

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI

FEDERICO II

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA



TESI DI LAUREA

IN

ISTITUZIONI DI DIRITTO PUBBLICO

IL DIBATTITO SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE

Un'analisi comparatistica italo-portoghese

Relatore

Ch.mo Prof.

Salvatore Prisco

Candidato

Ferdinando Miranda

Matr. 991/008077

ANNO ACCADEMICO 2012-2013

INDICE

Introduzione	3
---------------------------	---

Capitolo Primo

La storica repressione dell'orientamento sessuale e la concettualizzazione moderna del suo riconoscimento

1. I profili dell'identità sessuale rilevanti nel diritto	8
1.1 Il sesso biologico.....	9
1.2 L'identità di genere.....	12
1.3 L'orientamento sessuale.....	21
2. Un passato di “anormalità” tuttora attuale	22
2.1 Il giudizio “ingerente” delle religioni abramitiche sulle politiche legislative ad oggetto l'orientamento sessuale	24
2.1.1 L'Ebraismo europeo.....	25
2.1.2 La Chiesa Cattolica.....	26
2.1.3 L'Islam.....	29
2.2 Il reato di sodomia: un breve <i>excursus</i> storico.....	30
2.3 La patologizzazione dell'orientamento sessuale: il caso giurisprudenziale Giuffrida	35

Capitolo Secondo

L'orientamento sessuale e i diritti dell'uomo

1. Premessa: la Raccomandazione CM/REC(2010)5	39
2. Il principio di pari dignità delle persone e di non-discriminazione: le Carte Europee	44
3. Il diritto alla vita privata: la casistica giurisprudenziale della Corte (EDU), ed il trattamento dei dati sensibili	48
4. Gli obblighi negativi a carico di uno Stato di diritto	
4.1 Il divieto della pena di morte.....	53
4.2 Il divieto di trattamenti crudeli, inumani e degradanti della persona.....	56
4.3 Il divieto di privazioni arbitrarie della libertà ed il trattamento penitenziario riservato alle minoranze sessuali.....	59
5. Gli obblighi positivi a carico di uno Stato di diritto	
5.1 La concessione del diritto d'asilo dalle persecuzioni.....	63
5.2 Garantire la libertà di riunione: la Corte (EDU) sul diniego di autorizzazione del <i>gay pride</i> 2005 di Varsavia	67

Capitolo Terzo

Il quadro normativo attuale sull'orientamento sessuale, con particolare riferimento al Portogallo e all'Italia

1. Un “graduato” riconoscimento dell'orientamento sessuale nelle discipline del Consiglio d'Europa e dell'Unione Europea	71
2. Portogallo: un riconoscimento positivo “pluristrutturato” dell'orientamento sessuale	
2.1 <i>Na Constituição da República Portuguesa</i>	80
2.2 <i>Na legislação portuguesa</i>	82
3. Italia: un riconoscimento positivo “destrutturato” dell'orientamento sessuale	
3.1 Premessa.....	88
3.2 Un recepimento “maldestro” della Direttiva 78/2000/CE: Decreto legislativo n° 216/2003.....	89
3.3 Le tutele regionali ad oggetto l'orientamento sessuale.....	93
3.4 L'attività governativa contro le discriminazioni motivate dall'orientamento sessuale: “UNAR”.....	96
3.5 I progetti di legge “abortiti” sull'aggravante di reato per motivi di omofobia e transfobia.....	99

Capitolo Quarto

La tutela delle coppie same-sex in Europa

1. Il trend legislativo europeo.....	104
2. I Paesi europei in cui è istituito il matrimonio egualitario.....	107
3. I Paesi europei che prevedono tutele differenziate dal matrimonio per le coppie <i>same-sex</i>	113

Capitolo Quinto

Dal riconoscimento dell'“orientamento sessuale” na Constituição da República Portuguesa al “casamento entre pessoas do mesmo sexo”

1. L'evoluzione della disciplina portoghese sulla famiglia e sul casamento	
1.1 Premessa.....	119
1.2 Gli anni della prima Rivoluzione repubblicana.....	120
1.3 Il regime dello <i>Estado Novo</i>	122
1.4 La vigente disciplina.....	127
2. <i>O direito de constituir família</i> distinto dal <i>direito de contrair casamento na constituição portuguesa</i>	133

3. La disciplina lusitana sulla <i>proteção jurídica das uniões de facto e de situações de economia comum</i>	134
4. <i>Casamento entre pessoas do mesmo sexo</i> : sentenze n. 359/2009- n. 121/2010, legge n. 9/2010	141
5. Il tassello mancante: <i>projeto de lei n. 278/XI sobre a possibilidade de co-adoção pelo cônjuge ou unido de facto do mesmo sexo</i>	149

Capitolo sesto

Gli “inviti” della giurisprudenza italiana per l’introduzione di una tutela delle coppie dello stesso sesso, rimasti ancora inascoltati dal Parlamento

1. Le Corti in dialogo

1.1 Il legislatore deve tutelare legalmente le coppie <i>same-sex</i> che ai sensi dell’art. 2 Cost. sono delle “formazioni sociali”: sentenza della Corte Costituzionale n. 138/2010	154
1.2 Le coppie dello stesso sesso hanno diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata: sentenza della Corte di Cassazione n. 4184/2012	164

2. Un’organica tutela delle coppie dello stesso sesso resta “ancora” tutta da costruire

2.1 I registri comunali delle unioni civili: l’esperienza di Napoli.....	168
2.2 I disegni di legge sulle convivenze che volevano riconoscere “indirettamente” le coppie <i>same-sex</i> : i “DICO” e i “CUS”	176
2.3 “Spiragli” all’orizzonte ? : le proposte di legge “Galan” ed “Orellana”.....	183
...	

Conclusioni	188
--------------------------	-----

Bibliografia	195
---------------------------	-----

Webliografia	199
---------------------------	-----

Annesso 1

<i>Glossario predisposto dalla Rete RE.A.DY (Rete nazionale delle pubbliche amministrazioni contro le discriminazioni per orientamento sessuale ed identità di genere, per la redazione delle definizioni sono stati consultati i glossari presenti in: AGEDO (a cura di), Nessuno uguale. Adolescenti e omosessualità, Città di Torino, 2005. Coordinamento Genitori Democratici, Quando.. un imprevisto in famiglia. Un contributo per conoscere la realtà omosessuale. Una guida per i genitori, Regione Piemonte, 2009. Graglia Margherita, Psicoterapia e omosessualità, Carocci, 2009. ONIG, Identità e genere. Istruzioni per l’uso, 2009</i>	200
--	-----

Annesso 2

Intervenção do Primeiro-Ministro José Socrates na apresentação da Proposta de Lei que permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, na Assembleia da República – Lisboa, 8 de Janeiro de 2010 204

Annesso 3

Intervenção de Miguel Vale de Almeida, Deputado independente eleito em listas do PS e primeiro membro abertamente gay da Assembleia da República, na apresentação da Proposta de Lei do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo – Lisboa, 8 de Janeiro de 2010 207

Annesso 4

Declaração do Presidente da República Cavaco Silva sobre o Diploma da Assembleia da República que permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo – Lisboa, 17 de Maio de 2010 210

INTRODUZIONE

L'orientamento sessuale è l'attrazione sessuale ed affettiva nei confronti di una persona dello stesso sesso biologico, di differente sesso biologico o di entrambi i sessi.

Nelle nostre società contemporanee in cui vige la “*presunzione dell'eterosessualità*”, con l'espressione “orientamento sessuale” si richiama “erroneamente” la sola attrazione sessuale ed affettiva nei confronti di una persona dello stesso sesso, confinando su un piano differenziato un elemento costitutivo dell'identità sessuale che attiene tutti gli individui.

Seppure nel corso della tesi l'attenzione sarà posta su quelle manifestazioni dell'orientamento sessuale, che non sempre trovano tutele giuridiche a differenza del comportamento eterosessuale, è di una visione globale dell'orientamento sessuale di cui si terrà costantemente in conto.

La sessualità nel comune sentire la si ritiene “erroneamente” compiuta solo in uno dei suoi più importanti effetti qual'è la procreazione, che è sinonimo di eterosessualità, gli ulteriori comportamenti della stessa vengono declassati su un piano concettuale o ricondotti come la storia insegna alla marginalità o alla repressione.

La tematica giuridica dell'uguaglianza è l'aspetto che emerge più ricorrente quando si analizza da un punto di vista giuridico i temi attinenti l'orientamento sessuale; in dottrina non a caso si è parlato di una “*nuova problematica frontiera dell'uguaglianza*.”¹

Da un punto di vista giuridico quindi normativo sussiste la complessità di trattare tecnicamente situazioni analoghe in maniera uguale e situazioni diseguali in maniera differente; detto in altri termini come ha affermato la Corte Europea di Giustizia “*il divieto di discriminazione impone che situazioni analoghe non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in modo uguale, a meno che un tale trattamento non sia oggettivamente giustificato*.”²

¹ S. PRISCO, *Il genere e i suoi diritti. Una nuova, problematica frontiera dell'uguaglianza*, in F. CORBISIERO (a cura di), *Comunità omosessuali. Le scienze sociali sulla popolazione LGBT*, Napoli, 2012

² CORTE EUROPEA DI GIUSTIZIA, *Reemtsma Cigarettenfabriken GmbH c. Ministero delle finanze*, caso C-35/05, 15 marzo 2007

La fluidità della realtà rende complesso definire attraverso un criterio generale quali siano le situazioni analoghe meritevoli di essere trattate in una maniera uguale, ed in che termini l'orientamento sessuale genera situazioni che seppur si manifestino in maniera "differente" meritano un eguale trattamento, e su questi spunti riflessivi si svilupperà la tesi.

La complessità della tematica in oggetto, considerata la molteplicità di situazioni che in essa si annodano, sarà approfondita attraverso un filo conduttore da ricercarsi nei profili di rilevanza giuridica dell'orientamento sessuale, ovvero, in che termini quest'ultimo "*contribuisca e attribuisca*" qualificazione al soggetto di diritto considerata anche la "*rilevanza pubblica*" sociologicamente attribuita ai comportamenti sessuali di ogni individuo indipendentemente dall'orientamento sessuale e dall'identità di genere di questi.³

* * *

La scelta di un'analisi comparatistica italo-portoghese è dovuta a differenti motivazioni: durante l'esperienza accademica Erasmus trascorsa nella primavera del 2010 presso la *Faculdade de Direito-Universidade Nova de Lisboa*, nei mesi in cui approvandosi in Portogallo la legge sul matrimonio egualitario, ho avuto modo di assistere ad un ampio dibattito dottrinale e sulla stampa riguardante queste tematiche maturando l'interesse nell'approfondirle in termini giuridici; una seconda ragione è motivata dalla vicinanza su un piano socio-culturale dei due Paesi in comparazione, in particolare per la presenza considerevole in entrambe le società delle gerarchie ecclesiastiche, i cui condizionamenti però sull'azione del legislatore hanno una differente portata, pertanto ne ritenevo interessante approfondirne le ragioni; ed infine la terza motivazione, non ultima per importanza, è legata all'assetto istituzionale e giurisprudenziale dalle ampie

³ A. PERINO e E. LOLLI e A., *La sessualità tra integrazione multidisciplinare e tolleranza*, in C. CIPOLLA (a cura di) *La sessualità obbligo all'alterità a cura di*, 610, Milano, 2005

Studi sociologici definiscono la sessualità "*una condanna biologica all'alterità*." La sessualità è il punto di partenza per ogni dialogo sociale, presuppone sempre l'incontro di due persone, dello stesso sesso o di sesso differente, indipendentemente dalle sue finalità ultime, siano esse la produzione di nuova vita o il piacere. Oltre ad essere fatto biologico, il sesso è quindi anche affettività, comunicazione e relazione. La vita sessuale è pervasa dalla dinamica relazionale, dalla dimensione della coppia, quest'ultima inevitabilmente assurge alla rilevanza pubblica, poiché uno sviluppo sano della stessa si nutre di un contatto con l'esterno. L'uomo è un animale sociale che proprio tramite il sesso passa dalla sfera del privato a quella del pubblico. Quindi pur essendo in primis una funzione fisiologica, una pulsione naturale, che può ritenersi compiuta con una persona dello stesso o differente sesso, risente anche dell'influenza e dell'interferenza di fattori non biologici, esterni anche alla vita relazionale: si pensi alle numerose implicazioni sociali e politiche, e normative che entrano in gioco nell'evoluzione sessuale di ogni individuo.

similitudini nei due Paesi, che ha visto nello specifico della tematica oggetto di tesi, le due Corti Costituzionali intervenire rispetto alla tutela delle coppie dello stesso sesso, a solo un anno di distanza, pronunciando un giudizio dal dispositivo simile di cui è opportuno un approfondimento al fine di verificare se la sentenza italiana intervenuta successivamente si sia ispirata a quella portoghese.

L'oggetto di tesi non può essere limitato al solo ambito legislativo e giurisprudenziale nazionale dei due Paesi in comparazione, poiché le politiche legislative nazionali sull'orientamento sessuale, sono nella più parte dei casi condizionate da un recepimento diretto ed indiretto delle normative e della giurisprudenza delle Istituzioni europee, quindi vi si impone l'analisi in parallelo del piano europeo e di quello nazionale.

* * *

La struttura della tesi può ritenersi costruita in due parti: una prima parte è incentrata sulla definizione del rapporto tra il soggetto di diritto ed l'orientamento sessuale. In essa si analizzeranno le componenti dell'identità sessuale, evidenziandone di esse gli elementi rilevanti nel diritto, al fine di evitare gli equivoci sul piano lessicale e concettuale generati specie dalla storica accezione negativa dell'orientamento sessuale *same-sex*.

L'inquadramento di un soggetto di diritto in rapporto con l'orientamento sessuale ed l'identità di genere, per meglio comprenderne le rispettive influenze, lo si analizzerà anche in connessione alla tematica dei diritti umani, in particolare di quelli che in sede internazionale si ritengono riguardare le minoranze sessuali.

Le politiche legislative attinenti l'orientamento sessuale, in una logica di non-discriminazione connessa al principio di uguaglianza, si stanno sviluppando negli ordinamenti comunitari e nazionali divenendo una realtà organica sul piano giuridico e sociale; esse saranno analizzate con specifica attenzione al Portogallo ed all'Italia.

Una seconda parte della tesi analizza l'orientamento sessuale nei confronti di persona dello stesso sesso non più in connessione al singolo individuo, bensì in termini di coppia *same-sex*. L'analisi sarà incentrata sulle discipline in materia di regolamentazione delle coppie dello stesso sesso delle Istituzioni Europee e della giurisprudenza europea e dei singoli Stati europei, evidenziandone la similitudine dei processi legislativi nei tempi ed istituti prescelti; in conclusione l'attenzione

sarà posta su i due Paesi in oggetto di comparazione, attraverso le loro discipline legislative e la loro giurisprudenza.

* * *

Infine, sul piano lessicale pare opportuno segnalare che nonostante le ragioni poste alla base delle rivendicazioni dei diritti in oggetto di tesi, i cosiddetti “*claims for recognition*”, vengono generalmente inserite nelle questioni “*LGBTQI*;⁴ a parere di chi scrive questo acronimo in lingua inglese crea troppa generalizzazione in quanto si associano sotto un unico “*ombrello rivendicativo*” istanze⁵ dalla *ratio* completamente differente accomunate unicamente in quanto comportamenti sessuali distinti dall’eterosessualità, con il rischio però che poste sotto un’unica sigla il loro potere rivendicativo venga indebolito, oltre ad essere queste rivendicazioni oggetto di una ingiustificata “omologazione” che ne annulla le rispettive caratteristiche differenziali che sono i fondanti della dimensione comportamentale di ciascun*; piuttosto è preferibile che le differenti questioni vengano analizzate in un costante parallelo senza però ridurre tutto ad acronimi. Allo stesso modo l’utilizzo del termine “*omosessuale*,” per la sua portata storica e accezione negativa da cui ha origine,⁶ sarà limitato ai casi nei quali dell’orientamento sessuale verso una persona dello stesso sesso se ne vuole evidenziare il valore negativo attribuitogli nel corso della storia, preferendosi

⁴ Acronimo in lingua inglese che indica la comunità di persone lesbiche, *gay*, bisessuali, *transgender* e *intersex*. Utilizzato negli Stati Uniti a partire dai primi anni 90°, raggruppa al suo interno i differenti sviluppi della sessualità e dell’identità di genere, che si distinguono dall’eterosessualità e dal binario maschile femminile: lesbismo, omosessualità, bisessualità e transessualismo. La q sta per “*queer*”, nome del movimento culturale di origine anglossassone che è per la decostruzione del sesso, del genere, della biologia e dell’identità sessuale, intese quali costruzioni dominate da una logica eterosessuale. La i di “*intersex*” è stata aggiunta per la prima volta nel 2006 nell’ “*Activist’s Guide of the Yogyakarta Principles in Action*”, per indicare il cosiddetto “terzo genere”. Quest’ introduzione è stata recepita dal Consiglio ONU per i Diritti Umani il 26 marzo 2007 e dal Consiglio d’Europa nel documento “Diritti Umani e Identità di Genere” il 29 luglio 2009. Intersessualità è un termine usato per descrivere quelle persone i cui cromosomi sessuali, i genitali e/o i caratteri sessuali secondari non sono definibili come esclusivamente maschili o femminili. Un individuo intersessuale può presentare caratteristiche anatomo-fisiologiche sia maschili che femminili. Le cause di tali caratteristiche possono essere varie, sia congenite che acquisite, come nel caso di alcuni disturbi ormonali.

⁵ A conferma della varietà delle rivendicazioni in esso contenute, possono elencarsene alcune: il cambiamento delle proprie generalità per una persona *transgender*, l’accesso al finanziamento dell’assicurazione sanitaria pubblica per l’operazione chirurgica di cambiamento del sesso, il riconoscimento legale delle coppie *same-sex*, l’introduzione dell’aggravante di reato legata all’omofobia, il riconoscimento dell’istituto della filiazione per le coppie omosessuali, specifici regolamenti per l’iscrizione all’anagrafe delle persone *intersex*, le istanze del movimento *queer* che sono difficilmente intercettabili perché si oppongono a qualsiasi configurazione normativa della sessualità. Solo alcune di queste rivendicazioni e in determinati Stati hanno già ottenuto un riconoscimento giuridico.

⁶ Sull’origine del termine che nasce per etichettare come malattia l’attrazione sessuale verso persona dello stesso sesso vi sarà un approfondimento nel corso della tesi, nel paragrafo relativo alla patologizzazione dell’orientamento sessuale.

piuttosto l'utilizzo di espressioni sceve da queste accezioni negative quali: persona attratta sessualmente e affettivamente da altra dello stesso sesso, o *gay* (intendendo anche le lesbiche), ed anziché l'utilizzo di coppie "omosessuali" si opterà per le espressioni coppie formate da persone dello stesso sesso o coppie *same-sex*.

“Tutte le forme attuali della sessualità, proprio in quanto separate, rappresentano mutilazioni rispetto alla potenziale esplicazione polimorfa dell’Eros.”

MARIO MIELI, *Elementi di critica omosessuale*, 1977

I CAPITOLO

LA STORICA REPRESSIONE DELL’ORIENTAMENTO SESSUALE E LA MODERNA CONCETTUALIZZAZIONE DEL SUO RICONOSCIMENTO

Sommario:1. I profili dell’identità sessuale rilevanti nel diritto; 1.1 Il sesso biologico; 1.2 L’identità di genere;1.3 L’orientamento sessuale; 2. Un passato di “anormalità” tuttora attuale ; 2.1 Il giudizio “ingerente” delle religioni abramitiche sulle politiche legislative ad oggetto l’orientamento sessuale *same-sex*; 2.1.1 L’Ebraismo europeo; 2.1.2 La Chiesa Cattolica; 2.1.3 L’Islam ; 2.2 Il reato di sodomia: un breve *excursus* storico; 2.3 La patologizzazione dell’orientamento sessuale: il caso giurisprudenziale Giuffrida

1. I PROFILI DELL’IDENTITA’ SESSUALE RILEVANTI NEL DIRITTO

Lo sviluppo argomentativo dell’oggetto di tesi potrebbe considerare quale suo punto di partenza,le componenti dell’identità sessuale che le attuali teorie sulla sessuologia in una prospettiva biologica, psicologica e sociale, ritengono costituire il costrutto multidimensionale della dimensione “soggettiva” dell’essere sessuati evidenziandone di esse gli aspetti che il diritto positivo nei due Stati in comparazione ritiene rilevanti.

L’attenzione ad un corretto utilizzo dei termini e delle definizioni comincia ad essere presente nelle discipline positive,che intendono tutelare i comportamenti sessuali da forme di discriminazione, come ad esempio avvenuto di recente all’art. 1 della proposta di legge n. 245 ad oggetto “*Modifiche alla legge 13 ottobre 1975,*

n. 654, e al decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, per il contrasto dell'omofobia e della transfobia", depositata il 15 marzo 2013 alla Camera dei deputati a firma di Scalfarotto ed altri, (ancora in discussione alla Commissione Giustizia della Camera dei deputati, al momento del deposito della tesi), in cui all'art.1 rubricato "Definizioni relative all'identità di genere" viene chiarito cosa si intenda per l'identità sessuale, l'identità di genere, il ruolo di genere, ed l'orientamento sessuale; il relatore del progetto di legge sostiene che la locuzione "orientamento sessuale", pur ricorrendo in fonti di diritto internazionale e comunitario nonché di ordinamenti stranieri, dovesse essere adeguatamente definita prima di poter essere introdotta nell'ordinamento italiano, anche al fine di garantire il rispetto del principio costituzionale di determinatezza della fattispecie penale.

L'utilizzo dei corretti termini concettuali può rappresentare anche un primo approccio "anti-discriminatorio" alla tematica *de quo*, poiché solo attraverso l'uso dei concetti appropriati possono essere rappresentate, e quindi trattate in modo equo le molteplici "realità" in cui la sessualità può manifestarsi.¹

Le componenti dell'identità sessuale meritevoli di un approfondimento sono: il sesso biologico, l'identità di genere, il ruolo di genere, l'orientamento sessuale.

1.1 IL SESSO BIOLOGICO

Il sesso biologico è il corredo genetico, i caratteri biologici, fisici e anatomici che producono la tripartizione sul piano medico-scientifico di femmina/*intersex*²/maschio; il binario distintivo biologico maschio/femmina rileva in

¹ M. LA TORRE, *Transessualismo, omosessualità e matrimonio*, Forum di Quaderni Costituzionali, 2010
“(…)Non vi è dubbio infatti che le parole si costituiscono in forme linguistiche in grado di rappresentare entità reali, ma anche di nasconderle, dando o negando visibilità, attribuendo positività o negatività; e che la forza e la persuasività del linguaggio e della comunicazione possono determinare effetti di potere sull'individuo.(…)”

² M. BALOCCHI, *L'Invisibilizzazione dell'Intersessualità in Italia*, Milano, 2010
“(…)Con intersessualità si indica una molteplicità di condizioni in cui si trova chi nasce con cromosomi sessuali, apparato genitale e/o caratteri sessuali secondari che variano rispetto a ciò che è tradizionalmente considerato come femminile e maschile. Uso il termine intersessualità e non “disordini dello sviluppo sessuale” (o DSD “disorders of sex development”), terminologia adottata negli ultimi anni in ambito medico, per almeno tre ragioni: (a) in primo luogo perché DSD richiama e suggerisce una condizione patologica, “disordinata”, deviante nello sviluppo sessuale della persona, mentre le varie forme di intersessualità non sono necessariamente correlate a una patologia o a condizioni mediche. In secondo luogo (b) perché con intersessualità si possono comprendere tutte le diverse forme e variazioni, da quelle che si palesano fin dalla nascita a quelle che emergono in età puberale fino a quelle che possono anche non venir mai scoperte mentre la persona è in vita: quindi l'uso del termine non solo non implica che vi sia una condizione medica (punto

termini giuridici a partire dai certificati di nascita ed in tutti i casi in cui la legge obbliga nei documenti a validità legale di indicare il sesso biologico d'appartenenza.

Nella legislazione italiana nel caso in cui la persona sia biologicamente *intersex*, il personale medico consultandosi anche con i genitori riconduce il nat* al binario F o M, entro tre giorni o dieci giorni dalla nascita dipende se l'attestazione è resa al direttore del servizio sanitario dov'è avvenuta la nascita o se è resa ad un ufficiale di Stato civile dello stesso o altro comune dov'è avvenuto il parto in base all'art. 30 del DPR 396/2000.

Le persone *intersex* sono spesso sottoposte a trattamenti medico-chirurgici al fine di una corrispondenza psico-fisica completa al sesso che “discrezionalmente” i medici le assegnano; in un parere del Comitato Nazionale italiano per la Bioetica (CNB) ad oggetto il trattamento dei “disturbi della differenziazione sessuale” (abbreviato nel testo “DDS” in cui si fa rientrare nell'ambito medico-scientifico l'intersessualità) pubblicato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri il 25 febbraio 2010 sulla base delle linee guida di bioetica internazionale, si specifica però che *“ogni intervento sul corpo deve essere guidato dal principio del miglior interesse del bambino, evitando mutilazioni non necessarie”* e si aggiunge che la famiglia e il minore devono essere supportati psicologicamente e *“la comunicazione deve essere attenta e graduale”*.

Nel documento auspicandosi che la diagnosi sul sesso, avvenga già in fase pre-natale e che *“la definizione chirurgica (...) non può essere dettata dalla “fretta” nella rettificazione del sesso per preferenze individuali o aspettative sociali”*, si precisa però che è necessario iscrivere il neonato all'anagrafe come femmina o come maschio ed impostarne l'educazione di conseguenza, poiché si ritiene a giudizio del CNB, *“inaccettabile”* l'istituzione di un terzo genere anagrafico, quest'ultima determinerebbe un'alterazione dell'ordinamento giuridico ed una *“stigmatizzazione legale”* della persona.

L'istituzione di un nuovo genere alternativo al binario biologico F/M, sarebbe secondo il Comitato un'ipotesi priva di valore legale, sottovalutandosi però che

“a”), ma nemmeno che essa sia comune a tutte le diverse forme di intersessualità, cosa che infatti non è (http://www.intersexualite.org/Response_to_Intersex_Initiative.html April 14 2010). Infine (c), con il termine intersessualità si vuole porre l'accento sugli aspetti di costruzione culturale, sociale e storica della stessa e sulla dimensione delle relazioni politiche e di potere che interessano i corpi, la sessualità, le identità di genere e gli orientamenti sessuali.(...)”

sarebbe una scelta politica-legislativa che tenga in considerazione il contesto sociale e l'evoluzione dello stesso a conferirne tale valore.³

Sul piano giuridico il CNB propone nello stesso parere che la dichiarazione anagrafica del sesso biologico F o M regolamentata dal D.P.R. 396 del 3 novembre 2000 venga accompagnata nei casi di una persona *intersex* da un' "annotazione riservata", in modo da facilitare la rettifica del sesso assegnato nel caso in cui l'assegnazione dello stesso non corrisponda all'effettivo sviluppo psicosessuale della persona senza applicare la legge n. 164/1984, che è stata a lungo interpretata dalla giurisprudenza nell'acconsentire la rettificazione del sesso nelle relative certificazioni solo laddove fosse avvenuto il corrispettivo intervento chirurgico di rettificazione del sesso.

Le linee di indirizzo da parte del CNB sono rimaste al momento inattese da parte del legislatore italiano.

La volontà politico-legislativa dei due Stati in analisi di tesi è ben lontana dall'ipotizzare strumenti alternativi ad una dichiarazione di appartenenza del sesso biologico al di fuori del binario biologico legale F/M, che consideri le diversità sessuali presenti sul piano biologico.

In **Portogallo** alcun disegno di legge o parere di comitato istituzionale è stato ad oggi presentato per le *peçoas intersexo*⁴, l'art. 101-A del *Código do Registo Civil-Decreto-Lei n.º 131/95*, rubricato "registo de nascimento ocorrido em unidades de saúde" introdotto dalla *Lei n.º 29/2007* stabilisce che entro ventiquattro ore dalla nascita (un'arco di tempo inferiore a quello italiano), gli istituti sanitari presso cui è avvenuto il parto devono inserire nel registro informatico IRN-I. P. do Instituto de Segurança Social (riservato esclusivamente agli organi sanitari) la data e l'ora del parto, il sesso del nascituro F/M, nome e residenza della partoriente, questi dati insieme al nome del neonat* (i nomi di persona possono arrivare a quattro mentre i cognomi possono essere al massimo

³ N. BRAIDA, "Essere donne, essere uomini. Percezione e trattamento della variabilità sessuale tra realtà biologica e costruzione culturale", Torino, 2010

⁴ ILGA-PORTUGAL, *Relatório sobre a implementação da recomendação CM/REC(2010)5 do comité de ministros do Conselho da Europa aos Estados-membros sobre medidas para o combate à discriminação em razão da orientação sexual ou da identidade de género*, 97, Lisboa, 2012

"(..)Foram adotadas medidas para assegurar que nenhuma criança é submetida a procedimentos médicos que alterem, de forma permanente, o seu corpo com a finalidade de impor determinada identidade de género se, o seu consentimento informado, de acordo com a sua idade e maturidade?

"Não existe informação disponível sobre pessoas intersexo em Portugal(...)"

due) confluiranno nell'atto di nascita che secondo l'art. 96 del *Código do Registo Civil* comma 1, va verbalmente reso entro 20 giorni dal parto *em qualquer conservatória do registo civil*, oppure presso la stessa struttura sanitaria dov'è avvenuto il parto, fin quando la partoriente rimane lì degente.

1.2 L'IDENTITÀ DI GENERE

L'identità di genere è l'integrazione dell'"elemento" fisico di una persona al suo "elemento" psichico che evoca la funzione socio-culturale della sessualità, come riportato in una definizione del Consiglio d'Europa del 1998.⁵

Le espressioni del genere sono tra l'altro il modo di vestirsi, di parlare o comportarsi,⁶ questi elementi in quanto tipizzati sulla base delle norme culturali e sociali, determinano quello che la sessuologia appella anche "ruolo di genere",⁷ ovvero, l'attitudine comportamentale femminile o maschile.

La maggior parte delle persone legalmente definite come maschi o femmine avranno un'identità di genere corrispondentemente maschile o femminile.

Tuttavia le persone *transgender* non sviluppano tale corrispondenza, e possono esprimere il desiderio di cambiare il loro stato legale, sociale o fisico, totalmente o in parte, in modo che questo corrisponda alla loro identità di genere, qualora il trattamento chirurgico di cambiamento del sesso biologico è compiuto si parla di persone *transessuali*.

⁵ CONSIGLIO D'EUROPA, *Gender mainstreaming: conceptual framework, methodology and presentation of good practices*, Strasburgo, 1998

"Genere: definizione socialmente costruita della donna e dell'uomo e della relazione tra i sessi. E' una definizione di femminilità e mascolinità culturalmente specifica, che come tale varia nello spazio e nel tempo, e che tra l'altro tiene in considerazione i compiti, le funzioni, e i ruoli attribuiti a donne e uomini nella sfera pubblica e privata"

⁶ INTERNATIONAL SERVICE FOR HUMAN RIGHTS, *Yogyakarta Principles of the Application of International Human Rights Law*, Yogyakarta, 2007, traduzione dell'autore della tesi

Principi di Yogyakarta sull'applicazione del diritto internazionale in materia di diritti umani in relazione con l'orientamento sessuale e l'identità di genere disponibile all'indirizzo: www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm. alla data del 17 febbraio 2013

"L'identità di genere si riferisce all'esperienza del genere, esperienza che è profondamente sentita e individuale e che può corrispondere o meno al sesso assegnato alla nascita. Ciò include la percezione del proprio corpo e altre espressioni di genere come il modo di vestirsi, di parlare o di comportarsi."

⁷ www.cpsico.com alla data del 20 maggio 2013

(..)Il ruolo di genere (o ruolo sessuale) invece costituisce un insieme di caratteristiche culturalmente associate agli uomini e alle donne. Sulla base delle norme culturali, ci si aspetta infatti che gli individui si comportino in maniera socialmente conforme al loro sesso biologico; e cioè, che i maschi agiscano in modi percepiti come maschilini e le femmine in quelli percepiti come femminili. L'insieme di caratteristiche che definiscono ciò che è appropriato per un maschio e ciò che è appropriato per una femmina è frutto di un insieme di comportamenti e aspetti, alcuni dei quali riguardano l'apparenza fisica, i gesti, la personalità.(..)

L'Alto Commissariato per i Diritti Umani delle Nazioni Unite si è espresso a favore del riconoscimento dell'identità di genere come uno dei motivi per la protezione universale contro le discriminazioni.⁸

Da un quadro generale sugli Stati Europei i dati relativi alle norme esistenti sulla discriminazione legata all'identità di genere non segnalano un'attenzione specifica alla stessa; l'Agenzia per i Diritti Fondamentali dell'Unione Europea riporta che tredici Stati membri dell'UE trattano la discriminazione per motivi correlati all'identità di genere come una forma di discriminazione sessuale, due Stati membri la considerano in maniera inaccurata come discriminazioni legate all'orientamento sessuale tra questi rientra il Portogallo, e in undici Stati membri non viene trattata né in un modo né nell'altro, tra quest'ultimi Stati rientra l'Italia.⁹

Una limitazione nel riconoscimento giuridico dell'identità di genere è avallata in dottrina da chi ritiene che l'introduzione del genere nel diritto positivo è un modo per superare ed annullare la biologica distinzione femmina-maschio; in realtà quest'ultima già si ritiene superata in natura come nei casi di intersessualità, pertanto questo tipo di obiezione pare essere priva di riscontro reale.¹⁰

Un'identità di genere non corrispondente a quella del sesso biologico, viene ancora classificata secondo il *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (Manuale di Classificazione dei Disturbi Mentali, redatto dall'Associazione Americana degli Psichiatri) e l'*International Classification of Diseases* (a cura dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, X edizione) come una forma di malattia determinata da una disforia del comportamento sessuale (DIG), Harry Benjamin nel 1957 per la prima volta la classificò secondo questi parametri.

La risoluzione n. 0427 del Parlamento Europeo del 28 settembre 2011 intitolata “*orientamento sessuale e identità di genere nell'ambito del Consiglio dei diritti*

⁸ ALTO COMMISSARIATO PER I DIRITTI UMANI DELL' ONU, *Conferenza internazionale sui diritti umani LGBT*, Montreal, 26 Luglio 2006

“Né l' esistenza di leggi nazionali, né la prevalenza negli usi e costumi possono giustificare in alcun modo l'abuso, le aggressioni, la tortura fino alle uccisioni di gay, lesbiche, bisessuali, o transgender a causa del loro essere, o per quello che sono percepiti essere.”

⁹ AGENZIA DELL' UNIONE EUROPEA PER I DIRITTI FONDAMENTALI, *Omofobia e Discriminazione a causa dell' orientamento sessuale negli Stati membri dell' Unione Europea*, Parte I, 131, Vienna, 2009

¹⁰ L. PALAZZANI, *Identità di genere? Dalla differenza alla in-differenza sessuale nel diritto*, Milano, 2009

“La parola genere è già entrata nel diritto positivo sostituendo la parola sesso: non è solo la scelta di un termine che suona più “raffinato,” ma è una scelta teorica ben precisa nella direzione della negazione della naturale differenza uomo/donna come fondamento antropologico dell' identità sessuale e della famiglia.”

umani delle Nazioni Unite”, si è fatta promotrice di un’azione a favore della depatologizzazione del comportamento sessuale *transgender* presentata all’OMS (Organizzazione mondiale della Sanità).

La stessa risoluzione al suo punto 13 delibera che il Parlamento Europeo: “(..) *condanna con assoluta fermezza il fatto che, in alcuni Paesi, anche all’interno dell’Unione, l’omosessualità, la bisessualità o la transessualità siano ancora percepite come una malattia mentale e chiede agli Stati membri di affrontare questo fenomeno; chiede in particolare la depsiichiatriizzazione del percorso transessuale, transgender, la libera scelta del personale di cura, la semplificazione del cambiamento d’identità e una copertura da parte della previdenza sociale* (..).

Nel maggio del 2012 l’Argentina ha approvato l’unica legge al mondo che depatologizza il comportamento sessuale *transgender*, in quanto la procedura amministrativa di cambiamento dell’identità sessuale nei documenti a validità legale è attivabile sulla base dell’identità di genere “*autopercepita*” dal richiedente, senza che sia richiesto dalla legge che quest’ultim* si sottoponga ad una perizia psichiatrica, trattamento sanitario o operazione chirurgica.

La legge argentina allo stesso tempo stabilisce che il cambiamento del sesso all’anagrafe è irreversibile, quindi quale supporto psicologico al fine di consentire una scelta cosciente (specie per il minore cui è riconosciuta tale possibilità se vi è il consenso dei genitori), è garantito l’accesso alle strutture sanitarie specializzate con spese a carico dello Stato, che si prende carico anche dei costi per le operazioni chirurgiche di rettificazione del sesso.

In **Italia** è consentito dalla legge n. 164/1982 rubricata “*Norme in materia di rettificazione e di attribuzione di sesso*”, ad un* transessuale di rettificare anagraficamente il proprio sesso d’origine su autorizzazione del Tribunale una volta che l’abbia rettificato chirurgicamente.

Dopo l’adozione della sentenza che autorizza l’operazione chirurgica di cambiamento del sesso sulla base dell’ “*acquisizione di una consulenza intesa ad accertare le condizioni psico-sessuali dell’interessato*”(art.2), il Tribunale accertata in camera di consiglio sulla base dei referti medici le “*intervenute modificazioni dei caratteri sessuali*”¹¹ del richiedente, come stabilito all’art. 1

¹¹Nei casi giurisprudenziali presentatisi la rassegnazione da maschio a femmina viene solitamente autorizzata solo se la persona ha avuto un intervento chirurgico complesso compreso orchietomia, penectomia

della legge, ordina all'ufficiale di stato civile del comune dove fu compilato l'atto di nascita di effettuare la rettificazione del nome e del sesso nel relativo registro.

Il pre-requisito della rettificazione chirurgica del sesso d'origine, nonostante il sistema sanitario non garantisca in tutte le regioni d'Italia l'accesso gratuito alle cure ormonali per l'adeguamento delle caratteristiche sessuali secondarie né all'operazione di rettificazione del sesso, è condizione imprescindibile per il riconoscimento dell'identità di genere, tendendosi ad "appianare" le differenze del genere sul binomio biologico maschio-femmina, come ritenuto a ragione da parte della dottrina.¹²

Se la persona transessuale ha contratto matrimonio con la richiesta di rettificazione anagrafica vede *ex lege* ai sensi dell'art. 4 della legge 164 del 1982 ed *ex letter* "g" dell'art. 3, II comma L. 1 dicembre 1979 sciolto il matrimonio ed cessano gli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso,¹³ mentre se non è richiesta la rettificazione anagrafica ma è avvenuto il mutamento chirurgico del sesso non si procede immediatamente d'ufficio al divorzio, ma *in primis* si avvia una procedura per la separazione ai sensi della lettera "b" dell'art. 3, II comma, L. 898/1979.

Sul divorzio *ex lege* nel caso di cambiamento del sesso vi sono controverse opinioni dottrinali e differenti decisioni giurisprudenziali, in particolare sulla legittimità costituzionale di quest'impostazione legislativa, recentemente la Corte di Cassazione ha investito di questa questione la Consulta.¹⁴

vaginoplastica; nella rassegnazione da femmina a maschio la rettificazione del sesso è stata riconosciuta in presenza di una mastectomia o isterectomia non autorizzando la ricostruzione del pene, poiché operazione chirurgica sul piano medico molto complessa dal risultato incerto.

¹² R. LANZILLO, *Transessualismo e la legge*, Milano, 1990

"(...)Trovo, anzitutto, singolare che in un'epoca come la nostra, caratterizzata dalla tendenziale intercambiabilità dei ruoli, maschili e femminili, ove tutto - dalla moda, ai comportamenti, alle funzioni ed attività lavorative - tende ad appianare, piuttosto che ad esaltare, la differenza fra i sessi; ove trionfa l'unisex; proprio coloro che per natura vengono a trovarsi in posizione intermedia fra i due sessi attribuiscono tanta importanza alla distinzione, da essere disposti a qualunque sacrificio pur di riprodurla. (...)La nostra civiltà della produzione di massa e di serie (ed ora per di più automatizzata), considera invece uomo e donna quasi completamente intercambiabili, in ordine alle attività produttive, sì che - anche sotto il profilo psichico e culturale - la differenza tra l'uno e l'altra tende effettivamente ad appiattirsi, riducendosi ai meri dati esteriori della sessualità. Eppure a dati esteriori si attribuisce tanta importanza, da volersene privare in modo cruento, da simularne artificiosamente l'apparenza, da incorrere in vere e proprie crisi esistenziali di inaudita gravità. Ho l'impressione che i transessuali vivano e riflettano, nella loro esperienza personale, quel vero e proprio "orrore della diversità", quel rifiuto dei casi devianti, quella malcelata intolleranza per ogni vera originalità, che aleggia - impercettibile, ma inesorabile - in questo nostro mondo, apparentemente così lassista e permissivo. Tutto si deve svolgere nelle forme accettate e secondo gli schemi consolidati. Non importa che certe forme, o certe differenze, siano divenute più o meno convenzionali. Quelli sono i modelli e ad essi ci si deve uniformare. (...)"

¹³ M. GATTUSO, *Matrimonio, identità e dignità personale: il caso del mutamento di sesso di uno dei coniugi*, Il diritto di famiglia e delle persone-3, 2012

¹⁴ REPUBBLICA.IT-CRONACA, *Cassazione: "Violazione dei diritti impone divorzio per cambio di sesso"*, 06 giugno 2013

Inoltre, bisogna evidenziare un recente orientamento giurisprudenziale che recepisce la nozione d'identità di genere sviluppatosi in sede europea, per cui il comportamento *transgender* di uno dei coniugi se ancora non si è proceduto alla rettificazione chirurgica del sesso biologico non è motivo per l'inesistenza della convivenza *more uxorio*.

In un'ordinanza del febbraio 2013 del Tribunale di Reggio Emilia¹⁵ è stato revocato il diniego del rilascio da parte della questura di Reggio Emilia di un permesso di soggiorno per motivi familiari ad un cittadino brasiliano *transgender*, regolarmente sposato con una cittadina italiana da cinque anni; in quanto il Tribunale al contrario della questura che riteneva (come riportato al punto 2 dell'ordinanza) che *“essere persona transessuale, che assume comunemente sembianze femminili, (...) escluderebbe in radice la possibilità di ritenere sussistente una convivenza more uxorio intesa quale effettiva comunità di vita materiale e spirituale tra i coniugi, dovendosi ritenere che il matrimonio abbia avuto luogo allo scopo esclusivo di permettere all'interessato di soggiornare nel territorio dello Stato”*, ha ritenuto (come riportato al punto 12 dell'ordinanza) che *“l'assunto d'una incompatibilità in radice tra l'identità di genere del marito ed il requisito della convivenza more uxorio non persuade. Sul punto si deve rilevare*

ROMA - Il divorzio "imposto" alla coppia coniugata "che sia stata 'attraversata' dalla rettificazione di sesso di uno dei suoi componenti" è "discriminatorio" e viola diritti fondamentali della persona. Lo afferma la Cassazione, rilevando che "le scelte appartenenti alla sfera emotiva e affettiva costituiscono il fondamento dell'autodeterminazione" e "si esplicano al di fuori di qualsiasi ingerenza statale". Il matrimonio, osservano gli alti giudici della Prima Sezione Civile, "è fondato in via esclusiva" sul "canone indefettibile del consenso". E sulla base di questo fondamento, la Cassazione ha disposto il rinvio alla Consulta del "divorzio imposto" a chi cambia sesso, un automatismo su cui sussiste il dubbio di costituzionalità. "Tale univoca previsione", dice l'ordinanza, ignora "il rilievo primario di formazioni sociali in un contesto costituzionale in cui è largamente condivisa l'esigenza di riconoscere le unioni di fatto". Nell'ordinanza, la Cassazione fa riferimento al caso di una coppia emiliana. In seguito al cambio di sesso dell'uomo, con sentenza passata in giudicato, l'ufficiale di stato civile del Comune di Mirandola ha ritenuto che la rettifica del sesso "determinasse l'obbligo di aggiornare anche il registro degli atti di matrimonio", in base all'articolo 4 della legge 164 del 1982, che disciplina la rettifica di attribuzione del sesso. Il Comune ha quindi annotato in calce al certificato di matrimonio lo scioglimento. La coppia, ora costituita da due donne, ha presentato ricorso al tribunale di Modena chiedendo la correzione dell'atto. Il ministero dell'Interno ha presentato reclamo e i giudici hanno rigettato la domanda. In secondo grado, nel maggio del 2011, la Corte d'Appello di Bologna ha ritenuto che procedere alla correzione richiesta "significa mantenere in vita un rapporto privo del suo indispensabile presupposto di legittimità, la diversità sessuale dei coniugi". Ed è contro questa sentenza, che pone a fondamento del matrimonio non il consenso, la scelta dei coniugi ma la loro diversità sessuale, che le signore si sono rivolte alla Cassazione sollevando diverse questioni di legittimità. In parte condivise dai giudici di piazza Cavour. E' stato introdotto - è la sintesi della Suprema Corte - un "divorzio imposto ex lege, che non richiede una pronuncia giudiziale ad hoc, salva la necessità della tutela giurisdizionale ad hoc limitatamente alle decisioni relative ai figli minori". "Tale soluzione obbligata pone l'interrogativo della sua compatibilità con il sistema costituzionale" e con "l'autodeterminazione nelle scelte relative all'identità personale", del diritto dell'altro coniuge di scegliere se proseguire la relazione. Quindi il quesito che la Cassazione rivolge alla Consulta è di valutare "l'adeguatezza del sacrificio imposto all'esercizio di tali diritti dall'imperatività dello scioglimento del vincolo per entrambi i coniugi".

¹⁵ TRIBUNALE DI REGGIO EMILIA, n. 8354/2012 r.g., 9 Febbraio 2013

come la letteratura scientifica abbia da tempo precisato la nozione di «identità di genere» scindendola nettamente dalla nozione di «orientamento sessuale» e, come noto, le due nozioni sono state delineate e definite dalla Corte costituzionale in due diverse sentenze, n. 161 del 6 maggio 1985 e n. 138 del 21 aprile 2010: per orientamento sessuale si intende il genere verso il quale la persona si sente attratta; per identità di genere si intende la identificazione della persona con uno dei due generi.”

La conclusione cui perviene l'ordinanza del Tribunale di Reggio Emilia, si basa su un rinvio alle motivazioni di analoghe decisioni assunte dalle corti sovranazionali (decisione CEDU del 12 novembre 2012 sul caso H. c. Finlandia) e delle corti straniere (Corte costituzionale tedesca 10/05 del 27.5.2008 e 3295/07 del 11.1.2011 Corte costituzionale austriaca, 4/068.6.2006, Corte amministrativa di Stoccolma, causa n. 21170-10 del 14.9.2010), ma anche ad un caso della Corte di Cassazione italiana prima sezione civile, sentenza del 14 aprile 2005 - 18 giugno 2005, che rispetto alla validità di una carta di soggiorno di un cittadino di Paese non aderente all'Unione europea regolarmente coniugato con una cittadina italiana ha ritenuto che ove non fosse provata l'interruzione della convivenza e non risultasse che fosse avvenuta alcuna rettificazione di sesso, si deve prendere atto della regolarità del matrimonio (quindi del permesso di soggiorno) nonostante il marito avesse sembianze femminine e svolgesse attività di prostituzione, non ravvisandosi in quest'ultima fattispecie una condizione per l'inesistenza del matrimonio.

Anche sul piano amministrativo vanno registrati in alcuni Atenei italiani dei timidi segnali di riconoscimento dell'identità di genere in conformità alle definizioni europee, prevedendosi l'introduzione di un doppio libretto universitario, per uno studente *transgender*, (che ancora non abbia compiuto la sua rettificazione chirurgica o che non intenda sottoporsi a quest'operazione), uno contenente i dati anagrafici dell* student* depositato in segreteria e l'altro con un *alias*, rispondente all'identità psico-fisica dell* student*, quest'ultimo in suo possesso è utilizzabile in tutti gli affari universitari correnti.¹⁶

¹⁶ ZUNINO C., *Padova, libretto universitario "doppio" per studenti transgender e transessuali*, Repubblica 6 maggio 2013

Oltre a quello con i dati anagrafici, l'universitario che ne abbia la necessità potrà avere un badge con un *alias*: gli consentirà il cambio del nome sia nel libretto che nei documenti universitari adeguandoli alla nuova identità psico-fisica. Il Senato accademico dell'Università di Padova ha deliberato di dotare gli studenti

Dal 2011 in **Portogallo** esiste una legge organica per le persone *transgender*, ma in precedenza la giurisprudenza era chiamata a colmare questa *vacatio legis* ricorrendo ad un'interpretazione per *analogia legis* dei singoli casi sottopostigli, nella maggior parte dei casi si trattava di soggetti che avevano già proceduto alla rettificazione chirurgica del sesso biologico, che richiedevano l'unica modificazione anagrafica possibile, ovvero, quella sul nome, ai sensi dell'art. 104 c.c..¹⁷

I giudici portoghesi, in questi casi applicavano l'art. 10 c.c.,¹⁸ che consente all'interprete-giudice di risolvere il conflitto sottopostogli attraverso una soluzione che lo stesso trovi conforme al sistema, autorizzando il cambiamento anagrafico del nome all' Ufficio di Stato Civile ai sensi dell'art. 104 c.c., quando il/la richiedente fossero stati maggiorenni, non avessero avuto figli, né avessero potuto più procreare (quindi si fossero sottoposti a trattamenti sterilizzanti), ed avessero concluso il processo chirurgico di rettificazione del sesso¹⁹ vivendo da almeno un anno con la nuova identità.

transgender e transessuali di un doppio libretto: oltre a quello con i dati anagrafici, l'universitario che ne abbia la necessità potrà avere un badge con un alias: gli consentirà il cambio del nome sia nel libretto che nei documenti universitari adeguandoli alla nuova identità psico-fisica. La votazione, su proposta del rettore e dopo una lunga battaglia degli studenti della Link, è passata ad ampia maggioranza, con il solo voto contrario del rappresentante degli universitari collegato a Comunione e Liberazione. «Questa iniziativa si rende necessaria per non creare ulteriori imbarazzi a chi sta vivendo un periodo delicato di transizione», ha spiegato al termine della seduta il rettore dell'Università di Padova, Giuseppe Zaccaria. Il percorso di "Rettificazione di attribuzione del sesso" può durare molto tempo e durante la fase di transizione non avere il riconoscimento legale della nuova identità è spesso motivo di grave disagio. «E' un importante segno di civiltà, di rispetto della dignità umana e di valorizzazione delle rispettive differenze quello votato a Padova», ha affermato Chiara De Notaris del Sindacato degli studenti. All'Università di Torino il doppio libretto esiste da dieci anni, successivamente è stato introdotto al Politecnico di Torino e all'Università di Bologna. L'ateneo di Pisa è prossimo a una delibera che sta introducendo la novità (sulla spinta della studentessa Sophia, transessuale) e che prevede la ristampa dei diplomi di laurea per gli studenti che, usciti dall'università, hanno poi cambiato sesso. Della questione si sta discutendo negli atenei di Bari, Napoli, Roma e in Europa le università di Oxford e Madrid hanno affrontato con risultati simili la questione. Il doppio libretto è un tentativo di arginare l'abbandono universitario di troppi ragazzi che, dicono quelli della Link e dell'associazione Anteros, «vengono violati nella propria privacy e spesso sono soggetti a discriminazioni all'interno della comunità accademica».

¹⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Novembro de 1961, Processo 58635, Relator: Morais Cabral; Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 31 de Janeiro de 1980, Recurso nº242/79 Relator: Dias da Fonseca (Resumo: É a acção de estado a que visa declarar que alguém é do sexo feminino e não masculino depois de ter mudado de sexo por operação); Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de Janeiro de 1984, Processo 16009, Relator: Ribeiro Oliveira; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 5 de Abril de 1984, Processo 0002551, Relator: Garcia da Fonseca; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 6 de Fevereiro de 1986, Processo 17910, Relator: Varela Pinto ; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de Novembro de 1988, Processo 74408, Relator: Pinheiro Farinha; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 9 de Novembro de 1993, Processo 7440/93, Relator: Afonso de Melovi; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de Junho de 2004, Processo 2518/2004-1, Relator: Folque de Magalhães

¹⁸ Art. 10º do Código Civil: "Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema"

¹⁹ L' Ordine dei Medici portoghese nel proprio regolamento, prevede in conformità alle disposizioni dell' Organizzazione Mondiale della Sanità, che un' operazione di rettificazione chirurgica del sesso, i cui costi

In alcuni casi²⁰ i Tribunali portoghesi hanno riconosciuto il cambiamento del nome, anche in assenza di una chirurgia di rettificazione del sesso biologico, quando si trattasse di nome usato indistintamente per i due generi, ad esempio i nomi *Jó* e *Zara*.

Il Parlamento Portoghese con la legge n. 7/2011 rubricata “*Cria o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil e procede à décima sétima alteração ao Código do Registo Civil*”, ha previsto per le persone *transgender* lusitane, di non dover più necessariamente ricorrere alla rettificazione chirurgica per vedersi riconosciuta la loro identità di genere; la stessa procedura di rettifica non è più giurisprudenziale ma amministrativa, richiedendosi il deposito di una domanda presso qualsiasi *conservatória do registo civil*, accompagnata, da un “*Relatório que comprove o diagnóstico de perturbação de identidade de género, também designada como transexualidade*”, che può essere redatta da un *equipe* clinica multidisciplinare di sessuologia clinica, che sia almeno composta da un medico (psichiatra) e da un psicologo, in un centro sanitario pubblico o privato, nazionale o straniero.

Nonostante la legge non lo stabilisse è stata prevista dall’ *Instituto dos Registos e Notariado (IRN)* una lista delle strutture autorizzate a rilasciare questa perizia, di fatto limitando lo spirito della legge che riconosce una libertà della persona *transgender* nel ricorrere a qualsiasi struttura sanitaria; secondo le associazioni portoghesi in difesa delle minoranze sessuali questa lista mostra delle falle rispetto alla localizzazioni dei centri autorizzati.²¹

Ai sensi dell’art. 136 della *Constituição da República Português-1976* (CRP-1976) rubricato “*Promulgação e veto*”²², il Presidente della Repubblica rinviò

sono interamente a carico dell’ Estado português, è autorizzata solo dopo che una commissione composta da due psichiatri abbia accertato l’ esistenza di una disforia di genere nel richiedente maggiorenne, e che il richiedente abbia già ricevuto dei trattamenti ormonali in una struttura sanitaria pubblica per almeno due anni.

²⁰ Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 6 de Fevereiro de 1986, , ou o de 5 de Abril de 1984

²¹ ILGA-PORTUGAL, op.cit, Lisboa, 2012

(..)Sobre os serviços de reatribuição sexual existentes, não é claro se as suas equipas técnicas receberam formação adequada ou não (em particular no que toca a standards internacionais) ou se possuem as competências necessárias (em particular, cirúrgicas). Ademais, os serviços relacionados com questões de identidade de género, públicos e privados, só estão localizados em Lisboa, Porto e Coimbra, o que dificulta a vivência das pessoas transgénero de várias regiões do país. Por outro lado, não há registo de persistência de terapias para aceitação do sexo designado à nascença.(...)

²² Il Presidente della Repubblica portoghese può rinviare al Parlamento un testo di legge entro quaranta giorni dalla sua approvazione, quando ne ritiene opportuno che il Parlamento ne approfondisca degli aspetti, il testo se riapprovato a maggioranza assoluta dei deputati presenti, e nelle materie di politiche estere, di sistemi elettorali, sul settore di mezzi di produzione, da parte dei due terzi dei deputati presenti, il Presidente della Repubblica lo dovrà promulgare entro otto giorni.

Artigo 136.º CRP-(Promulgação e veto)

all'Assembleia da República il 6 Gennaio 2011 la prima approvazione del disegno di legge, Decreto n° 68/XI, accompagnandolo ad una lettera in cui il Presidente Cavaco Silva, lo stesso che interpellerà la Corte Costituzionale prima di promulgare la legge sul matrimonio *same-sex*, segnala che nel decreto legge presentato per la promulgazione mancherebbero i “*critérios de diagnóstico da perturbação de identidade de género*”, ovvero, il legislatore delegherebbe troppo al mondo medico – scientifico senza fissare sul punto delle linee guida in base ai quali i funzionari della pubblica amministrazione possano autorizzare la rettificazione chirurgica del sesso.

Le obiezioni del Presidente della Repubblica appaiono un po' forzate in quanto il mondo medico-scientifico lusitano o internazionale, cui la legge demanda, si conforma alle disposizioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, che classifica il comportamento sessuale *transgender* quale una disforia del comportamento sessuale, ed il riconoscimento della nuova identità di genere in base alla disciplina legislativa viene disposta sulla base di una perizia psichiatrica, la stessa già prevista da alcuni decenni dall'Ordine dei medici portoghesi, l'unico requisito venuto meno rispetto al passato è il non obbligo della rettificazione chirurgica del sesso d'origine, requisito quest'ultimo non richiesto già in casi giurisprudenziali sopra citati.

Il Parlamento portoghese ha riapprovato lo stesso testo del decreto legge divenuto legge nel marzo 2011, delegando al mondo medico-scientifico un potere decisionale solo apparentemente non “ben definito.”

A differenza della legge italiana in materia di mutamento del sesso, la legge portoghese non si pronuncia rispetto all'ipotesi di matrimonio contratto da parte della *pessoa transgénero*; nella CRP-1976 all'art. 36 è riconosciuto il diritto al matrimonio ad ogni persona, e dal 2010 viene riconosciuto il matrimonio *same-sex* dalla *lei* n.9/2010, quindi in base ad una estensione analogica di queste disposizioni si potrebbe supporre che dalla rettificazione del sesso non derivi uno scioglimento automatico degli effetti civili del matrimonio, e che non sia

1. No prazo de vinte dias contados da recepção de qualquer decreto da Assembleia da República para ser promulgado como lei, ou da publicação da decisão do Tribunal Constitucional que não se pronuncie pela inconstitucionalidade de norma dele constante, deve o Presidente da República promulgá-lo ou exercer o direito de veto, solicitando nova apreciação do diploma em mensagem fundamentada.

2. Se a Assembleia da República confirmar o voto por maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções, o Presidente da República deverá promulgar o diploma no prazo de oito dias a contar da sua recepção. (...)

impedito alla persona *transgender* di sposarsi anche eventualmente con persona dello stesso sesso biologico.

1.3 L'ORIENTAMENTO SESSUALE

L'orientamento sessuale o anche l'"identità erotica" è la "*capacità di ogni persona di provare una profonda attrazione emotiva, affettiva e sessuale verso persone dell'altro sesso o dello stesso sesso, e di intrattenere relazioni intime con loro.*"²³

A livello internazionale si è consolidato il principio per cui l'orientamento sessuale e l'identità di genere si ritengono congiuntamente parte integrante di un soggetto.²⁴

L'orientamento sessuale riguarda sia l'aspetto affettivo, ovvero l'insieme di emozioni poste alla base di un rapporto sentimentale, sia l'attrazione fisico-sessuale che si instaura con l'altra persona; espressioni dell'orientamento sessuale sono la bisessualità, l'eterosessualità, e l'omosessualità.

Nella disciplina portoghese è stato introdotto dalla revisione costituzionale del 2004 all'art. 13 della CRP-1976 rubricato "*principio da igualdade*" l'orientamento sessuale quale fattore di non discriminazione, a cui è seguita un'ampia disciplina legislativa di adeguamento al disposto costituzionale, come meglio sarà approfondito di seguito; mentre in Italia all'art.3 della Costituzione in tema di eguaglianza si fa riferimento al "sesso" quale fattore di non discriminazione, che da un'esegesi sistematica delle disposizioni costituzionali,²⁵ si può ritenere faccia riferimento al divieto di discriminazione "ontologicamente calibrato" sul rapporto di genere uomo-donna,²⁶ in tal senso è ampiamente

²³ INTERNATIONAL SERVICE FOR HUMAN RIGHTS, op. cit., Yogyakarta, 2007, traduzione dell'autore della tesi

²⁴ INTERNATIONAL SERVICE FOR HUMAN RIGHTS, op. cit., Yogyakarta, 2007, traduzione dell'autore della tesi

"(...)L'orientamento sessuale e l'identità di genere che ogni persona stabilisce per sé, è parte integrante della loro personalità e costituisce uno degli aspetti basilari dell'autodeterminazione, della dignità e della libertà."

²⁵ Art. 37, comma 1, Cost. "(...)donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore", Art. 51, comma 1, Cost. "tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere ai pubblici uffici... in condizioni di eguaglianza" Art. 117, comma 7, Cost. "le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la parità degli uomini e delle donne nella vita sociale."

²⁶ L. D'ANGELO, *Divieto di matrimonio tra omosessuali: nessuna violazione dell'art. 3 Cost.*, Forum di Quaderni Costituzionali, 30 marzo 2010

"(...)Può sottolinearsi, allora, che il divieto di discriminazione sulla scorta del sesso ex art. 3 Cost. risulta ontologicamente calibrato con riferimento ad un rapporto di genere (uomo e donna) e, pertanto, presuppone

sviluppato un piano di politiche sul lavoro per il riconoscimento delle pari opportunità uomo-donna.²⁷

Il divieto di discriminazione sull'orientamento sessuale potrebbe in maniera indiretta essere ricondotto all'art. 3 della Cost. italiana, quando si fa riferimento alle “*condizioni personali*”, anche se la formula è “*al limite*” poiché non pienamente adatta per individuare la natura di un comportamento sessuale.²⁸

Ad oggi l'unica norma organica dell'ordinamento italiano che vieta la disparità di trattamento in base all'orientamento sessuale è il decreto legislativo n°216 del 2003, modificato a sua volta dal decreto legge n° 59 del 2008, in applicazione della direttiva 2000/78/CEE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

2. UN PASSATO DA “ANORMALITÀ” TUTTORA ATTUALE

L'orientamento sessuale verso una persona dello stesso sesso è stato nel corso della storia, causa di isolamento e repressione giuridica.

Un bagaglio storico-culturale, che va generalmente sotto il termine di “*tradizione*”, quest'ultima invocata in ogni dibattito legislativo ad oggetto l'orientamento sessuale, basti considerare le forti opposizioni che hanno animato il recente dibattito per l'approvazione della legge sul *mariage pour tous* in Francia.

una sorta di analisi comparativa: si intende dire che soltanto all'esito di una comparazione tra “l'ampiezza” delle sfere giuridiche facenti capo all'uomo ed alla donna tutelate dalla Repubblica si può giungere a parlare nei termini di una violazione del divieto. Ciò, appunto, quando si assiste ad uno sbilanciamento di tutela o riconoscimento di libertà a favore di un genere rispetto all'altro.(..)”

²⁷ Legge n.986/50 : Proibisce il licenziamento delle lavoratrici madri, gestanti e puerpere, Legge n.7/1963 Stabiliva il divieto di licenziamento delle lavoratrici per causa di matrimonio, Legge n.66/63 : Ammette le donne a tutti i pubblici uffici e a tutte le professioni (escluse Polizia, Guardia di Finanza e Forze Armate), Legge n.151/75 di riforma del diritto di famiglia: Viene sanzionata la parità dei coniugi, Legge n.1204/1971 e DPR 1026/1976 : Riprende e modifica la legge del 1934 sulla tutela delle lavoratrici madri, Legge n.903 del 9/12/1977 : Prevede la parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro, Legge n. 194/78 : Riguarda la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria di gravidanza, Legge n.546 del 29/12/1987 : Indennità di maternità per le lavoratrici autonome professioniste, Legge n.379/1990: Prevede l'indennità di maternità per le libere professioniste, Legge n.125/1991 : Azioni positive per la realizzazione della parità uomodonna nel lavoro, Legge n.215/1992: Azioni positive per l'imprenditoria femminile. Oggi l'intera disciplina antidiscriminatoria è raccolta nel decreto legislativo n. 198/06 (c.d. codice delle pari opportunità) che sul lavoro vieta “qualsiasi atto, patto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso e, comunque, il trattamento meno favorevole rispetto a quello di un'altra lavoratrice o di un altro lavoratore in situazione analoga” (art. 25).

²⁸ Nel panorama costituzionale europeo è individuabile un riferimento indiretto all'orientamento sessuale anche nella Costituzione federale della Confederazione Svizzera al suo art. 8 rubricato “uguaglianza giuridica”, quando si statuisce che nessuno può essere discriminato per il suo “modo di vita”.

La tradizione è un determinante positivo o negativo sul diritto, ovvero, se i diritti si ritengono fondati su qualità metafisiche del soggetto essa potrà avere un ruolo negativo e oppressivo rispetto ad un avanzamento “progressista” degli stessi, se invece i diritti vengono riconosciuti quali il riflesso di un ordine storico dato la tradizione svolgerà un ruolo di salvaguardia del sistema consolidatosi perché ad esso gli stessi diritti verranno ancorati.²⁹

A dimostrazione che il tema della “tradizione” rileva per il diritto oltre quanto lo stesso diritto positivo statuisce, si può ad esempio considerare l’argomento utilizzato dalla Corte Costituzionale italiana, che rispetto ad una legittimazione costituzionale del matrimonio *same-sex* nella sentenza n. 138/2010, ha ribadito che nello specifico dell’istituzione giuridica del matrimonio, il diritto vigente e la giurisprudenza che su di essa si è formata “*non fanno che riflettere anche <una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio>*”, sicché il predetto postulato non è *<arbitrario, ma fondato su antichissime e condivise tradizioni culturali prima ancora che giuridiche – che il diritto, come in altri innumerevoli casi, nel rispecchiare, ordina.>*”

Una tradizione di “ostilità” ai comportamenti sessuali differenti dall’eterosessualità si è consolidata nel tempo intorno a tre fattori: religioso-morale, giuridico-normativo, medico-scientifico, ne appare opportuno un breve approfondimento di essi, in quanto i suddetti aspetti costituiscono il *background* del proseguo dell’analisi di tesi; questi sedimentatisi *in primis* nei contesti socio-culturali delle popolazioni europee, a seguito della colonizzazione si sono diffuse anche negli altri Continenti.³⁰

Bisogna premettere che la rilevanza degli stessi in ogni dibattito dottrinale o legislativo ad oggetto la tutela delle minoranze sessuali è rimessa ad una scelta

²⁹I. MASSA PINTO, *Diritto costituzionale e tradizione: a proposito della famiglia come “società naturale fondata sul matrimonio”*, *Forum Quaderni Costituzionali*, 2008

La tradizione quale fattore storico e sociale, può determinare condizionamenti sul diritto, e su chi è chiamato a legiferare: “Se per coloro che fondono i diritti su qualità metafisiche del soggetto la tradizione è qualcosa di negativo, di oppressivo, della quale bisogna liberarsi proprio attraverso il riconoscimento dei diritti, per coloro che concepiscono i diritti fondamentali come il riflesso di un concetto di ordine storico e socio-politico la tradizione è invece sinonimo di sicurezza contro la complessità. Secondo questo modello, dunque, non si tratta di <servire la tradizione per mero riguardo verso la tradizione stessa.> (..) Si tratta piuttosto di avvinghiarsi alla tradizione come il naufrago alla zattera nella tempesta della complessità infinita nella quale l’uomo si trova a vivere.”

³⁰L. VIOLA, *Quotidiana Omofobia-Dipartimento di Antropologia Culturale ed Etnologia*, Torino, 2011

L’analisi antropologica è incentrata sugli episodi di omofobia in Kenya: “L’ eterosessualità diventa imperativo categorico e ragione identitaria. I corpi vengono plasmati con tabù sessuali e incasellati in gerarchie di genere nel tentativo di renderli “africani” e lontani dal passato coloniale. Eppure i primi a decretare l’ omosessualità come errore furono proprio quei colonizzatori di cui l’ Africa tenta di liberarsi.”

“discrezionale” del legislatore o del giurista, ovvero, è evidente che le argomentazioni cui si fa ricorso non sono sempre motivabili sulla base di elementi di diritto, sarà pertanto interessante nel corso dello sviluppo della tesi provare a definire in che termini le politiche legislative influenzate da questi costrutti cosiddetti “tradizionali” vanno considerate discriminatorie o meno.

2.1 IL GIUDIZIO “INGERENTE” DELLE RELIGIONI ABRAMITICHE SULLE POLITICHE LEGISLATIVE AD OGGETTO L’ORIENTAMENTO SESSUALE SAME-SEX

La commistione tra le religioni e i poteri statali ha incrementato lo sviluppo di una condanna giuridica dei comportamenti sessuali alternativi all’eterosessualità; in una logica “*semplificistica*” tutti i possibili comportamenti sessuali sono stati ricondotti al fine procreativo.

Nelle tre religioni Abramitiche, (Cristianesimo, Ebraismo, e Islam), la condanna morale dell’orientamento sessuale verso una persona dello stesso sesso è fondata su una comune radice teologica, contenuta nel brano delle Sacre Scritture che narra del peccato di Sodoma,³¹ da cui deriva l’appellativo di “*sodomita*” per la persona attratta sessualmente da altra dello stesso sesso.

Le correnti di pensiero sull’orientamento sessuale *same-sex* delle tre grandi fedi monoteiste sul tema sono di strettissima attualità poiché riproposte anche di

³¹ GENESI 19:1-11 “I due angeli giunsero a Sodoma verso sera. Lot stava seduto alla porta di Sodoma; come li vide, si alzò per andar loro incontro, si prostrò con la faccia a terra, e disse: «Signori miei, vi prego, venite in casa del vostro servo, fermatevi questa notte, e lavatevi i piedi; poi domattina vi alzerete per tempo e continuerete il vostro cammino»(..) Ma prima che si fossero coricati, gli uomini della città, i Sodomiti, circondarono la casa: giovani e vecchi, la popolazione intera venuta da ogni lato. Chiamarono Lot e gli dissero: “Falli uscire, perché vogliamo conoscerli” Lot uscì verso di loro sull’ingresso della casa, si chiuse dietro la porta, e disse: «Vi prego, fratelli miei, non fate questo male! Ecco, ho due figlie che non hanno conosciuto uomo: lasciate che io ve le conduca fuori, e voi farete di loro quel che vi piacerà; ma non fate nulla a questi uomini, perché sono venuti all’ombra del mio tetto». Essi però gli dissero: «Togliti di mezzo!» E ancora: «Quest’individuo è venuto qua come straniero e vuol fare il giudice! Ora faremo a te peggio che a quelli!» E, premendo Lot con violenza, s’avvicinarono per sfondare la porta. Ma quegli uomini stesero la mano, tirarono Lot in casa con loro e chiusero la porta. Colpirono di cecità la gente che era alla porta della casa, dal più piccolo al più grande, così che si stancarono di cercar la porta.”

Da un punto di vista dottrinale e teologico, tutto ruota intorno all’ interpretazione del verbo “conoscere”. Gli abitanti di Sodoma volevano conoscere gli angeli o abusare di loro? Alcuni interpreti danno al verbo conoscere il significato di incontrare, che è certamente uno dei significati del verbo. Altri, la maggioranza degli interpreti, ritengono che non è un significato possibile in questo brano, perché Lot, l’uomo che ospita nella sua casa i due angeli, chiamò il desiderio degli abitanti di Sodoma un male. Egli offrì le sue due figlie come sostituite perché non avevano conosciuto un uomo (ovviamente nel senso di essere vergini, non perché non avevano mai incontrato un uomo), e voleva proteggere i suoi ospiti dalla folla, che sarebbe strano se i Sodomiti volevano solo parlare con loro. Quindi secondo quest’ultimi interpreti la parola conoscere va tradotta in “abusare.” Dio proprio perché i Sodomiti volevano abusare degli angeli, quindi commettere il peccato sessuale del rapporto omosessuale, fece piovere fuoco e cenere sulla città distruggendola e condannandola.

recente, nel corso del dibattito sul “*mariage pour tous*” in Francia, ovviamente, è nella discrezionalità del legislatore dare credito e valore ai dogmi delle fedi, in quanto se si considera che uno Stato di diritto è espressione di una società pluralista, le linee guida di riferimento dell’organo decisorio devono essere le norme fondamentali dello Stato, o meglio valori collettivi che non appartengono singolarmente a quelle di una singola o più comunità di credenti.

2.1.1 L’EBRAISMO EUROPEO

Il Gran Rabbino di Francia Gilles Bernheim, una delle massime autorità dell’ebraismo europeo, in un documento dal titolo: “*Matrimonio omosessuale, omoparentalità e adozione*” ha scritto a proposito dell’ipotesi del riconoscimento in Francia del matrimonio per le coppie *same-sex* che: “*c’è il rischio irreversibile di una confusione delle genealogie, degli statuti e delle identità, a scapito dell’interesse generale e a vantaggio di un’infima minoranza (...), non si può riconoscere il diritto al matrimonio a tutti coloro che si amano per il solo fatto che si amano(...), il bambino non si costruisce che differenziandosi, e ciò suppone innanzi tutto che sappia a chi rassomiglia. Egli ha bisogno di sapere di essere il frutto dell’amore e dell’unione di un uomo, suo padre, e di una donna, sua madre, in virtù della differenza sessuale dei suoi genitori.*”³²

Al di là della contestabilità nel merito di tutte le affermazioni del Rabbino,³³ va riscontrato il peso morale delle sue affermazioni, le cui dichiarazioni sono state riprese anche dai partiti di “destra” all’opposizione del governo socialista promotore del disegno di legge per il matrimonio egualitario, alimentandone inevitabilmente un dibattito già di per sé animato, anche se le stesse non sono state nel caso di specie di ostacolo fattivo all’approvazione poi avvenuta del testo legislativo.

³² G. BERNHEIM, *Matrimonio omosessuale, omoparentalità e adozione*, Parigi, 2012

³³ In termini giuridici il presupposto del matrimonio è proprio il legame affettivo – amoroso, che è il suo elemento distintivo dagli altri contratti, inoltre rispetto all’ omoparentalità l’American Psychological Association, basandosi su dati scientifici si attesta su posizioni diametralmente opposte a quelle del Rabbino.

2.1.2 LA CHIESA CATTOLICA

Non è conciliabile con gli spazi del presente scritto analizzare tutti i numerosi documenti pubblicati dalla Chiesa Cattolica, in cui è rimarcato il giudizio peccaminoso degli atti sessuali non finalizzati al fine riproduttivo quindi *same-sex*;³⁴ le parole dell'ex Pontefice all' inizio del c.a., in uno degli ultimi messaggi del suo pontificato, possono considerarsi un filo conduttore degli stessi.

Benedetto XVII in occasione della giornata mondiale della pace 2013, ha definito i tentativi di accomunare i matrimoni gay a quelli fra uomo e donna “*un’offesa contro la verità della persona umana*” e “*una ferita grave inflitta alla giustizia e alla pace.*”³⁵

L’ingerenza della Chiesa Cattolica, nei processi legislativi, ad oggetto il riconoscimento dell’orientamento sessuale delle persone, non è un mistero; l’intervento della Conferenza episcopale italiana nel 2007, durante il dibattito legislativo italiano riguardante il disegno di legge sui DICO, si è contraddistinto per una presa di posizione che ha superato *de facto* lo spirito concordatario dei rapporti tra Stato e Chiesa.³⁶

³⁴ Tra l’ altro: Congregazione della dottrina della fede, Persona Humana. Alcune questione di etica sessuale, 29 dicembre 1975. Congregazione della dottrina della fede, Cura pastorale delle persone omosessuali: lettera ai Vescovi della Chiesa cattolica sulla cura pastorale delle persone omosessuali, 10 ottobre 1986. Comitato sul matrimonio e la famiglia della Conferenza nazionale dei Vescovi cattolici degli Stati Uniti, Sempre nostri figli, 10 ottobre 1997.

Congregazione per la dottrina della fede, Considerazioni circa i progetti di riconoscimento legale delle unioni tra persone omosessuali, 3 giugno 2003. Congregazione per l’ educazione cattolica, Istruzione circa i criteri di discernimento vocazionale riguardo alle persone con tendenze omosessuali in vista della loro ammissione al Seminario e agli Ordini sacri, 4 novembre 2005.

³⁵ Messaggio di Sua Santità Benedetto XVI (capo della Congregazione per la Fede, dal 1981 fino al 2005, quando è stato eletto al soglio pontificale, durante questi anni sono stati redatti i documenti più duri di condanna sull’ omosessualità), per la Giornata Mondiale della Pace 2013, Roma, 13 dicembre 2012.

“(.) La struttura naturale del matrimonio va riconosciuta e promossa, quale unione fra un uomo e una donna, rispetto ai tentativi di renderla giuridicamente equivalente a forme radicalmente diverse di unione che, in realtà, la danneggiano e contribuiscono alla sua destabilizzazione, oscurando il suo carattere particolare e il suo insostituibile ruolo sociale. Questi principi non sono verità di fede, né sono solo una derivazione del diritto alla libertà religiosa. Essi sono iscritti nella natura umana stessa, riconoscibili con la ragione, e quindi sono comuni a tutta l’umanità.(.) l’azione della Chiesa nel promuoverli non ha dunque carattere confessionale, ma è rivolta a tutte le persone, prescindendo dalla loro affiliazione religiosa”.

³⁶ ROSSI S., *Glossa minima alla Nota della Conferenza Episcopale*, Bergamo, 2008

“(.) Il problema quindi non nasce a causa dei temi di carattere morale o sociale su cui parte delle gerarchie ecclesiastiche intervengono sistematicamente, e non concerne neppure il loro diritto a parlare. Il problema sono gli interlocutori e gli alleati che tali gerarchie si scelgono: e gli interlocutori non sono le coscienze dei singoli, ma i poteri politici su cui si esercitano pressioni indebite, affinché nelle leggi civili siano trasfuse verità che appartengono esclusivamente alla sfera religiosa. In questo orizzonte, nell’ approccio al problema della democrazia, il concetto di verità deve essere compreso in quello di «argomentazione», ovvero della capacità di convincersi reciprocamente senza appelli autoritativi , perché l’incontro con chi la pensa in modo differente dal mio o ha bisogni diversi dai miei diventa impossibile e minaccioso, se tra me e l’altro non preesiste una cornice comune di valori che trovino il proprio fondamento nei principi costituzionali, espressione di un patto civile comune. (...)”

Nella “*Nota del Consiglio Episcopale Permanente a riguardo della famiglia fondata sul matrimonio e di iniziative legislative in materia di unioni di fatto*”, del 28 marzo 2007 la CEI organo che raccoglie la comunità dei vescovi italiani ha affermato che “...*la legalizzazione delle unioni di fatto [sia] inaccettabile sul piano di principio, pericolosa sul piano sociale ed educativo.*

Quale che sia l'intenzione di chi propone questa scelta, l'effetto sarebbe inevitabilmente deleterio per la famiglia. Si toglierebbe, infatti, al patto matrimoniale la sua unicità, che sola giustifica i diritti che sono propri dei coniugi e che appartengono soltanto a loro. Del resto, la storia insegna che ogni legge crea mentalità e costume...”.

Viene poi affrontato il nodo centrale della questione e vero oggetto della battaglia ingaggiata dalla Chiesa: “... *Un problema ancor più grave sarebbe rappresentato dalla legalizzazione delle unioni di persone dello stesso sesso, perché, in questo caso, si negherebbe la differenza sessuale, che è insuperabile.... Vogliamo ricordare che il diritto non esiste allo scopo di dare forma giuridica a qualsiasi tipo di convivenza o di fornire riconoscimenti ideologici: ha invece il fine di garantire risposte pubbliche a esigenze sociali che vanno al di là della dimensione privata dell'esistenza...”.*

L'ingerenza diventa una vera e propria “*potestas*”³⁷ rispetto ai parlamentari cattolici italiani, nella parte della Nota, in cui la CEI rivolgendosi al mondo politico fa presente che “*i politici e i legislatori cattolici, consapevoli della loro grave responsabilità sociale, devono sentirsi particolarmente interpellati dalla loro coscienza, rettamente formata, a presentare e sostenere leggi ispirate ai valori fondati nella natura umana, tra i quali rientra “la famiglia fondata sul matrimonio tra uomo e donna”* (Esortazione apostolica post-sinodale Sacramentum Caritatis n. 83). *I Vescovi, (si afferma riprendendo le parole del Santo Padre contenuta nell'esortazione apostolica post-sinodale Sacramentum Caritatis), sono tenuti a richiamare costantemente tali valori; ciò fa parte della*

³⁷ Nel Corriere della Sera del 13 febbraio 2007 Leopoldo Elia dichiarava : “Forse sarò troppo drastico. Ma preferisco parlar chiaro oggi, piuttosto che pentirmi domani di aver taciuto.... È dal Risorgimento che la Chiesa non teneva un atteggiamento tanto intransigente nei confronti di un governo italiano. Persino sull'aborto, un tema ben più delicato e drammatico delle coppie di fatto, si trovò una linea di compromesso, individuando una fase preliminare di riflessione per la donna. Oggi la Chiesa italiana, avvezza ai privilegi concordatari, è abituata a esercitare non l'“*auctoritas*” di cui parla il professor Mirabelli su L'Osservatore romano [in data 02.02.2007], ma una potestas indiretta del tutto anacronistica... Pare che la Chiesa voglia fare del nostro paese l'eccezione d'Europa: l'Italia cattolica dove non valgono le leggi in vigore in tutti gli altri paesi cattolici”.

loro responsabilità nei confronti del gregge loro affidato. Sarebbe quindi incoerente quel cristiano che sostenesse la legalizzazione delle unioni di fatto...”.

Il neo Presidente del Pontificio Consiglio per la Famiglia della Chiesa Cattolica, sempre attestarsi su posizioni un po' differenziate da quelle manifestate nel 2007 dalla CEI, infatti pur ritenendo il “vero” matrimonio quello eterosessuale, si intravede negli istituti di diritto privato delle possibili forme di tutela per le coppie dello stesso sesso, incluse tra le “convivenze non familiari,”³⁸ riprendendo posizioni singole già manifestate in passato da altri prelati della Chiesa Cattolica, come quelle dell'ex Cardinale di Milano Carlo Maria Martini.³⁹

38 O. LA ROCCA, Prima apertura nella Chiesa: "Diritti alle coppie gay", REPUBBLICA, 5 febbraio 2013

“CITTÀ DEL VATICANO - "No alle nozze gay, ma sì al riconoscimento dei diritti per le coppie di fatto e omosessuali secondo il Codice civile e all'ammissione dei divorziati risposati alla Comunione". Nella Chiesa cattolica spira aria di rivoluzione in materia di famiglia e diritti dei gay. Se ne è fatto portavoce, a sorpresa, l'arcivescovo Vincenzo Paglia, neo presidente del Pontificio consiglio per la famiglia, alla presentazione degli atti del Meeting internazionale sulla famiglia svolto a Milano lo scorso maggio. Anche se il presule - storico prelado della Comunità di Sant'Egidio - puntualizza che il "vero" matrimonio è solo quello celebrato tra un uomo e una donna, la sua è una apertura inaspettata. Il "no" della Chiesa alle nozze gay - specifica Paglia - non è un fatto religioso: "La Costituzione italiana parla molto chiaro, ma prima ancora era il diritto romano che stabiliva cosa fosse il matrimonio". E "anche Giorgio Gaber" ricorda "diceva che donna e uomo sono destinati a restare diversi, perché senza due corpi differenti e pensieri differenti non c'è futuro". Ma questo non significa - ammette il presule - che non si debbano riconoscere i diritti delle coppie di fatto, anche gay. Anzi, "è tempo che i legislatori se ne preoccupino". Paglia riconosce, inoltre, che le "convivenze non familiari" sono "molteplici", e assicura che la Chiesa è favorevole "a che in questa prospettiva si aiutino a individuare soluzioni di diritto privato e prospettive patrimoniali all'interno dell'attuale Codice civile". Soluzioni per impedire ingiustizie verso i più deboli. Occorre inoltre vigilare - avverte Paglia - sulle discriminazioni delle persone omosessuali nel mondo: "In oltre venti paesi l'omosessualità è ancora perseguita come un reato". Quanto ai divorziati risposati esclusi dall'eucaristia, il ministro del Vaticano per la famiglia annuncia che "il Papa ci ha chiesto di approfondire ancora la questione, perché vuole trovare una soluzione. Il problema gli sta molto a cuore". Nelle parole di Paglia non vede aperture Aurelio Mancuso, presidente di Equality Italia, secondo il quale "proporre per le coppie gay il riconoscimento di diritti individuali nel quadro del diritto privato significa mantenere l'attuale situazione di assenza del diritto". Il presidente di Gaynet Franco Grillini dichiara, invece, che "per la prima volta un alto prelato riconosce che esistono anche i diritti delle coppie omosessuali e che nel mondo ci sono molti paesi dove l'omosessualità è reato". Critico Flavio Romani, presidente di Arcigay, per l'ennesimo "no" della Chiesa al matrimonio fra persone dello stesso sesso, "un provvedimento che invece guadagna consensi nell'opinione pubblica e nei governi".

³⁹ C.M. MARTINI- I- MARINO, *Credere e conoscere*, 84, Torino, 2012

“Personalmente ritengo che Dio ci ha creato uomo e donna e che perciò la dottrina morale tradizionale conserva delle buone ragioni su questo punto. Naturalmente sono pronto ad ammettere che in alcuni casi la buona fede, le esperienze vissute, le abitudini contratte, l'inconscio e probabilmente anche una certa inclinazione nativa possono spingere a scegliere per sé un tipo di vita con un partner dello stesso sesso. Nel mondo attuale tale comportamento non può venire perciò né demonizzato né ostracizzato. Sono pronto anche ad ammettere il valore di una amicizia duratura e fedele tra due persone dello stesso sesso. L'amicizia è sempre stata tenuta in grande onore nel mondo antico, forse più di oggi, anche se essa era per lo più intesa nell'ambito di quel superamento della sfera puramente fisica (..), per essere un'unione di menti e di cuori. Se viene intesa anche come donazione sessuale, non può allora, mi sembra, venire eretta a modello di vita come può esserlo una famiglia riuscita. Quest'ultima ha una grande e incontestata utilità sociale. Altri modelli di vita non lo possono essere alla stessa maniera e soprattutto non vanno esibiti in modo da offendere le convinzioni di molti. (...) Io penso che la coppia omosessuale, in quanto tale, non potrà mai essere equiparata in tutto al matrimonio e d'altra parte non credo che la coppia eterosessuale e il matrimonio debbano essere difesi o puntellati con mezzi straordinari perché si basano su valori talmente forti che non mi pare si renda necessario un intervento a tutela. Anche per questo, se lo Stato concede qualche beneficio agli omosessuali, non me la prendereii troppo. La Chiesa cattolica, dal canto suo, promuove le unioni che sono favorevoli al proseguimento della specie umana e alla sua stabilità, e tuttavia non è giusto esprimere alcuna discriminazione per altri tipi di unioni.”

La Chiesa Cattolica nella doppia veste di guida spirituale ed organo di potere politico, anche in sede di organismi internazionali, nelle votazioni per la risoluzione ONU del 2008 al fine di depenalizzare l'“omosessualità” nel mondo ha manifestato il proprio giudizio negativo sulle minoranze sessuali, esprimendo il suo voto contrario, ritenendo che da una sua eventuale approvazione (non avvenuta) poteva derivarne in maniera indiretta un presupposto al fine del riconoscimento legale delle coppie *same-sex*, mostrando in realtà un “ottuso” ostruzionismo sul tema, associando aspetti di tutela differenziati.

La Chiesa è pienamente legittimata ad formulare questi giudizi rispetto ai processi legislativi ad oggetto le tematiche *de quo*, facendosi portavoce di valori che ritiene “a suo modo” di tutelare, ma il vero nodo problematico di questi interventi è l'indipendenza di chi è chiamato ad legiferare.

Nel caso di specie il Parlamento italiano, che a differenza di quello portoghese risente delle forti ingerenze della Chiesa Cattolica, dovrebbe dando adempimento alle prerogative che gli spettano ed avendo quale sola “fede” di riferimento i precetti costituzionali cui per legge è vincolato, farsi carico di valori “condivisi” nella società, che non sono espressione di singole “fazioni” della stessa.

2.1.3 L'ISLAM

Nell'Islam l'attrazione sessuale verso una persona dello stesso sesso è considerata come “*l'atto di cedere ad una tentazione naturale*”, a differenza della concezione ebraica e cristiana che la presentano quale “*atto contro natura*”, in assenza di un chiaro riferimento di condanna nel Corano, in cui però vi è scritto che i martiri musulmani in paradiso saranno circondati da uomini come delle “perle disseminate.” (Sourate 76-19, Corano), alcuni interpreti fanno scaturire la condanna divina dagli stessi versi della Genesi, che narrano della città di Sodoma, presi in considerazione dal Cattolicesimo e dall'Ebraismo.

Una condanna esplicita è invece contenuta nell' altro testo sacro della fede di Maometto la Sunna, dov'è riportato come il Profeta Maometto “*maledicesse gli uomini effeminati e le donne mascoline dicendo: cacciateli dalle vostre case*”.

Sul piano legale la condanna dell' attrazione sessuale con persone dello stesso sesso si differenzia secondo gli orientamenti delle quattro principali scuole

giuridico-religiose, disponendosi in generale su due piani: un primo piano la cui condanna si fa derivare dalla Genesi è relativo alla consumazione dell'atto sessuale tra due uomini con penetrazione, il secondo piano che trae origine dai versetti della Sunna considera invece la semplice manifestazione dell'orientamento sessuale, quale motivo di condanna sul piano penale.⁴⁰

La drammaticità delle condizioni delle minoranze sessuali in alcuni Paesi che hanno l'Islam quale religione di Stato arriva al punto che in essi è prevista la pena di morte per i maschi che sono sospettati o trovati ad praticare un rapporto sessuale con una persona dello stesso sesso.⁴¹

2.2 IL REATO DI SODOMIA: UN BREVE *EXCURSUS* STORICO

La garanzia alla maggioranza eterosessuale e non alle minoranze sessuali di uno spazio giuridico in termini di “diritti *pro*” prende origine da un lungo passato

⁴⁰ V. FRONZONI, *L'omosessualità nell' Islam. Un reato contro la famiglia, un peccato verso Dio*, in S. PRISCO (a cura di) *Amore che vieni, Amore che vai-Unioni omosessuali e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2012.

“Si delineano così due situazioni: differenti: la prima, che si verifica in presenza di una particolare condotta, ovverosia la consumazione di un rapporto sessuale tra uomini; e la seconda, illegittima in sé e che colpisce un modo d'essere, (...) che proietta l'omosessualità in un diritto penale dell'autore, all'interno del quale sono sanzionate le azioni, non per la concreta prospettiva di offensività di un bene giuridico, il che dovrebbe accadere in un diritto penale del fatto (rapporto sessuale tra uomini), ma per colpire il singolo autore che rappresenta una categoria sociale non accettata secondo prospettive eticizzanti(.) Per il secondo comportamento che è unilaterale ed è ritenuto meno “lesivo”, si applica la pena dell' esilio, allontanamento dalla famiglia e dalla propria comunità. “Viceversa, in presenza di un illecito atto sessuale con penetrazione, vale a dire un reato di pura condotta a concorso necessario, plurioffensivo, che quindi colpisce tanto il diritto di Dio (laddove si pone come contrario alla (pro)creazione, scopo principale della consumazione dell'atto sessuale), che quello degli uomini (nella misura analizzata poc' anzi) la pena prevista è certamente più severa, passando per una gammatura a seconda delle diverse scuole giuridiche di riferimento. Per malikiti, si'iti e la maggior parte di hanbaliti e safi'iti, la pena prevista è la morte. Mediante lapidazione (malikiti e alcuni hanbaliti e safi'iti), spada (altri hanbaliti e safi'iti), precipitazione da un'altura (altri hanbaliti e safi'iti), ovvero con il fuoco (si'iti). Di fronte ad atti sessuali comunque illegittimi, ma senza penetrazione, come possono esserlo alcuni rapporti lesbici o omosessuali, una certa frangia della dottrina (hanafita) ritiene applicabile una pena discrezionale ma non la pena coranica(.)”.

⁴¹ REDAZIONE IL FATTO QUOTIDIANO, “*Reato di omosessualità*”, *giovane condannato all'impiccagione in Iran, Il fatto quotidiano*, 17 ottobre 2011

Secondo la sharia essere gay costituisce una violazione diretta della legge di Allah che va punita con la pena di morte Colpevole di omosessualità: questa la ragione per la quale un ragazzo di 25 anni è stato condannato a morte e impiccato a Marvdasht, nella regione iraniana di Fars. L'esecuzione è avvenuta mercoledì scorso. A riferirlo oggi al sito ufficiale della tv iraniana 'Irib' è stato il procuratore generale della città, Qolamhossein Ciaman-sara, che però non ha rivelato il nome della vittima. Secondo il codice penale islamico sciita attualmente in vigore nella Repubblica islamica dell'Iran, il rapporto omosessuale, così come l'adulterio, viene punito con l'impiccagione o con la lapidazione. La sharia, infatti, considera l'omosessualità una violazione diretta della legge di Allah e per questo deve essere punito con la pena di morte. La notizia che riguarda il 25enne non rappresenta, però, un caso isolato: secondo alcuni siti di opposizione, infatti, negli ultimi anni per il “reato di omosessualità” sono stati impiccati nel Paese guidato da Mahmoud Ahmadinejad decine di uomini. Un precedente non troppo lontano nel tempo c'era stato nel 2007, quando un 20enne fu condannato per aver commesso violenze nei confronti di tre minorenni quando aveva, secondo l'accusa, solo 13 anni di età. L'uomo venne impiccato nonostante le denunce nei suoi confronti fossero state ritirate. A nulla valse la mobilitazione internazionale che ci fu in sua difesa. Due anni prima, nel luglio del 2005, due ragazzini, uno di 18 anni e l'altro minorenne, furono condannati a morte per reati di “sodomia” dopo 16 mesi di detenzione in carcere.

nel quale le persone appartenenti alle minoranze sessuali sono state relegate ad una condizione di isolamento giuridico ed reità.

A partire dall'antica Grecia e poi durante l'Impero romano si è assistito all'inizio ad una penalizzazione delle pratiche sessuali dei soli maschi non finalizzate al fine procreativo; successivamente si è introdotto solamente per le persone di sesso maschile attratte da persone dello stesso sesso il reato di sodomia (dal nome della città citata nel testo biblico sopra riportato), ovvero, usando le parole di Bentham si è istituito un "*reato senza vittima*" in cui oggetto della condanna penale non era la commissione di un'azione rea ma la sola attitudine comportamentale del condannato.

Mentre nelle antiche civiltà di Atene e Roma si riteneva che "*i rapporti fra donne fossero accoppiamenti turpi, segno di inqualificabile sregolatezza,*"⁴² senza però che questi fossero oggetto di una condanna sul piano penale, il rapporto sessuale tra due uomini era ritenuto legittimo nelle *polis* greche solo se seguito in età maggiore anche da un rapporto eterosessuale; il maschio adulto doveva necessariamente assumere il ruolo sessuale "attivo", sia con le donne che con gli uomini.

Il rapporto "pederastico" greco era strettamente connesso alla città ed alla formazione del cittadino: "*era istituzione cui era affidato il compito di fare dei greci i migliori degli uomini.*"⁴³

Si iniziò in questo modo a canalizzare l'orientamento sessuale in una logica istituzionale,⁴⁴ per i giovani maschi greci si trattava di un'iniziazione, un passaggio obbligato di crescita sociale prima dell'età maggiore, indipendentemente dall'orientamento sessuale.

Nell'antica Roma si assiste ad un fenomeno simile a quello sviluppatosi in Grecia, in quanto il comportamento sessuale maschile con persona dello stesso

⁴² E. CANTARELLA, *Secondo natura-La bisessualità nel mondo antico*, 269, Milano, 1999

"Il piacere femminile, per loro (gli uomini greci e romani), era qualcosa che doveva essere controllato: le donne (come la storia di Tiresia dimostrava) provavano più piacere degli uomini nel rapporto sessuale. E per di più non erano in grado di controllarsi. Prima ancora della loro socialità, dunque, quel che andava controllato era la loro sessualità."

⁴³ E. CANTARELLA op. cit. 276, Milano, 1999

⁴⁴ J.H. HENDERSON, *The Maculate Muse*, Oxford, 1991

"(..)Dire che all' uomo ateniese erano consentite tutte le possibili scelte sessuali, insomma, vuol dire offrire della sessualità dei greci un' immagine ben poco corrispondente a realtà: l' idea di una Grecia in cui gli uomini passavano senza problema alcuno da un ruolo sessuale all' altro, così che la bisessualità maschile non causava l' <ansietà> provocata dall' esperienza omosessuale nel mondo moderno, è in verità non poco discutibile(...)"

sesso venne declinato secondo la logica di formazione educativa del guerriero romano che doveva battersi per l'impero e doveva dominare il mondo.

Un rapporto sessuale con una persona dello stesso sesso era consentito solo se praticato con i prostituti e gli schiavi, soggetti terzi rispetto alla comunità da porre in una condizione di sottomissione; non era rilevante quindi il rapporto sessuale, bensì il rapporto di potere che si determinava.⁴⁵

Quando la cultura romana cominciò ad essere "ellenizzata", durante il periodo della Repubblica, il rapporto pederastico greco, cominciò a diffondersi quale meccanismo di crescita culturale ed educativa dei giovani dell'*élite* romana; i rapporti fra maschi cominciarono a coinvolgere tra loro i maschi romani liberi, assumendo quindi le caratteristiche di una relazione di tipo affettivo.

I rapporti sessuali affettivi tra uomini romani liberi, diffusi si cominciarono a ritenere in contrasto con i *mores maiorum*, perché mettevano in crisi l'immagine stereotipata del maschio romano, pertanto quale meccanismo atto ad limitarne l'"eccessiva diffusione", fu adottata nel 149 a.c. la *lex Scatinia*, il primo provvedimento legislativo della storia, atto a reprimere la bisessualità, prevedendosi pene maggiori, laddove uno dei *partner* del rapporto *same-sex* fosse stato un libero maschio romano.

Il successivo avvento del Cristianesimo, di cui gli imperatori si servirono per rinforzare il loro potere, diffuse il concetto di "naturalità" del solo rapporto eterosessuale, con la conseguente istituzionalizzazione della condanna giuridica dell'attrazione sessuale ed affettiva verso una persona dello stesso sesso: Costanzo e Costante nel 342 d.c., Teodosio I nel 390 d.c. ed ancora Teodosio II nel 438 d.c., condannarono le persone di sesso maschile con tendenze sessuali "passive" attratte da persone dello stesso sesso, invece, Giustiniano nel 538 d.c. condannò tutte le persone di sesso maschile attratte da altre dello stesso sesso, da questo momento in poi prenderà forma una istituzionalizzazione del reato di sodomia. .

In Europa durante il medioevo, con provvedimenti sulla falsariga di come già Giustiniano aveva disposto, si assiste ad una dura repressione dell'orientamento sessuale verso persona dello stesso sesso, da parte delle autorità civili ed

⁴⁵ E. CANTARELLA op. cit. 277, Milano, 1999

"(..)In questo quadro, è evidente che la formazione del ragazzo romano non solo non poteva prevedere, ma doveva tassativamente escludere i rapporti omosessuali, dei quali sarebbe inevitabilmente stato il partner passivo: una simile esperienza avrebbe messo in serio pericolo la sua formazione morale e politica(..)"

ecclesiastiche.⁴⁶ Il concetto di sodomia fu associato a quello di eresia, in entrambi i casi i soggetti erano accusati di vizi contro-natura.

Nel 1791, nello spirito dell'illuminismo, l'Assemblea Costituente francese, come primo Stato d'Europa abolì la pena capitale per il reato di sodomia.

Nel 1810 Napoleone accettando la proposta di legge del ministro alla giustizia Cambacérés, che era *gay*, abrogò il reato di sodomia.

La legittimazione del comportamento sessuale verso una persona dello stesso sesso, con una depenalizzazione dello stesso, ha riguardato successivamente un po' tutti gli Stati Europei, ad intervalli di tempo relativamente lunghi e differenziati tra i differenti Paesi europei: in Olanda nel 1811, in Belgio nel 1843, in altri Paesi la legalizzazione ha conciso con il ritorno alla democrazia, in Svezia nel 1944, in Norvegia nel 1972, in Spagna dal 1979.

In Portogallo dal 1983 viene depenalizzata l'attrazione sessuale verso persona dello stesso sesso con qualche anno di ritardo rispetto alla fine della dittatura di Salazar, e dal ritorno alla democrazia; durante il periodo della dittatura di Salazar dello *Estado Novo* si assistette ad una forte repressione dei *gay* lusitani specie quelli a carattere particolarmente effeminato, molti furono rinchiusi da parte della *Polícia de Costumes in estabelecimentos específicos de "reeducação"*, chiamati *Mitras*, applicando il reato di sodomia o ritenendo che i *gay* provocassero un'

⁴⁶ A. D' AVACK, "Omosessualità"-diritto canonico, in Enciclopedia del diritto, vol. XXX, Milano, 1980
“(..)Il diritto romano aveva fin da epoca antica formalmente condannato e punito l'omosessualità [...]. Leggi non meno severe e duramente repressive di tale aberrazione sessuale si riscontrano emanate nei secoli successivi da tutte le autorità civili dall'epoca medioevale più antica fino all'età moderna. Così, la "Lex Visigothica" condannava quelli "che si accoppiano con maschi o coloro che vi saranno sottomessi consenzienti" alla castrazione e al carcere duro e, se coniugati, all'immediata successione dei beni a favore dei propri figli ed eredi, e successivamente, oltre sempre la "castratio virium", addirittura alla pena capitale [...]. A sua volta, nella nota collezione dei Capitolari Franchi di Ansegisio e Benedetto Levita [...], sia coloro che avessero commercio sessuale con animali, sia quelli che si rendessero colpevoli di incesto, sia infine "coloro che si accoppiano fra maschi", erano puniti con la pena capitale e, se eventualmente perdonati per via d'indulto, tenuti a sottoporsi alle penitenze canoniche imposte dalla Chiesa. In un successivo Capitolare di Ludovico il Pio, poi, mentre si ribadiva per tali reati la pena del rogo richiamandosi alla legislazione romana, si giustificava tale severa sanzione in nome della stessa "salvezza della repubblica", onde evitare cioè "che per colpa di tali peccati anche noi cadiamo col regno, e che perisca la gloria dell'intero regno" [...]. Nei secoli successivi, tale legislazione penale laica rimase sostanzialmente inalterata e fu, dal più al meno, quasi ovunque identica sia in Italia sia negli altri Stati europei, come ne fanno fede gli Statuti di Bologna del 1561, quelli di Ferrara del 1566, quelli di Milano, di Roma, delle Marche, ecc..., del secolo XVII, i Bandi fiorentini del 1542, del 1558 e del 1699, le Prammatiche siciliane del 1504, la Costituzione criminale carolina di Carlo V, quella teresiana di Maria Teresa, l'Ordinanza Regia portoghese, la Nova Recopilacion spagnola, ecc... [...]. A loro volta, gli Statuti fiorentini, "abborrendo la putredine di quell'enorme crimine che è il vizio sodomitico, e volendo provvedere all'estirpazione di questo crimine, avevano sancito l'istituzione di otto Officiali Honestatis, i quali duravano in carica sei mesi ed erano specificamente deputati alla repressione di tale reato(..)”.
..

“*estado de perigosidade*” per la società, quindi anche in assenza di una condanna penale, veniva loro inflitta questo tipo di pena.⁴⁷

In Italia, l’orientamento sessuale verso persona dello stesso sesso è stata depenalizzata, nel primo codice penale unitario italiano, il Codice Zanardelli del 1887, ciò non deve però ingannare sulla considerazione che a livello sociale si aveva dell’“omosessualità”, in tal senso il Carmignani rispetto all’assenza nel codice penale del reato di sodomia affermò: “*riesce più utile l'ignoranza del vizio che non sia per giovare al pubblico esempio la cognizione delle pene che lo reprimono.*”

Durante il fascismo anche se il Codice Rocco, sulla falsariga del Codice Zanardelli, non penalizzò l’orientamento sessuale verso persona dello stesso sesso, un centinaio di *gay* italiani, che mostravano evidenti caratteri effeminati, furono soggetti a forme di detenzione arbitraria ed inviati al confino.⁴⁸ Attualmente, il reato di sodomia è ancora vigente in 76 Paesi nel mondo, le leggi di questi Stati, “*proibiscono espressamente certi tipi di atti sessuali, o in generale l'intimità, o il rapporto sessuale tra persone dello stesso sesso. In tutti i casi il linguaggio utilizzato si riferisce a dei vaghi ed indefiniti concetti, come “crimini contro l'ordine della natura” o “la moralità” o la “dissolutezza”. Queste leggi*

⁴⁷ M. VALE DE ALMEIDA , *O contexto LGBT em Portugal*, in C. NOGUEIRA e J.M. OLIVEIRA (a cura di) *Estudo sobre a discriminação em razão da "orientação sexual e" identidade de gênero*, Lisboa, 2010 (...)
⁴⁸ Segundo Susana Pereira Bastos (1997), o Estado Novo mais não fez do que reapropriar -se das práticas e representações científicas e legais anteriores, «tornando -as legitimadoras da intensificação de um modelo repressivo que se revelava promissor na ocultação das impurezas de um sistema que se via a si próprio como salvífico» (Gameiro 1998:79 -80) Os grupos sociais encarcerados nas Mitras incluíam todos quantos pudessem constituir um “perigo moral” para a sociedade idealizada pelo regime Juntamente com menores abandonados, mendigos, loucos, todos quanto de algum modo participavam no mundo da prostituição, remanescentes de um êxodo rural mal sucedido, surgem -nos processos de homossexuais apanhados pela então chamada Polícia de Costumes, também eles aprisionados com vista à sua recuperação, por se entregarem “a práticas de vícios contra a natureza”¹⁷ (Gameiro 1998:80) «Todavia, no caso dos homossexuais, a intervenção das forças de segurança perante tal “estado de perigosidade” resultava muitas vezes num aproveitamento da lei e da vergonha socialmente reproduzida em favor dos agentes policiais Se é possível encontrar processos de homossexuais sumariamente julgados e enviados para a Mitra¹⁸, outros há que foram vítimas de extorsão e/ou chantagem exercida pela polícia¹⁹ A este tipo de crime de extorsão de dinheiro a um homossexual, com ou sem violência, as forças de segurança intitulavam () crimes d arrebenta» (Gameiro 1998: 80 -1) O regime de Salazar procederá ainda à censura sistemática de todo o conteúdo homossexual artístico Os homossexuais, e outros acusados de conduta imoral ou vadiagem, com o prostitutas, chulos, doentes mentais, mendigos ou as crianças em "risco moral", deviam ser escondidos da sociedade, e eram muitas vezes internados por longos períodos em estabelecimentos específicos de "reeducação", como a s Mitras, nos quais foram admitidas e maltratadas de 1933 a 1951 mais de 12 mil pessoas. Há também referência à detenção, tortura e deportação pela PIDE de homossexuais, associada muitas vezes à repressão política E o caso de Júlio Fogaça, dirigente do Partido Comunista Português, então na clandestinidade, que em 1962 foi condenado como "pederasta passivo e habitual na prática de vícios contra a natureza" Júlio Fogaça seria também vítima da intolerância do Partido Comunista que o expulsou do Partido na mesma ocasião com base na sua conduta moral (...)

⁴⁸ G. GORETTI, T. GIARTOSIO, *La città e l' isola-Omosessuali al confino nell' Italia fascista*, Roma, 2006

hanno in comune il fine di molestare e perseguire individui per il loro attuale e percepito orientamento sessuale e per l'identità di genere."⁴⁹

In otto di questi Stati (Afghanistan, Arabia Saudita, Iran, Mauritania, Qatar, Sudan, Yemen e negli Stati della federazione della Nigeria che applicano la sharia) i *gay* sono puniti con la pena di morte. In un caso specifico sottopostogli il Comitato dei diritti dell'uomo, organo posto a tutela dei principi contenuti nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, ha ribadito l'illegittimità di norme che penalizzano l'orientamento sessuale *same-sex* o bisessuale: "(...) *L'esistenza di leggi che criminalizzano le relazioni same-sex private e consenzienti tra adulti, ed anche l'applicazioni di sanzioni penali contro le persone accusate di questi atti, è incompatibile con i diritti alla protezione della vita privata e alla non discriminazione garantite nel Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici. Considerato ciò, il Gruppo di lavoro considera che la criminalizzazione dell'"omosessualità" prevista dalla Legislazione del Cameroun (oggetto nello specifico del ricorso in cui è stato prodotto questo parere), non è compatibile con gli articoli 17 e 26 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici che il Cameroun ha ratificato.*"⁵⁰

2.3 LA PATOLOGIZZAZIONE DELL'ORIENTAMENTO SESSUALE VERSO PERSONE DELLO STESSO SESSO: IL CASO GIURISPRUDENZIALE GIUFFRIDA

Il termine "*omosessualità*" è stato inventato nel 1869 da un medico ungherese di nome Benkert, che scriveva sotto lo pseudonimo di Kertbeny, che lo utilizzò per la prima volta in un rapporto riservato indirizzato al Ministro della Giustizia prussiano. La categorizzazione dell'"omosessualità" quale malattia si è concretizzata nel tentativo di procedere alla cura dell'attrazione affettivo-sessuale nei confronti di persona dello stesso sesso biologico d'appartenenza, attraverso trattamenti sanitari, quali ad esempio sedute psichiatriche o anche trattamenti che sono stati ritenuti successivamente lesivi della dignità umana, come gli elettrochoc.

⁴⁹ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS, *Born free and equal-Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law*, 30 New York-Geneva 2012, traduzione dell' autore della tesi

⁵⁰ COMITATO DIRITTI DELL' UOMO, *Parere n°22/2006 (Cameroun)*, 31 agosto 2006, traduzione dell' autore della tesi

Nel 1948 vengono pubblicate da Alfred Kinsey dei manuali sulle terapie, indirizzate ad una conversione forzata dell'orientamento sessuale; una prima versione "*Sexual Behavior in the Human Male*" sarà indirizzata ai gay, mentre nel 1953 sarà pubblicato "*Sexual Behavior in the Human Female*", manuale delle terapie di "rieducazione" indirizzato alle lesbiche.

Michel Foucault sostiene che in questo modo la medicina e la psicoanalisi ricorrono alla "*normalizzazione*" del desiderio sessuale, indirizzandolo all'atto eterosessuale.⁵¹

Una conseguenza indiretta di questa "*patologizzazione*" medica è stato l'avvio nel corso degli ultimi anni del secolo XVIII del processo di depenalizzazione del reato di "sodomia" (come in parte sopra accennato); le persone attratte sessualmente da altre dello stesso sesso, non sono più condannate dal diritto penale, perché vengono ritenuti in medicina dei "*malati guaribili*".

Nel 1981, con la risoluzione n° 756 del Parlamento del Consiglio d'Europa, fu invitata l'Organizzazione Mondiale della Sanità a rimuovere l'omosessualità dal Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali.

Nel 1973 l'*American Psychiatric Association* aveva già ritirato l'omosessualità dal registro delle malattie psichiatriche, l'Organizzazione mondiale della Sanità (OMS) solo il 17 maggio 1990, eliminerà l'omosessualità dalla "*classificazione internazionale delle malattie*" (CIM), decisione destinata ad entrare in vigore, il 1° gennaio 1994, con la promulgazione dall'edizione del DSM (Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali-IV ed.).

Oggi qualsiasi teoria che classifichi l'attrazione sessuale verso una persona dello stesso sesso quale malattia o anormalità, non trova fondamento in alcuno studio medico validato a livello scientifico,⁵² pertanto le decisioni degli organi giurisprudenziali e i provvedimenti amministrativi che affermano il contrario, pongono in essere una "potenziale" discriminazione su base sessuale.

Il TAR-Sicilia sez. distaccata di Catania, la quinta sezione civile del Tribunale di Catania e la Corte di Appello di Catania I Sezione Civile, hanno confermato nei

⁵¹ M. FOUCAULT, *Storia della sessualità*, Parigi, 1976

⁵² CORTE COSTITUZIONALE DELLA COLOMBIA, caso C-481/98, 9 settembre 1998, traduzione dell'autore della tesi

"L'omosessualità non è una malattia, né un comportamento pregiudizievole, essa rappresenta una delle varianti dell'orientamento sessuale umano. Pertanto, le concezioni tradizionali sull'omosessualità in quanto malattia, o anormalità che deve essere curata medicalmente non sono accettate nelle pluraliste società contemporanee." La Corte prende in considerazione in questa sentenza, le ricerche scientifiche effettuate sul tema nel XX° sec. e i rapporti elaborati dall'Organizzazione mondiale della Sanità.

loro rispettivi giudizi, che la sospensione della patente a Danilo Giuffrida da parte dell'Ufficio di Motorizzazione Civile di Catania, dopo che lo stesso aveva dichiarato alla visita militare di essere *gay*, costituisce una “*discriminazione sessuale e una violazione della Costituzione*”, provvedendo oltre alla revoca del provvedimento amministrativo, (oggetto della sentenza del TAR), che i Ministeri delle Infrastrutture e dei Trasporti e il Ministero della difesa, procedessero a risarcire i danni morali subiti dal ricorrente.

I fatti risalgono al 2001, quando Danilo Giuffrida, a seguito del ricorso presentato per potersi esimere dal servizio di leva, fu sottoposto ad una visita medica presso l'Ospedale Militare di Augusta, in cui dichiarava il proprio orientamento sessuale; in esito alla stessa venne giudicato non idoneo e definitivamente riformato dal servizio di leva con diagnosi: “*disturbo dell'identità sessuale. Consiglio esonero permanente.*”

Qualche mese dopo, l'Ufficio Provinciale della Motorizzazione Civile di Catania, inviò una nota al Giuffrida, con la quale disponeva la revisione della sua patente di guida; tale procedimento di revisione prendeva le mosse da una comunicazione, inviata dall'Ospedale Militare di Augusta alla Motorizzazione Civile di Catania, nella quale risultava che il Giuffrida, “*vista la sua omosessualità non era in possesso dei requisiti di idoneità psicofisica richiesti per la condotta di automezzi*”, questo stesso tipo di provvedimento qualche anno dopo è stato indirizzato anche ad un *gay* brindisino.⁵³

Dopo il ricorso presentato al TAR dal Giuffrida, il tribunale amministrativo regionale siciliano ha sospeso il provvedimento della motorizzazione, in quanto “*l'omosessualità non può considerarsi una malattia psichica;*” il legale del ragazzo contemporaneamente chiese un risarcimento per danno morale al ministero della Difesa ed a quello dei Trasporti di euro 500.000,00, non solo per la natura discriminatoria del provvedimento della Motorizzazione Civile, ma anche per la violazione del diritto alla privacy, in quanto sono stati trasmessi inopportuno da un'amministrazione pubblica all'altra (dall'Ospedale Militare di Augusta alla Motorizzazione Civile di Catania) dati sensibili, quali quelli sull'identità sessuale.

⁵³ Nel maggio 2011, ad un *gay* di Brindisi viene negato il rinnovo della patente di guida per “le gravi patologie che potrebbero risultare un pregiudizio per la sicurezza della guida”. La vicenda è stata denunciata, ed è in corso il rispettivo iter giudiziario.

Si veda a tal proposito www.bari.repubblica.it/cronaca/2011/05/11/patente-16086621.

Nel 2008 in primo grado Giuffrida viene risarcito per una somma di euro 100.000,00, a questa sentenza vi ricorrono i Ministeri interessati, ed lo stesso Giuffrida in appello incidentale.

Nel 2010 la Corte di Appello di Catania I sezione civile con la sentenza n. 1131/10, pur confermando la discriminazione di natura sessuale del provvedimento dell'Ufficio Civile di Motorizzazione di Catania oltre che la violazione del diritto alla *privacy*, riduce il risarcimento da euro 100.000,00 a euro 20.000,00.

I legali del Giuffrida, hanno proposto ricorso per Cassazione, sul quale ancora non è stata pronunciata la sentenza, ponendo l'accento sui criteri utilizzati dalla Corte di Appello nel ridurre il danno morale del ricorrente, pur se ha confermato in sostanza il giudizio di primo grado.

L'attenzione nel ricorso per Cassazione è stata incentrata sul fatto che caratterizzandosi le Amministrazioni pubbliche coinvolte per un comportamento, come confermato nei gradi precedenti, di natura discriminatoria, ed essendo ancora priva l'Italia di una legislazione in tal senso, è a carico della giurisprudenza anche attraverso l'*analogia legis*, garantire piena tutela ai soggetti discriminati; ovvero, secondo un orientamento giurisprudenziale confermato anche in Cassazione, il danno non patrimoniale, va riconosciuto non solo nei casi *ex lege* art. 2059 c.c., ma anche fuori dai casi determinati dalla legge (in quest'ultimi casi i legali farebbero rientrare il caso Giuffrida), quando sia accertata la lesione di un diritto inviolabile; nel caso Giuffrida, secondo i legali si tratterebbe di una violazione del diritto fondamentale dello sviluppo della personalità di ogni individuo, ovvero della propria identità sessuale ai sensi dell'art. 2 Cost.;⁵⁴ come accertato ampiamente dalla letteratura lo sviluppo della personalità passa per quello dell'identità sessuale, quindi è presumibile ritenere che si sia trattato di una discriminazione in violazione all'art. 2 Cost.

⁵⁴ Il ricorso per Cassazione sul caso Giuffrida a firma dell' avv. Giuseppe Lipera, ed consultabile al link <http://www.studiocataldi.it/atti/cassazione.giuffrida.pdf> , riporta che "(...)L'assenza di alcuno strumento di tutela rende il cittadino, infatti, privo di difesa così da costringerlo a subire la lesione e aspettare inerme una pronuncia giudiziale, dalla quale, solo successivamente ed in via risarcitoria (manca infatti una forma di tutela preventiva e repressiva), potere ottenere soddisfazione(nella sua eccezione giuridica di adempimento all'obbligazione). La Corte territoriale omette alcuna precisazione motivazionale in ordine alla discrasia tra la ordinaria discriminazione sessuale, prevista dal nostro legislatore, e la specifica discriminazione dell'omosessuale. Quindi, allorché si è giudicata la condotta discriminatoria ai danni di un giovane ragazzo omosessuale la tutela non può che essere mirata e quanto mai singolare possibile, poiché, diversamente, si correrebbe il rischio concreto di legittimare, per binari giuridici di un sistema a tratti ancora obsoleto (e non adeguato ai parametri di altri Stati Europei), condotte che invece sono direttamente lesive e incostituzionali.(...)"

*“Dove iniziano, dopo tutto, i diritti umani universali?
In piccoli luoghi, vicino a casa, così vicini e così piccoli che non si
possono vedere sul mappamondo. Tuttavia si tratta del mondo della
singola persona, il vicinato in cui vive, la scuola o università che
frequenta, la fabbrica, ditta o ufficio in cui lavora... Questi sono i luoghi
in cui ogni uomo, donna e bambino cerca giustizia, opportunità e
dignità eguali, senza discriminazione. A meno che questi diritti non
abbiano un significato lì, essi avranno poco significato altrove. Senza
un'azione concordata da parte dei cittadini per far sì che vengano
seguiti nel proprio ambiente, cercheremo invano progressi nel più
vasto mondo.”*

ELEANOR ROOSEVELT (1948)

II CAPITOLO

L'ORIENTAMENTO SESSUALE E I DIRITTI DELL'UOMO

Sommario: 1. Premessa: la Raccomandazione CM/REC(2010)5 ; 2. Il principio di pari dignità delle persone e di non-discriminazione: le Carte europee; 3. Il diritto alla vita privata: la casistica giurisprudenziale della Corte (EDU), ed il trattamento dei dati sensibili; 4. Gli obblighi negativi a carico di uno Stato di diritto; 4.1 Il divieto della pena di morte; 4.2 Il divieto di trattamenti crudeli, inumani e degradanti della persona; 4.3 Il divieto di privazioni arbitrarie della libertà ed il trattamento penitenziario riservato alle minoranze sessuali; 5. Gli obblighi positivi a carico di uno Stato di diritto; 5.1 La concessione del diritto d'asilo dalle persecuzione; 5.2 Garantire la libertà di riunione: la Corte (EDU) sul diniego di autorizzazione del *gay pride* 2005 di Varsavia

1. PREMESSA: LA RACCOMANDAZIONE CM/REC(2010)5

Le espressioni diritti dell'uomo, diritti umani, diritti inviolabili *“anche dall'uso che se ne fa nel linguaggio comune, (richiamano¹) la giuridica (e perciò legale) impossibilità per tutti (e quindi anche per i poteri pubblici) di determinare*

¹ Inserito dall' autore della tesi

l'eliminazione o anche la sostanziale compressione dei diritti qualificati come tali."²

In dottrina si afferma che nell'ambito dei diritti fondamentali, *"non è l'uomo in funzione dello Stato, ma quest'ultimo in funzione dell'uomo,"*³ ovvero, questi diritti preesistono all'ordinamento giuridico, non a caso sussistono molteplici teorie che riconducono a differenti matrici la fonte degli stessi;⁴ uno Stato di diritto dovrebbe semplicemente limitarsi a legittimarli, almeno questa sembra essere la scelta politica-linguistica, su cui è ricaduto il Costituente italiano all'art. 2 della legge fondamentale, statuendosi che la Repubblica *"riconosce"* e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo; mentre all'art. 1 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani è statuito il principio per cui tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti, anche in assenza di un ordinamento democratico. La Costituzione portoghese, al suo art. 2, nella definizione dello Stato di diritto, statuisce che la Repubblica portoghese è uno Stato democratico costituzionale, basato tra l'altro sul rispetto e l'applicazione della garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali, precisandosi al suo articolo 16, che i precetti costituzionali e le leggi relative ai diritti fondamentali devono essere interpretati in armonia con la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo.

Nel secondo dopoguerra si assiste al processo di *"internazionalizzazione dei diritti umani,"*⁵ per cui i diritti degli individui e dei popoli, si ritengono prioritari

² E. ROSSI, Commentario alla Costituzione Art. 2-Volume I, a cura di Bifulco Celotto Olivetti, Torino, 2006

³ C. MORTATI, Istituzioni di diritto pubblico, I, Padova, 1975

⁴ La natura dei diritti ritenuti fondamentali, è riconducibile ad una fonte extra-positiva, sul cui profilo sussistono molteplici teorie: la preesistenza all'ordinamento positivo dei diritti dell'uomo si ritiene abbia una natura religiosa o divina, o incentrata su principi frutto della ragione umana, o anche riconducibile a fattori a priori "etico-sociali" o storici che trovano il loro fondamento in processi di natura essenzialmente storica.

⁵La *Dichiarazione Americana dei Diritti e dei Doveri dell'Uomo* è stata la prima Dichiarazione dei diritti umani nel mondo ad avere natura generale e non nazionale. Ha anticipato di più di sei mesi la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. La *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo* fu proclamata nel 1948 dall'Assemblea Generale, essa fu considerata come il primo passo nella formulazione di una futura "Carta internazionale dei diritti dell'uomo", il cui valore fosse sia giuridico che morale. Nel 1976 - a tre decenni di distanza dall'impegno assunto dalla Organizzazione delle Nazioni Unite in questa vasta impresa - la "Carta internazionale dei diritti dell'uomo" diventava una realtà grazie all'entrata in vigore di tre importantissimi strumenti: Il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, il Patto internazionale sui diritti civili e politici, ed il Protocollo facoltativo relativo a quest'ultimo Patto, questi Patti diventano vincolanti per i soli Stati che li hanno ratificati: la Cina non ha ancora ratificato il patto sui diritti civili, gli Stati Uniti quello sui diritti economici e sociali. Sono invece Carte regionali dei diritti dell'uomo per la loro vigenza territorialmente più limitata, rispetto a quella universale: *La Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)*- Roma 4 novembre 1950. *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, 2000, Nel giugno 1999 il Consiglio europeo di Colonia ha ritenuto che fosse opportuno riunire in una Carta i diritti fondamentali riconosciuti a livello dell'Unione europea (UE), per dare loro maggiore visibilità. I capi di Stato e di governo ambivano ad includere nella Carta i principi generali sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni dei paesi dell'UE. Inoltre, la Carta doveva includere i diritti fondamentali attribuiti ai

sul piano normativo rispetto alle sovranità dei singoli Stati, vincolandosi in maniera più o meno effettiva la legislazione e giurisprudenza di quest'ultimi;⁶ a partire da questo momento i singoli individui sono diventati soggetti di diritto internazionale, a cui è stata garantita la possibilità di ricorrere contro i provvedimenti giurisprudenziali e legislativi interni dinanzi ad organi sovranazionali alcuni di questi aventi una funzione giurisdizionale.⁷

Bisogna però comunque evidenziare che *de facto* l'attuazione dei diritti è ampiamente rimessa in molti casi alle Istituzioni nazionali, che spesso non

cittadini dell'UE, nonché i diritti economici e sociali enunciati nella Carta sociale del Consiglio d'Europa e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, come pure i principi derivanti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. La Carta è stata elaborata da una convenzione composta da un rappresentante di ogni paese dell'UE e da un rappresentante della Commissione europea, nonché da membri del Parlamento europeo e dei Parlamenti nazionali. Fu proclamata ufficialmente a Nizza nel dicembre 2000 dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione. Nel dicembre 2009, con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, è stato conferito alla Carta lo stesso effetto giuridico vincolante dei trattati. A tal fine, la Carta è stata modificata e proclamata una seconda volta nel dicembre 2007. La Carta si applica alle istituzioni europee nel rispetto del principio della sussidiarietà e in nessun caso può ampliare le competenze ed i compiti a queste attribuiti dai trattati. Essa si applica anche ai paesi dell'UE nell'ambito della loro attuazione della normativa dell'UE. Qualora uno qualsiasi dei diritti corrisponda ai diritti garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il suo significato e campo d'applicazione deve essere uguale a quello definito dalla convenzione, anche se il diritto comunitario può prevedere una maggiore tutela. Qualunque diritto risultante dalle tradizioni costituzionali comuni dei paesi dell'UE deve essere interpretato conformemente a tali tradizioni. Il protocollo (n.) 30 ai trattati, sull'applicazione della Carta alla Polonia e al Regno Unito, limita l'interpretazione della Carta da parte della Corte di giustizia e dei tribunali nazionali dei due paesi, in particolare per quanto riguarda i diritti relativi alla solidarietà (capo IV). La Carta Africana dei Diritti dell'Uomo e dei Popoli è una convenzione adottata dall'Unione Africana, adottata a Nairobi il 28 giugno 1981 nell'ambito della Conferenza dei Capi di Stato e di Governo dell'Organizzazione dell'Unità Africana (OAU). Carta dei diritti umani dell'Asia, La Carta dei Diritti Umani dell'Asia fu adottata il 17 maggio 1998, in una conferenza speciale a Kwangju (Corea del Sud) da più di 200 Organizzazioni non governative (ONG), Organizzazioni popolari (OP) e attivisti dei diritti umani. Tale documento non è quindi uno strumento legale, né ha valore normativo; rappresenta, però, una importante dichiarazione di principi da parte della società civile asiatica, con la quale si riconosce la necessità di un documento cui far riferimento per tutte le questioni inerenti il rispetto dei diritti umani nell'intera regione dell'Asia-Pacifico. La Carta Araba dei diritti dell' uomo 1994, approvata dal Consiglio degli Stati della Lega degli Stati Arabi.

⁶ A. FACCHI, *Breve storia dei diritti umani*, 133, Bologna, 2009

“(..)I diritti dell' uomo tornano ad essere una categoria a cui affidare la funzione fondamentale di proteggere le libertà degli individui, anche di quelli che non si rispecchiano nella maggioranza, determinando limiti e impegni per i governi. Ma per fare ciò non possono certo fondarsi sulle leggi fatte o applicate da quegli stessi governi. Dal punto di vista del diritto positivo la tutela dei diritti viene affidata a due nuovi importanti strumenti: sul piano interno alle Costituzioni e alla giurisprudenza costituzionale, sul piano internazionale alle Dichiarazioni dei diritti e alle Convenzioni tra più. Nell' ambito degli ordinamenti giuridici nazionali i nuovi sistemi diventano la base dello Stato di diritto.(...)”

⁷ Le Nazioni Unite hanno costituito differenti organismi istituiti con accordi (chiamati *treaty bodies*) atti a monitorare e controllare i diritti umani, sotto la direzione delle Alto Commissariato per i Diritti Umani, a sua volta sottoposto al controllo dell' Assemblea generale delle Nazioni Unite: il Comitato dei Diritti Umani, il Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione Razziale, il Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione contro le Donne, il Comitato contro la Tortura, il Comitato sui Diritti del Fanciullo, il Comitato sui Lavoratori Migranti.

Mentre hanno natura giurisdizionale a carattere sovranazionale: la Corte Europea dei diritti dell' uomo, la Corte Interamericana dei Diritti Umani, la Corte Africana dei diritti dell' uomo e dei popoli, a queste possono ricorrere i singoli individui quando ritengono che vi sia stata una violazione da parte degli organi interni dello Stato della Carta internazionale alla cui tutela è posto l'organo giudiziario, se lo Stato ha siglato la convenzione internazionale.

rispettano le Convenzioni internazionali, rendendole mere dichiarazioni di principio, quindi si pone un problema legato alla loro effettività.

Il sistema europeo sui diritti umani, rappresenta un'eccezione nel panorama universale, nello specifico se si guarda al Consiglio d'Europa, la Corte di Giustizia di Strasburgo, fornisce una tutela diretta a tutti gli individui, rispetto alle violazioni degli Stati che hanno ratificato la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo.

Le sentenze della Corte EDU hanno efficacia diretta in ogni Stato, vincolandoli alla loro esecuzione; nell'ambito del *tema de quo*, differenti sentenze rilevanti sono state pronunciate dalla succitata Corte, richiamate anche nella giurisprudenza nazionale, come meglio successivamente approfondito, ad esempio la sentenza della Corte EDU *Schalk e Kopf c. Austria*, ricorso 30141/2004, del 11 novembre 2010, è stata richiamata dalla sentenza della Corte Costituzionale italiana n. 138/2010, ma anche in quella della Corte di Cassazione italiana 4184/2012.

Entrando nel merito del rapporto tra il tema oggetto di tesi ed i diritti umani, il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 31 marzo del 2010 ha adottato, il primo strumento di diritto internazionale che affronta nello specifico direttamente le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale ed l'identità di genere, la CM/REC(2010)5 "*Raccomandazione per combattere le discriminazioni per motivi di orientamento sessuale o di identità di genere*"; la Raccomandazione è stata approvata all'unanimità dai 47 paesi membri del Consiglio d'Europa, in essa si riconosce la necessità di un'azione specifica per assicurare alle minoranze sessuali il pieno godimento dei diritti umani e definisce le misure che gli Stati membri debbono adottare a tale scopo.

L'effettività della stessa è però rimessa visto lo strumento giuridico prescelto (la raccomandazione) alle legislazioni nazionali, che discrezionalmente decidono sui tempi e i modi di raggiungimento delle finalità in essa contenute.

La Raccomandazione è composta da tre parti: il preambolo, che descrive il contesto in cui lo strumento è stato adottato ed i principi chiave che lo guidano; la sezione operativa, che elenca brevemente le più generali misure da intraprendere; l'appendice che descrive i più specifici interventi da adottare per assicurare il pieno godimento dei diritti ed il contrasto alle violazioni dei diritti umani in diversi ambiti, inclusi crimini d'odio, discorso d'odio, libertà di associazione, espressione e assemblea, diritto al rispetto della vita privata e della vita familiare,

lavoro, istruzione, salute e casa, sport, diritto d'asilo e discriminazioni multiple. È inclusa inoltre una sezione sul ruolo degli organismi nazionali per la protezione dei diritti umani.

La Raccomandazione è infine corredata da un *memorandum* esplicativo che documenta gli strumenti internazionali di protezione dei diritti umani ed i relativi precedenti legali sulla base dei quali la Raccomandazione e l'Appendice sono stati formulati.

In applicazione della Raccomandazione, si è assistito sul piano amministrativo a partire dal 2011, alla creazione di un'unità specifica "*LGTB ISSUES UNIT*" presso il Consiglio d'Europa, con l'obiettivo di sviluppare programmi di politiche antidiscriminatorie rispetto alle minoranze sessuali nei differenti settori specificati dalla Raccomandazione, (specie laddove le discipline legislative nazionali sul tema sono carenti o assenti del tutto), attraverso una collaborazione con gli organismi amministrativi di anti-discriminazione a livello nazionale, (come l'UNAR, ufficio nazionale italiano antidiscriminazioni razziali, meglio analizzato nel prosieguo), o con i gruppi di attivismo nazionale ed internazionale in difesa delle minoranze sessuali.

Nella scia dell'approvazione di questa storica raccomandazione nell'ambito europeo, il 17 giugno 2011 la Commissione dei Diritti Umani dell'ONU, organismo cui è delegata l'attuazione della Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici negli Stati firmatari, ha adottato la risoluzione 17/19. La risoluzione (prima nel suo genere ad essere adottata da un organismo ONU), ricorda il ruolo della Commissione nella promozione universale dei diritti umani a prescindere dalle caratteristiche personali degli esseri umani, condannando la violazione dei diritti umani delle persone LGBT. L'obiettivo principale della risoluzione è stata la realizzazione di uno studio, pubblicato nel novembre 2011 (A/HRC/19/41), finalizzato ad monitorare il quadro legislativo a carattere discriminatorio, nei confronti delle minoranze sessuali, attualmente esistente a livello internazionale.⁸ L'analisi all'interno di questo capitolo, considerata anche la struttura della Raccomandazione e della Risoluzione sopracitata, sarà incentrata sul nucleo di diritti umani fondanti uno Stato sociale e di diritto, che in dottrina si

⁸ Report consultabile al link: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/19session/A.HRC.19.41_English.pdf

ritiene costituiscano la dimensione “sostanziale” della democrazia,⁹ rilevando degli stessi le connessioni esistenti con l’orientamento sessuale ed l’identità di genere, premettendo che esiste una difficoltà di metodo, legata all’assenza quasi totale di registri ufficiali, nei quali siano raccolte a fini statistici e giudiziari gli atti discriminatori commessi nei confronti delle minoranze sessuali;¹⁰ in Portogallo si è ipotizzato sul piano legislativo uno strumento di raccolta dati, al momento non ancora attuato, mentre in Italia un registro di raccolta dati non è stato ipotizzato nemmeno a livello di proposta normativa. La tutela dell’orientamento sessuale di un soggetto affinché la stessa non rimanga su un piano astratto, impone che lo Stato, si faccia carico di una serie di obbligazioni di natura positiva ed negativa, i cui limiti ed incombenze per lo Stato ed per le parti interessate, sarà oggetto di approfondimento nel capitolo.

2. IL PRINCIPIO DI PARI DIGNITA’ DELLE PERSONE E DI NON-DISCRIMINAZIONE : LE CARTE EUROPEE

Un filo conduttore del rapporto tra i diritti umani ed l’orientamento sessuale e l’identità di genere potrebbe essere rappresentato dal principio di non discriminazione, ovvero dal diritto-dovere per cui tutti gli individui sono uguali davanti alla legge che si riflette in obblighi positivi e negativi a carico di soggetti pubblici e privati.¹¹

⁹ L. FERRAJOLI, (a cura di E. Vitale), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, I ed., 2001
“(…)La seconda tesi è che i diritti fondamentali, corrispondendo ad interessi e ad aspettative di tutti, formano il fondamento e il parametro dell’uguaglianza giuridica e perciò di quella che chiamerò la dimensione «sostanziale» della democrazia, pregiudiziale rispetto alla sua stessa dimensione politica o «formale», fondata invece sui poteri della maggioranza. Questa dimensione altro non è che l’insieme delle garanzie assicurate dal paradigma dello Stato di diritto: il quale, modellato alle origini dello Stato moderno sulla tutela dei soli diritti di libertà e proprietà, può ben essere allargato - dopo il riconoscimento costituzionale come «diritti» di aspettative vitali come la salute, l’istruzione e la sussistenza - anche allo «Stato sociale», sviluppatosi di fatto in questo secolo senza le forme e le garanzie dello Stato di diritto, ma solo in quelle della mediazione politica ed oggi, anche per questo, in crisi.(..)”

¹⁰ILGA-PORTUGAL, *op. cit.*, 2, Lisboa, 2012

“(…)É de notar que é possível apresentar queixa mas não é possível registar a motivação do crime, pelo que não existem dados disponíveis sobre crimes cometidos contra pessoas LGBT. Esta situação constitui um obstáculo à tomada de decisões sobre políticas na área da discriminação e criação da orientação sexual e da identidade de género. (...)”

¹¹ DICHIARAZIONE UNIVERSALE DEI DIRITTI DELL’ UOMO -*Articolo 7-* “Tutti sono eguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad un’eguale tutela da parte della legge. Tutti hanno diritto ad un’eguale tutela contro ogni discriminazione che violi la presente Dichiarazione come contro qualsiasi incitamento a tale discriminazione.”

“Il principio di non-discriminazione e il diritto ad essere tutti uguali davanti alla legge senza distinzione alcuna, sono interdipendenti ed universalmente riconosciuti e protetti nel diritto internazionale. Essi si sviluppano intorno al concetto di dignità della persona umana. La lista delle discriminazioni interdette, negli strumenti di diritto internazionale relativi ai diritti dell’uomo non è esaustiva e include altre differenti situazioni, tra cui l’“orientamento sessuale” e l’“identità di genere.” La giurisprudenza relativa ai diritti dell’uomo, universale e regionale, ed i nuovi strumenti di diritto internazionale¹² hanno riconosciuto e riaffermato che le discriminazioni basate sull’“orientamento sessuale” e l’“identità di genere” sono delle discriminazioni interdette.

Il principio di non discriminazione e il diritto ad essere tutti uguali davanti alla legge implicano che lo Stato ha l’obbligo di proteggere le persone da ogni atto discriminatorio da parte degli organi dello stesso Stato, ma anche da parte di soggetti privati. Il dovere dello Stato è di assicurare che tutti gli esseri umani godano dei diritti in maniera uguale e senza discriminazione.

L’interdizione della discriminazione razziale è una norma imperativa di diritto internazionale (jus cogens) che non prevede alcun tipo di deroga.

I principi di uguaglianza davanti alla legge e di non discriminazione autorizzano dei differenti trattamenti e delle distinzioni in rapporto a determinati diritti e libertà in rapporto a determinate categorie di individui, quali le minoranze, le popolazioni autoctone, gli stranieri, i non cittadini, etc.

I differenti trattamenti sono autorizzati solamente se questi sono fondati su dei criteri razionali e oggettivi e se perseguono uno scopo legittimo.

¹² Sono vari i provvedimenti internazionali che riconoscono il divieto di discriminazione fondato sull’orientamento sessuale e l’identità di genere tra essi possono elencarsi: L’Assemblea generale delle Nazioni Unite, con le risoluzioni relative alle esecuzioni extragiudiziarie, sommarie o arbitrarie 61/173 del 19 dicembre 2006, 59/197 del 20 dicembre 2004, e 57/214 del 18 dicembre 2002, ha esortato tutti gli Stati ad assicurare la protezione effettiva del diritto alla vita di ciascun individuo, invitando gli Stati a condurre una ricerca rapida ed approfondita su le discriminazioni commesse sulla base dell’orientamento sessuale.

La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, Consiglio europeo di Nizza del 2000, sostituito dal Trattato di Lisbona del 2009, al suo articolo 21 prevede che “sono interdette, tutte le discriminazioni fondate sul sesso, la razza, il colore, le origini etniche o sociali, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni, le opinioni politiche o tutte le altre opinioni, l’appartenenza ad una minoranza nazionale, la fortuna, la nascita, un handicap, l’età o le tendenze sessuali.”

Raccomandazione 1470/2000, Situazione dei gay e di lesbiche e dei loro partners in materia di asilo e d’immigrazione negli Stati membri del Consiglio d’Europa. Direttiva 2000/78/CE del Consiglio- Quadro generale in favore di un eguale trattamento in materia d’ impiego e lavoro.

La Convenzione ibero-americana dei diritti per i giovani, adottata nel 2005 ed entrata in vigore nel 2008, nel riconoscere il diritto dei giovani ad avere una propria identità e personalità, vi comprende anche l’orientamento sessuale.

Tutte le differenze di trattamento o le distinzioni che sono prive di una giustificazione razionale o oggettiva, o che non perseguono uno scopo legittimo sono discriminatorie.”¹³

Nella casistica giurisprudenziale delle Corti internazionali, il divieto di discriminazione rispetto all'orientamento sessuale e all'identità di genere, è emerso in differenti casi specie indirizzati alla Corte EDU¹⁴; nel caso *Salgueiro da Silva Mouta* contro Portogallo¹⁵ la Corte di Strasburgo, ha condannato il Portogallo per una violazione dell'art. 14¹⁶ della CEDU, rubricato “divieto di discriminazione”, in quanto si privava un padre divorziato del diritto a vedere il proprio figlio, perché egli é gay e convivente con il suo compagno.

Secondo la Corte oltre ai casi tassativi elencati all'art. 14 CEDU, bisogna includere tra i *discrimination ground*, anche l'orientamento sessuale ed l'identità di genere, attraverso una lettura estensiva della dicitura conclusiva dell'articolo “o ogni altra condizione.”

In dottrina si ritiene che il principio di non discriminazione nella Carta del Consiglio d'Europa non è ritenuto un principio assoluto, ma i suoi effetti si manifestano in combinato disposto con altre disposizioni contenute nel testo o rispetto a diritti che, pur non essendo affermati in modo esplicito nella CEDU, trovano in esse la loro base giuridica.¹⁷

Mentre la Corte di Giustizia Europea già decenni fa, nel caso *P. c. S e Cornwall Country Council*,¹⁸ ha ritenuto che il licenziamento della ricorrente *transgender* costituisca una discriminazione in ragione dell'identità di genere, impedendolo *de facto*; nel caso di specie si è ritenuto che fosse stata violata la Direttiva 76/207/CEE del Consiglio, direttiva sull'eguale trattamento, relativa alla

¹³ COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES, *Orientation sexuelle, identité de genre et droit International des droits de l' homme*, 48, traduzione dell' autore della tesi

¹⁴ E' opportuno sottolineare sin d'ora che le sentenze della Corte Europea dei diritti dell' uomo, nonostante non siano idonee a produrre effetti in relazione alla legislazione nazionale vigente, gli orientamenti sono seguiti dalle Corti Costituzionali nazionali, quella italiana in primis, ed riconoscono non solo valore alla CEDU (norma interposta), ma anche alla giurisprudenza del giudice di Strasburgo.

¹⁵ CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL' UOMO, *Salgueiro da Silva Mouta contro Portogallo*, ricorso n° 33290/96, 21 dicembre 2009

¹⁶ CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL' UOMO-Articolo 14 - Divieto di discriminazione. Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione.

¹⁷ C. DANISI, *Il principio di non discriminazione dalla CEDU alla Carta di Nizza: il casi dell' orientamento sessuale*, Genova, 2009

¹⁸ CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA, C-13/94 del 20 aprile 1996.

creazione di un quadro di principi per un eguale trattamento per gli uomini e le donne, nell'accesso al lavoro, alla formazione e promozione professionale, e nelle condizioni di lavoro.

Normalmente nelle Convenzioni internazionali, quale fattore di non discriminazione legato all'identità sessuale è stato sempre utilizzato solo il termine di "sesso", con il quale ci si è sempre riferito alle politiche di pari opportunità tra uomo e donna.

L'orientamento sessuale quale fattore di non discriminazione sotto la formulazione delle "*tendenze sessuali*" trova una collocazione positiva in maniera esplicita nella Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea, che all'art 21 rubricato "non discriminazione" nel capo III sull'uguaglianza, cita molti più fattori di non discriminazione di quelli contenuti nella CEDU, tra questi acquistano visibilità elementi quali le caratteristiche genetiche, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, gli handicap e l'età; quest'introduzione riprende l'art. 13¹⁹ del Trattato CE, inserito nel 1997 dal Trattato di Amsterdam, in cui veniva precisato che fatte salve le specifiche disposizioni del trattato e nell'ambito delle competenze conferite alla Comunità, il Consiglio, all'unanimità, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento, poteva prendere provvedimenti attinenti alla non discriminazione, tra i cui fattori per la prima volta veniva inserito le "*tendenze sessuali*".

L'utilizzo però della formula "*tendenze sessuali*", rende scettici, poiché allude potenzialmente ad una natura dei comportamenti sessuali quali relativi e momentanei, il che non va escluso, poiché è proprio dei comportamenti umani la presenza di queste caratteristiche, ma sarebbe stato preferibile l'utilizzo dell'espressione orientamento sessuale, oltre perché espressione utilizzata ampiamente in letteratura, ma specie perché con essa si rimanda ad un

¹⁹ TRATTATO DI AMSTERDAM, *Articolo 13*

1. Fatte salve le altre disposizioni del presente trattato e nell'ambito delle competenze da esso conferite alla Comunità, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali.

2. In deroga al paragrafo 1, il Consiglio delibera secondo la procedura di cui all'articolo 251 quando adotta misure di incentivazione comunitarie, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, destinate ad appoggiare le azioni degli Stati membri volte a contribuire alla realizzazione degli obiettivi di cui al paragrafo 1.

comportamento sessuale strutturato e definito, di cui si intenda statuire una forma di tutela.

Va però precisata la reale portata di questa previsione comunitaria, che risente del limite delle competenze attribuite all'Unione Europea che *de facto* limitano anche l'estensione della vigenza delle proprie norme; la garanzia di non discriminazione riguarderebbe come riportato nelle spiegazioni del *Praesidium* alla Carta, unicamente l'operato delle istituzioni e degli organi dell'Unione europea nei rispettivi ambiti di competenza e, di conseguenza, l'azione degli Stati membri nel momento in cui attuano il diritto dell'Unione, ed bisogna anche aggiungere che per la parte di fattori di discriminazione comuni con la CEDU la disciplina applicata si uniforma a quest'ultima.²⁰

3. IL DIRITTO ALLA VITA PRIVATA: LA CASISTICA GIURISPRUDENZIALE DELLA CORTE (EDU), ED IL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI

Se come riportato nella premessa, nei diritti umani non è l'uomo che è in funzione dello Stato ma viceversa, potrebbe allora affermarsi quale massima di principio che uno Stato di diritto, non dispone "in generale" della vita dell'uomo, laddove per vita si intende il bene giuridico compreso nell'arco di tempo tra la nascita e la morte di ogni soggetto biologico umano; quest'affermazione non è propriamente corretta, perché non ampiamente esaustiva rispetto alla complessità

²⁰ 2007/C 303/02, *Spiegazioni relative alla Carta dei Diritti Fondamentali*

Spiegazione relativa all'art. 21 "Il paragrafo 1 si ispira all'articolo 13 del trattato CE, ora sostituito dall'articolo 19 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, e all'articolo 14 della CEDU, nonché all'articolo 11 della convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina per quanto riguarda il patrimonio genetico. Nella misura in cui coincide con l'articolo 14 della CEDU, si applica in conformità dello stesso. Non v'è contraddizione né incompatibilità fra il paragrafo 1 e l'articolo 19 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che ha campo d'applicazione e finalità diversi: l'articolo 19 conferisce all'Unione la facoltà di adottare atti legislativi, compresa l'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, per combattere alcune forme di discriminazione di cui l'articolo stesso riporta un elenco completo. La normativa in questione può regolamentare gli interventi delle autorità degli Stati membri (come pure i rapporti fra i privati) in qualsiasi settore entro i limiti delle competenze dell'Unione. La disposizione dell'articolo 21, paragrafo 1, invece, non conferisce nessuna facoltà di emanare norme contro la discriminazione in questi settori d'intervento degli Stati membri o nei rapporti fra privati né sancisce nessun divieto assoluto di discriminazione in settori così ampi. Essa infatti tratta soltanto delle discriminazioni ad opera delle istituzioni e degli organi dell'Unione stessi nell'esercizio delle competenze conferite ai sensi dei trattati e ad opera degli Stati membri soltanto quando danno attuazione al diritto dell'Unione. Il paragrafo 1 non altera quindi l'ampiezza delle facoltà conferite a norma dell'articolo 19 né l'interpretazione data a tale articolo.

Il paragrafo 2 corrisponde all'articolo 18, primo comma, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e va applicato in conformità di tale articolo.

delle situazioni reali, ci sono ipotesi in cui lo Stato proprio al fine di una tutela sostanziale del diritto alla vita, deve disporre legalmente di essa, come nel caso dei trattamenti sanitari cosiddetti “obbligatori”.

Sulla definizione giuridica di vita, inoltre, intervengono differenti fattori non del tutto ancora chiariti negli ambiti giuridico e medico, quali, l’individuazione del momento d’inizio vita, la legalità o l’illegalità delle tecniche artificiali di fecondazione, e se nel diritto alla vita vada incluso anche il diritto a potervi liberamente rinunciare, si consideri i casi di eutanasia.

Non potendosi approfondire in questa sede i differenti fattori legati al diritto alla vita, cosiddetti diritti di “*quarta generazione*”, quindi definirli entro parametri positivi, ci si atterrà in questo scritto su i soli dati normativi che fanno esplicitamente riferimento al diritto alla vita e alle obbligazioni negative e positive che ricadono per la tutela dello stesso sugli Stati, al fine di individuare (se esistenti) i collegamenti con l’orientamento sessuale e l’identità di genere.

In tutti i testi nazionali ed internazionali il soggetto di tutela del diritto alla vita, è individuato con i termini di individuo o persona,²¹ ed in essi si richiama la persona umana senza alcun riferimento al sesso biologico o all’identità di genere o all’orientamento sessuale di questi; questo farebbe ritenere, anche da una lettura sistematica degli stessi testi da cui emerge l’assenza di disposizioni contrarie, che la tutela del diritto alla vita vada indistintamente riconosciuto, e che i fattori attinenti l’identità sessuale siano irrilevanti rispetto all’applicazione della relativa disciplina.

Una *fattispecie specifica* del diritto alla vita è il diritto alla vita privata, che rileva in connessione all’orientamento sessuale e all’identità di genere; l’art. 12 della Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo,²² e l’art.8 della CEDU,²³ lo

²¹ L’ art. 3 della Dichiarazione Universale dei diritti dell’ uomo, statuisce: “*Ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza della propria persona*”, mentre, la Convenzione Europea dei diritti dell’ uomo, che delega alla legge la tutela della vita all’ art. 2 rubricato “diritto alla vita”, afferma al primo capoverso del primo comma: “*Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge*”; La Carta dei diritti fondamentali dell’ Unione Europea, senza prevedere la delega di legge, all’ art. 2, rubricato anche in questo caso “diritto alla vita” statuisce testualmente: “*Ogni individuo ha diritto alla vita*”. La Costituzione Italiana non statuisce direttamente sul diritto alla vita, che la dottrina comunque associa ai diritti inviolabili di cui all’ art. 2 (E. ROSSI, op. cit., ss. 46), mentre l’ art. 24 della Costituzione portoghese ritiene esplicitamente che il diritto alla vita è un diritto inviolabile statuendo: “la vita umana è inviolabile”.

²² DICHIARAZIONE UNIVERSALE DEI DIRITTI DELL’ UOMO - *Articolo 12*-“Nessun individuo potrà essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, nella sua corrispondenza, nè a lesioni del suo onore e della sua reputazione. Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze o lesioni.”

riconoscono catalogandolo tra i diritti umani.

Il diritto alla vita privata richiama una tutela giuridica: “(...) *che normalmente include* (tra l’altro) *il diritto alla riservatezza del domicilio, del corpo, della famiglia, della determinazione e dello sviluppo della propria personalità, dell’identità personale e delle relazioni con i simili. Questo diritto è violato in caso di violazioni arbitrarie legali o illegali nella vita privata di un individuo (...)*”²⁴; ciò non esclude che la vita privata possa essere suscettibile di limitazioni ed ingerenze previste dalla legge, purché queste abbiano uno scopo legittimo e siano giustificate sulla base di una logica di proporzionalità.

La Corte EDU, che è l’organo giudiziario a carattere internazionale, che più si è pronunciato sul rapporto tra il diritto alla vita privata, l’orientamento sessuale e l’identità di genere,²⁵ ritiene che l’orientamento sessuale è “*uno degli aspetti più intimi della vita privata,*” ed inoltre ha sottolineato che il concetto di vita privata è un’espressione ampia non definibile in maniera esaustiva, e che riguarda tra l’altro l’integrità fisica e psicologica della persona che si esprime anche attraverso lo sviluppo della propria identità sessuale.²⁶

Da una ricostruzione della **casistica giurisprudenziale della Corte EDU** in dottrina si “(...) *ritiene che esistono tre casi ricorrenti nella limitazione di questo diritto,*(rispetto all’orientamento sessuale e all’identità di genere, alcuni di questi ritenuti fondati e legittimi altri invece ritenuti arbitrari): (a) *una limitazione sulla base del pregiudizio*²⁷ (...) (b) *le limitazione basate su ipotesi legittime e razionali* (la Corte di Strasburgo ha sottolineato che possono esserci casi, in cui in un

²³ CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’ UOMO - *Articolo 8* - “Diritto al rispetto della vita privata e familiare.

1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.

2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell’esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell’ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

²⁴ COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES, *Orientation sexuelle, identité de genre et droit International des droits de l’ homme.*, pp. 71, traduzione dell’ autore della tesi

²⁵ CEDU, *Dudgeon c. Regno Unito*, ricorso n°7525/76, 22 ottobre 1981. CEDU, *Norris c. Irlanda*, ricorso n° 10581/83, 22 aprile 1993. CEDU, *S.L. c. Austria*, ricorso n° 45330/99 27 settembre 1999. CEDU, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, ricorso n° 28975/95 12 giugno 2003.

²⁶ CEDU, *Mikulic c. Croatie*, Ricorso n° 53176/99, 7 febbraio 2002.

²⁷ Per quanto riguarda il diritto penale, nel caso *Dudgeon United Kingdom* del 1981 la Corte EDU, facendo riferimento alle leggi sulla sodomia dell’Irlanda del Nord, ha stabilito che criminalizzare i rapporti sessuali fra uomini adulti consenzienti rappresenta una violazione del rispetto alla privacy di cui all’art. 8 CEDU. Analoga posizione la CEDU ha assunto nella sentenza *Norris vs Ireland*, 1991, e *Modinos vs Cyprus*, 1993. La Repubblica d’Irlanda e l’Irlanda del Nord hanno ormai abrogato le leggi sulla sodomia, Cipro non ha ancora ottemperato alla decisione della Corte.

rapporto sessuale anche se la persona sembra consenziente, in realtà è in una posizione di vulnerabilità dovuta ad una fragilità corporea o psicologica, ad inesperienza, o ad una dipendenza economica, ovviamente, solo da una valutazione del singolo caso può ritenersi legittimo o meno una violazione da parte delle autorità competenti del diritto alla vita privata) (c) *il rifiuto di protezione di pratiche sessuali destinate ad uno sfruttamento commerciale, anche se in privato, ovvero non è rilevante in questi casi l'orientamento sessuale dei soggetti coinvolti, ma il fatto che si tratti di pratiche finalizzate allo sfruttamento economico delle vittime.*"²⁸

L'ambito in cui la Corte EDU, ha rilevato la maggiore violazione del diritto alla vita privata rispetto all'orientamento sessuale, è stato quello del lavoro, ad esempio nel caso Smith e Grady si è riscontrato che la consuetudine da parte delle forze armate britanniche di licenziare i militari omosessuali o bisessuali, in seguito ad interrogatori ed indagini invasive della vita privata, costituissero una violazione dell'art. 8 della Convenzione rubricato "*diritto al rispetto della vita privata e familiare*", provocando questo trattamento delle ripercussioni sulla carriera futura dei militari gay o bisessuali licenziati, ed inoltre considerato che ai fini della liquidazione non veniva preso minimamente in considerazione lo stato di servizio militare già effettuato fino a quel momento.²⁹

La discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale è protetta dalla Corte di Giustizia di Strasburgo all'articolo 8 della CEDU relativo alla protezione della vita privata contro le ingerenze delle autorità pubbliche o i soggetti privati; pertanto, anche se il trattamento discriminatorio è motivato da una fattispecie specifica, basta denunciare la violazione dell'articolo 8 CEDU, senza dover ricondurre ad una disciplina positiva la specificità del motivo della discriminazione, anche perché l'art. 14 sul divieto di discriminazione non esplicita in maniera diretta l'orientamento sessuale quale fattore di non discriminazione.

Nei casi in cui uno Stato disponga un trattamento differenziato sulla base dell'orientamento sessuale, secondo la Corte (EDU) questo dovrà produrre delle giustificazioni particolarmente convincenti e ragionevoli, per evitare che sia

²⁸COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES, op. cit., 69, *traduzione dell'autore della tesi*

²⁹ CEDU, *Smith e Grady vs United Kingdom*, 1999.

Le motivazioni della CEDU di questa sentenza come sostiene la stessa Corte, sono altresì applicabili in caso di licenziamento o di mancata assunzione di una persona sulla base del suo orientamento sessuale pur in mancanza di indagini o interrogatori invasivi, quando il licenziamento o la mancata assunzione sono prospettati in maniera cortese.

alimentato il sospetto di una discriminazione; nel caso *E.B. vs Francia*³⁰, la Corte (EDU) ha rilevato che il diniego all'adozione per la ricorrente E.B. (in Francia è consentita l'adozione ai *singols*), non fosse stato particolarmente razionale e convincente, in quanto nonostante le qualità umane ed educative riscontrate nella signora E.B. maestra elementare, sarebbero state conformi all'interesse del bambino adottato, il diniego era stato motivato indirettamente dal legame affettivo e sessuale della ricorrente E.B. con un'altra donna.

In una vera e propria inversione di tendenza rispetto al caso *Fretté*³¹, in cui era stato ritenuto legittimo il diniego delle autorità francesi rispetto al diniego dell'adozione al signor *Fretté*, cittadino francese *gay*, la Corte ha rilevato che la maestra elementare E.B. è stata discriminata ed ha subito una violazione del suo diritto ad una vita privata ex artt. 8 e 14 CEDU, perché il diniego all'adozione è stato collegato (seppure non manifestandolo nel provvedimento), solo all'orientamento sessuale della madre adottiva, quindi scevro da considerazioni di altro genere, ovvero, l'amministrazione pubblica francese non è stata in grado di fornire una motivazione fondata ed razionale del suo provvedimento.

In materia di diritto alla tutela della vita privata o *privacy*, rileva anche **il trattamento dei dati personali**, in cui rientra anche l'identità sessuale.

Se si considerano le discipline positive sul trattamento dei dati personali dei due Stati in comparazione, in Italia non esiste in esse alcun riferimento esplicito all'orientamento sessuale e all'identità di genere, anche se dalla loro interpretazione "estensiva" si ritiene che questi fattori quali dati sensibili vi rientrano, come confermato anche dalla giurisprudenza ad esempio nel caso *Giuffrida* sopracitato; mentre in Portogallo la disciplina fa esplicito riferimento al trattamento del dato personale della "*vida sexual*", quale dato sensibile.

Il Codice italiano in materia di protezione di dati personali Dlgs n.196/2003, all'art 2. riconosce dignità normativa all'identità personale, infatti intende garantire che: "*Il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali.*"

³⁰ Corte (EDU), *E.B. vs. Francia*, caso n. 43546/02, 22 gennaio 2008

³¹ CORTE (EDU), *Fretté vs. Francia*, caso n. 36515/97, 26 febbraio 2002

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 14390 dell'8 luglio 2005 ha stabilito, andando oltre il portato normativo, che i dati personali idonei a rivelare la vita sessuale appartengono alla categoria dei dati "supersensibili" e devono quindi ricevere una tutela rafforzata., mentre nella disciplina sul lavoro, il Decreto legislativo n. 276 del 2003 vieta alle agenzie per il lavoro, pubbliche e private, di effettuare qualsivoglia indagine o comunque trattamento di dati ovvero di pre-selezione di lavoratori, (anche con il loro consenso), in base all'orientamento sessuale. Nella disciplina portoghese alla *lei* n.º 67/98-Artigo 7.º, si statuisce che sono "*dados sensíveis*", i dati attinenti alla "*vida privada, saúde ou vida sexual de uma pessoa*", di cui è proibito il trattamento da parte di soggetti pubblici o privati, in assenza di un autorizzazione da parte del diretto interessato. L'identità personale rappresenta l'immagine che la società ha dell'individuo, ovvero, che la pluralità dei consociati hanno in un determinato momento storico, può anche intendersi come il diritto ad essere se stessi e ad essere riconosciuti tali, attraverso le proprie azioni e il proprio modo di sentirsi, di essa si deve ritenere faccia parte integrante l'identità di genere e l'orientamento sessuale, in quanto il rapporto personale con se stessi (il proprio corpo) e gli altri, costituiscono il mezzo di mediazione tra il soggetto ed l'ambiente circostante, questo impone che il trattamento di questi dati venga considerato quale trattamento di dati sensibili, perché attinente strettamente lo sviluppo dell'identità personale.

4. GLI OBBLIGHI NEGATIVI PER UNO STATO DI DIRITTO

4. 1 IL DIVIETO DELLA PENA DI MORTE

L'analisi del divieto della pena di morte, quale obbligo negativo per uno Stato di diritto, rispetto alla tutela del diritto alla vita e alla non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, rileva in quanto otto Stati al mondo: Afghanistan, Arabia Saudita, Iran, Mauritania, Qatar, Sudan, Yemen e gli Stati della federazione della Nigeria che applicano la sharia, prevedono la pena capitale per i maschi gay e bisessuali, quale condanna del loro orientamento sessuale.

In alcuni Paesi la condanna è statuita se è accertato un rapporto sessuale *same-sex* con penetrazione, in altri la pena è prevista in presenza della sola manifestazione dell'orientamento sessuale, specie in presenza di attitudini comportamentali espressamente effeminate.

Sul divieto della pena di morte non esiste un piano positivo internazionale uniforme, si può distinguere tra un orientamento costituzionale europeo, che elenca nelle sue Costituzioni il divieto della pena di morte, collegandolo direttamente al riconoscimento del diritto alla vita, ovvero l'impossibilità per lo Stato di privare un individuo della sua vita, ed altri sistemi costituzionali che se pur costruiti intorno ad una struttura democratica e sociale da Stato di diritto, riconoscono legittima la pena di morte per alcuni reati specifici, ritenuti estremamente gravi, come previsto ad esempio da alcuni Stati degli Stati Uniti d'America, come Massachusetts, Michigan, Minnesota, per i reati quali: alto tradimento, omicidio plurimo, omicidio aggravato, omicidio a seguito di stupro o tortura della vittima.

Quest'ultimi casi se letti attraverso la recente cultura costituzionale europea non appaiono coerenti con il sistema di uno Stato di diritto.

La cultura costituzionale europea sulla pena di morte ha visto un'evoluzione relativamente recente, l'art. 27 della Costituzione italiana solo dal 2007 esclude la pena di morte anche nei casi di guerra, mentre la Costituzione portoghese all'art.2 rubricato "diritto alla vita", frutto di una stagione costituzionale più recente rispetto a quella italiana, già dal 1976 anno della promulgazione della norma costituzionale, esclude la pena di morte in tutti i casi.

La posizione delle Carte Europee è apparentemente meno lineare, visto che la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, all'art. 2 rubricato "diritto alla vita" statuisce che la pena capitale è legittima se segue ad una sentenza pronunciata da un tribunale, quando sia la legge a stabilirlo,³² nel 1989 è stato previsto il protocollo additivo n. 6 alla Convenzione per l'obbligo di abolizione della pena di

³² CEDU, Art. 2, "(...)Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena". Questa previsione derogatoria consentì agli Stati in cui la pena di morte era ancora prevista di aderire alla Convenzione, d'altronde la Francia membro fondatore nel 1949 del Consiglio d' Europa, abolirà la pena di morte solo nel 1981.

morte in tutti gli Stati membri ratificato anche dall'Italia,³³ che *de facto* ha abrogato il capoverso dell' articolo di cui sopra.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, documento più recente rispetto alla Convenzione, frutto di un dibattito giuridico sull'abolizione della pena di morte consolidatosi, ed in un contesto in cui in tutti gli Stati membri hanno abolito la pena di morte nelle loro Costituzioni, al secondo comma dell' articolo 2, rubricato "diritto alla vita", statuisce che: "*nessuno può essere condannato alla pena di morte, né giustiziato*". La Dichiarazione Universale dei diritti umani, non fa riferimento alla pena di morte, evitando di prendere posizione, rispetto ad un quadro universale che come già sottolineato non è ancora uniforme.

Il Comitato dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite, ritiene che il divieto di pena di morte è un "*diritto supremo per il quale nessuna deroga è autorizzata, nemmeno nel caso in cui un pericolo pubblico eccezionale minaccia l'esistenza della Nazione,*"³⁴ ma è tuttora vigente un testo delle stesse Nazioni Unite che afferma "*la pena di morte non può essere imposta che per i crimini più gravi, se si tratti di crimini intenzionali che abbiano provocato delle conseguenze fatali o altre conseguenze estremamente gravi.*"³⁵

Il Comitato dei diritti dell'uomo dell'ONU ha precisato in un caso sottopostogli nei primi anni novanta che un rapporto sessuale tra persone dello stesso sesso non è classificabile come un grave crimine, quindi la pena di morte applicata in questi casi non si ritiene legittima.³⁶

Nonostante un quadro contraddittorio sulla pena di morte, se si generalizza a livello universale questo parere istituzionale, va ritenuto che non trova fondamento in alcuna norma internazionale la pena capitale quale condanna dell'orientamento sessuale del giustiziato.

Secondo i parametri costituzionali europei un'opzione legislativa che preveda la pena di morte, quale condanna del comportamento sessuale di un *gay*, sarebbe una

³³ La disposizione originale dell' Art. 27 Cost. italiana, riteneva legittima la pena di morte nei casi previsti dalle leggi militari di guerra, dicitura venuta meno a seguito della riforma costituzionale n°1 del 2007, che ha applicato il protocollo n° 6 sull'abolizione della pena di morte della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottato a Strasburgo nel 1983, reso esecutivo in Italia con legge n° 8 del 1989, nonché dalla legge n° 589 del 1994 sull' "Abolizione della pena di morte nel codice penale militare di guerra".

³⁴ COMITATO DEI DIRITTI DELL' UOMO, *Il diritto alla vita* , Osservatorio generale n°6, articolo 6, 2006, traduzione dell' autore della tesi

³⁵ GARANZIE DELLE NAZIONI UNITE PER LA PROTEZIONE DEI DIRITTI DELLE PERSONE CONDANNABILE ALLA PENA DI MORTE, *Articolo 1*

³⁶ COMITATO DEI DIRITTI DELL' UOMO, *Osservazioni finali del Comitato dei diritti dell' uomo : Repubblica Islamica dell' Iran*, documento CCPR/C/79/Add. 25, 3 agosto 1993

violazione al diritto alla vita, ed costituirebbe un trattamento di carattere discriminatorio poiché non troverebbe giustificazione da un punto di vista razionale l'esclusione degli eterosessuali dallo stesso tipo di "trattamento".

La forma di governo "dittatoriale" nella maggior parte degli Stati in cui vigono le norme che autorizzano la pena di morte, non può valere quale attenuante né motivo di giustificazione, anzi il fatto che questi provvedimenti trovano su un piano positivo interno la loro legittimità, è la dimostrazione della natura arbitraria degli stessi, ovvero, qualsiasi teoria prova a dimostrarne il contrario è "falsata" in partenza, poiché si tratta di atti privi di qualsiasi riferimento al diritto razionale quindi ad un diritto potenzialmente "giusto".

4.2 IL DIVIETO DI TRATTAMENTI CRUDELI, INUMANI O DEGRADANTI DELLA PERSONA

La proibizione della tortura e dei trattamenti crudeli, inumani o degradanti della persona, da parte di agenti dello Stato o di soggetti terzi che agiscono per conto di questi, è ritenuta essere un' obbligazione negativa per gli Stati rispetto alla tutela effettiva del diritto alla vita, obbligo che appare ancora più pressante rispetto alla tutela delle minoranze sessuali.

"(..)Negli anni, è emerso in un certo numero di casi, in cui le vittime di torture o di altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti fossero delle persone appartenenti a delle minoranze sessuali. L'esame della più parte dei casi fa ritenere che le persone appartenenti a delle minoranze sessuali subiscono il più delle volte delle violenze di natura sessuale, come violenze o aggressioni sessuali, a titolo di "punizione" per aver osato trasgredire i tabù sessuali, o rimettere in discussione la differenza tra i sessi così come vista dalla maggioranza della società(..)"³⁷

³⁷ ONU, *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, A/56/156, ss. 18, 3 juillet 2001, traduzione dell'autore della tesi

"(..)Negli anni, è emerso in un certo numero di casi, in cui le vittime di torture o di altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti fossero delle persone appartenenti a delle minoranze sessuali. L'esame della più parte dei casi fa ritenere che le persone appartenenti a delle minoranze sessuali subiscono il più delle volte delle violenze di natura sessuale, come violenze o aggressioni sessuali, a titolo di "punizione" per aver osato trasgredire i tabù sessuali, o rimettere in discussione la differenza tra i sessi così come vista dalla maggioranza della società(..)"

Il divieto di tortura è contemplato non solo da numerose Convenzioni sui diritti umani, tra cui la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo all'art. 5, e la CEDU all'art. 3³⁸, ma anche da specifici Trattati ai quali l'Italia ha aderito, come la *“Convenzione dell'ONU contro la tortura”* del 27 giugno 1987 e la *“Convenzione Europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti”*, approvata a sei mesi da quella ONU, anche se alle stesse alcuna disciplina legislativa italiana ha ancora dato applicazione.

La *“Convenzione dell'ONU contro la Tortura”* definisce al suo art. 1, la tortura quale *“(…) qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze forti, fisiche o mentali al fine di segnatamente ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla o di far pressione su di lei o di intimidire od esercitare pressioni su una terza persona, o per qualunque altro motivo basato su una qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o tali sofferenze siano inflitti da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito.”*

L'art.4 della succitata Convenzione prevede l'obbligo per gli Stati di legiferare affinché qualsiasi atto di tortura, come pure il tentativo di praticare la tortura o qualunque complicità o partecipazione a tale atto, sia espressamente e immediatamente contemplato come reato nel diritto penale interno.

Nella Costituzione italiana, sono individuabili delle disposizioni riconducibili alla tematica della tortura, all'art. 13 Cost., si stabilisce il principio secondo cui *“è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà”*, mentre all'art. 27 si prevede che *“le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”*, ma le stesse sono prive di una disciplina sostanziale, perché ancora non è stato codificato nell'ordinamento penale il reato di tortura.

La Costituzione Portoghese all'art. 25 rubricato *“Direito à integridade pessoal”*, statuisce che: *“ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos”*, e nel codice penale portoghese all'art. 243 e

³⁸CEDU, art. 3 *“(…)nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti(…)”*

244³⁹ viene disciplinato il reato di tortura, senza prevedere un riferimento specifico all'identità di genere o all'orientamento sessuale.

Inoltre, nel *Código Deontológico* delle forze di polizia portoghesi all'art. 3 si fa riferimento all'obbligo delle forze armate di “*não infligir, instigar ou tolerar atos cruéis, desumanos ou degradantes*” considerato che le “*Forças de Segurança promovem, respeitam e protegem a dignidade humana, o direito à vida, à liberdade, à segurança e demais direitos fundamentais de toda a pessoa, qualquer que seja a sua nacionalidade ou origem, a sua condição social, as suas convicções políticas, religiosas ou filosóficas*”, senza però allo stesso tempo fare alcun riferimento nei testi all'orientamento sessuale e all'identità di genere.

Ad oggi né in Italia né in Portogallo, durante l'attuale periodo repubblicano, sono stati registrati fatti, che in sede giurisprudenziale siano stati catalogati quali torture o atti inumani legati direttamente all'orientamento sessuale e all'identità di genere.

In Italia la *vacatio legis* sia sul reato di tortura che sull'aggravante di omofobia renderebbe un ipotetico fatto di questo tipo privo di una caratterizzazione sul piano penale.

³⁹ CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS, Livro II Parte especial, Título III: Dos crimes contra a paz e a humanidade- Capítulo II: Dos crimes contra a humanidade
Artigo 243°

Tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos

1 - Quem, tendo por função a prevenção, perseguição, investigação ou conhecimento de infracções criminais, contra-ordenacionais ou disciplinares, a execução de sanções da mesma natureza ou a protecção, guarda ou vigilância de pessoa detida ou presa, a torturar ou tratar de forma cruel, degradante ou desumana para:

- a) Obter dela ou de outra pessoa confissão, depoimento, declaração ou informação;
- b) A castigar por acto cometido ou supostamente cometido por ela ou por outra pessoa; ou
- c) A intimidar ou para intimidar outra pessoa;

é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

2 - Na mesma pena incorre quem, por sua iniciativa ou por ordem superior, usurpar a função referida no número anterior para praticar qualquer dos actos aí descritos.

3 - Considera-se tortura, tratamento cruel, degradante ou desumano, o acto que consista em infligir sofrimento físico ou psicológico agudo, cansaço físico ou psicológico grave ou no emprego de produtos químicos, drogas ou outros meios, naturais ou artificiais, com intenção de perturbar a capacidade de determinação ou a livre manifestação de vontade da vítima.

4 - O disposto no número anterior não abrange os sofrimentos inerentes à execução das sanções previstas no nº 1 ou por ela ocasionados, nem as medidas legais privativas ou restritivas da liberdade.

Artigo 244°

Tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos graves

1 - Quem, nos termos e condições referidos no artigo anterior:

- a) Produzir ofensa à integridade física grave;
- b) Empregar meios ou métodos de tortura particularmente graves, designadamente espancamentos, electrochoques, simulacros de execução ou substâncias alucinatórias; ou
- c) Praticar habitualmente actos referidos no artigo anterior; é punido com pena de prisão de 3 a 12 anos.

2 - Se dos factos descritos neste artigo ou no artigo anterior resultar suicídio ou morte da vítima, o agente é punido com pena de prisão de 8 a 16 anos.

L'importanza che l'Italia si doti nel più breve tempo possibile di una disciplina sulla tortura in generale, è stato evidenziato recentemente anche durante il dibattito processuale dinanzi alla Corte di Cassazione, sui fatti avvenuti alla caserma di Bolzaneto-Genova, in cui la Procura generale di Genova, aveva chiesto in applicazione della disciplina della "Convenzione Europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti,"⁴⁰ che fosse dichiarata l'imprescrittibilità dei reati, quando commessi in violazione delle norme che vietano i trattamenti inumani o degradanti.

4.3 IL DIVIETO DI PRIVAZIONI ARBITRARIE DELLA LIBERTÀ, ED IL TRATTAMENTO PENITENZIARIO RISERVATO ALLE MINORANZE SESSUALI

Il diritto alla libertà di ciascun individuo è ritenuto un diritto fondamentale, la cui privazione, per consolidata dottrina, si ritiene giustificata sulla base della legittimità dello scopo, di una necessità razionale, e se messa in atto con una misura proporzionale al rispetto al rispetto di altri diritti umani.⁴¹

L'art. 9 della Dichiarazione Universale dei diritti umani statuisce: "Nessun individuo potrà essere arbitrariamente arrestato, detenuto o esiliato."

Al secondo comma dell'art.13 Cost. è previsto che: "Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'Autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge."

In Italia, l'"omosessualità" è stata depenalizzata a partire dal Codice Zanardelli del 1887, quindi non è legittima alcuna privazione della libertà giustificata solamente sulla base dell'orientamento sessuale di un individuo.

In Portogallo la depenalizzazione dell'orientamento sessuale è avvenuto con il codice penale del 1982, per cui anche in Paese la privazione della libertà sulla base dell'orientamento sessuale non è legittima; la libertà quale diritto fondamentale viene riconosciuta nell'art. 27 della Costituzione Portoghese,⁴² che

⁴⁰ Oltre 25 anni sono trascorsi da quando l'Italia pur avendo aderito alla Convenzione contro la tortura non ha ancora dato applicazione alla stessa, ed è in corso al momento come riportato dalla stampa una raccolta di firme per un progetto legislativo di iniziativa popolare, finalizzato all'introduzione di un art. 608-bis del codice penale rubricato "tortura", informazioni disponibili al link <http://www.3leggi.it>.

⁴¹ C. FIORE, *Diritto Penale*, Torino 2008

⁴² CRP, Artigo 27.º (Direito à liberdade e à segurança)

segue lo stesso schema dell'art. 5 della CEDU,⁴³ nell'individuazione dei casi in cui la privazione della libertà è legittima

Una detenzione di tipo arbitraria può essere diretta o indiretta, in quest'ultimo caso vengono usate delle ragioni pretestuose, dietro le quali si celano delle motivazioni su una base discriminatoria, che nello specifico dell'oggetto di tesi possono manifestarsi quale una condanna dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere del soggetto di cui viene privata la libertà, ovvero, *“(..).ciò avviene quando si ricorre all'utilizzazione di disposizione vaghe relative alla “moralità” o di pratiche amministrative a ciò esclusivamente destinate, o comprese nell'ambito delle norme relative alla salute mentale.”*⁴⁴

Nel 2001 è stata portata per la prima volta all'attenzione dell'ONU, una vicenda di arresto, ritenuta poi arbitraria, in quanto giustificata solamente dall'orientamento sessuale dei detenuti.

Il WGAD, gruppo di lavoro delle Nazioni Unite sulla detenzione arbitraria, ha ritenuto che l'arresto di 55 uomini in una discoteca del Cairo, fosse avvenuto unicamente per il loro orientamento sessuale, com'è emerso nel corso delle indagini, in quanto, il Procuratore aveva disposto l'“esame anale” dei detenuti finalizzata unicamente all'accertamento del loro orientamento sessuale.⁴⁵

-
1. Todos têm direito à liberdade e à segurança.
 2. Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança.
 3. Exceptua-se deste princípio a privação da liberdade, pelo tempo e nas condições que a lei determinar, nos casos seguintes:
 - a) Detenção em flagrante delito;
 - b) Detenção ou prisão preventiva por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos;
 - c) Prisão, detenção ou outra medida coactiva sujeita a controlo judicial, de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão;
 - d) Prisão disciplinar imposta a militares, com garantia de recurso para o tribunal competente;
 - e) Sujeição de um menor a medidas de protecção, assistência ou educação em estabelecimento adequado, decretadas pelo tribunal judicial competente;
 - f) Detenção por decisão judicial em virtude de desobediência a decisão tomada por um tribunal ou para assegurar a comparência perante autoridade judiciária competente;
 - g) Detenção de suspeitos, para efeitos de identificação, nos casos e pelo tempo estritamente necessários;
 - h) Internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente.
 4. Toda a pessoa privada da liberdade deve ser informada imediatamente e de forma compreensível das razões da sua prisão ou detenção e dos seus direitos.
 5. A privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado nos termos que a lei estabelecer.

⁴³CEDU, Art. 5, “Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge”

⁴⁴ COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES op. cit., 89, *traduzione dell' autore della tesi*

⁴⁵ WGAD, *Avis n° 7/2002 (Egypte)*, 21 giugno 2002

Profili di detenzioni arbitrarie, sono individuabili anche nei casi in cui vengano disposte diagnosi medico-psichiatriche, che prescrivano forme di internamento o sottoposizione a protocolli medici, per curare l'orientamento sessuale o l'identità di genere; come riportato nel primo capitolo solamente il comportamento sessuale *transgender* è considerato in psichiatria ancora una forma di “*disforia del comportamento sessuale*”. “*Le detenzioni fondate sull'identità omosessuale o transessuale in quanto <malattie mentali> sono <arbitrarie> e costituiscono una violazione del diritto alla libertà. Il fondamento di questa affermazione è fondata sul fatto che queste leggi o prescrizioni sono basate su una discriminazione ingiustificabile legata all'orientamento sessuale o all'identità di genere.*”⁴⁶

Quando le detenzioni sono legittime e basate sui motivi per le quali una privazione della libertà può ritenersi razionale, ci si interroga sul **trattamento penitenziario riservato alle minoranze sessuali**, ovvero, se i detenuti o le detenute appartenenti alle minoranze sessuali abbiano diritto ad un trattamento differenziato per evitare che siano oggetto di forme di discriminazioni.

Le politiche in favore di uno sviluppo tutelato dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere, dovrebbero indirizzarsi a quegli ambiti, nei quali la vulnerabilità del soggetto appartenente ad una minoranza sessuale è maggiore, tale che la diversità sessuale dalla maggioranza, lo pone in una condizione di facile discriminazione, tra questi ambiti oltre a quello scolastico, rientra *de facto*, un istituto penitenziario o un centro di detenzione momentanea.

L'introduzione di norme sul piano legislativo, finalizzate a questo scopo, appaiono secondarie, se gli operatori del settore, non ricevono delle formazioni specifiche finalizzate al trattamento di questi casi, come ha ben evidenziato la “*Commissione straordinaria per la protezione dei diritti umani*” del Senato della Repubblica italiana, nel Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per migranti in Italia del 6 marzo 2012.

Attualmente in Italia, le uniche misure adottate a protezione dei detenuti appartenenti alle minoranze sessuali da forme di discriminazione è la separazione in reparti specifici dalle altre persone detenute, senza che alcuna forma di trattamento d'integrazione sia previsto.

⁴⁶ COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES op. cit., 85, traduzione dell'autore della tesi

Inoltre, in alcuni casi prima ancora che i detenuti e le detenute possano essere trasferiti in apposite sezioni, questi vivono lunghi periodi di isolamento.

La stessa Commissione ha sottolineato, che le persone *transgender* in prigione possono essere private della terapia ormonale per alcuni periodi anche lunghi, provocando loro seri problemi di salute.

La tematica del trattamento penitenziario riservato alle minoranze sessuali, va contestualizzata nella “preoccupante” condizione delle carceri italiane, le cui condizioni sono al limite del rispetto della dignità umana, visto il sovraffollamento delle stesse, pertanto si tende a relativizzare le problematiche delle minoranze, tra queste quelle sessuali, con la conseguente perdita del ruolo di garanzia e tutela che spetta ad uno Stato di diritto.

In Portogallo con l’obiettivo di formare gli operatori del settore, nel 2011 è stato istituito un gruppo di interforze della polizia, all’interno della *Direção-Geral de Administração Interna (DGAI)*, mirante allo sviluppo nelle forze dell’ordine di politiche per il rispetto dell’orientamento sessuale e dell’identità di genere dei soggetti sottoposti a forme di controllo o di restrizione della libertà.

Questo progetto pilota è stato introdotto, dopo un corso di formazione delle forze dell’ordine a cura dell’ILGA-PORTUGAL, associazione in difesa dei diritti delle minoranze sessuali, quest’ultima nel suo ultimo rapporto⁴⁷ afferma che questo progetto ancora non è entrato però nella sua fase di realizzazione, non essendo ancora stata sviluppata alcuna strategia in merito: “*Este mesmo grupo foi referenciado no último relatório da DGAI sobre igualdade de género mas, até à data, apenas se reuniu uma vez e não foi desenvolvida qualquer estratégia ou atividade.*”

Nella disciplina portoghese a differenza dell’Italia, vengono previste delle norme specifiche rispetto al trattamento penitenziario, in considerazione dell’orientamento sessuale dei detenuti, contenute nel Codice dell’Esecuzione delle Pene e dei Modi di Privazione della Libertà, approvato dalla legge n. 115/2009, che all’ art.3 rubricato “Principi guida dell’esecuzione” -terzo comma- statuisce “*L’esecuzione è imparziale, e non può privilegiare, beneficiare, pregiudicare, privare di qualunque diritto o esentare di qualsiasi dovere nessun recluso in ragione di razza, lingua, territorio d’origine, nazionalità, origine*

⁴⁷ ILGA-PORTUGAL, *op. cit.*, 45 Lisboa, 2012

*etnica, religione, convinzioni politiche o ideologiche, istruzione, situazione economica, condizione sociale o orientamento sessuale*⁴⁸, mentre all'art. 59 rubricato "visite personali" al primo comma è statuito che *"il recluso ha diritto a ricevere visite regolari del coniuge o della persona, di differente o stesso sesso, con la quale mantiene una relazione analoga a quella di due coniugi, di familiari o di altre persone con le quali intrattenga una relazione personale significativa."*⁴⁹

5. GLI OBBLIGHI POSITIVI A CARICO DI UNO STATO DI DIRITTO

5.1 LA CONCESSIONE DEL DIRITTO D'ASILO DALLE PERSECUZIONI

In uno Stato di diritto l'obbligo di rispettare il diritto alla vita (inteso nel senso più generale possibile), si ritiene debba manifestarsi non solo rispetto ad situazioni riguardanti lo Stato medesimo, ma anche quando l'oggetto della tutela attenga a provvedimenti di Stati terzi.

In base al principio di *"non-respingimento"* consolidatosi in dottrina, che trova fondamento tra l'altro nell'art. 14 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo,⁵⁰ gli Stati non devono rinviare o espellere un rifugiato in un Paese nel quale, possa trovarsi davanti il rischio reale di una persecuzione o di altre violazioni gravi dei diritti dell'uomo.

A tal proposito ci si interroga se gli Stati sono obbligati ad autorizzare una richiesta d'asilo, quando il rimpatrio di una persona *gay* o *transgender* nel suo Paese d'origine, costituirebbe l'esposizione del richiedente alla pena di morte o a trattamenti disumani o di tortura, in quanto previsti dalla legislazione dello Stato d'origine, o comunque fondatamente ritenuti possibili.

Una risposta a tale interrogativo, potrà in parte pervenire da un'analisi dei dati normativi italiani e portoghesi in materia, in particolare considerando l'applicazione giurisprudenziale fatta degli stessi, d'altronde per le adesioni alle

⁴⁸ Traduzione a cura dell' autore della tesi

⁴⁹ Traduzione a cura dell' autore della tesi

⁵⁰ DICHIARAZIONE UNIVERSALE DEI DIRITTI DELL' UOMO, *Art 14*, "Ogni individuo ha il diritto di cercare e di godere in altri Paesi asilo dalle persecuzioni".

Convenzioni internazionali sull'asilo politico e lo status di rifugiato, ed il recepimento delle direttive europee in materia, da parte dei due Paesi in analisi, parrebbe pacifico su un piano astratto che questo tipo di tutela debba essere riconosciuta.

Nella disciplina italiana, si distingue tra la tutela dell'asilo politico ed il riconoscimento dello status di rifugiato: il primo è previsto dall' art. 10 co. 3 della Costituzione italiana, che statuisce: *“Lo straniero, al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica secondo le condizioni stabilite dalla legge.”*, ad oggi però non è ancora stata approvata, la legge cui la Costituzione demanda il compito di regolamentare la portata di questo diritto e le sue modalità di esercizio.

Lo status di rifugiato viene invece riconosciuto dalla Convenzione cosiddetta di Ginevra, lì siglata nel 1951, ratificata in Italia con la legge n° 722 del 1954, che definisce rifugiato colui che, *“temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trova fuori dal Paese di cui è cittadino e non può o non vuole, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di questo Paese”*.

Rispetto ai cittadini non UE, l'art. 19 comma 1, del testo unico sull'immigrazione, decreto legislativo n. 286 del 1998, individua la disciplina per il riconoscimento dello status di rifugiato, statuendo che: *“In nessun caso può disporsi l'espulsione e il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto 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”*.

Le modifiche apportate al testo unico sull'immigrazione dal decreto legislativo n.251/2007, in applicazione alla direttiva 2004/83/CE del Consiglio d' Europa, del 29 aprile 2004,(recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta), hanno introdotto la protezione internazionale, articolandola nelle due forme di riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria, entrambe attribuibili dalle Commissioni Territoriali a seguito di esame delle singole istanze di riconoscimento e, soprattutto, a seguito di un colloquio

individuale con il richiedente asilo, rispetto al cui diniego è autorizzato ricorso dinanzi al giudice di pace.

Nelle ipotesi del riconoscimento dello status di rifugiato non si fa però riferimento all'orientamento sessuale e all'identità di genere, pertanto una tutela giustificata da queste motivazioni, potrebbe garantirsi attraverso lo status della protezione sussidiaria, riconosciuto a colui che pur non possedendo i requisiti per ottenere lo status di rifugiato non possa essere rinvio nel Paese di origine o, per l'apolide, nel Paese di residenza, in quanto sussiste il fondato timore che possa subire un grave danno alla sua vita o alla sua incolumità.

Nella giurisprudenza italiana va registrata una certa reticenza nel riconoscimento della tutela dello status di rifugiato o di protezione sussidiaria, motivata su delle ragioni legate all'identità sessuale del richiedente, giustificandolo nella più parte dei casi sulla base di una carenza di elementi giustificativi, può in tal senso citarsi dei casi arrivati sino in Cassazione.

In un'ordinanza del Giudice di Pace di Torino del 21 dicembre del 2004, sull'opposizione ad un decreto di espulsione rispetto alla domanda per il riconoscimento dello *status* di rifugiato motivata dall'orientamento sessuale, era stato annullato un decreto di espulsione di un cittadino senegalese dichiaratamente *gay*, ritenendo opportuna un'interpretazione estensiva della formula delle "*condizioni personali o sociali*" dell'art. 19 del Testo unico sull'immigrazione, attraverso una lettura costituzionalmente orientata,⁵¹ e sistematica con i principi comunitari.⁵²

⁵¹ La Corte Costituzionale italiana, ha ritenuto legittimo il diniego di estradizione di stranieri nei confronti di Paesi, nei quale è prevista la pena di morte, indipendentemente dal reato per cui questa è prevista, con le sentenze n° 54/1979 e n° 223/1996.

⁵² GIUDICE DI PACE DI TORINO-SEZIONE VI CIVILE, *Ordinanza 21 dicembre 2004*

" (...) Si deve innanzi tutto osservare che la formulazione del 1° comma dell'art. 19, nel vietare l'espulsione verso Stati 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..." è volutamente ampia e generica, affinché il precetto normativo, che non potrebbe prevedere in via preventiva ed esaustiva tute le ipotesi di inespellibilità, possa adeguarsi alla evoluzione del costume e del sentir sociale in relazione al mutevole contesto storico e culturale in cui le Prefetture, prima, ed i giudici, poi, sono chiamati ad applicare la norma. Il giudice è dunque tenuto a valutare se ricorrono eventuali condizioni di inespellibilità facendo applicazione di criteri ermeneutici costituzionalmente orientati e coerenti con i principi generali dell'ordinamento statale e comunitario. Il dibattito sviluppatosi in questi ultimi mesi in sede di Parlamento Europeo in ordine al riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali e il giudizio che la Consulta ha espresso in occasione delle questioni di legittimità costituzionale degli Statuti della Regione Umbria e Toscana, nelle parti in cui prefigurano iniziative a tutela e sostegno delle unioni di fatto anche tra soggetti del medesimo sesso, denotano un'evoluzione del costume e del sentire collettivo verso una più ampia disponibilità a riconoscere il bisogno di tutela giuridica degli omosessuali e delle formazioni sociali e familiari cui essi possono dare vita. Disponibilità che presuppone il riconoscimento dell'omosessualità come condizione dell'uomo degna di tutela, in conformità ai precetti costituzionali. Proprio sotto questo profilo la libertà sessuale, intesa anche come libertà di vivere senza condizionamenti e restrizioni le proprie preferenze sessuali, deve ritenersi espressione del più ampio diritto alla manifestazione e promozione della personalità

La Prima sezione Civile della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 16417 del 2007, si è pronunciata sulla vicenda, dopo che la procura di Torino, aveva fatto opposizione alla sentenza del Giudice di Pace, ritenendo che non sia sufficiente dichiararsi *gay* per ottenere il permesso a rimanere in Italia, ed ha ordinato nuove indagini per stabilire l'effettiva "omosessualità" del richiedente e la presenza in Senegal di leggi punitive nei confronti di comportamenti sessuali *same-sex* ; al tempo stesso, però, con una decisione altamente innovativa in materia, ha sottolineato che l'orientamento sessuale è un diritto, da tutelare in nome della libertà sessuale, intesa come libertà di vivere senza condizionamenti e restrizioni le proprie preferenze, "*espressione del diritto alla realizzazione della propria personalità*", tutelato dall'art. 2 della Costituzione.

In un'altra sentenza la n. 2907/2008, la Corte di Cassazione conferma lo stesso orientamento negando il permesso di soggiorno, ad un *gay* marocchino clandestino, poiché si è ritenuto che il Tribunale di Modena non aveva fatto i dovuti accertamenti sulla nazionalità del richiedente e sull'esistenza di leggi discriminatorie in Marocco, ma la Suprema Corte ha ribadito in piena coerenza con la normativa europea in materia, che un immigrato espulso può rimanere in Italia se è *gay* e se può essere penalmente perseguito nel suo paese d'origine, avallando una pratica ormai comune tra le commissioni territoriali degli altri Paesi europei per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, che contemplan l'omosessualità tra le ragioni per concedere un permesso di soggiorno per motivi umanitari.

Nella disciplina portoghese, all'art. 33 della Costituzione Portoghese rubricato: "*Espulsione, estradizione e diritto d'asilo*", al n° 6 è previsto che: "*Nessuno può essere estradato o consegnato a qualsiasi titolo, per motivi politici o per reati, a cui corrisponde nello Stato richiedente, la pena di morte o altro da cui risulti lesa irreversibilmente l'integrità fisica*", inoltre, al punto n°8, è aggiunto che "*è garantito il diritto di asilo agli stranieri e agli apolidi perseguitati o gravemente minacciati di persecuzione a causa della loro attività a favore della democrazia, liberazione sociale e nazionale, della pace tra i popoli, della libertà e dei diritti della persona umana*", mentre nello stesso articolo costituzionale è delegato ad una legge la definizione dello statuto di rifugiato politico.

umana, che l'art. 2 della nostra Costituzione riconosce a ciascun individuo, anche attraverso il richiamo ai diritti inviolabili dell'uomo universalmente riconosciuti.(...)"

Con la *lei* n°38 del 1988, è stato regolamentato il diritto d’asilo e lo statuto di rifugiato, la legge sul diritto d’asilo del 1998, è però stata revocata dalla *lei* n° 27 del 2008, che stabilisce le condizioni ed i procedimenti di concessione del diritto d’asilo e di protezione sussidiaria, e definisce lo statuto del richiedente asilo, di rifugiato e del beneficiario della protezione sussidiaria, recependo le direttive del Consiglio 2004/83/CE e 2005/85/CE, le stesse recepite non in maniera completa con un’anno in anticipo nel 2007 in Italia.

A seguito della recezione di queste direttive, all’art. 2 della *lei* n° 27 del 2008, è stato previsto che le tutele in esse contenute quali il riconoscimento del diritto d’asilo, lo *status* di rifugiato o la protezione sussidiaria, devono essere garantiti nei casi in cui il/la richiedente appartiene ad un “*grupo social específico (...) baseado na identidade de género ou numa característica comum de orientação sexual*”, che nel Paese d’origine è penalizzato o oggetto di discriminazione.

Dall’entrata in vigore della legge recettiva delle direttive europee nel 2008, non è mai stato riconosciuto in Portogallo il diritto d’asilo sulla base dell’orientamento sessuale o dell’identità di genere, mentre in due casi è stata riconosciuta la protezione sussidiaria rispetto ad una richiesta di diritto d’asilo.⁵³

5.2 GARANTIRE LA LIBERTÀ DI RIUNIONE: LA CORTE (EDU) SUL DINIEGO DI AUTORIZZAZIONE DEL GAY PRIDE DI VARSAVIA 2005

Lo sviluppo ed la manifestazione sostanziale della libertà di pensiero, della libertà d’espressione e dei diritti di riunione ed associazione, costituiscono un caposaldo della democrazia, non a caso vengono posti nel catalogo dei diritti

⁵³ ILGA-PORTUGAL, *op. cit.* 107, Lisboa, 2012

“Desde 2008 que a perseguição em razão da orientação sexual e identidade de género são campos elegíveis para a concessão de asilo em Portugal. Não obstante, não há registo de casos de concessão de estatuto de refugiado nesta área. (...) Entre 2000 e 2010, foram submetidos 11 pedidos de asilo por perseguição em razão da orientação sexual em Portugal. Três requerentes provinham da Macedónia, três do Senegal, um/a de Angola, um/a da Guiné-Conakry e, um/a da Moldávia. De entre estes pedidos de asilo, dois foram redirecionados para outro país da União Europeia (ao abrigo do regulamento de Dublin) e os restantes não foram concedidos por falta de provas de perseguição e falta de contacto com as autoridades do país de origem. Aparentemente, as pessoas requerentes de asilo devem contactar as suas autoridades nacionais mesmo onde a orientação sexual e a identidade de género é punível por lei. Todavia, em 2008 houve um caso a que não foi concedido o estatuto de asilo mas a quem foi oferecido dois anos de proteção subsidiária porque a pessoa em questão era oriunda do Senegal, onde a homossexualidade é crime. Em 2009, houve outro caso de concessão desta proteção por razões humanitárias, dadas as sistemáticas violações de direitos humanos na Guiné-Conakry.”

fondamentali, sia nelle Costituzioni dei due Paesi in esame, sia nelle Carte internazionali.⁵⁴

Questi diritti non sono però ritenuti assoluti in quanto possono intervenire delle restrizioni degli stessi, che sono legittime non solo perché stabilite per legge o rientrante in casi applicativi della stessa, ma soprattutto in quanto appaiono proporzionali all'interesse protetto e con esse non né viene intaccato l'essenza del diritto in oggetto; solo attraverso una valutazione su base razionale, ovvero in una logica di Stato di diritto può verificarsi se si tratta di una restrizione prettamente arbitraria degli stessi, e se questa è giustificata in un rapporto di equilibrio di diritti.

Quando gli scopi dell'espressione di un pensiero, di una pubblica manifestazione, o della costituzione di un'associazione, riguardano tematiche attinenti

⁵⁴ La Dichiarazione fondamentale dei diritti dell'uomo, all' art. 19, prevede che "Ogni individuo ha diritto alla libertà di opinione e di espressione incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione ed quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo alle frontiere. Nel successivo articolo è aggiunto che: "Ogni individuo ha diritto alla libertà di riunione e di associazione pacifica."

Nelle Carte europee dei diritti dell'uomo, pur riconoscendoli quali diritti fondamentali, si specificano, anche le legittime ipotesi di restrizioni degli stessi: la CEDU all' art. 10, rubricato "Libertà di espressione", al suo secondo comma specifica che "L'esercizio di queste libertà, comportando doveri e responsabilità, può essere sottoposto a determinate formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni previste dalla legge e costituenti misure necessarie in una società democratica, per la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale o l'ordine pubblico, la prevenzione dei reati, la protezione della salute e della morale, la protezione della reputazione o dei diritti altrui (...)"

Rispetto allo svolgimento di pubbliche manifestazioni, l' art. 11 chiarisce al secondo comma che: "L'esercizio di questi diritti non può costituire oggetto di altre restrizioni oltre quelle che, stabilite per legge, costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, la prevenzione dei reati, la protezione della salute e della morale o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui. Il presente articolo non vieta che restrizioni legittime siano imposte all'esercizio di questi diritti da parte dei membri delle forze armate, della polizia o dell'amministrazione dello Stato."

Quest' impostazione è propria anche della Costituzione italiana, che in merito alla libertà di espressione del pensiero, all' art. 21, specifica che: "Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione", e che "La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure", ma nei restanti commi si fa presente che in casi specifici previsti dalla legge, l' autorità amministrativa con atto confermato dall' autorità giudiziaria, può intervenire disponendo de facto una censura legale del diritto.

Sulla libertà di riunione pubblica, l' art. 17 della Costituzione italiana al terzo comma, statuisce che: "Delle riunioni in luogo pubblico deve essere dato preavviso alle autorità, che possono vietarle soltanto per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica", mentre rispetto alle legittime restrizioni del diritto d' associazione, è riportato all' art. 18 Cost. italiana al primo comma che "i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale."

Nella Costituzione Portoghese, all' art. 45, rubricato "diritto di riunione e di manifestazione", è previsto, al primo comma che: "I cittadini hanno diritto a riunirsi, pacificamente e senza armi, anche in luoghi aperti al pubblico, senza la necessità di alcuna autorizzazione", in tal senso la legge 406/74, antecedente alla Costituzione del 1976, prevede solo un' obbligo di comunicazione alle pubbliche autorità entro due giorni dalla manifestazione, quindi a differenza della disciplina italiana non è richiesta una forma di autorizzazione della manifestazione.

Mentre all' art. 46, sul diritto alla "libertà d' associazione", si afferma al primo comma che: "I cittadini hanno diritto, liberamente e senza qualsiasi tipo di autorizzazione, alla costituzione di associazioni, purché non si destinino a promuovere la violenza e i rispettivi fini non siano contrari alla legge penale." All'art. 37 della Costituzione lusitana, rubricato "Libertà di informazione e di espressione", viene garantito a chiunque la possibilità di esprimere e divulgare il proprio pensiero ricorrendo ad ogni mezzo di comunicazione senza alcun tipo di discriminazione, né forma di censura.

all'orientamento sessuale ed all'identità di genere, in generale si potrebbe ritenere che queste non possono di per sé bastare a motivare una loro limitazione legale dei diritti in questione, in quanto è difficile pensare che le stesse possano risultare un pericolo per le strutture della società democratica, ovvero, mettere a rischio l'esercizio di altri diritti di eguale dignità, almeno che dietro questi apparenti fini o ricorrendo a determinati mezzi di espressione o di propaganda si determinino violazioni di altri diritti legalmente riconosciuti, o di pari dignità, basandoli su più motivazioni razionali possibili, in modo da dimostrare "apriori" l'assenza di discriminazione.

Da una valutazione *ex-post* del singolo episodio potrà verificarsi la fondatezza o meno del divieto, se la restrizione di questi diritti motivata dall'orientamento sessuale e dall'identità di genere, non viene imposta per legge, (un previsione per legge non equivale comunque necessariamente ad una legittimità della stessa, si potrebbe in tal senso discutere sulla legittimità della recente approvazione in Russia del reato di propaganda "di relazioni sessuali non tradizionali").⁵⁵

La Corte (EDU), rispetto al diniego di autorizzazione da parte del sindaco di Varsavia del *gay-pride* nel 2005, ha rilevato che dietro motivazioni legali "apparenti" si possono occultarsi ragioni discriminatorie, che determinano una violazione della libertà di riunione.⁵⁶ Il diniego era stato ufficialmente giustificato da ragioni legate alla viabilità, ma i ricorrenti avevano fatto presente il manifesto atteggiamento discriminatorio del Sindaco nei confronti dei *gay*, sulla base di determinate interviste allegate agli atti del ricorso. La Corte EDU pienamente consapevole delle differenze tra i procedimenti amministrativi e giudiziari e del fatto che solo per questi ultimi la Convenzione prevede, all'articolo 6, il requisito dell'imparzialità (*Findlay V. Regno Unito* e *Warsicka c. Polonia*), ha, tuttavia,

⁵⁵ N. LOMBARDOZZI N., sezione esteri, La Repubblica, 26 gennaio 2013

"(...) MOSCA - Rappresentano da sempre la più fragile, la meno amata, delle tante opposizioni al governo di Vladimir Putin. Adesso gli omosessuali di Russia stanno per essere definitivamente emarginati per colpa dell'ennesima legge dal gusto sovietico. Con una maggioranza pressoché assoluta il Parlamento russo ha approvato ieri l'estensione a tutto il territorio nazionale di una legge già in vigore a livello regionale a San Pietroburgo, Kaliningrad ed altre grandi città russe: il divieto di propaganda omosessuale. Da ora in poi sarà dunque reato parlare in pubblico dei diritti, degli amori e delle speranze dei cittadini gay. La definizione, strategicamente un po' vaga, di "propaganda" darà al giudice la possibilità di punire con pesanti multe (fino a 15mila euro) artisti, attori ma anche comuni cittadini colti ad esprimere un'opinione in pubblico sulla situazione degli omosessuali. Ma soprattutto mettere al bando o vietare preventivamente eventi, manifestazioni, concerti, che possano essere ritenuti a rischio di "propaganda gay". Non siamo al famigerato articolo 121, imposto da Stalin nel '34 e abolito solamente nel '93, che prevedeva cinque anni di carcere per il reato di omosessualità ma l'evocazione del passato è evidente e pesante. (...)".

⁵⁶ CORTE (EDU), *Baczkowsky et autres c. Polonia*, ricorso n. 1543/06, 3 marzo 2007

ritenuto che nell'episodio del ricorso non si possa prescindere dalle forti opinioni personali espresse pubblicamente dal Sindaco su questioni direttamente rilevanti per le decisioni.

Le decisioni riguardante il *gay pride*, sono state adottate dalle autorità municipali, dopo che il Sindaco, per il cui conto le autorità agivano, aveva reso noto al pubblico le sue opinioni in materia di esercizio della libertà di riunione e di "*propaganda dell'omosessualità.*" La Corte di Strasburgo ha verificato che al momento in cui il Sindaco ha espresso queste opinioni, le richieste di autorizzazione per le assemblee erano già state inoltrate e il procedimento era pendente dinanzi alle autorità comunali; pertanto ha ritenuto che si potesse ragionevolmente supporre che tali opinioni personali del Sindaco abbiano influenzato il processo decisionale e, di conseguenza, interferito con il diritto dei ricorrenti all'esercizio della libertà di riunione in modo discriminatorio. Il caso del *gay-pride* di Varsavia, rimane un'eccezione, in quanto la dimostrazione in sede giurisprudenziale della natura discriminatoria di una determinata decisione amministrativa inerente alla libertà di riunione, da parte dei soggetti destinatari della stessa, può risultare ardua; se si considera ad esempio, l'ampio margine di discrezionalità di cui godono le autorità amministrative e prefettizie, nella disciplina italiana, in materia di autorizzazioni di pubbliche manifestazioni; ciò comporta "potenzialmente" un' ampia possibilità di mascherare su basi legali un comportamento discriminatorio, anche se è "*aleatoria*" la denuncia di ipotetici atti discriminatori per mezzo stampa senza far ricorso sede giurisprudenziale.⁵⁷

⁵⁷ ILGA-ITALIA, *op. cit.*, Torino, 2013

"(...)Sia nel 2008 che nel 2009 il percorso della parata del pride LGBT a Roma è stato modificato a causa di eventi paralleli organizzati dalla chiesa Cattolica considerati di maggiore rilevanza dalle autorità cittadine. Particolarmente significativo il caso del 2009 quanto le forze di polizia hanno chiesto per tre volte agli organizzatori di ridefinire il percorso della parata. Ogni proposta è stata respinta dalle autorità. La prima per un evento religioso troppo vicino al percorso della parata; la seconda per la festa di San Giovanni che si sarebbe dovuta svolgere quattro giorni dopo la data prescelta per la parata LGBT. La terza proposta degli organizzatori coincideva con il percorso del precedente anno concesso dalle forze di polizia con una speciale deroga – concessa soltanto per le manifestazioni di carattere nazionali - ma anche questa è stata, almeno inizialmente, respinta. Fino a pochi giorni prima il percorso non era stato definito né autorizzato finché l'ultima proposta, coincidente con quella del precedente anno, è stata concessa con la medesima deroga dell'anno precedente.(...)"

“L’omosessuale del diciannovesimo secolo (...) è diventato un personaggio: un passato, una storia, e un’infanzia, un carattere, una forma di vita; una morfologia anche, con un’anatomia indiscreta e forse una fisiologia misteriosa. (...) Il sodomita era un recidivo, l’omosessuale è ormai una specie”

MICHEL FOUCAULT, Storia della sessualità (1977)

III CAPITOLO

IL QUADRO NORMATIVO ATTUALE SULL’ORIENTAMENTO SESSUALE, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALL’ ITALIA E AL PORTOGALLO

Sommario: 1. Un “graduale” riconoscimento dell’orientamento sessuale nelle discipline del Consiglio d’Europa e dell’Unione Europea; 2. Portogallo: un riconoscimento positivo “pluristrutturato” dell’ *orientação sexual* ; 2.1 *Na Constituição da República Portuguesa*; 2.2 *Na legislação portuguesa* 3. Italia: un riconoscimento positivo “destrutturato” dell’orientamento sessuale; 3.1 Premessa; 3.2 Un recepimento “maldestro” della Direttiva 78/2000/CE: Decreto legislativo n° 216/2003; 3.3 Le tutele regionali ad oggetto l’orientamento sessuale; 3.4 L’attività governativa contro le discriminazioni motivate dall’orientamento sessuale: “UNAR”; 3.5 I progetti di legge “abortiti” sull’aggravante di reato per motivi di omofobia e transfobia

1. UN “GRADUALE” RICONOSCIMENTO DELL’ORIENTAMENTO SESSUALE NELLE DISCIPLINE DEL CONSIGLIO D’EUROPA E DELL’UNIONE EUROPEA

L’organizzazione intergovernativa del Consiglio d’Europa e l’organizzazione comunitaria dell’Unione Europea (in un processo costitutivo CECA, CEE, UE), con i loro rispettivi organi giurisdizionali Corte (EDU) e Corte di Giustizia Europea (CGE), sono state le prime nel continente europeo ad introdurre discipline o decisioni giurisprudenziali attinenti l’orientamento sessuale, invitando spesso gli Stati membri ad adottare misure in tal senso, anche se non sempre quest’ultimi vi hanno dato seguito, come il quadro normativo italiano dimostra.

Una ricostruzione completa del quadro normativo e giurisprudenziale europeo sull'orientamento sessuale, non si confina unicamente a questo paragrafo, visto che il rapporto diretto tra le Istituzioni europee ed i singoli Stati membri, comporta che qualsiasi progetto legislativo o una decisione giurisprudenziale di quest'ultimi sul tema *de quo*, ha un riferimento diretto o indiretto con l'Europa, quindi i richiami al quadro europeo sono costanti nell'intera tesi, come già riportato nei capitoli precedenti, e come ulteriormente emergerà nel prosieguo.

In questo paragrafo a grandi linee, si intende ricostruire, in che termini si è andata sviluppando la tutela dell'orientamento sessuale, ed in particolare rilevando l'esistenza di un graduale processo di inserimento di alcuni specifici ambiti in questa tutela, ovvero, si può ritenere che le fasi di sviluppo delle politiche europee sull'orientamento sessuale siano tre: una prima fase di mera tolleranza del comportamento sessuale *same-sex*, una seconda fase di "attivismo", nei termini di sviluppo di politiche della non-discriminazione in più settori, per concludere con la fase attuale incentrata non solo nel riconoscimento della dimensione individuale di sviluppo dell'orientamento sessuale, ma anche nel riconoscimento della coppia *same-sex*, di cui è incentivata la tutela da parte delle legislazioni nazionali; allo stesso tempo attualmente si può ritenere che i profili caratterizzanti ciascuna fase si vanno sommando, in quella che si va costruendo come una vera e propria tutela organica dell'orientamento sessuale.

A partire dai primi anni ottanta, un primo nucleo di politiche attinenti l'orientamento sessuale, è stato finalizzato ad una campagna a favore della "depatologizzazione" dell'"omosessualità", ed al fine di obbligare gli Stati membri a rimuovere tutte le discipline legislative che penalizzassero le pratiche sessuali tra persone dello stesso sesso o le discriminassero rispetto a quelle eterosessuali.

Successivamente le Istituzioni europee sono passate ad una fase di maggiore "attivismo", introducendo discipline finalizzate alla non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, in ambiti specifici come quello del lavoro (specie l'Unione Europea), per poi estenderle progressivamente ad altri contesti tra cui quello sportivo, scolastico, penitenziario, sanitario, giudiziario.

Attualmente, le politiche europee di tutela dell'orientamento sessuale, sia a livello normativo che giurisprudenziale, mirano in maniera diretta ed esplicita,

all'introduzione di discipline per il riconoscimento delle coppie dello stesso sesso.

La vigenza delle fonti europee specie Direttive e Raccomandazioni, è rimessa alla discrezionalità dei legislatori, cui è delegata la loro applicabilità, pertanto non sempre ad quadro normativo europeo definito corrisponde un'altrettanto ben definito quadro nazionale, come l'Italia dimostra.

Nel 1981, anno in cui il Parlamento del **Consiglio d'Europa** con la risoluzione n° 756, chiese all'OMS di "depatologizzare" l'omosessualità, fu introdotta la Raccomandazione n° 924 (sempre del Parlamento del Consiglio d'Europa) intitolata "*Sulla discriminazione contro gli omosessuali*", in cui gli Stati membri venivano sollecitati a decriminalizzare gli atti sessuali tra persone dello stesso sesso, ad eliminare le disparità d'età rispetto al consenso per rapporti etero e *same-sex*, a provvedere alla distruzione di elenchi delle forze dell'ordine che registrassero le persone *gay*, a far cessare ogni trattamento medico o ricerca volta a modificare l'orientamento sessuale di un individuo, ad assicurare la custodia, i diritti di visita e ospitalità dei bambini da parte dei genitori *gay* senza alcuna restrizione, a vigilare sul rischio di stupri e violenze perpetrate ai danni di persone *gay* nelle prigioni, a promuovere la parità di trattamento nel lavoro.

Dopo due decenni, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, è intervenuta di nuovo sul tema *de quo*, ribadendo e ampliando il contenuto della sua prima Raccomandazione, prima con l'Opinione n°216 del 26 gennaio 2000, recepita dalla Raccomandazione n°1974 intitolata: "*Sulla situazione di lesbiche e gay negli Stati membri del Consiglio d'Europa*"; in questa Raccomandazione dopo che vengono comparate le legislazioni nazionali sul tema, mostrandone in alcuni casi le vistose differenze, (come quelle nelle discipline sull'età del consenso dei rapporti sessuali *same-sex*, sulla presenza dei *gay* nelle forze armate, sulla mancanza di una politica di non discriminazione in ambito del lavoro, sulla mancanza di discipline per la concessione del diritto d'asilo alle persone *gay*), si invita gli Stati membri ad includere nelle loro discipline nazionali l'orientamento sessuale tra le cause di non discriminazione prevedendo anche misure penali nei confronti dei responsabili di forme di discriminazione, ed a concedere il diritto d'asilo;¹ il Comitato dei ministri viene sollecitato inoltre ad incrementare politiche

¹ Analoga misura era già stata approvata dalla stessa Assemblea nel giugno 2000 con la raccomandazione (n. 1470) invitando gli Stati membri a riconoscere la persecuzione degli omosessuali come causa del

finalizzate a combattere l'omofobia, attraverso l'“educazione” di base ed avanzata (corsi di formazione), in determinati ambiti specifici dove gli atti discriminatori sono statisticamente più frequenti, come in quello dello sport, nelle scuole, nell'ambito sanitario, nelle forze armate e di polizia, nello sport, nel lavoro, in ambito giudiziario e forense.

Nella stessa raccomandazione, si invita gli Stati membri ad riconoscere giuridicamente le coppie dello stesso sesso, facendo ricorso alle *registered partnership*, ovvero, alla legalizzazione delle unioni civili; questo invito viene ribadito nella raccomandazione n° 1457 del 2007, in cui l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa ha richiamato gli Stati membri, su quanto fosse ormai divenuto necessario introdurre una legislazione per le coppie *same-sex* al fine di garantire il rispetto dei diritti fondamentali dei *same-sex partners*.

Nel 2003, una specifica disciplina di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale è stata introdotta per l'ambiente dello sport, con la Raccomandazione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa n° 1635/2003 “*le lesbiche ed i gay nello sport*”.

Nel 2010, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, nella CM/REC(2010)5 “*Raccomandazione per combattere le discriminazioni per motivi di orientamento sessuale o di identità di genere*”, (come meglio richiamata nella premessa del II capitolo), raccoglie in un'unica disposizione normativa, i diversi ambiti di politiche riguardanti l'orientamento sessuale trattate nelle precedenti raccomandazioni dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, un nucleo di diritti fondamentali, che si ritiene non debba essere oggetto di discriminazioni in base all'orientamento sessuale ed all'identità di genere; le associazioni nazionali in difesa delle minoranze sessuali (in particolare ILGA) hanno stilato dei *reports* per verificare la coerenza delle legislazioni nazionali rispetto ai “*goals*” della Raccomandazione, in particolare quelli sull'Italia e sul Portogallo, che sono stati analizzati ai fini di stesura della tesi.

Inoltre, nel quadro delle politiche del Consiglio d'Europa sull'orientamento sessuale, bisogna evidenziare che importanti interventi giurisprudenziali da parte della Corte (EDU), sono intervenuti rispetto al riconoscimento di forme di tutela delle coppie *same-sex*, il cui orientamento giurisprudenziale è stato tenuto in

riconoscimento del diritto d'asilo nel proprio territorio e a riconoscere il diritto di immigrazione per le coppie dello stesso sesso bi nazionali.

considerazione nelle giurisprudenze nazionali; questi casi giurisprudenziali saranno riportati nei capitoli relativi all'introduzione di forme di riconoscimento legale delle coppie dello stesso sesso.

L'**Unione Europea**, (prima quale Comunità Economica Europea), ha mostrato un interesse all'affermazione dei fattori di non discriminazione legati all'orientamento sessuale e all'identità di genere, *in primis* nei contesti del lavoro e della previdenza sociale; d'altronde questi costituiscono il "nocciolo duro" di questa tutela, anche perché sono i primi ambiti nei quali la stessa istituzione comunitaria si è sviluppata.

La maggior parte degli interventi, sono stati del Parlamento Europeo, il cui ruolo di carattere consultivo, né ha determinato una portata limitata degli stessi sul piano dell'effettività, rimettendosi come anche per il Consiglio d'Europa, ogni volta il raggiungimento degli obiettivi alla discrezionalità del legislatore nazionale, quanto meno per i modi e i tempi; nonostante ciò ne va rimarcata la loro portata innovativa, essendo questi interventi normativi alla base di quelli avvenuti nelle discipline nazionali.

In seno all'Unione Europea, una tutela "*maggiore*" sul piano dell'effettività, è rilevabile sul piano giurisdizionale, laddove gli interventi della Corte Europea di Giustizia, specie nelle discriminazioni relative alle condizioni di lavoro, hanno permesso una tutela diretta ai ricorrenti, rispetto ai comportamenti discriminatori di soggetti privati o pubblici.

Nel 1982, il Parlamento europeo diede mandato al Comitato sugli affari sociali ed il lavoro, di indagare sulle discriminazioni sessuali sul posto di lavoro, dando inizio al processo di sviluppo delle politiche di non discriminazione sulla base dell'identità sessuale; al conclusione del mandato il Comitato elaborò il "Rapporto Squarzialupi", in base al quale il Parlamento europeo nel marzo 1984 adottò una Risoluzione sulla discriminazione sessuale sul posto di lavoro.

Tale risoluzione invitava la Commissione delle Comunità europee a "*rinnovare il suo impegno in materia di licenziamenti onde assicurare che (...) taluni individui non siano trattati in maniera ingiusta per motivi attinenti alla loro vita privata*", a presentare proposte che assicurino che non si verificano negli Stati membri altri casi di discriminazione nei confronti degli omosessuali per quanto concerne l'accesso al lavoro e le condizioni di lavoro, ed a invitare gli stati membri a

individuare *“qualsiasi discriminazione nei confronti delle persone omosessuali, attinenti al lavoro, la casa e altri problemi sociali”*.

La Commissione nella Raccomandazione n° 92/131/CEE, intitolata *“Sulla tutela della dignità delle donne e degli uomini sul lavoro”*, senza fare un esplicito riferimento all’orientamento sessuale, lo prospettò indirettamente quale fattore di non discriminazione, sottolineando l’importanza di eliminare le forme di stigmatizzazione sui posti di lavoro legate a qualsiasi connotazione sessuale o altro tipo di comportamento basato sul sesso.

Il Parlamento Europeo nel 1994 approvò la risoluzione C 061, *“Resolution on equal rights for homosexuals and lesbians in the EC”*, in cui la non discriminazione sulla base dell’orientamento sessuale, fu delineata anche in ambiti differenti da quello del lavoro, invitandosi gli Stati membri *“ad eliminare tutte le disposizioni di legge che criminalizzano e discriminano i rapporti sessuali tra persone dello stesso sesso”*, prevedendosi come già in precedenza aveva fatto il Consiglio d’Europa, che fosse resa uguale l’età consensuale per un rapporto sessuale etero o omo; inoltre, gli Stati membri sono invitati a prendere iniziative per ridurre la violenza ai danni delle minoranze sessuali al fine di perseguire in tribunale i responsabili di tale violenza, ad avviare campagne per combattere la discriminazione sociale nei confronti delle minoranze sessuali e attivare canali di finanziamento per le organizzazioni in difesa delle minoranze sessuali con finalità sociali e culturali.

In questa stessa Risoluzione, il Parlamento Europeo, ribadisce una tutela nel suo ambito iniziale d’intervento, richiedendo anche l’introduzione di differenti discipline legislative negli Stati membri affinché, si ponesse termine alla disparità di trattamento delle persone con orientamento omosessuale nelle norme giuridiche ed amministrative concernenti la previdenza sociale, le prestazioni sociali, nel diritto di adozione, il diritto successorio ed in quello delle abitazioni nonché nel diritto penale.

Il Parlamento europeo è intervenuto sulla non-discriminazione delle persone gay e lesbiche, anche quale criterio di ammissione dei Paesi richiedenti ingresso nell’Unione Europea, con la Risoluzione n°B4-0824 e 0852/98 del settembre 1998 *“Sulla parità di diritti per gli omosessuali nell’UE”*, nella quale si invita tutti i paesi candidati all’ingresso nella UE ad *“abrogare ogni disposizione legislativa che violi i diritti umani delle lesbiche e degli omosessuali”*; in caso contrario, il

Parlamento avrebbe rifiutato di dare il consenso all'adesione del suddetto Paese all'UE.

Al momento dell'adozione della risoluzione i Paesi in questione erano: Cipro, che aveva sostituito al divieto totale di atti omosessuali maschili una serie di altre misure altrettanto discriminatorie, e la Romania, il cui Parlamento si è rifiutato di emendare le norme discriminatorie contro l'omosessualità, contenute nel codice penale rumeno.

La risoluzione si rivolgeva anche ad uno Stato membro, l'Austria, sollecitandola a revocare la legge nazionale, art.209 del codice penale austriaco, che prevedeva un'età del consenso diversa per i rapporti omo ed eterosessuali, e ad amnistiare o rilasciare immediatamente tutte le persone detenute in virtù di tale disposizione, perché come recita la Risoluzione: *“considerando che, per motivi di credibilità di fronte ai paesi candidati, ai quali si richiede il rispetto dei diritti dell'uomo, gli Stati membri dell'UE come l'Austria devono abrogare le proprie disposizioni discriminatorie nei confronti delle lesbiche e degli omosessuali, in particolare quelle in materia di limiti di età.”* L'ambito centrale della tutela dell'orientamento sessuale nella disciplina dell'Unione Europea, rimane comunque quello del lavoro, in particolare una norma di riferimento in tal senso, è la Direttiva del Consiglio dell'Unione Europea 2000/78/CE, considerato anche la ricezione che della stessa è avvenuta sia in Italia che in Portogallo.

La Direttiva *“che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro”*, disciplina la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizione di lavoro, per una lotta alle discriminazioni fondate, sui fattori di discriminazioni elencati all'art. 13 del Trattato di Amsterdam, per cui tra essi si elencano anche le *“tendenze sessuali”*.

Tale normativa vieta sia le discriminazioni dirette che quelle indirette in rapporto all'accesso all'occupazione ed al lavoro, sia autonomo che dipendente, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione; occupazione e condizioni di lavoro, compresi gli avanzamenti di carriera, la retribuzione e le condizioni del licenziamento; l'accesso all'orientamento ed alla formazione professionale, l'affiliazione e l'attività nell'ambito di organizzazioni di lavoratori, di datori di lavoro o di altre organizzazioni professionali e si applica sia al settore privato che pubblico.

Nell'art. 2 della Direttiva, rubricato “nozione di discriminazione” si definisce la differenza tra discriminazione diretta ed indiretta, ritenendo che si ha la discriminazione diretta quando, “sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga”, mentre, sussiste una discriminazione indiretta quando “una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possano mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone.”

La tendenza giurisprudenziale della Corte (GCE), è quella di riconoscere la discriminazione rispetto alle “tendenze sessuali”, solamente quali discriminazioni dirette per evitare che il riconoscimento quali discriminazioni indirette, possa legittimare una richiesta di tutela anche quando le legislazioni nazionali ancora non abbiano disciplinato in materia, rappresentando quindi potenzialmente una “forzatura” per i legislatori nazionali.

Nella sentenza della Corte (GCE), *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, caso C-267/06, 1 aprile 2008, al ricorrente non erano stati riconosciuti gli effetti della pensione di reversibilità del partner deceduto (da parte dell'Ente di previdenza sociale nazionale), con il quale il signor Maruko aveva contratto in Germania un'unione solidale.

La Corte di Giustizia europea, partendo dal presupposto, che nell'ordinamento tedesco esiste una norma che riconosce ai *partners* di una coppia dello stesso sesso, uniti in un'unione solidale, una posizione analoga a quella riconosciuta al coniuge per il matrimonio, ritiene in base agli artt. 1 e 2 della direttiva 2000/78/CE, che l'assenza nella legge tedesca di un eguale trattamento previdenziale tra le coppie dello stesso sesso unite in unione solidale e quelle eterosessuali unite in matrimonio, costituisca una discriminazione diretta in base all'orientamento sessuale, pertanto rimanda al giudice nazionale la verifica della sussistenza dei requisiti di analogia tra il ruolo del coniuge e quello del partner al fine del riconoscimento della pensione di reversibilità.²

² Corte (GCE), *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, caso C-267/06, 1 aprile 2008
“Il combinato disposto degli artt. 1 e 2 della direttiva 2000/78 osta ad una normativa come quella controversa nella causa principale in base alla quale, dopo il decesso del partner con il quale ha contratto un'unione solidale, il partner superstite non percepisce una prestazione ai superstiti equivalente a quella concessa ad un

L'ambito del lavoro, resta quello in cui l'Unione Europea, presenta una disciplina organica rispetto alla non-discriminazione sulla base delle "tendenze sessuali", ma negli ultimi decenni, questo fattore di non-discriminazione è stato citato in numerose Direttive destinate a regolamentare ambiti completamente differenti (quali l'ambito del diritto processuale penale³, della libera circolazione delle persone⁴, della tutela delle persone con disabilità⁵, e nei servizi audiovisivi⁶), ma

coniuge superstite, mentre, nel diritto nazionale, l'unione solidale porrebbe le persone dello stesso sesso in una posizione analoga a quella dei coniugi per quanto riguarda la detta prestazione ai superstiti. È compito del giudice a quo verificare se, nell'ambito di un'unione solidale, il partner superstite sia in una posizione analoga a quella di un coniuge beneficiario della prestazione ai superstiti prevista dal regime previdenziale di categoria gestito dalla Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen".

³ T. PIZARO BELEZA – H. PEREIRA DE MELO, *Discriminação e anti-discriminação em razão da "orientação sexual no direito português*, ss. 24 nota (54), Lisboa, 2010

“Vide o considerando 12.º da Decisão-Quadro do Conselho de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros; o considerando n.º 6 da Decisão-Quadro 2003/577/JAI do Conselho de 22 de Julho de 2003, relativa à execução na União Europeia das decisões de congelamento de bens ou de provas e o considerando 16.º da Decisão-Quadro 2009/829/JAI do Conselho de 23 de Outubro de 2009, relativa à aplicação, entre os Estados-Membros da União Europeia, do princípio do reconhecimento mútuo às decisões sobre medidas de controlo, em alternativa à prisão preventiva. Cf., ainda, o considerando n.º 27 da Decisão-Quadro 2008/978/JAI do Conselho de 18 de Dezembro de 2008, relativa a um mandado europeu de obtenção de provas destinado à obtenção de objectos, documentos e dados para utilização no âmbito de processos penais e o Anexo A Decisão 2009/316/JAI do Conselho de 6 de Abril de 2009, relativa à criação do sistema europeu de informação sobre os registos criminais (ECRIS) em aplicação do art. 11.º da Decisão-Quadro 2009/315/JAI.”

⁴T. PIZARO BELEZA – H. PEREIRA DE MELO, *op. Cit.*, nota (55), Lisboa, 2010

“Cf. o considerando n.º 5 e o art. 4.º, n.º 3, da Directiva 2003/86/CE do Conselho de 22 de Setembro de 2003, relativa ao direito ao reagrupamento familiar; o considerando n.º 5 da Directiva 2003/109/CE do Conselho de 25 de Novembro de 2003, relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração; o considerando n.º 30 e o art. 2.º da Rectificação à Directiva 2004/38/CE do Parlamento e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da união e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, de 29 de Abril de 2004; o art. 10.º da

Directiva 2004/83/CE do Conselho de 29 de Abril de 2004, que estabelece normas mínimas relativas às condições a preencher por nacionais de países terceiros ou apátridas para poderem beneficiar do estatuto de refugiado ou de pessoa que, por outros motivos, necessita de protecção internacional, bem como relativas ao respectivo estatuto, e relativas ao conteúdo da protecção concedida, e o considerando n.º 7 da Directiva 2004/81/CE do Conselho de 29 de Abril de 2004, relativa ao título de residência concedido aos nacionais de países terceiros que sejam vítimas do tráfico de seres humanos ou objecto de uma acção de auxílio à imigração ilegal, e que cooperem com as autoridades competentes. *Vide*, também, o considerando n.º 21 da Directiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de Dezembro de 2008, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular; a Parte III do Regulamento (CE) n.º 390/2009, do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Abril de 2009, que altera as instruções consulares comuns destinadas às missões diplomáticas e postos consulares de carreira no que diz respeito à introdução de dados biométricos, incluindo as disposições relativas à organização de recepção e do tratamento dos pedidos de visto e o art. 39.º do Regulamento (CE) n.º 810/2009, do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Julho de 2009, que estabelece o Código Comunitário de Vistos. Estas normas de Direito da União foram transpostas ou concretizadas no ordenamento jurídico português nomeadamente pela Lei n.º 27/2008, de 30 de Junho, que estabelece as condições e procedimentos de concessão de asilo ou protecção subsidiária e os estatutos de requerente de asilo, de refugiado e de protecção subsidiária e a Resolução do Conselho de Ministros n.º 198/2008, de 27 de Novembro, que define as autoridades competentes para aceder, em Portugal, ao Sistema Europeu de Informação sobre Vistos.

⁵T. PIZARO BELEZA – H. PEREIRA DE MELO, *op. cit.*, nota (56), Lisboa, 2010

Vide o considerando n.º 2 da Resolução do Conselho de 5 de Maio de 2003, relativa à igualdade de oportunidades em matéria de educação e formação de alunos e estudantes com deficiência; o considerando n.º 1 da Resolução do Conselho de 6 de Maio de 2003, sobre o acesso das pessoas com deficiência às infra-estruturas e actividades culturais, e o considerando n.º 2 da Resolução do Conselho de 15 de Julho de 2003, relativa à promoção do emprego da integração social das pessoas com deficiência.

⁶T. PIZARO BELEZA – H. PEREIRA DE MELO, *op. cit.*, nota (57), Lisboa, 2010

Cf. o art. 11.º da Decisão n.º 1041/2009/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Outubro de 2009, que estabelece um programa de cooperação com profissionais de países terceiros no domínio do

anche in alcuni regolamenti interni degli organi delle istituzioni comunitarie si è previsto l'introduzione di un trattamento rispettoso dell'orientamento sessuale degli impiegati.⁷

2. PORTOGALLO: UN RICONOSCIMENTO POSITIVO “PLURISTRUTTURATO” DELL’ORIENTAÇÃO SEXUAL

2.1 NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUÊSA : ART. 13 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Nel 2004, è stato introdotto a seguito della sesta revisione costituzionale *Lei Constitutional* n. 1/2004 approvata all'unanimità, l'orientamento sessuale quale nuovo fattore di non discriminazione, all'art. 13 rubricato “*Princípio da igualdade*”- *Constituição da República Democrática Portuguesa-(CRP) 1976*⁸, questa stessa disposizione è prevista nelle Costituzioni di altri due Paesi: Africa del Sud e Ecuador.

La precedente elencazione dei fattori di non discriminazione dell'art. 13 CRP, secondo la dottrina e la giurisprudenza portoghese, si è riteneva includesse comunque l'orientamento sessuale, in quanto la stessa elencazione non doveva ritenersi tassativa;⁹ d'altronde che l'elencazione dei fattori di non discriminazione (in generale), anche quindi di quella attuale, debba avvenire in maniera estensiva,

audiovisual e o art. 9.º da Directiva 2010/13/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de Março de 2010, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros, respeitantes à oferta de serviços de comunicação social audiovisual.

⁷ T. PIZARO BELEZA – H. PEREIRA DE MELO, *op cit*, nota (58), Lisboa, 2010

Cf., nomeadamente, o Código de Boa Conduta Administrativa para o Pessoal da Comissão Europeia nas suas Relações com o Público, publicado em anexo ao Regulamento Interno da Comissão; o considerando n.º 1 da Decisão dos Secretários-Gerais do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, do Escrivão do Tribunal de Justiça, dos Secretários-Gerais do Tribunal de Contas, do Comité Económico e Social e do Comité das Regiões e do Representante do Provedor de Justiça de 25 de Julho de 2002, relativa à organização e funcionamento do Serviço de Selecção do Pessoal das Comunidades Europeias; o considerando n.º 7, os arts. 1.º, 26.º e 82.º do Regulamento (CE, EURATOM) n.º 723/2004 do Conselho de 22 de Março de 2004, que altera o Estatuto dos Funcionários das Comunidades Europeias e o Regime aplicável aos Outros Agentes das Comunidades Europeias, e os arts. 5.º, 36.º e 104.º da Decisão do Conselho de 24 de Setembro de 2004, relativa ao Estatuto da Agência Europeia de Defesa.

⁸ CRP-1976 Artigo 13.º(Princípio da igualdade)

1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou sento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

⁹ CORTE COSTITUZIONALE PORTOGHESE, *sentenza n. 247 del 2005*, traduzione dell' autore della tesi “(...)la revisione costituzionale introdotta nel 2004 non consiste in una modifica sostanziale dell' art. 13 n. 2 della CRP, statuendo quanto doveva già esser letto nella versione precedente(...)”

lo si ipotizza attualmente rispetto all'inclusione dell'identità di genere per via interpretativa accanto all'orientamento sessuale.¹⁰

La disposizione costituzionale sull'orientamento sessuale è stata introdotta in applicazione dei principi contenuti nel Trattato di Amsterdam siglato dal Portogallo nell'ottobre 1997, che come sopra riportato al suo art. 13, ha quale obiettivo combattere le discriminazioni fondate sulle "tendenze sessuali", al fine di rimuovere le ingiustizie per categorie storicamente discriminate, in base al loro orientamento sessuale.

L'individuazione nella Costituzione lusitana di un obbligo negativo di non discriminazione legata all'orientamento sessuale, conferendo allo stesso una dignità di tipo costituzionale, ha comportato che tutte le discipline legislative dovessero essere conformi a questo nuovo dettato costituzionale, con il conseguente ricorso di legittimità costituzionale per quelle che si ipotizzavano fossero illegittime costituzionalmente.

La Corte Costituzionale portoghese con le sentenze n. 247/2005 e 351/2005, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 175 del codice penale rubricato "*Atti omosessuali con adolescenti*",¹¹ in quanto ritenuto in violazione con la disposizione revisionata dell'art. 13 del CRP in combinato disposto con l'art 26 CPR che al primo comma assicura, a tutti i cittadini contro qualsiasi forma di discriminazione la tutela dei diritti all'identità personale, i diritti all'immagine e alla parola, il diritto alla riservatezza della vita privata e familiare, ed il diritto ad una protezione legale e allo svolgimento della propria personalità.

Nella sentenza n. 274/2005 la Corte ha posto l'attenzione proprio su quest'ultimo aspetto, ritenendo che ciascun cittadino è titolare del diritto di "*esprimere liberamente la propria sessualità, quindi scegliendo la forma libera del proprio orientamento sessuale*" e che "*l'autorealizzazione delle persone comprende anche il diritto all'autodeterminazione sessuale, nonché il diritto ad un'attività*

¹⁰ ILGA-PORTUGAL, *op.cit.*, 28, Lisboa, 2012

"(...)O Artigo 13.º n.º2 da Constituição Portuguesa estabelece a proibição de discriminação, nomeadamente, em razão da orientação sexual. A introdução deste campo proibitivo de discriminação é resultado da 6.ª Revisão Constitucional, formalizada pela entrada em vigor da Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24 de julho. Tal como bem notado pela Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género (CIG), o Artigo 13.º da Constituição não é um texto estanque, pelo que, implicitamente, outros campos podem ser considerados abrangidos pela proibição de discriminação, desde que o caso em concreto resulte de uma diferença de tratamento contrária à dignidade humana, incompatível com o princípio de um estado democrático ou arbitrária. Deste modo, pode argumentar-se que esta disposição é extensível à proibição de discriminação em razão da identidade de género.(...)"

¹¹ Nella prassi giurisprudenziale questa disposizione già veniva disattesa, applicandosi sempre direttamente la disciplina più generale dell'art. 174 del codice penale rubricato "atti sessuali con i minori".

sessuale orientata secondo la scelta di ciascuno dei suoi titolari”, pertanto il legislatore penale non può prevedere una fattispecie di reato sulla base della *“semplice corrispondenza di atti ad un orientamento sessuale”*¹².

Queste sentenze si distinguono da precedenti orientamenti della Corte, di appena qualche anno prima, mutatis quindi a seguito dell’ emendamento costituzionale, come quelli contenuti in una sentenza del 22 ottobre 2003 a firma del relatore il giudice Armindo Monteiro, nella quale si può leggere che *“gli atti omosessuali sempre furono considerati più gravi di quelli eterosessuali, per gli effetti che causano a livello di formazione della personalità, di auto-stima, relazione sociale e sessuale futura, integrazione sociale, apprendimento e capacità di concentrazione dell’adolescente.”*¹³

La legge n° 59/2007, ha eliminato qualsiasi riferimento contenuto nel codice penale agli atti sessuali tra persone dello stesso sesso, venendo meno il differente regime rispetto al consenso per gli atti sessuali tra persone dello stesso o differente sesso.

La previsione del fattore di non discriminazione sulla base dell’orientamento sessuale nella legge fondamentale dello Stato portoghese, ha imposto, un nuovo indirizzo nelle politiche portoghesi rispetto all’orientamento sessuale, sia a livello giurisprudenziale che legislativo, anche perché il rilievo costituzionale dello stesso non lo si deriva da un’interpretazione della Carta Costituzionale, che può essere sempre *“opinabile”*, ma è derivato da un dato a carattere normativo.

2.2 NA LEGISLAÇÃO PORTUGUÊS

Nella disciplina legislativa portoghese, nell’ultimo decennio, si è strutturata una tutela ad oggetto l’orientamento sessuale che attiene molteplici ambiti del diritto.

La revisione costituzionale all’art. 13, ed il recepimento di alcune delle Direttive europee sul tema,¹⁴ ha incentivato quest’indirizzo legislativo.

¹² La traduzione dei testi in corsivo riportati in questo periodo sono a cura dell’ autore della tesi.

¹³ Traduzione a cura dell’ autore della tesi.

¹⁴ M. VALE DE ALMEIDA , *O contexto LGBT em Portugal*, in C. NOGUEIRA e J.M. OLIVEIRA (a cura di) *Estudo sobre a discriminação em razão da "orientação sexual e" identidade de gênero*, 53, Lisboa, 2010
“(…) Em função de três factores (crescimento do movimento associativo LGBT, influência das instâncias políticas europeias, e iniciativa de partidos políticos e do legislador), na década de 2000 assiste -se em Portugal a iniciativas legislativas no sentido do reconhecimento da não -discriminação com base na orientação sexual, destacando -se a) legislação nova, como no caso da Lei das Uniões de Facto e b) revogação

Alcune di queste norme, come quelle attinenti al trattamento penitenziario delle persone appartenenti alle minoranze sessuali, o quelle sul riconoscimento del diritto d'asilo sono già state citate nei capitoli precedenti, mentre quelle attinenti alla tutela delle coppie dello stesso sesso, saranno oggetto di approfondimento nei successivi capitoli; pertanto, in questo paragrafo, ci si soffermerà sulle norme relative al diritto del lavoro, che come per l'Italia, sono state adottate in recepimento della Direttiva 78/2000/CE, ed su tutte le restanti norme, che specie nell'ambito del diritto pubblico, riconoscono all'orientamento sessuale, una dignità legale, reprimendone forme di discriminazioni che si fanno rientrare nei cosiddetti "crimini d'odio" in ambito penale e sportivo, o che prevedono l'insegnamento dell'educazione sessuale anche al fine di reprimere il fenomeno del bullismo omofobico, ovvero, il fenomeno dell'omofobia nelle scuole.

Seguendo il *trend* normativo dell'Unione Europea, la disciplina sulla non discriminazione in base all'orientamento sessuale, si è sviluppata ampiamente ed in *primis* nel **diritto del lavoro**, in applicazione della direttiva europea 2000/78/CE.

In materia di pubblico impiego *anexo I* à *Lei n.º 59/2008*, gli *artigos 13.º e 14.º*, prevedono che nelle procedure di assunzione l'ente pubblico non può praticare né una discriminazione diretta né indiretta basata sull'orientamento sessuale, che vengono rispettivamente definite riprendendo la struttura della Direttiva 78/2000/CE, agli *artigos 6.º e 7.º do anexo II*; all'art. 15 il riferimento all'orientamento sessuale è rispetto alle molestie sessuali sul lavoro, mentre all'art. 17 è previsto l'obbligo di indennizzo nei casi in cui un dipendente pubblico subisca una discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale.

Agli stessi principi d'uguaglianza risponde la disciplina, introdotta per il lavoro privato, dalla *lei n. 7 del 2009*, nella revisione del *Código do Trabalho*, che in una serie di articoli introduce il riferimento alla non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale: all'art.24 n°2, si è statuito che non vi deve essere discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, nelle condizioni di accesso

de disposições discriminatórias em várias leis. Todavia, o processo demonstra fortes contradições: em legislação como a das uniões de facto ou a procriação medicamente assistida, constata-se a introdução de excepções discriminatórias, respectivamente em relação à adopção e ao acesso por mulheres autónomas ou em união de facto homossexual.

O processo legislativo relativamente a questões LGBT padece de um carácter errático e por vezes contraditório e avança sobretudo em pormenores por via da transposição e aplicação à lei nacional de directivas e recomendações europeias. (...)"

all'impiego e al lavoro, nell'accesso alla formazione ed all'orientamento professionale, nell'accesso alle rappresentanze sindacali e collettive; all'art. 28 viene riconosciuto il diritto ad un indennizzo nel caso in cui una persona subisca una discriminazione nell'ambito del lavoro sulla base dell'orientamento sessuale; all'art. 29 si censurano le molestie sessuali nell'ambito del lavoro anche in base all'orientamento sessuale; all'art. 31 si stabilisce il diritto ad un'equa retribuzione tra *gay* ed eterosessuali; all'art. 381 ci si riferisce all'illegittimità del licenziamento a causa dell'orientamento sessuale; all'art. 23, nella regolamentazione del lavoro temporaneo il *decreto-lei* n. 260 del 2009, ha previsto che un'agenzia quando offre contratti temporanei di lavoro non deve praticare forme di discriminazione in base all'orientamento sessuale.

Nel diritto penale, il rispetto dell'integrità morale e fisica di tutti gli individui, costituzionalmente riconosciuto all'art. 25 CRP-1976, in combinato disposto con il riconoscimento del fattore di non discriminazione in base all'orientamento sessuale all'art. 13 CRP-1976, ha costituzionalmente legittimato nel 2007 una riforma del *código penal*, che ha avuto tra i suoi propositi, l'introduzione dei cosiddetti "*crimini d'odio*", ovvero, casi di reato per i quali alla fattispecie base del reato commesso, è aggiunta un'aggravante di reato, per la specificità del suo motivo, in questo caso, l'orientamento sessuale.

La *lei* n°59/2007 ha introdotto all'art. 132 del *código penal*, rubricato "*homicídio qualificado*", un'aggravante di reato nei casi in cui l'atto omicida sia dovuto all'orientamento sessuale della vittima; mentre all'art. 145.º rubricato "*ofensa à integridade física qualificada*", lo stesso tipo di aggravante è previsto nei casi in cui le percosse della vittima, siano motivate dall'orientamento sessuale di questi.

All'art. 240 del *código penal* rubricato "*Discriminazione razziale, religiosa, o sessuale*", è proibita l'incitazione alla discriminazione e all'odio per ragioni legate all'orientamento sessuale, ed la violenza verbale contro una persona o gruppi di persone per il loro orientamento sessuale, sanzionandola penalmente,¹⁵ la denuncia delle stesse discriminazioni rimane comunque un'ipotesi rara, anche perché gli agenti delle forze dell'ordine non sono stati ancora formati all'individuazione e recepimento di queste nuove tipologie di reato.¹⁶

¹⁵ Questa stessa soluzione normativa è stata già adottata tra l'altro anche dal legislatore belga nel 2003 che a sua volta ha modificato una legge del 1993 con la quale fu istituito il Centro per l'Uguaglianza delle opportunità e la Lotta contro il razzismo.

¹⁶ILGA-PORTUGAL, op.cit., 48, Lisboa, 2012

Rispetto alla protezione contro le diffamazioni e le ingiurie per motivi legati all'orientamento sessuale per mezzo di strumenti di comunicazione sociale, è stato previsto nella disciplina sulle radio telecomunicazioni, che tra i limiti alla libertà di programmazione, disciplinate nell' art. 27 della *lei* 27/2007, è contenuto il divieto di trasmettere nei programmi radio-televisivi contenuti che incitino all'odio motivato dall' orientamento sessuale.

Lo stesso divieto lo si riscontra nel *decreto-lei* n. 98 del 2007, che ha approvato una nuova disciplina in materia di pubblicazioni periodiche e di informazione generale in ambito regionale; d'altronde nello Statuto dei giornalisti, *lei* n. 11 del 99 modificata dalla *lei* 64 del 2007, all'art. 14 rubricato "doveri", si statuisce quale dovere nell'attività di un giornalista, di non trattare in modo discriminatorio una persona in ragione del suo orientamento sessuale.

In **ambito scolastico**, è stata introdotta una disciplina indirizzata a combattere, i fenomeni di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, molto diffusi specie in età adolescenziale.

L'art. 2 della legge n. 60/2009 recante le disposizioni per l'inserimento dell'**educazione sessuale** tra gli insegnamenti obbligatori a scuola, individua tra le finalità dello stesso l'*“eliminazione dei comportamenti basati nella discriminazione sessuale o nella violenza in funzione del sesso o dell'orientamento sessuale,”*¹⁷ ovvero, quello che tecnicamente in ambito psicologico si definisce bullismo omofobico,¹⁸ visto i dati sugli atti omofobi nelle scuole portoghesi, non certo confortanti.¹⁹

“(…)Em outubro de 2011 a ILGA Portugal recebeu uma denúncia de uma situação em que um estrangeiro, residente em Portugal, referiu estar com o seu namorado e ambos terem sido vítimas de agressões verbais com conteúdo homofobo e xenofobo por uma pessoa bastante conhecida na área da sua vizinhança; a vítima diz ter-se dirigido à esquadra policial mais próxima onde terá apresentado queixa. Segundo o relato, os/as agentes policiais pediram à vítima para identificar o agressor, pelo que a conduziram, no carro da polícia, ao local da ocorrência e onde ainda se encontrava o agressor. A polícia registou a denúncia como insulto (Artigo 181.º do Código Penal), por entender que não se qualificava como discriminação sexual (Artigo 240.º)(…)”

¹⁷ Traduzione a cura dell' autore della tesi

¹⁸ BERNA-CASCONE-PLATERO, *Uno sguardo sull'educazione e lo studio dell'omofobia nel sistema educativo spagnolo*, Madrid, 2011

“(…)Riceratori psicologi inquadrano l'omofobia, per la prima volta clinicamente definita nel 1972 da Weinberg, come un insieme di esercizio di potere, sanzioni e addomesticamento che sono frutto di un sistema sessuale e di genere etero-centrato e patriarcale, che si serve della violenza contro le persone LGBT e le donne.”

¹⁹ISCTE-Universidade de Lisboa, *Estudo sobre Bullying Homofóbico nas Escolas em Portugal*, Lisboa,2010 (….) As percentagens avançadas correspondem a uma amostra de 210 alunas/os, de entre as/os quais 30% se identificam como heterossexuais e 70% LGBT. De acordo com dados retirados de um estudo académico , 42% dos/as jovens LGBT portugueses/as ou residentes em Portugal, alegam ter sido vítimas de homofóbico; 67% dos/as jovens dizem ter visto colegas a ser vítimas de homofóbico; e, 87% dos/as jovens afirmam ter ouvido comentários homofobos em contexto escolar. De acordo com este resultado, é plausível alegar que quatro em cada 10 alunos/as LGBT são vítimas de homofóbico nas escolas portuguesas.(…)”

A seguito dell'ordinanza del Ministero della Salute portoghese n.º 196-A/2010 del 9 aprile, l'ente governativo per l'uguaglianza di genere e contro le discriminazioni “*A Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género*”-CIG, ha realizzato nel 2010 dei supporti didattici per gli insegnanti, per permettere loro di meglio trattare gli argomenti attinenti la sessualità, durante l'intero ciclo scolastico, indirizzandola specie su due tematiche: l'identità di genere e l'orientamento sessuale.²⁰

La *Lei* n.º 51/2012, ha introdotto nello statuto delle comunità scolari, che nessun* alunno* può essere discriminato sulla base del proprio orientamento sessuale o della propria identità di genere, (Artigo 7.º n.º1 a).

Nello stesso indirizzo anti-discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, si inquadra la risoluzione dell'Assemblea della Repubblica n. 39 del 2010 recepita dalla legge n. 6 del 2010, con la quale si raccomanda al Governo di adottare misure in **ambito sanitario**, al fine di evitare l'attuale discriminazione esistente tra i *gay* e gli eterosessuali nell'accesso al servizio di raccolta sangue, in quanto è previsto nei formulari per la donazione del sangue, nella sezione dei fattori di rischio di trasmissione di infezione per uomini e donne che hanno rapporti sessuali con più partners, che se il donatore di sesso maschile ha rapporti sessuali con persona dello stesso sesso: “*homens que têm sexo com homens*”, questa è una causa di esclusione dalla possibilità di donare il sangue; la risoluzione ritiene che i criteri di rifiuto di una donazione del sangue possono basarsi sull'esistenza di comportamenti a rischio ma non nell'individuazione di gruppi a rischio, al momento però a questa risoluzione non sono seguiti alcun provvedimento del Governo.

Al fine di contestare questo trattamento discriminatorio, denunce di *gay* portoghesi sono state presentate al *Provedoria de Justiça*, un corrispondente a livello nazionale delle funzioni di un difensore civico, il *Provedor* ha richiesto motivazioni dell'esistenza di questa condizione nel formulario all'*Instituto*

²⁰ ILGA-PORTUGAL, op.cit., Lisboa, 2010

“(…) Em 2010, a CIG publicou um conjunto de três manuais escolares, intitulados de “Género e Cidadania”, um destinado ao ensino pré-escolar, outro para o primeiro ciclo (do 1.º ao 4.º ano) e o terceiro para o terceiro ciclo (do 7.º ao 9.º ano). Estas manuais são instrumentos de apoio para professores/as e outros/as funcionários/as de ação educativa. Apesar de não constar um capítulo destinado a questões sobre orientação sexual ou identidade de género, referem-se a diversidade, discriminação e papéis de género. (...)”

Português do Sangue, che ne ha giustificato l'esistenza sulla base di statistiche scientifiche, su cui però il Garante si è riservato di valutarne la fondatezza.²¹

La *lei* n. 5 del 2007, che regola il **sistema sportivo portoghese**, ha introdotto tra i principi ispiratori della disciplina, all'art. 2 rubricato "principi di universalità e d'uguaglianza", la non discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale, ma nelle missioni del *Provedor da Ética no Desporto* istituito in base alla stessa legge non figura una lotta alla discriminazione rispetto all'orientamento sessuale, come anche nella *lei* n.º39/2009, che stabilisce "*o regime jurídico do combate à violência, xenofobia e intolerância em eventos desportivos*", alcun riferimento è fatto all'orientamento sessuale seppure nelle manifestazioni calcistiche, statisticamente si registrano molti atti omofobi.

Il quadro normativo portoghese sull'orientamento sessuale, seppure presenta una gamma di norme che lo rendono più evoluto rispetto ad altri Stati europei, (per esempio l'Italia), si ritiene tuttavia in dottrina,²² che il legislatore lusitano potrebbe nel prossimo futuro indirizzare questa tutela verso ulteriori ambiti, quali: l'introduzione del fattore di non discriminazione sull'orientamento sessuale nella *lei* n. 134 del 1999 che elenca le discriminazioni di un individuo vietate sulla base della razza, il colore, la nazionalità e l'origine etnica.

Una modifica alla legge sull'Impresa, e al Codice sulla Pubblicità al fine di proibire comportamenti o dichiarazioni omofobiche o transfobiche in ambito di comunicazioni di natura commerciale.²³

²¹ ILGA-PORTUGUAL, op cit, Lisboa, 2010

"(...)Uma das queixas apresentadas diz respeito à discriminação na definição e aplicação dos critérios de doação de sangue. Em 2006, após uma queixa relativa a este assunto, o Provedor sugeriu ao Instituto Português do Sangue que substituisse, no respetivo sítio da internet, a referência a "homens que têm sexo com homens" na secção de fatores de risco da transmissão da infeção por homens e mulheres que têm sexo com múltiplos parceiros. Em 2007 foi apresentada uma nova queixa com os mesmos motivos. A Provedoria contactou o Instituto Português do Sangue para solicitar esclarecimentos sobre o assunto, tendo esta entidade replicado que esta não era uma matéria consensual e que as estatísticas disponíveis validavam a diferenciação para pessoas homossexuais. O Instituto referiu ainda que havia recorrido a uma entidade independente para realizar um estudo sobre o assunto, estando o mesmo em fase de elaboração. A Provedoria decidiu aguardar pelos resultados do referido estudo para assumir uma posição.(...)"

²²T. PIZARRO BELEZA – H. PEREIRA DE MELO, *op. cit.* Lisboa, 2010

²³ ILGA-PORTUGUAL, op.cit., p. 66 Lisboa, 2010

Il rifiuto nell'ottobre 2012 della società del Metropolitan de Lisboa pur avendone siglato il contratto, di affiggere nei suoi pannelli pubblicitari una pubblicità di un sito internet per incontri di soli uomini, ha suscitato clamore ed un ricorso in sede giurisprudenziale.

"(...)em janeiro de 2012, a empresa pública Metropolitan de Lisboa recusou ter publicidade da rede social de encontros Manhunt. Esta última tinha acordado, com a companhia de publicidade MultimediaOutdoors Portugal (que gere a publicidade na rede do metropolitano), em ter 15 pelas estações de metro de Lisboa mas a Metropolitan de Lisboa recusou, argumentando (por email) que não eram permitidos temas de natureza sexual na rede de publicidade. Os acordados faziam parte de uma campanha mundial e incluíam dois homens de torso nu prestes a beijar-se ou, noutra versão, vestindo t-shirts e abraçando-se. O Bloco de Esquerda chegou a questionar o Governo sobre o assunto. Note-se que não existe registo de restrições semelhantes impostas a qualquer outro setor/companhia; pelo contrário, muito recentemente esteve disponível nos mesmos

In conformità a quanto già accaduto in Inghilterra il Governo portoghese, potrebbe sostituire nei propri documenti ufficiali (circolari, decreti, relazioni governative) la parola “omosessuale” con l’espressione “*persona con orientamento sessuale diretto a persone dello stesso sesso*”, in modo da non ridurre l’orientamento sessuale al solo piano sessuale oltretutto “*omo*”, ed allo stesso tempo evitando l’utilizzo di una parola che è stata usata durante i secoli nei discorsi scientifici e sociali, nonché giuridici, in una connotazione negativa e peggiorativa.

Inoltre, secondo lo stesso orientamento dottrinale, potrebbe crearsi un regime giuridico specifico per le associazioni rappresentanti le minoranze sessuali, le quali vengono costantemente consultate dalle istituzioni pubbliche specie dalla *Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género- CIG*, in modo da creare un’“antenna” di riferimento per i processi legislativi riguardanti i diritti e gli interessi delle minoranze sessuali, un “referente” per la programmazione dei servizi radio televisivi ad oggetto le tematiche dell’orientamento sessuale e dell’identità di genere, un diretto “interlocutore” per gli organi della pubblica amministrazione, un soggetto istituzionale legittimato ad intervenire nei processi giudiziari quale parte civile, a sostegno di coloro che abbiano subito discriminazioni sulla base del loro orientamento sessuale o dell’identità di genere.

3. ITALIA: UN RICONOSCIMENTO POSITIVO “DESTRUTTURATO” DELL’ORIENTAMENTO SESSUALE

3.1 PREMESSA

In Italia, le discipline nazionali che riconoscono l’orientamento sessuale quale fattore di non discriminazione, sono limitate ad alcuni sporadici casi nell’ambito del diritto del lavoro, laddove si sono succedute più disposizioni che vietano discriminazioni dirette ed indirette in ragione dell’orientamento sessuale della

espaços uma campanha da “Triumph”, durante vários meses, exibindo mulheres envergando sensual, numa imagem de vincada natureza sexual.(...)”

persona,²⁴ spicca tra queste discipline il d.lgs n. 216/2003, che recepisce la direttiva 78/2000/CE, lo stesso decreto è stato successivamente modificato dalla l.101/2008 per porre riparo ai “danni” del primo legislatore, come meglio sarà precisato nel paragrafo successivo.

Inoltre, è possibile riscontrare delle sporadiche disposizioni, che non fanno parte di una disciplina organica, nelle quali si fa riferimento all’orientamento sessuale, quale fattore di non discriminazioni, tra esse: il testo unico dei servizi audiovisivi e radiofonici, che contiene il principio generale in materia di comunicazioni commerciali, in cui si vieta la promozione delle discriminazioni fondate, tra l’altro, sull’orientamento sessuale (art. 36-bis del decreto legislativo n. 177 del 2005), oppure, in casi specifici ed eccezionali, quali i provvedimenti e i trattati che riguardano le materie di asilo, protezione internazionale ed estradizione (art. 3 del Trattato di estradizione tra il Governo della Repubblica Italiana ed il Governo del Canada del 13 gennaio 2005; art. 4 del decreto legislativo 25 gennaio 2007 n. 24; articolo del decreto legislativo 19 novembre 2007).

L’ordinamento italiano non prevede, tuttora una normativa specifica per i reati di omofobia e transfobia, pur se in diverse occasioni il Parlamento ha cercato di colmare questa *vacatio legis*, ma varie proposte di legge sono state respinte in materia come meglio sarà ripreso.

In questo quadro normativo “carente” sul *tema de quo*, è opportuno ad ogni modo focalizzare l’attenzione su alcune esperienze che seppure “limitate” perché a base amministrativa o territorialmente limitate specie regioni, provano a far fronte all’incompletezza del quadro normativo nazionale.

3.2 IL RECEPIMENTO “MALDESTRO” DELLA DIRETTIVA 78/2000/CE: IL DECRETO LEGISLATIVO N° 216/2003

L’unica disciplina che vieta esplicitamente una discriminazione in base all’orientamento sessuale, in Italia, riguarda la materia dell’occupazione e delle condizioni di lavoro, contenuta nel decreto legislativo n. 216 del 2003, in

²⁴ Decreto legislativo n. 216 del 2003; articolo 15 dello Statuto dei lavoratori, legge n.300 del 1970; articolo 7 del Testo unico in materia di pubblico impiego, decreto legislativo n. 165 del 2001; articolo 10 del decreto legislativo n. 276 del 2003; art. 1468 del Codice dell’ordinamento militare, decreto legislativo n. 66 del 2010; art. 21 del decreto legislativo n. 183 del 2010, in materia di Comitati Unici di Garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni.

applicazione della Direttiva dell'Unione Europea 78/2000/CE; quest'ultima non essendo stata però recepita in maniera corretta, ha comportato una procedura d'infrazione a carico dell'Italia, imponendo successivi correttivi apportati al decreto di recepimento, dal d.l. 8 aprile 2008, n. 59, "*Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee*", che insieme alla relativa legge di conversione, la n. 101 del 6 giugno 2008, ha modificato alcune delle parti più controverse del decreto di recepimento.

In alcuni punti il decreto legislativo n° 216/2003, riprende pedissequamente in maniera letteraria i contenuti della direttiva, come nell'art. 2, riportando le definizioni di una discriminazione diretta ed indiretta, contenute nella direttiva (*idem* nella corrispettiva disciplina portoghese), come già riportate all'inizio di questo capitolo nel paragrafo sulle discipline europee.

I casi nei quali riconoscere la discriminazione, sono identici a quelli presi in considerazione dalla direttiva: condizioni di accesso all'occupazione ed al lavoro (compresi i criteri di selezione), condizioni di assunzione, promozioni, orientamento e formazione professionale, perfezionamento e riqualificazione professionale (compresi i tirocini professionali), occupazione e condizioni di lavoro (comprese quelle relative al licenziamento e alla retribuzione), affiliazione ed attività in un'organizzazione di lavoratori o datori di lavoro.

Rispetto a questi casi il legislatore del 2003, ha inteso però in maniera "maldestra" introdurre delle ipotesi derogatorie, *de facto* ampliando i casi da ritenersi di non-discriminazione, quindi limitando in generale gli effetti della stessa disciplina; questa parte della disciplina del 2003 è stata oggetto dei correttivi della legge del 2008.

La prima parte del 3° comma dell'art. 3, statuiva prima delle modifiche del 2008 che, "*nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, nell'ambito del rapporto di lavoro o dell'esercizio dell'attività di impresa*", non si ha discriminazione per motivi di religione, convinzioni personali, handicap, età ed orientamento sessuale nei casi in cui, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui viene espletata, tali caratteristiche costituiscano "*un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima*".

La disposizione legislativa seppure all'art. 3 in premessa faccia riferimento ad un generico "*principio di proporzionalità o ragionevolezza*", è evidente che lasciasse

una discrezionalità eccessiva al giudice, nel non definire i criteri secondo i quali potesse ritenersi una determinata attività requisito essenziale o meno.

La Direttiva comunitaria, all'art. 4, 1° comma, riconosce la possibilità che il legislatore decida di ammettere delle ipotesi derogatorie purchè si tratti di *“un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa”*, sempre che *“la finalità sia legittima e il requisito proporzionato”*.

La l. n. 101/2008, ha inteso porre rimedio a questa discrepanza con la disciplina comunitaria, prevedendo nell'art. 8 *septies*, che nel primo periodo del 3° comma dell'art. 3 del d.lgs. n. 216/2003, dopo le parole *“un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima”*, si inseriscano *“e purché la finalità sia legittima”*. L'altra ipotesi derogatoria ammessa all'art. 3 riguardava l'ambito delle forze armate statuendosi: *“Parimenti, non costituisce atto di discriminazione la valutazione delle caratteristiche suddette ove esse assumano rilevanza ai fini dell'idoneità allo svolgimento delle funzioni che le forze armate e i servizi di polizia, penitenziari o di soccorso possono essere chiamati ad esercitare”*. Questa parte è stata totalmente abrogata dalla legge del 2008, in quanto è proprio in ambiti come quello delle forze armate, dove sono più diffusi i fenomeni di omofobia, come riconosce il considerando 18 della Direttiva, che una disciplina discriminatoria ha ragion d'essere, quindi il legislatore italiano in questo caso ha direttamente disatteso un principio comunitario. Un ambito derogatorio ancora vigente è quello relativo alle organizzazioni di tendenza, ovvero, quelle il cui scopo etico secondo l'art. 4, 2° comma della direttiva comunitaria, comporta che la natura delle attività professionali svolte da tali enti ed organizzazioni, o per il contesto in le stesse sono espletate, possono rappresentare un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività, quindi la discriminazione è ritenuta legittima. Il decreto di recepimento, non specifica il carattere etico delle organizzazioni di tendenza, lasciando aperti ampi margini, ed inoltre, nel caso dell'orientamento sessuale, non è specificato, quando questo possa costituire un'ipotesi legittima di discriminazione, ovvero, in che termini l'orientamento sessuale di un individuo possa ritenersi in contrasto con lo statuto etico di un organizzazione, quindi ad esempio giustificare su una base legittima il suo licenziamento. Ad ogni modo pare complesso, su un piano razionale individuare uno scopo etico, che possa ritenersi superiore al principio di uguaglianza di cui all' art. 3 Cost., di cui

l'articolo sembra palesemente ad opinione di chi scrive esserne in violazione. Il correttivo della legge del 2008, ha riguardato anche le forme di tutela contro le discriminazione, che erano già state in parte previste nella formulazione originaria del dlgs. n° 216/2003, prevedendosi al terzo comma dell'art. 4 la conciliazione. A questo articolo la legge n.101/ 2008, ha apportato modifiche rispetto all'onere della prova, statuendosi nella nuova dicitura del 4° comma, art. 4: *“Quando un ricorrente fornisce elementi di fatto idonei a fondare, in termini gravi, precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione”*. Viene inoltre introdotto l'art. 4-bis (Protezione delle vittime), non previsto originariamente dal d.lgs. n. 216/2003, che stabilisce che *“la tutela giurisdizionale di cui all'articolo 4 si applica altresì avverso ogni comportamento pregiudizievole posto in essere, nei confronti della persona lesa da una discriminazione diretta o indiretta o di qualunque altra persona, quale reazione ad una qualsiasi attività diretta ad ottenere parità di trattamento”*. L'art. 5 del decreto già individuava tra i soggetti legittimati ad agire in giudizio *“le organizzazioni sindacali, le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse lesa”*, ponendo correttamente l'accento sul mondo associativo, soggetto basilare per la promozione e tutela dei diritti delle minoranze sessuali. Il decreto si chiude con l'art. 6, che prevede l'obbligo quinquennale di relazione, da parte del Ministero del lavoro, sulla sua applicazione, da inviare alla Commissione europea. In conclusione, la disciplina oltre ad essere “carente” sul piano legislativo, sembra esserlo anche per quello relativo agli effetti, se si considera oltretutto anche il timore diffuso in molti appartenenti alle minoranze sessuali, nel palesare in pubblico la ragione del motivo dell'atto discriminatorio subito.²⁵

²⁵ ARCIGAY, *Io Sono Io Lavoro*, Bologna, 2011

L'indagine statistica è stata condotta su un campione di 1990 persone appartenenti alle minoranze sessuali. Secondo questa ricerca, il 13% del campione intervistato ha subito discriminazioni nell'accesso all'occupazione, il 16,2% ha subito discriminazioni retributive, il 22,9% ha subito demansionamenti, il 4,8% è andato incontro a licenziamenti ingiustificati per ragioni riconducibili all'orientamento sessuale o all'identità di genere. Vi sono, inoltre, dati relativi all'ambiente lavorativo: il 54,1% del campione intervistato riferisce di aver udito appellativi degradanti usati nei confronti delle persone LGBT sul luogo di lavoro, il 14% di aver subito minacce a causa dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere. Il 45% delle persone transessuali si è visto negare l'accesso al lavoro per ragioni riconducibili alla propria identità di genere. Sono, infine, stati riportati casi di discriminazioni nelle forze armate.

3.3 LE TUTELE REGIONALI AD OGGETTO L'ORIENTAMENTO SESSUALE

Alcune Regioni²⁶ si sono recentemente avviate, in compensazione ad un quadro legislativo nazionale “lacunoso” in materia, ad prevedere forme specifiche di contrasto alle discriminazioni sull’orientamento sessuale, oltre che sviluppare misure a supporto delle persone *gay* o *transgender*, all’interno del mondo del lavoro, o per le coppie *same-sex*, nel garantire alle stesse ad esempio l’accesso all’edilizia pubblica agevolata; andando incontro in alcuni casi a non poche resistenze da parte del Governo, che ha fatto ricorso alla Corte Costituzionale contestandone l’illegittimità di alcune discipline, in alcuni casi.

L’orientamento sessuale, quale fattore di non discriminazione, si è introdotto in alcuni Statuti come ad esempio nello Statuto della Regione dell’Emilia Romagna, l.r. n. 13 del 31 marzo 2005, che nel preambolo, statuisce che la Regione Emilia Romagna “*opera per affermare il riconoscimento della pari dignità sociale della persona, senza alcuna discriminazione per ragioni di genere, di condizioni economiche, sociali e personali, di età, di etnia, di cultura, di religione, di opinioni politiche, di orientamento sessuale*”.

Questi interventi legislativi regionali, sono inevitabilmente limitati, poiché vincolati alle competenze proprie delle Regioni, quindi si tratta di soluzioni “tamponi”, rispetto al quadro legislativo nazionale.

Una coppia *same-sex*, la si ritiene esistente ai fini dei bandi di edilizia pubblica agevolata, ma è vietato alle Regioni perché non di loro competenza, prevedere delle discipline “organiche” di tutela delle coppie dello stesso sesso.

In ambito di accesso all’edilizia pubblica agevolata, merita di essere citata, per essere stata la prima nel suo genere, la legge n. 12 del 14 marzo 1984 della regione Emilia Romagna, il cui art. 3 prende in considerazione ai fini di riconoscere questo accesso agevolato, ogni forma di convivenza costituita da “*persone non legate da vincoli di parentela o di affinità (purché) abbia carattere di stabilità e sia finalizzata alla reciproca assistenza materiale e morale*”, sulla base di tale normativa, nel 1992, nel dettare i criteri rilevanti per l’assegnazione

²⁶ Tra queste Regioni possono elencarsi: Toscana, Liguria, Puglia, Emilia Romagna, Marche, Piemonte e Umbria, che sono intervenute in ambiti come l’accesso ai servizi, il contrasto alle discriminazioni e all’omofobia, la promozione di politiche attive in ambito lavorativo.

degli alloggi di edilizia residenziale pubblica e definire il concetto di nucleo familiare, il Comune di Bologna ha effettuato un'assimilazione fra convivenza *more uxorio* e convivenza fra persone del medesimo sesso.

La Corte Costituzionale ha ridimensionato gli obiettivi contenuti in alcune disposizioni regionali al fine di tutelare altre forme di unione rispetto alla famiglia tradizionale, proponendosi di eliminare gli ostacoli rispetto ad una piena eguaglianza delle coppie dello stesso sesso.

La suprema Corte rispetto al ricorso, presentato dal Governo, ritenendo che la Regione Umbria avesse ecceduto le proprie competenze in contrasto con l'art. 29 Cost., in quanto nello Statuto, l.r. n. 21/2005 art.5, la stessa si impegna a *“concorrere a rimuovere le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale”*, prevedendo anche disposizioni statutarie finalizzate al riconoscimento delle convivenze dello stesso sesso, ha chiarito, che l'art.29 della Costituzione, non sarebbe stato violato in quanto *“il particolare valore riconosciuto da tale norma alla famiglia fondata sul matrimonio, non implica necessariamente che forme di convivenze diverse non possono comunque essere tutelate”*, ma, rispetto alla portata effettiva delle disposizioni dello Statuto, precisa che *“anche se materialmente inserite in un atto-fonte, non può essere riconosciuta alcuna efficacia giuridica, collocandosi precipuamente sul piano dei convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale al momento dell'approvazione”*, ovvero lo stesso riconoscimento nello Statuto non avrebbe potuto fondare l'esercizio di alcun potere legislativo regionale.

La legge n. 63/2004-Regione Toscana *“Norme contro le discriminazioni determinate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere”*, con cui la Regione si impegnava ad garantire l'accesso a parità di condizioni agli interventi e ai servizi ricompresi nella potestà legislativa regionale, evidenzia una stessa logica *“limitante”* da parte della giurisprudenza.

Tra gli ambiti sociali oggetto di tutela, vi era il lavoro, prevedendo politiche poste a sostegno dell'inserimento lavorativo o l'accrescimento professionale per le persone discriminate sulla base dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere; introducendosi una certificazione sociale per le imprese virtuose che non discriminano e che applicano buone pratiche, oltre che programmando uno sviluppo di pratiche finalizzate a combattere l'omofobia a livello scolastico.

La Corte Costituzionale ha ritenuto illegittime due norme della legge regionale toscana, il cui impatto su una persona *gay* o *transgender*, era effettivo e rilevante, visto il ricorso presentato dal Governo, in cui si sosteneva che con queste misure, la Regione Toscana, avesse ecceduto le sue competenze ai sensi dell'art. 117 Cost..

Nella legge toscana, si prevedeva all'art.2, il diritto di ciascuno a designare la persona (persona anche dello stesso sesso non familiare) a cui gli operatori sanitari devono riferirsi per riceverne il consenso a un determinato trattamento terapeutico, qualora l'interessato versasse in una condizione tale da rendere urgente e indifferibile una decisione; su questo punto, la Corte Costituzionale con la sent. N. 253/2006, ha ritenuto che il legislatore regionale avesse ecceduto le proprie competenze, regolando l'istituto della rappresentanza che rientra nella materia dell'ordinamento civile, riservata in via esclusiva allo Stato.

Ai sensi dell'art. 16, gli esercenti di pubblici esercizi, di professione turistiche e di imprese commerciali non potevano rifiutare le loro prestazioni, e non avrebbero potute erogarle a condizioni deteriori rispetto a quelle praticate dalla generalità degli utenti senza un legittimo motivo, e in particolare per motivi riconducibili all'orientamento sessuale o all'identità di genere, e nel caso di mancata erogazione del servizio si prevedeva la possibilità di erogarne delle sanzioni; rispetto a questa disposizione la Corte ha ritenuto che un'ipotesi di obbligo legale a contrarre con relativa sanzione amministrativa, introduce una disciplina incidente sull'autonomia negoziale dei privati, quindi, su di una materia riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato dall'art. 117, secondo comma, lett f.

La portata dell'intervento normativo toscano, è stato quindi ridimensionato, perché si eccedevano i poteri di competenza della Regione, ma rimane, comunque la portata di un intervento strutturato, a cui sono anche seguiti delle disposizioni attuative, quale l'istituzione a partire dal 2007 di una *task force*, per implementare l'applicazione di queste norme, presso l'Assessorato alle riforme istituzionali.

Senza dilungarsi ulteriormente sulle altre disposizioni regionali, il cui contenuto ed ambito di applicazione oltre che gli effetti rispondono in linea generale a quelli sopra riportati, si può ritenere che come affermato in dottrina, la reale portata di questi interventi normativi è spingere affinché a livello nazionale venga adottata una disciplina organica contro le discriminazioni sulla base dell'orientamento

sessuale,²⁷ poiché di queste discipline regionali né rimane la loro “limitata” effettività, che darebbe loro un senso solo se le si accompagnasse ad una disciplina nazionale costituendone con quest’ultima un assetto di tutela organica.

3.4 L’ATTIVITA’ GOVERNATIVA CONTRO LE DISCRIMINAZIONI MOTIVATE DALL’ORIENTAMENTO SESSUALE : “UNAR”

Questo paragrafo è incentrato su una descrizione dell’unico soggetto di natura governativa, quindi su un piano nazionale, al momento attivo nello sviluppo di politiche anti-discriminazione, che ha recentemente presentato un piano strutturato di supporto allo sviluppo di politiche amministrative di anti-discriminazione ad oggetto l’orientamento sessuale.

L’UNAR (ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali), istituito con il d.lgs n. 215/2003 in recepimento della direttiva n. 2000/43/CE, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri- Dipartimento per le pari opportunità, è un ufficio per la promozione della parità di trattamento e la rimozione delle discriminazioni fondate esclusivamente sulla razza o sull’origine etnica, non includendosi nella sua legge istitutiva “altri motivi discriminatori” come ad esempio l’orientamento sessuale.

D’altronde il legislatore italiano, (forse in uno dei suoi rari casi), ha pedissequamente applicato la disciplina comunitaria, che prevede un obbligo in capo agli Stati membri di creare organismi per la promozione della parità di trattamento, contenuta nelle dir. n. 2000/43/CE (art. 13), n. 2002/73 (art. 8 bis), n. 2004/113/CE (art.12), nonché nella dir. 2006/54/CE (art. 20), solo in relazione ai fattori di razza/origine etnica e di genere; lo stesso obbligo invece non si applica per gli altri fattori di discriminazione contemplati dalla direttiva-quadro n. 2000/78, quindi almeno nella disciplina istitutiva rimangono esclusi dalla politica anti-discriminazione diversi fattori quali: genere, razza/origine etnica, età, orientamento sessuale, convinzioni personali e religiose, handicap.

²⁷ DANISI C., *La tutela regionale contro le discriminazioni fondate sull’ orientamento sessuale e sull’ identità di genere*, Le Regioni/ a. XXXIX, Genova, 2011
“(…)Maggiore è il numero delle Regioni che si occuperanno del tema, maggiore potrebbe essere la probabilità che esse agiscono nelle opportune sedi per dare slancio a una disciplina organica nazionale contro la discriminazione fondata sui fattori sanciti dai Trattati europei e dalla Carta dei diritti fondamentali dell’ Unione Europea.(...)”

Sulla tipologia di organo anti-discriminazione prescelto, c'è parte della dottrina²⁸ che critica la mancata previsione di un'*authority* competente a trattare tutte le cause vietate dall'ordinamento che presenterebbe il vantaggio di fornire supporto istituzionale a tutti i gruppi a rischio di discriminazione, come previsto in alcuni Stati europei in recepimento delle direttive comunitarie,²⁹ ed inoltre viene anche criticata la natura non paragiurisdizionale di quest'organo, ovvero, l'opzione del legislatore italiano è consistita nel riconoscere in capo a quest'ufficio solo funzioni di assistenza materiale e legale alle vittime delle discriminazioni che intendano esercitare un'azione giudiziaria.

A quest'ufficio vengono delegate attività, quali: l'informazione e la sensibilizzazione dell'opinione pubblica e la formazione degli operatori a più diretto contatto con il fenomeno migratorio, scuole, imprese, sindacati, servizi territoriali, operatori giudiziari.

Nonostante la legge istitutiva non individui le discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere, tra gli obiettivi di sua competenza, l'UNAR ha già svolto sin dalla sua istituzione delle attività per lo sviluppo di campagne indirizzate alla lotta dell'omofobia, specie a livello scolastico, combattendo il cosiddetto "bullismo omofobico", ed inoltre garantendo per il tramite di un *call center*, un supporto legale ed psicologico per le vittime di ogni forma di discriminazione, oltre che accordi di programma con singole Regioni per una lotta rispetto a tutte le forme di discriminazioni tra cui l'orientamento sessuale, com'è la deliberazione regionale (Puglia) del 27 luglio 2010, n. 1764, "Approvazione dello schema di Protocollo di Intesa tra Regione Puglia e Ufficio Nazionale Antidiscriminazione Razziale (UNAR) per l'apertura di un Centro regionale di prevenzione e contrasto ad ogni forma di discriminazione," o anche la deliberazione 5 dicembre 2011, n. 1073 Protocollo di intesa tra UNAR e Regione Toscana in materia di prevenzione e contrasto delle discriminazioni.

Lo sviluppo di un piano programmatico su base nazionale da parte dell'UNAR, per la prevenzione ed il contrasto delle discriminazioni basate sull'orientamento

²⁸ GUARRIELLO F., *Il ruolo delle istituzioni e della società civile nel nuovo diritto antidiscriminatorio*, in BARBERA M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale.*, Milano, 2007

²⁹ Alta Autorità per la lotta alla discriminazione e per l'uguaglianza (HALDE) in Francia, la Commissione per la protezione contro la discriminazione in Bulgaria, l'Autorità per la parità di trattamento in Ungheria, il Consiglio governativo per realizzare il principio di parità di trattamento e il Consigliere per il principio di uguaglianza in Slovenia.

sessuale e sull'identità di genere, (2013-2015) è di quest'anno in applicazione della raccomandazione CM/REC(2010)5 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa.

L'impegno dell'UNAR formalizzato nelle Direttive del Ministro del lavoro con delega alle pari opportunità per l'attività amministrativa per gli anni 2012 e 2013 è in diretta collaborazione con il Consiglio d'Europa.

La finalità di questo piano nazionale che è tutto in divenire ed risiede nello sviluppo di misure, che sul piano amministrativo coinvolgendo i soggetti del terzo settore, possa far fronte ad un quadro normativo che lo stesso organo alle dipendenze del Ministero delle pari opportunità non esita a definire "incompleto."³⁰

Questa strategia è stata sviluppata sulla base di un rapporto diretto che l'ufficio ha inteso costruire con i cosiddetti "stakeholder", ovvero, le parti interessate, creando con decreto direttoriale il 20 novembre 2012 il Gruppo Nazionale di Lavoro LGBT, che raccoglie una serie di associazioni in difesa dei diritti delle minoranze sessuali; questo soggetto referenziale per l'ufficio, è stato creato a seguito della pubblicazione di un avviso pubblico di manifestazione di interesse per la partecipazione al programma "*Combattere le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale o l'identità di genere*" promosso dal Consiglio d'Europa per l'implementazione della Raccomandazione CM/Rec (2010)5.

Il Gruppo è costituito da 29 associazioni di settore individuate sulla base delle richieste pervenute, tuttavia possono partecipare alle sessioni di lavoro, qualora si ravvisi la necessità, esperti e rappresentanti di altre associazioni o enti individuati dall'Ufficio con specifiche competenze nelle tematiche relative all'orientamento sessuale e all'identità di genere. Gli "assi" della strategia, in applicazione ai fini della stessa raccomandazione del Consiglio d'Europa di cui sopra, sono rispettivamente, l'educazione e l'istruzione, il lavoro, la sicurezza e le carceri, la comunicazione e i media. In questi ambiti, il ruolo dell'UNAR è promuovere dei tavoli settoriali, coinvolgendo i soggetti istituzionali³¹ referenti degli ambiti di cui

³⁰UNAR, *Strategia nazionale, per la prevenzione ed il contrasto delle discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere, (2013-2015)*, Roma, 2013

"(...)Il lavoro che ci si è proposti di fare, insieme a tutti gli stakeholder maggiormente coinvolti in tale ambito e, dunque, quello di contribuire alla attuazione di un piano di misure sul piano amministrativo, che, al di là di un quadro normativo incompleto, possa essere di supporto alle politiche nazionali e locali nella materia in questione nel rispetto degli obblighi assunti a livello internazionale ed europeo.(...)"

³¹ Ministero dell'Interno – Osservatorio per la Sicurezza Contro gli Atti Discriminatori (OSCAD), Ministero della Giustizia – Dipartimento per l'Amministrazione penitenziaria, Ministero della Salute, Ministero del

sopra, le parti interessate ed le parti sociali,³² al fine di incentivare gli stessi organi istituzionali, nel loro settore di riferimento, ad adottare regolamenti amministrativi incentrati sulla non discriminazione rispetto all'orientamento sessuale e all'identità di genere.

Gli intenti di questa programmazione vanno ritenuti assolutamente apprezzabili, anche perché potrebbe garantirsi in questo modo in ambiti e casi concreti, quali quelli di un ospedale, carcere, trasmissioni televisive, misure che su un piano amministrativo permetterebbero di porre fine al persistere di forme di discriminazione, rispetto alle persone appartenenti alle minoranze sessuali; questa programmazione è al suo debutto, pertanto bisognerà attendere al 2015 per verificare la bontà della stessa, considerata la natura amministrativa della direttiva ministeriale che l'ha introdotta, che per sua natura non è facilmente revocabile, rimane la sua efficacia limitata quindi non può sostituirsi alle *vacatio legis* esistenti in materia.

3.5 I PROGETTI DI LEGGE SULL'AGGRAVANTE DI REATO PER MOTIVI DI OMOFOBIA E TRANSFOBIA

In Italia, non esiste un'aggravante di reato o una fattispecie di reato, per i comportamenti commessi con un fine discriminatorio motivato in ragione dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere, come invece previsto in Portogallo.

Negli ultimi anni sono stati presentati differenti progetti di legge in Parlamento, finalizzati ad introdurre delle norme per la tutela delle vittime di reati per motivi di omofobia e transfobia, non approvati perché rispetto ad essi sono state sempre presentate delle questioni pregiudiziali di costituzionalità

La prima proposta presentata nell'ottobre del 2009 in Parlamento trasfusa nel progetto di legge (AC 2087, a nome Concia- Di Pietro- 2011) ha riguardato la

lavoro e delle Politiche sociali - Direzione generale per le politiche attive e passive del lavoro e Direzione generale per l'inclusione sociale, Ministero dell'istruzione, università e ricerca, Direzione generale per lo studente l'integrazione, la partecipazione e la comunicazione, Ministero degli Affari Esteri, Conferenza delle Regioni e delle province autonome, ANCI – Associazione Nazionale Comuni Italiani, Rete READY - Rete nazionale delle Pubbliche Amministrazioni contro le discriminazioni per orientamento sessuale e identità di genere.

³² Al Tavolo sono stati invitati a partecipare i rappresentanti delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative: CGIL, CISL, UIL, UGL e dalle organizzazioni datoriali nazionali: CONFINDUSTRIA, CONFCOMMERCIO, COLDIRETTI, CONFARTIGIANATO CONFESERCENTI, CONFSCOOPERATIVE, CONFAPI, LEGACOOP, CNA, CONFAGRICOLTURA

previsione di un'autonoma fattispecie di reato per gli atti di discriminazione a cagione dell'omofobia.

Questo progetto di legge era finalizzato a modificare la legge di ratifica della Convenzione del 1966 sul razzismo (legge 13 ottobre 1975, n. 654) e il c.d. decreto Mancino, ossia la legge 25 giugno 1993, n. 205, al fine di estendere tra le ipotesi delittuose previste per atti commessi per motivi razziali, etnici, nazionali e religiosi i comportamenti fondati sull'omofobia e la transfobia, prevedendo l'estensione dell'aggravante dell'odio razziale di cui all'art. 3 del c.d. decreto Mancino.

Il 18 maggio 2011 la Commissione Giustizia bocciò il testo unificato sull'omofobia elaborato dalla relatrice on. Concia,³³ alla luce di tale bocciatura fu richiesta la revoca dell'abbinamento della proposta di legge C. 2807 Di Pietro per consentire di proseguire l'esame della sola proposta di legge C. 2802 Soro, che nel frattempo era stata proposta.

Quest'ultimo disegno di legge prevedeva l'introduzione nella parte speciale del codice penale di due aggravanti agli artt. 599-bis e 615-quinquies c.p., con un aumento di pena sino ad un terzo per tutti i delitti contro la persona, ad eccezione dei reati a tutela dell'inviolabilità del domicilio quando fossero stati commessi "in ragione dell'omosessualità o transessualità della persona offesa".

All'interno di questo progetto di legge si era anche ipotizzato l'inserimento tra le circostanze aggravanti comuni previste dall'art. 61 del codice penale della circostanza di aver commesso il fatto per motivi di *"omofobia e transfobia, intesi come odio e discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale di una persona verso persone dello stesso sesso, persone del sesso opposto, persone di entrambi i sessi"*.

Il respingimento di questo disegno di legge è avvenuto nel luglio del 2011, quando sono state approvate in Parlamento due questioni di pregiudizialità riguardanti il disegno di legge Soru, basate sul principio di uguaglianza ex. art. 3 della Costituzione, nonché sul principio di legalità in particolare rispetto al principio di precisione ai sensi dell'art. 25 comma 2 della Costituzione.

³³ Il 19 maggio le proposte emendative presentate dalla relatrice al testo sono state però bocciate dalla Commissione; la relatrice rinunciò al suo incarico, sostituita da un nuovo relatore con mandato a riferire negativamente sul provvedimento in Aula.

La proposta di legge n. 2802 recante norme per la tutela delle vittime di reati per motivi di omofobia e transfobia, giunge all'esame dell'Aula con il parere contrario della Commissione Giustizia; tale parere è il risultato di un esame in Commissione particolarmente articolato e complesso.

Rispetto all'A.C. n. 2802-A nella questione pregiudiziale, a firma di Buttiglione, Capitanio Santolini, Binetti, si ritiene che l'inserimento proposto tra le circostanze aggravanti dell'art. 61 c.p. dell'omofobia e della transfobia, *“viola il principio di uguaglianza sancito dall'articolo 3 della Costituzione con riferimento al canone della ragionevolezza. Ciò in quanto: si tratta di una situazione che già trova nel citato articolo 61 del codice penale idonea collocazione. Il primo comma di tale stesso articolo, al numero 1, consente di contestare l'aggravante per «avere agito per motivi abietti o futili»; pertanto quando siano commessi reati a danno di persone per scelte legate alla propria sfera personale e, nello specifico, alla vita sessuale, le vittime sono tutelate dal numero 1 del primo comma dell'articolo 61 del codice penale ed è irragionevole introdurre ulteriori fattispecie. si potrebbe poi delineare anche una violazione del principio di uguaglianza in quanto l'aver agito per motivi di «omofobia e transfobia» prefigurerebbe una situazione normativamente differenziata rispetto ad altre situazioni analogamente meritevoli di tutela, in cui si commettono delitti contro la persona in ragione dello stato in cui versa (ad esempio, un barbone o un anziano, in quanto tali)”*.

In violazione dell'articolo 25 della Costituzione, in particolare ritenendosi possibile a detta degli stessi firmatari di cui prima la violazione del principio di tassatività della fattispecie penale, viene proposta una questione pregiudiziale con delle *“motivazioni di facciata”*³⁴ delle quali si ha difficoltà a rintracciarne una razionalità, ritenendosi nelle stesse che un atto discriminatorio sulla base di un orientamento sessuale fosse privo di circostanze oggettive poiché comportamento relativo *“potenzialmente”* alla sfera privata; *“(..)A tal fine si evidenzia come gli elementi costitutivi della fattispecie che si vuole introdurre, ovvero l'aver agito per motivi di «omofobia e transfobia, intesi come odio e discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale di una persona verso persone del suo stesso sesso, persone del sesso opposto, persone di entrambi i sessi» siano estremamente*

³⁴ DOLCINI, *Omosessualità, omofobia, diritto penale. Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio, L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori, 2011, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 14 maggio 2012

generici e possano ricomprendere situazioni ampie e indeterminate; per comprendere appieno questa censura di incostituzionalità si osserva come ad oggi, con riferimento alle particolari condizioni delle persone offese, sono previste nell'ordinamento aggravanti per fatti commessi contro pubblici ufficiali, persone incaricate di pubblico servizio, persone rivestite della qualità di ministro del culto cattolico o di un culto ammesso nello Stato, ovvero agenti diplomatici o consolari di uno Stato estero nell'atto o a causa dell'adempimento delle funzioni o del servizio. Orbene, è di tutta evidenza che, a differenza della disposizione in esame, nei casi citati si tratta sempre di posizioni oggettive: la particolare qualità della persona offesa giustifica ictu oculi un aggravio di tutela, in relazione alla particolarità delle funzioni svolte. Anche nelle ipotesi, pur presenti nell'ordinamento e derivanti dall'adempimento di obblighi internazionali, di aggravanti che si applicano quando il fatto è commesso per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, si fa sempre riferimento a circostanze oggettive circa le condizioni della persona offesa. Tutto ciò manca nella disposizione all'esame, che presenta una formulazione fondata su situazioni e scelte soggettive attinenti alla sfera individuale potenzialmente mutevoli nel tempo e non sempre di agevole verifica, (...)”

Come riportato dai dati statistici sugli *hate crimes* che testimoniano la vulnerabilità e la condizione di debolezza delle minoranze sessuale viene sconfessato anche l'argomento della “discriminazione alla rovescia”, oggetto della questione di pregiudizialità a firma degli on. Bertolini, Saltamarini, Straquadanio, Pagano, in cui è riportato che: “(...)Estendere l'ambito della punibilità ad elementi di natura interiore quali sono le finalità perseguite espone ad una eccessiva discrezionalità: il giudice potrà «presumere» i motivi dell'agire - con inversione dell'onere della prova - rispetto a tutte le condotte illecite che interessino soggetti di cui siano noti specifici stili di vita in materia sessuale. Dunque, la previsione di aggravanti di questo tipo è rischiosa per la libertà dei cittadini, poiché impone uno scandaglio approfondito dei moventi intimi, talora inconsci, che stanno alla base delle azioni umane. Molti delitti sono espressione di «odio» contro la persona - si pensi tra tutti all'omicidio, che spesso trova la sua origine in tale movente - ma tale movente non è previsto in alcun ordinamento come elemento «aggravante» del fatto. L'estensione delle norme della «legge Mancino» alle discriminazioni per motivi di orientamento sessuale segnerebbe la

tracimazione dal «diritto penale del fatto» ad un inaccettabile «diritto penale dell'atteggiamento interiore»: da una sanzione che segue un comportamento concreto a una sanzione con aggravante che segue un dato intimistico; ancora, per risultare applicabile, l'aggravante proposta esige l'effettiva sussistenza dell'omosessualità o della transessualità della persona offesa.(...)»

Al momento di discussione della tesi è stata presentata una proposta di legge la n. 245/2013 alla Camera dei deputati a firma di Scalfarotto e altri, i cui lavori sono stati calendarizzati in Aula per il 22 luglio 2013, ad oggetto “*Modifiche alla legge 13 ottobre 1975, n. 654, e al decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, per il contrasto dell’omofobia e della transfobia*”, presentata il 15 marzo 2013³⁵.

In attesa dello sviluppo dei lavori parlamentari augurandosi che il legislatore sia questa volta più lungimirante, come sostenuto in dottrina, si potrebbe ritenere che un ampliamento della legge Mancino potrebbe rappresentare una valida soluzione giuridica nell’estensione dei crimini d’odio anche alla fattispecie dell’orientamento sessuale, non a caso soluzione preferita anche dalla proposta di legge in discussione in questo momento.³⁶

³⁵ I. SCALFAROTTO, *Relazione avanti alla Commissione Giustizia della Camera sulla proposta di legge n. 245*, Roma, 6 giugno 2013
“(…) Il testo in esame non intende raggiungere il suo scopo creando una nuova fattispecie di reato, al contrario. Ciò che la proposta di legge intende fare è utilizzare norme già da tempo in vigore nel nostro ordinamento. Con la proposta di legge della quale discutiamo, infatti, si estendono alle discriminazioni fondate sull’identità sessuale della vittima i reati puniti dalla legge n. 654 del 1975 (cosiddetta «Legge Reale») – che ha reso esecutiva la convenzione internazionale sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, fatta a New York il 7 marzo 1966 – legge poi modificata dal decreto-legge n. 122 del 1993 (cosiddetto «Decreto Mancino»), convertito, con modificazioni, dalla legge n. 205 del 1993. In buona sostanza si vuole equiparare l’odio basato sull’orientamento sessuale, l’identità di genere o il ruolo di genere della vittima a quello, già riconosciuto e punito nel nostro ordinamento, basato su motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. In questo modo si rimuove l’irrazionale differenza che esiste nel nostro Paese, per esempio, tra l’apporte uno striscione gravemente razzista in uno stadio, il che può – almeno in teoria – configurare una condotta antigiuridica, e l’apporte il medesimo striscione, riportante le medesime parole di dileggio, nei confronti delle persone omosessuali. In questo caso non di reato si tratterebbe, ma di semplice espressione del pensiero, posto che la legge penale non prevede che l’omofobia sia una forma d’odio perseguita dalla legge. E posto che in una democrazia, in uno Stato di diritto, tutto ciò che non è vietato è, deve essere, permesso.(…)”

³⁶ GOISIS L., *Omofobia e diritto penale: Profili comparatistici*, Milano, 2012

“(…) E’ evidente allora che, pur restando margini ampi di discussione sulla miglior formulazione delle norme penali di contrasto all’omofobia - modellare le norme che prevedono come reato gli atti discriminazione omofobica in maniera rispettosa del principio di precisione sull’esempio di legislazioni straniere, specie quella francese, l’uso dell’espressione “reati commessi per omofobia/transfobia”, piuttosto che “reati commessi in ragione dell’omosessualità o transessualità della vittima, piuttosto che “in ragione dell’orientamento sessuale e dell’identità di genere della vittima”, l’uso del termine “ragione”, “finalità” piuttosto che “motivi” – è alla legge Mancino e al suo collaudato impianto antidiscriminatorio che si deve guardare per contrastare il fenomeno dell’omofobia.
Onde evitare indebite differenziazioni di trattamento sanzionatorio fra i crimini d’odio razziale e i crimini d’odio omofobico (penso per esempio alla pena aumentata fino alla metà di cui all’aggravante dell’odio razziale a fronte di proposte di aumenti sino ad un terzo per l’aggravante omofobica), crimini che corrono si diceva lungo strade parallele, a nostro avviso, l’estensione delle previsioni di tale legge all’orientamento sessuale e all’identità di genere deve essere la via maestra.(…)”

“...visitando il mondo, il diritto non è sempre così abominevole. Un altro diritto, quindi, è possibile...”

STEFANO RODOTÀ, *Il Saggiatore*, 2011

IV CAPITOLO

LA TUTELA DELLE COPPIE *SAME-SEX* IN EUROPA

Sommario: 1. Il *Trend* legislativo europeo; 2. I Paesi europei in cui è istituito il matrimonio egualitario; 3. I Paesi europei che prevedono tutele differenziate dal matrimonio per le coppie *same-sex*

1. IL *TREND* LEGISLATIVO EUROPEO

Il trend europeo di riconoscimento di forme di tutela alle coppie *same-sex*, è sollecitato dagli interventi del Consiglio d'Europa e dell'Unione Europea in materia, oltre a quello dei rispettivi organi giurisdizionali.

Gli istituti giuridici cui si è ricorso nel riconoscere tutele ad una coppia dello stesso sesso, presentano *ratio* differenti: privatistica, combinata a quella pubblicistica o che riprende pedissequamente la disciplina del matrimonio, istituto giuridico tradizionalmente utilizzato per regolamentare i soli rapporti eterosessuali, ed in generale primo istituto giuridico che per tradizione regolamenta i rapporti affettivi-sessuali di una coppia quindi tenuto in riferimento anche per l' introduzione delle ulteriori discipline.

Generalmente, i legislatori intervenuti in materia hanno voluto porre la regolamentazione relativa alle coppie dello stesso sesso, *in primis* su un piano normativo differente rispetto a quello del matrimonio eterosessuale, per evitare di imbattersi in uno “*shock*” (normativo-morale) di contrasto con la tradizione

giuridica millenaria della regolamentazione del solo rapporto affettivo eterosessuale.

Prima che alcuni Stati europei riconoscessero nelle loro legislazioni il matrimonio egualitario, la tutela normativa di un legame affettivo e sessuale delle coppie dello stesso sesso è stata strutturata a partire dagli anni novanta, su una logica già definita in dottrina del “doppio binario.”¹

Alle coppie dello stesso sesso è riservato un’ istituto specifico che in alcuni casi riconosce aspetti di rilevanza pubblicistica, mentre generalmente se condiviso anche con le coppie eterosessuali riconosce solo diritti di natura privatistica.

Nei primi casi il modello legislativo considerato è costituito da un’insieme di disposizioni in genere non derogabili, la cui applicazione discende dalla volontà delle parti di dar luogo ad una convivenza registrata, mentre nel caso in cui l’istituto è condiviso con le coppie eterosessuali alle parti stipulanti è garantita maggiore libertà nella determinazione degli effetti dipendenti dalla loro unione, che si caratterizzano per una regolamentazione su un piano legale dei rapporti di diritto privato.²

Non sembra irrilevante la quasi contestuale approvazione di questi istituti nei differenti Stati Europei negli ultimi due decenni, del resto in molti ambiti del diritto ed in specie nel diritto di famiglia si assiste ormai da alcuni lustri ad una tendenziale omogeneità delle misure adottate nei diversi ordinamenti europei.

In sede comunitaria viene pacificamente ritenuto che le coppie dello stesso sesso abbiano diritto ad un riconoscimento legale del loro rapporto, mentre è dibattuto che le stesse abbiano diritto al matrimonio.

La natura del diritto al matrimonio *same-sex* rimane controversa, infatti, si discute se questo possa essere catalogato quale diritto umano meritevole di una tutela sovranazionale, quindi, ritenerlo rintracciabile nei testi delle Carte internazionali dei diritti umani.

La Corte Europea dei diritti dell’uomo nella sentenza, *Schalk e Kopf c. Austria*, caso C-30141/2004, del 11 novembre 2010, ha ritenuto che non costituissero violazione dell’articolo 12 (diritto al matrimonio-Convenzione Europea dei diritti

¹ P. PASSAGLIA, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Stati europei*, Roma , 2010

² G. GRASSO, *Le convivenze non fondate sul matrimonio. Prospettive di riforma e confronto con la legislazione straniera*, Messina, 2007

dell' uomo) da parte di uno Stato membro la mancata estensione dell'accesso al matrimonio alle coppie dello stesso sesso.

La Corte ha affermato che il matrimonio è un istituto giuridico profondamente connesso alle radici storiche e culturali di una determinata società e rispetto al quale non è ravvisabile un'univoca tendenza negli ordinamenti interni degli Stati membri.

Pertanto rientra secondo il giudizio della Corte nell'ambito della discrezionalità proprio di uno Stato la scelta in merito all'introduzione di una normativa in tal senso secondo le ragioni di opportunità politica e sociale che ritenga preponderanti.

La Corte ritiene allo stesso tempo che nel concetto di "vita familiare", il cui rispetto è garantito dall'articolo 8, (Diritto al rispetto della vita privata e familiare-Convenzione Europea dei diritti dell' uomo), devono potersi ricondurre anche le relazioni sentimentali e sessuali tra persone dello stesso sesso.

Pertanto costituirebbe una violazione dell'articolo 8 in combinato disposto con l'articolo 14 (Divieto di discriminazione-Convenzione Europea dei diritti dell'uomo) la mancanza di tutela e riconoscimento adeguato all'interno di uno Stato membro delle coppie dello stesso sesso. *"Nel caso in cui, dunque, uno Stato si dotasse di uno strumento giuridico che permettesse la tutela dell'unione familiare tra soggetti dello stesso sesso, anche se ciò avvenisse in ritardo rispetto ad altri Stati membri, non incorrerebbe nella suddetta violazione. Tale conclusione è, anche in questo caso, giustificata dall'assenza di un comune orientamento condiviso dai legislatori nazionali."*³ Pro-riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso è il Parlamento Europeo, che è tornato sul tema nel 2003, dopo differenti risoluzioni a partire da una del 1994.

La risoluzione del 4 settembre 2003 "Sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione Europea", all'interno della sezione sulle discriminazioni per orientamento sessuale contiene *"la propria richiesta agli Stati membri di abolire qualsiasi forma di discriminazione -legislativa o de facto- di cui sono ancora vittima gli omosessuali, in particolare in materia di diritto al matrimonio e all'adozione"* e *"raccomanda agli Stati membri di riconoscere, in generale, i rapporti non coniugali fra persone sia di sesso diverso che dello stesso sesso,*

³ CORTE (EDU), *Schalk e Kopf c. Austria*, caso C-30141/2004, 11 novembre 2010

conferendo gli stessi diritti riconosciuti ai rapporti coniugali, oltretutto adottando le disposizioni necessarie per consentire alle coppie di esercitare il diritto alla libera circolazione nell'Unione".

2. I PAESI EUROPEI IN CUI E' ISTITUITO IL MATRIMONIO EGUALITARIO

In tutti gli Stati Europei che prevedono il matrimonio anche per le coppie dello stesso sesso, questa nuova *ratio* è stata sempre preceduta da istituti giuridici alternativi allo stesso, riservati alle coppie dello stesso sesso o a quelle etero che non volessero accedere agli aspetti pubblicistici del coniugio; però in alcuni Paesi i diritti riconosciuti alle coppie dello stesso sesso attraverso questi istituti sono stati gli stessi del matrimonio, secondo una logica del *separate but equal*.

La disciplina del matrimonio *egualitario* è stata introdotta nella maggior parte dei casi estendendo l'applicabilità del matrimonio eterosessuale, sostituendo ad esempio i termini marito o moglie con quello di coniuge come nel caso spagnolo o come in Islanda con l'adozione di una disciplina specifica per il matrimonio tra persone dello stesso sesso distinta da quella del matrimonio eterosessuale.

In tutti gli Stati Europei che hanno riconosciuto il matrimonio "egualitario" viene riconosciuta, tranne che per il Portogallo, la possibilità di adozione alle coppie *same-sex*; mentre in alcuni Paesi che hanno introdotto le unioni civili per le coppie dello stesso sesso è previsto l'affidamento congiunto dei figli minori di uno dei due *partner*, su quest'ultima possibilità si sta aprendo il Portogallo come meglio di seguito approfondito.

Questi riconoscimenti attengono ai temi della filiazione, della tutela di soggetti minorenni, della legalità delle tecniche di fecondazione, profili attinenti all'argomento *de quo*, che vista la loro complessità non saranno approfonditi nel dettaglio, anche se né sarà indicata l'esistenza delle stesse in ogni Stato.

L'**Olanda** ha aperto la strada all'equiparazione assoluta formale ed sostanziale, tra una coppia eterosessuale ed una dello stesso sesso, con la legge del 21 dicembre 2000 entrata in vigore il 1 aprile 2001. Pochi anni prima nel 1997, erano stati regolamentati i rapporti delle coppie dello stesso sesso, con l'introduzione nell'ordinamento dei Paesi Bassi delle *registered partnership*, le quali

prevedevano uno *status* simile a quello matrimoniale, ad eccezione delle adozioni ipotesi escluse. La registrazione era consentita a quelle coppie di cui uno almeno uno dei *partner* avesse la cittadinanza olandese, ovvero la propria residenza o domicilio abituale nello Stato dei Paesi Bassi. Una volta effettuata la registrazione, al rapporto di convivenza si applicavano le stesse disposizioni previste per il matrimonio in tema di diritti e doveri dei coniugi e di regime patrimoniale. Diversamente dal matrimonio, tuttavia, l'unione registrata poteva essere sciolta senza alcun intervento del Giudice. Lo scioglimento della convivenza, infatti, poteva avvenire per mutuo consenso, attraverso un accordo delle parti che prevedesse la cessazione del rapporto seguito da una dichiarazione relativa al fatto della cessazione che l'attestasse per il tramite della certificazione di uno o più avvocati o notai. Dal 2000 è stato riconosciuto alle coppie *omosex* di nazionalità olandesi o lì residenti da minimo cinque anni anche la possibilità di adottare.

Il **Belgio**, con una legge del 1998 aveva introdotto una "*cohabitation légale*", tecnicamente si trattava di un'unione registrata, aperta sia alle coppie dello stesso sesso che alle coppie eterosessuali. A differenza della vicina Olanda, quest'istituto non voleva riprodurre gli effetti pubblici del matrimonio, per questo riservato anche agli eterosessuali che non volevano sposarsi. Con una legge del 13 febbraio 2003, tre anni dopo l'Olanda, il Belgio ha introdotto il matrimonio *same-sex*, all'inizio escludendo l'omoparentalità, che sarà però riconosciuta a partire dal 2005.

Nella legislazione belga era comunque già consentito ai singoli anche nell'ambito di coppie dello stesso sesso di adottare.

Il primo paese del sud-Europa ad estendere la validità dell'istituto giuridico del matrimonio alle coppie dello stesso sesso è la **Spagna**. La normativa del legislatore spagnolo del 3 Luglio 2005, nell'estendere la validità dell'intero titolo del codice civile sul matrimonio alle coppie *same-sex*, ha lasciato invariato la disciplina prevedendo solamente la sostituzione dei sostantivi marito e moglie con il termine di coniuge, ed inoltre ha riconosciuto l'istituto dell'adozione specificando che la disciplina sulla famiglia anche quella non contenuta negli articoli del codice civile si estende alla famiglia, i cui coniugi sono persone dello stesso sesso. Recentemente con una Sentenza della Suprema Corte spagnola n.198/2012, ha ribadito la legittimità costituzionale del testo legislativo, a seguito

di un ricorso presentato all'indomani dell'approvazione del testo legislativo, dall'allora opposizione di centro-destra oggi al governo del Paese.⁴ L'articolo 32 della Costituzione spagnola sancisce che *"L'uomo e la donna hanno il diritto di contrarre matrimonio in piena uguaglianza giuridica"*: una formulazione testuale che risulta compatibile anche con l'ipotesi del matrimonio *same-sex*, ha ritenuto la Corte se si considera che in questa formulazione mancano la specificazione *"tra di loro"*, e dall'altro si valorizza, la piena eguaglianza giuridica dei contraenti indipendentemente dal loro sesso. Inoltre, nella sua motivazione in diritto n. 9 la Corte sottolinea l'importanza di un'interpretazione evolutiva del diritto, ovvero, *"alla nozione di cultura giuridica, che fa pensare al diritto come a un fenomeno sociale vincolato alla realtà in cui si sviluppa."* Attraverso una lettura evolutiva del testo costituzionale l'attenzione viene posta sul nucleo essenziale del concetto di matrimonio, ovvero, sugli effetti tipici del vincolo: costruzione di una stabile relazione di comunione di vita tra due persone, mediante un atto determinato, con effetti vincolanti per legge e che produce effetti giuridici determinati, primo fra tutti l'accesso allo status di coniuge. *"Esso, assume, quindi, un carattere sostanzialmente "neutro" rispetto al requisito dell'eterosessualità dei coniugi."*⁵ L'intervento normativo a livello nazionale di introduzione del matrimonio per le coppie dello stesso sesso segue quelli regionali, avvenuti in tredici delle diciassette Comunità Autonome spagnole a partire dalla metà degli anni novanta, in cui si assiste ad una legislazione a macchia di leopardo, differenziata da

⁴ Repubblica.it, *"Spagna, salvi i 23 mila matrimoni gay. Dopo 7 anni il via libera della Consulta"*, 06 novembre 2012

La Corte costituzionale spagnola ha riconosciuto la legittimità del matrimonio omosessuale, introdotto nell'ordinamento spagnolo nel 2005 dalla legge del governo socialista di José Luis Zapatero. Il tribunale supremo ha convalidato anche la possibilità di adozione per le coppie gay. La decisione non è stata unanime: a favore hanno votato 8 giudici, gli altri tre hanno votato contro. Una divisione che rispecchia lo stato d'animo del paese dove, malgrado la fortissima influenza della chiesa cattolica, l'opinione pubblica si era schierata in maggioranza a favore della legge. La Corte ha approvato la relazione presentata del magistrato progressista Pablo Perez Tremps, che avalla in toto la legge del 1° luglio 2005, che modificava il Codice civile spagnolo. Il verdetto rappresenta una liberazione per migliaia di spagnoli: tra il 2005 e il 2011, infatti, sono stati celebrati 22.442 matrimoni omosessuali, l'1,8% delle unioni contratte in Spagna in questo arco di tempo. A ricorrere contro la legge era stato sette anni fa il Partito popolare di Mariano Rajoy, allora all'opposizione e oggi alla guida del governo di Madrid. Nel suo ricorso, il Pp sosteneva che la legge snatura "l'istituzione fondamentale del matrimonio", così come inteso finora, creando un *vulnus* all'articolo 32 della Costituzione, secondo cui sono "l'uomo e la donna" che "hanno diritto di contrarre il matrimonio con piena uguaglianza giuridica". Il premier del governo conservatore, Mariano Rajoy, ha detto che il suo partito è contrario all'utilizzo della parola 'matrimonio' nella legge, ma prima di conoscere la decisione della Corte Costituzionale, il ministro della Giustizia, Alberto Ruiz-Gallardo, aveva anticipato che il governo non modificherà la normativa vigente. La legge Zapatero fa dello stato spagnolo uno dei primi al mondo ad avere autorizzato il matrimonio tra persone dello stesso sesso e l'adozione di figli da parte di coppie omosessuali. La Svezia è stato il paese pioniere, seguito da Olanda, Belgio, Sudafrica e Norvegia.

⁵L. CONTE, *Matrimonio omosessuale e giustizia costituzionale: la posizione del Tribunale costituzionale portoghese (sentenza n. 121/2010) e del Tribunale costituzionale spagnolo (sentenza n. 198/2012)*, Roma, 11 febbraio 2013

regione a regione con sfumature diverse, in cui erano state riconosciute forme di tutele alle coppie dello stesso sesso. Tra di esse vi sono: la Catalogna (l. 15 luglio 1998 n° 10, sulle unioni stabili), l'Aragona (l. 26 marzo 1999 n° 6, relativa alle coppie stabili e non sposate), la Navarra (l. forale 3 luglio 2000 n° 5, per l'eguaglianza giuridica delle coppie stabili), la Comunità Valenziana (l. 6 aprile 2001 n° 17, con cui si regolano le unioni di fatto), le Baleari (l. 19 dicembre 2001 n° 11, sulle coppie stabili), Madrid (l. 19 dicembre 2001 n° 11, sulle unioni di fatto), l'Asturia (l. 23 maggio 2002 n° 4, sulle coppie stabili), l'Andalusia (l. 16 dicembre 2002 n° 5, sulle coppie di fatto), le Canarie (l. 6 marzo 2003 n° 5, per la regolamentazione delle coppie di fatto), l'Estremadura (l. 20 marzo 2003 n° 5, sulle coppie di fatto), il Paese Basco (l. 7 maggio 2003 n° 2, che disciplina le coppie di fatto) e la Cantabria (l. 16 maggio 2005 n° 1, che disciplina le coppie di fatto). Le competenze in materia di legislazione civile regionale sono riconosciute dalla Carta Costituzionale all'art. 149.1.8., in particolare per la conservazione, la modificazione e lo sviluppo del diritto civile statuario presente nelle singole comunità autonome, prima ancora che entrasse in vigore la Carta costituzionale; pertanto non è mai stato così pacifico in dottrina la competenza che le Comunità autonome avessero nel disciplinare le unioni di fatto. Le unioni registrate sono state introdotte per regolamentare le convivenze di fatto di una coppia dello stesso sesso regolandone i soli diritti reali, soprattutto in materia di locazione, ed i diritti di tipo successorio, non intervenendo sugli aspetti di rilevanza pubblica del rapporto, che sono propri della disciplina del matrimonio riservata alla esclusiva competenza del legislatore nazionale.

La **Norvegia** ha provveduto ad estendere la disciplina del matrimonio, con una legge entrata in vigore il 1 gennaio 2009, che autorizza anche l'omoparentalità, dopo che una legge del 1991 la c.d. "*comunione domestica*", estendeva alle coppie dello stesso sesso una forma di tutela per coloro che condividessero una certa unità abitativa. Dal 2002 era già prevista la possibilità dell'affidamento congiunto dei figli di uno dei *partners*

La **Svezia** ha esteso nel 2009 la disciplina normativa sul matrimonio e sull'adozione, alle coppie dello stesso sesso, solo quattro mesi dopo la Norvegia; dallo stesso anno le coppie *gay* possono inoltre optare per il rito civile o sposarsi tramite rito religioso, con il sostegno della Chiesa dello Stato Svedese. In Svezia una prima forma di registrazione era stata prevista nel 1988 al fine di garantire

alle unioni civili eterosessuali ed a quelle dello stesso sesso taluni diritti in tema di proprietà sulla casa comune e dei beni acquistati, per uso comune, nel corso della convivenza. In particolare la legge disciplina le relazioni giuridiche della coppia (omo o eterosessuale) riguardo la casa comune e i beni acquistati, per uso comune, nel corso della convivenza. A tale disciplina ha fatto seguito la legge sulla *partnership* registrata, emanata il 23 giugno 1994, basata sul modello danese che riconosceva gli effetti pubblici del matrimonio, escludendo la possibilità dell'adozione congiunta, ma dal 2005 era stata estesa alle coppie lesbiche unite in un'unione registrata la possibilità di ricorrere alla fecondazione assistita.

Il **Portogallo**, nel 2010 estende la disciplina normativa sul matrimonio alle coppie dello stesso sesso, escludendone la possibilità di adozione. Nel 2001, era stata introdotta come in Belgio, un'unione registrata delle unioni di fatto dello stesso sesso o eterosessuali, riconoscendo una tutela a livello privatistico e delle forme di agevolazioni in rapporto con il fisco, oltre ad introdurre un istituto che riprende quello francese sulla protezione di persone che vivono in comune; queste discipline saranno oggetto di successivo approfondimento nel proseguo della tesi. Nel giugno 2010 l'**Islanda** adotterà una disciplina specifica sul vincolo di coniugio tra persone dello stesso sesso, non estendendo quella prevista per le coppie eterosessuali, ma *di facto* prevedendone gli stessi doveri e diritti. Nel 1996 erano già state riconosciute le unioni civili, che garantivano gli stessi effetti pubblici del matrimonio, garantendo a partire del 2005, il diritto congiunto all'adozione (prima limitata solo ai figli del partner) ed il ricorso alla fecondazione assistita.

Nel 2012 la **Danimarca**, dopo ventitre anni dall'approvazione di una legge che prevedeva l'unione civile per le coppie dello stesso sesso, primo paese al mondo a riconoscerle, accordando gli stessi diritti riconosciuti ai coniugi eterosessuali esclusa l'adozione, ha approvato una legge che autorizza alle coppie dello stesso sesso a sposarsi, potendo optare tra il matrimonio in Municipio o secondo i riti della Chiesa Nazionale Danese, il celebrante può ad ogni modo opporre la propria obiezione di coscienza alla celebrazione del matrimonio per le coppie *same-sex*. Dal 2007 è stata consentita l'inseminazione artificiale, per le coppie lesbiche e dal 2009 è stata riconosciuta anche l'adozione alle coppie dello stesso sesso. La legge n. 372 del 1 giugno 1989 introdusse la «*registeret partnerskab*». L'unione

registrata era assimilata al matrimonio ed comportava gli stessi effetti legali (art. 3) ad eccezione di talune norme specificamente indicate in tema di adozione, incapacità e tutela e di quelle relative ai coniugi sulla base del loro sesso (art. 4). Per sciogliere l'unione registrata si applicavano le regole del divorzio consensuale, per cui era prevista una procedura a carattere amministrativo (art. 5).

La **Francia** è l'ultimo Paese europeo, in ordine di tempo ad avere esteso il matrimonio alle coppie dello stesso sesso. Prima dell'approvazione del testo di legge sul matrimonio egualitario, seguita ad un intenso dibattito parlamentare, era stata introdotta una disciplina che presenta due istituti alternativi al matrimonio, nel regolare un legame affettivo e sessuale per le persone maggiorenni dello stesso sesso, che volessero regolare legalmente la loro convivenza o la loro unione, rispettivamente il *PACS* e il "*concubinage*". Il *PACS* (*Pacte Civil de Solidarité*), approvato con una legge nel 1999, per le coppie eterosessuali e le coppie dello stesso sesso, è un contratto che comporta una serie di obblighi tra cui l'impegno a condurre una vita in comune, l'aiuto reciproco materiale, la responsabilità comune per i debiti contratti a partire dalla firma. Il *PACS* che non garantisce l'adozione, termina con la morte di uno dei partner, con il matrimonio o dopo tre mesi dalla richiesta di entrambi i partners. I benefici del welfare e la riduzione delle tasse si acquisiscono dopo tre anni dalla stipulazione del *PACS*. La legge francese prevede anche il riconoscimento della sola convivenza ai soggetti che coabitano (anche più di due), il "*concubinage*", in cui non è una condizione limitante il sesso dei soggetti che convivono; quest'istituto prevede delle garanzie in termini di locazione e delle agevolazioni per le assicurazioni sul bene locato o per i singoli che coabitano. Nei primi mesi del c.a., si è assistito ad un intenso dibattito parlamentare per il riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso e per riconoscere loro la possibilità dell'adozione. Il 9 Febbraio 2013, l'Assemblea Nazionale francese ha approvato in prima lettura il testo proposto dal Governo che riconosce le nozze gay e l'adozione per le coppie *same-sex*, mentre il 12 Aprile 2013 è stato approvato il testo da parte del Senato; il 29 maggio 2013 a Montpellier si sono svolte le prime nozze tra persone dello stesso sesso.⁶

6 HUFFINGTONPOST.IT, *Nozza gay in Francia dice sì il Senato*, 12 Aprile 2013

"In Francia anche il Senato dà il via libera alla legge sul matrimonio omosessuale e sulle adozioni da parte di coppie gay. Questa mattina, infatti, il Senato francese ha approvato in via definitiva il progetto di legge omosessuale e sulle adozioni per le coppie omosessuali. L'assemblea nazionale aveva adottato il testo il 12

3. I PAESI EUROPEI CHE PREVEDONO TUTELE DIFFERENZIATE DAL MATRIMONIO PER LE COPPIE *SAME-SEX*

Il **Regno Unito**, dal 2005 ha adottato una disciplina specifica per le coppie *same-sex* il *Civil Partnership Act* che ricalca completamente quella prevista per il matrimonio esclusa la cerimonia religiosa, infatti consiste in una procedura di registrazione presso gli uffici di Stato civile del comune. Tra i diritti riconosciuti nel *Civil Partnership Act* figurano: il diritto di prendere il cognome del partner, la possibilità di stipulare un'assicurazione sulla vita indicando come beneficiario il proprio partner, il riconoscimento dei diritti successori, l'acquisto della cittadinanza da parte del partner straniero, l'accesso ai diritti del lavoro riconosciuti ad una coppia, in materia di contribuzione fiscale le coppie gay registrate vengono considerate come una singola unità economica. Altri atti riconoscono la possibilità dell'adozione alle coppie *same sex*, nel 2005 è intervenuta una modifica all'*Adoption and Children Act* che l'ha riconosciuto in Inghilterra ed in Galles, mentre nel 2006 la Scozia ha allineato la sua legislazione in materia di adozione a quella del resto del Regno Unito con l'*Adoption and Children (Scotland) Act*. L'Irlanda del Nord è l'unico Stato del Regno Unito che non consente l'adozione alle coppie dello stesso sesso.

Il 4 febbraio 2013 la Camera dei Comuni ha approvato in prima battuta il testo di legge che estende l'applicabilità della disciplina dell'istituto giuridico del matrimonio alle coppie dello stesso sesso, il testo di legge è passato alla

febbraio scorso. Come scrive *Le Figaro*, si tratta della riforma più importante in materia sociale in Francia dopo l'abolizione della pena di morte nel 1981.

Il provvedimento è stato approvato nonostante le forti critiche dei cattolici, che difendono il matrimonio tradizionale. Ora entrambe le camere del Parlamento terranno una seconda lettura della legge, per valutare i piccoli cambiamenti apportati dal Senato al disegno approvato a febbraio dall'Assemblea nazionale, la Camera bassa, a sua volta controllata dai socialisti. Il governo ha previsto che il progetto diventerà definitivamente legge in estate. Stamane il Senato ha approvato il provvedimento per alzata di mano e dopo aver operato pochi emendamenti all'articolato passato alla Camera lo scorso 12 febbraio. La legge tornerà dunque alla Camera nel mese di maggio, dove sarà sicuramente approvata vista la netta maggioranza di cui gode la coalizione di centrosinistra. Una volta riapprovata alla Camera, la legge sui matrimoni omosessuali dovrebbe entrare in vigore in estate e la Francia raggiungerà così, su questo terreno, altri 11 paesi - Belgio, Portogallo, Olanda, Spagna, Svezia, Norvegia, Sudafrica, tra gli altri - dove le nozze *gay* sono già legali. La legge - voluta da Francois Hollande e presentata dalla ministra della giustizia Christiane Taubira - è stata votata anche da numerosi senatori dell'Ump e dell'Udi.”

discussione della Camera dei *Lords* dovrà poi ritornare in discussione alla Camera dei Comuni per l'approvazione definitiva

In **Germania**, è stato introdotto l'istituto della "convivenza registrata" dal 2001, esclusivo per le coppie dello stesso sesso, che esclude il diritto all'adozione congiunta pur prevedendo dal 2004 la possibilità dell'affidamento congiunto dei figli del convivente. Nell'ordinamento tedesco la legge fondamentale tutela esplicitamente le famiglie fondate sul matrimonio (art. 6), dottrina e giurisprudenza hanno individuato nella disposizione che protegge i diritti del singolo (art. 2) lo strumento per tutelare le situazioni di convivenza *more uxorio*. Le convivenze cosiddette alla "tedesca" richiamate anche nel recente dibattito elettorale in Italia da alcune forze politiche, come disciplina a cui ispirarsi per un eventuale riconoscimento dei diritti alle coppie dello stesso sesso, riconoscono una serie di istituti privatistici tra cui: la possibilità di adottare un regime patrimoniale comune anche se in assenza di ogni dichiarazione vige la separazione dei beni, la possibilità di adottare un cognome comune, il riconoscimento di agevolazioni assistenziali e di diritti successori, e nel caso in cui il partner sia straniero è assicurato l'acquisizione del permesso di soggiorno, inoltre per i debiti contratti dalla coppia nasce congiuntamente una responsabilità comune e si assicura un adeguato soccorso alimentare in caso di separazione. La Corte Costituzionale tedesca nel 2009 ha invitato il Parlamento a rimuovere ogni disparità tra il matrimonio ed le unioni civili, ritenendo che nonostante l'esistenza di questo istituto non è in termini di eguaglianza riconosciuto un trattamento paritario tra il rapporto eterosessuale e quello tra persone dello stesso sesso. In una precedente sentenza del 2002, la suprema Corte tedesca affermò invece che la differenza tra l'istituto del matrimonio e quella dell'unione di fatto fosse legittimata in termini di uguaglianza, considerata la differenza dovuta alla filiazione esclusa nel secondo caso.

L'**Andorra** nel 2005 ha approvato le unioni civili per le coppie dello stesso sesso, ma si può ritenere che indirettamente sia riconosciuto anche il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Rispetto ad un caso giudiziario relativo alla domanda di pensione di reversibilità da parte del partner vedovo con cui il richiedente aveva siglato il matrimonio in Spagna, in applicazione della direttiva europea 2004/38/CE la suprema Corte dell'Andorra ha riconosciuto dignità legale all'atto contratto in Spagna. Nel sistema giudiziario delle Andorra il precedente fa diritto,

pertanto si può ritenere che il matrimonio egalitario di persone dello stesso sesso contratto all'estero è riconosciuto in Andorra, nonostante la legislazione riconosca per le coppie *same-sex* solo le unioni civili

La **Svizzera** ha adottato un sistema esclusivo per le coppie dello stesso sesso, come in Germania, il “*Partenariat*”. Nel paese elvetico è stata approvata “la legge federale sull'unione domestica registrata di coppie omosessuali”, approvata il 18 giugno 2004 ed entrata in vigore il 1 gennaio 2007. La procedura per siglare un partenariato è la stessa prevista per il matrimonio, ovvero, avviene davanti all'ufficiale di stato civile anche se non è prevista la presenza di testimoni. In caso di divorzio si applica la stessa disciplina del matrimonio per l'attribuzione dell'abitazione comune, nella previdenza professionale, e per il contributo di mantenimento. E' riconosciuto al partner il diritto ereditario in materia successoria ed in materia di assicurazione sociale, i partner provvedono in comune ciascuno nella misura delle proprie forze al debito mantenimento dell'unione domestica, durante la vita comune ciascun partner rappresenta l'unione domestica per i bisogni correnti della stessa, l'altro partner può prendere anche cognome di questi ed sono inoltre previste delle agevolazioni nel riconoscimento di permessi di cittadinanza per il partner straniero ma non è riconosciuta l'acquisizione della cittadinanza.

La Svizzera presenta un sistema democratico referendario e la legge federale in oggetto, detta anche “*lex specialis*” perché norma che regola aspetti di diritto privato non contenuti nel codice civile, è stata sottoposta ad un referendum popolare; il referendum è stato votato favorevolmente dal 55% dei votanti.

Il raggiungimento del *quorum* nonostante la forte opposizione dei cantoni ultra-conservatori si è ritenuta possibile, secondo le associazioni in difesa delle minoranze sessuali, poiché si è preferito non introdurre anche il riconoscimento dell'adozione con il rischio che il dibattito fosse focalizzato su quest'argomento; la legge sul partenariato esclude infatti la possibilità per una coppia dello stesso sesso di adottare dei minori o di ricorrere alla fecondazione eterologa sul suolo svizzero.

Al primo comma dell'art. 27 della legge rubricato “figli del partner” è precisato che “*Se uno dei partner ha figli, l'altro lo assiste in modo adeguato nell'adempimento del suo obbligo di mantenimento e nell'esercizio dell'autorità*

parentale e lo rappresenta ove le circostanze lo richiedono. I diritti dei genitori rimangono in ogni caso salvaguardati.”

Nel dicembre 2012 il Consiglio Nazionale Svizzero, la camera bassa del Parlamento, ha dato mandato all'Ufficio federale giuridico di elaborare una proposta di legge che consenta in seno ad una coppia dello stesso sesso l'adozione congiunta dei figli di uno dei due conviventi; si tratta al momento di un processo legislativo tutto in divenire perché una volta elaborata la proposta di legge dovrà essere prima approvata dal Consiglio Nazionale svizzero successivamente dal Consiglio degli Stati ed eventualmente poi sottoposta a referendum

In **Finlandia** come in Svizzera è vigente dal 2002 uno strumento di mera natura privata alternativo al matrimonio, anche se si segue la stessa disciplina per la celebrazione o per il suo scioglimento propria del matrimonio. Le convivenze registrate (*Registered Partnership Act*) sono disciplinate dalla legge n. 25021 del 9 novembre 2001; la normativa prevede che la registrazione è consentita a due persone dello stesso sesso che devono aver compiuto 18 anni (articolo 1). Ai fini della registrazione (articolo 4) almeno uno dei conviventi deve essere cittadino finlandese e residente in Finlandia o entrambe le parti devono risiedere in Finlandia da almeno due anni. La registrazione è di competenza della stessa autorità incaricata di celebrare i matrimoni civili. Su tale linea la legge propone una piena equiparazione dell'istituto dell'unione registrata al matrimonio salvo diversamente stabilito. Non si estendono invece alle coppie *same-sex* la disciplina sulla omogenitorialità e le altre previsioni che si basano esclusivamente sulla diversità di sesso degli sposi.

Il **Lussemburgo** sulla falsariga dei PACS francesi dal 2004 riconosce alle coppie dello stesso sesso ed eterosessuali tra quelle che non vogliono contrarre il matrimonio le “*partenariat légal*”, un contratto di natura privata che dà accesso ad agevolazioni legate al welfare e al fisco.

La **Repubblica Ceca** ha approvato una legge che riconosce le unioni civili alle coppie dello stesso sesso nel 2006 obbligando i conviventi ad sostenersi economicamente reciprocamente ed riconosce il diritto ad avere informazione sullo stato di salute del partner oltre che il diritto all'eredità. Questa legge pur riconoscendo la possibilità per i conviventi di avere l'affidamento congiunto dei figli nati da precedenti relazioni eterosessuali non autorizza l'adozione.

In **Irlanda** il Parlamento ha approvato a larga maggioranza il *Civil Partnership Bill*, divenuto operativo a partire dal 2011, in esso si riconoscono. alle coppie conviventi eterosessuali o dello stesso sesso diritti e doveri di natura privata.

Si regolano aspetti in tema di coabitazione, proprietà della casa ed eredità, agevolazioni fiscali, successione; l'unico aspetto pubblicistico è legato alla possibilità per il partner extracomunitario di aver diritto al permesso di soggiorno dopo aver siglato il partenariato civile.

La **Croazia** dal 2003 riconosce le unioni civili a coppie di persone dello stesso o differente, garantendo un nucleo ristretto di diritti privati sull'eredità ed in materia di agevolazioni fiscali.

L'**Austria** nel 2010, ha approvato il disegno sulle unioni civili esclusivo per le coppie *same-sex*. I *partners* che registrano un unione civile hanno gli stessi doveri matrimoniali di assistenza morale e materiale nonché di collaborazione e di rispetto reciproco. I conviventi potranno a loro scelta prendere lo stesso nome di famiglia, godono di diritti successori reciproci e in caso di morte il partner superstite ha diritto alla pensione vedovile, si ha diritto al congedo straordinario retribuito di assistenza in caso di grave malattia del convivente. Dal punto di vista pubblicistico il convivente extracomunitario ottiene il titolo di soggiorno, ed in caso di scioglimento dell' unione civile il convivente meno abbiente durante il periodo di separazione ha diritto al mantenimento, ma sono esclusi diritti in materia di affidamento congiunto o di adozione di minori.

Dal 2006 la **Slovenia** riconosce alle coppie dello stesso sesso le unioni civili, che a differenza dei casi sopra-elencati costituiscono una garanzia minima di diritti nell'ambito del possesso di immobili e di eredità. Altri diritti di natura privata come quelli in materia pensionistica sono esclusi.

Dal 2009 l'**Ungheria** è l'altro Paese dell'*ex* blocco comunista ad riconoscere le unioni civili alle coppie dello stesso sesso prevedendo una disciplina che riconosce diritti nel campo ereditario e forme di agevolazioni fiscali. In origine le unioni civili erano previste anche per le coppie eterosessuali, ma è intervenuta la Suprema Corte Ungherese sent. n°32/2010 che ha ritenuto incostituzionale la disciplina sulle unioni civili in questa parte. Questa decisione attraverso un riferimento al contesto europeo (sia nazionale che sovranazionale) ed internazionale (CEDU) richiama la tradizione sul matrimonio, a cui si è fatto

riferimento in apertura del capitolo. Nel caso di specie l'istituto del matrimonio trova un vincolo di carattere costituzionale nell'esclusività della regolamentazione dei soli rapporti eterosessuali, quindi qualsiasi ulteriore istituto finalizzato a questo scopo si ritiene incostituzionale.

“(…) A exigência de acesso a uma instituição tida por conservadora e reprodutiva da heteronormatividade e do patriarcado resulta criadora de dinâmicas de transformação não por carecer de radicalidade “revolucionária” (por exemplo, a abolição pura e simples do casamento), mas justamente por, ao ser igualitarista, parecer ser “integracionista” (...).

MIGUEL VALE DE ALMEIDA, *O Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo: Um Esboço do Debate no Espaço Público*, 2005

V CAPITOLO

DAL RICONOSCIMENTO IN COSTITUZIONE DELL’“ORIENTAÇÃO SEXUAL” AL “CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO”

Sommario: 1. L’evoluzione della disciplina portoghese sulla *família* e sul *casamento*; 1.1 Premessa; 1.2 Gli anni della prima Rivoluzione repubblicana; 1.3 Il regime dello *Estado Novo*; 1.4 La vigente disciplina; 2. *O direito de constituir família* distinto dal *direito de contrair casamento na constituição portuguesa*; 3. La disciplina lusitana sulla *proteção jurídica das uniões de facto e de situações de economia comum*; 4. *Casamento entre pessoas do mesmo sexo*: sentenze n. 359/2009- n. 121/2010, legge n. 9/2010; 5. Il tassello mancante: *projeto de lei n. 278/XI sobre a possibilidade de co-adoção pelo cônjuge ou unido de facto do mesmo sexo*

1. L’EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA PORTOGHESE SULLA “FAMÍLIA” E SUL “CASAMENTO”

1.1 PREMESSA

In Portogallo gli interventi normativi sull’orientamento sessuale si inseriscono nel rinnovamento socio-giuridico del Paese seguito alla rivoluzione del 1974. Gli interventi più significativi oltre a quelli sopra elencati sono stati: l’estensione della disciplina sulle unioni di fatto dalle coppie eterosessuali alle coppie dello stesso sesso nel 2001, il riconoscimento in Costituzione dell’orientamento sessuale quale fattore di non discriminazione nel 2004 (oggetto di approfondimento nel III

capitolo), l'introduzione nel 2010 del matrimonio tra persone dello stesso sesso che esclude però la possibilità dell'adozione.

L'attuale disciplina sul matrimonio e sulla famiglia, più che altri ambiti giuridici può ritenersi direttamente collegata alla disciplina sul *tema de quo*, poiché in essa si è registrata negli ultimi anni un forte rinnovamento normativo legato all'attualizzazione a livello positivo dei tradizionali valori cristiani portanti la società portoghese, che durante il regime di Salazar hanno dominato l'intera disciplina statale.

Quest'avanzamento normativo è stato reso possibile solo a seguito del pieno e sostanziale riconoscimento a livello normativo e sociale di tutte le componenti del modello di famiglia "tradizionale", in particolare delle donne; solo l'apertura verso il riconoscimento pieno della sessualità delle donne ha reso possibile il successivo sviluppo delle politiche per il riconoscimento di diritti alle minoranze sessuali.

1.2 GLI ANNI DELLA PRIMA RIVOLUZIONE REPUBBLICANA

La prima Rivoluzione repubblicana sul suolo lusitano si concluse il 5 ottobre 1910, con il rovesciamento della monarchia costituzionale e la proclamazione della *República Democrática Português*. I rivoluzionari insediatosi al potere con un progetto di rapido ammodernamento del Paese erano di estrazione massonico-borghese spinti da idee politiche progressiste, anticlericali ed atee.

Dopo che per lungo tempo il Portogallo si era autodefinito "*um Estado inteiramente confessional*"¹, la laicizzazione dello Stato fu il primo obiettivo del neo-Governo.

La *lei da separação* del 1910, recepita nella *Constituição da República Português* - 1911 al quinto comma dell'art. 2, riconoscerà l'eguaglianza civile e politica di tutti i culti determinando *de facto* l'annullamento del rapporto privilegiato con la Chiesa Cattolica, caratterizzatosi da una vera e propria "fisica" contrapposizione

¹ Il ruolo riservato alla religione Cattolica, prima della rivoluzione liberale è rilevante, la religião Católica Apostólica Romana è considerata religião da Nação Português (art. 25, Cost. 1822), religião do Reino (art. 26 Cost. 1826), religião do Estado (art. 3, Cost.1838)

con le istituzioni ecclesiastiche prevedendosi anche l'espulsione degli ordini religiosi dal territorio portoghese.²

Questa nuova politica anticlericale ed atea sarà bollata con una scomunica da Papa Pio X nell'enciclica *Jandum in Lusitania* del 1911, ma avrà dei riflessi progressisti nella disciplina sulla famiglia inimmaginabili pochi anni prima.

La Costituzione del 1911 non disciplina direttamente in materia di famiglia e di matrimonio delegando la materia al legislatore.³

Il legislatore già prima dell'entrata in vigore della Costituzione interverrà in materia con la *lei do casamento como contrato civil* del 1910, che modificherà la versione originaria del *Código Civil "de Seabra"* del 1866⁴, attraverso il riconoscimento del matrimonio civile quale modello di coniugio obbligatorio ritenuto nella versione originaria del codice civile "facoltativo", ovvero, le coppie che avessero voluto sposarsi con il matrimonio cattolico avrebbero preventivamente dovuto farlo ricorrendo al rito civile.

Per la prima volta nella storia portoghese fu introdotto l'istituto del divorzio con la "*lei do divórcio*" del 1910, rivoluzionando la visione classica del matrimonio quale vincolo indissolubile introducendo l'equiparazione del ruolo dei coniugi.

L'impatto di queste riforme fu sul piano legislativo formale dirompente, meno o quasi nullo lo fu sul piano sociale.

Quest'esperienza legislativa illuminata sulle politiche della famiglia e del matrimonio durerà pochi anni, impedendo *de facto* che un suo consolidamento positivo potesse trasformarsi in un cambiamento dei costumi sociali.

Dopo un'iniziale consenso ampiamente diffuso per i rivoluzionari seguì un crescente malcontento nella popolazione, d'altronde il Governo era stato eletto con un sistema elettorale che escludeva dalla partecipazione politica ampi strati della popolazione.

Gli eletti si erano attestati su posizioni troppo progressiste rispetto ad una popolazione analfabeta senza coinvolgerla, perché "*tutto sommato la*

² Al comma 12 dell' art. 2 della Costituzione del 1911 è prevista l' espulsione dal territorio portoghese degli ordini religiosi: "É mantida a legislação em vigor que extinguiu e dissolveu em Portugal a Companhia do Jesus, as sociedades nela filiadas, qualquer que seja a sua denominação, e todas as congregações religiosas e ordens monásticas, que jamais serão admitidas em território português".

³ Al comma 33 dell' art. 2 della CRP-1911, è prescritto che: "O estado civil e os respectivos registos são da exclusiva competência da autoridade civil", e all' art.4 è invece disciplinato che: "A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma do governo que ela estabelece e dos princípios que consigna ou constam de outras leis."

⁴ Questo codice civile, pur con successive rilevanti modifiche rimarrà in vigore per cent'anni fino al 1966 anno di approvazione del vigente codice civile portoghese.

disprezzava”⁵, ed la crescente crisi economica a cavallo della prima guerra mondiale senza che il governo avesse la capacità di risolverla fu il colpo di grazia per una rivoluzione politica poco attenta alla realtà per portarvi in essa concretamente la propria carica riformista.

1.3 IL REGIME DELLO “ESTADO NOVO”

Il 28 maggio del 1926, non fu difficile per i militari sottrarre il potere ad una classe dirigente che si “*era alienata da qualsiasi tipo di appoggio*”⁶.

L’insediamento al potere dei militari aprì l’ascesa al potere del dittatore economista Antonio Salazar, prima offrendogli nel 1926 l’incarico a ministro dell’economia che lasciòlo dopo cinque giorni lo riprese nel 1928, riportando il bilancio in pari dopo una dura manovra economica; visti gli ampi consensi suscitati tra i militari ed la popolazione nel 1932 fu nominato dal Presidente della Repubblica alla carica di Presidente del Consiglio dei Ministri, carica che manterrà a pieni poteri fino al 1968.

Durante gli anni del regime salazarista il modello di Stato venutosi ad instaurare è il cosiddetto “*Estado Novo*”⁷ con forti poteri incentrati nelle mani del Capo del Governo, nonostante un’apparente democraticità delle istituzioni fosse mantenuta attraverso regolamentari elezioni dell’Assemblea Parlamentare e del Presidente della Repubblica. Attualmente queste elezioni avvengono a suffragio universale, come già previsto dalla versione della Costituzione del 1933, ma che per un breve periodo fino alla fine del regime dittatoriale con la revisione della Costituzione del 1958 furono affidate ad un gruppo ristretto di membri dell’Assemblea, in modo da allontanare il Capo dello Stato dalle scelte partitico-parlamentari.

⁵ G. ADINOLFI, *Una Dittatura*, Storia in network, Milano, 2000

⁶ G. ADINOLFI, op. cit.

⁷ L. C. DE MENDONÇA, *As origens do Código Civil de 1966: esboço para uma contribuição*, Analise Social, vol. xviii (72-73-74), Lisboa, 1982

Salazar, no célebre discurso da Sala do Risco, proferido por ocasião das comemorações do quarto aniversário da Revolução Nacional, caracterizava com uma única palavra -desordem— a situação do regime derrubado: desordem financeira, desordem económica, desordem social e desordem política. As forças da ditadura lançam-se então na «batalha da ordem» e substituem os princípios da liberdade, da democracia e da soberania do povo pelos de ordem, autoridade, disciplina, coordenação social, defesa da Nação e consolidação do Estado.

O chamado Estado Novo, tradução ao nível político da «nova ordem das coisas», designação que aliás só começará a ser utilizada depois de 1930, além de social e corporativo, afirma-se como Estado forte, ainda que autolimitado pela cristã e pelo direito, dotado de um executivo forte, pois, como Salazar dizia, «não há Estado forte onde o poder executivo o não é».

Il sistema dittatoriale riuscirà sistematicamente a controllare il risultato delle elezioni con la creazione di un partito unico chiamato l'“*União Nacional*” che riuniva le differenti forze politiche allineate al regime, oltre che grazie alla repressione di tutte le forme di effettiva opposizione.

Gli anni immediatamente successivi all'instaurazione del regime militare e quelli della dittatura di Salazar saranno caratterizzati da una politica di contro-reação alle riforme del decennio precedente.

La disciplina in materia di famiglia riprenderà la sua originaria dimensione conservatrice, così come il *Código Civil “de Seabra”* del 1866 aveva disposto prima che intervenissero le riforme della prima Repubblica.

La politica sulla famiglia e sul matrimonio del regime di Salazar si ispirerà tra l'altro al cattolicesimo di stampo fascista ed alla dottrina sociale della Chiesa Cattolica, ricevendone da quest'ultima una benedizione e un appoggio diretto durante il pontificato di papa Pio XII⁸; i rapporti con la Chiesa Cattolica saranno immediatamente ricuciti sul piano informale e successivamente rinsaldati da un Concordato nell'ottobre 1940.

Il concordato rappacificatore⁹ contenne delle disposizioni per cui lo Stato riconosceva gli effetti civili al matrimonio canonico,¹⁰ ma in quanto la Chiesa Cattolica considera il matrimonio un vincolo indissolubile, lo Stato si impegnava

8 M. FRERE, *Tutta la Verità su Fatima*, Volume II, ss. 412, New York, 1989

Salazar ricevette il plauso e la benedizione di Papa Pio XII per la sua politica, fortemente ispirata ai valori cattolici. Pio XII disse: “Lo benedico con tutto il mio cuore, ed esprimo il mio più ardente desiderio affinché egli sia in grado di completare con successo il suo lavoro di ristorazione nazionale, sia spirituale che materiale.”

9 Il concordato sarà oggetto di una successiva sostanziale modifica nel 1974 con il protocollo additivo riguardante il divieto di divorzio per il matrimonio cattolico, e verrà sostituito da un nuovo concordato nel 2004.

10 CONCORDATA CONCORDATA ENTRE A SANTA SÉ E A REPÚBLICA PORTUGUESA-Maio de 1940- Artigo 22.º

“*O Estado Português reconhece efeitos civis aos casamentos celebrados em conformidade com as leis canónicas*, desde que a acta do casamento seja transcrita nos competentes registos do estado civil.

As publicações do casamento far-se-ão não só nas respectivas igrejas paroquiais, mas também nas competentes repartições do registo civil.

Os casamentos in articulo mortis, em iminência de parto, ou cuja imediata celebração seja expressamente autorizada pelo Ordinário próprio por grave motivo de ordem moral, poderão ser contraídos independentemente do processo preliminar das publicações.

O pároco enviará dentro de três dias cópia integral da acta do casamento, à repartição competente do registo civil para ser aí transcrita; a transcrição deve ser feita no prazo de dois dias e comunicado pelo funcionário respectivo ao pároco até ao dia imediato àquele em que foi feita com indicação da data.

O pároco que, sem graves motivos, deixar de enviar a cópia da acta, dentro do prazo, incorre nas penas de desobediência qualificada; e o funcionário do registo civil que não fizer a transcrição no tempo devido incorrerá nas penas cominadas pela lei orgânica do serviço.”

Artigo 23.º

“O casamento produz todos os efeitos civis desde a data da celebração se a transcrição for feita no prazo de sete dias. Não o sendo, só produz efeitos relativamente a terceiros, a contar da data da transcrição.

Não obsta à transcrição a morte de um ou ambos os cônjuges.”

a negare il ricorso al divorzio per coloro che optavano per il “*casamento católico*”¹¹, questa disposizione con il decreto n° 30615 del 25 luglio del mese di maggio dello stesso anno in cui fu approvato il concordato sarà inserita nel codice civile all’art.1790¹²; inoltre il matrimonio civile ritenuto precedentemente obbligatorio durante il regime tornerà ad essere facoltativo.

Lo Stato portoghese riconosceva una competenza esclusiva ai tribunali ecclesiastici in materia di pronunciamento su un matrimonio rato o non consumato o nel caso di dichiarazione di nullità del sacramento del matrimonio.¹³

Mentre nella Costituzione seguita all’instaurazione della Prima Repubblica la disciplina sulla tutela della famiglia e del matrimonio è rimessa al legislatore, nella Costituzione dello “*Estado Novo*” denominata “*Constituição Política da República Português*” CRP-1933, entrata in vigore ad un anno dall’insediamento di Salazar alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, viene previsto il titolo terzo specifico per le politiche familiari rubricato “*Da família*”¹⁴.

All’art. 11 CRP-1933, primo articolo del titolo, è evidenziata la volontà politica di porre la famiglia alla base dello Stato “*...(..)fundamento de toda a ordem política pela sua agregação e representação na freguesia e no município*”, la famiglia è considerata portatrice dei valori della Nazione ancorati ai valori cristiani; la famiglia fondata sul matrimonio eterosessuale cattolico è la fonte e la conservazione di una società che il regime vuole armoniosa e legata fortemente alle proprie origini contadine ed intatta al passaggio del tempo.

11 CONCORDATA ENTRE A SANTA SÉ E A REPÚBLICA PORTUGUESA-Maio de 1940- Artigo 24°
“Em harmonia com as propriedades essenciais do casamento católico, entende-se que, pelo próprio facto da celebração do casamento canónico, os cônjuges renunciarão à faculdade civil de requererem o divórcio, que por isso não poderá ser aplicado pelos tribunais civis aos casamentos católicos.”

¹² Nel biennio 1935-1936, prima della firma congiunta da parte del Portogallo e della Santa Sede del Concordato furono presentate in Parlamento due proposte di legge finalizzate all’abolizione totale del divorzio, le quali però non troveranno alcun seguito.

¹³ CONCORDATA ENTRE A SANTA SÉ E A REPÚBLICA PORTUGUESA-Maio de 1940- Artigo 25°
“O conhecimento das causas concernentes à nulidade do casamento católico e à dispensa do casamento rato e não consumado, é reservado aos tribunais e repartições eclesiásticas competentes.
As decisões e sentenças destas repartições e tribunais, quando definitivas subirão ao Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica para verificação, e serão, depois, com os respectivos decretos daquele Supremo Tribunal, transmitidas, pela via diplomática, ao Tribunal da Relação do Estado, territorialmente competente, que as tornará executivas e mandará que sejam averbadas nos registos do estado civil, à margem da acta do casamento.

¹⁴ La Costituzione delega al legislatore il compito di legiferare in materia patrimoniale, individuando i diritti di successione in linea retta o collaterale, e i diritti degli alimenti.

La funzione sociale della famiglia è dettagliata all'art. 11 CRP-1933: “(...) *fonte de conservação e desenvolvimento da raça*¹⁵ *como a base primária da educação, disciplina e harmonia social.*”

Dalla formulazione dell'art. 12 CRP-1933, “*a constituição da família assenta no casamento e filiação legítima*”¹⁶, emerge una visione della famiglia fondata esclusivamente sul matrimonio che pone su un piano differenziato tutti i rapporti che si formano al di fuori di essa.

Nei restanti commi dello stesso articolo 12 CRP-1933 viene precisata la differenza in termini di diritti e doveri tra la filiazione legittima e quella naturale, prevedendo che la famiglia si basi sugli uguali diritti e doveri che i coniugi hanno nei confronti dei soli “figli legittimi”, per il loro mantenimento e la loro educazione.

Mentre ai figli legittimi è garantito il pieno riconoscimento dei diritti perché coerente con l'ordine e la solidità della famiglia, ai figli nati fuori dal matrimonio all'art. 12 CRP- 1933 si riconoscono i soli diritti giustificati in ragione di un loro fabbisogno economico, ovvero, la legge fondamentale prevede che a questi devono essere loro garantiti i soli alimenti attraverso l'individuazione dei soggetti su cui grava quest'obbligo; ciò è giustificato dal “*disgusto borghese*”¹⁷ nutrito nei confronti dei figli naturali.

L'indirizzo costituzionale sul rapporto di filiazione, ovvero, sulla tutela congiunta da parte dei genitori nei confronti dei figli legittimi, è disatteso nella disciplina del codice civile; in esso è rimarcata la distinzione dei ruoli genitoriali: la madre è relegata dall'art 1882 al solo allattamento dei figli legittimi, mentre al padre spetta il dovere di proteggerli vista la patria potestà a lui riconosciuta all'art. 1881, quest'ultimo compito negato alla madre per il solo fatto di essere donna.

All'interno della famiglia durante il regime il marito-padre era considerato il capo assoluto della stessa “*O marido é o chefe da família*” artigo 1674 cui spettavano tutte le decisioni, ed in cui le mogli o donne della famiglia senza il suo assenso non avevano potere d'azione se non quando eventualmente riconosciuto loro dal giudice (*artigos 1676.º, n.º2, 2.parte, e 1696.º*).

¹⁵Durante gli anni della dittatura portoghese, come nelle dittature di Mussolini e di Hitler, il mito della razza sarà strutturato sulla supremazia della popolazione della Nazione appellata “razza”, rispetto alle popolazioni non bianche ed coloniali.

¹⁶ L' art. 29 della Costituzione italiana, richiama questa formulazione definendo questo tipo di famiglia il modello “*naturale*” della stessa.

¹⁷ L. C. DE MENDONCA, op. Cit, traduzione dell' autore della tesi

Il “*governo doméstico*” come disciplinato dall’art. 1677 del codice civile rimane però di competenza della donna-moglie che gode di ampi poteri nell’ambito casalingo per le incombenze quotidiane della famiglia; la legge ne legittima il ruolo di “*femme au foyer*”.

Nella disciplina in materia di eredità e successione il diritto successorio della moglie è posto nella gerarchia successoria solo dopo quello dei fratelli del marito a differenza del decreto del 31 ottobre del 1910 che fissava l’equo trattamento successorio tra i due coniugi. Inoltre, l’uomo in caso di morte della moglie ha diritto alla rendita vitalizia in base all’ art.1146 c.c., diritto analogo negato alla moglie.

Questa disparità dei ruoli familiari tra uomo e donna ad impronta definibile “*machista*”¹⁸ trovano il loro fondamento nella considerazione che lo “*Estado Novo*” ha della donna, la quale è considerata l’ultimo componente della famiglia disposta eventualmente per amore della famiglia all’atto di stipula del matrimonio a rinunciare alla propria condizione sociale ed economica.¹⁹

Il modello familiare portoghese durante gli anni in cui al potere è Salazar, rimase ancorato ad una tradizione cristiana, in cui il ruolo della donna era considerato secondario rispetto a quella dell’uomo, ed in cui la sessualità della donna considerata ai soli fini riproduttivi finiva per “auto-annullarsi”, senza che le madri potessero svolgere un ruolo giuridicamente riconosciute di protezione ed educazione dei figli; oltre a non essere loro riconosciuto alcun diritto se non vincolato e secondario a quello del marito.

Questa politica familiare portò ad una struttura a tal punto squilibrata nei rapporti tra i coniugi che in dottrina la disciplina legislativa sul tema è considerata “primitiva”²⁰

Nell’ agosto del 1968 una caduta da una sedia causò a Salazar costrinse il vecchio dittatore a lasciare il potere a favore del fedelissimo Marcelo Caetano che sembra aprire il Paese verso politiche di liberalizzazioni o comunque più riformiste rispetto al passato con il nuovo corso politico denominato “evoluzione

¹⁸ Da machismo <maçi-> s. m. [der. di macho]. – Esagerata e ridicola esibizione di virilità, basata sull’idea che il maschio sia superiore alla femmina, Treccani.it

¹⁹ «*Salazar e as mulheres*», in *Opção*, ano 11, n.º 68, ss. 51-54

²⁰ L. C. DE MENDONCA, op. cit

“O modelo de família do Código não é, na verdade, um útero externo onde o homem se prepara para a vida com a entajuda efectiva dos pais, mas uma «toca» onde reina uma quase primitiva divisão de funções.”

nella continuità”, ma lo “Estado novo” era troppo sedimentato nelle proprie strutture per essere riformato se non con una rivoluzione.

Nel tentativo di rinnovamento intrapreso da Caetano, fu revisionata la Costituzione all’art. 5 n. 2 con la *lei* n. 3 del 16 agosto del 1971 riconoscendo l’eguaglianza dei sessi e ritenendo legittimo il solo trattamento differenziato tra i coniugi giustificato su “ragioni naturali”.

Le discipline sulla famiglia sopra riportate, considerata la manifesta disparità tra i sessi in esse contenute presentavano quindi presumibilmente dei profili di incostituzionalità²¹ rispetto a quest’ultima modifica dell’articolo costituzionale, che non furono però mai dichiarate poiché secondo l’art. 122 della CRP-1933 il controllo di legittimità costituzionale spettava all’Assemblea parlamentare o al Governo (“*il controllore doveva controllare se stesso*”) o ai giudici dei tribunali di prima o seconda istanza, i quali piuttosto che dichiarare una norma incostituzionale preferivano disapplicarla creandosi nella prassi giurisprudenziale quella che è appellata una “*confusione normativa*”.²²

1.4 LA VIGENTE DISCIPLINA

Dopo circa ottanta anni dalla prima il succedersi degli avvenimenti legati alla crisi sociale ed economica del Paese portarono alla seconda rivoluzione democratica nella storia del Portogallo nel 1974.

21 L. C. DE MENDONCA, op. cit

A revisão constitucional de 1971 estabeleceu, no § 2.º do artigo 5.º, a plena igualdade dos sexos, ressalvada apenas quando razões fundadas na sua natureza impusessem uma diversidade de regime.

Passaram desde logo a estar inquinadas de inconstitucionalidade material uma enorme série de disposições, como a dos artigos 1636.º, alínea e); 1672.º; 1674.o; 1675.o; 1676.o; 1677.o; 1686.0; 1699.<>, alínea c); 1881.<, e 1882.<>

Não foi esta, porém, a opinião que vingou. A moral dominante irá recuperar no terreno da doutrina aquilo que eventualmente perdera no direito legislado. Para os mais condescendentes apenas seria inconstitucional o artigo 1699.º,

alínea c), proibindo que, por convenção antenupcial, os cônjuges atribuíssem a administração dos bens do casal à mulher fora dos casos previstos na lei. Para os mais ortodoxos, nem isso seria possível. A mulher escolheria entre a igualdade e o casamento, tomado este com o mesmo espírito de sacerdócio com que se entra para um convento.

22 O. PINTO, *No Campo da Justiça*, Porto, 1914

“(..)os juízes não anulam nem revogam decretos. Apenas lhes podem negar cumprimento no caso ocorrente que têm a julgar. Fora desse caso, o diploma fica com a mesma força e vigor. Pela independência dos julgadores, seguindo cada um o seu critério jurídico, negado cumprimento em um ponto do País, pode tê-lo em outros pontos. Seriam leis diversas a regular a mesma questão! Seria a incerteza dos direitos, a desordem, a confusão!(..)”.

Le riforme di Caetano e le sporadiche aperture alla democraticità non bastarono a salvaguardare le strutture del regime; nella notte tra il 24 ed il 25 aprile 1974, ancora una volta i militari, sempre presenti nei passaggi cruciali della storia portoghese, diedero vita a quella che va sotto il nome di “*Rivoluzione dei garofani*.”²³

I cambiamenti sociali che caratterizzano gli anni immediatamente successivi alla Rivoluzione manifestano i loro riflessi nella disciplina costituzionale e legislativa in materia di famiglia, così come oggi vigente.

La rivoluzione del 25 aprile del 1974 non aprì solamente il Portogallo verso la democratizzazione, ma dopo anni di conservatorismo la visione del nucleo familiare venne completamente innovata.

Le donne dopo che il regime le aveva messe in una condizione di sub-alternanza rispetto all’uomo cominciarono a divenire protagoniste di questa nuova epoca,²⁴ le portoghesi prenderanno direttamente parte ai processi legislativi e rivendicheranno il riconoscimento del loro ruolo sessuale quindi sociale.

L’iniziale apertura sociale e giuridica alle donne, quindi il riconoscimento pieno della loro sessualità nell’ambito familiare, ha consentito i successivi sviluppi sociali e giuridici sulle politiche rispetto alle minoranze sessuali.

Se nella CRP-1933 all’art. 11 la famiglia è tutelata dallo Stato in quanto posta a fondamento dell’ordine politico dello stesso, nella CRP-1976 all’art. 67.1 lo Stato la riconosce quale fondamento della società impegnandosi a tutelare lo sviluppo personale dei propri componenti,²⁵ garantendosi tra i diritti rientranti nella tutela

23 I garofani furono donati ai militari dalle donne *lisboetas*, durante la notte della rivoluzione al loro passaggio, i quali li inserirono nelle canne delle armi, divenendo quest’immagine un simbolo della rivoluzione diffusosi a livello internazionale.

²⁴M. GOMES, *Il lato femminile della Rivoluzione dei garofani*, Storia e Futuro N. 25, Febbraio 2011

“(…) Anche se i movimenti sociali a cui prendevano parte non sempre esprimevano rivendicazioni inerenti la “questione femminile”, il 25 aprile toccò nell’intimo le donne, mobilitando il loro talento e le loro capacità, dando loro la parola negli scioperi e nelle manifestazioni, nei sindacati o nelle assemblee dei lavoratori. E se concentriamo l’attenzione su questo impeto discorsivo, spontaneo o frutto di riflessione, è perché in passato la condizione femminile aveva sofferto a causa del conservatorismo di un’organizzazione politica e sociale resistente al cambiamento e che attribuiva agli uomini e alle donne funzioni sociali “naturalmente” diverse. Ci riferiamo ai quasi cinquant’anni di regime totalitario di Salazar e del suo delfino Marcelo Caetano che va sotto il nome di Estado Novo. Ne “Il secondo sesso”, Simone de Beauvoir si oppone strenuamente all’interpretazione che vuole la passività femminile come un dato biologico proprio della donna. Beauvoir (1974, 26) sostiene invece che quel destino passivo lo è stato “imposto dai suoi educatori e dalla società”. Tale affermazione assume carattere assiomatico quando la applichiamo alla società pensata e costruita da Salazar. La dittatura cercò infatti, con insistenza, di strumentalizzare la differenza tra i sessi in favore di stereotipi precisi, relegando la donna all’ambito domestico e familiare. Questa riconfigurazione della differenza definì e accentuò lo statuto subalterno femminile durante il periodo dell’Estado Novo.(…)”

²⁵ CRP-1976 art 67.1

“A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros.”

alla privacy all'art. 26.1 CRP-1976 “à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.”

Sulla falsariga dell' art.13 della CRP-1933 all'art.67. 2 della CRP del 1976 vengono elencati gli obblighi spettanti allo Stato rispetto alla tutela della famiglia, il cui contenuto a differenza della versione precedente che prevedeva tra l'altro all'art. 13. 5 CRP-1933 quale obbligo a carico dello Stato di prendere misure al fine di evitare una corruzione dei costumi sociali sulla famiglia²⁶ non si caratterizzano per una politicizzazione del nucleo familiare, ma piuttosto per lo sviluppo di politiche miranti ad riconoscerne le evoluzioni sociali della stessa.

Gli obblighi che lo Stato si assume nel secondo comma dell'art. 67,²⁷ meglio sviluppati anche in successive disposizioni dello stesso titolo costituzionale, coprono l'intera struttura familiare considerando i differenti soggetti che la compongono con le loro esigenze .

La disciplina costituzionale mira ad assicurare supporti economici agli aggregati familiari in grado di garantire una indipendenza economica e sociale degli stessi,²⁸ impegnandosi a regolare le imposte e i benefici sociali in considerazione dei carichi sociali delle famiglie, questa previsione riprende quella contenuta nella CRP-1933 all'art.13; a seguito della revisione costituzionale del 2004 è stato previsto l'obbligo del legislatore di sviluppare politiche che possano conciliare la vita professionale con quella familiare.

²⁶ CRP-1933 art. 13. 5

“Tomar todas as providência no sentido de evitar a corrupção dos costumes”

²⁷ CRP-1976 art. 67.2 (Família)

2. Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família:

- a) Promover a independência social e económica dos agregados familiares;
- b) Promover a criação e garantir o acesso a uma rede nacional de creches e de outros equipamentos sociais de apoio à família, bem como uma política de terceira idade;
- c) Cooperar com os pais na educação dos filhos;
- d) Garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes;
- e) Regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana;
- f) Regular os impostos e os benefícios sociais, de harmonia com os encargos familiares;
- g) Definir, ouvidas as associações representativas das famílias, e executar uma política de família com carácter global e integrado;
- h) Promover, através da concertação das várias políticas sectoriais, a conciliação da actividade profissional com a vida familiar.

²⁸ CRP-1976 art. 104.1(Impostos)

- 1. O imposto sobre o rendimento pessoal visa a diminuição das desigualdades e será único e progressivo, tendo em conta as necessidades e os rendimentos do agregado familiar.

In Costituzione viene posta l'attenzione sulle politiche dell'infanzia attraverso tra l'altro la creazione di una rete nazionale di asili nido e la tutela specifica ai bambini orfani.²⁹

Il ruolo della paternità e della maternità sono meglio supportati da parte dello Stato, non finalizzati specie per le madri come era durante gli anni del regime unicamente all'allattamento dei loro figli legittimi, bensì la funzione educativa è riconosciuta ad entrambi i coniugi assicurando già a livello costituzionale una disciplina di favore per le madri quando queste lavorano.³⁰

L'articolo 36 CRP-1974 al punto 3. riprendeva la disciplina dell'art. 13 CRP-1933 rispetto agli obblighi dei genitori nei confronti dei figli, prevedendo che i genitori hanno l'obbligo di educazione dei figli differenziandone i ruoli tra padre e madre, successivamente la revisione costituzionale del 1989 ha previsto che i coniugi hanno gli "stessi" diritti e doveri quanto alla capacità civile e politica ed al mantenimento ed educazione dei figli.³¹

La distinzione tra la filiazione legittima e quella naturale viene eliminata, ai figli nati fuori dal matrimonio devono essere riconosciuti gli stessi diritti di quelli nati nel matrimonio evitando qualsiasi forma di discriminazione anche quella dovuta all'utilizzo di appellativi discriminatori, la tutela del minore diventa prioritaria rispetto ad una valutazione dei rapporti umani su base di pregiudizi morali.³²

Lo Stato si impegna ad assicurare strutture giuridiche e tecniche che permettano l'adozione attraverso l'esercizio di una maternità o paternità cosciente,

²⁹CRP-1976 art.69 (Infância)

1. As crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições.

2. O Estado assegura especial protecção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal.

3. É proibido, nos termos da lei, o trabalho de menores em idade escolar.

³⁰ CRP-1976 art. 68 (Paternidade e maternidade)

1. Os pais e as mães têm direito à protecção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível acção em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação, com garantia de realização profissional e de participação na vida cívica do país.

2. A maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes.

3. As mulheres têm direito a especial protecção durante a gravidez e após o parto, tendo as mulheres trabalhadoras ainda direito a dispensa do trabalho por período adequado, sem perda da retribuição ou de quaisquer regalias.

4. A lei regula a atribuição às mães e aos pais de direitos de dispensa de trabalho por período adequado, de acordo com os interesses da criança e as necessidades do agregado familiar.

³¹CRP 1976, Art. 36,3.

"Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos."

5. Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.

³² CRP 1976, Art. 36, 4.

"Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação."

assicurando anche che le procedure adottive siano celeri per evitare forme di traumatismi al minore,³³ la disciplina sull'adozione è rimessa alla legge: artt. 1586 e 1973 ss. del codice civile, *decreto-lei* n. 314 del 1978, *decreto-lei* n.185 del 1993, quest'ultimo intervento a seguito dell'adesione del Portogallo alla Convenzione europea sull'adozione dei minori, e la recente *lei* n. 31 del 2003.

A seguito della revisione costituzionale del 1997 lo Stato si obbliga a regolamentare la procreazione medicalmente assistita impegnandosi a garantirla in modo da salvaguardare la dignità umana, che è attualmente riconosciuta alle sole coppie eterosessuali.³⁴

La terza età rientrando nelle politiche familiari gode di una specifica attenzione in Costituzione al fine di superare la marginalizzazione sociale o l'isolamento per le persone anziane, in modo da assicurare alle stesse una partecipazione attiva nella vita della comunità.³⁵

Godono inoltre di una specifica attenzione nella legge fondamentale portoghese, quale tutela nell'ambito della famiglia: l'adolescenza³⁶ e le persone diversamente abili.³⁷

³³ CRP-1976 art. 36.7

7. A adopção é regulada e protegida nos termos da lei, a qual deve estabelecer formas céleres para a respectiva tramitação.

CRP-1976 art. 67.2 (Família)

d) Garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes;

³⁴ CRP-1976 art. 67.2 (Família)

e) Regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana;

³⁵ CRP-1976 art. 72

“Terceira idade”

1. As pessoas idosas têm direito à segurança económica e a condições de habitação e convívio familiar e comunitário que respeitem a sua autonomia pessoal e evitem e superem o isolamento ou a marginalização social.

2. A política de terceira idade engloba medidas de carácter económico, social e cultural tendentes a proporcionar às pessoas idosas oportunidades de realização pessoal, através de uma participação activa na vida da comunidade.

³⁶ CRP-1976 art 70 (Juventude)

1. Os jovens gozam de protecção especial para efectivação dos seus direitos económicos, sociais e culturais, nomeadamente:

- a) No ensino, na formação profissional e na cultura;
- b) No acesso ao primeiro emprego, no trabalho e na segurança social;
- c) No acesso à habitação;
- d) Na educação física e no desporto;
- e) No aproveitamento dos tempos livres.

2. A política de juventude deverá ter como objectivos prioritários o desenvolvimento da personalidade dos jovens, a criação de condições para a sua efectiva integração na vida activa, o gosto pela criação livre e o sentido de serviço à comunidade.

3. O Estado, em colaboração com as famílias, as escolas, as empresas, as organizações de moradores, as associações e fundações de fins culturais e as colectividades de cultura e recreio, fomenta e apoia as organizações juvenis na prossecução daqueles objectivos, bem como o intercâmbio internacional da juventude.

³⁷ CRP 1976-art 71 (Cidadãos portadores de deficiência)

Il nuovo corso nelle politiche familiari portoghesi è evidenziato anche dalla volontà costituzionalmente legittimata per cui lo Stato si pone in ascolto delle associazioni rappresentative della famiglia al fine di sviluppare una politica della famiglia a carattere globale ed integrato contenuta nel punto g del secondo comma all'art. 67 CRP-1976.

La volontà del costituente portoghese di svincolare il matrimonio dall'istituzione religiosa riportandolo ad una dimensione sociale laddove l'obiettivo principale da parte dello Stato sia quello di tutelare i rapporti di natura affettiva e sessuale che possono svilupparsi nella realtà emerge dalla disposizione sul divorzio al secondo comma dell'art. 36 CRP-1976.

Prima ancora che la disposizione costituzionale dell'art. 36 fosse promulgata, il divorzio "*independentemente da forma de celebração*" è stato introdotto dal decreto-lei n. 261 del 1975 con un protocollo aggiuntivo di modifica all'art. XXIV del Concordato con la Chiesa cattolica versione 1941, abrogando anche la disposizione del codice civile l'art. 1790 cc.

L'art. 15 del Concordato tra Santa Sede e Portogallo versione del 2004 conferma che a coloro che abbiano contratto il matrimonio canonico non è impedita la facoltà civile di ricorrere al divorzio, pur ribadendo che "*a doutrina da Igreja Católica é construída sobre a indissolubilidade do vínculo matrimonial*".³⁸

In materia di matrimonio e di divorzio sono intervenute delle successive disposizioni il decreto-lei n. 163 del 1995 e la lei n. 47 del 1998, che hanno modificato le discipline del codice civile in materia di matrimonio e di divorzio (consensuale e giudiziale). A seguito della promulgazione della Costituzione del 1976 tra i mutamenti nella disciplina costituzionale relativa alla famiglia si segnalano: il riconoscimento degli eguali diritti e doveri ai coniugi,

1. Os cidadãos portadores de deficiência física ou mental gozam plenamente dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição, com ressalva do exercício ou do cumprimento daqueles para os quais se encontrem incapacitados.

2. O Estado obriga-se a realizar uma política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias, a desenvolver uma pedagogia que sensibilize a sociedade quanto aos deveres de respeito e solidariedade para com eles e a assumir o encargo da efectiva realização dos seus direitos, sem prejuízo dos direitos e deveres dos pais ou tutores.

3. O Estado apoia as organizações de cidadãos portadores de deficiência.

³⁸ CONCORDATO TRA SANTA SEDE E PORTOGALLO, 2004 Articolo 15

1. Celebrando il matrimonio canonico, i coniugi assumono per ciò stesso, di fronte alla Chiesa, l'obbligo di attenersi alle norme canoniche che lo regolano e, in particolare, di rispettarne le proprietà essenziali.

2. La Santa Sede, mentre riafferma la dottrina della Chiesa Cattolica circa l'indissolubilità del vincolo matrimoniale, ricorda ai coniugi, che hanno contratto matrimonio canonico, il grave dovere, che ad essi incombe, di non valersi della facoltà civile di chiedere il divorzio.

l'annullamento della distinzione tra figli legittimi e naturali, il riconoscimento di diritti alle donne in materia successoria. In applicazione dei precetti costituzionali furono apportate dal decreto-lei n. 496 del 1977 modifiche su un centinaio di disposizioni del codice civile, redatto dalla *Comissão de Revisão do Código Civil* istituita nel 1974 e presieduta da Isabel Magalhaes Colaço, autorevole giurista portoghese e prima donna ad aver ottenuto la titolarità di una cattedra presso la *Faculdade de direito dell' Universidade de Lisboa*.

2. O DIREITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA DISTINTO DAL DIREITO DE CONTRAIR CASAMENTO NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUÊSA

La Costituzione lusitana si struttura secondo i modelli delle Costituzioni italiana e tedesca, ma in materia di famiglia diverge da quella italiana in particolare quando riconosce il diritto alla famiglia distinto dal diritto al matrimonio, ovvero, quale diritto personale di ciascuno indipendente dal riconoscimento del rapporto coniugale.

L'art 36 della CRP del 1976 rubricato "*Família, casamento e filiação*" ed inserito nel titolo II sui "*Direitos, liberdades e garantias*" al capo I "*Direitos, liberdades e garantias pessoais*" distingue tra il diritto a costituire famiglia ed il diritto al matrimonio: "*Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.*"

L'art. 29 della Costituzione italiana inserito nella parte prima rubricata "Diritti e doveri dei cittadini" al titolo II "Rapporti Etico-Sociali" legittima la famiglia quale nucleo sociale fondato sul matrimonio: "*La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*"; quindi il diritto alla famiglia contestualizzato nell'ambito del rapporto coniugale sarebbe legittimato quale diritto personale solo in funzione del rapporto coniugale, in tal senso interpretazioni differenti di questo principio sono riportate nel prosieguo.

Al contrario della legge fondamentale italiana nella disciplina costituzionale portoghese si assiste al disconoscimento del concetto della "*família matrimonializada*"³⁹, ovvero, si ritiene che siano meritevoli di tutela giuridica sia

³⁹ J.J. GOMES CANOTILHO e V. MOREIRA, *Constituição da República Português Anotada*, Coimbra, 2007

il nucleo familiare fondato sul matrimonio sia i rapporti affettivo-sessuali non istituzionalizzati con il matrimonio ma esistenti *de facto*.

Bisogna però precisare che questa disciplina costituzionale non è da impedimento a che le discipline sulle unioni fondate sul matrimonio e quelle riguardanti le unioni *de facto* siano differenziate, purché però questi trattamenti siano assolutamente legittimi, non arbitrari né irragionevoli.⁴⁰

Nella Costituzione portoghese si distingue tra libertà e diritti civile da una parte, e diritti economici sociali e culturali dall'altra, con un corrispondente dualismo di regimi: uno comune e generale per tutti i diritti fondamentali, ed uno specifico per la prima categoria di diritti, tra cui rientra anche il diritto alla famiglia..

La scelta del Costituente portoghese di collocare il diritto di famiglia distinto dal diritto al matrimonio all'art. 36 CRP-1976 e non tra le ulteriori disposizioni sulla famiglia agli artt. 67-72 CRP-1976 non è secondaria, in quanto in questo modo il Costituente ha voluto che il diritto alla famiglia ed il diritto al matrimonio fossero "*directamente aplicáveis*" e vincolanti direttamente "*as entidades públicas e privadas*", così come disposto dall'art. 18.1 CRP-1976 "*Força jurídica*" per le disposizioni contenute nel titolo II sui "*Direitos, liberdades e garantias*"; inoltre, queste materie rientrano in base all'art. 288 CRP-1976, tra i limiti materiali di revisione costituzionale, pertanto sono di esclusiva competenza parlamentare, salvo una delega legislativa da parte dell'*Assembleia da República o Governo*.

3. LA DISCIPLINA LUSITANA SULLA *PROTEÇÃO JURÍDICA DAS UNIÕES DE FACTO E DE SITUAÇÕES DE ECONOMIA COMUM*

Nel *trend* europeo della legittimazione di forme di convivenze eterosessuali o dello stesso sesso alternative al matrimonio, come approfondito nel terzo capitolo, vanno inserite le discipline portoghesi della *lei* n. 6/2001 rubricata "*Adopta medidas de protecção das pessoas que vivam em economia comum*, e la *lei* n. 7/2001 rubricata "*Adopta medidas de protecção das uniões de facto*" la quale abrogando al suo art. 10 la *lei* n. 135/1999 "*Adopta medidas de protecção da uniao de facto*" ha disposto una disciplina organica sulle unioni di fatto,

⁴⁰ A. CIAMMARICONI, *Le dinamiche evolutive della tutela giuridica della famiglia e del matrimonio nell'ordinamento portoghese*, Diritto Pubblico Comparato ed Europeo Fascicolo 2, 2010

estendendo la disciplina originariamente riservata alle sole coppie eterosessuale anche alle coppie formate da persone dello stesso sesso.

L'adeguamento alla prassi legislativa europea emerge tra l'altro oltre al contenuto delle discipline anche dalla tempistica, visto che la prima disciplina organica sulle unioni civili, la *lei* n. 135/1999 è approvata solo tre mesi prima della legge francese n. 99-944 sul riconoscimento dei PACS (patti civili di solidarietà); si può supporre che i processi di approvazione dei testi legislativi nei due Paesi si siano ispirati vicendevolmente.

Le discipline succitate approvate da due differenti maggioranze parlamentare socialiste, con un Governo guidato in entrambi i casi da Antonio Guterres, coprono gli stessi ambiti privatistici tutelati dalla disciplina sulle convivenze civili francesi, quali il lavoro, la materia successoria, la materia fiscale, i beni comuni immobili e mobili, e riprendono specie le leggi del maggio 2001 il sistema della “doppia” tutela in materia che in Francia è rappresentato dal “*concubinage*” e dai “*PACS*”.

Le due leggi lusitane approvate nel corso dello stesso dibattito legislativo ed promulgate lo stesso giorno 11 maggio 2001 hanno un grande impatto nella disciplina della famiglia, in quanto per la più parte degli articoli viene equiparata la posizione del convivente a quella del coniuge.

In Portogallo una prima iniziale forma di tutela delle forme di convivenza civile, seppure non strutturata in una disciplina organica, era già avvenuta con la modifica nel 1977 dell'art. 2020 c.c., che riconosceva i diritti agli alimenti a persone che convivessero insieme anche se non fossero sposate tra loro; inoltre, attraverso differenti sentenze la Corte di *Palácio Ratton*⁴¹, in casi relativi ai figli nati fuori dal matrimonio in conformità all'36-CRP aveva già riconosciuto un “*symbolic value*”⁴² alle convivenze sociali *de facto* senza però mai arrivare ad equipararle sul piano normativo al matrimonio.

Il fondamento costituzionale della disciplina lusitana sulle unioni civili è nell'art.36 CRP-1976, ovvero, nella distinzione tra il diritto al matrimonio ed il diritto alla famiglia, che obbliga il legislatore ad riconoscere i nuclei familiari esistenti nella società indipendentemente da quelli che si costituiscono sul

⁴¹ Il *Palácio Raton*, è la sede della Corte Costituzionale Portoghese, ed le sentenze cui si fa riferimento nel paragrafo sono le n.359/1991, n.1221/1996, n.286/1999.

⁴² R. MARTINS, *Same-sex partnerships in Portugal-From de facto to de jure?*, Coimbra, 2008

matrimonio; inoltre, il legislatore ha dato seguito al disposto costituzionale nel riconoscerle alle coppie formate da persone di differente o stesso sesso, in quanto dalla ricostruzione costituzionale del diritto alla famiglia, quest'ultimo deve riconoscersi a tutti i soggetti; la disciplina del 1999 nel titolo fa riferimento ad una tutela dell' *"união de facto"*, in quella del 2001 ci si riferisce alle *"uniões de facto"*; nel primo titolo si ci riferisce alla sola unione eterosessuale, nel secondo sia alle unioni eterosessuali che alle unioni tra persone dello stesso sesso.

Il fine costituzionale di cui sopra emerge dalla *lei* n. 7/2001, mirata a tutelare in particolare le unioni formate da persone dello stesso sesso offrendo loro un primo strumento di tutela del legame affettivo-sessuale: nell' articolo 1.1 della *lei* n. 7/2001 rubricato *"Objecto"* si dispone che la legge regola i rapporti di due persone che vivono insieme in un' *"união de facto"* da almeno due anni *"independentemente do sexo"*, non prevedendo il vincolo dell'eterosessualità come nella disciplina del 1999.

La *lei* n. 6/ 2001 all' art.1.1 rubricato *"Âmbito de aplicação"* prevede che la disciplina in essa contenuta si applica ai nuclei di due o più persone che vivano insieme da almeno due anni *"em economia comum"* senza specificarne il loro sesso, appellati con il termine di *"agregados"*, ma stabilendo che uno di essi debba essere maggiorenne.

Le due discipline del 2001 si strutturano su nove articoli, coprendo gli stessi ambiti giuridici ed integrandosi come specificato all'art 1.3 della *lei* 6/2001, *"não constitui facto impeditivo da aplicação da presente lei a coabitação em união de facto"*, pur se sussistono delle particolarità legate alla specificità dell'oggetto di tutela.

La *lei* 6/2001 sulla tutela delle persone che vivono in economia comune, riconosce gli stessi benefici sul lavoro della disciplina sulle unioni di fatto, equiparandosi la persona convivente al coniuge, ma se le persone che convivono insieme sono più di due i diritti sono riconosciuti solo a due dei conviventi.

I casi d'impedimento di un unione civile sono gli stessi che per il matrimonio,⁴³ mentre le ipotesi di inapplicabilità della convivenza di una vita economica in

⁴³ I casi in cui la formazione dell' unione di fatto sono esclusi rimangono gli stessi di quelli in cui è escluso il matrimonio; l' unione di fatto non è possibile se il soggetto abbia meno di sedici anni, se al convivente venga riconosciuta una inabilitazione o anomalia psichica, se uno dei conviventi abbia contratto un matrimonio rispetto al quale non sia ancora intervenuta una separazione giudiziale, se i conviventi siano in un grado di parentela di secondo grado in linea diretta, o anche nel caso che uno dei conviventi sia stato condannato per

comune sono differenti, tranne che per il condizionamento psicologico del convivente che è in comune con l'unione civile; una convivenza comune è principalmente esclusa quando quest'ultima sia motivata sulla base di una prestazione di lavoro.

Il sistema fiscale della convivenza comune in economia comune e dell'unione di fatto sono differenti, in quanto nel secondo caso si applica la disciplina di agevolazioni fiscali propria del matrimonio.

L'istituto della separazione giudiziale, il sistema pensionistico e l'adozione, sono riservate esclusivamente alle coppie eterosessuali ed specifiche della disciplina sull'unione di fatto.

Dopo averne tracciato a grandi linee le differenze con la *lei* 6/2001 sulla convivenza in economia comune, per maggiore attinenza all'oggetto di tesi, si passa ad un approfondimento della *lei* 7/2001 sulla disciplina delle unioni di fatto.

All'art. 3 rubricato "*Efeitos*", vengono elencati gli obbiettivi della disciplina ripresi dai successivi articoli.

Il primo effetto riguarda il luogo dell'abitazione comune appellata "*casa de morada de família*"; nei termini precisati all'art. 4 rubricato "*casa de morada de família e residência comum*": nel caso di morte del convivente proprietario dell'abitazione, il convivente superstite non ha un diritto reale di abitazione a vita ma solo per cinque anni, e nel corso dello stesso arco di tempo ha diritto di preferenza nella sua vendita, questa disposizione non si applica nel caso di differente volontà testamentaria o nel caso in cui vi sia un discendente del convivente defunto di età inferiore ad un anno o che convivesse con loro da più di un anno e chieda lì di abitare.

Un'attenzione specifica è inoltre posta sui beni mobili nel caso in cui uno dei conviventi muoia o nei casi di separazione giudiziale; si richiamano le disposizioni contenute dal *decreto-lei* n.º 321-B/90 relativa al "*Regime do arredamento urbano*" a cui la legge sull'unione civile apporta differenti modifiche all'art. 85 estendendo le stesse ai casi di unioni civili, ovvero, viene

omicidio doloso pur se non consumato o quale complice di omicidio contro l'ex-coniuge del futuro convivente.

espressamente previsto nell'applicazione della suddetta disciplina che quando la persona viva in unione di fatto la sua posizione è equiparata a quella del coniuge. Il regime nell'unione di fatto sui beni mobili ed immobili, come sopra riportato, risulta più limitato rispetto alla disciplina sul matrimonio, in quanto a differenza di quest'ultima gli effetti della stessa disciplina vengono limitati alla quotidianità della convivenza, senza prolungarsi oltre la conclusione della stessa se non per un periodo limitato.

Il nucleo centrale della norma sulle unioni di fatto è nel riconoscimento di una serie di diritti nell'ambito del lavoro attraverso un'equiparazione dei diritti riconosciuti al coniuge e di quelli riconosciuti al convivente, nello specifico del regime giuridico delle ferie e dei giorni festivi e nel numero di assenze giustificate, ed inoltre per i pubblici uffici viene anche garantito un diritto alla preferenza di collocazione dei funzionari della pubblica amministrazione; ai sensi dell'art. 3 alla lett.b-c della legge 7/2001 gli effetti della disciplina sui contratti pubblici di lavoro e quelli privati si applicano in eguale misura al singolo convivente o al coniuge.

La stessa logica di uguaglianza la si riscontra nei profili riguardanti la materia pensionistica riconoscendosi la pensione di reversibilità nel caso di morte del convivente per incidente sul lavoro o di malattia causata dal lavoro, o quando il convivente abbia svolto lavori per il Paese considerati eccezionali; nei casi in cui l'ente previdenziale esprimesse un diniego al riconoscimento di questi diritti la medesima legge autorizza un ricorso in sede giurisdizionale.

In termini fiscali e di separazione giudiziale dei beni, la legge rimanda alla stessa disciplina del matrimonio, prevedendo che il regime fiscale delle persone sposate che non abbiano fatto ricorso ad una separazione giudiziale dei beni, si estende anche ai singoli conviventi, rilevando ai fini della determinazione delle imposte di reddito.

L'articolo sull'eredità non rimanda alla disciplina prevista per il matrimonio, prevedendo solamente che il convivente possa beneficiare di diritti d'eredità negli stessi casi per i quali avrebbe diritto alla pensione di reversibilità, purché ai sensi dell' art. 2220 c.c. questo diritto venga esercitato entro due anni dalla morte del partner, qualora questo diritto venga negato l' art. 6.2 della *lei 7/2001* rubricato "*Regime de acesso às prestações por morte*", giustifica il ricorso dinanzi alle

autorità giurisdizionali competenti, ciò non toglie comunque che il testatore possa in piena libertà con la disponibilità dei propri beni disporre diversamente.

L'unione di fatto può sciogliersi come previsto all'art. 8 della *lei* 7/2001, a seguito del matrimonio, nel caso di morte del convivente o per scelta di uno dei conviventi, in quest'ultimo caso potrà essere fatto valere in giudizio quando si vogliano far valere diritti dipendenti dall'unione di fatto sciolta facendosi ricorso ad una separazione giudiziale, che ai sensi dell'art. 2019 consente anche il diritto agli alimenti purché il convivente non si risposi e non abbia un comportamento immorale che infici il suo diritto agli stessi. Qualora uno dei *partners* intenda sciogliere l'unione di fatto, senza far valere alcun contenzioso non deve espletare alcuna formalità, limitandosi ad esprimere la propria volontà all'altro convivente. All'art. 7 della *lei* 7/2001 rileva l'aspetto maggiormente pubblicistico della disciplina sull'unione di fatto, disciplinandosi l'adozione unicamente per le coppie eterosessuali e facendosi salve le specifiche disposizioni riguardanti l'adozione da parte di coppie non sposate; infatti è richiamata la disciplina sull'adozione contenuta al libro IV del titolo IV del codice civile.⁴⁴

Inoltre, la norma non disciplinava l'ipotesi in cui la nazionalità di uno dei due convivente fosse stata portoghese, ma la *lei* 2/2006, con un emendamento alla disciplina sulla nazionalità la *lei* 37/1981 ha disposto che trascorsi tre anni dalla data in cui è stata stipulata l'unione di fatto un* cittadin* non portoghese acquista la nazionalità portoghese.

La *lei* n. 112/2009 ha introdotto un emendamento all'art. 152 del *código penal*, per cui i diritti riconosciuti alla vittima di una violenza domestica spettano ad essa indipendentemente dal suo orientamento sessuale, quindi questa tutela viene estesa anche ai componenti delle coppie dello stesso sesso che abbiano contratto un'unione civile o il matrimonio nei casi in cui questi abbiano subito una violenza in casa.⁴⁵

La disciplina sulle unioni civili qui esaminate, pur costituendo un indubbio avanzamento nella disciplina sulla famiglia, perché prima applicazione

⁴⁴ Il divieto dell'adozione per le coppie omosessuali è stato mantenuto anche dalla legge sul matrimonio omosessuale, la *lei* n. 9/2010.

⁴⁵ L. RODRIGUES, L. NOGUEIRA, J. M. OLIVEIRA, *Violência em casais LGB – estudo preliminar*, in C. NOGUEIRA e J.M. OLIVEIRA (a cura di) *Estudo sobre a discriminação em razão da "orientação sexual e" identidade de gênero*, Lisboa, 2010

dell'apertura costituzionale verso i modelli di famiglia alternativi a quella "tradizionale" fondata sul matrimonio canonico, lascia aperti alcuni interrogativi. In essa non viene definita esattamente cosa sia l'unione di fatto, dall'articolo sull'abitazione potrebbe definirsi quale una convivenza nello stesso luogo da almeno due anni, ovvero, l'unione non si forma sulla base di una volontà espressa da parte dei due richiedenti, bensì la certificazione del dato della convivenza dei due anni giustifica la richiesta dell'unione civile; rispetto a quest'ultimo aspetto non viene dalla stessa disciplina chiarito il momento da cui decorrono i due anni ed in che modo il decorso dello stesso possa essere verificato, i certificati di residenza possono sicuramente accertarlo come i contratti di locazioni, o nel caso di due conviventi eterosessuali la presenza di figli dei quali sia stata assunta una loro responsabilità congiunta può ritenersi il momento da cui far decorrere i due anni.⁴⁶

Si può ritenere che il primo tentativo di riconoscimento delle forme di tutele alle coppie *same-sex* in Portogallo, frutto di un dibattito politico e sociale non affatto sereno,⁴⁷ si caratterizza per un profilo ibrido, riprendendo allo stesso tempo elementi che richiamano il riconoscimento delle convivenze e delle unioni di fatto per evitare di imbattersi in una disciplina che sul piano legale fosse eccessivamente somigliante a quella del matrimonio; questo atteggiamento del legislatore seppure sotto caratteri diversi sarà messo in luce anche nel sesto capitolo, rispetto alle proposte di legge italiane sulle convivenze che indirettamente volevano regolamentare le coppie *same-sex*.

⁴⁶ R. MARTINS, *op. cit.*

L' autore sul punto ritiene che fosse stato del tutto irrilevante se la legge avesse previsto un'attestazione dell'esistenza dell'unione di fatto per il tramite di una decisione giudiziale, piuttosto la mancanza di una disciplina dettagliata lascia aperta la possibilità che siano molteplici i meccanismi attraverso cui poterla attestare.

⁴⁷ M. VALE DE ALMEIDA M., *O contexto LGBT em Portugal*, in C. NOGUEIRA e J.M. OLIVEIRA (a cura di) *Estudo sobre a discriminação em razão da "orientação sexual e" identidade de gênero*, 60 Lisboa, 2010
“(…)A lei das uniões de facto constituiu um ponto de viragem fundamental nos direitos LGBT apesar da discriminação entre casais hetero e homossexuais relativamente à adopção porque estabeleceu a plausibilidade da igualdade, ou seja, tornou o assunto dos casais do mesmo sexo e das famílias com base neles num assunto político visível, tendo introduzido a agenda LGBT na política partidária Mas também demonstrou, por outro lado, a natureza e o modo dos debates político portugueses sobre questões LGBT: as hesitações entre os socialistas; o uso da retórica da necessidade da mudança lenta e da mudança de mentalidades antes das alterações legislativas; a introdução, sistemática de alguma restrição ou cláusula discriminatória (como no caso da adopção); a negociação política entre sectores mais e menos progressistas dentro de um mesmo partido; e, sobretudo, preconceitos homofóbicos não assumidos (...)”

4. *CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO*: SENTENZE N. 359/2009-N. 121/2010, LEGGE N° 9/2010

L'introduzione dell'orientamento sessuale quale fattore di non discriminazione all'art. 13 CRP-1976, quattro anni dopo l'introduzione delle unioni di fatto ha immediatamente sviluppato un dibattito sulle disposizioni contenute nel codice civile riguardanti la disciplina sul matrimonio; in particolare se fossero legittime costituzionalmente le formulazioni dell' art. 1577° cc., rubricato "*noção de casamento*" che prevedeva "*casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código*" e dell'art. 1628 alinea e) c.c. rubricato "*casamentos inexistentes*" per cui era "*juridicamente inesistente, o casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo*"

Nella Costituzione lusitana non è fornita la definizione di cosa sia il matrimonio, statuendosi unicamente all'art. 36 CRP-1976 che il matrimonio è un diritto a tutti riconosciuti distinto dal diritto a costituire famiglia, come già evidenziato nel paragrafo precedente, ma è delegato al legislatore regolarne "*os requisitos e os efeitos*", quindi l'intera disciplina sul matrimonio è ricostruibile dal codice civile lusitano. La vicenda che probabilmente ha contribuito ad alimentare il dibattito giurisprudenziale e dottrinale sul punto, ovvero, se derivasse dalla Costituzione un diritto al matrimonio per le coppie *same-sex* e se gravasse sul legislatore un dovere a legiferare in tal senso è stata la richiesta da parte di una coppia di due donne, Teresa Pires e Helena Paixão di essere autorizzate a sposarsi, presentata il primo febbraio 2006 dinanzi alla 7° *conservatória do Registo Civil de Lisboa*.

L'indomani il *Sr. Conservador* come era prevedibile ha rigettato la domanda, in quanto inequivocabilmente le richiedenti erano dotate della personalità e capacità giuridica per contrarre matrimonio, come previsto ai sensi degli artt. 1596 e 1600 c.c., ma l'eterosessualità era all'epoca una condizione imprescindibile per la validità del contratto matrimoniale.

A seguito di questo diniego, la coppia ha fatto ricorso nei differenti gradi di giudizio, il *Tribunal Cível de Lisboa*, il *Tribunal da Relação de Lisboa*, ritenendo che a seguito della revisione dell'art. 13 CRP-1976, derivasse un obbligo costituzionale diretto di non discriminazione in base all' orientamento sessuale, per cui la disciplina del codice civile sul matrimonio costituendone secondo le

ricorrenti una palese violazione del dettato costituzionale, diritto al matrimonio a tutti riconosciuto andava direttamente disapplicata dai giudici, autorizzandole il matrimonio; la domanda delle ricorrenti è stata rigettata nei due gradi di giudizio, pertanto le stesse hanno fatto ricorso dinanzi al *Tribunal Constitucional* che si è pronunciato sul ricorso rigettandolo con l'**acórdão n. 359/2009**; in un'ampia parte della sentenza la Corte prima di pronunciare il suo giudizio elenca una serie di precedenti giurisprudenziali di omonime Corti straniere che si sono pronunciate sulla legittimità del diritto al matrimonio per le coppie dello stesso sesso: Canada, Africa del Sud, Stati Uniti d' America.

Nel loro ricorso di "*desmesurada extensão*" come l'ha definito il Procuratore generale presso la Corte Costituzionale lusitana, la coppia delle due donne di Lisboa, sostenne che gli articoli 1577 e 1628-lett. e c.c., fossero privi di legittimità costituzionale perché in contrasto con gli artt. 13, 26, 36, 67 CRP-1976; il ricorso venne proposto ai sensi dell' art. 283⁴⁸ CRP-1976 rubricato "*inconstitucionalidade por omissão*", ovvero, le ricorrenti ritenendo che in Costituzione esistesse un diritto al matrimonio per le coppie dello stesso sesso il fatto che una disciplina non fosse ancora intervenuta in materia determinava a loro giudizio un'omissione da parte del legislatore, che doveva essere rimediata dalla Corte con la pronuncia di una sentenza additiva.

Nella contro-replica il Procuratore generale presso la Corte Costituzionale lusitana fa presente ai giudici della Corte le particolari cautele da prendere nel ricorso ad una sentenza additiva, potendo un uso eccessivo o immoderato di questo potere da parte della Corte essere difficilmente compatibile con la proibizione costituzionale di esercizio delle funzioni legislative da parte dell'organo giurisdizionale, perché al limite conciliabile con la separazione dei poteri che è il principio strutturante di uno Stato di diritto; in tal senso il pubblico ministero, ritiene che il limite delle sentenze "modificative" ed "additive" sta nella "discrezionalità legislativa" a cui la definizione di determinate materie è rimessa, si tratta dei casi in cui non è possibile una definizione automatica dedotta da una

⁴⁸ Artigo 283.º (Inconstitucionalidade por omissão)-CRP-1976

1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

norma o un principio costituzionale, per cui anche attraverso discipline normative differenziate può assicurarsi il rispetto della norma fondamentale.

Nel suo giudizio la Corte non ritiene opportuno adottare una sentenza di tipo additivo, in quanto ritiene che l'utilizzo di questo tipo di sentenza vada riservato ai casi nei quali è in causa l'estensione di un regime generale, in virtù dell'eliminazione di norme speciali ed eccezionali contrarie alla Costituzione, o nel caso di estensione di un regime più favorevole che debba configurarsi come una soluzione costituzionalmente obbligatoria, in nessuna delle due ipotesi rientra il caso del ricorso.

Garantire l'accesso ad una coppia dello stesso sesso solo alle unioni di fatto e non anche al matrimonio determina secondo le ricorrenti una discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale quale fattore di non discriminazione riconosciuto all' art. 13 CRP-1976, d'altronde secondo le stesse il matrimonio *same-sex*, non è né una nuova "*forma de celebração*" né un "*novo tipo de casamento*", quindi rientra a pieno nell'oggetto di tutela a cui il legislatore è obbligato ai sensi del diritto al matrimonio tutelato all'art. 36 CRP-1976.

Rispetto all'ipotizzata disparità di trattamento il procuratore generale ritiene viceversa che nulla obbliga il legislatore a trattare in termini pieni ed egualitari i vari concetti sociali di famiglia, riconosciuti all'art. 36 CRP-1976, né per diretta imposizione costituzionale si può ritenere che tutti i tipi di famiglia tengono diritto esattamente allo stesso grado di riconoscimento e di tutela legale; ma in parte contraddicendosi, aggiunge anche che nulla impedisce un'opzione legislativa eventualmente dettata dal principio di eguaglianza con la quale introdurre una figura intermedia tra le unioni di fatto e il matrimonio, che riconosca gli stessi effetti previsti per quest'ultimo dal codice civile, riservata esclusivamente alle coppie dello stesso sesso.

Le ricorrenti ipotizzando l'utilizzo di questo argomento da parte del procuratore generale fanno presente nel loro ricorso che nonostante fosse possibile l'opzione legislativa "*separate but equal*", ovvero, riconoscere un istituto alternativo "formalmente" al matrimonio per le coppie *same-sex*, ma che di fatto ne riconoscesse gli stessi diritti, al momento quest'opzione legislativa non era stata ancora introdotta dal Parlamento lusitano, quindi, secondo le ricorrenti l'unica via che rimaneva percorribile per il giudice costituzionale al fine di garantire questa tutela era di pronunciare una sentenza additiva che avrebbe permesso di avere

accesso immediato agli effetti della disciplina sul matrimonio, che la stessa Procura riteneva comunque estendibili anche alle coppie dello stesso sesso, purché fosse stato il legislatore a deciderlo, conclusione cui arriverà la stessa Suprema Corte.

Le ricorrenti al fine di dimostrare che fosse fondamentale riconoscere il matrimonio, riportano l'argomentazione del matrimonio quale sviluppo dell'identità personale di ogni singolo.

Il matrimonio si sostiene è uno strumento in cui hanno svolgimento i diritti all'identità personale e allo sviluppo della personalità di ciascuno, come riconosciuti all'art. 26 CRP-1976, quindi nel ricorso viene ritenuto una violazione degli stessi diritti negare il diritto al *casamento* per le coppie *same-sex*; infatti, viene richiamato un obbligo in capo allo Stato di non dover interferire nella sfera di autonomia di ogni persona, nello specifico richiamandosi in combinato disposto le disposizioni costituzionali artt. 26 e 67, quest'ultima disposizione costituzionale è relativa alla tutela della famiglia come elemento fondamentale della società che necessita di una tutela da parte dello Stato e della società.

La Corte rispetto all'ipotizzata violazione del diritto alla famiglia, costituzionalmente riconosciuto all' artt. 36 co. 1 e 67 CRP-1976 ritiene la questione infondata, in quanto anche senza la celebrazione giuridica del matrimonio nulla osta alle ricorrenti la possibilità che possano queste costituire un tipo di "famiglia".

Il principio di eguaglianza come costituzionalmente legittimato in Costituzione all' art. 13, svolge la sua principale forza tutelando un diritto "*a diferença*" o un diritto "*de diferença*" si domandano le ricorrenti, secondo le stesse l' applicazione di questo principio si sviluppa nel trattamento di situazioni relative a categorie socialmente minoritarie o socialmente sfavorite, per cui capovolgendo il principio sull'uguaglianza si ipotizza che vada trattato in modo uguale ciò che si pone per un costrutto tradizionale su un piano differente, quindi lo si ipotizza quale un diritto "*a diferença*".

Nel suo giudizio la Corte ha argomentato che la questione rispetto all'art. 13 CRP-1976 non fosse accoglibile in quanto solo se fosse stato accolto una definizione del matrimonio quale relazione privata tra due persone adulte, l'esclusione delle coppie dello stesso sesso sarebbe stata incostituzionale, ma se invece come si ritiene nel codice civile la definizione del matrimonio è fondata

sull'eterosessualità, allora non può ritenersi vi sia una discriminazione almeno che il legislatore non opti, come poi ha fatto, per il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Il fattore di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale non è violato ritiene la Corte, essendo distinti in Costituzione il diritto alla famiglia e quello al matrimonio all'art. 36 CRP-1976, ed essendo riconosciuto con fondamento nel primo diritto una forma di tutela delle coppie dello stesso sesso attraverso le unioni di fatto, anche se in una sentenza della suprema Corte portoghese la stessa aveva affermato che ad esempio nel caso della pensione di reversibilità la disciplina dell'unione di fatto è incompleta rispetto a quella sul matrimonio.

La funzione principale del matrimonio non può essere quella riproduttiva, sostengono ancora le ricorrenti, anche perché non esiste nella disciplina civile un impedimento al matrimonio per le persone infertili, l'infertilità non è posta a fondamento del divorzio ed è garantita la possibilità di celebrazione del matrimonio d'urgenza nel caso di pericolo di morte, inoltre, l'accordo dei coniugi di non avere figli non è considerato come un *pactum simulationis*.

La Corte afferma sul punto che la filiazione rimane una possibilità nel matrimonio, rientrando tra gli *efeitos* del *casamento* all'art. 36 CRP-1976, ma allo stesso tempo è un elemento fondante nella definizione del matrimonio; solo una scelta legislativa ritiene la Corte potrebbe accogliere la definizione che le ricorrenti danno del matrimonio, ovvero, una relazione privata tra due persone adulte indirizzata a soddisfare necessariamente i propri bisogni.

Le ricorrenti si basano su di un argomento storico quando affermano che la proibizione del matrimonio tra persone dello stesso sesso equivale alla proibizione del matrimonio tra persone di "etnie" differenti, ritenendo che le circostanze sociali e storiche e gli argomenti usati oltre agli effetti giuridici e di fatto siano gli stessi, sul punto la Corte non ritorna.

Il *Tribunal Constitucional* per mezzo dell'*acórdão* n. 359/2009, si è adeguato all'orientamento delle precedenti Corti investite del caso, rigettando il ricorso, in quanto ha ritenuto che non discendesse alcun obbligo immediato dalla Costituzione rispetto alla legittimazione del matrimonio *same-sex*, ma il giudice della legittimità costituzionale non ritiene che dovesse intervenire una modifica costituzionale prima di ammettere nell'ordinamento lusitano il *casamento entre*

peçoas do mesmo sexo; ovvero, facendo proprio il ragionamento presentato dalla Procura la Corte rimette al legislatore cui spetta l'esercizio del potere conferitogli nello Stato democratico, in una logica di ripartizione dei poteri, decidere se e nel caso attraverso quale istituto riconoscere ulteriori diritti alle coppie *same-sex* rispetto a quelli contenuti nella disciplina sulle "*uniões de facto*", sottolineando che non sussiste alcun impedimento costituzionale per l'estensione della disciplina sul matrimonio alle coppie *same-sex*, rimettendosi la stessa disciplina legislativa alla volontà del legislatore che valuterà come e quando dover intervenire laddove rilevasse nella società "*a exclusao dos casais homossexuais surgiria necessariamente como discriminatória*".

L'8 gennaio 2010 l' *Assembleia de República* ha approvato il disegno di legge proposto dal Governo,⁴⁹ con il quale viene legalizzato nell'ordinamento portoghese il matrimonio civile tra persone dello stesso sesso, precedentemente già vi erano stati proposti altri progetti di legge non approvati dall' *Assembleia de República*.⁵⁰

Il progetto di legge approvato nella **lei n.9/2010** parifica i diritti e le garanzie nel matrimonio tra persone dello stesso o differente sesso, tranne che per l'adozione vietata nel matrimonio *same-sex* (art.3), rispetto alla quale nel maggio 2013 è stata approvata almeno in prima battuta una proposta di legge che prevede la *co-*

⁴⁹ Il discorso di presentazione del disegno di legge del primo ministro José Socrates, e del primo parlamentare dichiaratamente *gay* Miguel Vale de Almeida sono tra gli allegati.

⁵⁰ VALE DE ALMEIDA M., *O contexto LGBT em Portugal*, in C. NOGUEIRA e J.M. OLIVEIRA (a cura di) *Estudo sobre a discriminação em razão da "orientação sexual e" identidade de gênero*, 61, Lisboa, 2010
“(…) Nos finais de 2007 havia 3 projectos de lei aguardando discussão no Parlamento. O clima político indicava que a discussão seria adiada para 2009 ou mesmo mais tarde. Ao mesmo tempo aguardava-se a sentença do Tribunal Constitucional relativa ao caso de Teresa e Helena (apesar de serem necessárias 3 sentenças semelhantes e favoráveis para haver uma alteração legislativa obrigatória). O sistema partidário português não acolheu, em geral, os assuntos LGBT; e o mundo jurídico-legal prossegue em geral uma visão do mundo conservadora. Efectivamente, a sociedade civil e a comunicação social parecem por vezes ter mudado mais e mais depressa, especialmente desde os anos noventa, do que as instituições de representação e regulação. Mas foi sobretudo o trabalho tenaz do movimento que fez a diferença, bem como a exposição aos efeitos sociais e culturais da presente fase da globalização. A 10 de Outubro de 2008 os socialistas votaram contra dois projectos -lei relativos à igualdade de acesso ao casamento civil, apresentados a discussão e votação pelo Bloco de Esquerda e por Os Verdes O PS votou contra e exigiu a disciplina de voto dos seus deputados, alegando não se tratar da oportunidade política certa e não querer «ir a reboque» do BE. Todavia, o líder do Partido Socialista e primeiro -ministro incluiu a igualdade no acesso ao casamento civil na sua moção de estratégia apresentada no congresso do seu partido, em Fevereiro de 2009, ano de eleições legislativas. O ano de 2009 começou, pois, com a entrada da agenda da orientação sexual na política maioritária e no partido do governo Independentemente dos juízos políticos que possam ser feitos – sobre estratégias eleitorais, questões de oportunidade ou oportunismo político, coerência ou incoerência de posições, mudança súbita de retórica, etc – a entrada da questão da igualdade no acesso ao casamento civil no centro político significa sem dúvida uma vitória do movimento social LGBT em Portugal. Por fim, em Maio de 2009, e a partir de uma iniciativa que reuniu activistas, associações e cidadãos de outras áreas, foi lançado o Movimento pela Igualdade, que recolheu, para o seu lançamento mediático, 1000 assinaturas de personalidades da vida social, política, artística e mediática, apelando à aprovação da igualdade de acesso ao casamento civil. (...)”

adozione nell'ambito di una coppia *same-sex*, quindi potrebbe a breve essere modificata questo punto della legge del 2010, se la proposta di legge dovesse giungere ad approvazione definitiva (nel successivo paragrafo, vi saranno approfonditi sul punto).

La legge nei suoi cinque articoli che la costituiscono abroga l'art. 1628 lett. e ed introducendo quale obiettivo della stessa al suo art. 1 Objecto "*A presente lei permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo*", rivede alcune disposizioni del codice civile per consentire il matrimonio tra persone dello stesso sesso, e tra esse l'artigo 1577.º, alla base del ricorso dinanzi la Corte Costituzionale prevedendo che il "*Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código.*" Il Presidente della Repubblica Portoghese tra i poteri riconosciutigli in Costituzione, prima di promulgare una legge può attivare in via preventiva un controllo di costituzionalità, ovvero, può opporre un veto politico sul progetto di legge rinviandolo al Parlamento, se a questo rinvio segue una seconda approvazione del testo a maggioranza assoluta il Capo dello Stato è obbligato alla promulgazione.

Nel caso di specie, Aníbal Cavaco Silva, "storico" leader del PSD formazione politica portoghese di centrodestra, notoriamente contrario al matrimonio tra persone dello stesso sesso, ha deciso di proporre un ricorso di *fiscalizacão da constitucionalidade*⁵¹ con un ricorso firmato da un' amministrativista (vicenda anomala rispetto alla prassi forense che vede dei costituzionalisti di solito presentare ricorso dinanzi alle Supreme Corti); il *Tribunal Constitucional* allo scadere del venticinquesimo giorno dal ricevimento dell' istanza del Capo dello Stato con l'*acórdão n. 121/2010* ha respinto i dubbi di costituzionalità avanzati dall' inquilino di Palazzo Belém, ritenendo che il matrimonio *same-sex* fosse costituzionalmente legittimo e rinviando quindi il testo dinanzi al capo dello Stato. Nel suo controllo preventivo di costituzionalità la Corte argomenta nei motivi n. 23, che la formulazione dell'art. 36 CRP-1976, "*Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.*", riconosce e

⁵¹ Artigo 134.º CRP-1971, Competência para prática de actos próprios
(...)g) Requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de normas constantes de leis, decretos-leis e convenções internacionais;
h) Requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade de normas jurídicas, bem como a verificação de inconstitucionalidade por omissão;(..)

garantisce il diritto al matrimonio a tutti gli individui indipendentemente dal loro sesso, quindi si tratta di un concetto aperto che ammette differenti configurazioni legislative.

Una lettura evolutiva della norma costituzionale che risponda al dinamismo della società moderna non poteva per ragioni sociali e culturali essere la stessa dei Costituenti, le dichiarazioni dei costituenti sono state utilizzate dai giudici della Corte *Soeiro e Rodrigues* per argomentare la loro opinione dissenziente, rispetto al giudizio finale della Corte.

La Corte nel suo giudizio ci tiene ad ridimensionare nei suoi motivi in diritto n. 23, l'argomento storico facendo presente che per i Costituenti l'attenzione a questi argomenti non era ipotizzabile, se si considera che l'orientamento sessuale all'epoca della promulgazione della Carta costituzionale non rilevava nella sua dimensione individuale perché reato ed a maggior ragione era inimmaginabile la rilevanza giuridica della coppia *same-sex*; inoltre, tenendo in considerazione i concetti di matrimonio e di famiglia art. 36-67 CRP-1976 è costituzionalmente legittimo anzi doveroso, ritiene la Corte, che il legislatore riconosca per il tramite del matrimonio le nuove forme di famiglia e tra esse quelle tra persone dello stesso sesso.⁵²

Il **17 maggio 2010** a pochi giorni dalla conclusione del viaggio apostolico di Papa Benedetto XVI in Portogallo (11-14 maggio 2010), il quale non mancò di formulare riserve contro quei progetti di legge che si orientano in senso contrario rispetto alla difesa della famiglia fondata sul matrimonio indissolubile tra uomo e donna, il Capo dello Stato **promulgò il testo di legge** non preferendo rinviare il testo all'*Assemblea da República*, per un approvazione a maggioranza assoluta,⁵³ perché ciò avrebbe secondo l'inquilino di Palazzo Belém costretto ad enfatizzare le spaccature e le divisioni all'interno della società portoghese continuandosi ad occupare del tema del matrimonio egitario trascurando di soffermarsi sulle strategie da attivare per superare la crisi finanziaria.

⁵² CONTE L., *Matrimonio omosessuale e giustizia costituzionale: la posizione del Tribunale costituzionale portoghese (sentenza n. 121/2010) e del Tribunale costituzionale spagnolo (sentenza n. 198/2012)*, Roma, 11 febbraio 2013

⁵³ Artigo 136.º CRP-1971, Promulgação e veto

“(…)1. No prazo de vinte dias contados da recepção de qualquer decreto da Assembleia da República para ser promulgado como lei, ou da publicação da decisão do Tribunal Constitucional que não se pronuncie pela inconstitucionalidade de norma dele constante, deve o Presidente da República promulgá-lo ou exercer o direito de veto, solicitando nova apreciação do diploma em mensagem fundamentada.(…)”

Nel suo discorso di promulgazione (allegato tra gli annessi) il Presidente Aníbal Cavaco Silva afferma che il punto più controverso attiene alla completa equiparazione del matrimonio tra le coppie di persone dello stesso sesso e coppie formate da persone eterosessuali, sarebbe stato auspicabile riconoscere ai primi le stesse garanzie di cui godono le seconde, senza spingersi fino al punto tale da parlare in entrambi i casi di “matrimonio”, richiamando esperienze quali la Francia e la Danimarca in cui ancora non era stato introdotto il matrimonio *same-sex*.

Nel discorso sono riprese le posizioni dottrinali,⁵⁴ di quanti pur auspicando un riconoscimento di diritti alle coppie formate da persone dello stesso sesso che fosse più esteso di quello contenuto nella disciplina sull’*“uniões de facto”* voleva evitare che si determinasse un forte impatto socio-giuridico sulla tradizione del matrimonio, sottovalutando che questo può essere un modo per far sì che lo stesso istituto giuridico abbia una sua evoluzione al passo dei tempi contemporanei, scrollandosi quella patina tradizionale che ne mostra in maniera sempre più marcata i suoi limiti.

5. IL TASSELLO MANCANTE: *PROJETO DE LEI N. 278/XII SOBRE A POSSIBILIDADE DE CO-ADOÇÃO PELO CÔNJUGE OU UNIDO DE FACTO DO MESMO SEXO*

Il 17 maggio 2013 nella giornata internazionale di lotta all’omofobia e alla transfobia il Parlamento lusitano ha approvato in prima battuta il *Projeto de Lei* n.º 278/XII proposto dal PS, che come riportato nel suo titolo: *“Consagra a possibilidade de co-adoção pelo cônjuge ou unido de facto do mesmo sexo e procede à 23.ª alteração ao Código do Registo Civil”*, ovvero, nella proposta di legge si ipotizza l’autorizzazione della possibilità della co-adozione all’interno

⁵⁴ R. MARTINS, op. cit.

“The creation of a new institution with a different name, but in all other respects similar to marriage should not be the path followed by the Portuguese legislature to achieve the objective of giving more effective legal protection to same-sex relationships. Firstly, because marriage in the Portuguese legal system enjoys a specific protection stemming from the *institutional guarantee* that it enjoys under the Constitution, contrary to any proposal to grant to same-sexpartners an absolutely equal status to that of married couples. Secondly, to accord an equal status in (almost all) material respects to that of married couples only with a different name could lead to some confusion¹¹⁷ and to interpretative difficulties that should always to be avoided. Thirdly, the legislature must strive to regulate the specific characteristics of same-sex relationships in what that are unique and therefore deserve to be treated accordingly, eschewing the inappropriate solutions that could result from ignoring the differences from different-sex relationships, in particular those regarding the difference of gender within the family, the society and the labour market.”

delle coppie *same-sex*, il vincolo della genitorialità di cui già ne gode uno dei componenti della coppia perché *pai ou mãe biológica ou adoptante* del minore, viene esteso anche all'altro *partner* dello stesso sesso con il quale si è uniti in matrimonio o da un'unione civile; altri progetti di legge avente ad oggetto la stessa tematica furono presentate anche nel 2012 ma non furono approvati nemmeno in prima battuta. Il processo legislativo portoghese prevede in primis una discussione sul testo nella commissione di competenza, nel caso del progetto in esame questa discussione si è tenuta nella *Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias*, discussione avvenuta sulla base di una serie di pareri resi dal *Conselho Superior do Ministério Público* il *Conselho Superior da Magistratura e l'Ordem dos Advogados*, successivamente il testo dopo che è stato approvato all'interno della Commissione passa al Plenário per una discussione sul testo ed una votazione generale sullo stesso (questo tipo votazione sul testo in esame si è svolta il 17 maggio 2013), solo se la votazione ottiene la maggioranza semplice dei presenti il testo ritorna nella Commissione di competenza perché questa possa dibatterne nello specifico (questa è la fase del processo legislativo in cui si trova il progetto di legge sulla co-adoção)⁵⁵, solo quando il testo è ri-approvato dalla Commissione che lo stesso viene ri-presentato al Plenário per la votazione finale globale, e se approvato definitivamente ritorna in Commissione solo per la redazione finale del testo, ed infine è trasmesso al Presidente della Repubblica per la sua promulgazione.

Quindi in questo paragrafo si analizza allo stato uno testo, che potrebbe subire dall'analisi della Commissione nei dettagli delle modifiche, ma allo stesso tempo il solo fatto che questo disegno di legge abbia già ricevuto una prima approvazione da parte del Parlamento mostra la sensibilità del legislatore lusitano al tema, e quindi considerata l'attinenza all'oggetto di tesi non può questa essere sottovalutata anche se si tratta di una disciplina in divenire.

⁵⁵ L' iter del progetto di legge è riportato all' indirizzo:
<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=37202> consultato il 15 giugno 2013

Entrando nel merito bisogna premettere che l'adozione ai singoli, indipendentemente dall'orientamento sessuale degli stessi, è autorizzata nell'ordinamento lusitano agli *artigo 3º da Lei nº 9/2010, de 31 de Maio e pelo artigo 7º da lei 7/2001, de 11 de Maio*.

Le fattispecie cui la proposta di legge intende fornire una forma di tutela vengono specificate all' art. 2º rubricato "*Requisitos da co-adoção*"⁵⁶, ovvero la realtà sociale ha evidenziato differenti casi di minori che vivono in famiglie cosiddette "omoparentali", ovvero, "genitori" dello stesso sesso, in cui però uno dei *partner* rispetto al minore è legalmente uno sconosciuto, non avendo alcun tipo di dovere e di diritto rispetto a questi.

Questo tipo di situazioni può determinarsi per molteplici ragioni: è possibile che per via di precedenti rapporti eterosessuali di uno dei *partner* o di entrambi, uno di questi o entrambi siano madre o padre biologico rispettivamente di uno o più minorenni o singolarmente i componenti della coppia abbiano fatto ricorso all'adozione in quanto *singols* precedentemente al momento in cui hanno contratto l'unione civile o il matrimonio con persona dello stesso sesso.

Altra ipotesi è quella in cui la coppia dello stesso sesso abbia fatto ricorso in un Paese estero dove sono autorizzate tecniche che permettano di ricorrere alla fecondazione anche a coppie dello stesso sesso, ovvero, in base alla fecondazione eterologa che consente la donazioni di spermatozoi da parte di donatore anonimo, una delle *partner* di una coppia *lesbo* può rimanere incinta, e solo quest'ultima in base alla legge portoghese avrà una rilevanza giuridica rispetto al nat* in quanto madre biologica mentre l'altra *partner* non ha alcuno diritto o dovere sul nascituro, (almeno che la legge in oggetto d' esame non venga promulgata); l'altra tecnica riguarda il ricorso ad una maternità surrogata, cosiddetto "utero in affitto", a cui può far ricorso una coppia di due uomini, di cui però solo uno dei due il donatore degli spermatozoi viene riconosciuto dalla legge quale padre biologico, (sempre che come già detto la legge sulla *co-adozione* non venga promulgata determinando il superamento di questo limite legale).⁵⁷

⁵⁶ Projeto de Lei n.º 278/XII-Artigo 2.º "Requisitos da co-adoção"

(...)1 - Quando duas pessoas do mesmo sexo sejam casadas ou vivam em união de facto, exercendo um deles responsabilidades parentais em relação a um menor, por via da filiação ou adoção, pode o cônjuge ou o unido de facto co-adotar o referido menor. (...)

⁵⁷ Queste tecniche evidenziano alcuni profili problematici dal punto di vista giuridico, che interrogano allo stesso tempo la bioetica e il diritto; riflessioni attengono ad esempio alle tematiche della tutela del seme, o della regolamentazione dei rapporti tra la coppia richiedente e la cosiddetta "mamma in affitto".

Un altro caso ancora che può presentarsi è quello in cui uno dei *partners* dell'unione civile o del matrimonio *same-sex* sia *transgender*, , ma allo stesso tempo sia il padre o la madre biologica di un minore, frutto di una precedente relazione eterosessuale.

Gli argomenti a cui i firmatari della proposta hanno fatto riferimento, nel richiedere una tutela per tutti i casi che possono presentarsi come sopra descritti, sono gli studi psicologici che dimostrano che è del tutto irrilevante l'orientamento sessuale rispetto all'educazione e crescita di un minore.

La proposta di legge presentata dal PS, che è una formazione di centrosinistra portoghese,⁵⁸ è stata discussa durante una seduta dell'*Assembleia da República*, nella quale sono state presentate rispetto allo stesso ambito altre tre proposte di leggi⁵⁹ due proposte presentate dal *Bloco de Esquerda* (blocco di sinistra) e l'altra presentata dal *PEV* (partito degli ecologisti-verdi portoghese),⁶⁰ formazioni partitiche a sinistra le quali intendevano apportare modifiche al codice civile e

Ai fini del presente scritto, non potendo approfondire dettagliatamente questi aspetti, si rimanda alla dettagliata dottrina in materia, limitandosi ad rilevare il dato reale, ovvero la presenza (per svariate ragioni) di minori all' interno delle coppie *same-sex*, dei quali è "miope" legislativamente e socialmente non porvi l' attenzione.

⁵⁸ La proposta di legge ha ottenuto una maggioranza di 99 voti favorevoli, Bloco de Esquerda, do PCP, do PEV, (a maioria dos deputados do PS e 16 deputados do PSD) e 94 contrari (CDS e do PSD), oltre a nove deputati che si sono astenuti. Il voto di approvazione del testo, con uno scarto di solo cinque voti è stato riscato e allo stesso tempo inaspettato.

⁵⁹ Projeto de Lei n. 412/XII, Alarga as famílias com capacidade de adoção, alterando a Lei n.º 9/2010, de 31 de maio e a Lei n.º 7/2001, de 11 de maio., Projeto de Lei 393/XII, Altera o Código do Registo Civil, tendo em conta a procriação medicamente assistida, a adoção e o apadrinhamento civil por casais do mesmo sexo. Projeto de Lei, 392/XIII Eliminação da impossibilidade legal de adoção por casais do mesmo sexo primeira alteração à Lei n.º 9/2010, de 31 de maio e segunda alteração à Lei n.º 7/2001, de 11 de maio.

⁶⁰ BLOCO DE ESQUERDA, *Parlamento aprova co-adoção por casais do mesmo sexo*, Lisboa, 17 maggio 2013

"(...)Num casal de sexo diferente recém-casado, por exemplo, o cônjuge – mesmo que conheça o filho há um mês - pode co-adotar, caso a criança só esteja legalmente registada no nome da mãe. Mas numa família em que duas mães planejaram e levaram a bom termo a gravidez, a criança não tem, nem pode ter em Portugal, um vínculo legal de qualquer espécie à mãe não biológica. Isto não faz sentido. Salta aos olhos", defende o projeto de lei que a deputada Isabel Moreira apresentou no plenário. O Bloco de Esquerda apresentou dois projetos de lei para eliminar a impossibilidade legal de adoção e apadrinhamento civil por casais do mesmo sexo e para alterar o Código do Registo Civil no mesmo sentido. "Todas as famílias, todas as crianças, os mesmos direitos. E para consagrar estes direitos é preciso mudar a lei", explicou a deputada bloquista Cecília Honório durante o debate desta sexta-feira, lembrando que "o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos veio pôr Portugal na lista negra" por restringir este direito à co-adoção e saudando o "exemplo digno de França, na consagração do casamento e adoção" no passado dia 12 de fevereiro. "É pelo fim desta discriminação e pelo superior interesse das inúmeras crianças que, em Portugal, aguardam a oportunidade de uma família que as acolha e lhes dê todos os cuidados a que têm direito, que se impõe a consagração deste direito na legislação nacional", defende o projeto de lei do Bloco. Ambos os projetos foram rejeitados pela maioria das bancadas da direita e a abstenção do PCP, tendo os votos favoráveis do Bloco, da grande maioria da bancada do PS e do PEV. O mesmo resultado teve a iniciativa do PEV para alargar as famílias com capacidade de adoção aos casais homossexuais. "A sociedade tem o direito de garantir uma boa família a todas as crianças (e boas e más famílias não dependem das orientações sexuais dos seus membros, existindo ambas em casais homo ou heterossexuais), e é às instituições que têm competências nas diversas etapas de um processo de adoção que compete decidir se determinada família tem ou não condições objetivas para garantir o que de melhor se pode oferecer para criar uma criança", defendia a proposta dos Verdes(...)"

alla legge sul matrimonio *same-sex* e sulle unioni di fatto in modo da eliminare qualsiasi impedimento legale per l'adozione per una coppia *same-sex*, ispirandosi alla disciplina francese che proprio negli stessi giorni ha visto la sua approvazione definitiva, riconoscendo congiuntamente il matrimonio e l'adozione, come dichiarato da alcuni firmatari.

Con questa prima approvazione il Parlamento lusitano come dichiarato anche dalla prima firmataria del testo di legge, On. Isabel Alves Moreira (PS) ha voluto gradualmente aprirsi ad una regolamentazione di questa materia che veda nel concedere l'adozione alle coppie *same-sex* e il ricorso alla fecondazione eterologa il suo compimento; d'altronde anche il riconoscimento legale delle stesse coppie *same-sex*, è stato graduale partendo dall'autorizzare alle stesse le unioni di fatto prima di autorizzarne il matrimonio.

Il testo in esame si compone di otto articoli, dei quali si possono evidenziare le disposizioni di pieno riconoscimento della genitorialità al co-adottante, prevedendosi all'art. 4 rubricato (*Efeitos*) 1 – “*O cônjuge ou unido de facto co-adotante é considerado, para todos os efeitos legais, como pai ou mãe da criança*”, quindi il co-adottante viene considerato padre e madre del minore a tutti gli effetti, ai sensi dell'art. 1875 del codice civile viene anche autorizzato che il minore prenda il nome del co-adottante.

Sono previsti però una serie dei limiti rispetto alla possibilità della *co-adozione*, al secondo articolo rubricato “*Requisitos da co-adoção*”, viene previsto che la *co-adozione* è possibile solo se il partner abbia più di 25 anni, inoltre, se il minore co-adottato ha più di dodici anni questo deve esprimere il suo consenso.

La *co-adozione* non è revocabile nemmeno su accordo delle parti, ai sensi dell'Artigo 5.º rubricato *Irrevogabilidade da co-adoção*, che dispone “*A co-adoção não é revogável, nem sequer por acordo dos interessados*”, deve essere disposta per sentenza giudiziale come dispone l'Artigo 3.º rubricato *Constituição* “*A co-adoção constitui-se por sentença sudícia*”.

"(..)Un Paese che si dice civile non può abbandonare dei pezzi di sé(...)"

DAVIDE TANCREDI, *lettera a Repubblica*, 25 Maggio 2013

CAPITOLO VI

GLI “INVITI” DELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA PER L’INTRODUZIONE DI UNA TUTELA DELLE COPPIE DELLO STESSO SESSO, RIMASTI ANCORA INASCOLTATI DAL PARLAMENTO

Sommario: 1. Le Corti in dialogo; 1.1 Il legislatore deve tutelare legalmente le coppie *same-sex* che ai sensi dell’ art. 2 Cost. sono delle “formazioni sociali”: sentenza della Corte Costituzionale n. 138/2010; 1.2 Le coppie dello stesso sesso hanno diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata: sentenza della Corte di Cassazione n. 4184/2012; 2. Un’organica tutela delle coppie dello stesso sesso resta “ancora” tutta da costruire; 2.1 I registri comunali delle unioni civili: l’esperienza di Napoli; 2.2 I disegni di legge sulle convivenze che volevano riconoscere “indirettamente” le coppie *same-sex*: i “DICO” e i “CUS”; 2.3 “Spiragli” all’orizzonte ? : le proposte di legge “Galan” ed “Orellana”

1.LE CORTI IN DIALOGO

1.1 IL LEGISLATORE DEVE TUTELARE LEGAMENTE LE COPPIE *SAME-SEX* CHE AI SENSI DELL’ART. 2 COST. SONO DELLE “FORMAZIONI SOCIALI”: SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 138/2010

La sentenza n. 138/2010 della Corte Costituzionale italiana è ritenuta una pietra miliare sulla tematica riguardante il riconoscimento di forme di tutele alle coppie dello stesso sesso, in quanto, viene per la prima volta riconosciuta non solo la dignità sociale di una coppia *same-sex*, ma che la stessa ha diritto ai sensi dell’Art. 2 della Cost. (quindi si tratterebbe di un diritto fondamentale), ad una tutela organica, la quale però può essere disposta (ritengono i giudici costituzionali) solamente dal legislatore; infatti, i giudici della suprema Corte pur ritenendo che le coppie dello stesso sesso hanno un diritto fondamentale ad una

loro specifica tutela hanno preferito conformarsi ad una prassi giurisprudenziale, che è riscontrabile anche nell'*acórdão* n. 359/2009 del *Tribunal Constitucional português*, (come sopra analizzato), ovvero, viene rispettata l'autonomia del legislatore, ritenendo che solo quest'ultimo ha una competenza in materia, comunque la Corte si riserva nell'esercizio delle proprie competenze di intervenire eventualmente in seconda battuta, qualora fosse necessario, su di un testo di legge approvato, se un giorno "finalmente" il legislatore decidesse di intervenire in materia.

Questa sentenza prende le mosse dalle questioni di legittimità costituzionale sollevate in due ordinanze di rinvio, (Tribunale di Venezia, Sez. III civile, ordinanza del 3 aprile 2009; Corte d'appello di Trento, ordinanza del 29 luglio 2009), derivanti dal rifiuto dell'Ufficiale di Stato Civile competente di procedere alla richiesta di pubblicazioni degli atti per il matrimonio da parte di coppie dello stesso sesso.

Le ordinanze di remissione alla Corte hanno ritenuto non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli articoli del codice civile, artt. 93, 96, 98, 107, 143, 143bis e 156 bis, rispetto alle norme costituzionali degli artt. 2, 3, 29, 117 co.1., nella parte in cui interpretate sistematicamente, per la presenza dei termini "marito" e "moglie", non consentono alle coppie dello stesso sesso di contrarre il matrimonio, nonostante, né in Costituzione né nella disciplina del codice civile siano previste disposizioni che prevedono l'eterosessualità quale requisito del matrimonio, né che escludano esplicitamente l'ipotesi del matrimonio *same-sex*.

L'obiettivo del ricorso non era verificare la legittimità costituzionale di una legge introduttiva della possibilità di matrimonio per una coppia dello stesso sesso, ma verificare se tale opzione potesse essere inserita nell'ordinamento per via giurisprudenziale, ovvero, attraverso una sentenza additiva.

La Corte dichiara l'inammissibilità delle questioni in relazione agli artt. 2 e 117, comma 1 Cost., mentre vengono dichiarate non fondate le questioni in relazione agli artt. 3 e 29 Cost., quindi in sostanza i ricorsi vengono rigettati, anche se ne rimane la sua portata storica, nonostante le "luci" ed "ombre" del dispositivo della sentenza.

Un primo argomento di ricorso, utilizzato da parte dei *giudici a quo*, è stato quello di una "cristallizzazione" dell'istituzione del matrimonio, su una base storico-

tradizionale non fondata però su alcun elemento legale esplicito, in base alla quale solamente una coppia eterosessuale possa contrarlo.

Sul punto la Corte Costituzionale sembra contraddirsi nel suo considerando 9, in quanto in prima battuta afferma che *“i concetti di famiglia e di matrimonio non possono ritenersi “crystallizzati” con riferimento all’ epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tendendo conto non soltanto delle trasformazioni dell’ordinamento, ma anche dell’evoluzione della società e dei costumi,”* ma nello stesso periodo si precisa che *“detta interpretazione (innovativa), però, non può spingersi fino al punto d’incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematica non considerati in alcun modo quando fu emanata.”*

La Corte in tal senso, precisa che durante i lavori dell’Assemblea Costituente, non fu discussa la tutela delle coppie *same-sex*, quindi non si può ritenere che l’art. 29 Cost., le includa.

Il fattore dell’eterosessualità del matrimonio viene anche ribadito dalla Corte, ritenendo che la finalità procreativa del matrimonio renda distinto una coppia eterosessuale da una dello stesso sesso, impedendone a quest’ultima di accedervi al rapporto di coniugio, sulla base di un collegamento diretto tra gli artt. 29 e 30 Cost.

Da un’attenta analisi delle stesse disposizioni, il collegamento tra procreazione e matrimonio può ritenersi forzato, se si considera che proprio la *ratio* distintiva tra i concetti di matrimonio e famiglia giustifica l’equiparazione tra la filiazione legittima e quella naturale; inoltre, nelle disposizioni del codice sul matrimonio non vi è alcuna disposizione che lo invalidi o sia causa di scioglimento, nel caso in cui non nasca dallo stesso un rapporto di filiazione, né il diritto civile preveda la capacità di avere figli come condizione del matrimonio.¹

¹ Sussistono una serie di elementi, per cui non può assolutamente ritenersi che il matrimonio, si colleghi al vincolo della procreazione tra essi si annovera: l’ abrogazione del reato di sterilizzazione volontaria (art. 552 c.p.) che, secondo la Cassazione penale (sez. V, 18 marzo 1987, n. 438), l’ *abolitio criminis* del reato di lesioni personali gravissime (ex. Art. 583, n. 3 c.p.) se riferite anche alla procurata perdita della capacità di procreare. La dichiarata incostituzionalità del divieto, un tempo penalmente perseguito, di propaganda delle pratiche contraccettive (sentenza n. 49/1971). L’ affermazione di un diritto soggettivo ad una procreazione cosciente e responsabile (contenuta nell’ art. 1 della legge n. 194/1978). Il diritto vivente giurisprudenziale della Cassazione civile, che riconosce, tra i motivi che legittimano la richiesta di divorzio, il fatto che l’ altro coniuge si sia “mostrato contrario a rapporti sessuali non finalizzati alla procreazione” (Cass. Civ; sez. I, 9 ottobre 2007, n. 21099).

In un passaggio della sentenza, al suo considerando in diritto, punto 9, la Corte, in maniera quantomeno azzardata, (sembra) invertire l'ordine delle fonti, sempre al fine di confermare l'eterosessualità quale elemento istitutivo del matrimonio, “*i Costituenti, elaborando l'art. 29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un'articolata disciplina nell'ordinamento civile. Pertanto, in assenza di diversi riferimenti, è inevitabile concludere che essi tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942 che (...) stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso.*”

Spesso alla base dei *claims for recognition* rispetto al riconoscimento ai diritti delle coppie dello stesso sesso, figurano le disposizioni comunitarie ed internazionali sulla famiglia ed sul matrimonio, citate anche nelle ordinanze di remissione, sul quale però la Corte interviene per ridimensionarne la portata.

Tale idea “*ampia*” di famiglia sembra del resto derivarsi secondo il Tribunale di Venezia anche dai vincoli comunitari (artt. 7, rispetto della vita privata e familiare, 9 diritto a sposarsi e a costituire famiglia, 21, diritto a non essere discriminati in base alle “*tendenze sessuali*”-Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), e dagli obblighi internazionali (artt. 8, diritto alla vita privata e familiare, 12, diritto al matrimonio, 14, divieto di discriminazioni-CEDU), al cui rispetto è tenuto il legislatore italiano ex. Art. 117, 1° co. Cost.

La Corte dinanzi alle questioni sollevategli rispetto ad una violazione dell'art. 117 comma 1, quindi una non conformità ai dettami dell'ordinamento comunitario ed internazionale, ne dichiara l'inammissibilità della questione, in quanto precisa la Corte (giustamente) che in queste norme non vi alcun obbligo, che grava sul legislatore nazionale, piuttosto, le istituzioni europee, si rimettono alla discrezionalità del legislatore di ogni Stato membro, nel momento in cui nelle norme citate si precisa che queste materie sono disciplinate dalle norme nazionali.

D'altronde quest'orientamento sarà solo tre mesi dopo confermato in una storica pronuncia della Corte (EDU) sul *tema de quo*, del 24 giugno 2010, nel caso *Schalk e Kopf c. Austria*, (sopra citata) in cui viene precisato che sussiste un diritto per le coppie dello stesso sesso in nome del loro diritto alla vita privata ad essere tutelate legalmente, ma non sussiste per le stesse un diritto al matrimonio, poiché solo il legislatore nazionale in rispetto alle tradizioni del proprio Paese potrà ritenere opportuno o meno un'estensione legislativa di questo tipo di

istituzione alle coppie *same-sex*, non ritenendosi l'atteggiamento legislativo che vada in una direzione opposta di natura discriminatoria.

Rispetto a quest'ultimo aspetto, ovvero, all'ipotetica violazione del principio di uguaglianza da parte del legislatore italiano nel non prevedere il matrimonio per le coppie dello stesso sesso, mettendo in essere un comportamento "discriminatorio", quindi violando l'art. 3 Cost., la Corte liquida brevemente la questione ritenendo che *"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."*

Queste affermazioni della Corte, sono state oggetto di critica, in quanto proprio sul piano dell'uguaglianza, che per parte della dottrina² andava costruita la sentenza, poiché non si può a parere di questi autori, sostenere (come fa la Corte) che ai sensi dell' Art. 2 Cost., va tutelata una coppia dello stesso, ma non ritenere allo stesso tempo che la mancanza di iniziativa da parte del legislatore in queste materie non generi "in generale" una discriminazione in termini di uguaglianza seppure non la si vuole espressamente riconoscere in connessione all'istituto del matrimonio.

Nelle ordinanze di remissione viene anche contestato dai *giudici a quo* la contraddittorietà in base alla quale viene riconosciuto ad una persona transessuale, una volta che abbia terminato il suo iter chirurgico di rettificazione del sesso d'origine, di poter sposare una persona del suo stesso sesso biologico d'origine,³

² B. PEZZINI, *Il matrimonio same-sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte Costituzionale*, Roma, 2010

"(...) Il problema è che, in questa impostazione, l'uguaglianza degrada da situazione soggettiva a principio informatore dell'ordinamento (*ragionevolezza*). La pretesa soggettiva dell'uguaglianza deve, invece, costruire la premessa del ragionamento, riducendone *ab initio* la complessità, perché il riconoscimento costituzionale dell'uguaglianza fondamentale degli individui precede la manipolazione normativa della realtà, che è e resta esterna alla norma fondamentale sull'uguaglianza. La pari dignità sociale nella costituzione repubblicana garantisce un collegamento immediato ed inscindibile dell'uguaglianza con il soggetto titolare del diritto. (...)"

A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, Ferrara, 2010

"(...) Escludendo una qualsiasi forma di discriminazione in atto, i giudici costituzionali non devono neppure impegnarsi nella ricerca, di un interesse pubblico preminente capace di giustificare, in misura proporzionata e strettamente necessaria, la deroga all'uguaglianza di trattamento tra coppie omosessuali ed eterosessuali. Ne sono comodamente esonerati: da qui la laconicità della parte motiva della sentenza relativa alla denunciata violazione dell'art. 3 Cost., quando invece, essendo in gioco il suo nucleo centrale, si sarebbe altrimenti imposto uno scrutinio di costituzionalità particolarmente stretto. (...)"

³ Ex art. 3, legge n. 898 del 1970, come modificato dalla legge n. 74 del 1987

(oltretutto venendo meno la funzione procreativa del matrimonio che pure la Corte ribadisce in questa sentenza, essere un requisito costitutivo del matrimonio, perché una persona che ha subito un processo finalizzato alla rettificazione del proprio sesso d'origine diventa sterile), mentre a due persone dello stesso sesso, questa possibilità non viene riconosciuta.

Nel considerando 9 quando la Corte interviene sul punto, si mostra non molto convincente, limitandosi a dire che la transessualità “*si tratta di una condizione del tutto differente da quella omosessuale e, perciò inidonea a fungere da tertium comparationis,*” anzi a detta della Corte il riconoscimento del diritto di sposarsi a coloro che hanno cambiato sesso costituirebbe semmai un argomento per confermare il carattere eterosessuale del matrimonio.

Sulla base della serie di argomentazioni, sopra riportate, anche se l'interpretazione “originalista” sull'Art. 29 sul matrimonio, farebbe ritenere escluso il matrimonio *same-sex* dal novero delle soluzioni costituzionalmente ammesse, (anche se la Corte non arriva mai a dichiararlo⁴), si può piuttosto ritenere che la Corte si sia limitata ad escludere che si tratti di una soluzione costituzionalmente imposta, quindi ad escludere una sua introduzione per via giurisdizionale, (quindi procedere a quella che la Corte chiama “interpretazione creativa”), ma non per via legislativa.

L'atteggiamento della Corte può ritenersi “*timido*”, in quanto non ritiene di poter intervenire, ma lascia al legislatore un ventaglio di opzioni, potendo quest'ultimo nella sua piena discrezionalità, decidere come intervenire, precisando tra le ultime righe del suo giudizio: “*Ancora una volta, con il rinvio alle leggi nazionali (delle norme comunitarie, in materia di disciplina sul matrimonio e sulla famiglia), si ha la conferma che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento. Ulteriore riscontro di ciò si desume, come già si è accennato, dall'esame delle scelte e delle soluzioni adottate da numerosi Paesi che hanno introdotto, in alcuni casi, una vera e propria estensione alle unioni omosessuali della disciplina prevista per il matrimonio civile oppure, più frequentemente, forme di tutela*

⁴ A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, Ferrara, 2010

“(…)La sentenza n. 138/2010, al più, legittima dunque un regime “a doppio binario” conseguente all'introduzione di futuri strumenti negoziali regolati con legge (e aperti a coppie omosessuali) alternativi al matrimonio. Soluzione del cui carattere non discriminatorio si può seriamente dubitare: l'eguaglianza, infatti, è tale solo nelle pari opportunità delle opzioni in campo rimesse alla libera determinazione del singolo (e della coppia) e quello che per la condizione eterosessuale diverrebbe un bivio, per la condizione omosessuale resterebbe pur sempre un senso unico, sopravvivendo il divieto di sposarsi.(…)”

molto differenziate e che vanno, dalla tendenziale assimilabilità al matrimonio delle dette unioni, fino alla chiara distinzione, sul piano degli effetti, rispetto allo stesso.”

Nonostante la Corte non abbia adottato la decisione sperata da parte dei richiedenti, in essa, si dimostra l'insussistenza di alcuni degli argomenti, utilizzati in opposizione al matrimonio *same-sex* o al riconoscimento di altra forma legale alle coppie dello stesso sesso.

Innanzitutto, viene chiarito che quando all'art. 29 si parla dei diritti di famiglia quale "*società naturale*" fondata sul matrimonio, per naturalità non si intende affatto il requisito dell'eterosessualità del matrimonio, bensì, come riportato al considerando 9 della sentenza in cui la Corte chiarisce che "*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.*"

Nella sua ordinanza di remissione il Tribunale di Venezia riporta le parole che nel corso dell' adunanza plenaria del 15 gennaio 1947 l'on. Aldo Moro pronunciò a questo proposito: "*...Quando si afferma che la famiglia è una "società naturale", si intende qualche cosa di più dei diritti della famiglia. Non si tratta soltanto di riconoscere i diritti naturali alla famiglia, ma di riconoscere la famiglia come società naturale, la quale abbia le sue leggi ed i suoi diritti di fronte ai quali lo Stato, nella sua attività legislativa, si deve inchinare..*"

E' evidente che il problema del legislatore italiano sta tutto nel definire una coppia dello stesso sesso quale famiglia, o meglio, è più volte stata dimostrata la sua incapacità nel rendersi conto di quello che nella società con l'evolversi dei tempi è divenuta la famiglia, quindi ad "*inchinarsi*" alla sua stessa evoluzione, come avrebbero voluto i Costituenti, che volevano prendere in particolar modo le distanze dal precedente periodo fascista, in cui in differenti modi era stata evidente l'ingerenza da parte dello Stato nelle dinamiche di una famiglia, come ben riportato nell'ordinanza di remissione del Tribunale di Venezia.⁵

⁵TRIBUNALE ORDINARIO DI VENEZIA, sezione III civile, procedimento n° 2197/2008, 17/10/2008
“(…)Era d'altra parte assai forte e recente il ricordo delle leggi razziali: il divieto di matrimonio di cittadini italiani di razza ariana con persone appartenenti ad altra razza, la subordinazione del matrimonio di cittadini italiani con persone di nazionalità straniera al preventivo consenso del Ministero per l'Interno, il divieto per gli ebrei di sposarsi in terra italiana, l'obbligo d'improntare l'istruzione e l'educazione familiare al sentimento nazionale fascista, tutte norme dirette a salvaguardare uno specifico concetto di famiglia imposto dallo Stato. Proprio ricordando gli abusi compiuti, a difesa di una certa tipologia di famiglia, i Costituenti intesero marcare il confine tra autonomia familiare e sovranità statale, circoscrivendo i poteri del futuro

Il riconoscimento delle coppie *same-sex* quali formazioni sociali, rimane il punto cruciale di questa sentenza, nonostante le contraddizioni in essa presenti, ed la conseguente “babele” di orientamenti dottrinali derivatane, (per il numero eccessivo di pareri prodotti, sia rispetto alla sentenza che alle ordinanze di remissione che l’hanno preceduta).

“L’art. 2 Cost. (come riportato nel considerando 8 della sentenza) dispone che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Orbene, per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l’unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone, nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge, il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”.

legislatore in ordine alla sua regolamentazione. Regolamentazione che è tuttavia consentita, *rectius* imposta, ai sensi del 2° comma dell’art. 29 Cost. e di quelli immediatamente seguenti, solo quando si renda necessario un intervento statale atto a garantire i valori, questi sì costituzionalizzati, dell’eguaglianza tra coniugi, dell’unità familiare, del mantenimento, istruzione ed educazione dei figli.

Il fatto che la tutela della tradizione non rientri nelle finalità dell’art 29 Cost. e che famiglia e matrimonio si presentino come istituti di carattere aperto alle trasformazioni che necessariamente si verificano nella storia, è poi indubitabilmente dimostrato dall’evoluzione che ha interessato la loro disciplina dal 1948 ad oggi.

Il codice civile del 1942 recepiva un modello di famiglia basato su di un matrimonio indissolubile e su di una struttura gerarchica a subordinazione femminile; basti pensare al fatto che l’art 143 parlava solo di obblighi reciproci e non di diritti, alla potestà maritale dell’art. 144, al dovere del marito di proteggere la moglie di cui all’art 145, all’istituto della dote.

Tale caratterizzazione autoritaria e gerarchica si traduceva, sul fronte penale, nella repressione del solo adulterio femminile, nella responsabilità penale del marito solamente per abuso dei mezzi di correzione nei confronti della moglie, nella previsione del delitto d’onore, nell’estinzione del reato di violenza carnale a mezzo del matrimonio riparatore. Sono ben noti gli interventi della Corte Costituzionale a tutela dell’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi fra cui la storica sentenza n. 126/1968 che, nel dichiarare l’illegittimità costituzionale dell’art. 559 comma 1 e 2 c.p. che puniva il solo adulterio della moglie, ha sottolineato proprio il mutamento della società, superando così il proprio orientamento precedente solo di pochi anni, con il quale, richiamandosi al “tradizionale concetto della famiglia, quale tuttora vive nella coscienza del popolo”, aveva dichiarato non fondata la medesima questione (sentenza n. 64/1961). Anche in questo caso è stata proprio la Corte Costituzionale ad aprire la strada ad una riforma del diritto di famiglia, attuata con la legge del 1975, effettivamente in linea con i principi di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi superando la tradizione ultramillenaria secondo la quale la donna nell’ambito della famiglia doveva rivestire un ruolo subordinato. Ancora, vanno menzionati la mancata «istituzionalizzazione dell’indissolubilità del matrimonio e la conseguente introduzione legislativa del divorzio, nonché la progressiva del attuazione per via legislativa (da ultimo con la l. 54/2006) del principio costituzionale di eguaglianza tra figli legittimi e figli naturali: tutti esempi che dimostrano come l’accezione costituzionale di famiglia, lungi dall’essere ancorata ad una conformazione tipica ed inalterabile, si sia al contrario dimostrata permeabile ai mutamenti sociali, con le relative ripercussioni sul regime giuridico familiare. (...)”

Un intervento in materia da parte del legislatore, disciplinando la tutela di una coppia *same-sex*, non è un semplice invito rivolto al legislatore, bensì un vero e proprio dovere dello stesso, sia perché è in base ad un diritto fondamentale quello riconosciuto all'Art. 2 Cost. in nome del quale è richiesta la tutela, ovvero, come confermato recentemente dalle parole del Presidente della Corte Costituzionale prof. Franco Gallo,⁶ nei poteri conferiti alla Corte, c'è quello di dare delle indicazioni al legislatore, il quale però è poi obbligato ad eseguirle, non essendo le stesse delle valutazioni fine a se stesse.

In attesa che l'intervento del legislatore avvenga, va anche ricordato che altre Corti Costituzionali, dinanzi alla stessa tipologia di casi, hanno riconosciuto il diritto al *same-sex marriage*, per via giurisprudenziale, come nel *Re Marriage Cases*, della Corte Suprema della California, del 15 maggio 2008, in cui i giudici ritengono che i ricorrenti “*non stiano cercando di creare un nuovo diritto costituzionale, il diritto al “same sex- marriage”, o di cambiare, modificare o (come alcuni hanno suggerito) “deistituzionalizzare” l’istituto del matrimonio esistente. Al contrario, i ricorrenti sostengono che, interpretato correttamente, il diritto costituzionale al matrimonio riconosce alle coppie formate da persone dello stesso sesso gli stessi diritti e vantaggi, accompagnati dai medesimi responsabilità e obblighi, che tale diritto costituzionale riconosce alle coppie di persone di sesso opposto.*”

A distanza di tre anni dalla pronuncia di questa decisiva sentenza della Corte Costituzionale italiana, rimane ancora aperta in dottrina, la discussione rispetto al fatto che la Corte, avrebbe potuto decidere in maniera differente, garantendo quindi sul piano sostanziale, una tutela richiesta già da tempo da molte coppie dello stesso sesso; probabilmente è da criticare maggiormente la “*codardia*” del legislatore più che il comportamento del giudice costituzionale, che ha preferito

⁶ CORTE COSTITUZIONALE, *Riunione straordinaria del 12 aprile 2013-Relazione del Presidente prof. Franco Gallo*

“(…)Non è inopportuno ribadire che queste esortazioni non equivalgono al mero auspicio ad un mutamento legislativo, ma costituiscono l’affermazione – resa nell’esercizio tipico delle funzioni della Corte – che, in base alla Costituzione, il legislatore è tenuto ad intervenire in materia. (...)Un altro esempio di “invito” rimasto sinora inascoltato è quello contenuto nella sentenza n. 138 del 2010. In tale pronuncia la Corte ha escluso l’illegittimità costituzionale delle norme che limitano l’applicazione dell’istituto matrimoniale alle unioni tra uomo e donna, ma nel contempo ha affermato che due persone dello stesso sesso hanno comunque il «diritto fondamentale» di ottenere il riconoscimento giuridico, con i connessi diritti e doveri, della loro stabile unione. Ha perciò affidato al Parlamento la regolamentazione della materia nei modi e nei limiti più opportuni.(...)”

essere prudente ed rispettare una prassi giurisprudenziale, in cui è raro il ricorso ad una sentenza di tipo additivo.

Al di là di una già possibile immediata tutela sul piano sostanziale, è sul piano politico, laddove si definiscono i valori e le regole di una comunità, che per ragioni non solo simboliche, devono prendere forma le tutele per le coppie dello stesso sesso.

D'altronde, la giurisprudenza costituzionale, non manca nel formulare nuovi moniti al legislatore, anche se indirettamente rispetto alla *tema de quo*, come ha fatto ad esempio nella sentenza n. 245/2011.⁷

La sentenza n. 245/2011, prende origine dall'ordinanza di remissione da parte del Tribunale di Catania, a seguito del rifiuto da parte dell'Ufficiale di Stato Civile, di accordare la possibilità, ad un'italiana ed a un marocchino irregolarmente soggiornante in Italia, di contrarre matrimonio; la domanda era stata rifiutata in ragione del novellato art. 116 cod. civ., il quale a seguito della legge n. 94/2009, disponeva quale presupposto essenziale per il perfezionamento della domanda di matrimonio la regolarità del permesso di soggiorno del cittadino straniero.

L'interrogativo cui la Corte ha dovuto rispondere, è se fosse legittimo costituzionalmente che un diritto fondamentale, quale quello al matrimonio all'Art. 29 Cost., fosse limitato sulla base della necessità di salvaguardare l'ordine pubblico in materia migratoria.

La Corte sulla base di un diretto collegamento tra l'Art. 2 e l'Art. 29 Cost., (collegamento non avvenuto nella sentenza n. 138/2010, quindi la Corte con la sentenza del 2011 supera un suo precedente orientamento), ha ritenuto il diritto al matrimonio quale un diritto inviolabile ai sensi dell'art. 2 Cost., ovvero, *“i diritti inviolabili spettano ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto essere umani”*, da questo si deduce che *“la condizione giuridica dello straniero non deve essere pertanto considerata, per quanto riguarda la tutela di tali diritti, come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi.”*

La Corte pur riconoscendo la discrezionalità del legislatore nella disciplina sul matrimonio, ritiene che un trattamento differenziato, può essere giustificato solo sulla base di un fine costituzionale di pari portata, pertanto la nuova formulazione

⁷ M. DI BARI, La lettura in parallelo delle sentenze n. 138/2010 e n. 245/2011 della Corte Costituzionale: una breve riflessione, Trento, 2011

dell'art. 116 co.1 del codice civile, è dichiarata incostituzionale; a questo punto è spontaneo porsi una domanda, (su cui la Corte nella sent. 138/2010, ha preferito non rispondere, ritenendo non inerente alla discussione la questione rimessa rispetto all'art. 3 Cost.), quale fine costituzionale di pari importanza giustifica la restrizione ad una coppia dello stesso sesso di contrarre il matrimonio?

1.2 LE COPPIE DELLO STESSO SESSO HANNO DIRITTO AD UN TRATTAMENTO OMOGENEO A QUELLO ASSICURATO DALLA LEGGE ALLA COPPIA CONIUGATA: SENTENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE N. 4184/2012

La Corte di Cassazione nel 2012 con la sentenza n. 4184, è intervenuta sul riconoscimento di forme di tutele per le coppie *same-sex*, nell'ambito di un ricorso ad oggetto, la richiesta di trascrivibilità in Italia dell'atto di matrimonio contratto all'estero da due cittadini italiani dello stesso sesso.

Per la stesura del dispositivo come fanno presente i giudici del “palazzaccio”, essi si sono potuti avvalere di due sentenze chiavi sulle tematiche *de quo*, entrambi passate in giudicato, la sentenza della Corte Costituzionale n. 138/2010 e la sentenza della Corte EDU in *Schalk and Kopf c. Austria* (come già sopra meglio analizzate), in alcuni punti superando le conclusioni delle stesse; pertanto ne appare significativo un'analisi del dispositivo della sentenza della Cassazione, poiché consente di delineare in che termini la giurisprudenza italiana ed europea ritenga possa garantirsi una forma di tutela alle coppie dello stesso sesso, ovviamente, in attesa che il legislatore si decida a recepire questi “inviti”.

La vicenda giudiziaria, che ha dato origine a questa sentenza, ha riguardato due cittadini italiani *gay* di Latina, che hanno contratto matrimonio all'Aja, i quali avevano chiesto la trascrizione del certificato di nozze, come atto pubblico, al comune di Latina dove sono residenti.

L'Ufficiale di Stato Civile ha rifiutato loro la richiesta, in quanto nella circolare “*Miacel*” del Ministero dell'Interno italiano n° 2 del 26 marzo 2001, che applica l'art. 18 del decreto del Presidente della Repubblica n° 396 del 2000 sui casi di intrascrivibilità di atti siglati all'estero, è previsto che: “(...) *non è trascrivibile il matrimonio celebrato all'estero tra omosessuali, di cui uno italiano, in quanto contrario alle norme di ordine pubblico.*”

Nella Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo del 29 Aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, viene esteso ai membri delle coppie dello stesso sesso i concetti di “famiglia/familiari”, ma la facoltà di circolare liberamente in quanto “coppie” dello stesso sesso con il riconoscimento alle stesse dei relativi diritti derivante da un atto stipulato dalle stesse in uno degli Stati membri, è vincolato al “mutuo riconoscimento”, ovvero, all’esistenza nello Stato membro in cui si richiede la trascrizione di una disciplina eguale o simile che riconosca giuridicamente la coppia *same-sex*; nel caso in cui non sia prevista alcuna forma di tutela la coppia è privata del suo riconoscimento legale ottenuto nell’altro Stato membro.⁸

I giudici chiamati a giudicare i ricorsi della coppia di Latina, hanno in considerazione del quadro normativo che esclude la possibilità della trascrizione in Italia dell’atto del loro matrimonio, rigettato il loro ricorso, attestandosi però su posizioni differenti rispetto alla natura dello stesso atto; mentre i giudici del Tribunale di Latina e della Corte di Appello di Roma,⁹ l’hanno considerato atto “inesistente” (quindi privo di natura giuridica), perché contrario all’ordine pubblico, la Corte di Cassazione ha ritenuto che non producesse effetti legali nell’ordinamento italiano, ma non può negarsi l’esistenza dello stesso in quanto atto giuridico, quindi semplicemente non produce effetti legali nell’ordinamento.

La Corte ha precisato che la legittimità del diniego alla trascrizione non può essere fatta derivare dalla contrarietà del matrimonio *same-sex* all’ordine pubblico, non

8 Questa direttiva si è sviluppata sulla base del Rapporto al Parlamento Europeo A5-0009/2003 Rapporteur Giacomo Santini, “*On the proposal for a European Parliament and Council directive on the rights of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States*”, in cui però si ipotizzava anche per le coppie dello stesso sesso, un riconoscimento diretto dei diritti, riconosciutigli dall’atto siglato in uno Stato membro, di cui erano in possesso, indipendentemente se fosse prevista o meno una disciplina corrispondente nell’Stato membro in cui si richiedeva il riconoscimento dell’atto.

9 La sentenza della Corte d’appello di Roma, del 13 luglio 2006, si è attestata sulle posizioni del Tribunale, mettendo in evidenza il fatto che l’atto di cui si chiedeva la trascrizione dovesse possedere nel nostro ordinamento le connotazioni proprie degli atti di matrimonio assoggettati a trascrizione negli archivi di cui all’art.10 come previsto dal d.P.R. n°396 del 2000, quindi in assenza di questi requisiti lo si ritiene atto giuridicamente inesistente. Allo stesso tempo però la Corte d’Appello di Roma precisa che “la Costituzione non costituisce di per sé un ostacolo alla ricezione in ambito giuridico di nuove figure alle quali sia la società ad attribuire il senso ed il valore dell’esperienza famiglia”, ed ha ritenuto che “compete al legislatore dare attuazione, nelle forme che risulteranno conformi alla volontà parlamentare (...), alle raccomandazioni che sul tema il Parlamento Europeo ha rivolto agli Stati membri sin dalla risoluzione dell’8 febbraio 1994”. Il giudice d’appello ritiene come farà la Corte Costituzionale poi, di non poter “forzare” il suo ruolo interpretativo *extra-legem* a tal punto da giungere per via giudiziale al riconoscimento del matrimonio *same-sex* nell’ordinamento italiano.

essendo l'omosessualità contraria all'ordine pubblico, vista la depenalizzazione di questo comportamento sessuale.

In considerazione delle sentenze della Corte (EDU) e del trend legislativo europeo, la Corte di Cassazione, finisce con il considerare superato l'elemento "naturalistico" della diversità di sesso dei nubendi, quale costitutivo del matrimonio.

Il richiamo all'eterosessualità, quale fattore interpretativo delle norme del codice civile sul matrimonio, nella sentenza della Corte Costituzionale 138/2010, viene sconfessato, anzi la Corte di Cassazione è giunta a concludere, (probabilmente anche sulla base della sentenza della Corte Costituzionale n. 245/2011) che il diritto a contrarre matrimonio non sia affatto precluso dall'attuale testo dell'Art. 29, semmai è ribadito che quest'opzione rientra a pieno titolo tra le possibilità cui in piena discrezionalità il legislatore può fare ricorso.

Nel punto 4.3 della sentenza della Corte di Cassazione, sono riportate le motivazioni in base alle quali si ritiene che l'atto di matrimonio contratto all'estero non è inesistente, ma semplicemente non produce effetti legali nell'ordinamento italiano: *“Nello stabilire se due cittadini italiani dello stesso sesso, i quali abbiano contratto matrimonio all'estero – come nella specie – siano, o no, titolari del diritto alla trascrizione del relativo atto nel corrispondente registro dello stato civile italiano. La risposta negativa, già data, si fonda però su ragioni diverse da quella, finora ripetutamente affermata, della “inesistenza” di un matrimonio siffatto per l'ordinamento italiano.*

Infatti, se nel nostro ordinamento è compresa una norma – l'art. 12 della CEDU appunto, come interpretato dalla Corte europea – che ha privato di rilevanza giuridica la diversità di sesso dei nubendi (...), ne segue che la giurisprudenza di questa Corte – secondo la quale la diversità di sesso dei nubendi è, unitamente alla manifestazione di volontà matrimoniale dagli stessi espressa in presenza dell'ufficiale dello stato civile celebrante, requisito minimo indispensabile per la stessa “esistenza” del matrimonio civile, come atto giuridicamente rilevante – non si dimostra più adeguata alla attuale realtà giuridica, essendo stata radicalmente superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile, per così dire “naturalistico”, della stessa “esistenza” del matrimonio. Per tutte le ragioni ora dette, l'intrascrivibilità delle unioni omosessuali dipende – non più dalla loro “inesistenza” (...), e neppure

dalla loro “invalidità”, ma – dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio appunto, qualsiasi effetto giuridico nell’ordinamento italiano.”

La Corte di Cassazione ritenendo superato, il fattore dell’eterosessualità, quale elemento essenziale, nel riconoscimento di forme di tutela per un rapporto sessuale-affettivo, anche se la disciplina italiana non riconosca forma alcuna di tutela per le coppie dello stesso sesso, ritiene che i giudici dovranno in applicazione del diritto inviolabile alla vita familiare (normative europee sopra riportate), riconoscere alle coppie dello stesso sesso un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge ad una coppia coniugata.

Nel punto 4.2, la sentenza dispone che: *“I componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, se – secondo la legislazione italiana – non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all’estero, tuttavia – a prescindere dall’intervento del legislatore in materia –, quali titolari del diritto alla “vita familiare” e nell’esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di “specifiche situazioni”, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza.”*

La portata effettiva del tipo di tutela che i giudici possono garantire in termini di trattamento omogeneo, alle coppie dello stesso sesso, è troppo presto per dirlo, si può ipotizzare ad esempio che se l’ordinamento consente la visita del coniuge al detenuto, uguale diritto dovrebbe essere riconosciuto da parte del giudice, al partner di una coppia dello stesso sesso, se si dovesse presentare il caso; mentre ci sono altre ipotesi, in cui il trattamento omogeneo apparirebbe non possibile, come nell’ipotesi dell’adozione, questa non potrebbe essere autorizzata ad una coppia dello stesso sesso, perché riservata dalla legge solo ad una coppia coniugata, lo stesso in materia di eredità in quanto il partner superstite non potrà essere erede legittimo del defunto essendo la successione legittima riservata solo ai parenti.

Inoltre, vi sono delle affermazioni contenute nella sentenza che presumibilmente, potranno avere un impatto anche sulla giurisprudenza di merito specie penale, in quanto richiamandosi l'art. 2 Cost., i giudici della Cassazione, ritengono derivi il divieto di “qualsiasi atteggiamento o comportamento omofobo” e “qualsiasi discriminazione fondata sull'identità o sull'orientamento omosessuale”, anche se al momento ancora non è stata prevista una legge organica che contrasti l'omofobia.

L'assenza di una disciplina organica sulla tutela delle coppie dello stesso sesso e dell'orientamento sessuale spinge la giurisprudenza a colmare una *vacatio legis*, il cui vuoto però non sarà mai del tutto possibile coprire sennò con una disciplina normativa organica; è positivo verificare che uno dei poteri fondanti uno Stato di diritto, avanza conformandosi al resto d'Europa in materia, (le sentenze riconoscono sul piano sostanziale dei diritti effettivi), ma è altrettanto “preoccupante”, perché è al limite del corretto funzionamento dei rapporti tra i poteri di uno Stato di diritto, verificare che il potere legislativo, organo deputato ad intervenire, in base ai dettami costituzionali, resti a guardare.

2. UN'ORGANICA TUTELA DELLE COPPIE DELLO STESSO SESSO RESTA “ANCORA” TUTTA DA COSTRUIRE

2.1 I REGISTRI COMUNALI DELLE UNIONI CIVILI: L' ESPERIENZA DI NAPOLI

A partire dai primi anni novanta si è registrato a livello comunale, ovvero amministrativo, un fenomeno diretto ad un riconoscimento specifico, quantomeno su un piano anagrafico, delle forme di convivenze non fondate sul matrimonio o su altro legame a valore legale. In assenza di una disciplina legislativa che tuteli direttamente le convivenze delle coppie dello stesso sesso, queste delibere degli organi amministrativi locali hanno avuto una grande risonanza politico-mediatica, più che un effettivo impatto sostanziale per i diritti in base agli stessi riconosciuti,

questo è indirettamente dimostrato anche nei numeri, se si considera il numero di coppie che hanno fatto richiesto di iscrizione agli stessi.¹⁰

E' sul cammino della rivendicazione di una legge nazionale che riconosca alle coppie dello stesso sesso una forma di tutela, che questi strumenti amministrativi hanno assunto un grande valore simbolico.

L'iscrizione in tali registri comunali non può avere carattere costitutivo di un ulteriore *status* familiare rispetto a quello sancito dallo stato civile, né comportare la costituzione di un vincolo giuridico analogo a quello derivante dal matrimonio, poiché gli enti locali non possono in alcun modo derogare alle norme di legge in materia di stato civile né alla disciplina codicistica del matrimonio, trattandosi di una esclusiva competenza statale.

Le amministrazioni comunali hanno voluto in questo modo certificare i nuclei di convivenza eterosessuale (non uniti in matrimonio) o *same-sex*, presenti sul loro territorio in modo da garantire a queste convivenze un accesso a determinate aree di competenza comunale, (in alcuni ambiti la competenza comunale rimane comunque residuale, in quanto ripartita con le Province, Regioni, Stato): casa, sanità, servizi sociali, politiche per i giovani, genitori e anziani, sport e tempo libero, formazione, scuola e servizi educativi, diritti e partecipazione, trasporti; ed inoltre nel regolamento sull'istituzione del Registro delle unioni civili di Milano, approvato con la deliberazione del Consiglio Comunale n. 30 del 26 luglio 2012, il convivente che viene iscritto nel registro è equiparato al "*parente prossimo del soggetto con cui si è iscritto*" ai fini della possibilità di assistenza, nelle istituzioni che sono di competenza del comune.

Il riconoscimento anagrafico delle convivenze non fondate sul vincolo matrimoniale o altro vincolo legale, non nasce con i registri civili, in quanto già il regolamento di attuazione d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223 (*Regolamento anagrafico*) della legge n. 1228/1954, intitolata "*Ordinamento delle anagrafi della popolazione residente*", ha strutturato la possibilità di un riconoscimento anagrafico introducendo il concetto di famiglie "anagrafiche", in cui si fanno

¹⁰D. DE CRESCENZO, *A un anno dall'avvio le pagine restano ancora vuote: «Nessun vantaggio per chi chiede l'iscrizione»*, Il Mattino, Napoli, 30 maggio 2013 "Negli ultimi vent'anni sono stati circa 130 i comuni che hanno approvato i registri, ma le adesioni sono state comunque scarse. A Cagliari gli iscritti sono stati nove, a Trento una ventina, a Firenze 73, a Roma una cinquantina, a Torino poco più di cento. Il che non vuol dire che non ci siano coppie di fatto, etero o omosessuali che siano, ma semplicemente che l'interesse alla registrazione al Comune è bassa. Probabilmente anche perché produce pochi effetti."

rientrare sia le famiglie fondate sul vincolo del matrimonio, sia costituite su altri vincoli legali o prive del tutto degli stessi.

La famiglia anagrafica, che può essere costituita anche da una sola persona, è «*un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune*» (art. 4 reg. anag.); ricorrendo all'applicazione di quest'articolo il comune di Bologna dal 1999 ha regolamentato la concessione, con esplicito riferimento anche alle coppie *same-sex*, di un attestato di iscrizione anagrafica per la famiglia costituita da persone coabitanti legate da vincoli affettivi.

Quest'ultima soluzione, prevista anche nei comuni di Bari, Padova e Torino, tra l'altro, ha il vantaggio di non richiedere agli interessati una doppia iscrizione (una anagrafica e una nel registro) ed evita di dover individuare un ufficio comunale eventualmente diverso da quello anagrafico, che sia responsabile della tenuta del registro delle unioni civili.

Dalla registrazione anagrafica non derivano direttamente ai membri delle famiglie o delle convivenze anagrafiche diritti o obblighi, né si creano nuovi *status* giuridici o posizioni soggettive privilegiate, essa permette solamente di usufruire di eventuali servizi, agevolazioni o provvidenze che gli enti locali, ma anche i soggetti privati, possono erogare alle famiglie, intese anagraficamente come insieme di persone conviventi, a condizione che il legame affettivo sia comprovato da un certificato anagrafico.

Il primo comune italiano ad approvare un regolamento sulle unioni civili e a dotarsi del relativo registro anagrafico, distinto da quello ai sensi della disciplina dell'Ordinamento delle anagrafi della popolazione residente è stato quello di Empoli, nel 1998.

Il presupposto logico-giuridico della proposta presentata ad Empoli risultava chiaramente enunciata fin dalle prime disposizioni del regolamento: «*L'unione civile tra due persone maggiorenni di sesso diverso o dello stesso sesso consente ai singoli una più libera scelta nell'organizzazione della propria vita e delle proprie relazioni socio-familiari, allargando ed arricchendo il concetto di famiglia come società naturale sancito dall'art. 29 della Costituzione, in relazione alle continue evoluzioni di questa*» (art. 1, n. 1); alle coppie unite civilmente il Comune si sarebbe impegnato ad assicurare «*l'accesso a tutti i*

procedimenti, benefici ed opportunità di varia natura, alle medesime condizioni riconosciute dall'ordinamento alle coppie sposate e assimilate» (art. 1, n. 3).

La proposta è stata però annullata dal Co.re.co della regione Toscana con decisione 14 luglio 1998, n. 593; poiché si riteneva che con questa delibera il Comune fosse andato oltre i poteri conferitigli in materia dal legislatore, considerato che le forme di convivenza erano comunque già riconosciute anagraficamente dal regolamento di attuazione della disciplina sull'anagrafe come sopra riportato.

La sentenza del TAR Toscana del 9 febbraio del 1996 ha confermato la decisione del Co.re.co Toscana, argomentando la sentenza in particolare su due punti: da una parte, v'è stata la valutazione della non riconoscibilità nel nostro ordinamento del fenomeno delle unioni civili, specie *same-sex*, dall'altra parte, è stata rilevata l'incompetenza delle amministrazioni comunali in materia di anagrafe.

Successivamente, con delibera 17 ottobre 2002, n. 131, il Consiglio comunale di Empoli ha approvato il nuovo statuto comunale, che all'art. 1 comma 10 riconosce *«pari dignità e diritti alle famiglie costituite tramite i matrimoni civili e religiosi, le unioni civili e le coppie di fatto, nel pieno rispetto delle differenze culturali ...»*.

Infine, con delibera del Consiglio comunale n. 80 del 14 luglio 2003 è stato istituito il registro amministrativo delle unioni civili, non oggetto di alcun ricorso presso la giustizia amministrativa, che intanto ha mutato il suo orientamento nel corso degli anni sul tema, né oggetto di controllo da parte del Co.re.co., poiché a seguito della legge 15 maggio 1997, n. 127 (art. 17, comma 38), vanno sottoposto all'approvazione del Co.re.co. le sole delibere dei consigli comunali che prevedano impegni di spesa.

Differente è stata la vicenda di un altro comune toscano, quello di Firenze, che ha preferito conferire al registro delle unioni civili, una natura differente da quella anagrafica, per evitare di imbattersi, nelle problematiche riscontrate dal comune di Empoli, una linea seguita negli anni anche da altri comuni, come da ultimo dal comune di Milano, nel regolamento sopra-citato, il quale precisa che l'amministrazione comunale si è altresì impegnata a rilasciare, su richiesta degli interessati, attestato di "unione civile basata su un vincolo affettivo", inteso come reciproca assistenza morale e materiale, ai sensi dell'art. 4 del Regolamento

anagrafico, in relazione a quanto documentato dall'Anagrafe della popolazione residente (D.P.R. 223/1989).

Nel capoluogo toscano, il consiglio comunale aveva stabilito nel luglio 1998 di istituire un elenco delle unioni civili presso un apposito ufficio comunale e di approvare un regolamento comunale sulle unioni civili; tale delibera è stata annullata dopo poche settimane dal Co.re.co. della regione Toscana, che ha giudicato illegittima questa delibera per incompetenza assoluta, poiché interferiva in un settore proprio dello Stato.

A sua volta, questa decisione del comitato regionale di controllo è stata annullata dal Tar Toscana (I sez., 11 giugno 2001, n. 1041), che ha accolto il ricorso proposto dal comune di Firenze affermando che rientra *«nell'autonomia comunale la tenuta di registri, diversi e ulteriori rispetto a quelli dello stato civile e dell'anagrafe, di carattere particolare e diretti alla raccolta dei dati della realtà sociale»*.

Le argomentazioni addotte dal tribunale amministrativo a sostegno della legittimità della delibera comunale sono due: in primo luogo, il Tar ha rilevato che *«essa non interferisce con la disciplina dell'anagrafe caratterizzata dall'obbligatorietà dell'iscrizione»*, in contrapposizione alla volontarietà dell'annotazione nel registro comunale delle unioni civili; in secondo luogo, l'elenco delle unioni non matrimoniali non sarebbe diretto a creare un nuovo status, ma ad assicurare a tali formazioni sociali *«parità di trattamento rispetto alle tradizionali coppie di fatto o alle convivenze di varia natura»* già riconosciute dall'ordinamento, per le finalità esclusivamente di competenza propria del comune e nel rispetto della legislazione nazionale e regionale.

In terzo luogo, il Tar ha richiamato la giurisprudenza della Corte costituzionale (sent. nn. 237/86, 281/94, 8/96, 166/98), secondo la quale anche un consolidato rapporto di fatto può essere tutelato come espressione del principio solidaristico del quale è permeato l'ordinamento giuridico, tanto più che il principio di eguaglianza espresso nell'art. 3 della Costituzione impone a tutti i soggetti istituzionali della Repubblica, e quindi anche ai comuni, di eliminare qualsiasi ostacolo si frapponga al rispetto della persona umana da tutelare nella sua diversità.

Il Tar ha concluso affermando che, ferma restando la competenza esclusiva dello Stato in materia di anagrafe e stato civile, rientra tuttavia nell'autonomia dei comuni la tenuta di registri diretti alla rilevazione di dati della realtà sociale.

Con la delibera di giunta, la n. 451 del 7 giugno 2012, il **Comune di Napoli** ha attivato il **registro delle unioni civili**, applicando la deliberazione sul tema n. 1 del 1372/2012 da parte del Consiglio comunale di Napoli.

Il regolamento sulle unioni civili, non è molto articolato, rispetto a quello di Milano che in questo ambito rimane il più dettagliato; quello partenopeo rispetto alle condizioni in base alle quali è possibile richiederne l'iscrizione, o in base alla quale ne cessa la stessa, rimane pressoché uguale ad altri regolamenti.

All'art. 4 è previsto che: *“L'iscrizione nel Registro può essere richiesta da: a) due persone, non legate tra loro da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela, curatela, ma da vincoli affettivi, residenti anagraficamente da almeno un anno nel Comune di Napoli e coabitanti dallo stesso periodo di tempo, per motivi di reciproca assistenza morale e o materiale”*.

Mentre rispetto agli effetti della cessazione dell'iscrizione dal regolamento delle unioni civili, è previsto all'ART.5:

- “1) Il venir meno della situazione di coabitazione e/o di residenza nel Comune di Napoli produce la cancellazione dal Registro essa può essere disposta d'ufficio ovvero su comunicazione di una o di entrambe le parti interessate.*
- 2) L'ufficio competente che sia venuto a conoscenza di fatti che comportino la cancellazione dal registro, per i quali non sia stata resa la prescritta comunicazione deve invitare gli interessati a renderla.*
- 3) In caso di mancata comunicazione l'Ufficio competente provvede di ufficio, comunicando agli interessati il provvedimento stesso che costituisce provvedimento definitivo non soggetto a ricorso amministrativo in via gerarchica (...)*
- 5) Nel caso in cui permanga la coabitazione ma vengano meno i rapporti affettivi o la reciproca assistenza morale e/o materiale, la cancellazione avviene esclusivamente a seguito di richiesta di una o entrambe le parti interessate (...)*
- 6) L'unione civile cessa con la morte di una delle parti, fatti salvi i benefici che il Comune nell'ambito della propria competenza, abbia attribuito alla*

coppia unita civilmente, dei quali- previa verifica della permanenza dei requisiti per la concessione del beneficio- continua a godere il convivente superstite.”

La linea seguita dal Comune di Napoli nel prevedere il registro delle unioni civili è la stessa del Comune di Firenze o Milano, ovvero un registro finalizzato ad rilevare l'esistenza di realtà sociali, distinto dal registro dell'anagrafe, in quanto gli effetti del regolamento, come previsto all' art. 6, 2) *“non interferisce in alcun modo con la vigente disciplina normativa in materia di anagrafe e di stato civile, con il diritto di famiglia e con altra normativa di tipo civilistico e comunque riservata allo Stato, così come con le competenze amministrative di qualunque altra Pubblica Amministrazione”*, quindi viene comunque richiesta la doppia iscrizione, una presso il registro anagrafe del Comune di Napoli, ai sensi dell'ordinamento sui registri dell'anagrafe di cui sopra, ed una presso il registro delle unioni civili, che comunque avviene presso gli uffici del Servizio Anagrafe della popolazione ed Elettorale dello stesso Comune, nello specifico negli uffici di Soccavo.

Rimane che gli ambiti applicativi dello stesso regolamento non vengono ben definiti, come invece accadde nel regolamento milanese, limitandosi il contenuto dello stesso regolamento a delle dichiarazioni che assumono più un valore di indirizzo politico, quanto una portata di validità giuridica-amministrativa, in quanto viene previsto come fini del suddetto regolamento all'art. 2 che

“(…)

2) Ai fini del presente Regolamento è considerata unione civile il rapporto tra due persone maggiorenni, di sesso diverso o dello stesso sesso, che non siano legate tra loro da vincoli giuridici (matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela, curatela) e che ne abbiano chiesto la registrazione amministrativa ai sensi degli articoli successivi.

3) Il Comune di Napoli adotta tutte le iniziative volte a stimolare il recepimento nella normativa statale delle unioni civili al fine di garantire i principi di libertà individuale ed assicurare in ogni circostanza la parità di trattamento dei cittadini.”

Viene anche previsto che nell'art. 3 del regolamento ai sensi del D. Lgs. n. 196 del 30 giugno 2003, *“La comunicazione dei dati contenuti nel Registro è consentita esclusivamente agli interessati ed agli organi della Pubblica*

Amministrazione per lo svolgimento dei procedimenti di propria competenza. La diffusione dei dati contenuti nel Registro non è consentita.”

Sull'applicazione della disciplina della privacy in materia di registro delle unioni civili, c'è chi in dottrina ne contesta la legittimità di questa scelta optata da tutte le amministrazioni comunali che hanno deliberato in materia di registro delle unioni civili, in quanto la disciplina contenuta nel Codice in materia di protezione dei dati personali, ai sensi del d.lgs. n. 196/2003, stabilisce che il trattamento dei dati personali effettuato da soggetti pubblici, deve comunque avvenire nell'ambito di un'autorizzazione prevista dalla legge, ed in questi non rientra il provvedimento istitutivo dei registri delle unioni civili.¹¹

Il numero delle iscrizioni effettuate nel registro delle unioni civili del Comune di Napoli, è limitato in quanto solo una ventina di coppie ad un anno dall'introduzione del registro ne hanno richiesto l'iscrizione, ed solo due di queste sono coppie dello stesso sesso; la vicenda del registro napoletano, rispecchia un quadro nazionale in cui i registri delle unioni civili mostrano i loro limiti specie in termini d'efficacia, questo è stato di recente confermato anche dagli stessi amministratori comunali partenopei, che vedono in esso uno strumento di pressione politica, più che un effettivo meccanismo di tutela giuridica, d'altronde è nello stesso Statuto contenuto questo indirizzo.¹²

¹¹ M.R. ALLEGRI, *Rimedi palliativi all'inerzia del legislatore: I registri comunali delle unioni civili*, 2012, Roma

“(…) Va rilevato però che, ai sensi del d. lgs. n. 196/2003, Codice in materia di protezione dei dati personali, l'iscrizione nei registri o elenchi comunali delle unioni civili configura un caso di trattamento di dati personali effettuato da soggetti pubblici, che ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 20 comma 1 del Codice⁶⁰ e richiede, quindi, l'autorizzazione da parte di un'espressa disposizione di legge. In effetti, tale disposizione di legge, riferita specificamente ai registri comunali delle unioni civili, non è rinvenibile né nella legge n. 1228/1954 sullo stato civile e anagrafe né nel Testo unico degli enti locali (d. lgs. 267/2000 e successive modificazioni) né nella legge sul procedimento amministrativo (l. n. 241/1990 e successive modificazioni). Da questo punto di vista, la legittimità delle delibere comunali istitutive dei registri è quantomeno dubbia. (…)”

¹² D. DECRESCENZO, *op.cit.* Napoli, 2013 “(…) Il messaggio che il Comune si propone di mandare, però, spiega la Tommasielli è fondamentalmente politico: «Noi faremo di tutto per far decollare il registro - dice - Al governo deve arrivare un segnale: bisogna decidersi ad esaminare i quattro disegni di legge già depositati. Noi speriamo che il tema venga preso in considerazione e che i diritti di tutte le coppie vengano sanciti.”

2.2 I DISEGNI DI LEGGE SULLE CONVIVENZE CHE RICONOSCEVANO “INDIRETTAMENTE” LE COPPIE SAME-SEX: I “DICO” E I “CUS”

A partire dai primi anni novanta, nelle varie legislature sono stati presentati differenti progetti di legge finalizzati ad regolamentare le unioni di fatto, i quali non hanno mai trovato una maggioranza parlamentare che portasse queste proposte di legge alla loro approvazione ed promulgazione.

In ordine cronologico, prima delle attuali proposte depositate nell'attuale legislatura (che saranno meglio approfondite nell'ultimo paragrafo del capitolo), nella precedente ultima legislatura XVI, il 17 settembre 2008 il Ministro per la Pubblica Amministrazione Renato Brunetta ha proposto un riconoscimento sia per coppie eterosessuali che per coppie dello stesso sesso chiamato DiDoRe (Diritti e Doveri di Reciprocità dei conviventi).

La proposta è stata presentata alla Camera dei Deputati 8 ottobre 2008 ed è assegnata alla II Commissione Giustizia, che però non ha mai riportato in discussione il testo di legge in Aula.

D'altronde è stato meglio che questo progetto di legge non ha mai visto la luce, poiché le premesse in termini di tutela non erano le più rosee se si considera che nella relazione al progetto di legge, i firmatari, dichiaravano che questa proposta non introduce alcuna figura concorrenziale alla famiglia tradizionale, anzi, *“protegge da tentativi, sia legislativi che giurisprudenziali, volti ad indebolirla mediante una surrettizia parificazione a situazioni che non possono aspirare alla tutela rafforzata che (la famiglia matrimoniale) gode nel nostro ordinamento.”*

In questo paragrafo, l'attenzione è posta però più su due degli undici progetti di legge presentati sul tema delle convivenze durante la XV legislatura, una presentata dal governo di centrosinistra presieduto dall'On. Prodi i “**DICO**” (Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi), disegno di legge d'iniziativa governativa n. 1339 presentata al Senato il 27 febbraio 2007, e l'altra A.S. n.589 intitolata “CUS” (Contratto di unione solidale), presentato dal presidente della Commissione Affari costituzionali del Senato sen. Biondi, come punto di partenza “migliore”, secondo il firmatario rispetto al disegno di legge governativo.

Le proposte di legge in esame sono le ultime in ordine di tempo ad aver creato una forte discussione mediatica e dottrinale, nonostante che le stesse solo indirettamente avrebbe riconosciuto una tutela alle coppie dello stesso sesso.

Basta *in primis* analizzare l'art. 1 del progetto di legge sui "DICO", rubricato "Ambito e modalità di applicazione", per rendersi conto di una platea potenzialmente vasta, di soggetti destinatari della tutela: *"Due persone maggiorenni e capaci, anche dello stesso sesso, unite da reciproci vincoli affettivi, che convivono stabilmente e si prestano assistenza e solidarietà materiale e morale, non legate da vincoli di matrimonio, parentela in linea retta entro il primo grado, affinità in linea retta entro il secondo grado, adozione, affiliazione, tutela, curatela o amministrazione di sostegno, sono titolari dei diritti, dei doveri e delle facoltà stabiliti dalla presente legge."*

I casi di esclusioni della medesima erano disciplinati all'art. 2, nel quale veniva esclusa la possibilità di ricorrere alla convivenza, quando il richiedente avesse già in precedenza contratto una convivenza in base alla stessa disciplina o all'estero, o anche quando vi fosse un rapporto contrattuale di lavoro tra i conviventi, o quando fosse stato rinviato a giudizio o sottoposto a misura cautelare uno dei richiedente il DICO, per aver assassinato l'ex-convivente dell'attuale; pertanto i destinatari potenziali erano molteplici, potevano essere allo stesso tempo sia una coppia *same-sex*, quanto due studenti fuori sede non uniti sulla base di vincoli affettivi, ma su una solidarietà materiale e morale, tanto due fratelli, tanto tra nonno o zio e nipote, rimane esclusa la sola formalizzazione di unioni poligamiche.

Oltre ai soggetti destinatari della tutela, quello che è stato oggetto di maggiore critica da parte della dottrina, è l'oggetto medesimo della tutela, in quanto si prevedeva, nell'art. 1, punto 3 che *"Relativamente alla convivenza di cui al comma 1, qualora la dichiarazione all'ufficio di anagrafe di cui all'articolo 13, comma 1, lettera b, del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223, non sia resa contestualmente da entrambi i conviventi, il convivente che l'ha resa ha l'onere di darne comunicazione mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento all'altro convivente; la mancata comunicazione preclude la possibilità di utilizzare le risultanze anagrafiche a fini probatori ai sensi della presente legge."*

Se l'obiettivo del legislatore fosse stato quello di tutelare le convivenze di fatto o anche le unioni di fatto, bastava il dato storico della convivenza come dichiarato

ai sensi dell'ordinamento sui registri all'anagrafe di cui sopra, per riconoscere alle stesse convivenze i nuovi diritti che si intendevano riconoscere, d'altronde una serie di diritti già sono riconosciute in alcune discipline proprio in base al dato storico della convivenza.¹³

La disciplina in oggetto richiedeva invece, che congiuntamente fosse espressa la volontà di convivere insieme, o che la stessa se espressa disgiuntamente l'altro convivente ne ricevesse la comunicazione, oltre al dato storico della convivenza di fatto, allora diventa rilevante l'elemento volontaristico, lo stesso posto alla base del matrimonio o di un'unione civile come è prassi negli altri Stati europei che le hanno riconosciute come sopra riportato.

Inoltre, va sottolineato che rispetto alla possibilità della dichiarazione disgiunta, questa soluzione mostra una volontà "ipocrita" del legislatore, ovvero, evitare che la dichiarazione congiunta all'ufficio dell'anagrafe fosse caricata di significato da parte dei richiedenti, ma "la forma non cambia la sostanza (ossia il contenuto dei diritti) ma rischia di appannarla."¹⁴

¹³ S. TROILO, *I progetti di legge in materia di unioni di fatto: alla ricerca di una difficile coerenza con i principi costituzionali*, Forum di Quaderni Costituzionali, 12 settembre 2008

"(...)Nella legislazione più recente si riscontra già la tendenza a considerare i conviventi, al pari dei familiari, tra i destinatari di benefici in campo sanitario o assistenziale o, comunque, a dare rilevanza alla solidarietà che lega coloro che convivono: così, ad esempio, la normativa sui trapianti di organi (art. 3 della legge n. 91 del 1999) indica anche il partner tra i soggetti che il medico deve informare una volta che sia avviato il processo di accertamento della morte cerebrale di una persona, mentre la disciplina relativa ai congedi parentali (art. 4 della legge n. 53 del 2000) riconosce al convivente stabile (che risulti tale da certificazione anagrafica) la facoltà di assentarsi dal lavoro in caso di decesso o di grave infermità del suo compagno/a. Analogamente le leggi n. 405 del 1975 sui consultori familiari, n. 40 del 2004 sulla fecondazione assistita e n. 54 del 2006 sull'affidamento condiviso dei figli, ai fini da esse previsti, equiparano ai coniugi i conviventi. Disposizioni simili sono dettate dalla disciplina in tema di abitazione e di edilizia residenziale pubblica (art. 6 della legge n. 392 del 1978, a seguito della sentenza additiva n. 404 del 1978 della Corte costituzionale; art. 17 della legge n. 179 del 1992 e leggi regionali in materia⁵⁶) o da quella relativa agli interventi a favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata (legge n. 302 del 1990). Senza considerare la facoltà di astenersi dal testimoniare per chi, «pur non essendo coniuge dell'imputato, come tale conviva o abbia convissuto con esso» (art. 199, 3° co., lett. a), c.p.p.) o quella, riconosciuta al detenuto, di ottenere permessi per prestare assistenza ai propri familiari e conviventi, oltre che di farsi visitare da loro (artt. 30 e 18 della legge n. 354 del

1975). Anche in specifiche situazioni inerenti ai rapporti personali o familiari il codice civile e quello penale equiparano, oggi, i conviventi ai coniugi: si pensi, ad esempio, agli artt. 342-bis e 342-ter c.c. (che consentono l'emanazione di ordini giudiziari di protezione contro gli abusi familiari), 417 c.c. (che elenca i soggetti che possono promuovere l'interdizione o l'inabilitazione di una persona), 609-septies c.p. (che prevede la punibilità d'ufficio del delitto di violenza sessuale se commesso, a danno di un minore, dal genitore o dal di lui convivente) Quasi tutte le Regioni presentano disposizioni dal seguente tenore: «agli effetti della presente legge, per nucleo familiare si intende la famiglia costituita dai coniugi e dai figli legittimi, naturali, riconosciuti ed adottivi e dagli affiliati con loro conviventi. Fanno altresì parte del nucleo il convivente more uxorio, gli ascendenti, i discendenti, i collaterali fino al terzo grado, purché la stabile convivenza con il richiedente abbia avuto inizio due anni prima della data di pubblicazione del bando di concorso e sia dimostrata nelle forme di legge» (così l'art. 2 l.r. Emilia-Romagna 16 marzo 1995, n. 13; conf. l'art. 6, co. 4, l.r. Liguria n. 10 del 1994; l'art. 5, co. 2, l.r. Toscana n. 96 del 1996; l'art. 7, co. 2, l.r. Calabria n. 32 del 1996; l'art. 2, co. 4, l.r. Veneto n. 10 del 1996; l'art. 11, co. 5, l.r. Lazio n. 12 del 1999; l'art. 2, co. 1, reg.r. Lombardia n. 1 del 2004, per il quale è sufficiente un anno di convivenza; ecc.) (...)"

¹⁴ N. PIGNATELLI, *I DICO tra resistenze culturali e bisogni costituzionali*, Questione Giustizia- fascicolo II, 2007, Milano Questione Giustizia- fascicolo II, 2007, Milano

Insomma nella proposta governativa si ingenerava un grande equivoco, allo stesso tempo si riconoscono diritti all'unione di fatto introducendo in maniera mascherata un' unione civile nell' ordinamento, aprendosi oltretutto un nuovo fronte discriminatorio¹⁵ sul punto, in quanto le convivenze ai sensi dell'art. 4 dell'ordinamento sui registri anagrafici "*famiglie anagrafiche*", se la proposta di legge sui DICO fosse stata approvata, rimanevano prive della possibilità di accedere ai diritti riconosciuti in essa, se non li avessero esplicitamente richiesti con l'espressione di una volontà in tal senso, ovvero, si costringeva coloro che fossero già iscritti nei registri anagrafici, ad esprimere una volontà in tal senso.

Sulla copertura costituzionale di queste forme di tutela, il legislatore e la dottrina convengono, in quanto è nell'art. 2 Cost. che viene rintracciata l'obbligo costituzionale per lo Stato di regolamentare e dare forma di tutela alle formazioni sociali "alternative" alla famiglia; l'ambito di queste formazioni sociali ai sensi dell'art. 2, è così ampio però che se il legislatore non specifica l'oggetto della sua tutela, l'equivoco è in agguato.

Oltretutto, la tutela effettiva che si intendeva apportare con la proposta di legge governativa, era legata nella maggior parte dei casi al trascorrere di un minimo di tempo, dal momento in cui fosse stata siglata la convivenza, o su di un rinvio ad ulteriori discipline.

Nella proposta di legge sui DICO veniva riconosciuto il diritto all'assistenza ospedaliera, ed anche il dovere di assistenza morale e materiale, che erano immediatamente fruibili dai conviventi.

¹⁵ E. ROSSI, *La Costituzione e i DICO, ovvero della difficoltà di una disciplina legislativa per le convivenze*, - Politica del diritto p. 128, Bologna, 2008

"(...)Non mi sembra infatti possibile che l'eventuale approvazione della legge comporti il venir meno dei diritti dei conviventi di fatto: non potrebbe esserlo, ad esempio, in relazione ai diritti fondamentali, in relazione ai

quali la Corte costituzionale ha affermato possibile operare in termini di analogia, anche tenendo conto che tali convivenze manterrebbero la qualifica di formazioni sociali ex art. 2, come tali da garantire e tutelare. Né, d'altra parte, dette situazioni potrebbero essere parificate a quelle «dichiarate», perché allora verrebbe meno la libertà di scelta di chi non intenda dichiararsi. Ed allora potrebbero ipotizzarsi due soluzioni. O ritenere che la dichiarazione come DICO valga alla stregua di un rovesciamento dell'onere della prova: in sostanza, per chi si è dichiarato, la convivenza (con la connessa accettazione dei diritti e dei doveri) è presunta, mentre per chi non lo ha fatto essa deve essere provata in sede giudiziaria. Oppure ritenere che si debba operare mediante una differenziazione tra diritti: quelli fondamentali (salvo stabilire concretamente quali ed in quale misura) spettano ad entrambe le fattispecie, mentre gli altri possono essere riconosciuti soltanto ai DICO. Oppure ancora considerare congiuntamente queste due possibilità. In ogni caso si rischia di entrare in un ginepraio difficilmente districabile, e che rimette alla giurisprudenza la soluzione dei singoli casi, con possibili disparità di trattamento ed una situazione complessiva probabilmente non meno confusa di quella che si intende risolvere.(...)"

Mentre, nell'ambito del lavoro la disciplina rinviava ai contratti collettivi che disciplinano i trasferimenti e le assegnazioni di sede, mentre le agevolazioni in materia di lavoro si acquistavano dopo tre anni dalla registrazione.

I diritti successori venivano acquistati dopo nove anni dalla registrazione ed il diritto alla pensione di reversibilità doveva essere commisurato alla durata della convivenza, rinviando il testo alla normativa di riordino della stessa materia.

Il diritto di succedere nel contratto di locazione decorreva a partire dal terzo anno di convivenza, ponendosi questa disposizione in contrasto con la giurisprudenza costituzionale, che aveva riconosciuto il diritto a succedere nel caso di morte del conduttore o di allontanamento dall'alloggio in presenza di prole, indipendentemente dal periodo di convivenza.¹⁶

Il testo della proposta di legge governativa non si risolveva in una abrogazione implicita di tutte le altre norme in materia di convivenza, essendo disposto all'art. 13, 1° comma, che i conviventi sono titolari dei diritti e degli obblighi previsti da *altre disposizioni vigenti*.

Pur richiedendone una dichiarazione di volontà, il ddl non attribuisce alcun *status civile* al convivente, ovvero, nei documenti d'identità non era previsto che riportasse la propria convivenza, ma su un profilo di carattere economico, il DICO, poteva essere rilevante, in quanto secondo l'art. 13, 5° comma, i diritti patrimoniali, successori o previdenziali e le agevolazioni previsti dalle disposizioni vigenti in favore dell'*ex* coniuge cessavano quando questi risultasse convivente ai sensi della legge, quindi *de facto*, i diritti, doveri e facoltà dei membri di un DICO, e quelli di un matrimonio erano sostanzialmente equiparati.¹⁷

¹⁶ S. TROILO, *op. cit.*, Forum di Quaderni Costituzionali, 12 settembre 2008

Nota 27: "Dopo averlo inizialmente negato, la Corte costituzionale (nella sentenza n. 404 del 1988) ha riconosciuto, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 6 della legge n. 392 del 1978, che il convivente *more uxorio* ha diritto a succedere nel contratto di locazione nel caso di morte del conduttore, nonché, quando vi sia prole, nel caso in cui quest'ultimo si sia allontanato dall'alloggio comune ponendo termine alla convivenza. Ma tale riconoscimento si fonda, più che su una garanzia costituzionale delle unioni di fatto, sull'esistenza, da un lato, del diritto all'abitazione (collocabile fra i diritti inviolabili dell'uomo) e, dall'altro, del dovere di solidarietà sociale (che connota la forma dello Stato), i quali impongono di non privare dell'abitazione, immediatamente dopo la morte del conduttore, il più esteso numero di soggetti, anche al di fuori della cerchia della famiglia legittima, purché con esso stabilmente conviventi."

¹⁷ S. TROILO, *op. cit.*, Forum di Quaderni Costituzionali, 12 settembre 2008

(...) Ciò significa che i diritti, doveri e facoltà dei membri di un'unione di fatto e quelli dei coniugi – oltre ad essere sostanzialmente equiparati, tanto da poter essere goduti solo alternativamente e non cumulativamente – vengono meno a seguito dell'acquisizione di un diverso status (rispettivamente quello di marito o moglie e quello di "convivente registrato") e non in conseguenza del mutamento della situazione concreta: così due persone sciolte dai rispettivi legami matrimoniali non perderebbero i benefici derivanti dalle loro precedenti unioni se iniziassero a convivere, ma soltanto se registrassero tale loro nuova condizione secondo le modalità previste dal disegno di legge; mentre, viceversa, due partner che continuassero a convivere senza interruzioni

Su un piano pubblicistico nella proposta governativa, si disponeva che il convivente potesse essere designato dall'altro quale suo rappresentante in caso di malattia o di morte, al fine di assumere decisioni circa l'espianto di organi o la celebrazione del funerale, inoltre, al compagno extracomunitario o apolide, veniva riconosciuta la possibilità di richiedere il permesso di soggiorno per convivenza, e l'iscrizione anagrafica per il convivente comunitario, oltre al diritto di ricevere gli alimenti da parte dell'*ex* convivente.

La proposta di legge sui CUS, presentata a seguito del dibattito nella commissione degli affari costituzionali della proposta di legge sui DICO, presentando un testo unificato, ricondurrà i seppure già minimi e contraddittori aspetti a rilevanza pubblicistica dei DICO, ad un ambito completamente privato, rilevando la convivenza quale contratto privato.

Il testo unificato prevedeva la stipulazione di un vero e proprio contratto fra *“due persone, anche dello stesso sesso, per l'organizzazione della vita in comune”* e faceva discendere da tale atto i diritti, gli obblighi e le facoltà concretamente previsti; all'unione solidale si applicavano le disposizioni del capo II del libro IV, relative ai contratti in generale, ivi comprese le cause di nullità previste dall'art. 1418 e seguenti, nonché le disposizioni delle vigenti leggi speciali in materia di contratti, art. 455-bis., co. 1 e 3 cc, come risultante dall'art. 1 del testo unificato.

Veniva prevista la possibilità che il contratto poteva essere stipulato davanti al giudice di pace *“competente per il Comune di residenza di uno dei due contraenti”* (art. 455-ter, co. 1, c.c., come risultante dall'art. 1 del testo unificato) e doveva in ogni caso essere trascritto in un apposito registro presso l'ufficio di tale giudice.

Quest'ultima disposizione è stata ritenuta contraddittoria sotto differenti punti di vista, in quanto è assolutamente rara la registrazione di un contratto davanti al giudice, al massimo in alcuni casi è previsto che sia tenuto presso un ufficio giudiziario ma non vigilato dallo stesso, inoltre è tecnicamente impropria l'espressione utilizzata nel testo di *“dichiarazione”* e non di *“sottoscrizione”* delle parti, si vuole cioè in questo modo evitare che questo registro fosse mantenuto presso l'ufficio di Stato civile, lo stesso che mantiene quello sul matrimonio, ma allo stesso tempo si voleva attribuire un formale riconoscimento pubblico ad un

dopo il matrimonio (pur fittizio) di uno di loro con un'altra persona non potrebbero continuare a godere dei vantaggi loro riconosciuti dal disegno di legge. (...)

atto che ha completamente una natura privata e che risponde solo alle norme in materia di contratti.

Sostanzialmente a prescindere dalla natura del tipo di istituto cui si fa ricorso, i diritti, obblighi e facoltà assegnati alle parti di un “CUS” si riferiscono sostanzialmente agli aspetti considerati dal d.d.l. sui “DICO”, ma sono spesso disciplinati in modo più o meno accentuatamente diverso.¹⁸

Da un’analisi seppure sommaria delle proposte di legge sopracitate, emerge che per il legislatore non avesse chiaro il fine del suo intervento legislativo, voleva si tutelare le coppie same-sex, ma per non far apparire esplicito quest’obiettivo, vi fa rientrare anche altre convivenze di fatto, con profili di rilevanza giuridica e sociale che si confondono in un groviglio destabilizzante.

Il legislatore si trova di fronte a troppe pressioni politico-religiose, rispetto alle quali non è stato in grado di essere indipendente, che fosse opportuno chiarirsi le idee prima ancora di procedere a qualsiasi tipo di intervento legislativo, anche solo nel progettarlo, lo fa presente il Consigliere della Presidenza del Consiglio dei Ministri, che proprio immediatamente dopo l’approvazione del Consiglio dei Ministri, in data 8 febbraio 2007, del disegno di legge sui DICO, su proposta congiunta del Ministro per i diritti e le pari opportunità, Barbara Pollastrini, e di quello delle politiche per la famiglia, Rosy Bindi, scriveva: *“il legislatore italiano intende riconoscere, sul piano del diritto pubblico, le unioni omosessuali, accordando a queste diritti, prerogative e facoltà? Intende, cioè, in altri termini, legittimare, da un punto di vista sostanziale, la cultura omosessuale che, in questa precisa fase storica, si batte con forza, a torto o a ragione, per la creazione di nuovi spazi giuridici, o meglio per l’affermazione di valori e concetti diversi rispetto a quelli tradizionali a cui ci siamo sempre rapportati? E ancora: sono maturi i tempi, per il nostro Paese, per operare una grande rivoluzione culturale sul piano dei costumi sociali? Se la risposta a tutti questi interrogativi non è affermativa per le più disparate ragioni politiche, allora non ha senso discettare in relazione a complicatissimi problemi derivanti dalla legittimità costituzionale di ipotetiche normative il cui fine è quello di disciplinare il fenomeno delle unioni di fatto omosessuali. Ma se la risposta, invece, come io credo, è affermativa, dal momento che certe rivendicazioni necessitano, pur non essendo direttamente*

¹⁸ Si veda per maggiori approfondimenti sul punto S. TROILO, *op. cit.*, Forum di Quaderni Costituzionali, 12 settembre 2008

riconducibili, se non per alcuni principi di ordine generale, a specifiche norme costituzionali, di essere prese in considerazione dal nostro ordinamento in virtù di quella idea di laicità intesa come comunicazione tra le diverse concezioni etiche presenti nella società, allora le ulteriori questioni da affrontare sono tutte di natura giuridica ed attengono alla giusta esigenza di favorire approdi normativi lungimiranti così da garantire sia il rispetto di quei timori per una deriva antipersonalistica che scardini alcuni elementi antropologici connessi a visioni religiose, sia il rispetto di quelle convinzioni laiche, “progressiste”, che, in vista delle scelte finalistiche da compiere, si fondano sull’unico criterio possibile, quello della ragionevolezza delle leggi (cfr. A. CERRI, Ragionevolezza delle leggi, in Enc. giur. Treccani, Roma, 1994), per trovare un equilibrio di soluzioni.(...)”¹⁹

2.3 “SPIRAGLI” ALL’ORIZZONTE ? : LE PROPOSTE DI LEGGE “GALAN” ED “ORELLANA”

Nel corso dell’attuale legislatura iniziata nel marzo 2013, sono state presentate due proposte di legge rispetto ad una tutela delle coppie dello stesso sesso, una depositata alla Camera dei Deputati, comunicata alla Presidenza il 30 maggio 2013, a firma di Galan ed altri, intitolata “*Disciplina dell’unione omoaffettiva*”, e l’altra al Senato a firma di Orellana ed altri, comunicata alla Presidenza il 5 aprile 2013, ad oggetto “*Modifiche al codice civile in materia di eguaglianza nell’accesso al matrimonio in favore delle coppie formate da persone dello stesso sesso*”.

Il dibattito nelle relative Commissioni su queste proposte di legge, è ancora lontano dall’essere calendarizzato, quindi in questo paragrafo si intende riportare il solo contenuto al momento reperibile degli stessi progetti di legge così come depositati al fine di segnalarne l’esistenza, ben consapevole che questi potranno essere probabilmente oggetto di successive modifiche, o anche non essere mai trattati.

Le proposte di legge nelle loro premesse fanno presente che ci si intende adeguare al *trend* europeo di legalizzazione delle coppie dello stesso sesso, e che in

¹⁹ R. ALESSE, *Quando i “dico” non trovano “pacs”*, Roma, 2007

applicazione tra l'altro del disposto della Sentenza n. 138/2010 (richiamata nelle entrambe premesse delle proposte di legge), si intende introdurre una tutela diretta ed specifica per le coppie dello stesso sesso.

Nella proposta di legge, sulla **“Disciplina dell'unione omoaffettiva”**, si intenderebbe creare una posizione giuridica specifica per le coppie dello stesso sesso, attraverso la tipizzazione di un nuovo istituto giuridico.

La proposta di legge prevede che i soggetti interessati potranno sottoscrivere l'atto costitutivo di fronte all'Ufficiale dello Stato civile (articolo 4), ottenendo *de facto*, gli stessi diritti e doveri del matrimonio, anche se le disposizioni dell'unione omoaffettiva non inciderebbero sulla disciplina del matrimonio civile tradizionale.

“Abbiamo (si riporta nella premessa alla proposta di legge) inteso quindi estendere a queste unioni la disciplina prevista per l'istituto matrimoniale, in quanto unico assetto normativo-giuridico esistente nel nostro diritto positivo; quindi, ad esempio, in tema di regime successorio, ai diritti del coniuge saranno equiparati quelli del contraente di un'unione omoaffettiva (articolo 14), i diritti e i doveri dei coniugi saranno i medesimi per i contraenti di un'unione omoaffettiva in relazione all'assistenza in caso di ricovero in una struttura sanitaria o di detenzione in un istituto penitenziario (articolo 22), come pure in tema di tutela previdenziale, con l'applicazione della medesima disciplina prevista per i coniugi alle coppie legate da un'unione omoaffettiva (articolo 16).(...)”

Contrariamente a quanto si ci attenderebbe nel leggere quanto sopra riportato, non si applicherebbe per lo scioglimento di quest'unione, l'istituto della separazione o del divorzio, bensì un istituto specifico, in base al quale lo scioglimento sarebbe possibile per mezzo di un atto scritto e avrebbe efficacia decorsi tre mesi dalla notificazione di esso all'altro contraente per mezzo dell'ufficiale giudiziario (articolo 17).

Una questione è stata deliberatamente lasciata fuori dell'orizzonte di questa proposta di legge: il tema dell'adozione dei minori, in quanto si è ritenuto che attualmente, in Italia, quello dell'adozione è un iter difficile, regolato da una normativa che necessiterebbe probabilmente di specifici interventi di riforma legislativa, pertanto si è ritenuto non opportuno affrontare una questione complessa, riguardante una disciplina non applicabile per analogia al nuovo istituto che si propone d'introdurre, e che avrebbe inevitabilmente comportato a detta dei firmatari ulteriori dilazioni nel procedimento di approvazione della

presente proposta di legge, rimandandone invece la trattazione ad un'opportuna rivisitazione della materia specifica, da compiersi però in altra sede.

Invece, il disegno di legge sulle *“Modifiche al codice civile in materia di eguaglianza nell'accesso al matrimonio in favore delle coppie formate da persone dello stesso sesso”*, presentato al Senato sulla falsariga della legge approvata in Francia sul matrimonio egualitario, composto da soli quattro articoli, intenderebbe estendere il matrimonio ad una coppia dello stesso sesso in Italia, quindi non limitandosi ad riconoscerne gli stessi diritti dell'istituzione matrimoniale “formalmente” sotto un'altro tipo d'istituto, inoltre si intenderebbe consentire anche l'adozione, ed in base a delle modifiche alla legge 40/2004, consentire la fecondazione assistita ed anche la maternità surrogata.

L'articolo 1 della proposta legislativa stabilisce che il matrimonio può essere contratto tra due persone di sesso diverso o dello stesso sesso, introducendo il principio che il matrimonio è egualitario, nei requisiti e negli effetti, indipendentemente dal sesso delle persone che lo contraggono, questo principio verrebbe inserito all'articolo 91 del codice civile.

L'articolo 2 modificherebbe alcune disposizioni dei codici civile e di procedura civile, al fine di adeguarle al matrimonio egualitario, sostituendo il riferimento al marito e moglie, con quello di “coniuge” al singolare o di “coniugi” al plurale, ed apportando modifiche, come quelle relative alla disciplina del cognome, le quali avrebbero i loro riflessi anche sull'attuale disciplina del cognome della moglie o su quello dei figli.²⁰

²⁰ Oggetto delle modifiche legislative sarebbero tutte le disposizioni riguardanti il matrimonio: articoli 107, primo comma e 108, primo comma, che disciplinano, rispettivamente, la forma del matrimonio e l'inopponibilità di termini e condizioni alla dichiarazione degli sposi di prendersi come coniugi.

Nell'articolo 108, inoltre, l'avverbio «rispettivamente» è sostituito con «reciprocamente». L'articolo 143 che disciplina i diritti e doveri reciproci dei coniugi, sostituendo al comma 1 dell'articolo le parole «il marito e la moglie» con «i coniugi, indipendentemente dal sesso». L'articolo 143-bis che attualmente disciplina il regime del cognome della moglie. Il nuovo articolo disciplina il regime del cognome dei coniugi, ciascuno dei quali può aggiungere al proprio quello dell'altro e lo conserva durante lo stato vedovile, fino a che passi a nuove nozze. Il comma 5 dell' art. 3 del progetto di legge sostituisce il comma 156-bis che attualmente disciplina la possibilità di inibire alla moglie l'uso del cognome del marito nel corso della separazione. In base alla nuova formulazione, il giudice può vietare a ciascun coniuge l'uso del cognome dell'altro, oppure autorizzarli a non utilizzarlo, quando in entrambi i casi da tale uso possa derivare un grave pregiudizio ad uno di essi.

Il comma 6 modifica la disciplina in materia di cognome dei figli, fatta salva la diversa disciplina prevista in caso di adozione di persone maggiorenni. Superando una impostazione maschilista e patriarcale, come già ricordato dalla Corte costituzionale, ai figli vengono trasmessi i cognomi di entrambi i genitori, nell'ordine che i genitori stabiliscono. L'ordine stabilito per il primo figlio sarà conservato anche per i successivi. Si dispone, altresì, che i figli, quando a loro volta diventeranno genitori, trasmetteranno alla prole solo il loro primo cognome, in modo da garantire che i cognomi di una persona siano sempre due e non più. I commi 7 e 8 intervengono in materia di adozione di persona maggiorenne, sostituendo negli articoli 294 e 299 il riferimento a marito e moglie con quello di coniugi. Il comma 9 interviene sul codice di procedura civile, in

L'articolo 3 introdurrebbe, invece la filiazione nelle coppie *same-sex*, (aspetto volutamente non considerato nel progetto di legge depositato alla Camera dei deputati) disponendosi che il coniuge dello stesso sesso è considerato genitore del figlio dell'altro coniuge fin dal momento del concepimento in costanza di matrimonio, a tal fine il comma 1 dell'art. 3 del progetto di legge aggiungerebbe al titolo VII del primo libro del codice civile, il capo I-bis, composto dal solo articolo 249-bis.

Rispetto ai casi già esistenti di coppie dello stesso sesso, che abbiano fatto ricorso a tecniche di riproduzione medicalmente assistita, dei quali solo il genitore biologico viene riconosciuto, si prevede anche una disposizione transitoria (art.3-comma 3) che consentirebbe qualora la coppia decidesse di contrarre il matrimonio di essere entrambi riconosciuti quale genitori.

L'ipotesi prospettata di un ricorso alla procreazione medicalmente assistita, sarebbe possibile solo apportando delle modifiche, (che vengono ipotizzate nel progetto di legge), alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, che consentirebbero l'accesso ad esse, anche da parte delle coppie dello stesso sesso; inoltre, per consentire anche il ricorso alla maternità surrogata, si abrogerebbe il divieto di dichiarare la volontà di non essere nominata, imposto alla donna che faccia nascere un figlio a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita.

L'articolo 4 del progetto di legge contiene le disposizioni finali, in cui si precisa che tutte le disposizioni in materia di matrimonio e adozione, dovunque ricorrano, si applicherebbero indipendentemente dal sesso dei coniugi, tranne che non sia previsto diversamente in maniera espressa, specificando nei commi successivi che sussisterebbe anche un obbligo a carico delle amministrazioni pubbliche per modificare le espressioni marito e moglie in «coniuge» o «coniugi» dovunque ricorrano nella modulistica, nei certificati e nei siti web.

Infine, il comma 4 dell'art.4 disporrebbe che i matrimoni già contratti all'estero tra persone dello stesso sesso possono essere trascritti in Italia, con efficacia dal momento della loro celebrazione.

materia di astensione del giudice, sostituendo all'articolo 51, primo comma, numeri 2) e 3), il riferimento alla moglie con quello di coniuge.

Il progetto depositato alla Camera, si inserisce parzialmente nel solco dei CUS, ovvero un istituto specifico di natura privata specifico per le coppie dello stesso sesso, pur presentando rispetto a questi, una tutela più strutturata su un piano organico, mentre, il testo depositato al Senato, pur presentando un tipo di tutela conforme alle norme internazionali più evolute in materia, e senza far ricorso ai tecnicismi formali per riconoscere in sostanza gli stessi diritti del matrimonio, (com'è il caso del progetto depositato alla Camera, che riconosce gli stessi diritti del matrimonio ma sotto un nome di un istituto giuridico differente), rischierebbe di imbattersi in un ostruzionismo molto forte, perché in esso sono contenuti molti degli argomenti che alimentano il dibattito contro il riconoscimento legale delle coppie dello stesso sesso, specie il riconoscimento della filiazione alle coppie dello stesso sesso.

Allo stesso tempo considerata la conformazione attuale del Parlamento in termini di "maggioranze" potrebbe trovare un'approvazione parlamentare più "sicura" il testo depositato alla Camera; ad ogni modo considerata l'instabilità tipica del legislatore italiano ogni ipotesi può essere smentita nello stesso momento in cui la si formula, pertanto non resta che attendere che i lavori parlamentari procedano, si spera con maggiore lucidità e lungimiranza che il passato.

CONCLUSIONI

Il rapporto tra il principio di uguaglianza e il principio di non discriminazione, costituisce una delle possibili chiavi di lettura di questa tesi, ovvero, si è potuto constatare che il concetto di uguaglianza, manifesta la propria efficacia non tanto rispetto a situazioni identiche, ma piuttosto rispetto a situazioni analoghe.

I comportamenti delle minoranze sessuali, costituiscono “manifestazioni” differenziate dall’orientamento sessuale eterosessuale, che però presentano una natura analoga se non identica con quest’ultimo; in quanto la “*capacità di ogni persona di provare una profonda attrazione emotiva, affettiva e sessuale..*”, non la si può ritenere diversa in quanto indirizzata verso una persona dello stesso sesso o di sesso differente.

L’esistenza di norme giuridiche di segno negativo hanno consolidato nel tempo i pregiudizi sociali rispetto all’ orientamento sessuale *same-sex*, l’inversione di tendenza registrabile in alcuni ordinamenti tra cui il Portogallo, si caratterizza per una tutela giuridica di segno positivo, che potrebbe innescare a livello sociale meccanismi miranti a fermare o addirittura cancellare il radicamento dei pregiudizi nei confronti delle minoranze sessuali.

Negli Stati che presentano una legislazione cosiddetta “*avanzata*”¹ in materia, si registrano alti tassi di tolleranza a livello sociale rispetto alle persone attratte da persone dello stesso sesso, mentre in quelli privi di qualsiasi disciplina in materia, la vulnerabilità delle minoranze sessuali raggiunge la massima esposizione.²

* * *

Nel corso della tesi, si è potuto constatare che le direzioni attualmente tracciate dall’uguaglianza nel diritto positivo hanno evidenziato, da un lato l’obiettivo di evitare discriminazioni rispetto al trattamento giuridico di situazioni eguali o

¹ S. AGOSTA, *Uno sguardo sulle unioni omosessuali dalla prospettiva comparatistica: una lezione che stenta ancora ad essere imparata*, 5, *Forum Quaderni Costituzionali*, 2011

“Di livello in livello di progressiva tutela (delle persone omosessuali) è così che si giunge, infine, alla sommità di questa immaginaria scala: alla quale “altezza” si attestano, cioè, tanto ordinamenti che hanno pienamente riconosciuto alle coppie dello stesso sesso il diritto di contrarre il legittimo matrimonio (..) quanto quelli (al momento, invero, un’esigua minoranza) che hanno persino ammesso la possibilità dell’ adozione omosessuale.”

² AGENZIA DELL’ UNIONE EUROPEA PER I DIRITTI FONDAMENTALI, *op.cit.*, 7, Vienna, 2009

analoghe, dall'altro evitare che la disegualianza consista nell'escludere dalle garanzie di diritto positivo gruppi sociali, che sono minoritari rispetto ai comportamenti delle maggioranze, tra questi si può ritenere che rientrino *de facto* i gruppi di persone dall'orientamento sessuale differente da quello eterosessuale.

Il principio di non discriminazione si concretizza non solo in termini di uguaglianza sostanziale, ovvero, situazioni eguali vanno trattate in modo uguale e situazioni differenti in maniera differente, ma anche in termini di “uguale accesso” alle tutele del diritto.

Le tutele in termini di non-discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, possono distinguersi su due piani convergenti, un primo piano attiene all'orientamento sessuale del singolo individuo quando indirizzato nei confronti di una persona dello stesso sesso, ed il secondo alla rilevanza in termini giuridici di una coppia *same-sex*.

Dall'analisi delle componenti dell'identità sessuale di un individuo (sesso biologico, identità di genere, orientamento sessuale, ruolo di genere), si è potuto evidenziare che lo sviluppo dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere costituiscono elementi di espressione della sua identità personale, ovvero, del più “inclusivo” diritto alla vita.

La connessione tra il diritto alla vita ed il principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale, si struttura per uno Stato di diritto in una serie di obbligazioni di carattere positivo³ e di carattere negativo⁴; in tal senso, si è potuto dimostrare che alcun tipo di discriminazione riguardante un diritto umano può ritenersi legittima, quando si basi sull'orientamento sessuale di una persona.

Le politiche legislative sull'orientamento sessuale *same-sex*, sviluppatesi in principio per depenalizzare e depatologizzare “l'omosessualità” hanno successivamente introdotto tutele in quegli ambiti in cui la discriminazione dei *gay*, lesbiche e *transgender* è maggiore: scuola, lavoro, comunicazioni, penitenziari, sport.

In Italia, la mancanza di discipline legislative finalizzate alla non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale rispetto al Portogallo, che presenta una

³ La concessione del diritto d' asilo dalle persecuzioni, la garanzia della libertà di riunione.

⁴ Il divieto della pena di morte, divieto di trattamenti crudeli, inumani e degradanti della persona, divieto di privazione arbitraria della libertà.

disciplina organica, seppure da migliorare, non può che ritenersi giustificata dalla “negligenza” del legislatore.

L'unica disciplina introdotta, il decreto legislativo n° 216/2003 in recepimento di una direttiva comunitaria direttiva 78/2000/CE, ha necessitato di successivi correttivi, poiché la “non volontà” del legislatore italiano di intervenire sulle discriminazioni in base all'orientamento sessuale, si è riflessa anche nel non corretto recepimento della disciplina comunitaria.

I costrutti tradizionali o religiosi, non hanno alcuna rilevanza in questo ambito di tutela dell'orientamento sessuale, non essendo messa in discussione alcun “modello” di famiglia, quanto piuttosto in questo piano di tutela è in rilievo la dignità di ogni singolo individuo di cui l'orientamento sessuale è espressione.

La società portoghese non è certo priva di atteggiamenti omofobici, o della contrarietà rispetto al riconoscimento normativo delle coppie dello stesso sesso, manifestatisi in alcune opinioni di esponenti politici o anche nei discorsi istituzionali quali quelli del Presidente della Repubblica Cavaco Silva, rispetto alla promulgazione del testo di legge sul matrimonio tra persone dello stesso sesso; anche le gerarchie ecclesiastiche cattoliche non mancano di manifestare il loro disappunto rispetto all'attività legislativa indirizzata alla tutela dell'orientamento sessuale, ma a differenza del legislatore italiano, il legislatore lusitano con maggiore indipendenza e maturità preferisce (probabilmente per salvaguardare terzi interessi), adeguarsi “correttamente” alle Direttive comunitarie e alla giurisprudenza europea, in modo da garantire una tutela delle minoranze sessuali, ed innescando allo stesso tempo un processo di evoluzione sociale, che comporterà nel prossimo futuro un abbattimento su un piano socio-culturale dei pregiudizi rispetto ai comportamenti sessuali non eterosessuali.

L'introduzione dell'educazione sessuale tra gli insegnamenti obbligatori *lei* n. 60/2009, al fine di eliminare i comportamenti discriminatori o gli atti di violenza del bullismo omofobico, rappresenta tra le discipline introdotte, quella più corrispondente a questo fine, in quanto non basterà la sola tutela legale a porre fine alle forme di discriminazioni, ma è un processo culturale che accompagnato o innescato da quello legislativo, può portare questi risultati.

La stessa Costituzione italiana, imporrebbe al legislatore il dovere di intervenire, in quanto pur non essendo costituzionalizzato come in Portogallo il fattore di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, si potrebbe ritenere che

questo fattore di non discriminazione rientri nell'Art. 3 della Costituzione italiana, nelle "condizioni personali," quindi si tratterebbe di un dovere costituzionale che rimane "ineseguito" dal legislatore.

D'altronde che la politica di non discriminazione in base all'orientamento sessuale venga rimessa in Italia unicamente ad organi di natura amministrativa come l'UNAR, o ad enti locali Regioni e Comuni, in assenza di una disciplina organica su un piano nazionale, equivale a definire il "dettaglio" di una struttura, che però deve essere ancora completamente costruita, quindi più che su un piano sostanziale di tutela in termini di diritti, si tratta di forme di pressione affinché il legislatore nazionale intervenga in materia.

L'orientamento sessuale è un elemento costitutivo di un soggetto di diritto, che regolamentato in alcune discipline legislative di Stati europei, interroga la giurisprudenza e la dottrina; quindi, la condotta del legislatore italiano, che preferisce rimanere ad osservare piuttosto che intervenire, mentre il resto d'Europa avanza in materia, non può non ritenersi un atteggiamento "preoccupante".

* * *

Il secondo piano della tutela dell'orientamento sessuale in un'ottica non discriminatoria, riguarda la tutela delle coppie *same-sex*.

La disciplina portoghese, è una delle più evolute in materia, avendo introdotto nei primi anni duemila, l'unione civile, e successivamente nel 2010 il matrimonio egualitario.

La Suprema Corte portoghese con l'*acórdão* n. 359/2009, investita del caso di una coppia di due donne, che richiedevano (quando ancora non era stata approvata la legge sul matrimonio) di sposarsi, ha ritenuto, come ha fatto successivamente la sentenza della Corte Costituzionale italiana sent. 138/2010, ispirandosi al dispositivo del giudice lusitano, ed investita di un caso analogo, (in cui due uomini, richiedevano di sposarsi), che non potesse una sentenza additiva riconoscere loro il diritto al matrimonio, e che fosse nella discrezionalità del legislatore optare per il matrimonio o per l'unione civile.⁵

⁵ Nella sentenza portoghese si ipotizzava solo un'ampliamento di disciplina sulle unioni civili essendo già stata introdotta questa discipline per le coppie dello stesso sesso dal legislatore lusitano nel 2001.

D'altronde la sentenza della Corte di giustizia europea *Schalk e Kopf c. Austria*, caso C-30141/2004 del 11 novembre 2010, ha confermato che non costituisce una violazione dell'art. 12 della CEDU, rubricato diritto al matrimonio, la mancanza del matrimonio per le coppie *same-sex*, essendo a discrezione dei legislatori nazionali riconoscere questo diritto.

La sentenza della Corte di Cassazione 4184/2012, ha confermato che l'eterosessualità del matrimonio è un costrutto tradizionale, non essendo previsto alcun vincolo in tal senso all'art. 29 Cost., pertanto il superamento dello stesso è rimesso alla discrezionalità del legislatore, che nell'introdurre una tutela alle coppie dello stesso sesso ha un ventaglio di opzioni, seguite nel *trend* legislativo europeo, cui anche la Corte Costituzionale rimanda con la sentenza 138/2010.

Le discipline degli Stati europei rispetto alla tutela delle coppie dello stesso sesso, evidenziano l'esistenza di percorsi di graduale avvicinamento alla disciplina del matrimonio, non solo poiché quest'istituto giuridico risulta un modello cui ispirarsi, essendo per eccellenza l'istituto deputato alla tutela di un rapporto sentimentale e sessuale tra due persone, ma in quanto in alcuni casi si è voluto solo da un punto di vista formale mantenere la distinzione con le unioni civili destinate a tutelare le coppie dello stesso sesso, essendo *de facto* eguale il regime di diritti in esso riconosciuto.

L'opzione del matrimonio egualitario rappresenta non solo la massima espressione in termini di tutela ipotizzabile per una coppia dello stesso sesso, ma una tappa nell'evoluzione del diritto di famiglia, che prima o poi sarà raggiunta da tutte le legislazioni dei Paesi europei.

L'analisi sull'evoluzione della disciplina portoghese sul diritto di famiglia, ha dimostrato che in una piena continuità d'intenti, dopo la rivoluzione democratica del 1974, anche al fine di adeguarsi alla disciplina comunitaria, il legislatore lusitano non è stato "miope", anzi ha preferito adeguarsi al graduale avanzamento europeo in materia di diritti civili, avendo dopo una stagione di "oscurantismo" dittatoriale, riconosciuto innanzitutto tutela giuridica alla sessualità della donna, ed al suo ruolo nella famiglia; ciò ha consentito una conseguenziale evoluzione del diritto di famiglia tutelando le coppie dello stesso sesso.

Il ministro della Giustizia francese Christiane Taubira presentando per conto del Governo all' *Assemblée nationale*, il disegno di legge sul "*mariage pour tous*", in un discorso pronunciato il 29 gennaio 2013, ha affermato che l'approvazione del

testo di legge sul matrimonio egualitario, avvenuta poi nel maggio 2013, si inquadra in un processo evolutivo del matrimonio civile avanzamento in conformità al principio di laicità e libertà dello Stato.

I passaggi più interessanti del suo discorso sono stati quelli riguardanti l'evoluzione dell'istituzione matrimoniale, dimostrando che il riconoscimento del matrimonio e dell'adozione alle coppie dello stesso sesso, rappresenti un'evoluzione "imposta" al diritto di famiglia.

Il ministro ha sottolineato l'esigenza, imposta dall'evolversi della società, che l'istituzione del matrimonio si sviluppi in un'ottica universalistica, in quanto il matrimonio civile si è evoluto, così come la società lo richiedeva, quindi è falsato l'argomento di quanti ritengono che esiste un modello "tradizionale" di matrimonio, piuttosto sarebbe più appropriato parlare di "modelli" giuridici di matrimonio, poiché si è assistito a molteplici evoluzioni dello stesso.

Il matrimonio dopo essere stato in origine un'istituzione patrimoniale, attraverso il quale le grandi famiglie possidenti sposavano i loro patrimoni, e un'istituzione di possesso laddove il padre-marito esercitava il proprio potere sulla propria moglie e sui propri figli, ed a lungo solamente un'istituzione religiosa con l'esclusione di esso per i non credenti o ad alcune professioni come gli artisti, infine, è divenuto un'istituzione civile a cui sono state apportate significative modifiche negli ultimi decenni.

L'introduzione del divorzio, il riconoscimento dei diritti alle donne in un'ottica di eguaglianza dei due coniugi, l'evoluzione del diritto all'infanzia con l'annullamento della distinzione tra figli legittimi e figli naturali, dimostra che il matrimonio è una delle istituzioni giuridiche più soggette a modifiche, poiché la regolamentazione di un rapporto sessuale ed affettivo tra due persone, più di altri ambiti impone un adeguamento rispetto alle evoluzioni sociali.

Il contesto legislativo italiano non ha mancato di introdurre modifiche all'istituto del matrimonio, ma un'evoluzione a breve termine per l'introduzione di un matrimonio egualitario, sembra essere un'utopia.

In Italia, l'evoluzione sulla disciplina della famiglia sembra essersi interrotta, sia perché non può dirsi completata una tutela effettiva della donna e del suo ruolo nella famiglia, basti pensare alle tematiche della procreazione medicalmente assistita, e sia perché una coppia dello stesso sesso (che è famiglia) è per il diritto italiano inesistente.

Il legislatore italiano in quei rari casi in cui ha tentato di intervenire in materia, come nel caso del progetto di legge sui DICO è stato sempre “equivoco”, ovvero, per evitare che fosse introdotta una disciplina esplicita sul *tema de quo*, quindi urtare la “*sensibilità*” della Chiesa Cattolica o delle posizioni partitiche conservatrici, è ricorso a strumenti che non avendo un obiettivo esplicito, ed includendo fattispecie completamente differenti, sarebbero divenuti strumenti “ibridi” ed “inutili”, quindi tanto meglio che non siano stati approvati.

La volontà implicita era quella di relegare su un piano prettamente privatistico un rapporto sentimentale o affettivo, privandolo della sua rilevanza pubblica come nel progetto di legge sui CUS, che equivale a “discriminare” tutelando.

Un dato rimane però fermo a conclusione di questa tesi, come anche ribadito recentemente dal Presidente della Corte Costituzionale italiana, nella relazione alla riunione straordinaria della Corte del 12 aprile 2013, il legislatore italiano non deve più esitare nel riconoscere una tutela alle coppie dello stesso sesso, potendo in piena discrezionalità optare per l’istituto giuridico che riterrà meglio opportuno a questo fine, non esistendo sul punto alcun istituto giuridico costituzionalmente vincolato.

L’avanzamento della storia civile dell’Europa, non solo quale istituzione che “governa l’economia”, ma anche quale istituzione che guida la politica dei diritti civili degli Stati membri, non sarà certo arrestata dall’Italia; prima o poi per non essere più il fanalino di coda d’Europa, il Parlamento italiano sarà “costretto” a legiferare - in termini di protezione giuridica - sui molteplici aspetti che attengono l’orientamento sessuale di una persona; quando ciò accadrà, la disciplina portoghese sul *tema de quo* potrà considerarsi un modello cui ispirarsi, considerata la similitudine sociale, antropologica e istituzionale esistente tra l’Italia e il Portogallo, della quale di si è cercato di dare conto nella tesi.

BIBLIOGRAFIA

ADINOLFI G., *Una Dittatura*, Storia in network, Milano, 2000

AGENZIA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL' UNIONE EUROPEA, *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States*, febbraio-aprile 2009, parte I (*Legal analysis*) e parte II (*Social analysis*) Vienna, 2010

AGOSTA S., *Uno sguardo sulle unioni omosessuali dalla prospettiva comparatistica: una lezione che stenta ancora ad essere imparata*, s. 5, *Forum Quaderni Costituzionali*, 21 settembre 2011

ALESSE R., *Quando i "dico" non trovano "pacs"*, Roma, 2007

ALLEGRI M.R., *Rimedi palliativi all' inerzia del legislatore: I registri comunali delle unioni civili*, 2012, Roma

BALOCCHI M., *L'Invisibilizzazione dell'Intersessualità in Italia*, Milano, 2010

BARSOTTI V., *Diritto e omosessualità: la costruzione di una identità e gli strumenti per la sua tutela*, Firenze, 2007

BERNA-CASCONE-PLATERO, *Uno sguardo sull'educazione e lo studio dell'omofobia nel sistema educativo spagnolo*, Madrid, 2011

BERNHEIM G., *Matrimonio omosessuale, omoparentalità e adozione*, Parigi, 2012

BRAIDA N., *"Essere donne, essere uomini. Percezione e trattamento della variabilità sessuale tra realtà biologica e costruzione culturale"*, Torino, 2010

CALVANELLI C., *La discriminazione per orientamento sessuale nella normativa internazionale ed italiana*, in *Contrastare le discriminazioni*, DE MARZO G. e CAPPONI M. (a cura di), Firenze, 2011

CANTARELLA E., *Secondo natura-La bisessualità nel mondo antico*, Milano, 1999

CIAMMARICONI A., *Le dinamiche evolutive della tutela giuridica della famiglia e del matrimonio nell' ordinamento portoghese*, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo Fascicolo 2*, 2010

COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES, *Orientation sexuelle, identité de genre et droit International des droits de l' homme*, Genève, 2009

CONSIGLIO D' EUROPA, *Gender mainstreaming: conceptual framework, methodology and presentation of good practices*, Strasburgo, 1998

CONTE L., *Matrimonio omosessuale e giustizia costituzionale: la posizione del Tribunale costituzionale portoghese (sentenza n. 121/2010) e del Tribunale costituzionale spagnolo (sentenza n. 198/2012)*, Roma, 11 febbraio 2013

DANISI C., *Il principio di non discriminazione dalla CEDU alla Carta di Nizza: il casi dell'orientamento sessuale*, Genova, 2009

DANISI C., *La tutela regionale contro le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere*, Genova, 2011

D' ANGELO L., *Divieto di matrimonio tra omosessuali: nessuna violazione dell'art. 3 Cost.*, Forum di Quaderni Costituzionali, 30 marzo 2010

D' AVACK A., "Omosessualità"-diritto canonico, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Milano, 1980

DE MENDONCA L. C., *As origens do Código Civil de 1966: esboço para uma contribuição*, Analise Social, vol. XVIII, Lisboa, 1982

DI BARI M., *La lettura in parallelo delle sentenze n. 138/2010 e n. 245/2011 della Corte Costituzionale: una breve riflessione*, Trento, 2011

DI BARI M., *Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di Cassazione: La Cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nel contesto delle coppie same-sex anche alla luce della sentenza n°138/2010 della Corte Costituzionale*, Trento, 2012

FACCHI A., *Breve storia dei diritti umani*, ss. 133 Bologna, 2009

FERRAJOLI L., VITALE E. (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, I ed., 2001

IORE C., *Diritto Penale*, Torino 2008

FRONZONI V., *L'omosessualità nell'Islam. Un reato contro la famiglia, un peccato verso Dio*, in PRISCO S. (a cura di) *Amore che vieni, Amore che vai-Unioni omosessuali e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2012

GATTUSO M., *Matrimonio, identità e dignità personale: il caso del mutamento di sesso di uno dei coniugi*, Il diritto di famiglia e delle persone N.3, 2012

GOMES M., *Il lato femminile della Rivoluzione dei garofani*, Storia e Futuro N. 25, 2011

GOISIS L., *Omofobia e diritto penale: Profili comparatistici*, Milano, 2012

GRASSO G., *Le convivenze non fondate sul matrimonio. Prospettive di riforma e confronto con la legislazione straniera*, Messina, 2007

GUARRIELLO F., *Il ruolo delle istituzioni e della società civile nel nuovo diritto antidiscriminatorio*, in BARBERA M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale.*, Milano, 2007

ILGA-ITALIA, *Sintesi del Rapporto Italia sull'applicazione della Raccomandazione CM/REC(2010)5 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri sulle misure volte a combattere la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere*, Torino, 2013

- ILGA-PORTUGAL, *Relatório sobre a implementação da recomendação CM/REC(2010)5 do comité de ministros do Conselho da Europa aos Estados-membros sobre medidas para o combate à discriminação em razão da orientação sexual ou da identidade de género*, Lisboa, 2012
- INTERNATIONAL SERVICE FOR HUMAN RIGHTS, *Yogyakarta Principles of the Application of International Human Rights Law*, Yogyakarta, 2007
- LANZILLO R., *Transessualismo e la legge*, Milano, 1990
- LA TORRE M., *Transessualismo, omosessualità e matrimonio*, Forum Quaderni Costituzionali, 2010
- MARINO I.- MARTINI C.M., *Credere e conoscere*, Torino, 2012
- MARTINS R., *Same-sex partnerships in Portugal-From de facto to de jure?*, Coimbra, 2008
- MASSA PINTO I., *Diritto costituzionale e tradizione: a proposito della famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio"*, Torino, 2008
- MASSA PINTO I., *"Fiat matrimonio!" L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte Costituzionale, Corte Europea dei diritti dell'uomo e Corte di Cassazione: può una sentenza della Corte di Cassazione attribuire a (un inciso di) una sentenza della Corte Europea il potere di scardinare "una consolidata ed ultramillenaria tradizione" (superando anche il giudicato costituzionale)?*, Torino, 2012
- MIELI M., *Elementi di Critica Omosessuale*, Torino, 1977
- MIRANDA J., *Constituição e casamento de homossexuais*, Lisboa, 2010
- ONU, *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, A/56/156, juillet 2001
- PALAZZANI L., *Identità di genere? Dalla differenza alla in-differenza sessuale nel diritto*, Milano, 2009
- PASSAGLIA P., *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Stati europei*, Roma, 2010
- PERINO A. e LOLLI E., *La sessualità tra integrazione multidisciplinare e tolleranza, in C. CIPOLLA (a cura di) La sessualità obbligo all' alterità*, Milano, 2005
- PEZZINI B., *Il matrimonio same-sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte Costituzionale*, Roma, 2010
- PIGNATELLI N., *I DICO tra resistenze culturali e bisogni costituzionali*, Questione Giustizia- fascicolo II, 2007, Milano
- PIZARO BELEZA T. e PEREIRA DE MELO H., *Discriminação e anti-discriminação em razão da "orientação sexual no direito português*, Lisboa, 2010
- PUGIOTTO A., *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio"*, Verona, 2008
- PUGIOTTO A., *L'altra faccia dell'eguaglianza (e dell'amore)*, Ferrara, 2010

PUGIOTTO A., *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, Ferrara, 2010

PRISCO S. (a cura di) *Amore che vieni, Amore che vai-Unioni omosessuali e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2012

PRISCO S., *Il genere e i suoi diritti. Una nuova, problematica frontiera dell'uguaglianza*, in F. CORBISIERO (a cura di), *Comunità omosessuali. Le scienze sociali sulla popolazione LGBT*, Napoli, 2012

RODRIGUES L., NOGUEIRA L., OLIVEIRA J.M., *Violência em casais LGB – estudo preliminar*, in C. NOGUEIRA e J.M. OLIVEIRA (a cura di) *Estudo sobre a discriminação em razão da "orientação sexual e" identidade de gênero*, Lisboa, 2010

ROSSI E., *Commentario alla Costituzione Art. 2-Volume I*, BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI (a cura di), Torino, 2006

ROSSI E., *La Costituzione e i DICO, ovvero della difficoltà di una disciplina legislativa per le convivenze*, - Politica del diritto, Bologna, 2008

ROSSI S., *Glossa minima alla Nota della Conferenza Episcopale*, Bergamo, 2008

SCALFAROTTO I, *Relazione avanti alla Commissione Giustizia della Camera sulla proposta di legge n. 245*, Roma, 6 giugno 2013

TORINO R., *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali, nel diritto comparato, europeo e italiano*, Torino, 2012

TROILO S., *I progetti di legge in materia di unioni di fatto: alla ricerca di una difficile coerenza con i principi costituzionali*, Forum di Quaderni Costituzionali, 12 settembre 2008

UNAR, *Strategia nazionale, per la prevenzione ed il contrasto delle discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere, (2013-2015)*, Roma, 2013

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS, *Born free and equal-Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law*, New York-Geneva 2012

VALE DE ALMEIDA M., *O Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo: Um Esboço do Debate no Espaço Público*, Lisboa 2005

VALE DE ALMEIDA M., *O contexto LGBT em Portugal*, in C. NOGUEIRA e J.M. OLIVEIRA (a cura di) *Estudo sobre a discriminação em razão da "orientação sexual e" identidade de gênero*, Lisboa, 2010

VIOLA L., *Quotidiana Omofobia-Dipartimento di Antropologia Culturale ed Etnologia*, Torino, 2011

WEBLIOGRAFIA

www.assemblearepubblica.pt

www.associazionedeicostituzionalisti.it

www.bloco.org

www.camera.it

www.comunedinapoli.it

www.cpsico.com

www.forumcostituzionale.it

www.governo.pt

www.ilfattoquotidiano.it

www.ilga.org

www.ilmattino.it

www.yogyakartaprinciples.org

www.presidentia.pt

www.repubblica.it

www.senato.it

www.unar.it

ANNESSE 1

Glossario predisposto dalla Rete RE.A.DY (Rete nazionale delle pubbliche amministrazioni contro le discriminazioni per orientamento sessuale ed identità di genere, per la redazione delle definizioni sono stati consultati i glossari presenti in: AGEDO (a cura di), Nessuno uguale. Adolescenti e omosessualità, Città di Torino, 2005. Coordinamento Genitori Democratici, Quando.. un imprevisto in famiglia. Un contributo per conoscere la realtà omosessuale. Una guida per i genitori, Regione Piemonte, 2009. Graglia Margherita, Psicoterapia e omosessualità, Carocci, 2009. ONIG, Identità e genere. Istruzioni per l'uso, 2009

SESSO: le caratteristiche biologiche e anatomiche del maschio e della femmina, determinate dai cromosomi sessuali.

GENERE: categoria sociale e culturale costruita sulle differenze biologiche dei sessi (genere maschile vs. genere femminile).

IDENTITA' DI GENERE: la percezione di sé come maschio o come femmina, in una condizione non definita.

DISTURBO DELL'IDENTITA' DI GENERE: espressione usata dalla medicina per descrivere una forte e persistente identificazione con il sesso opposto a quello biologico, altrimenti detta disforia di genere.

RUOLO DI GENERE: l'insieme delle aspettative e dei modelli sociali che determinano il come gli uomini e le donne si debbano comportare in una data cultura e in un dato periodo storico.

ORIENTAMENTO SESSUALE: la direzione dell'attrazione affettiva e sessuale verso altre persone: può essere eterosessuale, omosessuale o bisessuale.

ETEROSESSUALE: persona attratta sul piano affettivo e sessuale da persone dell'altro sesso.

OMOSESSUALE: persona attratta sul piano affettivo e sessuale da persone dello stesso sesso.

BISESSUALE: persona attratta sul piano affettivo e sessuale da persone di entrambi i sessi.

LESBICA: donna omosessuale.

GAY: uomo omosessuale (il termine viene usato anche per indicare le donne omosessuali nei Paesi di lingua anglosassone).

TRANSESSUALE: persona che sente in modo persistente di appartenere al sesso opposto e, per questo, compie un percorso di transizione che generalmente si conclude con la riassegnazione chirurgica del sesso. Il termine si declina al femminile ("la" transessuale), per indicare persone di sesso biologico maschile che sentono di essere donne (MtF - Male to Female) e al maschile ("il"

transessuale) per indicare persone di sesso biologico femminile che sentono di essere uomini (FtM - Female to Male).

TRANSGENDER: termine “ombrello” che comprende tutte le persone che non si riconoscono nei modelli correnti di identità e di ruolo di genere, ritenendoli troppo ristrettivi rispetto alla propria esperienza.

TRAVESTITO: persona che abitualmente indossa abiti del sesso opposto, indipendentemente dal proprio orientamento sessuale o dalla propria identità di genere.

DRAG QUEEN / DRAG KING: uomo che si veste da donna (*queen*) o donna che si veste da uomo (*king*) accentuandone le caratteristiche con finalità artistiche o ludiche.

INTERSESSUALITA': condizione della persona che, per cause genetiche, nasce con i genitali e/o i caratteri sessuali secondari non definibili come esclusivamente maschili o femminili.

LGBT: acronimo di origine anglosassone utilizzato per indicare le persone lesbiche, gay, bisessuali, transessuali e *transgender*. A volte si declina anche come LGBTIQ, comprendendo le persone che vivono una condizione intersessuale e il termine *queer*.

QUEER: termine inglese (strano, insolito) che veniva usato in senso spregiativo nei confronti degli omosessuali. Ripreso più recentemente in senso politico/culturale, e in chiave positiva, per indicare tutte le sfaccettature dell'identità di genere e dell'orientamento sessuale, rifiutandone al tempo stesso le categorie più rigidamente fissate ancora presenti nel termine LGBT e rivendicandone il superamento.

COMING OUT: espressione usata per indicare la decisione di dichiarare la propria omosessualità. Deriva dalla frase inglese *coming out of the closet* (uscire dall'armadio a muro), cioè “uscire allo scoperto, venir fuori”. In senso più allargato il *coming out* rappresenta tutto il percorso che una persona compie per prendere coscienza della propria omosessualità, accettarla, iniziare a vivere delle relazioni sentimentali e dichiararsi all'esterno.

OUTING: espressione usata per indicare la rivelazione dell'omosessualità di qualcuno da parte di terze persone senza il consenso della persona interessata. Il movimento di liberazione omosessuale ha utilizzato a volte l'outing come pratica politica per rivelare l'omosessualità di esponenti pubblici (politici, rappresentanti delle Chiese, giornalisti) segretamente omosessuali, che però assumono pubblicamente posizioni omofobe.

VISIBILITA': è il risultato del percorso di autoaccettazione che permette a una persona omosessuale di vivere la propria identità alla luce del sole.

ETEROSCESSISMO: visione del mondo che considera come naturale solol'eterosessualità, dando per scontato che tutte le persone siano eterosessuali. L'eterosessismo rifiuta e stigmatizza ogni forma di comportamento, identità e relazione non eterosessuale. Si manifesta sia a livello individuale sia a livello

culturale, influenzando i costumi e le istituzioni sociali, ed è la causa principale dell'omofobia.

OMOFOBIA: il pregiudizio, la paura e l'ostilità nei confronti delle persone omosessuali e le azioni che da questo pregiudizio derivano. Può portare ad atti di violenza nei confronti delle persone omosessuali. Il 17 maggio è stato scelto a livello internazionale come la Giornata mondiale contro l'omofobia, in ricordo del 17 maggio 1990 quando l'Organizzazione mondiale della Sanità eliminò l'omosessualità dalla lista delle malattie mentali.

OMOFOBIA INTERIORIZZATA: forma di omofobia spesso non cosciente, risultato dell'educazione e dei valori trasmessi dalla società, di cui a volte sono vittima le stesse persone omosessuali.

OMONEGATIVITA': il termine omofobia oggi è in parte superato e sostituito con il termine omonegatività per indicare che gli atti di discriminazioni e violenza nei confronti delle persone omosessuali non sono necessariamente irrazionali o il frutto di una paura, ma piuttosto l'espressione di una concezione negativa dell'omosessualità, che nasce da una cultura e una società eterosessista.

TRANSFOBIA: il pregiudizio, la paura e l'ostilità nei confronti delle persone transessuali e *transgender* (e di quelle viste come trasgressive rispetto ai ruoli di genere) e le azioni che da questo pregiudizio derivano. La transfobia può portare ad atti di violenza nei confronti delle persone transessuali e *transgender*. Il 20 novembre è riconosciuto a livello internazionale come il *Transgender Day of Remembrance* (T-DOR) per commemorare le vittime della violenza transfobica, in ricordo di Rita Hester, il cui assassinio nel 1998 diede avvio al progetto *Remembering Our Dead*.

TRANSFOBIA INTERIORIZZATA: forma di transfobia spesso non cosciente, risultato dell'educazione e dei valori trasmessi dalla società, di cui a volte sono vittima le stesse persone transessuali.

PRIDE: espressione che indica la manifestazione e le iniziative che si svolgono ogni anno in occasione della Giornata mondiale dell'orgoglio LGBT, nei giorni precedenti o successivi alla data del 28 giugno, che commemora la rivolta di *Stonewall*, culminata appunto il 28 giugno 1969. I cosiddetti moti di *Stonewall* furono una serie di violenti scontri fra persone *transgender* e omosessuali e la polizia a New York. La prima notte degli scontri fu quella di venerdì 27 giugno 1969, quando la polizia irruppe nel locale chiamato *Stonewall Inn*, un bar gay in Christopher Street, nel *Greenwich Village*. "*Stonewall*" (così è di solito definito in breve l'episodio) è generalmente considerato da un punto di vista simbolico il momento di nascita del movimento di liberazione LGBT moderno in tutto il mondo.

ANNESSO 2

Intervenção do Primeiro-Ministro José Sòcrates na apresentação da Proposta de Lei que permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, na Assembleia da República- Lisboa, 8 Janeiro 2010

1. Uma lei humanista

Senhor Presidente, senhoras e senhores Deputados:

O debate de hoje marcará a vida parlamentar portuguesa. Com a aprovação desta Lei a Assembleia da República dará um passo decisivo contra a discriminação, tornando possível o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Esta é a única questão que está em causa, este é o único objectivo desta proposta. Um objectivo muito claro. Uma pequena mudança na lei, é certo. Mas um passo muito importante e simbólico para a plena realização de valores que são os pilares essenciais das sociedades democráticas, abertas e tolerantes: os valores da liberdade, da igualdade e da não-discriminação.

Esta é uma lei que se destina a unir, não a dividir a sociedade portuguesa. Unir a sociedade, sim, porque é isso que sucede quando se acabam com divisões injustas e sem fundamento.

Esta é uma lei de concórdia e de harmonia social, porque estabelece uma regra de igualdade que nada impõe a ninguém; porque respeita todas as crenças e convicções; porque salvaguarda a liberdade da pessoa adulta, nos seus projectos e opções de vida.

Esta não é uma lei contra ninguém. Nem sequer é uma lei a favor de alguns: é uma lei a favor de todos. Que ninguém interprete esta lei como a vitória de uns sobre outros. Esta lei representa a vitória de todos. Porque são sempre assim as leis da liberdade e as leis humanistas.

O que é próprio de um humanista é sentir-se ele próprio humilhado com a humilhação dos outros. O que é próprio de um humanista é sentir-se excluído com a exclusão dos outros. O que é próprio de um humanista é sentir a sua liberdade diminuída e os seus direitos limitados, quando a liberdade de outros é diminuída e os seus direitos são limitados. Por isso, quando aprovamos uma lei que vai fazer pessoas mais felizes, é da nossa própria felicidade que estamos a cuidar.

São estes valores humanistas que orientam esta Proposta do Governo.

2. Um marco na história da luta contra a discriminação

Diz a nossa Constituição: «Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão [...] [da] orientação sexual». Para mim, Senhores Deputados, esta Lei cumpre da melhor forma o espírito e a letra da Constituição. Porque estaremos a respeitar a liberdade individual. Porque estaremos a promover a igualdade de todos perante a lei. E porque estaremos, finalmente, a eliminar uma discriminação!

Compreendo, e sinceramente respeito, os sentimentos daqueles que não acompanham esta mudança. Mas quero assegurar aos que assim pensam que a nova Lei em nada prejudica os seus direitos, nem as suas crenças, nem as suas opções de vida.

E quero convidá-los a pensar nesta Lei como mais uma etapa da já longa história da luta das democracias contra a discriminação – porque é disso que se trata. Uma etapa que, num futuro muito próximo, nos parecerá a todos tão lógica e necessária como foram no passado a igualdade de direitos entre os cônjuges, o direito ao divórcio, o reconhecimento legal das uniões de facto e a própria descriminalização da homossexualidade.

Os nossos filhos olham-nos incrédulos e com espanto quando lhes contamos que convivemos até há bem pouco – até 1982! - com a situação absurda e revoltante de considerarmos a homossexualidade um crime previsto e punido no Código Penal. Pois é chegado o momento de lhes darmos um bom motivo de orgulho na nossa geração. Uma geração que foi capaz de reparar as injustiças cometidas contra os homossexuais e de construir uma sociedade com mais igualdade, com mais respeito pela dignidade das pessoas e com mais consideração pela liberdade individual!

Senhoras e Senhores Deputados,

A lei que consagra a possibilidade de celebração de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo repara, de facto, uma injustiça. Mas não comete injustiça nenhuma sobre as outras pessoas.

Esta lei reconhece direitos a cidadãos a quem esses direitos eram negados. Mas não prejudica nem diminui nenhum direito dos demais.

Esta lei abre novas oportunidades de realização pessoal e familiar a pessoas injustamente privadas de tais oportunidades. Mas em nada afecta a situação e as opções das outras pessoas.

Esta lei alarga um direito civil. Mas em nada questiona ou perturba a convicção de quem quer que seja.

No fundo, esta lei apenas acaba com o sofrimento inútil. Sofrimento esse que só o preconceito, a intolerância e a insensibilidade permitiram que durasse tanto tempo.

Em suma, esta é uma lei que honra a melhor tradição de tolerância e respeito mútuo - fundações éticas da democracia pluralista.

3. O cumprimento do mandato popular

Senhor Presidente, senhoras e senhores Deputados:

O Partido Socialista usou do maior escrúpulo democrático no tratamento do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Na legislatura passada, opusemos a tentativas de aprovar uma lei sem prévio debate e mandato eleitoral dos portugueses. Depois, inscrevemos no Programa que submetemos às eleições legislativas, em lugar de destaque, e com toda a clareza, o compromisso de remover as barreiras jurídicas ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Com o seu voto, o povo deu ao Parlamento o mandato que pedimos. E aqui estamos hoje a cumprir esse mandato parlamentar, nos seus exactos termos.

Este é o mandato que temos, este é o mandato que cumprimos. Nem mais, nem menos. Por isso, a Proposta de Lei do Governo é absolutamente clara e taxativa ao afastar expressamente qualquer implicação em matéria de adopção. E quero, também eu, ser completamente claro: a adopção é uma questão totalmente diferente do casamento. Na adopção não está em causa realizar um direito de pessoas livres e adultas. Está em causa, isso sim, assegurar o interesse das crianças que cabe ao Estado proteger – e é no exclusivo interesse dessas crianças que compete ao Estado regular o instituto totalmente autónomo do casamento que é a adopção.

Sei que existe também nesta Assembleia uma outra proposta de última hora, dita de «união civil registada». Discordo. Como contrato, o próprio casamento civil não é outra coisa senão isso mesmo: uma união registada. Por isso, quando os defensores dessa proposta pretendem que ela tem praticamente tudo o que tem o casamento só o nome é que é diferente, o que estão de facto a dizer é que a sua proposta até é parecida com a do Governo, menos numa coisa: não acaba com a discriminação! Ora, é verdadeiramente isso que nos separa. O nosso mandato é outro: nós estamos aqui com um mandato claro para acabar com a discriminação. Não estamos aqui para a prolongar sob outra forma, só que, desta vez, registada com outro nome de família!

Falemos claro: o que acontece é que essa proposta mantém a discriminação. E uma discriminação tanto mais ofensiva quanto, sendo quase inútil nos seus efeitos práticos, é violenta na exclusão simbólica, porque atinge pessoas na sua dignidade, na sua identidade e na sua liberdade. E em matéria de dignidade, de identidade e de liberdade, não é aceitável ficar a meio caminho.

4. Podemos e devemos decidir agora

Senhor Presidente, senhoras e senhores Deputados,

Os Portugueses debateram e sufragaram nas urnas o compromisso que o Governo agora cumpre. O Parlamento tem, portanto, toda a legitimidade para decidir.

Mas não quero ignorar a petição que foi entregue neste Parlamento para a realização de um referendo. Respeito essa iniciativa, embora discorde dela. Mas igual respeito peço pela posição que defendo: o mandato popular que recebemos foi um mandato claro para que o Parlamento dê agora este passo contra a discriminação. Não é, pois, tempo para adiar. É tempo para cada um assumir as responsabilidades para que foi investido.

O País, como aliás todo o Mundo, vive muitos e difíceis problemas que temos de enfrentar: problemas económicos, problemas sociais, problemas educativos, problemas orçamentais. Mas recuso considerar a discriminação e a desigualdade perante a lei como problemas menores, que podem sempre ficar à espera e que nunca é oportuno resolver. Enfrentar e resolver este problema em nada nos distrai de tudo o resto que também é preciso fazer. Pelo contrário, resolvê-lo faz parte integrante da agenda que assumimos perante os portugueses.

Senhor Presidente senhoras e senhores Deputados,

A lei que queremos é singela: abrir a todas as pessoas adultas a possibilidade de contrair casamento civil, se for essa a sua vontade comum - sem discriminações. A sua aprovação honrará este Parlamento.

Por isso peço, senhores deputados, a aprovação da proposta de lei do Governo. Em nome da igualdade perante a lei. Em nome do respeito pela liberdade pessoal. Em nome da felicidade e da justiça. Em nome da sociedade aberta e humanista que pretendemos ser e que assume a eterna e nobre ambição de nunca desistir de se tornar uma sociedade melhor.

ANNESSO 3

Intervenção de Miguel Vale de Almeida, Deputado independente eleito em listas do PS e primeiro membro abertamente gay da Assembleia da República, na apresentação da Proposta de Lei do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo – Lisboa, 8 de Janeiro de 2010

No início do ano em que se comemora o centenário da República, este Parlamento cumpre hoje um dos mais nobres desígnios da democracia: garantir os direitos individuais e a superação de discriminações injustas. Hoje, este Parlamento, todos e todas nós, temos a oportunidade e a responsabilidade de incluir mais cidadãos e cidadãs, como em tempos fizemos com a abolição de discriminações com base no status e na “raça” ou com base no género. Hoje cabe-nos a responsabilidade e o privilégio de pôr cobro a uma grave discriminação, desta feita com base na orientação sexual, dando assim seguimento à nossa Constituição, que proíbe a discriminação com base nessa categoria e assegura o desenvolvimento da personalidade, de que a sexualidade é uma característica primordial e intrínseca.

Aprovando o acesso ao casamento civil por parte de casais de pessoas do mesmo sexo em igualdade de circunstâncias com os casais de pessoas de sexo diferente, estaremos a trazer mais cidadãos e cidadãs para o pleno usufruto dos seus direitos, sem retirar direitos a outrem e sem alterar a natureza contratual do casamento civil. Estaremos a alargar e a incluir, sem excluir ninguém, e sem criar institutos específicos que, tal como actualmente se configura o casamento civil ou tal como se propõe com casamentos com outro nome, acentuariam a discriminação e o apartheid social entre hetero e homossexuais. Não estaremos a destruir o casamento civil, como alguns dizem, mas a reforçá-lo, como o temos feito desde o seu início (na segunda metade do século XIX), no sentido de maior igualdade entre marido e mulher, da possibilidade do divórcio e da adequação a valores culturais assentes na liberdade de escolha. Avançamos agora para o reconhecimento da igual natureza das relações afectivas e contratuais entre um homem e uma mulher, dois homens, ou duas mulheres.

Por que é o igual acesso ao casamento civil tão importante para a inclusão, para a superação da discriminação, e para a recusa e a censura da homofobia por parte do Estado e da Lei? Porque a experiência individual e social dos gays e das lésbicas – a experiência do insulto, da violência simbólica e física, da exclusão – assenta justamente num aspecto intrínseco da personalidade humana (a sexualidade e, especificamente, a orientação sexual), aspecto esse que ganha saliência social no momento em que a afectividade e os sentimentos levam as pessoas gay e lésbicas – à semelhança dos heterossexuais – à constituição de relações afectivas e conjugais cuja publicitação e vivência livre têm sido impedidas quer pela Lei, quer pelas mentalidades mais retrógradas.

As pessoas de que estamos a falar, as pessoas para quem e em nome de quem estamos a legislar, nasceram numa sociedade largamente homofóbica, à semelhança da experiência terrível do racismo para muitas pessoas negras em várias sociedades, e à semelhança da experiência terrível do sexismo para muitas mulheres. Nasceram para uma sociedade que lhes disse que o seu amor não tinha nome; que o seu destino era obrigatoriamente a heterossexualidade; aprenderam nomes insultuosos para designar o mais íntimo e estruturante das suas personalidades; viram-se obrigadas a viver na vergonha, no silenciamento e na ocultação; em tempos e lugares não muito distantes foram encarceradas, torturadas, submetidas a tratamentos forçados, enviadas para campos de concentração. Ainda hoje e entre nós, temem represálias no emprego, temem o insulto na rua, temem a alienação familiar e das redes de amizade. Essas pessoas não são as figuras estereotipadas de um certo imaginário homofóbico, nem as pessoas que, como eu, tiveram o privilégio e a sorte de poderem falar hoje e aqui, neste dia histórico. Eles e elas são nossos irmãos e irmãs, pais e mães, filhos e filhas, amigos e amigas, vizinhos e vizinhas, colegas de trabalho. São pessoas de todos os níveis sociais, ricas e pobres, do campo e da cidade, jovens e idosas, conservadoras ou liberais – e esperam de nós um gesto de reconhecimento. Mas legislamos a favor da igualdade também em nome de todos e todas nós, cidadãos e cidadãs da República Portuguesa - porque nenhum e nenhuma de nós será livre e poderá em consciência usufruir dos seus direitos enquanto estes forem negados ao seu próximo. E porque o valor de uma democracia se mede pela sua capacidade de proteger as minorias e de recusar qualquer imposição baseada em preconceitos maioritários. Não estaremos a reinventar a sociedade, como não a reinventámos quando abolimos a escravatura ou conquistámos o direito de voto para as mulheres. Estaremos sim, como então, a dar continuidade a um projecto civilizacional. Estaremos a alargar o âmbito dos direitos, a tornar a democracia mais democrática, a melhorar efectivamente as condições de vida de mais cidadãos e cidadãs, a garantir mais liberdade de escolha sem prejudicar a liberdade de outros. Estaremos a assegurar os próprios princípios em que assenta o nosso modelo de sociedade – baseado na democracia, na igualdade e nos direitos humanos.

Mas hoje estaremos – se soubermos cumprir o desígnio mais nobre dum Parlamento democrático – não só a garantir o acesso a direitos que são negados por outras figuras ou pelo impedimento de acesso ao casamento civil. Estaremos a fazer um gesto emancipatório com uma importância simbólica ímpar: o Estado e a Lei estarão a dizer a toda a sociedade que as relações entre casais do mesmo sexo têm a mesma dignidade e merecem o mesmo respeito que as relações entre casais de sexo diferente. Sim, estaremos a dizer isso – e os nossos opositores devem demonstrar que não estão a fazer justamente o contrário. Estaremos a promover uma pedagogia anti-homofóbica na sociedade, dando o exemplo a partir do órgão máximo de representatividade democrática; estaremos activamente a promover a mudança de mentalidades; estaremos a cumprir a nossa função de reconhecimento de uma categoria da nossa cidadania que tem historicamente sido tratada como doente, pecaminosa ou criminosa.

Apelo a todas e a todos vós que não mantenham o casamento como um privilégio, mesmo que de uma maioria. Pensem no jovem ou na jovem homossexual e no seu companheiro ou companheira que, ao contrário dos seus irmãos ou irmãs

heterossexuais, não podem aceder aos mesmos direitos; e que à semelhança dos seus irmãos ou irmãs heterossexuais, podem desejar exprimir - através do casamento - o seu afecto, o seu amor, o seu compromisso, os seus projectos comuns de vida. No dia seguinte à efectiva possibilidade de dois homens ou duas mulheres casarem civilmente, se assim o entenderem, respiraremos um ar mais livre, cresceremos como democracia, promoveremos a inclusão e acarinharemos a diversidade na igualdade. Nesse dia, o arco-íris – símbolo da luta dos gays e das lésbicas pela sua dignidade plena - será também um símbolo da nossa República.

Muito obrigado.

ANNESSO 4

Declaração do Presidente da República Cavaco Silva sobre o Diploma da Assembleia da República que permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Lisboa, 17 de Maio de 2010

A Assembleia da República aprovou, no passado mês de Fevereiro, uma lei que permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

É de lamentar que não tenha havido vontade política para alcançar um consenso partidário alargado sobre uma matéria de tão grande melindre, de modo a evitar clivagens desnecessárias na sociedade portuguesa.

Face à grave crise que o País atravessa e aos complexos desafios que tem à sua frente, importa promover a união dos Portugueses e não dividi-los, adoptar uma estratégia de compromisso e não de ruptura.

As forças partidárias que aprovaram o diploma não quiseram ponderar um princípio elementar da acção política numa sociedade plural: o de escolherem, de entre as várias soluções jurídicas, aquela que fosse susceptível de criar menos conflitualidade social ou aquela que pudesse ser aceite pelo maior número de cidadãos, fosse qual fosse a sua visão do mundo.

Considero que não teria sido difícil alcançar um compromisso na Assembleia da República se tivesse sido feito um esforço sério nesse sentido.

Bastava ter olhado para as soluções jurídicas encontradas em países como a França, a Alemanha, a Dinamarca ou o Reino Unido que, como é óbvio, não são discriminatórias e respeitam a instituição do casamento enquanto união entre homem e mulher.

Nesses países, à união de pessoas do mesmo sexo foram reconhecidos direitos e deveres semelhantes aos do casamento entre pessoas de sexo diferente, mas não se lhe chamou casamento, com todas as consequências que daí decorrem.

Aliás, no mundo inteiro, só em sete países é designada por “casamento” a união entre pessoas do mesmo sexo. Dos 27 Estados da União Europeia são apenas quatro aqueles que o fazem.

Não é, portanto, verdadeira a afirmação de que a inexistência do casamento entre pessoas do mesmo sexo corresponde a um fenómeno residual no mundo contemporâneo, um resquício arcaico típico de sociedades culturalmente mais atrasadas.

Não me parece que alguém, honestamente, possa qualificar o Reino Unido, a Alemanha, a França, a Suíça ou a Dinamarca como países retrógrados.

O diploma da Assembleia da República, que permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo, foi por mim submetido à fiscalização preventiva do Tribunal Constitucional, tendo por este sido considerado não inconstitucional.

Tal não impede, contudo, que o Presidente da República possa ainda utilizar o poder de veto que a Constituição lhe confere e devolver o diploma ao Parlamento.

Importa, no entanto, ponderar os efeitos práticos de uma tal decisão e ter em devida conta o superior interesse nacional, face à dramática situação em que o País se encontra.

Conhecidas que são as posições expressas aquando do debate do diploma na Assembleia da República, tudo indica que as forças políticas que o aprovaram voltariam a aprová-lo.

Nessas circunstâncias, o Presidente da República seria obrigado a promulgá-lo no prazo de oito dias.

Sendo assim, entendo que não devo contribuir para arrastar inutilmente este debate, o que acentuaria as divisões entre os Portugueses e desviaria a atenção dos agentes políticos da resolução dos problemas que afectam gravemente a vida das pessoas.

Como Presidente da República não posso deixar de ter presente os milhares de Portugueses que não têm emprego, o agravamento das situações de pobreza, a situação que o País enfrenta devido ao elevado endividamento externo e outras dificuldades que temos de ultrapassar.

Os Portugueses recordam-se, certamente, de que na minha mensagem de Ano Novo alertei para o momento muito difícil em que Portugal se encontra e disse mesmo que podíamos “caminhar para uma situação explosiva”. E disse também que não é tempo de inventarmos desculpas para adiar a resolução dos problemas concretos dos Portugueses.

Há momentos na vida de um País em que a ética da responsabilidade tem de ser colocada acima das convicções pessoais de cada um.

Assim, decidi promulgar hoje a lei que permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.