

Rivista N°: 2/2016  
DATA PUBBLICAZIONE: 17/04/2016

AUTORE: Luca Pedullà\*

## IL PERCORSO GIURISPRUDENZIALE SUL RICONOSCIMENTO DELLE C.D. "UNIONI CIVILI"

*Sommario: 1. Premessa – 2. Per Corte cost. n. 138/2010 anche le coppie omosessuali devono essere titolari di riconoscimento giuridico ad opera di urgente intervento del legislatore – 3. La "messa alla prova" dell'art. 8 CEDU mediante la sent. Schalk and Kopf v. Austria del 24.6.2010: l'attribuzione della nozione di "vita familiare" alla coppia omosessuale – 4. Con Cass. n. 4184/2012 si assiste al sostanziale recepimento nel nostro ordinamento della predetta nozione di "vita familiare", senza discriminazione di identità e di attitudini sessuali – 5. Con la sent. Gas e Dubois v. France del 15.3.2012 si passa da una protezione orizzontale della coppia omosessuale (limitata all'esistenza della coppia come fatto) ad una di tipo verticale (allargata alla prole) – 6. La c.d. stepchild adoption, tra Cass. n. 601/2013 e la X and others v. Austria del 13.2.2013 – 7. La sent. n. 170/2014 della Corte cost. sul c.d. "divorzio imposto" evidenzia come in mancanza di una legge sulle unioni civili l'intervenuto mutamento di sesso da parte di uno dei coniugi privi di ogni tutela giuridica i soggetti coinvolti. Il caso Hämäläinen v. Finland del 16.7.2014 – 8. Cass. n. 8097/2015, ovvero quando la tutela del fatto finisce per prevalere sul diritto – 9. Anche nel caso Oliari and others v. Italia la Corte di Strasburgo ribadisce il diritto dello Stato-membro a scegliere il "modo" con cui tutelare le coppie omosessuali ma non il "sé". Con l'entrata in vigore del Protocollo 15 CEDU non verrà meno il controllo della Corte europea sulle violazioni dei diritti nei confronti (anche) delle coppie omosessuali – 10. In via conclusiva, le unioni omosessuali vanno regolamentate valorizzandosi il collegamento con l'art. 2 Cost., nonché applicando loro la nozione di "vita familiare" di cui all'art. 8 CEDU.*

### 1. Premessa

Dopo la sentenza *Oliari and others v. Italy* del 21 luglio 2015 della Corte di Strasburgo che ha condannato l'Italia per la mancanza nel nostro apparato legislativo del riconoscimento giuridico delle coppie formate da soggetti dello stesso sesso, si è messo in moto in Italia uno scontro non solo politico ma anche giurisprudenziale, culminato con l'approvazione, allo stato, da parte del solo Senato del DDL *Cirinnà bis*, che è diviso in due parti: la prima, riguardante la regolamentazione delle convivenza tra persone dello stesso

---

\* Ricercatore confermato di diritto costituzionale nell'Università "Kore" di Enna.

nesso con diritti per certi versi assimilabili a quelli derivanti dal matrimonio; mentre la seconda disciplina la convivenza di fatto sia tra soggetti eterosessuali sia omosessuali<sup>1</sup>.

Scontro non affievolitosi nonostante fosse stato ripetutamente spiegato dalla Relatrice come il detto DDL intendesse mantenere manifesta la differenza con l'istituto del matrimonio: tant'è vero che ripetuti sono i riferimenti all'interno del DDL all'art. 2 Cost., ossia alle formazioni sociali piuttosto che all'art. 29 Cost.<sup>2</sup> Invero, volendone dare una lettura sostanzialistica, nella legge può scorgersi una equiparazione delle forme familiari nei diritti e nei doveri, offrendo così ai giudici un parametro generale cui attenersi nelle proprie pronunce.

Legge che dal lontano 2010 sia la Consulta sia la Corte di Strasburgo avevano "invitato" a fare<sup>3</sup>, coprendo un'annosa lacuna che, a ben vedere, già molti altri Paesi europei avevano, *more tempore*, in qualche modo colmato.

Ad oggi, ben undici Stati membri del Consiglio d'Europa – Belgio, Danimarca, Francia, Germania, Islanda, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Portogallo, Regno Unito, Spagna e Svezia – riconoscono una sostanziale equiparazione tra le unioni civili e il matrimonio omosessuale, non dimenticandosi come il 22 maggio 2015 l'Irlanda ha votato a favore del matrimonio omosessuale e come in Finlandia la già disciplinata legge sul matrimonio omosessuale entrerà in vigore il primo marzo 2017. Altri Stati membri come l'Andora, l'Austria, la Croazia, l'Estonia, la Finlandia, il Liechtenstein, la Repubblica ceca, la Slovenia, la Svizzera e l'Ungheria prevedono già, anche se in modo non completo, qualche forma di unione civile per le coppie omosessuali, dovendosi ricomprendere dal Dicembre 2015 anche la Grecia che ha approvato una specifica legge in materia. Caso particolare è costituito, poi, dal Portogallo dove non esiste una forma ufficiale per le unioni civili ma la legge le riconosce "di fatto", nel senso che esse hanno effetto automatico e non richiedono alcun passo formale per il loro riconoscimento da parte della coppia.

In buona sostanza, fino ad oggi ben ventiquattro Paesi su quarantasette Stati-membri del Consiglio d'Europa hanno già promulgato una specifica legislazione che permette alle coppie omosessuali di far riconoscere giuridicamente la loro relazione come un matrimonio civile o come una forma di unione civile o unione registrata<sup>4</sup>.

Il citato dato comparatistico non è fine a sé stesso ma è di peculiare rilevanza perché non è raro che la Corte di Strasburgo parametri la violazione di un diritto stabilito dalla CEDU in virtù dell'esistenza o meno di un orientamento legislativo comune ai vari Stati-membri, verificando se su quel tema si sia formato il c.d. "*consenso europeo*" quale orientamento nor-

---

<sup>1</sup> Siffatto DDL è intitolato "*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*"

<sup>2</sup> Lo stralcio avvenuto all'ultimo momento della c.d. *stepchild adoption*, al di là delle serie problematiche sottese, credo possa leggersi nell'ottica di un voler rimarcare la differenza di disciplina tra le unioni civili e il tradizionale matrimonio.

<sup>3</sup> Lo spiega molto bene D'AMICO M. in occasione della propria *Audizione parlamentare* riguardante la *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze* del 14 gennaio 2015, su [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 11.02.2015.

<sup>4</sup> Con riferimento al percorso, tutt'altro che agevole, che ha portato con varietà di argomenti al riconoscimento ed alla protezione giuridica all'interno di vari Stati della convivenza stabile tra soggetti omosessuali, si veda in generale e da ultimo RODOTÀ S., *Diritto d'amore*, Roma-Bari 2016.

mativo comune<sup>5</sup>, che costituisce un momento essenziale del ragionamento portato avanti dalla stessa Corte e che traccia il perimetro all'interno del quale gli Stati nazionali possono utilizzare il loro margine di apprezzamento: maggiormente diffuso sarà il consenso, più si restringerà il margine di apprezzamento statale.

Appare, quindi, utile ricostruire non solo il percorso giurisprudenziale che dal 2010 ad oggi – ossia dalla ben nota sent. n. 138/2010 della Corte costituzionale – ha condotto il nostro giudice (costituzionale, di legittimità e di merito) a richiedere in materia e con sempre maggiore forza un intervento legislativo, ma verificare come il detto tema abbia finito per “atrarre” al suo interno casi e questioni tra loro sensibilmente diversi: dal mutamento di sesso di uno dei coniugi all'interno del rapporto affettivo alla tanto dibattuta *stepchild adoption*.

Non si mancherà di rimarcare l'applicabilità alle coppie omosessuali disciplinate dal DDL Cirinnà, quali “formazioni sociali”, non solo dell'art. 2 Cost. ma anche del diritto di “vita familiare” così come protetto dall'art. 8 CEDU, tenendo strutturalmente distinto il diverso tema relativo al diritto o meno delle coppie omosessuali di accedere all'istituto matrimoniale. Infatti, pur presentando i due temi evidenti punti in comune, diverse restano le argomentazioni e i profili costituzionalistici e sovranazionali da utilizzare a seconda dei diversi profili di indagine<sup>6</sup>.

## **2. Per Corte cost. n. 138/2010 anche le coppie omosessuali devono essere titolari di riconoscimento giuridico ad opera di urgente intervento del legislatore**

È ben noto come con la sentenza n. 138 del 4 aprile 2010<sup>7</sup> la Corte cost. abbia considerato (finalmente?) rilevanti, sotto il profilo costituzionale, le coppie dello stesso sesso<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Sul tema, da ultimo, si veda l'opera di DZEHTSIAROU K., *European consensus and the Legitimacy of the European Courth of Human Rights*, Cambridge 2015.

<sup>6</sup> Solo come *obiter dictum* va evidenziato che le ripetute condanne sovranazionali nei confronti del nostro Stato non hanno mai (almeno fin'ora) implicato una obbligata equiparazione tra i matrimoni degli eterosessuali e quelli degli omosessuali essendosi, invero, incentrate sulla ineludibilità di un intervento da parte del nostro legislatore per una regolamentazione del “fenomeno” delle coppie omosessuali conviventi in modo stabile.

<sup>7</sup> Su detta sentenza, e più in generale sul percorso giurisprudenziale compiuto in materia sino a quella data, tra i tanti commenti organici si vedano almeno DAL CANTO S., *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla “aspirazione” al matrimonio al “diritto” alla convivenza*, su [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), luglio 2010; LORENZETTI A.-PEZZINI B., *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010. Quali prospettive?*, Napoli 2011; PEZZINI B., *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, su [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), luglio 2010; PRISCO S., *Amore che vieni, amore che vai. Unioni omosessuali e giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2012; PUGIOTTO A., *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, su [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2010; ROMBOLI R., *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, su [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2011; RUGGERI A., *“Famiglie” di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?*, su [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4, 2011; SCAFFIDI RUNCHELLA L., *Il riconoscimento delle unioni same-sex nel diritto internazionale privato*, Napoli 2012; SCHUSTER A., *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, su [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), aprile 2012; SPERTI A., *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali e il dialogo globale delle corti costituzionali*, Pisa 2013; VERNESI P., *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *Studium iuris*, 10, 2010, p. 997 ss.

Era la prima volta nella storia repubblicana del nostro Paese e già la Corte dimostrava di voler fattivamente mettere ordine nella materia facendo rientrare dette coppie nell'alveo di protezione "generico" dedicato alle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost. – venendo annoverata in tale nozione "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" – anziché in quello specifico di famiglia, ex art. 29 Cost. Previsione quest'ultima che, sempre a giudizio della Corte, pur aprendosi all'evoluzione dei costumi e della *societas* non poteva ricomprendere fenomeni estranei alla genesi della norma stessa come, appunto, il matrimonio tra soggetti dello stesso sesso<sup>9</sup>.

D'altronde, se nella nostra Carta costituzionale non si rinveniva alcun obbligo per il legislatore di estendere alle coppie omosessuali il matrimonio previsto tradizionalmente (verrebbe da dire, "canonicamente") per gli eterosessuali, è pur vero che per i giudici era la stessa Carta fondamentale a imporre una legislazione che tutelasse il loro diritto fondamentale a una "vita familiare". Da ciò discendeva che nessuna illegittimità costituzionale poteva essere rilevata con riferimento alle norme del nostro codice civile laddove esse restringevano la specifica applicazione del matrimonio ai soli legami tra soggetti eterosessuali. Pur tuttavia la Consulta, poggiandosi sul principio di non discriminazione<sup>10</sup>, si spingeva ad affermare che il legame stabile tra soggetti dello stesso sesso non poteva essere discriminato alla luce (anche) dell'art. 3 Cost.

A fronte dell'opera giurisprudenziale si rinveniva l'inerzia del legislatore che, se da un lato, continuava a non regolamentare la materia, dall'altro lato, pur avendone accertato il "diritto costituzionale" lasciava le dette unioni omosessuali ancora prive di protezione<sup>11</sup>.

Dinanzi al pericoloso aristotelico "*tertium non datur*" – con riferimento alla scelta tra chi riteneva non *bypassabile* dalla giurisprudenza l'inerzia del legislatore, anche laddove ciò avrebbe significato paralizzare l'accertata esistenza di un diritto costituzionale e chi, invece, propugnava l'indiscriminata libertà che si doveva lasciare ai giudici nel ritenere e decidere cosa e quale considerare un diritto inviolabile ex art. 2 Cost.<sup>12</sup> – la giurisprudenza costituzionale preferì in quel momento non forzare la mano. Infatti, nonostante vari "moniti", la Consul-

---

<sup>8</sup> La sentenza dichiara da un lato la "infondatezza" della questione sottoposta con riferimento agli artt. 3 e 29 Cost. e, dall'altro, la "inammissibilità" della *quaestio* con riferimento agli artt. 2 e 117, co. 1, Cost. in quanto volta a ottenere una pronuncia additiva "non costituzionalmente obbligata".

<sup>9</sup> Sul punto, cfr. ANGELINI F., *I "compromessi sposi": la Corte costituzionale fa il punto su matrimoni e unioni fra omosessuali*, su [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), luglio 2010. In senso critico, si veda FUSARO C., *Non è la Costituzione a presupporre il paradigma eterosessuale*, su [www.carlofusaro.it](http://www.carlofusaro.it), 2010; VERONESI P., *Matrimonio omosessuale, ovvero: "È sorprendente per quanto tempo si può negare l'evidenza di fronte a certe cose"*, in *La "società naturale" e i suoi nemici. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, (a cura di Bin R.-Brunelli G.-Guazzarotti A.-Pugiotto A.-Veronesi P.), Torino 2010, 382 ss.

<sup>10</sup> WAALDIJK K., *The Right to Relate: a lecture on the importance of "Orientation" in Comparative Sexual Orientation Law*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2013, n. 24, 17 ss.

<sup>11</sup> È in tal senso, mi pare, che ROMBOLI R., nel suo saggio *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"*, su [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), luglio 2010, 8 parla di "diritti costituzionali accertati, ma non tutelati".

<sup>12</sup> Pericolo, quest'ultimo, avvertito e ben messo in evidenza già tempo prima da BARBERA A., "Nuovi diritti": *attenzione ai confini*, in *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, (a cura di Califano L.), Torino 2004, 19 ss.

ta preferì attendere le scelte parlamentari, dimostrando una certa cautela nell'uso dei propri poteri interpretativi ed evitando, specialmente in una materia così delicata, di manipolare le disposizioni di legge al fine di ritenerle conformi (soggettivamente o oggettivamente, qui poco importa) ai principi costituzionali<sup>13</sup>.

D'altra parte il legislatore continuava a non legiferare proprio perché nessuno poteva obbligarlo ad intervenire su siffatta materia, potendosi benissimo interpretare la propria pervicace omissione come una precisa volontà politica di non prendere posizione e demandare al diritto giurisprudenziale il potere di tracciare il solco su cui un domani incamminarsi. Naturalmente, una cosa era che la Corte attendesse la promulgazione della legge per poi, a cose fatte, verificarne la legittimità costituzionale mentre altra cosa era, come in questo caso, intervenire "per sentenza" in una situazione di annosa omissione legislativa.

Se i tempi erano oramai maturi per riconoscere il diritto fondamentale della coppia omosessuale ad una "vita familiare", il rinvio *sine die* operato dai giudici nella sent. n. 138/2010 circa i "tempi, modi e limiti" in cui doveva intervenire il Parlamento, finiva per svilire e paralizzare l'urgenza dell'intervento stesso. Infatti, il riconoscimento di un diritto fondamentale (che veniva ancora negato) implicava un tanto necessario quanto repentino intervento legislativo che mettesse fine al torto subito<sup>14</sup>.

I tempi non erano maturi (e, invero, sembra che non lo siano neanche oggi) per lo svolgimento del successivo passaggio, quello dalla "vita familiare" alla "vita matrimoniale" per le coppie omosessuali. Ciò lo affermava la stessa Corte ritenendo da un lato di dare, in materia, ampio riconoscimento alla discrezionalità del legislatore ordinario quale soggetto idoneo a vagliare l'evoluzione *in progress* della società e della coscienza collettiva<sup>15</sup> ma, dall'altro lato, osservando che fosse inibito allo stesso organo rappresentativo, in relazione all'art. 29 Cost., estendere la nozione di matrimonio agli omosessuali<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Per TONDI DELLA MURA V., nella sentenza n. 138/2010 la Corte "ha sventato l'attacco della indiscriminatezza senza limiti, della parificazione egualitaria, della equiparabilità a tutti i costi delle parole, dei significati, degli istituti e delle realtà sociali, che restano invece differenti per storia e per presupposti naturali", ne *La sentenza che ha difeso la parola "matrimonio"*, su [www.ilsussidiario.net](http://www.ilsussidiario.net), aprile 2010.

<sup>14</sup> In tal senso vi è chi ha invocato l'immediato intervento del legislatore posto che siffatta legge era da considerare oramai "costituzionalmente necessaria, alla luce dell'interpretazione dell'art. 2 della Costituzione", CRIVELLI E., *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese*, su [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), luglio 2010, 9.

<sup>15</sup> Sui concetti di "coscienza sociale" e "pratica culturale" si vedano, in particolare, GEMMA G., *Matrimonio tra omosessuali: una soluzione doverosa, ma con i tempi necessari*, ne *La "società naturale" e i suoi nemici. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, già cit., 185 ss. e RUGGIU I., *Summa constitutio summa iniuria? Per una sentenza interpretativa che individui correttamente l'essenza della "pratica culturale" del matrimonio, supportata dall'"argomento della minoranza" ne La "società naturale" e i suoi nemici. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, già cit., 347 ss. Sulla discrezionalità in materia del legislatore, più in generale si veda l'opera di LUCIANI M., *Dottrina del moto delle costituzioni e vicenda della Costituzione repubblicana, in Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana. Per una storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 2013.

<sup>16</sup> ROMBOLI R., evidenza come non sarebbe stata da ritenere incostituzionale una legge disciplinante "il rapporto di vita familiare delle coppie omosessuali in modo differente rispetto a quello delle coppie etero, ovviamente nel rispetto del principio di ragionevolezza", ne *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito"*, già cit., 12. Da ultimo, si veda BRUNELLI G., *Matrimonio same-sex e unioni civili: alla ricerca di una tutela costituzionale e sovranazionale*, su [www.forumcostituzionale](http://www.forumcostituzionale), novembre 2015, la quale non ravviserebbe nella sentenza

### 3. La “messa alla prova” dell’art. 8 CEDU mediante la sent. *Schalk and Kopf v. Austria* del 24.6.2010: l’attribuzione della nozione di “vita familiare” alla coppia omosessuale

Proprio l’argomento dell’evoluzione dei costumi sembra fare da piedistallo, appena un paio di mesi più tardi, alla sentenza *Schalk and Kopf v. Austria* del 24 giugno 2010<sup>17</sup> dove la Corte di Strasburgo, all’unanimità, ha applicato la nozione di “vita familiare”, ex art. 8 CEDU, alle coppie dello stesso sesso, al pari dei rapporti intercorrenti all’interno delle coppie eterosessuali che convivevano *more uxorio*.

Detta sentenza è certamente innovativa in quanto precedentemente<sup>18</sup> la Corte europea aveva ritenuto che l’espressione del proprio orientamento sessuale, anche nell’ambito della coppia, rientrasse nella sfera della “vita privata” ma non in quella di “vita familiare”.

La CEDU, quale strumento giuridico vivente, si mostrava così capace di cogliere quella evoluzione dei costumi che a giudizio della Corte di Strasburgo si era oramai orientata nel senso di ritenere la relazione omosessuale rilevante non più soltanto all’interno della sfera privata, personale, bensì come “vita familiare”, alla stregua della coppia eterosessuale<sup>19</sup>: “Il grado e le forme di tutela garantite dall’art. 8 alle coppie omosessuali diventano pertanto comparabili con le garanzie che l’ordinamento fornisce alle coppie eterosessuali con il matrimonio, alla luce del principio di non discriminazione dell’art. 14 CEDU”<sup>20</sup>.

---

n. 138/2010 un incontrovertibile divieto rivolto al legislatore circa l’inammissibilità di introdurre nell’ordinamento il matrimonio *same-sex*. In ogni caso, com’è ben noto, la vicenda che ha dato la stura alla sent. n. 138/2010 è stata “chiusa” con la sent. n. 2400/2015 della Corte di Cassazione che ha ribadito la legittimità del diniego delle pubblicazioni matrimoniali fra soggetti dello stesso sesso.

<sup>17</sup> Su detta sentenza si vedano i saggi di CONTE R., *Profili costituzionali del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali alla luce di una pronuncia della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Corriere Giuridico*, 4, 2011, 570 ss.; CRIVELLI E., *Il matrimonio e le coppie omosessuali*, 61 ss. e KRETZMER D., *Same sex marriage e i limiti istituzionali delle Corti internazionali*, 71 ss., entrambi pubblicati nel volume *Dieci casi sui diritti in Europa*, (a cura di M. Cartabia), Bologna 2011; RAGNI C., *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Schalk & Kopf*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 4, 2010; REPETTO G., *Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la “negazione” virtuosa di un diritto*, su [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2010; SCHUSTER A., *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze*, già cit.

<sup>18</sup> Si vedano, in partic., le decisioni *X e Y. c. Regno Unito* del 3.5.1983 e *Roosli c. Germania* del 15.5.1996.

<sup>19</sup> Al punto 94 della sentenza leggiamo infatti: “Consequently, the relationship of the applicants, a cohabiting same-sex couple living in a stable de facto partnership, falls within the notion of “family life”, just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would”. Sulla detta sentenza, si veda WILLEMS G., *La vie familial des homosexuels au prisme des articles 8, 12 et 14 de la Convention Européenne des Droits de l’Homme: mariage et conjugalité, parenté et parentalité*, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 93, 2013, 65

<sup>20</sup> PEZZINI B., *Il matrimonio same sex si potrà fare*, già cit., 9, nota 26. A tal proposito, al punto 96 della sentenza leggiamo: “...a difference of treatment is discriminatory if it has no objective and reasonable justification; in other words, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised”. Insomma, il solco tracciato dalla CEDU era chiaro così come era chiaro che con esso, ad es., strideva la *legge greca n. 3719/2008 sulle unioni civili* che privilegiava le caratteristiche essenziali della famiglia eterosessuale (pur garantendo ai bambini, legittimi o naturali che fossero, adeguata tutela). Tant’è vero che con la successiva sentenza *Vallianatos and others v. Greece* la Corte, coerente con sé stessa, ravvisava una irragionevole disparità di trattamento nei confronti delle coppie omosessuali, posto che il legislatore greco non aveva neppure tentato di argomentare su come il riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali potesse pregiudicare lo status legale della tradizionale idea di famiglia. In estrema sintesi la Corte non fa altro che ribadire quanto già espresso nella *Schalk and Kopf*. Sulla detta sentenza *Vallianatos* si rimanda a quanto osservato da D’AMICO M. nel testo della propria *Audizione*

Una siffatta importante pronuncia non poteva che far risaltare la mancanza nel nostro ordinamento di una pur minima protezione per le coppie omosessuali, evidenziandosi l'obbligatorietà di introdurre precise norme antidiscriminatorie rispettose delle tutele poste dall'art. 14 CEDU anche in materia di orientamento sessuale.

L'aver continuato il nostro ordinamento a non regolamentare le unioni civili rendeva, dunque, più che ovvia la sua possibile condanna, tenendosi presente che una siffatta normazione non avrebbe prodotto in capo alle coppie omosessuali l'ottenimento di diritti e doveri perfettamente parificabili a quelli attribuibili alle persone sposate, posto che lo Stato godeva di ampia discrezionalità nel determinare e diversificare lo *status* derivante dai due differenti tipi di unione.

#### **4. Con Cass. n. 4184/2012 si assiste al sostanziale recepimento nel nostro ordinamento della predetta nozione di "vita familiare", senza discriminazione di identità e di attitudini sessuali**

Il tema delle unioni civili è, come si sa, poliedrico, può essere visto giuridicamente da tante angolazioni, dove ognuna di esse può offrire la possibilità alla giurisprudenza per rimettere tutto in discussione, anche ciò che sembrava essere stato a fatica raggiunto, spaziando dalla semplice normazione dell'istituto al tema dell'adozione; dalla parificazione col matrimonio eterosessuale alla trascrivibilità in Italia del matrimonio contratto all'estero tra soggetti dello stesso sesso, etc... E proprio quest'ultimo tema ha causato l'intervento della Cassazione con la sent. n. 4184/2012<sup>21</sup>.

Partendo da quest'ultimo aspetto (solo apparentemente marginale al nostro ragionamento) la Corte ne ha approfittato per affrontare varie e importanti questioni che vanno dalla nozione di famiglia al principio di non discriminazione basato sull'identità sessuale sino a giungere a indagare i rapporti esistenti tra il potere politico e quello giurisdizionale<sup>22</sup>.

Il giudice di legittimità sembra far proprie, nella sostanza, sia le motivazioni addotte dalla sent. n. 138/2010 della Corte cost. sia quelle della Corte di Strasburgo. Per la prima

---

*parlamentare* riguardante la *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze* del 14 gennaio 2015, già cit., in part. 12.

<sup>21</sup> Su di essa si vedano DI BARI M., *Considerazione a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di Cassazione: la Cassazione prende atto di un trend consolidato nel contesto delle coppie same-sex anche alla luce della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, su [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1, 2012; LORELLO L., *La Cassazione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale (Cassazione I sez. Civ. 15/3/2012, n. 4184)*, su [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2, 2012; MASSA PINTO I., *"Fiat matrimonio!" L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di Cassazione: può una sentenza della Corte di Cassazione attribuire a (un inciso di) una sentenza della Corte europea il potere di scardinare "una consolidata ed ultramillenaria tradizione" (superando anche il giudicato costituzionale)?*, su [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2, 2012; NARDOCCI C., *La posizione giuridica della coppia omosessuale: tra riconoscimento e garanzia a commento di Cassazione civile, 15 marzo 2012, sez. I, n. 4184*, su [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3, 2012.

<sup>22</sup> SCHUSTER A., *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze*, già cit., 24-25, osserva come con la detta sentenza la Suprema Corte abbia "preso spunto da una questione tecnica come la trascrizione per spiccare un volo che le ha consentito di mostrare come il diritto sia una fitta rete a più livelli di disposizioni, norme, interpretazioni, fatti e persone, passando dai regolamenti governativi alla Dichiarazione universale dei diritti umani".

volta la nostra Corte recepisce l'estensione della nozione di "vita familiare" anche alle coppie omosessuali, ex art. 8 CEDU<sup>23</sup>.

Valorizzando la componente individuale della tutela prevista per la coppia omosessuale, i giudici finivano per ritenere quest'ultima meritevole di protezione ex art. 2 Cost. evidenziando la loro pari dignità e uguaglianza davanti alla legge che, ex art. 3 Cost., non fa distinzione di sesso ma, anzi, reprime le disparità poggiate sull'identità e sulle attitudini sessuali dei consociati, in modo che ognuno possa valorizzare la propria qualità di coppia senza condizionamenti.

Ciò che sembrava emergere sempre di più era il tema dell'individuazione degli strumenti che al tempo dell'inerzia del legislatore potessero consentire in modo cogente di dare attuazione a siffatti riconosciuti diritti, anche se con la variabilità e discrezionalità tipica del potere giurisdizionale. Certo, sovradimensionare quest'ultimo potere rimettendogli un ruolo di tipo suppletivo della tutela dei diritti costituzionali<sup>24</sup> non ritengo fosse da guardare con particolare favore, rappresentando solo il "male minore".

### **5. Con la sent. Gas e Dubois v. France del 15.3.2012 si passa da una protezione orizzontale della coppia omosessuale (limitata all'esistenza della coppia come fatto) ad una di tipo verticale (allargata alla prole)**

Al fondo restava l'applicazione del principio di ragionevolezza con riferimento al trattamento differenziato esistente tra le unioni eterosessuali e quelle omosessuali dove, a ben vedere, la Corte di cassazione si era spinta più avanti rispetto alla Corte costituzionale in quanto per la prima volta tentava di uscire dal generico alveo dell'art. 2.

Possibile uguaglianza rimessa in discussione con la sentenza *Gas e Dubois v. France*<sup>25</sup> dello stesso marzo 2012, dove la Corte europea in merito alla possibilità del *partner* di poter adottare la figlia biologica della compagna, trincerandosi dietro l'autonomia decisionale degli Stati rigettava la questione in virtù di ciò che ad alcuni era apparso come un eccessivo formalismo<sup>26</sup> ossia l'esclusione delle coppie che si erano avvalse dei PACS dal regime ado-

---

<sup>23</sup> Con la detta sentenza la Corte si è spinta oltre statuendo l'applicabilità diretta dell'art. 12 CEDU, paralizzando il presupposto del tradizionale matrimonio, ossia l'eterosessualità, dando così ingresso alla possibile revisione della tradizionale interpretazione che fino a quale momento aveva governato l'art. 29 Cost. Interpretazione dell'art. 12 che appare di cruciale rilevanza in quanto costituisce il fulcro necessario per il superamento della tesi dell'inesistenza del matrimonio contratto all'estero ritenuto in Italia non valido alla luce dell'ordine pubblico interno. Come osservato da NARDOCCI C., *La posizione giuridica della coppia omosessuale*, già cit., 9 "... la Corte di Cassazione sembra servirsi della giurisprudenza sovranazionale al fine di rendere più esplicita la possibile istituzione, per via legislativa, di un collegamento se non addirittura di un'inclusione dell'unione omosessuale all'interno della nozione di matrimonio".

<sup>24</sup> Così BIN R., nel saggio *Per una lettura non svalutativa dell'art. 29*, su [www.robertobin.it](http://www.robertobin.it). Tesi che mi pare in sintonia con quanto, sotto più prospettive, propugna ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino 1992, 210 ss.

<sup>25</sup> Su di essa si veda NARDOCCI C., *Per la Corte europea l'impossibilità di adottare la figlia della propria partner omosessuale non costituisce trattamento discriminatorio ai sensi dell'art. 14 della Convenzione. Osservazioni a margine di Gas & Dubois c. Francia*, su [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3, 2012.

<sup>26</sup> In tal senso mi sembra di interpretare le parole di SCHUSTER A., *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze*, già cit., 6.

zionale. Tanto bastava, comunque, per escludere un loro trattamento discriminatorio poggia-  
to sull'orientamento sessuale e per non potersi dire esistente una violazione ex art. 14 CE-  
DU.

Sentenza che chiama in causa il diritto dei minori a una famiglia e dove però, inaspet-  
tatamente, manca ogni riferimento all'interesse preminente di questi ultimi. Manca cioè ogni  
tipo di accertamento in merito al fatto se l'adozione della minore causasse o meno dei danni  
a quest'ultima e se sì in che modo e con che entità. I giudici non entrano nel merito di una  
siffatta rilevante questione<sup>27</sup>, omettendo di soffermarsi sulla scientificità o meno di un ipoteti-  
co danno dei minori all'interno di una coppia omosessuale rispetto a quelli inseriti all'interno  
di una coppia eterosessuale.

Il passaggio "in avanti" compiuto dalla sentenza sembra essere costituito dall'aver la  
Corte ricompreso anche il rapporto di convivenza fra due lesbiche e la figlia di una di esse  
all'interno della nozione di "vita familiare" ex art. 8 CEDU, donandole così protezione ex art.  
14 CEDU da intendere estesa anche ai legami di fatto, a prescindere dal loro riconoscimento  
giuridico: in tal modo la Corte ribadisce e si riallinea a quanto già molto tempo prima aveva  
statuito nella ben nota sentenza *Marckx c. Belgio* del giugno 1979 ove la Corte, ex art. 8  
CEDU, non distingueva tra famiglia legittima e illegittima perché tale distinzione "*si sarebbe  
rivelata incompatibile con i termini "ogni persona" che si trovano nel testo della disposizio-  
ne*"<sup>28</sup>.

Si passava così da una tutela della coppia omosessuale in senso orizzontale, ossia  
limitata all'esistenza della coppia, ad una dimensione verticale estesa ai figli di uno dei due  
partner, con la consequenziale possibile adozione di questi ultimi da parte di una delle due  
componenti: *stepchild adoption* di cui tanto si è discusso, prima di essere definitivamente  
stralciata, nel DDL Cirinnà<sup>29</sup> e che, a ben vedere, è già da tempo adottata in non pochi ordi-  
namenti nazionali<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> In verità una siffatta omissione emerge nell'opinione dissenziente dell'unico giudice di minoranza,  
Mark Villiger, che evidenzia la lesione degli artt. 8 e 14 CEDU in quanto la legislazione nazionale discriminerebbe  
i minori inseriti in un nucleo familiare omosessuale rispetto a quelli di una coppia eterosessuale.

<sup>28</sup> PEDULLÀ L., *I figli tutti uguali: ius superveniens ed effetti successori della parentela naturale*, su  
[www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3, 2015.

<sup>29</sup> Con riferimento alle problematiche poste dalla detta *stepchild adoption* ed in particolare sulla questio-  
ne degli interessi del genitore biologico nell'ipotesi di adozione coparentale, si veda REPETTO G., *Limiti e strategie  
della tutela antidiscriminatoria. Le adozioni omoparentali davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, su  
[www.academia.edu](http://www.academia.edu)., in particolare 7 ss.

<sup>30</sup> Essa viene consentita nel Regno Unito e in altri Paesi europei come la Spagna, la Francia, la  
Danimarca e il Belgio. Anche in Germania, in Finlandia e in Groenlandia, dove pur non è consentita l'adozione di  
bambini da parte di coppie dello stesso sesso, viene riconosciuta a chi è in convivenza registrata con una  
persona di uguale sesso l'adozione dei figli naturali e adottivi del *partner*.

## 6. La c.d. stepchild adoption, tra Cass. n. 601/2013 e la *X and others v. Austria* del 13.2.2013

Non passa molto tempo che con le sentenze n. 601/2013 della nostra Corte di Cassazione e quella *X and others v. Austria* del 13 febbraio 2013<sup>31</sup> si ritorna proprio sulla *stepchild adoption*, con la enfaticizzazione della ritenuta (aprioristicamente) "nocività" del rapporto omosessuale nei confronti dell'equilibrato sviluppo dei bambini nonché foriera di confusione tra i ruoli genitoriali ed elusiva del normale schema eterosessuale da noi vigente. In particolare la detta sentenza ritiene da valutare come *primary consideration* del minore quello di crescere all'interno di un nucleo familiare di natura omosessuale<sup>32</sup>.

Detta sentenza "supera" il noto precedente costituito dalla decisione *Fretté v. Francia* del gennaio 2008 ove non venivano sciolti i nodi sulla lesività o meno di una siffatta situazione per il minore<sup>33</sup>. Ora, invece, la Corte (almeno a me pare) recependo gli orientamenti scientifici portati dalla di poco precedente sentenza *Atala Riffo and Daughters v. Chile* del febbraio 2012 della Corte nordamericana, ritiene non esistente una certezza medico-scientifica o un dato di esperienza comune che attesti la dannosità per i minori, non potendosi dare per scontato ciò che invece sarebbe necessario dimostrare da parte di chi sostiene la dannosità per il figlio all'interno di quel preciso contesto familiare.

A ben vedere, anche per la richiamata sentenza n. 601/2013 è da ritenersi imprescindibile la verifica scientifica posto che, oggi più che mai, "*le evidenze scientifiche costituiscono un limite alla libertà della politica legislativa, nel senso che l'atto normativo deve tenere conto dei dati scientifici e adottare regole che si appoggino su quei dati*"<sup>34</sup>.

Se è vero che manca ancora oggi una certezza scientifica di dannosità per il minore ad essere adottato dal convivente della coppia, è pure vero che non v'è n'è nemmeno una in senso positivo<sup>35</sup>. E indubbiamente, al diritto per la coppia di adottare deve sempre anteporsi il diritto del minore ad essere adottato<sup>36</sup>.

---

<sup>31</sup> Su di essa si vedano CAVINO M.-TRIPODINA C., *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, Milano 2012; DZEHTSIAROU K., *European consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, già cit., in particolare 55 ss.; MALFATTI E., *I livelli di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino 2013; PALLADINO R., *Adozione e coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, su [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), settembre 2013.

<sup>32</sup> Sul punto cfr. RUO M. G., "The best interest of the child" *nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Minori e Giustizia*, 3, 2011, 39 ss.

<sup>33</sup> In detta sentenza, sul punto, leggiamo: "...the scientific community – particularly experts on childhood, psychiatrists and psychologists – is divided over the possible consequences of a child being adopted by one or more homosexual parents, especially bearing in mind the limited number of scientific studies conducted on the subject to date. In addition, there are wide differences in national and international opinion, not to mention the fact that there are not enough children to adopt to satisfy demand". Su detta sentenza si veda LIBERALI B., *L'adozione dei single e delle coppie omosessuali*, su [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 2013, in partic., 15.

<sup>34</sup> MORRONE A., *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino 2014, in particolare 62 ss.

<sup>35</sup> E ciò, in un qual certo senso, sembrerebbe attenuare la non giustificabilità della previsione normativa restrittiva adottata in Russia nel giugno 2013 consistente nel reato di "*propaganda di relazioni sessuali non tradizionali davanti ai minori*".

<sup>36</sup> Sul "*diritto dei figli ad avere una famiglia*" si vedano le osservazioni di MORRONE A., *Ubi scientia ibi iura*, su [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2014.

## 7. La sent. n. 170/2014 della Corte cost. sul c.d. “divorzio imposto” evidenzia come in mancanza di una legge sulle unioni civili l'intervenuto mutamento di sesso da parte di uno dei coniugi privi di ogni tutela giuridica i soggetti coinvolti. Il caso *Hämäläinen v. Finland* del 16.7.2014

Il tentativo di sollecitare il legislatore non solo verso la disciplina normativa delle unioni civili ma anche a confrontarsi con l'intreccio problematico di queste ultime con il matrimonio omosessuale, si arresta parzialmente tramite la sent. n. 170/2014 sul c.d. “divorzio imposto”<sup>37</sup> ove a seguito del mutamento di sesso da parte di uno dei due coniugi<sup>38</sup> all'interno di un (originario) legittimo matrimonio (mutamento ottenuto con il consenso dell'altro), la nostra Corte cost. trae occasione per ribadire che in Italia, a Costituzione invariata, è da escludere l'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso<sup>39</sup>.

Detta pronuncia è di un certo interesse per il nostro percorso in quanto la rettificazione del sesso non viene ritenuta idonea a far “degradare” quel legittimo matrimonio a mera unione omosessuale, non essendo ad essa equiparabile “*poiché ciò equivarrebbe a cancellare, sul piano giuridico, un progresso vissuto, nel cui contesto quella coppia ha maturato reciproci diritti e doveri, anche di rilievo costituzionale, che, seppur non più declinabili all'interno del modello matrimoniale, non sono, per ciò solo, tutti necessariamente sacrificabili*”.

La Consulta, anche se solo come *obiter dictum*, rimarca come la precedente sent. *Schalk and Kopf v. Austria* non abbia compreso né la libertà dei singoli Stati-membri di legiferare autonomamente in materia (non esistendo nei confronti di questi ultimi un obbligo impositivo in tal senso), né che vi sia stata violazione dell'art. 3 Cost. sotto il profilo della ragionevolezza, atteso che la diversità della peculiare fattispecie di scioglimento a causa di mu-

---

<sup>37</sup> BIONDI F., *La sentenza additiva di principio sul c.d. "divorzio imposto": un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, su [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), giugno 2014; LORENZETTI A., *Diritti "in transito". La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano 2013, 105 ss.; PEZZINI B., *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, su [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), giugno 2014; ROMBOLI R., *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, su [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2014; RUGGERI A., *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, su [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2014; SAIITO F., *L'incostituzionalità del "divorzio imposto" tra rettificazione di sesso e tutela del "progresso vissuto" della coppia*, in *Giur. cost.*, 3, 2014, 2706 ss.; SALAZAR C., *Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento*, su [www.confronticostituzionali.it](http://www.confronticostituzionali.it), giugno 2014; VERONESI P., *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il "caso Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014*, su [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), luglio 2014.

<sup>38</sup> Di per sé consentito in Italia dalla L. 164/1982.

<sup>39</sup> Difatti, l'Ufficio dello Stato civile dopo aver annotato l'intervenuta modifica nell'apposito registro a seguito di sentenza giudiziale, provvedeva anche ad annotare la cessazione degli effetti civili di quel matrimonio in virtù dell'art. 4 della L. 164/1982, e ciò pur essendo gli stessi contraenti contrari alla detta cessazione. Più in generale, sulla vicenda cfr. i saggi riportati nella precedente nota di RUGGERI A. e VERONESI P. In particolare, ROMBOLI R. nel lavoro citato nella precedente nota specificamente parla di “*sentenze sorelle*”, parafrasando le ben note “*sentenze gemelle*” della Corte del 2007, a indicare come con siffatta sentenza la Corte si sia posta in stretta continuità con la precedente sent. n. 138/2010.

tamento del sesso di uno dei coniugi rispetto alle altre cause di scioglimento del matrimonio ne giustificava la differente disciplina<sup>40</sup>.

*Mutatis mutandis* potrebbe oggi sostenersi che con l'approvazione delle unioni civili nella ipotesi di mutamento di sesso all'interno di un matrimonio omosessuale i diritti e i doveri della coppia permarrebbero pur sciogliendosi l'originario matrimonio e ciò in quanto quest'ultimo "degraderebbe" a unione civile: in tal modo non si lascerebbero privi di ogni e qualsiasi tutela i soggetti coinvolti.

D'altronde, in senso sostanzialmente conforme a quanto si sta qui sostenendo si è espressa peraltro la Corte di Strasburgo con la sent. *Hämäläinen v. Finland*<sup>41</sup>.

La legge finlandese<sup>42</sup> in un caso del tutto analogo a quello trattato nella sentenza 170/2014, non permetteva il permanere di quel vincolo bensì consentiva alle parti di scegliere tra lo scioglimento dello stesso matrimonio e la sua conversione in unione civile, istituto già vigente in detto Stato. In tal modo il legislatore finlandese manteneva in equilibrio "l'interesse dello Stato a mantenere intatti i modelli matrimoniali previsti dalla legge" con il diritto delle parti "all'identità sessuale nel rispetto della vita privata e familiare"<sup>43</sup>.

La Corte in quel caso rigettò il ricorso – finendo su detto tema per valorizzare il margine di discrezionalità dello Stato-membro – ma ciò fece perché una sicura protezione del "pregresso vissuto" della detta coppia già esisteva in quello Stato. Infatti, in Finlandia l'unione civile registrata presentava sostanzialmente gli stessi diritti e doveri del tradizionale matrimonio.

Pertanto, anche con riferimento all'ipotesi di mutamento di sesso, può ribadirsi l'allaccio alla categoria aperta di cui all'art. 2 Cost.

## 8. Cass. n. 8097/2015, ovvero quando la tutela del fatto finisce per prevalere sul diritto

La *quaestio* sul "divorzio imposto" si è (apparentemente?) conclusa tramite la sent. n. 8097/2015 del giudice di legittimità<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> BRUNELLI G., *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sent. n. 170/2014 sul s.d. "divorzio imposto"*, su [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), giugno 2014 e VERONESI P., nel saggio *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto"*, già cit., 10, lamentano proprio l'analisi che la Corte svolge con riferimento all'art. 3 e peraltro limitatamente al criterio della ragionevolezza, eludendo di indagare quello del "diritto all'uguaglianza soggettiva". Assai critico pure D'ALOIA A., *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una incostituzionalità "per mancanze di alternative"*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2014, 672 ss.

<sup>41</sup> Sul caso finlandese si veda FERRARO L., *Corte costituzionale, Bundesverfassungsgericht e Corte EDU tra identità sessuale e orientamento sessuale*, su [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3, 2015. Si veda, altresì, BILOTTA F., *Transessualismo* (voce), in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino 2013, p. 767.

<sup>42</sup> L. n. 563/2002.

<sup>43</sup> D'ALOIA A., *Il "divorzio obbligato" del transessuale. Ancora un "incerto mestiere di vivere" davanti alla Corte costituzionale*, in [www.confrontocostituzionali.eu](http://www.confrontocostituzionali.eu), luglio 2013.

<sup>44</sup> Su di essa, almeno, si vedano BALDINI V., *Riflessioni a caldo sulla sentenza n. 8097/2015: il giudice della nomofiliachia smentisce la Corte costituzionale in tema di matrimonio tra omosessuali?* su [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it); CATALDO R., *La prospettiva de iure condito e de iure condendo della sentenza n. 8097/2015 della Corte di Cassazione sul matrimonio omosessuale sottoposto a condizione temporale risolutiva*, su [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 3, 2015; GATTUSO M., *La vittoria delle due Alessandre: le due donne restano sposate sino all'entrata in vigore di una legge sulle unioni civili*, su *GenIUS*, aprile 2015; PAPA A., *Il "mosaico della famiglia"*

Inaspettatamente la Corte, evidentemente spinta dal salvaguardare il contingente “fatto” della coppia (ossia non lasciarla sfornita di tutela giuridica nel caso di scioglimento imposto del matrimonio), ha interpretato arditamente la motivazione portata dalla sent. 170/2014, sostituendosi all'intervento richiesto dalla Consulta al legislatore e dichiarando illegittima l'annotazione di cessazione degli effetti civili del matrimonio apposta dall'Ufficiale dello Stato civile a margine dell'atto di matrimonio della coppia.

Chiara il sillogismo adoperato dal giudice di legittimità: se ciò che esige il giudice delle leggi è non lasciare priva di tutela la coppia ricorrente a causa dell'omesso intervento del legislatore allora, in una sorta di funzione anticipatoria, va sancito che la paventata indeterminazione cui ricadrebbe quel vincolo in caso di rigetto del ricorso è idonea a far sì che quell'unione venga salvata sottoponendola ad una “*condizione temporale risolutiva*”, ossia fino a quando il Parlamento non si deciderà a regolamentare un'altra forma di convivenza registrata atta a garantire la permanenza dei detti diritti e doveri.

Certo, vien da chiedersi se la protezione del “fatto” (che ovviamente “c'è”) possa portare all'elusione del richiamato “diritto” (che però “non c'è”, a causa della detta omissione legislativa). In altri termini, se il concreto obiettivo della Corte poteva considerarsi meritorio in un'ottica di bilanciamento dei delicatissimi interessi in gioco<sup>45</sup>, la soluzione prospettata dalla Corte non convince appieno posto che i ricorrenti, pur non essendo in possesso del presupposto della eterosessualità, potevano mantenere inalterati tutti i diritti e i doveri scaturenti dal vincolo nuziale al pari delle coppie “tradizionali”<sup>46</sup>, giungendo a risultati cui il giudice delle leggi non voleva pervenire.

Sembra che la Corte abbia voluto “indirizzare” il legislatore verso una già tracciata strada “*equiparabile, sul tema dei diritti e doveri di assistenza economico patrimoniale e morale reciproci, a quello derivante dal vincolo matrimoniale*”<sup>47</sup>, sperimentandosi così un metodo nuovo, ossia una sorta di funzione nomofilattica della Suprema Corte rivolta però non tanto ai giudici comuni bensì, “creativamente” al legislatore chiamato a confrontarsi con un nuovo tipo di matrimonio: quello “*ad tempus*”. Con, in aggiunta, il non improbabile pericolo di una “guerra fra Corti”, atteso che non può darsi per scontato che la Consulta accetti supinamente l'operato del giudice di legittimità.

---

*tra dettato costituzionale, giurisprudenza e realtà sociale*, su [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2, 2015; PANZERA C., *Il discutibile seguito giudiziario dell'additiva di principio sul "divorzio imposto"*, su [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), settembre 2015; PONZETTA L., *Nota a margine della sentenza n. 8097/2015 della I sezione civile della Corte di Cassazione: il seguito della sentenza additiva di principio n. 170/2014*, su [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), giugno 2015; RIVERA I., *Il c.d. divorzio imposto tra illegittimità costituzionale e seguito processuale (osservazioni a margine delle sentenze n. 170/2014 della Corte costituzionale e n. 8097/2015 della Corte di Cassazione)*, su [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2, 2015; RUGGERI A., *Il matrimonio "a tempo" del transessuale: una soluzione obbligata e...impossibile? (A prima lettura di Cass., I Sez. civ., n. 8097 del 2015)*, su [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 1, 2015.

<sup>45</sup> Specificamente sul bilanciamento tra valori, principi e interessi costituzionali, si rimanda all'intenso lavoro di MORRONE A., *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, già cit., in partic. 13 ss.

<sup>46</sup> Su siffatto aspetto cfr. BALDINI V., *Riflessioni a caldo sulla sentenza n. 8097/2015*, già cit. Sulla possibile protezione o meno da approntare (anche) all'art. 29 e la sua interpretazione si veda il composito lavoro di SPADARO A., *Matrimonio "fra gay": mero problema di ermeneutica - come tale risolvibile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa - o serve una legge di revisione costituzionale*, ne *La famiglia davanti ai suoi giudici*, (a cura di Giuffrè F.-Nicoira I.), Napoli 2014, in particolare 345 ss.

<sup>47</sup> Passo della stessa sent. n. 8097/2015 della Cass.

**9. Anche nel caso Oliari and others v. Italia la Corte di Strasburgo ribadisce il diritto dello Stato-membro a scegliere il “modo” con cui tutelare le coppie omosessuali ma non il “sé”. Con l’entrata in vigore del Protocollo 15 CEDU non verrà meno il controllo della Corte europea sulle violazioni dei diritti nei confronti (anche) delle coppie omosessuali**

Nel frattempo l’Italia, nel ben noto caso *Oliari and others v. Italia* del 21.7.2015<sup>48</sup> veniva condannata dalla Corte di Strasburgo ma non perché il nostro Paese non aveva nel frattempo messo mano ad una equiparazione tra il matrimonio omosessuale e quello eterosessuale, bensì perché ai ricorrenti non era stata garantita alcuna “*altra alternativa*” per far riconoscere giuridicamente la propria unione: esclusione che non poteva più considerarsi legittima, in virtù del dato sociale.

La stessa sentenza ricorda e assevera come la Corte abbia più volte ritenuto di non doversi spingere a sostituire l’opinione delle autorità nazionali con la propria, “*dato che esse si trovano in una posizione migliore per valutare e rispondere alle esigenze della società*”. Conseguendone il non obbligo, ex art. 12 CEDU, per il “*Governo convenuto di concedere accesso al matrimonio a una coppia omosessuale, quali i ricorrenti*” – in sintonia con quanto statuito già dalla stessa Corte nella vista sent. *Gas & Dubois v. Francia* – ma anche il dovere per lo stesso Governo di disciplinare forme di unioni civili in grado di garantire alle coppie omosessuali delle certezze giuridiche, non lasciandole alla mercé della discrezionalità giudiziaria.

Segnatamente, erano gli stessi ricorrenti a chiedere una qualche protezione con riferimento alla vicendevolesse assistenza morale e materiale tra i *partner*; circa la reciproca doverosa responsabilità di contribuzione verso i bisogni di quella convivenza di fatto; circa i diritti ereditari e/o la riserva di legittima; circa il diritto di continuare a vivere nell’abitazione di proprietà del *partner* defunto<sup>49</sup>; circa il diritto alla pensione di reversibilità<sup>50</sup>; circa il diritto al mantenimento in caso di separazione; circa il diritto di richiedere permessi di lavoro per assistere il *partner*; circa il diritto a godere di benefici fiscali. Insomma, tutte richieste ben tutelabili tramite una legge ordinaria sulle unioni civili non essendo necessario andare a incidere sull’art. 29 Cost.

Se il margine di apprezzamento dello Stato-membro era più ampio nell’ipotesi di una possibile equiparazione tra il matrimonio eterosessuale e quello omosessuale, diveniva assai meno ampia quando si constatava la mancanza di ogni forma di tutela per le coppie omosessuali conviventi. In altri termini, nessun dubbio che spettasse al nostro ordinamento inter-

---

<sup>48</sup> Su di esso si vedano ALICINO F., *Le coppie dello stesso sesso. L’arte dello Stato e lo stato della giurisprudenza*, su [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), agosto 2015; NARDOCCI C., *Dai moniti del giudice costituzionale alla condanna della Corte europea dei diritti dell’uomo. Brevi note a commento della sentenza Oliari e altri c. Italia*, su [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), settembre 2015; PARISI M., *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*, su [www.statoeuropeo.it](http://www.statoeuropeo.it), febbraio 2016; ZAGO G., *A victory for Italian same-sex couples, a victory for European homosexuals? A commentary on Oliari v Italy*, su [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), agosto 2015.

<sup>49</sup> Sul punto, cfr. quanto già statuito in *Corte cost., sent. n. 310/1989*.

<sup>50</sup> Si veda *Corte cost., sent. n. 461/2000*.

no operare un ragionevole bilanciamento tra gli interessi pubblici e quelli privati, essendo parimenti indubbio che il detto bilanciamento perdeva la sua ragionevolezza quando privava di tutela giuridica le convivenze tra omosessuali.

Né, sul punto, la (prossima?) entrata in vigore del *Protocollo 15 CEDU*, a mio giudizio, muterà alcunché posto che pur venendo rafforzati sia il principio di sussidiarietà sia il margine di apprezzamento degli Stati-membri, non si potrà trarre *“una restrizione del controllo effettuato dalla Corte europea, che è pienamente titolata ad interpretare la Convenzione (art. 32 CEDU) con una giurisprudenza che si impone alle autorità nazionali. Nel sistema gli Stati sono certo in prima fila nell’applicazione della Convenzione, ma nel senso che sono obbligati a non violarla e a riparare le violazioni che si siano verificate, non nel senso che la Corte europea si debba mettere al traino di ciò che le autorità interne producono ed elaborano circa gli obblighi convenzionali”*<sup>51</sup>.

Se da un lato, dopo la sentenza *Schalk and Kopf v. Austria* non residuava più alcun dubbio sul riconoscimento delle coppie omosessuali alla propria *“vita familiare”* al pari delle coppie eterosessuali, dall’altro lato appariva sempre più chiaro che esso doveva essere rimesso al legislatore e non ai tribunali locali, posto che questi ultimi decidono *“caso per caso”* e non poche volte in modo difforme tra loro<sup>52</sup>.

Né adeguata tutela giuridica offrivano (e offrono) i *“contratti di convivenza”*, previsti nel nostro ordinamento dal dicembre 2013. Questi ultimi, infatti, sono e restano delle mere scritture private<sup>53</sup>, la cui forma non è specificamente prevista dalla legge e per la cui configurabilità, inoltre, viene richiesta la convivenza stabile tra le parti che in un mondo globalizzato qual è il nostro – ora per motivi professionali, ora per motivi di altro tipo – sempre più spesso viene a mancare fisicamente ma non affettivamente.

## **10. In via conclusiva, le unioni omosessuali vanno regolamentate valorizzandosi il collegamento con l’art. 2 Cost., nonché applicando loro la nozione di “vita familiare” di cui all’art. 8 CEDU**

Con il DDL sulle unioni civili si tenta, dunque, di “superare” l’idea dell’unione eterosessuale quale schema indiscusso di convivenza, non più unico modello capace di generare diritti e doveri fra le parti. Si vuole introdurre nel nostro sistema un nuovo modello di convivenza, un nuovo istituto giuridico che, piaccia o meno, incide sulla nostra coscienza sociale e

---

<sup>51</sup> ZAGREBELSKY V., *La Conferenza di Interlaken per assicurare l’avvenire della Corte europea dei diritti umani. La crisi è più seria dei rimedi che i governi ipotizzano*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2, 2010, p. 312.

<sup>52</sup> Sul punto cfr. il n. 170 della *sent. Oliari and others*.

<sup>53</sup> *“Contratti di convivenza”* che mirano essenzialmente alla cura degli aspetti economici della convivenza, della cessazione della convivenza e dell’assistenza in caso di infermità o incapacità delle parti. Essi, però, sono ritenuti inadeguati verso le coppie omosessuali *“fail to provide for some basic needs which are fundamental to the regulation of a relationship between a couple in a stable and committed relationship, such as inter alia, mutual rights and obligation they have towards each other, including moral and material support, maintenance obligations and inheritance rights”*.

sulla cultura nazionale, essendo essa stessa questione politica e sociale riguardante i diritti umani.

Se sotto il profilo costituzionalistico anche la sola ipotesi di un riconoscimento esplicito dei diritti degli omosessuali non fu affrontato in sede di Assemblea Costituente, è parimenti vero che la nostra Carta non è statica, immutabile, bensì dinamica dovendosi adattare alla società<sup>54</sup> e oggi (fatto del tutto nuovo rispetto all'epoca dei lavori preparatori) alla normazione e alla giurisprudenza sovranazionale.

Il più volte richiamato DDL Cirinnà non intende "confrontarsi" (*rectius*: scontrarsi) con l'art. 29 Cost. ma sembra far proprio l'insegnamento portato dalla sent. della Corte cost. n. 138/2010 valorizzando il collegamento con il catalogo aperto di cui all'art. 2 Cost.<sup>55</sup>, idoneo (quest'ultimo) a far acquisire un grado di protezione e tutela alle coppie omosessuali equiparabile per molti aspetti a quello matrimoniale. Trattasi insomma di un virtuoso processo di omogeneizzazione, capace di dare la stura a nuove istanze democratiche.

Art. 2 Cost. che viene alimentato dall'obbligo impresso dalla Corte di Strasburgo di rendere la nostra legislazione interna coerente con il rispetto della nozione di "*vita familiare*", ai sensi dell'art. 8 CEDU. Quest'ultimo, se da un lato tutela le coppie omosessuali dall'ingerenza arbitraria delle autorità pubbliche, dall'altro lato pone in capo allo Stato degli obblighi positivi tesi a garantire l'effettivo rispetto dei diritti di detti soggetti, ricomprendendosi l'adozione di misure destinate a garantire il rispetto della loro vita privata anche nella sfera dei rapporti interpersonali. Nel contesto di cui all'art. 8 CEDU, dove la nozione di autonomia personale riflette un importante principio sotteso all'interpretazione delle garanzie di tale disposizione, la sfera personale di ciascun individuo è protetta, compreso il diritto per ciascuno di decidere in merito alla propria identità di essere umano.

Il DDL Cirinnà, se approvato definitivamente dalla Camera dei Deputati ritengo che andrà ad incidere positivamente sulla discrasia oggi esistente tra realtà sociale, legislazione interna e prassi giudiziaria, ridonandosi nuova coerenza al nostro sistema. Coerenza che, come abbiamo visto, è valore irrinunciabile nella valutazione effettuata ai sensi dell'art. 8

---

<sup>54</sup> PINELLI C., nel saggio *Nota del Consiglio Episcopale Permanente e le norme costituzionali in tema di famiglia e formazioni sociali*, su [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), maggio 2007, parla di una sorta di pietrificazione del diritto che va evitata e che lederebbe, *in casu*, "i diritti inviolabili dei conviventi di fatto" con il rischio di creare "un circuito informale di rapporti sociali che farebbe cadere in desuetudine un intero capitolo del nostro diritto costituzionale". Anche PUGIOTTO A., nel suo saggio *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010*, già cit., ritiene che la teoria originalista svaluti la "formulazione neutra della disposizione costituzionale, che parla di coniugi (e non di marito e moglie), aprendosi così a letture non incompatibili con la dimensione della coppia di persone dello stesso sesso". Più in generale, con riferimento alla "intenzione del Costituente" anche in una chiave comparatistica, cfr. POGGI A., "L'intenzione del costituente" nella teoria dell'interpretazione costituzionale. Spunti per una sua definizione alla luce della dottrina americana dell'"original intent of the framers", su *Diritto Pubblico*, 1, 1997, 161 ss. nonché, ancor più specificamente sulle discussioni generatesi tra i Padri costituenti in merito all'art. 29 Cost., VERONESI P., *Costituzione, "strane famiglie" e "nuovi matrimoni"*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2008, 579 ss. ove l'A. propende per una lettura evolutiva.

<sup>55</sup> Sull'art. 2 Cost., da ultimo, si veda il lavoro di MORRONE A., *Diritti, principi e fonti del diritto. Saggi scelti*, Bologna 2015, 13 ss. Più in generale, sul punto, si veda VARI F., *Contributo allo studio della famiglia nella Costituzione italiana*, I, Bari 2004. Con riferimento alla indissolubile relazione esistente tra l'art. 2 Cost. e la dignità della persona cfr. SILVESTRI G., *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, su [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2007.

CEDU<sup>56</sup> ma non sempre tenuto nell'adeguata considerazione dinanzi alle questioni sottoposte ai vari tribunali locali<sup>57</sup>.

Questi ultimi, infatti, in assenza di specifica legge, sono costretti a decidere "caso per caso" generandosi così non pochi contrasti, come è avvenuto di recente in occasione della trascrizione nel registro dello Stato civile, da parte dell'allora sindaco di Roma<sup>58</sup> di alcuni matrimoni omosessuali celebrati all'estero. E proprio un paio di mesi addietro il Consiglio di Stato ha sancito – sul solco della sentenza n. 4184 del 2012 della Cassazione – la non trascrivibilità di siffatti matrimoni, respingendo i vari ricorsi avanzati contro l'annullamento prefettizio<sup>59</sup>, provocando le reazioni delle associazioni omosessuali che hanno già presentato ricorso alla Corte di Strasburgo.

Anche sotto tale profilo, quindi, emerge la improcrastinabilità della legge sulle unioni civili, atteso che il decidere a seconda della sensibilità del singolo giudice, se da un lato lascia gli interessati in una situazione di incertezza giuridica, dall'altro lato rende ondivaga (e, dunque, incoerente) la prassi giudiziaria seguita finendo per indebolire potenzialmente le responsabilità della magistratura medesima.

---

<sup>56</sup> Ciò viene ribadito nella più volte richiamata sentenza *Oliari and others c. Italia*, n. 172.

<sup>57</sup> Ad es., sino ad oggi i vari governi che si sono nel tempo succeduti hanno labialmente affermato dinanzi alla Corte EDU di voler tutelare le coppie omosessuali ma, nei fatti, si sono puntualmente opposti alle pretese avanzate da queste ultime come avvenuto, ad es., in occasione della costituzione dell'avvocatura dello Stato presso la Corte di Appello avverso la decisione del Tribunale di Grosseto dell'aprile 2014 che aveva ordinato la trascrizione nei registri dello stato civile del matrimonio celebrato all'estero tra persone dello stesso sesso. Sentenza di appello (del settembre 2014) che ha poi ribaltato la decisione di I grado, annullando la detta trascrizione.

<sup>58</sup> In ciò trovando la netta opposizione sia del Prefetto (che provvedeva con atto d'imperio ad annullarli) sia del Ministro dell'Interno. Invero, non esistendo in Italia una legge in materia, siffatto matrimonio era da considerare "inesistente" e dunque non trascrivibile sebbene, come è stato osservato, non sia "l'oggetto del riconoscimento una situazione giuridica, ma l'atto di celebrazione del matrimonio", TOMASI L., *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Padova 2007, 255.

<sup>59</sup> A ben vedere, precedentemente il TAR Lazio aveva, invece, ritenuto illegittimo l'atto di annullamento prefettizio in quanto "la relativa potestà era riservata in via esclusiva al giudice ordinario". Il Consiglio di Stato ribalta la decisione sottolineando il "potere di annullamento gerarchico d'ufficio da parte del prefetto degli atti illegittimi adottati dal sindaco, nella qualità di ufficiale di governo, senza il quale, peraltro, il loro scopo evidente, agevolmente identificabile nell'attribuzione al prefetto di tutti i poteri idonei ad assicurare la corretta gestione della funzione in questione, resterebbe vanificato". Infatti, argomentano i giudici, "se si negasse al prefetto la potestà in questione, la sua posizione di sovra ordinazione rispetto al sindaco (allorché agisce come ufficiale di governo), in quanto chiaramente funzionale a garantire l'osservanza delle direttive impartite dal ministro dell'interno ai sindaci e, in definitiva, ad impedire disfunzioni o irregolarità nell'amministrazione dei registri di stato civile, rimarrebbe inammissibilmente sprovvista di contenuti adeguati al raggiungimento di quel fine".