

**Dai moniti del Giudice costituzionale a  
la condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo.  
Brevi note a commento della sentenza *Oliari e altri c. Italia*\***

di Costanza Nardocci \*\*  
(3 settembre 2015)

«Il dialogo [...] si presenta a volte più difficile proprio con il soggetto che della Corte dovrebbe essere il naturale interlocutore, e cioè il legislatore. Questa difficoltà emerge, in particolare, nei casi in cui essa solleciti il legislatore a modificare una normativa che ritiene in contrasto con la Costituzione. Un [...] esempio di “invito” rimasto [...] inascoltato è quello contenuto nella sentenza n. 138 del 2010 (su cui, *ex multis*, R. ROMBOLI, «Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”», in *Giur. cost.*, 2010, p. 1629 e ss.; B. PEZZINI, «Il matrimonio *same-sex* si potrà fare legislatore nella sentenza 138/2010 della Corte costituzionale», in *Giur. cost.*, 2010, p. 799 e ss.; della stessa autrice, anche, la curatela, *Genere e Diritto. Come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere*, Sestante edizioni, 2012.). In tale pronuncia la Corte [...] ha affermato che due persone dello stesso sesso hanno comunque il “diritto fondamentale” di ottenere il riconoscimento giuridico, con i connessi diritti e doveri, della loro stabile unione [e] ha affidato al Parlamento la regolamentazione della materia».

Così, si leggeva nella relazione annuale del Presidente Gallo alla giurisprudenza costituzionale del 2012; passaggio curiosamente ripreso dalla Quarta Sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo che, in *Oliari e altri*, ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 della Convenzione EDU, a motivo dell'assenza di una regolamentazione organica delle forme di unione tra persone dello stesso sesso.

La condanna giunge a distanza di quattro anni dall'introduzione dei ricorsi da parte di sei coppie di cittadini italiani omosessuali, che lamentavano il carattere discriminatorio della regolamentazione delle relazioni familiari vigente entro l'ordinamento giuridico italiano, ritenuta lesiva dell'art. 14, letto in combinato disposto con gli artt. 8 e 12 della Convenzione.

La pronuncia del Giudice sovranazionale che, all'unanimità, si è espresso in favore dell'accertamento della violazione del diritto delle coppie composte da persone dello stesso sesso alla vita familiare ex art. 8 CEDU, stupisce non tanto per la conclusione raggiunta in punto di diritto – coerente con la sua giurisprudenza in materia (su cui, E. CRIVELLI, *La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza italiana ed europea*, ESI, 2011) inaugurata con *Schalk e Kopf c. Austria* (24.06.2010) e consolidata dalla pronuncia della Grande Camera in *Vallianatos e altri c. Grecia* (07.11.2013) –, ma, in primo luogo, per la puntuale ricostruzione del contesto italiano.

Numerosi sono, infatti, i passaggi della motivazione dedicati allo scrutinio sulla dedotta violazione dell'art. 8 CEDU in cui il Giudice sovranazionale si sofferma su

---

\* Scritto sottoposto a *referee*.

due aspetti caratterizzanti la condizione delle coppie omosessuali in Italia che, allo stesso tempo, riflettono una tendenza nazionale, ormai radicata, in tema di diritti fondamentali (cfr. M. D'AMICO, *ex multis*, *I diritti contesi*, FrancoAngeli, 2008; e, anche, «Diritti LGBT e “nuove famiglie” in Italia», in M. D'AMICO, C. NARDOCCI, M. WINKLER (a cura di), *Orientamento sessuale e diritti civili. Un confronto con gli Stati Uniti d'America*, FrancoAngeli, 2014). Da un lato, la refrattarietà a legiferare che si risolve in uno scollamento, più o meno consistente, tra la realtà sociale e il diritto (cfr. §§ 161, 173); dall'altro, il tentativo di supplenza dei giudici, inadeguato rispetto alle esigenze di stabilità e di certezza del diritto (cfr. §§ 170, 171, 184). Quest'ultimo aspetto è particolarmente evidente nella sentenza della Corte europea; così, è ricorrente la constatazione secondo cui «the law provides explicitly for the recognition of a same-sex partner in very limited circumstances», con la conseguenza che «the most regular of “needs” arising in the context of a same-sex couple must be determined judicially» (171).

Il giudizio della Corte appare, però, particolarmente severo in relazione al primo dei due profili evidenziati. Richiamando *Broniowsky c. Polonia*, la Corte afferma, infatti, che la mancata disciplina delle unioni tra persone dello stesso sesso da parte del Parlamento nazionale si appalesa ancora più grave a fronte dell'indifferenza con cui negli anni sono state accolte le sollecitazioni di intervento formulate dai massimi organi giurisdizionali nazionali (§ 184). E, allora, è proprio l'inerzia legislativa, a cui fa da contraltare la rilevanza costituzionale assegnata dalla Corte costituzionale alle unioni tra persone dello stesso sesso, su cui si incardina la violazione dell'art. 8 CEDU.

In estrema sintesi, l'obbligazione positiva di derivazione convenzionale avente ad oggetto l'approvazione di una normativa nazionale di applicazione generale in tema di unioni tra persone dello stesso sesso non è altro se non il prodotto di un contesto ordinamentale incapace di coniugare società e diritto, istanze della società condivise dai giudici e sistema normativo di riferimento; un ordinamento responsabile di aver lasciato individui titolari del diritto fondamentale, costituzionale e convenzionale, di vivere liberamente la propria condizione di coppia in una situazione di incertezza e di instabilità (§ 184).

Secondo la Corte, inoltre, a nulla vale richiamare, nel caso di specie, la dottrina del margine di apprezzamento statale, trattandosi non tanto di definire le modalità di una regolamentazione che la Corte non manca di ribadire, correttamente, estranea alle proprie competenze, quanto piuttosto l'opportunità dell'esistenza di una regolamentazione in materia. In questa prospettiva, si inserisce la non violazione dell'art. 12 CEDU in accordo con una giurisprudenza ormai consolidata che, ancorché non ostativa ad un matrimonio anche omosessuale, ne esclude la vincolatività per gli Stati contraenti (§§ 189 e ss.), che restano liberi nelle proprie determinazioni sul punto; un'impostazione, quindi, coerente con la funzione di supervisore sussidiario, non legittimato dal basso, che spetta al Giudice sovranazionale.

Resta, invece, sullo sfondo lo scrutinio sulla dedotta violazione del principio di non discriminazione, centrale nell'impianto dei ricorsi, e ritenuto, viceversa, “assorbito”

dalla Corte europea a fronte dell'accertamento della violazione dell'art. 8 CEDU. Si tratta di un approccio che se, da un lato, costituisce il prodotto fisiologico della non autonomia dell'art. 14 CEDU nel sistema della Convenzione, dall'altro, sembra scontare l'omessa ratifica da parte dell'Italia del Protocollo n. 12 alla Convenzione EDU che avrebbe, viceversa, se evocato nei ricorsi, consentito di riconoscere al tema di fondo della disparità di trattamento tra coppie a motivo dell'orientamento sessuale quella centralità che nella pronuncia in commento rimane, invece, sfuocata. L'eguaglianza di fronte alla legge, garantita dall'art. 1, Protocollo n. 12 alla CEDU, e non la mera non discriminazione in relazione ad uno dei diritti convenzionali, avrebbe, infatti, precluso un'analisi del caso limitata ad un rigido scrutinio sulla sussumibilità della fattispecie sotto una delle disposizioni di diritto sostanziale previste dalla Convenzione (cd. *ambit test*), poi sfociata nell'omessa indagine sulla violazione dell'art. 14 CEDU, ritenuta "superflua". Ancora, la dedotta violazione dell'art. 1, Protocollo n. 12 CEDU da parte ricorrente avrebbe, forse, sospinto il Giudice sovranazionale a cimentarsi con una comparazione tra coppie a partire dal modello seguito in *Vallianatos e altri c. Grecia* ma con la variante di un *tertium comparationis*, questa volta, ipotetico: in *Vallianatos*, si chiedeva alla Corte di verificare la disparità di trattamento tra coppie eterosessuali ed omosessuali sulla base di una normativa che ammetteva solo le prime all'istituto dell'unione civile registrata; in *Oliari*, questa comparazione diretta, concreta, risultava, invece, assente, auspicando le coppie ricorrenti ad un riconoscimento giuridico generale della propria unione, non circoscritto al vincolo matrimoniale. Un approccio al sindacato cd. ipotetico, svincolato cioè da un rigido meccanismo di comparazione secca e che non presuppone la concretezza dell'effetto lesivo per il tramite dell'individualizzazione della vittima della condotta discriminatoria, sarebbe, poi, stato interessante nella prospettiva di un'analogia con il ragionamento condotto dalla Corte di Giustizia UE quando sia chiamata a verificare la sussistenza di una disparità di trattamento. (cfr. *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contro Firma Feryn NV*, 2008).

Resta il fatto, che questa debolezza dell'art. 14 CEDU si accentua nella pronuncia in commento e offusca la causa originaria della lesione del diritto alla vita familiare delle coppie dello stesso sesso, che sono l'eguaglianza e la non discriminazione dei ricorrenti, come individui prima ancora che come coppie.

Al divieto di discriminazione, grande assente della sentenza, si accompagna, poi, un'interpretazione dell'art. 8, paragrafo primo, CEDU, che viene elevato a principio che impone agli Stati contraenti l'obbligazione positiva di garantire una protezione adeguata della vita familiare, oltre che privata, delle coppie omosessuali.

La scelta di impennare il ragionamento sul primo anziché sul secondo paragrafo dell'articolo 8 CEDU, ritenendo intrinseca alla norma convenzionale l'obbligazione positiva di prevedere forme di riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali, sebbene non estranea al sistema della Convenzione (*Marckx c. Belgio*, «the object of the Article [8] is "essentially" that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities [...]. Nevertheless it does not merely compel the State to abstain from such interference: *in addition to this primarily negative*

*undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective “respect” for family life [corsivo nostro]»; X e Y c. Paesi Bassi*, «[t]hese obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves», § 23; per un approfondimento, D. HARRIS, M. O'BOYLE, E. BATES, C. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2014), non è stata condivisa in modo unanime dalla Sezione, come testimonia l'opinione concorrente alla pronuncia (§ 12); opinione, che mette in evidenza come la Corte non abbia interpretato l'assenza di una regolamentazione a protezione della vita familiare delle coppie omosessuali alla stregua di un'interferenza illegittima ex art. 8, § 2, CEDU, nell'esercizio del diritto convenzionale. In sintesi, una cosa è dire che la mancata disciplina delle unioni tra persone dello stesso sesso viola di per sé stessa il diritto alla vita familiare, altro che la prima costituisce, nel caso concreto, un'interferenza che non trova giustificazione nelle limitazioni di cui all'art. 8, § 2, CEDU. Piuttosto, la soluzione adottata in *Oliari e altri* sembra espressione di un tentativo del Giudice sovranazionale di ampliare il contenuto della norma convenzionale attraverso un irrobustimento delle sue garanzie in favore delle unioni tra persone dello stesso sesso che riverberi i suoi effetti anche oltre il caso italiano. In presenza di simile obbligazione positiva, infatti, lo Stato contraente non potrà rimanere inerte (*Airey c. Irlanda*, § 25) senza che ne risulti una violazione del dettato convenzionale.

Resta da soffermarsi sugli effetti, ancorché mediati, della pronuncia entro l'ordinamento interno.

Da un lato, è in discussione in Senato un progetto di legge che mira ad introdurre l'istituto dell'unione civile per le coppie composte da persone dello stesso sesso, mantenendo quindi saldo il doppio binario matrimonio/unione civile sul modello tedesco. La pronuncia del Giudice sovranazionale dovrebbe trovare seguito, anzitutto, nelle aule parlamentari anche a fronte degli ulteriori ricorsi pendenti dinanzi alla Corte europea che rischiano di sfociare in una seconda condanna dell'Italia nel breve periodo (il riferimento è ai ricorsi *Orlandi e altri c. Italia* introdotti nel 2012).

Sotto altro versante, la Corte costituzionale sarà chiamata nei prossimi mesi a decidere una questione, sollevata dal Tribunale dei minorenni di Bologna (10.11.2014), che supera per complessità e, invero, taglia solo tangenzialmente, il tema del riconoscimento giuridico delle unioni tra persone dello stesso sesso per affrontare quello dell'adozione del figlio/a del *partner* omosessuale (cd. *second parent adoption*).

La questione di costituzionalità riguarda quelle norme della legge in materia di adozione (artt. 35-36, l. n. 183/1984), nella parte in cui ostano al riconoscimento della sentenza straniera che abbia disposto l'adozione del minore da parte del coniuge omosessuale del genitore, a prescindere dal fatto che il matrimonio abbia prodotto effetti in Italia, per contrasto, tra gli altri, con l'art. 117, primo comma, Cost. L'ordinanza fa leva sulla rilevanza costituzionale del superiore interesse del minore adottato e sulla non contrarietà con l'ordine pubblico del matrimonio omosessuale alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

L'eterogeneità del *thema decidendum* rispetto ai precedenti in cui era in discussione la costituzionalità della disciplina civilistica in materia di matrimonio induce a dubitare che il Giudice costituzionale trarrà conseguenze dirette da *Oliari e altri c. Italia*, peraltro, ancora soggetta a richiesta di riesame dinanzi alla Grande Camera (cfr. art. 43 CEDU). La questione di costituzionalità potrebbe, invece, essere risolta su un piano meramente interno, ragionando sulla posizione soggettiva del minore più che sulla relazione, omosessuale, della coppia formalizzata all'estero. Infine, e soprattutto, valga precisare che la norma convenzionale viene evocata nell'ordinanza con riferimento alla posizione soggettiva del minore e non, tanto, in relazione alla tutela della vita familiare della coppia come in *Oliari e altri c. Italia*; sarà, dunque, a quella giurisprudenza – peraltro non univoca – della Corte europea dei diritti dell'uomo a cui guarderà il Giudice costituzionale per verificare la fondatezza della questione sollevata.

Al di là dell'esito della questione richiamata resta tuttavia da rimarcare la non più eludibilità di un intervento del legislatore che, adesso, risulta ammonito anche da Strasburgo.

\*\* Dottore di ricerca in Diritto costituzionale, Dipartimento di Diritto Pubblico italiano e sovranazionale, Università degli Studi di Milano.