennaio 2015, respingeva tutti e cinque i motivi di ricorso confermando quanto deciso in primo grado dal Tribunale di Bergamo e compensando le spese.

Avverso la sentenza d'Appello veniva proposto ricorso per Cassazione fondato su due principali motivi: l'erronea applicazione dell'art. 5 D.lgs. n. 216 del 2003, laddove la Corte d'appello riconosceva la legittimazione ad agire dell'Associazione, e dell'art.3 dello stesso decreto, in ragione del fatto che le dichiarazioni ritenute discriminatorie erano state rese dal dichiarante in veste di privato cittadino e non di datore di lavoro, essendo avulse da qualsiasi ambito lavorativo effettivo (non era in corso né in programma alcuna assunzione di lavoro).

La Corte Suprema di Cassazione, investita delle questioni sopra riassunte le quali richiedevano una interpretazione esatta dei principi di cui alla direttiva europea 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, sospendeva il procedimento pendente e sottoponeva alla Corte di Giustizia Europea le seguenti questioni pregiudiziali:

"1) Se l'interpretazione dell'art. 9 della direttiva [2007/78] sia nel senso che una associazione, composta da avvocati specializzati nella tutela giudiziale di una categoria di soggetti a differente orientamento sessuale, la quale nello statuto dichiari il fine di promuovere la cultura e il rispetto dei diritti della categoria si ponga automaticamente come portatrice di un interesse collettivo e associazione di tendenza non profit, legittimata ad agire in giudizio, anche con una domanda risarcitoria, in presenza di fatti ritenuti discriminatori per detta categoria.

2) Se rientri nell'ambito di applicazione della tutela antidiscriminatoria predisposta dalla direttiva [2000/78] secondo l'esatta interpretazione dei suoi articoli 2 e 3, una dichiarazione di manifestazione del pensiero contraria alla categoria delle persone omosessuali, con la quale, in un'intervista rilasciata nel corso di una trasmissione radiofonica di intrattenimento, l'intervistato abbia dichiarato che mai assumerebbe o vorrebbe avvalersi della collaborazione di dette persone nel proprio studio professionale [di avvocati], sebbene non fosse affatto attuale né programmata dal medesimo una selezione di lavoro".

Con la decisione qui in esame, la Corte di Giustizia risponde prima al secondo quesito e lo fa richiamando i principi a cui la direttiva 2000/78/CE si ispira quali l'art. 19 § 1 TFUE (che conferisce all'Unione una competenza ad adottare le misure necessarie per combattere qualsiasi discriminazione fondata, segnatamente, sull'orientamento sessuale) e l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Obiettivo della direttiva è infatti quello di concretizzare il principio di non discriminazione per ragioni di orientamento sessuale in ambito lavorativo,

garantendo parità di occupazione e condizioni di lavoro. Alla luce di tale obiettivo, la Corte di Giustizia chiarisce come la nozione di "*condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro*", ai sensi dell'art. 3, § 1, lett. a) della direttiva CE/78/2000, che definisce l'ambito di applicazione della direttiva stessa, non possa essere oggetto di una interpretazione restrittiva.

Se ne ricava che, poiché la principale selezione tra i candidati ad un posto di lavoro avviene tra coloro che presentano e coloro che non presentano la propria candidatura, l'espressione di opinioni discriminatorie in materia di occupazione e di lavoro da parte di un datore di lavoro o di una persona percepita come capace di esercitare un'influenza determinante sulla politica di assunzione di un'impresa, è idonea a dissuadere le persone interessate dal candidarsi ad un posto di lavoro. La forza discriminatoria di una simile condotta deve essere valutata, nel singolo caso concreto, sulla base di elementi quali: lo *status* di colui che rende le dichiarazioni che, seppure non sia già datore di lavoro, ed indipendentemente dalla capacità giuridica effettiva di avere un ruolo nella politica di assunzioni, deve essere percepito come tale o comunque come capace di esercitare una influenza siffatta; la natura ed il contenuto delle dichiarazioni devono riferirsi alle condizioni di accesso all'occupazione ed al lavoro ed avere natura ed intento discriminatorio ai sensi della direttiva 2000/78/CE; 3) il contesto nel quale le dichiarazioni sono rese ed in particolare se in pubblico o in privato con conseguente maggiore o minore diffusione.

La Corte di Giustizia chiarisce poi come la libertà di espressione non sia un diritto assoluto ed il suo esercizio possa incontrare dei limiti a condizione che siano previsti dalla legge e rispettino il principio di proporzionalità. Nel caso di specie, le limitazioni all'esercizio della libertà di espressione che possono derivare dalla direttiva 2000/78/CE sono effettivamente previste dalla legge, scaturendo da tale direttiva, e si giustificano con la necessità di garantire la parità di trattamento in materia di occupazione e lavoro. In conclusione, la libertà di espressione non può essere invocata nel caso in esame quale scriminante o per rendere lecite condotte vietate ai sensi della direttiva sopra richiamata.

Quanto al primo quesito poi, la Corte ha statuito come nulla osti a che, ai sensi anche dell'art. 9, § 2, direttiva 2000/78/CE, una associazione di avvocati, la cui finalità statutaria consista nel difendere in giudizio le persone aventi segnatamente un determinato orientamento sessuale e nel promuovere la cultura ed il rispetto dei diritti di tali persone, sia legittimata ad agire giudizialmente per il rispetto degli obblighi della direttiva 2000/78/CE e per eventualmente ottenere un risarcimento del danno, indipendentemente dal fatto che non sia identificabile una specifica persona lesa quanto piuttosto una categoria di persone.

Una volta approfonditi ed espressi i principi interpretativi di cui sopra, la Corte di Giustizia rinvia alla Suprema Corte di Cassazione Italiana la decisione sul come considerare – a seguito di una valutazione di natura fattuale – le dichiarazioni oggetto del procedimento principale; e quindi se siano in grado o meno di influenzare in concreto l'accesso al lavoro ed all'occupazione con riguardo allo studio legale di cui trattasi. Nel fare ciò, il giudice italiano dovrà inevitabilmente attenersi ai principi interpretativi ed ai criteri dettati dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

1) Cass. Civ., sez. I, 20.07.2018 n. 19443 (ord.)

Rinvio pregiudiziale - Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro - Divieto di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale - Condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro - Dichiarazioni pubbliche che escludono l'assunzione di persone omosessuali - Persona giuridica rappresentativa di un interesse collettivo - Legittimazione ad agire in giudizio - Diritto ad ottenere il risarcimento del danno

(Riferimenti normativi: Direttiva 2000/78/CE; D.lgs. 216/2003; art. 21 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; art. 19 TFUE)

Con questa ordinanza la Suprema Corte di Cassazione italiana sospende il gravame pendente avverso la sentenza della Corte d'Appello di Brescia del 23.01.2015 e sottopone alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea le seguenti questioni pregiudiziali: 1) se l'interpretazione dell'art. 9 Direttiva CE/2000/78 sia nel senso che un'associazione, composta da avvocati specializzati nella tutela giudiziale di una categoria di soggetti a differente orientamento sessuale, la quale nello statuto dichiari il fine di promuovere la cultura e il rispetto dei diritti della categoria, si ponga automaticamente come portatrice di un interesse collettivo e associazione di tendenza non profit, legittimata ad agire in giudizio, anche con

una domanda risarcitoria, in presenza di fatti ritenuti discriminatori per detta categoria; 2) se rientrinell'ambito di applicazione della tutela antidiscriminatoria predisposta dalla Direttiva CE/2000/78, secondo l'esatta interpretazione dei suoi artt. 2 e 3, una dichiarazione di manifestazione del pensiero contraria alla categoria delle persone omosessuali, con la quale, in un'intervista rilasciata nel corso di una trasmissione radiofonica di intrattenimento, l'intervistato abbia dichiarato che mai assumerebbe o vorrebbe avvalersi della collaborazione di dette persone nel proprio studio professionale, sebbene non fosse affatto attuale né programmata dal medesimo una selezione di lavoro.

Commento

Si rimanda al commento di Corte giustizia Unione Europea, Grande Sez., 23/04/2020, causa n. 507/18

2) Corte d'App. Brescia, 23.01.2015

Rinvio pregiudiziale - Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro - Divieto di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale - Condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro - Dichiarazioni pubbliche che escludono l'assunzione di persone omosessuali - Persona giuridica rappresentativa di un interesse collettivo - Legittimazione ad agire in giudizio - Diritto ad ottenere il risarcimento del danno

(Riferimenti normativi: Direttiva 2000/78/CE; D.lgs. 216/2003; art. 21 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; art. 19 TFUE)

***i)* Sussiste legittimazione attiva ai sensi dell'art. 5 commi 1 e 2 del d.lgs.216/2003 - in mancanza di persone individuabili direttamente lese dalla discriminazione - dell'associazione Avvocatura per i diritti delle persone LGBT – Rete Lenford (ricorrente in primo grado ed appellata in secondo grado). L'associazione in questione ha ad oggetto lo studio e la tutela dei diritti delle persone LGBT ed è per ciò portatrice di un interesse collettivo, che fa cioè capo ad una categoria definita o definibile di soggetti (rivestendo così la qualifica di ente esponenziale). Non rileva che l'associazione sia effettivamente costituita da soggetti portatori dell'interesse che difendono (omosessuali), quanto invece che abbia quale fine da perseguire quello della tutela di questo interesse.**

***ii)* Il fatto che presso lo studio dell'appellante non fosse in corso alcuna procedura di selezione del personale, non incide sulla sussistenza della discriminazione, integrata questa dalle dichiarazioni rilasciate pubblicamente dal suo titolare, in quanto l'esistenza della discriminazione diretta, alla luce dell'art.2, lett.a del d.lgs. 216/2003, interpretato sulla scorta dei principi della direttiva europea di cui è attuazione, prescinde da detta circostanza, non richiedendo che sia identificabile un denunciante che asserisca in concreto di essere stato vittima di tale discriminazione, ma fondandosi unicamente sulla potenzialità lesiva della condotta medesima. Una simile interpretazione neppure pare interferire con i principi costituzionali, come sostiene l'appellante. E' pure vero che l'art.21 della Costituzione garantisce la libertà di manifestare il proprio pensiero con qualsiasi mezzo di diffusione, ma è altrettanto vero che questa libertà incontra i limiti degli altri principi e diritti che godono di garanzia e tutela costituzionale.**

***iii)* In punto onere della prova, è certo che incombeva al professionista fornire la prova di non aver violato il principio della parità di trattamento, dimostrando, ad esempio, che la prassi effettiva di assunzione nel proprio studio professionale non corrispondeva a tali dichiarazioni**.

Commento

Si rimanda al commento di Corte giustizia Unione Europea, Grande Sez., 23/04/2020, causa n. 507/18

3) Trib. Bergamo 6.08.2014, n. 791 (ord.)

Rinvio pregiudiziale - Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro - Divieto di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale - Condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro - Dichiarazioni pubbliche che escludono l'assunzione di persone omosessuali - Persona giuridica rappresentativa di un interesse collettivo - Legittimazione ad agire in giudizio - Diritto ad ottenere il risarcimento del danno

(Riferimenti normativi: Direttiva 2000/78/CE; D.lgs.

216/2003; art. 21 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; art. 19 TFUE)

La dichiarazione più volte ripetuta in una trasmissione radiofonica da parte di un noto avvocato italiano di non volere assumere presso il suo studio persone omosessuali, costituisce discriminazione diretta ai sensi della direttiva CE/2000/78 recepita in Italia con il d.lgs. 216/2003 ed una chiara limitazione delle condizioni di accesso all'occupazione ed al lavoro tutelate dalla medesima direttiva. L'ampia diffusione mediatica che le dichiarazioni hanno avuto, la loro ferma reiterazione, il contenuto, la forza offensiva e mortificante delle stesse, la notorietà del convenuto ed il fatto, infine, che quest'ultimo non abbia inteso fare ammenda, hanno portato il Tribunale ad irrogare una sanzione effettiva e proporzionata consistita nella pubblicazione dell'ordinanza su di un noto quotidiano nazionale e nella condanna dell'autore delle dichiarazioni al risarcimento di un danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.) liquidato in 10.000,00 nei confronti dell'associazione ricorrente (Avvocatura per i diritti delle persone LGBT – Rete Lenford) che si occupa della tutela dei diritti e degli interessi delle persone omossessuali, oltre al pagamento delle spese legali.

Commento

Si rimanda al commento di Corte giustizia Unione Europea, Grande Sez., 23/04/2020, causa n. 507/18

4) Cassazione Civile, sez. lav., 19.02.2019, n. 4815 (ord.)

Lavoro (rapporto) – Condotta omofoba del datore – Dignità del lavoratore – Lesione – Danno non patrimoniale – risarcimento

Art. 2 cost. - Art. 2087 c.c. – art. 2697 c.c. - art. 1226 c.c. – art. 432 c.p.c.

In tema di condotta omofoba tenuta dal legale rappresentante della società datrice nei confronti di un dirigente, è corretto fondare il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale subito da quest'ultimo sugli elementi probatori raccolti in merito al contenuto delle offese, alla reiterazione, alle modalità e al contesto in cui le stesse venivano arrecate, oltre che alla difficoltà di reazione, atteso che tali offese, ripetute nel tempo, avevano arrecato un concreto e grave pregiudizio alla dignità del lavoratore, al suo onore e alla sua reputazione, per il fatto che gli epiteti spregiativi erano stati ripetuti alla presenza dei colleghi e in situazioni nelle quali il destinatario non era in condizioni di reagire

Commento

Il caso in oggetto riguarda la condotta, giudicata in due gradi di giudizio offensiva e vessatoria, posta in essere dall'amministratore delegato di un noto pastificio italiano a danno di un suo dipendente dirigente il quale, per la durata del rapporto di lavoro (dal 2003 al 2007 almeno), era stato oggetto di commenti omofobi ed epiteti dispregiativi da parte dello stesso datore di lavoro legati alla sua presunta omosessualità. Il lavoratore, successivamente al licenziamento, aveva convenuto in giudizio il noto pastificio italiano domandando il risarcimento del danno non patrimoniale patito ai sensi dell'art. 2087 c.c. che impone all'imprenditore di dover adottare ogni misura atta a salvaguardare l'integrità fisica e la personalità morale del prestatore di lavoro. La giurisprudenza di legittimità reputa veicolato dall'art. 2087 c.c. l'obbligo di tutela, nel contratto di lavoro, di interessi non patrimoniali presidiati da diritti inviolabili della persona, come la salute e la personalità morale, con conseguente obbligo di risarcire il danno non patrimoniale ove l'inadempimento datoriale abbia provocato la lesione dei medesimi.

Nel caso di specie i giudici di merito, sulla base di alcune testimonianze assunte e dell'interrogatorio formale del lavoratore, avevano accertato l'inadempimento dell'art. 2087 c.c. e condannato pertanto il Pastificio a risarcire il danno non patrimoniale liquidato equitativamente in sei mesi di retribuzione del lavoratore.

Avverso la sentenza d'appello il pastificio proponeva ricorso per Cassazione sulla base di due motivi: avere accertato la responsabilità datoriale senza che fossero stati provati tutti gli episodi lamentati dal dipendente; l'avere riconosciuto e liquidato un danno *in ipsa* a favore del lavoratore.

La Cassazione, con l'ordinanza in epigrafe, rigetta entrambi i motivi di ricorso

Il primo motivo veniva ritenuto inammissibile in quanto si basava su di un apprezzamento di merito, precluso alla Corte, circa il materiale probatorio ritenuto utile ed utilizzato dal giudice di primo e secondo grado per fondare

il proprio convincimento.
Quanto al secondo motivo invece la Corte rigettava le doglianze del ricorrente ritenendo che il danno non patrimoniale fosse stato provato dal lavoratore sulla base di presunzioni, che per giurisprudenza consolidata possono bene assurgere al rango di prova (Cass. Civ., S.U., 26972-26975, del 11 novembre 2008). Essendo dunque stato provato il danno (e non essendo stato accertato *in re ipsa*) lo stesso poteva ben essere liquidato dal giudice del merito secondo equità, come di fatto avvenuto, ai sensi degli artt. 1226 c.c. e 432 c.p.c.
Stupisce, nel caso in commento, la scelta del lavoratore ricorrente in primo grado di non utilizzare le norme di diritto antidiscriminatorio (d.lgs. 216/2003) che ben sarebbero potute essere applicate al caso di specie con indubbi vantaggi in termini anche di onere probatorio.

5) Corte d'App. Trento, sez. lav., 7.03.2017

Lavoro (rapporto) – Condotta discriminatoria per orientamento sessuale del datore di lavoro – Danno non patrimoniale (risarcimento) – Legittimazione attiva del sindacato e di associazioni quali enti esponenziali titolari di interessi collettivi

D.lgs. 216/2003 – D.lgs. 150/2011 art. 28

Per provare la discriminazione per l'orientamento sessuale, il lavoratore può avvalersi di presunzioni precise e concordanti. Non è richiesto invece il requisito della gravità. Il lavoratore può limitarsi a dimostrare i fatti che fanno ritenere probabile la discriminazione. Spetta invece al datore di lavoro dimostrare l'assenza di discriminazione.

Commento

La sentenza della Corte d'Appello di Trento riguarda il caso di una insegnante di educazione artistica che per cinque anni era stata assunta con contratto a tempo determinato presso una Scuola privata paritaria di ispirazione cattolica. Nel corso di un colloquio privato con la suora direttrice dell'istituto, colloquio che avrebbe dovuto riguardare aspetti contrattuali ed organizzativi in vista del successivo anno scolastico, dopo che venivano formulati apprezzamenti sulle sue qualità da docente, le veniva chiesto di smentire alcune voci che riguardavano la sua presunta omosessualità ovvero, in ultima analisi, di correggere questa situazione. L'insegnante si rifiutava di dare seguito alla richiesta ed il contratto di lavoro non le veniva poi rinnovato.
La lavoratrice si rivolgeva dunque al proprio sindacato e veniva dato risalto a livello nazionale alla condotta discriminatoria che ella dichiarava essere stata posta in essere a suo danno.
Su ricorso promosso dall'insegnante, il Tribunale di Rovereto con ordinanza del 21 giugno 2016, ex art. 702 ter c.p.c., accertata la discriminazione diretta a suo danno, condannava la scuola a rifonderle il danno patrimoniale liquidato in complessivi euro 25.000,00 oltre alla pubblicazione del provvedimento su quotidiani locali ed alla condanna al risarcimento del danno nei confronti del sindacato CGIL e dell'Associazione (entrambi enti esponenziali titolari di interessi collettivi) riconosciuto pari ad euro 1.500,00 cadauno.
Avverso l'ordinanza proponevano ricorso il sindacato CGIL e l'Associazione lamentando l'erronea liquidazione del danno subito dalla lavoratrice (ritenuto non proporzionato al pregiudizio economico realmente sofferto oltre che alla gravità della discriminazione) nonché l'inidoneità del solo risarcimento per equivalente a rimuovere gli effetti della discriminazione; insistevano per il resto nella condanna a che la scuola fosse dichiarata tenuta ad inoltrare una proposta di lavoro a tempo indeterminato, censurando l'omessa pronuncia sulla adozione di un piano di rimozione degli effetti della discriminazione e l'inidoneità, sotto questo profilo, dell'ordine di pubblicazione solo su quotidiani locali avendo la vicenda avuto ampia risonanza sui mezzi di informazione nazionali.
Si costituiva in appello l'istituto scolastico resistendo e proponendo appello incidentale contro la natura discriminatoria della condotta dell'Istituto.
La sentenza della Corte d'Appello di Trento si sofferma in larga parte nell'approfondire il tema dell'onere probatorio in ambito di diritto antidiscriminatorio concludendo nel ritenere che quando si possa presumere, sulla base di presunzioni precise e concordanti ex art. 2727 ma non necessariamente anche gravi ex art. 2729 c.c., che vi sia stata una condotta discriminatoria, grava sul presunto autore della discriminazione dimostrare l'esistenza di circostanze univocamente incompatibili con la discriminazione; onere quest'ultimo tanto più difficile da assolvere quanto più gli elementi di fatto allegati dal soggetto discriminato si approssimano al massimo grado

di automatismo valutativo. Nel caso in oggetto la Corte d'Appello ritiene che i fatti allegati siano immediatamente indicativi di una discriminazione diretta e gli esamina nello specifico.
La Corte d'Appello ritiene non sussista neppure una ipotesi di discriminazione legittima ex art. 3, comma 3, D.lgs. 216/2003 posto che la libertà di orientamento culturale e di indirizzo pedagogico-didattico di una scuola paritaria gestita da un ordine religioso, non può comportare anche la libertà di attuare discriminazioni per l'accesso al lavoro in base a fattori estranei alla qualità della prestazione lavorativa richiesta. Nel caso in esame, non si è ritenuto in conclusione che l'insegnamento dell'educazione artistica richiedesse come requisito essenziale un particolare orientamento sessuale.
Il danno patito dalla lavoratrice (anche a titolo di perdita di chance per avere lavorato l'anno successivo a tempo parziale e non a tempo pieno come sarebbe stato in caso di rinnovo del contratto ancorché a tempo determinato) viene dunque riqualificato ed elevato di valore da euro 25.000,00 complessivi ad euro 13.329,80, quale danno patrimoniale, ed euro 30.000,00, quale danno non patrimoniale.
La Corte d'appello ritiene poi sussistente, come già in primo grado, anche la discriminazione di ordine collettivo legata al sindacato CGIL ed alla Associazione modificando il danno liquidato a loro favore dal Tribunale di Rovereto (pari ad euro 1.500,00 cadauno) ed elevandolo ad euro 10.000,00 ciascuno, così da renderlo proporzionato alla gravità della discriminazione subita e da conferire efficacia dissuasiva alla condanna (conformemente ai principi espressi in materia dalla legislazione e giurisprudenza comunitaria).
In fine, la sentenza del giudice d'appello ordina la pubblicazione della sentenza su quotidiano nazionale (e non solo locale come in primo grado) e rigetta la domanda degli appellanti a condannare l'istituto scolastico ad assumere a tempo indeterminato la lavoratrice, non sussistendo il diritto soggettivo della stessa.

6) Tribunale di Ancona del 9.3.2018

Lavoro (rapporto) – Licenziamento entro un anno dall'unione civile – nullità del licenziamento – reintegra del lavoratore

Legge 76/2016 – D.lgs. 198/2006 art. 35

Il licenziamento della lavoratrice avvenuto entro un anno dall'unione civile contratta con persona dello stesso sesso è nullo in forza di quanto previsto dall'art. 35 D.lgs. 198/2006 (codice delle pari opportunità) e dell'equiparazione dell'istituto dell'unione civile con quello del matrimonio ai sensi dell'art. 1, comma 20, della legge 76/2016.

Commento

La lavoratrice ricorrente agiva in giudizio contestando la natura discriminatoria del licenziamento irrogatole a suo dire per ragioni legate al suo orientamento sessuale. Il datore di lavoro, presso cui prestava attività lavorativa da tempo, era infatti giunto a conoscenza della sua omosessualità dopo che ella si era unita civilmente con persona dello stesso sesso.
Il datore di lavoro si costituiva in giudizio contestando in fatto ed in diritto la domanda ricorrente.
Il Tribunale di Ancona non si pronunciava circa la natura discriminatoria o meno del licenziamento, ma giudicava lo stesso illegittimo poiché irrogato entro un anno dall'unione civile ed in assenza di una delle cause tassative che lo avrebbero comunque reso legittimo, quali: 1) colpa grave della lavoratrice, costituente giusta causa di recesso; 2) cessazione dell'attività dell'azienda; 3) ultimazione della prestazione per cui la lavoratrice era stata assunta o risoluzione del rapporto di lavoro per scadenza del termine.
Il giudice motiva la sua decisione con il dovere di estendere quanto previsto dall'art. 35 D.lgs. 198/2006 (Codice pari opportunità tra uomo e donna), in punto cioè nullità dei licenziamenti irrogati entro un anno dalla data di matrimonio di un lavoratore, all'istituto dell'unione civile in forza di quanto espressamente previsto dall'art. 1, comma 20, legge 76/2016 secondo cui: *"al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole <<coniuge> , <<coniugi>> o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso"*.

SEZIONE 4

La tutela penale dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere

Introduzione*

Diversamente da altri Paesi europei e da altre tradizioni giuridiche – e culturali – l'Italia non ha mai sperimentato una legislazione apertamente anti-omosessuale. Anche durante il periodo fascista, non fu mai innescata una persecuzione dichiaratamente "razzista" ai danni delle persone omosessuali e non ci furono le torture e le uccisioni come nella Germania nazista, né gli arresti e le incarcerazioni dovuti alla presenza di *sodomy laws* come nel Regno Unito[202] o negli Stati Uniti[203]. La strategia "italiana", per così dire, è stata per decenni quella della negazione e della cancellazione dell'omosessualità mediante l'esclusione da qualsiasi spazio di visibilità sociale, politica e culturale. In altre parole, piuttosto che ammettere l'esistenza delle persone omosessuali e riconoscerle pubblicamente come "gruppo sociale", per quanto deviante e criminale, si è scelto di non parlarne affatto perché era impossibile persino concepire l'idea di uno stile di vita omosessuale o di un orientamento diverso da quello eterosessuale. Questa strategia emerge, per esempio, nella scelta di non includere l'omosessualità tra i reati perseguiti dal codice penale. Scrive così Alfredo Rocco, il padre dell'attuale codice penale italiano entrato in vigore nel 1930:

«[alla criminalizzazione dell'omosessualità] viene principalmente opposto che il turpe vizio, che si sarebbe voluto colpire, non è così diffuso in Italia da richiedere l'intervento della legge penale [...]. Nuove configurazioni di reato non possono trovare giustificazione, se il legislatore non si trovi in cospetto di forme di immoralità che si presentino nella convivenza sociale in forma allarmante. E ciò, per fortuna, non è, in Italia, per il vizio suddetto»[204].

Dunque, una legge contro l'omosessualità in Italia non era necessaria, perché il fenomeno non era rilevante. Nonostante la riprovazione sociale e la repressione nascosta perpetuata soprattutto durante il fascismo mediante misure di polizia quali l'ammonizione e il confino, l'omosessualità fu negata e relegata nell'ambito della malattia e della morale, niente di cui il diritto e la sfera pubblica

* L'autore di questa introduzione è Luca Giacomelli.

202 Corte europea per i diritti dell'uomo, *Dudgeon v. United Kingdom*, 1981, n. 7525/76.
203 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).
204 Scriveva così Alfredo Rocco, il padre dell'attuale codice penale italiano entrato in vigore nel 1930: *«[alla criminalizzazione dell'omosessualità] viene principalmente opposto che il turpe vizio, che si sarebbe voluto colpire, non è così diffuso in Italia da richiedere l'intervento della legge penale [...]. Nuove configurazioni di reato non possono trovare giustificazione, se il legislatore non si trovi in cospetto di forme di immoralità che si presentino nella convivenza sociale in forma allarmante. E ciò, per fortuna, non è, in Italia, per il vizio suddetto».*

dovessero interessarsi. Questa strategia ha evidentemente prodotto i suoi frutti, ostacolando e ritardando la formazione di una coscienza collettiva e la formazione di una comunità LGBTI coesa e pronta a rivendicare la propria visibilità, la propria dignità e i propri diritti. Così mentre negli altri Paesi iniziavano le battaglie per i diritti civili[205], in Italia il movimento faceva fatica ad affermarsi. Soltanto sul finire degli anni Settanta cominciano a prendere consistenza i primi collettivi militanti e i primi movimenti, sebbene con grandi difficoltà di coesione e di rappresentatività[206].
Dal punto di vista giuridico ciò ha comportato un enorme ritardo nel riconoscimento di diritti alla comunità LGBTI. Bisogna infatti attendere il 2003 prima di trovare un riferimento esplicito all'orientamento sessuale e all'identità di genere all'interno di una legge statale. Si tratta, più nello specifico, del decreto legislativo n. 216 con il quale l'Italia ha recepito la direttiva comunitaria 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. Prima di quel momento l'ordinamento italiano non conosceva nemmeno la corretta terminologia per "chiamare" i fenomeni dell'omosessualità o della transessualità. Per esempio, la legge 164 del 1982 sulla rettifica di attribuzione di sesso affrontava la questione dell'identità di genere esclusivamente sotto un profilo medico/normalizzante, obbligando le persone transessuali a sottoporsi a intervento chirurgico demolitivo/ricostruttivo per vedersi attribuire un genere diverso da quello di nascita. Ed è emblematico del silenzio legislativo italiano il fatto che soltanto nel 2015, e per opera della giurisprudenza, sia venuta meno l'imposizione del trattamento di riattribuzione del sesso genitale per ottenere l'autorizzazione dal tribunale a modificare il proprio genere anagrafico e il proprio nome[207].
È evidente che il disconoscimento delle persone LGBTI come gruppo meritevole di tutela, il silenzio del legislatore nazionale nel disciplinare le questioni dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere, la reticenza nell'includerle all'interno del dibattito politico e pubblico hanno permesso prassi discriminatorie, talvolta violente, nei confronti della comunità, continuando a negarne l'umanità sottostante. Non deve sorprendere allora che il processo di riconoscimento della tutela giuridica delle categorie che oggi definiamo "orientamento sessuale" e "identità di genere" abbia avuto, più in generale, spiccata natura giudiziaria e ciò soprattutto a causa della riluttanza o inerzia del legislatore a intervenire al riguardo. Nell'osservare le vicende legislative italiane pare scorgere una realtà che può essere ben descritta attraverso le parole dolenti del romanzo di Christopher Isherwood, *A Single Man*:

«le persone con le lentiggini non sono considerate una minoranza da quelle senza lentiggini. [...] Perché? Perché una minoranza si considera tale solo quando costituisce una minaccia, vera o presunta, per la maggioranza. [...] Ogni minoranza, a suo modo, è aggressiva. Provoca la maggioranza ad attaccarla ed è per questo che continuiamo a credere che il modo migliore per togliersi dai piedi qualcosa sia ignorarla, finché non sparisce»[208].

Sembra davvero di osservare il dibattito parlamentare italiano, dove la forte opposizione ad una qualsiasi legislazione a favore di forme di tutela dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere, sembra nascere fondamentalmente da una paura: che quanto riconosciuto per legge diventi scelta possibile, costume diffuso, mentalità corrente. Uscendo così dalla sfera della riprovazione morale e

205 Particolarmente interessante è il caso degli Stati Uniti. Per un approfondimento si suggerisce: W. Frank, *Law and the Gay Rights Story: The Long Search for Equal Justice in a Divided Democracy*, Rutgers University Press, New Brunswick, 2014.
206 Si vedano, per esempio, G.R Barilli, *Il movimento gay in Italia*, Feltrinelli, Milano, 1999; M. Prearo, *La fabbrica dell'orgoglio. Una genealogia dei movimenti LGBT*, ETS, Pisa, 2016.
207 Corte cost., sentenza n. 221, del 2015.
208 C. Isherwood, *Un uomo solo*, trad. di D. Villa, Adelphi, Milano, 2009, pp.56-57.

intaccando i paradigmi culturali consolidati. L'annoso dibattito sull'introduzione in Italia, al pari di altri Paesi europei, di una legislazione penale contro i reati di violenza e di odio nei confronti delle persone omosessuali e transessuali ne è una dimostrazione evidente. Come spiegarsi altrimenti la mancanza anche di semplici norme contro l'odio e la violenza omo/transfobica che hanno trovato una grande opposizione da parte del Parlamento italiano tale persino da portare all'approvazione alla Camera, il 13 ottobre 2009, di una questione pregiudiziale di costituzionalità contraria all'introduzione nel codice penale della circostanza aggravante omofobica, perché dando rilevanza all'orientamento sessuale della vittima vi si sarebbe potuto "ricomprendere qualunque orientamento, ivi compresi incesto, pedofilia, zoofilia, sadismo, necrofilia, masochismo, eccetera"[209]. Per il legislatore italiano, in altre parole, non c'è soluzione di continuità tra inclinazioni patologiche o addirittura penalmente illecite e una "variante del comportamento sessuale umano" (come l'OMS qualifica l'omosessualità[210]) o "condizione dell'uomo degna di tutela" (come la qualifica la Cassazione civile[211]).

È certamente vero che oggi l'omosessualità non è più condannata (almeno nelle società occidentali) e la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale è vietata sia nel settore pubblico, sia nel settore privato; è vero, inoltre, che le tutele giuridiche nei confronti delle coppie formate da persone dello stesso sesso sono state innalzate al pari di quelle previste per le coppie di sesso diverso, attraverso la creazione di istituti giuridici *ad hoc* (in Italia attraverso la previsione dell'unione civile) o l'estensione dell'istituto matrimoniale, riconoscendo in molti casi anche pari dignità ai legami familiari verticali. Tuttavia, nonostante questi innegabili passi avanti, siamo ancora ben lontani dalla piena eguaglianza sostanziale, dal reale riconoscimento della pari dignità sociale e dalla reale possibilità per ciascuno di sviluppare liberamente la propria identità. Siamo lontani, in altre parole, da un'eguaglianza che «si configuri come l'uguale diritto di

tutti all'affermazione e alla tutela della propria identità, in forza del pari valore associato a tutte le differenze che fanno di ciascuna persona un individuo diverso da tutti gli altri e di ciascuno individuo una persona come tutte le altre»[212].

In tutto questo, l'omo/transfobia gioca un ruolo importante perché costituisce l'*humus* per la diffusione di forme di discriminazione (istituzionale, sociale, culturale ed economica) e di manifestazioni di violenza e odio. Tale fenomeno si manifesta, sia nella sfera pubblica che in quella privata, sotto forme diverse, quali discorsi intrisi di odio e istigazioni alla discriminazione, dileggio, violenza verbale, psicologica e fisica, persecuzioni e omicidio, discriminazioni in violazione del principio di eguaglianza, limitazioni arbitrarie e irragionevoli dei diritti, giustificate con motivi di ordine pubblico, di libertà religiosa e di diritto all'obiezione di coscienza. Anche solo frequentare alcuni luoghi pubblici, o parlare di sé con amici e colleghi, ma pubblicamente, può diventare un problema. È ciò che impedisce di frequentare determinati luoghi ritenendoli a rischio aggressioni, ciò che condiziona la libertà di espressione, alimentando forti forme di autocensura, ciò che impedisce il pieno rispetto della vita familiare. La paura porta molti a considerare non sicuri quei luoghi che dovrebbero rappresentare per tutti uno spazio di serenità, come lo sono la propria abitazione, un ufficio pubblico, un luogo di lavoro o una discoteca. Diventano invece prigioni mentali, luoghi dove

209 Cfr. questione pregiudiziale di costituzionalità n. 1 [Vietti, Buttiglione, Rao, Capitanio Santolini, Volontè, Ciccanti, Compagnon, Naro], approvata alla Camera dei deputati, seduta n. 231 di martedì 13 ottobre 2009, che comporta la reiezione del testo unificato delle proposte di legge n. 1658-1882-A di "*Modifica all'art. 61 c.p., concernente l'introduzione della circostanza aggravante relativa all'orientamento o alla discriminazione sessuale*".

210 Risale al 17 maggio 1990 la decisione (da cui è tratta la citazione riportata nel testo) assunta dall'Assemblea Generale dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) che ha depennato l'omosessualità dall'elenco delle malattie mentali.

211 Cassazione, I sez. civ., 25 luglio 2007, n. 16417.

212 L. FERRAJOLI, *La differenza sessuale e le garanzie dell'eguaglianza*, in Democrazia e diritto, 33, n. 2, 1993, 49-73, p. 53.

le persone, giovani e meno giovani, non possono godere del diritto di «essere liberamente sé stessi», chiunque essi siano. La maggiore sensibilità emersa negli ultimi decenni ha acceso i riflettori su tale fenomeno che, è il caso di ribadirlo, si accompagna strettamente alla mancanza di diritti e alla ancora perdurante disparità di trattamento delle persone LGBTI, ed interroga il giurista su quali strumenti siano i più efficaci per contrastarlo. Una progressiva presa di coscienza che ha indotto il Parlamento europeo ad approvare numerose risoluzioni per la «lotta all'omofobia» nel territorio dell'Unione[213], che ha determinato l'introduzione in molti Paesi europei di apposite norme, anche di carattere penale, volte a punire l'odio e la discriminazione a sfondo omofobico[214], e che, anche in Italia, ha aperto un dibattito politico sull'opportunità di una tutela penale specifica per le vittime dell'omo/transfobia[215].

Pur in assenza di dati statistici ufficiali dettagliati riferiti all'ordinamento italiano, sia per quanto riguarda i crimini d'odio razziale (per i quali tuttavia esiste una legislazione penale) sia per quanto riguarda i crimini d'odio omo/transfobico, sono attualmente disponibili, le rilevazioni fornite dall'Oscad e dall'Unar. L'Oscad, Osservatorio per la sicurezza contro gli atti discriminatori, istituito presso la Polizia di Stato del Ministero dell'Interno, in collaborazione con l'Unar, l'Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali, raccoglie i dati sui soggetti che abbiano subito un reato in relazione alla razza/etnia, credo religioso, orientamento sessuale/identità di genere e disabilità. Stando ai dati forniti dall'Oscad, si registrano in Italia fra il 10 settembre 2010 e il 31 dicembre 2018, 2.532 segnalazioni (un numero evidentemente non irrisorio), di cui solo una parte costituenti reato, per le quali vi sono stati arresti e denunce. In particolare, per il 59,3% (897) sono reati d'odio etnico/razziale, per il 18,9% (286) si tratta di reati d'odio religioso, per il 13,0% (197) di reati d'odio omofobico, per il 7,8% (118) di reati contro disabili, per l'1,0% (15) di reati d'odio basati sull'identità di genere. Per l'Italia, secondo le diverse rilevazioni dell'Osce, si registrano, nel 2016, 736 crimini d'odio, 494 crimini d'odio razziale, 204 crimini contro disabili, 38 crimini d'odio omofobico o di genere. Il dato aggiornato al 2017 testimonia di un incremento dei crimini d'odio: si tratta di 1.048 reati d'odio, prevalentemente di odio razziale e xenofobo, contro disabili e omofobico[216]. Il dato relativo al 2018 comprova un ulteriore incremento: 1111 crimini d'odio.

Bisogna considerare inoltre che, accanto a questi dati di recente emersione, le testimonianze della presenza di una forte violenza omofobica anche nel tessuto sociale italiano sono numerose ed attendibili: innanzitutto si segnalano i rapporti stilati da Arcigay sulla base delle notizie relative ad episodi di chiaro stampo omofobico registrate annualmente dai *mass-media*. Il ritratto che emerge dal rapporto 2019 dei casi di omo/transfobia, annotati dal 17 maggio 2018, è preoccupante: sono 187 i casi di omo/transfobia registrati dalla stampa, in crescita rispetto ai 119 casi dell'anno precedente[217].

---

213 Merita ricordare, tra le tante, la Risoluzione sulla parità dei diritti delle persone omosessuali nella Comunità europea, dell'8 febbraio 1994, con la quale il Parlamento europeo ha individuato come obiettivo delle azioni comunitarie la rimozione degli «ostacoli frapposti al matrimonio di coppie omosessuali ovvero a un istituto giuridico equivalente, garantendo pienamente diritti e vantaggi del matrimonio e consentendo la registrazione delle unioni»; la Risoluzione sul rispetto dei diritti umani nell'Unione Europea, del 16 marzo 2000, con cui il Parlamento europeo ha chiesto «agli Stati membri di garantire alle famiglie monoparentali, alle coppie non sposate e alle coppie dello stesso sesso parità di diritti rispetto alle coppie e alle famiglie tradizionali, in particolare in materia di legislazione fiscale, regime patrimoniale e diritti sociali» e, ancora, la Risoluzione del Parlamento sull'omofobia in Europa del 16 maggio 2008. Anche più recentemente il Parlamento europeo è tornato a chiedere, a nove Stati membri tra cui l'Italia, di «considerare la possibilità di offrire» alle coppie gay istituzioni giuridiche come «la coabitazione, le unioni di fatto registrate e il matrimonio». La richiesta è inserita nel paragrafo 85 del rapporto sulla Situazione dei diritti fondamentali nella Ue approvato a Strasburgo nel giugno 2015.

214 Cfr., tra gli altri, L. GOISIS, *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, in Dir. pen. cont., 2010, 1-22.

215 Si veda, per esempio, E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in Riv. it. Dir. Proc. Pen., 2011, 24-25.

216 Cfr. www.interno.gov.it., nonché hatecrime.osce.org/italy.

217 Cfr. ARCIGAY, *Omotransfobia, 187 casi nel report 2019 di Arcigay*, al sito www.arcigay.it.

Ovviamente questo numero non esaurisce la dimensione del fenomeno (non tutte le discriminazioni o le violenze omo/transfobiche finiscono sui giornali) ma il raffronto di questo indicatore con quelli degli anni passati traccia un *trend* che non può non allarmare.
A corroborare i dati statistici e le rilevazioni mediatiche operate da Arcigay, sono intervenuti, da ultimo, i dati raccolti da Vox, l'Osservatorio per i diritti, che ha operato una mappatura dell'intolleranza sulla base dello studio dei messaggi d'odio in rete. In particolare dalla terza mappatura dell'odio in rete emerge che negli anni 2017-2018 è diminuito l'odio omo/transfobico (scendono da 13.195 nel 2017 a 8.727 nel 2018 i tweet negativi). I dati più aggiornati al 2019, forniti dalla quarta mappatura dell'odio in rete, confermano una lieve decrescita dell'odio omofobico, ma segnalano anche che, laddove si dibatte di famiglie omosessuali, l'odio riemerge, specie in occasione di eventi controversi come il Forum delle Famiglie tenutosi a Verona: i tweet negativi nel 2019, nel periodo marzo-maggio 2019, sono 7.808 contro 3.933 tweet positivi, su un totale di tweet pari a 11.741. Tuttavia, l'aggressività dei messaggi d'odio omofobico, stando al tenore dei medesimi e al linguaggio utilizzato, è particolarmente forte[218]. Emerge altresì dalle ultime rilevazioni di Vox che nel 2019 sono stati 187 gli episodi di omo/transfobia, un dato in linea con quello riportato da Arcigay: il 70% degli studenti omosessuali subisce bullismo a scuola, sono aumentate del 6% le discriminazioni sul luogo di lavoro ai danni delle persone LGBTI, le segnalazioni al numero verde contro l'omo/transfobia sono oltre 20.000, soprattutto provenienti da minori.
Si può quindi affermare, alla luce dei dati statistici, che i crimini di odio nei confronti delle persone omosessuali e transessuali avvengono, non accennano a diminuire e si distinguono per la particolare veemenza, similmente a quanto accade per il crimine d'odio per antonomasia, il crimine d'odio razziale.

CAPITOLO 1
HATE CRIMES*

Sommario

1.1 I crimini d'odio: concetto e sviluppi normativi recenti
1.2 Dalla legge Reale-Mancino ai vari tentativi di introduzione di una legislazione penale a tutela dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere
1.3 L'ultimo (ennesimo?) tentativo di riforma legislativa: la proposta di legge "Zan"

1.1 I crimini d'odio: concetto e sviluppi normativi recenti

Quasi ogni reato previsto dal codice penale costituisce fondamentalmente un crimine ispirato da un generico sentimento d'odio. Tuttavia, quando si utilizza la specifica locuzione "crimini d'odio" (o *hate crimes*) si fa riferimento a tutte quelle fattispecie penalmente rilevanti spinte primariamente da un sentimento di intolleranza nel quale la vittima o le vittime - o anche i loro beni - sono colpite in ragione della loro "identità di gruppo" (ossia, l'identità legata alla razza, all'etnia, all'origine nazionale,

218 Cfr. www.voxdiritti.it.

alla religione, all'orientamento sessuale o all'identità di genere). Più nello specifico, i crimini d'odio si compongono quindi di due elementi: (I) innanzitutto una condotta che costituisce reato (qualsiasi tipo di reato); (II) in secondo luogo, la commissione di tale condotta deve essere ispirata da un motivo di pregiudizio (*bias motivation*) contro una "caratteristica protetta", appartenente ad un gruppo, come può essere la razza, la lingua, la religione, l'etnia, la nazionalità o altre caratteristiche simili, nelle quali si annoverano il genere, l'orientamento sessuale e l'identità di genere, oltre, talvolta, la disabilità[219]. A tale categoria vanno dunque ascritti oggi anche i crimini d'odio omo/transfobico, nonché i crimini d'odio fondati sul genere, nei quali rientra la violenza di genere, oggetto di un obbligo di incriminazione, come noto, a seguito della ratifica della Convenzione di Istanbul da parte dell'Italia. Pertanto, il termine "reato ispirato dall'odio" non definisce uno specifico reato, ma, piuttosto, descrive un concetto.

Una condotta penalmente rilevante costituisce un crimine ispirato dall'odio se è motivata da discriminazione o pregiudizio. L'uso della parola "odio" otrebbe dunque trarre in inganno e far ritenere che il soggetto agente debba provare un sentimento di odio verso la vittima o il gruppo cui essa appartiene, affinché il reato possa configurarsi effettivamente come *hate crime*. In realtà, il fattore che trasforma un reato comune in un crimine d'odio è il processo di selezione della vittima da parte dell'autore dell'illecito, che deve essere basato sulla discriminazione o sul pregiudizio verso il gruppo cui essa appartiene.

I crimini ispirati dall'odio minano i diritti fondamentali. Il principio di eguaglianza è un principio cardine di ogni stato democratico e solitamente è sancito a livello costituzionale. I reati ispirati dall'odio sono una forma estrema di lesione di tale principio, dato che la vittima viene colpita a causa della sua appartenenza a un certo gruppo. In tal modo, i reati ispirati dall'odio negano la dignità umana e la specifica individualità della vittima e minano il principio secondo cui ciascun individuo ha diritto a godere di eguale tutela giuridica. C'è inoltre un ulteriore elemento di dannosità ed è il sentimento di paura e insicurezza che colpisce non solo la vittima del reato ma, indirettamente, tutti coloro che appartengono allo stesso gruppo sociale. A differenza delle vittime di altri reati, le vittime dei crimini d'odio sono scelte sulla base di cosa esse rappresentano, piuttosto che in ragione di chi sono. Come tali, i reati ispirati dall'odio trasmettono quindi alla vittima e al gruppo cui essa appartiene il messaggio che costoro non sono ben accetti e non sono al sicuro.

L'ordinamento italiano è intervenuto con disposizioni di ordine generale e con altre invece di carattere più specifico, spesso in ottemperanza agli obblighi assunti con la ratifica di Trattati e Convenzioni internazionali. Anzitutto, merita richiamare l'art. 2, lett. h), del D.Lgs. 1° marzo 2018, n. 21 ("*Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103, c.d. Legge europea 2017*") che ha apportato alcune modifiche al codice penale, nella parte dedicata alla tutela della persona, inserendo, tra l'altro, al Capo III del Titolo XII del Libro II, dopo l'art. 604, la Sezione I-*bis* in tema di "delitti contro l'eguaglianza". La Sezione si compone, ad oggi, di due nuovi articoli: l'art. 604-*bis* c.p., che punisce la propaganda e l'istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa, e l'art. 604-*ter* c.p. che aggrava la pena aumentandola fino alla metà per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità. La nuova normativa punisce quindi la condotta di chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico,

219 *Gli autori di questo capitolo sono Valentina Ciaramella e Luca Giacomelli.

Si veda, per esempio, la definizione data dall'Ocse in *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, Odihr, 2009, p. 16.

o istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, e di chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Vieta, altresì, ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, punendo chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività e coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi. Infine, prevede una pena più severa se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento siano commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione o si fondino in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale.
In realtà, a ben vedere, tale normativa non costituisce una novità assoluta giacché sono state piuttosto "ricollocate" nel codice penale le fattispecie di propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione già contenute nell'art. 3 della Legge 13 ottobre 1975, n. 654 (Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966), così come modificato, dapprima, dalla Legge 25 giugno 1993, n. 205 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, recante misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa) e, da ultimo, della Legge 16 giugno 2016, n. 115 (c.d. Legge sul negazionismo). In buona sostanza, il contenuto dell'art. 3 della Legge n. 654/1975 è di fatto trasposto nel codice penale attraverso l'inserimento dell'art. 604-*bis*[220], mentre la circostanza aggravante prevista dall'art. 3 del D.l. n. 122/1993 è sostanzialmente ripresa nell'attuale art. 604-*ter*[221].

1.2 Dalla legge Reale-Mancino ai vari tentativi di introduzione di una legislazione penale a tutela dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere

L'Italia ha visto più di un tentativo di approvazione di una legge contro l'omofobia e transfobia. Nell'ultimo decennio è stato uno dei temi più dibattuti in Parlamento. Tuttavia, finora non vi è

220 "*Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa*" – "Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito: a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per moti- vi razziali, etnici, nazionali o religiosi.
È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni.
Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale".

221 "*Circostanza aggravante*" – "Per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità la pena è aumentata fino alla metà. Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98, concorrenti con l'aggravante di cui al primo comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante".

stata ancora alcuna traduzione in legge delle numerose proposte avanzate che avevano lo scopo di inserire l'orientamento sessuale e l'identità di genere all'interno della normativa in vigore in materia di reati e discorsi d'odio, allo scopo di estenderla alla protezione delle persone LGBTI. Il riferimento è ovviamente alla cd «Legge Reale- Mancino» (legge n. 654/1975, successivamente modificata con il Decreto legge n. 122/1993) che, attualmente, si limita a punire i reati e i discorsi d'odio fondati su caratteristiche personali quali la razza, la nazionalità, l'origine etnica e la religione. Di inserire l'orientamento sessuale e l'identità di genere nell'alveo protetto da questa legge se ne discute da tempo: un primo tentativo significativo risale al 2008, quando furono depositati alla Camera dei Deputati due disegni di legge che aggiungevano alle caratteristiche già protette anche i fattori dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere. Le due proposte furono riunite successivamente in una sola che, in definitiva, si limitava ad estendere l'aggravante specifica al codice penale senza intaccare l'impianto originale della legge. Eppure, nonostante già fortemente ridotto al minimo, il disegno di legge veniva infine affossato in conseguenza di una mozione sulla sua legittimità costituzionale alla luce dei principi di tassatività e ragionevolezza delle norme penali. Tra le altre cose, nella pregiudiziale si sosteneva l'indeterminatezza del termine «orientamento sessuale» ai fini dell'applicazione della legge penale, con il rischio di poterlo riferire a «qualsiasi orientamento, ivi compresi incesto, pedofilia, zoofilia, sadismo, necrofilia, masochismo eccetera»[222].

Un secondo tentativo risale, invece, al 2011 quando viene presentato l'ennesimo disegno di legge volto ad estendere la circostanza aggravante ad una serie più ampia di fattori protetti, quali il sesso, l'età, la disabilità, l'omosessualità e la transessualità della persona offesa[223]. La proposta fu nuovamente oggetto di una pregiudiziale di costituzionalità, questa volta incardinata su una formalistica e astratta visione del principio di eguaglianza. Secondo i suoi sostenitori, infatti, tutelare l'omosessualità senza anche prevedere una tutela per

l'eterosessualità avrebbe determinato una discriminazione al rovescio, incompatibile con l'articolo 3 della Costituzione. L'argomentazione, oltre che inconsistente, nasconde un'erronea lettura del principio di eguaglianza che non tiene conto del suo aspetto sostanziale che impone di partire dalla lettura del contesto sociale e individuale al fine di intervenire, anche in modo differenziato, laddove ciò sia giustificato dalla necessità di rimuovere gli ostacoli che, di fatto, impediscono la eguale considerazione, l'eguale rispetto e la eguale possibilità di vivere serenamente e liberamente la propria personalità. Inoltre non tiene conto nemmeno della diversa natura del reato e del suo impatto sul gruppo sociale di riferimento: nel caso dell'aggressione omofobica e transfobica, infatti, ad essere colpita non è soltanto la vittima ma, di riflesso, anche l'intera comunità di appartenenza, in quanto alla base di quell'aggressione c'è proprio l'avversione, il disprezzo e l'odio nei confronti di quella particolare comunità di persone.

Un altro tentativo, anche questo poi naufragato, risale invece al 2013 (XVII Legislatura). All'esito di un travagliato percorso, era stato licenziato dalla Camera dei Deputati un nuovo progetto di legge recante "*Disposizioni in materia di contrasto dell'omofobia e della transfobia*" che si componeva principalmente di due articoli: il primo, "Modifiche alla legge 13 ottobre 1975, n. 264, e al decreto legge 26 aprile 1993, n. 122" e il secondo che invece si occupa di aspetti statistici nell'ambito delle discriminazioni e della violenza. La riforma intendeva incidere sull'impianto giuridico esistente in materia di leggi penali antidiscriminatorie, inserendo le discriminazioni fondate sull'omofobia e sulla transfobia accanto a quelle di matrice razzista, etnica, nazionale e religiosa. Accanto alla previsione di talune specifiche fattispecie penali, era inoltre prevista anche l'estensione della circostanza

222 E. DOLCINI, *Di nuovo affossata una proposta di legge sull'omofobia*, in Dir. Pen. Proc., 2011, 1395.
223 Cfr., sul punto, E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in Riv. it. Dir. Proc. Pen., 2011.

aggravante per tutti i reati che siano motivati dall'omofobia e transfobia[224]. Come è noto, in Italia le disposizioni penali che puniscono le manifestazioni di odio e di discriminazione prendono le mosse dalla ratifica della Convenzione di New York del 7 marzo 1966, intervenuta con la legge 13 ottobre 1975, n. 654. Nella sua formulazione originale, l'art. 3, comma 1, della legge puniva con la reclusione da uno a quattro anni (lett. a) "chi diffonde[va] in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziali", o (lett. b) "chi incita[va] in qualsiasi modo alla discriminazione, o incita[va] a commettere o commette atti di violenza o di provocazione alla violenza, nei confronti di persone perché appartenenti a un gruppo nazionale, etnico o razziale". Erano poi puniti dallo stesso articolo (al comma 2) con la reclusione da uno a cinque anni i partecipanti (o coloro che prestino assistenza) ad associazioni od organizzazioni aventi tra gli scopi quello "di incitare all'odio o alla discriminazione razziale"; per i capi o promotori di siffatte organizzazioni o associazioni la pena era aumentata.

Il passato è d'obbligo in quanto tale impianto normativo viene poi significativamente modificato con il decreto legge 122/1993, convertito con modifiche nella legge 205/1993. La legge amplia il suo spettro di azione, estendendosi anche alle discriminazioni religiose. Infatti, il nuovo testo dell'art. 3, comma 1, della legge 654/1975, punisce: "a) con la reclusione sino a tre anni chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero incita a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, incita a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi"[225].

Di grande rilievo, soprattutto per la potenziale estensione a numerose fattispecie di reato, è senza dubbio anche l'introduzione dell'aggravante di cui all'art. 3 del decreto legge 122/1993. Si configura come una circostanza aggravante "rinforzata" (ossia non soggetta a giudizio di bilanciamento), applicabile allorché il fatto (costituente qualsivoglia reato, purché punito con pena diversa dall'ergastolo) sia stato commesso per finalità di discriminazione o odio (etnico, nazionale, razziale o religioso), ovvero di agevolazione dell'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità. Altro intervento di riforma si è poi avuto nel 2006, con la legge n. 85, che ha modificato l'art. 3, comma 1, della legge 654/1975, sostituendo "chi diffonde in qualsiasi modo", con "chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico", e chi "incita", con chi "istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi".

224 In particolare, la proposta di legge prevedeva: (a) l'istigazione a commettere e la commissione di atti di discriminazione fondati sull'omofobia o sulla transfobia; (b) l'istigazione a commettere o la commissione di atti di violenza per motivi fondati sull'omofobia o sulla transfobia; (c) la partecipazione a gruppi o organizzazioni che abbiano tra i propri fini l'istigazione alla discriminazione o alla violenza per motivi fondati sull'omofobia o sulla transfobia. Era prevista, infine, l'estensione della circostanza aggravante per i reati commessi per finalità discriminatorie fondate sull'omofobia o sulla transfobia. Uno degli aspetti maggiormente dibattuti di questo testo di legge ha, tuttavia, riguardato l'inserimento di alcuni emendamenti e subemendamenti che, secondo parte dei commentatori, avrebbero stravolto addirittura l'intero assetto della legge, anche nella parte già in vigore. Il testo prevedeva, infatti, che: "ai sensi della presente legge, non costituiscono discriminazione, né istigazione alla discriminazione la libera espressione e manifestazione di convincimenti od opinioni che siano espressione del pluralismo delle idee purché non istighino all'odio o alla violenza, né le condotte conformi al diritto vigente ovvero anche se assunte all'interno di organizzazioni che svolgono attività di natura politica, sindacale, culturale, sanitaria, di istruzione ovvero di religione o di culto, relative all'attuazione dei principi e dei valori di rilevanza costituzionale che connotano tali organizzazioni". Per un approfondimento si suggerisce, tra gli altri, L. MORASSUTTO, Legge contro l'omofobia e transfobia: il coraggio mancato e l'occasione perduta?, e, sempre dello stesso autore, Omofobia e transfobia: il trucco c'....e si vede, entrambi in www.articolo29.it, 2013.

225 Per un approfondimento più critico si vedano, tra gli altri, P. ZAVATTI – A. TRENTI, Legislazione italiana in tema di discriminazione razziale etnica e religiosa, in Rassegna italiana di criminologia, fasc. 4, 1995, 565 ss.; L. STORTONI, Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?, in Crit. dir., 1994, 14 ss.; D. PULITANÒ, Riforma dei reati di opinione?, in Corr. giur., 2006, 745 ss.; A. GAMBERINI, G. INSOLERA, Legislazione penale compulsiva, buone ragioni e altro. A proposito della riforma dei reati di opinione, in G. INSOLERA (a cura di), La legislazione penale compulsiva, Padova, 2006, 135 ss.

Ora, come accennato nel paragrafo precedente, recentemente l'approvazione del D.Lgs. 1° marzo 2018, n. 21 ("*Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103, c.d. Legge europea 2017*") si è trasformata nell'ennesima occasione per riaccendere il dibattito sull'estensione delle fattispecie di reato testé menzionate a fattori ulteriori rispetto all'etnia, alla nazionalità, alla razza e alla religione, con particolare riferimento all'orientamento sessuale e all'identità di genere. È infatti attualmente al vaglio delle Camere una nuova proposta di legge (cd. Ddl "Zan", dal nome del suo relatore)[226] recante "*Modifiche agli articoli 604-bis e 604-ter del codice penale, in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere*".

È interessante evidenziare, prima di entrare nel merito dell'ultima proposta di riforma, come da uno sguardo cursorio alle vecchie proposte di legge emerga il labile confine tra discorsi d'odio (v. *infra* Cap. 2) e crimini d'odio, poiché i primi possono contribuire a creare un ambiente favorevole al verificarsi dei secondi e, per tale via, alimentare conflitti sociali su più larga scala. Tuttavia, è bene sin da ora tenere presente che si tratta di due fattispecie di reato ben distinte per i diversi beni giuridici che intendono proteggere e per gli interessi costituzionali concorrenti – se non in certi casi anche confliggenti – che evocano. In particolare, il rischio insito alla normativa sui discorsi d'odio è quello di creare nuove ipotesi di reati di opinione suscettibili di essere poi dichiarate incostituzionali. Diversamente dai crimini d'odio, la reazione dell'ordinamento giuridico ai discorsi d'odio richiede pertanto di essere attentamente bilanciata con il diritto fondamentale alla libertà di espressione e di pensiero, che è anche la principale cagione delle tante resistenze parlamentari ed *extra* parlamentari che hanno di volta in volta determinato l'affossamento dei vari tentativi di riforma.

Concentrando per il momento l'attenzione sui soli crimini d'odio, va detto che manca in Italia un'aggravante per i crimini d'odio di matrice omo/transfobica. Il vuoto normativo di per sé non scagiona l'autore del reato, in quanto la disposizione *ex* art. 604-*ter* c.p., a differenza di quella *ex* art. 604-*bis* c.p., non contiene un'autonoma fattispecie di reato, ma piuttosto si limita a contestare una circostanza aggravante a un reato comune preesistente, aumentandone la pena edittale fino alla metà. Di fronte a un crimine d'odio di matrice omo/transfobica, la sanzione comminabile non potrà essere incrementata, ma è evidente che sussisterà lo stesso il reato base.

Nelle more di un intervento legislativo, che appare sempre più indifferibile, poco spazio è tuttavia lasciato alla discrezione del giudice, poiché il divieto di analogia in *malam partem* impedisce di estendere giudizialmente le previsioni dell'604-*ter* c.p. anche all'orientamento sessuale e all'identità di genere. E' proprio per tale ragione che è molto difficile reperire giurisprudenza specifica sul punto. Tale difficoltà discende sia da una poca disponibilità delle vittime a denunciare di aver subito un crimine in ragione del proprio orientamento sessuale o della propria identità di genere, sia perché non sussistendo autonome fattispecie di reato, le poche denunce esistenti vengono rubricate sotto l'ipotesi di reati comuni (lesioni, minacce etc...) poi aggravate in caso di condanna da aggravanti comuni, quali l'aver agito per motivi abietti futili. In ciò appare con tutta evidenza la ragione per la quale una raccolta giurisprudenziale in tal senso è davvero compito arduo (cfr. *infra* Cap. 3).

È stato anche sostenuto che sia completamente superfluo introdurre una norma *ad hoc* per i crimini d'odio di matrice omo/transfobica in quanto questi sarebbero tutelati dall'applicazione, già scarsa, della circostanza aggravante comune, come sopra scritto, dei motivi abietti futili. E' d'uopo chiedersi se tale previsione possa davvero essere considerata come una valida sostituta di quella speciale *ex* art. 604-*ter* c.p. La risposta è negativa e alcune brevi considerazioni mostreranno perché si tratti

226 Proposta di legge C-569, Presentata il 2 maggio 2018 T.U. con C. 107, C. 868, C. 2171, C. 2255. Il testo è consultabile: https://www.camera.it/leg18/126?tab=&leg=18&idDocumento=0569.

solo di un mero surrogato. Innanzitutto, i giudizi circa il fatto abietto o futile sono formulati alla stregua delle valutazioni della morale sociale ossia, in altre parole, sono accertati secondo l'insieme dei principi etico-morali tarati sul sentire dell'uomo medio in un dato momento storico. Ciò pone in dubbio che i motivi che guidano l'omo/transfobia possano essere sussunti sotto la definizione di abietti o futili, nella accezione rispettivamente di particolare grado di perversità e di sproporzione tra movente e azione criminosa. Non è detto, infatti, che l'esplicazione del fatto criminoso ai danni di una persona LGBTI abbia alcunché di perverso, laddove sia mosso, come spesso accade, da un odio ben definito e supportato da precise ideologie discriminatorie. Così come non è scontato che l'azione odiosamente orientata abbia alcunché di futile, come nell'esempio didascalico di una lite tra automobilisti a causa di un parcheggio. È imprevedibile, insomma, sapere se il giudice considererà l'omo/transfobia come un mero pretesto criminogeno per la coscienza sociale preponderante oppure no. Secondariamente, la riconduzione dei crimini d'odio di matrice omo/transfobica nell'alveo di applicazione dell'art. 61, n. 1, c.p. determinerebbe un doppio binario di tutela, per il quale alcuni fattori (razza, etnia, nazionalità e religione) godrebbero della protezione accordata dall'art. art. 604-*ter* c.p., mentre l'orientamento sessuale e l'identità di genere verrebbero dotati di una tutela affievolita, determinando una lesione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.). Basti ricordare, infatti, che le circostanze aggravanti *ex* art. 61 c.p. possono essere elise dal bilanciamento con le eventuali circostanze attenuanti e che in ogni caso l'aumento non potrebbe superare 1/3 della pena edittale. Di converso, la circostanza aggravante speciale di cui all'art. 604-*ter* c.p. esclude il bilanciamento con circostanze attenuanti diverse da quella prevista dall'art. 98 c.p. e la pena è incrementabile fino alla metà. Questa repressione a doppio binario di crimini che hanno la stessa matrice, se può essere utile in via transitoria nell'attesa di una integrazione dell'art. 604-*ter* c.p., non può quindi essere considerata come valida nel lungo termine, per la patente discriminazione normativa che ne deriverebbe.

1.3 L'ultimo (ennesimo?) tentativo di riforma legislativa: la proposta di legge "Zan"

La proposta di legge cd. "Zan" (dal nome del suo relatore) è frutto della sintesi di cinque proposte di legge (Boldrini, Zan, Scalfarono, Perantoni, Bartolazzi) in un testo unificato che ha l'obiettivo di estendere la normativa già esistente sui reati d'odio ad attacchi e comportamenti penalmente rilevanti causati dall'orientamento sessuale, dal genere e dall'identità di genere della vittima. La proposta di legge prevede per l'appunto modifiche agli articoli 604-*bis* e 604-*ter* del Codice penale in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere; al Decreto legge 26 aprile 1993, n. 122 (noto come "Legge Mancino") che punisce l'incitazione alla violenza e alla discriminazione per motivi razziali, etnici, religiosi o di nazionalità; ed all'articolo 90 *quater* del Codice di procedura penale e al Decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215. La legge istituisce inoltre una giornata nazionale contro l'omofobia, la lesbofobia, la bifobia e la transfobia e inserisce misure per la prevenzione e il contrasto della violenza per motivi legati all'orientamento sessuale e all'identità di genere e per il sostegno alle vittime.
Il testo unificato è stato approvato il 29 luglio 2020 in commissione Giustizia alla Camera. Il 3 agosto è poi iniziata la discussione generale in Aula, interrotta a seguito della pausa estiva. Il 28 ottobre 2020 sono stati approvati alla Camera i primi 5 articoli. La discussione è stata definita il 3 novembre successivo con l'approvazione definitiva del testo alla Camera dei Deputati. Il medesimo testo dovrà quindi essere approvato in via definitiva anche al Senato della Repubblica perché possa

dirsi positivamente ultimato *l'iter* legislativo.

La proposta di legge "Zan" si compone di dieci articoli che meritano di essere sinteticamente analizzati.

- Gli artt. 1 e 2 modificano rispettivamente l'articolo 604-*bis* e *ter* del Codice penale in materia di propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa, aggiungendo a questi fattori anche quelli fondati sul genere, sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere;
- l'art. 3 modifica la legge Mancino del 1993, "*Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa*", prevedendo una reclusione da sei mesi a quattro anni per chi incita a commettere o commette violenza per motivi fondati anche sull'orientamento sessuale e l'identità di genere, oltre a quelli già previsti (razziali, etnici, riferiti alla nazionalità o religiosi);
- gli artt. 4 e 5 modificano l'art. 90 *quater* del Codice penale aggiungendo le parole "fondato sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere" all'attuale testo che prevede solo la fattispecie dell'odio razziale, e riconoscendo altresì persone LGBTI come vittime "vulnerabili";
- l'art. 6 è quello che istituisce, il 17 maggio di ogni anno, la "*Giornata nazionale contro l'omofobia, la lesbofobia, la bifobia e la transfobia*". La giornata ha lo scopo di promuovere la cultura del rispetto e dell'inclusione, contrastare i pregiudizi, le discriminazioni e le violenze motivati dall'orientamento sessuale e dall'identità di genere, in attuazione dei princìpi di uguaglianza e di pari dignità sociale sanciti dalla costituzione. Il 17 maggio 1990 rappresenta, infatti, un giorno storico per la battaglia contro le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale poiché è di quel giorno la decisione di rimuovere l'omosessualità dalla lista delle malattie mentali nella classificazione internazionale delle malattie pubblicate dall'Organizzazione mondiale della sanità;
- l'art. 7 prevede l'impegno per una strategia nazionale per la prevenzione ed il contesto alle discriminazioni;
- l'art. 8 prevede il finanziamento di un programma per la realizzazione su tutto il territorio nazionale di centri contro le discriminazioni motivate da orientamento sessuale e identità di genere;
- l'art. 9 prevede invece che l'Istat realizzi almeno ogni tre anni una rilevazione statistica sugli atteggiamenti della popolazione che possano essere di aiuto nell'attuazione di politiche di contrasto alla discriminazione e alla violenza per motivi razziali, etnici, di nazionalità o religiosi, oppure fondati sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere. La rilevazione dovrà misurare anche le discriminazioni e le violenze subite e le caratteristiche dei soggetti più esposti al rischio;
- l'art. 10 si occupa infine delle coperture finanziarie.

Come già ricordato, le modifiche proposte con il Ddl "Zan" sono solo l'ultimo tentativo in ordine di tempo di estendere la legge Reale-Mancino ai reati di discriminazione basati sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere. Quest'ultima legge, infatti, la cui ultima sostanziale modifica risale al 1993, punisce l'incitazione alla violenza e alla discriminazione per motivi razziali, etnici, religiosi o di nazionalità. In questi 27 anni si è tentato a più riprese di estenderla ai reati di omo/transfobia ma sempre senza successo. Il primissimo tentativo risale addirittura al 1996, quando il 24 ottobre l'allora deputato Nichi Vendola, presentava una proposta di "*Modifiche al decreto-legge 26 aprile 1993, in materia di discriminazione dell'orientamento sessuale*". Tra quel primo tentativo e quest'ultimo, che dovrebbe giungere in Senato entro la fine del 2020 per l'approvazione definitiva, c'è un vuoto legislativo lungo 24 anni.

CAPITOLO 2
HATE SPECHEES*

Sommario

2.1 I discorsi d'odio: una categoria costituzionalmente problematica
2.2 "Spunti europei" per una positivizzazione del reato di hate speech omo/transfobico

2.1 I discorsi d'odio: una categoria costituzionalmente problematica

Negli ultimi anni, il dibattito sui cd. discorsi d'odio (*hate speech*) è diventato molto acceso non soltanto in Italia ma in Europa e negli Stati Uniti, dove tale categoria ha avuto origine. Sebbene si tratti di un'espressione ormai comunemente usata, non esiste una definizione univoca condivisa e accettata di *hate speech*. Esso viene definito come quel discorso finalizzato a promuovere odio nei confronti di certi individui o gruppi, impiegando epiteti che denotano disprezzo e intolleranza nei confronti di quel gruppo soprattutto sulla base della razza, religione o sessualità. A partire dal piano internazionale è possibile trovare diverse enunciazioni specificatamente riferibili all'incitamento all'odio: dalla Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale[227] che condanna le organizzazioni che si ispirano a teorie basate sulla superiorità razziale e la loro propaganda, sino al Patto internazionale sui diritti civili e politici che stabilisce che «qualsiasi appello all'odio nazionale, razziale o religioso che costituisce incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza deve essere vietato per legge»[228].
I "discorsi d'odio", con una certa approssimazione, possono essere definiti come quelle esternazioni, in forma orale o scritta, che incitano, incoraggiano o giustificano l'ostilità e l'intolleranza nei confronti di determinati gruppi minoritari. Ancora più specificatamente il termine *hate speech* si riferirebbe a ogni forma espressiva che promuove, incita o giustifica l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo e ogni altra forma di odio basata sull'intolleranza – inclusa quella espressa dal nazionalismo aggressivo e dall'etnocentrismo –, sulla discriminazione e sull'ostilità verso i minori, i migranti e le persone di origine straniera[229]. In tutti questi casi ricorrono concetti quali «disprezzo», «incitamento all'odio», «intolleranza» che per loro natura sono indeterminati e si prestano a interpretazioni diverse. Gran parte delle legislazioni sull'*hate speech*, infatti, definiscono quest'ultimo non solo in termini di espressioni volte a provocare disgusto, ribrezzo, odio, ma anche con qualche elemento

* Gli autori di questo capitolo sono Valentina Ciaramella e Luca Giacomelli.

227 Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 21 dicembre 1965 ed entrata in vigore il 4 gennaio 1969. All'art. 4 si dice che: "Gli Stati Parte condannano ogni propaganda e organizzazione che siano fondate su idee o teorie di superiorità di una razza o gruppo di persone di un certo colore o di una certa origine etnica, o che tentino di giustificare o promuovere l'odio e la discriminazione razziale in qualsiasi forma, e si impegnano ad adottare immediatamente misure positive finalizzate ad eliminare ogni incitamento alla discriminazione o atto discriminatorio [...]".
228 Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1966 ed entrato in vigore il 23 marzo 1976. All'art. 20 si dice che: "Qualsiasi propaganda a favore della guerra deve essere vietata dalla legge. Qualsiasi appello all'odio nazionale, razziale o religioso che costituisce incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza deve essere vietato dalla legge".
229 Raccomandazione No. R (97) 20, adottata dal Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa il 30 ottobre 1997.

aggiuntivo che giustifichi l'intervento statale: per esempio, in alcuni casi si dà rilievo alle modalità espressive, in altri si pone l'accento sulle possibili conseguenze dannose che quel discorso è idoneo a provocare. Le difficoltà in cui si imbatte la ricerca di una definizione condivisa sono legate al dibattito giuridico su quali siano i confini della libertà di espressione e sul ruolo che il diritto penale deve assumere all'interno di una società democratica. Volendo sintetizzare al massimo si può dire che il principale scontro sta nell'individuazione di un punto di equilibrio oggettivo tra la tutela della dignità della persona e la libertà di parola. Nei discorsi d'odio, infatti, poiché individua una soglia di tutela molto anticipata, il problema del bilanciamento si fa particolarmente stringente. Anche coloro che invocano la presenza in un ordinamento democratico dell'*hate speech*, e, più in generale, dei "reati d'opinione", avvertono la necessità di individuare delle motivazioni convincenti a siffatte deroghe alla libertà di manifestazione del pensiero. Le questioni che sorgono in relazione a questi reati chiamano in gioco interessi e valori spesso contrastanti e, prima ancora, il significato stesso di democrazia. Infatti, se è vero che a volte "la lingua ferisce più della spada", è altrettanto vero che la libera circolazione delle idee, persino quelle che feriscono, costituisce il cuore di un ordinamento democratico. In sintesi, indipendentemente dalle forme assunte (scritte o orali, verbali o non verbali, esplicite o implicite) e dalla denominazione giuridica (eventuali "reati d'odio", v. *supra* Cap. 1) può rientrare all'interno della definizione di *hate speech* qualsiasi espressione violenta, discriminatoria o di intolleranza nei confronti di altre persone o gruppi di persone contraddistinti da una determinata caratteristica, fisica, entica o sessuale o da un certo credo religioso e per questo oggetto di stigma. Proprio perché l'*hate speech* colpisce le persone per le loro caratteristiche e/o condizioni personali, le azioni di contrasto al fenomeno hanno bisogno di adattarsi al contesto e ai fenomeni sociali, economici, politici e tecnologici della società di riferimento.

Per molto tempo si è parlato di *hate speech* soprattutto con riferimento all'odio su base razziale e all'antisemitismo. All'alba del nuovo millennio la sensibilità sul tema è cresciuta fino a ricomprendere le minoranze religiose, mentre altre categorie come le donne, le persone LGBTI, i disabili e gli anziani sono state considerate potenziali bersagli dei discorsi d'odio in tempi relativamente recenti. Sebbene la repressione penale dell'omo/transfobia, nelle sue molteplici configurazioni, accomuni diversi ordinamenti giuridici europei e non, il dibattito sulla sua opportunità politica e sulla sua ammissibilità costituzionale è estremamente aspro, divisivo e ideologicamente connotato. Anche a livello europeo la posizione non è così chiara e netta: la Corte di Strasburgo, per esempio, quando è stata chiamata a confrontarsi per la prima volta con la questione della compatibilità della tutela penale contro i discorsi d'odio omofobici con i principi della CEDU (in particolare con l'art. 10 che tutela la libertà di espressione) non è riuscita a delineare con precisione i confini entro i quali possono muoversi i legislatori nazionali (v. *infra* § 2.2). Spunti più interessanti, giungono invece dai giudici della Corte di Lussemburgo dell'Unione europea che, pronunciandosi sulla portata del divieto di discriminazione per orientamento sessuale, hanno suggerito soluzioni alternative (di tipo civilistico) per la repressione di alcune tipologie di esternazioni omofobiche e discriminatorie. Queste paiono particolarmente utili in considerazione della perdurante assenza, ad oggi, nell'ordinamento giuridico italiano, di una legislazione in materia di *hate speech*.

2.2 "Spunti europei" per una positivizzazione del reato di hate speech omo/transfobico

Sono molti gli spunti di riflessione che giungono dal contesto europeo a partire dai numerosi richiami, sebbene dal valore politico e non giuridicamente vincolante, provenienti dalle Istituzioni dell'Unione

e rivolti ai Paesi membri. Tra i vari strumenti di *soft law* meritano, per esempio, di essere ricordate le due Risoluzioni sull'omofobia del Parlamento europeo del 2006 e del 2012, entrambe fondate sull'affermazione del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze, alle quali vengono ascritte le persone LGBTI, ed anche la Raccomandazione CM/Rec(2010) del Comitato dei ministri, del 2010, sulle misure per combattere la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o l'identità di genere che impone agli Stati membri di garantire che, nella determinazione della pena, possa costituire circostanza aggravante la motivazione legata all'orientamento sessuale o all'identità di genere. È evidente che, sebbene nella loro limitata funzione di richiamo persuasivo, rappresentano da un lato una base definitoria comune grazie alla quale armonizzare le diverse strategie nazionali di contrasto all'omo/transfobia e, dall'altro, uno stimolo fondamentale nello sviluppo di strumenti più efficaci ed effettivi di tutela, specialmente in quei Paesi come l'Italia in cui non vi sono norme specifiche, né di stampo penalistico né di matrice civilistica, di protezione.
Un'ulteriore spinta giunge poi dalla giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo che, per natura e funzionamento, si presta particolarmente a dialoghi, anche penetranti, con le corti e i legislatori dei Paesi parte del Consiglio d'Europa. A tal riguardo è particolarmente significativa la decisione resa sul caso *Vejdeland e Altri v. Svezia*[230], del 9 febbraio 2012. In quell'occasione, infatti, la Corte di Strasburgo ha stabilito che la condanna penale per la distribuzione di volantini contenenti frasi omofobiche non viola l'articolo 10 della CEDU. Il caso riguardava la distribuzione all'interno di una scuola di volantini contenenti frasi di odio e intolleranza contro l'omosessualità. In base alla legge penale svedese, il fatto integra gli estremi del reato di agitazione contro un gruppo nazionale o etnico e, dunque, i responsabili vengono condannati.
Interrogata per la prima volta sul tema della manifestazione d'odio nei confronti delle persone omosessuali, la Corte si trova a valutare se una tale limitazione della libertà di espressione sia «*necessary in a democratic society*», ovvero se sia giustificata da un interesse sociale preminente. Eppure, a ben vedere, il cuore del problema è più generale e risiede nella determinazione della punibilità o meno dell'*hate speech* che, similmente agli altri reati d'opinione, stenta a trovare una precisa collocazione tra le possibili deroghe al diritto di manifestazione del pensiero. Pur in presenza del secondo comma dell'art. 10 della Convenzione, che detta un elenco di limiti espliciti, la Corte sottopone ad uno stretto scrutinio qualsiasi limitazione o interferenza alla libertà di espressione al fine di effettuare un bilanciamento con gli altri interessi socialmente rilevanti.
Sebbene, ad opinione della maggioranza della Corte, le frasi contenute nei volantini non inciterebbero direttamente i destinatari a commettere atti di violenza e di odio nei confronti del gruppo in questione e pertanto non sarebbero idonee ad integrare gli estremi dell'*hate speech* in senso stretto, le peculiari circostanze del caso concreto, le modalità con cui si svolge il fatto e la particolare vulnerabilità dei destinatari di quelle frasi determinano la Corte a confermare la legittimità della sanzione penale per gli autori del fatto. È infatti estremamente sottile la linea di separazione tra l'abuso verbale e l'incitamento alla violenza, soprattutto quando i destinatari sono studenti, la cui impressionabilità e sensibilità sono acuite in ragione della loro giovane età e la cui identità (anche sessuale) è ancora in formazione. Del resto quelli del bullismo omofobico e della discriminazione basata sull'orientamento sessuale sono problemi gravi e tutt'altro che circoscritti.
La sentenza è importante perché non preclude la possibilità dell'utilizzo della sanzione penale nella lotta contro i crimini d'odio di stampo omo/transfobico: al pari dei crimini d'odio razziale, anche i crimini d'odio omofobico – che la Corte equipara quanto a gravità sottolineando come "la

230 Corte europea per i diritti dell'uomo, 9 febbraio 2012, *Vejdeland e Altri v. Svezia*, causa n. 1813/07.

discriminazione basata sull'orientamento sessuale è tanto grave quanto la discriminazione basata sulla razza, l'origine o il colore" – possono essere contrastati tramite il ricorso al diritto penale. È legittimo, dunque, secondo la Corte europea dei diritti umani, che i legislatori statali si dotino di una legislazione penale che sanzioni l'omofobia. Eppure la diffidenza verso questa categoria di reati si percepisce, se non altro per il fatto che i giudici sentono la necessità di ben tre opinioni concorrenti. In particolare la Corte, non riconoscendo la natura di *hate speech* in senso stretto ai suddetti commenti omofobici, manca l'occasione di fissare in maniera chiara standard valutativi specifici per riconoscere e censurare gli *homophobic hate speeches*[231].
In maniera ancor più netta la Corte di Strasburgo è poi tornata sulla questione degli *hate crimes* e degli *hate speech* in una successiva pronuncia, *M. C. e A.C. v. Romania* del 12 aprile 2016[232], spingendosi un passo ancora più avanti, ovvero non solo sostenendo la possibilità per i legislatori nazionali di ricorrere alla sanzione penale per contrastare i fenomeni di odio e intolleranza ma anche riconducendo tali crimini nell'alveo dell'art. 3 CEDU che tutela contro i trattamenti disumani e degradanti. Si tratta a ben vedere di una presa di posizione forte, sia dal punto di vista simbolico, sia giuridico, specialmente se accompagnato dal fermo riconoscimento dell'obbligo in capo agli Stati parte di proteggere anche le persone che compongono la comunità LGBTI.

CAPITOLO 3
RACCOLTA GIURISPRUDENZIALE IN MATERIA DI TUTELA PENALE DELL'ORIENTAMENTO SESSUALE E DELL'IDENTITÀ DI GENERE

A cura di Valentina Ciaramella

NORME DI RIFERIMENTO

Articoli, 2, 3 e 21 della Costituzione
Legge n. 205/93
Art. 604 bis s.p.
Art. 604 ter c.p.
Art 61, n.1, c.p.
Art. 595 c.p.
D.lgs. 123/2018
Art. 1 e 14 Legge 26 Luglio 1975, n. 354

231 Cfr., tra gli altri, L. Giacomelli, *Quello che la Corte europea non dice: l'apparente apertura in favore del riconoscimento dell'*hate speech *omofobico*, in Diritto dell'informazione, 4/2012.
232 Corte europea per i diritti dell'uomo, *M. C. e A.C. v. Romania*, 12 aprile 2016, causa n. 12060/12. Per un approfondimento si rimanda, tra gli altri, a C. FATTA, Hate Crimes *all'esame della Corte di Strasburgo: l'obbligo degli Stati di proteggere i membri della comunità LGBTI*, in *Nuova Giur. Civ. Commentata*, 2016, 10, p. 1330 ss.

Trib. di Torino, Sesta Sez. Pen., 14.01.2019, n. 5009 (Sent.)

Diffamazione continuata aggravata dal mezzo della pubblicità - Liberà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) come diritto non assoluto e illimitato - Diritto della personalità e rispetto alla reputazione (art. 2 Cost.)

Il fatto

E' stata citata a giudizio l'imputata per aver offeso l'onore e la reputazione delle persone omosessuali asserendo, durante una intervista pubblicata sul *web* e sul suo blog personale, che tollerare l'omosessualità equivale ad accettare la pedofilia e, più nello specifico, con le seguenti frasi "*se si stabilisce che l' omosessualità non è un disordine di natura, allora anche la pedofilia lo può essere altrettanto*" ed ancora "*il movimento LGBT vuole annientare la libertà di opinione e sta diffondendo sempre più la pedofilia*" ed altre simili. Inoltre per aver sostenuto, nel corso di una intervista radiofonica, che l'atto sessuale tra due persone dello stesso sesso è una forma di violenza fisica, anche usata come pratica di iniziazione al satanismo. Ed ancora su due blog che la "*sodomia è antigenica e comporta il diffondersi di malattie*".
Si sono costituite in giudizio come parti civili due associazioni a tutela dei diritti delle persone LGBTI+.

La decisione

Il Tribunale di Torino ha riconosciuto sussistente il reato di diffamazione aggravata (art. 595, c. 1 e 3, c.p.) per la sola parte relativa alle dichiarazioni rese nei confronti delle associazioni LGBT laddove l'imputata ha dichiarato che le stesse "*diffondano sempre più la pedofilia*".
Il Tribunale ha ritenuto innanzitutto ammissibili la costituzione di parte civile delle due associazioni a tutela dei diritti delle persone LGBTI in quanto le offese potevano essere considerate rivolte ad una categoria determinata di soggetti e che di conseguenza l'elemento oggettivo della concretezza dell'offensività, oggetto di tutela della norma penale, fosse pienamente integrato nel caso di specie. I fatti, inoltre, erano stati provati per stessa ammissione dell'imputata che si era difesa ammettendo i fatti contestati ma sostenendone la liceità in dibattimento.
L'imputata veniva quindi condannata per diffamazione aggravata per le sole dichiarazioni relative alla comunità LGBT, ritenendo che solo queste potessero intendersi come rivolte ad un soggetto collettivo. Con riferimento alle altre, invece, il Tribunale ha ritenuto che riguardassero una condizione o un orientamento o comportamenti praticati o praticabili da un numero potenzialmente indefinito di persone e, pertanto, non lesivi di alcuna reputazione individuale, intesa come considerazione nella società di soggetti specifici, nel senso richiesto dalla norma penale.
Il Tribunale ha condannato, per l'effetto, l'imputata alla pena di Euro 1500,00 di multa, oltre al pagamento delle spese processuali. L'imputata è stata condannata, altresì, al risarcimento dei danni conseguenti al reato in favore delle parti civili costituite in giudizio con provvisionale immediatamente esecutiva di Euro 2500,00 ciascuna, nonché alla refusione delle spese di lite.

Il principio di diritto

Il Tribunale ha recepito l'elaborazione della Corte di Cassazione secondo cui non solo una persona fisica ma anche una persona giuridica, o di fatto, costituita da soggetti organizzati in forma collettiva può rivestire la qualifica di persona offesa. Il bene giuridico tutelato, la reputazione, riguarda anche l'onore e il decoro collettivo come bene morale di tutti gli associati considerati come soggetti destinatari diretti dell'offesa.
Il movimento a cui si riferisce l'imputata è un soggetto collettivo, individuato dall'imputata e individuabile dal lettore, composto da persone identificabili negli attivisti ad esso partecipanti e nelle associazioni dotate di rappresentanti attivi in ambito sociale e politico. Non si tratta di una categoria indistinta di persone ma di un soggetto organizzato e dotato di considerazione sociale ed il cui decoro collettivo è meritevole di tutela.
L'espressione usata poi è chiaramente diffamatoria, in quanto nel sentire comune, non solo "pedofilia" è parola con un'accezione gravemente negativa, ma assume anche un disvalore penale, posto che il pedofilo è colui che pratica abusi sessuali sui minori e commette fatti di rilevanza penale severamente condannati. L'imputata ha espresso un'accusa diffamatoria in maniera consapevole avendone chiara la portata offensiva.

Ufficio di Sorveglianza di Spoleto, 18.12.2018, n. 2407 (Ord.)

Ordinamento penitenziario D.lgs. n. 123/18 - Diritto ad un

trattamento imparziale e non discriminatorio - Espresso divieto delle discriminazioni per sesso, identità di genere e orientamento sessuale

Il fatto

L'Ufficio di Sorveglianza di Spoleto, in data 18 dicembre 2018, ha accolto il reclamo di un detenuto che, collocato in una sezione "protetta" in ragione della propria omosessualità, ha lamentato la lesione e compromissione dei propri diritti per essere stato ivi posto senza alcuna specifica richiesta.

All'interno delle sezioni "speciali" sono collocate persone che necessitano di particolare tutela nei confronti degli altri detenuti in ragione del crimine commesso, della propria occupazione (ad es. poliziotti, magistrati etc.) o anche del proprio orientamento sessuale. E' previsto, per loro, un regime di osservazione speciale e una serie di limitazioni all'accesso alle aree comuni o al lavoro. Ciò determina restrizioni nella vita carceraria ed una marginalizzazione dei soggetti e proprio per tali ragioni tali misure possono essere disposte solo ove espressamente richiesto dall'interessato, pena la violazione dei diritti dello stesso.

La decisione

Il Giudice di Sorveglianza, sottolineando come con la recente riforma dell'ordinamento penitenziario sia stato riconosciuto il diritto *ex* art. 14, comma 7, O.P. delle persone che abbiano dichiarato il proprio orientamento omosessuale (con dichiarazione rimessa alla sola scelta dell'interessato, anche al fine di fruire di colloqui e trattamento finalizzati alla tutela dei suoi rapporti familiari) ad essere allocate, ove lo richiedano per esigenze di sicurezza, in sezioni "omogenee" e comunque atte alla partecipazione alle attività trattamentali. Di conseguenza è illegittima l'allocazione in sezioni promiscue, sia perché le stesse non assicurano piena protezione, attesa la detta promiscuità con detenuti portatori di diverse e anche opposte esigenze di protezione, sia perché nel caso concreto non assicura piena partecipazione al trattamento rieducativo. Nel caso di specie, accogliendo il reclamo *ex* art. 35 O.P., dunque, il Giudice ha ordinato al Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria il suo trasferimento in sezione omogenea entro il termine di 30 giorni e con obbligo di comunicazione al magistrato di sorveglianza.

Il principio di diritto

La norma di cui all'art. 14, c. 7, O.P. prevede che chi tema possibili prevaricazioni o discriminazioni in ragione della propria condizione personale possa essere allocato in sezioni separate. Ciò deve però avvenire con inserimento in una sezione in cui la separazione sia effettuata per categorie omogenee e l'inserimento deve, comunque, avvenire unicamente se vi è l'esplicita richiesta e il consenso dell'interessato. Al contrario, se tale inserimento non avviene per categorie omogenee, come richiesto espressamente dall'articolo 14, c. 7, O.P. finisce per rivelarsi discriminatorio per l'interessato e dunque lesivo dei suoi diritti di detenuto.

SEZIONE 5

La protezione internazionale delle persone LGBTI+

Introduzione*

Lo studio dell'istituto della protezione internazionale applicato alla tutela delle persone LGBTI+ in Italia risente della mancanza di dati e statistiche ufficiali relativi alle domande e ai riconoscimenti di protezione fondati su motivi legati all'orientamento sessuale e all'identità di genere. Infatti, né la Commissione Nazionale per il Diritto di Asilo, né le Commissioni Territoriali compilano statistiche relative ai motivi posti a fondamento delle domande di asilo e dei provvedimenti di riconoscimento della protezione internazionale.

Sebbene non si disponga di dati ufficiali, le informazioni rilevate dalle associazioni di tutela delle persone LGBTI+ consentono di notare come, negli ultimi anni, al generale aumento delle richieste di protezione internazionale in Europa sia corrisposto un incremento delle domande fondate su orientamento sessuale e identità di genere. A questo proposito è necessario tuttavia considerare che non sempre i richiedenti asilo LGBTI+ sono sin dall'inizio consapevoli della rilevanza del loro orientamento sessuale e/o identità di genere ai fini del riconoscimento della protezione internazionale; molti richiedenti, inoltre, preferiscono non manifestare il proprio orientamento sessuale al momento della presentazione della domanda e alcuni non riescono a riferire il proprio vissuto e a spiegare i propri timori in maniera adeguata neppure innanzi alla Commissione Territoriale. Non è raro dunque che l'esistenza di rischi nel Paese di origine legati all'identità di genere o (più spesso) all'orientamento sessuale del richiedente emerga solo in epoca successiva alla presentazione della domanda di asilo, ovvero in sede di audizione personale innanzi alla Commissione Territoriale o, ancora successivamente, in fase di impugnazione del provvedimento di diniego. Per quanto riguarda le domande di asilo fondate sull'orientamento sessuale, la principale criticità nella loro valutazione è rappresentata dalla necessità di verificare l'attendibilità delle dichiarazioni rese dal richiedente in merito al proprio orientamento sessuale, trattandosi di un elemento di per sé non suscettibile di prova.

Si deve inoltre considerare che molti richiedenti omosessuali continuano a nascondere il proprio orientamento anche nel Paese d'asilo e a volte evitano di manifestare del tutto i propri timori e di parlare di aspetti intimi del proprio vissuto di fronte alla Commissione. Ne consegue che spesso il racconto contenuto nelle dichiarazioni rese in sede di audizione si presenta frammentario, confuso e a volte privo di coerenza interna, tanto da apparire in tutto o in parte non credibile agli occhi della Commissione. Tali difficoltà nel dichiarare il proprio orientamento omosessuale o la propria identità di genere anche in un contesto protetto, quale quello del procedimento di asilo, sono in gran parte dovute alla mancanza di adeguata preparazione dell'audizione personale, durante la quale

non è raro che il richiedente provi vergogna nel rivelare il proprio orientamento sessuale di fronte all'interprete suo connazionale, o tema che le sue dichiarazioni possano essere divulgate e la sua omosessualità scoperta dai connazionali, con il rischio di subire altre violenze o di essere emarginato e isolato[233]. La credibilità delle dichiarazioni relative all'orientamento omosessuale del richiedente rappresenta dunque la questione principale e più frequentemente affrontata dalla giurisprudenza, soprattutto interna, in tema di protezione internazionale delle persone LGBTI+.

CAPITOLO 1
RILEVANZA DI ORIENTAMENTO SESSUALE E IDENTITÀ DI GENERE AI FINI DEL RICONOSCIMENTO DELLA PROTEZIONE INTERNAZIONALE*

Sommario

1.1 Normativa e linee guida di diritto internazionale
1.1.1 La Convenzione di Ginevra
1.1.2 Principi di Yogyakarta del 2007
1.1.3 Nota ACNUR novembre 2008
1.1.4 Linee Guida ACNUR maggio 2012
1.1.5 Art. 3 CEDU e giurisprudenza della Corte di Strasburgo
I.2 Normativa di diritto interno
1.2.1 Art. 10 Cost.
1.2.2 D.Lgs. 251/07
1.2.3 D. Lgs. 25/08
1.2.4 D.Lgs. 286/98
1.2.5 D.Lgs. 142/15

1.1 Normativa e linee guida di diritto internazionale

* L'autrice di questa introduzione è Daniela Di Rosa.

233 A questo proposito, è utile ricordare che durante il procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale, gran parte dei richiedenti asilo è ospitata presso centri di accoglienza in cui convive con altri richiedenti, spesso connazionali. I richiedenti asilo LGBTI+ si trovano quindi per lo più inseriti in comunità che tendono a condividere pregiudizi e omofobia propri dei Paesi da cui essi sono fuggiti e ciò li induce a percepire anche il Paese d'asilo come luogo potenzialmente non sicuro, in cui continua ad apparire loro necessario nascondere la propria identità. Questa criticità è stata affrontata solo in parte dal legislatore, che, nel disciplinare l'accoglienza dei richiedenti asilo, prevede che le misure di accoglienza tengano conto della specifica situazione delle persone vulnerabili, quali, tra gli altri, coloro che abbiano subito gravi violenze legate all'orientamento sessuale o all'identità di genere. Non è invece prevista alcuna particolare tutela, in fase di accoglienza, in favore dei richiedenti LGBTI+ che, pur non avendo subito gravi violenze, siano tuttavia portatori di esigenze speciali legate all'orientamento sessuale e/o all'identità di genere.

1.1.1 La Convenzione di Ginevra

La Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 (ratificata dall'Italia con legge n. 722/54) definisce «rifugiato» "*chiunque (...) nel giustificato timore d'essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole domandare la protezione di detto Stato*" o l'apolide che si trova fuori dallo Stato in cui aveva la dimora abituale e, per gli stessi motivi, non può o non vuole tornarvi (Art. 1, lett. A n. 2). Tale definizione non contiene riferimenti ai concetti di 'orientamento sessuale' ed 'identità di genere'.

Inizialmente il riconoscimento dello *status* di rifugiato ai richiedenti LGBTI+ era ricondotto per lo più a persecuzioni per motivi politici e religiosi. Dalla seconda metà degli anni '90 si è invece iniziato a considerare l'orientamento sessuale e l'identità di genere come elementi idonei a determinare l'appartenenza del richiedente ad un particolare gruppo sociale. Non c'era però uniformità tra i vari Stati, in mancanza di fonti normative e linee guida comuni.

1.1.2 Principi di Yogyakarta del 2007

Il primo riferimento alla rilevanza di orientamento sessuale e identità di genere ai fini della protezione internazionale è contenuto nei principi Yogyakarta del 2007, redatti da un gruppo di esperti in materia di diritti umani; si tratta di un testo non vincolante per gli Stati, che tuttavia riflette principi consolidati del diritto internazionale.

Il principio 23 sancisce il diritto di avvalersi della protezione internazionale e di non essere rimpatriati in caso di persecuzioni legate a orientamento sessuale ed identità di genere.

Secondo la definizione contenuta nei principi di Yogyakarta, l'orientamento sessuale «*si riferisce alla capacità di una persona di provare una profonda attrazione emotiva, affettiva e sessuale, e di avere rapporti intimi con persone di genere diverso, dello stesso genere o di più di un genere*»; l'identità di genere «*si riferisce all'esperienza intima e individuale, per ogni persona, del proprio genere, che può corrispondere o meno al sesso assegnatole alla nascita, e che comprende la percezione del proprio corpo (fra cui, se liberamente scelta, la modifica dell'aspetto o della funzionalità corporea con interventi medici, chirurgici o di altro tipo) ed altre manifestazioni di genere, fra cui il modo di vestire, di parlare e di comportarsi*».

1.1.3 Nota ACNUR di novembre 2008

La nota dell'ACNUR di novembre 2008, contenente indicazioni sulle domande di *status* di rifugiato relative a orientamento sessuale e identità di genere, rappresenta un primo strumento comune per valutare la rilevanza di orientamento sessuale e identità di genere ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato.

Con questo intervento, l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (ACNUR o UNHCR) ha inteso promuovere una maggiore consapevolezza da parte delle autorità competenti alla valutazione delle domande d'asilo riguardo alle esperienze specifiche dei richiedenti LGBT+, anche in considerazione del loro crescente numero.

L'ACNUR chiarisce che, sebbene la libertà di orientamento sessuale non sia riconosciuta in maniera esplicita quale diritto umano internazionale, tuttavia, sulla base dei principi del diritto internazionale "*è ampiamente stabilito che le persone LGBT hanno diritto ai diritti umani su basi uguali alle altre persone*".

Parimenti, l'orientamento sessuale, pur non figurando tra i motivi di persecuzione indicati nell'art. 1 della Convenzione di Ginevra, può assumere rilevanza ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato: infatti, "*l'orientamento sessuale costituisce una parte fondamentale dell'identità umana, al pari delle cinque caratteristiche dell'identità umana che costituiscono la base su cui si fonda la definizione di rifugiato: razza, religione, nazionalità, appartenenza a un particolare gruppo sociale e opinione politica. Le domande relative all'orientamento sessuale e all'identità di genere sono riconosciute prevalentemente in base (...) all'appartenenza a un particolare gruppo sociale, ma in determinate circostanze possono essere legate anche ad altre fattispecie, in particolare quelle dell'opinione politica e della religione*".

In generale, "*gli individui LGBT possono essere soggetti ad abuso e discriminazione di natura fisica, sessuale e verbale da parte delle autorità dello Stato e delle loro famiglie o comunità a causa di chi essi sono o di chi sono percepiti essere. (...) Quando queste azioni di abuso e discriminazione restano impunite e/o quando l'orientamento LGBT è perseguito penalmente, tali individui possono, se essi chiedono asilo su queste basi giuridiche, rientrare nella definizione di rifugiato così come contemplata dalla Convenzione del 1951 relativa allo status dei rifugiati*".

1.1.4 Linee Guida ACNUR del 2012

Le linee guida n.9 dell'ACNUR del 23 ottobre 2012 in materia di protezione internazionale, relative alle domande di riconoscimento dello *status* di rifugiato fondate sull'orientamento sessuale e/o l'identità di genere, integrano le Linee Guida n. 1 del maggio 2002, relative alla persecuzione di genere.

L'ACNUR osserva come in molti Paesi di asilo sia aumentata la consapevolezza che a coloro che fuggono la persecuzione per motivi legati all'orientamento sessuale e/o all'identità di genere può essere riconosciuto lo *status* di rifugiato, ma come, allo stesso tempo, l'applicazione della definizione di rifugiato in quest'ambito rimanga incoerente.

Le Linee Guida del 2012 ribadiscono che le persone LGBTI+[234], al pari di tutti gli altri esseri umani, hanno il diritto di godere della tutela dei diritti umani disposta dal diritto internazionale sulla base dei principi di uguaglianza e non discriminazione; poiché i diritti fondamentali e il principio di non discriminazione sono aspetti centrali della Convenzione del 1951 e del diritto internazionale dei rifugiati, la definizione di 'rifugiato' deve essere interpretata e applicata tenendo in considerazione questi aspetti, compreso il principio di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere.

Rivestono dunque rilevanza, ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato, i rischi di persecuzione legati all'orientamento sessuale e/o all'identità di genere, reali o percepiti.

Per quanto riguarda la valutazione delle domande d'asilo delle persone LGBTI, l'ACNUR invita gli Stati a considerare che, a causa dei molteplici livelli di discriminazione cui sono soggette, "*le persone LGBTI sono spesso socialmente emarginate e si ritrovano isolate dalle loro comunità e dalle loro famiglie. È comune inoltre che alcuni di questi individui nutrano sentimenti di vergogna e/o di omofobia interiorizzata. Questi e altri fattori potrebbero inibirli dall'informare i responsabili dell'esame della loro domanda d'asilo del fatto che il loro reale timore di persecuzione sia legato al loro orientamento sessuale e/o alla loro identità di genere*"; inoltre "*il contesto di provenienza del richiedente può influire sul modo in cui*

234 A differenza della nota di novembre 2008, che utilizza l'espressione LGBT (precisando che "*viene preferita al termine "omosessuali" poiché quest'ultimo tende a non assegnare la dovuta rilevanza alle persone lesbiche, bisessuali e transgender*"), le linee guida del 2012 impiegano l'acronimo LGBTI.

(...) esprime il suo orientamento sessuale e/o la sua identità di genere, o può spiegare i motivi per i quali non viva apertamente come LGBTI. È importante che le decisioni in merito alle domande di riconoscimento lo status di rifugiato non siano fondate su una conoscenza superficiale delle esperienze delle persone LGBTI, oppure su presupposti errati, culturalmente inappropriati o stereotipati".

1.1.5 Art. 3 CEDU e giurisprudenza della Corte di Strasburgo

La Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo non menziona la protezione internazionale; tuttavia, all'art. 3 stabilisce che *"nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti"*.

Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo il divieto di cui all'art. 3 della Convenzione opera anche nel caso in cui gli Stati firmatari dispongano il respingimento o l'espulsione di stranieri verso Stati in cui non sarebbero protetti dal pericolo di tortura o trattamenti o pene inumani o degradanti. Questa norma può dunque trovare applicazione in alcuni casi di cittadini stranieri che, nel Paese di origine, sarebbero esposti al rischio di subire persecuzioni per l'orientamento sessuale e/o l'identità di genere (ad esempio, laddove il riconoscimento dello *status* di rifugiato non sia possibile per la presenza di cause di esclusione, o siano sopravvenuti motivi di revoca o cessazione).

Pur ribadendo di non volere interferire nella disciplina del diritto d'asilo dei singoli ordinamenti, né nella valutazione delle domande di protezione da parte delle autorità interne competenti, la Corte di Strasburgo impone agli Stati di offrire protezione agli stranieri che, se respinti o allontanati verso il Paese d'origine, si troverebbero esposti al rischio di subire le suddette violazioni dei diritti umani, precisando che la tutela si estende alle violazioni potenziali e prescinde dall'esistenza di condizioni ostative al riconoscimento dello *status* di rifugiato. Simili considerazioni sono state svolte dalla Corte anche con riferimento all'art. 2 della Convenzione, in relazione al caso in cui il respingimento o l'espulsione dello straniero ne ponga in pericolo la vita a causa dell'imposizione della pena di morte.

La tutela prevista dall'art. 3 CEDU è di portata più ampia rispetto a quella di cui all'art. 33 della Convenzione di Ginevra (relativo al divieto di espulsione e respingimento) e non è soggetta alle deroghe di cui all'art. 15 CEDU. Nessun rilievo possono dunque assumere, ai fini dell'applicazione dell'art. 3 CEDU, i comportamenti posti in essere dallo straniero, compresa l'appartenenza ad organizzazioni terroristiche e la sua eventuale pericolosità per la sicurezza dello Stato.

1.2 Normativa di diritto interno

Nell'ordinamento italiano, il quadro normativo di riferimento in tema di protezione internazionale delle persone LGBTI+ è attualmente costituito dalle seguenti fonti.

1.2.1 Art. 10, comma 3 Costituzione

L'art. 10, comma 3 della Costituzione sancisce il diritto di asilo nel territorio italiano dello straniero al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana.

La giurisprudenza ha chiarito che si tratta di una norma programmatica, che trova attuazione nelle leggi che disciplinano il procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale (attualmente regolato dai D.lgs. n. 251/07 e 25/08). Tale disciplina è pressoché interamente contenuta

in norme che recepiscono nell'ordinamento interno il contenuto di direttive europee[235].

A questo proposito, è utile ricordare che, sebbene i due termini siano spesso usati come sinonimi, l'istituto del diritto di asilo non coincide con il riconoscimento dello *status* di rifugiato, per ottenere il quale non è sufficiente che nel Paese d'origine siano represse le libertà fondamentali, ma occorre anche un rischio di persecuzione nei confronti del richiedente. Inoltre, l'istituto della protezione internazionale, introdotto dalla normativa dell'Unione europea, comprende due distinte categorie giuridiche: i rifugiati, disciplinati dalla Convenzione di Ginevra del 1951 e le persone ammissibili alla protezione sussidiaria (di cui possono beneficiare gli stranieri privi dei requisiti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, ossia coloro i quali non possono dimostrare l'esistenza del rischio di subire persecuzioni, ma nei cui confronti sussistono fondati motivi per ritenere che nel Paese di origine correrebbero il rischio di subire un danno grave, come definito dalla legge).

1.2.2 D.lgs. n. 251/07

Il D.lgs. n. 251 del 2007 attua la direttiva 2004/83/CE (cd. direttiva qualifiche), ora rifusa nella direttiva 2011/95/UE (attuata con D.lgs. n. 18/14, che ha modificato il D.lgs. n. 251/07), recante norme minime sull'attribuzione della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta.

L'**art. 2**, con definizione che riprende il dettato della Convenzione di Ginevra del 1951, stabilisce che per «rifugiato» s'intende "*il cittadino straniero il quale, per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza a un determinato gruppo sociale o opinione politica, si trova fuori dal territorio del Paese di cui ha la cittadinanza e non può, o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di tale Paese, oppure apolide che si trova fuori dal territorio nel quale aveva precedentemente la dimora abituale per le stesse ragioni succitate e non può, o, a causa di tale timore, non vuole farvi ritorno, ferme le cause di esclusione di cui all'art. 10*" (art. 2 d.lgs. n. 251/07).

L'**art. 8, lett. d)** precisa che "particolare gruppo sociale" è "*quello costituito da membri che condividono una caratteristica innata o una storia comune, che non può essere mutata oppure condividono una caratteristica o una fede che è così fondamentale per l'identità o la coscienza che una persona non dovrebbe essere costretta a rinunciarvi, ovvero quello che possiede un'identità distinta nel Paese di origine, perché vi è percepito come diverso dalla società circostante. In funzione della situazione nel Paese d'origine, un particolare gruppo sociale può essere individuato in base alla caratteristica comune dell'orientamento sessuale, fermo restando che tale orientamento non includa atti penalmente rilevanti ai sensi della legislazione italiana ai fini della determinazione dell'appartenenza a un determinato gruppo sociale o dell'individuazione delle caratteristiche proprie di tale gruppo, si tiene debito conto delle considerazioni di genere, compresa l'identità di genere*".

I riferimenti all'orientamento sessuale e all'identità di genere contenuti nell'art. 8, lett. d) D.lgs. n. 251/07 sono stati introdotti dal D.lgs. n. 18 del 21 febbraio 2014.

235 Dagli anni '90 l'Unione Europea è impegnata nella creazione di un sistema europeo d'asilo, finalizzato a garantire un approccio comune degli Stati membri in materia di asilo, con elevati standard di protezione per i rifugiati. Il fondamento giuridico del sistema europeo d'asilo è l'art. 76 del Trattato di Lisbona, che attribuisce all'Unione Europea lo sviluppo di un sistema comune in materia di asilo, protezione sussidiaria e protezione temporanea, finalizzata ad offrire uno *status* appropriato a qualsiasi cittadino di un Paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il principio di non respingimento; tale politica deve essere conforme alla Convenzione di Ginevra del 26 luglio 1951 e al protocollo 31 gennaio 1967 e agli altri trattati pertinenti.

L'**art. 5** precisa che le persecuzioni rilevanti ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato possono provenire sia dallo Stato, sia da soggetti non statuali, se le autorità non possono o non vogliono fornire protezione. L'**art. 7** stabilisce inoltre che esse debbano essere sufficientemente gravi, per natura o frequenza, da rappresentare una violazione grave dei diritti umani fondamentali, in particolare per i diritti per cui qualsiasi deroga è esclusa ai sensi dell'art. 15 CEDU, oppure costituire la somma di diverse misure, tra cui violazioni dei diritti umani, il cui impatto sia sufficientemente grave da esercitare un analogo effetto sulla persona.

L'**art. 3, comma 5**, in tema di valutazione di elementi o aspetti delle dichiarazioni del richiedente non suffragati da prove, stabilisce che essi siano considerati veritieri se: "*a) il richiedente ha compiuto ogni ragionevole sforzo per circostanziare la domanda; b) tutti gli elementi pertinenti in suo possesso sono stati prodotti ed è stata fornita una idonea motivazione dell'eventuale mancanza di altri elementi significativi; c) le dichiarazioni del richiedente sono ritenute coerenti e plausibili e non sono in contraddizione con le informazioni generali e specifiche pertinenti al suo caso, di cui si dispone; d) il richiedente ha presentato la domanda di protezione internazionale il prima possibile, a meno che egli non dimostri di aver avuto un giustificato motivo per ritardarla; e) dai riscontri effettuati il richiedente è, in generale, attendibile. Nel valutare l'attendibilità del minore, si tiene conto anche del suo grado di maturità e di sviluppo personale*".

1.2.3 D.lgs. n. 25/08

Il D.lgs. n. 25/08 ha dato attuazione alla direttiva 2005/85/CE (cd. direttiva procedure), recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato.

L'**art. 2, lett. e)** definisce "*status* di rifugiato" "*il riconoscimento da parte dello Stato di un cittadino straniero quale rifugiato, a seguito dell'accoglimento della domanda di protezione internazionale, secondo le procedure definite dal presente decreto*".

L'**art. 32, comma 3** prevede che "*nei casi in cui non accolga la domanda di protezione internazionale e ricorrano i presupposti di cui all'art. 19, commi 1 e 1.1. del d.lgs. n. 286/98 la Commissione Territoriale trasmette gli atti al questore per il rilascio di un permesso di soggiorno annuale recante la dicitura "protezione speciale", salvo che possa disporsi l'allontanamento verso uno Stato che provvede ad accordare una protezione analoga*".

1.2.4 D.lgs. n. 286/98

Il D.Lgs. n. 286/98 contiene il Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero.

L'art. 19, recante "*divieti di espulsione e di respingimento* e *disposizioni in materia di categorie vulnerabili*", al comma 1 sancisce ed amplia il c.d. principio di non respingimento o principio di *non-refoulement*, stabilito anche dalla Convenzione di Ginevra del 1951 (art. 33)[236] e, con il successivo comma 1.1

236 Art. 33 – Divieto d'espulsione e di rinvio al confine

1. Nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche.

2. La presente disposizione non può tuttavia essere fatta valere da un rifugiato se per motivi seri

(inserito dalla Legge n. 110/2017 e modificato dal D.L. n. 130/2020), estende la tutela, vietando il respingimento, l'espulsione e l'estradizione dello straniero verso uno Stato in cui si troverebbe esposto al rischio di tortura.

L'**art. 19 comma 1** prevede che *"in nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinviato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione"*.

Ai sensi dell'**art. 19 comma 1.1**, *"non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura o a trattamenti inumani o degradanti. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani. Non sono altresì ammessi il respingimento o l'espulsione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, a meno che esso non sia necessario per ragioni di sicurezza nazionale ovvero di ordine e sicurezza pubblica. Ai fini della valutazione del rischio di violazione di cui al periodo precedente, si tiene conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine"*[237].

L'applicazione di tale norma può conseguire, tra l'altro, all'esistenza o al sopravvenire di cause esclusione e/o di revoca della protezione internazionale.

1.2.5 D.lgs. n. 142/15

Il d.lgs. n. 142/15, di attuazione delle direttive europee 2013/32/UE e 2013/33UE, regola l'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale.

L'**art. 17, comma 1**, in tema di accoglienza di persone portatrici di esigenze particolari, dispone che le misure di accoglienza tengano conto della specifica situazione delle persone vulnerabili, quali, tra gli altri, coloro che abbiano subito *"forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale o legata all'orientamento sessuale o all'identità di genere"*.

---

egli debba essere considerato un pericolo per la sicurezza del paese in cui risiede oppure costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto paese.

237 E' attualmente in corso l'esame del disegno di legge di conversione del d.l. n. 130/2020; tra le proposte di emendamenti finora approvate vi è la modifica dell'art. 19, comma 1.1., con l'aggiunta dei motivi di orientamento sessuale e identità di genere tra i rischi di persecuzione in presenza dei quali sono vietati espulsione, respingimento ed estradizione dello straniero. Il divieto di espulsione, respingimento ed estradizione verso un Paese in cui lo straniero rischi di subire persecuzioni per motivi di orientamento sessuale e identità di genere è peraltro affermato da costante giurisprudenza.

CAPITOLO 2
RACCOLTA GIURISPRUDENZIALE IN MATERIA DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE

A cura di Daniela Di Rosa

NORME DI RIFERIMENTO

Articoli 10, 17, 18, 19, 21 della Costituzione
Articoli 2 lettera e), 3 comma V, 5, 7, 8 comma I del Decreto Legislativo n. 251/07
Articolo 2, lettera d) della Direttiva 2011/95/UE
Articoli 3 e 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo
Articoli 1 e 2 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani
Articolo 1 lettera A n. 2) della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, terza sezione (Pres. Lemmens), sentenza del 17 novembre 2020, B. e C. contro Svizzera, ricorsi nn. 889/19 e 43987/16

Rimpatrio – Rischio di maltrattamenti per orientamento sessuale – Obbligo di protezione da parte dello Stato - Art. 3 CEDU - Violazione

Il fatto

I ricorrenti, B. e C., erano una coppia omosessuale residente in Svizzera composta da un cittadino gambiano ed uno svizzero, che avevano convissuto fino alla morte del secondo il 15 dicembre 2019. Il ricorrente gambiano viveva in Svizzera dal 2008; la sua domanda di asilo era stata respinta, poiché le autorità non avevano ritenuto credibili le sue dichiarazioni in merito ai maltrattamenti subiti.

Nel 2014 i ricorrenti avevano registrato la convivenza ed il ricorrente svizzero (sig. C) aveva presentato richiesta di ricongiungimento familiare con il compagno gambiano; la richiesta era stata rigettata e l'Ufficio di Sicurezza e Giustizia del Cantone di San Gallo aveva negato il diritto di B. a rimanere in Svizzera nelle more dell'impugnazione; B. era rimasto tuttavia in Svizzera, avendo ottenuto un provvedimento cautelare dalla Corte Europea. Il provvedimento dell'Ufficio di Sicurezza e Giustizia del Cantone di San Gallo era stato quindi impugnato nella parte relativa al ricongiungimento familiare. La Corte Suprema Federale aveva rilevato che il ricorrente aveva legami familiari in Gambia, dove la situazione degli omosessuali era migliorata e non aveva ritenuto credibile che in Gambia il suo orientamento sessuale avrebbe attirato l'attenzione delle autorità o della popolazione; aveva inoltre notato che B. non era ben integrato in Svizzera e vi erano precedenti penali a suo carico e aveva affermato l'esistenza di un superiore interesse pubblico all'allontanamento del richiedente dal paese, che

giustificava l'interferenza con il suo diritto.

Il 31 dicembre 2018 i ricorrenti adivano la Corte Europea.

La decisione

Il ricorso veniva deciso da una Camera di sette giudici. Essendo C. (il ricorrente svizzero) deceduto nelle more del giudizio, la sentenza riguardava solo il ricorso presentato da B.

Sulla base dell'art. 3 della Convenzione, B. lamentava che il rimpatrio l'avrebbe esposto al rischio di subire trattamenti inumani.

La Corte ribadiva che l'esistenza in un paese di leggi che vietino gli atti omosessuali non rende il respingimento verso quel paese contrario alla Convenzione. Notava poi che, nel caso di specie, non vi erano dubbi circa l'omosessualità del ricorrente, ma, come rilevato dai giudici nazionali, non era credibile il racconto dei maltrattamenti subiti; poiché il ricorrente si trovava ancora in Svizzera, era necessario esaminare l'attuale situazione in Gambia, dove in caso di rimpatrio il suo orientamento sessuale avrebbe potuto essere scoperto. Le autorità svizzere avevano negato tale pericolo; inoltre, non avevano accertato se le autorità gambiane avrebbero potuto e voluto fornire protezione al ricorrente contro maltrattamenti posti in essere da agenti non statuali a causa del suo orientamento sessuale. Il Regno Unito e altre parti intervenute avevano affermato che le autorità gambiane non erano interessate a fornire protezione alle persone LGBTI nel paese.

Secondo la Corte Europea, i giudici svizzeri non avevano adeguatamente valutato il rischio che il ricorrente subisse maltrattamenti in Gambia in quanto omosessuale, né la possibilità che ottenesse protezione dallo Stato di fronte a violenze poste in essere da agenti non statuali. Pertanto, la Corte ha ritenuto che il rimpatrio del ricorrente in Gambia, senza una nuova valutazione di questi aspetti, avrebbe comportato la violazione dell'art. 3 della Convenzione.

La massima

L'orientamento sessuale costituisce parte fondamentale dell'identità della persona e nessuno può essere costretto a celare la propria identità sessuale per evitare persecuzioni. Viola l'art. 3 della Convenzione il rimpatrio del cittadino straniero disposto senza previa verifica, da un lato, dell'esistenza del rischio che questi subisca maltrattamenti in patria a causa del suo orientamento sessuale e, dall'altro, della possibilità che ottenga protezione dallo Stato di fronte a violenze poste in essere da agenti non statuali.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, quarta sezione (Pres. Lubarda), sentenza del 16 luglio 2020, Rana contro Ungheria, ricorso n. 40888/17

Rettifica anagrafica - Status di rifugiato – Bilanciamento tra interesse pubblico e diritto del richiedente alla vita privata – Art. 8 CEDU Violazione

Il fatto

Il ricorrente, *transgender* iraniano rifugiato in Ungheria, aveva presentato istanza di rettifica anagrafica in tale paese. Motivo del riconoscimento dello *status* di rifugiato era il rischio di persecuzione in Iran a causa dell'identità di genere. L'autorità ungherese aveva rigettato l'istanza di rettifica anagrafica, affermando che, in questa materia, la giurisdizione era del giudice del luogo di nascita del richiedente e nel caso di specie era pertanto necessario che questi potesse esibire un certificato di nascita ungherese.
Avendo esaurito i mezzi di tutela interni, il ricorrente adiva la Corte EDU adducendo la violazione da parte dell'Ungheria dell'art. 8 della convenzione.

La decisione

La Corte accoglieva il ricorso, rilevando una violazione dell'art. 8.

La massima

Sussiste l'obbligo positivo degli Stati firmatari di porre in essere tutte le misure necessarie affinché anche chi non può vantare la registrazione della sua nascita nello Stato in cui risiede, possa accedere a una procedura per la modifica del nome.
Nel caso di specie l'Ungheria, non concedendo accesso alla procedura di rettifica anagrafica a un cittadino iraniano rifugiato, non ha effettuato un corretto bilanciamento tra l'interesse pubblico e il diritto del richiedente al rispetto della vita privata e familiare, con conseguente violazione dell'art. 8 della Convenzione.

Corte di Cassazione, seconda sezione civile, ordinanza del 28 settembre 2020 n. 20385 (Pres. Manna)

Procedimentalizzazione legale della decisione – Impossibilità di provare l'omosessualità – Onere del giudice ex art. 3 c. 5 D.Lgs. n. 251/07 di effettuare verifica di credibilità razionale della vicenda narrata.

Il fatto

Il richiedente, proveniente dalla Nigeria, aveva dichiarato di aver lasciato il proprio paese di origine per la propria omosessualità e per essere stato accusato di aver abusato di un altro giovane con il quale aveva una relazione (accusa formulata dai genitori di quest'ultimo, che facevano parte di una setta e lo avevano minacciato di morte). Intimorito da queste minacce, era fuggito dalla Nigeria e temeva in caso di rimpatrio di subire vendetta del padre del compagno o l'arresto da parte della polizia.

Il Tribunale riteneva applicabile il principio dell'onere della prova attenuato, con attribuzione all'autorità giudiziaria di poteri officiosi per l'acquisizione delle informazioni necessarie a conoscere l'ordinamento giuridico e la situazione del paese d'origine del richiedente. Esaminata la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, secondo cui l'omosessualità costituisce una condizione oggettiva di pericolo nel caso in cui sia considerata reato nel paese di provenienza, il Tribunale evidenziava l'impossibilità o l'estrema difficoltà di soddisfare l'onere probatorio in ordine alla condizione di omosessualità.

Pertanto, essendo il racconto plausibile e poiché in Nigeria l'omosessualità è sanzionata penalmente e le sanzioni vengono applicate in concreto, pur non risultando nella specie una denuncia o altro provvedimento sanzionatorio a carico del ricorrente, secondo il Tribunale la richiesta di protezione internazionale non poteva essere disattesa.

Il Ministero dell'Interno proponeva ricorso per Cassazione sulla base di due motivi. Il primo motivo di ricorso riguardava la violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 3, 7 e 8 D.Lgs. n. 251/07 e dell'art. 1, lett. A, punto 2 della Convenzione di Ginevra del 1951, in quanto nella pronuncia impugnata non vi era alcuna valutazione sulla buona fede soggettiva, né alcuna indicazione di come, in applicazione degli indici legali, il narrato del richiedente avesse superato il vaglio di credibilità richiesto. Il secondo motivo di ricorso riguardava la nullità della sentenza in relazione all'art. 132 c.p.c., per apparenza della motivazione, in quanto non vi sarebbe stata alcuna motivazione circa le ragioni per le quali il racconto del richiedente potesse ritenersi credibile e il giudizio espresso non sarebbe stato conforme alle linee guida dell'UNHCR.

La decisione

Secondo la Corte di Cassazione, entrambi i motivi di ricorso formulati dal Ministero dell'Interno erano fondati e la sentenza veniva cassata con rinvio alla Corte d'Appello dell'Aquila in diversa composizione.

La massima

Il legislatore non ha affidato la valutazione di credibilità delle dichiarazioni del richiedente asilo alla mera opinione del Giudice, ma ha previsto una procedimentalizzazione legale della decisione, da compiersi non sulla base della mera mancanza di riscontri oggettivi, ma alla stregua dei criteri indicati nell'art. 3 D.Lgs. n. 251/07.

Anche nel caso in cui il racconto del richiedente riguardi la sua sfera sessuale, il Giudice non può ritenersi esonerato dal motivare le ragioni per le quali egli deve essere ritenuto credibile sulla scorta dei consueti parametri di cui all'art. 3 c. 5 D.Lgs. n. 251/07.

Nel caso di specie, il giudice del merito ha errato nel fondare la propria decisione sul rilievo che le dichiarazioni del richiedente non possono essere sindacate, stante l'impossibilità di provare la condizione di omosessualità. Anche in questi casi, è onere del giudice, ai sensi dell'art. 3 c. 5 D.Lgs. n. 251/07, sottoporre le dichiarazioni del richiedente, ove non suffragate da prove, non soltanto ad un controllo di coerenza interna ed esterna, ma anche ad una verifica di credibilità razionale della concreta vicenda narrata a fondamento della domanda.

Corte di Cassazione, terza sezione civile, ordinanza del 8 luglio 2020 n. 24183 (Pres. Vivaldi)

Attendibilità complessiva del richiedente – Fuga preventiva – Esame di tutti i fatti rilevanti

Il fatto

Il ricorrente aveva posto a fondamento della domanda di protezione internazionale il grave rischio di persecuzione

cui si sarebbe trovato esposto a causa della sua omosessualità nel paese di origine, ove tale orientamento era punito con l'ergastolo, esponendo i cittadini che ne erano accusati a varie forme di abusi e torture da parte delle forze dell'ordine, pericolo dimostrato anche dalla circostanza che l'uomo con cui aveva avuto rapporti sessuali era misteriosamente sparito.
La domanda di protezione era stata rigettata dalla Commissione Territoriale ed anche il Tribunale aveva respinto il ricorso presentato dal richiedente, il quale aveva adito la Corte d'Appello di Roma.
La Corte d'Appello, pur ammettendo che il codice penale del paese d'origine del ricorrente puniva l'orientamento omosessuale (anche non pubblicamente manifestato) e pur affermando che ciò avrebbe potuto consentire il riconoscimento dello *status* di rifugiato, aveva respinto l'appello, sostenendo che non era possibile ritenere attendibile il dichiarato orientamento sessuale del richiedente e che era inoltre impossibile acquisire riscontri probatori, visto che la fuga dal paese d'origine era stata preventiva, essendo avvenuta prima che la sua omosessualità fosse scoperta e che fosse messa in atto contro di lui qualsiasi forma di persecuzione.
Nel giudizio di Cassazione, il ricorrente rilevava come la motivazione della sentenza d'appello omettesse di dare conto della sua condizione personale, ritenuta non credibile in modo apodittico e senza alcun riferimento ai criteri di cui all'art. 3 D.Lgs. n. 251/07. In particolare, la Corte d'Appello, trincerandosi dietro l'assenza di persecuzione attuale nei suoi confronti, aveva omesso di valutare i rischi concreti a cui sarebbe stato esposto in patria a causa dell'omosessualità.

La decisione

La Corte di Cassazione accoglieva il ricorso, cassando la sentenza con rinvio alla Corte d'Appello di Roma, evidenziando come il giudice dell'appello non avesse esaminato tutti i fatti dandone conto in modo logico in ossequio all'art. 132 n. 4 c.p.c. e il percorso argomentativo del rigetto non mostrasse la linea consequenziale tra la premessa e la conclusione; la Corte d'Appello, infatti, aveva omesso di considerare le dichiarazioni rese dal richiedente in merito alla propria omosessualità ed al pericolo cui essa l'avrebbe esposto in caso di ritorno in patria.

La massima

Ai sensi dell'art. 3, c. 5 lett. e) D.Lgs. n. 251/07, nella valutazione di credibilità si deve verificare anche se il richiedente "*è, in generale, attendibile*". Pur senza escludere, in astratto, che una specifica incongruenza relativa anche soltanto ad un profilo accessorio possa, per il ruolo specifico della circostanza narrata, inficiare del tutto la valutazione di credibilità del ricorrente, la norma, ponendo come condizione che il racconto sia "*in generale, attendibile*", non può che essere intesa nel senso di ritenere sufficiente che il racconto sia credibile "*nell'insieme*" - e dunque, attribuendo alle parole il loro esatto valore semantico, e cioè all'inciso "*in generale*" quello di "*complessivamente*" o "*globalmente*".

Corte di Cassazione, prima sezione civile, ordinanza n. 23891 del 30 giugno 2020 (Pres. Sangiorgio – Rel. Dolmetta)

Credibilità delle dichiarazioni sull'orientamento sessuale – Valutazione basata su giudizi morali e opinioni personali – Violazione dell'art. 3 D.Lgs. n. 251/07 – Omosessualità - Appartenenza ad un determinato gruppo sociale

Il fatto

Il ricorrente, cittadino del Gambia, aveva presentato ricorso al Tribunale di Venezia avverso il provvedimento della Commissione territoriale di Verona di diniego del riconoscimento della protezione internazionale. Il Tribunale di Venezia aveva rigettato il ricorso.

Con riferimento alla richiesta di riconoscimento dello *status* di rifugio, il giudice del merito aveva ritenuto il racconto del richiedente non credibile e inverosimile, affermando che "*Né in sede di audizione amministrativa, né in sede di audizione giudiziale (...) ha fatto alcun riferimento a un percorso di presa di consapevolezza sofferta, specie in un contesto come quello del paese di provenienza in cui essere omosessuale è contrario alla legge, limitandosi a riferire di aver scoperto di essere omosessuale all'età di 16-17 anni*" ed "*ha dichiarato che, da quando è arrivato in Italia, non ha avuto alcun tipo di rapporto omosessuale*", ciò che, secondo il giudice di merito, deponeva nel senso della "non credibilità", "*essendo contrario a logica che questi non abbia deciso o sentito il bisogno di vivere pienamente la propria omosessualità*".

Avverso il decreto del Tribunale di Venezia il richiedente proponeva ricorso per Cassazione, lamentando, tra l'altro,

violazione dell'art. 3, comma 5 D.Lgs. n. 251/07 e dell'art. 8, comma 3 D.Lgs. n. 25/08, per avere il Collegio violato i canoni legali di interpretazione degli elementi istruttori. Secondo il ricorrente, il Tribunale di Venezia aveva omesso ogni istruttoria, affidandosi a idee stereotipate dell'omosessualità e pregiudizi, quali il dover dimostrare "*un percorso di consapevolezza sofferta*", o il dovere di intrattenere rapporti omosessuali in Italia al fine di risultare credibile.

La decisione

La Corte di Cassazione accoglieva il ricorso e cassava il decreto, con rinvio al Tribunale di Venezia in diversa composizione.

In particolare, la Corte rilevava come l'assunto formulato dal giudice di merito, per cui l'appartenenza a un orientamento omosessuale dovrebbe rispondere - in via pressoché necessaria - a uno schema di «consapevolezza sofferta» del soggetto, fosse autoreferenziale e privo di una base di razionalità. Secondo la Corte, l'affermazione contenuta nel decreto era espressione di un giudizio morale, rispondente a una mera opinione personale del giudicante. Parimenti espressione di opinioni personali era l'assunto secondo cui, per «vivere pienamente la propria omosessualità», occorrerebbe intrattenere di rapporti di tale genere: ad avviso della Corte, l'affermazione della sussistenza di un legame «fisiologico» tra ricerca inesausta di rapporti e orientamento omosessuale è frutto di un pregiudizio ingiustificato e si manifesta come prodotto di una lettura di mortificazione punitiva - sul piano della «moralità sociale» - degli orientamenti omosessuali, che si pone agli antipodi dei principi espressi dalla Costituzione.

La massima

Posto l'innegabile margine di discrezionalità che caratterizza la valutazione di credibilità delle dichiarazioni del richiedente (sia in sé, sia in ragione delle difficoltà probatorie che pone la materia della protezione internazionale), al riguardo si debbono in ogni caso escludere i giudizi che riflettono delle mere opinioni del giudice, come pure quelli che risultano frutto proprio di soggettivistiche sue impressioni e/o suggestioni (cfr. Cass. 9 luglio 2020, n. 14671; Cass. 10 giugno 2010, n. 11170). La materia richiede, in altri termini, un controllo particolarmente attento in punto di coerenza, plausibilità e attendibilità della motivazione che in concreto risulta effettuata (così come non manca di segnalare, del resto, la disposizione dell'art. 3, comma 5, d.lgs. n. 251/2007).

L'orientamento sessuale del richiedente - assunto nel suo essere tale ovvero pure come partecipazione a un gruppo, o nucleo, sociale che sia connotato in modo determinante da un peculiare orientamento sessuale - ben può risultare fattore rilevante e, nel caso, anzi determinante, in relazione al riconoscimento della protezione internazionale (cfr., Cass. 5 luglio 2020, n. 15048; Cass. 4 febbraio 2020, n. 2458). La giurisprudenza della Cassazione, infatti, ha spiegato che l'orientamento sessuale del richiedente (nella specie, l'omosessualità) costituisce fattore di individuazione del "particolare gruppo sociale", la cui appartenenza, ai sensi dell'art. 8, comma 1, lett. d), D.Lgs. n. 251/2007, costituisce ragione di persecuzione idonea a fondare il riconoscimento dello status di rifugiato.

Corte di Cassazione, prima sezione civile, ordinanza n. 9815 del 26 maggio 2020 (Pres. Petiti – Rel. Russo)

Omosessualità - Appartenenza a un determinato gruppo sociale – Valutazione secondo i criteri di cui all'art. 3 D.Lgs. n. 251/07

Il fatto

Il richiedente, cittadino del Gambia, aveva lasciato il suo paese perché omosessuale, temendo di essere sottoposto a processo e di subire trattamenti inumani e degradanti, atteso che in Gambia l'omosessualità è un reato. La domanda veniva rigettata dalla Commissione Territoriale, il ricorso avverso tale decisione veniva rigettato dal Tribunale di Palermo e successivamente dalla Corte d'Appello. La Corte d'Appello di Palermo riteneva che il giudice di primo grado avesse esaustivamente evidenziato le circostanze che portavano a ritenere inattendibili le dichiarazioni del richiedente riguardo la propria omosessualità. Il richiedente proponeva ricorso per Cassazione.

La decisione

La Corte di Cassazione riteneva fondati i primi due motivi di ricorso, che esaminava congiuntamente. Con il primo, il ricorrente lamentava la violazione e falsa applicazione di norme di diritto in relazione alla Direttiva 2004/83/CE, come recepita dal Decreto Legislativo n. 251/07,

affermando che i giudici non avevano assolto al dovere di cooperazione istruttoria. Il secondo motivo riguardava la violazione e falsa applicazione di norme di diritto in relazione al D.Lgs. n. 251/07, articoli 3 e 5, in quanto la valutazione di credibilità non era stata effettuata secondo le regole procedimentali poste dagli articoli 3 e 5, essendosi i giudici limitati ad affermare che il ricorrente aveva reso dichiarazioni poco credibili sulla propria omosessualità.
In accoglimento dei suddetti motivi, la sentenza veniva cassata con rinvio al giudice del merito perché procedesse ad un nuovo ed appropriato esame delle dichiarazioni rese dal richiedente asilo, al fine di valutare, secondo le regole e i principi enunciati dalla Cassazione, se potesse ritenersi provata una condizione individuale di esposizione a rischio di atti persecutori *ex* art. 8 D.Lgs. n. 251/07, lettera d), ovvero di trattamento inumano e degradante ex art. 14, lettera b) D.Lgs. n. 251/07.

La massima

L'orientamento sessuale è un elemento idoneo a dimostrare l'appartenenza del richiedente ad un particolare gruppo sociale, ai sensi dell'art. 2 lett. d) della direttiva 2011/95, quando il gruppo delle persone i cui membri condividono lo stesso orientamento sessuale è percepito dalla società circostante come diverso; quando gli Stati membri applicano il principio in base al quale incombe al richiedente motivare la domanda, le dichiarazioni del richiedente relative al suo orientamento sessuale che non sono suffragate da prove documentali o di altro tipo non necessitano di conferma, se le condizioni di cui a tale disposizione sono soddisfatte.Le dichiarazioni del richiedente asilo sul proprio orientamento sessuale devono essere valutate dal giudice secondo i criteri procedimentali di cui all'art. 3 D.Lgs. n. 251/07 e comparate con COI aggiornate e pertinenti e possono essere sufficienti da sole a dimostrare l'appartenenza al gruppo sociale a rischio persecutorio, ovvero la circostanza che nel paese d'origine il soggetto è stato percepito come tale.

Corte di Cassazione, prima sezione civile, ordinanza n. 7438 del 18 marzo 2020 (Pres. Campanile, Rel. Scotti)

Gambia - Reato di omosessualità nel paese di origine - Grave ingerenza nella vita privata dei cittadini - Dovere del giudice di verificare le conseguenze per il richiedente - Accoglimento

Il fatto

Il ricorrente, cittadino del Gambia, aveva impugnato innanzi al Tribunale di Perugia il provvedimento con cui la Commissione Territoriale aveva respinto la sua richiesta di protezione internazionale. L'uomo aveva riferito che nel suo Paese di origine era stato sorpreso dalla polizia mentre si trovava in compagnia di un ragazzo in atteggiamenti intimi ed era iniziato un procedimento penale nei loro confronti per omosessualità. Sia il ricorso in primo grado, sia l'appello erano stati respinti. Avverso la sentenza della Corte d'Appello di Perugia il richiedente proponeva ricorso per Cassazione sulla base di cinque motivi. Il primo motivo, accolto dalla Corte con assorbimento degli altri quattro, riguardava la carenza di motivazione circa la valutazione di non credibilità del racconto nella totale assenza di attività istruttoria, nonché la violazione dell'art. 111, comma 6 Cost., dell'art. 16 direttiva n. 2013/32/UE, degli artt. 112 e 132 c.p.c., dell'art. 3 D.Lgs. n. 251/2007.

La decisione

La Corte riteneva fondato il primo motivo di ricorso e assorbiti gli altri e cassava la sentenza con rinvio alla Corte d'Appello di Perugia, in diversa composizione.

La massima

In tema di protezione internazionale del cittadino straniero, la dichiarazione del richiedente di avere intrattenuto una relazione omosessuale, ove la valutazione circa la credibilità del dichiarante, secondo i parametri indicati nell'art. 3 D.Lgs. n. 251/07, si sia fondata esclusivamente sull'omessa conoscenza delle conseguenze penali del comportamento, impone al giudice del merito la verifica, anche officiosa, delle conseguenze che la scoperta di una tale relazione determina secondo la legislazione del Paese di provenienza dello straniero, perché qualora un ordinamento giuridico punisca l'omosessualità come un reato, questo costituisce una grave ingerenza nella vita privata dei cittadini, che ne compromette la libertà personale e li pone in una situazione di oggettivo pericolo.

Corte di Cassazione, sesta sezione civile, ordinanza n. 2458 del 4 febbraio 2020 (Pres. Bisogni, Rel. Dolmetta)

Senegal - Orientamento sessuale – Persecuzione - Status di rifugiato - Accoglimento

Il fatto

Il ricorrente, di origine senegalese, presentava ricorso al Tribunale di Perugia avverso il provvedimento della Commissione territoriale di diniego del riconoscimento della protezione internazionale. Il Tribunale respingeva il ricorso, motivando in base alla non credibilità della vicenda narrata, priva di riscontri probatori, e dell'orientamento omosessuale del richiedente (il quale, secondo il giudice, aveva narrato la sua vicenda in termini di "fitte" frequentazioni e "amicizie" omosessuali e non anche di orientamento proprio) e affermando che, in ogni caso, si trattava di una vicenda privata, come tale inidonea a rientrare nell'ambito delle persecuzioni rilevanti ai sensi dell'art. 2 D.Lgs. n. 251/07.
Con il primo motivo di ricorso, accolto dalla Corte, il ricorrente censurava la decisione del giudice di merito per violazione degli artt. 2 e 10 Cost. e dell'art. 14 D.Lgs. n. 251/07, in relazione, da un lato, alla valutazione di non credibilità effettuata dal Tribunale e, dall'altro, alla mancata considerazione del diritto all'identità sessuale e alla libertà di poterla manifestare.

La decisione

La Corte cassava il decreto con rinvio al Tribunale di Perugia, in diversa composizione, per una nuova valutazione delle domande di protezione internazionale e umanitaria, in conformità ai parametri e criteri indicati.

La massima

In generale, la valutazione di credibilità del narrato del richiedente asilo deve tenere conto "*delle peculiarità del caso, dell'estrazione sociale e delle esperienze di vita, del sesso e dell'età del richiedente, insomma del contesto sociale di provenienza e della caratteristiche individuali della persona esaminata*" (Cass. 21 luglio 2017, n. 18128), come anche dei pudori e delle remore ataviche che le tematiche sessuali - e, più ancora, quelle di tratto omosessuale - recano con sé. Quella derivante dall'orientamento sessuale del richiedente è una ragione di persecuzione idonea a giustificare il riconoscimento dello *status* di rifugiato. Infatti, l'art. 8, c. 1, lett. d) D.Lgs. n. 251/07 annovera l'orientamento sessuale tra i fattori di individuazione di un particolare gruppo sociale, l'appartenenza al quale costituisce ragione di persecuzione idonea a giustificare il riconoscimento dello *status* di rifugiato. A risultare decisiva a questo riguardo è l'appartenenza del singolo ad un gruppo sociale connotato da un dato orientamento sessuale, non l'orientamento sessuale del singolo in sé e per sé.

Non può dubitarsi che segmento costitutivo dei diritti fondamentali della persona sia quello inerente alla socializzazione dell'individuo, di frequentare le altre persone, riunirsi, associarsi, scambiarsi pensieri e sentimenti secondo le proprie libere scelte e preferenze (cfr., oltre alla norma costituzionale guida dell'articolo 3, le norme di cui agli articoli 17, 18, 19 e 21 Cost.).

Corte di Appello di Bari, sentenza n. 1388 del 27 luglio 2020, R.G. 594/2018 (Pres. Rel. Grillo)

Orientamento sessuale - Coerenza interna della narrazione – Credibilità del racconto – Accoglimento

Il fatto

Il richiedente, originario della Nigeria, era fuggito dal suo paese a causa del suo orientamento sessuale, dopo essere stato scoperto dalla matrigna mentre si trovava in casa in compagnia del suo partner; in seguito a questo episodio, l'uomo era stato vittima di violenze ad opera dei familiari, sfociate nell'uccisione del suo compagno. Egli aveva fornito al giudice informazioni precise e dettagliate in merito alla relazione sentimentale e agli avvenimenti accaduti, precisando di essere stato costretto a nascondere la relazione per evitare le pesanti sanzioni previste nell'ordinamento nigeriano per il reato di omosessualità; le sue dichiarazioni erano supportate da riscontri probatori. La Commissione Territoriale aveva ritenuto non credibile la vicenda narrata in sede di audizione e il Tribunale di Bari aveva rigettato il ricorso, confermando le motivazioni addotte dalla Commissione. Il richiedente aveva proposto appello avverso l'ordinanza del Tribunale di Bari.

La decisione

La corte d'Appello di Bari accoglieva il ricorso, ritenendo attendibile il resoconto fornito dal richiedente in sede di audizione, poiché la narrazione, confermata da riscontro oggettivo, si presentava idonea ad evidenziare il reale vissuto che lo aveva indotto a fuggire dal proprio Paese.

La massima

La storia personale riferita dal richiedente protezione costituisce in genere il dato probatorio principale a sostegno della domanda e la valutazione della prova poggia, in primo luogo, sulla coerenza interna della narrazione, soltanto in difetto della quale, ed in assenza di valide spiegazioni della contraddittorietà della deposizione, è precluso al giudice di procedere alla valutazione e al riscontro degli elementi di inclusione.
Nella fattispecie, l'appellante (cittadino nigeriano) – pur con i limiti compatibili con l'umano pudore - aveva fornito indicazioni sul percorso di maturazione del proprio orientamento sessuale e sul rapporto con il partner e aveva fornito riscontro documentale (copia di un giornale) della scoperta del suo orientamento sessuale da parte della famiglia e dei vicini di casa.

Tribunale di Perugia, decreto del 30 luglio 2020, R.G. 2336/2018 (Pres. Rana, Rel. Marzullo)

Ricorso per Cassazione - Beneficio del dubbio - Accoglimento dell'istanza di sospensiva

Il fatto

Il richiedente, cittadino nigeriano, aveva riferito di essere fuggito dal proprio paese poiché era stato condannato per il reato di omosessualità. La domanda di asilo era stata rigettata dalla Commissione Territoriale e così il successivo ricorso al Tribunale di Perugia. Il richiedente aveva quindi presentato ricorso per Cassazione, formulando istanza di sospensione *ex* art. 35 *bis*, tredicesimo comma, D. lgs. n. 25/08.

La decisione

Il giudice accoglieva l'istanza di sospensione del ricorrente in Cassazione, nel cui ricorso erano dedotti motivi relativi alla credibilità del dichiarante.

La massima

Quando residuino dubbi rispetto ad alcuni dettagli della narrazione, può trovare applicazione il principio del beneficio del dubbio, come si desume dall'art. 3 del D.Lgs. n. 251/07, letto alla luce della giurisprudenza della CEDU, in quanto la funzione del procedimento giurisdizionale di protezione internazionale è accertare la sussistenza o meno del diritto del richiedente al riconoscimento di una delle forme di asilo previste dalla legge (cfr. Cass. 8819/2020; Cass. 7546/2020; Cass. 14671/2020) .

Tribunale di Cagliari, decreto del 24 luglio 2020 n. 2067 (Pres. Farina)

Algeria- Omosessuale vittima di persecuzione - Mancanza di protezione nel paese di origine – Status di rifugiato

Il fatto

Il ricorrente, cittadino algerino, aveva narrato di aver scoperto circa all'età di 12 anni di essere omosessuale e di aver nascosto le sue frequentazioni ai familiari. Inoltre riferiva che la madre lo aveva scoperto in atteggiamenti intimi con il suo fidanzato e per questo motivo era stato costretto a fuggire di casa; precisava che essere omosessuale in Algeria non è facile, in quanto nei paesi arabi l'omosessualità non è ancora accettata e neanche le forze di polizia sono in grado di attuare misure efficaci per la tutela delle vittime di discriminazione. Il richiedente impugnava il provvedimento della Commissione Territoriale di Cagliari, che aveva rigettato le sue istanze, non ritenendo credibile la sua vicenda.

La decisione

Il Tribunale di Cagliari accoglieva il ricorso, osservando che il resoconto fornito dal richiedente, sia di fronte alla Commissione Territoriale, sia davanti al giudice, si era presentato sufficientemente circostanziato con riferimento ad ogni aspetto riferito, senza che si ravvisasse alcun atteggiamento evasivo nelle risposte rese, oltre che estrinsecamente plausibile, in quanto coerente con *"le informazioni generali e specifiche pertinenti al suo caso di cui si dispone"*, secondo il criterio indicato dall'art. 3 D.Lgs. n. 25/08.

La massima

Ha diritto allo *status* di rifugiato il richiedente algerino, il quale teme di essere vittima di persecuzioni in patria a causa del proprio orientamento omosessuale, senza possibilità di ottenere protezione da parte dello Stato.
La Costituzione algerina, sebbene protegga i diritti umani fondamentali, non include disposizioni per prevenire la discriminazione basata sull'identità di genere o sull'orientamento sessuale. Il codice penale criminalizza "*l'indecenza pubblica*" e le relazioni sessuali tra persone dello stesso sesso sono punite, in applicazione di questa norma, con la reclusione fino a due anni e una multa.

Tribunale di Trieste, decreto del 23 luglio 2020, n. 2013 (Pres. Fanelli, Est. Moscato)

Vittima di persecuzione a causa del proprio orientamento sessuale - Mancanza di protezione da parte dello Stato di origine - Status di rifugiato – Accoglimento

Il fatto

Il richiedente, cittadino nigeriano, lavorava come fotografo alle dipendenze dello zio e condivideva un appartamento con un collega. Durante tale convivenza, l'uomo maturava la consapevolezza della propria omosessualità ed iniziava una relazione con il collega. In occasione della celebrazione del funerale del padre del richiedente, i due alloggiavano in una locanda e durante la notte, ubriachi, venivano sorpresi in atteggiamenti intimi da alcuni vigilanti. Questi ultimi li conducevano dal capo del villaggio, che li condannava a morte e li costringeva a sottoporsi a un rito sciamanico, durante il quale venivano feriti. Il richiedente riusciva infine a fuggire e ad allontanarsi dal Paese. Giunto in Italia, chiedeva la protezione internazionale; la domanda veniva rigettata dalla Commissione Territoriale, che riteneva non credibile il racconto. Il ricorrente impugnava la decisione della Commissione.

La decisione

Il Tribunale di Trieste accoglieva il ricorso, ritenendo credibile il racconto fornito dal richiedente ed il suo orientamento omosessuale. In particolare, il giudice evidenziava la serietà dello sforzo compiuto dal richiedente nel circostanziare e documentare la domanda, fornendo una storia dettagliata e coerente, supportata da elementi probatori.

La massima

Ha diritto allo *status* di rifugiato il richiedente nigeriano, il quale teme di essere vittima di persecuzioni in patria a causa del proprio orientamento omosessuale, senza possibilità di ottenere protezione da parte dello Stato.
Nel caso di specie, in applicazione dei criteri di cui all'art. 3 D.Lgs. n. 251/07, il richiedente risulta in generale attendibile sugli aspetti salienti della vicenda di persecuzione narrata, la quale appare riconducibile ai presupposti dello *status* di rifugiato. Non vi è dubbio, infatti, che gli atti di violenza fisica riferiti siano "*sufficientemente gravi, per loro natura o frequenza, da rappresentare una violazione grave dei diritti umani fondamentali, in particolare dei diritti per cui qualsiasi deroga è esclusa*" e che detti atti di persecuzione siano stati commessi a motivo della sua omosessualità, ossia in dipendenza dell'appartenenza del richiedente a un gruppo che condivide una certa identità ed orientamento sessuale, in un contesto in cui l'offesa è provenuta (e può continuare a provenire) sì da attori non statali, ma in concomitanza con il perdurante atteggiamento dello Stato di cittadinanza, manifestamente restio a fornire protezione contro tale offesa.

Tribunale di Roma, decreto del 1 luglio 2020, R.G. 12703/2019 (Pres. Rel. Sangiovanni)

Molteplici atti discriminatori ripetuti nel tempo costituiscono persecuzione - Appartenenza a un determinato gruppo sociale della comunità LGBTI+ - Status di rifugiato – Accoglimento

Il fatto

La ricorrente, nata in Perù, dichiarava di essere stata discriminata a scuola in base al suo orientamento sessuale e perciò anche costretta a cambiare istituto scolastico. All'età di 15 anni comunicava ai genitori di essere omosessuale e la famiglia la supportava; iniziava quindi ad intraprendere il percorso di transizione, riconoscendosi in una donna, senza assumere ormoni. A causa delle discriminazioni, decideva di andare con un'amica in Argentina; nel 2011 seguiva l'amica in Italia con la promessa di un lavoro, ma giunta nel nostro paese finiva in una rete di prostituzione

ed era costretta a pagare una percentuale dei proventi ad un cittadino argentino; riusciva infine a liberarsi dagli sfruttatori ed iniziava un percorso d'integrazione.
La Commissione, pur considerando credibili le dichiarazioni della richiedente, rigettava la domanda di protezione, ritenendo che gli eventi riferiti non raggiungessero la soglia di gravità della discriminazione grave, né di atti di persecuzione ai sensi dell'art. 7 D.Lgs. n. 251/07. La richiedente impugnava il diniego con ricorso al Tribunale di Roma.

La decisione

Il Tribunale accoglieva la domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiata, evidenziando che in Perù la comunità LGBTI continua ad essere discriminata dalle autorità statali e stigmatizzata dal contesto sociale, la normativa contro la discriminazione di genere viene sovente aggirata o elusa e alle persone *transgender* è negato il riconoscimento sociale e legale della propria identità di genere.

La massima

Anche se un singolo atto discriminatorio non rappresenta di per sé una persecuzione, molteplici atti ripetuti nel tempo, che vanno ad incidere sull'esercizio dei diritti fondamentali ed irrinunciabili della persona, possono assurgere a persecuzione.
Il nesso tra le diverse forme di discriminazione e l'appartenenza di genere della richiedente, che si inserisce nel determinato gruppo sociale della comunità LGBTI, giustifica il riconoscimento dello *status* di rifugiata.
Nel caso di specie, dal racconto della richiedente, transessuale peruviana, emerge una vita segnata sin dall'infanzia dalla discriminazione per l'identità di genere, in cui il cumulo delle discriminazioni raggiunge il livello di persecuzione.

Tribunale di Torino, decreto del 9 gennaio 2020, n. 153 (Pres. Rel. Clerici)

Nigeria - Clima omofobico verso persone LGBTI+ - Status rifugiato

Il fatto

Il richiedente, di origine nigeriana, aveva dichiarato di aver lasciato il Paese di origine in quanto era stato sorpreso da un vicino di casa in atteggiamenti intimi con un altro uomo ed era riuscito a fuggire da un conseguente tentativo di linciaggio della folla; riferiva inoltre dell'impossibilità di vivere liberamente la sua vita a causa della legge in Nigeria.
La Commissione Territoriale non gli concedeva nessun tipo di protezione ed egli proponeva ricorso avverso il provvedimento di diniego.

La decisione

Il Tribunale di Torino accoglieva il ricorso e riconosceva lo *status* di rifugiato al ricorrente, osservando che l'esame delle dichiarazioni rese alla Commissione e del contenuto dell'audizione in Tribunale, alla luce delle Linee guida del 2012 dell'UNHCR, consentiva di superare la valutazione di non credibilità del racconto; in particolare, le dichiarazioni erano ritenute verosimili e coerenti, in quanto compatibili con lo stato di profondo disagio connesso alla scoperta del proprio orientamento sessuale, segnato infine dall'evento traumatico che lo aveva costretto alla fuga dal proprio Paese.

La massima

Ha diritto allo *status* di rifugiato il richiedente nigeriano, il quale teme di essere vittima di persecuzioni in patria a causa del proprio orientamento omosessuale, senza possibilità di ottenere protezione da parte dello Stato.
Il ritorno in Nigeria costringerebbe il richiedente a vivere in un clima omofobico e discriminatorio verso le persone LGBTI, con conseguente violazione degli artt. 1 e 2 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani.
Non è corretto il giudizio di non credibilità della Commissione, fondato sull'incapacità del richiedente di illustrare i sentimenti provati nei confronti dei ragazzi con i quali aveva intrattenuto relazioni sentimentali, di descrivere episodi significativi vissuti con loro e di ripercorrere il percorso di presa di coscienza della propria omosessualità.
E' comprensibile che il richiedente, considerato il contesto di provenienza fortemente discriminatorio nei confronti delle persone omosessuali, abbia avuto difficoltà nel prendere coscienza del proprio orientamento sessuale ed abbia manifestato disagio e ritrosia nell'esprimersi avanti alla Commissione Territoriale.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE (IN ORDINE ALFABETICO E PER SINGOLI CAPITOLI)

Introduzione Sez. I

F. Bilotta, *Transessualismo (voce)*, in *Dig. disc. priv.*, Giappichelli, Torino, 2013, 732 ss.

J. Butler, *Questione di genere. Il femminismo e la sovversione dell'identità*, Laterza, Roma-Bari, 2013

A. Lorenzetti, *Il cambiamento del sesso anagrafico e le sue condizioni: la necessità o meno dell'intervento chirurgico. Brevi riflessioni sulla situazione attuale e sui prossimi sviluppi*, in Genius, n. 1, 2015

T. Pitch, *I diritti fondamentali: differenze culturali, disuguaglianze sociali, differenza sessuale*, Giappichelli, Torino, 2004

P. Stanzione, *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge n. 164/82*, in *Dir. fam. per.*, 2009, 713 ss.

Cap. 1 – Sez. I

R. Dameno, *La legge n. 164/1982: tra diritto all'identità sessuale e di genere e l'obbligo di sterilizzazione. Alcune riflessioni sulla transGenitorialità.* In GenIUS, anno II, numero 1, giugno 2015

A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Franco Angeli, 2013

M. Piccinni, *Il consenso al trattamento medico del minore*, Cedam, Padova, 2007

P. Ronfani, *Dal bambino protetto al bambino partecipante. Alcune riflessioni sull'attuazione dei 'nuovi' diritti dei minori*, in Sociologia del diritto, 1, 2001, pp. 67 e ss.

Cap. 2 – Sez. I

E. Cantarella, *Dammi mille baci. Veri uomini e vere donne nell'antica Roma*, Feltrinelli, Milano, 2009

Comitato Nazionale Per La Bioetica, *I disturbi della differenziazione sessuale nei minori: aspetti bioetici*, in www.governo.it/bioetica/pareri_abstract/testo_20100225.pdf, 2010

A. Fausto-Sterling, *The Five Sexes, Revisited*, in *The Sciences*, vol. 40, n. 4, 2000

M. Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al College de France (1978-1979)*, Feltrinelli, Milano, 2005

L. Giacomelli, *Quando la vita infrange il mito della normalità: il caso dei minori intersessuali*, in Riv. Crit. Dir. Priv., n. 4, 2012

J. Money, *Hermaphroditism: recommendations concerning case management*, in *Journal of clinical endocrinology and metabolism* 4, 1956

S. Piccone Stella – C. Saraceno (a cura di), *Genere. La costruzione sociale del femminile e del maschile*, Il Mulino, Bologna, 1996

A. Spadaro, *I due volti del costituzionalismo di fronte al principio di autodeterminazione*, in Pol. dir., 2014, pp. 403 ss.

Introduzione Sez. II

E. Calò, *Le unioni civili in Italia legge 20 maggio 2016, n. 76. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, ESI, Napoli, 2016

G.O. Cesaro, P. Lovatti, G. Mastrangelo, *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico e interesse del minore*, Franco Angeli, Milano, 2014

B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli, 2011

M. Sesta, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Famiglia e diritto*, n. 10, 2016

Cap. 1 – Sez. II

F. Alicino, *Le coppie dello stesso sesso. L'arte dello Stato e lo stato della giurisprudenza*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015

V. Baldini, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente (brevi note a Corte costituzionale, sent. n. 170/2014)*, in www.dirittifondamentali.it, 15 settembre 2014

M. Bonini Baraldi, *La famiglia de-genere. Matrimonio, omosessualità e Costituzione*, Mimesis Edizioni, Udine, 2010

G. Buffone, M. Gattuso, M.M. Winkler, *Unione civile e convivenza*, Milano, Giuffrè, 2017

F. D. Busnelli, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in www.juscivile.it, 2, 2017

M. Moltalti, *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, Bononia University Press, Bologna, 2007

L. Pedullà, *Il percorso giurisprudenziale sul riconoscimento delle c.d. "unioni civili"*, in Rivista AIC, n. 2, 2016

C. Romano, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, n.4, 2016

R. Torino, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo e italiano*, Giappichelli, Torino, 2012

Cap. 2 – Sez. II

G. Ferrando, *Il problema dell'adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 12962 del 2016*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 9, 2016, 1213 ss.

G. Ferrando, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, in Fam. e Dir., 2019

L. Giacomelli, *(Re)Interpretando i best interests of the child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?*, in *Atti del Convegno del Gruppo di Pisa "La famiglia davanti ai suoi giudici"*, Giuffrè, Roma, 2014

A. Gorgoni, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Cedam, Padova, 2017

G.N. La Diega, *La trascrizione del certificato di nascita del figlio dei coniugi "same sex". Filiazione omogenitoriale, ordine pubblico internazionale e interesse del minore nella recente giurisprudenza torinese*, in *Diritto civile contemporaneo*, n. 2, 2015

E. Lamarque, *Prima i bambini: Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016

I. Rivera, *La trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero tra tutela dell'ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore*, in *GenIUS*, n. 1, 2017

A. Schillaci, *Un buco nel cuore. L'adozione co-parentale dopo il voto del Senato*, in www.articolo29.it, 26 febbraio 2016

S. Stefanelli, *Adozione del figlio del partner nell'unione civile*, in *GenIUS*, n.2, 2016

M. Winkler, *Riconoscimento di sentenza di adozione straniera e nozione «perimetrata» di ordine pubblico internazionale: le due decisioni del Tribunale per i minorenni di Firenze*, in www.diritticomparati.it, 2017

Introduzione Sez. III

M. Barbera, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *DLRI*, 2003

N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino, 1995

E. Crivelli, *Il Protocollo n. 12 CEDU: un'occasione (per ora) mancata per incrementare la tutela antidiscriminatoria*, in G. D'Elia, G. Tiberi, M.P. Viviani Schlein, *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Giuffrè, Milano, 2012
R. Dworkin, *Virtù sovrana*, trad. di G. Bettini, Feltrinelli, Milano, 2002
S. Fabeni – M.G. Toniollo (a cura di), *La discriminazione basata sull'orientamento sessuale. L'attuazione della direttiva 2000/78/CE e la nuova disciplina per la protezione dei diritti delle persone omosessuali sul posto di lavoro*, Ediesse, Roma, 2005
L. Giacomelli, *Ripensare l'eguaglianza. Effetti collaterali della tutela antidiscriminatoria*, Giappichelli, Torino, 2018
D. Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, 2005

Cap. 1 – Sez. III

M. BARBERA, *Introduzione. L'effetto trasversale del principio di non discriminazione*, in Riv. Giur. Lav., 2008, I, 469 e segg.
S. BORELLI, *La ricetta dell'insulto omofobo non piace alla Cassazione*, in nota a Cass. Civ. 19 febbraio 2019, n. 4815, Labor il Lavoro nel diritto, 2019, 4, 419 e segg.E. CRIVELLI, *Il Protocollo n. 12 CEDU: un'occasione (per ora) mancata per incrementare la tutela antidiscriminatoria*, in G. D'Elia, G. Tiberi, M.P. Viviani Schlein, *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Giuffrè, Milano, 2012, 138
D. Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, 2005
M.G. PUTATURO DONATI, *Il principio di non discriminazione ai sensi dell'art. 14 CEDU: risvolti sul piano del diritto internazionale e del diritto interno*, in http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Putaturo_-_Il_principio_di_non_discriminazione.pdf
g.a. recchia, *Il peso delle parole: le dichiarazioni pubbliche o omofobiche nell'accesso al lavoro al vaglio della Corte di Giustizia*, in Il lavoro nella giurisprudenza, 7, 2020, 729 e segg.

Introduzione Sez. IV

E. Dolcini, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in Riv. it. Dir. Proc. Pen., 2011
E. Dolcini, *Di nuovo affossata una proposta di legge sull'omofobia*, in Dir. Pen. Proc., 2011
L. Ferrajoli, *La differenza sessuale e le garanzie dell'eguaglianza*, in Democrazia e diritto, 33, n. 2, 1993
L. Giacomelli, *Quello che la Corte europea non dice: l'apparente apertura in favore del riconoscimento dell'*hate speech *omofobico*, in Diritto dell'informazione, 4, 2012
L. Goisis, *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, in Dir. pen. cont., 2010
L. Goisis, *Omosessualità,* hate crimes *e diritto penale*, in GenIUS, 1, 2015
G. Gometz, *L'odio proibito: la repressione giuridica dello* hate speech, in Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale, 32, 2017
Ocse, *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, Odihr, 2009
M. Prearo, *La fabbrica dell'orgoglio. Una genealogia dei movimenti LGBT*, ETS, Pisa, 2016