



Marco Parisi

(associato di Diritto ecclesiastico nell'Università degli Studi del Molise,
Dipartimento giuridico)

**Verso una tutela nazionale e sovranazionale delle unioni
(matrimoniali e civili) tra persone dello stesso sesso?
Riflessioni a margine del caso *Oliari e altri contro Italia* ***

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Percorsi giurisprudenziali e normativi interni in materia di unioni civili - 3. Il caso *Oliari contro Italia* e le sue ripercussioni sul dibattito in tema di coppie *same sex* - 4. Conclusioni.

1 - Introduzione

Il tema della tutela delle unioni omosessuali ha assunto negli ultimi anni una rilevanza sempre maggiore, culminata con la recente discussione pubblica (soprattutto in sede politica, dottrinale e giurisprudenziale) intorno all'approvazione di una disciplina giuridica civile per le coppie dello stesso sesso, anche nelle forme dell'estensione a esse dell'istituto del matrimonio. Va detto che, sino a pochi anni fa, la dottrina italiana aveva limitato la propria analisi alla constatazione della necessaria natura eterosessuale del matrimonio, reputando l'identità di sesso dei nubendi causa di inesistenza, oppure di invalidità, dell'unione eventualmente contratta. Tuttavia, in base alla agevole constatazione del fatto che la differenza di sesso non è – tuttora - fissata da alcuna disposizione normativa, si è parlato a tal riguardo di una "(...) norma priva di disposizione¹", che avrebbe il suo fondamento in "una consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio", giustificante l'operatività delle relative indicazioni precettive sotto forma di diritto vivente².

* Il contributo è stato sottoposto a valutazione, ed è destinato alla pubblicazione a stampa sulla rivista *Il diritto ecclesiastico*.

¹ **G. FERRANDO**, *Questo matrimonio non si può fare?*, in *La "società naturale" ed i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotta, P. Veronesi, Giappichelli, Torino, 2010, p. 155.

² **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"*,



Sulla questione, che mette in discussione le stesse nozioni di “famiglia” e di “matrimonio”, è maturata una discussione più attenta (nello specifico sulle ragioni del denegato accesso al matrimonio) dopo la sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale che, pur proponendo una pronuncia di rigetto delle eccezioni sollevate³, non si è spinta – anche

in *Giur. cost.*, 2010, II, p. 1629.

³ Con la sentenza n. 138 del 2010, la Corte costituzionale è stata chiamata a giudicare sulla legittimità costituzionale degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis e 156-bis c.c., “nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso”. La decisione della Corte ha diviso equamente il dispositivo in una dichiarazione d’infondatezza, rispetto agli artt. 3 e 29 Cost. e in una d’inammissibilità, in riferimento agli artt. 2 e 117, 1° co., Cost. In particolare, per quel che concerne gli artt. 2 e 117, 1° co., Cost., la Corte ha dichiarato l’inammissibilità della questione, in quanto diretta a ottenere una pronuncia additiva “non costituzionalmente obbligata”. Con riferimento al principio personalistico, la riflessione dei giudici costituzionali sul concetto di “formazione sociale”, contenuto nel parametro costituzionale invocato (art. 2 Cost.) ha riconosciuto che, nell’ambito di tale nozione, rientra anche l’unione omosessuale, intesa quale stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso. Per la Consulta, le coppie omosessuali divengono titolari, sotto la copertura dell’art. 2 Cost., di un diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendo il relativo riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. A giudizio della Corte, il loro riconoscimento come formazioni sociali e il relativo connesso obbligo di una tutela giuridica non rende “costituzionalmente obbligata” la scelta di equiparare tali unioni al matrimonio. In altre parole, la tutela imposta dal principio personalistico non deve necessariamente realizzarsi estendendo la disciplina civilistica alle unioni suddette, ben potendo esplicarsi anche sotto altre forme, la cui definizione è rimessa alla valutazione discrezionale del legislatore. Per quel che concerne gli artt. 3 e 29 Cost., la Corte ha dichiarato l’infondatezza nel merito della questione, aderendo a un’interpretazione fortemente tradizionalistica della famiglia, richiamando un concetto “naturale” di nucleo familiare, in quanto appartenente ai bisogni umani fondamentali, imprescindibili, legati alla socialità dell’uomo, alla sua riproduzione, alla sua affettività e al suo bisogno di riservatezza. La Corte costituzionale ha specificato che il nucleo duro della norma, ossia i c.d. elementi costitutivi del concetto di famiglia, sono definibili attraverso il ricorso alla tradizione, al radicamento nel tessuto sociale, nonché al richiamo alla volontà storica dei costituenti. In particolare, questi ultimi, nel formulare l’art. 29 Cost., secondo la Consulta, avrebbero preso in considerazione la nozione di matrimonio definita dal codice civile del 1942, che presupporrebbe, come requisito indispensabile, la diversità di sesso dei coniugi. La norma non avrebbe, dunque, in considerazione le unioni omosessuali, bensì intenderebbe riferirsi esclusivamente al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto. Ne deriverebbe, nei criticabili orientamenti dei giudici costituzionali, che il riconoscimento dell’eterosessualità, quale requisito necessario per poter parlare di famiglia ai sensi dell’art. 29 Cost., non sarebbe superabile in via interpretativa perché finirebbe con l’attribuire al principio costituzionale un significato nemmeno preso in considerazione al momento della sua formulazione. In tema, tra i tanti, **M. CROCE**, *Diritti fondamentali programmatici, limiti all’interpretazione evolutiva e finalità procreativa del*



nel suo approccio tradizionalista all'art. 29 della Carta - al punto di affermare l'incompatibilità radicale con la Costituzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Anzi, pare essere presente attualmente, negli orientamenti giurisprudenziali di merito e di legittimità, una decisa affermazione del principio per cui le unioni tra persone dello stesso sesso sono meritevoli dell'accesso a forme di tutela equiparabili a quelle conseguenti al matrimonio⁴. Un'evoluzione positiva rispetto alla quale hanno contribuito anche le determinazioni assunte da organismi internazionali come l'Unione Europea e il Consiglio d'Europa che hanno, ripetutamente e con sollecitudine, invitato gli Stati membri ad adottare misure tese ad assicurare dignità giuridica e sociale alle coppie *same sex*. Sotto questo profilo, rileva, in particolare, la "Relazione sulla tabella di marcia dell'Unione Europea contro l'omofobia e la discriminazione legata all'orientamento sessuale e all'identità di genere" del 7 gennaio 2014, adottata dalla Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni del Parlamento Europeo, in cui gli Stati membri vengono stimolati a prevedere normative interne che consentano alle coppie dello stesso

matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale, in *Forum costituzionale*, 23 aprile 2010, p. 1 e ss.; **F. DAL CANTO**, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla "aspirazione" al matrimonio al "diritto" alla convivenza*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, vol. II, p. 1195 e ss.; **A. PUGIOTTO**, *Una lettura non reticente della sentenza n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, cit., vol. III, p. 2697 e ss.; **P. VERONESI**, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *Studium iuris*, 2010, 10, p. 997 e ss.

⁴ Il riferimento più immediato è alla sentenza della Corte di Cassazione n. 2400 del 9 febbraio 2015, con la quale la Suprema Corte è ritornata sul tema dello statuto giuridico delle coppie dello stesso sesso, in particolare occupandosi del loro diritto di contrarre matrimonio. Sulla scia della citata sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale, la Cassazione ha chiarito come il diritto al matrimonio sia demandato alla piena discrezionalità del Parlamento, ma ha ribadito, altresì, che l'unione omosessuale "riceve un diretto riconoscimento costituzionale dall'art. 2 Cost. (...) e può acquisire un grado di protezione e tutela equiparabile a quello matrimoniale in tutte le situazioni nelle quali la mancanza di una disciplina legislativa determina una lesione dei diritti fondamentali scaturenti dalla relazione in questione". Tale "(...) operazione di omogeneizzazione" non sarebbe prerogativa esclusiva del Parlamento, ma costituirebbe, invece, un dovere ineludibile del giudice comune, anche (e soprattutto) nel perdurante silenzio del legislatore. Conformemente a tale orientamento, lo statuto giuridico delle coppie dello stesso sesso sarebbe passibile d'integrazione giurisprudenziale secondo un processo di omogeneizzazione di tali coppie rispetto alla condizione in cui versano le coppie coniugate, ma non fino al punto di introdurre il matrimonio, che, per la Suprema Corte, resta invece riservato all'intervento disciplinatore del legislatore.



sesso “(...) di godere del medesimo rispetto, dignità e protezione riconosciuti al resto della società”, contemplando anche

“(...) il riconoscimento reciproco degli effetti di tutti gli atti di stato civile nell’Unione Europea, compresi i matrimoni, le unioni registrate e il riconoscimento giuridico del genere⁵, al fine di ridurre gli ostacoli discriminatori di natura giuridica e amministrativa per i cittadini e le relative famiglie che esercitano il proprio diritto di libera circolazione”⁶.

2 - Percorsi giurisprudenziali e normativi interni in materia di unioni civili

⁵ Sotto quest’aspetto, in Italia, è fortemente controversa la questione inerente il riconoscimento dei matrimoni omosessuali validamente celebrati all’estero. Dato che il nostro Paese si caratterizza per l’essere una delle poche realtà nazionali europee a non aver adottato alcuna forma di tutela a favore delle coppie omosessuali, molti cittadini italiani hanno celebrato il matrimonio *same sex* negli Stati in cui esso è legislativamente ammesso, richiedendone, successivamente, la trascrizione nei registri di stato civile italiano. Gli ufficiali dell’anagrafe civile, in più casi, si sono opposti alle richieste di trascrizione dei matrimoni omosessuali celebrati all’estero da cittadini italiani, ritenendo, da un lato, che l’omosessualità dei nubendi rientrasse nel divieto di trascrizione di cui all’art. 18 del d.p.r. del 3 novembre 2000, n. 369, o dall’altro, determinasse l’assenza dei requisiti sostanziali del matrimonio ai sensi del combinato disposto degli artt. 107, 115 c.c. e 27, comma 2, l. n. 218 del 1995. Al riguardo è intervenuta la Corte di Cassazione (Cass. civ., sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184; Cass. civ., sez. I, 9 febbraio 2015, n. 2400), sostenendo che il matrimonio omosessuale validamente celebrato all’estero da cittadini italiani non possa essere trascritto in Italia, essendo inidoneo a produrre qualsiasi effetto giuridico all’interno dell’ordinamento giuridico italiano. Tuttavia, la Suprema Corte ha escluso che l’uguaglianza di sesso dei nubendi sia causa dell’“inesistenza”, dell’“invalidità” o della “contrarietà all’ordine pubblico” del matrimonio omosessuale celebrato all’estero, così come affermato da precedenti orientamenti giurisprudenziali, ritenendo che esso sia semplicemente inidoneo a produrre effetti giuridici perché non previsto tra le ipotesi legislative di unione coniugale definite dal legislatore italiano (Cass. civ., sez. I, 9 febbraio 2015, n. 2400). Il matrimonio omosessuale celebrato all’estero sarebbe valido e dotato di una propria rilevanza di fronte al diritto e, pertanto, lascerebbe aperta la possibilità che gli effetti del matrimonio possano essere recuperati dall’ordinamento giuridico in modo diverso. In proposito si veda **A. CESERANI**, *Considerazioni sulle recenti pronunce in materia di trascrivibilità in Italia dei matrimoni omosessuali celebrati all’estero*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2014, 3, pp. 841-878.

⁶ A tale documento ha fatto seguito la “*Risoluzione del Parlamento europeo del 4 febbraio 2014 sulla tabella di marcia dell’UE contro l’omofobia e la discriminazione legata all’orientamento sessuale e all’identità di genere*”, che, in assenza di una politica comunitaria comune per la tutela dei diritti fondamentali delle persone LGBTI, persegue la finalità di fornire delle linee guida alle istituzioni europee e agli Stati membri, in un’ottica di uguaglianza e di non discriminazione a beneficio di tutti i cittadini dell’Unione.



A partire dalla citata sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 2010 si è assistito a un progressivo interesse della giurisprudenza interna (di merito e di legittimità) su profili di significativo rilievo per il tema delle convivenze tra persone dello stesso sesso, con una specifica attenzione alle questioni della trascrizione dei matrimoni *same sex* celebrati all'estero, del "divorzio imposto", della richiesta di pubblicazioni matrimoniali tra persone contraddistinte da identità di genere, del conseguimento del permesso di soggiorno per il compagno extracomunitario di cittadino italiano sposatosi all'estero.

Innanzitutto, ha suscitato molta attenzione la ricordata sentenza n. 4184 del 15 marzo 2012 della Corte di Cassazione che, nell'interpretare in positivo la decisione n. 138 del 2010 della Consulta e la sentenza *Schalk e Kopf* della Corte di Strasburgo del 24 giugno 2010⁷, ha sostenuto che

⁷ Il recente caso *Schalk e Kopf contro Austria*, se da un lato mostra gli ostacoli al riconoscimento della legittimità del matrimonio omosessuale, dall'altro svela l'attivismo interpretativo di una Corte sempre più attenta alle dinamiche europee e alla circolazione degli argomenti tra tribunali sovranazionali e ordinamenti. Il caso prende le mosse dal ricorso di due cittadini austriaci, la cui richiesta di matrimonio è stata respinta dalle autorità nazionali, perché le disposizioni legislative nazionali (art. 44 del codice civile austriaco del 1812) riservano espressamente il matrimonio a persone di sesso opposto. Esaurite in modo insoddisfacente le vie di ricorso interne, i ricorrenti si sono rivolti alla Corte di Strasburgo, invocando la violazione degli artt. 8, 12 e 14 Cedu. Chiamata a pronunciarsi sulla questione delle unioni matrimoniali tra soggetti con identità di genere, la Corte di Strasburgo, nel prendere atto della profonda diversità di soluzioni esistente in proposito tra gli ordinamenti degli Stati contraenti, ritiene che il dettato dell'art. 12 Cedu (enunciante il diritto fondamentale di sposarsi e di fondare una famiglia) non possa intendersi ormai più limitato alle sole coppie di soggetti di sesso diverso. Nondimeno, i massimi magistrati europei precisano come debba intendersi rimessa ai legislatori nazionali la valutazione (del tutto discrezionale) in ordine all'opportunità di prevedere o meno all'interno del proprio ordinamento l'estensione del matrimonio alle unioni tra persone dello stesso sesso, ovvero la sua limitazione alle unioni tra persone di sesso differente. Comunque, la Corte Europea afferma, altrettanto chiaramente, che dall'art. 8 della stessa Convenzione di Roma discende il diritto delle coppie di persone dello stesso sesso a vedere riconosciuta la propria unione alla stregua di una forma di vita familiare, così come contemplato dalla disposizione stessa. Con ciò ponendo in capo agli Stati contraenti, che già non disciplinassero tali unioni, l'obbligo di introdurre nel proprio ordinamento apposite disposizioni in proposito, nel rispetto dei limiti posti dall'art. 14 Cedu che vieta ogni discriminazione nel godimento dei diritti tutelati in base, tra gli altri fattori, all'orientamento sessuale. Si è, quindi, di fronte a un orientamento interpretativo che merita una particolare attenzione, perché dimostra quanto una lettura evolutiva delle garanzie convenzionali si svolga, più che grazie a un'interpretazione letterale o sistematica delle clausole convenzionali, sul piano della ricerca di una sintonia con gli *standard* di tutela emergenti a livello nazionale e sovranazionale (ad esempio, l'art. 9 della Carta di Nizza). In dottrina **G. REPETTO**, *Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di*



“(…) l’intrascrivibilità delle unioni omosessuali dipende non più dalla loro inesistenza e neppure dalla loro invalidità ma dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio, qualsiasi effetto giuridico nell’ordinamento italiano”.

Con ciò facendo ricorso a una categoria concettuale, quale risulta essere quella della “inidoneità”, di ambigua identificazione dal punto di vista normativo, ma che potrebbe precludere a una risoluzione delle difficoltà attuali⁸. Soprattutto, appare positivo il mancato riferimento al giudizio di contrarietà all’ordine pubblico, che avrebbe potuto riproporre la considerazione del canone dell’eterosessualità come imprescindibile per il riconoscimento legale delle unioni tra persone dello stesso sesso, così favorendo l’affermazione della tesi per cui il matrimonio *same sex* sarebbe un’opzione costituzionalmente aperta per il legislatore⁹.

Sulla scia di questa linea interpretativa pare essersi mosso il Tribunale di Grosseto, che, a mezzo dell’ordinanza del 3 aprile 2014, ha stabilito come il matrimonio tra persone dello stesso sesso, celebrato all’estero, possa essere trascritto nei Registri dello stato civile, giudicandolo non contrario all’ordine pubblico, valido e atto a produrre effetti giuridici nel luogo in cui è stato pubblicato. Ad avviso della magistratura toscana, non sussisterebbe, né a livello di legislazione interna né nelle norme di diritto internazionale privato, un riferimento alla diversità di sesso quale condizione necessaria per contrarre matrimonio¹⁰,

Strasburgo, ovvero: la negazione “virtuosa” di un diritto, in *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2 luglio 2010, p. 1 e ss.

⁸ Ciò, per essere più precisi, nel momento in cui, dal punto di vista del fondamento giuridico, si ritiene che l’inidoneità venga inquadrata in relazione alla scelta del legislatore che, nei margini consentiti dalla sua discrezionalità, non ha – sino a ora - ritenuto di estendere l’istituto del matrimonio, nato per coppie di sesso diverso, a coppie dello stesso genere. Discrezionalità di cui i titolari della funzione nomopoietica non potrebbero che rispondere, in un senso o nell’altro, nel quadro della propria responsabilità politica. In questo ordine di idee **B. PEZZINI**, *Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra le sentenze della Corte costituzionale 138/2010 e della Corte di cassazione 4184/2012*, in *Forum costituzionale*, pp. 15-16.

⁹ **M. GATTUSO**, *“Matrimonio”, “famiglia” e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la “doppia svolta” della Corte europea dei diritti dell’Uomo*, in *Fam. dir.*, 2012, 7, p. 8.

¹⁰ In particolare, i motivi dell’accoglimento sono stati fondati sulla non contrarietà del matrimonio: al principio di ordine pubblico, ai sensi dell’art. 18 del d.p.r. n. 396 del 2000; all’art. 115 c.c. in materia di matrimonio contratto all’estero da cittadino italiano; all’art. 27 della l. n. 218 del 1995 in materia di capacità giuridica di contrarre matrimonio; all’art. 28 della l. n. 218 del 1995 che disciplina la validità della forma del matrimonio contratto all’estero; all’art. 65 della l. n. 218 del 1995 sulla compatibilità con l’ordine pubblico e i diritti essenziali della difesa del provvedimento straniero, ai fini della sua efficacia.



con la conseguenza che la trascrizione avrà natura certificativa e di pubblicità di una situazione già avvenuta, e non costitutiva, così come prescritto dalle regole generali in materia. Tuttavia, pure a fronte della complessiva innovatività della pronuncia (soprattutto nella parte in cui viene ridefinito implicitamente il paradigma eterosessuale del matrimonio¹¹), gli orientamenti del Tribunale di Grosseto appaiono censurabili nel conferimento alla trascrizione dei meri effetti certificativi, così trascurando i diritti riconducibili allo *status* dei soggetti coinvolti e rendendo inefficaci le chances di tutela del diritto al matrimonio e alla vita familiare¹², potenzialmente azionabili a mezzo di un ricorso giurisdizionale, nella prospettiva delineata dalla sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale.

L'ordinanza del Tribunale di Grosseto (che può essere ritenuta innovativa nel dispositivo, debole nella motivazione, e limitata nell'efficacia) è stata successivamente annullata dalla Corte d'Appello di Firenze (24 settembre 2014) per vizi procedurali. Essa ha, tuttavia, consentito l'avvio di una campagna di trascrizioni da parte dei Sindaci di varie città italiane, con un conseguente contenzioso giudiziario. Rispetto a esso, presenta un significativo interesse la sentenza 12 febbraio – 9 marzo 2015, n. 3907 del Tar Lazio con cui la magistratura amministrativa ha accolto i ricorsi aventi a oggetto i provvedimenti con i quali il Prefetto di Roma aveva annullato le trascrizioni nel registro dello stato civile presso il Comune capitolino di matrimoni contratti all'estero da persone dello stesso sesso, e la relativa circolare del Ministro dell'interno del 7 ottobre 2014 (che, come è noto, poneva un veto alla trascrizione, nei registri dello stato civile, delle unioni matrimoniali omosessuali celebrate in altri Paesi, invitando i Sindaci a ritirare eventuali ordinanze di senso opposto, nonché a cancellare le trascrizioni illegittimamente operate). I giudici, accogliendo il ricorso nella parte relativa all'illegittimità del provvedimento statale,

¹¹ **F. BILOTTA**, *Questo matrimonio ha da trasciversi!*, in *Diritti Comparati. Comparare i diritti fondamentali in Europa* (in <http://www.diritticomparati.it/2014/04/questo-matrimonio-si-ha-da-fare.html>).

¹² Con ciò determinando un'ulteriore *deminutio* nella fruizione dei diritti di libertà in danno delle coppie di fatto rispetto a quelle coniugate, per le quali sarebbe più agevole la percorribilità delle strategie di tutela giurisdizionale. A ciò potrebbero aggiungersi due ulteriori rilievi: da un lato, una lesione della discrezionalità del legislatore determinata dall'introduzione della nuova figura della trascrizione avente solo effetto certificativo; dall'altro, la creazione di un'ulteriore ipotesi di certificazione anagrafica, in violazione del principio di tassatività previsto in materia di stato civile. Sul punto **D. FERRARI**, *La Corte costituzionale torna sulla condizione giuridica delle coppie omosessuali: l'imporsi di un modello eterosessuale di coniugio?*, in *Pol. dir.*, 2014, 3, pp. 466-467.



hanno avuto modo di precisare che l'ordinamento dello stato civile non prevede alcun potere sostitutivo in capo al Prefetto, con l'unica eccezione dell'inerzia del Sindaco; il potere di intervenire sui registri dell'anagrafe è attribuito all'organo giudiziario, ed è, quindi, esclusivamente quest'ultimo che dispone della facoltà di operare la cancellazione di un atto indebitamente trascritto nel registro matrimoniale¹³.

Chiarito questo aspetto, il Tar Lazio ha, comunque, ribadito l'intrascrivibilità degli atti di matrimonio tra coppie omosessuali, in ragione della "(...) loro inidoneità a produrre qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano", stante la mancata osservanza del requisito sostanziale della diversità di sesso dei nubendi. Nonostante ciò, pure a fronte di questo orientamento della magistratura amministrativa, in base alla consapevolezza (dottrinale e giurisdizionale) per cui il matrimonio *same sex* deve ritenersi esistente e caratterizzato dalla non contrarietà all'ordine pubblico, sembra profilarsi l'irragionevolezza (nonché la natura discriminatoria sulla base dell'orientamento sessuale) del negato riconoscimento di una condizione personale contratta all'estero. Sotto questo profilo, i prevalenti orientamenti della Corte di Strasburgo sono concordi nel ritenere che l'assenza di riconoscimento legale di uno *status* possa essere giustificata solo nelle ipotesi in cui corrisponda a un imperativo sociale e risulti essere proporzionato allo scopo eventualmente perseguito¹⁴, così come anche le indicazioni normative adottate in sede di Unione Europea e concernenti la libera circolazione delle persone¹⁵.

¹³ Con ciò censurando anche gli eventuali annullamenti d'ufficio degli atti illegittimamente adottati. Provvedimenti, realmente adottati per casi analoghi e relativi ai registri dello stato civile tenuti presso i Comuni di Udine e Pordenone, che, tuttavia, rischiano, a loro volta, di essere illegittimi, in quanto il Prefetto non ha il potere di manomettere i registri dello stato civile, con una competenza riservata alla sola autorità giudiziaria *ex art. 95 del d.p.r. n. 396 del 3 novembre 2000*. Benché, infatti, la legge conferisca dei poteri al prefetto sui registri dello stato civile, tra cui una precisa funzione di vigilanza *ex art. 9, comma 2, del d.p.r. de quo*, non ha compiti che possono dirsi in alcun caso di carattere abrogativo, di prerogativa esclusiva della magistratura. È di conforto, a sostegno di queste tesi, il provvedimento del 26 novembre 2014 della Procura di Udine, la quale ha fortemente criticato la citata circolare ministeriale del 7.10.2014, rilevando che «(...) la legge conferisce al prefetto precisi poteri sui registri dello stato civile ma non legittima né ammette un ruolo così autoritario e di simile "prevaricazione" del Prefetto, quale quello nel caso di specie. Per la legge italiana il *dominus* dello stato civile è e resta il Sindaco, le cui prerogative possono essere corrette solo attraverso un procedimento giurisdizionale ad opera del giudice». In dottrina cfr. **G. VIGGIANI**, *Il matrimonio "inidoneo". Esistenza, validità ed efficacia del matrimonio tra persone dello stesso sesso in Italia*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2015, 1, pp. 154-155.

¹⁴ In questo senso si possono segnalare i casi *Wagner contro Lussemburgo* (n.



Il percorso giurisdizionale si è arricchito, da ultimo, della già richiamata sentenza del 9 febbraio 2015 n. 2400, a mezzo della quale la Corte di Cassazione, pur confermando – in ragione del requisito della diversità di sesso tra i nubendi – il diniego della richiesta di pubblicazioni matrimoniali fra persone contraddistinte da identità di genere, ha chiarito come all’unione omosessuale, quale stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, afferisca il diritto fondamentale alla libera vita di una

76240/2001, 28 giugno 2007) e *Negropontis-Giannisis contro Grecia* (n. 56795/2008, 3 maggio 2011), in cui la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ha obbligato i rispettivi Stati Membri a riconoscere gli effetti di un provvedimento di adozione, nonostante vi fosse la parziale contrarietà delle norme di diritto interno, in quanto si profilava un’illecita interferenza nella vita privata e familiare dei ricorrenti. Per i magistrati europei, laddove il rapporto adottivo venga a costituirsi e a consolidarsi all’estero, il mancato riconoscimento dell’adozione comporterebbe conseguenze gravi sul minore, soprattutto nell’ipotesi in cui il legame con il genitore adottivo abbia conosciuto una sua affermazione nel tempo. La Corte ha, così, sottolineato che sussiste violazione dell’articolo 8 Cedu quando i giudici di un Paese neghino il riconoscimento di un provvedimento di adozione da parte di un *single* nell’ipotesi in cui abbiano già in precedenza ammesso adozioni di tal tipo, l’adottante abbia agito in buona fede e la decisione giudiziaria non tenga in debito conto il superiore interesse del minore a che gli venga riconosciuto lo *status* di figlio e cittadino della nazione dell’adottante. Ulteriori riferimenti e commenti a queste vicende in **D. FERRARI**, *Status giuridico e orientamento sessuale. La condizione giuridica dell’omosessualità dalla sanzione, alla liberazione, alla dignità*, Primeceri Editore, Padova, 2015, pp. 173-182; **P. PIRRONE**, *Limiti e “controlimiti” alla circolazione dei giudicati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Wagner*, in *Dir. um. dir. int.*, 2009, 1, pp. 151 e ss.

¹⁵ In particolare, va considerata la direttiva 2004/38/CE (recepita in Italia con d.lgs. n. 30 del 2007, modificato con legge n. 129 del 2011), che consente l’ingresso e il soggiorno in Italia del *partner* con cui il cittadino dell’Unione sia legato da matrimonio, o abbia una relazione stabile e documentata. Della citata direttiva comunitaria va menzionato, in modo specifico, il quinto “considerando”, per il quale: “Il diritto di ciascun cittadino dell’Unione di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri presuppone, affinché possa essere esercitato in oggettive condizioni di libertà e di dignità, la concessione di un analogo diritto ai familiari, qualunque sia la loro cittadinanza”.

Si è, quindi, di fronte a un provvedimento normativo comunitario, recepito da legge nazionale, che mette in evidenza come il diritto fondamentale di circolare tra gli Stati dell’Unione non possa essere ostacolato da una *lex fori* che elida diritti fondamentali e legittimamente acquisiti altrove. Il principio sotteso è finalizzato a evidenziare l’impossibilità per gli Stati membri di eventualmente ledere i diritti fondamentali della persona con il pretesto di applicare il proprio diritto nazionale, non conforme a quello dello Stato in cui questo diritto è stato acquisito. Per approfondimenti su questo tema **R. DE FELICE**, *Libertà di circolazione delle persone e libertà di circolazione degli status nell’Unione Europea*, in R. Torino (a cura di), *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, RomaTrePress, Roma, 2013, p. 95 e ss.



condizione di coppia. I supremi magistrati, richiamando le conclusioni della sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale (che hanno chiarito come l'art. 12 Cedu e l'art. 9 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea affidino al legislatore statale la scelta discrezionale di stabilire forme e disciplina giuridica dei legami tra persone dello stesso sesso), hanno ritenuto che la mancata estensione del modello matrimoniale non possa integrare gli estremi di una lesione della dignità umana e dell'uguaglianza perché le unioni omosessuali assumerebbero pari rilievo nelle situazioni individuali e relazionali, in quanto rientranti nelle formazioni sociali costituzionalmente protette sulla base degli artt. 2 e 3 della Costituzione.

Ribadita la riconducibilità delle unioni matrimoniali nell'ambito delle formazioni sociali sorge l'esigenza, che solo il legislatore può realizzare, di dare luogo a uno "statuto protettivo" delle unioni omoaffettive, nelle forme di un vero e proprio riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri, a prescindere dal fatto che esse siano inidonee a produrre nel nostro ordinamento gli effetti del vincolo matrimoniale¹⁶. In questo senso, la Corte di Cassazione ha inteso

¹⁶ Orientamenti che confermerebbero le indicazioni rese dalla Corte costituzionale che, con la sentenza n. 170 del 2014, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982 n. 164, con riferimento all'art. 2 Cost. Il contrasto costituzionale rilevarebbe nella parte in cui tali norme non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, comportante lo scioglimento del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata (tale da tutelare adeguatamente i diritti e obblighi della coppia medesima, la cui disciplina rimane demandata alla discrezionalità di scelta del legislatore). Negli stessi termini, tale dichiarazione di illegittimità costituzionale si estende anche all'art. 31, comma 6, del d.lgs. n. 150 del 2011, che ha sostituito l'art. 4 della legge n. 164 del 1982, abrogato dall'art. 36 del medesimo d.lgs., ma che ne ripete identicamente il contenuto.

Tale decisione appare giustificata dall'impossibilità della *reductio ad legitimitatem* mediante una pronuncia manipolativa, che sostituisca il divorzio automatico con un divorzio a domanda, poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso; ipotesi, quest'ultima, da ritenersi in contrasto con l'art. 29 Cost. La Consulta, così, ha inteso spronare il legislatore a intervenire con la massima sollecitudine per introdurre una forma alternativa (e diversa dal matrimonio), che consenta ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica a una condizione di assoluta indeterminatezza. Tuttavia, sul piano concreto, sebbene la pronuncia n. 170 del 2014 della Corte abbia assunto la forma di una sentenza di accoglimento additiva di principio, ponendo al legislatore solo un'indicazione sulla futura produzione normativa, senza avere esiti certi circa i modi e i tempi di definizione della materia da parte delle Camere, essa pare aver determinato, comunque, una modificazione dell'ordinamento. Precisamente, nelle more del giudizio e



evidenziare l'assunta dimensione di rilievo costituzionale e sovranazionale dei diritti fondamentali, meritevoli di conseguire una adeguata tutela (pur se occasionale, in quanto connessa ai progressi lenti e altalenanti degli organi giurisdizionali) nel momento in cui risultano assenti gli auspicabili interventi del legislatore in materia.

3 - Il caso *Oliari contro Italia* e le sue ripercussioni sul dibattito in tema di coppie *same sex*

Con la sentenza del 21 luglio 2015, nel caso *Oliari e altri contro Italia*, la Corte di Strasburgo interviene nel dibattito pubblico sulla regolamentazione giuridica civile dei legami omoaffettivi, accertando la violazione dell'art. 8 Cedu da parte dell'Italia nell'aver omesso l'adozione di una legislazione diretta al riconoscimento e alla protezione delle unioni tra persone dello stesso sesso. Al di là del clamore mediatico che la pronuncia ha già suscitato, essa pone diversi interrogativi quanto al ragionamento effettuato dai giudici europei per giungere alla decisione di condanna, nonché quanto all'impatto della stessa sull'ordinamento italiano e degli altri Stati del Consiglio d'Europa aventi, al pari dell'Italia, una situazione di vuoto legislativo in materia.

La pronuncia trae origine da due ricorsi riuniti (n. 18766/11 e 36030/11), presentati da tre coppie di persone con identità di genere: i signori Oliari e A., Felicetti e Zappa, Zaccheo e Perelli Cippo. Nel primo caso, i signori Oliari e A. (ricorrente che ha chiesto e ottenuto l'anonimato) avevano impugnato presso il Tribunale di Trento, senza esito favorevole, il diniego opposto dall'ufficiale dello stato civile di procedere con le pubblicazioni. Nell'ambito del giudizio di appello, successivamente instaurato, era stato anche sollevato il rinvio alla Corte costituzionale che ha condotto alla nota sentenza n. 138 del 2010, in cui la Consulta si è espressa, com'è noto, per l'inammissibilità della questione, conferendo al legislatore il compito di disciplinare la materia. Ugualmente i signori Felicetti e Zappa, conviventi, avevano richiesto all'ufficiale di stato civile

nell'attesa dell'intervento legislativo, il salvataggio costituzionale del rapporto di coppia successivo al mutamento di sesso coniugale sembra aver determinato l'effetto di convertire un matrimonio eterosessuale in un matrimonio omosessuale, e la conseguente ipotesi di contrasto tra l'argomentazione sostenuta e l'adottato dispositivo additivo di principio. In merito **R. CATALDO**, *Coppia o famiglia? L'implicito interrogativo lasciato aperto dalla Consulta nella sentenza costituzionale sul c.d. "divorzio imposto"*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, dicembre 2014, p. 1 e ss.



di porre in essere le procedure finalizzate alle pubblicazioni, ma non avevano successivamente attivato alcuna azione per opporsi al diniego. La medesima richiesta era stata anche presentata dai signori Zaccheo e Perelli Cippo, i quali avevano, in seguito, impugnato il diniego dell'ufficiale di stato civile solo in primo grado, senza ricorrere in appello avverso la sentenza.

Le tre coppie si sono, quindi, rivolte alla Corte Europea, lamentando la violazione degli articoli 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), 12 (diritto al matrimonio) e 14 (divieto di discriminazione) Cedu¹⁷. Pur non avendo i ricorrenti esaurito i rimedi interni predisposti dall'ordinamento italiano, la Corte di Strasburgo ha ritenuto i ricorsi ricevibili, in quanto l'eventuale azione intentata presso le autorità nazionali non sarebbe stata assimilabile a un "ricorso effettivo", ovvero tale da consentire agli stessi di ottenere la riparazione del pregiudizio subito. Sotto questo profilo, va evidenziato che le coppie ricorrenti hanno giustificato il ricorso "diretto" alla Corte europea alla luce della famosa decisione n. 138 del 2010 della Corte costituzionale, la quale aveva, a loro avviso, formato una sorta di definitività in ordine all'impossibilità di porre rimedio all'assenza di qualsiasi riconoscimento giuridico nei confronti delle unioni omosessuali in Italia. Ovvero, si è sostenuto, con successo, che dopo la pronuncia n. 138 del 2010 - in cui si era affermato "(...) il diritto delle coppie omosessuali di vivere liberamente la loro condizione di coppia e dunque la necessità di una disciplina legislativa di carattere generale", non potendo in alcun modo la Corte costituzionale introdurla direttamente (e rinviando, perciò, al legislatore) - in Italia diveniva permanente l'impossibilità di pretendere dai giudici comuni la garanzia di diritti che soltanto le Camere - titolari della funzione nomopoietica - avrebbero potuto introdurre. Tale definitività, secondo i ricorrenti, risultava indiscutibile anche alla luce

¹⁷ Può essere interessante ricordare come, in virtù del notevole impatto mediatico del caso, nel giudizio innanzi alla Corte di Strasburgo, a sostegno delle doglianze dei ricorrenti, siano intervenute anche diverse associazioni: *Fédération Internationale des ligues de Droit de l'Homme* (FIDH), *Advice on Individual Rights in Europe* (AIRE Centre), *European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association* (ILGA-Europe), *European Commission on Sexual Orientation Law* (ECSOL), *Unione forense per la tutela dei diritti umani* (UFTDU) e *Lega Italiana dei Diritti dell'Uomo* (LIDU), in forma congiunta; l'associazione radicale *Certi Diritti* e *European Centre for Law and Justice* (ECLJ), in forma individuale. Il Governo italiano ha eccepito la tardività del deposito delle osservazioni di FIDH, AIRE Centre, ILGA-Europe, ECSOL, UFTDU e UDU, essendo state presentate dopo la scadenza del termine assegnato. Tuttavia, la Corte ha deciso di ammetterle, nonostante il decorso di detto termine.



dell'art. 137 Cost., che vieta qualsiasi forma di impugnazione delle decisioni assunte dalla Consulta¹⁸.

Dopo aver fatto chiarezza rispetto a tali questioni procedurali, venendo all'esame di merito, la Corte si concentra sull'analisi del caso alla luce dell'art. 8 del dettato convenzionale, ricordando che tale norma, diretta a proteggere gli individui dalle ingerenze arbitrarie dello Stato nella loro vita privata e familiare, può anche imporre a quest'ultimo l'adozione di misure positive per assicurare il rispetto effettivo dei diritti tutelati dalla Carta di Roma. Nell'applicazione delle indicazioni operative strumentali a tale finalità, lo Stato gode di un certo margine di apprezzamento, ma, secondo la giurisprudenza della Corte, laddove siano implicati aspetti particolarmente importanti della vita privata, lo spazio di discrezionalità statale può essere soggetto a restrizioni. Solo ove non sussista un orientamento comune sul punto tra gli Stati del Consiglio d'Europa, sia con riferimento alla valutazione degli interessi in gioco che al modo migliore per tutelarli, in particolare nelle ipotesi in cui il caso sollevi questioni di particolare sensibilità morale o etica, il margine di apprezzamento potrebbe risultare più ampio¹⁹. Generalmente,

¹⁸ Tra i ricorsi contro l'Italia dichiarati ammissibili dalla Corte Europea in assenza di previo esaurimento delle vie di ricorso interne, ricordiamo, soprattutto, il caso *Brožicek contro Italia*, nel quale, con la sentenza del 19 dicembre 1989, "(...) la Corte osserva che nell'ordinamento giuridico italiano il singolo individuo non ha accesso diretto alla Corte costituzionale per un sindacato sulla legittimità costituzionale della legge. Solo un giudice dinanzi al quale penda un giudizio può sollevare una questione di legittimità costituzionale alla Corte costituzionale, su istanza di parte oppure d'ufficio. Ne deriva, che un simile ricorso non costituisce un rimedio che è richiesto esperire a norma dell'articolo 26 (art. 26) della Convenzione" (par. 34 della sentenza). Altresì, possono annoverarsi anche i casi *C.G.I.L. e Cofferati contro Italia*, 24 febbraio 2009, e *Costa e Pavan contro Italia*, 28 agosto 2012.

¹⁹ Rispetto alla ricerca effettuata dalla Corte Europea circa la sussistenza o meno di una concezione comune all'interno delle leggi e delle prassi degli Stati membri del Consiglio d'Europa, si può ritenere che l'applicazione della dottrina del consenso è inversamente proporzionale al margine di apprezzamento: quando i magistrati di Strasburgo sono in grado di riscontrare un certo consenso europeo sul trattamento di una particolare questione, ovvero sulla tutela di un determinato diritto, sono inclini a conferire un minore margine di apprezzamento alle autorità nazionali. Ciò è particolarmente evidente, ad esempio, nella giurisprudenza relativa al riconoscimento dei diritti dei transessuali: la Corte ha riconosciuto un significativo spazio di discrezionalità agli Stati, in ragione della mancanza di omogeneità tra i diversi ordinamenti nell'affrontare la questione (caso *Cossey contro Regno Unito*, sentenza del 27 settembre 1990), pure se, di recente, essa ha preso atto di una certa evoluzione circa la convergenza dei sistemi nazionali a favore della tutela di tali soggetti (caso *Goodwin contro Regno Unito*, sentenza dell'11 luglio 2002). Per quanto riguarda le forme di tutela



nell'opinione della magistratura europea, la discrezionalità dello Stato è piuttosto estesa anche quando alle autorità nazionali è rimesso il bilanciamento tra gli interessi pubblici e quelli privati. In questo senso, la Corte di Strasburgo propone la tesi per cui ogni diritto fondamentale esprimerebbe, nelle democrazie liberali, un compromesso tra i vari interessi della collettività, rappresentati dall'autorità governativa, e l'interesse dell'individuo alla propria autonomia e libertà. Il bilanciamento tra queste esigenze contrastanti sarebbe espressione del compromesso sociale, del nucleo dei valori fondamentali di una società, il quale dovrebbe essere ritenuto differente da un sistema nazionale all'altro: sarebbe, pertanto, razionale lasciare tale spazio di valutazione direttamente agli Stati.

Di seguito, la Corte Europea, effettuando un esplicito riferimento agli orientamenti da essa offerti in tema di diritti delle coppie *same sex* (soprattutto in relazione al citato caso *Schalk e Kopf contro Austria* e alla vicenda *Vallianatos e altri contro Grecia*²⁰), ribadisce che le coppie formate

dei diritti degli omosessuali, la Corte continua, invece, a constatare la difformità delle legislazioni nazionali e, di conseguenza, a riconoscere alle autorità nazionali un discreto margine di apprezzamento (caso *Frette contro Francia*, sentenza del 26 febbraio 2002). Su questi temi cfr. **I. ANRÒ**, *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in A. Oddenino (a cura di), *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario. Atti dell'incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, pp. 7-28.

²⁰ Con la decisione sul caso *Vallianatos e altri contro Grecia* del 7 novembre 2013, sulla scia di quanto già affermato nelle precedenti decisioni contro l'Austria (caso *Schalk e Kopf contro Austria* del 24 giugno 2010; caso *X e altri contro Austria* del 19 febbraio 2013), la Corte Europea ha condannato la Grecia al risarcimento dei danni a favore di alcune coppie omosessuali ricorrenti, riscontrando una discriminazione per orientamento sessuale nel diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 Cedu), nella misura in cui l'accesso alla disciplina sulle unioni civili, introdotta dal legislatore ellenico nel 2008, risultava fruibile solo dai conviventi eterosessuali. Nella vicenda *Vallianatos*, la Corte non si limita a constatare che le relazioni di coppia dei ricorrenti rientrano nella sfera della vita familiare, bensì compie un ulteriore passo, ed estende la nozione di "vita familiare" sino a includervi anche le coppie omosessuali stabili. Inoltre, va evidenziato come il criterio del consenso – nella risoluzione della controversia – non venga utilizzato dai giudici europei, né per imporre agli Stati contraenti l'obbligo di riconoscere legalmente le coppie omosessuali, né per imporre loro quello di garantire ai membri delle unioni civili registrate specifici diritti. Viceversa, la rilevazione della presenza di un *trend* emergente a livello europeo a tutela delle relazioni omoaffettive viene ritenuta incidere sull'ampiezza del margine di apprezzamento statale, comportandone una riduzione. Determinando i confini del margine di apprezzamento, che a sua volta influenza l'intensità e i limiti del controllo operato dalla Corte di Strasburgo sulle misure nazionali, il criterio del consenso fra gli Stati contraenti finisce per incidere sui parametri "strutturali" del controllo di



da persone con identità di genere si caratterizzano per la stessa capacità di dare vita a una relazione stabile, e hanno la medesima esigenza di riconoscimento giuridico e di protezione legale della propria unione di quelle formate da persone di sesso diverso. La Corte, pur prendendo atto dell'esistenza, nel diritto italiano, dei contratti di convivenza e dei registri delle unioni civili, evidenzia, opportunamente, come tali strumenti non siano sufficientemente idonei a garantire un soddisfacente riconoscimento pubblico e un'effettiva tutela legale alle coppie dello stesso sesso. Quanto ai primi, i giudici europei ritengono che gli accordi di convivenza, pur regolamentando alcuni aspetti della vita in comune, non potrebbero fornire un'adeguata risposta giuridica nei riguardi di alcuni aspetti fondamentali per la regolazione di una relazione stabile di coppia; aspetti che, tra l'altro, sono opportunamente individuati nei diritti e negli obblighi reciproci (di natura morale e materiale) che i partners hanno l'uno verso l'altro, negli impegni di supporto economico e nei lacunosi diritti di successione²¹. In relazione ai registri delle unioni civili, la Corte Europea ritiene che l'assenza di qualsiasi valore normativo di tali strumenti anagrafici, dotati di un mero carattere simbolico, sia tale da non assicurare una valida tutela e un sufficiente grado di affermazione giuridica per le coppie dello stesso sesso²². Inoltre, la magistratura europea evidenzia

compatibilità con la Convenzione. La Corte si affida all'esistenza di un consenso europeo al fine di giustificare un'interpretazione evolutiva della Convenzione. In sostanza, il riferimento al *consensus* normativo a livello europeo viene utilizzato per dimostrare che la Grecia non ha rispettato il principio di proporzionalità: l'esclusione delle coppie del medesimo sesso dall'ambito di applicazione della legge regolativa delle unioni civili non era una misura necessaria, in quanto lo Stato greco avrebbe potuto tutelare la famiglia "tradizionale", e gli interessi dei figli nati fuori dal matrimonio, optando per una soluzione priva di effetti discriminatori nei confronti delle coppie *same sex*.

²¹ Una valutazione critica che involge, quindi, soprattutto, la sostanza di natura economica dei contratti di convivenza. Parallelamente, però, la Corte arricchisce la sua considerazione in termini negativi di tali strumenti normativi, evidenziando come essi presuppongano la coabitazione, laddove l'esperienza rappresenta l'esistenza di unioni (e matrimoni) stabili pure in assenza di questo requisito.

²² In Italia, la mancanza di una legislazione in tema di "convivenze registrate" o di "unioni civili" viene ritenuta, dalla dottrina maggioritaria, integrare una palese violazione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.). In conseguenza di ciò, oltre al sempre più acceso dibattito politico nazionale in tema, si è registrata l'attivazione di alcune Regioni che, nell'interessarsi a questa problematica, hanno predisposto alcuni strumenti di tutela per le convivenze, pur se negli stretti spazi nei quali questa è effettivamente proponibile nell'ambito di una legislazione regionale. Difatti, non si può dimenticare che l'art. 117 della Carta costituzionale riserva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la normativa in materia di "stato civile" e di "ordinamento civile". Timidi tentativi si sono inoltre registrati anche in ambito comunale, con l'istituzione di



come, per un verso, non sia agevole il conseguimento di un riconoscimento delle unioni omoaffettive per via giudiziale, e, dall'altro (valutando i dati forniti dal movimento radicale *Certi Diritti*), constata che solo in alcuni casi limitati la legge riconosce, senza problemi, i diritti e le esigenze delle coppie *same sex*, costringendo i conviventi omosessuali a rivolgersi frequentemente alle autorità giudiziarie e amministrative, e determinando il perdurare di una situazione di significativa incertezza²³.

Pertanto, ad avviso della Corte di Strasburgo, in Italia il sistema legale di tutela delle unioni di fatto sarebbe inadeguato sia nei contenuti offerti (stante l'impossibilità di un reale soddisfacimento delle esigenze fondamentali avvertite dai conviventi con identità di genere, a cui non è accessibile l'istituto matrimoniale) che nella sua fruibilità (tenuto conto del fatto che il godimento di alcune aspettative e facoltà d'azione risulterebbe affidata ai variabili e discrezionali interventi dei competenti organi amministrativi o giurisdizionali). Secondo la Corte, per di più, rileverebbe un conflitto tra la dimensione sociale vissuta dai ricorrenti, apertamente impegnati in uno stabile rapporto di convivenza, e l'ordinamento

particolari registri a fini amministrativi, per lo più allo scopo di identificare le coppie che richiedono l'assegnazione di alloggi o di buoni casa. Tale strumento è stato, tuttavia, contestato, in dottrina e in giurisprudenza, per la sua inattendibilità, e per la assoluta irrilevanza civilistica del consenso espresso dai soggetti richiedenti la registrazione, quali protagonisti di un'unione civile, nei registri comunali all'uopo creati. Si è evidenziato, non a torto, come tali registri, pur se creati sulla base di un positivo intento di rispondere alle legittime aspettative dei conviventi, possano determinare confusione e inutili aspettative, senza conferire alcuno *status* giuridico affidabile, né alcuna concreta ipotesi di tutela effettivamente attivabile da parte dei soggetti coinvolti. Sul punto **A. FUCCILLO**, *Riflessioni sparse su "CUS", "DICO", e fenomeno religioso*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it) ottobre 2007, pp. 6-7.

²³ Un ulteriore espediente, utilizzato per superare la situazione d'incertezza e di confusione determinatasi, si è avuto con il ricorso a un (parzialmente nuovo) *genus* giuridico, rappresentato dalla "famiglia anagrafica", che, tuttavia, ha solo contribuito ad alimentare le ambiguità giuridiche in questa materia. Ne è testimonianza il fatto che, di recente, la giurisprudenza amministrativa abbia dovuto rilevare l'inaccettabilità di una "confusione giuridica" tra la famiglia "classica" e quella "anagrafica" (Tar Veneto n. 2786 del 2007), insistendo (con non pochi dubbi sulla fondatezza di tale linea interpretativa), nella sostanza, sull'impossibilità per i nuclei familiari costituiti da persone legate da vincoli affettivi e coabitanti (conformemente alle indicazioni dell'art. 4 del d.p.r. n. 223 del 1989) di proporsi come "(...) modello di organizzazione sociale equipollente alla famiglia fondata sul matrimonio". Secondo tale impostazione, ben poco condivisibile, la "famiglia anagrafica" dovrebbe costituire solo un "(...) istituto essenzialmente strumentale alla raccolta sistemica dell'insieme delle posizioni relative alle persone che hanno fissato nel comune la propria residenza".



giuridico, che non contempla un riconoscimento formale delle unioni omosessuali.

Nella valutazione della vicenda, la magistratura europea ritiene anche che le autorità statali italiane non avrebbe argomentato in modo convincente l'esistenza di interessi pubblici, il cui eventuale rilievo, in una delicata attività di bilanciamento, avrebbe potuto consentire un contenimento di quelli meramente privati. I giudici di Strasburgo, sostenendo questa convinzione, sembrano ritenere che l'Italia abbia fallito nel suo intento di conseguire un corretto equilibrio fra gli interessi della collettività e quelli dei singoli individui, ovvero fra l'interesse dello Stato italiano a proteggere la concezione tradizionale del matrimonio e l'interesse dei ricorrenti a ottenere tutela nel diritto alla vita familiare di cui all'art. 8 Cedu²⁴. Così, la Corte respinge le tesi governative, per le quali la legittimazione legale di un'inedita forma di famiglia avrebbe dovuto fare seguito a un'affermazione progressiva di una visione comune, ancora non impostasi in ragione della perdurante presenza di sensibilità e interpretazioni di vario tipo relativamente a una tematica ritenuta essere particolarmente controversa.

Le riflessioni condotte dalla Corte Europea toccano, quindi, la questione dell'ampiezza del margine di apprezzamento dello Stato, offrendo valutazioni di compromesso, contraddistinte da una certa prudenza. Infatti, il massimo organo giurisdizionale europeo, pur ritenendo verosimile che l'oggetto del contendere del caso *Oliari contro Italia* afferisca a temi di natura etica, autorizzanti una significativa discrezionalità statale a causa dell'assenza di un ampio consenso sul punto tra gli Stati aderenti al Consiglio d'Europa, contestualmente rileva come nella vicenda in esame siano implicati diritti fondamentali della persona umana. Pertanto, anche se, in teoria, rispetto al tema delle unioni civili e dei diritti connessi a esse, le autorità nazionali disporrebbero di un rilevante margine di apprezzamento (derivante proprio dal legame con questioni sensibili di natura etica), tuttavia, la centralità di diritti di primo rilievo per la realizzazione della personalità umana (quali risultano essere il riconoscimento e la tutela giuridica dei ricorrenti come protagonisti di

²⁴ La valutazione condotta dalla Corte si è tradotta, principalmente in un esame della coerenza delle pratiche amministrative e legali nel sistema nazionale, insieme a un esame degli interessi concorrenti dei singoli individui contro quelli della comunità nel suo insieme, in particolare alla luce dell'incongruenza tra la realtà sociale e il dato normativo: cfr. G. ZAGO, *A victory for Italian same-sex couples, a victory for European homosexuals? A commentary on Oliari v. Italy*, in *Articolo 29. Famiglia, orientamento sessuale, identità di genere*, 21 agosto 2015.



una coppia stabile), imporrebbe per lo Stato una più ristretta sfera d'azione nell'esercizio della propria discrezionalità.

Ciò detto, osservando come un significativo numero delle realtà nazionali aderenti alla Convenzione di Roma abbia provveduto a regolamentare legislativamente la condizione delle coppie omosessuali di fatto, con l'introduzione delle unioni civili o del "matrimonio egualitario", la Corte ritiene che il Governo italiano avrebbe ignorato le indicazioni derivanti dalle più alte autorità giudiziarie nazionali (ovvero la Corte costituzionale, con la sentenza n. 138 del 2010, e la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 2400 del 2015), ripetutamente invocanti l'adozione di forme legali di riconoscimento e di tutela per le convivenze *same sex*. A sostegno di tali tesi, i giudici europei, facendo leva sulle indicazioni statistiche loro fornite dall'associazione radicale Certi Diritti, evidenziano l'esistenza di un ampio favore popolare per il riconoscimento delle unioni civili, che giustificherebbe un intervento normativo in materia.

Al termine di questo lungo *iter* argomentativo, la Corte Europea, constatando l'assenza di un rilevante interesse pubblico (in grado di potere avallare un contenimento degli interessi individuali a beneficio di possibili prevalenti interessi generali), il mancato rispetto delle indicazioni proposte dagli organi giurisdizionali interni, il favore popolare per la regolamentazione legale delle convivenze omosessuali, giunge alla conclusione che il Governo italiano – nel rispondere alle richieste dei ricorrenti - abbia valicato i limiti di utilizzo lecito del proprio margine di apprezzamento e non sia riuscito a garantire – in favore dei protagonisti della vicenda *Oliari*, come di tanti altri potenziali beneficiari - un quadro giuridico disciplinante il riconoscimento e la protezione delle unioni dello stesso sesso. Anzi, la magistratura europea nota, incidentalmente, al fine di sostenere ulteriormente il proprio giudizio di condanna, che sarebbe rilevabile una certa riluttanza, da parte delle autorità pubbliche italiane, a volere dare applicazione al dettato convenzionale in modo concreto ed effettivo e nel tenere conto del mutamento del contesto sociale generale.

Su queste basi, la Corte di Strasburgo accerta una chiara violazione dell'art. 8 Cedu, che in sé assorbirebbe anche la denunciata inosservanza del principio di non discriminazione di cui all'art. 14 della Carta di Roma²⁵.

²⁵ In relazione all'art. 12 Cedu (anche in combinato disposto con l'art. 14), gli orientamenti della Corte sono, al contrario, maggiormente rispettosi della discrezionalità statale, in linea con la propria giurisprudenza e, specificamente, con la già ricordata sentenza *Schalk and Kopf*. Al riguardo, i giudici di Strasburgo hanno evidenziato che l'art. 12 del dettato convenzionale non andrebbe più interpretato come limitato al matrimonio



4 - Conclusioni

La decisione resa nel caso *Oliari e altri contro Italia* è di notevole interesse non solo perché essa costituisce l'esito di una progressiva evoluzione giurisprudenziale, sia delle Corti interne che di quelle sovranazionali, e di una costante tendenza di diversi legislatori nazionali verso il riconoscimento legale delle unioni omosessuali, ma, soprattutto, perché gli orientamenti resi dalla Corte di Strasburgo risulterebbero utili alla comprensione degli sviluppi normativi su questi temi in Italia.

Sotto questo profilo, è da ritenersi positivo che la magistratura europea abbia esordito tenendo conto della dimensione personale irrinunciabile, necessaria e irriducibile del rapporto tra persone dello stesso sesso, considerata essere una fondamentale modalità di espressione della vita privata e familiare, ponendo l'accento sulla perfetta eguaglianza fenomenologica, e quindi anche giuridica, tra le relazioni eterosessuali e quelle omosessuali. Sarebbe l'intensità della dimensione di vita familiare in cui si realizza e si svolge l'esistenza di una coppia legata da una relazione stabile e duratura, nell'opinione della Corte, a giustificare la necessità del riconoscimento giuridico e della tutela legale delle convivenze omosessuali, sulla scia di un filone interpretativo proposto nelle citate vicende *Schalk e Vallianatos*²⁶. Così, non può non convenirsi con l'orientamento, proposto dai giudici di Strasburgo, per cui la dimensione familiare debba ritenersi del tutto riferibile all'esperienza vissuta dalle coppie *same sex*, con l'inevitabile conseguenza di una realtà sociale reclamante particolari esigenze di protezione, imposte proprio dall'avvenuto riconoscimento di fatto dell'esistenza di rapporti di convivenza integranti le caratteristiche di veri e propri nuclei familiari. L'affermazione dell'obbligo positivo di riconoscimento, benché nel rispetto della libera determinazione statale quanto alle sue modalità, deve ritenersi essere, inevitabilmente, naturale. In questo senso, è da giudicarsi

uomo/donna; ciononostante, non essendo rilevabile un consenso generale sul punto (in quanto solo undici Stati su quarantasette hanno optato per il riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso), la questione viene affidata all'esame individuale dei singoli Stati, aventi in merito un ampio margine di apprezzamento. La Corte si esprime, pertanto, per la irricevibilità del ricorso con riferimento alla violazione dell'art. 12 Cedu, da solo o in combinato disposto con l'art. 14 della Carta convenzionale.

²⁶ Sebbene, almeno nei casi ricordati, tali argomentazioni non vengano sostenute con particolare vigore e, comunque, non giungendo alle conclusioni offerte nella sentenza del 21 luglio 2015. Concorde sul punto **E. SAVARESE**, *In margine al caso Oliari: ovvero di come il limbo italiano delle coppie omosessuali abbia violato gli obblighi positivi dell'art. 8 CEDU*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, 3, p. 664.



positivamente che per la Corte tali obblighi siano ritenuti elusi, sotto qualsiasi forma e aspetto, dall'ordinamento giuridico italiano, così giustificando la decisione di condanna delle autorità governative convenute²⁷.

Un ulteriore aspetto apprezzabile delle decisioni rese nel caso *Oliari* attiene alle valutazioni relative alla presunta contrapposizione tra gli interessi collettivi, rappresentati dal Governo italiano, e quelli sostenuti dai ricorrenti. Nel ritenere ingiustificata la tesi per cui tale contrasto possa essere addotto come d'impedimento al riconoscimento giuridico delle coppie *same sex*, i giudici di Strasburgo destituiscono di qualsiasi fondamento l'argomento governativo dell'affermazione di una visione comune sul tema e della necessaria conciliazione tra i diversi orientamenti di pensiero – anche di matrice religiosa – presenti nella società italiana. Così, l'esistenza di differenti prospettive ideali non potrebbe legittimare il riconoscimento di un più ampio margine di apprezzamento statale, che va contenuto nei confini di un equilibrato bilanciamento tra gli interessi coinvolti. È utilizzando tale metodo che la Corte Europea giunge a ritenere irrilevanti le esigenze rilevate dalla difesa governativa, stabilendone la complessiva inconsistenza, senza eccezione anche per il riferimento alla protezione del sentimento religioso socialmente rilevabile. In una logica di assoluta preminenza dei diritti fondamentali della persona umana, si assiste alla prioritaria affermazione di dimensioni primarie dell'esistenza e dell'identità dei consociati e, di conseguenza, a una posizione di recessività per gli spazi di discrezionalità statale.

Altro elemento di riflessione è offerto dalla convergenza - desumibile dalla lettura della sentenza *Oliari* - tra la giustizia europea e la Corte costituzionale italiana nel rilevare la tensione eccessiva della legislazione interna per il soddisfacimento degli interessi delle coppie eterosessuali, laddove, invece, le aspettative delle coppie *same sex* verrebbero lasciate a una significativa incertezza. Se - con la ricordata

²⁷ Nell'analisi condotta, come si è accennato in precedenza, la Corte, soffermandosi sulla realtà nazionale di un sistema di protezione delle convivenze omosessuali del tutto lacunoso (per la mediocrità dei contenuti offerti e dei mezzi a disposizione) e frammentario (per l'incertezza e la contraddittorietà delle prassi amministrative e delle risposte giudiziali), giudica negativamente la mancanza di tutela patita da un fenomeno sociale ampiamente diffuso in Italia. Da tale constatazione, la magistratura europea giustifica la rilevanza di un obbligo positivo di riconoscimento delle coppie omosessuali, avente il proprio fondamento primario nella necessità di adeguare il diritto alla realtà di fatto, senza che da ciò possa derivare, nondimeno, a carico dell'Italia, qualche particolare sacrificio o peso di ordine legislativo, amministrativo o di altro genere.



decisione n. 138 del 2010 – la Consulta ha constatato una tutela lacunosa dei diritti delle coppie omosessuali (riconducibili alle indicazioni dell’art. 2 della Carta fondamentale), invece la Corte di Strasburgo rileva la medesima situazione d’indeterminatezza riferendola alla violazione dell’art. 8 Cedu (evidenziando come il diritto alla vita familiare vada assicurato soprattutto alle minoranze, in particolare per le coppie con identità di genere). Gli orientamenti della giurisprudenza statale e sovrastatale convergono, sostanzialmente, sull’assenza nell’ordinamento interno italiano di un istituto alternativo al matrimonio eterosessuale, determinando l’impossibilità per le coppie dello stesso sesso di ricevere un adeguato riconoscimento giuridico. In base a tale constatazione la decisione della Corte Europea individua un vero e proprio obbligo per il legislatore italiano nel predisporre gli strumenti atti a rendere concretamente fruibile il diritto alla vita familiare da parte delle coppie *same sex*, così coincidendo con il forte invito rivolto - in più occasioni - dalla Corte costituzionale alle Camere per sanare la reiterata violazione del diritto fondamentale al miglioramento delle persone come protagoniste di formazioni sociali.

A fronte della portata della decisione *Oliari*, soprattutto rispetto all’arretratezza della realtà italiana sul tema dei diritti di libertà delle coppie omosessuali, non va, a ogni modo, trascurato che essa presenta alcune perplessità in relazione all’ampio margine di apprezzamento che la Corte di Strasburgo continua a riconoscere agli Stati del Consiglio d’Europa in ordine alla forma di riconoscimento giuridico da garantire alle coppie *same sex*. Con il conferimento di ambiti così ampi di discrezionalità statale si potrebbe, verosimilmente, favorire l’affermazione nello spazio giuridico e sociale europeo di una sorta di sistema “a due velocità”, nel quale alle coppie omosessuali verrebbe riservata la sola *chance* delle unioni civili (o del partenariato registrato), laddove esclusivamente alle coppie eterosessuali si consentirebbe l’accesso all’istituto matrimoniale. Questa diversificazione solo in apparenza potrebbe essere ritenuta di poco conto, in quanto, considerando gli aspetti emblematici evocati dal concetto di matrimonio²⁸, si potrebbe contribuire ad avallare l’anacronistico

²⁸ Va detto, tuttavia, che i magistrati europei non negano il valore simbolico implicato dall’accesso a uno specifico istituto giuridico, tenuto conto del fatto che, proprio nella sentenza *Oliari*, si sostiene come le unioni civili e le *partnerships* registrate abbiano una importanza intrinseca per le persone nella posizione dei ricorrenti, indipendentemente dagli effetti giuridici, limitati o estesi, che esse possano produrre. Per la Corte Europea, uno degli esiti di maggior valore determinato dal conseguimento di una forma di



pregiudizio della minore dignità (morale e giuridica) delle relazioni tra persone dello stesso sesso rispetto ai rapporti coniugali intesi in senso stretto (e tradizionale), con il conseguente pericolo di favorire possibili episodi di discriminazione in danno degli omosessuali.

Peraltro, la distinzione fra le unioni civili e il matrimonio egualitario, più o meno apertamente avallata dalla magistratura europea in omaggio alla libertà di scelte discrezionali da riconoscersi in tema alle autorità nazionali, potrebbe rivelarsi finta, dato che, analizzando le diverse legislazioni nazionali vigenti, è agevole constatare come, in diversi casi, l'insieme dei diritti, dei vantaggi, dei doveri e delle responsabilità conferiti non coincide con il *nomen iuris* prescelto per la definizione della disciplina legale delle convivenze fra persone dello stesso sesso. Così, in alcune realtà nazionali il contenuto concreto della disciplina legale delle convivenze registrate potrebbe risultare, in termini di libertà e di impegni per gli interessati, più pregnante rispetto a quanto previsto da legislazioni contemplanti l'accesso all'istituto matrimoniale anche per le coppie *same sex*. Ciò starebbe a indicare l'artificiosità di una differenziazione legata alla denominazione di un istituto giuridico, la cui esistenza dovrebbe essere finalizzata solo alla realizzazione legale della dimensione di coppia dei conviventi con identità di genere.

Ulteriori perplessità sono indotte dall'eccessiva importanza che la Corte Europea sembra conferire all'elemento del *consensus*, inteso – come si è detto – in riferimento alla posizione maggioritaria rispetto a una questione problematica assunta dagli Stati del Consiglio d'Europa. Nella pronuncia del 21 luglio 2015, il *consensus* europeo si presta ad assolvere una duplice funzione: da un lato, esso è strumentale nell'avallare un'interpretazione *in progress* del diritto al rispetto della vita familiare e nel fissare l'obbligo positivo a un riconoscimento delle unioni civili tra persone dello stesso sesso; dall'altro, si ricorre a esso per la definizione dei margini di discrezionalità statale relativamente all'eventuale fruizione del diritto al matrimonio per le coppie omosessuali, nell'obiettivo di chiarire l'inesistenza di un obbligo generalizzato per le autorità nazionali alla ridefinizione dell'istituto matrimoniale in senso egualitario. Tuttavia, il richiamo al consenso europeo potrebbe determinare significative riserve, in particolare allorquando vengono in rilievo le esigenze di protezione degli omosessuali, laddove – quasi irrazionalmente e in parziale contraddizione con il suo ruolo istituzionale – un organismo

riconoscimento legale delle coppie *same sex* starebbe nell'attribuzione di un senso di legittimazione per i protagonisti di tali convivenze.



giurisdizionale investito della tutela dei diritti fondamentali, qual'è la Corte Europea, debba impegnarsi nell'individuare la sussistenza di un minimo comune denominatore degli orientamenti tra gli Stati membri per poter constatare se, effettivamente, un trattamento diversificato integri gli estremi di una discriminazione (come tale in contrasto con le indicazioni della Carta convenzionale). Così, la constatazione dell'assenza di un *consensus* europeo sul tema del riconoscimento legale delle unioni omosessuali potrebbe prestarsi alla diffusione di un pregiudizio giuridico alla regolamentazione normativa in materia facendo leva sull'argomento delle tradizioni nazionali, per frustrare – di conseguenza – l'aspirazione legittima che l'istituto matrimoniale possa essere fruibile in modo egualitario e l'esigenza che il diritto a una convivenza legalmente riconosciuta venga annoverato tra quelli fondamentali della persona umana.

Va riconosciuto, in ogni caso, che la Corte di Strasburgo, nella sua veste di organo di giurisdizione internazionale operante come sede ultima per ovviare alle violazioni dei diritti umani realizzate a livello nazionale, non avrebbe un reale titolo per esercitare un ruolo di forte dinamismo nella affermazione delle nuove libertà, così come ben potrebbero fare (e hanno fatto) le Corti supreme interne²⁹. In questo senso, probabilmente, la rilevata timidezza della magistratura europea sarebbe indotta proprio dal ricorso al metodo del consenso, ritenuto essere più congeniale per un organo sovranazionale che mirerebbe a un'affermazione graduale delle libertà, con l'obiettivo finale di un'auspicabile uniformazione a livello continentale degli *standards* di salvaguardia dei diritti fondamentali, proteggendo – al contempo – i caratteri di autonomia di giudizio e di indipendenza della sua azione. Un orientamento che è solo parzialmente fondato, in quanto il *self restraint* della Corte dovrebbe arrestarsi nel momento in cui sono in campo importanti aspettative di libertà della persona umana e sono ipotizzabili ingiustificate discriminazioni legate all'orientamento sessuale e all'appartenenza di genere dei consociati; eventualità nelle quali sarebbe utile un maggiore coraggio decisionale e interpretativo da parte dei giudici europei.

In riferimento alla fragilità di alcuni orientamenti proposti nella sentenza *Oliari*, un altro elemento di debolezza attiene alla scelta di

²⁹ Si pensi, ad esempio, alla Corte Suprema degli Stati Uniti che, in una recentissima (e storica) decisione (caso *Obergefell v. Hodges*, 26 giugno 2015), ha stabilito come il matrimonio sia un diritto garantito dalla Costituzione americana anche alle coppie omosessuali, e che tutti gli Stati federati devono permettere a due persone dello stesso sesso di sposarsi e riconoscere i matrimoni *same sex* contratti in qualsiasi parte del Paese.



considerare i ricorsi sulla base del solo art. 8 Cedu, quantunque i ricorrenti avessero eccepito la violazione di questa norma in combinato disposto con l'art. 14 del testo convenzionale. In questo modo, il massimo consesso giurisdizionale europeo sembra essersi sottratto a una valutazione della violazione del rispetto alla vita familiare sotto l'angolo visuale del principio di non discriminazione, evitando di effettuare un raffronto completo della condizione delle coppie *same sex* con quella vissuta dalle coppie eterosessuali. La Corte si è attenuta, in realtà, solo a una verifica dell'applicabilità delle disposizioni relative all'accesso all'istituto matrimoniale anche in favore degli omosessuali, astenendosi, tuttavia, dall'indagare in merito alla ragionevolezza degli argomenti ostativi alla fruizione del diritto al matrimonio nelle ipotesi dell'identità di genere dei nubendi.

Parimenti, pure rispetto all'art. 12 Cedu, e alla negazione del diritto al matrimonio per i ricorrenti omosessuali, sarebbe stato auspicabile attendersi dalla Corte Europea ulteriori e più pregnanti considerazioni che non quelle offerte nel caso *Schalk e Kopf*, secondo cui non sussisterebbe alcun obbligo in capo agli Stati membri di concedere alle coppie *same sex* la fruizione dell'istituto matrimoniale, ma affidandone la scelta alla disciplina dei singoli diritti nazionali. Per la magistratura europea, la volontà di introdurre l'istituto del matrimonio omosessuale potrebbe solo essere rimessa al legislatore nazionale, per quanto a esso si rinvii senza l'indicazione né di tempi rapidi, né di principi essenziali da osservare nella finalità di conseguire l'innovazione normativa in grado di soddisfare il soddisfacimento della piena libertà matrimoniale per tutti. Su questo tema, così, la sentenza *Oliari* rivela l'utilizzo pieno della tecnica del *consensus*, pur lasciandosi aperta l'eventualità che una più ampia condivisione futura, sia sociale che legislativa, tra gli Stati membri sul matrimonio omosessuale possa spingere verso un'interpretazione evolutiva dell'art. 12 del testo convenzionale.

Rispetto a tale profilo, quanto alla realtà italiana, sarebbe positivo un superamento della tutela accordata al matrimonio eterosessuale dall'interpretazione conservatrice (e ideologizzata) dell'art. 29 Cost. L'evoluzione dei comportamenti sociali deve essere registrata e organizzata dal legislatore, anche reinterprestando gli enunciati costituzionali, con il solo limite della non contraddizione dei principi fondamentali. Nel caso di specie, come più volte evidenziato, il principio centrale è la tutela delle persone e dei loro bisogni, e non la protezione di uno specifico modello di unione fra gli individui, storicamente sempre mutevole.



Senza dubbio, i Costituenti, nella confezione dell'art. 29, evocavano la famiglia "tradizionale" nella forma promossa dalla memoria religiosa cattolica del popolo italiano. Tuttavia, è anche vero che il modello matrimoniale suggerito dalla tradizione non presenterebbe un'univocità statica di caratteri, a meno che non si intenda fossilizzarlo in un prototipo immobile. Risulta difficile confutare il fatto che quello schema matrimoniale sia stato il frutto di un lavoro legislativo compiutosi in regime di dittatura e sotto la vigenza del principio del cattolicesimo come religione dello Stato, in pieno clima concordatario, ma è altrettanto realistico dover ammettere che i Padri Costituenti (nel cui novero si comprendeva la cultura comunista-socialista, quella liberale e quella cattolica) non intendessero fare coincidere i concetti di matrimonio e di famiglia con un unico modello di tipo confessionale³⁰.

Ciò detto, l'ordinamento giuridico considera il matrimonio come un rapporto tra persone generante una formazione sociale protetta, posta a fondamento della convivenza civile, e alla quale sono conferiti obblighi, diritti, situazioni giuridiche collaterali riverberantisi in altri ambiti. Dallo *status* di coniugato deriva una situazione di certezza giuridica per i contraenti e conseguenze relazionali normativamente disciplinate, di beneficio per i soggetti fruitori ed essenziali per l'ordinato svolgimento della vita sociale. La qual cosa, tuttavia, non sottrae il legislatore dall'interessarsi dei fenomeni nuovi, che esigono interventi adeguativi delle discipline giuridiche, anche di natura complementare o modificativa

³⁰ Il dato contenuto nell'art. 29 è espressione dell'esigenza, fortemente avvertita dal Costituente, di prevenire limitazioni o strumentalizzazioni indotte autoritativamente a fini ideologici, come era accaduto in epoca fascista o nei regimi comunisti. All'indomani della caduta del regime, i padri della Costituzione vollero assicurare che mai più lo Stato potesse imporre proprie concezioni ideologiche in ambito familiare. Come sostiene V. TOZZI, *La famiglia secondo lo Stato non è quella del diritto canonico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., maggio 2007, p. 3, all'indomani della seconda guerra mondiale, "(...) i tempi non erano maturi per specificazioni che avrebbero alimentato dissidi politici; l'imperativo politico era la ricostruzione morale, giuridica, economica del Paese in un contesto di democrazia, ma nessun elemento autorizza a dire che fu prescelto il modello canonico di matrimonio e di famiglia o un omologo civile di esso. Anzi, gli ampi e significativi elementi di contemporanea attenzione a culture diverse presenti nell'Assemblea, specialmente nelle statuizioni di ordine più generale, introdussero nella Costituzione elementi di pluralismo e laicità, che non hanno mancato di produrre frutti man mano che la coscienza democratica permeava la cultura delle nuove generazioni. In questi frutti sta il successo della Costituzione, che sempre più appresta soddisfazione alle esigenze di tutte le componenti sociali, superando la visione di parte che, non solo il regime fascista, ma anche la permanenza al potere di oligarchie monoculturali, ha fatto spesso tanto attardare".



dei precedenti assetti. Invece, proprio per continuare a garantire la pacifica realizzazione della convivenza comunitaria e per espletare al meglio i compiti di servizio alla società generalmente imputabili in capo al legislatore e alle autorità statali, sarebbe controproducente la fissazione di barriere ideologiche distoniche rispetto all'insieme dei principi fondamentali posti a presidio del *vivre ensemble*.

Ora, va detto che la Costituzione ha sempre consentito l'evoluzione storica dei rapporti familiari, perché ha inteso tutelare gli individui nella sfera personalissima dei loro naturali bisogni di affetto e reciproca solidarietà³¹. Contro tale assunto, sembra imporsi, attualmente, la *vulgata* per cui l'art. 29 Cost. non direbbe espressamente, ma presupporrebbe una nozione ontologica di "famiglia naturale come unione tra uomo e donna". In questa visione, l'eterosessualità della coppia sarebbe considerata - anche sulla scorta di alcuni interventi giurisprudenziali in precedenza richiamati - come principio tanto fondamentale e pacifico da non necessitare di una specificazione normativa.

Tuttavia, pare assai dubbio che la norma costituzionale possa realmente evocare una simile concezione filosofica di famiglia, come rappresentato da un ampio e vario numero di indicatori³². Nell'interpretazione di una norma giuridica sarebbe quantomeno eccentrico dare per presupposto e incontrovertibile un dato che, negli ultimi tempi, è oggetto di radicale e intensa ridefinizione dalla nostra

³¹ Vale la pena di sottolineare come l'argomento della presunta intenzione soggettiva dei membri dell'Assemblea costituente, per fermare possibili letture *in progress* della Carta costituzionale, sia in sé molto debole. Si sa bene che l'interprete è vincolato solo dalla lettera della legge, così come è, d'altra parte, "(...) intuitivo che vincolare l'interpretazione delle leggi alle intenzioni di chi le ha redatte costringerebbe i parlamenti, in tempi di rapida evoluzione della scienza, della cultura, delle tecnologie, a un'incessante lavoro normativo ed è per questo che in tutto il mondo la legge va interpretata anche in senso evolutivo. Se avessimo dovuto interpretare la Costituzione alla luce delle convinzioni imperanti nel 1948, non avremmo avuto il divorzio o la riforma del diritto di famiglia". Così **M. GATTUSO**, *La Costituzione e il matrimonio fra omosessuali*, in *Il Mulino*, 2007, 3, p. 456.

³² Basti pensare al riferimento al carattere "naturale" della *societas* coniugale che, lungi dall'evocare un astorico diritto di natura, significa semplicemente che il primo comma dell'art. 29 attribuisce al matrimonio la funzione di una struttura familiare storicamente aperta ai processi di revisione del suo regime (e delle sue forme), di tempo in tempo occorrenti per conformare l'istituto alle esigenze di una formazione sociale assolutamente particolare. La stessa volontà dei costituenti, peraltro, si è espressa in questa direzione, laddove l'obiettivo dichiarato non era quello di cristallizzare la famiglia con definizioni legate a un certo momento storico o di irrigidire la vita sociale. Cfr. **M. D'AMICO**, *Famiglia e "famiglie" fra principi costituzionali italiani ed europei*, in *Genius*, 2015, 2, p. 154.



stessa giurisprudenza, è respinto dalle Corti costituzionali di alcuni Stati (come il Canada e il Sudafrica), è superato in ordinamenti a noi vicini (come quello spagnolo, francese e portoghese), non collima con le scelte della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea³³ e con le risoluzioni del Parlamento europeo³⁴.

L'obiettivo da perseguirsi - in una prospettiva d'interpretazione e applicazione laica delle indicazioni costituzionali - sarebbe, realmente, l'accesso egualitario al matrimonio, anche ai consociati di orientamento omosessuale. Una questione che riguarda tutti, e non tanto una sparuta minoranza, poiché, allorquando è evocata la direttiva costituzionale dell'eguaglianza senza distinzione di sesso, ci si riferisce a un diritto costituzionale che rileva di per sé, indipendentemente da quanti soggetti effettivamente ne beneficino. In questo senso, si ritiene che un intervento legislativo finalizzato a chiarire che l'istituto matrimoniale è fruibile da tutti, senza distinzioni di genere, darebbe testimonianza dell'esistenza di un legislatore laico e coraggioso, capace di abbandonare l'alternanza tra l'omissione e l'intervento eticamente orientato, di non farsi condizionare dal peso delle *lobbies* più o meno rappresentative³⁵, di dismettere l'utilizzo della normazione in una dimensione nella quale la giuridicità si presta a essere veicolo obbligato di una sola etica³⁶. Andrebbe ricordato ai titolari della funzione di creazione del diritto che la laicità

³³ All' art. 9, la Carta Europea dei Diritti Fondamentali – pur non imponendo formule predeterminate ai legislatori nazionali, poiché il diritto al matrimonio è riconosciuto “(...) secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio” – individua in capo a ogni persona l'universale diritto a sposarsi e a formare una famiglia. Con ciò, la Carta di Nizza ha compiuto una scelta storica, poiché, proprio al fine di non escludere le coppie omosessuali, ha optato, sulla spinta delle istanze dei movimenti omosessuali europei, per un'espressione (“Il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia sono garantiti”) volutamente diversa da quella contenuta nella Convenzione Europea del 1950, all'art. 12 (“Uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi”).

³⁴ Oltre alle Risoluzioni più recenti, e già menzionate, si ricorda come il Parlamento Europeo, già con una determinazione dell'8 febbraio del 1994 abbia chiesto espressamente di “(...) cercare di porre fine agli ostacoli frapposti (...) al matrimonio di coppie omosessuali ovvero a un istituto giuridico equivalente, garantendo pienamente diritti e vantaggi del matrimonio e consentendo la registrazione delle unioni”.

³⁵ Va ricordato che la questione della libertà non si riduce solo alla tutela della libertà dell'individuo di fronte allo Stato, ma si estende anche alla protezione della sua libertà di fronte all'eventuale arbitrio dei gruppi, che troppo spesso incidono col peso della loro forza su importanti diritti del cittadino, con la conseguenza della loro negazione giuridica e di fatto: cfr. **S. LARICCIA**, *Diritti degli individui e diritti delle coppie in materia familiare*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 4/2016, p. 10.

³⁶ Ciò anche per evitare che i principi costituzionali relativi al matrimonio vengano fatti coincidere con quelli religiosi cattolici, precludendone un'interpretazione e



“(…) non è una tavola di valori da contrapporre semplicisticamente ad altri valori. È piuttosto una dimensione della libertà, uno strumento per la libera formazione della personalità, un elemento essenziale per la convivenza”³⁷.

La sua realizzazione dipende, sempre e comunque, dalla cornice istituzionale, tenuta alla declinazione - in forma ampia e generalizzata - del paradigma dell'eguaglianza, a sua volta elemento irrinunciabile per la piena fruizione dei diritti inviolabili sanciti dalla nostra Carta fondamentale.

Ciò detto, l'auspicio è che la classe politica possa abbandonare una azione

“(…) che si nutre di pregiudizi, che si giustifica affermando inviolabili i precetti della Chiesa, e che è alla radice di una regressione culturale che paralizza da anni il Parlamento italiano, sordo ai richiami dell'Europa, irresponsabile nel continuare a negare alle persone quelli che sono stati dichiarati loro diritti fondamentali”³⁸.

In conclusione, la sentenza resa nella vicenda *Oliari* potrebbe stimolare il legislatore nazionale alla adozione di un diverso approccio ai temi dell'eguaglianza delle persone e delle libertà fondamentali, nel solco di una interpretazione evolutiva delle norme costituzionali riflettente i mutamenti sociali e le nuove tensioni culturali (rispetto a cui il diritto non potrebbe essere impermeabile). Sotto questo profilo, la pronuncia della Corte Europea sembra suggerire l'attualità di un'influenza continua e

un'applicazione in linea con l'obiettivo centrale della Carta, individuabile nella realizzazione - più ampia possibile - della persona umana. È evidente che il pericolo di una tale eventualità si profila concreto, nel momento in cui il matrimonio, nel suo essere un negozio giuridico avente una forma necessariamente aperta rispetto alle trasformazioni storiche, rischia di essere assorbito nella sola dimensione giusnaturalistica e canonica della famiglia. Una concezione che, come è noto, ostracizza fortemente i legami omoaffettivi. In merito N. COLAIANNI, *Matrimonio omosessuale e Costituzione*, in *Corr. giur.*, 2010, 7, p. 853.

Per inciso, a fronte della posizione di forte chiusura della Chiesa cattolica sul tema del matrimonio omosessuale, diverso è l'atteggiamento maturato, negli ultimi anni, dalle Chiese protestanti, quantomeno quelle europee: luterani, calvinisti, anglicani, valdesi, in modi e tempi diversi hanno aperto all'omosessualità, tanto che persone apertamente *gay* possono fare carriera al loro interno e le unioni di *gay* e lesbiche possono essere ufficialmente celebrate, o, al minimo, benedette, da un ministro di culto.

³⁷ S. RODOTÀ, *Perché laico*, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 60-61.

³⁸ Così S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, in *Pol. dir.*, 2014, 3, p. 355. Un atteggiamento astensivo e subalterno che rende impietoso il confronto con il dinamismo registratosi, negli anni Settanta e Ottanta, con il varo della legislazione civile (in tema di divorzio e di aborto), nella quale si manifestava una sensibilità che oggi appare smarrita.



profonda tra il sistema convenzionale e l'ordine costituzionale italiano³⁹, con ciò evidenziando la positiva realtà di una forte sinergia tra autorità sovranazionali e interne a protezione dei diritti civili e fondamentali degli individui⁴⁰, che in quanto tali possono (e devono) essere inquadrati nella prospettiva dell'esigibilità da parte dello Stato di obblighi di esercizio dell'azione legislativa.

³⁹ Nella vicenda *Oliari*, tale relazione di mutua collaborazione e influenza tra sedi giurisdizionali verrebbe testimoniata, da un lato, dai continui riferimenti della Corte Europea alla giurisprudenza interna in tema di diritti delle coppie omosessuali (anche sulla base dei quali la magistratura sovranazionale fonderebbe il dovere da parte dello Stato italiano di consentire per i ricorrenti la fruizione delle garanzie contenute nell'art. 8 Cedu) e, dall'altro, nell'individuazione (soprattutto rilevabile nelle riflessioni concorrenti di tre giudici) dell'art. 2 Cost. piuttosto che della stessa Convenzione di Roma quale prioritario quadro normativo a sostegno del diritto fondamentale alla regolamentazione legale delle convivenze *same sex*. Cfr. **F. ALICINO**, *Le coppie dello stesso sesso. L'arte dello Stato e lo stato della giurisprudenza*, in *Forum costituzionale*, 22 agosto 2015, p. 6.

⁴⁰ In questa prospettiva, "the national Constitutions, the ECHR's system and the EU's law may – via laws as living instruments – allow gays and lesbians to frame their arguments in terms of equality (they want to be treated as everybody else), eliminating unreasonable discriminations between same-sex and dual-gender marriage. Opposite-sex couples and same-sex couples are not equal. But, from a legal point of view, they must be treated equally. Or better, treating these people as equals entails that every person is treated with equal concern and respect": così **F. ALICINO**, *The road to equality. Same-sex relationships within the European context: the case of Italy*, in *SOG-Working Paper*, 26 July 2015, p. 37.