

Daniele Ferrari

Quando tutte le strade portano al legislatore: ancora nulla di fatto per il matrimonio tra persone dello stesso sesso in Italia, anche se vi è un diritto alla vita familiare.

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *Le fonti internazionali ed euro-unitarie.* – 3. *Il rapporto tra cataloghi dei diritti e loro interpreti: lo strano caso del diritto al matrimonio da Strasburgo a Roma.* – 4. *Il rapporto tra cataloghi dei diritti e loro interpreti: lo strano caso del diritto al matrimonio da Strasburgo a Roma.* – 5. *Diritto al matrimonio e corti costituzionali nazionali: la solitudine della Corte costituzionale italiana.*

1. *Introduzione.* – L'incrociarsi di diverse pronunce giurisprudenziali, sia a livello nazionale, sia a livello europeo, sembra aver determinato l'emersione di una nuova situazione giuridica di vantaggio per le coppie omosessuali, attraverso il riconoscimento del diritto alla vita familiare. Tale diritto, che trova esplicita e generale menzione nella CEDU (art.12) e nella Carta di Nizza (art. 9), riconosce all'individuo il godimento di diverse facoltà nascenti dal suo vincolo di coppia, a prescindere dall'identità di genere del *partner*¹.

Inoltre, il diritto alla vita familiare prescinde dall'esistenza di un istituto giuridico che disciplini lo *status* delle unioni *same-sex*, in quanto il godimento del diritto alla vita familiare non è subordinato, come il diritto al matrimonio, ad un intervento del potere legislativo, rilevando, solamente, l'esistenza in fatto di un vincolo affettivo tra due soggetti. La declinazione, poi, delle facoltà nascenti da tale vincolo e meritevoli di tutela giuridica può essere determinata nel caso concreto dal giudice che, come stabilito nella sentenza della Cassazione che ci accingiamo a commentare, determinerà nel caso concreto il contenuto di questo diritto.

Per quanto riguarda il riconoscimento dei diritti e dei doveri delle coppie omosessuali nell'ordinamento italiano, si riscontra una totale assenza del legislatore, che, ad oggi, non sembra interessato ad esercitare la propria competenza in questo settore, apprestando un modello legale di regolamentazione delle unioni tra persone dello stesso sesso.

Se il legislatore è disinteressato al tema, e le corti non possono certo legiferare in sua vece, la giurisprudenza ha, tuttavia, manifestato, in diverse sedi, un certo (per non dire naturale) attivismo nel riconoscere e proteggere i diritti delle persone omosessuali, andando a tracciare un sistema di principi, che, pur nascendo dal giudizio di casi concreti giunti alla cognizione tribunali, è andato in molti casi a riempire dei veri e propri vuoti normativi².

¹ Sul punto la dottrina italiana ha sottolineato che:«... il genere come l'insieme che definisce i ruoli sociali, la posizione, le opportunità, le aspettative socialmente associate e connesse all'appartenenza all'uno o all'altro sesso, il paradigma eterosessuale, vale a dire l'aspettativa di una proiezione affettiva e sessuale verso il sesso opposto, rappresenta indubbiamente uno dei contenuti più radicati delle regole di genere; contraddicendo il fatto che tale possa e debba necessariamente essere la regola fondativa ed essenziale nella costruzione del genere, l'omosessualità mette in discussione direttamente e radicalmente l'aspettativa sociale di dualismo e complementarietà tra maschile e femminile»; così B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 3, 2010, 90 ss.

² Ad esempio, per quanto concerne la tutela dei migranti omosessuali, il Giudice di pace di Torino, in un'ord. del 21 dicembre 2004, ha annullato il decreto di espulsione emesso dalla Prefettura nei confronti di un cittadino senegalese, irregolarmente presente sul territorio nazionale. Il giudice di pace sottolinea come l'omosessualità, non solo dichiarata, ma dimostrata dal ricorrente, lo renda passibile di essere incarcerato al rientro nel suo paese con la reclusione da uno a cinque anni, integrando per il codice penale senegalese una fattispecie penale. La presenza di questi elementi consente quindi di ritenere sussistenti le condizioni per il divieto di espulsione, avuto anche riguardo sul piano del diritto interno e euro unitario di "un'evoluzione del costume e del sentire collettivo verso una più ampia disponibilità a riconoscere il bisogno di tutela giuridica degli omosessuali e delle formazioni sociali e familiari cui essi possono dare vita".

Di particolare interesse, sempre in tema di annullamento di decreti di espulsione, è una recente ordinanza del giudice di pace di Genova. Il Giudice di pace di Genova, infatti, ha accolto, il 9 giugno 2010, il ricorso proposto da un cittadino ecuadoriano transessuale, avverso il decreto di espulsione, emanato dal Prefetto di Genova, annullando il decreto medesimo. Le motivazioni dell'annullamento, che sembra rappresentare, per la natura del caso, ad oggi, un *unicum* nel

Nella specifica prospettiva del diritto al matrimonio, un primo passo importante è stato compiuto dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 138/2010](#), dove si è riconosciuta la cittadinanza costituzionale alla coppia omosessuale, in quanto formazione sociale titolare di diritti fondamentali alla luce dell'art. 2 della Costituzione. In quella decisione, dove il Giudice delle leggi individuava nel Parlamento l'organo competente ad introdurre un'eventuale legge che riconoscesse giuridicamente le unioni tra coppie omosessuali, era esplicitato, tuttavia, che il matrimonio fosse caratterizzato da un'ineludibile, e per così dire atavica, caratterizzazione eterosessuale nell'ordinamento italiano³.

Se, valorizzando l'interpretazione data dal Giudice delle leggi dell'art. 2 Cost., [la sentenza del 2010](#) può leggersi come un primo passo, in una prospettiva di riconoscimento delle coppie *same sex*, il secondo sembra averlo compiuto la Prima sezione civile della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 4184 del 15 marzo 2012, dove si profila un nuovo e più avanzato orientamento, con riferimento ad un ricorso di una coppia omosessuale che si era vista rifiutare in Italia, la trascrizione del matrimonio contratto all'estero⁴.

I giudici della nomofilachia, infatti, nella decisione interpretano le fonti giuridiche nazionali in materia di diritto al matrimonio e alla vita familiare, attraverso la giurisprudenza e le fonti del diritto euro-unitarie. L'interazione, secondo i meccanismi giuridici indicati nel Trattato di Lisbona, tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e i singoli ordinamenti nazionali, determinerebbe, infatti, un nuovo parametro di riferimento anche in

panorama giurisprudenziale italiano, si sono basate essenzialmente sulla circostanza che il ricorrente, contemporaneamente alla proposizione del ricorso, aveva presentato istanza presso la Questura di Genova, finalizzata al riconoscimento dello *status* di rifugiato, in quanto oggetto nel suo paese d'origine di persecuzioni, legate alla sua identità di genere transessuale. Alla luce di tale domanda il giudice ha, infatti, ravvisato l'applicabilità dell'art. 10 Cost., che, al c. 3, prevede il diritto di asilo per lo straniero al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche, garantite dallo stesso dettato costituzionale. Su presupposti analoghi la Corte di Cassazione, 18.1.2008, n. 25640, ha chiarito come non commetta il reato di cui all'art. 14, co. 5 *ter*, D. Lvo. n. 286/98 (omesso ottemperamento dell'ordine di allontanamento dal territorio dello stato intimato dall'autorità) il soggetto straniero, il cui orientamento sessuale, viene sanzionato penalmente nel paese di provenienza.

³ Sul punto si veda R. ROMBOLI, " *Il diritto consentito al matrimonio ed il diritto garantito alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice troppo e troppo poco* ", in *Giur. Cost.*, n. 2, 2010, 1629 ss.

⁴ La vicenda nasceva da Trib. Latina, 10 giugno 2005, decr. n. 3, in *Giur. merito*, 2005, 11, 2292. nel 2005. Nel provvedimento in appreso il Tribunale di Latina rigettava il ricorso della coppia omosessuale avverso il provvedimento di diniego dell'ufficiale di stato civile, di trascrizione del loro matrimonio contratto all'Aja. Infatti, i giudici, constatando come né il legislatore del 1942 né quello del 1975 avessero fornito un'esplicita definizione di matrimonio, ricostruivano tale nozione in via interpretativa, desumendola dal complesso normativo che disciplina l'istituto in esame. Soccorrerebbe a tal fine l'art. 29 della Costituzione, che con l'attributo "naturale" andrebbe ad individuare in modo inequivocabile il matrimonio, come l'unione tra due persone di sesso diverso, secondo una concezione, che prima ancora che nella legge, troverebbe il suo fondamento nel sentimento, nella cultura, nella storia della nostra comunità nazionale e tale principio, confermato anche dalle disposizioni in materia della legge ordinaria (art. 89, 143 bis, 156 bis, 231, 235, 262 c.c.), pare abbia assunto valenza costituzionale. Alla luce di tali valutazioni risultava, quindi, impossibile la trascrizione di tale matrimonio, stante l'impossibilità di sussumerlo entro la fattispecie matrimoniale dell'ordinamento italiano, essendo di fatto non configurabile un collegamento funzionale con l'ordinamento dello stato straniero. Anche il reclamo presentato dai ricorrenti, avverso l'ordinanza del tribunale di Latina, davanti alla Corte d'Appello di Roma avrebbe avuto un esito negativo, in quanto la Corte avrebbe confermato la statuizione del giudice di primo grado, chiarendo come la trascrizione non sia un atto dovuto, ma subordinato all'individuazione delle norme che stabiliscono gli effetti dell'atto negoziale nell'ordinamento interno. A commento di tale decreto si segnala D. A. GALIZIA, *Sull'inesistenza e non trascrivibilità del matrimonio per identità di sesso*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 637-640, dove si evidenzia come, la decisione in oggetto nel dichiarare perfettamente legittimo il diniego dell'ufficiale di Stato civile di trascrivere il matrimonio celebrato in un altro paese tra due persone dello stesso sesso, muova anche "dall'assunto che l'unione matrimoniale crei un vincolo perpetuo ed esclusivo tra i coniugi, in cui si possa vivere la reciprocità e il mutuo aiuto e mettere i presupposti per la generazione di nuove vite... vi è sempre l'intrinseca possibilità che una coppia, formata da un uomo e una donna, possa avere un figlio. La coppia omosessuale è, invece in modo costitutivo sterile e non ha senso rivendicare un'equiparazione con la coppia eterosessuale". La Corte di Cassazione ha, appunto, con la decisione in commento, capovolto gli orientamenti precedenti della giurisprudenza, sulla trascrizione in Italia dei matrimoni tra persone dello stesso sesso, chiarendo come, alla luce delle fonti internazionali ed euro-unitarie, il matrimonio omosessuale non sia da ritenersi contrario, all'ordine pubblico nazionale.

materia matrimoniale. Queste disposizioni europee hanno, infatti, permesso alla Corte di Cassazione di giungere ad esiti molto diversi rispetto a quelli della costante giurisprudenza, in punto di qualificazione giuridica del matrimonio, requisiti giuridici essenziali dello stesso e motivi di diniego alla trascrizione dei matrimoni tra persone dello stesso sesso.

Ferme tali premesse, si cercherà di ricostruire i principi di diritto di maggior rilievo resi nella decisione, in relazione alle facoltà che le due Carte europee riconducono alle coppie *same sex* e alla luce dell'elaborazione che lo *status* giuridico di tali coppie ha avuto nella giurisprudenza delle corti di Strasburgo e Lussemburgo per poi valutarne l'impatto sul diritto italiano⁵.

2. *Le fonti internazionali ed euro-unitarie.* L'ampio richiamo contenuto nella decisione, al diritto internazionale e comunitario, muove da un interrogativo, posto dai ricorrenti, circa gli obblighi che discendono, da tali fonti, sull'ordinamento italiano, ai sensi degli artt. 11 e 117 Cost., per quanto riguarda l'istituto del matrimonio, la sua trascrizione e la possibilità di qualificarlo come un diritto fondamentale. Da questo punto di vista, la nozione di matrimonio che emerge da una rapida rassegna delle fonti internazionali, richiamate dalla Suprema Corte, non appare univoca. Infatti, nella Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948 (art. 16) e nel Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966 (art. 23 pr. 2), il diritto di sposarsi e fondare una famiglia è riconosciuto, con una formulazione del tutto identica, solo ad uomini e donne. Gli obblighi, imposti dal Patto all'ordinamento italiano e resi esecutivi con la l. n. 881/1977, depongono, quindi, nel senso, suggerito, peraltro, anche, dalla [Corte costituzionale nella sent. 138 del 2010](#), di una nozione "tradizionale" di matrimonio⁶.

L'esito non è, tuttavia, lo stesso se si volge lo sguardo alle formulazioni che il diritto al matrimonio ha nelle Carte dei diritti europee, nonché alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale. Sul punto, la Cassazione osserva che in Europa molti paesi hanno previsto soluzioni giuridiche di riconoscimento dei rapporti di stabile convivenza tra persone dello stesso sesso, con formule variabili, che non sempre vengono definite dai diversi legislatori "matrimoni". La circolazione di questi modelli giuridicamente rilevanti, anche se diversi, ha determinato l'emergere di una serie di diritti connessi al fenomeno delle coppie omosessuali, tale da determinare

⁵ Sull'elaborazione giurisprudenziale dello *status* giuridico delle coppie *same sex*, cfr. B. NASCIBENE, *Unione di fatto e matrimonio fra omosessuali. Orientamenti del giudice nazionale e della corte di giustizia*, in *Corriere giuridico*, 1, 2010, 101 ss.

⁶ Il Giudice delle leggi guardava al significato dell'art. 29 Cost. e partendo dalla definizione giuridica della famiglia costituzionale, ne individuava, tra le caratteristiche necessarie, la differenza di sesso tra i nubendi e, quindi, giudicava ragionevole l'impossibilità di accesso per le coppie omosessuali all'istituto del matrimonio. Dunque, continuava la Corte, dal testo costituzionale e dai dati positivi dell'ordinamento, in assenza di un preciso intervento del legislatore, non si può ricomprendere entro la cornice dell'istituto matrimoniale, attualmente sancita, le coppie dello stesso sesso, in quanto l'elemento della diversità di sesso, sia a livello codicistico, sia a livello di legislazione speciale, sarebbe frutto di una tradizione ultramillenaria e consolidata di matrimonio, confermata anche dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria, che ravvisa in tale elemento una condizione essenziale per l'esistenza, o comunque per la validità, dell'istituto stesso. Tale ricostruzione sembrava, *prima facie*, suggerire una lettura per così dire "antiquaria" del sistema delle fonti in materia matrimoniale e così il parametro costituzionale veniva interpretato invocando anche le norme sotto ordinate. Ecco allora che l'art. 29 Cost. si riempiva di contenuto, da un lato, alla luce delle previsioni del codice civile, e dall'altro, richiamando i lavori dei Padri costituenti che, per il vero, pur non pensando ai matrimoni omosessuali, si erano già posti in allora il problema delle unioni al di fuori del vincolo matrimoniale, consapevoli che la nascente Costituzione sarebbe cresciuta e cambiata con l'evolvere dello Stato comunità.

Anche l'insieme di diritti che orna l'istituto matrimoniale, configurerebbe, in tale prospettiva, una sua ineludibile vocazione eterosessuale, tale da distinguere la famiglia da qualsiasi altra formazione sociale. Tale posizione di chiusura della Corte, richiamava, peraltro, le difese dispiegate dallo Stato, dove si chiariva che, a prescindere dall'interpretazione pregiuridica e quindi cristallizzata dell'istituto familiare, oppure di una sua lettura dinamica, e sensibile alle evoluzioni sociali, tale istituto sarebbe però sempre stato caratterizzato da un "nucleo duro", non derogabile, che trova il proprio elemento essenziale nella diversità di sesso tra i coniugi. *Contra*, si rinvia a R. BIN, A. PUGIOTTO in *Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale nel matrimonio secondo la costituzione italiana*, in *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto, Un itinerario di ricerca plurale*, a cura di B. PEZZINI, Napoli, 2008.

un'interpretazione evolutiva, sensibile ai dinamici cambiamenti in atto a livello sociale, degli artt. 12 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

In particolare l'art. 12 della CEDU, nell'affermare il diritto al matrimonio lo riserva, conformemente alle fonti internazionali sopradescritte, ad uomini e donne. Questa previsione non può essere, però, letta, in modo isolato, in quanto deve essere valorizzato, anche il postulato di uguaglianza giuridica, dato dal principio di non discriminazione (art. 14 CEDU), che ricomprende, nell'elenco esemplificativo di qualità personali che individuano il divieto ad essere discriminati, nel godimento dei diritti e delle libertà convenzionali, anche il sesso. Ecco, allora, che il divieto di discriminazione basata sul sesso, inteso come orientamento sessuale, ricade sulla diversa previsione convenzionale del diritto alla vita privata e familiare (art. 8), dove non si identifica il genere dei potenziali soggetti attivi del diritto, il testo della Convenzione parlando genericamente di "ogni persona".

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, sancisce, invece, all'interno del medesimo articolo (art. 9), il diritto a sposarsi e a costituire una famiglia, rinviandone la disciplina ai singoli legislatori nazionali, senza alcuna specificazione circa l'identità di genere dei soggetti titolari di tali diritti.

Le norme europee, fin qui descritte, hanno avuto un processo di riallineamento, a seguito dell'entrata in vigore, il 1 dicembre 2009, del Trattato di Lisbona⁷. Quest'ultimo ha, infatti, introdotto numerose novità al sistema dei trattati, su cui si costruiva l'edificio comunitario, determinando un *restyling* che ha modificato profondamente il processo di integrazione europea, oggi riconducibile ad un ente unitario e cioè all'Unione⁸. All'interno di questo processo di cambiamento, il sistema delle fonti del diritto europeo viene ricalibrato, anche attraverso la definizione del valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in quanto ora pari a quello dei trattati (art. 6, par. 1, c. 1, TUE)⁹. Alla luce della novella, aumenta, quindi, il numero di fonti cui far riferimento per definire il sistema di tutela dei diritti, sul piano euro unitario, dal momento che, pur rimanendo inalterato il riferimento dell'art. 6, n. 3, del TUE (ex art. F del Trattato di Maastricht) alla CEDU, (cui l'Unione si impegna ad aderire), e alle tradizioni costituzionali comuni, quali principi generali del diritto comunitario, si aggiunge la Carta dei diritti

⁷ Trattato di Lisbona, 17 dicembre 2007, G.U. dell'U.E., n. C- 306.

⁸ Trattato di Lisbona, in GU C 306, 17.12.2007. Tra le principali novità introdotte dal Trattato ricordiamo la fusione tra Comunità europea e Unione europea, al fine di costituire una sola Unione europea (art. 1, 3 c., TUE), dotata di personalità giuridica (art. 47 TUE); l'enunciazione dei valori (art. 2 TUE) e degli obiettivi (art. 3 TUE) dell'Unione è espressa in modo semplice e chiaro; l'individuazione dei criteri di riparto delle competenze tra Stati membri e Unione, indicando i vari ambiti materiali, distinti tra competenze esclusive della UE (art. 3 TFUE) e competenze concorrenti tra Stati membri e UE (art. 4 TFUE), con una affermazione forte del principio di sussidiarietà, il cui rispetto è garantito da un controllo politico dei parlamenti nazionali, che possono rivolgersi alla Corte di Giustizia in caso di violazione. Per uno studio sistematico del Trattato, di interesse F. X. PRIOLLAUD, D. SIRITZKLY, *Le Traité de Lisbonne*, Parigi, 2008; F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001; A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004; G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Roma, 2010.

⁹ Il valore giuridico della Carta è rimasto incerto fino al Trattato di Lisbona, in quanto la semplice proclamazione da parte delle istituzioni europee non integrava una procedura formale, tale da renderla una fonte del diritto. Per questi motivi la Carta rimaneva all'inizio uno strumento di *soft law*, con una caratterizzazione di strumento interpretativo privilegiato, per determinare la cifra dei diritti tutelati in ambito euro- unitario. Grazie al valore giuridico, pari a quello dei trattati, che viene ad assumere attraverso la previsione di cui all'art. 6 TUE, essa dovrà essere rispettata da istituzioni, organi e agenzie europee, nonché agli Stati membri nella fase discendente del diritto "comunitario" (art. 51, Carta- *Campo d'applicazione*-). Da notare è come la Carta non sia stata integrata nel corpo dei trattati, come prevedeva il progetto di trattato costituzionale, e il Regno Unito e la Polonia hanno, inoltre, ottenuto di essere vincolati alla Carta in modo diverso rispetto agli altri Stati membri. Il Protocollo n. 30 ne disciplina l'applicazione a questi due paesi, prevedendo l'incompetenza della Corte di giustizia o di qualunque altro organo, a sindacare la conformità degli atti interni dei due Stati alla Carta.

fondamentali dell'Unione europea, come fonte giuridicamente vincolante per istituzioni europee e Stati membri, così come previsto dal primo comma dello stesso art. 6 TUE¹⁰.

Allo stesso tempo, la Convenzione europea appare, profondamente, legata alle fonti del diritto dell'Unione, in almeno tre diverse prospettive: in quanto principio generale di garanzia, insieme alle tradizioni costituzionali comuni¹¹, dei diritti fondamentali (art. 6, pr. 3, TUE); fonte internazionale a cui l'Unione vuole aderire (art. 6, pr. 2, TUE) e, infine, criterio di interpretazione di alcune disposizioni della c.d. Carta di Nizza.

Il Collegio mette particolarmente in luce quest'ultima prospettiva, individuando tale collegamento, nella disposizione della Carta (art. 52, pr. 3)¹² che identifica il contenuto dei diritti, ivi sanciti, sulla base del testo della Convenzione, là dove i due cataloghi europei li enunciano in modo identico. In altre parole, se un diritto è formulato nella Carta comunitaria nello stesso modo in cui è sancito nella Convenzione, bisognerà guardare a Strasburgo per interpretarlo e identificare le facoltà sottese al godimento dello stesso.

La Cassazione, riferendosi ai due cataloghi europei, individua i due diritti rilevanti, ai fini della decisione, nel diritto al matrimonio ed in quello alla vita familiare.

Nel caso in esame, tuttavia, il problema, circa gli effetti su un matrimonio omosessuale contratto all'estero, delle tutele offerte dal diritto al matrimonio e dal diritto alla vita privata e familiare nella Carta di Nizza, sembra superato dall'incompetenza dell'Unione in materia di trascrizione degli atti matrimoniali, giacché nell'ambito delle novità introdotte nella tutela dei diritti a livello comunitario dal Trattato di Lisbona, è la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione a specificare che essa “ non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati” (art. 51, pr. 2, richiamato dall'art. 6, pr. 1, III c., TUE)¹³. Tali considerazioni portano la Corte ad escludere il presupposto di applicabilità della Carta di Nizza alla fattispecie oggetto di doglianza, in quanto la stessa non è

¹⁰ Sulla dimensione dei diritti sociali nell'Unione europea e sull'evoluzione della tutela, a livello comunitario, delle posizioni giuridiche dei singoli, P. COSTANZO, *La dimensione dei diritti della persona nel diritto dell'Unione europea*, 2008, relazione alle *Primeras Jornadas Internacionales de Justicia Constitucional (Brasil-España-Italia)*, Belém do Pará (Brasil), 25 e 26 de agosto – Verano 2008.

¹¹ Sul concetto di tradizione costituzionale comune si rinvia ad A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale comune*, Bologna, 2002, 26 ss.

¹² L'obiettivo dell'art. 52 della Carta è quello di fissare la portata dei diritti e dei principi della Carta e di fissare i criteri per la loro interpretazione. In particolare il paragrafo 1 configura un sistema di limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà. La formulazione utilizzata si ispira alla giurisprudenza della Corte di Giustizia: “Secondo una giurisprudenza ben consolidata, delle restrizioni possono essere applicate all'esercizio dei diritti fondamentali, in particolare nel quadro di un'organizzazione comune di mercato, a condizione che queste restrizioni rispondano, effettivamente, a degli obiettivi d'interesse generale perseguiti dalla Comunità e non costituiscano, in rapporto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed intollerabile, che può attentare alla stessa sostanza di questi diritti”, così, sent., 13.04.2000, aff. C-292/97, pr. 45. Il secondo paragrafo si riferisce, invece, ai diritti che sono già garantiti dal Trattato che istituisce la Comunità europea e riconosciuti nella Carta. Tali diritti restano soggetti alle condizioni e ai limiti previsti nelle fonti, ove sono sanciti. Il paragrafo 3 mira ad assicurare la coerenza necessaria tra la Carta e la Convenzione, individuando delle regole che, nella misura in cui i diritti della Carta corrispondono a quelli della Convenzione, il loro senso, la loro portata e le relative limitazioni sono le stesse della CEDU. Il richiamo alla CEDU è da intendersi anche ai protocolli addizionali, che costituiscono parte integrante della Convenzione. I diritti che non rientrano tra quelli interpretabili ai sensi della CEDU, se rientrano nelle tradizioni costituzionali comuni dovranno essere interpretati in armonia con queste, ai sensi del paragrafo quattro, che recepisce gli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia sulla nozione di tradizione costituzionale comune. In argomento cfr. sent., 13.12.1979, aff. 44/79, *Hauer*, rec. 1979, 3727 ss. Il paragrafo 5 individua, invece, una distinzione tra la nozione di diritto e quella di principio, da cui deriva la circostanza che pone un obbligo di rispetto dei diritti soggettivi, mentre i principi devono essere osservati. Infine i paragrafi 6 e 7 fanno riferimento al principio di sussidiarietà, attraverso il richiamo alle legislazioni e pratiche nazionali.

¹³ Da questo punto di vista, la taglia di tutela dei diritti, e dei corrispondenti obblighi, per gli Stati membri, offerta dalla Carta, è data dal principio di attribuzione, che in materia matrimoniale è del tutto carente, poiché si fa rinvio “alle leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio” (art. 9 Carta dei diritti fondamentali dell'UE). Nelle materie in cui l'Unione non è competente non si può, quindi, configurare alcun obbligo a livello statale, discendente dai diritti sanciti dalla Carta di Nizza.

disciplinata dal diritto europeo, e per l'effetto non può essere sollevato- come chiedevano i ricorrenti- alcun rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in quanto l'oggetto non rientra, a nessun titolo, tra le competenze comunitarie.

Una violazione della Carta non è, neppure, configurabile, a parere della Corte, là dove il presupposto materiale si spostasse dall'istituto della trascrizione matrimoniale, alle ricadute che questo ha sulla libertà di circolazione e soggiorno dei ricorrenti, giacché la mancata trascrizione non sembra incidere su tale libertà, legandosi alla libera scelta dello Stato se prevedere o no il matrimonio omosessuale.

Se questi sono i margini di tutela dei diritti che il catalogo comunitario pone a carico degli Stati membri, la situazione è di diverso segno per le prescrizioni discendenti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, lette in relazione all'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Infatti, se il Consiglio d'Europa, nel suo Statuto¹⁴, ha come prima finalità quella di garantire la tutela dei diritti fondamentali proclamati nella Convenzione, tali diritti, alla luce delle novità introdotte dal Trattato di Lisbona, sono in relazione con i corrispondenti diritti recati nella Carta comunitaria (art. 52, pr. 3, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione). Tale relazione non è però univoca, in quanto, per assicurare una coerente quanto effettiva protezione dei diritti affermati in modo identico nei due cataloghi europei, non basta assicurare che i diritti proclamati a Nizza abbiano la stessa formulazione di quelli convenzionali, nel loro portato testuale, ma anche giurisprudenziale, dal momento che è la giurisprudenza delle due corti a scandirne i concreti ambiti di applicazione e tutela.

Non solo, nel caso di diritti coincidenti, le clausole interpretative della Carta comunitaria prescrivono che se “la protezione accordata dalla Carta non può comunque in nessun caso situarsi ad un livello inferiore a quello garantito dalla CEDU”, la Corte di Giustizia potrà sempre elaborarne maggiori livelli di tutela, rispetto a quelli di Strasburgo (art. 52, pr. 3, Carta). Se, infatti, è la Corte europea dei diritti dell'uomo ad indicare alla Corte di Giustizia, i livelli giurisprudenziali minimi di protezione dei diritti coincidenti, la Corte di Lussemburgo può sempre riconoscere una maggior tutela. Sicché, due diritti identici a livello testuale, potranno avere, nella pratica, un'effettività assai diversa, sulla base del giudice europeo invocato nel caso concreto e della corrispondente, maggiore o minore, tutela che questo appresterà.

Questo era quello che avveniva, fino alla sentenza *Cedu Schalk e Kopf c. Austria*¹⁵, per il riconoscimento del diritto alla vita familiare, per le coppie omosessuali, dal momento che, anche se

¹⁴ Statuto Consiglio d'Europa, 5.05.1949, ove si sancisce all'art. 3 che :” *Ogni Membro del Consiglio d'Europa riconosce il principio della preminenza del Diritto e il principio secondo il quale ogni persona soggetta alla sua giurisdizione deve godere dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Esso si obbliga a collaborare sinceramente e operosamente al perseguimento dello scopo definito nel capo I*”.

¹⁵ Cedu, dec., *Schalk e Kopf c. Austria*, 24.06.2010, (ric. n. 30141/04). Questa pronuncia nasce dal ricorso di due cittadini austriaci, la cui richiesta di matrimonio era stata oggetto di rifiuto da parte delle autorità viennesi, dal momento che l'art. 44 del codice civile austriaco del 1812 configura il matrimonio unicamente per persone di sesso opposto. La Corte costituzionale austriaca, chiamata nel 2003 a giudicare della legittimità di questo articolo, ha statuito che né sulla base del parametro dell'uguaglianza, né ai sensi degli artt. 8 e 12 della CEDU (che in Austria, è bene ricordarlo, ha rango costituzionale), esso poteva ritenersi incostituzionale, data la radicata e, allo stato, incontrovertibile strutturazione eterosessuale del vincolo matrimoniale, non contraddetta in alcun modo dai parametri costituzionali invocati. Tuttavia la Corte di Strasburgo, pur affermando come l'art. 12 della CEDU non offra margini di tutela anche alle coppie omosessuali, conclude stabilendo la compatibilità della disposizione del codice civile austriaco con la Convenzione, dal momento che le stesse rientrano nell'ambito di discrezionalità del legislatore. Per quanto riguarda il secondo parametro invocato, vale a dire l'art. 14 della Convenzione, la Corte pur affermando il diritto delle coppie omosessuali al rispetto della vita familiare, non ravvisa neppure da questo punto di vista una illegittimità della normativa, oggetto di ricorso. A commento della decisione si segnala G. REPETTO, *Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo*, ovvero: la negazione “virtuosa” di un diritto, 2010, disponibile su <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/rivista/2010/00/Repetto01.pdf>, a parere del quale: «Gli aspetti più rilevanti della sentenza sono evidentemente quelli connessi all'inserimento dei diritti delle coppie omosessuali nell'alveo delle pertinenti garanzie della Convenzione, senza che tuttavia da ciò sia scaturita una dichiarazione di incompatibilità con essa della normativa nazionale, perché sia in relazione all'art. 12 che in relazione all'art. 8 CEDU i giudici di Strasburgo hanno ritenuto ancora minoritarie le leggi nazionali che consentono il matrimonio omosessuale

l'esegesi ermeneutica dell'art. 9 della Carta (Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia) si fonda sulla semantica dell'art. 12 della Convenzione (Diritto al matrimonio)¹⁶, le due corti erano giunte ad esiti diversi.

Infatti, pur partendo da casi analoghi, i due giudici, avevano configurato, in modo non omogeneo, i soggetti titolari del diritto alla vita familiare, riconoscendo tra questi, la coppia *same sex* la Corte di Lussemburgo¹⁷, escludendola quella di Strasburgo¹⁸. Un modello unitario di tutela del diritto in discorso sembra essersi riaffermato con la decisione del 2010, in cui la Corte EDU, nell'interpretare le facoltà discendenti dal diritto al matrimonio e alla vita familiare, interpreta gli artt. 8 e 12 della Convenzione alla luce delle fonti del diritto dell'Unione europea che hanno riguardato, in prospettive diverse, lo *status* giuridico delle coppie omosessuali.

(solo sei stati membri su quarantasette), con la conseguenza che una scelta del genere viene ritenuta al di fuori della competenza della Corte, rientrando piuttosto nel margine d'apprezzamento a disposizione degli stati»

¹⁶ In particolare nelle spiegazioni all'art. 9 della Carta di Nizza, elaborate dal *Presidium*, si specifica che: "Questo articolo si basa sull'articolo 12 della CEDU, che recita: "A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto.". La formulazione di questo diritto è stata aggiornata al fine di disciplinare i casi in cui le legislazioni nazionali riconoscono modi diversi dal matrimonio per costituire una famiglia. L'articolo non vieta né impone la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso. Questo diritto è pertanto simile a quello previsto dalla CEDU, ma la sua portata può essere più estesa qualora la legislazione nazionale lo preveda". Testo integrale delle spiegazioni disponibile in www.europarl.europa.eu/charter/pdf/04473_it.pdf.

¹⁷ Prospettando una breve rassegna della giurisprudenza europea, la Corte di giustizia si è più volte pronunciata sui diritti delle coppie omosessuali e transessuali, in materia pensionistica (C-117/01; C-267/06), di assegni familiari (C-122/99P e C-125/99P), di riduzione del prezzo dei trasporti (C-249/96), nonché di recente, di diniego di accesso all'istituto matrimoniale (C-3014/04). Interessante, a guisa di sintesi, sull'orientamento della Corte di Giustizia, riguardo ai rapporti tra matrimonio e altre forme di riconoscimento delle unioni, la pronuncia resa nell'ambito di un'unione solidale legalmente riconosciuta fra partner dello stesso sesso, là dove uno di essi può aver diritto alla pensione di reversibilità, concessa da un regime previdenziale di categoria. Il diniego di tale diritto, per la mancanza di un vincolo coniugale, integra una discriminazione diretta, fondata sulle tendenze sessuali, sulla base di quanto previsto dalla direttiva 2000/78/CE, su cui si fonda la decisione C-267/06, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen.*, in *Giur. It.*, 2009, 3, 561. A commento di tale sentenza, ed in particolare sulla possibile equiparazione nella giurisprudenza della Corte tra matrimonio e unioni stabili, si rinvia a M. VIZIOLI, *La Corte di giustizia si pronuncia sulla pensione di reversibilità nelle unioni di fatto tra partner dello stesso sesso*, in *Giur. It.*, 8, 2009, 1904 e ss. Ancora, a commento della direttiva, 27 novembre 2000, n. 2000/78/Ce, M. CASTELLANETA, *Sarebbe discriminatorio negare il godimento di un beneficio legato al rapporto lavorativo*, in *Guida al diritto*, 2008, n. 15, 114 e ss. In generale sul diritto alla vita familiare nella Carta, v. G. FERRANDO, *Le relazioni familiari nella Carta dei diritti dell'Unione europea*, in *Pol. dir.*, 3, settembre 2003, 347 ss. e sul diritto al matrimonio, B. NASCIMBENE, *Unioni di fatto e matrimonio tra omosessuali. Orientamenti del giudice nazionale e della Corte di Giustizia*, in *Corriere giuridico*, 1, 2010, 101 ss.

¹⁸ L'art. 8 della CEDU tutela quattro distinte sfere dell'autonomia personale: la vita privata, la vita familiare, il domicilio e la corrispondenza. Per quanto riguarda la nozione di vita familiare, in essa rientrano sia le relazioni giuridicamente istituzionalizzate (famiglia legittima), sia le relazioni fondate sul dato biologico (famiglia naturale), sia quei rapporti che si basano su legami personali di fatto (famiglia di fatto). Guardando all'ultima fattispecie, per le coppie di fatto omosessuali, secondo un risalente orientamento del Giudice di Strasburgo, non sarebbe configurabile il diritto alla vita familiare, bensì il diritto alla vita privata. Così, Comm.edu, *S c. Regno Unito*, 14.05.1986; C. edu, dec., *Mata Estevez c. Spagna*, 10.05.2001. Tale posizione delle istituzioni di Strasburgo faceva, quindi, rifluire il rapporto di fatto tra persone dello stesso sesso nella cornice del diritto alla vita privata, che esprime una nozione ampia e di difficile definizione, in cui si intrecciano aspetti legati all'identità personale del singolo, sia in una prospettiva privata, che relazionale. In questa prospettiva, l'orientamento sessuale può rilevare o come condizione privata del singolo, o come modalità di sviluppo relazionale della personalità, come nel caso delle coppie di fatto. È configurando tale diritto che la Corte ha riconosciuto talune tutele alle coppie omosessuali, come ad esempio in Cedu, dec., *Karner c. Austria*, 24.07.2003. Il ricorrente, dopo il decesso del partner convivente e titolare del contratto di locazione, si era visto negare il diritto a succedere nel contratto, in quanto i giudici nazionali avevano interpretato la legge austriaca sulla locazione in termini restrittivi, escludendo le coppie omosessuali dalla previsione normativa che prevede la successione automatica nella locazione anche per il convivente *more uxorio*. La Corte, attraverso una articolata motivazione, ha constatato l'esistenza di una discriminazione, dal momento che lo Stato, anche in un'ottica di protezione della famiglia tradizionale, non avrebbe dovuto porre le coppie omosessuali in una situazione di svantaggio. Sulla nozione di vita familiare e vita privata, si veda, per tutti, S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 297 ss.

Il Giudice di Strasburgo, se sul diritto al matrimonio, pur non escludendone l'accesso alle coppie omosessuali, conclude nel senso della competenza in capo ai singoli Stati, sul diritto alla vita familiare, muta il proprio orientamento, riconoscendolo, anche, alle coppie omosessuali. Tale lettura evolutiva del diritto in discorso è da imputarsi, ad avviso del giudice di Strasburgo, a tre fattori principali: 1) Evoluzione dell'istituto del matrimonio dalla data di adozione della CEDU e conseguentemente del concetto di famiglia; 2) Riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali da parte di molti Stati europei; 3) Fonti comunitarie, dove si riscontra una nozione di famiglia estesa alle coppie omosessuali¹⁹.

Se, dunque, questa è l'interpretazione data dalla Corte all'art. 8 della Convenzione quali saranno le ricadute sull'ordinamento italiano ex art. 117, I c., Cost.? I giudici nazionali si dovranno adeguare a questa interpretazione?

3. *Le fonti di diritto interno.* La Suprema Corte individua alcune ricadute, sull'ordinamento interno, della nuova configurazione del diritto alla vita familiare, affermatasi nel diritto dell'Unione europea e nella giurisprudenza di Strasburgo.

Il postulato di partenza è che detenendo la Corte europea dei diritti dell'uomo il primato interpretativo della Convenzione, i giudici nazionali devono interpretare le norme interne in modo conforme agli obblighi convenzionali, e là dove tale interpretazione conforme risulti incompatibile, sollevare la questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte costituzionale, per violazione del parametro interposto ex art. 117, I c., Cost.²⁰. Tale meccanismo di garanzia della Convenzione, deve, quindi, essere riferito, pure, alle novità recate nella sentenza della Corte Edu, in tema di diritto al matrimonio e alla vita familiare. Tuttavia, se il diritto al matrimonio viene riconosciuto dalla Corte di Strasburgo anche alle coppie *same sex*, la sua effettiva garanzia è rimessa, conformemente a quanto previsto nelle due carte europee, alla discrezionalità dei singoli legislatori nazionali. Ecco allora che un tale riconoscimento non obbliga gli Stati ad apprestare l'effettiva garanzia, essendo accordato, dalla Convenzione e dalla Carta, un monopolio nazionale nella scelta, se prevedere o meno formule giuridiche di disciplina delle unioni omosessuali.

¹⁹ A guisa di sintesi, di interesse, la risoluzione sulla parità dei diritti degli omosessuali nella UE, approvata dal Parlamento europeo il 17 settembre del 1998, in cui si evidenzia la presenza di istituti discriminatori negli ordinamenti degli stati membri, ai quali il Parlamento prescrive un adeguamento allo standard di diritti, garantito dall'Unione. Tale disparità è nuovamente evidenziata nella risoluzione del Parlamento Europeo del 14 gennaio 2009- Ris. P. E., 14 gennaio 2009, situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea 2004-2008, n. 2007-2145 (INI) - sullo stato dei diritti fondamentali nell'Unione Europea, dove si verifica la mancanza di equilibrio nella tutela dei diritti medesimi all'interno dei diversi Stati membri e si auspica un processo di integrazione europeo, sugli standard di garanzia, caldeggiando, a tal fine, la formulazione di una direttiva da parte del Consiglio che garantisca la parità di trattamento, inclusa il principio di non discriminazione per motivi legati all'orientamento sessuale.). Indicativo, a tal proposito, pure la recentissima risoluzione del Parlamento del Consiglio d'Europa, la n. 728 del 2010, riguardante proprio le discriminazioni poste in essere sulla base dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere. Non di poco momento su questo tema appaiono, anche, ris., 16 marzo 2000, n. 329 e ris., 21 agosto 2003, n. 881.

Rilevanti, nella specifica direzione di una politica dell'Unione tesa alla lotta alle discriminazioni, sono le due direttive adottate nel 2000 dal Consiglio dell'Unione Europea, Direttiva 2000/43/CE, 29 giugno 2000, GU L 180/22, 19 luglio 2000, art. 1; Consiglio dell'Unione Europea, Direttiva 2000/78/CE, 27 novembre 2000, GU L 303/16, 2 dicembre 2000, art. 1-, la prima direttiva riguarda la parità di trattamento in materia di occupazione, che vieta le discriminazioni fondate sulla religione, gli handicap, l'età e l'orientamento sessuale in ambito lavorativo; la seconda, fondata sull'uguaglianza razziale, vieta le discriminazioni fondate sulla razza o l'origine etnica, non solo nel mondo del lavoro, ma anche nell'accesso alla protezione, alla sicurezza sociale, ai beni ed ai servizi.

²⁰ Sul rapporto tra fonti interne e CEDU, nella giurisprudenza della Corte costituzionale, di particolare momento, Corte cost., sent., 24.10.2007, 348, in *Giur. Cost.*, 2007, 5, 3475 ss., con il contributo di C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa configgenti*, 3518 ss., e A. MOSCARINI, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti (ed uno indietro) della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, 3525 ss. Di interesse anche Corte cost., sent., 24.10.2007, 349, in *Giur. cost.*, 2007, 5, 3535 ss. A commento delle due sentenze citate, si rinvia a M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, 3564 ss., A. GUAZZAROTTI, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost.*, 3574 ss., e V. SCIARABBA, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, 3579 ss. Di rilievo, anche, Corte cost., sent., 11.03.2011, 11, in *Giur. cost.*, 2011, 2, 1224 ss.

Da questo punto di vista, quindi, se uno Stato, ed è il caso dell'Italia, non apprestando alcun modello legale di riconoscimento per le coppie dello stesso sesso, non incorre in alcuna violazione, né della Convenzione europea, né della Carta.

Queste erano, peraltro, le conclusioni cui era giunta anche la Corte costituzionale italiana nella [sentenza 138/2010](#), non configurando alcuna violazione dell'art. 117, I c.²¹, Cost., da parte delle norme del codice civile che escludono le coppie omosessuali dal matrimonio, rientrando tali disposizioni tra le scelte discrezionali del legislatore²². La Corte, però, a differenza del Giudice di Strasburgo, non emarginava una lettura evolutiva dell'istituto, individuando tra le caratteristiche necessarie della famiglia costituzionale, la differenza di sesso tra i nubendi, e, quindi, ragionevole l'impossibilità, nell'ordinamento italiano, di accesso per le coppie omosessuali²³.

Se, tuttavia, il diritto al matrimonio presuppone un istituto giuridico di riferimento, e ancor prima un intervento del legislatore, e tale intervento non è necessitato dalle due carte europee, ma discrezionale, lo stesso non può dirsi, per il diritto alla vita familiare, che individua la relazione familiare su un presupposto di fatto, e non, solamente, legale.

Inoltre, alla luce della nuova interpretazione evolutiva, l'art. 8 della CEDU obbligherebbe gli Stati parte a garantire alle coppie omosessuali, non il matrimonio, bensì un trattamento omogeneo a quelle eterosessuali, coniugate o no, in casi determinati.

Il rispetto del diritto alla vita familiare per le unioni *same sex*, perciò, non discende dalla circostanza che i soggetti componenti la coppia siano o meno coniugati, ma configura un obbligo diretto a carico degli ordinamenti nazionali, a prescindere che questi abbiano o meno previsto modelli giuridici di riconoscimento delle coppie omosessuali.

Tale lettura della Cassazione sembra, peraltro, confermata da alcuni principi recati nelle motivazioni della [decisione del 2010 del Giudice delle leggi](#), là dove si riconosce la coppia omosessuale ex art. 2 Cost., in quanto formazione sociale titolare di diritti fondamentali²⁴, tra cui,

²¹ La disposizione costituzionale in esame determinerebbe un'integrazione del parametro, dal momento che il rispetto degli obblighi internazionali e comunitari deve essere apprezzato guardando, sia ad alcune disposizioni della CEDU, sia alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. La Corte, tuttavia, non entra neppure nel merito della portata interpretativa e precettiva delle disposizioni richiamate, evidenziando come esse abbiano prevalentemente carattere generale, e si debba quindi, in ossequio al principio di specialità, guardare *in primis* agli artt. 12 della CEDU e 9 della Carta di Nizza, che riguardano specificamente il diritto a sposarsi e costituire una famiglia, la cui realizzazione è espressamente rinviata alla discrezionalità del legislatore degli Stati membri. Tale ricostruzione trova ampia conferma nella circostanza che vede altri paesi europei disciplinare l'unione tra persone dello stesso sesso, configurando istituti diversi tra uno Stato e l'altro, e si pone, inoltre, in linea di continuità con quanto l'Avvocatura dello Stato sottolinea, nelle proprie argomentazioni, sottolineando con forza la centralità del legislatore in un eventuale processo di inclusione delle coppie omosessuali nelle formule di tutela previste per il matrimonio. Ne consegue come, sul piano degli obblighi internazionali, il vincolo, nascente dalla Convenzione per il tramite dell'art. 117, comma 1, risulterebbe attenuato proprio in ragione della discrezionalità che la norma convenzionale lascia al legislatore.

²² Da questo punto di vista la giurisprudenza costituzionale ha sviluppato vari strumenti per reagire alla pigrizia del legislatore, pensiamo alle pronunce additive o alle meno invasive sentenze-monito. Sui rapporti tra Corte costituzionale e legislatore, con particolare riferimento al limite della discrezionalità legislativa al sindacato del Giudice delle leggi, si rinvia a G. ZAGREBELSKY, *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Napoli, 2007. Sul rapporto tra Corte e lacune dell'ordinamento, si rinvia a V. MARCENÒ, *La Corte costituzionale e le omissioni incostituzionali del legislatore: verso nuove tecniche decisorie*, in *Giur. Cost.*, 2000, 3, 1985.

²³ Si veda, per tutti, P. TINCANI, *Diritto, natura, diritti. L'affaire del matrimonio omosessuale*, in *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto, Un itinerario di ricerca plurale*, a cura di B. PEZZINI, Napoli 2008, 173.

²⁴ Cfr. Corte cost., 2010, *cit.*, dove il Giudice costituzionale in un passaggio della sentenza chiarisce come :« *Orbene, per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. Si deve escludere, tuttavia, che l'aspirazione a tale riconoscimento – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia – possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio. È sufficiente l'esame, anche*

anche (per le ragioni fin qui esaminate) quelli discendenti da fonti esterne ex art. 117, I c., Cost., com'è il caso del diritto alla vita familiare²⁵. Da qui, la Cassazione chiarisce come la coppia omosessuale potrà domandare in “specifiche situazioni, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale”.

Concludendo, se nell'ordinamento italiano rientrano pure ex artt. 11 e 117, I c., Cost., le disposizioni recate nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e nella CEDU, tra queste rientra pure l'art. 12 CEDU che, sulla scorta della recente giurisprudenza europea, “ha privato di rilevanza giuridica la diversità di sesso dei nubendi”. Alla luce di questo, cambierebbero anche i requisiti essenziali del negozio giuridico matrimoniale di diritto interno, poiché la diversità di sesso non è più requisito ineludibile, ai fini dell'esistenza del matrimonio. Dunque, e questo anche per la trascrizione, il matrimonio omosessuale contratto all'estero non sarà nell'ordinamento italiano, né inesistente, né invalido, ma solo inidoneo a produrre “qualsiasi effetto giuridico”, essendo inefficace. Il ricorso è, quindi, rigettato, ma con motivazioni di segno diverso rispetto a quelle della sentenza di Appello.

Se questi sono i contenuti della decisione, sembra opportuno riflettere sul rapporto che intercorre tra tutela dei diritti a livello europeo e costituzioni nazionali, in materia di affermazione e tutela dei diritti, là dove parametri di contenuto simile vanno incontro ad interpretazioni giurisprudenziali opposte e difficilmente conciliabili.

4. Il rapporto tra cataloghi dei diritti e loro interpreti: lo strano caso del diritto al matrimonio da Strasburgo a Roma. La Cassazione, al di là del dispositivo di rigetto cui perviene, dimostra come vi sia un conflitto tra Corte costituzione italiana e Corte di Strasburgo sulla nozione di diritto al matrimonio. Per la prima, infatti, vi rientrano solo coppie formate da uomini e donne, per la seconda, anche coppie omosessuali. La ragione per cui tale diversa configurazione della nozione di matrimonio, ad oggi, non ha dato luogo a conflitti tra le corti europee e il giudice costituzionale italiano è che l'ipoteca della competenza nazionale in materia matrimoniale priva di effettività l'interpretazione, data dalla Corte EDU e dalla Corte di Strasburgo degli artt. 12 della CEDU e 9 della Carta di Nizza, dal momento che ogni Stato del Consiglio d'Europa è libero di non prevedere alcun diritto al matrimonio per le coppie *same sex*.

Tuttavia, se a livello pretorio, il riconoscimento della discrezionalità dei diversi legislatori, impedisce, o per lo meno rende improbabili, conflitti tra Strasburgo e giudici nazionali, si può dire lo stesso per il rapporto tra costituzioni e Convenzione, soprattutto, là dove, ed è il caso italiano, una corte costituzionale interpreta le disposizioni parametriche sul matrimonio, in chiave, esclusivamente, eterosessuale? Quale la validità della corrispondente norma CEDU rispetto alla

non esaustivo, delle legislazioni dei Paesi che finora hanno riconosciuto le unioni suddette per verificare la diversità delle scelte operate».

²⁵ In particolare parte della dottrina ha evidenziato come la formula adottata dall'art. 2 Cost. si debba ricostruire, come una fattispecie aperta, che non si esaurisce nelle libertà espressamente previste, ma consente l'emersione di istanze sempre nuove del sentire sociale, quali il diritto alla libertà sessuale e all'identità personale, così A. BARBERA, F. COCOZZA, G. CORSO, *Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di eguaglianza*, in G. Amato e A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, 5° ed., Bologna, 1997, 224 ss. Ancora, per una visione complessiva e sistematica dell'art. 2 Cost., v. A. BARBERA, *Principi fondamentali, art. 1-12*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, sub. Art.2, Bologna-Roma, 1975, 66 ss. Di interesse anche A. RUGGERI, *Nuovi diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione*, in *Politica del diritto*, XXIV, 2, 1993, 183, il quale afferma, qualificando l'art. 2 Cost. come una fattispecie aperta, come non siano configurabili dei diritti fondamentali propriamente “nuovi”, dal momento che essi sarebbero già tutti ricompresi nel testo costituzionale, necessitando di un'opera di “estrazione”. Diversamente, un secondo orientamento ha sostenuto la natura chiusa dell'art. 2 Cost. partendo dal presupposto che “le ipotesi di diritti non previsti in Costituzione sono assai più limitate di quel che a prima vista potrebbe pensarsi: o perché tali ipotesi rientrano in fattispecie normative concernenti diritti espressamente garantiti, oppure perché un loro eventuale riconoscimento porrebbe delle insanabili antinomie con altre norme costituzionali”, cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. (Parte generale)*, Padova, 1985, 3.

Costituzione, nella misura in cui l'art. 12 della Convenzione configura l'esistenza di un diritto al matrimonio per le coppie omosessuali²⁶?

Innanzitutto, la CEDU si interfaccia con il dettato costituzionale nell'ambito del giudizio di costituzionalità incidentale o in via diretta. Infatti, tutte le disposizioni CEDU possono avere il ruolo, in tali giudizi, di norme interposte ex art. 117, 1 c., Cost., esprimendo degli obblighi internazionali, al cui rispetto sono tenute le leggi statali o regionali. Tuttavia, è la stessa Corte ad aver chiarito come, nel giudizio di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge, ai fini dell'integrazione del parametro ai sensi dell'art. 117, 1 c., Cost., attraverso una norma della CEDU, la compatibilità tra disposizione convenzionale e Costituzione deve essere valutata con riferimento, non solo ai principi fondamentali del parametro, ma a tutto il parametro nel suo complesso²⁷, in quanto “nell'ipotesi di una norma interposta che risulti in contrasto con una norma costituzionale, (questa) la Corte ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano”²⁸. Da qui, se art. 12 CEDU e art. 29 Cost., sono stati oggetto di interpretazioni opposte²⁹, attualmente, non sembra potersi sostenere che la previsione convenzionale sul matrimonio possa configurarsi, in un eventuale giudizio di costituzionalità, quale norma interposta, giacché essa non appare compatibile con la Costituzione italiana, in generale, ed in particolare con l'art. 29 Cost³⁰.

Quindi, se il mancato riconoscimento giuridico delle coppie *same-sex* viola l'art. 12 della Convenzione, anche in mancanza del rinvio ai singoli legislatori nazionali, comunque, resterebbero in vigore leggi incompatibili (come l'attuale disciplina civilistica), mostrandosi la più recente giurisprudenza di Strasburgo irrispettosa della nozione di matrimonio presente nella Costituzione italiana.

²⁶ Su questo punto v., tra gli altri, M. CARTABIA, *La CEDU e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino 2007, 8 ss.

²⁷ Cfr. [Corte cost., sentt. n. 348 e n. 349](#),. In dottrina, tra i numerosi commenti e studi alle due decisioni, si veda, tra gli altri, A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità (sentt. nn. 348/2007 e 349/2007)*, in http://www.forumcostituzionale.it/site/index.php?option=com_frontpage&Itemid=1, 2007; C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa configgenti*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>.

²⁸ Così [sent. 348/2007](#) par. 4. 7.

²⁹ Infatti nella [sentenza 138/2010](#) la Corte costituzionale italiana, definendo la nozione di matrimonio alla luce dell'art. 29 Cost., ha modo di chiarire che “... come risulta dai citati lavori preparatori, la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di Assemblea, benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta. I costituenti, elaborando l'art. 29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un'articolata disciplina nell'ordinamento civile. Pertanto, in assenza di diversi riferimenti, è inevitabile concludere che essi tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che, come sopra si è visto, stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso. In tal senso orienta anche il secondo comma della disposizione che, affermando il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ebbe riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale. Questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa. Si deve ribadire, dunque, che la norma non prese in considerazione le unioni omosessuali, bensì intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto”. Di segno opposto, invece, le riflessioni sviluppate dalla Corte di Strasburgo, nella dec. Cedu, dec., *Schalk e Kopf c. Austria*, pr. 44, in quanto alla luce dei numerosi modelli legali di riconoscimento delle coppie *same sex*, introdotti dai paesi membri del Consiglio d'Europa, nonché dell'attenzione dimostrata dall'Unione europea ai diritti delle coppie omosessuali, il Giudice di Strasburgo chiarisce che il riferimento ad uomo e donna recato nell'art. 12 della Convenzione “*did not necessarily have to be read in the sense that men and women only had the right to marry a person of the opposite sex*”.

³⁰ Diverso l'orientamento su tale profilo di quella dottrina che evidenzia come il sistema di diritti costruito attorno all'istituto matrimoniale sarebbe configurabile, attraverso una lettura costituzionalmente orientata delle norme, anche per le coppie dello stesso sesso, sul punto di interesse S. RODOTÀ, *Premessa*, in E. MENZIONE, *Manuale dei diritti degli omosessuali*, Milano, 1996, 65 ss. Da qui discenderebbe, inoltre, la speculare libertà di scelta della persona da sposare si veda sul punto l'interpretazione di M. GATTUSO, *Appunti sulla famiglia naturale e il principio di eguaglianza*, in *Quest. Giust.*, 2007, 120 ss., a parere del quale la stessa esistenza del matrimonio implicherebbe tale libertà, fatti salvi i limiti derivanti dalla tutela delle altre libertà fondamentali.

L'ulteriore conseguenza che discende da tale stato di cose è che se la discrezionalità del legislatore a disciplinare le unioni omosessuali è totale nella prospettiva di Nizza-Strasburgo, non lo è alla luce dell'orientamento della Corte costituzionale italiana, che nell'ipotesi, per il vero piuttosto remota, in cui il parlamento dovesse addivenire all'introduzione del matrimonio gay in Italia, dichiarerebbe, se interpellata, la relativa legge incostituzionale, per contrasto con l'art. 29 della Costituzione. Ma stando così le cose, la Corte di Cassazione, anziché descrivere un quadro indubbiamente contraddittorio e indicare una possibile soluzione nella buona volontà dei giudici a riconoscere il diritto alla vita familiare alle coppie omosessuali, avrebbe avuto altre alternative?

Una prima soluzione alternativa poteva individuarsi nel risollevare la questione di costituzionalità davanti alla Consulta, per violazione del parametro interposto dell'art. 12 CEDU, ai sensi dell'art. 117, c. 1, Cost., là dove la disciplina civilistica nazionale in materia di coniugio, esclude le coppie *same sex*. L'auspicio poteva essere quello di una nuova interpretazione, data dalla Corte, al diritto al matrimonio, anche se guardando ai recenti orientamenti, espressi dal Giudice delle leggi, in merito all'obbligo di conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la prognosi non sarebbe apparsa positiva. Infatti, in alcune recenti decisioni la Corte ha chiarito come, pur non potendosi sovrapporre alla Corte di Strasburgo nell'interpretare il testo della Convenzione, essa possa calibrare l'interpretazione della Corte Edu alle specificità dell'ordinamento italiano, in cui la previsione CEDU è destinata a collocarsi³¹. Peraltro, tale orientamento della Corte sembra di segno assai diverso da quello originario³², che attribuiva al Giudice di Strasburgo, e soltanto a lui, il ruolo di interprete della Convenzione, avendo le giurisdizioni nazionali un ruolo di meri ripetitori, e non di interpreti di secondo grado, come sembra evincersi dalle nuove decisioni fin qui descritte. Da questo punto di vista, quindi, anche il diritto al matrimonio verrebbe interpretato, in ogni caso, alla luce dell'art. 29 Cost., con la conseguente esclusione, tra i soggetti titolari del diritto, degli individui omosessuali.

Un'ultima ipotesi sarebbe stata quella di un'applicazione diretta dell'art. 12 della CEDU da parte della Corte di Cassazione, come del resto, ha già fatto, in presenza di un vuoto normativo, il Consiglio di Stato nel 2010³³.

5. *Diritto al matrimonio e corti costituzionali nazionali: la solitudine della Corte costituzionale italiana.* La posizione della Corte costituzionale italiana appare, inoltre, isolata se rapportata agli orientamenti espressi dagli altri giudici costituzionali europei, in materia di diritto al matrimonio per le coppie dello stesso sesso.

Così, il *Tribunal Constitucional* portoghese nel 2010³⁴ ha confermato la legittimità costituzionale della legge che nel 2010³⁵ aveva introdotto il matrimonio anche per le persone omosessuali.

Nella stessa direzione era andata, nel 2004, la *Cour d'arbitrage* belga³⁶, pronunciandosi, in sede di giudizio preventivo, sulla legittimità costituzionale della legge belga sui matrimoni

³¹ In questo senso, cfr. Corte cost., 19.07. 2011, 236, in *Giur. cost.*, 2011, IV, 3021 ss., con un commento di C. PINELLI, *Retroattività della legge penale più favorevole fra CEDU e diritto nazionale*, 3047 ss. e Corte cost., 11.11.2011, 303, in *Giur. cost.*, 2011, V. A commento di tali decisioni, A. BONOMI, [Brevi note sul rapporto fra l'obbligo di conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e l'art. 101, c. 2 Cost. \(... prendendo spunto da un certo mutamento di orientamento che sembra manifestarsi nella sentenza n. 303 del 2011 Corte cost.\)](#), in *Consulta OnLine*, 2012.

³² Cfr. [Corte cost., sent. 39/2008](#).

³³ V. Consiglio di Stato sent., 2 marzo 2010, 1220.

³⁴ Trib. Cost. sent. n. 121/2010. A commento della decisione, *amplius* E. SORDA, *Same sex marriage: il caso portoghese*, in *Ianus*, 4, 2011, 175 ss.

³⁵ In particolare, la legge è stata approvata in Parlamento l'8 gennaio 2010; si tratta del Decreto de Assembleia n. 9/XI, reperibile su www.parlamento.pt, nella sezione *Actividade Parlamentar e Processo Legislativo*.

³⁶ Cour d'Arbitrage, arrêt n. 159/2004 del 20 ottobre 2004.

omosessuali³⁷. Infatti, rigettando il ricorso, accoglie un'interpretazione evolutivo del negozio giuridico matrimoniale, che non permette di escludere le persone omosessuali da tale istituto³⁸.

Anche nella giurisprudenza del Tribunale Costituzionale federale, l'istituto delle unioni civili, previsto, dal 2001, come formula di riconoscimento per le coppie *same sex*³⁹, è stato progressivamente interpretato in termini omogenei al matrimonio, tanto da far apparire in oggi la distinzione più nominalistica, che sostanziale⁴⁰.

Questa giurisprudenza, se raffrontata alle decisioni dei giudici europei, fin qui descritte, sembra dimostrare il consolidarsi di una tradizione costituzionale comune, per quanto riguarda il diritto alla vita familiare per le coppie omosessuali, attraverso la circolazione di precedenti pretori transnazionali, che sempre di più vengono richiamati, come nel caso della decisione della Cassazione, anche da giudici nazionali, che identificano nella giurisprudenza di Strasburgo-Lussemburgo la sintesi di un *idem sentire* sullo status delle coppie *same-sex*. Così, se ad oggi il diritto al matrimonio è ancora subordinato alla *voluntas legislatoris*, il diritto alla vita familiare trova i propri riferimenti in una consolidata giurisprudenza, che può ambire alla qualifica di tradizione costituzionale comune ed in quanto tale principio generale cui l'Unione si ispira nella tutela ed interpretazione dei diritti fondamentali.

Inoltre, ad una generale posizione evolutiva delle giurisprudenze costituzionali europee, sulla nozione di matrimonio, si unisce un panorama normativo piuttosto omogeneo, nel riconoscimento, seppure con formule differenziate, delle unioni omosessuali. Così in Spagna, Belgio, Paesi Bassi, Portogallo, Svezia e Norvegia si ha l'istituto del matrimonio; in Germania, Austria, Gran Bretagna, Andorra, Repubblica Ceca, Finlandia, Francia, Ungheria, Islanda, Lussemburgo, Slovenia e Svizzera, il riconoscimento è dato dalla possibilità di registrare l'unione; in Irlanda e in Liechtenstein sono in discussione disegni di legge per introdurre partnership registrate; la Croazia, invece, riconosce, solamente, la convivenza tra soggetti omosessuali, senza però permettere la registrazione della coppia.

Questo dinamismo che anima un po' tutti gli Stati europei, nella direzione di una positivizzazione dell'evoluzione avutasi sul piano dei rapporti sociali e familiari, non sembra ad oggi riscontrabile in soli due paesi: Italia e Grecia.

In particolare in Italia, all'immobilismo del legislatore, cerca di supplire un'elaborazione dei giudici, che davanti al caso concreto non possono non rispondere. Così la sentenza della Cassazione ha avuto un'anticipazione ed una reazione da parte dei due poteri coinvolti nella vicenda: da un lato, un primo riconoscimento al diritto alla vita familiare era già stato espresso da parte del Tribunale di Reggio Emilia⁴¹; dall'altro, le lamentele di alcuni parlamentari, indirizzate al Presidente della Repubblica, riguardanti la sentenza degli Ermellini, accusati di aver espresso "opinioni personali su come il Parlamento dovrebbe operare in futuro". Il Presidente della Repubblica, tuttavia, per ministero del Segretario generale della Presidenza della Repubblica, Renato Marra, non ha ravvisato alcuna interferenza nelle attribuzioni del legislatore⁴².

³⁷ Loi 13 février 2003 - *Loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil*, in *Moniteur Belge*, 28-2-2003, ed. 3.

³⁸ In argomento, M. DICOSOLA, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in Belgio tra diritto e società: l'apporto del legislatore, del Consiglio di Stato e della Cour d'Arbitrage*, in *Ianus*, 4, 2011, 61 ss.

³⁹ In Germania, dal 2011 una legge, il *Lebenspartnerschaftsgesetz* (LPartDisBG), in parte modificata nel 2004 e nel 2009, ha introdotto un apposito istituto volto a riconoscere diritti e doveri per le coppie di persone dello stesso sesso, attraverso la registrazione civile delle loro unioni: le *eingetragene Lebenspartnerschaft*.

⁴⁰ Sull'analisi della giurisprudenza costituzionale in materia di differenziazioni tra coniugio e unioni registrate si rinvia a F. SAITTO, "Particolare tutela" del matrimonio, principio di uguaglianza e garanzia di istituto: le unioni civili davanti al Tribunale costituzionale tedesco, in *Ianus*, 4, 2011, 109 ss.

⁴¹ Cfr. Trib. Reggio Emilia, sez. I, 13.02, 2012. In questa decisione il tribunale ha riconosciuto il diritto alla vita familiare ad una coppia omosessuale sposata in Spagna e per l'effetto ha riconosciuto il diritto all'ingresso e al soggiorno al partner, cittadino extracomunitario.

⁴² Comunicato della Presidenza della Repubblica, 20.04.2012, in <http://www.giurcost.org/cronache>.

D'altra parte, se diverse possono essere le strade di affermazione dei diritti, senza dubbio, una volta riconosciuti, difficilmente, si potrà tornare indietro.