

Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra le sentenze della Corte costituzionale 138/2010 e della Corte di cassazione 4184/2012

di Barbara Pezzini *

(Il testo anticipa la versione destinata, con ulteriori integrazioni, alla pubblicazione in e-book curato da R. Torino, dal titolo *Diritto, omosessualità, famiglia. Il diritto alla vita familiare delle coppie formate da persone dello stesso sesso*)

SOMMARIO: 1. *Il paradigma eterosessuale incrinato.* - 2. *Una riflessione sulla funzione del diritto (della responsabilità del giurista di fronte al mutamento del paradigma).* - 3. *La questione della trascrizione del matrimonio same-sex celebrato all'estero tra due cittadini italiani.* - 4. *Leggere la sentenza 4184/2012.* 4.1. *Una lettura complessa.* - 4.2 *Le reazioni della dottrina.* - 4.3 *Una lettura con luci ed ombre.* 4.3.1 *La formulazione di un nuovo principio di diritto: il matrimonio same-sex celebrato all'estero esiste ed è valido ma, restando inidoneo a produrre effetti tipici del matrimonio, non è trascrivibile.* - 4.3.1.1 *Cosa distingue l'inesistenza dall'inidoneità ?* - 4.3.1.2. *La distinzione dell'inidoneità dall'invalidità e la questione della contrarietà all'ordine pubblico.* - 4.3.1.3. *Gli effetti dell'inidoneità.* - 4.3.1.4. *Altri punti di interesse.* - 4.3.2. *Il divieto di discriminazioni fondate sul sesso.* - 5. *In conclusione.*

1. Il paradigma eterosessuale incrinato.

Il cammino è iniziato quando, chiedendo le pubblicazioni di matrimonio, due persone dello stesso sesso¹ hanno sfidato il *paradigma eterosessuale del matrimonio*².

Ed il ripensamento del nesso che il diritto costruisce tra eterosessualità, famiglia e matrimonio procede per tappe, lungo le quali raccogliamo segnali significativi, ma non sempre univoci, da interpretare.

¹ La "sfida" ha precedenti risalenti al 1980 (Trib. Roma, 28 giugno 1980, in *Giur. it.*, 1982, I, sez. II, 169, su cui v. P. TINCANI, *Diritto, natura, diritti. L'affaire del matrimonio omosessuale*, in *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, a cura di B. PEZZINI, Jovene, Napoli, 2008, p. 174 sg.), ma si è rinnovata con una maggiore consapevolezza negli anni più recenti, all'interno, di quel complessivo processo di mutamento del clima sociale e politico intorno alla condizione omosessuale restituito con lucida profondità dall'analisi di M. NUSSBAUM, *Disgusto e umanità, L'orientamento sessuale di fronte alla legge*, Saggiatore, Milano 2011; per l'Italia, v. anche G. STRAZIO, M. WINKLER, *L'abominevole diritto*, Saggiatore, Milano 2011. Sulla campagna di "Affermazione civile" promossa nel 2007 dalla Rete Lenford e che ha coinvolto associazioni per la lotta dei diritti delle persone LGBTI, v. www.retelenford.it nonché F. BILOTTA, *L'interpretazione delle norme vigenti: il ruolo dell'avvocato*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive ?*, a cura di B. PEZZINI e A. LORENZETTI, Jovene, 2011, p. 64.

² Ho usato per la prima volta il riferimento alla dimensione esclusivamente eterosessuale del matrimonio in termini di "paradigma" commentando la sentenza CGCE, *D. c. Consiglio*, causa T-264/97, in *Matrimonio e convivenze stabili omosessuali. Resistenza del paradigma eterosessuale nel diritto comunitario e difficoltà del dialogo con le legislazioni nazionali (nonostante la Carta dei diritti)*, in *DPCE*, 2001, p. 1519, e successivamente in *Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale nel matrimonio secondo la costituzione italiana*, in *Tra famiglie, matrimoni cit.*, p. 91; l'espressione "paradigma eterosessuale" che –dopo essere stata assunta nell'intitolazione del seminario ferrarese *Amicus curiae* del 2010: *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*– risulta consolidata nel dibattito giuridico, in particolare costituzionalistico, non si limita a sottolineare l'esistenza di un *modello di riferimento di valore fondamentale*, ma rimanda, sulla scorta degli studi di Thomas Kuhn, all'esistenza di una vera e propria matrice disciplinare di una comunità scientifica. Sul punto, v. M. GATTUSO, *Il dialogo tra le Corti*, in *La "società naturale" cit.*, p. 159.

A cominciare dalla sentenza 138/2010 della Corte costituzionale, della quale sono state proposte letture anche significativamente diverse tra loro³ ed alla quale la sentenza della Cassazione civile, come potremo vedere, si ricollega ampiamente nella motivazione; così offrendo, a sua volta, una propria lettura di almeno due punti cruciali della sentenza costituzionale: da un lato, quello relativo all'individuazione del livello normativo nel quale risulta radicato il paradigma eterosessuale, ricondotto al livello della normazione primaria e non già costituzionale⁴; dall'altro, quello relativo all'attivazione delle competenze proprie dei giudici comuni per la tutela delle situazioni di omogeneità tra unioni *same-sex* e coppie coniugate.

La distanza e la radicalizzazione delle posizioni nel dibattito, e le connesse difficoltà del dialogo che emergono anche tra i giuristi, dipendono specificamente dal carattere paradigmatico dell'eterosessualità del matrimonio, che implica qualcosa di più di un presupposto implicito dell'istituto: mentre la presupposizione rimanda più semplicemente alla non necessità di una vera dimostrazione della connessione tra eterosessualità e matrimonio –consegnata alla tradizione, all'origine, alla natura-, la paradigmaticità delimita un orizzonte di senso inamovibile.

Nel "paradigma", infatti, e nel suo operare all'interno di qualsiasi ambito scientifico, si cristallizza una visione globale (e globalmente condivisa) del mondo, e più specificatamente, del mondo in cui opera e su cui indaga la comunità di studiosi di una determinata disciplina; il paradigma costituisce il campo di indagine e delimita la logica e la prassi della ricerca (che si svolge entro i confini della logica paradigmatica stessa, cui è ancora tanto il suo oggetto di studio, quanto la tecnica per affrontarlo). Proprio per questa sua funzione, ogni messa in discussione del paradigma comporta la ridefinizione del campo di indagine, della metodologia e dei concetti fondamentali impiegati nella ricerca.

Anche la rottura -o almeno *l'incrinatura*- del paradigma eterosessuale del matrimonio si riflette sulle categorie ed i concetti utilizzati dall'interpretazione giuridica, che subiscono la sfida di un indispensabile aggiornamento: diventa, infatti, necessario esplicitare le argomentazioni e le giustificazioni che sorreggono quella "regola" (la configurazione giuridica dell'istituto matrimoniale riservata alle coppie di persone dello stesso sesso) che si era, sin qui, considerata un postulato.

Ma, proprio perché di un "paradigma" si tratta, l'elaborazione critica dell'apparato concettuale necessario al suo superamento non procede linearmente, ma registra la presenza di elementi anche ambigui e tra loro contraddittori. Altrettanto faticosamente procede la costruzione dei concetti meglio in grado di esprimere il nuovo, nel contesto di un difficile dialogo tra chi si trova sui due fronti opposti del mutamento paradigmatico⁵ e si

³ R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in *Unioni e matrimoni same-sex cit.*, p. 3.

⁴ Con diverse motivazioni, tale opinione è stata sostenuta, tra gli altri, da Pezzini, Romboli, Ferrando, Brunelli, in *Unioni e matrimoni same-sex cit.*, ma decisamente contrastata da A. RUGGERI, "Famiglie" di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?, in *www.rivistaaic.it*, 4/2011.

⁵ Kuhn richiama in proposito *i profili di Rubin*, "figure ambigue" (le immagini sono leggibili, alternativamente, come un vaso o due profili di donna) che consentono all'osservatore due soluzioni non percepibili simultaneamente, ciascuna delle quali necessita di una specifica ricomposizione visiva e concettuale e di una riorganizzazione cognitiva *ad hoc*: come il c.d. *riordinamento gestaltico*, infatti, anche il passaggio da un paradigma ad uno opposto è necessariamente complessivo e globale (sebbene non si compia

trova ad osservare un transito, qualcosa che potrebbe diventare –ma ancora non è- il punto di rottura decisivo: mentre chi si colloca *oltre* il paradigma riconoscendo -senza una particolare forzatura- un nuovo significato, nuove parole per esprimerlo, una ricomposizione degli effetti, compie una riorganizzazione cognitiva degli strumenti disciplinari che gli sono propri (e, nel nostro caso, dei formanti giuridici), a chi rimane nell'atmosfera culturale del paradigma precedente le idee innovative possono apparire inaccettabili forzature, effetti paradossali.

2. Una riflessione sulla funzione del diritto (della responsabilità del giurista di fronte al mutamento del paradigma).

Quando la messa in discussione del paradigma, sino al suo superamento, è affidata al formante giurisprudenziale⁶, il processo si snoda per gradi e tappe successive, spesso non lineari: ai momenti di rottura possono seguire arretramenti, in cui interviene la messa in opera di strumenti giuridici che ribadiscono il paradigma, ricostruendolo “artificialmente” per imporlo ad una comunità che comincia a mostrarsi recalcitrante.

Tuttavia, quando del paradigma emerge la dimensione conflittuale (nei confronti dei formanti giuridici), esso ha già cessato di essere tale (quantomeno, di essere interamente tale); per quanta resistenza si possa osservare ad una rielaborazione che registra il superamento del paradigma, per quanto il diritto venga specificamente impiegato a confermarlo e ribadirlo, ne appare tutta l'artificialità: sono proprio la forza e la forma del diritto ad essere impiegate per conservarlo.

Quando il paradigma eterosessuale viene sfidato dal “mestiere di vivere”, l'ordinamento giuridico –che si era in passato strutturato intorno a tale paradigma– diventa il campo di rappresentazione alternativa della funzione che il diritto può assumere: da una parte, il diritto può fornire gli strumenti per resistere alla sfida, ricostruendo giuridicamente proprio il paradigma vacillante per ribadirlo e consentirgli di operare con una funzione ordinante e di disciplinamento delle vite delle persone; dall'altra, il diritto può accettare la sfida di sganciarsi dai presupposti impliciti nel paradigma, interrogandosi su quali strumenti complessivi si offrano, per così dire, *al di fuori e a prescindere* dal paradigma in crisi, per fornire risposte adeguate al “mestiere di vivere” delle persone⁷. La messa in discussione del paradigma viene interrogata, in questa prospettiva, innanzitutto come manifestazione di una domanda di tutela da parte dei soggetti coinvolti.

Nel momento dell'incrinatura del paradigma, ogni operatore del diritto assume anche la responsabilità di scegliere il verso dell'esercizio della propria funzione. Personalmente,

necessariamente in un solo passaggio: sul piano concettuale è indispensabile la *globalità* della riorganizzazione, su quello temporale non è richiesta la simultaneità).

⁶ Essenzialmente per questa ragione la via legislativa sarebbe astrattamente preferibile; il problema, tuttavia, si manifesta quando l'intervento del legislatore si configura come alternativa non praticabile in mancanza delle condizioni politico-istituzionali adeguate: sul punto v. G. BRUNELLI, *Le unioni omosessuali nella sentenza n. 138/2010: un riconoscimento senza garanzia?*, in *Unioni e matrimoni same-sex cit.*, p. 156.

⁷ È noto che l'espressione deriva dalla giurisprudenza costituzionale italiana sulla riconoscibilità dei figli nati da rapporti incestuosi (sent. 494/2002, che, negando recisamente che l'ingresso di figli naturali in un rapporto coniugale e in una vita familiare legittima possa costituire di per sé una violazione di diritti, ha riassunto complessità e drammaticità di un simile evento parlando di “*un incerto del mestiere di vivere*”, assegnando al diritto di occuparsi ragionevolmente della vita quale essa è, non di forzarla entro i binari di modelli astratti

non ho dubbi circa la necessità di usare gli strumenti della riflessione critica per sollecitare il verso dei formanti nella seconda direzione: elaborare nella dottrina le costruzioni e le categorizzazioni coerenti; chiedere al legislatore risposte adeguate; proporre alla giurisprudenza le opzioni interpretative ed applicative necessarie.

Da costituzionalista, ritengo che proprio il personalismo costituzionale vada inteso in questo modo e che, nel rispetto dei vincoli complessivamente posti dalle norme costituzionali -da quelli sulla separazione dei poteri a quelli sulla costituzionalizzazione di determinati istituti-, l'interpretazione costituzionale debba indirizzarsi a massimizzare uguaglianza e libertà di ciascuno nella configurazione del percorso di vita liberamente scelto (per questo ho altrove cercato, al meglio delle mie possibilità, di dimostrare che è sufficiente premettere la configurazione dell'uguaglianza nei diritti fondamentali per approdare ad una interpretazione dell'art. 29 che legittima pienamente il matrimonio *same-sex*⁸).

Da questo punto di vista, la vicenda complessiva dei matrimoni *same-sex* che ci troviamo ad osservare, a studiare e a commentare, ha punti significativi di contatto con altri storici processi di superamento di concezioni paradigmatiche, quale, in particolare, l'inferiorità "*naturale*" della donna rispetto all'uomo; ripensando ad alcuni momenti e luoghi cruciali del processo di smantellamento del paradigma di genere, possiamo misurare esattamente quanto, una volta definitivamente compiuto il "salto", le argomentazioni ed i ragionamenti appaiano, nella nuova prospettiva, inconsistenti ed artificiali⁹.

Ma questo è, precisamente, il contesto in cui andrà collocata la nostra lettura della sentenza della Cassazione che, di questo transito, può rappresentare una tappa particolarmente significativa.

3. La questione della trascrizione del matrimonio *same-sex* celebrato all'estero tra due cittadini italiani.

Come va inquadrata la questione della possibilità di trascrizione in Italia del matrimonio *same-sex* celebrato all'estero tra due cittadini italiani (o tra due soggetti di cui almeno uno abbia cittadinanza italiana) ?

In linea generale, in base alle norme del codice civile e del diritto internazionale privato (l. 218/1995), i matrimoni celebrati all'estero tra due cittadini italiani (o tra un italiano e uno straniero) hanno immediata validità e rilevanza a condizione del rispetto delle forme previste dalla legge del luogo di celebrazione (forme che consentono di spiegare effetti nell'ordinamento del paese di celebrazione) e dei requisiti sostanziali previsti dalla legge italiana (l'art. 115 c.c. richiama i cosiddetti impedimenti dirimenti di cui agli articoli da 84 a 88; l'art. 27 l. 218/95 prescrive che la capacità e le altre condizioni per contrarre

⁸ B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto ?* in BIN, BRUNELLI, GUAZZAROTTI, PUGIOTTO, VERONESI (a cura di), *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 5.

⁹ Particolarmente significativa la questione della isolata pronuncia della Corte d'appello di Ancona del 1906, che riconobbe il diritto delle donne all'iscrizione nelle liste elettorali, poi annullata in Cassazione: su cui sia consentito il rinvio B. PEZZINI, *Donne e costituzione: le radici ed il cammino*, in *La costituzione della repubblica italiana. Le radici e il cammino*, Atti del convegno e del corso di lezioni (Bergamo, ottobre-dicembre 2005), in *Studi e ricerche di storia contemporanea*, n. 68, 2007, p. 163; nella stessa prospettiva la vicenda è apparsa significativa anche a G. BRUNELLI, *Minoranze sociali, norme discriminatorie e funzione del giudice costituzionale*, in *La "società naturale" cit.*, p. 45 .

matrimonio siano regolate dalla legge nazionale del nubendo); la loro trascrizione non ha effetto costitutivo, bensì natura meramente certificativa e funzione pubblicitaria di un atto validamente costituito all'estero. Contemporaneamente, la trascrizione dell'atto di matrimonio nei registri dello stato civile costituisce, per tutti i matrimoni, un passaggio necessario per poter reclamare il titolo di coniuge e gli effetti del matrimonio (art. 130 c.c.). La trascrizione è disciplinata anche da fonti secondarie (d.P.R. 396/2000, regolamento di delegificazione relativo all'ordinamento di stato civile), che, in particolare, affermano l'intrascrivibilità degli atti formati all'estero se "contrari all'ordine pubblico" (art. 18).

Il limite dell'ordine pubblico è affermato anche nell'art. 65 della legge 218/1995, che dispone che i provvedimenti stranieri relativi all'esistenza di rapporti di famiglia hanno effetto "purché non siano contrari all'ordine pubblico".

Il limite dell'ordine pubblico, quindi, (a prescindere, per il momento, sia dall'interpretazione che si debba dare del contenuto di questa clausola generale, sia dal diverso livello delle fonti che lo richiamano) agisce separatamente su due piani differenti: innanzitutto, nei confronti della trascrivibilità dell'atto (condizione di riconoscibilità dell'avvenuta celebrazione del matrimonio); in secondo luogo, nei riguardi della possibilità di riconoscere gli effetti (i singoli specifici effetti) del matrimonio dal punto di vista sostanziale. La trascrizione, infatti, opera come condizione necessaria ma non sufficiente al riconoscimento degli effetti connessi allo *status* di persona coniugata, potendo, a valle della trascrizione e nonostante la stessa, gli effetti essere preclusi dalla clausola dell'ordine pubblico.

L'approccio tradizionale al tema incorpora il paradigma eterosessuale nel *contenuto essenziale* all'esistenza del matrimonio¹⁰: pur mancando tanto una espressa definizione del matrimonio come relazione eterosessuale, quanto una espressa enunciazione della differenza di sesso dei nubendi come condizione di validità (o della mancata differenza come impedimento), sulla base di questo presupposto la categoria dell'inesistenza si configura come un ostacolo insormontabile alla trascrizione del matrimonio *same-sex*, che agisce prima ancora che siano *pensabili o prospettabili* le questioni relative alla capacità, all'esistenza di impedimenti dirimenti o all'apprezzamento del limite dell'ordine pubblico. Vale a dire, prima e a monte di quelle *sole* questioni che, in presenza di due coniugi di sesso opposto, impedirebbero la trascrizione: in un diretto confronto con un matrimonio contratto all'estero tra due persone di sesso differente, *a parità delle altre condizioni la trascrizione non potrebbe essere negata*¹¹.

Sempre all'*interno*, per così dire, del paradigma, agisce anche l'automatica associazione della differenza di sesso dei coniugi al limite dell'ordine pubblico, senza alcun vero approfondimento delle basi normative di tale nozione: così, ad esempio, nella circolare n. 55 del 2007 del Ministero dell'interno – Direzione Centrale Servizi Demografici - Area III Stato civile, si invitano gli ufficiali di stato civile a prestare particolare attenzione "*affinché al momento di trascrivere un matrimonio contratto all'estero da un cittadino, pongano*

¹⁰ In proposito, la giurisprudenza della Cassazione parla di "requisito minimo indispensabile per la stessa esistenza del matrimonio civile come atto giuridicamente rilevante": v. 1808/1976; 1304/1990; 1739/1999; 7877/2000, citate dalla stessa 4184 (a p. 27); le stesse sono menzionate anche nella sent. 138/2010, al punto 6 C.I.D., che rimarca come si sia sempre trattato di *obiter dicta*.

¹¹ Lo afferma testualmente la stessa sentenza 4184 a p.27: così riconoscendo che la sola base per negare la trascrizione risiede nel differente orientamento sessuale dei partner.

particolare cura alla verifica che i due sposi siano di sesso diverso” affermando semplicemente che “il nostro ordinamento non ammette il matrimonio omosessuale e la richiesta di trascrizione di un simile atto compiuto all’estero deve essere rifiutata perché in contrasto con l’ordine pubblico interno”.

In realtà, la nozione di ordine pubblico (negli articoli 18 e 65 sopra citati) rimanda alla necessità di garantire il rispetto dei principi fondamentali che caratterizzano l’ordinamento, di fronte al rischio che l’effetto prodotto dal riconoscimento con essi configga, alterando la coerenza interna dell’ordinamento stesso. E, dunque, vi sono diversi ostacoli da superare se si intende ricomprendere in questa clausola la *qualità omoaffettiva della relazione* tra i coniugi (attribuendo ad essa l’alterazione - da intendersi in senso rigoroso- dei principi fondamentali dell’ordinamento): vi si oppongono, infatti, sia il divieto di discriminazione per fattori legati all’orientamento sessuale (che coinvolgono sia la condizione personale, sia il sesso¹²), sia il pieno riconoscimento della tutela delle relazioni omosessuali come relazioni familiari, alla luce sia dell’art. 2 cost., sia dell’art. 12 CEDU; in ogni caso, sarebbe indispensabile evidenziare in modo circostanziato e specifico i supposti interessi di ordine generale che impediscono di accogliere l’esperienza giuridica straniera.

Per contro, chi si sottrae alla logica paradigmatica dell’eterosessualità del matrimonio non può accettare scorciatoie argomentative o presupposizioni: in assenza di cause di invalidità, che sono solo quelle tassativamente enunciate, il matrimonio che è stato validamente contratto all’estero deve essere trascritto nei registri di stato civile; d’altra parte, il limite dell’ordine pubblico (ex art. 18 reg. stato civile) non risulta opponibile per le ragioni sopra indicate.

La trascrizione rende noto e certifica il possesso di uno *status* familiare: che, nell’ordinamento straniero in cui si è originato, risulterebbe pieno e che, nell’ordinamento interno, sarebbe suscettibile di produrre effetti nei limiti dell’art. 65 l. 218/95 (ciascuno dei suoi effetti dovendo sottostare alla verifica del rispetto del limite dell’ordine pubblico: si intende, di un ordine pubblico passato al vaglio critico delle obiezioni sopra argomentate).

E’ chiaro che il vero problema, a questo punto, sarebbe rappresentato dalla difficoltà di giustificare la disparità di trattamento tra i cittadini italiani che si sposano all’estero ... e quelli che non possono farlo in Italia.

Nella prospettiva che guarda “oltre” il paradigma eterosessuale del matrimonio, è giustificato muovere alla sentenza 4184 critiche anche radicali –che, come già alla sentenza della Corte costituzionale 138/2010, non devono essere risparmiate; tuttavia, la consapevolezza che la rottura ed il superamento di un paradigma difficilmente si compiono in modo lineare -tanto più se il legislatore, cui spetta innanzitutto il compito di garantire l’innovazione dell’ordinamento giuridico, a tale sua responsabilità si sottrae-, impongono di compiere lo sforzo di interrogare attentamente in questa sentenza le discontinuità e gli elementi di novità che la giurisprudenza introduce e che sono destinati a sedimentare, mutando progressivamente il quadro di riferimento.

¹² V. oltre, par. 4.3.1.4.

4. Leggere la sentenza 4184/2012.

4.1. Una lettura complessa.

Non appena resa nota, la sentenza della Cassazione ha suscitato non solo attenzione, ma discussioni e polemiche di tono e natura essenzialmente politici (anche perché la lunghezza -76 pagine- e la complessa articolazione delle motivazioni ne rendono la lettura poco agevole –come vedremo, anche fra gli specialisti e tanto più- ai non tecnici).

Testimonia il clima – ed insieme un po' stupisce¹³- l'eco delle contrapposizioni giunte sino al Quirinale che, in data 19 aprile, annuncia in un apposito *Comunicato* di avere ricevuto due diverse lettere in relazione alla sentenza in oggetto (rispettivamente dei senatori Gasparri e Giovanardi e delle deputate nazionale Concia ed europea Alfano), cui ha risposto con altrettante lettere il *Segretario generale* Marra: ai primi facendo presente che, fermo il diritto di critica spettante a chiunque in relazione ai provvedimenti della magistratura, non pareva, al Capo dello Stato, che la sentenza avesse inteso interferire sulle scelte del legislatore; alle seconde ricordando, invece, che la pronuncia della Cassazione ha affermato in più punti che compete esclusivamente alla discrezionalità degli Stati prevedere o meno il matrimonio tra coppie omosessuali e, per l'effetto, valutare se "*stabilire diritti differenti tra coppie sposate e coppie dello stesso sesso che non possono contrarre matrimonio: senza che ciò costituisca una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare e del divieto di ogni forma di discriminazione*", nonché che, a questo scopo, più proposte di legge sarebbero già all'esame del Parlamento.

Volendo rivolgere l'attenzione ai primi commenti della dottrina, va innanzitutto osservato che la lettura della sentenza ne rileva l'andamento logico particolarmente complesso, quasi in due parti separate tra di loro, con indubbie contraddizioni e questioni che restano in sospeso.

Tanto che per taluni la contraddizione tra la prima e la seconda parte è ciò che viene maggiormente evidenziato, conducendo comunque a non valorizzarne la portata innovativa (Bilotta, Massa Pinto, anche se da prospettive differenti); la contraddizione, in realtà, più apparente che reale, conduce altri (Lorello) addirittura ad un palese fraintendimento, per cui solo la prima parte della sentenza ne costituirebbe il contenuto effettivo. Più convincentemente, invece, vi è chi (Franco) spiega l'andamento della motivazione come una sorta di cautela o astuzia diplomatica della Cassazione nei confronti della Corte costituzionale, che le consente di superare la lettura originalista proposta dalla seconda nella sentenza 138/2010 senza doverla apertamente respingere, ed anzi, potendone riconoscere espressamente la "*non palese arbitrarietà*".

4.2 Le reazioni della dottrina.

Venendo ad esaminare più da vicino le letture della sentenza 4184 sin qui circolate, uno dei primi commenti a caldo si deve a Michele Di Bari¹⁴, che coglie e sottolinea immediatamente, quale elemento di novità, come la Cassazione abbia aderito alle tesi più

¹³ Ci si sarebbe aspettati che il Presidente comunicasse in via riservata ai politici, che da opposte prospettive l'avevano investito con una richiesta di reazione alla sentenza, l'assenza di qualsivoglia sua competenza attivabile in materia; il rilievo dato, invece, al caso dal comunicato ufficiale va probabilmente inquadrato in una generale tendenza a non sottrarsi a questioni squisitamente politiche da parte della presidenza Napolitano.

“aperturiste” in tema di matrimonio *same-sex* (tesi che ritengono che anche la sentenza 138/2010 abbia lasciato aperta al legislatore la strada di una estensione del matrimonio alle coppie dello stesso sesso), confermandone la solidità¹⁵. Per il resto, la nota si orienta soprattutto ad un inquadramento della sentenza nella dialettica giurisprudenziale europea, di cui sottolinea la capacità di cogliere il mutamento sociale con una visione inclusiva delle posizioni giuridiche soggettive senza invadere la sfera di competenza propria del legislatore. In questo senso, legge la pronuncia come superamento “in maniera definitiva” di quello che chiama “dualismo complementare” tra famiglia matrimoniale ed eterosessualità: sottolinea come l’affermazione di un “diritto alla vita familiare” riconosciuto prescindendo da matrimonio e sesso dei conviventi sia debitore dell’evoluzione normativa e giurisprudenziale di ambito CEDU e, d’altro canto, come l’elemento della comparabilità di situazioni di unioni stabili omosessuali e unioni coniugali vada iscritto nel filone della giurisprudenza comunitaria (Maruko e Roemer)¹⁶.

Luigi Franco¹⁷ rileva, invece, tra la pronuncia della Cassazione e la sentenza 138/2010 della Corte costituzionale una decisa discontinuità: la prima revocherebbe in dubbio la prospettiva originalista alla quale la seconda si era discutibilmente richiamata. Nel contempo, non manca di rimarcare adeguatamente anche le cautele con le quali la Suprema Corte si esprime, costruendo una argomentazione che le consente di prendere le distanze da alcune più discutibili implicazioni di taluni passaggi argomentativi della sentenza 138 senza doverli apertamente rigettare.

Coglie così, esattamente, la discontinuità del paradigma¹⁸ ed, altrettanto puntualmente, coglie l’andamento complesso, ma anche complessivamente coerente, della sentenza 4184: in una prima parte della motivazione, come nota Franco, il paradigma eterosessuale del matrimonio viene ricostruito e qualificato come un “*postulato non arbitrario*”; a ciò segue, però, una seconda ampia parte argomentativa della sentenza che, valorizzando anche la giurisprudenza della Corte EDU, revoca in dubbio il concetto di tradizione adottato dalla sentenza 138/2010 per approdare, conclusivamente, ad un rovesciamento della propria giurisprudenza pregressa (laddove “*qualifica come non inesistente il matrimonio contratto all’estero tra persone dello stesso sesso*”).

Aperto al raccordo interordinamentale, la Cassazione arriva a mostrare i limiti della tradizione del Giudice delle leggi: se la tradizione viene proposta come un’argomentazione adeguata a giustificare come non arbitraria l’assunzione del postulato eterosessuale, è proprio questa premessa a consentire alla Cassazione di non porsi “*direttamente in rotta*

¹⁴ Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di cassazione: la Cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nel contesto delle coppie *same-sex* anche alla luce della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale, in rivista AIC, 1/2012.

¹⁵ P. 9: “Aderisce alle più ottimistiche osservazioni emerse in dottrina che avevano (ora si può dire a ragione) intravisto nella sentenza 138/2010 un’apertura della Corte costituzionale in materia di matrimonio *same-sex*”.

¹⁶ La complessità della sentenza 4184 poco si presta ad una sintetica ricostruzione di prima lettura che, limitandosi ad illustrare i successivi passaggi della sentenza, non ne scioglie i nodi e quasi non mostra di rilevare talune incongruenze di una loro semplice giustapposizione; né appare condivisibile l’affermazione secondo cui la sentenza avrebbe rigettato la tesi della contrarietà all’ordine pubblico addirittura in modo esplicito (nel punto 1 della motivazione, infatti, sono solo riassunte le tesi dei ricorrenti).

¹⁷ L. FRANCO, *Autonomia della famiglia e identità personale*, ESI, Napoli 2012.

¹⁸ P. 167: “*la nuova struttura paradigmatica dovrà essere declinata da parte della giurisprudenza di merito ... e da parte della dottrina*”.

di collisione” con la Corte costituzionale¹⁹; il momento di morfogenesi del concetto giuridico di matrimonio²⁰ è determinato dalle connessioni interordinamentali: è l’interpretazione combinata di 12 e 14 CEDU, 9 Carta diritti fondamentali UE, unitamente a 6 TUE, a determinare una decisiva ridefinizione della questione del *same-sex marriage* nell’ordinamento italiano.

Franco sottolinea le conseguenze “di grande rilievo”²¹ di tale prospettiva: da un lato, il mero richiamo alla tradizione ed al postulato implicito dell’ordinamento italiano non regge più²²; dall’altro, anche gli effetti del matrimonio *same-sex* contratto all’estero potrebbero essere più coerentemente spiegati nei termini di un “atto in linea con l’ordinamento europeo, di cui anche l’Italia fa parte, compiuto nel rispetto della lex loci, non inesistente, né (ormai) contrario alla tradizione (anche italiana) e finalizzato a giuridificare una situazione” che la stessa giurisprudenza costituzionale nazionale ha già riconosciuto meritevole di positivo apprezzamento ex art. 2 cost.

La Corte di cassazione, però, si è limitata ad arrestarsi di fronte alla sovranità del legislativo: ed è qui che la coerenza argomentativa della pronuncia cade e l’inidoneità assume contorni paradossali²³.

In un certo senso specularmente opposta è la lettura di Ilenia Massa Pinto²⁴, che muove dall’osservazione di una “*koiné* culturale sovranazionale” ispiratrice di una giurisprudenza delle Corti in dialogo tra loro volta a smantellare i residui “*della cultura politica delle forze che strutturano i sistemi politici nazionali*”.

Il commento di Massa Pinto è critico sulla possibilità di derivare dalla sentenza *Schalk e Kopf* il superamento del paradigma eterosessuale: osserva, infatti, che il passaggio argomentativo avverrebbe solo in un inciso che la Cassazione avrebbe dilatato, usandolo come un grimaldello che scardina il significato letterale del significante “matrimonio” (ancorato dalla tradizione al paradigma eterosessuale), per estenderlo alle unioni di persone dello stesso sesso. Le sue critiche rilevano, oltre che quelle che considera le intrinseche debolezze dell’argomentazione della sentenza di Strasburgo²⁵, la stessa interna contraddittorietà tra motivazione in diritto e dispositivo della sent. 4184, rilevata anche da Franco: per definire il trattamento applicabile in Italia alle unioni *same-sex* costituite all’estero come vero e proprio matrimonio, la Cassazione ricorrerebbe, alla fine, all’argomento analogico, anche se quello letterale/inclusivo che ha formulato in precedenza -nel ragionamento che si basa sulla stretta connessione e sulla mutua

¹⁹ P. 169.

²⁰ Su cui v. anche L. FRANCO, M. PEDRAZZA GORLERO, *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio. Note costituzionali*, in *Dir. pubbl.*, 1-2/2010, p. 247

²¹ P. 173.

²² Ad esempio -nota Franco, p. 174, nt. 41-, in riferimento critico alla sentenza della Corte d’appello di Bologna 18 maggio 2011, che proprio su quel richiamo tradizionale e su quel postulato si fonda.

²³ Franco prosegue proponendo di risolvere il paradosso con una concezione *performativa* del principio di sussidiarietà.

²⁴ “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 *rivistaaic.it*, 2/2012

²⁵ Tra cui individua la neutralità dell’art. 9 Carta europea: così, però, disconosce il fatto che proprio la neutralità in materia è già sufficiente a scardinare il paradigma eterosessuale, definendo il matrimonio come un istituto giuridico potenzialmente indifferente al sesso dei contraenti (mentre, l’argomento tradizionale associa indissolubilmente il matrimonio al solo irrinunciabile presupposto della diversità di sesso dei coniugi).

integrazione interpretativa tra la carta costituzionale nazionale e le carte europee- si presterebbe a conclusioni ben più dirompenti. Ancor più che sull'esito del processo interpretativo²⁶, le riserve di Massa Pinto si indirizzano sul metodo, per la preoccupazione che il mutamento si produca "a colpi di sentenze, e non in forza di processi politici di integrazione"²⁷.

Matteo Winkler²⁸ sottolinea, a sua volta, come la sentenza riconosca l'incompatibilità tra il dato sociale dell'effettiva esistenza delle coppie *same-sex* con il dato giuridico di una inesistenza artificialmente configurata, che implica un giudizio di valore, l'espressione di un rifiuto che, sul piano sociale, sarebbe oggi decisamente superato.

Prosegue rilevando negativamente il mancato riconoscimento del diritto fondamentale al matrimonio, ancora riservato alle sole unioni eterosessuali, ma anche mettendo in luce come la sentenza della Cassazione trasferisca chiaramente anche ai giudici comuni il compito di assicurare la necessità di un trattamento omogeneo tra unioni stabili *same-sex* e coppie coniugate²⁹: una lezione all'interprete, nelle parole di Winkler, per il quale proprio tale diritto ad un trattamento omogeneo appare atto a garantire, anche in assenza di iniziativa legislativa del Parlamento italiano, l'effetto utile delle disposizioni sovranazionali che riconoscono alle coppie *same-sex* il diritto alla tutela della vita familiare (art. 12 CEDU riletto in *Schalk e Kopf* secondo art. 9 Carta europea).

Molto critico anche F. Bilotta, nella relazione orale presentata al seminario svolto a Bergamo il 21 maggio 2012³⁰, che enfatizza la contrapposizione e la contraddizione tra la prima parte della sentenza (che attraverso la categoria dell'inesistenza legittima l'incorporazione "non arbitraria" nel formante legislativo del postulato ancorato ad un preteso elemento naturalistico) e la seconda (che la relativizza, ma solo per ricondurre le tutele a disposizione della coppia omosessuale alla convivenza inquadrata nell'art. 2 cost., non già al matrimonio). La "timidezza" della Cassazione la consegna all'incapacità di superare realmente i limiti della sentenza 138, anche al prezzo di utilizzare tesi incongrue –come quella della divaricazione tra riconoscimento e garanzia- e di rinunciare a rivendicare il proprio specifico ruolo interpretativo della legislazione.

Pone particolare attenzione alla prima parte della sentenza anche L. Lorello³¹, alla quale sembra che la Cassazione voglia trarre dalla sentenza *Schalk e Kopf* della Corte di Strasburgo conseguenze epocali che non troverebbero un riscontro ben definito in quella pronuncia.

²⁶ A proposito del quale osserva a p. 9: "i dati storico-sociali si stanno progressivamente frantumando: che sia un bene o un male, non sta al giurista stabilirlo".

²⁷ Ma su ciò valga quanto osservato sopra in nota 6.

²⁸ *I matrimoni same-sex stranieri di fronte alla Cassazione*, in *Int'l Lis* 1-2012, p. 7

²⁹ Lo fa, in effetti, al punto 4.2 osservando che i componenti della coppia omosessuale possono adire i giudici comuni per far valere il diritto ad un trattamento omogeneo, solo "eventualmente" sollevando, in tale sede, le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale: che questa fosse una conseguenza del riconoscimento dell'esistenza di un diritto fondamentale ex art. 2 cost. da parte della sentenza 138/2010 era stato sottolineato anche da B. PEZZINI, *La sentenza 138/2010 parla (anche) ai giudici*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI, *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138/2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli 2011, p. 95.

³⁰ Organizzato dalla Rete Lenford – Avvocatura per i Diritti LGBTI, presso la sua sede nazionale di Bergamo, dal titolo "La Cassazione 4184/12 e il diritto alla vita familiare: prospettiva etica per un diritto alla felicità", relatori F. Bilotta, Rete Lenford e Università di Udine e U. Sossi, filosofo e analista.

³¹ *La Cassazione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale*, in *rivistaaic.it*, 2/2012.

In realtà, Lorello apprezza i contenuti delle prime 34 pagine (fino al punto 2.2.3) e considera che esse, confermando la tesi dell'inesistenza, costituiscano la vera motivazione della sentenza, cui seguirebbero *“considerazioni doviziose e talora ridondanti, non però decisive rispetto alla conclusione raggiunta”* (p. 2); così facendo, trascura il fatto che, se la sentenza avesse confermato la tesi della inesistenza, non vi sarebbe stato alcun bisogno di correggerne la motivazione in diritto ai sensi dell'art. 384 c.p.c. sostituendo la tesi dell'inesistenza con quella della inidoneità. Lorello comunque sottolinea che l'omogeneità di trattamento tra unioni omosessuali e coppie coniugate va intesa per *“omogenee specifiche situazioni, non omogeneità di condizione strutturale”* (p. 3); e, ancora più radicalmente in senso critico, ritiene che la caduta del postulato implicito del diverso sesso dei partner coniugali con la conseguente apertura dell'art. 12 CEDU anche al matrimonio omosessuale (che riconosce essere affermata dalla Cassazione a pag. 71), conduca ad una poco persuasiva differenziazione dell'inidoneità dall'inesistenza -un *“arzigogolo”* (p. 4)-, non capace di superare il limite che trova *“nella natura e nella forma del matrimonio e con esso della famiglia una delle espressioni più autentiche dell'identità costituzionale del nostro Stato”*.

Una vera e propria stroncatura proviene da M. Finocchiaro³² che, dopo avere contestato la sovrabbondanza di argomenti impiegati dalla Cassazione a fondamento della conclusione raggiunta, obietta al fatto che la sentenza contenga affermazioni, in diritto, estranee allo stretto *thema decidendi* oggetto del giudizio, che sarebbero da ritenersi *“assolutamente”* precluse alla Corte di cassazione. In netto dissenso³³ con la tesi della Suprema Corte che, agendo ai sensi dell'art. 384, co. 4, c.p.c. corregge la motivazione della sentenza d'appello (pur confermando il dispositivo di intrascrivibilità), Finocchiaro insiste sulla contrarietà all'ordine pubblico del matrimonio contratto all'estero da due soggetti dello stesso sesso (ribadendo che l'intera disciplina dell'istituto postula la diversità di sesso e che il diritto fondamentale di contrarre matrimonio non è riconosciuto a due persone dello stesso sesso), aggiungendo che il relativo accertamento *“precede e non segue l'indagine sugli effetti dell'atto”*³⁴.

Sembrano, invece, non cogliere alcun elemento di novità nella sentenza 4184 Mosconi e Campiglia³⁵, che si limitano ad osservare che la decisione di resa in primo grado dal Tribunale di Latina *“è stata confermata nel 2006 dalla Corte d'Appello di Roma e nel 2012 dalla Cassazione”*. Anche se poi -invero solo in nota- mettono in evidenza il richiamo all'ordine pubblico sarebbe stato censurato dalla Corte di Cassazione che ha motivato l'intrascrivibilità non più in base alla inesistenza delle unioni omosessuali e neppure alla loro invalidità, ma alla loro inidoneità a produrre effetti giuridici quali atti di matrimonio,

³² *L'atto deve essere considerato inidoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento*, in *Guida al Diritto*, n. 14, 31/3/2012, p. 35 ss.

³³ P. 38: *“Dissentito anche da tale affermazione”*.

³⁴ A prima vista può sorprendere l'incoerenza tra l'intitolazione del commento (riportata in nt. 31) e la sua sottotitolazione (*“L'ufficiale di Stato civile, allorché gli è trasmesso un certificato di matrimonio celebrato da due omosessuali, può rifiutarsi di trascriverlo in quanto lo stesso è contrario all'ordine pubblico italiano”*): due formulazioni che sembrano sintetizzare in modo contrastante il contenuto di una stessa sentenza; in realtà, solo la prima illustra i contenuti della sentenza, mentre il sottotitolo riferisce la posizione critica del commentatore.

³⁵ *Matrimoni tra persone dello stesso sesso: livello «federale» e livello statale in Europa e negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.* 2012, p. 299.

dando, altresì, atto delle posizioni “*aperturiste*” della Cassazione: che la sentenza avrebbe ricavato da una “*minuziosa rilettura*” della giurisprudenza europea e costituzionale, che valorizza il diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia ed il diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, consentendo di adire i giudici comuni per fare valere il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata.

Due letture di più ampio respiro della sentenza 4184 si devono a A. Schuster e M. Gattuso.

A. Schuster³⁶ rimarca, innanzitutto, la rapidità del cambiamento della prospettiva, tanto italiana, quanto europea, in tema di statuto giuridico della “famiglia gay”.

La sua riflessione richiama un precedente (Cass., I Sez. pen., n. 1328 del 19 gennaio 2011) in cui la Corte di cassazione avrebbe riconosciuto *gli effetti di un matrimonio fra persone dello stesso sesso contratto all'estero* nell'ambito dell'applicazione del reato di ingresso e soggiorno illegale (art. 10 bis del TUI); l'imputato, cittadino extracomunitario, risultava avere contratto matrimonio in Spagna con un partner dello stesso sesso cittadino comunitario, ma il giudice di pace di Mestre aveva ignorato il vincolo matrimoniale, ritenendo che un matrimonio *same-sex* fosse privo di effetti nell'ordinamento italiano e così disconoscendo il diritto di libera circolazione e soggiorno di “familiare” di comunitario. La sentenza 1328/2011, annullando la sentenza con rinvio, si limita a rilevare con motivazione assai stringata che il giudice di Mestre ha qualificato l'imputato come “*partner di una situazione non riconoscibile in Italia*”, chiedendogli invece, in sede di rinvio, di “*verificare se, sulla base della legislazione interna dello stato membro [nel quale il matrimonio risulta celebrato] l'unione in parola sia qualificabile –o equiparabile- a rapporto di coniugio*”, dal momento che lo status di coniuge, equiparato alla cittadinanza di Stato membro europeo, rende inapplicabile il d. lgs. 286/98 – TUI³⁷.

Il collegamento con la sentenza 1328 viene utilizzato da Schuster per criticare, per differenza³⁸, quella che gli appare come l'incongruenza della sentenza 4184: facendo, in particolare, leva sull'espressione usata dalla sentenza, che parla di un'inidoneità a “*produrre qualsiasi effetto nell'ordinamento italiano*”, ritiene che la *nuova* categoria dell'inidoneità –che sostituisce quella inesistenza ritenuta dalla sentenza non più plausibilmente argomentabile – si configuri, in realtà, in assoluta continuità con l'inesistenza³⁹.

³⁶ *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, in www.forum costituzionale.it, 10 aprile 2012: Schuster analizza anche la sent. *Gas e Dubois* della Corte EDU, sulla quale qui non è possibile soffermarsi, evidenziando positivamente, in una pronuncia ritenuta “*alquanto problematica*”, l'estensione della tutela familiare dalla dimensione esclusivamente orizzontale della coppia a quella verticale dell'omogenitorialità.

³⁷ La sentenza 1328, che non risulta massimata né pubblicata, viene menzionata decreto del Trib. Reggio Emilia 13 febbraio 2012, in *Dir. imm. citt.*, IV, 2011, 155, che riconosce il diritto a soggiornare in Italia di uruguaiano coniugato in Spagna con italiano dello stesso sesso: ricollegandosi, da un lato, a Schalk e Kopf per quanto riguarda la rilettura della nozione di matrimonio ai fini dell'applicazione della Direttiva 2004/38/CE, ma anche alla attuazione del diritto fondamentale riconosciuto dalla sentenza costituzionale 138/2010, il Tribunale accogliendo il ricorso presentato annulla il diniego di carta di soggiorno della Questura di Reggio Emilia.

³⁸ Schuster parla di contrasto di giudicati, di antinomia nel formante giurisprudenziale (par. 8).

³⁹ Par. 7: “*L'ormai moribonda categoria dell'inesistenza ... trova così nuova vita sotto mentite spoglie, con effetti simili, ma non identici*”.

Ciò non gli impedisce di apprezzare e sottolineare gli elementi di interesse e di novità della pronuncia, a partire dal consapevole richiamo al ruolo dei giudici comuni nel garantire le condizioni di omogeneità di trattamento necessarie caso per caso tra coppie *same-sex* e coppie coniugate⁴⁰. Schuster dedica, in particolare, un'approfondita disamina alla maggiore novità potenziale della pronuncia, consistente nel riconoscimento della competenza del legislatore ordinario in materia di matrimonio *same-sex* e nella lettura della sentenza 138/2010 in tal senso: e mi sembra che le conclusioni dell'ampio ragionamento sviluppato sul punto (nel par. 6) approdino al riconoscimento della presa di posizione della Cassazione sulla questione⁴¹, anche se non manca di avvertire che talune complessità del quadro normativo interordinamentale non consentirebbero di operare il riconoscimento della discrezionalità del legislatore in sede europea come risolutivo anche ai fini dell'individuazione del rango della fonte competente nel quadro interno.

Viene anche sottolineato il fatto che la Cassazione mette in rapporto il diritto fondamentale riconosciuto ex art. 2 cost. all'unione *same-sex* come formazione sociale e la tutela della pari dignità sociale ai sensi dell'art. 3, co. 1 cost., ricavandone precise garanzie di tutela contro l'omofobia⁴².

Gattuso⁴³ registra, da un lato, il tramonto dell'inesistenza e, dall'altro, la valorizzazione della nozione di diritto alla vita familiare –ed alla connessa protezione giuridica- come recepimento di una “doppia svolta” della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Dall'abbandono della categoria dell'inesistenza trae conseguenze rilevanti di ordine sistematico soprattutto per quanto riguarda i matrimoni *same-sex* celebrati all'estero tra cittadini stranieri che, oltre che risultare qualificabili come atti di matrimonio, risulterebbero suscettibili di produrre, per il sistema del diritto internazionale privato, gli effetti che la legge straniera ad essi attribuisce; quando, invece, uno o entrambi i coniugi abbiano cittadinanza italiana, poiché le condizioni per contrarre matrimonio e la capacità matrimoniale dipendono dalla legge italiana (alla luce dell'art. 115 c.c e del 27 l. 218/95 (nt. 36), il matrimonio resterebbe “*affetto da nullità insanabile, per la mancanza di una condizione per contrarre matrimonio*” (par. 7): la tesi della nullità radicale resta per lui la più coerente e persuasiva, nonostante la Cassazione non si sia limitata a stabilire il superamento dell'inesistenza, ma abbia anche negato ogni assimilabilità all'invalidità, sia pure senza darne alcuna ulteriore illustrazione (contrariamente al superamento dell'inesistenza, cui sono dedicate decine di pagine della sentenza).

⁴⁰ Opportunamente Schuster sottolinea che si tratta solo di una conferma di quanto risultava implicito già nella sentenza 138/2010, in relazione all'assetto del sistema in ordine alle questioni di costituzionalità: che sono sollevabili in via incidentale in assenza di interpretazione adeguatrice autonomamente applicabile dal giudice comune.

⁴¹ Per quanto non la riconosca come “esplicita”; superfluo rimarcare, come invece fa Schuster, il fatto che l'ultima parola in materia spetterà pur sempre alla Corte costituzionale una volta investita della questione a valle di un'ipotetica legge innovativa in materia: come elemento di novità è più che sufficiente il fatto che la giurisprudenza della Cassazione conferma significativamente una lettura a favore della discrezionalità, che non tanto e non solo dipende dalla sentenza 138/2010 –che pure potrebbe essere stata ambigua o addirittura perplessa nello svolgere il punto- ma dal quadro costituzionale complessivo.

⁴² Schuster parla di “una delle poche <interpolazioni> originali” della Cassazione nella rassegna della giurisprudenza europea e costituzionale.

⁴³ “*Matrimonio*”, “*famiglia*” e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la “doppia svolta” della Corte europea dei diritti dell'Uomo, in *Fam. dir.*, 7/2012.

Gattuso, comunque, sottolinea che la lettura della sentenza costituzionale 138/2010 operata dalla Cassazione -nel senso dell'assenza di preclusioni costituzionali alla possibile introduzione per via legislativa del matrimonio *same-sex*- costituisce una interpretazione dell'art. 29 cost. non solo particolarmente significativa, per la posizione nel sistema dell'interprete, ma anche estremamente ragionevole, in quanto volta a ricomporre un quadro inter-ordinamentale evitando ogni conflitto tra *Corti* e *Carte* nazionali ed europee.

Considerando le reazioni della dottrina, la sentenza 4184 sembra riuscire, contemporaneamente, a scontentare tutti.

Non soddisfa chi ne critica il dispositivo, che resta comunque di chiusura rispetto alla possibilità di trascrizione del matrimonio *same-sex* contratto all'estero, quanto chi non ne apprezza l'abbandono della tesi dell'inesistenza; chi ritiene che abbia superato i limiti rigorosamente posti della sentenza 138/2010 a tutela del paradigma eterosessuale, quanto chi lamenta che sia rimasta troppo vincolata agli stessi contraddittori e criticabili presupposti interpretativi in senso originalistico e tradizionalistico della pronuncia della Corte costituzionale; chi saluta con favore il fatto che la Cassazione abbia tratto dalla giurisprudenza di Strasburgo (*Schalk e Kopf*) specifiche conseguenze in tema di doverosa rilettura della nozione di matrimonio nella CEDU, con apertura potenziale al matrimonio omosessuale -sia pure entro un ribadito margine di apprezzamento nazionale-, quanto chi critica il mancato ribaltamento del dispositivo di intrascrivibilità.

4.3 Una lettura con luci ed ombre.

4.3.1 La formulazione di un nuovo principio di diritto: il matrimonio *same-sex* celebrato all'estero esiste ed è valido ma, restando inidoneo a produrre effetti tipici del matrimonio, non è trascrivibile.

Volendo procedere autonomamente ad una lettura critica della sentenza 4184, va innanzitutto esaminato il contenuto della decisione, pronunciata ai sensi dell'art. 384, co. 4, c.p.c. (pt. 2): ritenuto che il dispositivo della pronuncia della Corte d'appello (decreto 16 luglio 2006, n. 53050/05, di diniego della trascrizione) fosse conforme al diritto, ma erroneamente motivato, la Corte di cassazione ne ha corretto direttamente la motivazione (enunciandola nel punto 4.3). Correggendo la motivazione in diritto, quindi, *enuncia un nuovo principio di diritto*⁴⁴: la non trascrivibilità dell'atto di matrimonio *same-sex*

⁴⁴ Nelle sentenze pronunciate ex art. 384, co. 4, c.p.c., l'enunciazione del principio opera in funzione nomofilattica senza effetti nel processo *a quo*, in funzione essenzialmente "preventiva": così M.R. MORELLI, *L'enunciazione del principio di diritto*, in *Il nuovo giudizio di cassazione*, a cura di I. Morcavallo, Giuffrè, Milano 2010, p. 501, osservando che "la Corte evita, infatti, che la sentenza di rigetto del ricorso possa veicolare, come implicitamente da essa avallata, non corretti enunciati contenuti nell'iter argomentativo della, comunque esatta, decisione impugnata". Sottolinea G.F. RICCI, *Diritto processuale civile*, Il vol., Giappichelli, Torino 2006, p. 290: "se l'enunciazione del principio di diritto è relativa ad una decisione di cassazione senza rinvio o di rigetto del ricorso, essa assumerà solo il carattere di prescrizione nomofilattica, costituente un precedente da seguire nella risoluzione di questioni analoghe". Anche per F.P. LUISO, *Diritto processuale civile II*, Giuffrè, Milano 2011, p. 470, il legislatore con la riforma del 2006 ha voluto favorire la finalizzazione del principio di diritto anche al di fuori del processo in cui è emesso, prendendo atto che la Corte di cassazione, enunciando il principio di diritto "fa una sorta di interpretazione autentica della propria decisione, in quanto enuncia l'effettiva ratio decidendi che sorregge la sentenza", tanto che, a tal fine, "il principio di diritto enunciato quando vi è accoglimento del ricorso vale quanto quello enunciato quando il ricorso è

validamente celebrato all'estero non dipende dall'*inesistenza* del matrimonio stesso, bensì dalla sua *inidoneità* a produrre gli effetti giuridici del matrimonio.

La formulazione utilizzata nella conclusione del punto 4.3 della sentenza è particolarmente complessa. Dice la Corte di cassazione:

“Per tutte le ragioni ora dette, l'intrascrivibilità delle unioni omosessuali dipende –non più dalla loro inesistenza (cfr. supra n. 2.2.2.), e neppure dalla loro “invalidità”, ma – dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio appunto, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano”.

Si conferma l'intrascrivibilità del matrimonio *same-sex*, specificando che essa non deriva né dall'*inesistenza*, né dall'*invalidità*, bensì dall'*inidoneità* a produrre effetti giuridici (si noti l'inciso: *quali atti di matrimonio appunto*).

Di conseguenza, per comprendere gli effetti della sentenza è necessario interrogarsi sulla categoria della “*inidoneità*”: che, da un lato, *in negativo*, si distingue sia dalla *inesistenza*, sia dalla *invalidità*; dall'altro, *in positivo*, impedisce la trascrivibilità (si perdoni il gioco di parole –*in positivo impedisce*: l'*inidoneità* di cui ci parla questa sentenza ha il contenuto positivamente dichiarato di determinare l'intrascrivibilità, di rendere intrascrivibile l'atto di matrimonio).

La categoria dell'*inidoneità* costituisce un'innovazione, nonché il cuore della sentenza, ciò che va più attentamente compreso. Fino ad oggi, infatti, non risulta si fosse affrontato in questo modo il ragionamento sul matrimonio *same-sex* celebrato all'estero: ritenuto da taluni *inesistente*⁴⁵, da altri *invalido* perché contrario all'ordine pubblico, da altri ancora validamente trascrivibile e destinato a produrre gli effetti di riconoscimento di una condizione (*status* di coniugato).

Consideriamo, innanzitutto, la configurazione che all'*inidoneità* la Cassazione imprime “*a contrario*” rispetto alla *inesistenza*.

4.3.1.1 Cosa distingue l'inesistenza dall'inidoneità ?

L'*inesistenza* si distingue dall'*inidoneità*, innanzitutto, per il fondamento giuridico.

L'*inesistenza* è fondata sul cosiddetto *elemento naturalistico* del matrimonio: il paradigma eterosessuale è indissolubilmente e intrinsecamente incorporato nel matrimonio, associato ad esso come una premessa fattuale obiettiva (in questo senso il ragionamento giuridico usa la categoria della “*naturalità*” come rimando ad una evidenza); invece, l'*inidoneità* viene più semplicemente fondata sulla scelta del legislatore che, nei margini consentiti dalla sua discrezionalità, non ha –sin qui- ritenuto di estendere l'istituto del matrimonio, nato per coppie di sesso diverso, a coppie dello stesso sesso.

Il mutamento di prospettiva nel fondamento della intrascrivibilità appare, già di per sé, particolarmente significativo: pur scegliendo di rimanere interamente nel quadro proposto dalla sentenza 138/2010, la Cassazione segue, infatti, quella parte della dottrina che l'ha

rigettato”.

⁴⁵ L'*inesistenza* ha consentito l'invenzione di un vizio radicale e insanabile (più grave della nullità assoluta per mancanza di elemento essenziale che, pure operando *ex tunc*, non impedisce la riconoscibilità dell'atto), consentendo di superare la tassatività dell'elencazione dei vizi e la mancanza di una regola espressa sul requisito della diversità di sesso dei coniugi (ricavabile, come noto, solo in via interpretativa da un insieme di disposizioni civilistiche).

letta come una perimetrazione della discrezionalità del legislatore⁴⁶, come un limite al ventaglio delle opzioni interpretative che il giudice, persino costituzionale, potesse autonomamente compiere.

Mostra, insomma, di condividere la tesi secondo la quale il matrimonio *same-sex* è, per il legislatore, un'opzione costituzionalmente aperta: del cui mancato esercizio risponde, come di ogni scelta discrezionale, nel quadro della propria *responsabilità politica*⁴⁷.

Ciò consente di aprire un inciso relativo al piano del discorso politico.

L'unica scelta che il legislatore potrebbe spiegare con il mero richiamo della costituzione è quella di non cancellare il matrimonio fra soggetti di sesso differente, a vantaggio del quale gioca –per così dire– l'argomento della tradizione: questo era, infatti, il matrimonio storicamente incorporato nell'art. 29 cost. (per innovare profondamente, anche all'interno della famiglia, i rapporti uomo/donna sulla base del principio fondamentale anti-subordinazione di genere⁴⁸). Il matrimonio tra una donna e un uomo rappresenta, per ciò stesso, una sorta di contenuto "minimo" storicamente garantito, per rimuovere il quale sarebbe necessaria una revisione costituzionale.

Il legislatore deve, invece, non solo giustificare ragionevolmente la mancata predisposizione di forme di garanzia del "diritto fondamentale", riconosciuto ai componenti delle unioni stabili omosessuali sulla base dell'art. 2 cost., "*di vivere liberamente una condizione di coppia ottenendone il riconoscimento giuridico*"⁴⁹; deve altresì proporre coerenti giustificazioni positive del perché ritenga necessario mantenere istituti separati per le coppie etero e per quelle *same-sex*.

Sul piano del ragionamento più strettamente giuridico, tuttavia, collocando la costruzione della categoria dell'inidoneità entro il quadro complessivo dello sviluppo della motivazione

⁴⁶ Sia consentito il rinvio a B. PEZZINI, *Il matrimonio same-sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2715.

⁴⁷ Anche GATTUSO, *cit.*, p. 8, sottolinea che "*la sussistenza di un preteso schermo costituzionale funge da pretesto per le forze politiche per escludere ogni apertura la matrimonio egualitario*".

⁴⁸ B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere cit.*, p.16; più in generale sul principio antisubordinazione, B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, in *Scritti Carlassare*, vol. III, Napoli, 2009, p. 1159.

⁴⁹ Giustificazione pretesa, sul piano interno, alla luce dell'affermazione del diritto fondamentale nella sent. 138/2010 della Corte costituzionale; ma anche richiesta dalla giurisprudenza della Corte EDU, da quando, con *Schalk e Kopf*, ha chiaramente affermato il diritto alla tutela della vita familiare delle unioni omosessuali ex art. 8 CEDU. Diversamente da quanto avvenuto nel caso austriaco considerato in *Schalk e Kopf*, in cui la disciplina di riconoscimento delle unioni civili nel frattempo adottata dall'Austria ha consentito di escludere il profilo discriminatorio, difficilmente, a mio parere, la Corte EDU potrebbe ritenere sufficiente la protezione della vita familiare offerta dal ricorso ai giudici –con eventuale intervento della Corte costituzionale– per estendere alle unioni stabili omosessuali il trattamento delle coppie coniugate nei casi ritenuti "omogenei" (che è, allo stato, l'unica tutela giuridica della vita familiare delle unioni omosessuali conosciuta in Italia). In merito, si può considerare che il D.L. n. 30 del 6 febbraio 2007 in attuazione della direttiva 2004/38 all'art. 2 («*definizioni*») riconosce come «*familiare*» anche «il partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante»: dopo la sent. 138/2010 si può sostenere che l'Italia "equipara l'unione registrata al matrimonio" sulla base dell'art. 2 cost., nella misura in cui esso garantisce alla formazione sociale "unione stabile omosessuale" il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia (ottenendo il riconoscimento giuridico, con i connessi diritti e doveri, da parte del legislatore e, comunque, ottenendo direttamente dal giudice quel trattamento omogeneo che risultasse necessario a tutela di particolari situazioni).

della sentenza 4184, mi sembra si possa cogliere più della differenza di fondamento giuridico tra inesistenza e inidoneità.

L'inesistenza riguarda, insieme, l'atto ed ogni altro aspetto dell'istituto giuridico di cui parliamo (il matrimonio *same-sex*), precludendone radicalmente ogni effetto possibile: l'inesistenza impedisce di riconoscere il legame contratto tra due persone dello stesso sesso come situazione configurabile concettualmente entro la categoria giuridica di "matrimonio" e da ciò fa discendere che nessun effetto giuridicamente apprezzabile possa *ricondersi a / o discendere da* tale legame.

Invece, l'inidoneità riguarda l'atto considerato come tale nella specificità della sua tipologia, lasciando aperta la possibilità che gli effetti che come matrimonio non può produrre siano "recuperati" dall'ordinamento per altra via : attraverso l'applicazione alla coppia omosessuale coniugata all'estero dello stesso trattamento riconosciuto dall'ordinamento italiano alle coppie eterosessuali coniugate, per riconosciuta "omogeneità" delle loro condizioni ai fini della possibilità di vivere liberamente la vita di coppia.

Pur non riconoscibile come atto di matrimonio, il rapporto contratto costituisce un "dato" giuridicamente rilevante dal quale discendono effetti potenzialmente omogenei a quelli di un matrimonio⁵⁰. Esso attesta, infatti, indubbiamente l'esistenza di una *formazione sociale* specifica e, per quanto non sia ritenuto idoneo ad essere trascritto ed a produrre effetti come matrimonio, è idoneo ad essere identificato ed a produrre gli effetti di un "istituto giuridico". Il matrimonio *same-sex* contratto all'estero diviene identificabile nei termini dell'*unione omosessuale* di cui ha parlato la sentenza 138, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso: istituto giuridico costituzionalmente tutelato nel diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia ottenendone il riconoscimento giuridico con connessi diritti e doveri; *formazione sociale* specificamente tutelabile –oltre da una legge di disciplina generale, che rappresenta la via maestra del riconoscimento, ma resta subordinata alla discrezionalità di tempi e modi della decisione politica del legislatore- anche per via dell'estensione ad essa dello stesso trattamento che l'ordinamento riconosce alle coppie coniugate (che l'ordinamento, quindi, fa derivare dal matrimonio), in specifiche situazioni in cui l'omogeneità di condizione sia rilevabile attraverso il cosiddetto controllo di ragionevolezza.

4.3.1.2. La distinzione dell'inidoneità dall'invalidità e la questione della contrarietà all'ordine pubblico.

Per quanto poi riguarda la configurazione in negativo e per differenza della inidoneità rispetto alla invalidità, va notato che mentre la sentenza ricostruisce ampiamente le basi giuridiche dell'inesistenza –per poi, conclusivamente, dichiararne l'abbandono "*essendo stata radicalmente superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile*" del matrimonio (e si noti la forza, la perentorietà

⁵⁰ Una distinzione significativamente diversa da quella operata da Schuster tra atto e fatto: a parte l'impiego che ne fa Schuster, che la utilizza nel c.d. *distinguishing* tra le sentenze 1328/2011 (matrimonio riconosciuto come fatto) e 4184/2012 (matrimonio non riconoscibile come atto), si ritiene qui che sia direttamente la sentenza 4184 ad attribuire al matrimonio in questione l'inquadramento non come mero fatto giuridico ma come un vero e proprio "istituto giuridico".

dell'affermazione di un compiuto *radicale* abbandono di tale prospettiva)- e richiama tale ampia ricostruzione nel passaggio finale (con espresso rinvio al precedente punto 2.2.2.) , non si sofferma, invece, sull'invalidità (e sulla connessa nozione del limite dell'ordine pubblico). L'ampiezza della prima parte argomentativa sull'inesistenza potrebbe persino servire (oltre che nel senso indicato da Franco, v. *supra*) proprio per giustificare il mancato rilievo della questione "*diversa e delicata*" del limite dell'ordine pubblico⁵¹.

Come la sentenza ricorda espressamente (nel punto 2.2. alla lettera A), le cause di invalidità disciplinate dagli art. 84-88 c.c. costituiscono i c.d. impedimenti dirimenti, che "*pongono, di regola*⁵², ... *norme di ordine pubblico*".

Il limite dell'ordine pubblico in materia matrimoniale rileva espressamente nell'art. 65 l. 218/1995 (che impedisce che abbiano effetto in Italia provvedimenti stranieri relativi a rapporti di famiglia) e nell'art. 18 del reg. 396/2000 (che impedisce la trascrizione del matrimonio).

Tuttavia, se le cause di invalidità sono tassative, ad esse non si potrebbe aggiungere la identità di sesso dei coniugi, a meno di non costruirla come un requisito costituzionalmente imposto (in tal caso, la mancanza della norma espressa che riconosce l'identità di sesso come impedimento dirimente verrebbe colmata dalla necessità di una interpretazione adeguatrice additiva del requisito costituzionalmente dovuto)⁵³.

Non per caso, infatti, nella dottrina e nella giurisprudenza, la creazione della categoria dell'inesistenza era servita anche ad aggirare l'ostacolo: come la Corte di cassazione mostra di essere ben consapevole, argomentando specificamente sulla questione nel punto 2.2.3., l'assunzione della prospettiva dell'inesistenza, agendo a monte, esime dall'affrontare la questione della contrarietà all'ordine pubblico ex art. 18 d.P.R. 396/2000, che pure era stata originariamente indicata dall'ufficiale di stato civile a giustificazione del rifiuto di trascrizione.

Una volta superata "radicalmente" la concezione dell'inesistenza, la questione dovrebbe, tuttavia, riacquistare un autonomo rilievo: accade, invece, che, a questo punto, la sentenza sembri dimenticarsene⁵⁴ e proceda senza riprendere espressamente l'argomento del limite dell'ordine pubblico.

⁵¹ Il paragrafo 2.2.3 si apre con "pertanto" e afferma non essere necessario affrontare la questione del limite dell'ordine pubblico.

⁵² "Di regola" perché non agiscono nel caso delle norme sulle pubblicazioni.

⁵³ Il Ministero dell'Interno, nella circolare 55/2007 sopra richiamata, incorporando nell'ordine pubblico non solo l'assenza di impedimenti dirimenti ma anche il positivo riscontro della condizione di esistenza, sembra richiamare implicitamente questa tesi. Anche Trib. Treviso 19 maggio 2010, su cui M. WINKLER, *Ancora sul rifiuto di trascrizione in Italia di same-sex marriage straniero: l'ennesima occasione mancata*, in *Dir. fam.* 2011, 3, 1236, avverte il bisogno di rinforzare con il richiamo della costituzione la nozione –esclusivamente eterosessuale- dell'istituto matrimoniale affermando che il "concetto di matrimonio riconosciuto dall'ordinamento giuridico italiano e posto dallo stesso art. 29 Cost. è quello dell'unione di persone di sesso diverso" [sott. ns.]; la sentenza, comunque, pronuncia sulla base dell'inesistenza, che opera preliminarmente al limite dell'ordine pubblico di cui all'art. 18.

⁵⁴ M. WINKLER, cit., p. 7: "*la Corte –forse abilmente, ma sicuramente in modo consapevole- non entra nel merito del problema, irto di difficoltà, della compatibilità del matrimonio same-sex con l'ordine pubblico, fermandosi invece alla qualificazione della fattispecie*". SCHUSTER sembra, invece, ritenere che anche l'inidoneità operi a monte della trascrivibilità e, dunque, che questa sia la ragione per cui la Cassazione non avrebbe sentito il bisogno di riprendere esplicitamente l'argomentazione relativa al limite dell'ordine pubblico. La prospettiva di S. non pare condivisibile per le ragioni che marcano la differenziazione tra inesistenza e invalidità: v. *oltre par.* 4.3.1.3.

Ma la diversità di sesso, che non è più condizione di esistenza del matrimonio (e quindi non agisce più a monte della sua trascrivibilità), può ancora rientrare in gioco nell'ambito del limite dell'*ordine* pubblico, che impedisce la trascrizione ex art. 18 (e gli effetti ex art. 65)?

Da un primo punto di vista, come già visto, la creazione interpretativa di un ulteriore impedimento dirimente potrebbe discendere solo dalla sua doverosità costituzionale.

Ma la sentenza argomenta ampiamente sul fatto che l'istituto del matrimonio *same-sex* (o meglio, del matrimonio sganciato dal paradigma eterosessuale, quindi indifferentemente aperto alle coppie dello stesso come di differente sesso) sarebbe, sì discrezionalmente disponibile nell'*an* da parte del legislatore –nella ricostruzione proposta dalla Cassazione⁵⁵–, ma certamente *non è contrario all'ordine pubblico*, avendo le proprie basi giuridiche di riconoscimento –non imposto, ma possibile– nell'art. 12 CEDU riletto alla luce dell'art. 9 Carta europea dei diritti fondamentali.

Ed in ogni caso, non potendo più essere la differenza di sesso condizione di esistenza del matrimonio, la mancanza di tale differenza potrebbe diventare rilevante solo nei termini di una *causa di invalidità* del matrimonio stesso: ma la sentenza espressamente esclude che l'intrascrivibilità di un matrimonio tra persone dello stesso sesso dipenda tanto dalla inesistenza *quanto dall'invalidità*, riconducendola *in via esclusiva all'ineidoneità*.

Per quanto l'abbia fatto con una certa reticenza e con eccessivo *understatement*, a me sembra proprio che la Cassazione abbia reso inutilizzabile anche l'argomento della contrarietà all'ordine pubblico e che il principio di diritto enunciato nella pronuncia imponga una rilettura dell'art. 18 del reg. 396/2000 (nonché dell'art. 65 l. 218/1995 di riforma del sistema di diritto internazionale privato⁵⁶), tale da escludere che nel riferimento all'ordine pubblico possa essere ricompresa anche la condizione di identità di sesso dei coniugi⁵⁷.

L'identità di sesso dei coniugi –che non conduce più all'inesistenza– rileverebbe solo in quanto risultasse assimilabile ad un profilo di invalidità (impedimento implicito ovvero contrarietà all'ordine pubblico); dal momento che la tesi dell'invalidità del matrimonio *same-sex* contratto all'estero viene espressamente respinta, viene, con essa, esclusa la possibilità che la trascrizione dell'atto possa essere negata per contrarietà all'ordine pubblico: la norma regolamentare dell'art. 18 d.P.R. 396/2000 va quindi disapplicata – come ampiamente spiegato nel punto 2.2 alla lett. C (In cui la Cassazione ampiamente chiarisce che le norme di delegificazione sono indirettamente soggette al controllo di

⁵⁵ Per la tesi che fa discendere da una rigorosa interpretazione del combinato disposto degli articoli 2, 3 e 29 cost. significativi limiti di tale ampia discrezionalità, si rinvia a B. PEZZINI, *Dentro il mestiere*, cit. e *Il matrimonio same-sex si potrà fare*, cit.

⁵⁶ Il tema della contrarietà all'ordine pubblico in materia matrimoniale rileva nell'art. 65 l. 218/1995 e nell'art. 18 del reg. 396/2000; per quanto sopra argomentato, e fermo restando il diverso grado di efficacia delle due fonti, la possibilità di incorporare in tale concetto il requisito della differenza di sesso dei coniugi viene a cadere nell'una e nell'altra fonte: nel senso che in tale richiamo dell'ordine pubblico non può in alcun modo ritenersi compreso. Ciò agisce sia per la trascrizione di matrimoni contratti all'estero da almeno un cittadino italiano (art. 18), sia per il riconoscimento degli effetti del matrimonio contratto all'estero da cittadini stranieri (art. 65): i matrimoni tra stranieri sono regolati interamente dalla legge straniera (ai sensi dell'articolo 27 l. 218/1995 la capacità e le condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo al momento del matrimonio, mentre la forma della celebrazione dipende, ex art. 28, dalla legge del luogo di celebrazione, dalla legge nazionale di almeno uno dei due o dalla legge dello stato di comune residenza all'atto del matrimonio), ma al riconoscimento degli effetti si applica l'art. 65.

⁵⁷ Nello stesso senso anche per Franco, cit., p. 175, l'ordinamento italiano non considera l'atto "*né invalido, né inesistente, né (ormai) contrario alla tradizione e all'ordine pubblico*".

costituzionalità attraverso la legge abilitante il governo alla delegificazione⁵⁸ e direttamente nell'ambito dei poteri di annullamento e disapplicazione dei giudici ordinari e amministrativi per vizi esclusivamente propri).

4.3.1.3. Gli effetti dell'inidoneità.

La sentenza parla di *inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio appunto, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano* e dà applicazione a quell'effetto specifico dell'inidoneità consistente nell'impedimento alla trascrizione; tuttavia, ciò non deve indurre nell'errore di ritenere che inidoneità ed inesistenza coincidano quanto agli effetti (come sembra invece ritenere Schuster).

Per quanto l'atto sia inidoneo a produrre effetti *quale atto di matrimonio* –in quanto e fino a quando il relativo “modello” di matrimonio *same-sex* (o meglio, come già visto, matrimonio che prescinde dalla differenza di sesso) non sarà introdotto da quel legislatore cui tale innovazione sarebbe riservata- esso è pur tuttavia idoneo a produrre determinati effetti giuridici, come affermato esplicitamente dalla sentenza al punto 4.2 (cui rinviava anche in conclusione del punto 3.2, parlando di “rilevanti conseguenze sul piano della tutela giurisdizionale dell'unione omosessuale”): effetti “analoghi”, in specifiche situazioni, agli effetti del matrimonio, garantiti dal diritto ad ottenere trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e rivendicabili per mezzo della possibilità di adire i giudici comuni, eventualmente sollevando le conferenti eccezioni di legittimità costituzionale delle disposizioni applicabili alle singole fattispecie.

Il superamento delle categorie dell'inesistenza e dell'invalidità e la loro sostituzione con quella della inidoneità a produrre gli effetti del matrimonio ha “liberato” la possibilità di riconoscere al matrimonio *same-sex* celebrato all'estero determinati *specifici effetti analoghi* a quelli di un matrimonio riconosciuto, in applicazione degli art. 2 e 3 cost. (secondo quanto già avvenuto, come abbiamo visto, in altre recenti pronunce, quali la sentenza del Tribunale di Reggio Emilia del 14 febbraio 2012 e la sentenza 1328/2011 della prima sezione della Cassazione penale).

4.3.1.4. Il divieto di discriminazioni fondate sul sesso.

Vi sono, nella sentenza 4184, ulteriori profili di interesse che vanno, sia pure sommariamente, richiamati.

In particolare, la sentenza (pt. 3.2: p. 42) deriva il diritto fondamentale dei componenti la coppia omosessuale *direttamente* anche dall'art. 3 cost. e ricava dal precetto di uguaglianza senza distinzione di sesso il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sia sull'identità che sull'orientamento omosessuale.

Con ciò mette in luce un aspetto importante della autonoma fondazione del diritto antidiscriminatorio nella costituzione italiana, che lo rende relativamente indipendente dalla sua costruzione euro-unitaria⁵⁹.

⁵⁸ Nel caso l'art. 2, co. 12, l. 127/1997, nella parte in cui avesse posto principi incostituzionali o omesso di porre principi in materie che costituzionalmente li richiedono.

⁵⁹ Il diritto antidiscriminatorio europeo, nel quale l'orientamento sessuale viene affermato come autonomo *ground* di discriminazione dalla direttiva 78/2000, opera sul presupposto dell'incapacità del parametro sessuale di produrre effetti sulla discriminazione basata sull'orientamento sessuale, agendo il confronto

L'identificazione dell'orientamento sessuale di una persona (etero- piuttosto che omosessuale) è una condizione leggibile solo a partire dalla identificazione del sesso di quella persona e costituisce, pertanto, elemento che la distingue "in base al" o "a partire dal" sesso. Considerando acquisito che nel divieto di discriminazioni in base al sesso siano da intendersi ricomprese tutte le discriminazioni che hanno a che fare con il *genere* delle persone, l'orientamento sessuale è uno degli elementi che più significativamente marcano e costruiscono il *genere*, cioè il ruolo e le aspettative sociali legate al sesso (*sex-gender system*).

L'assunzione da parte della Cassazione di questa prospettiva riconosce l'aspettativa di un orientamento eterosessuale quale regola di genere ricavata immediatamente dal sesso, quale elemento che costruisce il *sex-gender system* etero-normativo, e consente di superare la rigida partizione tra *ground* di discriminazione e "pacchetti di tutela" specifici, per procedere nel senso di una visione integrata e complessiva del diritto antidiscriminatorio, unificata dalla sua funzione di garanzia del principio fondamentale di uguaglianza.

Nell'immediato, la Corte di cassazione ne ricava la sottolineatura del *divieto di qualsiasi atteggiamento o comportamento omofobo*, con la necessità di relativa tutela: infatti, il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia "discende anche dall'art. 3, primo comma, Cost., laddove questo assicura la pari dignità sociale di tutti (i cittadini) e la loro uguaglianza davanti alla legge <senza distinzione di sesso>, e quindi vieta qualsiasi atteggiamento o comportamento omofobo e qualsiasi discriminazione fondata sull'identità o sull'orientamento sessuale" (pag. 42).

4.3.2. In conclusione.

Nel complesso di questa pronuncia della Corte di cassazione densa di elementi di novità, non mancano, però, le ombre.

In particolare, appare assai poco persuasivo il ragionamento costruito intorno al (mancato) riconoscimento del *diritto fondamentale* al matrimonio, che resta, di per sé, strettamente legato al paradigma eterosessuale; la previsione del matrimonio *same-sex* viene ammessa sul solo terreno legislativo e ad esso viene, pertanto, negato il riconoscimento di diritto fondamentale (si ammette, così, la possibilità di distinguere, in ordine ad un medesimo istituto, la qualificazione dell'accesso ad esso in termini di diritto fondamentale entro una relazione eterosessuale e in termini di mero diritto legislativo entro una relazione omosessuale).

Altrettanto poco persuasiva è la contraddizione e la inaccettabile ambiguità della separazione tra momento del *riconoscimento* e momento della *garanzia* di un diritto : una separazione che, dal punto di vista della natura dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti appare semplicemente improponibile.

direttamente tra donne lesbiche ed uomini gay (non diversamente discriminati tra loro, ma, come di tutta evidenza, rispetto a uomini e donne eterosessuali...). Sul tema si veda B. PEZZINI, A. LORENZETTI, *Il principio di parità tra uomo e donna nell'integrazione europea: costruzione del genere e costruzione dell'uguaglianza*, in GARGIULO P. (a cura di), *Politica e diritti sociali nell'Unione Europea. Quale modello sociale europeo?*, ESI, Napoli, 81-113.

Infatti, mentre la separazione tra riconoscimento e garanzia è relativamente accettabile per la Corte EDU, essendo un carattere strutturalmente connesso al sistema della Convenzione -che non può che assegnare agli Stati membri l'attuazione di diritti di cui si fa garante di ultima istanza-, tale separazione risulta assolutamente incongrua sul piano del diritto costituzionale nazionale, alla luce dell'art. 2 cost. che unifica riconoscimento e garanzia dei diritti fondamentali.

Strettamente connessa a questo tema risulta anche l'invocazione della discrezionalità del legislatore, che sembra riguardata indistintamente dalla Cassazione sia sul piano del diritto europeo, sia sul piano del diritto nazionale: ma non è sulle medesime basi e con i medesimi effetti che la Corte EDU rinvia la questione al legislatore nazionale nel complesso della dottrina del "margine di apprezzamento", rispetto alla Corte costituzionale che, dichiarando l'inammissibilità di una questione o rigettandola a motivo del riconoscimento di una sfera riservata alla discrezionalità del legislatore, agisce nel contesto del rispetto della dottrina della separazione dei poteri.

E questo porta diritti alla vicenda, stimolante, ma estremamente complessa, del dialogo inter-ordinamentale sui diritti fondamentali e sulla loro tutela, ed alla necessità di contestualizzare e distinguere le specificità del contesto in cui pronunce giudiziali ed affermazioni interpretative vengono compiute: un tema di riflessione cruciale, rispetto al quale la sentenza 4184 aggiunge, con le sue luci e le sue ombre, un proprio significativo tassello.

* Ordinaria di Diritto costituzionale nell'Università di Bergamo