

## Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio<sup>1</sup>

di Alexander Schuster \*  
(10 aprile 2012)

**Sommario:** 1. Einstein e la questione omosessuale. – 2. Correva l'anno 2010: la q.l.c. ridefinita – 3. La sentenza 138 in dialogo con la giurisprudenza europea. – 4. 15 marzo 2012: *Gas e Dubois c. Francia*. – 5. 15 marzo 2012: Cass. 4184/2012 e il prologo obliato. – 6. Una sentenza che consolida. – 6.1 La valorizzazione di *Schalk c. Austria*. – 6.2 La lettura della sent. 138/2010. – 7. Una sentenza che pone problemi. – 8. Un'antinomia risolvibile? – 9. Inesistenza, inidoneità e ordine pubblico. – 9.1. Premessa: la prima giustificazione dell'atto di rigetto. – 9.2. L'inidoneità è tesi idonea? – 9.3. Alla ricerca dei fondamenti. – 10. *Quid juris?*

### 1. Einstein e la questione omosessuale

Un aneddoto<sup>2</sup> vuole che uno studente avesse espresso il proprio stupore ad Albert Einstein rilevando il fatto che le domande oggetto del suo esame erano le stesse date alla prova dell'anno precedente. Il padre della teoria della relatività avrebbe risposto: «Vero, però quest'anno le risposte sono tutte diverse!» Da giurista non posso dire se il prof. Einstein avesse torto o ragione, ma certo la risposta corretta alla domanda «quale posto ha la famiglia 'gay' nel diritto, tanto italiano quanto europeo?», cambia molto più rapidamente della teoria sulla velocità della luce ('tunnel' CERN-Gransasso permettendo).

Così come nel giro di pochi mesi nel 2010 le sorti della giurisprudenza italiana si incrociarono con quelle di altri Stati e del Consiglio d'Europa<sup>3</sup>, così il 15 marzo 2012 si sono incrociate le pubblicazioni di due sentenze, una della Corte europea per i diritti umani – *Gas e Dubois c. Francia*, ric. n. 25951/07 – l'altra della Suprema Corte di Cassazione, I sez. civ., n. 4184. Curiosamente la prima, che ha compiuto un sostanziale, per quanto piccolo, passo avanti è stata negletta, mentre l'altra ha conquistato gli onori delle testate giornalistiche italiane.<sup>4</sup> Fu vera gloria e fu giustificato silenzio? Per rispondere a questa domanda, pare opportuno ripartire proprio dalla giurisprudenza del 2010 e tracciare la strada percorsa fino ai nostri giorni.

<sup>1</sup> Ringrazio per i preziosi commenti alla prima versione delle presenti riflessioni G. Ferrando, M. Gattuso, R. Toniatti e G. Oberto. Le considerazioni che seguono rispecchiano l'opinione dell'autore, a cui è attribuibile anche ogni mancanza ed errore.

<sup>2</sup> Aneddoto che mutuo dall'*incipit* della relazione tenuta da Kees Waaldijk a Strasburgo il 18 novembre 2011 sul riconoscimento delle famiglie LGB (composte cioè da persone lesbiche, gay o bisessuali) nell'Unione europea.

<sup>3</sup> Ci si riferisce alla sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 15 aprile 2010 e a quella *Schalk e Kopf c. Austria*, ric. n. 30141/04, CEDH 2010 (24 giugno), su cui vedi *infra*.

<sup>4</sup> Un entusiastico commento "a caldo" è stato offerto a poche ore dalla pubblicazione della sentenza da M. Gattuso, il quale ha parlato di «conseguenze immediate e forse dirompenti»: *Dopo la sentenza di Cassazione sulle relazioni affettive fra omosessuali*, in <http://www.personaedanno.it>, 19.3.2012.

## 2. Correva l'anno 2010: la q.l.c. ridefinita

La questione sollevata dal Tribunale di Venezia<sup>5</sup> e dalla Corte di appello di Trento<sup>6</sup> affrontava il tema in maniera assai diretta, domandando se fosse costituzionalmente legittimo escludere le coppie dello stesso genere<sup>7</sup> dall'istituto matrimoniale. Si potrà osservare che la formulazione testuale della questione posta dai due collegi differiva. Infatti, mentre il primo giudice remittente parlava di norme che non consentono che le «persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso», il secondo giustamente circoscrive la questione al divieto rispetto a «individui di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso». Non si tratta di mere speculazioni fine a sé stesse, ma di inquadrare correttamente la questione, senza introdurre aspetti che – fortunatamente – rimangono estranei alle disposizioni indubiate. Impregiudicata la questione della misura in cui l'eteronormatività insita nel diritto civile italiano sia da analizzarsi sotto il profilo dell'orientamento sessuale, oltre che del genere<sup>8</sup>, deve risultare chiaro che gli ordinamenti non definiscono il matrimonio in termini di orientamento sessuale, ma di diversità (o identità o neutralità) di genere.

Un caso pressoché isolato potrà essere menzionato *en passant*, ovvero l'abrogata legge norvegese che aveva introdotto nel 1993 l'unione registrata (*Lov 30 april 1993 nr 40 om registrert partnerskap*), la quale fu esplicitamente costruita attorno alla nozione di persona omosessuale. Così, l'art. 1° consente di contrarre l'unione solo a «due persone omoaffettive [*homofile*] dello stesso genere [*kjønn*]»). Quanto questo sia stato percepito da qualcuno come ridondante emerge dalla stessa traduzione in inglese proposta sul sito del governo norvegese, in cui è omesso il riferimento all'orientamento omoaffettivo delle persone che possono accedere all'unione registrata.

Questo caso rimane verosimilmente isolato e concerne una legge poi abrogata dal legislatore scandinavo con l'introduzione della legge di riforma del matrimonio del 27 giugno 2008, n. 53. Questa rappresenta uno dei migliori esempi di costruzioni del diritto di famiglia in termini di neutralità di genere (in difetto di migliori equivalenti per l'espressione *gender-neutral* o, secondo l'espressione adottata dallo stesso governo norvegese nel comunicato stampa ufficiale di presentazione della nuova legge, *kjønnsnøytral*). Peraltro, anche nel nuovo testo permane ancora

---

<sup>5</sup> Trib. Venezia, ord. 3.4.2009 (reg. ord. n. 177/2009, pubblicata in Gazz. Uff. 1.7.2009, n. 26).

<sup>6</sup> App. Trento, ord. 9.7.2009 (reg. ord. n. 248/2009, pubblicata in Gazz. Uff. 14.10.2009, n. 41).

<sup>7</sup> Sull'uso dell'espressione «stesso genere» in luogo di «stesso sesso» in questo e in altri contesti in quanto più corretta sia dal punto di vista semantico, che sostanziale, che strategico si vedano le precedenti osservazioni in A. Schuster, *L'abbandono del dualismo eteronormativo della famiglia*, in *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto* (cur.), Mimesis, Milano, 2011, 40 ss.

<sup>8</sup> La questione, oramai pluridecennale, è stata particolarmente dibattuta in Europa negli anni Novanta a seguito della decisione della Corte di giustizia Corte del 17 febbraio 1998, causa C-249/96, *Grant*, in *Racc. I-621*. Dissentendo dall'opinione dell'Avvocato generale Elmer, il collegio di Lussemburgo statui che la mancata concessione alla compagna stabilmente convivente con lavoratrice dello stesso genere un beneficio altrimenti riservato ai partner di genere diverso non era inquadrabile come discriminazione in ragione del genere, così escludendo dall'unica tutela antidiscriminatoria allora prevista dall'ordinamento comunitario l'orientamento sessuale. Il rimedio si trovò allora nell'introduzione dell'art. 13 TCE con il trattato di Amsterdam e con la direttiva 2000/78/CE. Il dibattito teorico sul rapporto fra discriminazione di genere e discriminazione per orientamento sessuale è da allora scemato, ma non certo spento. L'avvio di una nuova discussione dieci anni dopo potrebbe non essere del tutto inopportuna, anche a fronte dell'esigenza di adottare un approccio che sia coerentemente *gender-neutral* in ogni ambito del diritto.

un riferimento all'orientamento sessuale delle coppie, sebbene limitato ad un'unica sede, cioè l'epigrafe della legge, la quale fra parentesi precisa che si tratta di una «legge sul matrimonio comune a coppie eteroaffettive e omoaffettive» (*felles ekteskapslov for heterofile og homofile par*).

Anche la Norvegia, pur richiamando nel dato testuale l'orientamento sessuale dei nubendi, è da ritenere che non avesse attribuito alcuna invalidità al negozio concluso da una coppia il cui orientamento non fosse allineato all'istituto prescelto (matrimonio o unione). Più in generale si deve concludere che negli ordinamenti non può in sé e per sé incidere sulla validità del negozio matrimoniale l'orientamento sessuale effettivo dei nubendi. Questi possono essere presi in considerazione tutt'al più per il loro genere anagrafico. Ogni indagine da parte delle pubbliche autorità (per tacere di quelle ipoteticamente condotte da improbabili ministri di culto) sarebbe imbarazzante, ancor prima che illegittima in uno Stato liberale che ripudia connotazioni etiche e rifugge ogni forma di eudemonismo positivo di Stato.<sup>9</sup> D'altra parte, qualunque ne fosse l'esito, questo sarebbe privo di ogni conseguenza giuridica sulla validità del legame coniugale.<sup>10</sup>

Si badi, non è questione teorica. Si è recentemente appreso di un caso riguardante l'impiego della *civil partnership* irlandese da parte di due donne eterosessuali per passare dall'una all'altra beni senza soggiacere all'altissima imposta di successione propria delle donazioni fra non familiari.<sup>11</sup> La validità dell'atto non è stata contestata. Anzi, qualora fosse stato impugnato dalle autorità, si sarebbe potuto addirittura argomentare che si era in presenza di una discriminazione per orientamento sessuale, pur a fronte della identità di genere dei partner. L'esempio mostra chiaramente l'opportunità di separare da un punto di vista concettuale e giuridico il loglio dal grano. Ovviamente, per quanto sopra detto non è minimamente un problema esclusivo delle unioni registrate, giacché si pone in eguali termini anche per il matrimonio e ogni altra forma di unione a cui l'ordinamento associa determinati benefici.

A questi aspetti terminologici si erano già dedicate alcune pagine in altro scritto, ma la riproposizione da parte della Cassazione civile della questione di legittimità costituzionale secondo

---

<sup>9</sup> Riprendo qui un'espressione impiegata per la prima volta in A. Schuster, *Gender-neutral family institutions. From metalaw to law*, tesi di dottorato in cotutela, 30 giugno 2006, Università di Strasburgo e Università di Trento, 154 ss., di prossima pubblicazione per i tipi di ANRT – Université de Lille III. Lo Stato dovrebbe garantire il diritto di ogni persona a raggiungere uno stato di felicità e di benessere, il quale deve poter essere da questa autonomamente definito (eudemonismo negativo). Le autorità dovrebbero, invece, aborre l'idea di un ordinamento che predefinisca sulla base di una propria idea di agente giuridico l'unica strada verso il benessere normativamente valida. Non è più ammissibile affermare e imporre un'idea prestabilita e imperativa di benessere individuale, visione storicamente affermatasi in più contesti e a presidio della quale ad esempio l'epoca napoleonica ha introdotto i noti strumenti dei *bonnes m?urs* e soprattutto dell'*ordre public*, su cui *infra* nel testo. Proprio questo approccio impositivo che traspare ancora oggi in molti ordinamenti si presenta come un esempio di eudemonismo positivo di Stato, in cui quest'ultimo appare come l'unico soggetto che sarebbe legittimato ad affermare quale famiglia, quale sentimento e quale orientamento siano quelli astrattamente e generalmente migliori.

<sup>10</sup> Sia consentito in questa sede non affrontare la discussione sulle correlazioni di una tale fattispecie con la simulazione e sugli effetti giuridici puntuali e specifici che potrebbero essere comunque negati in riferimento ad altri ambiti del diritto, quali l'immigrazione. Questa discussione, soprattutto se condotta in un'ottica comparata, avrebbe peraltro ampi margini di interesse, soprattutto sotto il profilo della dissociazione condotta da diversi ordinamenti fra validità in sé del legame e disconoscimento di effetti ancillari che da esso di norma discendono (es. tributari in riferimento alle imposte di successione fra coniugi o partner).

<sup>11</sup> Si veda il seguente post: [http://www.jillkerby.ie/blog/sundaytimes\\_moneycomment\\_february\\_5\\_2012](http://www.jillkerby.ie/blog/sundaytimes_moneycomment_february_5_2012).

la formulazione veneziana, che fa menzione dell'omosessualità della coppia, ha suggerito di riportare l'attenzione su questi aspetti.<sup>12</sup>

### 3. La sentenza 138 in dialogo con la giurisprudenza europea

La sentenza n. 38/2010 della Corte costituzionale italiana sancì per certo il valore da attribuire alle unioni "omosessuali" quali formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost. Certo era chiaro che vedeva per la prima volta la luce un principio giuridico costituzionale ulpianamente *imperfectus*, perché privo di cogenza e la cui violazione per inerzia del legislatore rimaneva senza alcuna conseguenza diretta. L'obbligo di introdurre un istituto di riconoscimento generale di queste unioni è così interamente rimesso ai tempi, ai modi e ai limiti decisi dal "solerte" Parlamento italiano. La sentenza, tuttavia, ha anche compiuto nell'immediato un passo importante, spianando la strada a future decisioni che affermino l'irragionevolezza ai sensi dell'art. 3 Cost. di «certe» disparità di trattamento rispetto alla coppia coniugata.

Per contro, ha fomentato un dibattito sulla reale interpretazione da dare alle sue parole in merito alla possibilità per il legislatore ordinario di riscrivere l'istituto matrimoniale di cui all'art. 29 Cost. Sguainata la spada – immediatamente spuntata – dell'obbligo di introdurre un istituto generale di riconoscimento di queste unioni, assolutamente oscura rimaneva l'altra faccia di questa sentenza bifronte, in cui dapprima si registravano aperture in una direzione e poi immediate chiusure. Sulla questione si tornerà in appresso in riferimento alla sentenza della Cassazione n. 4184/12, giacché il giudice di legittimità pare abbia voluto suggerire la sua interpretazione dei margini di manovra del legislatore ordinario.

Infine, il 24 giugno del 2010 la Corte di Strasburgo pubblicò la sua prima sentenza in tema di riconoscimento delle unioni, *Schalk e Kopf c. Austria*. Due le evoluzioni compiute dalla Corte, nonostante anche qui si assista in concreto al rigetto del ricorso. La coppia composta da persone dello stesso genere è definitivamente vita familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU e non gode più, quindi, solo della tutela della vita personale offerta dallo stesso articolo. Il secondo passo in avanti, la cui portata immediata in termini applicativi è stata assai sottostimata,<sup>13</sup> è il perfezionamento di un percorso semantico iniziato negli anni precedenti. L'art. 12 della Convenzione si è affrancato dalla nozione giuridica in senso stretto di sesso per abbracciare quella di genere. Ciò è avvenuto dapprima con riguardo al genere quale *status* individuale all'interno del matrimonio (sentenza *Goodwin c. Regno Unito*<sup>14</sup>), quindi quale *status* relazionale del matrimonio. Infatti, con *Schalk* la Corte fa rientrare l'identità di genere dei nubendi e dei coniugi all'interno della nozione *convenzionale* di matrimonio, con tutte le conseguenze in termini di ammissibilità dei ricorsi e applicabilità della CEDU (ad esempio in riferimento a discriminazioni di coniugi dello stesso genere rispetto a coniugi di genere opposto<sup>15</sup>).

<sup>12</sup> Si veda A. Schuster, *Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato e europeo*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti (cur.), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli, 2011, 257 ss., anche per gli ulteriori aspetti sostanziali della distinzione.

<sup>13</sup> Non aveva, tuttavia, dimenticato di attirare l'attenzione anche su questo secondo aspetto della sentenza *Schalk* già in sede di primo commento M. Gattuso, *La Corte costituzionale sul matrimonio fra persone dello stesso sesso*, in *Famiglia e diritto*, 2010, 660, anche se l'analisi approfondita delle implicazioni di questa evoluzione è stata trascurata dalla dottrina, non solo italiana.

<sup>14</sup> [GC], ric. n. 28957/95, CEDH 2002-VI.

Nel luglio 2010 venne anche pubblicata l'opinione dell'avvocato generale N. Jääskinen nel caso *Römer*, la cui sentenza arrivò poi il 10 maggio 2011. Con riguardo alla tutela nell'ambito lavorativo, il giudice comunitario ha ritenuto che matrimonio e unioni registrate possano essere termini immediati di paragone e che, quindi, le disparità di trattamento possano essere analizzate sotto la lente della discriminazione diretta. La scelta della Corte di giustizia di non esprimersi sulla possibilità di una discriminazione indiretta, pur favorevolmente argomentata in via subordinata dall'avvocato generale, poco aiuta il giurista italiano a trarne utili argomenti per il contesto interno, in cui la situazione da comparare con il matrimonio sarebbe la convivenza di fatto.

La sentenza n. 138/2010 è stata seguita meno di un anno dopo dalla decisione su una questione simile del *Conseil constitutionnel*<sup>16</sup>, il quale ha ritenuto di mantenere la questione del matrimonio all'interno del perimetro della discrezionalità parlamentare. Si noterà, tuttavia, che tale conclusione è stata assunta in presenza di un contesto in cui una forma di riconoscimento dell'unione fra persone anche dello stesso genere c'è, ovvero il patto civile di solidarietà, laddove in Italia si registra una totale assenza di simili istituti. Il principio di proporzionalità e ragionevolezza può essere qui chiamato in causa per opportunamente distinguere le due situazioni.

#### **4. 15 marzo 2012: *Gas e Dubois c. Francia***

Il 15 marzo la questione della discriminazione diretta e indiretta è emersa nuovamente fra le righe della sentenza della Corte di Strasburgo *Gas e Dubois c. Francia*.<sup>17</sup> Oggetto del ricorso era l'impossibilità per una coppia di donne francesi pacstate di giungere ad un'adozione da parte della partner della figlia biologica della compagna. Il quadro normativo francese è assai complesso e sostanzialmente la strada percorsa dalla coppia è stata quella di dimostrare l'assurdità di un sistema in cui l'adozione da parte dell'una avrebbe determinato la decadenza dell'altra, conseguenza che non si sarebbe verificata nel caso il genitore adottante fosse stato coniugato con l'altro genitore. Se è vero che a questo effetto soggiaceva ogni coppia pacstate, anche "eterosessuale", persone di genere diverso potevano comunque diventare entrambe genitori, anche se non coniugate, se accedevano alla fecondazione assistita, non consentita a una coppia di donne.

La Corte liquida malamente quest'ultima questione, ritenendo non comparabile l'infertilità delle due coppie, senza in verità addurre ragioni. Afferma brevemente che le coppie pacstate sono tutte escluse, per cui non vi è discriminazione per orientamento sessuale. Infine – afferma la Corte – il matrimonio rimane uno *status* la cui disciplina, anche con riguardo alla genitorialità, si colloca ampiamente nell'ambito di autonomia decisionale degli Stati. Se da una parte i giudici di Strasburgo avevano già messo avanti le mani con riguardo alla genitorialità quale ambito in cui gli Stati godono di ampia discrezionalità, rimane da riflettere sulla sentenza alla luce del passo che la

---

<sup>15</sup> Questo affrancamento da una visione "eteronormativa" del matrimonio ai sensi dell'art. 12 CEDU ne amplia, infatti, la portata applicativa. Quanto ciò determini sin da ora effetti pratici si può comprendere se si riflette sulla natura complementare dell'art. 14 CEDU. Esso può trovare applicazione solo in collegamento con altro articolo, alla luce del quale un caso cade «*sous l'empire*» del sistema convenzionale (e non solo della Convenzione propriamente detta, giacché anche i diritti tutelati dai protocolli esercitano questa *vis attractiva*, es. art. 1, Prot. 1). Per approfondimenti vedi da ultimo Schuster, *Le unioni fra persone dello stesso genere*, cit., 284 ss.

<sup>16</sup> Decisione n. 2010-92 QPC del 28.1.2011.

<sup>17</sup> Ric. n. 25951/07.

*Grande Chambre* aveva compiuto in *Burden e Burden c. Regno unito*.<sup>18</sup> Nel ragionamento di quella sentenza la Corte era parsa assimilare in determinati contesti le *partnership* registrate e il matrimonio in ragione della forma solenne che assumono entrambi.<sup>19</sup>

Grande assente, infine, nel ragionamento dei giudici – ma non di tutti – l'interesse del minore. Se la disciplina codicistica francese consente l'adozione semplice, essa l'ammette unicamente se nell'interesse del minore. Le corti francesi hanno ritenuto che la perdita di ogni legame con la madre biologica per consentire alla compagna l'adozione non era nell'interesse della bambina. L'opinione concorrente del giudice Jean Paul Costa, ex presidente della Corte, evidenzia l'opportunità di rivedere questa disciplina interna, anche se lo stesso si dice «scosso» dall'opinione dissenziente del collega Villiger, la quale è focalizzata proprio sull'interesse del minore, affermando di non comprenderla.

L'importanza del minore appare per contro assai evidente e sorprende proprio l'assenza di ogni analisi nella sentenza fra il *petitum* e la tutela dei minori coinvolti. Quanto l'interesse del bambino abbia un ruolo preminente in queste questioni emerge dalla recentissima sentenza della Corte interamericana dei diritti umani *Atala c. Cile*, in cui l'apertura della Corte nel primo caso attinente all'orientamento sessuale ad essa sottoposta è totale.<sup>20</sup> Lo Stato sudamericano è condannato in riferimento a pressoché tutti i capi formulati dalla Commissione. Nella decisione ha assunto un ruolo chiave proprio l'obbligo di tutelare il benessere dei figli della sig.ra Atala, giudice federale a cui le autorità giudiziarie revocarono in quanto lesbica l'affidamento dei figli nati dal matrimonio oramai in crisi. L'interesse dei minori – afferma la Corte – è la cifra con cui interpretare le stesse disposizioni della Convenzione nel caso concreto.

Presso la Corte di Strasburgo sono pendenti diversi altri casi, tra cui uno promosso contro l'Austria e la cui udienza di discussione si è svolta nel dicembre scorso.<sup>21</sup> Sarà questa l'occasione per altra sezione di tornare sui temi dell'omogenitorialità e rideterminarne la collocazione precisa in seno alla Convenzione.<sup>22</sup> Un punto di partenza positivo, tuttavia, *Gas e Dubois* lo ha stabilito chiaramente. Si tratta dell'affermazione contenuta nella sentenza secondo cui la fattispecie in esame, ovvero la relazione fra due donne lesbiche e la loro figlia, quantunque una delle due donne non sia genitore dal solo punto di vista giuridico, ma solo socio-affettivo, considerata in concreto rientra all'interno della nozione di vita familiare ai sensi dell'art. 8, il quale potrà, quindi, essere completato per i profili antidiscriminatori dall'art. 14.<sup>23</sup> È così confermata da tutta la Quinta sezione

<sup>18</sup> Ric. n. 13378/05, 29.4.2008.

<sup>19</sup> Maggiori dettagli a riguardo in A. Schuster, *Le unioni fra persone dello stesso genere*, cit., 280 ss.

<sup>20</sup> *Atala e figli c. Cile*, n. 12/502, 24.2.2012, pubbl. 20.3.2012, disponibile sul [sito della Corte](#).

<sup>21</sup> *X. e altri c. Austria*, ric. 19010/07, com. 2.2.2009, ud. 1.12.2011.

<sup>22</sup> Pare, tuttavia, che la Sezione intenda declinare la propria competenza a favore della *Grand Chambre*, il che mostra con chiarezza come i giudici di Strasburgo avvertano la delicatezza della questione e le visioni al loro interno non siano omogenee.

<sup>23</sup> Pt. 37: «[L]’examen in concreto de la situation des requérantes permet de conclure à la présence d’une ‘vie familiale’ au sens de l’article 8 de la Convention. De plus, l’orientation sexuelle relève de la sphère personnelle protégée par l’article 8 de la Convention. Il s’ensuit que les faits de la cause tombent ‘sous l’empire’ de l’un au moins des articles de la Convention, qui pourra être complété par l’article 14 invoqué en l’espèce.»

la statuizione già anticipata nella decisione sulla ricevibilità del 31 agosto 2010, la quale sul punto era ancora più chiara.<sup>24</sup>

Si tratta di un aspetto positivo all'interno di una sentenza alquanto problematica, non tanto per l'esito ultimo, quanto per l'approccio argomentativo – per lo più silente – che la caratterizza. Tuttavia, è senz'altro da salutare come un passo significativo in avanti l'aver esteso la tutela della famiglia dalla dimensione orizzontale della coppia, affermata solo nel 2010 con *Schalk e Kopf c. Austria*, alla dimensione verticale dell'omogenitorialità. *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*<sup>25</sup> e *E.B. c. Francia*<sup>26</sup> avevano affermato l'illegittimità di discriminare in relazione alla genitorialità del singolo a causa del suo orientamento sessuale, rispettivamente ai fini dell'affido e dell'idoneità ad adottare. Ancora non vi era stato riconoscimento della omogenitorialità nella dimensione di coppia e anche solo quale legame di fatto.<sup>27</sup> La sentenza contro lo Stato francese compie questo passo importante, riconoscendo come famiglia protetta dall'art. 8 CEDU anche quella fondata su un rapporto sociale ed affettivo non giuridicamente riconosciuto quale è quello che lega il co-genitore ai figli della partner. È così declinato nella sua interezza e pienamente esteso anche ai contesti delle famiglie fondate su unioni omosessuali il principio enunciato in *Schalk* (pt. 91) secondo cui «la nozione di famiglia in base a questa disposizione [art. 8 CEDU] non è limitata alle relazioni basate sul matrimonio e può comprendere altri legami familiari di fatto, se le parti convivono fuori dal vincolo del matrimonio».

Nel contesto europeo, il mancato riconoscimento della bigenitorialità è più infrequente rispetto a quella del mancato accesso al matrimonio e sussiste, oltre che in Francia (almeno per le coppie di nazionalità francese), proprio in Italia. Se si pone mente all'importanza unanimemente attribuita a *Schalk*, appare chiaro che il perfezionamento della copertura convenzionale dell'omogenitorialità operata da *Gas* appare foriera di importanti sviluppi in futuro. Ad esempio, ne esce rafforzato proprio un approccio sistematico volto a sfruttare la triangolazione artt. 12 + 14 + 8 per argomentare contro ogni disparità di trattamento fra coniugi dello stesso genere e coniugi di genere diverso in relazione alla genitorialità.

## 5. 15 marzo 2012: Cass. 4184/2012 e il prologo obliato

<sup>24</sup> Sulla questione della ricevibilità la decisione, infatti, concluse in questi termini: «*En l'espèce, il s'agit de deux personnes vivant ensemble depuis 1989 et unies, depuis 2002, par un pacte civil de solidarité (PACS). Ce dernier a créé des liens contractuels entre elles, concernant l'organisation de leur vie commune (voir partie « droit et pratiques internes pertinents » ci-dessus). L'une des partenaires est la mère biologique de A., enfant qu'elles ont désirée et qui a été conçue par procréation médicalement assistée avec donneur anonyme. Les requérantes élèvent A. depuis sa naissance, et s'en occupent conjointement et activement, comme l'ont reconnu les juridictions nationales. Dans ces conditions, la Cour estime que les relations entre les requérantes et A. s'analysent en une « vie familiale » au sens de l'article 8 de la Convention.*» Si veda però anche quanto già si osservò in merito alle resistenze interne alla stessa Corte, Schuster, *L'abbandono del dualismo eteronormativo*, cit., 53, n. 39.

<sup>25</sup> Ric. n. 33290/96, ECHR 1999-IX.

<sup>26</sup> [GC], ric. n. 43546/02, 22.1.2008.

<sup>27</sup> D'altra parte, che la vita familiare dell'art. 8 CEDU sia proprio ancorata a legami che esistono nei fatti, a prescindere da ogni loro riconoscimento giuridico, era già stato affermato in *Marckx c. Belgio*, sentenza 13.6.1979, serie A n.31, pp. 14 ss., pt. 31, costantemente ribadito dalla corte. Così come è costante giurisprudenza da *Johnston c. Irlanda*, sentenza 18.12.1986, serie A n. 112, p. 25, pt. 55, che è vita familiare anche quella che si colloca fuori dal matrimonio.

Il 15 marzo 2012 è stato anche il giorno in cui l'Italia è stata "scossa" da una sentenza della Cassazione civile che molti hanno annunciato essere epocale e rivoluzionaria, la sentenza n. 4184. Per meglio comprendere ciò che rappresenta, anche in termini di evoluzione della giurisprudenza in tema di orientamento sessuale e in particolare di matrimonio, appare utile premettere l'analisi di due sentenze anteriori.

Del tutto trascurata da dottrina e dalla stessa sentenza 4184 è apparsa Cass. pen. sez. I, sent. n. 1328 del 19 gennaio 2011. I fatti sono molto semplici. Il Giudice di pace di Mestre aveva condannato uno straniero per il reato di cui al d.lgs. n. 286 del 1998, art. 10 bis (ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato), disconoscendo la qualità di familiare di cittadino dell'Unione europea. La rilevanza del caso sta nel fatto che l'imputato aveva prodotto in giudizio idonea documentazione che dimostrava che questi aveva precedentemente contratto matrimonio in Spagna con cittadino dell'Unione. Trattavasi, però, di matrimonio fra persone dello stesso genere.

La Suprema Corte richiama il d.lgs. n. 30/2007, art. 2, attuativo della direttiva 2004/38/CE, secondo cui si intende per familiare il «coniuge». Concludono, quindi, gli Ermellini che:

*Orbene, la Spagna è Stato membro dell'Unione Europea. L'impugnata sentenza ha disconosciuto il diritto di libera circolazione e soggiorno dell'U. nel territorio dello Stato italiano in sostanza qualificando lo stesso come partner di una situazione non riconoscibile in Italia, mancando però di verificare se, sulla base della legislazione interna dello Stato membro, l'unione in parola sia qualificabile - o equiparabile - a rapporto di coniugio, quale è stato prospettato, con relativa documentazione, dall'imputato. In tal senso è parimenti evidente che lo status di coniuge esime dalla documentazione sulla cittadinanza, trattandosi di due condizioni equiparate ex lege. Si impone dunque rinvio perché il Giudice di Pace di Mestre, acquisita la disciplina spagnola in proposito, verifichi nel concreto la condizione dell'U. agli effetti dell'eventuale liceità della sua presenza nel territorio dello Stato italiano.*

In altri termini, stante l'unicità della figura del coniuge nell'ordinamento spagnolo, nessun dubbio si pone. Conseguentemente, questa sentenza è la prima che riconosce effetti, sebbene ai limitati fini del caso in esame, ovvero le leggi sull'immigrazione, a un matrimonio fra persone dello stesso genere in Italia. Il principio di diritto, tuttavia, è genuinamente rivoluzionario, nonostante la *brevitas* del provvedimento e la non menzione della sentenza n. 138/2010 della Consulta, scelta senz'altro voluta. Infatti, la sezione penale si poggia sul semplice diritto dell'Unione.

L'importanza di questa statuizione non è passata inosservata al Tribunale di Reggio Emilia, decreto dd. 13 febbraio 2012,<sup>28</sup> il quale ha ribadito che la direttiva europea sulla libera circolazione va interpretata alla luce del diritto fondamentale alla non discriminazione per motivi di orientamento sessuale. Le fonti di derivazione comunitaria trovano applicazione anche nei confronti dei familiari di cittadini italiani, per effetto dell'art. 23 del d.lgs. n. 30/2007, così che ad un cittadino uruguayano coniugato in Spagna con cittadino italiano non può essere negato dal Ministero dell'Interno il rilascio del titolo di soggiorno in Italia. Nel rigettare le eccezioni del Ministero, secondo cui altrimenti si sarebbe implicato il riconoscimento di uno *status* di coniugio ai componenti dello stesso genere di una coppia, il quale avrebbe dovuto considerarsi estraneo all'ordinamento italiano, il Tribunale emiliano compie un'attenta disamina della sentenza della Consulta n.

---

<sup>28</sup> La sentenza con alcune brevi note di commento è disponibile sul sito dell'associazione che ha sostenuto il ricorso, [Certi diritti](#), e sul sito dell'[Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione](#).

138/2010, delle fonti comunitarie, *in primis* la Carta di Nizza, e della CEDU, in particolare la sentenza *Schalk*.

Proprio per evitare discriminazioni al rovescio, per cui la vita familiare di stranieri sarebbe più protetta di quella di italiani, vi è necessaria continuità applicativa della disciplina sull'immigrazione fra il precedente della Cassazione e quello del giudice di merito. Inoltre, il Tribunale di Reggio Emilia compie considerazioni che, pur attagliate ad un caso di diritto dell'immigrazione, sono prova del fatto che la libertà di movimento comporta necessariamente il riconoscimento di – per quanto circostanziati – effetti giuridici discendenti dal matrimonio e dalle unioni contratte all'estero. Tali effetti – per quanto si preciserà più avanti – prescindono dalla (non) trascrizione dell'atto di matrimonio, come lo stesso tribunale precisa.<sup>29</sup> Questa libertà comunitaria, infatti, involge aspetti che vanno ben al di là del semplice permesso di soggiorno, che è solo uno dei mille corollari della tutela della libertà familiare.

## 6. Una sentenza che consolida

Mentre l'Europa si muoveva a piccoli passi, come è sua prassi, l'Italia focalizzava l'attenzione sulla sentenza della Suprema Corte n. 4184/2012. Ad una prima lettura della decisione questa appare senz'altro offrire un'ottima panoramica della situazione attuale e delle evoluzioni prevalentemente, ma non esclusivamente giurisprudenziali realizzatesi in Italia e nel resto del continente. Sotto questo profilo, tuttavia, la decisione si configura in sostanza come un positivo consolidamento del dato acquisito. La sentenza riporta ampi passaggi da altre fonti e non propone opzioni interpretative che già non siano state illustrate da copiosa dottrina, pur facendo significativamente proprie quelle maggiormente favorevoli alla tutela dei singoli e delle unioni omosessuali. Vera innovazione, per contro, si rinviene nel passaggio con cui la Corte si esprime chiaramente a favore di un ancoraggio costituzionale delle misure contro l'omofobia e la discriminazione per orientamento sessuale.

### 6.1 La valorizzazione di *Schalk c. Austria*

A sommi capi, si può osservare quanto di seguito. Il quadro europeo è riproposto secondo la comune interpretazione, con il merito di sottolineare la svolta della sentenza *Schalk* con riguardo all'applicabilità dell'art. 12 CEDU, di cui già si è detto. Significativamente spende alcune parole anche per tracciare il portato di tale evoluzione. Al punto 3.3.4, infatti, sentenza parla di «novità sostanziali rispetto alla precedente giurisprudenza concernente l'interpretazione degli artt. 12 e 14 della Convenzione, novità correlate alla novità del caso sottoposto all'esame della Corte». Se il richiamo all'art. 12 è chiaro, più problematico è quello all'art. 14.

La disposizione della Convenzione che recepisce il principio di non discriminazione non subisce evoluzioni nella sentenza *Schalk*. Non si assiste, infatti, ad alcuna svolta inedita, giacché l'inclusione dell'orientamento sessuale fra le caratteristiche protette dall'art. 14 è dato ampiamente consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo. La novità che senza dubbio si trova nella decisione attiene all'art. 8, la cui tutela della vita familiare ora ricomprende anche le unioni omosessuali.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Anche Trib. Treviso, decr. 19.5.2010, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2010, 1236, sempre in tema di trascrizione di matrimonio fra persone di genere diverso, ha precisato che essa non pregiudica il riconoscimento di specifici effetti giuridici.

Improprio, quindi, parrebbe il richiamo «all'interpretazione dell'art. 14, in relazione all'art. 8» (pt. 3.3.3, lett. a), in quanto la svolta si realizza tramite un'interpretazione più inclusiva dell'art. 8.<sup>31</sup>

Tuttavia, forse la Corte intendeva riferirsi ad un collegamento innovativo fra lo stesso art. 12 e l'art. 14, dando atto di novità ulteriori rispetto a quelle collegate alla vita familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU. L'obiettivo sarebbe quello di dimostrare che non è mera svolta semantica, ma *revirement* che sin da subito produce effetti giuridici.

Orbene, la sentenza *Schalk* non fa assolutamente cenno alla possibilità di applicare l'art. 14 congiuntamente con l'art. 12 ai casi di matrimoni fra persone dello stesso genere. Se l'obiettivo della Cassazione è comunque quello di evocare novità sostanziali concernenti l'interpretazione dell'art. 12 insieme all'art. 14, si può forse ritenere che tali novità consistano proprio in quella interpretazione isolata che era stata proposta e descritta dallo scrivente in alcune riflessioni, ove si sostenne che la rivisitazione dell'art. 12 appariva come «l'apertura più importante della decisione» *Schalk*, anche per gli immediati effetti pratici che sin da subito lasciava intendere.<sup>32</sup> La tesi ivi sostenuta troverebbe così l'autorevole avallo della Cassazione, sebbene si situi in un contesto nazionale, quello italiano, che la priva di ogni risvolto pratico.

L'importante valorizzazione compiuta dalla Prima sezione è giustificata dal fatto che tutto il superamento della tesi dell'inesistenza realizzato dalla sentenza ha come fulcro necessario e imprescindibile proprio il "nuovo" art. 12 CEDU e la svolta applicativa, e non solo semantica, che si è prodotta. Il semplice riconoscimento della «vita familiare», infatti, non sarebbe stato sufficiente, avendo questo tratto alla tutela ex art. 8 CEDU. Dal 2010 l'art. 12 CEDU riconosce il matrimonio fra persone dello stesso genere non in termini di attribuzione del corrispondente diritto, bensì di ammissione della sua esistenza negli ordinamenti nazionali. Ne consegue che la Convenzione non è cieca di fronte ad esso, ove esista, ed anzi ne garantisce un'applicazione in termini non discriminatori grazie alla lettura congiunta con l'art. 14 CEDU. La tesi dallo scrivente propugnata mostrava come in taluni Stati il sistema convenzionale potesse dopo *Schalk* già produrre effetti giuridici a tutela di un matrimonio fra persone dello stesso genere. Se la Corte di Strasburgo giunge a tale conclusione sulla scorta dell'evoluzione dei "propri" ordinamenti nazionali, la Cassazione ha il merito di valorizzare nel contesto italiano questa svolta e il collegamento con l'art. 14 CEDU quale punto su cui far leva per dichiarare che l'inesistenza non è tesi più attuale.

---

<sup>30</sup> Sempre interpretazioni dell'art. 8 (tutela della vita privata) e non dell'art. 14 furono d'altra parte alla base di rilevanti sentenze come *Dudgeon c. Regno unito*, 22.10.1981, Serie A n. 45; *Norris c. Irlanda*, 26.10.1988, Serie A n. 142; *Modinos c. Cipro*, 22.4.1993, Serie A n. 259; *Smith e Grady c. Regno unito*, ric. n. 33985/96 e 33986/96, ECHR 1999-VI.

<sup>31</sup> Univoche sul punto appaiono le seguenti considerazioni della Corte, le quali chiaramente attestano come la svolta interpretativa sulla vita familiare attenga all'art. 8 unicamente, premessa logica per poi procedere ad analizzare l'asserita violazione dell'art. 14 congiuntamente all'art. 8: «94. *In view of this evolution the Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple cannot enjoy "family life" for the purposes of Article 8. Consequently the relationship of the applicants, a cohabiting same-sex couple living in a stable de facto partnership, falls within the notion of "family life", just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would.* 95. *The Court therefore concludes that the facts of the present case fall within the notion of "private life" as well as "family life" within the meaning of Article 8. Consequently, Article 14 taken in conjunction with Article 8 applies.*»

<sup>32</sup> Vedi già A. Schuster, *L'abbandono del dualismo eteronormativo*, cit., 54

Degna di nota a sé per la complessità del tema appare l'interpretazione offerta dalla Prima Sezione delle sentenze della giurisprudenza comunitaria, in particolare quella del 2011 *Derec*<sup>33</sup>. Il collegio fa sua un'opzione che appare assai riduttiva e che può non essere condivisa. I giudici, comunque, riprendono un'analisi assai dominante e la cui critica difficilmente può essere articolata in maniera utile in questa sede, poiché richiederebbe una ricostruzione alternativa e approfondita della cittadinanza europea così come emerge dalle sentenze del 2011 della Corte di giustizia.<sup>34</sup>

## 6.2 La lettura della sent. 138/2010

Infine, il collegio afferma di aver compiuto attenta lettura della sentenza della Corte costituzionale n. 138/2010 e fissa alcuni punti. Questi, tuttavia, non devono essere travisati dall'interprete. La Corte richiama il riconoscimento quale formazione sociale ai sensi dell'art. 2 Cost., anche se riprende senza alterarlo il *dictum* della Consulta in merito alla libertà del Parlamento di definire tempi, modi e limiti; evoca l'art. 3 Cost. per i profili di irragionevolezza che una disparità di trattamento fra coppie coniugate e coppie composte da persone dello stesso genere potrebbe portare in sé. Nulla di nuovo, in verità, giacché lo stesso giudice delle leggi era stato esplicito. La Suprema Corte cita e reitera in più punti della sentenza la citazione di due espressioni univoche della Consulta, idonee a fissare paletti assai chiari in merito all'omogeneità di trattamento che potrà sin da ora essere pretesa dalle coppie gay e lesbiche. Il vaglio alla luce del principio di ragionevolezza potrà esplicitarsi «a tutela di specifiche situazioni» e «in relazione ad ipotesi particolari» (pt. 3.2). È evidente che ciò non significa minimamente che le situazioni «irragionevoli» siano poche. Inoltre, il vaglio di costituzionalità così come descritto non verrà meno neanche quando il Parlamento introdurrà l'auspicata disciplina organica, qualora questa non costituisse "adeguato" riconoscimento e lasciasse permanere casi di disparità di trattamento costituzionalmente irragionevoli. Allo stato, tuttavia, si rimane ancora lontani da una equiparazione *tout court*. Infatti, lo stato maritale in Italia conta ancora fra i fattori di disparità di trattamento (o di discriminazione, se si preferisce esprimere un giudizio).

Ci si può domandare se la Cassazione abbia inteso anticipare il momento in cui questa omogeneità di trattamento verrebbe garantita dai giudici. Se, infatti, la Consulta aveva statuito che «[restava] riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni» (cons. in diritto n. 8), la Suprema Corte ha affermato che «i componenti della coppia omosessuale [...] possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di "specifiche situazioni", il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza». Non pare che l'effetto di questa affermazione sia di attribuire un ruolo ai giudici maggiore rispetto a quello che già emergeva dalla sentenza del 2010. Infatti, la Cassazione non ha certo inteso suggerire al giudice ordinario di compiere autonomamente un sindacato di costituzionalità. In realtà, la Prima Sezione non fa che ribadire i principi generali del sistema costituzionale italiano. In assenza di ricorsi individuali come la *Verfassungsbeschwerde* o l'*amparo* è inevitabile che il cittadino si rivolga *in primis* al giudice comune, come suggerisce la Cassazione. Questi potrà, ove si rientri in una «specifica situazione»

<sup>33</sup> Causa C-256/11, 15.11.2011, non ancora pubblicata.

<sup>34</sup> Si tratta della giurisprudenza a partire dalla sentenza nella causa C-34/09, *Ruiz Zambrano*, 8.3.2011, non ancora pubblicata. Ci si riserva di proporre prossimamente un commento sistematico.

da tutelare, reinterpretare o disapplicare una fonte secondaria o, ancora, ove metodologicamente sostenibile, interpretare in un senso costituzionalmente orientato alla luce degli articoli 2 e 3 Cost. la fonte primaria. Quando ciò non sia possibile, è necessario l'intervento del giudice delle leggi. Quando quest'ultimo passo sia necessario è ovviamente di difficile determinazione e non vi è dubbio che vi saranno giudici più sicuri della propria interpretazione adeguatrice e altri che, almeno in un primo momento, preferiranno rinviare alla Consulta, anche a costo di un rigetto per inammissibilità che, però, avrà il vantaggio di assicurare in merito all'eventuale interpretazione adeguatrice proposta dal remittente.

Se pare metodologicamente sostenibile che il giudice comune attui già un'interpretazione adeguatrice delle disposizioni che riguardano le cosiddette convivenze *more uxorio*, da tempo non più interpretabili come solo riferite a persone di genere diverso,<sup>35</sup> l'apporto reale della sentenza n. 138 attiene ad interventi correttivi su disposizioni esplicitamente riservate ai coniugi (si pensi alle agevolazioni tributarie riservate ai coniugi o ai benefici previdenziali). In questi casi appare difficile un'interpretazione adeguatrice della parola coniuge, quand'anche solo per «situazioni specifiche». Appare allora inevitabile che su sollecitazioni dei giudici comuni la Consulta assuma quel ruolo che si era riservata nel 2010.

Ciò in cui la sentenza n. 4184/2012 appare innovativa è l'opinione espressa in merito al nodo più incerto della sentenza 138. Rimane, infatti, ancora dibattuto se la Consulta abbia voluto intendere che l'apertura del matrimonio a ogni coppia, a prescindere dal genere, sia alla portata del legislatore ordinario o se, invece, per essa sia necessario un procedimento di revisione costituzionale. La sentenza del 2010 offre argomenti testuali in un senso e nell'altro. Gli Ermellini parrebbero abbracciare l'opinione secondo cui è il legislatore ordinario a poter intervenire.

La questione dei poteri del legislatore ordinario rispetto a quelli indubbi del legislatore costituzionale, è intimamente e logicamente connessa ad altra. La relazione fra fonte ordinaria e fonte costituzionale in merito al substrato semantico-normativo del termine «matrimonio» era apparsa sin da subito come questione assai problematica e complessa, vero ago della bilancia per i futuri sviluppi in tema di matrimonio. Attirata sin dall'inizio l'attenzione su questo aspetto, la discussione non appare ancora sopita, giacché da quella che venne chiamata «la sovversione della gerarchia delle fonti»<sup>36</sup> discenderebbe appunto la costituzionalizzazione del matrimonio così come concepito nel 1942 nell'art. 29, una sorta di *upgrade* della fonte subordinata, del quale, tuttavia, essa stessa diventerebbe vittima. Se si accedesse all'ipotesi della cristallizzazione, infatti, nel 1947 si sarebbe perfezionato un "parricidio" normativo, un taglio del cordone ombelicale in conseguenza del quale la fonte ordinaria non potrebbe più incidere in eguale misura sulla nozione di matrimonio: il matrimonio eterosessuale, da *jus aliunde receptum* diventerebbe

---

<sup>35</sup> Questa interpretazione è già stata operata dai giudici ordinari. Si veda Tribunale Milano, VI sez. penale, sent. n. 9965 del 12.9.2011, in *Famiglia e minori*, 2011, fasc. 10, 60, la quale, tuttavia, sembra aver frainteso il significato della sentenza *Schalk* laddove scrive che il riconoscimento del danno risarcibile al coniuge superstite per la morte della persona dello stesso genere con la quale aveva una stabile ed effettiva relazione affettiva e di convivenza da lungo tempo avviene «senza dover equiparare in alcun modo la convivenza sessuale alla famiglia, né legale né di fatto, né ad un rapporto di coniugio foriero di precisi diritti e doveri riconosciuti dall'ordinamento, e senza voler richiamare le *interpretazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, estranei alla nostra carta costituzionale, in tema di equiparazione dei diritti di una coppia omosessuale con una coppia sposata*» (corsivo aggiunto). Nulla di ciò, infatti, è stato affermato in alcuna sentenza della Corte di Strasburgo.

<sup>36</sup> A. Schuster, *Auspicabile una semplice revisione del codice civile come ha fatto la Spagna. Commento a Tribunale di Venezia, Sez.III civ., ordinanza 3 aprile 2009*, in *Guida al diritto – Famiglia e minori*, 2009, 7, 28.

costituzionalmente *jus positum*, sì che ogni cambiamento dovrebbe seguire l'iter sancito dall'art. 138 Cost.

Questa questione assai delicata non a caso è tuttora oggetto di acceso dibattito. La Corte costituzionale non l'affronta direttamente dandone una risposta chiara ed esaustiva, nonostante le parti ricorrenti nel giudizio veneziano *a quo* sollevassero esplicitamente la questione.<sup>37</sup> La Suprema Corte, a cui la questione è stata riproposta presumibilmente nelle memorie a ridosso dell'udienza del 2011, per contro si sofferma su tale aspetto e lo analizza per diverse pagine. Il Collegio riprende ampi passi della sentenza della Corte costituzionale n. 138 e il ricorso alla citazione *verbatim* della decisione della Consulta consente ai giudici di non sbilanciarsi in giudizi interpretativi. I giudici della Consulta hanno ribadito che l'art. 29 della Costituzione recepisce, ma non cristallizza il matrimonio così come concepito nel 1948 e parrebbe aver voluto significare – ma certamente si rimane nell'ambito delle interpretazioni personali – che, conseguentemente, il legislatore ordinario potrebbe mutarne il significato. Tuttavia, non sarebbe anche una eventuale semplice novella del Parlamento al codice civile un modo per operare una modificazione per via ermeneutica dell'art. 29 senza intervenire direttamente su di esso? La Cassazione non parla mai esplicitamente di legislatore ordinario o di Parlamento quale autore di fonti primarie. La Consulta affermò che «[n]ell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette» (cons. in diritto n. 8). Trattando delle fonti europee quale parametro interposto, la Corte costituzionale sostenne che «con il rinvio alle leggi nazionali si ha la conferma che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento» (cons. in diritto n. 10). Occorre precisare che quando le fonti europee rinviano per la disciplina dell'istituto matrimoniale genericamente alla «legislazione nazionale» o al legislatore non intendono certo richiamare una specifica fonte nazionale (primaria o costituzionale).

La Cassazione valorizza a più riprese le considerazioni della Consulta in una maniera che suggerisce che il Parlamento avrebbe la possibilità, come legislatore ordinario, di optare anche per una riforma del matrimonio. La Prima Sezione osserva più volte che «l'art. 2 Cost., non riconosce il diritto al matrimonio delle persone dello stesso sesso e neppure vincola il legislatore a garantire tale diritto quale forma *esclusiva* del riconoscimento giuridico dell'unione omosessuale, vale a dire ad "equiparare" le unioni omosessuali al matrimonio» (pt. 3.2, corsivo aggiunto). Si noti che, mentre la Consulta si riferisce al «Parlamento», la Cassazione parla di «legislatore», termine che, se non ulteriormente precisato, di norma si riferisce al legislatore ordinario piuttosto che a quello costituzionale. È, tuttavia, in un punto successivo che la Cassazione diviene esplicita, laddove conclude con riguardo al diritto al matrimonio con persona dello stesso genere che «il suo riconoscimento e la sua garanzia – cioè l'eventuale disciplina *legislativa* diretta a regolarne l'esercizio –, in quanto non costituzionalmente obbligati, sono rimessi alla libera scelta del Parlamento» (pt. 4.1, corsivo aggiunto). Tuttavia, l'impiego della medesima espressione «disciplina legislativa», già utilizzata dalle richiamate fonti europee per identificare la riserva di discrezionalità dei singoli Stati, proprio perché acquisisce un significato diverso nel contesto giuridico italiano, in cui identifica la fonte primaria, lascia permanere alcuni dubbi. In ogni caso, quand'anche la Cassazione fosse stata esplicita, sarebbe rimasta una fonte autorevole, ma incapace di fornire un'interpretazione per così dire autentica, il giudice delle leggi mantenendo all'atto pratico l'ultima parola sull'intricata questione. Forse, che il dubbio permanga è un bene. Proprio il contesto internazionale ricostruito dalla Prima Sezione suggerisce di consentire al legislatore di interpretare liberamente l'evoluzione sociale modificando semplicemente, come avvenuto in Spagna,

<sup>37</sup> La memoria è stata recentemente pubblicata in Y. Guaiana (cur.), *Dal cuore delle coppie al cuore del diritto*, Stampa Alternativa, Viterbo, 2011, 84 ss., in particolare 93.

Portogallo e Belgio, la legislazione ordinaria. Quando la Consulta sarà chiamata in un momento forse non troppo lontano ad affrontare la questione nuovamente, i tempi e l'evoluzione europea scongiureranno alla Corte e al Parlamento, ancor più di quanto non succeda oggi, di ancorare l'art. 29 al passato piuttosto che al futuro.

Favorevolmente deve essere, invece, accolta una delle poche "interpolazioni" originali compiute dalla Suprema Corte nel corso della sua precisa rassegna della giurisprudenza europea e costituzionale. Nel richiamare la sentenza n. 138/2010 i giudici prendono spunto dall'articolo 2 per valorizzare la componente individuale della tutela della formazione sociale e muovono dall'articolo 3, comma 1, Cost. «laddove questo assicura la "pari dignità sociale" di tutti (i cittadini) e la loro uguaglianza davanti alla legge, "senza distinzione di sesso"» per concludere che è lo stesso articolo a «vieta[re] qualsiasi atteggiamento o comportamento omofobo e qualsiasi discriminazione fondata sull'identità o sull'orientamento omosessuale». Dopo le (giuridicamente) imbarazzanti pregiudiziali costituzionali reiteratamente approvate a maggioranza dal Parlamento della XVI legislatura<sup>38</sup> per far morire sul nascere le proposte legislative che avrebbero introdotto l'aggravante penale dell'omofobia, questa sentenza può essere salutata come una risposta autorevole alle scientificamente insostenibili argomentazioni accampate da certe componenti politiche per bloccare nuove leggi in tema di discriminazioni per orientamento sessuale e identità di genere.

## 7. Una sentenza che pone problemi

La sentenza, tuttavia, non si è solo limitata a consolidare con qualche apertura propria il formante giurisprudenziale. Essa ha anche compiuto, «ferma restando la decisione di infondatezza del ricorso in esame» (pt. 4) un atto creativo, quello che ha portato alla nuova figura dell'atto «inidone[o] a produrre, qual[e] att[o] di matrimonio [...], qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano». Cantato il *requiem* alla teoria dell'inesistenza, si celebra il nuovo nato. Molti giuristi alla prima lettura della sentenza saranno sobbalzati sulla sedia come Don Abbondio, domandandosi «Carneade! Che cosa sarà mai questa nuova figura dell'inidoneità?!» Proprio in tema di matrimonio Don Abbondio già confondeva le idee a Renzo<sup>39</sup> e di fronte all'inatteso paragrafo conclusivo della Cassazione la reazione del giovane nubendo non è lontana da quella di un attento lettore, non foss'altro perché già gli antichi ammonivano: «*in cauda venenum*».

---

<sup>38</sup> **Proposta di legge** C. 2802, presentata il 14.11.2009 da Soro e altri, *Norme per la tutela delle vittime di reati per motivi di omofobia e transfobia*, respinta a seguito di approvazione della pregiudiziale in Assemblea il 26.7.2011, nonché testo unificato delle proposte di legge S. 1658-1882-A, presentate da Concia ed altri, Di Pietro e Palomba, *Modifica all'articolo 61 del codice penale, concernente l'introduzione della circostanza aggravante relativa all'orientamento o alla discriminazione sessuale*, respinto a seguito di approvazione della pregiudiziale in Assemblea il 13.10.2009.

<sup>39</sup> « Sapete voi quanti siano gl'impedimenti dirimenti? »

« Che vuol ch'io sappia d'impedimenti? »

« *Error, conditio, votum, cognatio, crimen,*

*Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,*

*Si sis affinis, ... »*

cominciava don Abbondio, contando sulla punta delle dita.

« Si piglia gioco di me? » interruppe il giovine. « Che vuol ch'io faccia del suo *latinorum*? ». A. Manzoni, *I promessi sposi*, cap. II.

Cauti, però, occorre essere nel dare un giudizio foss'anche solo in parte negativo sulla nuova figura dell'inidoneità, perché la sentenza lascia trasparire un chiaro favore del collegio per l'evoluzione giurisprudenziale che meticolosamente ricostruisce.<sup>40</sup>

La teoria dell'inesistenza, ancora strenuamente difesa negli ultimi anni da giuristi come Schlesinger<sup>41</sup> e rinvigorita dal noto *obiter dictum* della Cassazione nella sentenza n. 7877 del 2000, appariva per l'evoluzione del contesto europeo tesi insostenibile già da tempo. Non sorprende quindi che, proprio per le ragioni addotte dal Supremo Collegio, la teoria dell'inesistenza meritasse requie eterna. Riaffermata ancora alcune pagine prima a fondamento della prima soluzione proposta, la teoria dell'inesistenza riceveva ora, sulle note delle ultime righe, il sommo commiato dalla Prima sezione. *Quel coup de théâtre!* Però... non era l'ultimo atto.

Dalle ceneri di un corpo che era già cadavere questa sentenza della Cassazione ne ricava l'argilla per modellare un Golem, che la cabala ebraica ci insegna essere creato sì per difendere l'uomo, ma che è capace di sfuggire al suo controllo con esiti assai problematici proprio per quest'ultimo.<sup>42</sup> Emerge così, riassunta in pochissime righe dopo oltre settanta pagine di sentenza, la teoria del matrimonio fra persone dello stesso genere come atto inidoneo a produrre «qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano». Le necessità della citazione testuale è imposta dall'inchiostro lapidario con cui è scritta: qualsiasi, ovvero ogni, qualsivoglia effetto giuridico. La formulazione della teoria sembra così netta che essa dovrebbe trovare applicazione non solo nell'ambito dell'ordinamento civilistico, ma in quello «italiano» in generale.

Si osservi, inoltre, che la Cassazione non fonda l'invalidità (o l'inesistenza o, ancora, l'inidoneità) sulla incapacità giuridica dei soli cittadini italiani a contrarre un matrimonio fra persone dello stesso genere, strada che poteva essere percorsa applicando principi di diritto internazionale privato italiano (l. n. 218/1995, art. 27). Tale aspetto non è proprio considerato, il che rafforza l'idea che la teoria dell'inidoneità sia così generale da travolgere ogni matrimonio, anche qualora la domanda di trascrizione o la richiesta di riconoscerlo per alcuni limitati effetti giuridici provenisse da cittadini stranieri. La carenza di analisi dei fondamenti giuridici della teoria dell'inidoneità è tale per cui si può ritenere che siano i medesimi della teoria dell'inesistenza e questi andavano ben oltre l'art. 27, legge n. 218/1995 e art. 115 cod. civ. Un aspetto senz'altro negativo per quanti ritenevano che la posizione dello straniero consentisse margini più favorevoli, nonostante le apparenti iniquità che ciò determinerebbe rispetto al cittadino italiano nella medesima posizione.

Inoltre, non solo le nuove parole paiono dare nuova forza alle barricate dell'ordinamento, ma esse, così come formulate, paiono rappresentare una regressione rispetto al grande passo avanti compiuto dalla Cassazione, per quanto da una sua sezione penale, nel 2011. Con la sopra descritta sentenza n. 1328 la Suprema Corte aveva di fatto riconosciuto per la prima volta

<sup>40</sup> Inoltre, la presidente del collegio giudicante, la dott.ssa Luccioli, prima donna a entrare in Cassazione e a presiederne una sezione, già difese il ruolo della magistratura nell'adattare il diritto alle istanze di tutela della dignità e autodeterminazione della persona quando presiedette il collegio che scrisse le intense pagine della sentenza 21748/07 (caso Englaro). Sono pagine che hanno lumeggiato come poche altre i valori della persona che stanno alla base della Carta fondamentale e dell'ordinamento tutto. Sentenze con diversi estensori, quindi, ma con la stessa controfirma.

<sup>41</sup> *Matrimonio tra individui dello stesso sesso contratto all'estero*, in *Famiglia e diritto*, 2005, 415 ss.

<sup>42</sup> Vero – sia consentita l'espressione – "spettro" evoca il termine «inidoneità», ove la memoria vada a Cass. civ., sez. I, 12.10.1978, n. 4567, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1979, 51, secondo cui il pubblico ministero è legittimato in caso di violazione del divieto sancito dall'art. 86 cod. civ. ad un'«azione di nullità [...] rivolta ad accertare l'assoluta *inidoneità* del matrimonio del bigamo a realizzare la funzione di creazione della famiglia legittima, assegnatagli dall'ordinamento» (corsivo aggiunto).

nell'ordinamento italiano un matrimonio "omosessuale", attribuendogli, inoltre, gli effetti di stabilire definitivamente che vi è legame di coniugio fra persone dello stesso genere e che, conseguentemente, quella vita familiare meritava la tutela della legislazione sull'immigrazione. Il Tribunale di Reggio Emilia, un mese prima del deposito della sentenza 4184/12, aveva perfezionato il quadro riconoscendo effetti al matrimonio di cui era parte un cittadino italiano. Altrimenti non poteva essere, pena una inammissibile discriminazione al rovescio, peraltro vietata in via generale dal 2009 dalla stessa legislazione ordinaria.

Certo si tratta di riconoscimento del legame coniugale per la concessione di diritti specifici, ma pur sempre di effetti giuridici nell'ordinamento italiano si tratta. Questa sentenza del 2011 non è assolutamente menzionata dalla Corte, né forse portata alla sua attenzione dalle stesse parti ricorrenti. In luogo di richiamarla e di attribuirle una "gloria" almeno postuma, la 4184 la lascia ad un oblio che l'ha oramai stretta a sé.

Ecco, quindi, che la nuova figura appare allora ancora più forte di quella che l'ha preceduta. L'oramai moribonda teoria dell'inesistenza, quella di un'Italia isolata nel considerare *tamquam non esset* ciò che nel resto dell'Europa occidentale – e non solo, si pensi all'Ungheria o alla Slovenia<sup>43</sup> – viene disciplinato e riconosciuto da altri Stati, all'uopo convertendo il matrimonio in unione registrata, trova così nuova vita sotto mentite spoglie, con effetti simili, ma non identici. Se e in che misura quest'urna funeraria si sia tramutata in un vaso di Pandora per l'avanzamento e il pieno riconoscimento dei diritti delle persone omosessuali e delle loro famiglie lo dirà la giurisprudenza successiva. È probabile che non vi fosse l'intenzione di produrre una regressione nell'ordinamento italiano come sopra potrebbe apparire. Ciò detto, occorre tuttavia segnalare che la relazione dell'Ufficio del Massimario, predisposta *ad hoc* per il caso deciso il 15 marzo, includeva la statuizione degli Ermellini della sezione penale, la quale, quindi, deve ritenersi fosse a loro nota.

## 8. Un'antinomia risolvibile?

Alla luce di ciò ci si può domandare se sia possibile seguire una strada per venire fuori da un apparente contrasto di giudicati. A dare una mano potrebbero essere i colleghi di oltremarica "invocati in combinato disposto" con la tradizione pandettistica. I primi ci hanno insegnato la tecnica del *distinguishing*, ovvero di mettere in evidenza le differenze fra le fattispecie, sì da non essere vincolati dal precedente per il nuovo caso. Si può allora provare a distinguere Cass. pen. n. 1328/11 da Cass. civ. n. 4184/12, tentando così di evitare una contraddizione.

Si potrebbe ipotizzare che, poiché secondo la Cassazione del 2012 il matrimonio è inidoneo a produrre effetti «qual[e] att[o] di matrimonio», nella decisione del 2011 il matrimonio non sia stato considerato in quanto tale. Esso sarebbe stato allora forse riconosciuto come mero «fatto giuridico», cioè fatto idoneo ad attestare il riconoscimento di un legame coniugale, ma non atto.

Tale inquadramento come fatto giuridico validamente realizzatosi secondo una legislazione straniera non è sconosciuto neanche al diritto di famiglia italiano. Si pensi al divorzio validamente perfezionatosi in altro ordinamento (es. il ripudio della tradizione islamica) e non riconoscibile quale atto per contrasto con l'ordine pubblico italiano. Secondo dottrina di diritto internazionale privato un tale divorzio non sarebbe riconoscibile come atto giuridico, ma sarebbe assumibile dal sistema

<sup>43</sup> In Slovenia un referendum popolare tenutosi il 25 marzo 2012 ha rigettato il nuovo codice di famiglia che avrebbe sostanzialmente equiparato le unioni registrate fra persone dello stesso genere a quelle coniugate. L'attuale legislazione in tema di *partnership*, la quale si pone ad un livello intermedio di estensione dei diritti, rimarrà quindi in vigore.

italiano quale fatto giuridico, idoneo motivo di divorzio ai sensi dell'art. 3, n. 2, lett. e), legge divorzio. Come si comprende, un *distinguishing* forse meritevole di ulteriori approfondimenti, ma che, quand'anche metodologicamente sostenibile, già vocato ad essere giudicato inidoneo per le future sfide che l'ordinamento italiano dovrà affrontare.

Ancora, si potrebbe argomentare che le due sezioni della Cassazione parlano linguaggi diversi perché sono ambiti diversi del diritto. Le nozioni di diritto penale godrebbero di autonomia rispetto a quelle di diritto civile. Se è riconosciuto che un medesimo termine può declinarsi in maniera diversa a seconda del contesto ordinamentale in cui si situa, sorta di immagine domestica della teoria della *notion autonome* nota all'ordinamento europeo, anche questa strada appare difficilmente condivisibile. Infatti, la Cassazione penale non poteva non fare rinvio alla nozione contenuta in un atto che produce i suoi effetti ben al di là dell'ambito penale, ovvero il d.lgs. n. 30/2007. Più in generale, pur ammettendo una certa malleabilità della nozione giuridica di famiglia e all'occorrenza anche di coniuge fra le varie branche dell'ordinamento italiano, non pare possibile conciliare in un ordine (e non disordine) giuridico la *ratio* della sentenza del 2011 con un'attestazione quale quella della sentenza 4184/2012. Infatti, l'inidoneità è ivi attestata tale in riferimento a «qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano».<sup>44</sup> La Prima Sezione non pare, quindi, voler riconoscere eccezione alcuna e adotta una statuizione riferita a tutto l'ordinamento italiano, non solo a quello civilistico.

Anche il secondo tentativo lascia quindi perplessi e non pare risolutivo. Allora, forse questo esercizio di ibridologia all'interno della *Western legal tradition* è opportuno si fermi e in luogo di tentare un improbabile *distinguishing à l'italienne* si dia atto di una antinomia nel formante giurisprudenziale. Quanto opportuno e quanto importante sia che questo problema venga sanato al più presto è chiaro. Possibilmente, ad intervenire dovrebbe essere lo stesso Parlamento.

Nella tradizione britannica è stato sempre Westminster il garante ultimo dei diritti dei sudditi di Sua Maestà, sì che un *bill of rights* moderno è ancora oggi ampiamente rifiutato.<sup>45</sup> Le discussioni degli ultimi mesi in Inghilterra sulla CEDU, anche se recepita secondo la miglior flemma britannica nei modi peculiari dello *Human Rights Act*, dimostrano che ogni decalogo di diritti, tanto più se lasciato nelle mani di giudici, è difficilmente metabolizzabile dai sudditi della Regina. *The Queen in Parliament*, insomma, dovrà sempre avere l'ultima parola. Certo una tradizione molto particolare, ma i *members of Parliament* e il Governo di Sua Maestà sono consapevoli della grande responsabilità storica che portano. Non è un caso che l'Inghilterra, da esportatore globale di strumenti repressivi penali a difesa della morale vittoriana, dopo aver scontato il fio delle numerose condanne proprio per la violazione delle libertà fondamentali di cittadini britannici<sup>46</sup> annunci nei

<sup>44</sup> Per l'inefficacia e contro l'inesistenza si erano ad esempio espresse Ferrando e Querci, *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Milano 2007, 93, anche se verosimilmente in riferimento alla sola trascrizione, senza cioè quella portata generale riscontrabile nella sentenza della Cassazione.

<sup>45</sup> Secondo quel principio, proprio di molti paesi del Commonwealth, che si ritrova in una nota sentenza dell'Alta Corte australiana secondo cui «*the makers of the Constitution trusted the Parliament to protect representative democracy "remembering that in England, from which our system of representative government is derived, democracy did not need the support of a written constitution"*», *Theophanous v Herald and Weekly Times Limited* [1994] HCA 46, McHUGH J, pt. 16.

<sup>46</sup> Si pensi a *Dudgeon c. Regno unito* e alle susseguenti condanne in fattispecie analoghe o alla correttezza per così dire extragiudiziale, perché tutta storica, di *Modinos c. Cipro* o, ancora, delle sonore condanne per i diritti e le libertà negati alle persone trans, culminate in *Goodwin c. Regno unito*. Con questa sua tradizione storica il Regno unito sembra oramai aver definitivamente chiuso e facendo suo il principio della pena rieducativa, è ora in prima linea a livello mondiale per la tutela delle persone LGBTI.

giorni in cui in l'Italia esalta la sentenza della Cassazione una chiara *road-map* del governo per estendere il matrimonio anche alle persone dello stesso genere entro la fine dell'attuale legislatura, ovvero il 2013.<sup>47</sup> Addirittura, esclusa l'Irlanda del Nord, fra le *countries* del Regno unito è vissuta come una positiva conquista del traguardo dell'uguaglianza la "sfida" fra i governi di Scozia e quello di Inghilterra e Galles a chi per primo aprirà il matrimonio alle coppie gay.

## 9. Inesistenza, inidoneità e ordine pubblico

A voler ammettere che in un giorno non troppo lontano anche la teoria dell'inidoneità farà parte della storia del diritto italiano, rimarrà il problema della contrarietà dell'ordine pubblico. Questa questione, infatti, pare assolutamente e volutamente non toccata dalla sentenza 4184. Al punto 2.2.3 la prima sezione della Suprema Corte richiama la teoria dell'inesistenza e questa diviene – quanto meno nella prima parte – la base giuridica per impedire il riconoscimento del matrimonio. Il collegio si guarda bene dall'affrontare la spinosa questione dell'ordine pubblico, che già aveva causato divergenze fra i giudici di prima e seconda istanza.

Quando la sentenza afferma che l'intrascrivibilità dipende «non dalla sua contrarietà all'ordine pubblico» non intende ad avviso dello scrivente sancire che un tale matrimonio non entrerebbe in contrasto con esso. La Suprema Corte intende semplicemente riorientare e nel contempo circostanziare quanto più possibile il fondamento normativo della non trascrivibilità, secondo una strategia che fa dell'economicità argomentativa un punto di forza per evitare breccie nell'impostazione adottata.

Tuttavia, non si può non riflettere sul quel convitato di pietra che è l'ordine pubblico. Vi sono, infatti, alcune questioni logiche sottese all'impostazione dei giudici sulle quali si vuole in appresso attirare l'attenzione. Esse mostrano proprio come la discussione della spinosa questione non possa essere ulteriormente procrastinata, pena l'accrescersi di incoerenze del sistema. Si comprenderà anche perché solo ora è opportuno ritornare su ciò che nella sentenza, per contro, era trattato all'inizio, cioè la giustificazione del potere dell'ufficiale di stato civile di negare la trascrizione alla coppia, il *thema decidendum* che la Cassazione doveva risolvere. Curiosamente, è proprio l'elemento assente – l'ordine pubblico – la chiave per comprendere il percorso espositivo della Corte.

### 9.1. Premessa: la prima giustificazione dell'atto di rigetto

L'ufficiale di stato civile di Latina ha «penetranti poteri di controllo (anche) sulla trascrivibilità degli atti di matrimonio celebrati all'estero» e in ragione di ciò ha validamente opposto il diniego alla trascrizione, pur avendo egli errato – sostiene la Cassazione – nella motivazione, giacché non doveva essere invocato l'ordine pubblico di cui all'art. 18 dell'ord. stato civile. Rimane da chiarire quale sia il fondamento giuridico ultimo di tale atto. La risposta richiede di essere attentamente articolata.

Un primo dubbio sorge in merito alla corretta formulazione del *thema decidendum*. È esattamente equivalente mutare, come fa la Corte, la formulazione del quesito giuridico da legittimità dell'esercizio del potere dell'ufficiale del Comune di Latina nel caso concreto – cioè legittimità del diniego – a riconoscimento del «diritto alla trascrizione del relativo atto nel corrispondente registro

<sup>47</sup> Vedi [Government Equalities Office, Equal Civil Marriage: A Consultation, marzo 2012.](#)

dello stato civile italiano» da parte della coppia? Si ricordi che si tratta di un procedimento amministrativo che rientra nella competenza del giudice ordinario. La questione può al momento rimanere in sospeso.

La sentenza muove dapprima da un'ampia panoramica sulla normativa primaria e subprimaria (pt. 2.2), la quale attiene sostanzialmente al regime generale della trascrivibilità degli atti di matrimonio stranieri. La Corte afferma (pt. 2.2.1) che questo sarebbe il «quadro normativo di riferimento rilevante, sia pure in prima approssimazione, per la soluzione della questione specifica in esame». Tuttavia, la ricostruzione normativa non appare in realtà sufficiente a risolvere la questione, in quanto «sulla base di tali principi, il matrimonio [...] sarebbe, in assenza di (altri) impedimenti "dirimenti", valido ed efficace nell'ordinamento italiano e comporterebbe il dovere dell'ufficiale dello stato civile richiesto di trascrivere nel corrispondente registro il relativo atto formato all'estero».

L'inciso omesso nella frase riportata è il seguente: «ove fosse stato contratto da persone di sesso diverso». È proprio con questo inciso che la Prima sezione gioca d'anticipo, perché l'analisi del dato legislativo positivo fino a quel punto condotta non indica assolutamente che un matrimonio fra persone dello stesso genere sarebbe intrascrivibile. Si sarebbe potuto richiamare l'art. 18 ord.st.civ., ma, come già detto, è una strada che la Corte si guarda bene dal seguire. La vera utilità, quindi, del punto 2.2 della Corte è dimostrare che all'ufficiale di stato civile «sono attribuiti penetranti poteri di controllo (anche) sulla trascrivibilità degli atti di matrimonio celebrati all'estero», poteri che nella sentenza saranno poi più volte richiamati. Nella logica della Corte queste pagine sono funzionali a consentire all'ufficiale di stabilire, senza che tale potere trovi alcuna esplicita menzione nell'ordinamento, quando un matrimonio, in realtà, non è matrimonio punto, perché, addirittura, inesistente.

Occorre, quindi, che il Collegio trovi altro terreno per giustificare il diniego, per "creare" il potere necessario all'ufficiale civile per rigettare l'istanza. Ecco allora che recupera la teoria dell'inesistenza da un'analisi delle fonti primarie (codice civile *in primis*) e delle fonti internazionali, passandole in rassegna per confermare la tradizione ultramillenaria della diversità di sesso. Al riguardo si potrà osservare, *en passant*, che non si vede come si possa escludere con certezza che oggi le disposizioni della Dichiarazione universale e del Patto Internazionale relativo ai diritti civili e politici non abbiano subito la stessa evoluzione semantica dell'art. 12 CEDU. L'alternativa, infatti, sarebbe ammettere che il matrimonio fra persone dello stesso genere, ammesso in diversi Stati nel mondo, non sarebbe agli occhi di queste fonti matrimonio. Si dovrebbe, cioè, ammettere che gli organi dell'ONU preposti a conoscere di queste fonti dicano a due coniugi dello stesso genere che, in realtà, la teoria dell'inesistenza fatta propria dall'Italia merita il suggello del diritto internazionale, per cui il loro non sarebbe agli occhi della Dichiarazione universale o del Patto "vero" matrimonio.<sup>48</sup>

Chiaro non appare neanche il passaggio (pt. 4.1) in cui si afferma che le «dette norme [quelle convenzionali e comunitarie richiamate in rassegna] [...] 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"», giacché la Corte parrebbe voler dire che le norme convenzionali debbano essere interpretate in modo conforme... alla stessa Convenzione.

---

<sup>48</sup> In spregio, peraltro, al diritto amministrativo delle stesse organizzazioni internazionali. Si veda la rassegna di giurisprudenza dei tribunali amministrativi internazionali in A. Schuster, *Le unioni fra persone dello stesso genere*, cit., 268 ss.

Ricostruita per la prima volta con tanta compiutezza la teoria della inesistenza, essa assolve il compito di giustificare il rigetto senza affrontare la questione dell'ordine pubblico. Se, quindi, quell'atto neerlandese non è nemmeno sussumibile sotto la categoria del matrimonio, l'ufficiale di stato civile sarebbe legittimato a non trascriverlo. Così articolato, tuttavia, il percorso logico non è completo. Infatti, se l'atto negoziale è inesistente come atto di matrimonio, ciò non toglie che comunque possa essere considerato atto giuridico sotto altra categoria negoziale. Ciò che non viene esplicitato dalla Corte, ma pare opportuno precisarlo in questa sede, è che è assolutamente irrilevante ai fini della trascrizione se sia sussumibile quale altro atto negoziale atipico. L'ordinamento di stato civile, infatti, poggia sul principio della tipicità degli atti trascrivibili, come evidenziato dall'ord.st.civ. in vari articoli, tra cui rilevano l'art. 10, comma 1° e, per gli atti attinenti a matrimonio, l'art. 63, in particolare comma 2. Non rientrando astrattamente fra gli atti trascrivibili, non vi è necessità di affrontare la questione dell'ordine pubblico.<sup>49</sup> La Prima sezione ha risolto il *thema decidendum* circumnavigando brillantemente l'ostacolo dell'ordine pubblico.

## 9.2. L'inidoneità è tesi idonea?

Dopo il noto *excursus* nella giurisprudenza costituzionale e nelle evoluzioni del diritto internazionale e comunitario, la Corte, nelle ultimissime righe di una sentenza altrimenti assai lunga, ritiene tuttavia la teoria dell'inesistenza non più adeguata all'attuale realtà giuridica, «essendo stata radicalmente superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile, per così dire "naturalistico", della stessa "esistenza" del matrimonio» (Cass. 4184/12, pt. 4.3). Perviene così a coniare la nuova teoria dell'inidoneità dell'atto di matrimonio fra persone dello stesso genere.

Deve concludere autonomamente l'interprete che per la Prima sezione tale nuova teoria sia adeguato surrogato della teoria dell'inesistenza. Come quest'ultima, quella deve essere altresì argomento capace di legittimare l'atto di diniego dell'ufficiale di stato civile. La Corte, tuttavia, chiude inaspettatamente una lunga sentenza con questo colpo di scena, senza aggiungere alcunché, senza offrire una compiuta illustrazione della nuova teoria. A maggior ragione è opportuno che sia l'interprete, in sede di primo commento, a interrogarsi sulla effettiva capacità della nuova teoria a fungere da fondamento per il rigetto del ricorso.

Si noterà in primo luogo che il passaggio da inesistenza a inidoneità presuppone una interpretazione «convenzionalmente conforme». La teoria dell'inesistenza è stata dalla stessa Prima sezione fondata su diverse norme, ma in particolare sulle disposizioni codicistiche – le stesse, per intenderci, oggetto della q.l.c. decisa nel 2010 dalla Consulta. Se l'abbandono della predetta teoria è imposto dall'evoluzione della Corte di Strasburgo – più che dalla sent. n. 138/2010 C. cost., che non le sconfessa – si deve concludere che viene meno anche la legittimità della stessa interpretazione sistematica che di quelle norme codicistiche è stata data per anni. Se consegue che le stesse devono anch'esse essere rilette alla luce della rivoluzione semantica e applicativa di *Schalk*, cioè secondo un'interpretazione convenzionalmente orientata. È questo il risultato più concreto degli «effetti dei *dicta* delle due Corti [costituzionale e di Strasburgo] nell'ordinamento giuridico italiano» di cui parla la sentenza (pt. 4.2).<sup>50</sup>

<sup>49</sup> Stesso approccio aveva seguito Trib. Treviso, decr. 19.5.2010, cit.

<sup>50</sup> Altri effetti concreti le fonti europee giustamente produrranno in quanto fonti ermeneutiche e promozionali di un diritto nazionale più inclusivo, non solo delle nuove formazioni familiari. Similmente agli argomenti di diritto comparato, fonti come la Carta di Nizza, seppur allo stato non siano direttamente applicabili in maniera generalizzata come catalogo dei diritti nell'ordinamento italiano, esercitano su quest'ultimo

Si tratta di un inatteso corollario della teoria dell'inidoneità. Ad altra conclusione non si può d'altra parte giungere, perché se l'interpretazione tradizionale delle stesse disposizioni rimanesse sotto questo profilo immutata, la Corte di Cassazione avrebbe di fatto deciso di superare autonomamente norme primarie in forza della CEDU così come letta tramite le sentenze dei giudici di Strasburgo. Ciò, però, al giudice ordinario è precluso, essendo necessario in questi casi rinviare la questione alla Consulta. Quindi delle due l'una: o la teoria dell'esistenza non è mai stata espressione dell'ordinamento oppure il passato può essere salvato solo ammettendo che nel 2012 è stata operata una lettura convenzionalmente imposta delle norme italiane che prima escludevano la stessa «possibilità naturalistica» di un matrimonio fra persone dello stesso genere.

Più problematico appare un altro aspetto. La teoria dell'inidoneità, in verità, non riesce a coprire le stesse situazioni che copriva la teoria dell'inesistenza. Se prima si doveva dire che l'atto era inesistente, ora si deve dire che esso è esistente come «atto di matrimonio» e, quindi, che rientra in questa categoria fenomenica del diritto. Importante, quindi, appare quest'ulteriore conseguenza logica. Se la prima parte della sentenza traeva dalla non sussumibilità dell'atto fra quelli tipici trascrivibili la giustificazione del rigetto da parte dell'ufficiale di stato civile, nel momento in cui l'ordinamento lo riconosce come «matrimonio» tutta questa costruzione di argomenti cade. Dando spazio ad un simile matrimonio in Italia, la sentenza 4184 tende a porre sullo stesso piano il matrimonio «gay» con quello poligamico o quello contratto da persone di età inferiore a quella minima prevista dalla legge italiana, per riprendere i due esempi del giudice trevigiano,<sup>51</sup> appartenendo ora tutti alla stessa categoria. Ma mentre l'intrascrivibilità del matrimonio poligamico risulta dall'art. 18 ord.st.civ., pur di evitare questa disposizione per il matrimonio gay la strada deve rimanere ancora un *tertium genus*, la teoria dell'inidoneità. Il perché del permanere di un trattamento *ad hoc*, speciale, non è noto e comunque appare non condivisibile. L'ufficiale di stato civile appare ora, infatti, "nudo" di fronte all'istanza di trascrizione della coppia.

L'unico suo appiglio, a questo punto, dovrebbe essere l'art. 18 ord.st.civ., ma – lo si è detto – la Prima sezione non è incline a farvi ricorso. Solo la teoria dell'inesistenza consentiva, infatti, di non trattare dell'ordine pubblico. Come già ebbe a dire Cass. 1739/1999, citata dalla stessa Prima sezione, la sentenza n. 1304/90 «nell'affermare la necessità di un preventivo riscontro dei requisiti minimi per la giuridica configurabilità del matrimonio medesimo, tali requisiti ha chiaramente individuato nella manifestazione della volontà, da parte di due persone di sesso diverso, ad un ufficiale celebrante, in conformità all'orientamento giurisprudenziale sopra ricordato e *senza alcun riferimento ad altri profili riguardanti l'ordine pubblico interno*» (corsivo aggiunto).

---

notevoli pressioni, di cui sarà frequente interprete per sua stessa scelta la Corte di Cassazione. Secondo la Terza Sezione, infatti, i giudici di merito possono avere un vero e proprio obbligo di ispirarsi ai principi della Carta, osservando come i «principi di diritto comune europeo [...] hanno il pregio di rendere evidenti i valori universali del principio personalistico su cui si fondano gli Stati della Unione». Aggiunge che «[l]a filonomachia della Corte di Cassazione include anche il processo interpretativo di conformazione dei diritti nazionali e costituzionali ai principi non collidenti ma promozionali del Trattato di Lisbona e della Carta di Nizza che esso pone a fondamento del diritto comune europeo.» Queste parole, tratte dalla sentenza 2.2.2010, n. 2352, per quanto non richiamate dalla Prima Sezione, si pongono quale giusto sfondo per comprendere l'evoluzione che il diritto di famiglia, anche con riguardo alle unioni fra persone dello stesso genere, sta subendo in Italia. È uno dei tanti casi di confronto fra l'*homo juridicus italicus* e l'*homo juridicus europaeus*, secondo la tesi già suggerita in A. Schuster, *Gender and beyond. Disaggregating legal categories*, in Id., [Equality and justice. Sexual orientation and gender identity in the XXI century](#), Udine, 2011, 21-39.

<sup>51</sup> Trib. Treviso, decr. 19.5.2010, cit.

Come potrebbe, quindi, la Corte giustificare alla luce della nuova teoria ciò che prima aveva giustificato basandosi su altri presupposti? Probabilmente la Suprema Corte il problema non lo ha ritenuto sussistente. Infatti, il Collegio costruisce la teoria dell'inidoneità come teoria che sancisce l'improduttività di ogni effetto giuridico in Italia di un matrimonio siffatto. In altri termini, da quell'atto straniero non può nascere alcun diritto. Ecco, allora, che si coglie il perché della riqualificazione del *thema decidendum* di cui si è detto sopra. La Corte con molta accortezza sposta l'attenzione dalla giustificazione del potere dell'ufficiale di stato civile (che poggiava sulle norme dell'ord.st.civ.) alla titolarità di un diritto alla trascrizione da parte della coppia. La tesi dell'inidoneità consente proprio di affermare che un diritto alla trascrizione di quell'atto non può nascere, perché implicherebbe riconoscimento della produzione di effetti giuridici. Altrettanto idonea, però, la stessa tesi non appare se impiegata per giustificare la validità di un atto amministrativo. Il sindacato sull'esercizio legittimo di poteri conferiti a un ufficiale di stato civile non è agevolmente sovrapponibile all'indagine sull'esistenza di un diritto individuale. In tal senso la teoria dell'inidoneità appare argomento insufficiente, se non proprio eterogeneo rispetto alla questione.

Il profilo di eterogeneità è ulteriormente rafforzato da altre considerazioni. La teoria nasce da una questione di trascrizione, ma si definisce come tesi volta a precludere la produzione di ogni effetto giuridico nell'ordinamento italiano. Trascrizione ed efficacia, tuttavia, sono due ambiti ben distinti, come opportunamente notava nel 2010 il citato Tribunale di Treviso. Come la stessa Cassazione aveva affermato in tema di delibazione nella sentenza n. 10351/1998, l'immediata rilevanza e validità di un atto nell'ordinamento italiano può prescindere dalla sua trascrizione, ma non dall'ordine pubblico.

La trascrizione non produce di per sé alcun effetto, in quanto è fenomeno distinto dall'inidoneità a produrre effetti giuridici. La trascrizione di un atto nullo non conferisce a questo effetti che altrimenti non avrebbe. La trascrizione non presuppone l'efficacia e viceversa, proprio per la tesi consolidata dalla Cassazione che la trascrizione ha natura «non costitutiva, ma meramente certificativa e funzione di pubblicità di un atto già di per sé valido sulla base del principio *locus regit actum*» (*ivi*, pt. 2.2.1). Conseguentemente, l'inidoneità, così come costruita dalla Prima sezione, appare quanto meno debole fondamento giustificativo del rigetto dell'istanza di trascrizione, in quanto semmai omogenea alla questione dell'efficacia.

### 9.3. Alla ricerca dei fondamenti

Anche a voler concedere che sia tesi astrattamente valida per giustificare il rigetto, occorre domandarsi quale sia il fondamento della tesi della inidoneità. Se l'inesistenza era stata accuratamente ricostruita passando in rassegna una pluralità di fonti, nulla di ciò accade per l'inidoneità.

La teoria dell'inidoneità è introdotta unicamente in riferimento alla funzione per la quale è stata concepita, ovvero impedire ogni efficacia nell'ordinamento italiano di simili matrimoni. Essa non pare, però, teoria nuova – e probabilmente neanche vuole esserlo. Infatti, essa intende evitare che «[abbiano] effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi [...] all'esistenza di rapporti di famiglia [...] quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato». Cioè, gli effetti della teoria dell'inidoneità non sono altro che gli stessi perseguiti da una disposizione già vigente nell'ordinamento italiano. La Cassazione non fa che enunciare quanto già previsto dalla l. n. 218 del 1995, art. 65, da cui si è citato il passaggio testuale. Questa norma disciplina proprio l'efficacia di provvedimenti e di atti stranieri, la quale è consentita, come soggiunge il legislatore alla fine

della detta disposizione, «purché non siano contrari all'ordine pubblico». È lo stesso ordinamento, allora, a evocare per gli stessi fini perseguiti dalla Cassazione quello che abbiamo chiamato il convitato di pietra, ovvero l'ordine pubblico.

Quando si affronterà questo tema, si capirà anche che ne è, in ultima analisi, delle circolari del Ministero dell'interno. La sentenza per ora le ha sonoramente sconfessate insieme alle istruzioni da questo date agli ufficiali di stato civile (vedi pt. 2.2.3). Infatti, la volontà di non radicare il fondamento giuridico del diniego sull'ordine pubblico, ma su altra base, determina che in particolare le circolari n. 2 del 26 marzo 2001 e n. 55 del 18 ottobre 2007 non siano più istruzioni in linea con l'ordinamento così come interpretato dalla Cassazione. Tuttavia, se la tesi dell'inidoneità dovesse essere repentinamente superata o rivisitata, le stesse circolari potrebbero recuperare la loro ragion d'essere.

## 10. *Quid juris?*

Come suggerito, l'originale soluzione della Corte è proprio volta a evitare qualsiasi punto di tangenza con l'ordine pubblico, questione quanto mai viva, tanto che pare udirsi nei corridoi del Palazzaccio un sospiro di sollievo quando si legge nella sentenza che la ricostruzione del potere dell'ufficiale di stato civile alla luce della teoria dell'inesistenza «conseguentemente, esime il Collegio dall'affrontare la diversa e delicata questione dell'eventuale intrascrivibilità di questo genere di atti per la loro contrarietà con l'ordine pubblico».<sup>52</sup>

Poiché questo *iter* giustificativo della Corte poggiava sulla teoria precedentemente richiamata e solo apparentemente condivisa della «inesistenza», quando questa con un colpo di coda è sostituita da quella dell'inidoneità, che ne è dell'ordine pubblico e della risposta alle questioni sopra esposte? La Cassazione tace sul punto, forse ritenendo che il nuovo Golem sia un perfetto surrogato dell'inesistenza e quindi rimanga teoria sufficientemente radicale per non affrontare ancora la «diversa e delicata questione» dell'ordine pubblico.<sup>53</sup>

<sup>52</sup> Per inciso, stessa sezione e stesso presidente, con approccio del tutto simile a quello applicato nella sentenza *de qua*, aveva sostanzialmente dato atto di "aver schivato" la questione dell'ordine pubblico già nella sent. n. 6441/2009, sul caso di un neozelandese cui era stato negata la conversione del titolo di soggiorno in permesso per motivi familiari nonostante avesse prodotto attestazione delle autorità neozelandesi che era partner di fatto di un cittadino italiano dello stesso genere. Il caso attualmente pende avanti la Corte europea dei diritti umani, *Taddeucci e McCall c. Italia*, ric. n. 51362/09, com. 10.1.2012. Non si può poi non osservare il ricorrere di impostazioni argomentative e in particolare di un aggettivo, «delicato», che fu proprio usato da Schlesinger, *Matrimonio tra individui dello stesso sesso contratto all'estero*, 417, a commento alla sentenza del Tribunale di Latina da cui origina la sentenza 4184: «Ne consegue [...] che per pervenire appunto alle riferite conclusioni [l'inesistenza dell'atto], oltremodo agevoli, non c'è bisogno di affrontare la *delicata problematica* volta a stabilire se e quando un atto sia da valutare come "contrario all'ordine pubblico", *giudizio tutt'altro che semplice* e soprattutto di cui, nella specie, non parrebbe comprensibile quale potrebbe essere la rilevanza, dal momento che una tale "contrarietà" è suscettibile di presentare interesse solo a fronte di *atti idonei a produrre qualche tipo di effetto giuridico*, mentre quando vengano in considerazione atti che, nel nostro ordinamento, vanno qualificati come addirittura "inesistenti", e quindi privi di qualsiasi rilevanza, non si vede a che fine assumerebbe una qualche utilità discutere di una loro eventuale contrarietà, o meno, all'ordine pubblico» (corsivi aggiunti).

<sup>53</sup> Si segnala che radicalmente diversa è su questi aspetti la lettura della sentenza offerta da M. Gattuso, *Dopo la sentenza di Cassazione*, cit., secondo cui «viene rinnegata la categoria dell'inesistenza e viene precluso ogni futuro utilizzo della nozione di ordine pubblico internazionale.»

Fragili nell'insieme appaiono le norme positive, per lo più secondarie, ma, in quanto regolamento di delegificazione, coperte da norma primaria, che legittimerebbero il disconoscimento di un matrimonio contratto all'estero. Se la Corte già altrove aveva *ex officio* correttamente individuato a fondamento della sua rilevante analisi della situazione europea l'art. 117 Cost., mentre i ricorrenti avevano invocato presumibilmente per i medesimi fini gli art. 10 e 11 Cost., la stessa non ritiene opportuno attivare *motu proprio* un vaglio della legittimità delle norme dell'ord. stato civile. Forse, effettivamente, sarebbe stato interpretato come eccesso di zelo. Questo passo potrà, però, senz'altro trovare ospitalità in altre vicende giudiziarie. A quell'occasione si può anche rinviare la discussione, diversa e delicata, ma anche molto stimolante, della contrarietà all'ordine pubblico di siffatti matrimoni, ultimo e genuino baluardo dell'ordinamento italiano per resistere alle sollecitazioni di una società che cambia.<sup>54</sup>

In conclusione, la teoria dell'inidoneità appare essa stessa vittima del suo nome. Non è, infatti, idonea a costituire quel filtro necessario a chi intende tenere il matrimonio fra persone dello stesso genere fuori dai confini nazionali, senza tuttavia venir meno al rispetto degli obblighi comunitari e più ampiamente internazionali. Essa, infatti, non intende riconoscere nemmeno il minimo indispensabile degli effetti giuridici che da esso discendono, quegli effetti che non sono solo limitati alle leggi dell'immigrazione di cui alla sent. Cass. pen. n. 1328/2011.

Leggendo tuttavia le belle pagine della Prima sezione è evidente che l'Italia rimane ancora saldamente ancorata all'alveo del diritto europeo e alla tradizione dello Stato costituzionale di diritto. Riprendendo e consolidando in un senso senz'altro positivo quanto statuito dalla Consulta e dalla Corte di Strasburgo il Supremo Collegio attesta di non discostarsene. Nel 2012 pare eccessivo esultare per il fatto che un giudice ordinario non contrasti, ma anzi recepisca quanto già statuito dal suo giudice delle leggi e da un giudice internazionale. Rimanga lontano il giorno in cui una tale reazione divenisse giustificata. Per contro, si continui a riflettere sul portato della sentenza della Cassazione. *Caveat emptor*, dicevano gli antichi. Le sentenze sono come le merci: anch'esse devono essere attentamente vagliate quando vengono poste "in commercio".

Il 15 marzo 2012 è stato un giorno ricco di spunti per i giuristi. La sentenza della Cassazione in particolare è apparsa come un bel romanzo, in cui colpi di scena, richiami interni, riecheggiamenti europei e allitterazioni giuridiche inducevano il lettore a riflettere sempre meglio e a domandarsi se veramente avesse compreso la trama narrativa. Come con i migliori libri, più letture s'imponevano e nuove sfumature si coglievano. La Suprema Corte ha brillantemente preso spunto da una questione tecnica come la trascrizione per spiccare un volo che le ha consentito di mostrare come

---

<sup>54</sup> Fino ad allora questo gigante italico dai piedi d'argilla potrà pensare al confronto con un suo pari, ovvero l'*ordre public communautaire*, *notion autonome* rivendicata al pari di altre dalla Corte di Lussemburgo e vera linea Maginot dell'ordinamento dell'Unione e di quelli nazionali. Basterà qui citare due brevi passaggi da una sentenza della Corte di giustizia richiamata nella stessa sentenza 4184/12, ovvero *Aladzhev*, causa C-434/10, sentenza 17.11.2011, la quale non fa che reiterare quanto già consolidato da decenni di giurisprudenza: «34 La Corte ha sempre sottolineato che, se è pur vero che gli Stati membri restano sostanzialmente liberi di determinare, conformemente alle loro necessità nazionali – che possono variare da uno Stato membro all'altro e da un'epoca all'altra – le esigenze di ordine pubblico e di pubblica sicurezza, resta il fatto che, nel contesto dell'Unione, specie laddove autorizzano una deroga al principio fondamentale della libera circolazione delle persone, tali esigenze devono essere intese in senso restrittivo, di guisa che la loro portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione [...] 35 In tal senso, la Corte ha precisato che la nozione di ordine pubblico presuppone, in ogni caso, oltre alla perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge, l'esistenza di una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società ...»

il diritto sia una fitta rete a più livelli di disposizioni, norme, interpretazioni, fatti e persone, passando dai regolamenti governativi alla Dichiarazione universale dei diritti umani.

Il giudizio sul Golem della Cassazione nato quel giorno non può ancora essere dato oggi e la domanda se quel 15 marzo vi fu vera gloria, rimane senza risposta. Ciò che è certo, però, è che diverse famiglie europee leggendo *Gas e Dubois* hanno genuinamente potuto esultare sulle note di una famosa canzone: «[We are family!](#)»

*\*Assegnista di ricerca in diritto costituzionale comparato - Università degli studi di Trento*

Forum di Quaderni Costituzionali

stituzionali