

ROBERTO GARETTO*

*Presupposti per una «ridefinizione» concettuale del matrimonio.
Il dibattito fra sostenitori della tradizione e fautori del cambiamento
negli Stati Uniti d'America ed in Spagna.*

Sommario: 1. Possibile «ridefinizione» concettuale del matrimonio e caratterizzazione rispetto ad altre forme di convivenza non fondate sul matrimonio. 2. Confronto fra sostenitori della tradizione e fautori del cambiamento sul tema della «ridefinizione» concettuale del matrimonio. 3. L'evoluzione della nozione di matrimonio negli Stati Uniti d'America. L'elaborazione giurisprudenziale relativa al *same-sex marriage*. 4. La riformata disciplina del matrimonio in Spagna: l'impatto delle Leggi 13/2005 e 15/2005 in tema di diritto a contrarre matrimonio e divorzio.

1. Possibile «ridefinizione» concettuale del matrimonio e caratterizzazione rispetto ad altre forme di convivenza non fondate sul matrimonio

Nel contesto dei rapporti interpersonali, la dimensione affettiva propria della vita di coppia ha un ruolo fondamentale. Se ciò era vero anche in passato, occorre tuttavia riconoscere che attualmente le modalità attraverso le quali tale dimensione si esprime sono assai più varie e complesse¹.

* Dottore di ricerca in "Civil law and Constitutional legality" presso l'Università degli Studi di Camerino.

¹ Cfr. M. MURILLO MUÑOZ, *Matrimonio y convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea. Hacia un nuevo modelo de matrimonio*, Madrid, 2006, p. 31 ss.

Al tradizionale modello che ha configurato giuridicamente la vita di coppia, il matrimonio, si sono affiancate realtà stabili ma non formalizzate, i rapporti di convivenza².

L'attenzione per i temi riconducibili alla regolamentazione del rapporto in tali unioni è viva ed ha generato un dibattito, sia nel nostro paese, sia – in misura anche maggiore – all'estero, particolarmente acceso.

Pur non volendo sottovalutare l'importanza delle unioni non fondate sul matrimonio, realtà che anzi sta acquisendo ovunque una diffusione crescente³, sembra urgente e prioritaria la necessità di focalizzare l'attenzione sull'istituto matrimoniale, giacché in alcuni Paesi occidentali si è avuta una modificazione della disciplina dell'istituto che ha comportato un'evoluzione dello stesso rispetto alle sue millenarie tradizioni.

Spesso infatti l'esigenza di una regolamentazione di tali unioni è accompagnata dalla problematica relativa al riconoscimento delle coppie omosessuali: paradigmatico, in tale prospettiva, il percorso che ha seguito la Francia dall'adozione dei PaCS⁴ sino alla recente approvazione della legge che consente il matrimonio fra soggetti dello stesso sesso⁵.

² La fattispecie è individuata con un'ampia varietà di espressioni. Un tempo prevaleva – in modo limitativo, focalizzando l'attenzione sul solo elemento fisico del *giacere assieme* – il termine «concubinato»; frequente è l'utilizzo della formula «convivenza *more uxorio*». Più recente l'utilizzo di «unione civile» ed «unione registrata». In altri casi, facendo riferimento ad un contesto più ampio rispetto a quello della coppia, si parla di «famiglia non fondata sul matrimonio» o di «famiglia di fatto». Quest'ultima definizione – ancorché diffusa – non è tuttavia appropriata, giacché sembra implicare che la formazione sociale ad essa sottesa non abbia effettiva rilevanza per il diritto. Per una critica in questa direzione, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 598 s.

³ Cfr. S. POLIDORI, *Le famiglie non fondate sul matrimonio: ruolo del diritto e tecniche d'intervento sul sistema*, in M. FRANCESCA e M. GORGONI (a cura di), *Rapporti familiari e regolazione: mutamenti e prospettive*, Napoli, 2009, p. 127, il quale evidenzia la «presa d'atto, sostanzialmente generalizzata, della rilevanza giuridica e sociale che le unioni non fondate sul matrimonio hanno assunto nel tessuto socio-economico e nel sistema vigente».

⁴ Fin dall'introduzione dei PaCS, parte della dottrina ha manifestato perplessità, ritenendo tali patti una soluzione parziale ed inadeguata: cfr. D. BORRILLO, *The "Pacte Civil de Solidarité" in France: Midway Between Marriage and Co-habitation*, in R. WINTEMUTE e M. ANDENES (a cura di), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, Oxford - Portland, 2001, p. 474 ss. Successivamente si è andato gradualmente affermando un ampio consenso a sostegno del matrimonio omosessuale: cfr. S. PORTELLI e C. RICHARD, *Désirs de familles. Homosexualité et homoparentalité*, Paris, 2012, p. 10, i quali attestavano al 63% la percentuale di francesi favorevoli al matrimonio fra soggetti dello stesso sesso; anche in dottrina hanno preso a delinearsi scenari concreti di transizione dai PaCS al matrimonio omosessuale *tout court*: cfr. in particolare J. HAUSER, *Présidentielle: être sexué ou ne pas être sexué, voilà la question?*, in *JCP G*, 2012, 10, p. 466 ss.

⁵ Il 7 novembre 2012 è stato adottato dal Consiglio dei Ministri un progetto di legge finalizzato a consentire il matrimonio fra soggetti dello stesso sesso e l'adozione di figli. Il progetto di legge, approvato il 23 aprile 2013, è stato

Vi è anzi chi ritiene che tale sovrapposizione di problematiche sia – in certi casi – utilizzata strumentalmente allo scopo di allargare i consensi rispetto ad una realtà, quella appunto delle coppie omosessuali, numericamente circoscritta e quindi destinata ad una attenzione relativa da parte della maggioranza della popolazione⁶.

In ogni caso la sostanziale equiparazione delle coppie di fatto alla condizione dei coniugi attraverso un riconoscimento formale non sembra costituire la soluzione coerente con l'esatta natura delle unioni non matrimoniali⁷.

Ciò perché l'unione «di fatto», nascendo dalla libera scelta dei soggetti che la pongono in essere, di per sé non dovrebbe necessitare di alcun intervento regolativo da parte del legislatore⁸. Per certi aspetti, potremmo addirittura affermare che un simile riconoscimento di questo tipo di unione «snaturerebbe» la fattispecie, originatasi proprio per soddisfare un'esigenza di particolare spontaneità e libertà del rapporto fra i soggetti⁹. Prova ne è il fatto che in Francia, accanto all'unione coniugale – sia eterosessuale, sia omosessuale - ed ai PaCS, sopravvive il *concubinage*, ovvero l'unione di fatto non regolata¹⁰.

successivamente convalidato dal *Conseil constitutionnel* e convertito in legge il 17 maggio 2013 (*loi n. 2013-404 du 17 mai 2013*). Sulla recente riforma legislativa, cfr. A. M. LEROYER, *La loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et future*, in *Dalloz*, 2013, p. 1697ss. e F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *L'extension du mariage et la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille*, in *RLDC*, 2012, p. 56 ss.

⁶ S. DE BENALCÁZAR, *Pacs, mariage et filiation: étude de la politique familiale*, Paris, 2007, p. 3 ss.

⁷ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 939 e – sebbene su presupposti diversi - D. BORRILLO, *The “Pacte Civil de Solidarité”*, cit., p. 488.

⁸ In questo senso, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 936: «[l']intervento del legislatore in questo settore è da evitare [...] perchè la stessa concezione della famiglia non fondata sul matrimonio esige libertà da un'impostazione dirigitica che spesso configura, per i diritti della persona e per le libertà personali, vincoli che non sono necessari per una corretta, normale e civile convivenza».

⁹ Cfr. S. POLIDORI, *o.c.*, p. 126: «la libera scelta di non sposarsi [...] riflette una volontà di ridurre al minimo l'ingerenza del legislatore nel rapporto personale».

¹⁰ Cfr. sul tema: F. GRANET-LAMBRECHTS, *Trente-deux propositions pour une révision de la loi du 15 novembre 1999 relative au pacs*, in *Dr. fam.*, 2005, 4, p.10 ss.; S. DE BENALCÁZAR, *Éloge de la raison juridique, ou la remontée des enfers. Sur la réforme du régime légal du Pacs*, in *Dr. fam.*, 2007, 1, p. 16 ss. Sulla pluralità di forme di regolamentazione del rapporto della coppia dopo l'approvazione della legge che consente il matrimonio fra soggetti dello stesso sesso, cfr. A. M. LEROYER, *o.c.*, p. 1697.

Né, per altri versi, sembra opportuna un'applicazione analogica alla coppia «di fatto» della disciplina relativa al matrimonio¹¹. Tale impostazione, così come quella precedentemente riportata, si pone in contrasto con la funzione propria della convivenza, oltre a sminuire il significato dell'assunzione di responsabilità insita nel matrimonio quale atto formale¹².

Certo questo non significa voler negare rilevanza giuridica alla famiglia «di fatto», dato che la stessa rappresenta un fenomeno ormai radicato nel costume¹³ e costituisce – innegabilmente – «una formazione sociale potenzialmente idonea allo sviluppo della personalità dei suoi componenti e come tale orientata al perseguimento di tale funzione»¹⁴. Occorre tuttavia avere la consapevolezza che la famiglia non fondata sul matrimonio costituisce una realtà non omogenea; esistono infatti modelli diversi di convivenza, a seconda delle istanze morali, sociali o ideologiche che si pongono all'origine di tale formazione sociale¹⁵. L'idoneità della stessa a realizzare il pieno sviluppo della persona costituisce allora ragione giustificatrice della tutela accordata dall'ordinamento alla famiglia non fondata sul matrimonio¹⁶.

Quanto alla sua regolazione, non sembra opportuno tanto ricorrere all'autonomia privata – ad esempio con «patti di convivenza»¹⁷, che comunque non garantirebbero la piena tutela del convivente in posizione economicamente od affettivamente più debole¹⁸ – quanto piuttosto realizzare una tutela coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento¹⁹. In particolare – nel

¹¹ Così invece, F. PROSPERI, *La famiglia non «fondata sul matrimonio»*, Napoli, 1980, p. 93 ss. Per una critica, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 940 ss.

¹² E' invece di tutta evidenza che su basi ben diverse ci si deve porre rispetto alla situazione dei figli nati da tali unioni: nulla avendo essi a che fare con le scelte che hanno originato l'unione dei genitori, il trattamento loro riservato deve essere quello proprio dei figli generati nel matrimonio.

¹³ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 943 s.

¹⁴ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 936.

¹⁵ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 943. Sul tema si veda pure S. POLIDORI, *o.c.*, p. 126 s.

¹⁶ P. PERLINGIERI, *o.l.c.*

¹⁷ Sul tema, cfr. E. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, in *Familia*, 2002, p. 970 ss.; M. BONINI BARALDI, *Family vs Solidarity. Recent epiphanies of the Italian reductionist anomaly in the debate on de facto couples*, in K. BOELE-WOELKI (a cura di), *Debates in Family Law around the Globe at the Dawn of the 21st Century*, Antwerp - Oxford - Portland, 2009, p. 263 ss.

¹⁸ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 942 s.

¹⁹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 935 s.

contesto italiano - sembrerebbe dover trovare piena attuazione il principio personalista e solidarista espresso nell'art. 2 della Costituzione²⁰.

Qualora invece si volesse soddisfare la richiesta di riconoscimento delle coppie omosessuali attraverso un modello formale di unione non fondata sul matrimonio, si risolverebbe il problema in modo soltanto parziale²¹: ammessa la piena equiparazione di ogni forma di convivenza – tipica ed atipica - al rapporto matrimoniale, risulterebbe difficile fondare la contemporanea negazione del matrimonio alle coppie omosessuali²², se non per considerazioni meramente fondate sull'orientamento sessuale dei soggetti interessati²³.

E' allora preferibile conservare ben distinte le due realtà, le quali rispondono ad esigenze divergenti, ed affrontare invece un tema cruciale - benché spinoso - per l'argomento in esame: la possibilità, cioè, di proporre una nozione - per così dire - «espansiva» del concetto di matrimonio, tale da soddisfare le nuove esigenze sociali che sembrano dirette a creare una totale assimilazione delle coppie omosessuali a quelle eterosessuali ai fini della costituzione del vincolo coniugale.

²⁰ Cfr. R. TOMMASINI, *Riflessioni in tema di famiglia di fatto: limiti di compatibilità e affidamento per la convivenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, 2, p. 264 ss.

²¹ D. BORRILLO, *The "Pacte Civil de Solidarité"*, cit., p. 488 s.

²² Infatti chi afferma la necessità di tale modello «paramatrimoniale», spesso individua – poi - esattamente questa linea di sviluppo. Si veda in particolare, Y. MERIN, *Equality for same-sex couples: the legal recognition of gay partnerships in Europe and the United States*, Chicago, 2002, p. 333, secondo cui: «[b]efore same-sex marriage becomes possible, the final step of the necessary process must be completed, namely, broad recognition in the form of registered partnership or civil unions».

²³ Come osserva D.A.J. RICHARDS, *Introduction: Teoretical perspectives*, in R. WINTEMUTE e M. ANDENÆS (a cura di), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, cit., p.29: «[a] distinction without a difference in this domain smacks of omophobia, assuming a rationalisation in stereotypes that it cannot reasonably justify». In tale prospettiva si esprime con risolutezza anche E. VALLADARES RASCÓN, *El derecho a contraer matrimonio y la Constitución*, in *Aranzadi Civil*, 2005, 9, p. 33: «incluso desde el punto de vista semántico parece absurdo afirmar que es posible que coexistan dos instituciones que tengan exactamente la misma regulación y que produzcan idénticos efectos, con nombres completamente distintos. Tan absurdo como suponer que podemos denominar de forma distinta a la compraventa de bienes inmuebles realizada entre hombres, y a la realizada entre mujeres. El legislador puede hacer muchas cosas, pero no puede regular de manera igual dos supuestos idénticos y denominarlos de manera distinta. Si la unión civil entre homosexuales tiene los mismos efectos que el matrimonio, es un matrimonio». A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, *La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual*, in *Foro*, Nueva época, 2006, 3, p. 110, fondando il proprio ragionamento sul medesimo presupposto espresso da Valladares, giunge alla conclusione che «[n]o cabe duda, además, que otra interpretación supondría una clara discriminación».

Tale questione, postasi di recente anche nei nostri tribunali²⁴, è stata rimessa alla Consulta²⁵, la quale, pur ritenendo che ogni decisione in merito ad una regolamentazione delle coppie omosessuali spetti al legislatore²⁶, ed affermando anzi che il «nucleo» dell'art. 29, comma 1, Cost. ha come presupposto l'eterosessualità dei coniugi²⁷, parrebbe aprire uno spiraglio alla configurabilità, nell'ordinamento interno, del matrimonio fra soggetti dello stesso sesso laddove rileva che la giusta aspirazione al riconoscimento delle coppie atipiche non può «essere realizzata *soltanto* attraverso un'equiparazione delle coppie omosessuali al matrimonio»²⁸.

Successivamente la Corte di Cassazione, con sentenza n. 4184 del 15 marzo 2012, pronunciandosi in tema di trascrizione del matrimonio celebrato all'estero nei registri dello stato civile italiano, nel rigettare il ricorso ha tuttavia affermato un principio di portata generale: ovvero che le persone omosessuali conviventi in stabile relazione di fatto sono titolari del diritto alla «vita familiare» e possono agire in giudizio, in «specifiche situazioni», per reclamare un «trattamento omogeneo» rispetto ai conviventi matrimoniali²⁹.

Alla luce di queste considerazioni risulta particolarmente interessante ricostruire i risultati di una complessa elaborazione che, negli Stati Uniti ed in Spagna, ha portato ad una sostanziale «ridefinizione» dell'istituto matrimoniale.

²⁴ Cfr. Trib. Venezia, 4 aprile 2009 (ord.), in *Fam. Dir.*, 2009, 8-9, p. 823 ss. Nell'ordinanza, rilevato che non è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale inerente le norme che non consentono alle persone di orientamento omosessuale di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, il Tribunale dispose l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale.

²⁵ Corte cost., sent. n. 138/2010, successivamente confermata con ord. n. 276/2010. A commento della sentenza cfr., tra gli altri, P. A. CAPOTOSTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010*, in *Quad. cost.*, 2010, II, p. 361ss., F. DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Foro it.*, 2010, I, p. 1369, R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, in *Foro it.*, 2010, I, p. 1367, P. VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *Studium Iuris*, 2010, 10, p. 997 ss.

²⁶ Punto 8 del *Considerando in diritto*.

²⁷ Punto 9 del *Considerando in diritto*.

²⁸ Punto 8 del *Considerando in diritto* (enfasi aggiunta). Sul punto si veda P. VERONESI, *o.c.*, p. 999 s.

²⁹ Per una lettura della sentenza anche alla luce della precedente pronuncia della Consulta, cfr. B. PEZZINI, *La sentenza n. 4184/2012 della Corte di Cassazione in una prospettiva costituzionale: il paradigma eterosessuale incrinato e la faticosa rielaborazione di categorie concettuali*, in R. TORINO (a cura di) *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, Roma, 2013, p. 9 ss.

I due Paesi, fra loro profondamente diversi per storia, per cultura e - non ultimo - per tradizione giuridica, appartenendo l'uno al sistema di *common law*, l'altro a quello di *civil law*, hanno intrapreso un percorso - di durata ormai decennale - per molti versi parallelo.

Se pure tali esperienze hanno una portata circoscritta al contesto giuridico che le ha originate, in quanto il sistema normativo non può non mutare da ordinamento ad ordinamento, la ricostruzione del loro sviluppo può essere utile per meglio comprendere la portata delle innovazioni che - sul piano ora giurisprudenziale, ora legislativo - si sono prodotte, nonché per ipotizzare possibili future evoluzioni dell'istituto matrimoniale.

In entrambi i contesti, il matrimonio è stato preso in considerazione secondo prospettive del tutto nuove. Il giurista non può risultare indifferente a tutto ciò: quando si fonda argomentativamente il ribaltamento della definizione classica di matrimonio quale «*coniunctio maris et feminae*»³⁰, gli effetti che vengono a prodursi sono comunque incisivi, tanto che si condivide l'impostazione, quanto - e soprattutto - nel caso di dissenso.

Ridefinendo radicalmente la nozione di matrimonio, fino a ricomprendere le unioni omosessuali, sembra legittimo chiedersi perché non andare oltre, ammettendo - ad esempio - forme matrimoniali poligamiche.

Taluni arrivano addirittura ad affermare l'opportunità di rivendicare sia il *same-sex marriage* sia la poligamia, in quanto entrambi accomunabili dalla prospettiva del «*respecting diversity*»³¹. La vicinanza fra i due fenomeni è tuttavia sottolineata perlopiù da chi manifesta diffidenza - o dissenso - rispetto all'estensione del matrimonio alle coppie omosessuali³².

³⁰ La definizione è di Modestino, Cod. V. 4-10.1, D. 23.2.1. Sul tema cfr. L.M. ROBLES VELASCO, *Ritos y simbolismos del matrimonio arcaico romano, uniones de hecho, concubinatio y contubernium de Roma a la actualidad. Rites and symbolisms of the archaic marriage of early Rome, unmarried couple, concubinatio and contubernium from Rome to the present time*, in RIDROM, 2011, 7, p. 286 ss.

³¹ Cfr.: J.M. GHER, *Polygamy and Same-Sex Marriage. Allies or Adversaries within the Same-Sex Marriage Movement*, in *Wm. & Mary J. Women & L.*, 2008, 14, p. 603, secondo la quale chi sostiene il *same-sex marriage* e non condivide le rivendicazioni del matrimonio poligamico dovrebbe rivedere il proprio atteggiamento critico e «*direct its time and energy toward respecting diversity while fighting for equality*». Significativo, in tale prospettiva, è il Sud Africa, paese nel quale da alcuni anni matrimonio fra soggetti dello stesso sesso e poligamia coesistono. In proposito, cfr. R. GARETTO, *Multiplicity of Marriage Forms in Contemporary South Africa*, in *E.Afr.J. Peace & Hum. Rts.*, 20, 2014, p. 68 ss.

³² Rileva tale atteggiamento M. STRASSER, *Marriage, Free Exercise, and the Constitution*, in *Law & Ineq.*, 2008, 26, p. 59: «*[s]ame-sex marriage opponents frequently suggest that if same-sex unions are constitutionally protected, then polygamous unions must also be protected, as if no more must be said to establish that neither should be recognized*».

La stessa giurisprudenza statunitense ha ben presente il parallelo: nella sentenza che – per la prima volta negli Stati Uniti – consentì il *same-sex marriage* nello Stato del Massachusetts, *Goodridge v. Department of Public Health*³³, la Corte scelse di precisare, significativamente, che la propria decisione non implicava anche l’abrogazione del divieto di contrarre matrimoni poligamici³⁴.

Tuttavia, pure fra quanti ritengono la poligamia non conciliabile con i principi costituzionali degli ordinamenti occidentali, vi è chi coglie un’analogia fra lo spirito che animò l’*antipolygamy movement* negli Stati Uniti fra il XIX e l’inizio del XX secolo e l’attuale resistenza rispetto al *same-sex marriage*: l’idea del matrimonio come entità immutabile, rispetto alla quale non si ammette possibilità di confronto³⁵.

Va poi rilevato, in margine ad un tema ampio, cui in questo contesto non si può che fare frammentario riferimento, che negli Stati Uniti storicamente la poligamia si configura secondo le modalità con le quali veniva praticata – in passato – dai mormoni, ovvero l’unione di un uomo con un numero indefinito di mogli. Proprio su tale indeterminatezza si sono basate le maggiori obiezioni, oltre che – ovviamente – rispetto alla discriminazione dei ruoli a seconda del sesso³⁶, problema forse superabile qualora si configurasse un modello poligamico indifferenziato, tale cioè da ammettere sia la poliginia, sia la poliandria.

³³ 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003).

³⁴ Cfr. *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 969 (Mass. 2003). Il tema sarà ripreso anche dal giudice Cordy nel suo *dissenting* (984).

³⁵ Cfr. D.A.J. RICHARDS, *Case for Gay Rights. From Bowers to Lawrence and beyond*, Lawrence, 2005, p. 139. Per un’impostazione critica rispetto all’idea di matrimonio come realtà immutabile, cfr. F. RUSCELLO, *Dal patriarcato al rapporto omosessuale: dove va la famiglia?*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 516 ss.

³⁶ E. GERSTMANN, *Same-sex Marriage and the Constitution*, Cambridge, 2008, p. 105 ss. Per un *excursus* storico della regolazione della poligamia negli U.S.A., cfr. J.M. GHER, *Polygamy and Same-Sex Marriage*, cit., p. 574.

2. *Confronto fra sostenitori della tradizione e fautori del cambiamento sul tema della «ridefinizione» concettuale del matrimonio*

La configurabilità di una «funzione naturale» del matrimonio costituisce l'essenza del dibattito che, sia nei Paesi di *civil law*, sia in quelli di *common law*, ha acceso gli animi di molti³⁷; volendo semplificare la prospettiva, possiamo affermare che due concezioni si contrappongono.

A quanti, fedeli ad una solida tradizione, connotano il matrimonio come unione naturale, si contrappongono quelli che lo configurano quale unione di carattere sociale, o culturale, in costante mutamento; fra questi ultimi poi, va operata un'ulteriore distinzione fra chi propone di ridefinire gli elementi caratterizzanti la nozione di matrimonio, riconoscendo tuttavia il valore di tale istituto, e chi rifiuta l'idea stessa di matrimonio, nel senso di negare che da esso debba derivare alcun effetto giuridico.

Per quanto concerne il primo approccio al tema, quello piú vicino alla nozione consolidata che si ha del matrimonio, frequentemente si tende a sovrapporre considerazioni di natura religiosa alla sfera propriamente giuridica.

E' vero che, se consideriamo – come ha fatto una parte della dottrina spagnola³⁸ - i caratteri distintivi del matrimonio occidentale, monogamia, eterosessualità, stabilità, costituzione formale, finalità procreativa e libertà d'espressione del consenso, risulta evidente lo stretto legame storico fra nozione di matrimonio in ambito civilistico e canonistico.

Questo modello ha tuttavia subito una progressiva erosione. Monogamia e stabilità sono compromesse da quella sorta di «poligamia successiva»³⁹, rappresentata dal divorzio;

³⁷ Per una ricostruzione dei diversi approcci al tema, si vedano: nel contesto continentale europeo, G. FERRANDO, *o.c.*, p. 124 ss., S. DE BENALCÁZAR, *Pacs, marriage et filiation*, cit., p. 137 ss. e J. CARRASCOSA GONZÁLES, *Matrimonio y parejas de hecho*, in A.L. CALVO CARRAVACA e J. CARRASCOSA GONZÁLES (a cura di), *Derecho internaconal privado*, II, Granada, 2008, p. 73 s.; per gli Stati Uniti, W.N. ESKRIDGE, *The Ideological Structure of the Same-Sex Marriage Debate*, in R. WINTEMUTE e M. ANDENÆS (a cura di), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, cit., p.113.

³⁸ Cfr. R.NAVARRO-VALLS, *Estabilidad del matrimonio y defensa legal de la heterosexualidad*, in J. A. SOUTO PAZ (a cura di), *El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España. Estudios en honor del profesor Víctorio Reina Benáldez*, Granada, 2008, p. 41: «el modelo de matrimonio que hace unos dos mil años comenzó a vivir Occidente se basa en las siguientes notas: monogamia, heterosexualidad, estabilidad, formalización, orientación hacia la prole (entre otras finalidades) y libertad en la emisión del consentimiento. Es un modelo profundamente influenciado por el cristianismo y su traducción legislativa que es el matrimonio canónico».

³⁹ In questo senso, oltre ai già richiamati riferimenti nel contesto degli studi antropologici, cfr. R.NAVARRO-VALLS, *o.c.*, p. 42, il quale usa, appunto, l'espressione «*poligamia sucesiva*».

L'eterosessualità è posta in discussione in vari Paesi, laddove si ammette il matrimonio omosessuale; la formalità della costituzione del rapporto coniugale viene meno con il riconoscimento delle coppie cc. dd. di fatto e la finalità procreativa del matrimonio ha subito l'impatto della diffusione delle pratiche contraccettive⁴⁰.

Negli Stati Uniti questa tendenza a sovrapporre i due piani, quello religioso e quello giuridico, caratterizza i *new natural lawyers*, giuristi di marcata ispirazione tomistica⁴¹.

Essi affrontano direttamente il problema dell'ammissibilità, sul piano giuridico, del matrimonio fra persone dello stesso sesso.

I *new natural lawyers* affermano che l'atto coniugale deve caratterizzarsi specificamente come potenzialmente procreativo; le relazioni sessuali fra persone dello stesso sesso costituiscono quindi violazione dell'ordine proprio dell'atto coniugale⁴². La tesi ha notevoli implicazioni, giacché esprime un disvalore rispetto ad ogni atto sessuale che non si configuri quale atto copulatorio⁴³ fra soggetti di sesso diverso uniti in matrimonio⁴⁴.

Come conseguenza di questa impostazione, i *new natural lawyers* auspicano che l'ordinamento giuridico, pur senza giungere a proibire atti sessuali consensuali fra persone dello stesso sesso⁴⁵, quantomeno scoraggi tali pratiche non riconoscendo alcuna forma di *same-sex partnership*⁴⁶.

⁴⁰ R.NAVARRO-VALLS, *o.c.*, p. 42 s.

⁴¹ Fra questi vanno ricordati - e ad essi faremo riferimento - John Finnis e Robert George. Cfr. J. FINNIS, *Law, Morality, and "Sexual Orientation"*, *Notre Dame L. Rev.*, 69, 1994, p. 1049 ss; R. GEORGE, *In Defense of Natural Law*, Oxford, 1999.

⁴² Cfr. R. GEORGE, *o.c.*, p. 161, secondo cui «*to be morally right sexual acts must embody or actualize marital union*». J. FINNIS, *Law, Morality, and "Sexual Orientation"*, cit., p. 1067, afferma inoltre che «*sexual acts are no unitive in their significance unless they are marital [...] acts of the reproductive kind*».

⁴³ Cfr. J. FINNIS, *o.c.*, p. 1066: «*[I]be union of the reproductive organs of husband and wife*».

⁴⁴ R. GEORGE, *In Defense of Natural Law*, cit., p. 170s; J. FINNIS, *Law, Morality, and "Sexual Orientation"*, cit., p. 1067 s.

⁴⁵ J. FINNIS, *o.c.*, p. 1049.

⁴⁶ J. FINNIS, *o.c.*, p. 1070. R. GEORGE, *In Defense of Natural Law*, cit., p. 218, sostenendo che «*marriage is an important value which society and government have an obligation to help make available to people*», ritiene che si debba riconoscere una «*society's obligation to "get it right"*», anche in considerazione del fatto che la piena comprensione del matrimonio è incorporata nelle norme stesse che lo regolano, così che il riconoscimento del matrimonio fra persone dello stesso sesso «*will profoundly shape the public's understanding of the nature and value of marriage, and, thus, affect people's capacities to live out true marriages and participate in their value*».

Gli argomenti dei *new natural lawyers* risulterebbero sistematicamente coerenti qualora si collocassero in un contesto teologico, avendo, in particolare, riferimento al magistero della Chiesa cattolica. Molte perplessità pone invece l'intenzione, da loro manifestata con fermezza, di collocarsi sul piano del diritto⁴⁷.

Senza affrontare la questione – specificamente etica - relativa alla connotazione di valore fortemente negativa che i *new natural lawyers* esprimono rispetto alla pratica omosessuale⁴⁸, pare opportuno focalizzare l'attenzione su un altro aspetto fondamentale delle loro tesi: l'esigenza, cioè, che l'atto sessuale fra i coniugi si produca come atto potenzialmente procreativo⁴⁹.

Se è certo che in tale prospettiva si esprime appieno l'essenza naturale dell'unione coniugale tradizionalmente intesa, è altresì vero che la limitazione posta – atti potenzialmente procreativi, o più precisamente, «*marital sexual acts of potentially procreative variety*»⁵⁰ – ci allontana dalla realtà delle cose.

Ciò per due ordini di considerazioni.

Anzitutto in quanto – laddove non vi sia un'opzione di coerenza rispetto a principi religiosi – non è dato ritenere che la sessualità, anche nelle relazioni di carattere matrimoniale, si declini in una gamma di atti così circoscritta⁵¹. In secondo luogo poiché, pure qualora ciò av-

⁴⁷ In particolare J. FINNIS, *Law, Morality, and "Sexual Orientation"*, cit., p. 1055, volendo negare la valenza specificamente teologica delle tesi espresse sul matrimonio fra persone dello stesso sesso, definisce - in modo indiretto - le proprie riflessioni «*reflective, critical, publicly intelligible and rational arguments*». Per un'impostazione critica su questo aspetto, si vedano: N. BAMFORTH, *Same-sex partnerships and arguments of justice*, in R. WINTEMUTE e M. ANDENÆS (a cura di), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, cit., p. 50 e D.A.J. RICHARDS, *Case for Gay Rights. From Bowers to Lawrence and beyond*, cit., p. 136 ss.

⁴⁸ Connotazione che ha alimentato un atteggiamento spesso fortemente negativo rispetto alle tesi dei *new natural lawyers*, definite, ad esempio, «*sectarian*» da Richards. Cfr. D.A.J. RICHARDS, *Introduction*, cit., p. 26 e, più recentemente, ID., *The Case for Gay Rights. From Bowers to Lawrence and beyond*, cit., p. 136.

⁴⁹ J. FINNIS, *Law, Morality, and "Sexual Orientation"*, cit., p. 1067, afferma che «*sexual acts are not unitive in their significance unless they are marital (actualizing the all-level unity of marriage) and (since the common good of marriage has two aspects) they are not marital unless they have not only the generosity of acts of friendship but also the procreative significance*» (enfasi aggiunta).

⁵⁰ R. GEORGE, *In Defense of Natural Law*, cit., p. 161.

⁵¹ J. FINNIS, *Law, Morality, and "Sexual Orientation"*, cit., p. 1068, offre un quadro preciso degli atti fra marito e moglie che – nella sua prospettiva - non si configurano come *marital acts*.

venga, non necessariamente tali atti risultano essere – in concreto – procreativi: condizioni di infertilità, età ed altri fattori possono renderli non finalizzati alla procreazione⁵².

Quest'ultima obiezione è in parte superabile facendo riferimento alla potenzialità funzionale alla procreazione: naturale sarebbe cioè ogni atto sessuale posto in essere con modalità riconducibili a quelle proprie dell'atto specificamente riproduttivo⁵³.

Precisazione che però non convince quanti osservano⁵⁴ come atti che non sono riproduttivi non possano essere «atti di tipo riproduttivo» se non per una mera *visual appearance*, mentre – nella sostanza – essi restano atti non riproduttivi, in ciò non dissimili da quegli atti «non coniugali» stigmatizzati dai *new natural lawyers* nelle coppie tanto eterosessuali, quanto omosessuali. Tali atti inoltre sono posti in essere per ragioni, quale la ricerca del piacere fisico o dell'intimità della coppia, non dissimili, tanto nelle coppie eterosessuali, quanto in quelle omosessuali⁵⁵.

In effetti l'orizzonte prettamente biologico che caratterizza la nozione naturale del matrimonio è difficilmente conciliabile con la funzione relazionale della sessualità umana⁵⁶.

Ciò forse rappresenta il maggiore limite dell'impostazione sostenuta dai *new natural lawyers* e offre molteplici argomenti a quanti, nel contesto sia di *civil law* sia di *common law*, asseriscono il carattere specificamente «culturale» del matrimonio.

In tale prospettiva il matrimonio è rappresentato come realtà storica contingente⁵⁷, in divenire⁵⁸, «*le résultat d'une construction sociale soumise régulièrement à des changements*»⁵⁹.

⁵² Del resto anche ponendosi nella prospettiva canonistica, non va dimenticato che l'età infertile dei nubendi mai ha costituito impedimento al matrimonio canonico, ad esso ammettendovi *senes etiam decrepiti*. J. FINNIS, *o.c.*, p. 1064 ss, ha presente l'obiezione relativa alla sterilità, ma – nelle sue argomentazioni – si limita a fare riferimento a sterilità transitoria o sterilità non nota all'atto della celebrazione, trascurando invece la celebrazione del matrimonio nel caso in cui la sposa non sia più in età fertile. Sull'argomento, in prospettiva critica, si veda: E. GERSTMANN, *Same-sex Marriage and the Constitution*, cit., p. 27 ss.

⁵³ Cfr R. GEORGE, *In Defense of Natural Law*, cit., p. 161, che fa riferimento a «*reproductive-type acts*», mentre J. FINNIS, *Law, Morality, and "Sexual Orientation"*, cit., p. 1067, parla di «*acts of the reproductive kinds*».

⁵⁴ E. GERSTMANN, *Same-sex Marriage and the Constitution*, cit., p. 28.

⁵⁵ E. GERSTMANN, *o.l.c.*. Per una rappresentazione della funzionalità genitale antitetica rispetto a quella espressa dai *new natural lawyers*, cfr. D.R. MOHR, *Gays/Justice. A Study of Ethics, Society, and Law*, New York, 1988, p. 36.

⁵⁶ Funzione relazionale fatta propria, dopo il Concilio Vaticano II, anche dal Magistero cattolico e sfociata nel Codice di Diritto Canonico del 1983, che al can. 1055 definisce il matrimonio «comunità di tutta la vita, per sua natura ordinata al bene dei coniugi», antepoendo la finalità del «bene dei coniugi» a quella procreativa.

⁵⁷ Sugli esiti di tale impostazione – anche rispetto alle ripercussioni sul tema del concubinato – cfr. V. MARANO, *Le unioni di fatto. Esperienza giuridica secolare e insegnamento della Chiesa*, Milano, 2005, p. 1 s., nota 2.

Ciò può risultare piú chiaro se si tiene presente l'evoluzione recente del modello matrimoniale: grazie al riconoscimento della piena eguaglianza della donna, si è giunti alla paritaria condivisione delle decisioni relative alla gestione della comunità familiare⁶⁰, evoluzione che in Italia ha trovato formale compimento nella riforma del diritto di famiglia del 1975, anche se i principi cui la riforma stessa è ispirata già erano chiaramente sanciti nella Costituzione⁶¹; allo stesso modo, l'introduzione del divorzio o – dove questo già era consentito – del divorzio senza addebito⁶², ha mutato drasticamente i termini della relazione originariamente destinata ad unire in maniera definitiva, se non addirittura indissolubile, i coniugi.

Una simile mutevolezza dell'istituto matrimoniale induce taluni a cercare una sua minima definizione concettuale; così il matrimonio è stato definito: «*a loving union between two people who enter into a relationship of emotional and financial commitment and interdependence, two people who seek to make a public statement about their relationship, sanctioned by the states*»⁶³.

E' facile cogliere in quest'affermazione la netta prevalenza dell'aspetto privatistico⁶⁴: siamo agli antipodi rispetto alla concezione romana di matrimonio quale «*seminarium rei publicae*»⁶⁵.

⁵⁸ D. BORRILLO e P. LASCOURMES, *Amours égales? Le Pacs, les homosexuels et la gauche*, Paris, 2002, p. 120 ss.

⁵⁹ D. BORRILLO, *Le mariage homosexuel, hommage de l'hérésie à l'orthodoxie?*, in AA.VV., *La sexualité a-t-elle un avenir?*, Paris, 1999, p. 39.

⁶⁰ D. BORRILLO e P. LASCOURMES, *Amours égales? Le Pacs*, cit., p. 120.

⁶¹ Su questo tema, cfr. F. RUSCELLO, *Lineamenti di Diritto di Famiglia*, Milano, 2005, p. 7 ss.; ID., *Dal patriarcato al rapporto omosessuale*, cit., p. 530 s.

⁶² Rispetto al tema dell'introduzione del *no-fault divorce* si veda, sia pure in una prospettiva critica rispetto ad estremizzazioni in materia di *same-sex marriage*, J. HALLEY, *Rhetorics of Justification in the Same-Sex Marriage Debate*, in R. WINTEMUTE e M. ANDENÈS (a cura di), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, cit., p.108.

⁶³ E. WOLFSON, *Crossing the Threshold: Equal marriage rights for Lesbians and gay men and the Intra-Community Critique*, in *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change*, 21, 1994, p. 579. Sul tema, cfr. J. HALLEY, *o.c.*, p. 98 s. Non dissimile la definizione di D. BORRILLO, *Le mariage homosexuel*, cit., p. 39 s.: «*le mariage est l'union de deux personnes ayant pour but la solidarité réciproque sur la base de l'affection mutuelle*».

⁶⁴ Questo aspetto è posto in evidenza anche da S. DE BENALCÁZAR, *Pacs, mariage et filiation*, cit., p. 263, che parla di «*privatisation de mariage*».

⁶⁵ Cfr. M.T. CICERONE, *De off.*, 1, 54: «*[n]am cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia; id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae*» Si veda il testo italiano in ID., *I doveri*, a cura di E. Narducci, Milano, 2001, p. 122 s.: «*[e] poiché in tutti gli animali è naturale l'istinto della procreazione, la prima società è costituita proprio dal matrimonio, la seconda dai figli e quindi dall'avere un'unica casa e dei beni comuni: questo è il principio della città e per così dire il semenzaio dello Stato*». Per un riferimento a tale concezione, specifica della cultura romana, ma contestualizzata in una prospettiva evolutiva, cfr. F. RUSCELLO, *Dal patriarcato al rapporto omosessuale*, cit., p. 518 s.

Tale prevalenza si connota chiaramente nel contesto della cultura *liberal* nordamericana⁶⁶.

Proprio l'enfaticizzazione degli aspetti connessi alla libertà di scelta individuale caratterizza il pensiero della dottrina che – in quel contesto - più autorevolmente si schiera a favore del matrimonio fra persone dello stesso sesso⁶⁷.

Tale orientamento prende le mosse dall'affermazione che ciascuno, avendo propri specifici bisogni, dovrebbe essere in grado di decidere cosa è normale per sé; uno stato liberale avrebbe quindi il compito di assecondare questa fondamentale esigenza dell'individuo⁶⁸.

L'assunto è suggestivo, ma non è privo di rischi: quale deve essere infatti il limite di tale soggettivismo e – soprattutto – chi può stabilire tale limite?

Certo il *limit of consent* invocato da chi segue questa impostazione⁶⁹ può valere in generale, ma non costituisce criterio risolutivo nei casi estremi. Gli argomenti critici che si possono opporre riguardano fattispecie quali l'incesto o la pedofilia che, al giudizio soggettivo di taluno, potrebbero anche parere normali, e tali potrebbero essere stati recepiti in altre epoche storiche⁷⁰, ma che oggi sono fermamente rifiutati e sanzionati⁷¹.

Tale obiezione senza dubbio indebolisce il ragionamento, anche se non lo vanifica completamente, giacché il richiamo alla libertà personale, se non disgiunto dall'esigenza di piena responsabilità dei propri comportamenti, è denso di valore nella cultura occidentale.

Proprio su questa linea si collocano gli ulteriori argomenti di chi – nella dottrina statunitense - sostiene la necessità del riconoscimento legale delle diverse forme di *partnership* fra persone dello stesso sesso.

⁶⁶ S. DE BENALCÁZAR, *o.u.c.*

⁶⁷ Cfr. W.N. ESKRIDGE, *The Ideological Structure of the Same-Sex Marriage Debate*, cit., p. 116, che rileva come le «*modern liberal theories emphasising individual freedom of choice are the mainstay of same-sex marriage proponents*».

⁶⁸ Cfr. W.N. ESKRIDGE, *o.u.c.*, p. 118: «*each person has her individual needs, and we all ought to be able to choose what is normal for ourselves. What is normal for me might be abnormal for you, and the liberal state ought to accommodate diversity of taste*».

⁶⁹ Cfr. N. BAMFORTH, *Same-sex partnerships*, cit., p. 43, il quale ritiene che «*each individual's appreciation and definition of what is [...] a valuable sexual act or sexual/emotional relationship must – within the limits of consent – be respected*».

⁷⁰ Sul tema della «*pédérastie pédagogique*» nella Grecia classica, si veda, in prospettiva critica rispetto ad interpretazioni antropologiche dirette ad enfatizzare le dimensioni del fenomeno, S. DE BENALCÁZAR, *o.u.c.*, p. 169 s.

⁷¹ S. DE BENALCÁZAR, *o.u.c.*, p. 150 s.

In particolare il richiamo è al principio di eguaglianza. Come è stato osservato, gli argomenti che si fondano su questo principio presentano il vantaggio della chiarezza e dell'immediatezza, oltre a manifestare un marcato *appeal* emotivo⁷².

In tale prospettiva, si sostiene che, su un piano di legalità costituzionale, i soggetti omosessuali non devono essere trattati in modo meno favorevole rispetto ai soggetti eterosessuali, in quanto i due gruppi hanno eguale valore morale⁷³.

Espresso esattamente in questi termini, il concetto appare affetto dallo stesso vizio sostanziale evidenziato rispetto agli argomenti dei *new natural lawyers*: si sconfinava dal diritto alla morale, esprimendo una valutazione di merito – in sé soggettiva - rispetto alla pratica omosessuale.

Se però noi riformuliamo il concetto affermando che i soggetti omosessuali non devono essere trattati in modo meno favorevole rispetto ai soggetti eterosessuali, in quanto gli uni e gli altri sono persone umane, e come tali portatrici di un valore intrinseco che si esprime nel riconoscimento della dignità, del rispetto, dell'esigenza di autorealizzazione, il problema della soggettività della valutazione morale sembra superato.

Sul piano della persona, più che in termini di gruppo sociale⁷⁴, è possibile rimuovere quelle forme di trattamento sfavorevole derivanti dall'orientamento sessuale. Proprio su considerazioni relative ai diritti della persona ed alla violazione del principio di eguaglianza si fondano le decisioni delle Corti statunitensi che, come vedremo, hanno consentito il matrimonio fra persone dello stesso sesso.

Meno immediato – per certi versi più astratto - l'ulteriore argomento che viene portato a sostegno di questo orientamento dottrinale, ritenendolo prevalente⁷⁵, ovvero il concetto di «au-

⁷² N. BAMFORTH, *o.c.*, p. 39: «equality arguments [...] are easy to understand and have a clear, emotive appeal».

⁷³ Cfr. N. BAMFORTH, *o.c.*, p. 38 s.: «lesbians and gay men should not, because of their sexual orientation, be treated any less favourably than heterosexuals since the two groups are of equal moral worth» (enfasi aggiunta).

⁷⁴ Cfr. C. AMICH ELÍAS, *Cultura homosexual, sujeto homosexual y derechos humanos*, in *Foro, Nueva época*, 2007, 5, p. 204: «[A] gran variedad de manifestaciones que la homosexualidad puede conllevar —desde el mero deseo difuso hasta la articulación de complejas relaciones, al igual que la heterosexualidad— hacen difícil poder considerar a los homosexuales un grupo cultural homogéneo, del mismo modo que es imposible hacerlo con los heterosexuales».

⁷⁵ Cfr. N. BAMFORTH, *o.c.*, p. 33 ss. Vi è un terzo argomento, ritenuto da questa stessa dottrina piuttosto debole - se applicato alla materia matrimoniale - che per esigenze di chiarezza espositiva omettiamo di citare nel testo, ov-

thonomy/empowerment»⁷⁶. Strettamente legato anch'esso al rispetto della dignità umana, tale concetto mette in risalto come i desideri sessuali ed emozionali, i sentimenti e le passioni abbiano centrale importanza per l'essere umano. In tale prospettiva quindi l'autonomia e l'autorealizzazione della persona troverebbero compimento pure attraverso una soddisfacente *sexual/emotional relationship*. Tale soddisfacente relazione dovrebbe potersi esprimere liberamente, a prescindere cioè anche dall'orientamento sessuale, purché posta in essere da soggetti consenzienti⁷⁷.

In particolare l'atteggiamento non «ostile»⁷⁸ dell'ordinamento rispetto a forme di *partnership* diverse da quella eterosessuale potrebbe contribuire, si afferma, a potenziare, nei soggetti omosessuali, il processo di autorealizzazione personale descritto⁷⁹.

Un ulteriore orientamento in ordine al tema del *same-sex marriage*, definito da taluni come «*progressive critics*»⁸⁰, va segnalato, non tanto per l'impatto da esso esercitato sul dibattito dottrinale, invero circoscritto, ma perché l'analisi delle sue estremizzazioni meglio ci consente di mettere in luce la portata ed il senso dell'approccio *liberal* al tema del matrimonio nella cultura nordamericana, in questa prospettiva comparativa alquanto moderato.

I *progressive critics* condividono con il pensiero *liberal* la configurazione del matrimonio in senso culturale-evolutivo, ma ritengono, sostanzialmente, che tale modello abbia perso ormai la funzione che in passato gli era propria⁸¹. Essi quindi non condividono la rivendicazione del *same-sex marriage*, in quanto lo reputano uno strumento di «normalizzazione» destinato ad emarginare ulteriormente le coppie omosessuali che ad esso non volessero ricorrere.

vero il diritto fondamentale al rispetto della *privacy*, tale da ricoprire con la propria tutela anche il libero esercizio di «[p]rivate, consensual sexual acts between adult males» (p. 33).

⁷⁶ N. BAMFORTH, *o.c.*, p. 41 ss.

⁷⁷ Sul tema si rimanda a quanto osservato in ordine al *limit of consent*.

⁷⁸ N. BAMFORTH, *o.c.*, p. 44.

⁷⁹ N. BAMFORTH, *o.l.c.*

⁸⁰ W.N. ESKRIDGE, *The Ideological structure of the Same-Sex marriage Debate*, cit., p. 114. Tale impostazione è rilevabile anche nel contesto francese: cfr. S. DE BENALCÁZAR, *Pacs, mariage et filiation*, cit., p.136, nota 514.

⁸¹ Per una riflessione, in questo senso, sulla famiglia nell'ambito del pensiero *progressive*, cfr. R. COOMARASWAMY, *Ideology and the Constitution. Essays on constitutional jurisprudence*, Colombo, 1996, p.110: «*the family should not be defined in a formalistic, nuclear construction as a husband, wife and children. The family is the place where individuals learn to care, trust and nurture each other. The law should protect and privilege that kind of family and not any other.*».

In luogo del matrimonio viene invece individuato, quale migliore modello, quello della convivenza riconosciuta da parte dello stato.

Fra gli esponenti di questa corrente di pensiero vi è chi contesta – significativamente - il fatto che ai soggetti uniti in matrimonio, si tratti di coppie eterosessuali od omosessuali, siano riconosciuti «*special rights*» negati ai componenti di altre forme familiari⁸².

Circoscrivendo il dibattito relativo al *same-sex marriage* negli Stati Uniti entro i limiti di una battaglia per l'affermazione di un diritto civile, sostanzialmente estranea quindi al diritto di famiglia – senza negare gli intenti di fondo dei promotori di tale battaglia – si propone qualcosa di ben diverso: una riforma volta ad ottenere il riconoscimento del valore di ogni famiglia.

Tale proposta si fonda su un preciso assunto: «*marriage as a family form is not more important or valuable than other form of family*»⁸³. La decisione quindi di sposarsi potrà corrispondere a scelte di natura sociale o culturale, ma non dovrà mai costituire un obbligo: non dovrà cioè essere richiesta la celebrazione di un matrimonio per ottenere dei benefici legali⁸⁴.

Risulta evidente in questa impostazione lo sforzo di equiparare ogni forma di famiglia, a prescindere da come essa si sia costituita e da come risulti strutturata, sul piano tanto della considerazione sociale, quanto del diritto.

In tale prospettiva si comprende la ragione per cui i fautori del *same-sex marriage*, nel connotare il pensiero *liberal* sul tema del matrimonio fra persone dello stesso sesso, usino contemporaneamente gli aggettivi «*radicals*» e «*conservatives*»⁸⁵.

Certo è «*radical*» perché ammette la possibilità che, fra gli elementi distintivi del matrimonio quale storicamente ci è giunto - cui abbiamo fatto riferimento in precedenza - venga meno

⁸² N.D. POLIKOFF, *Beyond (Straight and Gay) Marriage: Valuing All Families under the Law*, Boston, 2008, p. 2: l'autrice, negando che l'accesso al *same-sex marriage* costituisca un tema particolarmente problematico nell'ambito della regolamentazione della famiglia contemporanea, sostiene che in realtà «[A]be most contested issue in contemporary family policy is whether married-couple families should have "special rights" not available to other family forms».

⁸³ N.D. POLIKOFF, *o.c.*, p. 3.

⁸⁴ N.D. POLIKOFF, *o.l.c.*

⁸⁵ W.N. ESKRIDGE, *The Ideological Structure of the Same-Sex Marriage Debate*, cit., p. 113.

quello più caratterizzante, la differenza di sesso fra i coniugi, ma è «*conservative*» perché riconosce ed afferma il valore del matrimonio⁸⁶.

Quest'affermazione può apparire quasi provocatoria ma, se abbiamo presente la situazione auspicata dai radicali *progressive* - i cui esponenti rappresentano una parte della cultura non solo omosessuale ma anche femminista - ci rendiamo conto di come effettivamente si contrappongano due visioni del matrimonio. Per alcuni il matrimonio è un istituto che conserva pienamente il proprio valore e la propria funzione sociale, anche se si ritiene che ne vada ridefinita la connotazione formale. Per altri invece il matrimonio rappresenta una realtà puramente legata ad elementi spirituali, culturali o religiosi individuali; come tale quindi esso non merita riconoscimento o tutela particolari, dovendosi porre, anche sotto il profilo valoriale, sullo stesso piano di qualsiasi altra forma di convivenza familiare⁸⁷.

Non siamo di fronte ad una diatriba meramente teorica: effettivamente è riscontrabile a livello diffuso un atteggiamento da cui traspare una progressiva disaffezione rispetto al matrimonio, a vantaggio di altre forme di famiglia meno rigide⁸⁸. Riaffermare il valore, ma anche - in concreto - l'utilità e l'efficacia del modello matrimoniale è sicuramente un fatto positivo, anche se ciò implica la presa in carico di tutti i problemi derivanti dall'espansione della nozione di matrimonio che la cultura *liberal* promuove.

Proprio sulla base di simili considerazioni prende le mosse, negli Stati Uniti, la svolta giurisprudenziale che ha portato il Massachusetts - primo fra tutti gli Stati della Confederazione - a riconoscere il *same-sex marriage*.

⁸⁶ Cfr. W.N. ESKRIDGE, *o.l.c.*, il quale sostiene che la rivendicazione del matrimonio fra persone dello stesso sesso «*accepts the value of marriage [...] and offers it as a positive aspiration*».

⁸⁷ Cfr. N.D. POLIKOFF, *o.c.*, p. 3, in particolare laddove auspica che la legge «*would recognize all families' worth*» (enfasi aggiunta).

⁸⁸ B. BEIGNER, *Préface*, in S. DE BENALCAZAR, *Pacs, mariage et filiation*, cit., p. V, che evidenzia un «*changement des mœurs familiales*» che si manifesta nella «*augmentation du nombre des enfants nés hors mariage, le concubinage en progression constante, qui ne serait plus considéré comme une solution temporaire, mais comme une situation similaire au mariage*».

3. *L'evoluzione della nozione di matrimonio negli Stati Uniti d'America. L'elaborazione giurisprudenziale relativa al same-sex marriage*

Il ricorso alla litigation per promuovere significative riforme sociali è caratteristica tipica degli Stati Uniti: nei tribunali si sono prese le decisioni che hanno introdotto i maggiori cambiamenti in materia di diritti civili. La reale possibilità delle Corti, in particolare della Corte Suprema, di operare nella direzione del «social change» è oggetto di discussione⁸⁹, soprattutto in considerazione dell'esigenza che alle Corti si pone di agire nel contesto della legalità stabilita dalle Costituzioni dei singoli Stati e dalla Costituzione degli Stati Uniti e di rapportarsi sia al *legislative branch*, sia all'*executive branch*.

Il ruolo delle Corti rispetto alla dinamica del cambiamento è tuttavia innegabile. Fra le sentenze che piú hanno caratterizzato questa linea di sviluppo possiamo ricordare: *Brown v. Board of Education of Topeka*⁹⁰, del 1954, che sancí la fine della segregazione nell'educazione, *Loving v. Virginia*⁹¹, del 1967, che pose fine alle restrizioni relative al matrimonio interrazziale, *Reed v. Reed*⁹², del 1971, che vietò la discriminazione in base al sesso, e *Roe v. Wade*⁹³, del 1973, che consentí l'aborto, reputandolo un diritto fondamentale.

Per quanto riguarda i casi relativi ai *same-sex marriage*, le prime decisioni si collocano poco dopo il 1970⁹⁴, ma il tema emerge prepotentemente quale questione costituzionale solo nell'ultimo decennio del secolo scorso.

Un elemento che distingue le decisioni su questa materia da quelle relative ai diritti civili ed alla parità fra i sessi è costituito dal ricorso alle Corti statali anziché alla Corte Federale, nonostante tali Corti siano, in linea di massima, piú prudenti nel favorire significative riforme sociali rispetto alla Corte Federale⁹⁵.

⁸⁹ Cfr. G.N. ROSEMBERG, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, Chicago, 2008, soprattutto nella parte relative al *same-sex marriage* (p.339 ss.).

⁹⁰ 347 U.S. 483 (1954).

⁹¹ 388 U.S. 1 (1967).

⁹² 404 U.S. 71 (1971).

⁹³ 410 U.S. 113 (1973).

⁹⁴ Cfr. *Baker v. Nelson*, 191 N.W.2d 185 (Minn. 1971); *Jones v. Hallaban*, 501 S.W.2d 588 (Ky. 1973); *Singer v. Hara*, 522 P.2d 1177 (Wash. Ct. App. 1974).

⁹⁵ G.N. ROSEMBERG, *The Hollow Hope*, cit., p. 340.

La Corte Suprema delle Hawaii, nel 1993, con la sentenza *Baehr v. Lewin*⁹⁶, è stata la prima Corte statale ad esprimersi - in modo inatteso ed innovativo - sulla materia, suscitando ampio clamore⁹⁷.

La Corte in quell'occasione si è interrogata rispetto all'esistenza del matrimonio qualora manchino - in tutto o in parte - determinati requisiti legali: nello specifico la differenza di sesso fra i nubendi.

La decisione stabilisce che il rifiuto, da parte dello Stato delle Hawaii, della licenza matrimoniale a causa dell'identità di sesso costituisce violazione della Costituzione dello Stato, la quale - in modo più specifico rispetto al Quattordicesimo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti⁹⁸ - prevede, all'art. 1, sezione 5, che «[n]o person shall [...] be denied the equal protection of the law, nor be denied the enjoyment of the person's civil rights or be discriminated against in the exercise thereof because of race, religion, sex, or ancestry».

La Corte quindi - con una scelta che ha in parte deluso i più accesi assertori del matrimonio omosessuale⁹⁹ - ritiene che non l'orientamento sessuale, ma il sesso si configuri come una *suspect category* in ordine all'*equal protection*. Essa individua cioè, nell'esigenza della disparità di sesso fra i nubendi, una possibile discriminazione di gravità tale da richiedere lo *standard* di giudizio più rigoroso, ovvero lo *strict scrutiny*.

La decisione presenta anche altri interessanti elementi di novità.

⁹⁶ 852 P.2d 44 (Haw. 1993).

⁹⁷ Cfr. M. DUPUIS, *Same-Sex Marriage, Legal Mobilization, & the Politics of Rights*, New York, 2002, p. 44, il quale mette in risalto come «*the reasoning of earlier courts on the issue of sex discrimination has been rejected in Hawaii. The case has captured a national audience*». Per un commento alla sentenza, nel panorama italiano, cfr. P.M. CALIARO, *Il same-sex marriage negli Stati Uniti d'America*, Padova, 2006, p. 236 ss.

⁹⁸ Il Quattordicesimo Emendamento - in forma concisa - stabilisce che: «[n]o State shall [...] deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws», (U.S. Const.amend. XIV, § 1).

⁹⁹ Cfr. A.C. INFANIL, *Baehr v. Lewin: a step in the right direction for gay right*, in R.M. BAIRD e S.R. ROSENBAUM, *Same-sex marriage. The Moral and legal Debate*, New York, 1997, p. 227 s., secondo cui «*Baehr v. Lewin is not an unfettered victory for gay right. In fact, it may be somewhat of failure*».

Per la prima volta infatti viene riconosciuta da una Corte la relazione fra il tema relativo al *same-sex marriage* ed una sentenza fondamentale in materia di matrimonio, *Loving v. Virginia*¹⁰⁰, a cui già abbiamo fatto riferimento.

Il caso riguarda due coniugi, un uomo bianco ed una donna di colore, sposatisi nel District of Columbia per sottrarsi al divieto di matrimonio interrazziale vigente ancora in Virginia negli anni '60 dello scorso secolo. Al ritorno in Virginia i coniugi subirono una condanna ad un anno di carcere, sospesa condizionalmente, qualora avessero lasciato lo Stato, senza farvi ritorno per venticinque anni¹⁰¹. La *rule of law* che la Corte Suprema stabilì è di particolare importanza: la libertà di sposare – o non sposare – una persona di un'altra razza è propria dell'individuo e non può essere violata dallo Stato¹⁰².

Sostituendo a «razza» la parola «sesso», tenuto presente quanto disposto dall'art. 1 della Costituzione dello Stato delle Hawaii, possiamo chiaramente comprendere lo schema logico applicato della Corte dello Stato¹⁰³ e seguito successivamente da altre Corti – principalmente in *Goodridge v. Department of Public Health*¹⁰⁴.

In *Loving v. Virginia* troviamo inoltre espresso un importante principio di carattere assiologico: la libertà di sposarsi costituisce un diritto fondamentale della persona, funzionale al pieno raggiungimento di un valore, la felicità, che è proprio degli uomini liberi¹⁰⁵.

Pure questo aspetto è destinato a trovare applicazione – successivamente – in altre *decisions* in materia di *same-sex marriage*.

Nella decisione della Corte dello Stato delle Hawaii sono ravvisabili ulteriori aspetti di particolare interesse.

¹⁰⁰ Sulla *decision*, cfr. R.A. PRATT, *The case of Mr. and Mrs. Loving: Reflections on the Fortieth Anniversary of Loving v. Virginia*, in C. SANGER, *Family Law Stories*, New York, 2008, p. 7 ss.

¹⁰¹ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 6-7 (1967).

¹⁰² Cfr. *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967): «[u]nder our Constitution, the freedom to marry, or not marry, a person of another race resides with the individual and cannot be infringed by the State».

¹⁰³ Cfr. *Baehr v. Lewin*, 852 P.2d 44 (Haw. 1993): «substitution of "sex" for "race" and article 1, section 5 for the Fourteenth Amendment yields the precise case before us together with the conclusion that we have reached».

¹⁰⁴ 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003).

¹⁰⁵ Cfr. *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967): «[A] freedom to marry has long been recognized as one of the vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free men. Marriage is one of the "basic civil rights of man", fundamental to our very existence and survival» (enfasi aggiunta).

Come già si è accennato, la Corte ritiene di dover sottoporre, come in *Loving v. Virginia*, la normativa matrimoniale la cui applicazione viene contestata in giudizio – ovvero il divieto del matrimonio in base all'identità del sesso – allo *strict scrutiny test*, ossia al rigoroso *standard* riservato perlopiù all'esame di materie inerenti diritti civili fondamentali e di casi – appunto - di *suspect classification*.

Non è infine trascurabile il fatto che la Corte non abbia fatto proprio l'argomento secondo cui il *marriage statute* delle Hawaii avrebbe avuto come particolare fine quello di garantire la protezione della funzione procreativa del matrimonio¹⁰⁶.

Gli effetti della decisione della Corte Suprema dello Stato delle Hawaii risultano comunque circoscritti, in quanto successivamente lo Stato, con un emendamento costituzionale, limitò il matrimonio alle sole coppie eterosessuali¹⁰⁷, ma estese alcuni dei suoi *benefits* alle *partnerships* fra persone dello stesso sesso¹⁰⁸.

Inoltre nel 1996 viene approvato dal Congresso il *Defense of Marriage Act (DOMA)*¹⁰⁹. Tale atto – chiaramente riconducibile alla sentenza delle Hawaii - definisce, nella sezione 3, il matrimonio ai fini di un'applicazione in ambito federale: «[i]n determining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of the United States, the word "marriage" means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word "spouse" refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife»¹¹⁰.

Il *DOMA* è approvato con lo scopo di escludere espressamente l'applicazione al *same-sex marriage* di qualunque *benefit* riconosciuto dalle leggi federali alle coppie eterosessuali sposate. Attraverso tale atto si vuole affermare con forza il principio secondo cui nessuno Stato della

¹⁰⁶ Per un esame della sentenza, cfr.: M. DUPUIS, *Same-Sex Marriage, Legal Mobilization, & the Politics of Rights*, cit., p. 49 ss. e – ancorché in prospettiva critica, a fronte di aspettative di più ampia apertura - A.C. INFANTI, *Baehr v. Lewin: a step in the right direction for gay right*, cit., p. 227 ss.

¹⁰⁷ Si tratta dell'emendamento che aggiunse la sezione 23 all'articolo 1 della Costituzione delle Hawaii: «*the legislature shall have the power to reserve marriage to opposite-sex couples*».

¹⁰⁸ Per una critica rispetto a tale sviluppo nella prospettiva della «*hollow hope theory*», cfr. G.N. ROSEMBERG, *The Hollow Hope*, cit., p. 343 s.

¹⁰⁹ Pub. L. No. 104-199, 110 Stat. 2419 (1996), codificato come: 1 U.S.C. § 7 e 28 U.S.C. § 1738C (2000).

¹¹⁰ 1 U.S.C. § 7, enfasi aggiunta.

Federazione è tenuto al riconoscimento del *same-sex marriage*, al di fuori di quello che lo autorizza¹¹¹. Rispetto alla legittimità costituzionale delle disposizioni contenute nel *DOMA* si sono espressi nel corso degli anni ampia riserva in dottrina¹¹² e dissenso in ambito giurisprudenziale¹¹³. Sono state inoltre presentate proposte di legge volte alla sua completa abrogazione¹¹⁴. Nel 2013 si è giunti ad una pronuncia di incostituzionalità dell'intera sezione 3 del *DOMA*: con la sentenza *United States v. Windsor*¹¹⁵ la Corte Suprema ha infatti ritenuto che le previsioni contenute in tale sezione costituissero «*a deprivation of the liberty of the person protected by the Fifth Amendment of the Constitution*»¹¹⁶.

Il passo successivo – nella ricostruzione cronologica dello sviluppo giurisprudenziale in tema di *same-sex marriage* – è rappresentato da una decisione del 1999, *Baker v. State of Vermont*¹¹⁷.

La Corte in questo caso afferma il principio che le coppie formate da persone dello stesso sesso hanno il diritto di ottenere «*the same benefits and protections afforded by Vermont law to married opposite-sex couples*»¹¹⁸. La *decision* si basa sull'applicazione della *Common Benefits Clause* della

¹¹¹ Per una configurazione, in lingua italiana, di effetti e funzioni sottesi all'approvazione del *DOMA*, cfr. P.M. CALIARO, o.c., p. 248 ss.

¹¹² Cfr. in questo senso, J. HALLORAN MCLAUGHLIN, *DOMA and the Constitutional Coming Out of Same-Sex Marriage*, in *Wis. J.L. Gender & Soc'y*, 2009, 24, p. 203: «*DOMA violates the bedrock principles of deliberative autonomy and deliberative democracy and should be invalidated*». Si veda anche M. STRASSER, *DOMA, the Constitution, and the promotion of good public policy*, in *Alb. Gov't L. Rev.*, 2012, 5, p. 615: «*there are several reasons to believe that Congress has exceeded its power when attempting to define marriage for federal purposes*».

¹¹³ Cfr. *Gill v. Office of Pers. Mgmt.*, 699 F. Supp. 2d 374, 396 (D. Mass. 2010) e *In re Balas*, 449 B.R. 567, 579 (Bankr. C.D. Cal. 2011), che censurano il *DOMA* laddove esso definisce il matrimonio ai fini di un'applicazione limitativa della disciplina matrimoniale in ambito federale.

¹¹⁴ Il 15 settembre 2009 è stata presentata alla *House of Representatives* del Congresso degli Stati Uniti una proposta di legge, denominata *Respect for Marriage Act of 2009*, (o *RFMA*), rubricata come *H. R. 3567*, volta ad abrogare il *Defense of Marriage Act* e prevedere l'estensione dei benefici federali anche alle coppie unite in un *same-sex marriage*. Il 16 marzo 2011 i senatori Patrick Leahy, Dianne Feinstein e Kirsten Gillibrand hanno presentato al Senato il *Respect for Marriage Act* (H.R. 1116, S. 598), una proposta di legge volta a sostituire il *DOMA* e a riconoscere a tutte le coppie legalmente sposate, incluse quelle omosessuali, i benefici derivanti dal matrimonio previsti dalle norme federali. Cfr. *Leahy Announces Plan to Hold 1st Congressional Hearing on Repealing DOMA*, CONGRESSIONAL DOCUMENTS: U.S. SENATE DOCUMENTS, 2011 WLNR 13488422, 7 luglio 2011.

¹¹⁵ *United States v. Windsor*, 570 U.S. 12, 133 S. Ct. 2675 (2013). Per una prima configurazione degli effetti dell'abrogazione della *section 3* del *DOMA* su un piano pratico, cfr. B. BARTELS e D.J. WINTZ, *Considerations for Employee Benefit Plans and Human Resource Practices Following United States v. Windsor*, in *Nebraska Lawyer*, 2013, 5, p. 10 ss.

¹¹⁶ *United States v. Windsor*, 570 U.S. 12, 133 S. Ct. 2675, 2695 (2013).

¹¹⁷ 744 A.2d 864 (1999). Per un commento alla sentenza, nel contesto italiano, cfr. P.M. CALIARO, o.c., p. 267 ss.

¹¹⁸ *Baker v. State of Vermont*, 744 A.2d 864, 866 (1999).

Costituzione dello Stato del Vermont, che garantisce a tutti i cittadini uguali benefici ed uguale protezione¹¹⁹.

Non volendosi sostituire al Potere Legislativo, la Corte non ha stabilito uno specifico rimedio, ma ha disposto che – in un termine assai breve – lo Stato dovesse approvare una norma atta a correggere la rilevata violazione della Costituzione in materia matrimoniale. Si è ritenuto opportuno precisare espressamente, tuttavia, che – oltre che attraverso un *same-sex marriage* – tale risultato si sarebbe potuto conseguire anche mediante una «*domestic partnership*» o una «*registered partnership*», purché esse avessero previsto tutti, o pressoché tutti, i diritti e gli obblighi stabiliti dalla legge per i *partner* sposati¹²⁰.

Va rilevato che la decisione a favore dei ricorrenti è stata adottata all'unanimità. Si tratta del primo caso in cui – in questa materia – ciò accade; tuttavia nel suo *concurring and dissenting* il giudice Johnson critica il fatto che la Corte dichiari sussistere la violazione di un diritto, senza prevedere un rimedio, lasciando i ricorrenti in un «*uncertain fate in the political caldron*»¹²¹.

In effetti tuttavia il rischio di ricadere in un calderone politico è stato – almeno in parte - evitato: lo Stato del Vermont nell'aprile del 2000 ha approvato una legge relativa alle *civil unions*, prevedendo per i *partners* «*all the same benefits, protections and responsibilities under law [...] as are granted to spouses in a marriage*»¹²².

Per la scelta di riconoscere la lesione di un diritto e di non volerne individuare concretamente il rimedio, la *decision* ha prodotto un'ampia discussione: mentre taluni hanno apprezzano

¹¹⁹ Cfr. Vt. Const., ch. I, art 7.: «[A]t government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection, and security of the people, nation, or community, and not for the particular emolument or advantage of any single person, family, or set of persons, who are a part only of that community».

¹²⁰ Cfr. *Baker v. State of Vermont*, 744 A.2d 864, 886 (1999): «[A]hese include what are typically referred to as "domestic partnership" or "registered partnership" acts, which generally establish an alternative legal status to marriage for same-sex couples, impose similar formal requirements and limitations, create a parallel licensing or registration scheme, and extend all or most of the same rights and obligations provided by the law to married partners».

¹²¹ Cfr. *Baker v. State of Vermont*, 744 A.2d 864, 898 (1999): «[A]he majority agrees that the Common Benefits Clause of the Vermont Constitution entitles plaintiffs to obtain the same benefits and protections as those bestowed upon married opposite-sex couples, yet it declines to give them any relief other than an exhortation to the Legislature to deal with the problem. I concur with the majority's holding, but I respectfully dissent from its novel and truncated remedy, which in my view abdicates this Court's constitutional duty to redress violations of constitutional rights [...]. Yet, notwithstanding these pronouncements, the majority elects to send plaintiffs to an uncertain fate in the political caldron of that very same moral debate».

¹²² 15 V.S.A. § 1204(a).

il fatto che le coppie omolesbiche, scegliendo la *civil union*, ottenessero – sul piano sostanziale – soddisfacente tutela¹²³, altri hanno rilevato che, non potendo comunque accedere al matrimonio, tali coppie avevano, rispetto alle coppie eterosessuali, uno *status* legale separato; proprio per questo il 7 aprile 2009 – dopo un complesso *iter* parlamentare – è stata approvata una legge che consente la celebrazione del *same-sex marriage*¹²⁴.

La maggior critica mossa alle *civil unions* in Vermont, prima della recente innovazione, era quella di rappresentare «a “*separate but [almost] equal*” status»¹²⁵. L’espressione «*separate but equal*» ha, nel contesto statunitense, una valenza particolare: richiama esplicitamente il principio segregazionista, contenuto in *Plessy v. Ferguson*¹²⁶ ed aspramente avversato nel celebre *dissent* del giudice Harlan¹²⁷.

Il parallelo fra il divieto relativo al *same-sex marriage* e la segregazione razziale è ricorrente: se a livello giurisprudenziale – come abbiamo visto – il nesso è rilevato per la prima volta nel 1993 in *Baehr v. Lewin*¹²⁸, possiamo rinvenire studi – anche molto recenti – tesi a mettere in risalto le analogie¹²⁹.

In questa prospettiva va colta l’osservazione di quanti, ponendo in relazione alcune delle sentenze che abbiamo citato, le recenti *Baehr v. Lewin* e *Baker v. State of Vermont* da un lato, e *Brown v. Board of Education* (1954) e *Loving v. Virginia* (1967) dall’altro, ritengono che talvolta le Corti tardino a riconoscere ad un gruppo minoritario i propri diritti costituzionali, in attesa che

¹²³ G. JONSON, *Vermont Civil Unions: The New Language of Marriage*, in *Vt. L. Rev.*, 2000, 25, p. 36s.

¹²⁴ S. 115, 2009 Gen. Assem., Reg. Sess. (Vt. 2009) (Act. 0003).

¹²⁵ Cfr. G.N. ROSEMBERG, *The Hollow Hope*, cit., p. 346.

¹²⁶ 163 U.S. 537 (1896).

¹²⁷ Cfr. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 552 (1896).

¹²⁸ Cfr. in: 852 P.2d 44 (Haw. 1993), il riferimento a *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967).

¹²⁹ Si veda in particolare: R. W. BAXTER, “*Ar’n’t We a Couple?*”. *A Historical Comparison of Slave Marriages and Same-Sex Marriages*, in M. DUPUIS e W.A. THOMPSON, *Defending Same-Sex Marriage. The Freedom-To-Marry Movement. Education, Advocacy, Culture, and the Media*, 3, Westport, 2007, p. 149 ss., in particolare laddove osserva che «*the experiences of slaves in the American South before, during, and shortly after the Civil War on the one hand, and lesbian and gays American since the mid-twentieth century on the other, show remarkable similarities in the legal, socioreligious, and economic climate each group faced*» (p. 163).

il consenso su tali diritti possa consolidarsi. Ciò – si afferma – accadde prima con i matrimoni interrazziali, ora con il *same-sex marriage*¹³⁰.

L'ulteriore passaggio giurisprudenziale in tema di matrimonio fra persone dello stesso sesso, il vero punto di svolta, è costituito dalla sentenza *Goodridge v. Department of Public Health*¹³¹ del 2003, con la quale si afferma l'impossibilità, sulla base della Costituzione del Massachusetts, di negare il *same-sex marriage* nello Stato.

Occorre preliminarmente accennare al fatto che poco prima di tale data – e questo ci dà anche la dimensione della complessità della materia relativa all'omosessualità nel contesto giurisprudenziale statunitense – con la sentenza *Lawrence v. Texas*¹³², la Corte Suprema riconobbe l'incostituzionalità della «*Homosexual Conduct*» law, che in Texas - fino a quel momento - puniva la pratica omosessuale, per violazione delle garanzie del *due process of law* stabilite nel Quattordicesimo Emendamento¹³³.

Ancorché la sentenza non avesse alcun rapporto col tema del *same-sex marriage*, come espressamente affermato nella *decision*¹³⁴, il giudice Scalia, nel suo vigoroso *dissenting* rilevò come, facendo venir meno la struttura costituzionale che sino a quel momento aveva consentito di distinguere le unioni eterosessuali da quelle omosessuali¹³⁵, cadeva la «*justification [...] for denying the benefits of marriage to homosexual couples*»¹³⁶.

¹³⁰ Cfr. W.N. ESKRIDGE, *Lecture: Equality Practice: Liberal Reflections on the Jurisprudence of Civil Unions*, in *Alb. L. Rev.*, 64, 2001, p. 876, «*there is a broader lesson for the modern state: its constitution may promise liberal rights that its political system cannot immediately deliver and that its judiciary dare not insist upon. Different-race marriage was such a right in the 1950s and 1960s, and same-sex marriage is such a right today*».

¹³¹ 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003).

¹³² 539 U.S. 558 (2003). Per un commento alla sentenza, nell'ambito italiano, cfr. P.M. CALIARO, o.c., p. 285 ss.

¹³³ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 578 (2003): «*[T]he case does involve two adults who, with full and mutual consent from each other, engaged in sexual practices common to a homosexual lifestyle. The petitioners are entitled to respect for their private lives. The State cannot demean their existence or control their destiny by making their private sexual conduct a crime. Their right to liberty under the Due Process Clause gives them the full right to engage in their conduct without intervention of the governments*».

¹³⁴ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 578 (2003): «*[I]t does not involve whether the government must give formal recognition to any relationship that homosexual persons seek to enter*».

¹³⁵ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 604-605 (2003): «*[T]oday's opinion dismantles the structure of constitutional law that has permitted a distinction to be made between heterosexual and homosexual unions*».

¹³⁶ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 605 (2003).

L'esito paventato dal giudice Scalia ebbe a prodursi – in effetti – nell'arco di qualche mese solamente, appunto nella sentenza *Goodridge v. Department of Public Health*¹³⁷.

In tale *decision* si afferma a chiare lettere che lo Stato del Massachusetts non può negare il matrimonio a causa dell'identità di sesso dei soggetti, cioè non può «*deny the protections, benefits, and obligations conferred by civil marriage to two individuals of the same sex who wish to marry*»¹³⁸; ciò in quanto la Costituzione dello Stato afferma i principi di dignità della persona e di eguaglianza, senza che possano esservi «*second-class citizens*»¹³⁹.

Per giungere a questa *rule of law*, la Corte non ritiene neppure opportuno applicare uno *strict scrutiny* – contrariamente a quanto deciso in *Baehr v. Lewin* – in quanto l'esclusione dal matrimonio per le coppie omosessuali non regge neppure ad un esame di *weak standard*, ovvero di minore rigore, né sotto il profilo dell'*equal protection*, né per quanto concerne l'ambito del *due process of law*.

La Corte affronta poi due aspetti già presenti, come abbiamo precedentemente rilevato, in *Baehr v. Lewin*.

Configurando il matrimonio come *civil right*, viene citata espressamente – e significativamente – *Loving v. Virginia*: «*the freedom to marry has long been recognized as one of the vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free men*»¹⁴⁰.

In questo caso tuttavia la Corte, differenziandosi in ciò dalla Corte Suprema delle Hawaii, sceglie di esplicitare il parallelo fra «*skin color*» e «*sexual orientation*»¹⁴¹.

Essa inoltre non ravvisa nella procreazione il fine primario del matrimonio: il matrimonio non richiede capacità procreative e la procreazione – per contro – può avvenire anche al di fuori del matrimonio¹⁴².

¹³⁷ Per un commento alla sentenza, nel contesto italiano, cfr. P.M. CALIARO, o.c., p. 304 ss.

¹³⁸ *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941, 948 (Mass. 2003).

¹³⁹ *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941, 948 (Mass. 2003): «*the Massachusetts Constitution affirms the dignity and equality of all individuals. It forbids the creation of second-class citizens*».

¹⁴⁰ *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941, 957 (Mass. 2003). Cfr. *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967).

¹⁴¹ *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941, 958 (Mass. 2003).

La Corte infine, basandosi anche – come previsto dal giudice Scalia – sulla sentenza *Larrence v. Texas*, piú volte citata, nella *decision* giunge a ridefinire lo stesso concetto di matrimonio: non piú, come affermato fino a quel momento nel sistema di *common law*, un'unione fra un uomo ed una donna¹⁴³, bensí «*the voluntary union of two persons as spouses*»¹⁴⁴.

In questo delicato passaggio la Corte – sottolineando proprio la comune appartenenza al *common law* - esplicitamente richiama la decisione, di poco precedente, della Corte d'Appello dell'Ontario¹⁴⁵. Dovendosi pronunciare sulla costituzionalità del *same-sex marriage*, anche la Corte canadese, ritenendo che la limitazione del matrimonio ai soli soggetti di sesso diverso violasse il *Canadian Charter of Rights and Freedoms*¹⁴⁶, giunse alla ridefinizione della nozione di matrimonio.

Come effetto della sentenza *Goodridge v. Department of Public Health*, il Massachusetts è stato il primo Stato negli U.S.A. in cui, a partire dal 2004, si sono celebrati matrimoni fra persone dello stesso sesso¹⁴⁷. In un primo tempo hanno sostanzialmente potuto accedere al matrimonio solo le coppie omosessuali residenti nello Stato, in quanto, per una legge risalente al 1913, chi non era residente non poteva ottenere di sposarsi in Massachusetts se questo non gli fosse consentito nel proprio Stato¹⁴⁸. Ogni ostacolo al matrimonio di non residenti è tuttavia caduto in seguito all'abrogazione della norma, il 31 luglio 2008¹⁴⁹.

¹⁴² *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941, 961 (Mass. 2003): «*our laws of civil marriage do not privilege procreative heterosexual intercourse between married people above every other form of adult intimacy and every other means of creating a family*».

¹⁴³ *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941, 969 (Mass. 2003): «*the voluntary union for life of one man and one woman, to the exclusion of all others*».

¹⁴⁴ *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941, 969 (Mass. 2003).

¹⁴⁵ *Halpern v. Toronto (City)*, 172 O.A.C. 276 (2003).

¹⁴⁶ Il *Canadian Charter of Rights and Freedoms* è contenuto nella prima parte del *Constitution Act* del 1982. Il testo può essere consultato nel sito: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-15.html>.

¹⁴⁷ Nel 2013 il *DOMA* cessa di dispiegare pienamente i propri effetti, che impedivano il riconoscimento automatico a livello federale del *same-sex marriage*. Fino a tale data resta valida l'icastica riflessione di G.N ROSEMBERG., *The Hollow Hope*, cit., p. 350: «*nationally, same-sex couples in Massachusetts remain second-class citizen, separate and unequal*».

¹⁴⁸ Cfr. Mass. Gen. L. ch. 207, § 11 (2005): «*[n]o marriage shall be contracted in this commonwealth by a party residing and intending to continue to reside in another jurisdiction if such marriage would be void if contracted in such other jurisdiction, and every marriage contracted in this commonwealth in violation hereof shall be null and voids*».

¹⁴⁹ Mass. Acts, ch. 216, § 1 (2008).

Il 15 maggio 2008 la Corte Suprema della California si è espressa in tema di *same-sex marriage* con una importante sentenza: *In re Marriage Cases (Six consolidated appeals)*¹⁵⁰.

Nonostante il clamore suscitato, questa *decision* non si incentra - come è stato osservato - sulla rivendicazione di diritti civili da parte di minoranze, nello specifico le persone omosessuali, ma costituisce prioritariamente uno sforzo di «espansione» dei diritti connessi al matrimonio¹⁵¹.

La Corte non avverte l'esigenza di garantire alle coppie omosessuali un trattamento sostanzialmente identico a quello riservato alle coppie eterosessuali: già dal 2005 la California ha una *domestic partnership* che riconosce alle *same-sex couples* diritti ed obblighi tradizionalmente riconducibili al matrimonio¹⁵². La preoccupazione della Corte è invece di altra natura: essa si chiede cioè se il fatto di non denominare le *relationships* fra soggetti dello stesso sesso come «matrimonio» violi la Costituzione della California¹⁵³.

Rispondendo affermativamente a questa domanda, la Corte individua nell'impossibilità per le coppie omosessuali di accedere al matrimonio e nella limitazione alla sola *domestic partnership* una violazione del *due process* e dell'*equal protection*¹⁵⁴.

Secondo la Corte l'orientamento sessuale, come la razza, la religione od il sesso, costituisce una «*suspect classification*» rispetto alla *Equal Protection Clause*¹⁵⁵ della Costituzione della California¹⁵⁶.

La Corte ritiene quindi necessario che le leggi che impongono differenza di trattamento in base all'orientamento sessuale siano sottoposte ad un esame di *strict scrutiny*¹⁵⁷.

¹⁵⁰ (2008) 43 Cal.4th 757.

¹⁵¹ Cfr. M. MURRAY, *Equal Rites and Equal Rights*, in *Calif. L. Rev.*, 2008, 96, p. 1396: «*I argue that the decision's legacy goes beyond simply expanding marriage rights in California*».

¹⁵² Cfr. *In re Marriage Cases (Six consolidated appeals)*, (2008) 43 Cal.4th 757, 779-80, che afferma che tali *domestic partnership* offrono «*all of the significant legal rights and obligations traditionally associated [...] with the institution of marriages*».

¹⁵³ *In re Marriage Cases (Six consolidated appeals)*, (2008) 43 Cal.4th 757, 780: la Corte si chiede «*whether [...] the failure to designate the official relationship of same-sex couples as marriage violate[d] the California Constitution*». In questa prospettiva, cfr. M.A. FAILINGER, *Sex and the Statehouse: The Law and the American Same-Sex Marriage Debate*, in *Dialog*, 2009, 48, 1, p. 25.

¹⁵⁴ *In re Marriage Cases (Six consolidated appeals)*, (2008) 43 Cal.4th 757, 830-831.

¹⁵⁵ Cfr. Cal. Const., art. I, § 7a: «*[a] person may not be deprived of life, liberty, or property without due process of law or denied equal protection of the laws*».

¹⁵⁶ *In re Marriage Cases (Six consolidated appeals)*, (2008) 43 Cal.4th 757, 844.

Risulta evidente che nella sentenza si ritrovano gli argomenti già espressi *in nuce* in *Baehr v. Lewin*; qui tuttavia la *suspect classification* riguarda l'orientamento sessuale e non il sesso.

E' la prima volta che si configura l'orientamento sessuale quale *suspect classification* da sottoporsi ad un esame di *strict scrutiny*: in *Goodridge v. Department of Public Health* si è ritenuto infatti sufficiente il ricorso ad un *rational basis test*.

Come nella sentenza del Massachusetts, la Corte si esprime per l'incostituzionalità della norma che nega il matrimonio alle coppie costituite da soggetti dello stesso sesso.

E' tuttavia ravvisabile un interessante elemento di novità, come segnalato da chi - fra i primi - ha avuto modo di approfondire l'analisi della sentenza¹⁵⁷: la Corte, consapevole delle forti implicazioni che ha la scelta di estendere la categoria «matrimonio» anche alle coppie omosessuali, lascia intendere che - in subordine - si potrebbe considerare di non applicare tale categoria né alle coppie eterosessuali, né a quelle omosessuali¹⁵⁹.

La *decision* della Corte Suprema della California ha provocato reazioni controverse: consensi ed aspre critiche, ed ha originato un lungo e complesso processo legislativo e giurisprudenziale¹⁶⁰.

Per contrastarne gli effetti e modificare la Costituzione della California, inserendo un emendamento diretto a limitare la possibilità di contrarre matrimonio alle sole coppie eterosessuali, è stata promossa una consultazione elettorale - una *ballot initiative* - in concomitanza con le votazioni presidenziali del novembre 2008¹⁶¹.

¹⁵⁷ *In re Marriage Cases (Six consolidated appeals)*, (2008) 43 Cal.4th 757, 844: «[t]he strict scrutiny standard therefore is applicable to statutes that impose differential treatment on the basis of sexual orientation».

¹⁵⁸ M. MURRAY, *Equal Rites and Equal Right*, cit., p. 1399.

¹⁵⁹ Cfr. *In re Marriage Cases (Six consolidated appeals)*, (2008) 43 Cal.4th 757, 856: «there can be no doubt that extending the designation of marriage to same-sex couples, rather than denying it to all couples, is the equal protection remedy that is most consistent with our state's general legislative policy and preferences» (enfasi aggiunta).

¹⁶⁰ Per una ricostruzione del contesto nel quale la sentenza si inserisce, cfr. J.L. LEVI, *Marriage Equality for Same-Sex Couples: Where We Are and Where We Are Going*, in *J. Am. Acad. Matrimonial Law*, 2009, 22, p. 64 ss.

¹⁶¹ M. MURRAY, *Equal Rites and Equal Right*, cit., p. 1400; sulla *Proposition 8* e sulle complesse tematiche connesse, si veda anche J.L. LEVI, *o.c.*, p. 70 ss. In particolare sulle implicazioni religiose che hanno determinato il prevalere della *Proposition 8*, cfr. R. FRETWELL WILSON, *Same-Sex Marriage and Religious Liberty: Life After Prop 8*, in *Nexus J. Op.*, 2009, 14, p. 101 ss.

L'esito della consultazione è stato favorevole all'inserimento dell'emendamento proposto, noto come «*Proposition 8*». Il giorno successivo alla votazione, il 5 novembre 2008, il testo della *Equal protection clause* è stato integrato con l'aggiunta della sezione 7.5, nella quale si afferma che «*only marriage between a man and a woman is valid or recognized in California*»¹⁶².

Il 18 novembre 2008 la Corte Suprema della California ha negato tuttavia un'applicazione immediata e rigorosa della *Proposition 8*, riservandosi di decidere rispetto alla legittimità formale del provvedimento¹⁶³: esso infatti sembrava apportare non tanto un emendamento, quanto una riforma alla Costituzione della California; in tal caso sarebbe stato richiesto uno specifico *iter* parlamentare. Inoltre la *Proposition 8* pareva violare il principio della separazione dei poteri affermato nella stessa Costituzione. La Corte Suprema avrebbe dovuto infine – qualora non avesse ravvisato profili di incostituzionalità – individuare con precisione gli effetti dell'emendamento sulla sentenza *In re Marriage Cases*¹⁶⁴, pronunciandosi anche sulla questione relativa alla possibilità di applicazione retroattiva.

Il 26 maggio 2009 la Corte Suprema della California, pur riconoscendo la legittimità formale della *Proposition 8*, ha affermato la piena validità dei matrimoni omosessuali celebrati prima dell'inserimento della sezione 7.5 nella *Equal protection clause*¹⁶⁵.

Il 4 agosto 2010, con la sentenza *Perry v. Schwarzenegger*¹⁶⁶, la Corte Distrettuale degli Stati Uniti ha dichiarato incostituzionale la *Proposition 8*. Interposto appello, la Corte Suprema Federale il 26 giugno 2013 ha rigettato il ricorso ed ha reso di nuovo legale il matrimonio fra persone dello stesso sesso in California.

¹⁶² Cfr. Cal. Const., art. I § 7.5.

¹⁶³ *Strauss, et al. v. Horton, et al.*, No. S168047 (Cal. Nov. 19, 2008); *Tyler et al. v. State of California*, No. S168066 (Cal. Nov. 19, 2008); *City and County of S. Francisco v. Horton, et al.*, No. S168078 (Cal. Nov. 19, 2008).

¹⁶⁴ Per una previsione rispetto a tali effetti, formulata tuttavia prima dei risultati elettorali, cfr.: M. MURRAY, *Equal Rites and Equal Right*, cit., p. 1400.

¹⁶⁵ *Strauss v. Horton* 46 Cal.4th 364, 93 Cal.Rptr.3d 591, 207 P.3d 48: «[i]t is obvious, of course, that the proposition does not contain a retroactivity provision, that is, a provision explicitly stating that the measure is to have retroactive effects».

¹⁶⁶ *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F. Supp. 2d 921, 1004 (ND Cal. 2010).

Al di là degli esiti successivi - ovvero la *ballot initiative*, i complessi sviluppi giurisprudenziali che ne sono derivati e l'ampio dibattito che l'aggravata situazione ha ingenerato¹⁶⁷, - *In re Marriage Cases* è destinata a costituire comunque un precedente imprescindibile in tema di *same-sex marriage*¹⁶⁸.

In un momento di poco successivo alla pronuncia *In re Marriage Cases* in California, la Corte Suprema di un altro Stato nordamericano, il Connecticut, decide favorevolmente in materia di *same-sex marriage*. Con sentenza emessa il 10 ottobre 2008¹⁶⁹ - infatti - la Corte, a maggioranza (4-3), afferma che una norma che limita il matrimonio alle coppie eterosessuali viola gli *equal protection rights* delle coppie omosessuali e perciò risulta incostituzionale nello Stato del Connecticut¹⁷⁰. Anche in questo caso, il nucleo della questione riguarda un aspetto semantico: la possibilità che la realtà costituita da coppie omosessuali si qualifichi come «matrimonio» anziché necessariamente come «unione civile»; la corte giunge a conclusioni analoghe a quelle della Corte Suprema della California¹⁷¹.

Successivamente, il 3 aprile 2009, la Corte Suprema dello Stato dello Iowa - all'unanimità - afferma l'incostituzionalità di una norma che, negando ad alcuni la licenza matrimoniale in

¹⁶⁷ Sul tema, cfr. H. ALSGAARD, *Recent Development: Decoupling Marriage & Procreation: A Feminist Argument for Same-Sex Marriage*, in *Berkeley J. Gender L. & Just.*, 2012, 27, p. 329 ss.

¹⁶⁸ Cfr. Recent Case: *State Constitutional Law - California Supreme Court Declares Prohibition of Same-Sex Marriages Unconstitutional*. - *In Re Marriage Cases*, 183 P.3d, 384 (Cal. 2008), in *Harr. L. Rev.*, 2009, 122, p. 1564: «[I]mmmediately after its printing, *Marriage Cases* was heralded by same-sex marriage activists as the long-awaited decree of reason and justice that would spark similar advancements nationwide, and decried by its opponents as the dangerous work of liberal judicial activism that must be overturned lest it ruin California families and the sanctity of marriage. With the enactment of Proposition 8, both sides may discard the decision as politically spent and therefore no longer meaningful. The legacy of the case, however, lies beyond its political functions. The decision sets a bold precedent in its extension of heightened scrutiny to sexual orientation and, in so doing, highlights the need for significant changes in the understanding of immutability and suspect classifications. While it is true that the decision in *Marriage Cases* may not go down in history books as the case that forever changed same-sex marriage rights, its relevance and significance as an equal protection precedent should not be overlooked».

¹⁶⁹ *Kerrigan v. Commissioner of Public Health*, 289 Conn. 135, 2008 WL 4530885. Per un'ampia contestualizzazione della sentenza, cfr. J.L. LEVI, *o.c.*, p. 74 ss.

¹⁷⁰ *Kerrigan v. Commissioner of Public Health*, 289 Conn. 135, 2008 WL 4530885, in: *1, *4, *46-47 (Conn. 2008).

¹⁷¹ Su questo tema, si veda in particolare M.R. POIRIER, *Name Calling: Identifying Stigma in the "Civil Union"/"Marriage" Distinction*, in *Conn. L. Rev.*, 2009, 41, p. 1494: «the Connecticut Supreme Court majority [...] identified stigma lurking behind the neologism "civil union". [...] The Kerrigan majority was justified here by relying on obvious cultural meaning and social fact to recognize the persistent vestiges of a longstanding practice of subordination and prejudice».

base all'orientamento sessuale, si pone in contrasto con l'*equal protection clause* della Costituzione dello Stato¹⁷², una fra le clausole piú rigorose di tutto il paese¹⁷³.

Entrambe le sentenze, pur ponendosi in linea di continuità con le decisioni che le hanno precedute – in particolare le piú recenti: *Goodridge v. Department of Public Health* ed *In re Marriage Cases* – sono destinate ad essere oggetto di attenta analisi da parte della dottrina nordamericana. Certo si può rilevare con sufficiente sicurezza che esse consolidano una tendenza che si è andata affermando con gradualità e non senza difficoltà¹⁷⁴.

Va inoltre osservato che il percorso giurisprudenziale non sembra, ormai, rappresentare l'opzione privilegiata per giungere al *same-sex marriage*. Dal 2009 ad oggi tredici stati hanno approvato – pur in assenza di uno specifico pronunciamento delle rispettive corti supreme - leggi che riconoscono tale forma di matrimonio¹⁷⁵. Ad essi si aggiungono il District of Columbia (2009) e le giurisdizioni di venti tribù di *native Americans*¹⁷⁶.

¹⁷² *Varnum, et al. v. Brien*, 763 N.W.2d 862 (Iowa 2009). Per un primo inquadramento della *decision*, cfr. J.L. LEVI, *o.c.*, p. 81.

¹⁷³ Iowa Const., art. I § 6: «[a]ll laws of a general nature shall have a uniform operation; the general assembly shall not grant to any citizen or class of citizens, privileges or immunities, which, upon the same terms shall not equally belong to all citizens». Per un commento alla *decision*, ancorché in una prospettiva fortemente critica, cfr. W.C. DUNCAN, *Marriage on Trial*, in *J. Gender Race & Just.*, 2009, 12, p. 493 ss., il quale dissente rispetto alla focalizzazione della Corte sul diritto dei soggetti al matrimonio: «[t]he Iowa opinion either does not comprehend or ignores the concern about the loss of the marriage institution's goal of channelling male-female sexuality and procreation into a union protective of children's and society's best interests» (p. 503).

¹⁷⁴ J.L. LEVI, *o.c.*, p. 55: «[t]he legal landscape for same-sex couples seeking to marry has shifted dramatically over the last five years. [...] This positive momentum for marriage equality has not proceeded uninterrupted, however».

¹⁷⁵ Vermont (2009), New Hampshire (2009), New York (2011), Washington (2012), Maine (2012), Maryland (2012), Rhode Island (2013), Delaware (2013), Minnesota (2013), New Jersey (2013), Hawaii (2013), Illinois (2013), New Mexico (2013).

¹⁷⁶ *Coquille Tribe*, Oregon (2008), *Mashantucket Pequot Tribe*, Connecticut (2011), *Suquamish Tribe*, Washington (2011), *Port Gamble S'Klallam Tribe*, Washington (2012), *Confederated Tribes of the Colville Reservation*, Washington (2013), *Grand Portage Band of Chippewa*, Minnesota (2013), *Leech Lake Band of Ojibwe*, Minnesota (2013), *Little Traverse Bay Bands of Odawa Indians*, Michigan (2013), *Pokagon Band of Potawatomi Indians*, Michigan (2013), *Santa Ysabel Tribe*, California (2013), *Cheyenne and Arapaho Tribes*, Oklahoma (2013), *Blackfeet*, Montana (2014), *Fort McDermitt Paiute and Shoshone Tribe*, Nevada-Oregon (2014), *Fort McDowell Yavapai Nation*, Arizona (2014), *Lac du Flambeau Band of Lake Superior Chippewa*, Wisconsin (2014), *Pascua Yaqui Tribe*, Arizona (2014), *Puyallup Tribe*, Washington (2014), *Salt River Pima-Maricopa Tribes*, Arizona (2014), *San Carlos Apache Tribe*, Arizona (2014), *Wind River Indian Reservation*, Wyoming (2014). Una riflessione attenta sulla *two-spirit tradition* che ha caratterizzato in passato la cultura dei *native Americans*, con un'ampia apertura rispetto alle norme di genere in ambito sessuale, è condotta da T. WILSON, *Changed Embraces, Changes Embraced? Renouncing the Heterosexist Majority in Favor of a Return to Traditional Two-Spirit Culture*, in *Am. Indian L. Rev.*, 36, 2011/2012, p. 162 ss. Per una valutazione dell'impatto del *same-sex marriage* in un contesto caratterizzato, fino all'inizio del secolo scorso, da multiformità di modelli matrimoniali, poligamici e mo-

In Vermont, dove – come già abbiamo ricordato - dal 2000, a seguito della decisione della Corte Suprema *Baker v. Vermont*¹⁷⁷ dell'anno precedente, erano riconosciute *civil unions* che attribuivano ai soggetti diritti e doveri propri del matrimonio¹⁷⁸, il 10 aprile 2009 è stata approvata una legge che consente la celebrazione di *same-sex marriages* a decorrere dal 1 settembre 2009¹⁷⁹.

Anche lo Stato del Maine, il 6 maggio 2009, ha approvato una legge volta a consentire alle coppie omosessuali di contrarre matrimonio¹⁸⁰; tuttavia, a seguito di una *ballot measure*, la legge è stata abrogata il 3 novembre 2009. Solo tre anni dopo, il 6 novembre 2012, con nuovo *referendum* il Maine ha consentito la celebrazione di matrimoni fra soggetti dello stesso sesso, divenendo - assieme allo stato di Washington ed al Maryland - il primo fra gli stati della confederazione ad approvare con voto popolare tale radicale innovazione.

In New Hampshire, dove già le unioni civili erano riconosciute, il 1 gennaio 2010 è entrata in vigore una legge che consente il *same-sex marriage*¹⁸¹. Essa prevede altresì, con un automatismo alquanto anomalo, che dal 1 gennaio 2011 le unioni civili precedentemente poste in essere, se ancora sussistenti, si convertano in matrimonio, qualora già i soggetti non abbiano scelto di procedere alla celebrazione dello stesso¹⁸². Il 24 giugno 2011 anche lo stato di New York, con il *Marriage Equality Act*, legalizza il matrimonio omosessuale.

Nel corso del 2013 sei stati, Rhode Island, Delaware, Minnesota, New Jersey, Hawaii ed Illinois, hanno approvato il *same-sex marriage* con singole leggi, mentre nel New Mexico la Corte Suprema dello stato ha disposto la riforma del matrimonio nella medesima prospettiva, decidendo nel caso *Griego v. Oliver*¹⁸³. L'anno successivo le *United States federal district courts* di diciotto stati hanno consentito il *same-sex marriage*: Oregon (19 maggio 2014), Pennsylvania (20 mag-

nogamici, cfr. M.L.M. FLETCHER, *Same-Sex Marriage, Indian Tribes, and the Constitution*, in *U. Miami L. Rev.*, 61, 2006/2007, p. 53 ss.

¹⁷⁷ 744 A.2d 864 (Vt. 1999).

¹⁷⁸ H.B. 847, 2000 Gen. Assem., Reg. Sess. (Vt. 2000).

¹⁷⁹ S. 115, 2009 Gen. Assem., Reg. Sess. (Vt. 2009) (Act. 0003).

¹⁸⁰ ME. REV. STAT. ANN. Tit. 19-A, § 650-A (2009).

¹⁸¹ H.B. 439, 2009 Leg., Reg. Sess. (N.H. 2009).

¹⁸² Per le prime considerazioni in dottrina in ordine all'introduzione del *same-sex marriage* negli Stati del Vermont, del Maine e del New Hampshire, cfr. J.L. LEVI, *o.c.*, p. 55 ss.; M.R. POIRIER, *o.c.*, p. 1427 ss.

¹⁸³ *Griego v. Oliver*, 316 P.3d 865 (N.M. 2013).

gio 2014), Utah, Oklahoma, Virginia, Wisconsin, Indiana (6 Ottobre 2014), Colorado, Nevada (7 ottobre 2014), West Virginia (9 Ottobre 2014), North Carolina (10 Ottobre 2014), Idaho (15 Ottobre 2014), Alaska, Arizona (17 Ottobre 2014), Wyoming (21 Ottobre 2014), Kansas (12 Novembre 2014), Montana (19 Novembre 2014) e South Carolina (20 Novembre 2014)¹⁸⁴.

4. *La riformata disciplina del matrimonio in Spagna: l'impatto delle Leggi 13/2005 e 15/2005 in tema di diritto a contrarre matrimonio e divorzio*

A differenza della lenta sedimentazione giurisprudenziale statunitense, di cui abbiamo cercato di offrire una panoramica nelle pagine precedenti, in Spagna nel 2005, nell'arco di una sola settimana, si diede mano ad una radicale riforma del diritto di famiglia. Per il fatto che la Spagna non aveva in precedenza posto in essere politiche liberali di apertura analoga alle democrazie nordreuropee e, soprattutto, per il forte peso esercitato dalla tradizione religiosa in quel paese, il nuovo modello di matrimonio adottato può essere guardato con interesse non so-

¹⁸⁴ Cfr. *United States District Court for the District of Oregon*, sentenza *Geiger v. Kitzhaber*, 994 F. Supp. 2d 1128 (D. Oregon 2014), del 19 maggio 2014. *United States District Court for the Middle District of Pennsylvania*, sentenza *Whitewood v. Wolf*, 992 F. Supp. 2d 410 (M.D. Pa. 2014), del 20 maggio 2014. *U.S. District Court for the District of Utah*, sentenza *Kitchen v. Herbert*, 961 F.Supp.2d 1181 (D. Utah 2013), del 20 dicembre 2013 (confermata, dopo che è stato interposto ricorso, dalla *U.S. Supreme Court* il 6 ottobre 2014). *U.S. District Court for the Northern District of Oklahoma*, sentenza *Bishop v. Smith*, 760 F.3d 1070 (10 th. Cir. 2014), del 18 luglio 2014 (confermata, dopo che è stato interposto ricorso, dalla *U.S. Supreme Court* il 6 ottobre 2014). *U.S. District Court for the Eastern District of Virginia*, sentenza *Bostic v. Schaefer*, 760 F.3d 352 (4th Cir. 2014), del 28 luglio 2014 (confermata, dopo che è stato interposto ricorso, dalla *U.S. Supreme Court* il 6 ottobre 2014). *U.S. District Court for the Western District of Wisconsin*, sentenza *Wolf v. Walker*, 986 F. Supp. 2d 982 (W.D. Wis. 2014), del 4 settembre 2014 (confermata, dopo che è stato interposto ricorso, dalla *U.S. Supreme Court* il 6 ottobre 2014). *U.S. District Court for the Southern District of Indiana*, sentenza *Baskin v. Bogan*, 766 F.3d 648 (7th Cir.), del del 4 settembre 2014 (confermata, dopo che è stato interposto ricorso, dalla *U.S. Supreme Court* il 6 ottobre 2014). *U.S. District Court for the District of Colorado*, sentenza *Burns v. Hickenlooper*, 2014 WL 3634834, del 23 luglio 2014 (interposto appello, ritirato il 6 ottobre 2014). *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*, sentenza *Sevik v. Sandoval*, 911 F.Supp.2d 996 (D. Nev. 2012), pronuncia del 7 ottobre 2014, al *Circuit Docket* n. 12-17668. *U.S. District Court for the District of Idaho*, sentenza *Latta v. Otter*, 2014 WL 4977682, del 15 ottobre 2014. *U.S. District Court for the Southern District of West Virginia*, sentenza *McGee v. Cole*, 2014 WL 5802665, del 7 novembre 2014. *U.S. District Court for the Western District of North Carolina*, sentenza *General Synod of the United Church of Christ v. Cooper*, 2014 WL 2451299, del 10 ottobre 2014. *U.S. District Court for the District of Alaska*, sentenza *Hamby v. Parnell*, 2014 WL 5089399, del 12 ottobre 2014. *U.S. District Court for the District of Arizona*, sentenze *Connolly v. Jeanes*, 2014 WL 5320642, e *Majors v. Horne*, 2014 WL 5286743, del 17 ottobre 2014. *U.S. District Court for the District of Wyoming*, sentenza *Guzzo v. Mead*, 2014 WL 317797, del 17 ottobre 2014. *U.S. District Court for the District of Kansas*, sentenza *Marie v. Moser*, 2014 WL 5598128, del 4 novembre 2014. *U.S. District Court for the District of South Carolina*, sentenza *Condon v. Haley*, 2014 WL 5897175, del 12 novembre 2014. *U.S. District Court for the District of Montana*, sentenza *Rolando v. Fox*, 2014 WL 6476196, del 19 novembre 2014.

lo in Italia, per le forti analogie di natura sociale e culturale, ma anche negli Stati Uniti dove – come si è visto – l'incidenza del fattore religioso sul modello di matrimonio è ancora considerata un elemento di particolare rilevanza¹⁸⁵.

Il 1 luglio 2005 fu pubblicata sul *BOE* la legge n. 13/2005¹⁸⁶, con la quale si modifica il *Código civil* in materia di diritto a contrarre matrimonio; l'8 luglio venne pubblicata la legge n. 15/2005¹⁸⁷, attraverso cui si modificano il *Código civil* e la *Ley de Enjuiciamiento civil* per quanto concerne la separazione ed il divorzio¹⁸⁸.

Le due norme vanno considerate congiuntamente non solo per il nesso cronologico, ma soprattutto per il rivoluzionario effetto che il loro impatto «incrociato» ha sul concetto tradizionale di matrimonio¹⁸⁹.

La legge n. 15/2005 ha riformulato l'art. 86 del *Código civil*, stabilendo che il divorzio sia pronunciato a seguito della domanda anche di uno solo dei coniugi, quando sussistano i requisiti indicati dall'art. 81 per la semplice separazione¹⁹⁰.

¹⁸⁵ Cfr. C.M. GLASS, N. KUBASEK e E. KIESTER, *Toward a «European Model» of Same-Sex Marriage Rights: A Viable Pathway for the U.S.?*, in *Berkeley J. Int'l L.*, 29, 2011, p. 153 s.: «Spain presents an important case study for two reasons. First, unlike some other countries that have legalized same-sex marriage - such as the Netherlands, Norway, and Sweden - Spain is not known for its political liberalism. Rather, the strong role of the Catholic Church in Spanish society made Spain an unlikely candidate for same-sex marriage rights. Indeed, Catholic leaders lobbied hard against the law, calling it a threat to society. Furthermore, Spain's citizens are more religious than those of other countries that have introduced full marriage rights». Sul dato religioso in Spagna, in prospettiva statistica e per una valutazione sulla sua incidenza rispetto al matrimonio omosessuale, cfr. M. DURAND, *From Political Questions to Human Rights: The Global Debate on Same-Sex Marriage and Its Implications for U.S.*, in *Regent J. Int'l L.*, 5, 2007, p. 292.

¹⁸⁶ Ley 13/2005, de 1 de julio (*BOE* n. 157, de 2 de julio).

¹⁸⁷ Ley 15/2005, de 8 de julio (*BOE* n. 163, de 9 de julio).

¹⁸⁸ Sul nesso che lega le due leggi ed in relazione al loro impatto sul diritto di famiglia del paese, da una prospettiva culturalmente neutra, cfr. cfr. M. DURAND, *o.c.*, p. 287: «[I]t is also significant that in Spain, same-sex marriage laws were passed only a day after a bill facilitating easier divorce. Though same-sex marriage laws did not cause passage of this bill, the fact that same-sex marriage laws and "streamlined divorce" were both part of Prime Minister Zapatero's platform is significant to show the cultural link between such changing ideas of marriage and the family».

¹⁸⁹ Cfr. D.LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *El matrimonio homosexual*, in J. A. SOUTO PAZ (a cura di), *El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España*, cit., p. 5; C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Perspectivas sobre el «matrimonio» entre personas del mismo sexo*, in C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ e P. DE PABLO CONTRERAS, *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Madrid, 2007, p. 19.

¹⁹⁰ Art. 86 CC: «Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81».

E' richiesto un periodo di almeno tre mesi dalla celebrazione del matrimonio; non è invece necessario – come in passato - il precedente ricorso alla separazione, che viene quindi a caratterizzarsi, nell'ordinamento spagnolo, come fattispecie autonoma rispetto al divorzio¹⁹¹. Conformemente a quanto stabilito dall'art. 90 del *Código civil*, nel caso di domanda effettuata da entrambi i coniugi - o da uno col consenso dell'altro - occorrerà inoltre che venga presentata la proposta di un accordo o, nel caso di domanda di uno solo dei coniugi, che venga presentata una fondata proposta relativa alle modalità che dovranno regolare gli effetti derivanti dal divorzio stesso¹⁹².

Espletata le verifica della congruità della proposta presentata in ordine agli effetti del divorzio, il giudice dovrà accertare solo l'effettiva volontà del coniuge – o dei coniugi – rispetto al divorzio; sulla base di quella semplice volontà «decreterà» - l'art. 81 si esprime in forma imperativa - il divorzio.

Con la legge n. 15/2005 si altera in modo sostanziale il concetto di matrimonio: sparisce cioè del tutto l'indissolubilità come elemento caratterizzante l'istituto¹⁹³.

Come è stato rilevato in dottrina, in precedenza tale elemento si configurava come principio generale, mentre la possibilità della dissoluzione del vincolo costituiva l'eccezione; ora la

¹⁹¹ A. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *La modificación del código civil en materia de separación y divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de Julio*, in *Anales de Derecho*, 2005, 23, p. 134: «[L]a gran novedad de la reforma consiste admisión de la disolución del matrimonio sin que deba acudirse con anterioridad a una separación, que queda como una figura autónoma para el caso de que los cónyuges decidan –por las razones personales que sean, - optar por ella»

¹⁹² Art. 81 CC: «Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

1. A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.

2. A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que bayan de regular los efectos derivados de la separación».

¹⁹³ Tale processo si avviò, piú di due decenni prima, con la promulgazione della Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Tale legge imponeva restrizioni piuttosto rigide rispetto al divorzio; sul punto cfr. A. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, o.c., p. 132: «[L]a Ley 30/1981 concebía el divorcio, vinculado a una causa prevista legalmente, y como el último recurso al que podían acogerse los cónyuges y sólo cuando era evidente que tras un dilatado periodo de separación, su reconciliación ya no era factible. Se exigía el cese efectivo de la convivencia conyugal o de la violación grave o reiterada de los deberes conyugales. De esta forma, la ley no ofrecía otra opción a los esposos que continuar públicamente en la desunión o bien reconciliarse, sin que el matrimonio pudiera disolverse como consecuencia de un acuerdo de los consortes en este sentido» (enfasi aggiunta).

regola si inverte ed il matrimonio diviene in sé dissolubile, tanto che lo vogliano entrambi i coniugi, quanto che lo voglia uno solo di essi¹⁹⁴.

I diritti e doveri dei coniugi stabiliti negli artt. 66 e ss. del *Código civil* si svuotano del loro contenuto giuridico, divenendo obblighi più morali che giuridici¹⁹⁵.

In questa particolare dinamica evolutiva va collocata la legge n. 13/2005, che – almeno secondo una parte della dottrina – incide sulla nozione tradizionale di matrimonio in modo meno rilevante rispetto alla legge relativa al divorzio¹⁹⁶.

Per consentire la celebrazione del matrimonio fra persone dello stesso sesso, la legge n. 13/2005 apporta solamente alcune integrazioni e modifiche al *Código civil*.

L'integrazione più significativa riguarda il testo dell' art. 44.

In precedenza esso prevedeva che «*el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código*», in sostanziale concordanza con l'art. 32.1 della Costituzione spagnola del 1978, che afferma che «*el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*».

Il comma aggiunto all'art.44 stabilisce che «*el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*».

Per il resto, il legislatore ha sostituito all'interno del *Código civil*, laddove opportuno, il termine *cónyuges* all'espressione *marido y mujer* e la parola *progenitores* ai termini *padre e madre*.

Inoltre, proprio per evidenziare che la riforma in materia matrimoniale estende i suoi effetti a tutta la normativa extracodicistica, la legge n. 13/2005, nella prima disposizione addizio-

¹⁹⁴ D.LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *El matrimonio homosexual*, cit., p. 18 s. Concorda con tale analisi: L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La transformación del concepto de matrimonio en Derecho civil español tras las reformas de julio de 2005*, (Breve estudio legislativo), in *Ann. Derecho Cív.*, 2007, 60, 1, p. 5 ss., il quale, facendo anche riferimento alla Ley 30/1981 che escluse, quale impedimento matrimoniale, l'impotenza sessuale, si chiede, con una certa preoccupazione: «*desprovisto, por tanto, el matrimonio de los ingredientes de sexualidad, de heterosexualidad y de una mínima estabilidad, ¿Qué elementos quedan para definirlo?*».

¹⁹⁵ Cfr. D.LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *o.c.*, p. 19: «*en esta nueva concepción ya sólo quedan a modo de reliquias algunos rasgos, más bien accidentales, de su conformación como institución; su transformación en mero contrato moral con esa depauperación jurídica es un eco*».

¹⁹⁶ Cfr. D.LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *o.c.*, p. 5 e 18; ID., *Prólogo*, in M. MURILLO MUÑOZ, *Matrimonio y convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea*, cit., p. 7.

nale, prevede che «*las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes*».

Nell'Esposizione dei motivi della legge n. 13/2005 si evidenzia come questa riforma, che si colloca nello spazio che l'art. 32 della Costituzione spagnola¹⁹⁷ lascia al legislatore allo scopo di consentirgli di regolare opportunamente i rapporti di coppia, tiene presenti le nuove forme di relazione affettiva¹⁹⁸ e configura il matrimonio come un modello di «*realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad*».

Il legislatore, affermando di voler rimuovere gli effetti di una radicata discriminazione basata sull'orientamento sessuale¹⁹⁹, richiama espressamente – con toni avvertiti come enfatici da una parte della dottrina²⁰⁰ - i principi costituzionali di libertà²⁰¹, eguaglianza²⁰² e libero sviluppo della personalità umana²⁰³.

In definitiva la legge n. 13/2005 apporta una modifica di carattere generale al modello di matrimonio radicato in una comune tradizione giuridica: essa infatti lo configura come *sessualmente indifferenziato*. Nel fare ciò si preoccupa tuttavia di non alterare, in alcun altro aspetto, tale

¹⁹⁷ Cfr. art. 32.2 CE: «*la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*».

¹⁹⁸ Ley 13/2005, de 1 de julio: «*una regulación que delimite las relaciones de pareja de una forma diferente [...] que dé cabida a las nuevas formas de relación afectiva*».

¹⁹⁹ Ley 13/2005, de 1 de julio: «*la Historia evidencia una larga trayectoria de discriminación basada en la orientación sexual, discriminación que el legislador ha decidido remover*».

²⁰⁰ Cfr. C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *Argumentos a favor de la posible constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo*, in RGLJ, 2005, 3, p. 354: «*todo ello peca de una cierta exageración*».

²⁰¹ Cfr. art. 1.1 CE: «*España [...] propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*».

²⁰² Cfr. art. 14 CE: «*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*».

²⁰³ Cfr. art. 9.1 CE: «*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*»; 10.1 CE: «*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*».

modello²⁰⁴. L'intento è peraltro esplicitato proprio nell'Esposizione dei motivi della legge: «*respetando la configuración objetiva de la institución*».

La scelta di intervenire su una materia così importante e complessa con legge ordinaria, approvata peraltro dal *Congreso* nonostante il veto del *Senado*, senza che vi fosse un chiaro consenso fra i diversi gruppi parlamentari ed in mancanza di un preliminare – approfondito - esame delle diverse opzioni a disposizione del legislatore per realizzare una riforma di questa portata, ha costituito - da subito - oggetto di critica²⁰⁵. In realtà tale aspetto era già stato valutato in precedenza ed il *Consejo de Estado*, su richiesta del Governo, si era pronunciato negativamente; analogamente si erano espressi il *Consejo General del Poder Judicial* e la *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*. Tali organi suggerivano invece l'utilizzo di una formula diversa da quella individuata dal Governo: la *pareja registrada*; in tal modo si sarebbe salvaguardato il principio di eguaglianza sostanziale, pur riservando l'espressione «matrimonio» alla sola coppia eterosessuale²⁰⁶.

Dopo l'approvazione della legge n. 13/2005, in dottrina si è avviata una riflessione attenta ed in parallelo si è aperta la via dell'esame giurisprudenziale della materia, con la presentazione, il 30 settembre 2005, su istanza di più di cinquanta deputati del Gruppo Parlamentare Popolare, di un ricorso al *Tribunal Constitucional*²⁰⁷. Invero, già nei giorni immediatamente successivi all'entrata in vigore della norma, vari giudici incaricati del *Registro civil*, ai quali compete

²⁰⁴ Cfr. P. DE PABLO CONTRERAS, *La Constitución y la Ley 13/2005, de 1 de Julio*, in C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ e P. DE PABLO CONTRERAS, *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, cit., p. 93, il quale osserva che la legge 13/2005 «*modifica con carácter general el concepto de matrimonio en el Derecho español, considerándolo sexualmente indiferenciado. Lo hace, no obstante, sin alterar por lo demás el modelo*».

²⁰⁵ Cfr. C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *Argumentos a favor de la posible constitucionalidad*, cit., p. 351. In senso contrario: A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, *La evolución jurídica del sistema matrimonial español*, cit., p. 112.

²⁰⁶ Sul tema cfr. D.LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *El matrimonio homosexual*, cit., p. 4, in particolare le note 3 e 4. L'*Informe del Consejo de Estado* del 16/12/2004 è consultabile nel sito: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2004-2628>. L'*Estudio del Consejo General del Poder Judicial* del 26/1/2005 è consultabile nel sito: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Estudio-sobre-la-reforma-del-Codigo-Civil-en-materia-de-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo>. Il *Dictamen* della *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* del 1/3/2005 è pubblicato negli *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, n. 35, Madrid, 2005, p. 937 ss.

²⁰⁷ Ricorso di incostituzionalità n. 6864/2005, ammesso al giudizio del *Tribunal Constitucional* il 25 ottobre 2005, BOE n. 272, del 15 novembre 2005. Il testo completo del ricorso può essere consultato nel sito: <http://www.boe.es/boe/dias/2005/11/15/pdfs/A37313-37313.pdf>. Per un sintetico commento, cfr. S. CAÑAMARES ARRIBAS, *o.c.*, p. 83 ss.

L'autorizzazione dei matrimoni civili in Spagna, sollevarono questioni di incostituzionalità; il *Tribunal Constitucional* tuttavia le respinse, sulla base della considerazione che il giudice incaricato del *Registro civil* non esercita una funzione giurisdizionale, ma meramente amministrativa²⁰⁸.

Dopo sette anni dall'approvazione della legge n. 13/2005, il 6 novembre 2012, il *Tribunal Constitucional* ha decretato in via definitiva la costituzionalità della legge, con otto voti a favore e tre contrari²⁰⁹.

L'appello era fondato su un dubbio di incostituzionalità della legge n. 13/2005 articolato in più punti. In particolare si eccepeva un conflitto con l'art. 10.2 *CE*, in ordine all'interpretazione stessa di norme relative a diritti fondamentali, che si riteneva dovessero rigorosamente conformarsi a quanto stabilito nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, nonché nei trattati e negli accordi internazionali ratificati dalla Spagna; con il combinato disposto degli artt. 1.1, 9 e 14 *CE*, relativi al principio di eguaglianza e di non discriminazione; con l'art. 39 commi 1, 2 e 4 *CE*, relativo alla protezione della famiglia; con l'art. 53.1 *CE*, che vincola a rispettare – fra i diritti e le libertà a tutti riconosciuti – il diritto a contrarre matrimonio come stabilito nell'art. 32 *CE*; con l'art. 9.3 *CE*, il quale stabilisce il principio di gerarchia normativa e contiene un divieto di arbitrarietà del potere pubblico; con l'art. 167 *CE*, infine, che stabilisce le regole riguardanti le riforme costituzionali²¹⁰.

Punto nodale nel ricorso riguardava comunque la violazione dell'art. 32 *CE*, sul presupposto che tale articolo non consentisse la celebrazione di un matrimonio fra persone dello stesso sesso²¹¹.

Si affermava infatti, nel ricorso, che la semplice sostituzione di alcuni termini apportata al *Código civil* con la legge n. 13/2005 ha comportato in realtà una modifica sostanziale, tale da stravolgere completamente la nozione di matrimonio. In tale prospettiva, quindi, sarebbe oc-

²⁰⁸ *AATC* 505/2005 e 508/2005, de 13 de diciembre. Cfr. S. CAÑAMARES ARRIBAS, *El matrimonio homosexual en derecho español y comparado*, Madrid, 2007, p. 77 ss.

²⁰⁹ *STC* 198/2012, de 6 de noviembre, sentenza il cui testo completo è consultabile nel sito istituzionale del *Tribunal Constitucional*: <http://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/23106>.

²¹⁰ Cfr. S. CAÑAMARES ARRIBAS, *o.c.*, p. 84.

²¹¹ *STC* 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 6.

corsa preliminarmente una modifica della Costituzione in relazione alla definizione che essa dà di matrimonio all'art. 32 *CE*.

Il *Tribunal Constitucional* non si discosta dall'interpretazione di tale articolo fatta propria in precedenza e afferma che il matrimonio va inteso sia come garanzia istituzionale («*institución garantizada por la Constitución*»), sia come diritto fondamentale tutelato dalla Costituzione stessa.

La prima di queste due funzioni, secondo la Corte, necessita di protezione oggettiva, nel senso che è necessario vigilare affinché il legislatore non sopprima o stravolga l'istituzione matrimoniale; alla seconda va riservata invece una protezione soggettiva, tale da garantire ai soggetti, titolari del diritto al matrimonio, che la posizione giuridica derivante dal riconoscimento di tale diritto non venga estinta – o snaturata - dal legislatore²¹².

Per quanto concerne la garanzia istituzionale relativa al matrimonio, il *Tribunal Constitucional* rileva che, in senso letterale, l'art. 32 *CE* identifica i titolari del diritto a contrarre matrimonio (l'uomo e la donna), senza tuttavia aggiungere che essi debbano contrarlo fra loro.

Questa constatazione non implica che il Costituente del 1978 avesse di per sé l'intenzione di estendere tale diritto alle unioni omosessuali²¹³, ma consente di affrontare la questione in una prospettiva ermeneutica: la Corte afferma infatti che la Costituzione è un «*árbol vivo*» il quale, attraverso una interpretazione evolutiva, si adatta alle diverse realtà della vita contemporanea. Tale prospettiva risulta assolutamente corretta, in quanto ogni norma deve essere sottoposta ad un processo interpretativo che non si esaurisce nella ricerca del senso pro-

²¹² Si veda la ricostruzione sintetica delle due funzioni riconducibili alla nozione costituzionale di matrimonio secondo la *STC 198/2012* in: M.A. PRESNO LINERA, *El matrimonio: ¿garantía institucional o esfera vital? A propósito de la STC 198/2012, de 6 de Noviembre, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la jurisprudencia comparada*, in *REDCE*, 2013, 19, p. 421 ss. In merito a tale bipartizione di funzioni, l'Autore osserva che «[e]s conocido que en España la técnica de la “garantía institucional” fue articulada por la jurisprudencia constitucional a propósito de la autonomía provincial en la *STC 32/1981, de 28 de julio, donde se señala que persigue la protección de instituciones fundamentales dentro del orden constitucional que no han sido más que enunciadas en la Constitución, sin encontrar en ella el imprescindible desarrollo (...). El Tribunal entiende que un razonamiento del mismo tipo debe desarrollarse respecto del matrimonio, que, como garantía, exige una protección objetiva para que el Legislador no suprima ni vacíe la imagen maestra de la institución y, como derecho, requiere una protección subjetiva, de manera que la posición jurídica del ciudadano derivada del reconocimiento constitucional del derecho no quede eliminada o desnaturalizada por el Legislador*».

²¹³ Invero, come osserva il *Magistrado discrepante* Aragón Reyes, nel testo costituzionale la natura eterosessuale del matrimonio sembra non essere espressa in quanto presupposta. In tal senso, seppure in una prospettiva favorevole alla decisione del *Tribunal Constitucional*, cfr. F.J. MATIA PORTILLA, *Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo*, in *TRC*, 2013, 31, p. 543.

prio delle parole. E' invece necessario collocare il testo normativo nel contesto più ampio in cui esso si inserisce ed avere presente la realtà sociale propria del momento nel quale la norma deve essere applicata. Come è stato osservato, è «[d]a superare [...] la concezione meramente semantica o linguistica dell'interpretazione, come se quest'ultima consistesse unicamente nell'analisi del linguaggio, puramente formale, del legislatore»²¹⁴. È necessario invece effettuare un'interpretazione dell'art. 32 *CE* coerente con i valori fondamentali che la Costituzione stessa esprime, ed attenta ai mutamenti storici e sociali che connotano la realtà nella quale tale norma deve trovare applicazione. La scelta, da parte del *Tribunal Constitucional*, di un simile approccio ermeneutico, colloca le decisioni da esso assunte nel contesto dell'«affermazione assiologica»²¹⁵, e comporta una serie di implicazioni assai significative, che la Corte non trascura.

Nell'effettuare una valutazione attenta dei mutamenti storici e sociali occorsi successivamente al 1978, il *Tribunal Constitucional* ritiene necessario enucleare una specifica nozione di «cultura jurídica» relativa al matrimonio²¹⁶.

Tale nozione è posta in relazione con elementi determinati, che elenchiamo sinteticamente.

Il primo di essi, la cui valutazione invero non è scevra da critiche²¹⁷, è di mera natura statistica: in Spagna risulta crescente l'accettazione sociale delle coppie costituite da soggetti dello

²¹⁴ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 567.

²¹⁵ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 572: «[o]gni comprensione ha le sue radici “in una disposizione di fondo di colui che apprende” e che si può designare come “affermazione assiologica”: da un lato, attenzione al fenomeno, al dato concreto da cogliere nella mutevole e complessa realtà; dall'altro, esigenza di affermare valori» (enfasi aggiunta).

²¹⁶ Come osserva F.J. MATIA PORTILLA, *o.c.*, p. 547 s., «[e]l recurso a la cultura jurídica le permite al Tribunal ir mucho más allá de la interpretación normativa clásica (literal, sistemática y originalista), y acudir a otros parámetros de interés, como son los referidos al Derecho comparado, al Derecho de la UE y a la jurisprudencia del TEDH, así como a los datos sociales (estadísticos) y doctrinales». In tal senso non ci si può nascondere tuttavia che «puede estarse produciendo cierta equiparación entre la cultura jurídica y un sociologismo jurídico que resulta difícil de aceptar».

²¹⁷ Cfr. F.J. MATIA PORTILLA, *o.c.*, p. 548: «[m]e parece más discutible el argumento de que el Tribunal Constitucional tome como dato de interés el dato estadístico de que existe en nuestro país una mayoritaria aceptación social del matrimonio entre personas del mismo sexo. Me produce un profundo desasosiego que un Tribunal resuelva una cuestión jurídica basándose, aunque sea mínimamente, en las estadísticas. Unas estadísticas que si bien son contundentes en relación con el matrimonio no lo son tanto respecto de las adopciones realizadas por parejas homosexuales, sin que este dato haya sido, afortunadamente, tomado en consideración para cuestionar su validez constitucional. No resulta posible, a mi modo de entender, que una visión social mayoritaria machista u homófoba pudiera servir como fundamento para declarar que una norma que protege los derechos de las mujeres o de las personas que tienen una

stesso sesso. Quale secondo elemento viene menzionato l'orientamento prevalente - ancorché non unanime - della dottrina a ricondurre il matrimonio omosessuale alla più ampia categoria dell'«istituzione matrimoniale». Ulteriore elemento addotto riguarda la progressiva tendenza a riconoscere il matrimonio fra persone dello stesso sesso, sul piano sia del diritto comparato, sia delle pronunce giurisprudenziali degli organi internazionali. Ultimo argomento preso in considerazione dalla Corte concerne il regime giuridico del matrimonio, che si ritiene non sia stravolto, né sul piano dei rapporti economici fra i coniugi, né su quello successorio o pubblicistico, qualora si riconosca a soggetti dello stesso sesso di unirsi in matrimonio.

Sotto il profilo della garanzia istituzionale relativa al matrimonio, il *Tribunal Constitucional* ritiene quindi che la legge n. 13/2005 abbia comportato un'evoluzione del matrimonio coerente con la «cultura jurídica» che in Spagna si è maturata rispetto a tale istituto. La Corte non ravvisa quindi profili di incostituzionalità in questo ambito, ritenendo che il legislatore del 2005 abbia operato nei limiti della Costituzione, giacché in essa non risulta esclusa esplicitamente la possibilità del matrimonio fra soggetti dello stesso sesso.

Per quanto concerne la questione relativa al matrimonio come diritto costituzionalmente garantito, il *Tribunal Constitucional* si è domandato se la nuova regolamentazione del matrimonio vada a ledere quel contenuto essenziale proprio del diritto al matrimonio, che il legislatore è tenuto a preservare e rispettare, secondo quanto previsto dall'art. 53.1 *CE*.

La Corte attribuisce al diritto al matrimonio un contenuto speciale²¹⁸, che essa pone quale premessa alla propria analisi.

In questa prospettiva viene anzitutto riconosciuto che i soggetti nel matrimonio devono sempre trovarsi in regime di piena parità (art. 32.1 *CE*); si afferma poi che il matrimonio, ancorché configurabile quale diritto a titolarità individuale, non ammette possibilità di esercizio individuale - giacché risulta sempre necessario il consenso reciproco dei coniugi - e che la relazione matrimoniale crea «*ope legis*» una pluralità di doveri fra i coniugi. Inoltre dal diritto a con-

orientación sexual no mayoritaria es inconstitucional. Lo relevante debería ser siempre (...) determinar si la reforma es o no compatible con la Constitución».

²¹⁸ Cfr. M.A. PRESNO LINERA, *o.c.*, p. 422 s.

trarre matrimonio la Corte ritiene si possa estrapolare un principio di libertà di non contrarlo, con la conseguenza deducibile che due risultano essere i regimi configurabili nell'ordinamento: matrimonio e convivenza *«more uxorio»*, con profili di riconoscimento giuridico – peraltro - nettamente differenziati.

Nel valutare invece se la modificazione legislativa impugnata costituisca un attacco al contenuto essenziale del diritto fondamentale al matrimonio²¹⁹, il *Tribunal Constitucional*, constatando come la garanzia istituzionale del matrimonio rimanga intatta dopo l'approvazione della legge, ritiene che anche la dimensione oggettiva del diritto permanga inalterata. Esso focalizza quindi la propria attenzione sulla dimensione soggettiva del diritto al matrimonio, che impone al legislatore di non ledere la sfera di libertà che il diritto garantisce.

In tale ottica la Corte ritiene che riconoscere il diritto al matrimonio a chiunque, indipendentemente dall'orientamento sessuale, implichi la possibilità per ciascuno di contrarre matrimonio - con persone di sesso opposto o dello stesso sesso – nel pieno rispetto dell'identità personale dei soggetti²²⁰. Ciò non incide sul contenuto essenziale del diritto, poiché quanti possono contrarre matrimonio con persone del proprio sesso non snaturano il diritto al matrimonio in sé, né impediscono alle coppie eterosessuali di sposarsi liberamente. Le persone eterosessuali non hanno subito una riduzione della sfera di libertà loro garantita prima della riforma del 2005: esse godono ancora dello stesso diritto a contrarre matrimonio, nei limiti posti dal codice civile. Dopo la riforma, invece, i soggetti omosessuali hanno visto integrato il proprio diritto a contrarre matrimonio in coerenza con le preferenze derivanti dall'orientamento sessuale²²¹. Con questa innovazione si è quindi compiuto un passo avanti sul piano della garanzia di due valori fondamentali: la dignità della persona ed il libero sviluppo della personalità (art.

²¹⁹ Sebbene la *ATC 222/1994*, de 11 de julio, *FJ 2* abbia riconosciuto la piena costituzionalità del principio di eterosessualità del matrimonio, attribuendo alle coppie omosessuali solo la possibilità di un riconoscimento della loro convivenza, con la possibilità di ottenere finanche gli stessi diritti del matrimonio, il *TC* non si ritiene vincolato a tale orientamento restrittivo.

²²⁰ Cfr. M.A. PRESNO LINERA, *o.c.*, p. 422 s.

²²¹ In tale prospettiva, ancorché critico rispetto alle modalità attraverso le quali il *TC* giunge alla decisione, cfr. F.J. MATIA PORTILLA, *o.c.*, p. 553: *«la extensión del matrimonio a las parejas homosexuales se debería concebir como una ampliación legislativa del derecho al matrimonio, como un suplemento que ha sido establecido por el legislador y que es disponible para éste»*.

10.1 *CE*). Entrambi i valori devono orientarsi alla piena effettività dei diritti fondamentali²²²; essi sono inoltre fondamento dell'ordine politico, della pace sociale e per questo costituiscono un presupposto imprescindibile²²³. Ancorché il *Tribunal Constitucional* riconosca che il meccanismo scelto dal legislatore per ottenere la tutela di questi valori non costituisce l'unico fra quelli tecnicamente ipotizzabili, ponendosi nella prospettiva della configurazione del matrimonio come diritto fondamentale, esso ritiene che l'indirizzo adottato con la legge n. 13/2005 sia il più adeguato dal punto di vista costituzionale²²⁴.

Ad alcune delle determinazioni del *Tribunal Constitucional* già era giunta parte della dottrina negli anni precedenti.

Si percepiva come pressoché unanime, a questo proposito, la consapevolezza che il legislatore costituente, nel regolare il matrimonio attraverso l'art. 32.1 *CE*, fosse ben lungi dal voler garantire il matrimonio fra persone dello stesso sesso²²⁵, cionondimeno molti avevano ritenuto che l'articolo – così come formulato – sembrasse prestarsi a ricomprendere modelli matrimoniali sia eterosessuali, sia omosessuali²²⁶.

I diversi fronti avevano inoltre teso a convergere su un aspetto, che ritroviamo espresso nella sentenza in oggetto: l'art. 32.1 *CE* poneva – alla luce del riformato art. 44 del *Código civil* – un complesso problema di natura ermeneutica²²⁷. Ciò traspariva anche dall'esame delle questioni di costituzionalità poste nell'immediato da singoli giudici incaricati del *Registro civil*, che tuttavia il *Tribunal Constitucional* non considerò ammissibili – come già rilevato – per difetto di

²²² Cfr. *STC* 212/2005, de 21 de julio, FJ 4.

²²³ Cfr. *STC* 53/1985, de 11 de abril, FJ 8.

²²⁴ F.J. MATIA PORTILLA, *o.l.c.*

²²⁵ Cfr. M. LINACERO DE LA FUENTE, *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, in *Foro, Nueva época*, 2005, 2, p. 425; A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, *La evolución jurídica del sistema matrimonial español*, cit., p. 109; C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *Argumentos a favor de la posible constitucionalidad*, cit., p. 355; S. CAÑAMARES ARRIBAS, *El matrimonio homosexual*, cit., p. 218.

²²⁶ In tal senso: M. LINACERO DE LA FUENTE, *o.l.c.*; A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, *o.l.c.*

²²⁷ Cfr. C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *o.c.*, p. 354: «[e]l tema esencial reside [...] en la interpretación del citado art. 32 de la Constitución, en conjunción con el resto de sus normas, y de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la adecuada hermenéutica de tales preceptos». Nello stesso senso: S. CAÑAMARES ARRIBAS, *o.c.*, p. 79.

funzione giurisdizionale²²⁸: esse fondano i propri argomenti proprio sulle regole interpretative dell'art. 3.1 del *Código civil*²²⁹.

Si era inoltre già osservato in dottrina che, come affermato successivamente dal *Tribunal Constitucional*, occorre configurare il concetto di matrimonio non solo in senso statico, per come in passato si è connotato, ma pure dinamicamente, per il modo in cui il matrimonio civile è evoluto in tempi recenti e per come esso si colloca assiologicamente nel contesto dei principi e dei valori fondamentali affermati dalla Costituzione spagnola²³⁰.

Già si è posto in luce che la verifica della costituzionalità della legge n. 13/2005 non si è focalizza specificamente sull'accertamento della sua coerenza con i principi di eguaglianza e di non discriminazione, quanto piuttosto sulla sua conformità all'art. 32 della Costituzione spagnola²³¹. In ciò è ravvisabile una differenza rispetto a quanto caratterizza l'evoluzione giurisprudenziale negli Stati Uniti in materia di conformità del divieto del *same-sex marriage* alle costituzioni degli Stati che si sono pronunciati. In tali ipotesi infatti si è presa in considerazione

²²⁸ Con atto formale del 28/07/2005 (relativo alla richiesta di matrimonio n. 820/05), depositato il 01/08/2005 presso il *Registro General del Tribunal Constitucional*, il Giudice del *Juzgado de Primera Instancia*, incaricato del *Registro Civil* di Denia (Alicante), solleva questione di incostituzionalità relativa all'art. 44 CC, come modificato dalla Legge 13/2005, del 1 luglio, per supposto contrasto con l'art. 32.1 CE. Successivamente, con atto formale del 16/09/2005 (relativo alla richiesta di matrimonio n. 431/05), depositato il 26/09/2005 presso il *Registro General del Tribunal Constitucional*, il Giudice del *Juzgado de Primera Instancia*, incaricato del *Registro Civil* di Telde (Gran Canaria), solleva analoga questione di incostituzionalità.

²²⁹ Art. 3.1 CC: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas». Tale impostazione, non è risultata oggetto di critica da parte della prevalente dottrina spagnola: cfr. S. CAÑAMARES ARRIBAS, *o.c.*, p. 77 ss. Essa avrebbe potuto destare comunque qualche perplessità, se si considera che, interpretando una norma costituzionale alla luce di quanto disposto da una norma di rango ordinario – quale l'art. 3 del *Código civil* chiaramente risulta essere – si inverte la gerarchia delle fonti, che vede al suo vertice la Costituzione quale norma fondamentale dell'ordinamento. Come osserva infatti P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 585, il principio di legalità costituzionale sembra – al contrario – imporre l'interpretazione della norma di grado inferiore «alla luce degli interessi e dei valori costituzionali rilevanti». Lo stesso Autore, con riferimento all'ordinamento italiano, osserva come le disposizioni preliminari al codice civile, aventi ad oggetto l'interpretazione della legge, «non hanno valore costituzionale, né si situano al di sopra della Costituzione». Cfr. ID., *o.c.*, p. 587.

²³⁰ D.LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *El matrimonio homosexual*, cit., p. 10 s.

²³¹ C. GARCIMARTIN, *The Spanish Law on Same-Sex Marriage: Constitutional Arguments*, in *BYU J. Pub. L.*, 2012, 27, p. 443. Come osserva C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Perspectivas sobre el «matrimonio» entre personas del mismo sexo*, cit., p. 37: «el análisis de constitucionalidad, en el Derecho español, no es primariamente un análisis sobre la eventual violación del principio de igualdad, o la existencia de una injusta discriminación [...] es en primer lugar, el análisis de la conformidad de la ley con el art. 32 CE, dedicado específicamente al matrimonio, con alusión concreta al hombre y la mujer como titulares del derecho a contraerlo».

proprio la violazione del principio di eguaglianza e di non discriminazione in base al sesso o all'orientamento sessuale. Non è mancato chi, in dottrina, ha colto i limiti sottesi ad una prospettiva così circoscritta, quale quella fatta propria dal *Tribunal Constitucional*²³².

In ogni caso la *STC* 198/2012 costituisce un punto fermo di capitale importanza, sul quale la dottrina in Spagna deve completare la riflessione - avviata già da anni - finalizzata alla «ricostruzione» dell'intero sistema matrimoniale di quel paese²³³.

Camerino, gennaio 2015.

²³² Cfr. M.A. PRESNO LINERA, *o.c.*, p. 423 s.: «creo que la vía argumentativa empleada no es la más idónea, pues se incide de manera especial en la compatibilidad entre la nueva regulación y la garantía constitucional de la “institución” del matrimonio, de la que derivan una serie de facultades, y no en la garantía del matrimonio como un derecho constitucional de libertad, cuando, al menos en mi opinión, esta última condición es la relevante».

²³³ Cfr. P. DOMÍNGUEZ LOZANO, *Las uniones de personas del mismo sexo: las opciones de regulación y sus implicaciones jurídicas*, in *Derecho Priv. Const.*, 2006, 20, p. 193, secondo il quale è ancora necessario proseguire nella «elaboración de un consenso científico en torno a la noción (del matrimonio), y a su coordinación con otras figuras e instituciones del ordenamiento».