

“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)?

1.

La sentenza n. 4184 del 2012, pronunciata dalla prima sezione civile della Corte di Cassazione, s’inserisce nel recente acceso dibattito in materia di riconoscimento del (presunto) diritto a contrarre matrimonio per le coppie del medesimo sesso nell’ordinamento giuridico italiano¹. Come noto, infatti, in materia erano intervenute nel 2010 due sentenze, l’una della Corte costituzionale italiana², l’altra della Corte europea dei diritti dell’uomo³, con le quali ora quella della Corte di Cassazione in commento s’intreccia, contribuendo, al medesimo tempo, ad alimentare la *koiné* culturale sovranazionale che si è espressa sinora soprattutto nelle dottrine dei diritti *naturali* civili, e che ispira la giurisprudenza delle Corti in dialogo tra di loro, e a smantellare definitivamente ciò che oramai resta della cultura politica delle forze che strutturano i sistemi politici nazionali⁴.

Il caso che ha dato origine alla pronuncia in commento riguarda una coppia omosessuale che aveva regolarmente contratto matrimonio a L’Aja e che aveva chiesto poi la trascrizione del relativo atto in Italia. L’ufficiale dello stato civile aveva rifiutato la trascrizione richiesta, ai sensi dell’art. 18 del d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396, essendo detto atto di matrimonio, formato all’estero, non suscettibile di trascrizione perché contrario all’ordine pubblico. Avverso il provvedimento di rifiuto della trascrizione la coppia era ricorso all’autorità giurisdizionale: nei primi due gradi di giudizio si era vista però respingere il ricorso, perché l’atto compiuto all’estero non presentava uno dei requisiti essenziali per la sua configurabilità come matrimonio nell’ordinamento interno, ossia la diversità di sesso tra i coniugi. Pur addivenendo alle medesime conclusioni dei precedenti gradi di giudizio, ora la Corte di Cassazione ritiene di dover pronunciare una sentenza ai sensi dell’art. 384, quarto comma, c.p.c., al fine di correggere le motivazioni in diritto della sentenza

¹ Per un primo commento della sentenza citata v. M. Di Bari, *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*, in www.rivistaaic.it (28/03/2012).

² Corte costituzionale, sent. n. 138 del 2010, confermata poi da ord. n. 276 del 2010 e da ord. n. 4 del 2011.

³ Corte europea dei diritti dell’uomo, sent. 24 giugno 2010 (Prima sezione, caso Schalk e Kopf *contro* Austria).

⁴ ...senza tener conto della determinante influenza che tale *koiné* culturale sovranazionale ha sulle argomentazioni e sulle decisioni dei giudici inferiori (si veda, da ultimo, la sentenza del Tribunale di Reggio Emilia, prima sezione civile, del 13 febbraio 2012, con la quale il giudice ha accolto il ricorso di un cittadino extracomunitario, al quale la questura aveva negato il permesso di soggiorno, sulla base dell’argomentazione secondo la quale trattasi di «coniuge» di un cittadino italiano, a seguito di un matrimonio celebrato in Spagna, e al quale deve dunque applicarsi la disciplina di cui all’art. 2, lett. b, n. 1, del d. lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, attuativo della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri). Anche in questo caso il riferimento alla sentenza della Corte europea del 2010 è stato determinante per argomentare un’interpretazione alquanto discutibile delle disposizioni nazionali.

impugnata: sintomo che la Suprema Corte era consapevole della portata innovativa delle proprie argomentazioni, nonostante le conclusioni, confermate nella sostanza del rigetto avverso la richiesta di riconoscimento, alle quali è pervenuta nel dispositivo.

Tra le questioni degne di nota di tali argomentazioni, s'intendono qui rilevare due profili: il primo riguarda la forza dirompente che la Corte di Cassazione assegna a un inciso della pronuncia della Corte europea in materia, fino ad attribuirle il potere di scardinare quella che viene esplicitamente riconosciuta come una tradizione ultramillenaria (e con ciò andando altresì oltre quanto era stato statuito dalla stessa Corte costituzionale italiana); il secondo riguarda la contraddizione nella quale sembra scivolare la Corte (sulla scia della sentenza europea) nell'interpretazione dei documenti costituzionali nazionali e sovranazionali che sanciscono il diritto a sposarsi: infatti, da un lato, riconosce, in forza dell'efficacia nel nostro ordinamento riconosciuta alle disposizioni della CEDU, così come interpretate dalla Corte europea, la validità di una norma che sancisce il diritto a contrarre matrimonio a chiunque, e dunque anche alle coppie omosessuali, sul presupposto che la lettera di tali documenti non impedisca tale riconoscimento, e ammettendo dunque che alla *parola* "matrimonio" possa corrispondere oggi una *sostanza* diversa da quella di ieri; e, dall'altro, promette, per il futuro, interventi giurisdizionali per estendere, per via analogica, specifiche situazioni giuridiche soggettive previste per le coppie coniugate alle coppie omosessuali, indipendentemente dall'intervento del legislatore, sul presupposto della non identità della *res* alla quale corrisponde la *parola* "matrimonio": ...*come se fosse matrimonio*.

2.

La Corte premette che, rispetto allo specifico ricorso sottoposto al suo giudizio, si tratta di rispondere alla più generale questione «se la Repubblica italiana riconosca e garantisca a persone dello stesso sesso, al pari di quelle di sesso diverso, il diritto fondamentale di contrarre matrimonio»: infatti, «ove la risposta a questo più generale quesito fosse affermativa, ne conseguirebbe che il matrimonio celebrato all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso, quale atto d'esercizio di tale fondamentale diritto, avrebbe immediata validità ed efficacia nel nostro ordinamento, alle condizioni che esso risultasse celebrato secondo le forme previste dalla legge straniera e, quindi, spiegasse effetti civili nell'ordinamento dello stato della celebrazione, e che sussistessero gli altri requisiti sostanziali relativi allo stato ed alla capacità delle persone previsti dalla legge italiana; con l'ulteriore conseguenza che la trascrizione dell'atto di matrimonio nel corrispondente registro dello stato civile italiano, non avendo natura costitutiva ma meramente certificativa e di pubblicità di un atto già di per sé valido sulla base del principio *locus regit actum*, formerebbe oggetto di un vero e proprio diritto di ciascuno dei coniugi e costituirebbe, perciò, attività "dovuta" dell'ufficiale dello stato civile richiesto»⁵.

Per affrontare la questione più generale, la Corte parte dalla constatazione che la diversità di sesso dei nubendi è un «"postulato" implicito» nel nostro ordinamento, benché non sia espressamente richiesto da disposizioni specifiche: «la diversità di sesso dei nubendi è – unitamente alla manifestazione di volontà matrimoniale dagli stessi espressa in presenza dell'ufficiale dello stato civile celebrante –, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, requisito minimo indispensabile per la stessa "esistenza" del matrimonio civile come atto giuridicamente rilevante (...). Questo requisito – pur non previsto in modo espresso né dalla Costituzione, né dal codice civile vigente (a differenza di quello previgente del 1865 che, nell'art. 55 ad esempio, stabiliva, quanto al requisito dell'età: "Non possono contrarre matrimonio l'uomo prima che abbia compiuto gli anni diciotto, la donna prima che abbia compiuto gli anni quindici"), né dalle numerose leggi che, direttamente o indirettamente, si riferiscono all'istituto matrimoniale – sta tuttavia, quale

⁵ Punto 2.1.

“postulato” implicito, a fondamento di tale istituto, come emerge inequivocabilmente da molteplici disposizioni di tali fonti (...)»⁶.

La Corte di Cassazione, dunque, sulla scia della sentenza n. 138 della Corte costituzionale, riconosce che la parola, il significante, “matrimonio” corrisponde, rinvia, alla sostanza, al significato, “coppia eterosessuale”. E per argomentare la «corrispondenza» inequivocabile tra parola e suo significato, che «*postula* la diversità di sesso dei coniugi», la Corte di Cassazione richiama altresì l’espressione impiegata in una delle ordinanze di rimessione che era stata all’origine del giudizio di legittimità costituzionale citato: «Il diritto positivo vigente e la giurisprudenza che su di esso si è formata (...) non fanno che riflettere anche “una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio”(…). Postulato non arbitrario, ma fondato su antichissime e condivise tradizioni – culturali (l’ “ordine naturale” esige la diversità di sesso dei nubendi), prima ancora che giuridiche – che il diritto, come in altri innumerevoli casi, nel rispecchiare, ordina»⁷. L’ordinamento giuridico italiano,

⁶ Punto 2.2.2. Alle medesime conclusioni era giunta la Corte costituzionale, nella già citata sent. n. 138, nella quale il principio ivi affermato, secondo il quale «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio» (punto 9 del Considerato in diritto), pronunciato in assenza di un esplicito divieto a contrarre matrimonio tra persone del medesimo sesso nel nostro ordinamento, era stato sostenuto dal Giudice delle leggi ricorrendo all’argomento del “legislatore impotente” a scardinare una tradizione sedimentata da tempo immemorabile (sul punto sia consentito il rinvio a I. Massa Pinto – C. Tripodina, *Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio. Tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale per motivare la sentenza n. 138/2010*, in *Diritto Pubblico*, 2010, vol. 1-2, pp. 471-500).

I commenti relativi al caso che ha dato origine alla sent. n. 138 sono assai numerosi. Tra quelli che precedono la pronuncia della Corte costituzionale si vedano quelli curati da R. Bin – G. Brunelli – A. Guazzarotti – A. Pugiotto – P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010. Tra quelli successivi cfr. R. Cherchi, *La prescrittività tra testo costituzionale e legge: osservazioni a margine della sentenza 138 del 2010 sul matrimonio omosessuale*, in www.costituzionalismo.it (16/11/2010); M. Croce, *Diritti fondamentali programmatici, limiti all’interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*, in www.forumcostituzionale.it (23/04/2010); F. Dal Canto, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Foro It.*, 2010, I, pp. 1369 ss.; L. D’Angelo, *La Consulta al legislatore: questo matrimonio “nun s’ha da fare”*, in www.forumcostituzionale.it (16/04/2010); R. Romboli, *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”*, in www.rivistaaic.it (18/10/2010); C. Silvis, *Il matrimonio omosessuale fra il “non s’ha da fare” dell’art. 29 ed il “si può fare” dell’art. 2 cost.*, in www.iusreporter.it (06/05/2010); V. Tondi Della Mura, *Le coppie omosessuali fra il vincolo (elastico?) delle parole e l’artificio della “libertà”*, in www.federalismi.it (21/09/2010); P. Veronesi, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *Studium iuris*, 10/2010, pp. 997 ss.; M. D’Amico, *Dopo la sentenza della Corte costituzionale il silenzio della politica*, in www.certidiritti.it (21/07/2010); B. Pezzini, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in www.rivistaaic.it (02/07/2010); A. Pugiotto, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in www.forumcostituzionale.it; A. Ruggeri, *“Famiglie” di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?*, in www.rivistaaic.it (18/10/2011); B. Pezzini – A. Lorenzetti (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli, 2011.

⁷ Si noti il (presunto?) ossimoro nelle parole della Corte: le tradizioni *culturali* sono fondate, per la Corte, sull’ordine *naturale*! A tal proposito non si può non notare che, del resto, è già la formulazione dell’art. 29 della Costituzione a recepire l’intreccio tra *cultura* e *natura* nella sua enunciazione: «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio». Sul punto cfr. le osservazioni di R. Bin, *La famiglia: alle radici di un ossimoro*, in *Studium juris*, 2000, p. 1068: «Predicare della famiglia che essa è una società “naturale” e, ad un tempo, fondata sul “matrimonio” è predicare attributi tra loro incompatibili, dato che il matrimonio è un istituto giuridico che non appartiene affatto alle forme “naturali” dell’organizzazione sociale, ma a quelle convenzionali, determinate dalle regole contingenti poste dalla legislazione vigente. Non è affatto “naturale” che la gente si sposi, anche se la maggioranza lo fa (anzi, alcuni lo fanno più volte): è una libera scelta da cui derivano specifiche conseguenze giuridiche». Sul punto v. già C. Grassetti, *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, in P. Calamandrei – A. Levi (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione*, I, Barbera, Firenze, 1950, pp. 294 ss., che richiama un rilievo di Calamandrei nel corso dei lavori dell’Assemblea costituente.

Del resto v. già Corte costituzionale, sent. n. 64 del 1961: «la qualifica di “naturale”, se non ha un preciso contenuto giuridico, ha certamente implicito il richiamo e il riconoscimento del tradizionale concetto di famiglia, quale tuttora vive nella coscienza del popolo» (Punto 4 del *Considerato in diritto*).

Il problematico riferimento alla *natura* umana torna, nelle parole della Corte di Cassazione, laddove, attraverso l’efficacia riconosciuta ad alcune considerazioni della sentenza della Corte europea, conclude nel senso che «se il diritto di contrarre matrimonio è diritto fondamentale (...) esso spetta “ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani”» (Punto 4.1.).

A tal proposito si può qui solo notare che sembra un po’ riduttivo squalificare come ossimoro l’accostamento di *cultura* e di *natura*, in generale, e nell’enunciazione dell’art. 29 della Costituzione, in particolare: forse la differenza tra coloro che riconoscono un qualche

perciò, «ha conosciuto, e conosce attualmente – *salvo quanto si dirà più oltre (...)*⁸ – un'unica fattispecie integrante il matrimonio come atto: il consenso che, nelle forme stabilite per la celebrazione del matrimonio, due persone di sesso diverso si scambiano, dichiarando che “si vogliono prendere rispettivamente in marito e in moglie” (art. 107, primo comma, cod. civ.). La diversità di sesso dei nubendi è, dunque, richiesta dalla legge per la stessa identificabilità giuridica dell'atto di matrimonio. Proprio di qui la conseguenza, condivisa dalla giurisprudenza di questa Corte e dalla prevalente dottrina, che l'atto mancante di questo requisito comporta la qualificazione di tale atto secondo la categoria non della sua validità, ma della sua stessa inesistenza. Categoria, questa dell'inesistenza (...) la cui prima elaborazione risale ai canonisti medioevali, i quali consideravano appunto inesistente il matrimonio contratto da persone dello stesso sesso, perché, pur in assenza di una norma positiva, contrario al concetto “naturale” del matrimonio...»⁹.

Se ne deve concludere, pertanto, che «il diritto fondamentale di contrarre matrimonio non è riconosciuto dalla nostra Costituzione a due persone dello stesso sesso»¹⁰. Infatti, prosegue la Suprema Corte, dalla sentenza della Corte costituzionale, si ricava, ex art. 2 Cost., a favore di chiunque, il *diverso* «diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia»: tale diritto, tuttavia, non necessariamente deve essere attuato estendendo alle coppie omosessuali la disciplina del matrimonio¹¹.

Con tale riconoscimento la Suprema Corte preannuncia, già in questo punto della sua motivazione, una promessa di futuri interventi giurisdizionali a tutela del succitato diritto fondamentale, attraverso il ricorso all'argomento analogico, come è avvenuto in passato per le coppie eterosessuali *more uxorio*¹²: «da un lato, (...) l'art. 2 della Costituzione non riconosce il diritto al matrimonio delle persone dello stesso sesso e neppure vincola il legislatore a garantire tale diritto quale forma esclusiva del riconoscimento giuridico dell'unione omosessuale, vale a dire ad “equiparare” le unioni omosessuali al matrimonio; per altro verso, (...), il “diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia”, derivante invece direttamente dall'art. 2 Cost., comporta che i singoli (o entrambi i) componenti della “coppia omosessuale” hanno il diritto di chiedere, “a tutela di specifiche situazioni” e “in relazione ad ipotesi particolari”, un “trattamento omogeneo” a quello assicurato dalla legge alla “coppia coniugale”, omogeneizzazione di trattamento giuridico che la Corte costituzionale “può garantire con il controllo di ragionevolezza”. Per cui anche se la Corte costituzionale nega potersi ricavare un diritto a contrarre matrimonio dall'art. 2 Cost., tuttavia dalle sue motivazioni si ricaverebbero «rilevanti conseguenze sul piano della tutela giurisdizionale dell'unione omosessuale»¹³.

valore alla natura e coloro che tale valore dichiarano di non riconoscerlo, è molto meno netta di quel che potrebbe sembrare, se si ammette che tutti ricerchiamo un qualche senso a ciò che affermiamo essere fuori di noi.

⁸ Corsivo mio.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Punto 3.1.

¹¹ Della sua lettura della pronuncia costituzionale, la Suprema Corte, a questo punto della sua motivazione, non chiarisce ancora una questione fondamentale: se è vero che dalla Costituzione non si ricava che il legislatore, in futuro, qualora decidesse di intervenire per disciplinare la materia, *debba* equiparare le coppie omosessuali alle coppie coniugate, ammettendo *tout court* le prime al matrimonio, ci si chiede se il legislatore *possa* realizzare *tout court* tale equiparazione. Mentre le argomentazioni della sentenza della Corte costituzionale sembrerebbero negare tale possibilità (ma v. *contra* soprattutto B. Pezzini *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, cit.), quelle della Corte europea senz'altro la riconoscono. Come si vedrà nel prosieguo della ricostruzione della pronuncia in commento, la Corte di Cassazione, pur non affermandolo esplicitamente, sembra ammettere tale possibilità, riconoscendo dunque alla sentenza di Strasburgo il potere di superare il giudicato costituzionale.

¹² Cfr., a titolo esemplificativo, le estensioni riconosciute dalla Corte costituzionale nelle sentt. nn. 404 del 1988 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, primo comma, della legge 27 luglio 1978, n. 392, nella parte in cui non prevede tra i successibili nella titolarità del contratto di locazione, in caso di morte del conduttore, il convivente *more uxorio*) e 559 del 1989 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, primo e secondo comma, della legge della Regione Piemonte 10 dicembre 1984, n. 64, nella parte in cui non prevede la cessazione della stabile convivenza come causa di successione nella assegnazione ovvero come presupposto della voltura della convenzione a favore del convivente affidatario della prole).

¹³ Punto 3.2.

3.

E' invece in riferimento all'ambito sovranazionale, attraverso l'interpretazione e l'efficacia riconosciuta a un inciso della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che la Suprema Corte statuisce l'esistenza di un vero e proprio diritto di contrarre matrimonio (anche) per le coppie omosessuali, e dunque riconosce che al significante "matrimonio" possa corrispondere la sostanza "coppia omosessuale".

In realtà anche la sentenza della Corte europea aveva rigettato il ricorso di una coppia omosessuale austriaca che si era vista negare la possibilità di contrarre matrimonio nel proprio Stato¹⁴, ma, anche in questo caso, tra le righe della motivazione, la Cassazione ricava conseguenze ritenute essenziali per il nostro ordinamento, e, anzi, ricava... il grimaldello per scardinare «una consolidata e ultramillenaria tradizione»!

Ciò che si ritiene degno di rilievo è proprio l'uso che la Corte di Cassazione fa della sentenza europea: dopo aver riconosciuto, nella prima parte della sua motivazione, l'esistenza di un «"postulato" implicito» nel nostro ordinamento, fondato su una tradizione sedimentata da tempo immemorabile, la Corte ritiene ora di poter affermare che un inciso, di un'articolata motivazione, di una sentenza nella sostanza di rigetto, pronunciata da una corte, in un certo luogo, in un certo tempo¹⁵, possa, d'un sol tratto – come l'atto prometeico che crea con la parola – inverare una sostanza assegnandole il nome proprio di un'altra: *fiat* matrimonio, e matrimonio fu!

Per innumerevoli volte la Corte riporta nella sua motivazione l'inciso della sentenza con il quale la Corte europea, statuendo un vero e proprio *overruling* dei suoi precedenti, avrebbe rovesciato una tradizione sedimentata da tempo immemorabile: «"la Corte non ritiene più che il diritto al matrimonio di cui all'art. 12 debba essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto. Conseguentemente non si può affermare che l'articolo 12 sia inapplicabile alla doglianza dei ricorrenti. Tuttavia, *per come stanno le cose*, si lascia decidere alla legislazione nazionale dello Stato contraente se permettere o meno il matrimonio omosessuale"»¹⁶. E una volta riconosciuto il diritto di sposarsi, alle coppie omosessuali viene altresì riconosciuta dalla Corte europea la tutela prevista dagli artt. 8 e 14 CEDU¹⁷: come statuito ormai da tempo per le convivenze eterosessuali *more uxorio*, anche per le coppie omosessuali la tutela deve essere ritenuta estesa dal mero ambito della "vita privata" a quello della "vita familiare": "famiglia" a tutti gli effetti, dunque.

La Corte di cassazione pone l'accento proprio sul «determinante effetto» della sentenza di Strasburgo «nell'aver fatto cadere il postulato implicito» che, in ambito nazionale aveva impedito il ricorso a

¹⁴ Sulla sentenza citata cfr. E. Crivelli – D. Kretzmer, *Il caso Schalk e Kopf c. Austria in tema di unioni omosessuali*, in M. Cartabia (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 61 ss.; G. Repetto, *Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione "virtuosa" di un diritto*, in www.rivistaaic.it (02/07/2010); L. Hodson, *A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v. Austria*, in *Human Rights Law Review*, 2011, vol. 11, n. 1, pp. 170 ss.

¹⁵ ...su una materia complessa rispetto alla quale, solo qualche giorno fa, la Corte europea dei diritti dell'uomo è tornata a pronunciarsi, per affermare che «l'articolo 12 de la Convention n'impose pas aux gouvernements des Etats parties l'obligation d'ouvrir le mariage à un couple homosexuel (Schalk et Kopf...). Le droit au mariage homosexuel ne peut pas non plus se déduire de l'article 14 combiné avec l'article 8 (...). De plus (...) lorsque les Etats décident d'offrir aux couples homosexuels un autre mode de reconnaissance juridique, ils bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour décider de la nature exacte du statut conféré (...)» (Gas et Dubois *contro* Francia, 15 marzo 2012).

¹⁶ Corte europea, sent. Schalk e Kopf contro Austria, cit., riportata in Punto 3.3.3.

¹⁷ Art. 8 CEDU (Diritto al rispetto della vita privata e familiare): «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione».

Art. 14 CEDU (Divieto di discriminazione): «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione.

un'interpretazione inclusiva, di per sé giuridicamente plausibile, in assenza di espresse disposizioni contrarie all'estensione, ma di fatto esclusa da tutti gli organi giurisdizionali che si sono trovati a interpretare le relative disposizioni¹⁸: secondo la Corte, le disposizioni sovranazionali, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo, «– attraverso gli “ordini di esecuzione” (...) – sono già da tempo entrate a far parte integrante dell'ordinamento giuridico italiano e devono essere interpretate in senso “convenzionalmente conforme”. Ed allora, il limitato ma determinante effetto dell'interpretazione della Corte europea – secondo cui “la Corte non ritiene più che il diritto al matrimonio di cui all'art. 12 debba essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto” – sta nell'aver fatto cadere il postulato implicito, il requisito minimo indispensabile a fondamento dell'istituto matrimoniale, costituito dalla diversità di sesso dei nubendi e, conseguentemente, nell'aver ritenuto incluso nell'art. 12 della CEDU anche il diritto al matrimonio omosessuale. La Corte europea, in altri termini, (...) ha (soltanto) rimosso l'ostacolo – la diversità di sesso dei nubendi appunto – che impediva il riconoscimento del diritto al matrimonio omosessuale»¹⁹.

Pertanto la Cassazione ricava dalla sentenza europea la seguente conclusione: il diritto al matrimonio ex art. 12 CEDU, in combinato disposto con l'art. 9 della Carta, comprende anche quello tra persone del medesimo sesso, in base a un'«interpretazione del diritto fondamentale al matrimonio secondo il criterio *magis ut valeat*». Si ripete: per la Corte di Cassazione, questa volta sulla scia della Corte europea, “coppia omosessuale” è *inclusa* nel significante “matrimonio”, e non alla “coppia omosessuale” si estende, *per analogia*, la disciplina di un istituto che concerne solo le coppie eterosessuali.

Tale conclusione sarebbe dunque imposta dall'interpretazione “evolutiva” dei documenti sovranazionali fornita dalla Corte europea che, preso atto della “evoluzione”, appunto, dei costumi sociali, testimoniata altresì da riconoscimenti giuridici, seppur non omogenei, da parte di diversi ordinamenti nazionali, consente quell'inclusione letterale che realizza la rottura più dirompente nella materia di cui si tratta, e di certo più dirompente di quella che avrebbe potuto realizzarsi con il ricorso all'argomento analogico: «il diritto al matrimonio riconosciuto dall'art. 12 ha acquisito, secondo l'interpretazione della Corte europea – la quale costituisce radicale “evoluzione” rispetto ad “una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio” – un nuovo e più ampio contenuto, inclusivo anche del matrimonio contratto da due persone dello stesso sesso»²⁰.

Rispetto all'inciso riportato più volte dalla Suprema Corte come un *refrain* nella sua motivazione – «la Corte non ritiene più che il diritto al matrimonio di cui all'art. 12 debba essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto» –, un'osservazione sembra necessaria: la stessa Corte europea sembra contraddirsi laddove, da un lato, riconosce che le trasformazioni dei costumi sociali consentono di assegnare significati alle disposizioni della CEDU e della Carta dei diritti tali da ricomprendervi anche l'unione omosessuale (si noti peraltro che i documenti normativi citati o sembrano addirittura più restrittivi delle disposizioni normative nazionali – è il caso dell'art. 12 CEDU che si riferisce espressamente all'«uomo» e alla «donna»²¹ –, o si limitano, al pari delle disposizioni nazionali, a prevedere espressioni, per così dire, neutrali – è il caso dell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che si limita a prevedere «il diritto di sposarsi» e «il diritto di costituire una famiglia»²² – rinviando poi entrambi agli ordinamenti nazionali per la disciplina della materia). Dall'altro lato, la Corte conclude però nel senso del rigetto del ricorso presentato: nonostante il riconoscimento del diritto al matrimonio per chiunque, fondato su una presunta «“evoluzione”» rispetto ad «una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio», non si possono trarre le dovute conseguenze logiche, proprio «*per come stanno le cose*!» E la Suprema Corte,

¹⁸ ...compresi i giudici *a quibus* che avevano sollevato la questione di legittimità costituzionale di fronte alla Corte costituzionale italiana.

¹⁹ Punto 4.1.

²⁰ Punto 3.3.4.

²¹ Art. 12 CEDU (Diritto al matrimonio): «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».

²² Art. 9 Carta dei diritti dell'Unione europea (Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia): «Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio».

riferendosi alla Corte europea afferma: «Secondo la Corte, tuttavia – in piena conformità con l'inequivocabile tenore letterale degli artt. 12 della Convenzione e 9 della Carta –, la “garanzia” del diritto ad un matrimonio siffatto è totalmente riservata al potere legislativo degli Stati contraenti della Convenzione e/o membri dell'Unione europea (“Tuttavia, per come stanno le cose, si lascia decidere alla legislazione nazionale dello Stato contraente se permettere o meno il matrimonio omosessuale”); ed è proprio per questa ragione che la Corte ha potuto affermare che, nel caso sottoposto, “l'articolo 12 della Convenzione non fa[ccia] obbligo allo Stato convenuto [nella specie, l'Austria] di concedere l'accesso al matrimonio a una coppia omosessuale come i ricorrenti”»²³.

E' evidente dunque la contraddizione: l'evoluzione dei costumi consente di includere nella parola “matrimonio” la coppia omosessuale, ma quegli stessi costumi sono tali per cui non è possibile imporre uniformità di trattamento in tutti gli Stati e ogni ordinamento nazionale potrà decidere per sé, in una materia nella quale non si può ravvisare un *idem sentire* europeo. Di qui, infine, la necessità di chiamare in causa l'argomento analogico, sul presupposto che quello letterale/inclusivo si presterebbe a una conclusione decisamente più dirimpante: in futuro, promette di nuovo la Corte, interverrà per estendere situazioni giuridiche specifiche che l'ordinamento prevede per le coppie coniugate anche alla coppia omosessuale... *come se fosse matrimonio!*

Dalle due sentenze della Corte italiana e di quella europea, la Cassazione ricava dunque le seguenti conclusioni pratiche: «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 appunto di “specifiche situazioni”, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza»²⁴.

Inoltre: «Le medesime considerazioni consentono di pervenire all'altra conclusione circa la specifica questione, consistente nello stabilire se due cittadini italiani dello stesso sesso, i quali abbiano contratto matrimonio all'estero – come nella specie – siano, o no, titolari del diritto alla trascrizione del relativo atto nel corrispondente registro dello stato civile italiano. La risposta negativa, già data, si fonda però su ragioni diverse da quella, finora ripetutamente affermata, della “inesistenza” di un matrimonio siffatto per l'ordinamento italiano. Infatti, se nel nostro ordinamento è compresa una norma – l'art. 12 della CEDU appunto, come interpretato dalla Corte europea – che ha privato di rilevanza giuridica la diversità di sesso dei nubendi (...), ne segue che la giurisprudenza di questa Corte – secondo la quale la diversità di sesso dei nubendi è, unitamente alla manifestazione di volontà matrimoniale dagli stessi espressa in presenza dell'ufficiale dello stato civile celebrante, requisito minimo indispensabile per la stessa “esistenza” del matrimonio civile, come atto giuridicamente rilevante – non si dimostra più adeguata alla attuale realtà giuridica, essendo stata radicalmente superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile, per così dire “naturalistico”, della stessa “esistenza” del matrimonio. Per tutte le ragioni ora dette, l'intrascrivibilità delle unioni omosessuali dipende – non più dalla loro “inesistenza” (...), e neppure dalla loro “invalidità”, ma – dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio appunto, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano»²⁵.

²³ Punto 3.3.4.

²⁴ Punto 4.2.

²⁵ Punto 4.3.

4.

Le questioni di diritto costituzionale che la sentenza in commento suscita sono due: la prima riguarda il problematico rapporto tra diritto di produzione giurisprudenziale e diritto di produzione politica; il secondo riguarda l'altrettanto problematico rapporto tra giudicato costituzionale e giudicato europeo (qui, in particolare, della Corte di Strasburgo).

Rispetto alla prima questione, è evidente che quando non esiste un *idem sentire* comune, ma l'oggetto del contendere è (ancora?) attraversato da profonde fratture, gli organi giurisdizionali, a qualsiasi livello, dovrebbero astenersi da decisioni che richiedono interpretazioni non ancorate a dati lessicali certi, lasciando senz'altro il passo ai percorsi della democrazia rappresentativa, per quanto impervi essi siano. Come la medesima Corte di Strasburgo ha riconosciuto, «*per come stanno le cose*», i legislatori nazionali dovrebbero intervenire per disciplinare la materia. E analogo monito al legislatore si ricava dalla sentenza della Corte costituzionale italiana²⁶. Tuttavia, e qui si tocca la seconda questione, resta il dubbio rispetto al margine di discrezionalità a disposizione del nostro legislatore, allorché si deciderà a intervenire in materia: infatti, mentre secondo la sentenza della Corte di Strasburgo il legislatore potrà senz'altro pronunciare il “*fiat matrimonium*!” tra persone del medesimo sesso, la nostra Corte sembra aver escluso tale possibilità²⁷, ammonendo invece il legislatore in ordine alla necessità, ex art. 2 della Costituzione, di intervenire per disciplinare il diverso diritto di vivere una condizione di coppia per chiunque. Nella sua pronuncia, infatti, la Corte ha ritenuto di dover impegnare il legislatore futuro a non estendere agli omosessuali il regime matrimoniale, perché ha considerato il paradigma eterosessuale un dato storico radicato *hic et nunc* nella società, e, in quanto tale, un dato positivo giuridicamente vincolante di fronte al quale il legislatore non può che arrendersi²⁸.

Le problematiche che tale ultimo profilo suscita provano dunque la fondatezza dei rilievi mossi da una parte della dottrina, la quale aveva segnalato da tempo la possibile divergenza tra ordinamento nazionale e ordinamenti sovranazionali nella tutela dei diritti, e, per quel che ci riguarda, tra il modello di famiglia che sarebbe accolto nella nostra Costituzione e il modello che invece emergerebbe dalle fonti sovranazionali, così come interpretate dalle Corti²⁹. La vicenda accennata in apertura³⁰, relativa all'interpretazione delle disposizioni del d. lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, attuativo della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, starebbe a dimostrarlo³¹.

²⁶ ...oltre che, per esempio, dal *Conseil Constitutionnel* francese su analoga questione (v. Décision n. 2010-92 QPC, 28 gennaio 2011), su cui v. A. M. Lecis Cocco-Ortu, *Il Conseil inizia a delineare i caratteri del controllo di costituzionalità successivo: l'interpretazione secondo diritto vivente e la discrezionalità del legislatore nelle questioni etiche*, in www.forumcostituzionale.it (19/04/2011).

²⁷ Come si è cercato di dimostrare in I. Massa Pinto – C. Tripodina, *Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio. Tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale per motivare la sentenza n. 138/2010*, cit.

²⁸ Inoltre, rispetto ai parametri costituzionali europei invocati, la Corte ha escluso, nella sua motivazione, che l'art. 9 della Carta dei diritti e l'art. 12 CEDU debbano essere interpretati nel senso per cui essi implicherebbero la concessione dello *status* matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso (Punto 10 del *Considerato in diritto*).

²⁹ In argomento cfr. A. Pace, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea? Appunti preliminari*, in *Giur. Cost.*, 2001, pp. 202 ss.; Id., *La limitata incidenza della C.E.D.U. sulle libertà civili e politiche in Italia*, in *Dir. Pubbl.*, 2001, pp. 16 ss. V. altresì M. Manetti, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in www.rivistaaic.it (02/07/2010); S. M. Carbone – I. Queirolo, *Unione europea e diritto di famiglia: la progressiva invasione degli spazi riservati alla sovranità statale*, in Id. (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 11 ss.; R. Baratta, *Verso la “comunitarizzazione” dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *Riv. Int. Dir. Priv. Proc.*, 2005, pp. 573 ss.; N. Lipari, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Famiglia*, 2006, pp. 5 ss.

³⁰ Cfr. nota n. 3.

³¹ L'incidenza del diritto comunitario sul nostro ordinamento appare qui tanto più pesante se si considera che la materia matrimoniale non rientra affatto nella sfera delle competenze dell'Unione europea. Del resto la stessa Corte di Cassazione, nella sentenza in commento, lo aveva chiaramente ribadito, a fronte della richiesta dei ricorrenti di «valutare la sussistenza dei presupposti per il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, affinché (...) chiarisca quale sia l'interpretazione più corretta da dare al

Quel che è certo è che i dati storico-sociali si stanno progressivamente frantumando: che sia un bene o un male, non sta al giurista stabilirlo. Ciò che quest'ultimo è tenuto però a segnalare è che tale frantumazione sta avvenendo a colpi di sentenze, e non in forza di processi politici di integrazione, a livello nazionale e a livello sovranazionale³².

disposto combinato degli artt. 9, 21, 51, 52, 53, 54 della Carta di Nizza, in considerazione del riflesso di tale interpretazione sul diritto di libertà di circolazione dei cittadini europei nell'ambito del territorio dell'Unione». E proprio con riferimento alla questione adesso risolta dal Tribunale di Reggio Emilia nel senso sopra detto, la Corte di Cassazione aveva affermato: «Il senso di tale richiesta si basa sulla non del tutto esplicitata considerazione che due cittadini dello stesso sesso di uno degli Stati membri dell'Unione, i quali abbiano contratto matrimonio in uno di tali Stati che riconosca un matrimonio siffatto, non potrebbero stabilirsi, con il medesimo *status* di coniugi, in altro Stato membro che non riconosca invece il matrimonio omosessuale, con conseguente lesione della loro libertà di circolazione e di soggiorno nel territorio degli Stati membri (...) come avvenuto nella specie» (Punto 3.3.2).

Quello del (dis)ordine del sistema delle fonti in materia di tutela dei diritti fondamentali è un tema che si è andato progressivamente complicando con la moltiplicazione dei cataloghi dei diritti, specie a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Peraltro i rinvii contenuti nel Trattato e nella Carta dei diritti sembrano a loro volta suscettibili di modificare la posizione della CEDU. In argomento cfr., almeno, A. Guazzarotti, *I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione del sistema delle fonti*, in www.rivistaaic.it (14/09/2011); R. Bin, *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, in AA. VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, vol. I, pp. 363 ss.; 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 (23/03/2011); Id., *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e "controlimiti" mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it (01/03/2011).

³² Come era già stato sottolineato, del resto, «l'articolato della Convenzione (...) sottende un magistrato-fiduciario (un *public trustee*) dotato di una forte legittimazione sociale, al quale si affida la salvaguardia dei "valori" comunemente condivisi. Ne consegue (...) che la tecnica redazionale della C.e.d.u. sembrerebbe sollecitare, per la Convenzione, il ricorso alla c.d. interpretazione "per valori", la quale, aprioristicamente sopravvalutando l'approccio interpretativo "normativo-sostanziale" rispetto a quello "normativo-formale", finisce però ineluttabilmente, anche contro le stesse intenzioni di taluni dei suoi sostenitori, per prescindere in buona sostanza dagli enunciati delle disposizioni da applicare» (così A. Pace, *La limitata incidenza della C.E.D.U. sulle libertà civili e politiche in Italia*, cit., p. 13).

E naturalmente la conseguenza ulteriore è che gli argomenti elaborati dalle Corti in dialogo tra loro non sono sempre recepiti in modo uniforme dalla giurisprudenza inferiore: accanto alla sentenza del Tribunale di Reggio Emilia sopra citata, si deve altresì citare la sentenza del Tribunale di Milano del 12 settembre 2011 che, pur riconoscendo il diritto al risarcimento del danno da fatto illecito (concretatosi in un evento mortale) a favore del convivente omosessuale, afferma che «senza dover equiparare in alcun modo la convivenza omosessuale alla famiglia, né legale né di fatto, né ad un rapporto di coniugio foriero di precisi diritti e doveri riconosciuti dall'ordinamento, e senza voler richiamare le interpretazioni della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, estranei alla nostra carta costituzionale, in tema di equiparazione dei diritti di una coppia omosessuale con una coppia sposata, si deve riconoscere al convivente superstite un danno risarcibile per la morte, derivante da fatto illecito, della persona (di diverso o di ugual sesso) che di fatto aveva una stabile ed effettiva relazione affettiva e di convivenza da lungo tempo».