

Quante rondini fanno primavera? Brevi considerazioni a seguito delle recenti decisioni in materia di riconoscimento degli effetti del matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero.

di Elena Falletti

Il dibattito sul diritto all'accesso al matrimonio per le persone di orientamento omosessuale con una persona dello stesso sesso è tornato prepotentemente alla ribalta della scena giuridica e politica del nostro Paese mettendo in rilievo tutte le contraddizioni esistenti tra la società italiana e la classe politica che dovrebbe rappresentarla.

La prima decisione sulla quale ci si concentra, seppur sommariamente, è Corte di Cassazione, I Sez. (Pres. Luccioli, Rel. Di Palma), 15 marzo 2012, n. 4184. Tale decisione nasce dalla richiesta di riconoscimento degli effetti di un matrimonio celebrato tra persone del medesimo sesso ai sensi della legge olandese nell'ordinamento italiano. La questione centrale riguarda la presunta contrarietà all'ordine pubblico interno dell'uguaglianza del sesso della coppia. Con questa decisione, la Suprema Corte stabilisce che *“(É) radicalmente superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile, per così dire “naturalistico”, della stessa “esistenza” del matrimonio; in quanto l’interpretazione dell’art. 12 della CEDU operata dalla Corte europea ha privato di rilevanza giuridica la diversità di sesso dei nubendi ed ha incluso nell’art. 12 anche il diritto al matrimonio omosessuale. Tuttavia poichè il citato art. 12 (e l’art.9 della Carta “di Nizza” dei diritti fondamentali dell’unione europea del 2000—2007) stabilisce che «uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l’esercizio di tale diritto», spetta alle leggi nazionali stabilire se consentire o meno i matrimoni omosessuali; e non essendo tali matrimoni riconosciuti dalla legislazione italiana l’ufficiale di stato civile deve rifiutare la trascrizione in Italia di un matrimonio omosessuale celebrato all’estero; fermo restando il diritto delle coppie omosessuali ad una “vita familiare” ed al riconoscimento di tale diritto negli specifici settori ove esso risulti rilevante”*.

Questa decisione non ha riflessi giuridici immediati perchè, per evidenti ragioni legate al diritto positivo, non ha raggiunto il risultato sperato, ovvero il riconoscimento all'interno dell'ordinamento italiano del matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero. Ciò nonostante, essa è di capitale importanza sotto un aspetto di cultura sociale e giuridica, considerato che sperabilmente è nell'ordine delle cose che il diritto recepisca il mutamento dei fenomeni sociali.

Nello specifico, la sentenza in commento si segnala sotto almeno quattro profili:

1. Differenza di sesso tra gli sposi: si tratta del punto principale con il quale la Corte di Cassazione

ha affermato che l'effetto della interpretazione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo secondo la quale l'interpretazione dell'art. 12 CEDU non deve essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto. Questo argomento ha quale effetto l'aver provocato la caduta del postulato implicito della differenza di sesso tra gli sposi, considerato requisito essenziale a fondamento dell'istituto matrimoniale. Tale postulato si riflette sull'esclusione dalla violazione della categoria dell'ordine pubblico interno di siffatti istituti che all'estero hanno natura matrimoniale: perciò il matrimonio tra persone dello stesso sesso non è più "inesistente" per l'ordinamento giuridico interno. Invero esso si limita ad aderire alla categoria dell'inidoneità della produzione di effetti nell'ordinamento interno italiano stante la nota carenza di legislazione sul punto. Siffatta mancanza è considerata dalla Suprema Corte ormai non più tollerabile poiché a tali coppie deve essere estesa, se non l'etichetta "matrimonio", sicuramente gli effetti e le tutele che questo garantisce sotto tutti i profili giuridici ai membri del consorzio di natura familiare, indipendentemente dal sesso degli appartenenti al medesimo.

2. Ricostruzione delle fonti multilivello sovranazionali. La sentenza in epigrafe altresì si distingue per l'attenta ricostruzione dell'efficacia delle fonti sovranazionali come la Dichiarazione Universale dei diritti umani, la Carta europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali (CEDU), il Patto internazionale dei diritti civili e politici, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e la giurisprudenza delle Corti formatesi su di esse, in particolare la Corte europea dei diritti umani. Nello specifico è possibile ricostruire tale quadro come segue: l'art. 16 della Dichiarazione Universale, l'art. 23.2 del Patto internazionale, l'art. 12 CEDU, l'art. 9 della Carta europea riconoscono il matrimonio come diritto fondamentale ai singoli individui come esseri umani e non come appartenenti ad un consesso sociale. Tuttavia tanto l'art. 12 CEDU quanto l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali della UE consentono agli Stati nazionali di gestire la realizzazione di tale parificazione: da un lato attraverso il parametro del "margine di apprezzamento", dall'altro affermando che tale disciplina è di competenza degli Stati nazionali. Tale situazione comporta la coesistenza a livello europeo di esperienze che vanno dal più ampio riconoscimento all'assoluto divieto dei matrimoni tra persone del medesimo sesso, tuttavia non è più possibile negare dignità di vita familiare alla relazione di coppia omosessuale, esattamente negli stessi termini riconosciuti alla coppia eterosessuale coniugata.

3. Interazione tra fonti internazionali e previsioni costituzionali. Di pari pregio è l'operazione effettuata dalla Corte di evidenziare l'interazione di tali fonti sovranazionali con l'art. 2 della Costituzione italiana. Su questo punto la Corte di cassazione si richiama alla notissima sentenza n. 138/2010 che seppur avesse dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità sollevata da quattro tribunali italiani relativamente all'impossibilità per le coppie di nubendi dello stesso sesso di

poter formalizzare le loro pubblicazioni di matrimonio, ha comunque riconosciuto alle medesime coppie la dignità di formazioni sociali come intese dall'art. 2 della Costituzione ed entro le quali gli individui svolgono la loro personalità. Infatti la Corte costituzionale ha affermato che *“per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l’unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”* (Corte cost. 15 aprile 2010 n. 138). Collegandosi esplicitamente a questa sentenza del Giudice delle leggi, la Corte di cassazione sostiene che le persone omosessuali hanno il diritto fondamentale di veder riconosciuti effetti giuridici concreti alla loro relazione sentimentale stabile.

4. Formalismo concettuale ed efficacia sostanziale. Contestualmente la Corte di Cassazione si sono richiamati alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, in particolare al caso Schalk e Kopf contro Austria del 24 giugno 2010, secondo la quale le coppie formate da persone omosessuali non possono essere escluse dal godimento dei diritti collegati alla nozione di *“vita familiare”* nell’accezione dell’art. 8 CEDU. A questo proposito la Corte di Strasburgo afferma, e la Corte di Cassazione condivide, che *“(D)ata l’evoluzione [sociale e giuridica] la Corte [di Strasburgo] ritiene artificiale sostenere l’opinione che, a differenza di una coppia eterosessuale, una coppia omosessuale non possa godere della vita familiare ai fini dell’art. 8. Conseguentemente la relazione dei ricorrenti, una coppia omosessuale convivente con una stabile relazione di fatto, rientra nella nozione di “vita familiare”, proprio come vi rientrerebbe la relazione di una coppia eterosessuale nella stessa situazione”*.

Secondo i giudici di legittimità risulta quindi evidente, che seppure politicamente si stia temporeggiando nell’estendere gli effetti del matrimonio quali vincoli e formalità, i conviventi omosessuali more uxorio hanno il diritto di vedersi riconosciuti l’erogazione di servizi assistenziali, previdenziali, sanitari nonché la capacità di succedere, nei confronti dell’altro convivente, in tutti i settori della quotidianità dove la situazione di convivenza è rilevante.

In questo contesto si inserisce l’interessante decisione di merito, nello specifico si tratta di Tribunale di Reggio Emilia, 13 febbraio 2012, che riconosce al coniuge omosessuale di un cittadino italiano gli effetti del ricongiungimento familiare.

I fatti di causa si possono riassumere come segue: Rafael è un cittadino uruguayano che si è sposato con un cittadino italiano in Spagna, precisamente a Palma de Mallorca il 12 marzo 2010 ai sensi della *Ley 13/2005*, istitutiva del matrimonio *“sexualmente indiferenciado”*. La loro scelta non è

stata casuale: infatti né l'Italia né l'Uruguay prevedono soluzioni legislative che consentano a una coppia formata da persone dello stesso sesso di regolarizzare formalmente il loro rapporto.

Seppure sinteticamente è interessante verificare la disciplina spagnola sul tema: l'intervento legislativo si è limitato ad una sostituzione terminologica adattando i vocaboli propri dei ruoli nella coppia eterosessuale "*marido y mujer*" con i termini neutri di "*cónyuge*" e di "*consorte*". Attraverso questa operazione il legislatore spagnolo è intervenuto sui componenti della coppia invece che riformare completamente l'istituto. Questa scelta ha avuto una duplice valenza: da un lato distaccare il concetto di matrimonio dalla sua pretesa natura di istituto riservato a una coppia di sesso diverso per trasformarlo in uno strumento di realizzazione personale e affettiva in condizioni di uguaglianza; dall'altro lato adattarlo alla mutata realtà sociale. La valenza politica della scelta terminologica è stata illustrata come il raggiungimento dell'eguaglianza sostanziale attraverso il formalismo dell'assenza di riferimento al genere.

Anche nella disciplina comunitaria prevista dalla direttiva 2004/38/CE la scelta di neutralità terminologica, recepita fedelmente dal D. Lgs. 6 febbraio 2007, n. 30 (e ripresa dall'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), svolge un ruolo di primo piano. Infatti, indipendentemente dalla disciplina degli Stati nazionali in materia matrimoniale e familiare, il riferimento neutro è inteso a includere, e non ad escludere, le coppie formate da persone dello stesso genere. Questa scelta di neutralità inclusiva discende direttamente da uno dei quattro principi fondativi cardine dell'Unione Europea cioè la libertà fondamentale di circolazione delle persone all'interno dell'Unione Europea. Si tratta di un fulcro del progetto europeo e tale esigenza prevale e prescinde dalla regolamentazione nazionale dei rapporti familiari.

Il giudicante di questa fattispecie ha fatto dettagliato riferimento alla valenza delle delle fonti sovranazionali, quali l'art. 9 della Carta europea dei diritti fondamentali e gli artt. 8 e 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e alla giurisprudenza delle Corti sovranazionali formatasi su di esse, come già avvenuto nella sentenza di legittimità n. 4148 del 15 marzo 2012. In questo caso il giudicante rileva che seppure le Carte e le Corti europee non intendano imporre formule predeterminate ai legislatori nazionali, evitando qualsiasi interferenza nella sfera esclusiva dei medesimi. Ciò nonostante, va evidenziato che nell'ambito degli specifici interessi dell'Unione, come appunto la libertà di circolazione delle persone, trova applicazione il diritto sovranazionale di derivazione europea per il raggiungimento della finalità di rimuovere gli ostacoli alla libera circolazione delle persone, secondo la legge nazionale dello Stato ove si è formata l'unità familiare. Pertanto, il rimando dell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea assume il significato preciso di riconoscere e rispettare il diritto di ogni cittadino dell'Unione di spostarsi nel territorio conservando i propri rapporti familiari.

Non poteva mancare il riferimento del giudicante alla nota sentenza 138/2010 della Corte costituzionale, la quale ha riconosciuto alle coppie formate da persone dello stesso sesso “*il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia*”, discendente direttamente dall'art. 2 della Costituzione, “*che sarebbe certamente impedito in radice in ipotesi di negazione del diritto a proseguire la relazione affettiva dopo il trasferimento in Italia con la conseguente necessità di adeguare l'equiparazione del trattamento, soprattutto in carenza di una disciplina di carattere generale finalizzata a regolare i diritti e i doveri della coppia*”. Il giudice emiliano conclude quindi che il riconoscimento del diritto di soggiornare nel territorio dello Stato “*appare certamente in linea con gli indirizzi giurisprudenziali che da tempo hanno riconosciuto a tale unione rilevanza giuridica in specifici ambiti*”. Precisamente al momento sono stati riconosciuti dalla giurisprudenza alle coppie composte da persone del medesimo sesso il diritto al risarcimento del danno da morte, alla sublocazione dell'immobile, alla qualifica di obbligazione naturale alle donazioni tra conviventi omosessuali, all'astensione testimoniale, all'iscrizione del convivente omosessuale alla Cassa Mutua nazionale per il personale delle banche di credito cooperativo.

Appare evidente anche all'osservatore più disattento l'importanza esercitata in questo ambito dal diritto dell'Unione Europea. Nel primo caso la situazione del matrimonio della coppia dello stesso sesso italiana, residente in Italia che convola a nozze secondo la legge olandese, non riesce ad ottenere un effetto tangibile ed immediato sulla vita dei due soggetti perchè non sussistono ostacoli alla libertà di circolazione. Al contrario, la coppia dello stesso sesso, formata da un cittadino non comunitario e da un cittadino italiano che si è sposata in Spagna, riesce ad ottenere un effetto concreto, ovvero il permesso di soggiorno per il ricongiungimento familiare a favore del *cónyuge* straniero, grazie al diritto dell'Unione Europea che garantisce la libertà di circolazione delle persone a parità di condizioni all'interno dell'Unione. In caso contrario il cittadino uruguayano avrebbe dovuto essere espulso dal territorio italiano, circostanza che non sarebbe stata possibile in territorio spagnolo, proprio grazie all'avvenuto matrimonio.

Come sinteticamente analizzato, il diritto dell'Unione Europea prevede che in nome delle quattro libertà fondamentali, tra cui quella di libera circolazione, possano venire garantiti effetti diversi a situazioni che a livello nazionale potrebbero anche essere ignorate: la fattispecie del matrimonio tra le persone del medesimo sesso ne è uno degli esempi più evidenti. La medesima fattispecie può suggerire al giurista curioso analoghe considerazioni per quanto concerne l'ordinamento statunitense. Pure esso, seppure a condizioni molto diverse, viaggia su un doppio binario: quello statale, competente per la materia matrimoniale, e quello federale che conosce il *Defense of Marriage Act* (DOMA). Il DOMA è una legge entrata in vigore nel 1996 durante l'Amministrazione Clinton allo scopo di “*define and protect the institution of marriage*”. Esso esplicitamente prevede

che il matrimonio possa essere celebrato soltanto tra un uomo e una donna. Il DOMA è al centro di diverse dispute giudiziarie combattute sia a livello federale sia a livello statale. Infatti, recentemente, nel febbraio del 2012 la *United States District Court for the Northern District of California*, nel caso *Golinski v. United States Office of Personnel Management*, ha stabilito che le coppie coniugate dello stesso sesso non possono essere discriminate nell'erogazione dei benefici sanitari nei confronti delle coppie sposate eterosessuali; pertanto il DOMA, che stabilisce in via legislativa la differenza di sesso tra i nubendi per l'accesso al matrimonio, è incostituzionale. Tuttavia, il contenzioso più noto in materia concerne la nota "Proposition n. 8". Si ricorda che la Proposition n. 8 concerne il referendum popolare tenutosi nel novembre 2008 sull'introduzione nella Costituzione dello Stato della California della specifica previsione che il matrimonio possa essere celebrato solo tra un uomo e una donna. A questo proposito, la *US Court of Appeals for the Ninth Circuit* nella causa *Perry v. Brown* ha stabilito con una maggioranza di due giudici a uno che il referendum sulla c.d. Proposition n. 8 è incostituzionale perchè violativo delle *Due Process* e dell'*Equal Protection Clauses* previste dal XIV Emendamento della Costituzione federale. La questione non è ancora conclusa perchè sono attese ulteriori impugnazioni tanto alla plenaria del *Ninth Circuit* quanto alla Corte Suprema.