

DIRITTO ALLA “VITA FAMILIARE” PER LE COPPIE OMOSESSUALI: VERSO IL RICONOCIMENTO DEL DIRITTO AL MATRIMONIO?*

di Romina Cataldo**
(24 ottobre 2012)

SOMMARIO: I. Premessa: l'orientamento della Corte di Cassazione apparentemente conforme a un'interpretazione restrittiva dell'art. 29 Cost. – II. Il palese *overruling* giurisprudenziale della sentenza di legittimità determinato dall'incidenza della giurisprudenza comunitaria. - III. L'interpretazione creativa implicita dell'art. 29 Cost. – IV. Le lacune ordinamentali in materia e la necessità di un intervento politico.

I. Premessa: l'orientamento della Corte di Cassazione apparentemente conforme a un'interpretazione restrittiva dell'art. 29 Cost.

Con la sentenza n. 4184/2012, la Suprema Corte di Cassazione, chiamata a decidere sulla richiesta di trascrizione dell'atto matrimoniale regolarmente contratto all'estero dai componenti di una coppia omosessuale, ha affrontato la più generale questione relativa all'ammissibilità del matrimonio tra persone omosessuali nel nostro ordinamento¹.

Nel caso di specie, una coppia italiana, dopo aver contratto matrimonio nei Paesi Bassi, chiede nel 2004, all'ufficiale di stato civile del Comune di residenza, la trascrizione delle nozze. Il Sindaco del Comune di Latina rifiuta, però, di procedere a tale adempimento, poiché, in ragione dell'art. 18 del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, il matrimonio è contrario all'ordine pubblico. Al provvedimento di rifiuto segue il ricorso presentato dalla coppia al Tribunale ordinario di Latina, che lo rigetta nel 2005. La coppia propone, allora, reclamo di fronte alla Corte d'Appello di Roma che, nel 2006, lo rigetta rilevando l'inesistenza nella legislazione italiana di qualsiasi provvedimento che permetta la trascrizione automatica degli atti di matrimonio celebrati all'estero. Non è più, quindi, l'ordine pubblico a costituire il parametro di legittimità del riconoscimento al diritto alla trascrizione dell'atto matrimoniale, ma la mancanza di adeguati strumenti che permettano all'ufficiale di stato civile italiano di procedere

* Scritto sottoposto a *referee*.

1

Il 13 febbraio 2012 anche la I° Sezione civile del Tribunale di Reggio Emilia ha statuito su un caso simile accogliendo il ricorso di un cittadino extracomunitario al quale la questura emiliana aveva negato il permesso di soggiorno. La sentenza è motivata con l'argomento che si tratta di «coniuge» di un cittadino italiano, a seguito di un matrimonio celebrato in Spagna, 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 e relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

all'automatica trascrizione. Inoltre, la Corte d'Appello motiva il rigetto sostenendo che l'atto di cui si chiede la trascrizione deve possedere «le connotazioni proprie, nel nostro ordinamento, degli atti di matrimonio assoggettati a trascrizione negli archivi di cui all'art.10 come previsto dal D.P.R. n.396 del 2000», per cui la diversità di sesso tra i coniugi costituisce il requisito essenziale per l'esistenza del matrimonio nell'ordinamento interno.

Il Giudice di secondo grado esamina, inoltre, la normativa comunitaria portata alla sua attenzione dagli stessi ricorrenti e sostiene che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (con particolare riferimento all'art. 9) e i richiami del Parlamento Europeo rivolti agli Stati membri per sollecitare il riconoscimento delle coppie omosessuali non possano condizionare vincolativamente il legislatore nazionale². Per quanto riguarda il profilo costituzionale, invece, la Corte asserisce che nonostante l'apertura dell'ordinamento alla ricezione in ambito giuridico di nuove figure alle quali, per il tramite del sentire comune, la società attribuisce il senso di "famiglia", l'interpretazione dell'art. 29 Cost., strettamente ancorata al diritto positivo e alla concezione sociale, non permette una forzatura semantica del disposto normativo.

La decisione della Corte di Cassazione riprende ampiamente i motivi attraverso i quali il Giudice di secondo grado ha rigettato il ricorso, ma la sua cognizione si estende oltre il *petitum* richiesto delle parti. Difatti, la Suprema Corte ritiene necessario che, per statuire sulla richiesta di trascrizione dell'atto di matrimonio, sia necessario accertare preliminarmente una questione più generale, ossia l'ammissibilità nell'ordinamento italiano del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Tenendo fermo il costante assunto secondo il quale la trascrizione italiana dell'atto di matrimonio celebrato all'estero può avvenire solo «se sussistano i requisiti sostanziali relativi allo stato ed alla capacità delle persone previsti dalla legge italiana»³, la Cassazione afferma che la diversità di sesso dei nubendi, sebbene non sia espressamente prevista nemmeno da norme di rango costituzionale, è «requisito minimo indispensabile per la stessa "esistenza" del matrimonio civile come atto giuridicamente rilevante»⁴ che condiziona, pertanto,

2

Nel 2006, infatti, la Carta dei diritti non ha ancora carattere vincolante e i richiami del Parlamento Europeo sono ritenuti mere dichiarazioni a carattere programmatico, ovvero prive di efficacia.

3

Cass. civ., Sez. I, n.4184, §2.2.1 dei *Motivi della decisione*. In questo punto la Corte rammenta che la «giurisprudenza di legittimità in materia di matrimoni civili dei cittadini italiani celebrati all'estero è ferma nell'enunciare il principio secondo il quale la diversità di sesso dei coniugi costituisca un presupposto di esistenza del matrimonio stesso».

4

Dato che per la Suprema Corte la diversità di sesso tra i coniugi è un presupposto ineliminabile dell'istituto matrimoniale, «l'atto di matrimonio tra persone dello stesso sesso», poiché carente di un «requisito indispensabile per la sua stessa identificabilità come tale secondo la fattispecie astratta

2

la trascrizione dello stesso. Tale requisito è «postulato implicito» a fondamento di tale istituto⁵.

La Cassazione riprende le parole della Corte costituzionale contenute nella sentenza n. 138 del 2010⁶, ponendo l'accento su una «consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio»⁷, nonché su una tradizione culturale condivisa ed espressa dal diritto positivo.

Il richiamo alle tradizioni culturali su cui poggia l'ordinamento italiano è pregnante sin dalle prime battute della sentenza, tanto da leggere già di impossibilità all'ammissione del matrimonio omosessuale, posto che le fondamenta di quest'unione civile rimangono vincolate al «significato tradizionale»⁸ accolto in Costituzione e al carattere eterosessuale dei coniugi. La Corte fa leva sulla recente pronuncia costituzionale proprio per mettere in luce l'impossibilità dei giudici di ricavare, dall'interpretazione dell'art. 29 Cost., il diritto degli omosessuali di contrarre matrimonio, poiché ciò rappresenterebbe un'interpretazione creativa del nucleo della norma. I Giudici ribadiscono che un tale diritto non può fondarsi neanche sull'art. 2 Cost., il quale, nonostante sia un

normativamente prefigurata, non è previsto dall'ordinamento e quindi, in questo senso, non esiste», Cass. civ., Sez. I, n. 4184/2012, § 2.2.2 dei *Motivi della decisione*.

5

L'implicità del requisito della diversità di sesso dei nubendi si deduce anche da numerose disposizioni legislative, in primo luogo dall'art. 107, primo comma, cod. civ. che, disciplinando la forma della celebrazione del matrimonio, prevede che l'ufficiale dello stato civile celebrante «riceve da ciascuna delle parti personalmente, l'una dopo l'altra, la dichiarazione che esse si vogliono prendere rispettivamente in marito e moglie». L'utilizzo dei termini «marito» e «moglie» al posto di altre terminologie più generiche, mette in evidenza come l'intento del legislatore sia stato proprio quello di rappresentare la contrapposizione dei sessi dei coniugi.

6

Come è noto, infatti, nel 2010 in materia è intervenuta la sentenza della Corte costituzionale n. 138/2010 che si qualifica di inammissibilità in riferimento agli artt. 2 e 117, primo comma, Cost. e di non infondatezza in riferimento agli artt. 3 e 29 Cost. La questione oggetto della pronuncia veniva sollevata in una fattispecie di opposizione, ai sensi dell'art. 98 cod. civ., avverso l'atto con il quale l'ufficiale dello stato civile rifiutava di procedere alla pubblicazione di matrimonio richiesta da due persone dello stesso sesso. Uno dei principi definiti dalla Corte con la sentenza in questione è quello secondo il quale «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio» (punto 9 del *Considerato in diritto*).

7

Corte cost., n. 138/2010, punto 6 del *Considerato in diritto*.

8

Il riferimento al «significato tradizionale» del matrimonio è contenuto nella stessa sentenza della Corte cost., n. 138/2010, punto 9 del *Considerato in diritto*.

3

principio-valvola che garantisce la dinamicità del patrimonio costituzionale dei diritti, deve trovare applicazione sempre entro le coordinate fissate dal testo costituzionale⁹.

Ebbene, proprio da questa lettura della sentenza sembrerebbe che anche il Giudice di legittimità sia orientato verso un'interpretazione restrittiva dell'art. 29 Cost., fondata sull'impossibilità di operare *creativamente* sulla norma costituzionale, escludendo non solo la possibilità di introdurre nel nostro ordinamento il matrimonio omosessuale per il tramite di tale disposizione, ma, in linea con il Giudice delle leggi, anche l'omogeneità tra le due fattispecie.

II. Il palese overruling giurisprudenziale della sentenza di legittimità determinato dall'incidenza della giurisprudenza comunitaria

Se con la parte iniziale dell'argomentazione giuridica della sentenza la Suprema Corte pare orientata verso un'interpretazione restrittiva dell'art. 29 Cost., in linea con un consolidato indirizzo giurisprudenziale, la parte successiva sembra evidenziare un *overruling* dei suoi precedenti influenzato dall'orientamento europeo.

Non sorprende, infatti, che, sulla scorta dei nuovi bisogni sociali e del nuovo volto assunto dai diritti nella realtà globalizzata, i Giudici giungano a tale *overruling* utilizzando i ragionamenti provenienti dai giudicati stranieri e, nello specifico, l'interpretazione "evolutiva" elaborata dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo in *Schalk and Kopf*¹⁰ relativamente all'art. 12¹¹ della Convenzione

9

In tal senso M. LUCIANI, *Positività, meta positività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Jovene, Napoli, 2009, III, 1067; A. BARBERA, *Commento all'art. 2 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975, 50 ss. *Contra* P. GROSSI, *Introduzione allo studio dei diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1972, 159 e ss, il quale fornisce una dettagliata esposizione di argomenti che imporrebbero una lettura «chiusa» dell'art. 2 Cost.. Invece, per una configurazione dell'art. 2 Cost. come norma di mediazione tra una concezione «aperta» alle nuove manifestazioni del valore unitario della libertà della persona e una concezione «chiusa», cfr. F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, 1 ss.

10

Nel caso *Schalk e Kopf c. Austria*, la Corte Europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata in un caso analogo a quello analizzato giungendo, peraltro, al rigetto del ricorso. La questione sottoposta all'esame della Corte traeva le mosse da un ricorso presentato nei confronti dell'Austria da una coppia di cittadini austriaci dello stesso sesso che, vedendosi negato il diritto di sposarsi, lamentavano di essere stati discriminati a causa dell'orientamento sessuale. 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, 61 ss.

11

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».

4

europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e all'art. 9¹² della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Poiché la realtà socio-giuridica europea ed extraeuropea mostra una consolidata tendenza a riconoscere alle coppie dello stesso sesso lo *status* di unità familiare¹³, la Suprema Corte ritiene necessario valutare la questione sottoposta proprio alla luce dell'evoluzione compiuta a livello europeo. In forza di ciò, nella sentenza di legittimità si legge che la Corte di Strasburgo «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 [...]»¹⁴. A parere della stessa Corte Europea, sebbene nella formulazione letterale di tale articolo vengano utilizzati specificatamente i termini “uomo” e “donna”, il diritto riconosciuto non può più essere limitato solo ai soggetti così indicati, ma deve essere esteso anche ai componenti di una coppia formata da persone dello stesso sesso. Di conseguenza, se a tali soggetti viene riconosciuto il diritto di sposarsi, non può non estendersi ad essi anche la tutela prevista dagli artt. 8 e 14 CEDU¹⁵, in quanto anche una stabile relazione di fatto di una coppia formata da persone del medesimo sesso rientra nella nozione di «vita familiare».

Alla luce di queste considerazioni, la Cassazione specifica che dall'interpretazione dell'art. 12 Convenzione, in combinato disposto con l'art. 9 del Patto, la Corte Europea attribuisce al diritto al matrimonio un “contenuto” ermeneutico più vasto di quello tradizionale, includendovi anche il rapporto tra

12

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».

13

Vi sono, infatti, vari Paesi che hanno già provveduto o al riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso, o alla previsione di più limitati strumenti tendenti a formalizzare alcuni loro diritti. Si veda, a tal proposito, la legislazione portoghese; quella spagnola; quella francese e quella olandese. Una descrizione della disciplina esistente in questi Stati viene fornita da F. VARI, *Famiglia, unioni more uxorio e altre forme di convivenza: principi costituzionali, suggestioni comparatistiche e diritto comunitario*, in A. LOIODICE – I. LOIODICE – F. VARI, *La nuova generazione dei problemi costituzionali*, Edizioni Art, Novara, 2006, 122 ss.

14

Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 24 giugno 2010, Prima sezione, caso *Schalk e Kopf* contro Austria, riportata in § 3.3.3 dei *Motivi della decisione*.

15

L'art. 8 CEDU disciplina il “Diritto al rispetto della vita privata e familiare”, mentre l'art. 14 CEDU il “Divieto di discriminazione”.

persone di ugual sesso, ferma restando, però, una «riserva assoluta di legislazione nazionale».

Occorre sottolineare che, date le caratteristiche della Carta europea dei diritti dell'uomo, tale riserva è d'obbligo. Difatti, nonostante la Corte costituzionale abbia ormai, da anni, adottato un orientamento volto al riconoscimento non solo della CEDU, ma anche della giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹⁶, le sentenze della Corte Europea non sono idonee a produrre effetti in relazione alla legislazione nazionale in quanto, proprio in virtù della dottrina del margine di apprezzamento, non possono limitare la discrezionalità legislativa degli Stati parte della Convenzione. In materia, pertanto, il legislatore degli Stati nazionali rimane libero di decidere se permettere o meno il matrimonio omosessuale. Nonostante ciò, secondo la Suprema Corte, le disposizioni sovranazionali «– 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”. Da ciò deriva che il limitato, ma decisivo effetto dell'interpretazione della Corte europea», – secondo cui essa 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. 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»¹⁷.

Su tali premesse i componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, se non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio «quali titolari del diritto alla “vita familiare” e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia» possono adire i giudici comuni per far valere il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata¹⁸.

16

Ciò è accaduto con le note sentenze 348 e 349 del 2007 con le quali la Corte costituzionale ha attribuito alle norme della CEDU il ruolo di norme interposte nei giudizi di legittimità costituzionale. Sul punto si veda, tra gli altri, A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)*, in www.forumcostituzionale.it, 23 marzo, 2011; R. CONTI, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in www.federalismi.it, 23 marzo 2010.

17

Cass. civ., Sez. I°, § 4.1 dei *Motivi della decisione*.

18

Ivi.

III. L'interpretazione creativa implicita dell'art. 29 Cost.

La massima stabilita dalla Corte si presta a un rilievo critico. Il *benefit* ricavabile dalla pronuncia della Corte di Strasburgo, ossia quello di aver fatto cadere il «postulato implicito» del matrimonio, potrebbe scardinare «una consolidata e ultramillenaria tradizione», con ciò andando oltre quanto statuito dalla stessa Corte costituzionale italiana.

Il risultato raggiunto con la sentenza in commento pare opposto rispetto a quello ottenuto con la sentenza costituzionale, tanto da prefigurare un'interpretazione creativa "implicita" dell'art. 29 Cost., in contrapposizione a quella "originalista"¹⁹ sostenuta dalla Consulta.

La Corte costituzionale, infatti, stabilisce che il concetto di matrimonio avallato dalla nostra Carta fondamentale è quello desumibile dalla disciplina codicistica come unione tra persone di sesso diverso. Essa specifica, inoltre, che non è solo l'istituto matrimoniale ad essere stato costituzionalizzato dall'art. 29 nel significato appena dedotto, ma anche il concetto di famiglia. Sebbene tali nozioni non possano essere cristallizzate all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore e, quindi, vadano interpretate tenendo conto dell'evoluzione della società e dei costumi, tale attività non può spingersi evolutivamente fino ad incidere «sul nucleo della norma»²⁰. Escludendo la possibilità che il diritto al matrimonio si possa ricavare dall'interpretazione evolutiva dello stesso art. 29 Cost. e definendo il paradigma eterosessuale del matrimonio come «postulato implicito»²¹ di tale istituto, la Corte include, invece, il rapporto di coppia tra

19

La dottrina oggi dominante critica l'utilizzo da parte della Corte costituzionale dell'argomento originalista in quanto tende a vincolare l'interpretazione del dettato costituzionale al significato storicamente dato dal Costituente con riguardo alla situazione presente al momento dell'approvazione della Carta costituzionale. R. ROMBOLI, *Corte e diritti*, in *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, in F. DAL CANTO – E. ROSSI (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Giappichelli, Torino, 2010, spec. 25, è nel senso di assegnare alla volontà storica del legislatore un significato solo di carattere ausiliario nell'interpretazione del testo normativo, allo scopo di evitare una «pietrificazione» del diritto al momento della sua approvazione.

20

Corte cost., n. 138/2010, punto n. 9 del *Considerato in diritto*.

21

Non sono mancati autori che hanno rilevato che la sentenza della Corte apre le porte ad un futuro riconoscimento del matrimonio omosessuale. V. TONDI DELLA MURA, *La sentenza che ha difeso la parola "matrimonio"*, in *www.ilsussidiario.net*, 19 aprile 2010, 1, rileva, e lamenta, che la sentenza avrebbe garantito solo il *nomen* del matrimonio, ma non la sostanza dell'istituto, posto che il catalogo dei diritti relativi sarebbe suscettibile di un'applicazione estensiva anche alle coppie omosessuali.

persone di pari sesso solo nel concetto di formazione sociale sulla base dell'art. 2 Cost.²².

Si noti che la Corte attribuisce alle coppie omosessuali *solo* il diritto fondamentale di vivere liberamente una *condizione di coppia*, ma non estende ad esse – a differenza del Giudice di legittimità – anche il diritto alla *vita familiare*.

Orbene, mentre il Giudice delle leggi evita, così, di spingersi verso un'interpretazione del disposto costituzionale lesivo del nucleo della norma, il Giudice di ultima istanza pare giungere proprio ad un'operazione contraria, poiché il riconoscimento di un diritto fondamentale alla "vita familiare" anche ai componenti delle coppie omosessuali comporterebbe *implicitamente* l'ammissione del loro diritto a sposarsi²³.

Mentre l'esclusione di tale diritto è compatibile con la qualificazione sostenuta dal Giudice delle leggi, il concetto di "vita familiare" deve, in effetti, essere letto in connessione semantica con l'istituto del matrimonio. Esso è, cioè, un concetto ricorsivo, circolare, dove il matrimonio postula (per riprendere il termine utilizzato dai giudici di legittimità) la "vita familiare", ma allo stesso tempo quest'ultima postula il matrimonio. Da non trascurare che la stessa portata del rapporto familiare si evince già dalle disposizioni degli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione, le quali assegnano alla famiglia una collocazione di notevole importanza e autonomia rispetto allo Stato. La famiglia è, infatti, una comunità di socializzazione, di riproduzione, di educazione, con funzioni ed effetti specifici che vanno – nell'interesse di tutti – regolati dalla legge. Lo scambio dei consensi, i diritti e doveri dei coniugi, la coabitazione, la fedeltà, l'assistenza, la collaborazione ecc.²⁴, sono elementi fondanti la famiglia intesa

22

Corte cost., n. 138/2010, punto 8 del *Considerato in diritto*. V. TONDI DELLA MURA, *Le coppie omosessuali fra il vincolo (elastico?) delle parole e l'artificio della "libertà"*, in www.federalismi.it, 21 settembre 2010, 10, sottolinea, che le argomentazioni utilizzate dalla Consulta per riportare il rapporto di coppia omosessuale nell'ambito di applicazione dell'art. 2 Cost. sono una «forzatura (apparentemente solo) semantica, che ha inciso sullo sviluppo assiologico della sentenza, caratterizzandone e sviandone il percorso logico e argomentativo».

23

Per L. LORELLO, *La Cassazione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale*, in www.rivistaaic.it, 08 maggio, 2012, 3, l'attribuzione della qualifica di "vita familiare" al rapporto di coppia omosessuale rappresenta il «pretesto» per giungere al riconoscimento della relazione omosessuale come base per la costruzione di una vita familiare e, quindi, di una famiglia snaturando l'istituto del matrimonio così come concepito e radicato nel patrimonio costituzionale di identità di ciascuno Stato.

24

Per un'analisi approfondita di tali elementi si rinvia a M. BESSONE – G. ALPA – A. D'ANGELO – G. FERRANDO – M.R. SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*. V° ed, Zanichelli, Bologna, 2006, 96 ss. La stessa disciplina codicistica civile prevede che, affinché il matrimonio come atto giuridico sia valido nel nostro ordinamento, è necessario che a questi elementi si affianchino anche le condizioni per contrarre matrimonio, tra le quali rientra proprio la diversità di sesso dei nubendi.

come una “istituzione stabile”²⁵, un’autentica “alleanza personalizzante”²⁶ che unisce in un’unica persona i membri che la compongono. Coerentemente, questa posizione ideologica si riverbera sul rapporto familiare, sì che la circolarità del concetto è data dal fatto che la famiglia non può che essere quella fondata sul matrimonio, tesa a garantire l’ordinato svolgersi delle relazioni non solo tra i sessi, ma anche tra le generazioni di cui si compone e nell’ambiente in cui opera.

Il modello di famiglia delineato dalla Costituzione presenta delle precise caratterizzazioni contenutistiche, espressive di una concezione familiare con chiare implicazioni sia sul piano relazionale, sia sul piano giuridico del riconoscimento dei diritti che implicano un’organizzazione di vita reale istituzionalmente garantita.

Ebbene, la sentenza della Cassazione pare estenda le caratteristiche proprie dell’istituto matrimoniale tradizionalmente inteso, anche ad una coppia formata da persone di ugual sesso conviventi in modo stabile e legate da un vincolo affettivo, includendo nell’art. 29 Cost. il diritto degli omosessuali a contrarre matrimonio²⁷.

25

Cfr. N. PIGNATELLI, *I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra “istituzione” matrimoniale e “funzione” familiare*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2005, 243 ss.; V. TONDI DELLA MURA, *Verso la liberalizzazione dei “modelli familiari”? I rischi della (forzata) omologazione fra i diritti dei coniugi e i diritti dei conviventi*, in C. MIRABELLI (a cura di), *La Costituzione repubblicana. Fondamenti, principi e valori, tra attualità e prospettive*, Edizioni Ares, Roma, 2011, 190-213, rileva che la costituzione ha confermato la natura istituzionale della famiglia, stemperandola però dei profili pubblicistici dello Stato etico-fascista e modificandola sulla base dei nuovi principi del personalismo.

26

P. DONATI, *La famiglia italiana si “si pluralizza”*: realtà, significati, criteri di distinzione, in ID. (a cura di), *Identità e varietà dell’essere famiglia. Il fenomeno della “pluralizzazione”*, *Settimo rapporto CISF sulla famiglia in Italia*, Cinisello Balsamo, San Paolo, 2001, 29.

27

Questa interpretazione fornisce un ulteriore tassello per «smantellare» il diritto di famiglia tradizionale. S. NINATTI – L. VIOLINI, *Nel labirinto del principio di non discriminazione: adozione, fecondazione eterologa e coppia omosessuale davanti alla Corte di Strasburgo*, in www.forumcostituzionale.it, 24 aprile 2012, 13-14, sottolineano come manca, al presente, una solida base motivazionale per giustificare le differenziazioni rispetto ad altri analoghi istituti, non a caso introdotti per consentire l’accesso alla tutela legale simil-matrimoniale ad altri tipi di convivenze, basate sul venir meno di uno dei tre elementi che tradizionalmente hanno qualificato il matrimonio, vale a dire la monogamia, l’esogamia e l’eterosessualità. Questo profilo è messo in luce anche da V. TONDI DELLA MURA, *Verso la liberalizzazione*, cit., il quale, affrontando il tema delle *unioni di fatto*, mette in discussione proprio l’ammissibilità, nel nostro sistema costituzionale, di introdurre con legge ordinaria un modello di famiglia alternativo o concorrente rispetto a quello riconosciuto dalla Carta fondamentale, poiché ciò comporta delle implicazioni giuridiche e sociali destinate a ricadere sull’agire dei diversi soggetti coinvolti.

Da qui la differenza con il *dictum* costituzionale sia sul piano valoriale, relativo all'ammissibilità nell'ordinamento del diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso, sia sul piano ermeneutico, poiché, al contrario di quanto stabilito nella stessa sentenza della Consulta, la Cassazione *si spinge* «fino al punto di incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata»²⁸.

Il rischio sotteso a tale pronuncia è che la legalità ordinaria²⁹, quale prodotto dell'evoluzione dello Stato di diritto nello Stato costituzionale di diritto, si possa sovrapporre alla legalità costituzionale. Uno sconfinamento tra le sfere di competenza giurisdizionale³⁰ potrebbe, così, comportare delle conseguenze non sottovalutabili in quanto, qualora il Giudice supremo superi il proprio limite sistemico rappresentato dall'attività di nomofilachia della legge³¹, potrebbe

28

Per evidenziare il contrasto sostenuto, si riprende, eliminando la negazione iniziale, la considerazione espressa dalla Corte costituzionale nel punto 9 del *Considerato in diritto* la quale, per giustificare l'impossibilità di ricavare il diritto al matrimonio omosessuale da un'interpretazione creativa dell'art. 29 Cost., afferma proprio che «Detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata».

29

Cfr. G. CAMPANELLI, *Incontri e scontri tra Corte Suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Giappichelli, Torino, 2005, 217 ss.

30

E' pur vero che la Corte Costituzionale si è avvalsa negli anni addietro del potere di interpretare la legge facendo un ampio uso delle sentenze interpretative di rigetto. La situazione ricorre nel periodo della "guerra tra le due Corti", ossia il periodo di tensione tra la Corte costituzionale e la Corte di Cassazione poco incline ad accettare le interpretazioni della legge suggerite dalla Consulta. Oggi, i rapporti intercorrenti tra Corte costituzionale e Corte di Cassazione rappresentano un processo ad itinere non consolidato, né cristallizzato. L'elemento centrale di novità è rappresentato dal presunto, considerevole e preoccupante aumento delle decisioni che sono state identificate come ipotesi di scontro, di "guerra" tra i due organi. Lo scontro moderno, però, non ha nulla a che fare con quello istituzionale creatosi nel periodo della "guerra tra le due Corti", ma è uno scontro fisiologico che resta nell'ambito del contrasto giurisprudenziale. Per un approfondimento di tale aspetto si rinvia a G. CAMPANELLI, *Incontri e scontri*, cit., 294-304; R. ROMBOLI, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice dopo l'entrata in vigore della Costituzione*, in G. CAMPANELLI (a cura di), *Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché)*, Giappichelli, Torino, 2009, 29; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo II, nona ed., Cedam, Padova, 1976, 1430 ss.

31

Per P. CALAMANDREI – C. FURNO, *Cassazione civile*, in *Nov. Dig. It.*, vol. II, Utet, Torino, 1958, 1055, alla Corte di Cassazione è riservato il solo potere di dichiarare il significato della sola legge al fine dell'applicazione nel caso concreto, operando in tal modo solo nella fase di formazione o di formulazione del diritto da applicare ai casi futuri. Per G. CAMPANELLI, *Incontri e scontri*, cit., 181, un ruolo fortemente dinamico del Giudice di legittimità, teso a rinnovare ed adeguare i contenuti della norma interpretata alle

incidere tanto sulla legittimazione propria della Corte costituzionale rispetto al valore, ossia all'impatto che le sue decisioni provocano all'interno dell'ordinamento, quanto sulla legittimazione rispetto allo scopo, indebolendo la sua stessa *ratio essendi*³².

IV. Le lacune ordinamentali in materia e la necessità di un intervento politico

Dall'analisi svolta sembra che la Cassazione, riconoscendo alle coppie omosessuali un diritto fondamentale e universale alla "vita familiare", abbia voluto esprimere la propria apertura giurisprudenziale a un'interpretazione del testo costituzionale che, letto in linea con le previsioni contenute nelle Carte europee, «consente» il matrimonio tra persone di ugual sesso.

Sul piano fattuale questa impostazione teorica delinea l'ulteriore questione del rapporto tra giudice e legislatore, tra interpretazione creativa dei diritti e regolamentazione legislativa delle istanze di tutela. Un tema quanto mai dibattuto soprattutto di recente, in un momento in cui la crisi legislativa e l'inerzia della politica, di fronte alle esigenze evolutive della società, ampliano sempre di più lo spazio per una supplenza giudiziaria. In presenza di lacune normative, infatti, l'autorità giudiziaria, chiamata a dare una risposta alla domanda di giustizia che le è rivolta, si legittima quale creatrice di una regola *ex post facto* aderente al caso concreto. In tali ipotesi, la mancanza di un dato testuale certo fa della Costituzione uno strumento di "trasformazione negoziale"³³ tale per cui, a causa della comparazione con altri ordinamenti, i diritti in essa contenuti diventano modellabili in ragione delle istanze di tutela che i giudici ritengano di accogliere in modo conforme al loro senso di giustizia. Inoltre, il rischio che si cela dietro il trapianto sul piano statale di un principio elaborato a livello europeo è quello di perdere di vista le particolarità sociali, vale a dire i fattori morali, economici, politici, culturali, che denotano il nostro Paese e su cui si fondano gli stessi diritti.

Nel caso in commento, è vero che la Suprema Corte sottolinea che la scelta relativa al riconoscimento del diritto dei componenti di una coppia omosessuale a contrarre matrimonio spetta al legislatore, il quale rimane libero di decidere le

nuove esigenze sociali e culturali, è limitato alla sola applicazione del diritto «mediante l'accertamento delle singole volontà di legge che scaturiscono, per regolare i rapporti individuali, dal coincidere di una fattispecie reale con una fattispecie legale». In tal senso anche V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1979, 294.

32

In tal senso M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in www.federalismi.it, 8 agosto 2007, 16.

33

Cfr. M. ESPOSITO, *Note minime sul periclitare del confine tra legge e giurisdizione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 22 giugno 2009, 6.

modalità del suo intervento³⁴, ma bisogna interrogarsi sull'ampiezza della discrezionalità legislativa lasciata dalla sentenza.

Ora, anche se tale pronuncia non può avere alcun effetto giuridico *vincolante* sulla scelta del legislatore, essa può costituire un terreno fertile di opzioni normative "obbligate" e allo stesso tempo "consentite".

Proprio attraverso l'attività di nomofilachia, la Cassazione può attribuire un forte grado di persuasività alle proprie decisioni tale per cui, nelle ipotesi di vuoto normativo, tenderà a suscitare un'influenza di fatto non solo sulle intenzioni dei giudici che si potranno trovare in seguito a decidere sul punto, ma anche sulle regole non dettate dal legislatore. Difatti, la forza persuasiva insita nelle determinazioni proprie del Giudice di legittimità è tale da proiettare la singola decisione *oltre* il caso di specie, sino ad interessare la fase di formazione o di formulazione del diritto da applicarsi ai casi futuri³⁵. In tal modo, la singola controversia privata rappresenta solo l'occasione per fondare una regola generale, da intendersi quale precedente capace di preservare la legalità dell'ordinamento³⁶. Ciò potrebbe accadere proprio nel caso di cui si discute, poiché l'interpretazione fornita dalla Cassazione, tendente proprio a colmare il vuoto politico della materia, sarebbe in grado di assumere una persuasività tale da portare, in presenza del formarsi di un'interpretazione ampiamente condivisa in giurisprudenza, alla formazione di un vero e proprio "diritto vivente" sull'art.

34

Cass. Civ., Sez. I^o, §4.1 – 4.2 delle *Motivazioni della decisione*. Proprio in presenza di lacune dell'ordinamento, al fine di evitare la supplenza giudiziaria, la soluzione legislativa rappresenta una via necessaria. Nel caso d'inerzia legislativa, infatti, sempre più spesso le Corti tendono a creare regole che si inseriscono nel sistema normativo in via immediata, aggirando le resistenze, ma anche le garanzie, parlamentari. Per un'approfondita descrizione dei rischi connessi alla produzione normativa giurisprudenziale cfr. V. TONDI DELLA MURA, *I rischi della competizione regolariva e valoriale fra i diversi poteri dello Stato (riflessioni a margine del «caso Englaro»)*, in *Archivio Rivista Aic*, ora anche in [M. ESPOSITO – I. LOIODICE – A. LOIODICE – V. TONDI DELLA MURA](#), *Temi di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2012, spec. 258.

35

P. CALAMANDREI – C. FURNO, *Cassazione civile*, cit., 1055.

36

G. CAMPANELLI, *Incontri e scontri*, cit., 174 ss.

12

29 Cost., scardinando, così, quella «consolidata ed ultramillenaria tradizione»³⁷ tanto avvalorata dalla pronuncia della Corte costituzionale.

In linea con la giurisprudenza di legittimità, anche il legislatore potrebbe decidere di introdurre nel nostro ordinamento delle tutele giuridiche in favore delle coppie omosessuali. Il punto non è l'impossibilità di un eventuale riconoscimento di tali unioni, che secondo la Corte costituzionale hanno il diritto di vivere liberamente una condizione di coppia, ma è resistere alla tentazione di estendere attraverso la "creazione giudiziaria" gli istituti tradizionalmente incompatibili con le caratteristiche proprie delle unioni tra persone di ugual sesso. Difatti, ammesso che le Corti possano anche supplire al legislatore nell'assunzione di decisioni riguardanti i diritti fondamentali quando il potere politico si dimostri impotente, esse non potranno mai riempire il vuoto che si apre al centro della società, producendo i principi e i valori fondanti le garanzie. Al "dire di una corte, infatti, deve corrispondere un essere profondamente radicato nella società civile"³⁸, una "tradizione di coscienza costituzionale della società"³⁹, "una forza culturale, vivente con immediatezza spontanea nella società"⁴⁰, che si traduca in condivisione autentica ed effettiva del progetto di unità politica iscritto in Costituzione.

Questo vale tanto più quando l'opera giurisprudenziale creativa finisce per estendere quei diritti inviolabili che si sono *relativizzati* alle necessità e alle finalità di un'istituzione, quale quella familiare, a nuovi modelli realizzatisi in via di fatto sulla scorta dell'evoluzione dei costumi sociali.

37

I. MASSA PINTO, "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?*, in *www.rivistaaic.it*, n. 2, 02 aprile 2012, lascia appunto aperto l'interrogativo se una sentenza della Corte di Cassazione può attribuire a (un inciso di) una sentenza della Corte europea il potere di scardinare «una consolidata ed ultramillenaria tradizione» (superando anche il giudicato costituzionale).

38

C. TRIPODINA, *Il potere politico della Corte costituzionale e i suoi limiti*, in R. BALDUZZI – M. CAVINO – J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, Giappichelli, Torino, 2010, 49.

39

L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, in AA.VV., *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica, stile*, Padova, 1988, 229, che definisce tale tradizione «il più sicuro fondamento per la longevità delle costituzioni».

40

G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988, 126.

L'istanza di garanzia sociale dei diritti dei componenti le coppie omosessuali, infatti, ha sullo sfondo un problema più grande, che si traduce nel riconoscimento di una nuova istituzione, di un nuovo modello di famiglia, alternativo e concorrente a quello costituzionale. Tale riconoscimento non è automatico, ma è condizionato sia dai valori condivisi nella società e di cui il legislatore è portavoce, sia dal bilanciamento legislativo, effettuato *a valle*⁴¹, con i diritti già esistenti e spettanti alle coppie eterosessuali.

Ad oggi la Corte costituzionale è l'unica ad aver compiuto un'operazione espressiva dei principi costituzionali rilevanti in materia di coppie composte da persone dello stesso sesso. Con la sentenza del Giudice delle leggi, però, si è dato adempimento solo a una fase finale di un processo teso al riconoscimento di un nuovo diritto che, invece, deve essere molto più lungo e ponderato.

È su tali basi che un intervento legislativo si ritiene quanto mai necessario, poiché solo la produzione del diritto da parte del Parlamento si ricollega al rapporto di rappresentanza diretta del corpo elettorale. Naturalmente, tale intervento dovrà essere in primo luogo diretto a stabilire se le tutele garantite ai componenti delle coppie omosessuali debbano essere ricomprese nell'art. 2 Cost. (e di conseguenza anche nell'art. 3 Cost.), dando continuità a quanto stabilito dalla Corte costituzionale, oppure se debbano fondarsi sull'art. 29 Cost. aderendo, così, alla pronuncia della Cassazione.

La definizione della questione sul piano legislativo potrebbe permettere anche di evitare l'instaurazione di una serie di ricorsi giurisprudenziali fondati su quell'inciso della pronuncia della Corte di Cassazione in base al quale i componenti di una coppia formata da persone dello stesso sesso, indipendentemente da un intervento legislativo, potranno adire i giudici comuni per far valere, in presenza di «"specifiche situazioni", il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata». E' proprio in sede di ricorso ordinario che la parti potranno eventualmente sollevare le eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti⁴². Sebbene dalle statuizioni di legittimità si può, poi, desumere un implicito invito, rivolto ai giudici comuni, alla "istigazione" a ricorrere al Giudice delle leggi – tra l'altro in linea con quanto statuito già nella sentenza costituzionale⁴³ – non

41

M. LUCIANI, *Conclusioni*, in *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, in F. DAL CANTO – E. ROSSI (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Giappichelli, Torino, 2010, 419. L'individuazione di un nuovo diritto pone inevitabilmente la necessità che lo stesso sia bilanciato con gli altri già esistenti. Questa attività, però, deve essere svolta *a monte* del sistema di garanzia e cioè *in primis* dal legislatore; solo in ultima istanza deve essere concretizzata dal giudice in sede processuale.

42

Cass. civ., Sez. I, n. 4184/2012, § 4.2 dei *Motivi della decisione*.

43

Fondamentale è, in tal senso, Corte cost., n. 138/2010, punto 3.2 del *Considerato in diritto* dove la Giudice costituzionale afferma *che* «Il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, derivante invece direttamente dall'art. 2 Cost., comporta che i singoli (o entrambi i)

bisogna sottovalutare che tale esortazione potrà portare a un circolo vizioso i cui principali “attori” della regolamentazione normativa saranno ancora e solo i giudici.

Ebbene, forse è proprio giunto il momento di prevedere legislativamente adeguati strumenti di garanzia che permettano di evitare non solo di lasciare questi “nuovi diritti” ancora nel limbo di quelli definiti “accertati ma non tutelati”⁴⁴, ma anche il rischio di legittimare quanto mai i giudici a supplire ancora, nel futuro⁴⁵, qualora l’assenza o il difetto di regolamentazione dovessero perdurare.

** Dottoranda di Ricerca in Forme dell’evoluzione del diritto presso l’Università del Salento

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».

44

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 *Giur. cost.* 2010, 2, 1629.

45

Non si può escludere, infatti, che in futuro le pretese di riconoscimento dei diritti degli omosessuali vertano proprio in tema di “vita familiare”. Cfr. N. PIGNATELLI, *Dubbi di legittimità costituzionale sul matrimonio “eterosessuale”*: *profili processuali e sostanziali*, in www.forumcostituzionale.it, 2010, 19-20.