

Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese

di Elisabetta Crivelli

ricercatore confermato, Università degli studi di Verona

Sommario: 1. Il cammino verso l'introduzione del matrimonio omosessuale in Portogallo. La pronuncia n. 359 del 2009 del Tribunale costituzionale. 2. L'intervento del legislatore portoghese e il ricorso preventivo di costituzionalità. 3. Un confronto con la sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale italiana e qualche spunto per il futuro intervento del legislatore. 4. La sentenza della Corte di Strasburgo *Schalp e Kopf c. Austria*

1

1. Il cammino verso l'introduzione del matrimonio omosessuale in Portogallo. La pronuncia n. 359 del 2009 del Tribunale costituzionale.

Con la decisione n. 121 dell'8 aprile 2010¹ il Tribunale costituzionale portoghese si è pronunciato sulla costituzionalità della recente legge che estende il matrimonio alle persone dello stesso sesso, offrendo motivi di riflessione per l'analogo dibattito sviluppatosi in Italia e approvato, per il momento, alla sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 2010, di qualche giorno successiva a quella dell'organo di giustizia costituzionale portoghese.

All'interno della grande varietà delle soluzioni che sono state elaborate sullo statuto giuridico delle unioni omosessuali, l'esperienza portoghese è interessante perché riguarda un ordinamento raffrontabile a quello italiano in termini di tradizione giuridica e di società, e propone un percorso in cui il legislatore e l'organo di giustizia costituzionale hanno dialogato per consentire l'introduzione del matrimonio omosessuale nel rispetto dei principi costituzionali.

¹ Vedi la sentenza in www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html.

Il primo passo verso la regolamentazione giuridica delle unioni omosessuali è consistito nell'estensione -con la legge del 11 maggio 2001 n. 7- alle coppie dello stesso sesso della disciplina disposta a tutela delle unioni di fatto tra persone di sesso diverso, già regolata dalla legge del 28 agosto 1999 n. 135. Tale intervento è stato attuato inserendo due importanti eccezioni in tema di legittimazione all'adozione e di accesso alla procreazione medicalmente assistita, entrambe consentite solo alle coppie di sesso diverso ed esplicitamente escluse per quelle omosessuali.

Il secondo passo è rappresentato dalla pronuncia n. 359 del 2009 del 9 luglio 2009² con cui la prima sezione del Tribunale costituzionale, in sede di controllo concreto di costituzionalità ai sensi dell'art. 280 b) della Costituzione, ha escluso, con una maggioranza di tre giudici a due, che il matrimonio tra persone dello stesso sesso possa ritenersi imposto in base alle previsioni costituzionali che sanciscono i principi di dignità e di eguaglianza (art. 13 della Costituzione) e il diritto alla formazione e alla tutela della famiglia garantita dall'art. 36 della Costituzione: in particolare i primi due commi di questa disposizione, che costituirà anche il parametro di riferimento della decisione n. 121 del 2010, affermano che “tutti hanno il diritto di costituire una famiglia e di contrarre matrimonio in condizione di piena uguaglianza” e che “la legge regola i requisiti e gli effetti del matrimonio e del suo scioglimento per morte o per divorzio, indipendentemente dalla forma della celebrazione”.

Il corretto inquadramento dei termini del ricorso deciso con la pronuncia del 2009 è un profilo preliminare ed importante dell'iter argomentativo dei giudici costituzionali portoghesi: le ricorrenti erano due donne che lamentavano di essere state discriminate in base al loro orientamento sessuale a seguito della decisione della Corte di Appello di Lisbona di confermare la legittimità del rifiuto dell'ufficiale di stato civile di celebrare il loro matrimonio e denunciavano la norma che disciplina il matrimonio tra persone di sesso diverso – cioè l'art. 1577 del codice civile portoghese laddove dispone che “il matrimonio è il contratto celebrato tra due persone di sesso diverso che intendono formare una famiglia attraverso una comunione di vita, ai sensi delle disposizioni del codice civile” - perché, in applicazione dei principi

² Vedi la pronuncia in www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090359.html.

costituzionali di non discriminazione e del diritto di costituire una famiglia e di contrarre matrimonio in condizioni di piena eguaglianza, non consentirebbe anche la celebrazione di un matrimonio tra persone dello stesso sesso. Il Tribunale costituzionale osserva quindi che oggetto del suo controllo è la mancanza di una norma ordinaria che renda immediatamente operativi tali principi costituzionali e che il ricorso concreto di incostituzionalità sul quale è chiamato a pronunciarsi “maschera” in realtà un ricorso di incostituzionalità per omissione il quale tuttavia, ai sensi dell’art. 283 della Costituzione, non include tra i soggetti legittimati i singoli cittadini ⁽³⁾.

Ciononostante, il Tribunale trova il modo di pronunciarsi sul ricorso concreto di incostituzionalità applicando l’ipotesi prevista dall’art. 280 b) della Costituzione e attuata dall’art. 70, lett. b) della legge organica sul Tribunale costituzionale n. 28 del 1982, secondo cui il controllo concreto può avere ad oggetto decisioni giurisdizionali negative, ovvero decisioni che abbiano applicato una norma la cui illegittimità costituzionale è stata eccepita nel corso del processo, prima della decisione finale ⁽⁴⁾: in tale ipotesi, l’unico soggetto legittimato al ricorso è la parte che ha sollevato la questione di costituzionalità durante il processo e occorre che la norma della cui costituzionalità si dubita abbia costituito la *ratio decidendi* della decisione contestata. Il Tribunale costituzionale individua la norma oggetto del suo controllo nel citato art. 1577 del codice civile, sul presupposto che tale disposizione ha costituito la base giuridica della *ratio decidendi* della decisione di rigetto dell’istanza di celebrazione del matrimonio delle due donne.

3

⁽³⁾ L’art. 283 della Costituzione portoghese disciplina il ricorso di incostituzionalità per omissione come di seguito: “1. Su richiesta del Presidente della Repubblica, del Provedor di Giustizia, adducendo la violazione dei diritti delle regioni autonome, dei presidenti delle assemblee legislative regionali, il Tribunale costituzionale esamina e verifica il mancato rispetto della Costituzione per omissione dei provvedimenti legislativi necessari per rendere applicabili le norme costituzionali. 2. Quando il Tribunale costituzionale verifica l’esistenza della incostituzionalità per omissione, lo comunica all’organo legislativo competente.”

⁽⁴⁾ Per un quadro sulla giustizia costituzionale portoghese cfr. L. AZZENA, *La giustizia costituzionale in Portogallo*, in J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi, *Esperienze di giustizia costituzionale*, tomo II, Torino, 2000, p.253 ss; G. VAGLI, *L’evoluzione del sistema di giustizia costituzionale in Portogallo*, Pisa, 2001, in particolare pp. 39 ss e J.J. GOMES CANOTILHO, *Il diritto costituzionale portoghese*, Torino, 2006, in particolare il cap. X dedicato alla Giustizia costituzionale, pp. 191 ss.

Si noti che, in tal modo, si è fornito ai singoli uno strumento di accesso diretto al giudice costituzionale che viene considerato un valido sostituto alla mancanza della previsione di un ricorso diretto dei cittadini per la tutela dei diritti fondamentali, sull'esempio del *recurso de amparo* spagnolo⁽⁵⁾.

Al giudice costituzionale non viene dunque chiesto di stabilire se la Costituzione portoghese *consente* il riconoscimento del matrimonio omosessuale, ma in modo più circoscritto, se essa *impone* una nozione di matrimonio che includa anche le unioni tra persone dello stesso sesso, domanda a cui risponde negativamente per diverse ragioni. In primo luogo, le sue possibilità di intervento per il ristabilimento del principio di uguaglianza sono limitate a ipotesi in cui tale risultato consegue all'espansione di norma generale a seguito della caducazione di una norma eccezionale contraria a Costituzione, ovvero all'estensione di un regime più favorevole che consegua ad una soluzione costituzionalmente obbligata, mentre nessuna di queste opzioni riguarda il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

In secondo luogo, la Costituzione fornisce un quadro giuridico-costituzionale aperto al riconoscimento da parte del legislatore del matrimonio tra persone dello stesso sesso, ma questo non discende direttamente dalla Costituzione, come soluzione costituzionalmente imposta: in applicazione del principio di separazione dei poteri, una concezione del matrimonio che, ricomprendendo l'unione tra persone dello stesso sesso, si presenti slegata da ogni legame con la filiazione, è costituzionalmente ammissibile, ma deve essere introdotta dal legislatore e non in via giurisprudenziale dal Tribunale costituzionale.

2. L'intervento del legislatore portoghese e il ricorso preventivo di costituzionalità

La risposta del legislatore, invocato dalla pronuncia del 2009 come unico possibile promotore di una modifica della nozione di matrimonio che includesse anche le unioni dello stesso sesso, non si è fatta attendere e in data 11 febbraio 2010, è stato approvato il testo di legge 9/XI volto ad introdurre il matrimonio omosessuale attraverso l'eliminazione dell'inciso

⁽⁵⁾ Cfr. L. AZZENA, *La giustizia costituzionale in Portogallo*, cit., p. 265.

“due persone di sesso diverso” e la sua sostituzione con quello di “due persone” nel citato art. 1577 del codice civile, pur conservando l'impossibilità per la coppia sposata dello stesso sesso di accedere all'adozione di minori ⁽⁶⁾.

Tale legge, come inizialmente accennato, è stata impugnata in sede di ricorso preventivo di costituzionalità dal Presidente della Repubblica, ai sensi dall'art. 278 della Costituzione portoghese: questo tipo di controllo, ispirato a quello previsto dal sistema francese, prevede la legittimazione del capo dello Stato a sottoporre una legge entro otto giorni dal suo ricevimento per la promulgazione al Tribunale costituzionale che è tenuto a pronunciarsi entro un termine massimo di 25 giorni.

Se il Tribunale si pronuncia per la non incostituzionalità della norma, come è accaduto in questo caso, al Presidente resta solo la possibilità di esercitare un veto sospensivo, richiedendo entro venti giorni dalla pubblicazione della decisione con messaggio motivato un nuovo esame del testo: in tal caso, tuttavia, se l'Assemblea della Repubblica riapprova il testo a maggioranza assoluta dei Deputati, il Presidente è tenuto a promulgarlo nel termine di otto giorni dal suo ricevimento.

Nell'ultimo giorno utile per la promulgazione, il 17 maggio 2010, il Presidente Cavaco Silva ha firmato la legge senza esercitare il suo potere di rinvio, pur accompagnando la sua decisione con un messaggio in cui esprimeva rammarico per l'omessa ricerca di una soluzione più condivisa, quale quella accolta in alcuni paesi europei in cui all'unione tra persone dello stesso sesso sono stati riconosciuti diritti e doveri analoghi a quelli dei coniugi senza l'attribuzione del termine matrimonio che, a suo parere, dovrebbe continuare a indicare solo l'unione tra un uomo e una donna. La scelta di promulgare comunque la legge, pur non condividendone il contenuto, viene giustificata dalla volontà di non contribuire a prolungare un

⁽⁶⁾ L'art. 3 della legge 9/XI, che *Permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo* precisa infatti che: “1. Le modificazioni introdotte dalla presente legge non implicano in nessun caso l'ammissibilità dell'adozione, in qualunque delle sue forme, da parte di persone coniugate dello stesso sesso. 2 Nessuna disposizione in tema di adozione può essere interpretata in senso contrario al precedente comma”.

dibattito che potrebbe alimentare ulteriori divisioni nella società ed assorbire le energie del Parlamento in un momento economicamente molto difficile (7).

Nel dar via libera all'introduzione del matrimonio omosessuale in Portogallo, affiancando nel panorama europeo le scelte già compiute da Olanda, Belgio, Spagna, Norvegia e Svezia (8), il Tribunale costituzionale aveva sottolineato come tale intervento, espressamente fondato sul secondo comma dell'art. 36 Cost. che dispone che "la legge regola i requisiti e gli effetti del matrimonio", non abbia come effetto quello di negare o restringere il diritto fondamentale di contrarre (o non contrarre) matrimonio, né di indebolire il nucleo essenziale della garanzia costituzionale del matrimonio per mezzo dell'abbandono della regola della diversità di sesso tra i coniugi.

Osservava che l'estensione della legittimazione del matrimonio alle persone dello stesso sesso non è contraria alla norma costituzionale che riconosce e tutela la famiglia come elemento fondamentale della società, ai sensi dell'art. 67 della Costituzione che, non fornendo un'unica definizione di famiglia, presuppone un concetto aperto e adattabile alle diverse realtà sociali; si conferma quanto già affermato nella precedente sentenza n. 359 del 2009, in cui si è identificato il nucleo minimo ed essenziale della nozione di matrimonio accolta in Costituzione nello stabilimento di una comunione di vita tra due persone, con effetti regolati dalla legge e da un atto denominato come tale.

Viene escluso che l'introduzione legislativa del matrimonio tra persone dello stesso sesso possa incidere sul diritto delle persone di sesso diverso di sposarsi, sui diritti e doveri e sul significato simbolico che conseguono a tale scelta; una soluzione diversa, che rinvenisse una

(7) Per il testo del messaggio del Presidente della Repubblica del Portogallo che accompagna la promulgazione cfr. il sito <http://www.presidencia.pt>

(8) Cfr. rispettivamente per l'Olanda la legge adottata il 21 dicembre 2000, ed entrata in vigore il 1° aprile 2001; per il Belgio la legge adottata il 13 febbraio 2003, entrata in vigore il 1° giugno 2003; per la Spagna la legge adottata il 1° luglio 2005, entrata in vigore il 3 luglio 2005; per la Norvegia la legge adottata il 11 giugno 2008 ed entrata in vigore il 1 gennaio 2009 e per la Svezia la legge adottata il 1 aprile 2009 ed entrata in vigore il 1 maggio 2009. Per un recente quadro di diritto comparato che prende spunto proprio dalla decisione del Tribunale costituzionale portoghese cfr. il lavoro di P. PASSAGLIA, *Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica* (Nota a Tribunal Constitucional de Portugal 8 aprile 2010, n. 121/2010), in *Foro italiano*, 2010, IV, p. 273.

perdita del valore simbolico del matrimonio a seguito della condivisione di tale istituto con coppie dello stesso sesso, profilerebbe un contrasto con il principio costituzionale di non discriminazione in riferimento all'orientamento sessuale (art. 13, comma 2, Cost. portoghese).

Pur riconoscendo che le unioni eterosessuali e quelle omosessuali hanno caratteri diversi da un punto di vista biologico, antropologico e sociologico, il Tribunale non considera irragionevole che il legislatore scelga di privilegiare il significato simbolico dell'istituto e persegua un obiettivo antidiscriminatorio attraverso l'estensione a entrambi i tipi di unione della disciplina legislativa sul matrimonio.

Da ultimo, viene valorizzata la formulazione generica dell'art. 36 della Costituzione portoghese che, facendo riferimento al diritto di "tutti" di costituire una famiglia e di contrarre matrimonio in condizione di piena uguaglianza e non a quello di "un uomo e una donna", come avviene in altre carte fondamentali, tra cui la stessa Cedu, appare più facilmente oggetto di un'interpretazione che include un matrimonio tra persone dello stesso sesso.

7

3. Un confronto con la sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale e qualche spunto per il futuro intervento del legislatore.

Così sintetizzati i passi più importanti della seconda pronuncia dei giudici portoghesi, occorre verificare le convergenze e le eventuali differenze rispetto alla pressoché concomitante sentenza della Corte costituzionale italiana, n. 138 del 2010: dati i tempi assai ravvicinati di pubblicazione delle due decisioni è difficile immaginare che vi sia stata una concreta possibilità di reciproca influenza, circostanza che rende ancor più significativa la vicinanza di alcune affermazioni.

Il ragionamento centrale che viene replicato in entrambe le pronunce è quello per cui i concetti di famiglia e di matrimonio accolti nelle due Carte non si possono ritenere cristallizzati con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, in cui la questione delle unioni omosessuali non fu oggetto di discussione, pur essendo ovviamente il fenomeno noto, e devono essere interpretati anche tenendo conto dell'evoluzione della società e dei costumi. Tale interpretazione, però, non può spingersi fino a ricomprendere nella nozione di matrimonio le unioni omosessuali in via interpretativa, poiché si tratta di un'ipotesi che postula

necessariamente l'intervento del legislatore, il solo competente e in grado di modulare il contenuto di questo intervento.

Sia nella prima decisione portoghese del 2009 che in quella italiana nel 2010, non a caso le più simili sotto il profilo della modalità di accesso al giudice costituzionale ⁽⁹⁾, emerge il principio per cui l'introduzione per via giurisprudenziale del matrimonio tra persone dello stesso sesso non è una soluzione costituzionalmente imposta. Da questa premessa condivisa, tuttavia, solo il Tribunale costituzionale portoghese è in grado, anche grazie all'ulteriore strumento del ricorso preventivo di costituzionalità, di fornire una risposta positiva certa sulla conformità a Costituzione dell'introduzione per via legislativa del matrimonio omosessuale.

Più ambigua appare la presa di posizione della Corte costituzionale sul punto di una futura compatibilità costituzionale dell'estensione dell'istituto del matrimonio anche alle coppie dello stesso sesso. E' vero che nella sentenza n. 138 la Corte richiama il Parlamento,

8

⁽⁹⁾ Va segnalato che sono simili anche le vicende processuali che hanno dato origine alle due pronunce, perché in entrambi i casi i giudizi *a quibus* avevano ad oggetto i ricorsi di coppie dello stesso sesso contro il rifiuto dell'ufficiale di stato civile di procedere alle pubblicazioni di matrimonio: in Italia, è stato per primo il Tribunale di Venezia a sollevare la questione di legittimità del mancato riconoscimento del matrimonio omosessuale nel nostro ordinamento, denunciando le disposizioni del codice civile poste a fondamento dell'atto di diniego dell'ufficiale dello stato civile di procedere alle pubblicazioni di matrimonio di due persone dello stesso sesso (artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 bis, e 156 bis c.c.) nella parte in cui, sistematicamente interpretate, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, per contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 117, primo comma, della Costituzione. Oltre a quella sollevata dal Tribunale di Venezia, il 3 aprile 2009, pubblicata sulla G. U. n. 26 del 1 luglio 2009, e a quella sollevata dalla Corte di Appello di Trento, il 29 luglio 2009, pubblicata sulla G. U. n. 41 del 2009 e decise dalla sent. n. 138 della Corte costituzionale, analoghe questioni sono state sollevate dalla Corte di Appello di Firenze, il 3 dicembre 2009, pubblicata sulla G. U. 14 aprile 2010, n. 16 e dal Tribunale di Ferrara l'11 dicembre 2009. A commento dell'ordinanza del Tribunale di Venezia cfr. A. MELANI, *Il matrimonio omosessuale davanti alla Corte costituzionale: azzardo o svolta?*, in www.forumcostituzionale.it, 30 giugno 2009; J. PATRONE, *Il matrimonio tra persone omosessuali davanti alla Corte costituzionale*, in *Questione giustizia* 2009, 4, p. 147 e ss; F. FIORILLO, *Matrimonio omosessuale. La lacuna italiana nella tutela dei diritti, alla luce della Costituzione e della normativa europea*, in *Giurisprudenza di merito* 2009, p. 1848 e ss; G. BUFFONE, *Riconoscibilità del diritto delle persone omosessuali di contrarre matrimonio con persone del proprio sesso*, in *Nuova giurisprudenza civile* 2009, I, p. 911 e ss; M. BONINI BARALDI, *"Comizi d'amore" in tempo di crisi*, in *Famiglia e diritto* 2009, p. 823 e ss; B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?* Relazione introduttiva al Convegno Amicus curiae, Ferrara, 26 febbraio 2010, e sia concesso rinviare anche a E. CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale all'esame della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2009, 2, p. 726.

nell'esercizio della sua discrezionalità, al compito di individuare le forme di garanzia e riconoscimento per le unioni omosessuali e riserva a se stessa la possibilità d'intervenire a tutela di ipotesi particolare in cui, come è avvenuto per le convivenze more uxorio, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale; ma nella stessa pronuncia afferma che le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio, per cui l'attuale normativa del codice civile che contempla solo il matrimonio tra uomo e donna non può essere considerata illegittima né in relazione all'art. 3, né in relazione all'art. 29 Cost., norma che, anche alla luce dei lavori preparatori, avrebbe inteso riferirsi al matrimonio solo nel significato tradizionale di tale istituto come unione tra un uomo e una donna (10).

Leggendo questa decisione come precedente di riferimento per un futura regolamentazione delle unioni omosessuali diversa dal matrimonio, se ne ricava che tale legislazione sarebbe non solo legittima, ma ormai costituzionalmente necessaria, alla luce dell'interpretazione dell'art. 2 della Costituzione fornita nella pronuncia in esame: secondo la Corte, questa disposizione garantisce alla formazione sociale rappresentata dall'unione omosessuale, intesa come una stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, “il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”.

La Corte, pur negando che questo riconoscimento giuridico debba avvenire necessariamente nella forma di un'equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio, afferma, tuttavia, che una forma di riconoscimento di queste unioni deve necessariamente essere adottata, lasciando libero il legislatore di scegliere i tempi, i modi e i limiti (11), ma non

(10) Cfr. le osservazioni critiche di R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio* (nota a Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138), in *Foro italiano*, 2010, I, p. 1367.

(11) Dalla fine degli anni novanta ad oggi sono stati presentati diversi progetti di legge che prospettano l'introduzione nel nostro ordinamento di forme di regolamentazione delle unioni omosessuali, sia considerate isolatamente, sia come una delle varianti della disciplina delle “unioni di fatto”: un cenno in particolare merita il primo disegno di legge varato dal Consiglio dei Ministri l'8 febbraio 2007, S. 1339, che intendeva introdurre i “Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi”, su cui cfr. i commenti di G. GRASSO, *Tiziano o Duchamp: sul disegno di legge in tema di “Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi?”*, in *Famiglia, Persone e successioni*, 2007, p. 723; M. DOGLIOTTI e A. FIGONE, *Famiglia di fatto e DICO:*

più l'an dell'intervento normativo, pena la violazione dei principi costituzionali sanciti dall'art. 2 Cost.

Più incerte, invece, appaiono le conseguenze nel caso in cui il nostro legislatore decidesse, con un'operazione simile a quella compiuta in Portogallo, di modificare il codice civile, estendendo alle unioni omosessuali la disciplina del matrimonio, pur con le analoghe limitazioni in tema di filiazione e adozione: in questo caso è dubbio che l'art. 29 della Costituzione, alla luce della lettura della nozione di matrimonio contenuta nella pronuncia in esame, possa fungere da copertura per una tale innovazione legislativa ⁽¹²⁾. Quello che la Corte non ha ritenuto di poter fare, pena lo sconfinamento in "un'interpretazione creativa del sistema", sarà consentito al legislatore anche a Costituzione invariata, cioè senza una modifica dell'art. 29 della Costituzione?

Anche su questo punto la sentenza del Tribunale costituzionale portoghese offre qualche spunto di raffronto interessante: i giudici portoghesi si sono valse di quella che la nostra Corte costituzionale ha chiamato nella sent. n. 138 la "duttività propria dei principi costituzionali" e, pur ammettendo che nel momento dell'approvazione della Carta portoghese il significato del matrimonio era quello dell'unione di un uomo e una donna, non hanno ritenuto che tale lettura impedisse l'ingresso, voluto dal legislatore, di un nuovo significato di matrimonio.

E' vero che la maggiore chiarezza di queste conclusioni è resa possibile anche dal differente tipo di ricorso in cui il Tribunale è stato chiamato pronunciarsi, ovvero quello preventivo su una legge che, pur non essendo entrata in vigore, vede già declinate precise scelte sui diritti e doveri da attribuire alle unioni omosessuali, mentre la Corte costituzionale italiana è

un'analisi del progetto governativo, in *Famiglia e diritto*, 2007, p. 416 e G. DE MARZO, *Brevi considerazioni sul disegno di legge in tema di Dico*, in *Foro it.*, 2007, V, p. 61 e N. PIGNATELLI, *I DICO tra resistenze culturali e bisogni costituzionali*, in *Questione giustizia*, 2007, p. 249 ed E. ROSSI, *La Costituzione e i DICO, ovvero della difficoltà di una disciplina legislativa per le convivenze*, in *Politica del diritto*, 2008, p. 107.

⁽¹²⁾ In questo senso cfr. F. DAL CANTO che ritiene che, alla luce dell'interpretazione dell'art. 29 Cost. operata dalla Corte, sia preclusa al legislatore l'opzione di estendere il regime matrimoniale alle coppie omosessuali, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale* (nota a Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138), in *Foro italiano*, 2010, I, p. 1369

investita di una questione di costituzionalità che tende a provocare un intervento di tipo additivo dai contorni ancora indefiniti, a rischio di essere dichiarato inammissibile in quanto riservato alla discrezionalità del legislatore.

Un percorso argomentativo simile a quello impiegato dai giudici portoghesi potrebbe essere considerato anche dalla nostra Corte costituzionale per uscire dalle strettoie della lettura “storicizzata” dell’art. 29 Cost., valorizzando il principio di uguaglianza e le prospettive offerte dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, che ha riconosciuto un diritto al matrimonio disancorato dal diritto a formare una famiglia inteso come capacità, anche solo potenziale, di procreare ⁽¹³⁾ e ha affermato che, pur spettando al legislatore nazionale disciplinare la materia sia sotto il profilo sostanziale che procedurale, le limitazioni introdotte dagli stati non possono spingersi fino al punto di intaccare il nucleo essenziale del diritto di sposarsi come avviene, ad esempio, quando una persona o una categoria di persone viene privata del diritto di contrarre matrimonio con una persona di loro scelta ⁽¹⁴⁾.

11

4. La sentenza della Corte di Strasburgo *Schalf e Kopf c. Austria*

Peraltro una recente decisione, *Schalf e Kopf c. Austria*, ha visto la Corte europea pronunciarsi per la prima volta proprio sul tema del mancato riconoscimento dell’accesso al matrimonio per una coppia dello stesso sesso: nella specie i ricorrenti, una coppia di cittadini austriaci dello stesso sesso, lamentavano di essere stati discriminati a causa del loro orientamento sessuale, a seguito del rifiuto delle autorità nazionali di riconoscere loro il diritto di sposarsi, assumendo che il matrimonio potesse essere contratto solo tra due persone di sesso

⁽¹³⁾ Cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, 11 luglio 2002, ric. n. 28957/95, § 98, laddove si afferma “riesaminando la situazione nel 2002, la Corte osserva che attraverso l’art. 12 si trova garantito il diritto fondamentale, per un uomo e una donna, di sposarsi e fondare una famiglia. Il secondo aspetto non è, tuttavia una condizione del primo e l’incapacità per una coppia di concepire o di allevare un bambino non può di per sé privarla del diritto previsto dalla prima frase della disposizione in oggetto”.

⁽¹⁴⁾ Cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, *Fraskil c. Polonia e Jaremowicz c. Polonia*, 5 gennaio 2010, ricc. nn. 22933/02 e n. 24023/03, § 48 ss.

opposto, e a fronte dell'allora mancanza di un'altra possibilità di riconoscimento legale del loro rapporto ⁽¹⁵⁾.

Le conclusioni a cui è giunta la Corte europea, secondo cui l'art. 12 della Cedu (diritto di sposarsi) non obbliga gli stati a garantire il matrimonio tra persone dello stesso sesso, non sono dissimili, pur nella specificità delle rispettive giurisdizioni, a quelle a cui è pervenuta la nostra Corte costituzionale nella sent. n. 138.

Si propone la lettura che anche la Cedu *consente* ma *non obbliga* gli stati membri ad introdurre la previsione del matrimonio tra persone dello stesso sesso, ed emerge lo sforzo di coniugare un consenso europeo emergente a favore di un riconoscimento delle coppie dello stesso sesso con il rispetto della discrezionalità dei singoli legislatori nazionali: così, a fronte del riconoscimento dei profondi cambiamenti a cui è andato incontro questo istituto rispetto al suo significato originario, si osserva che non esiste ancora una visione europea condivisa sul matrimonio omosessuale, come confermato dal fatto che solo 6 dei 45 stati membri della Cedu lo prevedono.

12

Richiamando il proprio orientamento elaborato per il diritto al matrimonio dei transessuali, secondo cui il diritto di sposarsi non è subordinato alla possibilità per una coppia di procreare o di essere genitori, e quello per cui l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali omette non casualmente il riferimento "ad ogni uomo e donna" come titolari del diritto, la Corte di Strasburgo conclude che l'applicabilità dell'art. 12 Cedu non può considerarsi limitata in ogni caso al matrimonio tra persone di sesso diverso ⁽¹⁶⁾. Ciò nonostante, osserva che il profondo radicamento di questa istituzione nei caratteri culturali propri di una società, pone i legislatori nazionali nella condizione migliore per valutare e rispondere ai relativi bisogni in questo campo e richiede di lasciare all'iniziativa delle leggi interne la decisione relativa all'introduzione del matrimonio omosessuale.

⁽¹⁵⁾ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Schalf c. Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010, ric. n. 30141/04 (decisione non definitiva). Anche la Corte costituzionale austriaca davanti alla quale avevano impugnato l'atto di diniego aveva respinto il ricorso ritenendo giustificata la limitazione della nozione di matrimonio al concetto tradizionale di matrimonio, riservato alle persone di sesso diverso.

⁽¹⁶⁾ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Schalf c. Kopf c. Austria*, cit., § 59 ss.

Anche le argomentazioni che hanno condotto la Corte europea a escludere la violazione dell'articolo 14 (divieto di discriminazione) in relazione all'articolo 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della Cedu denotano uno sforzo compromissorio. Come infatti la nostra Corte costituzionale ha fatto rientrare l'unione tra persone dello stesso sesso nella formazione sociale garantita dall'art. 2 della Costituzione, così anche i giudici di Strasburgo hanno accolto la tesi dei ricorrenti secondo cui queste unioni, come già quelle eterosessuali, possono rientrare nella nozione di "vita familiare" tutelata dall'art. 8 della Cedu, che non viene dunque più in rilievo solo sotto il profilo del rispetto della vita privata.

Da questo riconoscimento, però, non sembrano derivare conseguenze giuridiche di rilievo ⁽¹⁷⁾: premesso che solo nel 2010 in Austria è entrato in vigore il c.d. *Registered Partnership Act*, un provvedimento che prevede per le coppie dello stesso sesso diritti e doveri simili a quelli previsti per il matrimonio, con alcune limitazioni in tema di adozione e di accesso alla procreazione medicalmente assistita, la Corte di Strasburgo ha valorizzato il margine di discrezionalità dei singoli legislatori nella scelta dei tempi, (respingendo la richiesta dei ricorrenti di configurare una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale per il periodo precedente all'entrata in vigore del *Partnership Act*), e dei modi, (dichiarandosi incompetente a verificare se i diritti inclusi nel citato provvedimento dovessero essere analoghi a quelli previsti per il matrimonio, in particolare rispetto ai diritti di genitorialità) con cui approntare gli interventi normativi, alternativi al matrimonio, a tutela delle unioni dello stesso sesso.

⁽¹⁷⁾ Cfr., a questo proposito, l'opinione parzialmente dissenziente sottoscritta dai giudici Rozakis, Spielmann e Jebens alla sentenza.