

Le coppie dello stesso sesso tra la sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 14 aprile 2010 e la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 giugno 2010 nel caso *Schalk and Kopf v. Austria**

di Luca Paladini

Sommario: 1. Premessa. – 2. La sentenza della Corte costituzionale italiana. – 3. La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 4. Il matrimonio nelle due sentenze. – 4.1. Segue: e la questione del riconoscimento giuridico della coppia dello stesso sesso. – 5. Obblighi CEDU e vuoto legislativo italiano. – 6. La sentenza *Schalk and Kopf v. Austria* nell'ordinamento italiano. – 7. Verso l'omogeneizzazione del trattamento delle *same-sex couples* in ambito europeo?

1. – Il tema delle unioni tra persone dello stesso sesso è da tempo oggetto di un dibattito multidisciplinare, che vede contrapposte posizioni ed istanze tra loro diverse. La varietà degli approcci e i toni (spesso aspri) del confronto testimoniano la mancanza di un largo consenso sul valore e sulla protezione da accordare a queste convivenze. Tale disomogeneità si registra anche sul piano giuridico. Mentre diversi Stati hanno esteso l'istituto matrimoniale alle coppie dello stesso sesso o hanno disciplinato le *partnership*, in alcuni casi la protezione giuridica alle *same-sex couples* è stata accordata in via pretoria. D'altronde, in altri Paesi – anche europei, e tra questi l'Italia – si registra un vuoto normativo in materia.

In questo scenario si collocano due recenti sentenze; la prima è stata pronunciata dalla Corte costituzionale italiana nel giudizio di legittimità di alcuni articoli del codice civile riguardanti il matrimonio¹, mentre la seconda è stata resa a distanza di circa due mesi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in una causa riguardante l'impossibilità di contrarre matrimoni gay in Austria².

Con queste prime riflessioni si intende porre in luce come le due pronunce, pur concludendo a sfavore del matrimonio tra persone dello stesso sesso, si differenzino per le posizioni espresse sull'istituto matrimoniale e sulle *same-sex couples*, risultando le argomentazioni dei giudici di Strasburgo non solo più innovative, ma anche foriere di sviluppi negli Stati CEDU che non hanno ancora approvato una legge su queste convivenze.

2. – La sentenza della Corte costituzionale originava dalla questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Venezia e dalla Corte d'appello di Trento sugli art. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 *bis* e 156 *bis* c.c., nella misura in cui non consentono i matrimoni tra persone dello stesso sesso³. Alle corti territoriali si erano infatti rivolte alcune coppie omosessuali, cui erano state negate le pubblicazioni di matrimonio dall'Ufficiale di stato civile.

* Ringrazio il prof. Pietro Pustorino (Università di Siena e LUISS) e il dott. Daniele Gallo (LUISS), i cui suggerimenti sono stati preziosi nella stesura di questo lavoro. Resta inteso che le omissioni e le mancanze sono da imputare esclusivamente all'autore. Il lavoro è aggiornato al 1-11-2010.

¹ Corte cost., sent. 14-4-2010, n. 138 (on line: www.cortecostituzionale.it).

² CO.D.U., sez. I, sent. 24-6-2010, *Schalk and Kopf v. Austria* (on line: www.echr.coe.int).

³ Successivamente si erano aggiunte la Corte di appello di Firenze (con riguardo agli art. 107, 108, 143 e 143**bis** c.c.) ed il Tribunale di Ferrara (che contestava anche l'art. 231 c.c.). Il testo delle ordinanze di rimessione è disponi-

Le corti rimettenti riconoscevano che dalla normativa vigente si ricava che il matrimonio debba intendersi come eterosessuale, pur in mancanza di un divieto espresso di coniugio per le coppie omosessuali. Ciò nonostante, i giudici territoriali ritenevano che l'affermazione spontanea di nuove forme di convivenza, che si ispirano al modello tradizionale e dalle quali giunge una domanda di protezione, imponesse «un'attenta meditazione sulla persistente compatibilità dell'interpretazione tradizionale [del concetto di famiglia] con i principi costituzionali»⁴. Da qui la richiesta alla Consulta di vagliare i citati articoli del codice civile alla luce degli art. 2, 3 e 29 della Cost.. La corte veneziana sollevava inoltre questione di legittimità con riferimento all'articolo 117, c. 1, della Cost., appellandosi al rispetto della vita privata e familiare, al diritto di sposarsi e al divieto di discriminazione protetti dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora in poi, Carta UE)⁵.

La Corte costituzionale ha ritenuto non fondata la questione relativa agli art. 3 e 29 della Cost. e inammissibili le restanti.

L'Alta Corte chiarisce che sebbene l'art. 29 della Cost. si riferisca alla famiglia in quanto istituto aperto alle trasformazioni dell'ordinamento giuridico, della società e dei costumi, non è per questo possibile «incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata»⁶. Questo nucleo essenziale, non intaccabile in via interpretativa, consiste nel carattere eterosessuale del matrimonio, e ciò in quanto i costituenti avevano assunto quale riferimento il matrimonio disciplinato dal codice civile del 1942, che postula, appunto, la diversità di sesso dei coniugi. L'argomento sarebbe avallato dall'art. 30 della Cost., che assicura la parità di trattamento tra i figli legittimi e quelli nati fuori dal matrimonio, compatibilmente con i membri della famiglia legittima. Secondo i giudici, infatti, la tutela garantita ai figli naturali «nulla toglie al rilievo costituzionale attribuito alla famiglia legittima ed alla (potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale»⁷. Alla luce di questi elementi, la Corte ha quindi escluso che le norme contestate realizzassero una discriminazione contraria all'art. 3 della Cost. nel momento in cui intendono il matrimonio come istituto che lega persone di sesso diverso.

Fermo restando che su questa interpretazione potrà accendersi un dibattito in dottrina⁸, merita dare conto di un passo della sentenza che appare potenzialmente contraddittorio e che chiama in causa la legge n. 164 del 14 aprile 1982, recante norme in materia di rettificazione e di attribuzione di sesso, in base alla quale i transessuali operati possono sposarsi con

bile sul sito dei seminari preventivi della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara (www.amicuscuriae.it). Il seminario del 2010 è stato dedicato ai matrimoni tra persone dello stesso sesso, pertanto sulle pagine del sito è disponibile molta documentazione.

⁴ Trib. Venezia, sez. III civ., ord. 3-4-2009, p.to 6.

⁵ Cfr. gli art. 8 CEDU e 7 Carta UE (rispetto della vita privata e familiare), gli art. 12 CEDU e 9 Carta UE (diritto di sposarsi) e gli art. 14 CEDU e 21 Carta UE (divieto di discriminazione).

⁶ Corte cost., sent. 138/10, cit., p.to 9.

⁷ Ancora, Corte cost., sent. 138/10.

⁸ Dibattito in parte già avviato; si veda B. Pezzini, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, www.amicuscuriae.it, 27, secondo cui la Corte avrebbe potuto pronunciare una sentenza di accoglimento che fosse sostitutiva nei confronti degli articoli 107, 108, 143, 143 bis c.c. (disponendo la sostituzione dei termini «marito» e «moglie» con «coniuge» o «coniug»), di accoglimento anche parziale per gli art. 143 bis e 156 bis c.c. e di inammissibilità per irrilevanza per l'art. 231 c.c., quest'ultimo in materia di filiazione. Altri contributi, espressi anche sulla scia delle considerazioni di B. Pezzini, sono disponibili sullo stesso sito.

persone del proprio sesso biologico. Nell'ordinanza veneziana questa legge era richiamata a favore dei matrimoni tra persone dello stesso sesso; poiché essa asseconda più l'orientamento psico-sessuale della persona che il modello tradizionale di famiglia, negare ai gay il diritto di sposarsi significa discriminarli rispetto ai transessuali operati per il solo fatto di non aver affrontato un intervento chirurgico. Peraltro, in sede di vaglio della legittimità costituzionale della stessa legge, la Corte aveva svolto alcune considerazioni sui transessuali come "categoria minoritaria" che potrebbero estendersi agli omosessuali⁹.

Ebbene, i giudici costituzionali hanno invece ritenuto che la legge 164/82 corrobori il carattere eterosessuale del matrimonio, in quanto i transessuali operati cambiano sesso anche davanti alla legge e la loro condizione non è comparabile con quella degli omosessuali, i quali chiedono invece di contrarre matrimonio con persone degli stessi sesso biologico e genere. L'argomento appare ancorato più al dato formale della diversità di genere che alla realtà cui si riferisce; infatti, da una parte i giudici fanno perno sulla famiglia tradizionale, comprensiva della (potenziale) finalità procreativa, ma dall'altra sostengono che il matrimonio contratto in base alla legge 164/82 è parte di questo modello. Delle due, l'una: o la famiglia è quella che postula un'unione tra due persone di sesso diverso e potenzialmente procreativa oppure è quella che accoglie nel suo ambito anche forme alternative, quale è l'unione tra un transessuale operato e una persona del suo stesso sesso biologico, che non solo è poco tradizionale, ma non è nemmeno (potenzialmente) procreativa¹⁰. Al contrario, si potrebbe sostenere, sulla scia delle ordinanze di rimessione, che la legge 164/82 rappresenti il punto di partenza per il riconoscimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso, laddove il nucleo dell'istituto matrimoniale risiede nell'unione sentimentale tra due persone adulte o emancipate, capaci di intendere e di volere, libere di stato e rispetto alle quali non si rilevano cause di impedimento a sposarsi. In fondo, come è stato osservato, la Costituzione non definisce la famiglia, «(n)é dice che il matrimonio sia la somma di un uomo e di una donna. Certo, nel 1947 era a questo che pensavano i nostri padri fondatori. Ma scelsero di qualificarla con l'aggettivo "naturale" proprio allo scopo d'assecondarne gli sviluppi, senza frenare il motore della storia»¹¹.

Venendo alle questioni inammissibili, la Corte ha affermato che l'art. 2 della Cost. garantisce i diritti dei singoli anche nelle formazioni sociali nelle quali essi esprimono la loro personalità, compresa l'unione omosessuale, e che ciascuno gode del diritto di vivere liberamente la condizione di coppia, dovendo la legge provvedere al riconoscimento giuridico dell'unione e all'identificazione dei connessi diritti e doveri. I giudici hanno quindi ritenuto che la coppia dello stesso sesso debba essere tutelata come espressione di un diritto individuale protetto dall'art. 2 della Cost.. Detto riconoscimento, però, non si consegue riempiendo un vuoto legislativo in via interpretativa, cioè parificando l'unione omosessuale al matrimonio, ma richiede

⁹ Corte cost., sent. 6-5-1985, n. 161 (on line: www.cortecostituzionale.it), il cui p.to 4 recita: «la legge n. 164 del 1982 si è voluta dare carico anche di questi "diversi", producendo una normativa intesa a consentire l'affermazione della loro personalità e in tal modo aiutarli a superare l'isolamento, l'ostilità e l'umiliazione che troppo spesso li accompagnano nella loro esistenza. ... La legge n. 164 del 1982 si colloca, dunque, nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale».

¹⁰ Appare, quindi, in parte difficoltoso comprendere quanto sostenuto da V. Tondi della Mura, *La sentenza della Corte che ha difeso la parola "matrimonio"*, www.sussidiario.net, 19-4-2010, secondo cui «(l)la Corte ha sventato l'attacco della indiscriminatezza senza limiti, della parificazione egualitaria, della equiparabilità a tutti i costi delle parole, dei significati, degli istituti e delle realtà sociali, che restano invece differenti per storia e presupposti naturali».

¹¹ Così M. Ainis, *I gay e la legge che non c'è*, in *La Stampa*, 23-3-2010.

un intervento legislativo del Parlamento atto a dare veste giuridica alla coppia dello stesso sesso. La Corte si è comunque riservata la possibilità di intervenire in situazioni specifiche, quando ai fini della tutela dei diritti individuali sia richiesto un trattamento omogeneo tra la coppia coniugata e quella omosessuale, come è già accaduto con le convivenze *more uxorio*.

Desta qualche perplessità la morbidezza con cui la questione è stata rinviata al Parlamento; manca infatti quel monito chiaro ed espresso a legiferare che di norma la Corte esprime quando viene rilevato un vuoto di legislazione incompatibile con la Costituzione. Ciò ha suscitato delle perplessità alla luce dei precedenti tentativi di approvare una legge in questa materia¹², ma invero la questione dell'assenza del monito non è poi così chiara. È stato infatti affermato che la sentenza contenga un monito a legiferare¹³, che per alcuni è implicito¹⁴, ma al contempo si è anche detto che il Legislatore ben potrebbe «lasciare le cose come stanno, senza procedere ad alcuna forma di riconoscimento»¹⁵. In proposito, è stato anche rilevato che l'inciso «nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge» che i giudici pongono come condizione per il riconoscimento giuridico dell'unione omosessuale «non è riferito all'ottenimento della legge, ma all'ottenimento del riconoscimento giuridico. La Corte sta dicendo che la legge che regolerà il riconoscimento giuridico delle coppie di persone dello stesso sesso dovrà contenere tempi, modi e limiti per ottenere questo riconoscimento ... A sostegno di questa interpretazione, si vedano tutti quegli articoli della Costituzione che utilizzano le forme: “nei casi e modi stabiliti dalla legge”, “con i limiti stabiliti dalla legge”, “salvo gli obblighi stabiliti dalla legge” ecc. in cui ci si riferisce sempre alla legge che regola la materia»¹⁶. Effettivamente questo argomento appare condivisibile, salvo ritenere che il Parlamento possa restare inattivo di fronte ad un diritto riconosciuto, riducendo così la prerogativa di scegliere le forme, le modalità ed i limiti di tutela dei diritti protetti dall'art. 2 della Cost. ad un *passerpartout* utile a rinviare degli adempimenti necessari¹⁷.

Quanto all'art. 117, c. 1, Cost., la Corte ha ritenuto che alla luce del principio di specialità le norme rilevanti nel caso di specie fossero l'art. 12 CEDU e l'art. 9 Carta UE, che proteggono il diritto di sposarsi e di formare una famiglia. Le due disposizioni operano però un rinvio alle leggi nazionali che disciplinano l'esercizio di tale diritto e, con specifico riguardo alla Carta UE, le Spiegazioni precisano che l'art. 9 non vieta o impone agli Stati membri di estendere il matrimonio alle persone dello stesso sesso. Tanto basta ai giudici costituzionali per prendere nuovamente atto che la disciplina delle coppie dello stesso sesso appartiene alla discrezionali-

¹² Si vedano B. Pezzini, *op. cit.*, p. 30 e M. Ainis, *op. cit.*. Per quest'ultimo autore, «(a)vrebbe dovuto offrire il suo responso la politica, ma nell'ottobre scorso un documento ufficiale della Camera ha equiparato i gay a chi compie atti di sadismo, d'incesto, di pedofilia. Che poi la nostra società viaggi su umori ben diversi, è un altro segno del muro che divide partiti e cittadini. L'ultimo Rapporto Eurispes dichiara che soltanto un italiano su 10 considera l'omosessualità immorale; e il 61% è favorevole ai matrimoni gay o alle unioni civili. Può darsi che tutto ciò non basti, che la Consulta rifiuti di colmare la lacuna in omaggio alla discrezionalità legislativa. Sul piano del diritto avrebbe le sue buone ragioni; resta da chiedersi se la politica meriti ancora questo omaggio».

¹³ Si veda M. Croce, *Diritti fondamentali programmatici, limiti all'interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*, www.forumcostituzionale.it, 23-4-2010.

¹⁴ Si veda F. Angelini, *I “compromessi sposi”: la Corte costituzionale fa il punto su matrimoni e unioni fra omosessuali*, www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2-7-2010.

¹⁵ Così S. Spinelli, *Il matrimonio non è un'opinione*, www.forumcostituzionale.it, 27-4-2010.

¹⁶ Così F. Calzaretto, *Coppie di persone dello stesso sesso: quali prospettive?*, www.forumcostituzionale.it, 31 maggio 2010.

¹⁷ Nel qual caso il Giudice delle leggi potrebbe intervenire a favore di detti diritti coi necessari adattamenti al diritto vigente: in proposito, si veda C. Silvis, *Il matrimonio omosessuale fra il “non s'ha da fare” dell'art. 29 ed il “si può fare” dell'art. 2 della Costituzione*, www.forumcostituzionale.it, 27-4-2010.

tà del Parlamento. Non si rinvengono in sentenza richiami agli atti dell'Unione europea che sollecitano gli Stati membri a disciplinare i *same-sex marriages* o istituti equivalenti, che invece l'ordinanza veneziana citava. La Corte si riferisce solo agli Stati aventi ordinamenti giuridicamente affini all'Italia che hanno variamente regolamentato le *same-sex couples*, col fine di confermare che la materia è affidata alla discrezionalità dei legislatori nazionali.

La scelta di risolvere la questione di legittimità costituzionale in base ai soli art. 12 CEDU e 9 Carta UE appare però riduttiva. La corte veneziana aveva richiamato gli art. 8 e 14 CEDU¹⁸ proprio perché la giurisprudenza di Strasburgo aveva fino a quel momento accolto una nozione di «vita privata» e di tutela dell'identità personale che si estendeva alla vita di relazione, arrivando a configurare un dovere di intervento positivo degli Stati parti al fine di rimediare alle lacune suscettibili di impedire la piena realizzazione personale. Ebbene, alla luce del vuoto legislativo italiano in materia di *same-sex couples* e dell'accertato diritto al riconoscimento giuridico, il richiamo agli art. 8 e 14 CEDU risultava pertinente, come poi ha indirettamente confermato, a distanza di circa due mesi, la Corte europea dei diritti dell'uomo.

3. – Il caso di fronte alla Corte di Strasburgo originava da una vicenda simile: due gay austriaci da tempo conviventi avevano chiesto all'ufficio comunale di avviare le pratiche necessarie a sposarsi, ma si erano visti negare tale possibilità in quanto il codice civile consente il matrimonio solo tra uomo e donna. La coppia aveva presentato ricorso al Governatore regionale di Vienna e successivamente alla Corte costituzionale austriaca, ma l'esaurimento dei ricorsi interni disponibili non aveva portato al riconoscimento della pretesa avanzata. Nel ricorso presentato a Strasburgo, i ricorrenti denunciavano la discriminazione dovuta all'impossibilità di sposarsi o di vivere una relazione riconosciuta dalla legge in violazione degli art. 12, 8 e 14 CEDU, nonché lo svantaggio fiscale derivante dal fatto di non essere sposati in violazione dell'art. 1 del Primo Protocollo allegato alla CEDU.

Ebbene, la Corte ha escluso che sia l'art. 12, sia gli art. 8 e 14 CEDU imponessero agli Stati parti l'obbligo di introdurre il matrimonio tra persone dello stesso sesso, ma al contempo ha interpretato le citate disposizioni in chiave di apertura alle *same-sex couples*.

Quanto all'art. 12, i giudici hanno rammentato che l'istituto matrimoniale si è evoluto negli anni e di ciò hanno tenuto conto nella propria giurisprudenza. Così è stato nel caso *Goodwin*¹⁹, nel quale la Corte, dopo aver abbandonato il criterio biologico della diversità di genere, ha ritenuto che negare al transessuale operato il diritto di sposarsi con una persona dello stesso sesso biologico costituisse una violazione della convenzione. Ciò era stato possibile in quanto i giudici avevano potuto rilevare «a convergence of standards regarding marriage of transsexuals in their assigned gender»²⁰ anche oltre il panorama europeo. Lo stesso non può dirsi per i *same-sex marriages*; la circostanza che solo sei Stati hanno introdotto i matrimoni tra persone dello stesso sesso²¹ testimonia infatti la mancanza di uno *jus commune* da rilevare in via pretoria²². La Corte ha quindi concluso che l'art. 12 non impone agli Stati di concedere il

¹⁸ Trib. Venezia, sez. III civ., ord. 3-4-2009, cit., 17-19.

¹⁹ CO. D.U., *Grand Chamber*, sent. 11-7-2002, *Christine Goodwin v. The United Kingdom* (on line: www.echr.coe.int).

²⁰ CO. D.U., sez. I, sent. 24-6-2010, *Schalk and Kopf v. Austria*, cit., p.to 59.

²¹ CO. D.U., *Schalk and Kopf v. Austria*, cit., p.ti 27 e 58.

²² Questa conclusione era stata anticipata in tempi non sospetti: «(g)iven the fact that, so far, only a few member States of the Council of Europe have recognized such a right in their domestic law, does not make it likely the Court would draw the line of Goodwin all the way in that direction in the near future». Così P. Van Dijk, F. Van Hoof, A.

diritto di sposarsi ai gay, aggiungendo però che alla luce della formulazione neutra dell'art. 9 Carta UE²³, che sancisce il diritto di sposarsi e di formare una famiglia senza soffermarsi sul genere dei nubendi, «(it) 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»²⁴, valorizzando così gli esigui ma significativi sviluppi legislativi intervenuti a favore dei *same-sex marriages* in ambito CEDU.

Con riguardo, invece, agli art. 8 e 14 CEDU la Corte si è espressa in termini ancor più innovativi. Infatti, da una parte i giudici hanno negato che il diritto di sposarsi possa fondarsi sul combinato delle due disposizioni, ma dall'altra hanno rilevato non solo che negli ultimi anni diversi Stati parti hanno riconosciuto le *same-sex couples* al di fuori del matrimonio, ma anche che il diritto derivato dell'Unione europea, ancora una volta assunto come riferimento, tende a ricondurre queste convivenze alla nozione di «famiglia»²⁵. Mutando quindi giurisprudenza, i giudici hanno affermato che «(i)n 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. Consequently the relationship of the applicants, a cohabiting same-sex couple living in a stable de facto partnership, falls within the notion of "family life", just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would»²⁶. Si tratta di uno sviluppo rilevante, in quanto nella precedente giurisprudenza della Corte le relazioni omosessuali rientravano nella nozione di «vita privata»²⁷ e rilevavano unicamente come manifestazione della personalità degli individui²⁸. Inoltre, atteso che «same-sex couples are just as capable as different-sex couples of entering into stable committed relationships», i giudici affermano che esse si trovano «in a relevantly similar situation to a different-sex couple as regards their need for legal recognition and protection of their relationship»²⁹. La Corte, quindi, dopo aver negato alle coppie dello stesso sesso il diritto al matrimonio, ha affermato il loro diritto ad essere riconosciute e tutelate dalla legge, quasi a voler indicare che negli Stati CEDU dovrebbe essere possibile registrare le *same-sex partnership*.

Alla luce di tali conclusioni, i giudici avrebbero dovuto considerare se il vuoto legislativo

Van Rijn, L. Zwaak (cur.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4^a ed., Antwerpen-Oxford, 2006, 851.

²³ Sul tema del coordinamento interpretativo tra la CEDU ed altri strumenti internazionali, si veda P. Pustorino, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli, 1998, in part. 101 ss.

²⁴ CO. D.U., sez. I, sent. 24-6-2010, *Schalk and Kopf v. Austria*, cit., p.to 61.

²⁵ La Corte richiama la dir. 2003/86/CE del Consiglio, 22-9-2003, in *G.U.U.E.* L 251, 3-3-2003, 16, sul diritto al ricongiungimento familiare, e la dir. 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 29-4-2004, in *G.U.U.E.* L 158, 30-4-2004, 77, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. In particolare, la dir. 2003/86 include il *partner* non coniugato di un paese terzo tra i familiari cui gli Stati membri possono autorizzare l'ingresso e il soggiorno, purché abbiano una relazione stabile e duratura debitamente comprovata oppure formalmente registrata con il cittadino di uno Stato terzo legalmente soggiornante nell'Unione e richiedente il ricongiungimento. La dir. 2004/38, in un'ottica più restrittiva, annovera invece il *partner* di un'unione registrata cui la legislazione dello Stato membro ospitante assegna lo stesso valore del matrimonio tra i familiari del cittadino comunitario.

²⁶ CO. D.U., sez. I, sent. 24-6-2010, *Schalk and Kopf v. Austria*, cit., p.to 94.

²⁷ In dottrina, P. Van Dijk, F. Van Hoof, A. Van Rijn, L. Zwaak (cur.), *op. cit.*, 678 ss. e D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates, C.M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, 370-1.

²⁸ In proposito, si rinvia a P. Johnson, *An Essentially Private manifestation of Human Personality*, in *Human Rights L.R.*, 2010, 67 ss.

²⁹ CO. D.U., sez. I, sent. 24-6-2010, *Schalk and Kopf v. Austria*, cit., p.to 99.

austriaco sulle coppie dello stesso sesso configurasse una violazione degli art. 8 e 14 CEDU, ma in pendenza di giudizio è entrato in vigore il *Registered Partnership Act*, che ha offerto ai ricorrenti la possibilità di registrare la coppia e di accedere ad uno *status* simile a quello dei coniugi. Il tempismo del legislatore austriaco ha quindi risparmiato alla Corte l'onere di accertare che l'assenza di una legge sulle coppie dello stesso sesso si pone in contrasto con gli art. 8 e 14 CEDU. Rispetto al periodo precedente al *Registered Partnership Act*, invece, la Corte ha escluso la violazione della convenzione, asserendo che sebbene la materia sia oggetto di un crescente consenso in ambito europeo «there is not yet a majority of States providing for legal recognition of same-sex couples. The area in question must therefore still be regarded as one of evolving rights with no established consensus, where States must also enjoy a margin of appreciation in the timing of the introduction of legislative changes»³⁰.

Rispetto alla discriminazione consistente nel differente *status* che il matrimonio e la *partnership* assegnano, i giudici hanno ritenuto di non ravvisarne gli estremi. La varietà delle legislazioni europee è tale da poter ritenere che i diritti e i doveri contemplati dal *Registered Partnership Act* siano quelli condivisi e comprendono diritti di natura sanitaria, successoria e patrimoniale, escludendo invece le *parental consequences*, costituite principalmente dal ricorso all'inseminazione e dalla possibilità di adottare figli, ed altri diritti (ad esempio, l'ottenimento della cittadinanza da parte del *partner* straniero)³¹. Quanto alla discriminazione dovuta al mancato beneficio fiscale riconosciuto alle coppie sposate, la Corte ha ritenuto non documentata e pertanto infondata la violazione dell'art. 1 del Primo Protocollo allegato alla CEDU.

Le vicende giudiziarie esaminate appaiono comunque suscettibili di sviluppi, in quanto i ricorrenti austriaci hanno presentato richiesta di riesame del caso da parte della *Grand Chamber* ex art 43 CEDU. La richiesta verrà preliminarmente esaminata da un *panel* di cinque giudici, che dovrà verificare se «la questione oggetto del ricorso sollev(i) gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi protocolli, e anche una grave questione di carattere generale». I problemi sollevati, che potrebbero riproporsi in ricorsi analoghi³², e la discordanza di vedute in seno al collegio giudicante sull'interpretazione dell'art. 12 e sul mancato accertamento della violazione dell'art. 8 CEDU (di cui si darà conto nei paragrafi successivi) preludono ad un deferimento della causa alla *Grand Chamber*. Potranno quindi giungere ulteriori ed autorevoli indicazioni sulle delicate questioni del paradigma eterosessuale del matrimonio e della necessità di offrire riconoscimento e tutela giuridica alle *same-sex couples*.

4. – Va in primo luogo osservato che sebbene le sentenze neghino alle *same-sex couples* il diritto di sposarsi, le prospettive di considerazione dell'istituto matrimoniale adottate dalle due corti presentano alcune differenze sostanziali. Da una parte la Corte costituzionale punta sull'eterosessualità del matrimonio quale nucleo dell'art. 29 Cost. immodificabile in via interpretativa³³ e quale causa ostativa al riconoscimento della pretesa lamentata dai ricorrenti.

³⁰ CO. D.U., *Schalk and Kopf v. Austria*, cit., p.to 105.

³¹ CO. D.U., *Schalk and Kopf v. Austria*, cit., p.ti 31-34.

³² In base all'*Explanatory Report to Protocol No 11*, nelle gravi questioni di carattere generale vanno incluse le ipotesi che la sentenza della Corte possa rilevare in casi futuri, che influisca sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte o che possa comportare modifiche legislative negli ordinamenti nazionali.

³³ Invero anche in via legislativa, atteso che una legge ordinaria che estendesse il matrimonio alle coppie dello stesso sesso o creasse un "altro tipo di matrimonio" si porrebbe in contrasto con l'art. 29 Cost. e rischierebbe la dichiarazione di incostituzionalità (si veda S. Spinelli, *op. cit.*, 3). L'unica (ed improbabile) possibilità per modificare questo "nucleo duro" sembrerebbe l'emendamento dell'art. 29 Cost., il quale non appartiene al "circolo esoterico

Dall'altra – ed in controtendenza – la Corte europea interpreta l'art. 12 CEDU nella direzione di rompere il paradigma eterosessuale del matrimonio, a testimonianza di una tendenza minoritaria ma crescente in materia di *same-sex marriages* in ambito CEDU.

Ne dà conferma la conclusione cui giungono i giudici di Strasburgo, secondo cui l'art. 12 non impone agli Stati di garantire il diritto di sposarsi alle coppie dello stesso sesso non per ragioni legate all'essenza dell'istituto matrimoniale, ma perché non rilevano un consenso europeo sulla questione. È, infatti, questo l'esito del *deferential comparative method* seguito dalla Corte in questa causa, metodo per il quale un'interpretazione viene affermata solo in presenza di un consenso emergente o diffuso su una determinata questione, come è accaduto, ad esempio, nel citato caso *Goodwin* o nel caso *Dudgeon*³⁴ (riguardante la criminalizzazione dell'omosessualità). Quando invece tale consenso manca, l'atteggiamento della Corte è di lasciare agli Stati parte della convenzione un certo margine di apprezzamento³⁵. Pertanto, poiché nel caso *Schalk and Kopf v. Austria* non è stato possibile registrare un consenso in materia di *same-sex marriages*, i giudici hanno ritenuto che «marriage has deep-rooted social and cultural connotations which may differ largely from one society to another. The Court reiterates that it must not rush to substitute its own judgment in place of that of the national authorities, who are best placed to assess and respond to the needs of society»³⁶.

Ciò detto, l'interpretazione innovativa dell'art. 12 CEDU resta uno sviluppo di non poco conto, come testimonia la perentorietà con cui il giudice Malinverni, nella *cuncurring opinion* condivisa dal giudice Kovler, argomenta contro le affermazioni della Corte. L'*opinion* chiama in causa i criteri interpretativi ex art. 31 e 32 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, in base ai quali l'art. 12 non può essere «anything other than that of recognising that a man and a woman, that is, persons of opposite sex»³⁷, e si articola inoltre nella direzione di vanificare l'utilizzo della Carta UE quale strumento di interpretazione della convenzione. Secondo il giudice, poiché l'art. 9 Carta UE non dà conto dell'evoluzione dell'istituto matrimoniale né interviene sulla sua nozione, nemmeno può orientare l'interpretazione dell'art. 12 CEDU.

Chiaramente, ulteriori indicazioni non potranno che giungere dalla *Grand Chamber*, anche se, come è stato osservato, appare difficile che le conclusioni della prima sezione della Corte

della Costituzione italiana" che circonda i limiti alla revisione costituzionale. Lungo la circonferenza di questo circolo si dispongono infatti «alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non soggetti al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana» (Corte cost., sent. 15-12-1988, n. 1146, on line: www.cortecostituzionale.it, p.to 2.1).

³⁴ CO. D.U., Plenaria, sent. 22-10-1981, *Dudgeon v. The United Kingdom* (on line: www.echr.coe.int).

³⁵ Si veda M. Milanovic, *No Right to Same-Sex Marriage under the ECHR*, www.ejil.org, 24-6-2010, secondo cui «(t)he method that the Court uses ... is to refrain as much as possible from moralizing on its own, but to refer to a moral consensus among the 47 European states, and to leave them a margin of appreciation when such a consensus is lacking. Hence, because it relies on this deferential comparative method, the Court generally tends to follow, rather than lead. Once a consensus emerges, it will probably impose it on the recalcitrant members of its interpretative community, as it has done e.g. in *Dudgeon*, with respect to the criminalization of homosexuality. But until that happens, it will leave the democratic processes in diverse European societies to come up with their own solutions». Per tale motivo «the European Court is far less 'activist' than its US counterparts, such as e.g. the Supreme Courts of Massachusetts and California, which interpreted their state constitutions' equality guarantees as requiring the opening of marriage to same sex couples».

³⁶ CO. D.U., sez. I, sent. 24-6-2010, *Schalk and Kopf v. Austria*, cit., p.to 62.

³⁷ CO. D.U., *Schalk and Kopf v. Austria*, cit., p.to 1 della *cuncurring opinion*.

siano modificate *in melius*, affermando l'obbligo per gli Stati parte della CEDU di riconoscere alle persone dello stesso sesso il diritto al matrimonio³⁸. Allo stesso modo, però, pare difficile che la *Grand Chamber* riformuli l'interpretazione dell'art. 12 CEDU *in peius*, riattribuendo al matrimonio il carattere dell'eterosessualità.

4.1. – Rispetto alla questione della regolamentazione delle coppie dello stesso sesso, le due pronunce condividono l'assunto per cui è necessario offrire loro tutela giuridica, inserendosi così nel lungo percorso normativo e giurisprudenziale che a livello europeo (e in altri ordinamenti giuridici)³⁹ sta portando all'affermazione giuridica di queste convivenze. Si deve però rilevare, anche in questo caso, una differenza di impostazione. Infatti, mentre la Corte costituzionale italiana ritiene tali coppie meritevoli di tutela in quanto formazione sociale nella quale si esprime un diritto individuale protetto ex art. 2 Cost., la Corte di Strasburgo sembra far derivare la tutela giuridica dalla qualificazione come «famiglia», quindi come formazione sociale in sé. Poiché agli stessi fini sarebbe bastato invocare la consolidata nozione di «vita privata», la sentenza *Schalk and Kopf v. Austria* rappresenta un «salto di qualità» nella giurisprudenza di Strasburgo, indicativo della volontà di conferire alla *same-sex couple* una dignità maggiore.

Sebbene l'interpretazione innovativa dell'art. 8 CEDU configuri uno sviluppo giurisprudenziale significativo, la pronuncia di Strasburgo è stata paragonata alla processione di *Echter-nach*⁴⁰, nella quale si compie un passo in avanti e subito dopo due indietro. L'affermazione del diritto alla protezione giuridica delle *same-sex couples* risulterebbe infatti vanificato dal mancato accertamento della violazione dell'art. 8 CEDU da parte dell'Austria nel periodo precedente all'entrata in vigore della legge sulle *partnership*. Effettivamente si tratta di un punto critico della sentenza, sul quale i giudici Rozakis, Spielmann e Jebens hanno argomentato nella *dissenting opinion* congiunta. Secondo i magistrati, dopo aver esteso la nozione di «famiglia» alle coppie dello stesso sesso la Corte avrebbe dovuto sanzionare il vuoto di legislazione austriaco precedente al *Registered Partnership Act*, in quanto «by deciding that there has been no violation, the Court at the same time endorses the legal vacuum at stake, without imposing on the respondent State any positive obligation to provide a satisfactory framework, offering the applicants, at least to a certain extent, the protection any family should enjoy»⁴¹. Peraltro, il governo convenuto non ha nemmeno documentato alcuna «serious reason» che giustificasse il trattamento differenziato delle coppie gay rispetto alle coppie eterosessuali fino alla legge del 2010⁴², venendo meno il presupposto del margine di apprezzamento di cui godono i legislatori nazionali⁴³ e determinandosi quindi una violazione degli art. 8 e 14 CEDU.

³⁸ Si vedano M. Milanovic, *op. cit.*; A. Buyse, *ECtHR Judgment: States not Obligated to Allow Homosexual Marriages*, echrblog.blogspot.com, 24-6-2010; A. Timmer, *Same-sex marriage case should go to the Grand Chamber: more on Schalk and Kopf v. Austria*, strasbourgobservers.com, 1-7-2010.

³⁹ La situazione legislativa statale e giurisprudenziale statunitense è monitorata dalla Ohio State University – College of Law (on line: moritzlaw.osu.edu/library/samesexmarriagelaws.php). Con riguardo ad altri ordinamenti, si vedano, ad esempio, *Argentina - judges contest same sex marriage, Freyre Alejandro contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA), Administrative Court, Buenos Aires, exp 34292/0*, in *Pub. L.*, 2010, p. 413 ed anche *Nepal – Supreme Court – Equality rights of “third sex” (lesbian, gay, bisexual, transsexual and intersex), Nepalese, December 21, 2007*, in *Pub. L.*, 2008, p. 606.

⁴⁰ Così A. Buyse, *op. cit.*

⁴¹ CO. D.U., sez. I, sent. 24-6-2010, *Schalk and Kopf v. Austria*, cit., p.to 4 della *dissenting opinion*.

⁴² In proposito, A. Timmer, *cit.*, ritiene che «In paragraph 97 the Court notes “differences based on sexual orientation require particularly serious reasons by way of justification”. But this seems to be more a form of lip service to

Pur non ponendosi il problema dell'*enforcement* della sentenza, l'affermata necessità di offrire tutela giuridica alle coppie dello stesso sesso appare comunque un messaggio agli Stati CEDU che non hanno ancora disciplinato tali convivenze. È chiaro che la Corte sarebbe dovuta giungere a conclusioni diverse sulla violazione degli art. 8 e 14 CEDU qualora l'Austria non avesse legiferato in pendenza di giudizio e lo stesso potrebbe accadere qualora i giudici di Strasburgo esaminassero i ricorsi depositati da *same-sex couples* che vivono in Stati privi di una legge in materia. Si tratta però di un messaggio poco chiaro, che per alcuni è addirittura un «rather puzzling message», i cui effetti negativi possono manifestarsi sulla progressiva emersione di un consenso europeo verso il riconoscimento di queste convivenze⁴⁴. Anche su questo punto non si può che attendere le indicazioni della *Grand Chamber*, la quale potrà rendere il messaggio della Prima sezione della Corte ancora più chiaro e leggibile.

5. – Ci si potrebbe ora domandare se dal punto di vista della convenzione sussistano degli obblighi di conformità alla sentenza *Schalk and Kopf v. Austria* per lo Stato italiano, atteso che la pronuncia, nell'interpretare innovativamente l'art. 8, dà conto del c.d. "diritto vivente CEDU".

Va senz'altro escluso che l'art. 46 CEDU possa assumere qualche rilevanza in questa direzione. La norma afferma che «(t)he High Contracting Parties under-take to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties», quindi limita gli obblighi derivanti dalle sentenze alle sole parti in causa. È accaduto che di fronte a sentenze che dichiaravano una violazione della convenzione alcuni Stati non parti in causa abbiano modificato la propria legislazione al fine di allinearsi preventivamente al diritto CEDU⁴⁵. Ma è da escludere che la pronuncia in esame possa generare un tale effetto favorevole alla protezione dei diritti fondamentali, atteso che i giudici non hanno accertato alcuna violazione della convenzione da parte dell'Austria, quindi non hanno posto gli Stati privi di una legge sulle *partnership* di fronte alla prospettiva di violare l'art. 8 CEDU. Un tale effetto potrà al limite prodursi qualora la *Grand Chamber* sanzionasse il vuoto normativo austriaco precedente alla legge sulle *partnership*.

Sul fronte degli obblighi di natura generale, legati all'appartenenza alla CEDU, si potrebbero invece registrare degli sviluppi. Come è stato osservato, sussisterebbe in capo agli Stati parte un dovere generale di conformità alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Infatti, gli Stati CEDU «devono prendere in considerazione le possibili implicazioni che sentenze pronunciate in altri casi potrebbero avere con riguardo al loro ordinamento ovvero alle loro prassi giuridiche: in breve, su tutti gli Stati parti della Convenzione incombe l'obbligo di assicurare la con-

established case law than anything else, as the Court subsequently goes on to refer to the states' margin of appreciation, without even looking into the reasons of the government. The dissent by judges Rozakis, Spielmann and Jebens does a brilliant job of pointing out these inconsistencies and of trying to disentangle the murky use of the margin of appreciation». Ciò detto, in una recente sentenza sull'estensione della copertura assicurativa sanitaria ai *same-sex cohabiting partners*, la Corte ha affermato che «a difference in treatment is discriminatory if it has no objective and reasonable justification, that is, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised ... Furthermore, very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference in treatment based exclusively on the ground of sex as compatible with the Convention ... Just like differences based on sex, differences based on sexual orientation require particularly serious reasons by way of justification» (CO. D.U., sez. I, sent. 22-7-2010, *P.B. and J.S. v. Austria*, p.to 38).

⁴³ CO. D.U., sez. I, sent. 24-6-2010, *Schalk and Kopf v. Austria*, cit., p.to 8 della *dissenting opinion*.

⁴⁴ Si veda L. Peroni, *Gay Marriage: Unlocking the Door but Keeping it Closed?*, *strasbourgobservers.com*, 25-6-2010.

⁴⁵ Si veda D. J. Harris, M. O'Boyle, E. P. Bates, C. M. Buckley, *op. cit.*, 31-2.

formità del loro ordinamento e delle loro prassi giuridiche ai diritti ed alle libertà garantiti dalla Convenzione ed i suoi protocolli, *come interpretate dalla Corte*»⁴⁶. Sulla base di un tale obbligo, la sentenza *Schalk and Kopf v. Austria* già offrirebbe elementi utili di valutazione delle implicazioni derivanti dall'interpretazione dell'art. 8 CEDU negli ordinamenti degli Stati parti che non hanno legiferato sulle *same-sex couples*. Peraltro, ciò sarebbe in linea con la consolidata giurisprudenza sull'art. 8 CEDU; sin dal caso *Marckx*⁴⁷ la Corte ha chiarito che la norma non si limita a richiedere che lo Stato si astenga dall'interferire nella vita privata e familiare, ma comporta anche l'obbligo di compiere azioni positive atte a garantire l'effettività dei diritti, e con specifico riguardo all'aspetto della vita familiare analoga conferma è giunta dal caso *Kroon*⁴⁸.

Il Legislatore italiano avrebbe quindi a disposizione sufficienti indicazioni per valutare se il vuoto normativo in materia di coppie dello stesso sesso si ponga in contrasto con l'interpretazione resa dalla Corte di Strasburgo e quali azioni positive siano necessarie a garantire l'effettività del diritto protetto dall'art. 8 CEDU. In tale direzione, non si può non osservare che l'adozione di una legge in materia costituirebbe un'azione positiva adeguata, oltre che una risposta alla sentenza della Corte costituzionale qui esaminata. Rispetto al suo contenuto, un primo canovaccio potrebbe essere offerto dal naufragato progetto di legge sui DICO, che prevedeva l'unione di «due persone maggiorenni e capaci, anche dello stesso sesso, unite da vincoli affettivi, che convivono stabilmente e si prestano assistenza e solidarietà materiale e morale, senza essere unite da vincoli di matrimonio o parentela in linea retta entro il secondo grado, di affinità in linea retta entro il secondo grado, adozione, affiliazione, tutela, curatela o amministrazione di sostegno»⁴⁹, salvo il caso dell'*impedimentus criminis*⁵⁰. Il progetto di legge attribuiva rilevanza all'unione a diversi fini, tra cui, ad esempio, l'assistenza per malattia e ricovero, gli obblighi alimentari, i diritti successori, il trattamento previdenziale e pensionistico e l'assegnazione di alloggi di edilizia pubblica. Il Legislatore dovrebbe poi tenere conto di alcuni recenti sviluppi normativi e giurisprudenziali; ci si riferisce, ad esempio, alla legge n. 6 del 9 gennaio 2004, il cui art. 5 prevede che l'istanza di amministrazione di sostegno rivolta al Giudice tutelare possa essere promossa anche dalla persona stabilmente convivente (senza distinzione di sesso), nonché ad alcune sentenze riguardanti casi di estensione dei benefici assicurativi ai conviventi dello stesso sesso⁵¹. Come è agevole verificare, una legge con questi contenuti conferirebbe ai *partner* uno status simile a quello dei coniugi e potrebbe considerarsi in linea con lo *standard* europeo cui si riferisce la Corte di Strasburgo⁵².

⁴⁶ Così A. Drzemczewski, *Commento all'art. 46 CEDU*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (cur.), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 687-688.

⁴⁷ CO. D.U., Plenaria, sent. 13-6-1979, *Marckx v. Belgium*, p.to 31 (on line: www.echr.coe.int).

⁴⁸ CO. D.U., sent. 27-10-1994, *Kroon and Others v. The Netherlands*, p.to 36 (on line: www.echr.coe.int).

⁴⁹ Art. 1, d.d.l. recante "Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi", approvato dal Consiglio dei ministri l'8-2-2007.

⁵⁰ Era, infatti, previsto che l'unione non potesse configurarsi qualora fosse intervenuta a carico di uno dei *partner* una condanna, un rinvio a giudizio o delle misure cautelari per omicidio consumato o tentato sul coniuge dell'altra persona convivente. Come noto, la norma è tesa ad evitare che i colpevoli di un grave reato possano beneficiare delle conseguenze delle loro condotte delittuose.

⁵¹ Su tali aspetti, si veda E. Falletti, *Discriminazione dei conviventi more uxorio dello stesso sesso - Brevi riflessioni a margine della sentenza 15 dicembre 2009 del Tribunale di Milano*, 12-1-2010, www.europeanrights.eu. In proposito, si segnala che di recente la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che la normativa austriaca che non consente l'estensione tra *partner* della copertura assicurativa sanitaria, possibilità di norma concessa ai coniugi, viola gli art. 8 e 14 CEDU (CO. D.U., sez. I, sent. 22-7-2010, *P.B. and J.S. v. Austria*, cit.).

⁵² CO. D.U., sez. I, sent. 24-6-2010, *Schalk and Kopf v. Austria*, cit., p.ti 31-34 e 109.

6. – Specularmente, ci si potrebbe soffermare sugli effetti che l'ordinamento italiano riconosce alla giurisprudenza di Strasburgo, al fine di verificare se la sentenza *Schalk and Kopf v. Austria* possa assumere un qualche rilievo per il riconoscimento e la tutela delle coppie dello stesso sesso.

In generale, come noto, la Corte costituzionale è intervenuta sul valore e sugli effetti delle norme CEDU e della giurisprudenza di Strasburgo nell'ordinamento interno con le sentenze n. 348 e n. 349 del 24 ottobre 2007⁵³, la cui *ratio decidendi* è stata sviluppata soprattutto nelle successive pronunce n. 311 del 26 novembre 2009 e n. 317 del 4 dicembre 2009⁵⁴. I giudici hanno chiarito che le norme convenzionali, quali risultanti dall'interpretazione della Corte di Strasburgo, integrano quali norme interposte il parametro costituzionale ex art. 117, c. 1, Cost., che impone il rispetto degli obblighi internazionali. Qualora si configuri un contrasto tra una norma interna e una norma convenzionale, il giudice a quo non può disapplicare la norma interna, ma deve verificare la possibilità di risolvere il conflitto attraverso un'attività interpretativa convenzionalmente orientata, fin dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni poste a confronto e sollevando questione di legittimità costituzionale solo qualora la conciliazione non risulti possibile. La Corte costituzionale potrà a sua volta tentare di comporre il conflitto tra norme, ma pur sempre nel rispetto delle interpretazioni rese dalla Corte di Strasburgo; ai giudici, infatti, «è precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve»⁵⁵. Emerge quindi un profilo di intangibilità sostanziale delle interpretazioni rese dalla Corte europea, che «si traduce nella sostanza in un vero e proprio obbligo di interpretazione conforme, in particolare in capo ai giudici nazionali»⁵⁶. L'Alta Corte è comunque legittimata a vagliare la compatibilità della norma convenzionale alla Costituzione e, in caso di accertato contrasto della prima con le norme della seconda, si dovrà escludere l'idoneità della disposizione CEDU ad integrare il parametro ex art. 117, c. 1, Cost..

Ciò detto, alla luce della richiamata giurisprudenza si potrebbe sostenere che la sentenza *Schalk and Kopf v. Austria* sia idonea a produrre degli effetti sul piano interno in termini di "orientamento interpretativo" del giudice a quo eventualmente adito a tutela del diritto protetto dall'art. 8 CEDU. Ciò che, forse, potrebbe risultare problematico per il giudice comune è il ricorso agli strumenti che la giurisprudenza costituzionale pone a sua disposizione; risulterebbe infatti difficile comporre il conflitto tra il vuoto normativo italiano in materia di *partnership* e l'interpretazione dell'art. 8 CEDU, in quanto mancherebbe la norma interna confliggente rispetto alla quale verificare la possibilità di un'interpretazione conforme alla giurisprudenza di

⁵³ Corte cost., sent. 24-10-2007, n. 348; sent. 24-10-2007, n. 349 (on line: www.cortecostituzionale.it). In commento alle pronunce, si vedano S. Bartole, *Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale dei diritti umani*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2008, 291 ss.; E. Cannizzaro, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento costituzionale italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 2008, 141 ss.; G. Cataldi, *Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2008, 321 ss.; L. Condorelli, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2008, 301 ss.; L. Daniele, *La giurisprudenza costituzionale in materia di diritto internazionale e dell'Unione europea secondo la dottrina internazionalistica*, in AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, 168-171; M.L. Padelletti, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2008, 349 ss.; infine, G. Tesaro, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir Un. eur.*, 2010, 195 ss..

⁵⁴ Corte cost., sent. 26-11-2009, n. 311; sent. 4-12-2009, n. 317 (on line: www.cortecostituzionale.it).

⁵⁵ Corte cost., sent. 311/09, cit., p.to 6.

⁵⁶ G. Tesaro, *op. cit.*, 219.

Strasburgo. Né sembrerebbe possibile allineare l'ordinamento interno al diritto CEDU attraverso l'*analogia legis*; sebbene, infatti, ne ricorra il presupposto applicativo, ovvero il vuoto normativo, non solo non esiste una normativa sulle convivenze *more uxorio* da applicare in via analogica, ma l'eventuale accostamento tra coppia dello stesso sesso e coppia coniugata contrasterebbe con l'interpretazione dell'art. 29 della Cost. resa dai giudici costituzionali. Inoltre, ci si domanda se sia possibile sollevare una questione di legittimità costituzionale quando l'oggetto non è una legge o un atto avente forza di legge. Sul punto, la dottrina costituzionalista è pressoché univoca nel ritenere che solo detti atti normativi possano essere posti al vaglio dalla Consulta⁵⁷, con ciò prefigurando l'inammissibilità di una questione avente ad oggetto un vuoto normativo.

Sebbene, quindi, la sentenza di Strasburgo parrebbe idonea a produrre degli effetti sul piano interno, la questione resta aperta e solo l'eventuale prassi giudiziaria potrà fornire ulteriori indicazioni. Salvo, naturalmente, l'ipotesi della sopravvenienza di una legge sulle *partnership*, che risolverebbe a monte il problema dell'incompatibilità tra il vuoto normativo italiano e il diritto vivente CEDU.

7. – Un ultimo aspetto, che accomuna le sentenze esaminate e sul quale è opportuno un richiamo, attiene alla presa d'atto della disomogeneità che caratterizza il panorama europeo in materia di riconoscimento e tutela delle *same-sex couples*. Attualmente si possono registrare casi come quello islandese, dove la Premier Johanna Sigurdardottir ha sposato la sua compagna nel giorno in cui è entrata in vigore la legge sui *same-sex marriages*, casi come quello tedesco o inglese, nei quali le *partnership* sono disciplinate in modo simile al matrimonio, e casi come quello italiano o greco, nei quali manca una disciplina della materia. Ebbene, poiché a questa diversità di trattamento corrisponde una inevitabile disomogeneità nel rispetto e nella tutela delle situazioni giuridiche individuali, la sentenza dei giudici di Strasburgo appare meritoria in quanto rappresenta, nell'ambito della c.d. *multilevel protection* dei diritti fondamentali, il tentativo di garantire un trattamento minimo uniforme alle coppie dello stesso sesso nel sistema CEDU. Questo trattamento parrebbe corrispondere alla registrazione della *partnership* e al riconoscimento dei diritti e dei doveri che la Corte individua nel *Registered Partnership Act*, quale specchio delle legislazioni già introdotte in altri Stati parte della CEDU.

Nella stessa direzione, merita dare brevemente conto della sentenza resa dalla Corte di giustizia UE nel caso *Maruko*⁵⁸, riguardante l'applicazione della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro⁵⁹. La pronuncia è interessante perché per la prima volta la Corte ha applicato il principio di discriminazione per motivi sessuali in una questione riguardante lo stato civile,

⁵⁷ Tra i molti, si vedano V. Onida, M. D'Amico, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi*, Torino, 1998, 143 ss.

⁵⁸ Corte giust., Grande sez., sent. 1-4-2008, causa C-267/06, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, in *Racc.* 2008, I-1757 ss. Per alcuni commenti, si rinvia a G.N. Toggenburg, "LGBT" go Luxembourg: on the stance of Lesbian Gay Bisexual and Transgender Rights before the European Court of Justice (judgment in the Case C-267/06, *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, ECJ April 1, 2008), in *Eur. L. Reporter*, 5 (2008), 174 ss.; A. 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*, www.forumcostituzionale.it, 30-4-2008; C. Tobler, K. Waaldijk, *Case C-267/06, Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, *Judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 1 Aprile 2008*, in *C. Mkt. L. Rev.*, 2009, 723 ss.

⁵⁹ In *G.U.U.E. L* 303, 2-12-2000, 16.

materia di competenza esclusiva degli Stati membri. La vicenda originava dal diniego opposto dall'ente previdenziale del *partner* deceduto del sig. Maruko di riconoscergli la "pensione di vedovo", trattamento di norma spettante al coniuge superstite, in quanto lo statuto dell'ente non prevedeva tale beneficio per i *partner* registrati in base alla legge tedesca sulle unioni del 2001. In questa causa la Corte ha ritenuto che la pensione di reversibilità rientrasse nell'ambito di applicazione della dir. 2000/78⁶⁰ e ha stabilito che se la normativa nazionale equipara l'unione registrata al matrimonio ai fini previdenziali, non è possibile discriminare il *partner* superstite registrato negandogli il trattamento previdenziale del convivente deceduto. È però importante sottolineare che proprio l'equiparazione tra matrimonio e *partnership*, anche ai soli fini previdenziali, ha costituito il presupposto per l'applicazione del diritto dell'Unione, mentre in caso di mancata parificazione o di vuoto legislativo questo «elegant example of judicial subsidiarity»⁶¹ non si sarebbe potuto realizzare⁶².

Appaiono quindi ancor più interessanti gli sviluppi che potrebbero giungere dalla *Grand Chamber* nel caso *Schalk and Kopf v. Austria*, in quanto l'eventuale conferma della necessità di riconoscere e tutelare le coppie dello stesso sesso ai sensi degli art. 8 e 14 CEDU fornirebbe un ulteriore impulso all'approvazione, negli Stati CEDU, di una legge sulle *partnership* conforme allo *standard* europeo e, quale conseguenza, porterebbe all'estensione generalizzata della giurisprudenza *Maruko* tra gli Stati membri dell'Unione. Tale parziale omogeneizzazione, pur circoscritta ad alcuni Stati del sistema CEDU, contribuirebbe alla consolidazione del trattamento minimo uniforme delle coppie dello stesso sesso in ambito europeo, oltre che, naturalmente, alla lotta contro la discriminazione in base all'orientamento sessuale.

Abstract

More and more often, same-sex couples ask judges to recognize their rights. With two recent rulings, the Italian Constitutional Court and the ECHR Court ruled on same-sex marriages; in both cases gay couples had not the possibility to marry because of the lack of national legislation on the matter. Both rulings deny (for different reasons) to same-sex couples the right to marry, but at the same time the rulings affirm their right to be legally recognized. While the Italian Court considers their right to marry as the reflection of an individual right protected by Article 2 of the Constitution, the Strasbourg Court considers same-sex couples as «families» under the scope of Article 8 ECHR. This innovative interpretation poses the problem of

⁶⁰ Corte giust., Grande sez., sent. 1-4-2008, causa C-267/06, cit., p.ti 44-45.

⁶¹ Così N. Toggenburg, *op. cit.*, p. 188.

⁶² Merita dare conto delle conclusioni presentate dall'Avvocato generale Jääskinen il 15-7-2010 nella causa pendente C-147/08, *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*, riguardante, come il caso *Maruko*, un'asserita discriminazione previdenziale alla luce della dir. 2000/78. L'*Amicus curiae* ha affermato che «il divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale debba essere considerato un principio generale del diritto dell'Unione» (p.to 131) e ha anche suggerito alla Corte di concludere che le *same-sex couples* debbano aver accesso ai benefici oggetto della causa in tutti gli Stati membri dell'Unione, in quanto si paventa il rischio di una discriminazione. A suo parere, infatti, sussisterebbe una discriminazione diretta qualora un pensionato che ha contratto una *partnership* registrata non percepisse la stessa pensione di un pensionato coniugato laddove il diritto nazionale ponesse la *partnership* e il matrimonio sullo stesso piano sotto il profilo previdenziale. Si configurerebbe invece una discriminazione indiretta laddove una normativa nazionale prevedesse una pensione più favorevole ai pensionati coniugati, se questo trattamento differenziato non risponde oggettivamente ad uno scopo legittimo e se il matrimonio quale condizione per ottenere la pensione più alta sia (o meno) un mezzo proporzionato per conseguirlo.

CoE Member States with a legal vacuum on same-sex couples; for this reason, the article focuses on the consequences of the Strasbourg ruling in the Italian legal system, taking into account both the Convention standpoint (does a general obligation to comply with the ECHR case-law exist?) and the Italian one (which internal effects accordingly with the Constitutional case-law?). Even if an obligation to comply with the ECHR Court case law could be inferred, the lack of an Italian law on same-sex couples is still the main critical point. As a conclusion, the article notices that ECHR case-law (and ECJ's too) can contribute to guarantee an omogeneous treatment of same-sex couples in the European context.