

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA TRIB. BOLOGNA · ISSN 2384-9495 · NOVEMBRE 2018

2018 / 2

Direzione scientifica

Daniel Borrillo, Gilda Ferrando, Stefano Rodotà, Robert Wintemute

Direzione editoriale

Marco Gattuso, Barbara Pezzini, Paolo Veronesi

Redazione

Diritto Internazionale: Giacomo Biagioni, Adriana Di Stefano, Luca Paladini, Pietro Pustorino, Chiara Ragni, Livio Scaffidi, Roberto Virzo, Chiara Vitucci

Diritto dell'Unione Europea: Elisabetta Bergamini, Carmelo Danisi, Daniele Gallo, Alexander Schuster

Diritto Costituzionale: Iliaria Rivera, Francesco Saitto, Angioletta Sperti, Giacomo Viggiani

Identità di genere: Roberta Dameno

Diritto Penale: Luciana Goisis, Luca Morassutto, Marco Pelissero

Diritto Privato: Stefano Celentano, Ines Corti, Leonardo Lenti, Guido Noto La Diega, Giuseppina Palmeri, Stefania Stefanelli, Anna Maria Tonioni, Monica Velletti

Diritto Comparato: Denise Amram, Michele Di Bari, Francesca Brunetta d'Usseaux, Elena Falletti, Anna Maria Lecis Coccu Ortu, Mathias Moschel, Angelo Schillaci, Matteo Winkler

Diritto del Lavoro: Carla Ponterio, Laura Tomasi, Tiziana Vettor

Referees

Emanuela Abbatecola, Rosalba Alessi, Esther Arroyo Amayuelas, Chris Ashford, Marzia Barbera, Vittoria Barsotti, Maria Caterina Baruffi, Roberto Bin, Nerina Boschiero, Giuditta Brunelli, Frances Burton, Ruggiero Cafari Panico, Carlo Casonato, Massimo Cavino, Eleonora Ceccherini, Paolo Cendon, Nicola Cipriani, Roberta Clerici, Giovanni Comandé, Marco Cuniberti, Marilisa D'Amico, Marcella Distefano, Massimo Dogliotti, Emilio Dolcini, Ascensión Elvira Perales, Carla Facchini, Carla Faralli, Vincenzo Ferrari, Arianna Fusaro, Alfredo Galasso, Orsetta Giolo, Victor Luis Gutiérrez Castillo, Francesca Ippolito, Silvia Marino, Francesco Munari, Gaetano Natullo, Silvia Niccolai, Fernanda Nicola, Rosanna Pane, Luigi Pannarale, Baldassare Pastore, Marco Pelissero, Mario Perini, Tamar Pitch, Salvatore Patti, Alessandra Pioggia, Antonio Prunas, Roberto Pucella, Andrea Pugiotto, Roberto Romboli, Giulia Rossolillo, Francesco Salerno, Amedeo Santosuosso, Scott Titshaw, Roberto Toniatti, Elena Urso, Maria Carmela Venuti, Filippo Viglione, Alessandra Viviani, Chiara Volpato, Danaya C. Wright, Andreas R. Ziegler

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvv 2023 n. 4089/14 cron.

Codice ISSN 2384-9495

Direttore responsabile: Beppe Ramina

Impaginazione: Samuele Cavadini

Sommario

Focus: Protezione internazionale e SOGI

a cura di Carmelo Danisi

- 6 **Carmelo Danisi:** Introduzione: Navigating Troubled Waters: Sexual Orientation and Gender Identity Asylum Claims in a Time of 'Crises' and Reforms
- 9 **Carmelo Danisi:** What 'Safe Harbours' are There for People Seeking International Protection on Sexual Orientation and Gender Identity Grounds? A Human Rights Reading of International Law of the Sea and Refugee Law
- 25 **Nuno Ferreira:** Reforming the Common European Asylum System: Enough Rainbow for Queer Asylum Seekers?
- 43 **Patrizia Palermo:** Orientamento sessuale e identità di genere nel sistema dell'asilo in Italia anche alla luce della riforma Minniti
- 59 **Adele Del Guercio:** Quali garanzie per il diritto all'unità familiare dei richiedenti e dei beneficiari di protezione internazionale con coniuge / partner dello stesso sesso?
- 74 **Moira Dustin, Nina Held:** In or out? A Queer Intersectional Approach to 'Particular Social Group' Membership and Credibility in SOGI asylum claims in Germany and the UK
- 88 **Vítor Lopes Andrade:** Refugee Status Determination and Local Integration of Asylum Seekers and Refugees on the Basis of Sexual Orientation in Brazil and Spain

Interventi

- 105 **Baldassare Pastore:** Soggetti vulnerabili, orientamento sessuale, eguaglianza: note sulla logica di sviluppo del diritto
- 113 **Angioletta Sperti:** Le parole contano. Alcune riflessioni sul "word ban" dell'amministrazione Trump

Commenti

- 125 **Francesca Brunetta d'Usseaux, Daniele Ferrari:** La condizione intersessuale dalla "normalizzazione" alla dignità? Linee di tendenza dal diritto internazionale alla Corte costituzionale tedesca
- 138 **Alessandra Lang:** Il mancato riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso come ostacolo alla libera circolazione delle persone nell'Unione: il caso *Coman*

Osservatorio documenti

a cura di Marco Gattuso

152 *Garante della Privacy*: Provvedimento n. 476 del 31 ottobre 2018

Osservatorio decisioni

a cura di Marco Gattuso

156 *Corte di appello di Napoli, sezione per i minorenni*: Sentenza del 15 giugno 2018

168 *Tribunale di Bologna*: Decreto del 6 luglio 2018

177 *Tribunale di Pistoia*: Decreto del 5 luglio 2018

183 *Tribunale di Trento*: Ordinanza del 31 luglio 2018

200 *Corte di giustizia dell'Unione europea*: Sentenza del 5 giugno 2018

Baldassare Pastore*

Soggetti vulnerabili, orientamento sessuale, eguaglianza: note sulla logica di sviluppo del diritto

Sommario

1. Identità, riconoscimento, dignità - 2. Giurisdizione, positivizzazione giuridica e principio di eguaglianza - 3. "Politica dell'umanità" e diritto

Abstract

Partendo dal fatto che la vulnerabilità è inerente alla condizione umana, questo articolo mira a fornire un contributo per evidenziare la funzione del diritto nell'assicurare la protezione nei casi di discriminazione e nel garantire la parità di trattamento. Nel processo di riconoscimento dei diritti civili delle persone omosessuali in Italia un ruolo decisivo è svolto dalle corti, che esercitano i loro poteri regolatori sviluppando le potenzialità connesse alle ragioni normative che stanno alla base dell'ordinamento giuridico costituzionale. Uno dei compiti del diritto è quello di rispettare l'identità e la dignità delle persone, con il loro orientamento sessuale, trattandole con eguale considerazione e rispetto.

Starting from the fact that vulnerability is inherent in the human condition, this article aims at providing a contribution to highlight the function of law in ensuring protection in cases of discrimination and in guaranteeing equality of treatment. In the process of recognizing the civil rights of homosexual people in Italy a decisive role is played by the courts, that exercise their regulatory powers by developing the potentialities connected to the normative reasons that are at the basis of the constitutional legal system. One of the tasks of law is to respect identity and dignity of human beings, with their sexual orientation, treating them with equal concern and respect.

1. Identità, riconoscimento, dignità

Da qualche tempo, nell'ambito delle scienze sociali, la nozione di vulnerabilità è oggetto di specifica attenzione¹. Assunta come dato esperienziale comune, costitutivo della condizione umana, la vulnerabilità è presa in considerazione, sul versante politico e giuridico, a partire dalla sua dimensione situazionale, associata ai diversi contesti nei quali discriminazioni, stigmatizzazioni, offese, violenze diventano salienti nel produrre il mancato riconoscimento nei confronti degli individui quali partecipanti a pieno

* Ordinario di Filosofia del diritto, Università di Ferrara.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 Cfr., per un primo inquadramento sul tema, M.A. Fineman and A. Gear (eds.), *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Aldershot, Ashgate, 2013; C. Mackenzie, W. Rogers, and S. Dodds (eds.), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2014; M.G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo, L. Re (a cura di), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, Roma, IF Press, 2018; O. Giolo e B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, Carocci, 2018.

titolo all'interazione sociale². I soggetti vulnerabili, così, sono quelle persone la cui autonomia, connessa alla dignità e all'integrità, può essere (e di fatto spesso è) minacciata, compromettendo l'accesso a ciò che si ritiene importante per il proprio *well-being*³.

La nozione di vulnerabilità informa la progettualità della vita individuale sì da impattare sui diritti, intesi come spettanze proprie delle persone, compresa la libertà di scelta, che, quando è conculcata, configura l'esperienza del torto e dell'ingiustizia.

La questione omosessuale, da questo punto di vista, rappresenta un *focus* significativo per affrontare la tematica relativa al rapporto tra libertà, dignità e riconoscimento, nell'ottica dell'autodeterminazione personale e affettiva, nonché dell'inclusione, che non può prescindere dalla protezione degli spazi esistenziali nei quali l'orientamento sessuale si esprime⁴.

Diventa fondamentale, qui, il richiamo all'identità, con le sue diverse dimensioni (biologica, personale, culturale), che si lega al tema dell'autenticità della vita. Essa implica, infatti, che nessun individuo possa sentirsi a proprio agio, e avere stima e rispetto di sé, se non viene socialmente accettato e se vengono negate quelle che costituiscono le componenti essenziali della propria identità⁵.

Viene in evidenza, a questo proposito, uno dei compiti del diritto, chiamato a facilitare lo svolgimento della vita personale, garantendo le condizioni che rendono possibile il godimento di una serie di beni fondamentali all'interno dello spazio intersoggettivo. In tale ambito si colloca la questione del riconoscimento, da intendere come operazione identificatoria e come giudizio, che conferisce valore all'altro, nell'ottica dell'eguaglianza⁶, sul versante della garanzia della pari dignità.

Assumere il riconoscimento come cifra caratterizzante le odierne società complesse, differenziate, pluralistiche, soprattutto all'interno degli Stati costituzionali, che pongono come architravi normative la persona, vista nella realtà della sua condizione esistenziale, e il pluralismo dei percorsi di vita degli individui⁷, conduce a reinterpretare le richieste di valorizzazione delle specifiche identità e delle differenze in termini di eguaglianza, vista nella sua connotazione giuridica⁸. Infatti, la valenza giuridica dell'eguaglianza esige non solo che i soggetti non siano discriminati, ma anche che non siano distinti nella loro condizione comune di persone, sì da essere conosciuti e rispettati per quello che sono. Entra in gioco, a questo livello di discorso, l'idea di dignità, intesa, nella sua connotazione *positiva*, come accettata e tutelata capacità del rispetto di sé, e, nella sua connotazione *negativa*, come non umiliazione⁹.

Va evidenziato, al riguardo, che il concetto di dignità umana si lascia evincere, in maniera indiretta, proprio considerando i modi dell'offesa e dell'umiliazione personali, nelle diverse forme che esse possono assumere. Sono queste esperienze negative di spregio e di offesa che hanno dato forza propulsiva pratica al costituirsi, all'interno del processo storico, della salvaguardia della dignità umana come obiettivo normativo.

Si può essere umiliati e offesi nella propria integrità fisica, con la violenza che ci pone nella impossibilità di esercitare la forma più elementare di autonomia, ossia il disporre liberamente del proprio corpo. Si può essere umiliati e offesi anche da atti che feriscono la comprensione normativa che una persona ha di sé e che colpiscono un soggetto escludendolo dal soddisfacimento di pretese legittime, rappresentando un attacco al rispetto e alla stima che poniamo in noi stessi. Si può essere umiliati e offesi, inoltre,

-
- 2 S. Zullo, *Lo spazio sociale della vulnerabilità tra «pretese di giustizia» e «pretese di diritto»*. Alcune considerazioni critiche, in *Politica del diritto*, 47, 2016, pp. 477-479, 486-488.
- 3 R. Andorno, *Is Vulnerability the Foundation of Human Rights?*, in A. Masferrer, E. García-Sánchez (eds.), *Human Dignity of Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2016, pp. 265-267.
- 4 A. Schillaci, *Premessa*, in Id. (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti. Desiderio e riconoscimento*, Roma, Carocci, 2014, pp. 22-23. Cfr. M.A. Fineman, *Vulnerability, Resilience, and LGBT Youth*, in *Temple Political & Civil Rights Law Review*, 23, 2014, pp. 320-323, 325 ss.
- 5 B. Pastore, *Pluralismo, fiducia, solidarietà. Questioni di filosofia del diritto*, Roma, Carocci, 2007, pp. 26-28.
- 6 A. Pizzorno, *Risposte e proposte*, in D. della Porta, M. Greco, A. Szokolczai (a cura di), *Identità, riconoscimento, scambio*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 211; P. Ricoeur, *Percorsi del riconoscimento. Tre studi* (2004), Milano, Raffaello Cortina, 2005, pp. 158, 276-278.
- 7 S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, edizione ampliata, Milano, Feltrinelli, 2009, pp. 18 ss., 32 ss.; A. Ratti, *Essere se stessi. La protezione dell'identità sessuale nello Stato costituzionale*, in A. Schillaci (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, cit., p. 27 ss.
- 8 Cfr. L. Gianformaggio, *L'identità, l'eguaglianza, la somiglianza e il diritto*, in Ead., *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di A. Facchi, C. Faralli, T. Pitch, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 88-91, 93-94.
- 9 B. Pastore, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 26.

dal fatto di vedere negato ogni valore sociale al proprio modo di essere e alla propria identità¹⁰, con l'esclusione dello *status* di partecipanti all'interazione e di eguali soggetti di diritto, attraverso forme di discriminazione¹¹. La dignità, così, pertiene alla persona concreta, vulnerabile, calata nella contingenza delle proprie situazioni di vita e nel tessuto delle relazioni sociali.

La dignità disegna lo statuto della persona¹² e si connette indissolubilmente alla libertà e all'egualianza degli esseri umani¹³. Si tratta, infatti, di mettere ciascuno nelle condizioni di compiere le proprie scelte e di determinare il proprio progetto di vita, evitando l'esclusione, la marginalizzazione, la stigmatizzazione, che ostacolano l'autodeterminazione e lo sviluppo della propria personalità. Libertà di scelta e non discriminazione, dunque, si sostengono a vicenda e si intrecciano.

La dignità umana, invero, è da considerare a partire dalle coordinate non superabili della finitezza esistenziale. Si predica di ciò che è mancante e vulnerabile, quale è il singolo essere umano nella sua individualità¹⁴. La dignità, che i diritti intendono garantire, così, è quella di esseri vulnerabili, dipendenti da altri esseri umani, soggetti alla fragilità della vita¹⁵ e si lega alla dimensione dei bisogni, della corporeità. Proprio la corporeità costituisce la radice intrascendibile della vulnerabilità, alla quale risultano esposti gli esseri umani¹⁶. La vulnerabilità si connette all'esperienza dell'offesa e del misconoscimento – riguardante i soggetti i cui diritti sono negati o il cui pieno godimento è limitato a causa di alcune caratteristiche personali – che produce discriminazione¹⁷.

La libertà di orientamento sessuale si pone come aspetto della dignità dell'individuo e come fattore di svolgimento della sua personalità¹⁸. In gioco è l'identità, che coinvolge il riconoscimento – o il non riconoscimento – da parte di altri individui, della società, delle istituzioni. L'identità personale si caratterizza come «diritto ad essere se stesso» e costituisce «un bene per sé medesima, indipendentemente dalla condizione personale e sociale, dai pregi e dai difetti del soggetto, di guisa che a ciascuno è riconosciuto il diritto a che la sua individualità sia preservata»¹⁹. La giurisprudenza costituzionale italiana, peraltro, ha ricondotto nell'alveo dei diritti inviolabili sia «il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità», che gli altri membri della collettività sono tenuti a riconoscere «per dovere di solidarietà sociale»²⁰, sia il diritto alla libertà sessuale, poiché, essendo «la sessualità uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporne liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto»²¹. Da qui, deriva il riconoscimento del diritto all'identità di genere quale elemento costitutivo del diritto all'identità personale, rientrando a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost. it. e art. 8 della CEDU)²².

-
- 10 Cfr. A. Honneth, *Lotta per il riconoscimento. Proposte per un'etica del conflitto* (1992), Milano, Il Saggiatore, 2002, pp. 158-163. Sull'idea dell'umiliazione come perdita della dignità di essere umano (a seguito del comportamento sia degli individui tra di loro sia delle istituzioni) cfr. A. Margalit, *La società decente* (1996), Milano, Guerini e Associati, 1998, pp. 49, 57-59, 92-94.
- 11 K. Seelmann, *La tutela della dignità umana: garanzia di status, divieto di strumentalizzazione, oppure divieto di umiliare?*, in *Ragion pratica*, 38, 2012, pp. 45 ss., 49-50, 53 ss., 56-58.
- 12 Si veda, in proposito, l'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.
- 13 S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 187.
- 14 Solo con l'assunzione anticipata della finitezza dell'altro «si realizza la consapevolezza di quella comunanza esistenziale sulla cui base entrambi i soggetti imparano a considerarsi come esseri reciprocamente vulnerabili e minacciati». Così A. Honneth, *Lotta per il riconoscimento*, cit., pp. 61-62.
- 15 M.C. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna, Il Mulino, 2002, pp. 36-37.
- 16 J. Butler, *Frames of War. When Is Life Grievable?*, London, Verso, 2009, pp. 23, 30; M.A. Fineman, *Il soggetto vulnerabile e lo Stato responsabile* (2010), in M.G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo, L. Re (a cura di), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, cit., pp. 166-168.
- 17 I fattori di discriminazione riguardanti "gruppi vulnerabili" (sesso/genere, origine etnica, disabilità, status LGBT, soggetti affetti da HIV) sono individuati dalla Corte europea dei diritti umani: cfr. le decisioni *Alajos Kiss c. Ungheria* (ric. n. 38832/06), 20 maggio 2010, e *Kiyutin c. Russia* (ric. n. 2700/10), 10 marzo 2011.
- 18 A. Ratti, *Essere se stessi*, cit., pp. 28-29.
- 19 Cfr. la sentenza della Corte costituzionale italiana n. 13 del 1994.
- 20 Cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 161 del 1985.
- 21 Cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 561 del 1987.
- 22 Cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 221 del 2015. Molte, invero, sono le sentenze della Corte europea dei diritti umani che hanno riconosciuto il diritto all'identità di genere come rientrante a pieno titolo nella tutela prevista dall'art. 8 della CEDU, che sancisce il rispetto della vita privata e familiare.

Il ruolo dello strumento giuridico nel tutelare l'identità sessuale, in quanto spettanza inviolabile della persona, è dunque centrale e, oggi, in uno spazio in cui si sfrangono le linee di confine tra ordinamento nazionale e ordinamento sovranazionale, e tra creazione e applicazione del diritto, si manifesta entro una fitta trama costituita da una pluralità di centri di produzione normativa, di fonti e di Corti, chiamate a garantire trattamenti omogenei di istanze non differenziabili sotto il segno dell'eguaglianza e dell'attuazione dei diritti²³.

2. Giurisdizione, positivizzazione giuridica e principio di eguaglianza

La tematica relativa ai diritti degli omosessuali e delle coppie dello stesso sesso travalica i confini nazionali ed è stato (e continua ad essere) oggetto di un dibattito *globale* che vede come attori principali i giudici di merito, le Corti costituzionali e supreme di molti ordinamenti, attraverso il loro impegno nel rimediare, non poche volte, all'inerzia dei legislatori.

Pertanto, con riguardo alla progressiva estensione di tali diritti, si può parlare di "generazioni giurisprudenziali"²⁴, che hanno contribuito via via alla depenalizzazione dell'omosessualità e degli atti sessuali tra persone dello stesso sesso²⁵, alla accettazione delle unioni tra persone dello stesso sesso, affermandone la parità con quelle eterosessuali, alla legittimazione del diritto al matrimonio per le coppie omosessuali²⁶, fino a giungere all'attenzione al diritto alla genitorialità e all'adozione per tali coppie.

Possiamo parlare, al riguardo, di un "corso orientato", che caratterizza la logica di sviluppo dei diritti e che assume come costante punto di riferimento il principio di eguaglianza inteso nell'accezione di "divieto di discriminazione", intrecciato al valore della dignità umana.

Le Corti hanno avuto (e continuano ad avere) un ruolo centrale nel riconoscimento dei diritti degli omosessuali²⁷. Sono chiamate spesso a dare risposte a questioni che tradizionalmente sono rimesse alle decisioni dei legislatori, ma che questi non sono in grado di assumere.

Siamo di fronte, infatti, alle difficoltà della politica sia dal punto di vista regolativo, sia da quello rappresentativo²⁸. E ciò rende la giurisdizione, in attesa del coinvolgimento degli organi legislativi (che peraltro contribuisce a favorire e a stimolare), meglio in grado, per la specificità del suo ruolo (e posto il divieto del *non liquet*), di offrire risposte alle istanze provenienti dalla società²⁹.

I giudici, invero, sono i primi soggetti istituzionali ad essere incontrati, soprattutto quando la rappresentanza politica ritenga che i mutamenti normativi siano intempestivi, non convenienti, non maturi³⁰. L'intervento dei giudici, in questo quadro, serve anche a far sì che, in attesa dello "sblocco" politico, cadano gli ostacoli al riconoscimento, mostrando l'inconsistenza degli argomenti che sostengono tali ostacoli.

Va detto che un siffatto fenomeno è espressione della complessità del diritto contemporaneo, dove la legge diventa solo uno dei molti canali della produzione giuridica. Emerge un approccio al diritto *dal basso*³¹, in cui il formante giudiziale assume una rilevanza sempre più precipua e in cui si amplia lo

23 Come sottolinea L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma-Bari, Laterza, 2018, pp. 4-5, il principio di eguaglianza consiste, innanzitutto, «nell'uguale valore associato a tutte le differenze che fanno di ciascuna persona un *individuo differente* da tutti gli altri e di ciascun individuo una *persona uguale* a tutte le altre». L'eguaglianza è «un'*égalité en droits*... È tramite i diritti, infatti, che viene garantita l'uguaglianza».

24 A. Sperti, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa, Pisa University Press, 2013, pp. 5-10.

25 Cfr. sul punto, M.C. Nussbaum, *Disgusto e umanità. L'orientamento sessuale di fronte alla legge* (2010), Milano, Il Saggiatore, 2011, cap. 3; A. Sperti, *Omosessualità e diritti*, cit., pp. 63-80; G. Zanetti, *L'orientamento sessuale. Cinque domande tra diritto e filosofia*, Bologna, Il Mulino, 2015, cap. I.

26 Con specifica attenzione agli Stati Uniti v. G. Zanetti, *L'orientamento sessuale*, cit., cap. III. Cfr. inoltre P. Rescigno, *Il matrimonio same sex al giudizio di tre Corti*, in *Il Corriere giuridico*, 7, 2012, pp. 861-864.

27 A. Sperti, *Omosessualità e diritti*, cit., pp. 272-292.

28 S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit. p. 60.

29 Cfr. A. Sperti, *Omosessualità e diritti*, cit., pp. 246-247, la quale sottolinea che il contributo delle Corti non può essere interpretato come mera supplenza degli organi elettivi.

30 S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 61.

31 Cfr. A. Pisanò, *Ritorno alla complessità del diritto e paradigma biogiuridico nel percorso verso la legge Cirinnà/Oliari*, in *Politica del diritto*, 48, 2017, p. 149.

spazio dell'interpretazione e degli interpreti entro una sfera pubblica, nella quale i momenti decisionali si caratterizzano per l'interazione tra processi informali di determinazione dell'opinione e procedure deliberative articolate nei settori formali di produzione normativa. La prassi deliberativa dipende, così, dal flusso che si instaura tra il piano informale delle reti multiple costituenti la sfera pubblica, situata nella società civile, e il piano proceduralizzato della formazione istituzionale delle decisioni³².

In Italia, il percorso verso l'approvazione della legge n. 76 del 2016 in tema di regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze di fatto è esempio per molti versi paradigmatico di una elaborazione giuridica, la cui responsabilità è condivisa e che ha visto come protagonisti associazioni della società civile, i giudici di merito, la Corte costituzionale, la Corte di cassazione, la Corte europea dei diritti umani, e, in ultimo, il Parlamento³³. Tale legge, invero, è figlia dell'uso strategico di una *interest group litigation*, legata ad una richiesta proveniente dal basso al fine di ottenere un riconoscimento istituzionale³⁴. È il risultato, altresì, di un processo osmotico in cui fonti nazionali (in primo luogo l'art. 2 e l'art. 3 Cost. it.) e fonti sovranazionali (in primo luogo l'art. 8 e l'art. 14 della CEDU, nonché l'art. 7 e l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) sono state assunte come risorse giustificative di un atto legislativo³⁵.

Diventa essenziale, adesso, l'opera degli interpreti, chiamati a guidare l'applicazione della nuova legge in un'ottica di armonizzazione, che non può non seguire una logica di sviluppo interno, volta a cogliere ed esplicitare le linee portanti dell'ordinamento.

Come è noto, con l'introduzione della legge n. 76/2016, il diritto italiano consente solo l'unione civile alle coppie dello stesso sesso. Ma, sul piano della disciplina concreta, l'esclusione degli omosessuali dal matrimonio determina la inevitabile necessità di modellare le norme dell'unione civile su quelle del matrimonio al fine di rispettare il principio di eguaglianza e il connesso divieto di discriminazione in relazione all'orientamento sessuale³⁶. Diventa saliente, in tal modo, l'argomento analogico (o *a similibi*) – sia nella sua variante interpretativa, sia nella sua variante integrativa – che si pone come canone interpretativo volto ad assicurare coerenza e parità di trattamento. Invero, va evidenziato che ogni applicazione del diritto e ogni *Rechtsfindung* configurano un'attività di tipo analogico che mette in campo procedimenti di natura teleologico-valutativa. In questo senso, l'argomento analogico funziona come direttiva sulla produzione giuridica, e più in generale sulla positivizzazione del diritto, che ha un effetto di invenzione per la ricerca e la formulazione di una regola nuova che estenda la qualificazione normativa di un soggetto o una classe di soggetti in ragione della somiglianza con fattispecie già esistenti³⁷.

È stato osservato, al riguardo, che il testo di tale legge «si presenta come una danza tra tre modalità o tecniche normative, quella del rinvio (alla disciplina del matrimonio), quella della disposizione imitativa o parzialmente riproduttiva (ancora della disciplina del matrimonio), quella della disposizione a contenuto originale *ad hoc*»³⁸. D'altra parte, la stessa legge, all'art. 1, comma 20, configura una vera e propria clausola di equivalenza, al fine di garantire l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi che derivano dall'unione civile tra persone dello stesso sesso. Pertanto, ogniqualvolta nelle disposizioni legislative e regolamentari, negli atti amministrativi, nei contratti collettivi si fa riferimento al "matrimonio", al "coniuge", ai "coniugi", al "marito", alla "moglie", la previsione va estesa all'unione civile e a ognuna delle parti della stessa. L'unica (espressa) eccezione concerne le disposizioni del codice civile e della legge n. 184/1983 in materia di adozioni³⁹. Dunque, rilevanti sono le

32 Il riferimento va a J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), Milano, Guerini e Associati, 1996, spec. pp. 327 ss., 341 ss., 350-357, 363-365, 423 ss., 440 ss.

33 Per alcuni significativi commenti su questa legge si rinvia agli interventi pubblicati in questa *Rivista*, 2, 2016, p. 6 ss. (*La legge n. 76/2016: contenuti, problemi, prospettive*) e in *Politica del diritto*, 48, 2017, p. 3 ss. (*La legge sulle unioni civili: osservazioni a prima lettura*).

34 A. Pisanò, *Ritorno alla complessità del diritto e paradigma biogiuridico nel percorso verso la legge Cirinnà/Oliari*, cit., pp. 150-153.

35 Rilevanti sono state, in proposito, le sentenze della Corte costituzionale italiana n. 138 del 2010 e n. 170 del 2014, e la sentenza della Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, del 7 novembre 2013, *Vallianatos e altri c. Grecia* (ric. n. 29381/09, 32684/09).

36 Cfr. G. Savorani, *Presentazione*, in *Politica del diritto*, 48, 2017, pp. 8-9.

37 Si veda, sul punto, G. Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 1990, pp. 175 ss., 187 ss., 191-195.

38 Così P. Zatti, *Introduzione al Convegno*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 12, 2016, p. 1663.

39 Per una riflessione sulla funzione del comma 20 si rinvia a V. Barba, *La tutela della famiglia formata da persone dello stesso sesso*, in questa *Rivista*, 1, 2018, spec. p. 78 ss.

somiglianze tra unione civile e matrimonio (civile), posto che entrambi gli istituti, intesi come rapporto, danno luogo ad uno *status familiae*⁴⁰.

In relazione al tema dell'adozione, comunque, è da segnalare che, nonostante le disposizioni sull'unione civile muovano dal presupposto dell'esclusione della responsabilità genitoriale, la giurisprudenza sovranazionale e interna percorre altre strade⁴¹. Il principio del preminente interesse del minore risulta essere la chiave di volta alla quale si richiama la giurisprudenza, prestando attenzione al legame (affettivo, emotivo, educativo) tra l'adottante e l'adottando, prescindendo dall'orientamento sessuale del richiedente l'adozione, in connessione con il principio di non discriminazione stabilito dall'art. 14 della CEDU⁴². Ne deriva che l'idoneità genitoriale (eterosessuale od omosessuale che sia) va valutata "in concreto", attraverso un accertamento rigoroso circa l'esistenza o meno di ragioni preclusive oggettive e l'effettivo nocimento ai *best interests* del minore. Tale argomento si configura quale parametro fondamentale per orientare i provvedimenti giurisdizionali in materia di potestà genitoriale, di affidamento, di adozione o di ogni altra decisione che concerna il benessere del minore.

Di fronte a casi riguardanti i profili relativi allo *status* delle coppie dello stesso sesso, che hanno scelto l'unione civile, non disciplinata dalla legge, entra in gioco la *norma generale inclusiva*⁴³, che esige il ricorso all'analogia o ai principi generali e fondamentali dell'ordinamento (che peraltro vive in osmosi con il diritto sovranazionale e internazionale) al fine di risolverli⁴⁴.

L'analogia presuppone che si tenga conto degli elementi rilevanti cui si ricollega la ragion d'essere della norma in una fattispecie concreta in essa non ricompresa e impone di estendere la regola a quest'ultima fattispecie. Propriamente, l'analogia è da intendere come quell'operazione che si compie risalendo da una norma espressa ad un principio (la ragione, il motivo, lo scopo) in essa contenuto e dal quale si ridiscende alla formulazione di una norma inespressa, che contiene la regola del caso "analogo" a quello disciplinato espressamente. L'argomento analogico in funzione integrativa implica l'equiparazione del trattamento giuridico, riconosciuta la rilevanza della somiglianza delle situazioni, e l'attribuzione ad una fattispecie non regolata della medesima conseguenza giuridica prevista da una norma che regola una fattispecie simile in maniera rilevante⁴⁵. Da questo punto di vista, si pone come corollario del principio di eguaglianza e svolge la funzione di rendere coerente e ragionevole, cioè non arbitrario, l'ordinamento.

I principi generali e fondamentali, che nelle nostre organizzazioni giuridiche sono tipicamente principi costituzionali, espressi e impliciti, operano come *standards* che sono utilizzati per colmare le lacune e che reinterpretono e adeguano i materiali giuridici di partenza in modo da renderli conformi, congruenti con i principi stessi. Favoriscono, in tal modo, la revisione, la riformulazione, l'arricchimento, nonché l'integrazione, delle norme. Tali principi trovano applicazione diretta anche in relazione ai rapporti tra privati e presentano una capacità propulsiva ed espansiva, talché è possibile ricavare dal principio, attraverso tecniche argomentative che vanno esplicitate e sottoposte al controllo della cultura giuridica, una regola idonea a disciplinare il caso. La costruzione di questa regola specifica costituisce una concretizzazione del principio, che pertanto svolge un ruolo essenziale nella giustificazione della premessa normativa⁴⁶.

40 A. Figone, *Diritti e doveri nell'unione civile*, in *Politica del diritto*, 48, 2017, p. 111 ss. Come è stato opportunamente notato, «matrimonio e unione civile hanno nel nostro ordinamento nomi diversi, ma celano un regime disciplinare, sostanzialmente, di contenuto identico»: V. Barba, *La tutela della famiglia formata da persone dello stesso sesso*, cit., p. 82.

41 Si vedano, ad esempio, la decisione della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani *X e altri c. Austria* (ric. n. 19010/07) del 19 febbraio 2013; la sentenza della Corte di cassazione italiana del 22 giugno 2016 n. 12962.

42 Sul punto, tra la letteratura, cfr. L. Giacomelli, «I ragazzi stanno bene»: *la famiglia omogenitoriale, i best interests of the child e il silenzio legislativo*, in *Jura Gentium*, 2015; D. Muscillo, *L'adozione del minore alla coppia omosessuale: la cristallizzazione di un trend giurisprudenziale. Considerazioni a margine della pronuncia della Cassazione n. 12962/2016*, in *Ricerche giuridiche*, 5, 2016, pp. 365-378; S. Celentano, *Stepchild adoption. Prove di resistenza*, http://questionegiustizia.it/articolo/stepchild-adoption_prove-di-resistenza_09-10-2017.php; M. Gattuso e A. Schillaci, *Il dialogo fra le corti minorili in materia di stepchild adoption*, in *Articolo29*, www.articolo29.it; V. Barba, *La tutela della famiglia formata da persone dello stesso sesso*, cit., p. 83, anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali e dottrinali.

43 Sulla nozione di "norma generale inclusiva" si veda N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 7-8, 100-101. Cfr. l'art. 12, comma 2, delle disposizioni preliminari al codice civile italiano.

44 B. Pastore, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 2014, pp. 23 ss., 28 ss.

45 V. Velluzzi, *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa, ETS, 2013, p. 87 ss.

46 Cfr., in argomento, F. Modugno, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enciclopedia giuridica*, XXVII, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1991, pp. 2-5, 8-10; B. Pastore, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, cit., pp. 41-49; G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 65 ss., 73 ss.

La positivizzazione giuridica configura un'attività che avviene nel tempo ad opera di organi cui è attribuita una competenza normativa. Essa, soprattutto negli Stati costituzionali, richiede che tali organi compiano scelte coerenti con l'ordinamento, alla luce di precisi vincoli di contenuto, in riferimento a norme "superiori", e, quando si ha a che fare con i diritti degli individui, assumano come criterio orientativo il principio dell'eguaglianza giuridica nelle sue diverse declinazioni⁴⁷. L'eguaglianza giuridica, infatti, è da intendere come applicazione corretta delle regole, come produzione di regole ragionevoli, nel senso di non arbitrarie, come attribuzione a tutti degli stessi diritti fondamentali, come rimozione degli ostacoli al perseguimento dei progetti di vita, rispettando l'identità di ciascuno⁴⁸.

L'eguaglianza, così, gioca un ruolo centrale nella dinamica interna del diritto, connettendosi alle sue potenzialità evolutive, secondo una logica che, al fine di fornire soluzioni a nuovi problemi, interviene attraverso l'elaborazione delle implicazioni di considerazioni incorporate nel diritto stesso⁴⁹. Il principio di eguaglianza rileva, propriamente, come quella ragione operativa che fornisce la forza motivante, indicando il percorso da seguire in vista di determinati obiettivi⁵⁰. Gli organi dotati di competenza normativa risultano vincolati da doveri che prescrivono le finalità al cui servizio i poteri devono essere esercitati. Tali finalità sono incorporate nei principi giuridici (generali e fondamentali). Di fronte a casi che ricadono sotto questi principi, le istituzioni, alle quali sono conferiti poteri orientati, sono chiamate a sviluppare il diritto, adeguandolo alle diverse circostanze, per realizzare il fine fissato dal principio⁵¹.

Se l'eguaglianza costituisce un criterio-guida del diritto e ne manifesta la logica "esigente" di sviluppo interno, va detto che il tema del riconoscimento dei diritti civili delle persone omosessuali richiede la sua attrazione nell'orbita di ciò che è meritevole di valore e, dunque, di tutela. È, questo, un potente argomento a favore della non discriminazione⁵² e della promozione del diritto alla realizzazione della personalità, nelle sue variegate manifestazioni legate alla concretezza delle situazioni esistenziali, tra le quali rientrano gli stili di vita e le scelte affettive.

In questa direzione, il concetto di vulnerabilità può fungere da dispositivo euristico⁵³, e da indicatore qualitativo e/o quantitativo⁵⁴, che permette di esaminare le assunzioni e i pregiudizi insiti nelle pratiche legale, sociali e culturali e di predisporre soluzioni, di carattere correttivo e implementativo, orientate all'eguale considerazione e rispetto e alla tutela del diritto all'autonomia.

L'eguaglianza, pertanto, è da intendere anche come esito di determinati processi decisionali (legislativi, giurisdizionali, amministrativi), volto a dare attuazione alla promessa, propria del costituzionalismo contemporaneo, di garantire rispetto e giustizia per tutti gli individui, indipendentemente dalle loro differenti identità.

3. "Politica dell'umanità" e diritto

Il tema dell'orientamento sessuale, in quanto caratteristica che riguarda la ricerca di una vita dotata di senso e, dunque, come qualcosa la cui limitazione o restrizione infligge danni (a meno che non si violino i diritti degli altri), pone in primo piano l'idea di un eguale rispetto per le persone, che, associata alla libertà e all'autonomia individuali, partecipa della configurazione dei contenuti degli ordinamenti costituzionali⁵⁵. Tale idea assume una significativa valenza espansiva, connessa alla effettiva tutela dei diritti. La dimensione ordinamentale dei diritti produce, infatti, conseguenze importanti nell'articolazione interna del diritto. È possibile parlare, in proposito, di un "effetto di irradiazione"⁵⁶, sicché l'attivi-

47 Cfr., al riguardo, R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali* (1994), Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 421-462.

48 L. Gianformaggio, *L'eguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?*, in Ead., *Eguaglianza, donne e diritto*, cit., p. 65 ss.

49 Cfr. J. Raz, *La logica interna del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 14, 1984, pp. 381-383.

50 J. Raz, *La logica interna del diritto*, cit., p. 385.

51 J. Raz, *La logica interna del diritto*, cit., pp. 387, 395.

52 G. Zanetti, *L'orientamento sessuale*, cit., pp. 130-134.

53 M.A. Fineman, *Il soggetto vulnerabile e lo Stato responsabile*, cit., p. 166.

54 S. Zullo, *Lo spazio sociale della vulnerabilità tra «pretese di giustizia» e «pretese di diritto»*, cit., pp. 477-480.

55 Cfr. M.C. Nussbaum, *Disgusto e umanità*, cit., pp. 67-69, 101-102.

56 R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., pp. 555-559.

tà giuridica va vista come vincolata al rispetto dei diritti che, interagendo con tutte le fonti di un sistema vieppiù complesso, diventano *guidelines* per la formazione delle decisioni giuridiche⁵⁷.

La protezione delle sfere di libertà e autonomia, al cui interno possono essere compiute scelte importanti per la propria vita, è un compito fondamentale. Esso presuppone l'assunzione della prospettiva normativa dell'"altro generalizzato", che ci insegna a riconoscere gli altri membri della comunità come portatori di diritti e a comprenderci «come persone giuridiche nel senso che possiamo essere sicuri dell'adempimento sociale di determinate nostre esigenze»⁵⁸. Tale prospettiva presenta importanti collegamenti con quella che è stata definita la *politica dell'umanità*⁵⁹, da intendere come atteggiamento implicante la capacità di comprendere e immaginare l'altro, di sintonizzarsi con lui, insieme alla capacità di lasciarsi coinvolgere nelle sofferenze e nelle speranze altrui.

L'eguale rispetto dovuto a tutti gli individui in materia di orientamento sessuale presuppone che le persone possano immaginare ciò che gli altri/le altre perseguono e possano riconoscerlo come qualcosa di simile alla loro ricerca di integrità e di espressione personale e sessuale. Questa capacità di immaginazione ha un ruolo fondamentale nell'odierno modo di considerare l'eguaglianza, che comporta il vedere la comune umanità⁶⁰, posto che l'altro è "uno come noi".

Centrale, allora, è il ruolo del diritto come linguaggio dell'interazione, con la garanzia che esso fornisce di relazioni simmetriche di riconoscimento nei rapporti intersoggettivi, sicché siano rispettati alcuni beni essenziali legati alla dignità delle persone, mantenendo le condizioni generali all'interno delle quali tutti possano dare forma adeguata alla propria esistenza e abbiano le stesse opportunità e la pari possibilità di realizzare le proprie scelte.

57 B. Pastore, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, cit., pp. 137-138.

58 Così A. Honneth, *Lotta per il riconoscimento*, cit., p. 132. Sulla nozione di "altro generalizzato" cfr. *ivi*, pp. 97 ss., 105 ss. Si veda anche S. Benhabib, *Situating the Self. Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics*, Cambridge, Polity Press, 1992, pp. 158-170.

59 L'espressione è di M.C. Nussbaum, *Disgusto e umanità*, cit., pp. 70, 107-108.

60 M.C. Nussbaum, *Disgusto e umanità*, cit., p. 110.