

GenIUS

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

MICHELE DI BARI

Democrazia diretta e diritti delle persone LGBT.
Una prospettiva comparata

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

online first
destinato a GenIUS 2020-1

Democrazia diretta e diritti delle persone LGBT. Una prospettiva comparata

Sommario

1. Introduzione. - 2. Democrazia diretta: alcune brevissime riflessioni preliminari. - 3. I referendum sui diritti delle coppie dello stesso sesso. - 3.1. Casi in cui i diritti LGBT hanno prevalso. - 3.1.1. Il caso californiano. - 3.1.2. Il caso irlandese. - 3.1.3. Il caso taiwanese. - 3.2. Casi in cui i diritti LGBT sono stati messi sotto pressione. - 3.2.1. Il caso croato. - 3.2.2. Il caso sloveno. - 3.2.3. Il caso slovacco. - 3.2.4. Il caso romeno. - 4. Riflessioni conclusive.

Abstract

Il presente articolo si pone in continuità rispetto ad un altro articolo pubblicato su questa rivista avente ad oggetto un'analisi sull'utilizzo degli strumenti di democrazia diretta nel delicato ambito dei diritti della minoranza LGBT. Il numero degli ordinamenti presi in considerazione (California, Croazia, Irlanda, Romania, Slovacchia, Slovenia, Taiwan), così come l'arco temporale dell'indagine (2008-2019) possono fornire un'immagine abbastanza chiara di questo fenomeno. In particolare, dopo una esposizione relativa ai dati fino ad ora disponibili relativi alle consultazioni popolari sull'introduzione (o il divieto) del *same-sex marriage*, si proverà a fornire degli spunti di riflessione circa l'opportunità – per un ordinamento democratico costituzionale – di prevedere il ricorso al referendum nella definizione degli spazi di libertà di una minoranza.

In the path already drawn by another article published in this journal, concerning the analysis on the use of direct democracy in the delicate sphere of LGBT minority rights, this contribution tries to enhance the investigation. The number of analyzed countries (namely, California, Croatia, Ireland, Romania, Slovakia, Slovenia, Taiwan), as well as period of investigation (2008-2019) can provide a clear picture of this phenomenon. In particular, after an examination of all available data related to popular vote on the introduction (or ban) of same-sex marriage, this article will debate over the opportunity – for a constitutional democratic system – to allow the use of the referendum to define the «boundaries» of minorities' fundamental freedoms.

* Ricercatore di Diritto Pubblico Comparato presso l'Università degli Studi di Padova.

1. Introduzione

In passato questa rivista ha già ospitato una riflessione sul tema della democrazia diretta usata in contrapposizione ai diritti delle persone LGBT, in particolare con riferimento al riconoscimento giuridico delle unioni tra persone dello stesso sesso¹.

Proprio in questo solco già tracciato, il presente contributo si prefigge di ampliare l'orizzonte temporale e spaziale dell'analisi, ponendo ulteriori dubbi circa l'utilizzo di strumenti di democrazia diretta per la definizione degli spazi di libertà di una minoranza sociale.

La realtà che attiene ai diritti delle persone LGBT si è contraddistinta per un processo evolutivo che ha visto coinvolti sia le assemblee legislative, sia i giudici, in un lento ma continuo lavoro di affermazione di nuovi diritti.

Un processo che – anche alla luce di sentenze che hanno saputo oltrepassare il *majority mood*² (vedi *infra*, caso Californiano) – si è caratterizzato da forti contrapposizioni ideologiche da parte di alcuni gruppi sociali. Per questo motivo, il ricorso all'uso di strumenti di democrazia diretta è stato avvertito da alcuni come un ulteriore e diverso mezzo di contrapposizione politica³, idoneo a contrastare quelle riforme ordinamentali ottenute, o per mezzo legislativo, o grazie ad un rimodellamento giurisprudenziale di norme già esistenti.

Le ragioni per cui si sente il bisogno di proseguire un'indagine in questo contesto sono principalmente due: (1) vi è ancora la necessità di comprendere meglio come funzioni, o meglio, quali siano gli esiti di un coinvolgimento popolare diretto in contesti altamente caratterizzati da visioni stereotipate della realtà; (2) stante la fluidità delle trasformazioni sociali ed ordinamentali⁴, è essenziale comprendere se sia opportuno o meno, lasciare i diritti fondamentali alla mercé del voto popolare diretto, in particolare senza prevedere alcun contrappeso – come ad esempio la necessità di raggiungere un quorum adeguato – per validare l'esito della consultazione.

Si utilizzerà la comparazione giuridica come strumento capace di agevolare la comprensione di un fenomeno giuridico e sociale complesso⁵ (*id est*, voto popolare diretto relativo ai diritti delle per-

- 1 In questa rivista, sempre in relazione all'utilizzo dei referendum come strumento idoneo a diminuire i diritti delle minoranze sessuali, si veda l'ottimo contributo di N. PALAZZO - M. TOMASI, *I referendum in materia di diritti delle coppie omosessuali: minoranze e vox populi*, in *Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere GenIUS*, n. 1, 2016, pp. 89-103
- 2 Ci si riferisce all'atteggiamento contro-maggioritario delle Corti costituzionali rispetto ai diritti di minoranza. Sul punto, un interessante spunto di riflessione è offerto da M. C. DORF, *The Majoritarian Difficulty and Theories of Constitutional Decision Making*, in *Journal of Constitutional Law*, vol. 13, n. 2, 2010, pp. 283 ss.
- 3 T. DONOVAN, *Direct democracy and campaign against minorities*, in *Minnesota Law Review*, vol. 97, 2013, pp. 1739 ss.
- 4 Ci si riferisce al fatto che esistono tuttora sistemi in cui non è prevista alcuna forma di riconoscimento legislativo, e sistemi in cui vi sono state aperture in tal senso, ma vi potrebbero comunque essere ulteriori riforme orientate ad equiparare le unioni tra individui, indipendentemente dall'orientamento sessuale dei coniugi (il c.d. matrimonio egualitario).
- 5 Il metodo comparato impone, ovviamente, una selezione dei diversi *case studies* attraverso un approccio metodologico che sia idoneo ad inquadrare la questione – nel nostro caso i referendum relativi alle coppie dello stesso sesso – tenendo conto della «comparabilità» tra i diversi fenomeni giuridico-sociali. Per questo motivo, si utilizzerà il metodo sistematico e multi-culturale rispetto ai sistemi *comparandi*. Sulla scelta del metodo, si veda, R. MICHAELS, *The Functional Method of Comparative Law*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMAN (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, pp. 364 ss.; R. MICHAELS, *Two Paradigms of Jurisdiction*, in *Michigan Journal of International Law*, vol. 27, n. 4, 2006, pp. 1003-1069. Come osserva Van Hocke, 'comparing domestic law with the way the same area has been regulated in one or more countries has become almost compulsory in doctrinal legal research'. M. VAN HOECKE, *Methodology of Comparative Legal Research*, in *Law and Method*, vol. 12, 2015, p. 1. Come osserva Scarciglia, 'legal scholars might use comparison to do research, lawmakers to elaborate new piece of legislation, judges to adjudicate'. R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, Cedam, 2018, p. 43.

sone omosessuali) che, pure in contesti molto diversi, si presenta con diverse similitudini, permettendo quindi di ragionare compiutamente sull'opportunità di lasciare al popolo (anzi, come si vedrà ad una modesta parte di esso) la facoltà di comprimere o espandere i diritti delle minoranze⁶.

Per questioni di economia espositiva, in questo contributo non ci si soffermerà su una analisi approfondita dei meccanismi preposti all'esercizio del voto popolare diretto. Per questo, si rinvia agli innumerevoli scritti in materia⁷. Dunque, si inquadrerà in modo molto generale i modelli di democrazia diretta esistenti, senza entrare nello specifico di ognuno di essi.

Nella terza sezione, si distingueranno ed analizzeranno due diversi gruppi: (i) un primo gruppo (California, Irlanda, e Taiwan, in ordine cronologico in relazione all'anno in cui si sono svolte le consultazioni) formato, rispettivamente, da un paese nel quale il voto popolare ha favorito le persone LGBT (Irlanda), e due ordinamenti dove – nonostante la contrarietà espressa attraverso il voto popolare diretto – le Corti hanno giocato un ruolo di garanzia rispetto ai diritti delle persone con un diverso orientamento sessuale; (ii) un secondo gruppo (Croazia, Slovenia, Slovacchia, Romania) che include quei paesi dove vi sono stati sia tentativi di introduzione per via legislativa di forme di riconoscimento per le coppie dello stesso sesso, ma il voto popolare diretto si è posto in antitesi a tali riforme (*ex post*), sia tentativi di introdurre, *ex ante*, dei limiti costituzionali all'introduzione di forme di riconoscimento. Proprio in tali ordinamenti, si osserverà come il ruolo dei giudici costituzionali si sia fortemente differenziato rispetto a quanto osservabile all'interno del primo gruppo esaminato⁸.

Una volta terminata l'analisi dei *case studies*, si tenterà una riflessione conclusiva.

2. Democrazia diretta: alcune brevissime riflessioni preliminari

Durante le elezioni, gli aventi diritto sono chiamati ad esprimere una preferenza rispetto ad un candidato che li andrà a rappresentare, ed è questo il presupposto logico di una democrazia rappresentativa.

Diversamente, quando si è di fronte ad iniziative popolari o referendum, gli individui sono chiamati a rispondere ad un quesito che concerne una determinata scelta legislativa, ed agiscono, quindi, determinando (o meno) *in modo diretto* una modifica ordinamentale⁹. In altre parole, se in una tornata elettorale si tratta di una *scelta sulla persona* (da eleggere), quando si ricorre alla democrazia diretta tutto si focalizza *sulla questione* (da approvare/rifiutare).

È bene ricordare, che quando si tenta una sistematizzazione degli istituti di democrazia diretta, una prima differenziazione attiene alla distinzione tra iniziative popolari e referendum *stricto sensu*¹⁰.

⁶ Sul punto, interessante il contributo di T. DONOVAN, *Direct democracy and campaign against minorities*, in *Minnesota Law Review*, vol. 97, 2013, pp. 1739 ss.

⁷ Si veda, ad esempio, E. PALICI DI SUNI ELISABETTA, E. GARCIA, M. ROGOFF, *Gli istituti di democrazia diretta nel diritto comparato*, Cedam, 2018; P. V. ULERI, *Institutions of Citizens' Political Participation in Italy: Crooked Forms, Hindered Institutionalization*, in M. SETÄLÄ, T. SCHILLER (eds.), *Citizens' Initiatives in Europe: Procedures and Consequences of Agenda-Setting by Citizens*, Palgrave Macmillan, 2012; L. MOREL, *Referendum*, in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012, pp. 457 ss. M. SUSKI, *Bringing in the People: A Comparison of Constitutional Forms and Practices of the Referendum*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993;

⁸ Sugli sviluppi giurisprudenziali in materia di diritti delle persone LGBT, si rinvia a A. SPERTI, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle corti costituzionali*, Pisa University Press, 2014.

⁹ L. MOREL, *Referendum*, in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012, pp. 457 ss.

¹⁰ M. SUSKI, *Bringing in the People: A Comparison of Constitutional Forms and Practices of the Referendum*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p.10

Nel primo caso, gli aventi diritto sono anche gli autori della proposta legislativa, mentre nel secondo caso si tratta di votare su una norma esistente, o in via di approvazione¹¹. Come si vedrà nel corso di questa analisi, i casi di studio che verranno affrontati presentano ambedue le situazioni: (a) casi in cui sono state presentate iniziative popolari «bloccanti» (perché aventi lo scopo di inserire un esplicito divieto costituzionale al matrimonio omosessuale); (b) casi in cui il referendum è stato utilizzato per impedire l'entrata in vigore di riforme che introducevano forme di riconoscimento giuridico per le coppie omosessuali.

L'attuale dibattito sugli strumenti di democrazia diretta si sta sempre più focalizzando sull'opportunità – per una democrazia costituzionale – di ampliare gli spazi di partecipazione diretta per i cittadini, anziché riscoprire l'importanza e la centralità dei processi decisionali basati sulla rappresentanza¹².

Invero, i cittadini chiamati ad esprimersi sulla preferenza per un partito politico, o per un candidato, possono disporre di una serie di informazioni generali attinenti alla visione ideologica del candidato stesso (o del suo partito) rendendo la scelta relativamente poco complessa. Per contro, quando il voto popolare si esprime direttamente, le materie oggetto del contendere possono essere le più diverse (salvo eventuali limiti costituzionali di materia), andando ad esempio dall'ambito politico (es.: «sì/no» uscita dall'Unione Europea), a quello etico morale (es.: «sì/no» divorzio)¹³.

Dunque, l'allocatione delle preferenze può non essere così semplice, stante l'impossibilità – in taluni casi – di comprendere la materia oggetto della decisione. Ancor peggio, se si tratta di un tema divisivo dal punto di vista etico o religioso, le preferenze possono essere influenzate più da uno stereotipo sociale che da dati di fatto.

Tuttavia, non si può negare che l'attuale crisi proprio della rappresentanza – che si manifesta con un decremento sempre maggiore nella partecipazione alle elezioni di ogni livello, e che si lega agli scandali dovuti ad una diffusa corruzione e cattiva amministrazione¹⁴ – abbia determinato una sempre crescente richiesta di disintermediazione tra cittadino e scelta politica¹⁵.

La parola populismo, il cui significato ha per lungo tempo evocato scenari a tinte fosche, è oggi utilizzata da alcuni in chiave positiva¹⁶, enfatizzando il ruolo del «popolo» come espressione di una pura volontà politica. La distinzione che si opera è quella tra un presunto «vero popolo» ed una «eli-

11 Per una ricostruzione, M. QVORTRUP, *Referendums Around the World*, Palgrave Macmillan, 2018. E. PALICI DI SUNI ELISABETTA, E. GARCIA, M. ROGOFF, *cit.*, 2018.

12 E. DE MARCO, *Democrazia in trasformazione: i nuovi orizzonti della democrazia diretta*, in *Federalismi.it*, n. 1, 2017, pp. 3 ss.

13 M. FATKE, *Participation and Political Equality in Direct Democracy: Educative Effect or Social Bias*, in *Swiss Political Science Review*, vol. 21, n. 1, 2014, pp. 99-118.; P. SELB, *Supersized votes: ballot length, uncertainty, and choice in direct legislation elections*, in *Public Choice*, vol. 135, n. 3, 2008, pp. 319-336; M. KANG, *Democratizing Direct Democracy: Restoring Voter Competence Through Heuristic Cues and 'Disclosure Plus'*, in *UCLA Law Review*, vol. 50, 2003, p. 1141-1188.

14 T. GINSBURG, A. HUQ, *How to Save a Constitutional Democracy*, University of Chicago Press, Chicago and London, 2018; G. ALLEGRI, A. STERPA, N. VICECONTE (eds.), *Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019; S. GARBEN, I. GOVAERE, P. NEMITZ (eds.), *Critical Reflections on Constitutional Democracy in the European Union*, Hart Publishing, Oxford, 2019; M.A. GRABER, S. LEVINSON, AND M. TUSHNET (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford University Press, Oxford, 2019; W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Break-down*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

15 G. BALDINI, *Populismo e democrazia rappresentativa in Europa*, in *Quaderni di Sociologia*, vol. 65, 2014, pp. 11-29; N. ROSSI, *Giudici popolo e populismi*, in *Questione Giustizia*, n. 1, 2019, pp. 14 ss.; P. SERRA, *Populismo, democrazia e limiti del potere politico*, in *Questione Giustizia*, n. 1, 2019, pp. 55 ss.

16 S. MOHRENBURG, R. A. HUBER, T. FREYBURG, *Love at First Sight? Populism and Direct Democracy*, (March 1, 2018) disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3375589>; J. G. MATSUSAKA, *The Eclipse of Legislatures: Direct Democracy in the 21st Century*, in *Public Choice*, vol. 124, n. 1/2, 2005, pp. 157-177.

té», che utilizzerebbe le caratteristiche tipiche dello Stato costituzionale e democratico (divisione dei poteri, metodo democratico rappresentativo, tutela dei diritti fondamentali) per impedire una corretta espressione della volontà del cittadino comune¹⁷.

Tra coloro che sostengono la necessità di un maggiore sviluppo degli istituti di democrazia diretta, alcuni sono convinti che vi sia un reale bisogno di ricorrere al popolo in chiave «correttiva», ossia al fine di correggere quanto deciso, ad esempio in sede parlamentare, in quanto lontano dalle preferenze dell'elettorato¹⁸. Sulla stessa base concettuale, pur con qualche differenziazione, si collocano coloro che vedono nella democrazia diretta un supporto alla rappresentanza, nella misura in cui, stante la possibilità per il popolo di annullare una decisione attraverso il referendum, il legislatore eviterebbe già in partenza di approvare un testo che non gode di ampio consenso¹⁹.

Ciò nonostante, come sottolineato in dottrina, non solo giuridica, ma anche politologico-sociale, un uso frequente di strumenti di democrazia diretta non ha evidenziato un miglioramento, in termini qualitativi, nel funzionamento dei sistemi democratici²⁰.

Anzi, si ritiene che rispetto al comune cittadino, i rappresentanti siano meglio equipaggiati per affrontare una qualsivoglia riforma legislativa, perché in grado, durante la tutta la fase deliberativa, di operare riflessioni autonome e ponderate, anziché affidarsi, per mancanza di tempo e strumenti conoscitivi idonei allo scopo, al suggerimento di questo o quel partito, o ad un messaggio stereotipato diffuso dai media²¹.

In aggiunta, se si osserva l'evoluzione storica di quei sistemi dove è più semplice ricorrere a referendum o iniziative popolari, salvo rare eccezioni, le percentuali relative all'affluenza tendono a decrescere nel tempo²², cosicché il risultato di una consultazione (laddove non sia previsto un quorum, o esso sia relativamente basso) non sia altro che il riflesso di una visione minoritaria – quella appunto di chi promuove la consultazione – rispetto ad una determinata questione.

Al fine di diminuire i possibili «effetti collaterali» rispetto all'uso della democrazia diretta, il ruolo di garanzia svolto da alcuni organi costituzionali diviene essenziale. Non di rado infatti, le iniziative popolari possono essere oggetto di valutazione, sia preliminare rispetto al voto, sia in relazione all'esito dello stesso.

In buona parte degli ordinamenti giuridici contemporanei²³, i meccanismi di controllo riguardanti lo svolgimento di consultazioni referendarie si concentrano su: (i) i soggetti costituzionalmente legittimati a richiedere la consultazione, rispettando vincoli precisi; (ii) le modalità in cui si sviluppa la campagna informativa pre-voto; (iii) le regole attinenti al voto stesso, ossia sull'esistenza o meno di una percentuale minima di votanti per poter ritenere valido l'esito della consultazione; (iv) le modalità in cui viene redatta la proposta (nel caso delle iniziative popolari), ossia se essa debba essere formulata con lo schema utilizzato per la classica presentazione di un disegno di legge alle aule parlamentari.

17 H. KRIESI, *The Populist Challenge*, in *West European Politics*, vol. 37, n. 2, 2014, pp. 363 ss.

18 P. LE BIHAN, *Popular Referendum and Electoral Accountability*, in *Political Science Research and Methods*, vol. 6, n. 4, 2018, pp. 715-731.

19 T. BESLEY, S. COATE, *Issue Unbundling via Citizens' Initiatives*, in *Quarterly Journal of Political Science*, vol. 3, 2008, pp. 379-397; E. R. GERBER, *Legislative response to the threat of popular initiatives*, in *American Journal of Political Science*, vol. 40, n. 1, 1996 pp. 99-128.

20 L. MOREL, *cit.*, p. 457.

21 P. SELB, *cit.*, pp. 323 ss.

22 S. CHAMBERS, *Constitutional referendums and democratic deliberation*, in M. MENDELSON, A. PARKIN (eds.), *Citizens, Elites and Deliberation in Referendum Campaigns*, Palgrave Macmillan, 2011.

23 M. FATIN-ROUGE STEFANINI *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*, Presses universitaires d'Aix-Marseille Economica, 2004, pp. 167 ss.

Per quanto invece attiene alla modalità con cui viene proposta la questione oggetto di voto, anche l'uso delle parole può diventare rilevante. Quindi, la mancata chiarezza nella formulazione della domanda può determinare l'impossibilità a potersi procedere con la votazione (a questo riguardo, sia la Croazia²⁴ che la California²⁵ prevedono questo tipo di verifica).

In relazione alla natura stessa della questione proposta – ossia alla materia – il controllo di ammissibilità può anch'esso incidere sulla possibilità di arrivare o meno al voto²⁶. Infatti, laddove esistono limiti costituzionali di materia, i promotori sono impossibilitati a procedere con la richiesta di un referendum se la Costituzione sottrae tale materia alla possibilità di voto popolare diretto. È il caso, come si vedrà in questo contributo, di quegli ordinamenti – come ad esempio la Slovacchia²⁷ – dove la c.d. *irrevocability clause* non permette di sottoporre a referendum le libertà costituzionalmente garantite.

3. I referendum sui diritti delle coppie dello stesso sesso

A livello globale, le scelte legislative adottate per il riconoscimento delle coppie formate da persone LGBT differiscono sensibilmente. Infatti, se vi sono alcuni ordinamenti giuridici²⁸ dove ormai non esiste più alcun tipo di differenziazione tra coppie omosessuali e coppie eterosessuali, nella stragrande maggioranza degli ordinamenti moderni dove è stata prevista una forma di riconoscimento, esiste ancora una netta distinzione²⁹ tra l'istituto del matrimonio (tradizionale) e le altre forme di

24 R. PODOLNĀK, *Constitutional Reforms of Citizen-Initiated Referendum Causes of Different Outcomes in Slovenia and Croatia*, in *Revus*, vol. 26, 2015, pp. 143 ss.

25 D. C. LEWIS, *Direct Democracy and Minority Rights: Same-Sex Marriage Bans in the U.S. States*, in *Social Science Quarterly*, vol. 92, n. 2, 2011 pp. 364 ss; T. DONOVAN, cit., pp. 1746 ss.

26 K. PÓCZA (ed.), *Constitutional Politics and the Judiciary*, Routledge, Oxford, 2018; M. BELOV (ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law. Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary*, 1st Edition, Routledge, Oxford, 2019; C. LANDFRIED (ed.), *Judicial power. How Constitutional Courts affect political transformations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019; E. GARCIA, E. PALICI DI SUNI, M. ROGOFF, *supra note 3*, pp. 103 ss.

27 L'art. 93, para. 3, della Costituzione slovacca recita: "*If the subject of the referendum would reduce human rights to such a degree that it would jeopardise the nature of the rule of law, such a referendum would not be constitutionally acceptable [...] In the Slovak Republic, by comparison, the inalterability of constitutional provisions guaranteeing fundamental rights and freedoms is protected primarily by Article 12.1 of the Constitution (Basic rights and freedoms are irrevocable, inalienable, imprescriptible, and indefeasible.), but provisions with the same purpose are undoubtedly included also in Article 93.3 of the Constitution*". Slovakian Constitutional Court, decision 2014-3-003, 28/12/2014, disponibile in inglese su: <https://www.ustavnysud.sk/en/zakladne-pravne-dokumenty> (ultima visita 07/01/2020).

28 Il continente europeo rappresenta un punto di vista privilegiato. I Paesi Bassi sono stati il primo paese ad introdurre il matrimonio egualitario. Oggi, tale evoluzione legislativa riguarda: Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Irlanda, Lussemburgo, Malta, Portogallo, Spagna, Svezia e Regno Unito. Per quanto attiene, le c.d. unioni civili/registrate, esse sono previste in Austria, Belgio, Croazia, Cipro, Repubblica Ceca, Estonia, Francia, Grecia, Ungheria, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Slovenia e Regno Unito. Su un versante maggiormente restrittivo troviamo Bulgaria, Croazia, Ungheria, Lettonia, Lituania, Polonia e Slovacchia, che hanno costituzionalmente definito il matrimonio come unione tra uomo e donna.

29 Si pensi, ad esempio al caso italiano dove anche la giurisprudenza costituzionale sembra aver avvalorato la tesi secondo cui non vi sarebbero nemmeno i presupposti costituzionali per poter introdurre il matrimonio same-sex nel nostro ordinamento, stante una formulazione dell'art. 29 Cost. da doversi interpretare secondo i canoni ermeneutici del codice civile degli anni quaranta del novecento. Sul punto, M. WINKLER, *Same-Sex Marriage and Italian Exceptionalism*, in *ICL Journal*, vol. 12, n. 4; M. DI BARI, *La sentenza n.170/2014 della Corte costituzionale: un discorso tutto italiano*, in questa Rivista, n. 1, 2014.

unione tra persone³⁰.

In questo contesto, non si può dimenticare come queste evoluzioni normative si siano caratterizzate per una forte contrapposizione ideologica da parte di quei gruppi conservatori che vedevano (e vedono) ogni forma di riconoscimento delle unioni same-sex come un attentato alla c.d. famiglia tradizionale. Proprio questi gruppi, si sono fatti promotori di istanze referendarie, o iniziative popolari che, come si vedrà, hanno avuto l'obiettivo di fermare l'affermazione dei diritti LGBT.

3.1. Casi in cui i diritti LGBTI hanno prevalso

Nei prossimi paragrafi si andranno ad analizzare quegli ordinamenti in cui è prevalso un atteggiamento di «apertura» nei confronti dei diritti delle coppie omosessuali. L'analisi quindi, seguendo un ordine di tipo cronologico, affronterà dapprima il contesto californiano, successivamente il referendum irlandese che ha modificato la Costituzione permettendo il matrimonio same-sex, ed infine Taiwan dove la spinta verso il rinascimento giuridico delle unioni LGBT ha subito un'accelerazione grazie all'intervento della Corte costituzionale³¹.

3.1.1. Il caso californiano

Sin dal 2015, in seguito alla notissima decisione del caso *Obergefell v. Hodges*³², negli Stati Uniti il matrimonio tra persone dello stesso sesso è possibile in tutti i cinquanta Stati della Federazione. In questa storica sentenza, la Corte Suprema ha, infatti, chiarito come “[t]he right of same-sex couples to marry that is part of the liberty promised by the Fourteenth Amendment”³³.

Nondimeno, il percorso verso il riconoscimento giuridico – che è stato tutt'altro che lineare – può dirsi iniziato negli Stati Uniti già nel 1993, a seguito della sentenza della Corte Suprema delle Hawaii che fece un primo prudente passo in questa direzione nel caso *Baer*³⁴.

In questa sentenza i supremi giudici affermarono per la prima volta che ritenevano indispensabile che lo Stato dimostrasse l'esistenza di un *compelling state interest* se il fine era quello di limitare alle sole coppie eterosessuali l'istituto del matrimonio³⁵.

³⁰ Nell'Unione Europea, anche dove persiste una «resistenza normativa», ossia in quei paesi dove il riconoscimento giuridico delle coppie LGBT stenta ad affermarsi, è intervenuta, in chiave per così dire suppletiva, la Corte di Giustizia. Infatti, La Corte, nel caso *Coman* (causa C-673/16), ha chiarito come «coniuge» (o partner o qualsiasi altro familiare) ai sensi della direttiva 2004/38 / CE comprende ogni coniuge indipendentemente dall'orientamento sessuale; Gli Stati membri sono quindi tenuti a conferire il diritto di soggiorno al coniuge straniero di un cittadino dell'Unione europea anche dello stesso sesso.

³¹ Anche in Australia i sono stati chiamati ad esprimersi nel c.d. *Australian Marriage Law Postal Survey*, ossia un sondaggio elettorale finalizzato a comprendere l'orientamento degli elettori in relazione all'introduzione del matrimonio egualitario. Il sondaggio postale si è svolto tra il 12 settembre ed il 7 novembre 2017. Hanno partecipato il 79,5% degli Australiani, ed il 61,6 % ha dichiarato di essere favorevole all'introduzione del matrimonio same-sex. Ciò nonostante, questo tipo di sondaggio elettorale non è assimilabile ad una consultazione popolare di tipo referendario, stante anche l'assenza di un vincolo per il legislatore rispetto al risultato (se non in termini di politici). Per questa ragione il caso australiano non è stato considerato in questa analisi. I dati sulla consultazione sono disponibili qui <https://www.abs.gov.au/ausstats/abs@.nsf/mf/1800.0> (ultima visita, 20/12/2019).

³² *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

³³ *Ibidem*, p. 19.

³⁴ *Baer v. Lewin*, 852 P.2d. 44 (Hawaii, 1993).

³⁵ È noto che nella giurisprudenza americana, tutte le volte che ci si trova di fronte ad un conflitto tra un atto normativo ed una situazione giuridica soggettiva, il giudice deve valutare se l'interesse (governativo) perseguito supera i *levels of scrutiny*. A seconda dei casi, il giudice può adottare diversi livelli di controllo. Si potrebbe collocare idealmente i *levels of scrutiny*.

Questa sentenza scatenò un'immediata risposta da parte dei gruppi conservatori, che si tradusse nella richiesta di un *constitutional ban* per fermare ogni possibile tentativo da parte del legislatore statale di introduzione del *same-sex marriage*.

Quindi, furono numerose le iniziative popolari promosse in molti degli Stati della Federazione al fine di modificare le Costituzioni statali e renderle «impermeabili» ai diritti delle coppie omosessuali³⁶.

In questa cornice, la California rappresenta un caso emblematico in cui istanze popolari veicolate attraverso gli strumenti di democrazia diretta, sono entrate in conflitto con le tutele costituzionali offerte attraverso la *judicial review*.

Già nel 2000, un primo tentativo in via ordinaria, ossia senza modifiche costituzionali, volto ad eliminare ogni possibilità di introduzione del matrimonio egualitario ebbe successo attraverso la *Proposition 22*, che modificò il codice di famiglia californiano stabilendo che il matrimonio fosse esclusivamente l'unione tra un uomo ed una donna³⁷.

Successivamente, in una sentenza che ha visto i giudici supremi dividersi nettamente (quattro a tre), la Corte Suprema californiana dichiarò incostituzionale il divieto relativo al matrimonio tra persone dello stesso sesso³⁸. Da quel momento, in diverse città della California, numerose licenze matrimoniali vennero richieste ed ottenute da partner dello stesso sesso.

Ciò nonostante, ancor prima del deposito della sentenza, i gruppi contrari al matrimonio same-sex iniziarono la campagna per l'approvazione della *Proposition 8*, un'iniziativa popolare finalizzata ad introdurre una modifica costituzionale – dunque ben più incisiva della *Proposition 22* – che bloccasse ogni possibilità per le coppie dello stesso sesso. Nello specifico, la *Proposition 8* sottoponeva all'elettorato una novella costituzionale che aggiungeva al testo della Costituzione le seguenti parole: “*only marriage between a man and a woman is valid or recognized in California*”.

Anche in questo caso, la consultazione fu un successo per i promotori. L'affluenza raggiunse il 50,1 % degli aventi diritto (sufficiente per la validità del risultato³⁹), con un 52,24% di voti favorevoli

tiny come esistenti su uno spettro, dove il *rational-basis review* è ad una estremità (il più basso livello di controllo, ossia quando non si discute di diritti fondamentali) ed il *strict scrutiny* (il più alto livello di controllo, in relazione ad una potenziale violazione dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti) dall'altra. In mezzo, l'*intermediate scrutiny*. Se quando si utilizza il *rational-basis review* il controllo del giudice è teso a verificare se una legge è razionalmente correlata ad un interesse governativo legittimo (reale o ipotetico), quando si adotta lo *strict scrutiny* il giudice è tenuto ad annullare un provvedimento legislativo a meno che l'organo statale non sia in grado di dimostrare che ci si trova di fronte ad «*compelling interest*» e che la norma è formulata in modo da ledere il meno possibile il diritto fondamentale garantito attraverso misure proporzionalmente idonee a raggiungere l'interesse pubblico. Per quanto invece attiene l'*intermediate scrutiny*, per superare il test di controllo è necessario dimostrare che la legge o la politica oggetto di impugnazione promuove un importante interesse pubblico mediante mezzi sostanzialmente connessi a tale interesse. Per un approfondimento, E. CHERMERINSKY, *The Rational Basis Test Is Constitutional (and Desirable)*, in *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, vol. 14, 2016, pp. 401 ss; R.H. FALLON, *Strict Judicial scrutiny*, in *UCLA Law Review*, vol. 54, 2007, pp. 1267 ss.

³⁶ T. DONOVAN, *cit.*

³⁷ La *Proposition*, richiesta ai sensi dell'art. 2, sez. 8, della Costituzione californiana, è stata votata dal 53,8 % degli aventi diritto, con una prevalenza di voti favorevoli pari al 61,40% del totale (i risultati sono facilmente consultabili sul sito [ballotpedia.org/California_Proposition_22_Limit_on_Marriages_\(2000\)](http://ballotpedia.org/California_Proposition_22_Limit_on_Marriages_(2000))). È interessante notare come, già prima della *Proposition 22*, in California fosse comunque precluso il matrimonio dal codice civile fin dal 1977, in cui attraverso un apposito *Assembly Bill*, il n. 607, si inserì un esplicito divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso. Si veda, A. ALQUIST, *The Honeymoon is Over, Maybe for Good: The Same-Sex Marriage Issue Before the California Supreme Court*, in *Chapman Law Review*, vol. 12, n. 23, 2008, p. 25.

³⁸ *In re Marriage Cases*, 183 P3d 384 (Cal. 2008). Sul punto, A. S. LEONARD, *Backlash and Marriage Equality*, in *Indiana Journal of Law and Social Equality*, vol. 2, n. 2, 2014.

³⁹ L'art. 2, sez. 10, della Costituzione californiana stabilisce che “*An initiative statute or referendum approved by a majority of*

all'introduzione del *constitutional ban*⁴⁰.

La reazione dei movimenti a difesa dei diritti delle persone LGBT non si fece attendere, concretizzandosi in un ricorso avverso alla *Proposition 8*, dato che i ricorrenti consideravano quest'ultima, non già un emendamento alla Costituzione californiana, quanto semmai una vera e propria revisione complessiva del testo e delle garanzie costituzionali in esso previste, vietata ai sensi dell'art. 2, sez. 8, lettera d Cost. Cal.

Tale prospettiva non è stata però condivisa dalla Corte Suprema dello Stato.

Infatti, in una sentenza decisa sei ad uno, i giudici hanno ritenuto valida la *Proposition 8*, pur considerando che tutti i matrimoni celebrati prima dell'introduzione della modifica costituzionale fossero da considerarsi validi⁴¹.

Ad un anno di distanza, nel 2010, la questione è nuovamente finita di fronte ad un giudice, questa volta alla *District Court for the Northern District of California*⁴² dove il giudice Walker ha ribaltato completamente l'argomentazione portata avanti in *Strauss v. Horton* dalla Corte suprema californiana. Secondo il giudice federale, "An initiative measure adopted by the voters deserves great respect. [...] When challenged, however, the voters' determinations must find at least some support in evidence. This is especially so when those determinations enact into law classifications of persons⁴³. Conjecture, speculation and fears are not enough. Still less will the moral disapprobation of a group or class of citizens suffice, no matter how large the majority that shares that view. [...] As such, Proposition 8 is beyond the constitutional reach of the voters or their representatives⁴⁴ [...] California's obligation is to treat its citizens equally, not to «mandate [its] own moral code»"⁴⁵. Quindi, pur riconoscendo tutto il necessario rispetto per l'espressione della volontà popolare, secondo la Corte federale l'esercizio della sovranità popolare non poteva che essere limitato da quelle garanzie costituzionali che vedono nell'uguaglianza un'irriducibile clausola di salvaguardia, rispetto a visioni (individuali) stereotipate della realtà.

La autorità californiane non appellarono la sentenza.

Al contrario, contro questa decisione fecero invece ricorso alla Corte Suprema degli Stati Uniti i promotori della *Proposition 8*⁴⁶. Tuttavia, la Corte ha ritenuto di non potersi esprimere nel merito del-

votes thereon takes effect the day after the election unless the measure provides otherwise'.

40 I dati sono disponibili online, *Supplement to the Statement of Vote Statewide Summary Propositions*, <https://elections.cdn.sos.ca.gov/sov/2008-general/ssov/10-ballot-measures-statewide-summary-by-county.pdf> (ultima visita, 10/09/2019).

41 La Corte ha concluso che la '*Proposition 8 constitutes a permissible constitutional amendment (rather than an impermissible constitutional revision)* [and] *the marriages of same-sex couples performed prior to the effective date of Proposition 8 remain valid*'. Corte Suprema californiana, *Strauss v. Horton*, 46 Cal.4th, p. 135.

42 *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F. Supp. 2d 921 (N.D.Cal. 2010). Il testo della decisione è disponibile online, https://socialchangenyu.files.wordpress.com/2012/09/perry-v-schwarzenegger_ndca_2010.pdf (consultato l'ultima volta il 10/11/2019). Per un approfondimento, C.J. ROSKY, *Perry v. Schwarzenegger and the Future of Same-Sex Marriage Law*, in *Arizona Law Review*, vol. 59, 2011.

43 Come sottolineato dal giudice Walker, "The arguments surrounding Proposition 8 raise a question similar to that addressed in *Lawrence*, when the Court asked whether a majority of citizens could use the power of the state to enforce «profound and deep convictions accepted as ethical and moral principles» through the criminal code. 539 U.S. at 571, 123 S.Ct. 2472. The question here is whether California voters can enforce those same principles through regulation of marriage licenses. They cannot".

44 *Ivi*, p. 18.

45 *Ivi*, p. 82.

46 S.L. KAFKER, A. D. RUSSCOL, *Standing at a Constitutional Divide: Redefining State and Federal Requirements for Initiatives after Hollingsworth v. Perry*, in *Washington and Lee Law Review*, vol. 71, 2014; R. B. SIEGEL, *Equality Divided The Supreme Court 2012 Term*, in *Harvard Law Review*, vol. 127, n.1, 2013.

la questione stante la mancanza di legittimazione al ricorso da parte dei ricorrenti. Secondo la Corte, “[a]ny person invoking the power of a federal court must demonstrate standing to do so. In other words, the litigant must seek a remedy for a personal and tangible harm⁴⁷ [...] The state officials chose not to appeal. The only individuals who sought to appeal were petitioners, who had intervened in the District Court, but they had not been ordered to do or refrain from doing anything. Their only interest was to vindicate the constitutional validity of a generally applicable California law. As this Court has repeatedly held, such a «generalized grievance» – no matter how sincere – is insufficient to confer standing”⁴⁸.

Dunque, in ultima istanza, pur se espressione diretta di una maggioranza elettorale, il tentativo di discriminare sulla base dell’orientamento non ha superato l’ostacolo posto dalla *judicial review* che ha fatto prevalere le garanzie costituzionali sul *majority mood*.

3.1.2. Il caso irlandese

Il caso irlandese, tra quelli analizzati in questa sede si presenta come un’eccezione. È infatti questo l’unico esempio in cui la decisione popolare – rispetto ad una modifica costituzionale che permetteva l’introduzione del matrimonio egualitario – ha visto prevalere i voti favorevoli⁴⁹.

L’Irlanda sorprende perché il suo tessuto sociale, fortemente influenzato dalla religione cattolica⁵⁰, ha visto per anni anche la giustizia costituzionale guardare all’omosessualità come ad un problema⁵¹.

La Costituzione irlandese non avrebbe necessitato di alcuna novella dato che l’art. 41 Cost. anche nella sua formulazione originale si presentava in modo neutro rispetto al sesso dei coniugi. Ciò nonostante, l’interpretazione fornita è sempre stata limitata ad una visione tradizionalista del modello matrimoniale.

A riprova di quanto appena detto si pensi al caso *Zappone & Gilligan v. Revenue Commissioners & Ors*, dove la suprema Corte irlandese ha negato il riconoscimento di un matrimonio contratto in

47 *Hollingsworth v. Perry*, 570 U.S. 693 (2013), p.5

48 *Ibidem*, p. 7.

49 Sul punto, Y. MURPHY, *The marriage equality referendum 2015*, in *Irish Political Studies*, vol. 31, n. 2, 2016, pp. 315 ss; J. A. ELKINK, *Understanding the 2015 marriage referendum in Ireland: context, campaign, and conservative Ireland*, in *Irish Political Studies*, vol. 32, n. 3, 2017, pp. 370 ss.; D. AMRAM, *Il cielo d’Irlanda si tinge di arcobaleno*, in questa *Rivista*, n. 2, 2015, pp. 172-178; F. RYAN, *Ireland’s Marriage Referendum: A Constitutional Perspective*. in *DPCE Online*, vol. 2015, n.2, pp. 4 ss.

50 N. PALAZZO - M. TOMASI, *cit*, p. 95.

51 *Norris v. Attorney General*, Corte Suprema Irlandese, 22 Aprile 1983. In questa sentenza, la Corte, richiamandosi alla natura cristiana dello Stato, affermò che “[o]n the ground [...] the deliberate practice of homosexuality is morally wrong, that it is damaging to the health both of individuals and the public and, finally, that it is potentially harmful to the institution of marriage, I can find no inconsistency with the Constitution in the laws which make such conduct criminal. It follows, in my view, that no right of privacy, as claimed by the plaintiff, can prevail against the operation of such criminal sanctions”. Il caso poi finì di fronte alla Corte EDU, la quale dichiarò che l’Irlanda violava l’art. 8 della CEDU. Secondo la Corte EDU in *Norris v. Ireland* (Application no. 10581/83, del 1988) “[...] as regards Ireland, it cannot be maintained that there is a “pressing social need” to make such acts criminal offences. On the specific issue of proportionality, the Court is of the opinion that such justifications as there are for retaining the law in force unamended are outweighed by the detrimental effects which the very existence of the legislative provisions in question can have on the life of a person of homosexual orientation like the applicant. Although members of the public who regard homosexuality as immoral may be shocked, offended or disturbed by the commission by others of private homosexual acts, this cannot on its own warrant the application of penal sanctions when it is consenting adults alone who are involved”.

Canada da una coppia dello stesso sesso⁵².

Nello specifico, il giudice Dunne ha sottolineato come *'the Constitution is a living instrument [and accepted] the arguments [...] to the effect that there is a difference between an examination of the Constitution in the context of ascertaining unenumerated rights and redefining a right which is implicit in the Constitution and which is clearly understood⁵³*. La Corte ha però anche sottolineato come *"in this case the court is being asked to redefine marriage to mean something which it has never done to date⁵⁴"*.

In seguito, evidenziando l'ormai inaccettabile discriminazione sofferta dalle coppie dello stesso in Irlanda, la suprema Corte ha affermato da un lato la necessità *"that the legislative changes to ameliorate these difficulties will not be long in coming*, dall'altro lato ha ricordato come fosse nelle mani del legislatore *to determine the extent to which such changes should be made⁵⁵*.

Già nel 2010 una prima risposta per via legislativa è arrivata con l'approvazione del *Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act* che ha introdotto una serie di diritti e doveri per le coppie formate da persone dello stesso sesso.

Poi, nel 2015, a seguito di un ampio dibattito pubblico sulla possibilità di aprire l'istituto matrimoniale anche ai partner same-sex, e dopo l'approvazione dell'emendamento costituzionale per la modifica dell'art. 41 Cost. da parte del *Dáil Éireann⁵⁶*, è stato dato l'avvio alla campagna referendaria.

Infatti, come previsto all'art. 47 Cost., una volta approvata una modifica costituzionale in sede parlamentare (art. 46 Cost.), la proposta deve ottenere il voto favorevole della maggioranza dei cittadini.

Il 29 agosto 2015, con una partecipazione popolare del 60,52% ed una maggioranza di voti favorevoli pari al 62,07%⁵⁷ l'emendamento è diventato una realtà.

L'emendamento ha modificato il testo dell'art. 41 Cost. che oggi recita *"Marriage may be contracted in accordance with law by two persons without distinction as to their sex"*.

Nonostante il tentativo di invalidare l'esito della consultazione attraverso un ricorso alla Corte Suprema⁵⁸, il 15 ottobre 2015, la stessa ha validato l'esito del voto e la modifica è entrata in vigore.

3.1.3. Il caso taiwanese

Taiwan non è solo l'unico tra i *case studies* selezionati che non appartiene al c.d. *western world*, ma è anche l'unico tra i paesi esaminati, in cui lo scontro tra volontà popolare e Corte costituzionale (Judi-

52 Il caso è originato dal ricorso della coppia relativo al mancato riconoscimento di alcuni benefit fiscali. Il Revenue Commissioner rifiutò di riconoscere gli stessi benefici fiscali riconosciuti alle coppie sposate formate da persone di sesso opposto, sottolineando come *"Marriage was understood under the 1937 Constitution to be confined to persons of the opposite sex. That has been reiterated in a number of the decisions [such as] Costello J. in Murray v. Ireland [1985] IR 532, the Supreme Court decision in T.F. v. Ireland [1995] 1 I.R. 321 and the judgment of Murray J. in D.T. v. C.T (Divorce: Ample Resources) [2002] 3 I.R. 334. The definition was reiterated in Foy v. An tÁrd Clárúcháir Unreported, High Court, McKechnie J., 9th July, 2002), [...] thus it cannot be said that this is some kind of fossilised understanding of marriage"*. Zappone and Gilligan v. The Revenue Commissioners and Others [2006] IEHC 404, p. 63. Il dispositivo può essere consultato online alla pagina <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2012/07/Zappone-and-Gilligan-v.-Revenue-Commissioners-and-Others-High-Court-of-Ireland.pdf> (ultima visita, 22/01/2020).

53 Zappone and Gilligan v. The Revenue Commissioners and Others [2006] IEHC 404, p. 63.

54 *Ibidem*, p. 63.

55 *Ibidem*, p. 69.

56 Il *Dáil Éireann* è la Camera bassa, di tipo elettivo, del Parlamento (*Oireachtas*) irlandese.

57 I dati sono disponibili <http://c2d.ch/referendum/IE/5bbc03f592a21351232e58ef> (ultima visita, 22/01/2020).

58 Si veda, <https://www.thejournal.ie/legal-challenge-same-sex-2344373-Sep2015/> (ultima visita, 18/02/2020).

cial Yuan⁵⁹) si è manifestato nel modo forse più dirompente, mettendo il legislatore in una situazione problematica, ossia stretto tra la necessità di rispettare la sentenza del giudice costituzionale da un lato, e l'esito di una consultazione popolare – successiva, e di segno esattamente opposto – dall'altro.

Infatti, la richiesta di introdurre non una qualsiasi forma di riconoscimento per le coppie dello stesso sesso, ma proprio il matrimonio egualitario, è stata formulata dal Judicial Yuan nel 2017, quando, nella *Judicial Yuan Interpretation n. 748*⁶⁰, ha stabilito che gli articoli del codice civile taiwanese che proibivano la celebrazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso erano in violazione della Costituzione di Taiwan⁶¹.

Secondo, il giudice supremo taiwanese il divieto di matrimonio same-sex si poneva “*in violation of both the people's freedom of marriage as protected by Article 22 and the people's right to equality as guaranteed by Article 7 of the Constitution*”⁶². La Corte ha anche voluto chiarire come “[...] *the five classifications of impermissible discrimination set forth [in] Article 7 are only illustrative, rather than exhaustive. Therefore, different treatment based on other classifications, such as disability or sexual orientation, shall also be governed by the right to equality*”⁶³.

Con questa decisione, la Corte costituzionale ha concesso al legislatore due anni⁶⁴ per modificare il codice civile in linea con i principi della Costituzione taiwanese⁶⁵.

Nel febbraio 2018, in contrapposizione a questa decisione, il gruppo cristiano-conservatore taiwanese *the Alliance for Next Generation's Happiness* si è mobilitato per raccogliere le firme necessarie per avviare una consultazione popolare il cui obiettivo dichiarato era impedire al legislatore di dar seguito alla decisione della Corte costituzionale⁶⁶. I quesiti proposti erano due: (1) Sei d'accordo che si debba usare un istituto diverso dal matrimonio per regolare la convivenza stabile di due persone dello stesso sesso? (2) Sei d'accordo che il codice civile definisca matrimonio solo come unione tra un uomo ed una donna?

Anche i difensori dei diritti LGBT si sono attivati per raccogliere le firme necessarie a proporre un

⁵⁹ Secondo parte della dottrina, la Corte costituzionale di Taiwan può essere considerata solo parzialmente un organo costituzionale simile a quelli familiari ad uno studioso europeo. Inizialmente (prima del 1993), la Corte non svolgeva udienze pubbliche. Successivamente, la Costituzione taiwanese è stata modificata prevedendo sia la pubblicità dei suoi lavori, sia estendendo le funzioni della Corte fino a ricoprire – in modo similare anche se non identico – le medesime funzioni che oggi svolge una moderna Corte costituzionale. Sul punto, J-Y. HWANG, M-S. KUO, H-W. CHEN, *The clouds are gathering: Developments in Taiwanese constitutional law: The year 2016 in review*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, n. 3, 2017, pp. 753–762.

⁶⁰ *Judicial Yuan Interpretation n. 748*, 2017. Il testo tradotto di questa sentenza è disponibile <http://cons.judicial.gov.tw/jcc/en-us/jep03/show?expno=748> (ultima consultazione il 03/02/2020).

⁶¹ Sul punto, D. KC HUANG, *The Court and the legalisation of same-sex marriage: a critical analysis of the Judicial Yuan interpretation*, in *University of Pennsylvania Asian Law Review*, vol. 14, 2019, pp. 63 ss.

⁶² *Judicial Yuan Interpretation n. 748*, 2017.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ La Corte ha infatti stabilito: “*The authorities concerned shall amend or enact the laws as appropriate, in accordance with the ruling of this Interpretation, within two years from the announcement of this Interpretation. It is within the discretion of the authorities concerned to determine the formality for achieving the equal protection of the freedom of marriage. If the authorities concerned fail to amend or enact the laws as appropriate within the said two years, two persons of the same sex who intend to create the said permanent union shall be allowed to have their marriage registration effectuated at the authorities in charge of household registration, by submitting a written document signed by two or more witnesses in accordance with the said Marriage Chapter*”. *Judicial Yuan Interpretation n. 748*, 2017.

⁶⁵ Sul punto, M-S. KUO, H-W. CHEN, *The Brown Moment in Taiwan: Making Sense of the Law and Politics of the Taiwanese Same-Sex Marriage Case in a Comparative Light*, in *Columbia Journal of Asian Law*, vol. 31, 2017, pp. 73-146.

⁶⁶ M.-S. HO, *Taiwan's Road to Marriage Equality: Politics of Legalizing Same-sex Marriage*, in *The China Quarterly*, vol. 238, 2019, pp. 482–503.

loro quesito: Sei d'accordo che il codice civile riconosca il diritto per le persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio?

La Commissione elettorale taiwanese ha approvato tutti i quesiti⁶⁷, ed il 24 novembre 2018 gli elettori hanno risposto in modo affermativo alle domande elaborate dal gruppo cristiano-conservatore (la prima accolta con il 72,48% di voti favorevoli, la seconda con il 61,12%), rigettando invece la proposta del gruppo *pro* LGBT (con il 67,26% di voti contrari)⁶⁸.

È interessante notare come, proprio una settimana prima della consultazione popolare, il governo taiwanese avesse annunciato che la decisione della Corte costituzionale sarebbe stata comunque rispettata, indipendentemente dall'esito della votazione.

Pertanto, nonostante il risultato del 2018, nel febbraio 2019 il governo taiwanese ha presentato una proposta legislativa di riforma intitolata *Act for Implementation of J.Y. Interpretation n. 748*⁶⁹ con la quale, pur non introducendo il matrimonio egualitario, si è data la possibilità a due persone dello stesso sesso di unirsi civilmente con apposito istituto giuridico che va ad emendare anche il codice civile e riconosce alle coppie LGBT praticamente gli stessi diritti delle persone sposate (compresa la *stepchild adoption*).

Quindi, la soluzione adottata è stata di fatto compromissoria non tanto nel contenuto delle garanzie offerte dai due diversi istituti giuridici – che sono pressoché sovrapponibili – quanto semmai nel solo mantenimento del «simbolismo dei nomi».

3.2. Casi in cui i diritti LGBTI sono stati messi sotto pressione

È venuto ora il momento di esaminare quegli ordinamenti dove gli istituti di democrazia diretta hanno visto prevalere una visione conservatrice, ossia dove vi è stato un tentativo – come si vedrà non sempre di successo – di limitare i diritti delle coppie formate da persone dello stesso sesso. Anche in questa sezione i casi verranno presentati rispettando un ordine di tipo cronologico rispetto allo svolgimento delle differenti consultazioni referendarie.

3.2.1. Il caso croato

La Carta costituzionale croata è andata in contro a diverse revisioni. Se nel 1991, per poter sottoporre a referendum una questione era necessario o un passaggio parlamentare, o un intervento del Capo dello Stato, oggi, secondo quanto stabilito dall'art. 87, comma 3, Cost., se un decimo dell'elettorato ne fa richiesta, è possibile chiedere un referendum che abbia ad oggetto sia una norma ordinaria, sia una norma costituzionale. Non viene inoltre previsto alcun quorum per rendere valido l'esito della votazione (art. 87, comma 4, Cost.).

L'entrata della Croazia nell'Unione Europea creò un certo allarmismo tra alcuni gruppi conservatori croati, i quali si persuasero che l'adesione all'UE avrebbe inevitabilmente spinto – stante quanto già accaduto in altri paesi dell'UE – verso l'approvazione di nuove riforme legislative, tra cui quella

⁶⁷ J.M.K CHO, L.Y.L KAM, *Same-Sex Marriage in China, Hong Kong and Taiwan: Ideologies, Spaces and Developments*, in F.L. YU, D. KWAN (eds) *Contemporary Issues in International Political Economy*, Palgrave Macmillan, Singapore, 2019, pp. 289 ss.

⁶⁸ I risultati sono disponibili a <https://web.archive.org/web/20181124220825/http://referendum.2018.nat.gov.tw/pc/en/00/m0000000000000000.html> (ultima visita, 10/10/2019)

⁶⁹ Disponibile in inglese: <https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=B0000008> (ultima visita, 10/10/2019).

relativa al matrimonio tra persone dello stesso sesso⁷⁰.

Per questa ragione, il gruppo *U ime obitelji* ('Per la famiglia') iniziò, nel maggio del 2013, la raccolta di firme necessarie per proporre un referendum costituzionale avente ad oggetto l'introduzione di un limite esplicito alla legalizzazione del matrimonio same-sex⁷¹.

In poche settimane furono raccolte più di settecentomila firme e, nel dicembre 2013, il referendum si svolse vedendo una scarsissima partecipazione popolare. Si recò infatti al voto solo il 37,9% degli aventi diritto.

Eppure, di quel 37,9%, la maggioranza (66,28%)⁷² approvò l'emendamento di modifica dell'art. 61.2 Cost., introducendo dunque un limite di natura costituzionale alla possibilità di introdurre il matrimonio same-sex per via ordinaria.

Si tentò di impedire la consultazione, provando a chiamare in causa la Corte costituzionale per un giudizio sulla legittimità del quesito. Nel Parlamento croato però, non furono raggiunti i voti necessari per portare la questione di fronte alla suprema Corte.

Il Giudice costituzionale ebbe comunque la possibilità di esprimersi in un secondo momento. Infatti, nella fase inerente alla dichiarazione di validità della consultazione⁷³, la Corte affermò che in Croazia il riconoscimento giuridico è garantito sia alle famiglie eterosessuali – attraverso il matrimonio – sia a quelle formate da persone dello stesso sesso – attraverso l'istituto della *unregistered partnership* – e quindi tale situazione era da considerarsi in linea con gli standard europei in materia⁷⁴.

La Corte inoltre ha sentito la necessità di sottolineare che [...] *any supplementation of the Constitution by provisions according to which marriage is the living union of a woman and a man may not have any influence on the further development of the legal framework of the institution of common-law marriage and same-sex unions, in line with the constitutional requirements that everyone in the Republic of Croatia has the right to respect and legal protection of their personal and family life, and their human dignity*⁷⁵.

Proprio alla luce di quanto emerso dal ragionamento dalla Corte ('*may not have any influence on the further development*'), ed a distanza di pochissimi mesi dal referendum costituzionale, il Parlamento croato ha potuto approvare la riforma legislativa che introdotta la *Life Partnership* – una netta evoluzione rispetto alla precedente disciplina sulla coabitazione – passata con 89 voti favorevoli e 16 contrari, ed entrata in vigore il 28 luglio 2014⁷⁶.

70 Per una ricostruzione del «clima» rispetto ai diritti della minoranza LGBT nell'Europa centrale ed orientale, un ottimo spunto di riflessione viene fornito da R. MOLE, *Nationalism and homophobia in Central and Eastern Europe*, in K. SLOOTMAECKERS, H. TOUQUET, P. VERMEERSCH, (eds.), *The EU enlargement and gay politics: the impact of Eastern enlargement on rights, activism and prejudice*, London, 2016, pp. 99 ss.

71 R. PODOLNJAK, *cit*, pp. 145 ss.

72 I dati sono disponibili a <http://c2d.ch/referendum/HR/5bbc030992a21351232e5775> (ultima visita, 10/10/2019).

73 *Decision on the completion of the proceedings of supervision of the constitutionality and legality in implementing the national referendum held on 1 December 2013*, n. SuP-O-1/2014 del 14 gennaio 2014, Official Gazette n. 5/14. La traduzione in lingua inglese di questo dispositivo è disponibile: <https://sljeme.usud.hr/usud/prakswen.nsf/fOdluka.xsp?action=openDocument&documentId=59BE93E4806EB8C2C1257E750046F4C7> ultima visita, 10/10/2019).

74 Comunicazione della Corte costituzionale croata n. SuS-1/2013 del 14 novembre 2013. La versione inglese del documento è disponibile: [https://sljeme.usud.hr/Usud/prakswen.nsf/56C91B7316EAF361C1257E5F003D7476/\\$FILE/SuS-1-2013.pdf](https://sljeme.usud.hr/Usud/prakswen.nsf/56C91B7316EAF361C1257E5F003D7476/$FILE/SuS-1-2013.pdf) (ultima visita, 10/10/2019).

75 *Ibidem*, para. 12.

76 K. SLOOTMAECKERS, I. SIRCAR, *Marrying European and Domestic Politics? The Marriage Referendum in Croatia and Value-Based Euroscepticism*, in *Europe-Asia Studies*, vol. 70, n. 3, 2018, pp. 339 ss.

3.2.2. Il caso sloveno

Una forma di riconoscimento giuridico delle coppie dello stesso sesso – attraverso l'unione registrata (*Zakon o registraciji istospolne partnerske skupnosti*) – è stata garantita in Slovenia fin dal 2005. Tale istituto garantiva solamente alcuni diritti legati in particolare alla condivisione delle cose comuni (es. il subentro nell'affitto) ma escludeva i c.d. *social security rights* (es. la reversibilità della pensione del partner)⁷⁷.

Proprio in ragione di questa «impostazione minima» rispetto ai diritti dei partner registrati, nel 2009, la Corte costituzionale slovena dichiarò l'incostituzionalità di questa norma⁷⁸ ravvisando un'ingiustificata discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, in particolare con riferimento a determinati diritti di successione.

Secondo il Giudice delle leggi sloveno – in una sentenza che ha visto il collegio condividere all'unanimità la decisione – la condizione di due individui sposati e dei partner in una unione registrata era del tutto assimilabile, dunque le distinzioni operate dal legislatore “[were] *not based on any objective, non-personal circumstance, but on sexual orientation*”⁷⁹. Ancora, la Corte ha sottolineato come “[s]exual orientation is, although not explicitly mentioned therein, undoubtedly one of the personal circumstances provided for in the first paragraph of Article 14 of the Constitution [and] sexual orientation, as a circumstance which may not be a basis for differentiation, is also regarded as such by the ECtHR, although it is not among the explicitly enumerated circumstances”⁸⁰.

Per questa ragione, il giudice sloveno ordinò al legislatore di intervenire nell'arco temporale di sei mesi dalla pubblicazione della sentenza⁸¹.

Il Parlamento – accogliendo i rilievi della Corte – ha iniziato nel 2011 un processo di riforma del codice di famiglia che prevedeva un'espansione delle tutele previste anche per i partner di un'unione registrata tale da rendere questo istituto quasi del tutto assimilabile a quello matrimoniale, con la sola eccezione dei diritti legati all'adozione.

Nondimeno, la forte opposizione conservatrice si è tradotta, velocemente, nell'attivazione delle prerogative ex art. 90 della Costituzione⁸² slovena, che prevede la possibilità di richiedere un referendum di tipo «oppositivo», cioè capace di respingere la proposta legislativa elaborata in sede parlamentare⁸³.

Le firme furono raccolte in poche settimane⁸⁴ ma l'esecutivo sloveno, convinto circa la possibile incostituzionalità di un referendum di questo tipo, ha deferito la questione alla Corte costituzionale, la

77 N. PALAZZO - M. TOMASI, *cit.*, p. 95.

78 Corte costituzionale slovena, caso U-I-425/06, *Blazic and Kern v. Slovenia*, 2 luglio 2009. La versione in inglese del dispositivo è disponibile al sito <https://www.us-rs.si/decisions/?lang=en&id=109459> (ultima visita, 11/03/2020).

79 *Blazic and Kern v. Slovenia*, para. 13.

80 *Ibidem*, para. 13.

81 *Ibidem*, para. 16.

82 L'art. 90 della Costituzione prevedeva che questo tipo di referendum potesse essere richiesto da un terzo dei deputati, dal *Drzavni svet* (la Camera non elettiva), o da quarantamila elettori, senza la previsione di alcun quorum. A seguito della riforma costituzionale intervenuta nel 2013, tale facoltà è rimasta solo nelle mani degli elettori ed è stato istituito un quorum (art. 90, comma 4, Cost.) pari ad almeno un quinto di tutti gli elettori (20%) al fine di rendere valido l'esito della consultazione. Per una riflessione inerente ai meccanismi di democrazia diretta in Slovenia, si veda, I. KAUCIC, C. RIBICIC, *Constitutional Limits of Legislative Referendum: The Case of Slovenia*, relazione al convegno *IX World Congress "Constitutional Challenges: Global and Local"*, Oslo, 19 giugno 2014.

83 Si veda, R. PODOLNJAK, *cit.*, p. 135 ss.

84 R. PODOLNJAK, *cit.*, pp. 149.

quale però ha dichiarato la consultazione ammissibile⁸⁵.

Anche se la partecipazione è stata davvero bassa (solo il 30,31% degli aventi diritto), il testo legislativo è stato respinto dal 54,55% di coloro che si sono recati al voto⁸⁶.

Il Parlamento è dunque tornato sulla materia nel 2015, approvando una nuova proposta di riforma che definiva il matrimonio come una «unione tra due individui» senza specificare il genere dei coniugi. Anche in questo caso, una parte della società slovena si è attivata per azionare il referendum oppositivo riuscendo a raccogliere il doppio delle firme necessarie per ottenere il referendum⁸⁷.

Stavolta però il legislatore ha reagito per bloccare la consultazione popolare sulla base dell'art. 90, comma 2, Cost., il quale prevede esplicitamente che non possa essere richiesto il referendum sui quei provvedimenti legislativi il cui scopo è "eliminare un'incostituzionalità nel campo dei diritti umani e libertà fondamentali o qualsiasi altra incostituzionalità" (art. 90, comma 2, Cost.).

La Corte costituzionale ha avuto dunque modo di intervenire sulla questione. I giudici costituzionali hanno in primo luogo evidenziato che "[i]n Slovenia power is vested in the people. The people exercise this power directly or indirectly through elections, consistent with the principle of the separation of powers. The people exercise this power directly or directly participate in its exercise in the recognized forms of so-called direct democracy, among which the referendum also falls"⁸⁸. Successivamente, la suprema Corte ha proseguito affermando che "[the Court] has never established that the definition of marriage currently in force and the conditions for entering into marriage are unconstitutional"⁸⁹.

Secondo la Corte, quindi, non poteva configurarsi la condizione ex art. 90, comma 2, Cost., perché la norma oggetto di referendum non era rivolta a sanare alcuna incostituzionalità pregressa, ma era semmai rivolta ad aumentare uno specifico regime di tutela. La consultazione è stata quindi ammessa.

Come nel 2012, il referendum ha visto una scarsa partecipazione popolare (solo il 36,38%) ma tuttavia sufficiente a raggiungere il quorum necessario del 20% (art. 90, comma 4, Cost.). Di nuovo, la riforma legislativa è stata bocciata stante un 63,51% di voti contrari (pari a circa il 23% sul totale degli aventi diritto) alla sua introduzione⁹⁰.

Infine, nel 2016, un'ennesima novella legislativa è stata elaborata, e questa volta il legislatore è stato in grado di equiparare i diritti delle coppie same-sex a quelli delle coppie sposate con la sola eccezione dell'adozione e del diritto alla procreazione medicalmente assistita.

3.2.3. Il caso slovacco

La Slovacchia è un paese dove – ad oggi – non esiste alcuna forma di riconoscimento giuridico per le coppie omosessuali, ad eccezione di quelle garanzie derivanti dall'applicazione del diritto dell'UE, in particolare dopo la sentenza *Coman*⁹¹ della CGUE che, sulla base della Direttiva 2004/38/CE (*free*

85 Corte costituzionale slovena, decisione U-II-3/11 del 2 settembre 2011. La traduzione in inglese è disponibile qui <http://odlocitve.us-rs.si/en/odlocitev/AN03521?q=U-II-3%2F11> (ultima visita, 11/03/2020).

86 I dati relativi alla consultazione sono disponibili qui <http://c2d.ch/referendum/SI/5bbc01bb92a21351232e5593> (ultima visita, 11/03/2020).

87 N. PALAZZO - M. TOMASI, *cit.*, p. 94.

88 Corte costituzionale slovena, caso U-II-1/15, 28 settembre 2015, para. 31. La traduzione in inglese è disponibile qui <http://odlocitve.us-rs.si/en/odlocitev/AN03847> (ultima visita, 11/03/2020).

89 *Ibidem*, para 52.

90 I dati relativi alla consultazione sono disponibili qui <http://c2d.ch/referendum/SI/5caf179361af8403c235ddc9> (ultima visita, 14/03/2020).

91 Causa C-673/16, *Coman and Others v. Inspectoratul General pentru Imigrari and Ministerul Afacerilor Interne*. In questo

movement Directive) ha stabilito che se almeno uno dei coniugi in una coppia same-sex è cittadino dell'Unione e si è regolarmente sposato in un paese dell'UE, allora devono essere garantiti (almeno) i diritti di soggiorno⁹².

In aggiunta, nel 2018, un piccolo passo in avanti è stato fatto in relazione ad alcuni diritti successori, stante la nuova formulazione dell'art. 116 del codice civile che prevede la figura della «persona affettivamente vicina»⁹³.

Il caso del referendum slovacco presenta alcune peculiarità rispetto ai casi precedentemente trattati.

In primo luogo, vista la novella costituzionale del 2014, quando si era modificato l'art. 41 Cost. definendo il matrimonio '*come una unione tra un uomo ed una donna*', non pare fosse necessario un ulteriore voto popolare sulla questione.

In secondo luogo, attenendosi alla lettera dell'art. 93, comma 3, Cost., i diritti fondamentali non potrebbero essere soggetti a referendum (c.d. *irrevocability clause*), dunque i quesiti proposti non avrebbero apparentemente potuto essere sottoposti al voto popolare, in particolare se si pensa al tenore letterale delle questioni poste all'elettorato⁹⁴.

Nonostante ciò, sono state raccolte quattrocentomila firme per chiedere agli elettori per indire la consultazione.

Il Capo dello Stato, alla luce dell'art. 95, comma 2, Cost. ha chiesto quindi alla Corte costituzionale di verificare la costituzionalità delle proposte referendarie.

La Corte è intervenuta affermando che *"[t]he irrevocability of human rights means that the standard (level) of human rights as set in the constitutional text cannot be reduced. If the subject of a referendum would lead to the broadening of human rights, such a referendum would be constitutionally acceptable. If the subject of the referendum would reduce human rights to such a degree that it would jeopardize the nature of the rule of law, such a referendum would not be constitutionally acceptable"*⁹⁵.

Nonostante la premessa, la Corte non ha però riconosciuto alcun profilo di illegittimità rispetto alle questioni poste all'elettorato, ed anzi ha specificato che – dato che il diritto fondamentale al matrimonio in Slovacchia è definito costituzionalmente come solo tra persone di sesso opposto – il ma-

caso, la CGUE ha stabilito che *'In una situazione in cui un cittadino dell'Unione abbia esercitato la sua libertà di circolazione, recandosi e soggiornando in modo effettivo, [...] in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, e in tale occasione abbia sviluppato o consolidato una vita familiare con un cittadino di uno Stato terzo dello stesso sesso, al quale si è unito con un matrimonio legalmente contratto nello Stato membro ospitante, l'articolo 21, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a che le autorità competenti dello Stato membro di cui il cittadino dell'Unione ha la cittadinanza rifiutino di concedere un diritto di soggiorno sul territorio di detto Stato membro al suddetto cittadino di uno Stato terzo, per il fatto che l'ordinamento di tale Stato membro non prevede il matrimonio tra persone dello stesso sesso'*.

92 A. LANG, *Il mancato riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso come ostacolo alla libera circolazione delle persone nell'Unione: il caso Coman*, in questa *Rivista*, n. 2, 2018, pp. 140 ss.

93 Per un approfondimento, L. DUFALOVÁ, T. CIPKOVÁ, K. BURDOVÁ, *Legal consequences of marriage and cohabitation under Slovak law*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 11, 2019, p. 155.

94 I quesiti referendari rappresentano una serie di visioni alquanto stereotipate della realtà. *La loro formulazione era la seguente: (1) Sei d'accordo sul fatto che solo un legame tra un uomo e una donna può essere chiamato matrimonio?; (2) Sei d'accordo sul fatto che alle coppie o ai gruppi dello stesso sesso non dovrebbe essere consentito di adottare e crescere figli?; (3) Sei d'accordo sul fatto che le scuole non possono richiedere ai bambini di partecipare all'istruzione relativa al comportamento sessuale o all'eutanasia se i bambini o i loro genitori non sono d'accordo?*

95 Corte costituzionale slovacca, decisione SVK-2014-3-003. La traduzione in inglese è disponibile qui https://www.ustavnysud.sk/documents/10182/71853347/PL_24_2014.pdf/7042a660-ad01-4386-8f31-865f459b8b75 (ultima visita, 14/02/2020).

trimonio same-sex non poteva godere di alcuna tutela costituzionale⁹⁶.

È interessante notare come anche in questo caso la risposta dell'elettorato sia stata caratterizzata da un forte astensionismo (solo il 21,4% degli aventi diritto si è recato alle urne⁹⁷), tale da determinare l'invalidità della consultazione⁹⁸.

3.2.4. Il caso romeno

Come per la Slovacchia, anche in Romania non è previsto alcun istituto giuridico a garanzia delle coppie dello stesso sesso⁹⁹ e – come per la Slovacchia – alcune garanzie vengono oggi offerte alle coppie LGBT grazie agli effetti della sentenza *Coman* che ha avuto origine proprio dal ricorso di un cittadino romeno, sposatosi in Belgio con un cittadino americano.

La Costituzione presenta una formulazione neutra rispetto al matrimonio, tanto che l'art. 48, comma 1, Cost. si riferisce solo ai coniugi senza spingersi sino ad una netta definizione di matrimonio come unione tra persone di sesso opposto. Lo stesso non può dirsi per il codice civile, il cui art. 259 è invece molto chiaro sulla necessità che i coniugi siano di un uomo ed una donna¹⁰⁰.

Tentativi di introdurre le c.d. unioni civili sono stati portati avanti sia nel 2013 che nel 2014, ma non si è mai raggiunta una maggioranza parlamentare sufficientemente ampia per approvare una riforma legislativa¹⁰¹.

Nel 2017, un gruppo conservatore chiamato *Coaliția pentru Familie* iniziò la raccolta firme – e ne raccolse quasi tre milioni¹⁰² – per proporre una modifica costituzionale dell'art. 48, comma 1, Cost. che introducesse il divieto di matrimonio same-sex. La consultazione, poi celebrata nel 2018, si è conclusa con un nulla di fatto. La Costituzione romena prevede infatti che per una modifica costituzionale sia necessario raggiungere un quorum di almeno il 30% degli aventi diritto, mentre al referendum si è presentato solo il 21,1% degli aventi diritto¹⁰³.

4. Riflessioni conclusive

Dei casi analizzati, solo in tre, vale a dire California, Irlanda e Taiwan, il ricorso a strumenti di demo-

⁹⁶ Secondo la Corte 'there is no right to same-sex marriage [...] a positive answer to the first question in a valid referendum would strengthen the current constitutional definition of marriage. So there would not be a reduction of the human rights standard as stipulated in the Constitution or in the European Court of Human Rights standards'. Corte costituzionale slovacca, decisione SVK-2014-3-003.

⁹⁷ I dati relativi alla consultazione sono disponibili qui <http://c2d.ch/referendum/SK/5bbc03cd92a21351232e58b7> (ultima visita, 13/04/2020).

⁹⁸ L'art. 98 della Costituzione stabilisce un quorum del 50%.

⁹⁹ Con riferimento all'*ILGA Europe Rainbow Map*, la Romania risulta 25esima nell'Unione con riferimento ai diritti delle persone LGBT. I dati sono consultabili liberamente qui <https://rainbow-europe.org/country-ranking#eu> (ultima visita 10/10/2019).

¹⁰⁰ D. KOCHENOV, U. BELAVUSAU, *Same-sex spouses in the EU after Coman: More free movement, but what about marriage?*, in *European University Institute working paper*, n. 3, 2019, p. 3, (ultima visita 10/12/2019).

¹⁰¹ V. ANDREESCU, *Sexual Minorities, Civil Rights, and Romanians' Resistance to Social Change*, in *AnALize: Revista de studii feministe*, vol. 10, n. 24, pp. 38 ss.

¹⁰² Sul punto, D. KOCHENOV, U. BELAVUSAU, *cit*, pp. 4 ss.

¹⁰³ I dati relativi alla consultazione sono disponibili qui <http://c2d.ch/referendum/RO/5d24a16cdc0aeb467bfcc132> (ultima visita 10/12/2019).

crazia diretta ha visto una partecipazione popolare che ha superato il 50% degli aventi diritto. Questo sembra confermare quanto già detto nelle pagine precedenti, ossia che la partecipazione, anche quando si tratta di meccanismi istituzionali che possono incidere direttamente sull'ordinamento giuridico, non sembra essere affatto garantita dalla disintermediazione tra cittadino e scelta legislativa¹⁰⁴.

Inoltre, salvo il caso irlandese – che pare porsi quale eccezione alla regola – in tutti i restanti paesi analizzati, il voto popolare ha penalizzato la minoranza i cui diritti erano stati sottoposti a referendum.

Peraltro, in paesi come Croazia e Slovenia, i gruppi che si opponevano ai diritti delle coppie LGBT sono riusciti a prevalere nonostante rappresentassero anch'essi un'esigua minoranza sociale¹⁰⁵. Non si è trattato infatti di espressioni maggioritarie che hanno prevalso su posizioni minoritarie, ma di un mero confronto tra minoranze sociali, di cui una, prevalente sull'altra.

Ed allora, come spiegare questa mancanza di empatia da parte della stragrande maggioranza degli aventi diritto, per il gruppo sociale di minoranza oggetto di un referendum volto a diminuirne i diritti?

Una possibile spiegazione potrebbe essere che «*essendo in gioco i diritti degli altri*», in una società orientata all'individualismo, poco è lo spazio che resta per atteggiamenti solidaristici.

Se così fosse, tale questione non dovrebbe essere sottovalutata, ed anzi, proprio alla luce di un possibile «*general disengagement*» la mancata previsione di un quorum minimo di votanti (California, Croazia), o la previsione di quorum troppo basso (Romania, Slovenia) dovrebbe indurre ad un ripensamento sul funzionamento degli istituti di democrazia diretta.

Dall'analisi è emerso come un quorum del 30% abbia limitato l'azione di gruppi conservatori in Romania (affluenza 21,1%) ma non in Slovenia (affluenza 30,31%). Un quorum del 50% è stato invece decisivo in Slovacchia.

Quale dovrebbe essere il quorum adatto quando si tratta dei diritti fondamentali di una minoranza? Difficile rispondere. Tuttavia, è necessario rifletterci, considerando il più che dimostrato rischio di possibili abusi. Anche perché, non si può non tenere conto del fatto che quando si reca alle urne un terzo dell'elettorato, e di quel terzo il voto prevale di poco più del 50%, la sua rappresentatività è pari a meno di un quarto del totale degli aventi diritto.

Dunque, quella che definirei una «minoranza prevalente» può imporre una scelta legislativa solo perché favorita da un astensionismo disinteressato (costituzionalmente permesso).

Un altro elemento interessante su cui soffermarsi riguarda la *judicial review* rispetto alle consultazioni popolari analizzate.

Sia nel caso californiano che in quello taiwanese, se attraverso il ricorso alla democrazia diretta i diritti delle persone LGBT hanno rischiato una compressione, l'atteggiamento delle Corti costituzionali si è invece dimostrato garantista.

Infatti, se a Taiwan il giudice è intervenuto imponendo una forma di riconoscimento per le coppie LGBT *ex ante*¹⁰⁶ ed il «popolo» ha cercato con il referendum di impedire il dispiegarsi degli effetti di questa decisione, in California il giudice si è spinto sino a censurare l'esito della consultazione facendo

¹⁰⁴ M. FREITAG, I. STADELMANN-STEFFEN, *Stumbling block or stepping stone? The influence of direct democracy on individual participation in parliamentary elections*, in *Electoral Studies*, vol. 29, n. 3, 2010, pp. 472 ss.

¹⁰⁵ In effetti, considerando l'affluenza alle urne, è evidente che i risultati sono stati determinati dalla parte assolutamente minoritaria degli elettori. Se si confronta il numero totale di elettori registrati con quelli che hanno poi determinato i risultati, lo scenario è il seguente: (a) il 24,96% di tutti gli aventi diritto nel referendum croato del 2013); (b) il 16,37% nel referendum sloveno del 2012 ed il 22,99% nel referendum del 2015. Insomma, percentuali che non superano mai il 25% del totale degli aventi diritto.

¹⁰⁶ Come si è visto anche la Corte costituzionale croata è intervenuta imponendo al legislatore di agire. In quel caso però, la riforma legislativa si è scontrata con il referendum oppositivo.

prevalere le garanzie costituzionali sulla visione conservatrice dei promotori della *Preposition 8*.

In ambedue i contesti, la c.d. *counter-majoritarian difficulty* non sembra aver influenzato in modo significativo l'atteggiamento degli organi di garanzia costituzionale.

Di nuovo, è necessaria una riflessione sulla possibilità di interferire con la sovranità popolare quando essa si esprime così nettamente.

Sul punto, è bene non scordare che *“i limiti a cui è soggetto il processo decisionale democratico sono vari, ma uno li riassume tutti: garanzia della minoranza¹⁰⁷”*. In altre parole, i c.d. *constitutional constraints*¹⁰⁸ valgono sempre e comunque, e sono dunque in grado di garantire rispetto a potenziali «degenerazioni maggioritarie»¹⁰⁹.

La Costituzione deve quindi tracciare i limiti oltre i quali non è consentito spingersi¹¹⁰.

In questa cornice, la soluzione adottata da alcuni testi costituzionali come quello slovacco (art. 93, comma 3, Cost.), ossia la c.d. *irrevocability clause* riguardante i diritti fondamentali, sembra non essere stata sufficiente a garantire – nella sua genericità – i diritti della minoranza LGBT.

Più efficace – ad avviso di chi scrive – sembra poter essere l'adozione del principio di non discriminazione come parametro utile al fine di poter effettuare uno *strict scrutiny* della proposta di consultazione popolare, proprio come avviene per i provvedimenti elaborati dal legislatore.

In altre parole, come stabilito dalla Corte suprema californiana proprio in materia di matrimonio tra persone dello stesso sesso, la verifica delle *measures adopted by the electorate* [should be] *subject to the same constitutional limitations that apply to statutes adopted by the Legislature*¹¹¹.

107 S. GEROTTO, *Note sparse sulla democrazia e i suoi limiti. Ovvero, del perché la Svizzera ha qualcosa da insegnare in tema di democrazia diretta*, in pubblicazione su *Percorsi Costituzionali*, n. 3, 2019, p. 5.

108 J. E. CASTELLO, *The Limits of Popular Sovereignty: Using the Initiative Power to Control Legislative Procedure*, in *California Law Review*, vol. 74, n. 2, pp. 504 ss.; B. CARAVITA, *I circuiti plurali della decisione nelle democrazie moderne*, in *Federalismi.it*, numero speciale 1, 2017, pp. 5 ss.; S. BOWLER, *When Is It OK to Limit Direct Democracy?*, in *Minnesota Law Review*, vol. 97, 2013, pp. 1781 ss.

109 Al controllo di costituzionalità, o *judicial review*, soggiacciono quindi tanto le decisioni prese nel circuito della democrazia rappresentativa, quanto quelle prese nel circuito della democrazia diretta, senza che a quest'ultima sia riservato un trattamento preferenziale per una supposta maggior legittimazione democratica. Sul punto si è espressa chiaramente la Corte Suprema degli Stati Uniti in *West Virginia State Bd. Of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), 638 quando ha stabilito che *«The very purpose of a Bill of Rights was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts. One's right to life, liberty, and property, to free speech, a free press, freedom of worship and assembly, and other fundamental rights may not be submitted to vote; they depend on the outcome of no elections»*. La stessa impostazione è stata accolta a livello statale. La Corte suprema californiana, ad esempio, proprio in materia di matrimonio omosessuale ha affermato che *«although California decisions consistently and vigorously have safeguarded the right of voters to exercise the authority afforded by the initiative process (see, e.g., Associated Home Builders, etc., Inc. v. City of Livermore (1976) 18 Cal.3d 582, 591), our past cases at the same time uniformly establish that initiative measures adopted by the electorate are subject to the same constitutional limitations that apply to statutes adopted by the Legislature, and our courts have not hesitated to invalidate measures enacted through the initiative process when they run afoul of constitutional guarantees provided by either the federal or California Constitution»*. In *re Marriage Cases*, 43 Cal. 4th 757 (2008), 851.

110 Usando le parole di Esposito *'fuori dalla Costituzione e dal diritto non c'è sovranità ma l'arbitrio popolare, non c'è il popolo sovrano, ma la massa con le sue passioni e le sue debolezze'*. C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana*, Padova 1954, p. 11.

111 In *re Marriage Cases*, 43 Cal. 4th 757 (2008), 851.