

**CONSIDERAZIONI A MARGINE DELLA SENTENZA 4184/2012 DELLA CORTE DI CASSAZIONE: LA CASSAZIONE PRENDE ATTO DI UN *TREND* EUROPEO CONSOLIDATO NEL CONTESTO DELLE COPPIE *SAME-SEX* ANCHE ALLA LUCE DELLA SENTENZA N.138/2010 DELLA CORTE COSTITUZIONALE**

**Sommario:** 1. - Premessa; 2. – L'evoluzione in sede CEDU; 3. - Il primo intervento di "omogeneizzazione": gli indirizzi della CGUE in *Maruko* e *Römer*; 4. - L'intervento della Cassazione a seguito della sentenza n.138/2010 e degli indirizzi europei; 5. - Conclusioni

**1. Premessa**

La sentenza n.4184/2012<sup>1</sup> della Corte di Cassazione segue non solo temporalmente ma anche concettualmente le linee interpretative della giurisprudenza costituzionale, comunitaria e CEDU in materia di coppie *same-sex*<sup>2</sup>. Con quest'ultima massima giurisprudenziale<sup>3</sup>, si sancisce in maniera definitiva il superamento del "dualismo complementare" tra famiglia (matrimoniale) ed eterosessualità in favore di un diritto alla vita familiare che viene riconosciuto come fondamentale ed universale<sup>4</sup> – prescindendo sia dal coniugio che dal sesso dei conviventi – accettando la differenziazione elaborata nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea all'art.9 tra diritto a contrarre matrimonio e diritto a formare una famiglia.

Come già formulato in *Maruko*<sup>5</sup> e *Römer*<sup>6</sup> dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE), il concetto di 'omogeneità' diviene parametro di riferimento e garanzia, ovvero le coppie omosessuali potendo essere assimilabili sul piano concreto alle coppie eterosessuali in diverse circostanze – avendo ambedue i connotati tipici dell'unione familiare fondata su un rapporto emotivo stabile e duraturo – debbono godere delle tutele previste dall'ordinamento.

<sup>1</sup> Cassazione Civile, Sez. I, n.4184, 15 marzo 2012.

<sup>2</sup> È utile sottolineare come in dottrina alcuni preferiscano adottare il termine '*same-gender*' in sostituzione a '*same-sex*' in ragione del fatto che il parametro sessuale sarebbe oramai superato ed il riferimento al genere sembra più idoneo all'elaborazione di norme antidiscriminatorie. Invero, laddove il sesso biologico è modificabile attraverso pratiche mediche che di fatto ristabiliscono un equilibrio tra il sesso del soggetto e la sua percezione psicologica di genere, il genere rappresenta una percezione soggettiva preesistente (la rettifica del sesso avviene in ragione della propria percezione di genere, mentre non si può dire che si cambia genere in ragione del proprio apparato riproduttivo). Si veda sul punto, A. SCHUSTER, *Gender and beyond, disaggregating legal categories*, in A. SCHUSTER (a cura di) *Equality and Justice, Sexual Orientation and Gender Identity in the XXI century*, Udine, 2011, (pp.21-40).

<sup>3</sup> Non si può dimenticare come già il 13 febbraio 2012 il Tribunale di Reggio Emilia presieduto dal giudice Tanasi, avesse riconosciuto al compagno extracomunitario di un cittadino italiano sposatosi in Spagna la titolarità del diritto al permesso di soggiorno, proprio alla luce della sentenza 138/2010 Corte Costituzionale e della normativa europea in materia di libertà di movimento, così come recepita dal d.lgs. n.30 del 2007 come modificato dalla l. n.129 del 2011.

<sup>4</sup> Tale postulato si frappone in maniera netta rispetto alle critiche mosse da una parte (minoritaria) della dottrina pubblicistica e degli ambienti religiosi che vedono nel riconoscimento delle famiglie composte da due soggetti dello stesso sesso un disvalore giuridico. Un accenno a quest'impostazione teorica è rinvenibile in S. SPINELLI, *Il matrimonio non è un'opinione*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2010.

<sup>5</sup> *Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, caso C-267/06, 1 Aprile 2008.

<sup>6</sup> *Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg*, caso C-147/08, 10 Maggio 2011.

Prima di esaminare nello specifico le motivazioni addotte dalla Cassazione nell'elaborazione della sentenza di rigetto n.4184 – dove è bene ricordare, si precisa come l'ordinamento italiano non permetta la trascrizione dell'atto di matrimonio per le coppie dello stesso sesso sposatesi all'estero – è necessario ricostruire il cammino giurisprudenziale degli ultimi anni in materia di diritto a formare una famiglia ed il conseguenziale diritto ad un riconoscimento giuridico della coppia (*more uxorio*) a prescindere dal sesso dei conviventi.

Il nostro sistema giuridico è infatti privo di una qualsivoglia tutela giuridica (in senso stretto, ancorché la giurisprudenza vi stia rimediando<sup>7</sup>) inerente le coppie dello stesso sesso, ed i numerosi tentativi sin ora portati avanti in sede parlamentare hanno visto le contrapposizioni politiche prevalere sulla necessità di aggiornare la legislazione vigente in materia di convivenze – non solo, ma anche – dello stesso sesso<sup>8</sup>.

La questione “*same-sex partners*” non può essere decontestualizzata utilizzando come parametro la sola legislazione nazionale ed i principi contenuti nella prima parte della Costituzione, ma deve tenere conto delle recenti evoluzioni giurisprudenziali che si sono susseguite negli ultimi anni anche al di fuori dei confini nazionali.

Il nostro Paese, ed il sistema UE nella sua interezza sono da anni destinatari di una richiesta di riconoscimento formale sempre più intensa da parte di coloro i quali ritengono di avere pieno titolo ad essere riconosciuti come unità familiari indipendentemente dal sesso della coppia.

I cd. “*claims for recognition*” trovano giustificazione nel paradigma dell'uguaglianza e della dignità umana, dove il diritto comunitario sembra avere prodotto ottimi risultati in senso antidiscriminatorio, ampliando al massimo il concetto di universalità dei diritti fondamentali (art.21, principio di non-discriminazione Carta dei diritti fondamentali dell'UE).

Non vi è dubbio infatti, che il dibattito su questa particolare fattispecie giuridica si stia costantemente aggiornando e sviluppando a più livelli di giurisdizione. Non solo le corti costituzionali nazionali sono state investite dalla questione<sup>9</sup>, ma sempre più anche la CGUE e la Corte Europea dei Diritti Umani hanno saputo fornire delle risposte rispetto alle questioni sollevate in materia di coppie dello stesso sesso. Per questa ragione è utile inquadrare, seppur brevemente, la portata delle motivazioni inserite nella sentenza di cassazione n.4184 nel novero più ampio della dialettica giurisprudenziale europea.

Una dialettica che ha saputo cogliere il mutamento sociale degli ultimi decenni adottando una visione inclusiva anziché esclusiva delle diverse posizioni giuridiche soggettive, sapientemente misurata al fine né di stravolgere la legislazione vigente, né invadere la sfera di competenza legislativa propria del legislatore. Una scelta quest'ultima che non si può definire compromissoria in quanto essa concede senza ledere, riconosce senza imporre, delimita senza confinare<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Mi riferisco proprio alla sentenza oggetto della presente analisi e della precedente giurisprudenza ordinaria (caso di Reggio Emilia) e costituzionale (sentenza n.138/2010).

<sup>8</sup> Fin dal 2002, con la proposta dell'onorevole Grillini di istituire una ‘*Disciplina del patto di solidarietà e delle unioni di fatto*’, in Italia si discute sul come normare situazioni giuridiche che di fatto esistono nell'ordinamento ma che non trovano alcuna forma di riconoscimento/tutela formale. Nessuna delle iniziative legislative (per il centrosinistra i *DI.CO.* nel 2007, ed il *CUS* nel 2008; per il centrodestra i *Di.Do.Re* nel 2008), è mai arrivato all'esame dell'aula. Sul punto, A DONÀ, *From Pacts to Didore: Why Are Civil Partnership Such a Divisive Issue in Italian Politics?*, in *Bulletin of Italian Politics*, vol. , n.2, 2009, pp.333-346; M. SESTA, *Una disciplina per le convivenze*, in *Il Mulino*, n.3, 2007, pp.342-351; N. PIGNATELLI, *Obiettivo 1. Famiglie, convivenze di fatto, Costituzione. I DICO tra resistenze culturali e bisogni costituzionali*, in *Questione Giustizia*, n.2, 2007, pp.36-40.

<sup>9</sup> A livello statale, nel solo biennio 2009-2011 sono intervenute sulla questione: il *Tribunal Constitucional* Lusitano (sentt. n.359/2009 e n.121/2010), la Corte Costituzionale Ungherese *Alkotmánybíróság* (sent. 32/2010 III.25 AB), Il *Conseil Constitutionnel* (sent. n.92/2010), e La Corte Costituzionale Italiana (sent. n.138/2010). Fatta eccezione per il *Conseil Constitutionnel*, gli altri giudici costituzionali sopracitati, al fine di giungere ad un'elaborazione esaustiva dello ragionamento, hanno tutti argomentato le loro decisioni facendo riferimento al contesto europeo (sia nazionale che sovranazionale) ed internazionale (CEDU).

<sup>10</sup> Un *modus operandi* che risponde a quello che Habermas sostiene essere il dilemma cui i giudici devono rispondere, ovvero la necessità di preservare al contempo la certezza del diritto, la sua legittimità, e la legittimità del procedimento decisionale da parte dell'organo giudicante. J. HABERMAS, *Between Facts and Norms, Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy*, MIT Press, p.199 ss. In questo contesto, molto interessante anche il contributo di Schwarzschild quando sostiene che ‘...*When courts reach out to constitutionalize a public question, the result, in principle, will be a single answer, not the plurality of answers that might coexist if*

## 2. L'evoluzione in sede CEDU

Nella sentenza oggetto di questa analisi, la Corte di Cassazione fa ampiamente riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU al fine di inquadrare le motivazioni di un giudicato, seppur censorio rispetto al diritto alla trascrizione dell'atto matrimoniale estero, che sancisce in modo chiaro e netto che il termine famiglia nell'ordinamento giuridico italiano si applica anche alle coppie *same-sex*.

In sede di Consiglio d'Europa (CdE) la sensibilità in materia di discriminazioni in base all'orientamento sessuale cominciò ad emergere già nel 1981. In quell'anno con la Risoluzione 756<sup>11</sup> il CdE invitò l'Organizzazione Mondiale della Sanità a rimuovere l'omosessualità dalla lista delle malattie riconosciute. Nello stesso anno, il CdE approvò anche la Raccomandazione 924<sup>12</sup> in cui si richiedeva agli Stati di abolire tutte le norme penali aventi ad oggetto l'attività sessuale di tipo omosessuale (cd. *sodomy laws*) e di armonizzare la legislazione inerente l'età del consenso (per poter svolgere attività sessuale) tra eterosessuali ed omosessuali.

Dopo questa prima fase di mera 'tolleranza' delle coppie omosessuali, con la Raccomandazione 1474<sup>13</sup> del 2000 il Consiglio d'Europa ha inaugurato una seconda fase di carattere maggiormente "proattivo" volta a promuoverne i diritti dei soggetti in questione. Con tale strumento giuridico infatti, l'Assemblea Parlamentare del CdE ha invitato gli stati membri ad aggiungere l'orientamento sessuale tra i '*grounds*' di discriminazione proibiti dalla CEDU così come richiesto nell'Opinione dell'Assemblea Parlamentare n.216<sup>14</sup> che, raccomanda agli Stati facenti parte della CdE di introdurre nelle rispettive legislazioni nazionali l'orientamento sessuale come fattore discriminatorio<sup>15</sup> e di adottare, contestualmente, una legislazione in materia di unioni civili<sup>16</sup>.

Più recentemente, nel 2007, l'Assemblea Parlamentare è tornata a richiamare gli stati parte del CdE con la Raccomandazione n.1547<sup>17</sup> sottolineando come fosse oramai divenuto necessario introdurre una legislazione sulle *same-sex unions* al fine di garantire il rispetto dei diritti fondamentali dei *same-sex partners*<sup>18</sup>.

Anche l'istituzione giurisdizionale del Consiglio d'Europa, la Corte di Strasburgo, è stata più volte sollecitata ad intervenire – fin dal caso *Rees*<sup>19</sup> – in senso riparatorio rispetto alle istanze di coppie dello stesso sesso incapaci di contrarre matrimonio (art.12 CEDU) o di essere ricondotte nell'alveo delle garanzie attribuibili alle unioni familiari extraconiugali (art.8 CEDU) all'interno degli stati facenti parte della CEDU. Tali richieste hanno trovato sino al 2003 un giudice riluttante e "chiuso" rispetto alle pretese dei remittenti.

Basti pensare alla sentenza *Estevez*<sup>20</sup> nella quale la Corte EDU ribadiva '[...] *The Court considers that, despite the growing number tendency in a number of European States towards the legal and judicial recognition of stable de facto partnerships between homosexuals, this is, given the existence of little common ground between the Contracting States, an area in which they still enjoy a wide margin of*

---

*the question were left to the "political" branches, state and federal. This suggests that pluralism will usually weigh in favor of judicial restraint, although even from a pluralist point of view circumstances will sometimes justify more active review. Such circumstances, logically, are those in which there would be even less pluralism without a judicially imposed constitutional norm than there would be with one'. M. SCHWARZSCHILD, Pluralism, Conversation, and Judicial Restraint, in Northwestern University Law Review, vol. 95, n.3, 2001, pp.961-962.*

<sup>11</sup> Resolution n.756 (1981), testo del 1 Ottobre 1981 (10th Sitting) versione integrale disponibile: <http://assembly.coe.int>.

<sup>12</sup> Recommendation n.924 (1981), testo del 1 Ottobre 1981, (10th Sitting), versione integrale disponibile: <http://assembly.coe.int>

<sup>13</sup> Recommendation 1474, testo del 26 Settembre 2000 (27th Sitting), versione integrale disponibile: <http://assembly.coe.int>.

<sup>14</sup> Parliamentary Assembly, Opinion n.216 (2000), adottata il 26 Gennaio 2000 (5th Sitting), versione integrale disponibile: <http://assembly.coe.int>.

<sup>15</sup> Rec. 1474 (2000), para. 11 (iii) (a).

<sup>16</sup> Rec. 1474 (2000), para. 11 (iii) (i)

<sup>17</sup> Recommendation, testo del 18 Aprile 2007 (15th Sitting), versione integrale disponibile: <http://assembly.coe.int>.

<sup>18</sup> Res 1547 (2007), para 34 (14).

<sup>19</sup> *Rees v. Regno Unito*, Applicaton n.9532/81, 7 Ottobre 1986.

<sup>20</sup> *Estevez v. Spain*, Application n. 56501/00, 10 maggio 2001.

*appreciation*<sup>21</sup>. Tale assunto era peraltro corroborato non solo da una evidente differenziazione all'interno degli stati europei in relazione all'accettazione sociale e giuridica delle coppie dello stesso sesso ma anche dalla "prudenza esplicativa" contenuta nel commentario all'art.9 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE non ancora vincolante<sup>22</sup>.

L'attitudine del giudice di Strasburgo è cominciata a mutare notevolmente a partire dal caso *Karner*<sup>23</sup>, dove per la prima volta i giudici riconoscevano – pur non entrando direttamente nella controversia inerente il significato del concetto "famiglia" – che le differenziazioni tra *'life-companions'* debbono essere proporzionate allo scopo perseguito nel momento in cui esse vengono giustificate dall'ordinamento alla luce di un altro interesse statale<sup>24</sup>.

Nello specifico la Corte EDU chiariva come la discriminazione sofferta dagli omosessuali dovesse essere considerata a pieno a titolo come una forma di discriminazione non ammessa dalla Convenzione e dunque censurabile ogni qualvolta uno Stato parte avesse agito in senso discriminatorio senza una plausibile esimente.

Corollario a questa apertura del giudice della CEDU è il caso *Schalk and Kopf*<sup>25</sup> dove per la prima volta la Corte afferma che *'[...] the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. However, as matters stand, the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State'*<sup>26</sup> [and] *In view of this evolution the Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple cannot enjoy 'family life' for the purposes of Article 8*<sup>27</sup>.

In questa sentenza, la Corte EDU motiva e supporta il suo ragionamento attraverso una ricognizione comparatistica dello *status quo* delle legislazioni negli Stati parte della Convenzione, e menzionando esplicitamente anche la Carta dei diritti fondamentali della UE, ovvero l'art.9. La Corte giunge così alla conclusione che anche le coppie *same-sex* possano essere ricomprese all'interno della sfera di protezione offerta dalla CEDU.

Tuttavia, in questo caso, il giudice di Strasburgo non si spinge sino a definire apertamente il mancato riconoscimento di queste famiglie nei termini di una violazione dei diritti fondamentali, ma opta per un più cauto monito implicito agli Stati sulla sua nuova prospettiva rispetto a questa tematica.

Quello che il giudice europeo dei diritti umani ha compiuto in questa storica sentenza è un concreto balzo in avanti, un vero e proprio *overruling*, rispetto ad una questione che lo aveva sempre visto notevolmente restio ad intervenire in senso favorevole ai *"claimants"*. Così facendo, la Corte EDU fornisce, per così dire, "il supporto logistico e teorico", per successivi sviluppi legislativi e giurisprudenziali a livello nazionale, sgombrando ogni dubbio rispetto alla legittima pretesa di riconoscimento dei conviventi omosessuali.

<sup>21</sup> *Ivi*, Part B.

<sup>22</sup> Si vedano, *'Spiegazioni relative alla Carta dei Diritti Fondamentali'*, Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, 2007/C 303/02. In particolare, con riferimento all'art.9 le spiegazioni recitano: *'Questo articolo si basa sull'articolo 12 della CEDU, che recita: «A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto.» La formulazione di questo diritto è stata aggiornata al fine di disciplinare i casi in cui le legislazioni nazionali riconoscono modi diversi dal matrimonio per costituire una famiglia. L'articolo non vieta né impone la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso. Questo diritto è pertanto simile a quello previsto dalla CEDU, ma la sua portata può essere più estesa qualora la legislazione nazionale lo preveda.'*

<sup>23</sup> *Karner v. Austria*, Application n. 40016/98, del 24 luglio 2003.

<sup>24</sup> *Ivi*, para.41

<sup>25</sup> *Schalk and Kopf v. Austria*, Application n. 30141/04, 24 Giugno 2010. Per un'analisi critica del caso, si rimanda a G. REPETTO, *Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione "virtuosa" di un diritto*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2010; C.M. CERNA, *Schalk & Kopf v. Austria (Eur. Ct. H.R.)*, *Introductory Note*, in *International Legal Materials*, vol. 49, n. 5, 2010, p.1303.

<sup>26</sup> *Schalk and Kopf v. Austria*, para.61

<sup>27</sup> *Ivi*, para. 94.

Rispetto a questa posizione, alcuni hanno sottolineato l'ambiguità di tale orientamento<sup>28</sup>, dal momento che se da un lato la Corte apre in maniera considerevole l'interpretazione degli artt.8 e 12 della CEDU, dall'altro, però, non obbliga lo Stato contraente ad intervenire in materia. In altre parole, lascia piena libertà al legislatore nazionale di scegliere di intervenire sia nell'*an* sia nel *quomodo*.

Tuttavia, tale critica non convince chi scrive. Vale la pena infatti di ricordare che la CEDU ha una portata applicativa ben al di là dei confini della UE (si pensi alla Russia) ed un interventismo più accentuato della Corte EDU potrebbe compromettere la legittimazione stessa di questo organo di garanzia<sup>29</sup>. Ne consegue che il giudice di Strasburgo può ben operare quale intercettore dei mutamenti sociali e promuoverne la loro stabilizzazione, senza tuttavia 'irrompere/dirompere' con una presa di posizione netta<sup>30</sup>.

### 3. Il primo intervento di "omogeneizzazione": gli indirizzi della CGUE in *Maruko* e *Römer*

Nonostante la Prima Sezione Civile di Cassazione non faccia menzione delle sentenze *Maruko* e *Römer* nell'elaborazione della sentenza n.4184, sembra in realtà risentire profondamente dell'impostazione assunta dalla CGUE in tema di trattamenti differenziati tra coppie eterosessuali ed omosessuali. Infatti, se è pur vero che le sentenze del 2008 e del 2011 della CGUE attengono una legislazione *ad hoc* per le coppie omosessuali di uno Stato Membro (Germania), nel caso italiano, in mancanza di tale legislazione specifica, la Cassazione fa comunque discendere – così come la CGUE – dai "fatti"<sup>31</sup> il regime di tutela che l'ordinamento giuridico italiano deve assicurare a tutte le coppie.

Per questa ragione, è utile ripercorrere il sentiero inerente all'affermazione del principio di non-discriminazione nell'UE relativamente al parametro dell'orientamento sessuale. In tal modo è possibile comprendere il tessuto culturale in riferimento al quale i giudici nazionali, la CGUE, e la Corte EDU stanno elaborando i loro orientamenti giurisprudenziali in materia di coppie *same-sex*.

Il contesto UE si è sempre caratterizzato per una spiccata sensibilità in tema di discriminazioni sia dirette che indirette<sup>32</sup> e le diverse Istituzioni Europee hanno svolto un ruolo guida per la definizione di uno spazio comune europeo di libertà epurato da pratiche di natura discriminatoria.

In origine, l'orientamento sessuale non entrò da subito a pieno titolo tra i *grounds* proibiti di discriminazione ma si dovette attendere il 1991 per il primo atto formale della Commissione Europea in

<sup>28</sup> L. HODSON, *A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria*, in *Human Rights Law Review*, vol. 11, n.1, 2011, p. 176.

<sup>29</sup> Non si può dimenticare che la Corte EDU ha acquisito legittimità negli anni proprio grazie al suo pragmatismo ed alla luce di un utilizzo ponderato della cd. '*margin of appreciation doctrine*', attraverso la quale ha permesso una più o meno ampia discrezionalità agli stati parte della Convenzione senza rinunciare al suo ruolo di supervisore rispetto alla reale tutela dei diritti fondamentali. Sul punto, B. LIBERALI, *Il margine di apprezzamento riservato agli stati ed il cd. time factor. Osservazioni a margine della decisione della Grande Camera resa contro l'Austria*, in *Rivista AIC*, n.2, 2012, pp.2 ss.; M. DI BARI, *Derogating from Human Rights Provisions: Comparing States' Obligations under universal and regional human rights treaties*, in *Pace e Diritti Umani/Peace and Human Rights*, vol.3, 2009, p.95; M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, 2007, p.149. F. DONATI, P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, pp.65 ss.

<sup>30</sup> È opportuno ricordare che al di là di un intervento sanzionatorio, le sentenze della Corte EDU non sono comunque idonee a produrre effetti in relazione alla legislazione nazionale vigente. Per contro, le corti costituzionali nazionali, quella italiana *in primis*, hanno oramai da anni adottato un orientamento volto al riconoscimento non solo della CEDU (cd. norme interposte) ma anche della giurisprudenza del giudice di Strasburgo. Sul punto si veda, tra gli altri, A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2011; R. CONTI, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in *www.federalismi.it*, 6/2010. Inoltre, per un'analisi tecnica delle 'norme interposte', si faccia riferimento a S. M. CICCONE, *Tipologia, funzione, grado e forza delle norme interposte*, in *Rivista AIC*, n.4, 2011.

<sup>31</sup> Così come la Corte Costituzionale nella sentenza n.138/2010 quando parla dei soggetti e delle unità sociali cui l'art.2 Cost. riconosce protezione.

<sup>32</sup> Per una definizione di discriminazione diretta ed indiretta a livello comunitario, si faccia riferimento alla Direttiva 2000/78/CE, nella quale si specificano le due fattispecie.

questa direzione<sup>33</sup>. Fu infatti con l'approvazione della Raccomandazione n.92/131/CEE che si sottolineò l'importanza di eliminare le forme di stigmatizzazione dell'omosessualità all'interno dei posti di lavoro<sup>34</sup>.

A stretto giro, il Parlamento Europeo nel 1994 approvò la *Resolution on equal rights for homosexuals and lesbian in the EC*<sup>35</sup> nella quale si richiamavano gli Stati Membri ad assicurare e promuovere l'eguaglianza tra lavoratori appartenenti a minoranze sessuali.

In questo contesto, venne elaborata la Direttiva 2000/78/CE<sup>36</sup> che all'art.1 inseriva l'orientamento sessuale tra le categorie protette dal diritto comunitario antidiscriminatorio. L'approvazione di quest'ultima Direttiva fu di estrema importanza: per la prima volta veniva infatti positivizzato quello che ormai era ritenuto un principio generale dell'ordinamento comunitario ma che ancora non aveva trovato spazio all'interno della normativa vigente.

Sul punto, la stessa CGUE aveva sottolineato nel caso *Grant*<sup>37</sup> del 1998 che la possibilità per il giudice sovranazionale europeo di intervenire in materia di orientamento sessuale era limitata dal fatto che non vi fossero fonti comunitarie che potessero fornire dei precisi principi guida<sup>38</sup>.

Sino ad allora, il parametro dell'orientamento sessuale sembrava potersi confinare all'interno delle relazioni lavorative, essendo la Comunità Europea un'entità principalmente interessata ad assicurare e promuovere le libertà economiche. Ciò nonostante, alla luce dell'evoluzione del sistema UE ed in ragione del principio della libera circolazione delle persone e dei loro familiari all'interno degli Stati Membri (ex art.39<sup>39</sup> TCE, ora art.45 TFUE), la questione delle unioni omosessuali è divenuta con forza crescente un tema di stretta attualità.

Già nel 2003, il Parlamento Europeo riteneva fosse necessario includere all'interno del concetto "famiglia/familiari" i componenti delle coppie *same-sex*<sup>40</sup> al fine di estendere anche a quest'ultimi soggetti la facoltà di circolare liberamente all'interno dell'UE senza incorrere nel rischio di non vedersi riconosciuto alcun diritto.

Le aspettative dell'europarlamento furono però parzialmente disattese in quanto la Direttiva 2004/38/CE<sup>41</sup> se da un lato estendeva la libertà di circolazione anche ai membri delle unioni registrate, dall'altro poneva il limite del mutuo riconoscimento. In altre parole, non era previsto un riconoscimento automatico tra Stati Membri ma solo ed esclusivamente tra Stati che riconoscevano la natura giuridica delle unioni omosessuali (para.6 della Direttiva).

<sup>33</sup> Il Parlamento Europeo già nel 1984, in seguito all'elaborazione del report *on sexual discrimination at the working place* aveva già sottolineato come i soggetti con un differente orientamento sessuale fossero di fatto in una situazione di maggiore svantaggio. Si veda il documento EP 1-1356/83.

<sup>34</sup> Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea L 49 24 febbraio 1992.

<sup>35</sup> Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea C 061, 28 febbraio 1994.

<sup>36</sup> Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea 303/18, 2 dicembre 2000.

<sup>37</sup> *Grant v. South-West Trains*, caso C-249/96, 17 febbraio 1998.

<sup>38</sup> Nel caso *Grant*, proprio in ragione di questa lacuna normativa, la CGUE dovette inquadrare la controversia all'interno dell'alveo delle discriminazioni basate sul sesso. In questo modo, essendo sia uomini gay che donne lesbiche ambedue impossibilitati a ricevere i benefits tipicamente associati allo status matrimoniale, il giudice del Lussemburgo concluse che non esistevano i presupposti per parlare di discriminazione. Sull'incapacità del parametro sessuale di produrre effetti sul piano della discriminazione basata sull'orientamento sessuale, si veda l'interessante contributo di D.A. WIDDIS, E. L. ROSENBLATT, D. NEJAME, *Exposing sex stereotypes in recent same-sex marriage jurisprudence*, in *Harvard Journal of Law and Gender*, vol.30, 2007, pp.402-505.

<sup>39</sup> In particular modo leggendolo in combinato disposto con gli ex art. 12-18-40-44-52 del TCE. Sul punto M. BONINI BARALDO, *Lo Spazio Europeo di Liberta, Sicurezza e Giustizia: Pluralismo di Valori e Pregiudizi Nazionali a Confronto*, in F. Bilotta (ed), *Le unioni tra persone dello stesso sesso*, Udine, Mimesis, 2008, p.112.

<sup>40</sup> Rapporto del Parlamento Europeo A5-0009/2003, *On the proposal for a European Parliament and Council directive on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States*; Rapporteur Giacomo Santini.

<sup>41</sup> Direttiva 2004/38/EC, *relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri*, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le Direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea L 229/35, 29 giugno 2004.

Di fatto, questa Direttiva non ha aggiunto nulla rispetto alla situazione delle coppie *same-sex* originarie di uno Stato (o intenzionate a risiedere in uno Stato) privo di legislazione in materia, essendo posto come limite invalicabile per risiedere in uno Stato Membro la presenza di una legislazione *ad hoc*. In tale contesto si inserisce il *Recital 22* della Direttiva 2000/78/CE che espressamente proibisce un'interpretazione estensiva del concetto di discriminazione, sia diretta che indiretta, volta a ricomprendere anche le norme nazionali che regolano lo status matrimoniale ed i privilegi ad esso associato (es. trattamenti di carattere previdenziale).

Nel 2011 il Parlamento Europeo ed il Consiglio dell'Unione Europea intervengono nuovamente sul tema elaborato il nuovo Regolamento n.429/2011<sup>42</sup> sulla libertà di movimento dei lavoratori all'interno dell'UE. E' interessante sottolineare come, ancora una volta, tali strumenti giuridici ripropongano il medesimo "schema" utilizzato precedentemente: se da una parte viene estesa l'interpretazione sia del diritto che dei soggetti tutelati, dall'altra si evita di menzionare esplicitamente, e dunque di affrontare il tema, delle coppie dello stesso sesso.

Tuttavia, nonostante la riluttanza ravvisabile in sede politico-istituzionale, la CGUE ha avuto modo di intervenire nel settore delle discriminazioni associate all'orientamento sessuale proprio all'interno del delicato ambito delle unioni omosessuali in due casi distinti inerenti il trattamento differenziato riservato ai conviventi di un'unione registrata secondo la legislazione tedesca<sup>43</sup>.

In ambedue i casi, *Maruko* e *Römer*, la CGUE ha fondato la sua censura rispetto alla legislazione tedesca, ritenuta discriminatoria<sup>44</sup> in relazione alle unioni *same-sex*, utilizzando il parametro della "comparabilità". La CGUE, una volta chiarita la sua competenza in materia – ovvero avendo ritenuto in ambedue i casi che il diniego di benefits previdenziali ricadesse nella nozione di "retribuzione", dunque all'interno delle ipotesi cui la direttiva 2000/78/CE fa derivare l'obbligo in capo agli Stati Membri di eliminare ogni forma di discriminazione diretta ed indiretta – ha provveduto a delineare la questione utilizzando un pragmatismo giudiziale capace di "equiparare senza assimilare" le posizioni giuridiche dei coniugi con quella dei conviventi registrati.

Di fatto superando la sua precedente giurisprudenza in *Grant*, la CGUE ha argomentato efficacemente come, sia nel caso *Maruko*<sup>45</sup>, sia nel caso *Römer* la situazione delle coppie eterosessuali ed omosessuali sia di fatto comparabile in specifici contesti. Richiamando le parole del giudice del Lussemburgo in *Römer*: *'the two factual situations, i.e. married and registered life-companions must be comparable and, the assessment of that comparability must be carried out not in a global and abstract manner, but in a specific and concrete manner in the light of the benefit concerned'*<sup>46</sup>. In altre parole, ciò che la CGUE sostiene sia nel 2008 che nel 2011, sembra essere stato accolto anche dall'interpretazione della Cassazione nella sentenza n.4184 esaminata di seguito.

<sup>42</sup> Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea L 141/1, 27 maggio 2011.

<sup>43</sup> Non volendo dilungarsi in questa sede nella descrizione dei due dispositivi, per un'analisi dei casi *Maruko* si rimanda a D. IZZI, *La direttiva 2000/78 tutela le aspettative previdenziali del partner omosessuale di un lavoratore deceduto?*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, vol. 16, n.12, 2008, (pp.1223-1234) p. 1231; A. O. COZZI, *Il diritto alla pensione di reversibilità del partner di un'unione solidale registrata: la Corte di Giustizia al bivio tra il divieto comunitario di discriminazione in base all'orientamento sessuale e il diritto nazionale*, in *www.forumcostituzionale.it.*, pp.1-6; <sup>43</sup> F. SAVINO, *L'orientamento sessuale come fattore di discriminazione. Problemi di tutela*, in *Lavoro e Diritto*, vol. 24, n. 2, 2010, p. 243; M. BONINI BARALDI, *La pensione di reversibilità al convivente dello stesso sesso: prima applicazione della Direttiva 2000/78/CE in materia di discriminazione basata sull'orientamento sessuale*, in *Famiglia e diritto*, vol.7, 2008, (pp. 653-668), p. 665; M. MÖSCHEL, *Germany's Life Partnerships: Separate and Unequal?*, in *Columbia Journal of European Law*, vol. 16, n.1, 2009, (pp.37-65), p. 65.

<sup>44</sup> È bene far notare come la CGUE abbia evitato di utilizzare il parametro della discriminazione indiretta previsto dall'art.2 (b) della Direttiva 2000/78/CE, ed abbia invece optato per la 'discriminazione diretta'. Secondo parte della dottrina, ed anche a parere di chi scrive, questa soluzione ha permesso alla Corte del Lussemburgo di delimitare al solo caso tedesco la portata del giudicato sia in *Römer* che in *Maruko*. In altre parole, laddove la CGUE avesse dichiarato i due casi come esempi di discriminazione indiretta – dato che gli omosessuali non possono di fatto contrarre matrimonio in Germania – la decisione avrebbe potuto esser fatta valere anche in altri Stati Membri che nemmeno prevedono la possibilità di formare un'unione registrata.

<sup>45</sup> Sentenza *Maruko*, cit., para 80 (2).

<sup>46</sup> Sentenza *Römer*, cit., para. 42.

#### 4. L'intervento della Cassazione a seguito della sentenza n.138/2010 e degli indirizzi europei.

La stessa Corte di Cassazione che nel 2009 aveva escluso che l'art.9 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE potesse risultare idoneo a produrre un effetto automatico di riconoscimento delle coppie *same-sex* all'interno degli Stati Membri<sup>47</sup>, seppur non smentendo tale assunto, ha aggiunto con la sentenza n.4184 del 15 marzo 2012 degli elementi di novità interpretativa volti ad aumentare il livello di tutela assicurabile (assicurato?<sup>48</sup>) alle unioni omosessuali.

La vicenda che la Cassazione arriva finalmente a concludere risale al 2004, quando una coppia italiana, avendo contratto matrimonio nei Paesi Bassi nel 2002, chiede nel 2004 all'ufficiale di stato civile del comune di residenza la trascrizione delle nozze. Il Sindaco del Comune di Latina rifiuta però di procedere alla trascrizione in ragione dell'art.18 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, ovvero giustificando il detto diniego con la motivazione che l'atto di trascrizione sarebbe stato contrario all'ordine pubblico. A tale diniego fa seguito il ricorso presentato dalla coppia.

Il tribunale ordinario adito dalla coppia respinge il ricorso nel 2005. La coppia propone allora nuovamente ricorso di fronte la Corte d'Appello di Roma. Anche il giudice di appello nega la fondatezza delle argomentazioni in favore alla coppia non tanto adducendo motivazioni sostanziali come quella della tutela dell'ordine pubblico reclamato in prima battuta dal Sindaco di Latina, quanto constatando che non esiste alcun "automatismo formale" nella legislazione italiana che attinente i meccanismi per il riconoscimento di matrimoni contratti all'estero (già citato, d.P.R. n.396).

In altre parole, la Corte d'Appello mette in evidenza il fatto che l'atto di cui si chiedeva la trascrizione dovesse possedere *le connotazioni proprie, nel nostro ordinamento, degli atti di matrimonio assoggettati a trascrizione negli archivi di cui all'art.10* come previsto dal d.P.R. n.396 del 2000. Il diniego dunque, si sostanzia e trova giustificazione nella mancanza di uno dei requisiti essenziali per la sua configurabilità come matrimonio nell'ordinamento interno, ovvero la diversità di sesso tra i coniugi.

La Corte d'Appello di Roma si è soffermata anche sulla possibile cogenza dell'art.9 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e sull'argomentazione dei ricorrenti inerente i richiami del Parlamento Europeo agli Stati Membri per il riconoscimento delle coppie omosessuali. Il giudice di appello ha ritenuto però infondate tali argomentazioni, sia perché la Carta dei diritti non aveva ancora carattere vincolante (siamo nel 2006), sia perché i richiami del Parlamento Europeo vengono ritenuti mere dichiarazioni a carattere programmatico, ovvero prive di efficacia.

Inoltre, sempre secondo il tribunale di Roma, essendo la materia matrimoniale di esclusiva competenza del legislatore, ed essendo la Costituzione Repubblicana (art.29) 'muta' sulla questione delle coppie dello stesso sesso, un giudice non poteva 'forzare' il suo ruolo interpretativo *extra-legem* a tal punto da giungere per via giudiziale al riconoscimento del matrimonio *same-sex* nell'ordinamento italiano.

Quando la Corte di Cassazione viene investita nuovamente della questione compie un'accurata analisi del caso, e si premura innanzitutto di chiarire punto per punto le ragioni del diniego alla trascrizione, fornendo al contempo le linee guida che il giudice ordinario deve considerare d'ora innanzi nel contesto delle famiglie composte da persone dello stesso sesso.

Va subito ricordato che a differenza della Corte d'Appello, la Cassazione ha potuto avvalersi, nella stesura del dispositivo della sentenza n.4184, anche di quanto già elaborato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n.138 del 2010 e dalla Corte EDU in *Schalk and Kopf* in quanto ambedue già passate in giudicato.

In primo luogo la Cassazione chiarisce in modo netto che, non essendo l'omosessualità contraria all'ordine pubblico, la legittimità del diniego alla trascrizione non può essere fatta derivare dalla contrarietà

<sup>47</sup> Si veda, Cassazione Civile, Sez. I, sentenza n. 6441 del 17 marzo 2009.

<sup>48</sup> Il punto interrogativo è d'obbligo in quanto non è ancora dato sapere quali reali effetti produrrà la pronuncia n.4184 sull'atteggiamento del giudice comune di qui in avanti.



all'ordine pubblico del matrimonio *same-sex*. Tale impostazione secondo la Corte avrebbe non solo carattere discriminatorio, ma renderebbe anche incompatibile l'appartenenza dello Stato italiano alla UE, dal momento che già alcuni Stati Membri permettono espressamente tale possibilità<sup>49</sup>.

Secondo la Suprema Corte, affinché avvenga la trascrizione, il matrimonio deve essere stato celebrato secondo le forme previste dalla legge straniera, sempre che sussistano i requisiti sostanziali relativi allo stato ed alla capacità delle persone previsti dalla legge italiana<sup>50</sup>.

Qui il nodo: secondo la Cassazione il sesso dei nubendi, unitamente alla manifestazione di volontà matrimoniale degli stessi è requisito minimo. Tale requisito, ha riconosciuto la Cassazione, non è espressamente previsto nemmeno da norme di rango costituzionale, ma, riprendendo le parole della Corte Costituzionale nella sentenza n.138 del 2010<sup>51</sup>, non si può eludere il parametro, per così dire, tradizionalista tipicamente associato alla parola matrimonio<sup>52</sup>. Ne consegue, continua il dispositivo della sentenza n.4184, che il matrimonio *same-sex* nell'ordinamento italiano è semplicemente inesistente, e non esistendo, non può essere trascritto<sup>53</sup>.

In secondo luogo, riprendendo nuovamente la Corte Costituzionale, la Cassazione ha argomentato ripetutamente in favore di un'interpretazione restrittiva dell'art.29 Cost., non già in ragione della 'tradizione' che vede nel matrimonio la presenza di due soggetti di sesso diverso, quanto semmai nell'impossibilità per il giudice - anche per il giudice delle leggi - di operare per via ermeneutica alla ridefinizione totale di un precetto costituzionale<sup>54</sup>.

In terzo luogo, è stata delimitata la precettività della Carta dei diritti fondamentali dell'UE<sup>55</sup>, in quanto, investita dal quesito se nel caso di specie fosse o meno necessario un '*referral*' alla CGUE per un *preliminary ruling* – supponendo la normativa italiana in violazione degli artt.9-21 della Carta dei diritti – la Cassazione ha chiarito come la materia matrimoniale cada al di fuori delle competenze dell' UE, così come previsto dal novellato art.6 TUE<sup>56</sup>.

In quarto luogo, nel dispositivo della sentenza n.4184 il giudice di ultima istanza ha ricostruito in maniera puntuale e precisa la giurisprudenza della Corte EDU in materia di coppie *same-sex*, facendo perno in particolare sulla, più volte menzionata nel dispositivo, sentenza *Schalk and Kopf* al fine di sottolineare come esista un ormai consolidato *trend* europeo che riconosce alle coppie dello stesso sesso lo status di unità familiari<sup>57</sup>.

Tuttavia, nella sentenza n.4184 la Cassazione è andata oltre: una volta esaminate in combinato disposto le sentenze n.138/2010 e *Schalk and Kopf* è giunta a concludere che il diritto a contrarre matrimonio non sia affatto precluso dall'attuale testo dell'art.29 Cost. Semmai, viene ribadito dalla Cassazione, tale scelta rientra a pieno titolo tra le possibilità cui il legislatore può liberamente fare ricorso<sup>58</sup>.

Tale lettura della sentenza n.138/2010, che invero sembra risentire anche delle conclusioni raggiunte dal Giudice delle leggi nella sentenza 245/2011 (sul diritto a contrarre matrimonio come diritto inviolabile)<sup>59</sup> aderisce alle più ottimistiche osservazioni emerse in dottrina che avevano (ora si può dire a ragione)

<sup>49</sup> Cassazione, Sez. I, n.4184, 'motivi della decisione', punto 1.

<sup>50</sup> *Ivi*, punto 2.2.1.

<sup>51</sup> Corte Costituzionale, sentenza n.138/2010, 'Considerato in diritto n.9'.

<sup>52</sup> Cassazione, Sez. I, n.4184, 'motivi della decisione', punto 2.2.2.

<sup>53</sup> *Ivi*, punto 2.2.3.

<sup>54</sup> *Ivi*, punto 3.

<sup>55</sup> *Ivi*, punto 3.3.2.

<sup>56</sup> Sul punto si vedano tra gli altri A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)*, in *www.forumcostituzionale*, 2011; A. GUAZZAROTTI, *I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione del sistema delle fonti*, in *Rivista AIC*, n.3, 2011, pp.2ss.

<sup>57</sup> Cassazione, Sez. I, n.4184, 'motivi della decisione', punto 3.3.3.

<sup>58</sup> *Ivi*, punto 4.1.-4.2.

<sup>59</sup> Sul punto si veda, M. DI BARI, *La lettura in parallelo delle sentenze n. 138/2010 e n. 245/2011 della Corte Costituzionale: una breve riflessione*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2011.

intravisto nella sentenza n.138/2010 un'apertura della Corte Costituzionale in materia di matrimonio *same-sex*.

In ultima istanza, la Cassazione, ribadendo quanto già affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 138 ed avvalendosi della recentissima giurisprudenza CEDU in materia, ha spiegato come *'i componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, se secondo la legislazione italiana non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero, tuttavia - a prescindere dall'intervento del legislatore in materia - quali titolari del diritto alla vita familiare e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza di specifiche situazioni, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata'*<sup>60</sup>.

Tale impostazione, ovvero l'elemento dell'omogeneità di trattamento di situazioni di fatto sovrapponibili (coppia eterosessuale e coppia omosessuale), sembra ricalcare quanto stabilito dalla CGUE in *Maruko* e *Römer* dove il giudice del Lussemburgo, evitando di entrare nel merito della 'questione matrimoniale', ha evidenziato come due situazioni di fatto comparabili (le unioni stabili e durature) debbono godere dello stesso tipo di trattamento.

## 5. Riflessioni finali

La Cassazione, pur non avvalendosi nel dispositivo della sentenza n.4184 dei ragionamenti in sede CGUE ha di fatto confermato questa linea di tendenza: la vita familiare non è subordinata al sesso dei conviventi. Ciò che naturalmente ne consegue è l'estensione delle tutele dell'ordinamento giuridico anche italiano a tutte le famiglie, posto che tali unità sociali rientrano nelle fattispecie descritte dalla Corte Costituzionale nella sentenza n.138/2010 (ovvero relazioni stabili e durature)<sup>61</sup>.

In Italia questa presa di posizione (consapevolezza) è ancor più importante che altrove visto che i conviventi omosessuali non possono beneficiare di alcun riconoscimento di tipo legislativo. La Corte di Cassazione ha in altre parole aperto (forse spalancato) le porte ad un allargamento per via giudiziale di forme di tutela "vecchie" a soggetti "nuovi", gli omosessuali.

Come già più volte sostenuto da alcuni in dottrina, spetta ora al giudice ordinario far valere le conclusioni prodotte prima dalla Corte Costituzionale nella sentenza n.138/2010, ed oggi con più forza riconfermate dalla Corte di Cassazione<sup>62</sup>. Si tratta di conclusioni che riprendono una coerenza interpretativa comune sia alla Corte EDU che alla CGUE. Quasi a voler confermare una volta di più lo stretto legame che unisce da tempo i diversi livelli di giurisdizione in sede europea.

Un dialogo quello tra le Corti continentali che sta producendo evoluzioni sul piano pratico per quelle questioni inerenti il godimento dei diritti fondamentali che non riescono a trovare una soluzione in sede legislativa.

Come già detto nell'introduzione di questo contributo, l'apporto del potere giudiziario si sostanzia in scelte che non posso qualificarsi come "compromissorie" in quanto di fatto aggiungono strumenti di tutela per fattispecie prima ignorate dall'ordinamento. Allo stesso tempo però, hanno il merito di non entrare in collisione con il potere legislativo che rimane unico titolare della scelta in relazione al come regolare le

<sup>60</sup> Cassazione, Sez. I, n.4184, 'motivi della decisione', punto 4.2. (corsivo aggiunto)

<sup>61</sup> Corte Cost. sentenza n.138/2010, 'considerato in diritto 8', quando la Corte afferma che '[...] anche [all'] unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, 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.

<sup>62</sup> Sul punto, si veda B. PEZZINI, *La sentenza 138/2010 parla (anche ai giudici)*, in B. PEZZINI E ANNA LORENZETTI (a cura di) *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138/2010: quali prospettive?*, Jovene, 2011, pp.95 e ss; Nello stesso volume, F. BILOTTA, *L'interpretazione delle norme vigenti: il ruolo dell'avvocato*, pp.43 e ss.

diverse situazioni giuridiche con un solo limite: il principio di non-discriminazione (es: casi CGUE di cui si è parlato).

Una scelta che, come la Cassazione ha rimarcato facendosi interprete della Corte Costituzionale, potrà anche vedere il legislatore italiano libero di optare per una normativa volta ad introdurre nel nostro ordinamento il matrimonio *same-sex* (anche se non necessariamente). In conclusione, così come è stato per la sentenza della Corte Costituzionale n.138 del 2010, la sentenza n.4184 del 15 marzo 2012 della Corte di Cassazione ci ricorda come, grazie ad un pragmatismo giudiziale capace di cogliere i mutamenti sociali, i diritti fondamentali costituzionalmente ed internazionalmente garantiti sono in grado di assolvere alla loro funzione di tutela anche nell'inerzia e nella disattenzione della politica.