

**Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero:
la negazione “virtuosa” di un diritto**

di Giorgio Repetto

ricercatore in istituzioni di diritto pubblico,

Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia

1. Il dibattito costituzionale in Europa sul matrimonio omosessuale, dopo le recenti pronunce della Corte costituzionale e del Tribunale costituzionale portoghese¹, si è arricchito di un nuovo, importante, tassello con la recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo resa il 24 giugno 2010 nel caso *Schalk e Kopf c. Austria* (ric. n. 30141/04).

Il caso prende le mosse dal ricorso di due cittadini austriaci, la cui richiesta di matrimonio è stata respinta dalle autorità nazionali perché l'art. 44 del codice civile austriaco del 1812 riserva espressamente il matrimonio a persone di sesso opposto. La Corte costituzionale austriaca, chiamata nel 2003 a giudicare della legittimità di questo articolo, ha statuito che né ai sensi delle norme costituzionali in tema di uguaglianza, né ai sensi degli artt. 8 e 12 della CEDU (che in Austria, è bene ricordarlo, ha rango costituzionale), esso poteva ritenersi incostituzionale, data la radicata e, allo stato, incontrovertibile strutturazione eterosessuale del vincolo matrimoniale, non contraddetta in alcun modo dai parametri costituzionali invocati.

I ricorrenti, a questo punto, si rivolgono alla Corte di Strasburgo, lamentando la violazione degli artt. 8, 12 e 14 della CEDU e insistendo per l'accoglimento del loro ricorso anche dopo che in Austria, nel gennaio 2010, è entrata in vigore la legge sulle unioni registrate (*Eingetragene Partnerschafts-Gesetz*²), che attribuisce alle coppie omosessuali (e solo ad esse, non essendo queste unioni accessibili agli eterosessuali) uno *status* in larga parte affine al matrimonio.

Rimanendo per ora al profilo legato alla violazione dell'art. 12 sul diritto al matrimonio, la Corte ricorda come, a partire dal caso *Goodwin*, la diversità biologica dei *partners* non costituisce

¹ Su cui v. i commenti di F. Angelini (*I “compromessi sposi”: la Corte costituzionale fa il punto su matrimoni e unioni fra omosessuali*), e di E. Crivelli (*Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese*), entrambi in questa *Rivista*, 2010.

² In BGBl., I, Nr. 135/2009.

più una condizione imprescindibile per potersi sposare, dato che al matrimonio possono accedere anche persone di genere opposto (*opposite gender*), sia esso quello riscontrato alla nascita o quello acquisito a seguito di operazione di mutamento di sesso. Seguendo un percorso argomentativo non dissimile da quello scelto dalla Corte costituzionale con la sent. n. 138 del 2010, la Corte europea ritiene tuttavia che un simile orientamento non sia applicabile agli omosessuali. Mentre per i transessuali, infatti, l'abbandono del criterio di diversità biologica non importa necessariamente un abbandono della struttura eterosessuale del vincolo matrimoniale, fondata semmai sull'*opposite gender* e non più sull'*opposite sex*, per gli omosessuali la coincidenza piena tra il *sex* e il *gender* non è sufficiente a incardinare le pretese dei ricorrenti all'interno della struttura del matrimonio.

D'altra parte, la riprova dell'impossibilità di estendere la dottrina *Goodwin* al caso di specie si ha in due pronunce della Corte di Strasburgo, poco note, del 2005, in cui sono stati dichiarati inammissibili i ricorsi con cui due coppie di coniugi inglesi facevano valere l'illegittimità della legge che li obbligava a divorziare nel caso in cui uno dei due coniugi, di sesso ovviamente opposto a quello dell'altro, si fosse sottoposto ad un'operazione di mutamento di sesso, che l'avrebbe reso dello stesso *gender* dell'altro coniuge (anche se, evidentemente, non ne avrebbe alterato il sesso biologico). In questo caso, la Corte affermò che l'impossibilità di proseguire il matrimonio appariva non irragionevole perché, tra l'altro, all'art. 12 CEDU non poteva attribuirsi un significato diverso da quello di consentire l'unione solamente tra un uomo e una donna, e quindi una situazione come quella dei ricorrenti, assimilata dai giudici europei (non senza problemi) ad un'unione matrimoniale *same-sex*, è stata ritenuta estranea all'ambito di applicazione dell'art. 12, e quindi finiva per rientrare nel margine d'apprezzamento statale, inteso peraltro in termini particolarmente ampi³.

La Corte ha scelto quindi di non fare leva solamente sulla giurisprudenza aperta da *Goodwin*, andando piuttosto al cuore del problema, chiarendo cioè l'ambito di applicazione dell'art. 12 (§§ 54 e ss.). Ad un primo livello, la Corte prende atto dell'inequivocabile tenore letterale dell'art. 12, pur senza concludere che esso sia di per sé inapplicabile alle coppie omosessuali: rinviando all'art. 9 della Carta di Nizza, che come noto non insiste sulla differenza di sesso tra i coniugi, i giudici di Strasburgo affermano significativamente che «*the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. Consequently, it cannot be said that Article 12 is*

³ Il riferimento è alle decc. del 28.11.2006, *Parry c. Regno Unito*, n. ric. 42971/05, e *R. e F. c. Regno Unito*, n. ric. 35748/05.

inapplicable to the applicants' complaint» (§ 61). La portata di una simile interpretazione, rafforzata dai mutamenti cui sono andati incontro, negli ultimi sessant'anni, il concetto e il ruolo sociale del legame matrimoniale, non è tuttavia sufficiente per arrivare ad una dichiarazione di incompatibilità della normativa nazionale, perché, ad avviso della Corte, le legislazioni dei paesi membri della Convenzione sono ancora troppo diverse tra loro per consentire ad essa l'elaborazione di uno *standard* di tutela comune⁴. In presenza di connotazioni sociali e culturali profonde del matrimonio, che possono variare anche sensibilmente da una società ad un'altra, la Corte ha quindi deciso di non imporre il proprio orientamento sulle diverse valutazioni effettuate dagli stati membri, con la conseguenza che la normativa civilistica austriaca viene ritenuta una legittima manifestazione del margine d'apprezzamento che in questa materia spetta agli stati membri.

Un discorso solo in parte diverso vale in relazione all'art. 8 CEDU (Diritto al rispetto della vita privata e familiare), invocato dai ricorrenti congiuntamente all'art. 14 per rimarcare la portata discriminatoria del divieto loro imposto in rapporto alle coppie eterosessuali. Anche qui la constatazione della crescente considerazione, a livello nazionale, per le rivendicazioni omosessuali spinge la Corte a superare la propria precedente giurisprudenza, che relegava i rapporti tra conviventi dello stesso sesso nel solo ambito della vita privata di cui all'art. 8 cit., ma non in quello della vita familiare⁵, anche se questo non spinge i giudici a ravvisare una violazione degli articoli in questione, perché anche in relazione a questo parametro la riscontrata evoluzione non è ancora ritenuta espressiva di un *common ground* tra i diversi ordinamenti nazionali.

2. Gli aspetti più rilevanti della sentenza sono evidentemente quelli connessi all'inserimento dei diritti delle coppie omosessuali nell'alveo delle pertinenti garanzie della Convenzione, senza che tuttavia da ciò sia scaturita una dichiarazione di incompatibilità con essa della normativa nazionale, perché sia in relazione all'art. 12 che in relazione all'art. 8 CEDU i giudici di Strasburgo hanno ritenuto ancora minoritarie le leggi nazionali che consentono il matrimonio omosessuale (solo sei stati membri su quarantasette), con la conseguenza che una scelta del genere viene ritenuta

⁴ La sentenza ricorda, a seguito di un'indagine comparativa (§§ 24 ss.), che solo sei stati membri della CEDU (Belgio, Olanda, Norvegia, Portogallo, Spagna e Svezia) su quarantasette riconoscono, in questo momento, la legittimità del matrimonio omosessuale.

⁵ Dec. cit., § 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.*».

al di fuori della competenza della Corte, rientrando piuttosto nel margine d'apprezzamento a disposizione degli stati.

In relazione al primo aspetto, è innanzi tutto necessario rilevare come gli esiti cui è giunta la sentenza in discussione fossero in larga misura non prevedibili. Da un lato, infatti, il testo dell'art. 12 cit. è quanto mai esplicito nell'accordare solo all'uomo e alla donna il diritto di sposarsi e fondare una famiglia⁶, mentre dall'altro lato non mancavano i precedenti nei quali la Corte europea aveva espressamente statuito che le convivenze tra persone dello stesso sesso rientrassero tra le forme di manifestazione della vita privata, ma non della vita familiare⁷. Il superamento di questi ostacoli interpretativi è stato reso possibile dalla circostanza che, almeno sul piano della titolarità dei rispettivi diritti, la rapida evoluzione verificatasi negli ultimi anni e formalizzata soprattutto in alcuni importanti principi del diritto comunitario (*in primis* il citato art. 9 della Carta di Nizza) rende non più ammissibile distinguere, anche se solo in linea di principio, le rivendicazioni delle coppie omosessuali rispetto a quelle delle coppie eterosessuali. Tale orientamento interpretativo, da un secondo punto di vista, merita poi una particolare attenzione perché dimostra quanto una lettura evolutiva delle garanzie convenzionali si svolga, più che grazie ad un'interpretazione letterale o sistematica delle clausole della CEDU, sul piano della ricerca di una "consonanza" con gli *standards* di tutela emergenti a livello nazionale e sovranazionale.

Il contraltare a questa lettura evolutiva è rappresentato, e veniamo al secondo aspetto, dal rinvio al margine d'apprezzamento statale. Anche se il contesto europeo presenta un *favor* crescente per il matrimonio omosessuale, il numero degli stati che lo riconoscono è ancora troppo esiguo perché la Corte europea possa registrare la formazione di uno *standard* di tutela, assorbendolo di conseguenza all'interno delle garanzie della Convenzione. Un esito del genere finisce per riproporre gli interrogativi sui contorni e la funzione di questo istituto, come noto non contemplato dalla CEDU e oggetto talvolta di applicazioni anche discutibili, ma pur sempre espressione di un'esigenza di articolazione dei livelli di tutela inevitabile in un impianto pluralista di tutela dei diritti fondamentali. In questo caso, è significativo che la Corte abbia precisato che il rinvio alla

⁶ Il vincolo letterale contenuto nell'art. 12 cit., oltre ad essere più esplicito di quello di cui all'art. 29 Cost., va ritenuto ancora più stringente se si considera che la CEDU è un trattato internazionale e, come tale, ad essa si applicano canoni interpretativi particolarmente rispettosi del significato letterale e, in subordine, della volontà degli autori del trattato.

⁷ Ad esempio nei casi *Karner c. Austria*, dec. del 24.7.2003, n. ric. 40016/98 e *Mata Estevez c. Spagna*, dec. del 21.12.1999, n. ric. 33290/96. Sul punto, peraltro, si era già pronunciata la Commissione EDU, dec. del 9.10.1989, *C. e L. M. c. Regno Unito*, n. ric. 14753/89.

discrezionalità statale non matura su un terreno nel quale essa rinuncia ad un qualsiasi sindacato, perché – come avvenuto in molti altri campi, primo fra tutti quello del transessualismo – l'intensità del suo controllo è verosimilmente destinata ad aumentare al crescere della convergenza tra le legislazioni dei paesi membri (cfr. i §§ 61 e 105). Peraltro, proprio in relazione a quei diritti che incontrano maggiori resistenze nelle scelte morali della collettività (c.d. *moral rights*), il ricorso al margine d'apprezzamento non è sempre stato declinato nei termini della ricerca di un "minimo comune denominatore" alle legislazioni degli stati membri, perché l'intensità e la direzione della ricerca del *common ground* risentono anche della natura del diritto e delle circostanze concrete della controversia: l'intensità della lesione subita (se attinente ad una sfera intima della personalità o meno), la natura dell'obbligo imposto allo stato (se un dovere di astensione o un obbligo positivo), il rispetto del principio di proporzionalità (se lo stato limita eccessivamente un certo diritto nel perseguire un fine legittimo o meno)⁸.

In definitiva, se sul terreno dell'interpretazione evolutiva degli artt. 8 e 12 CEDU la Corte europea ha mostrato una particolare propensione all'immissione di nuovi contenuti di valore all'interno delle maglie della Convenzione, radicandoli nell'emergere di una convergenza in via di formazione a livello europeo, sul terreno del margine d'apprezzamento i giudici di Strasburgo hanno ribadito l'impossibilità che, in assenza di una convergenza strutturale, la Corte operi come istituzione contromaggioritaria rispetto agli orientamenti statali: più che affidare *in toto* la scelta agli stati, limitandosi a riflettere l'esistenza di una diversità di vedute, l'effetto di questa combinazione di argomenti è però quello di *inquadrare* il pluralismo di soluzioni all'interno di un protocollo che, almeno per il futuro, non sottrae la discrezionalità statale ad una supervisione della Corte europea.

3. Nonostante, quindi, alcune aperture, l'esito della decisione in commento conferma che il matrimonio omosessuale non rientra tra le garanzie della Convenzione e che quindi la tutela di questa forma di convivenza resta «*as matters stand*» (§ 61) appannaggio degli stati, che restano liberi di istituirla e di dare ad essa la conformazione che ritengono opportuna.

Proprio in ragione di questo, nonché degli *itinerari* seguiti dalla Corte europea, non poche sembrano essere le ragioni di contiguità tematica con la sentenza n. 138 del 2010 della Corte

⁸ V. l'ampio panorama di J. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden/Boston, 2009.

costituzionale. In quel caso, lo si ricorderà, il giudice italiano aveva ritenuto tra l'altro che l'art. 29 della Costituzione non poteva ritenersi applicabile alle coppie omosessuali, non solo perché il tenore letterale di esso lo esclude, ma anche e soprattutto perché i costituenti intesero riferirsi con quella norma alla nozione di matrimonio accolta dal codice civile e non anche al matrimonio tra persone dello stesso sesso. Anche se i concetti di matrimonio e di famiglia non possono ritenersi cristallizzati, la Corte ha osservato che l'interpretazione di detto articolo (così come del successivo) «non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata» (punto 9. *Cons. in dir.*). Partendo da simili premesse originaliste, era difficile aspettarsi una lettura evolutiva, oltre che delle norme costituzionali, anche degli stessi articoli 12 CEDU e 9 della Carta di Nizza, che infatti vengono richiamati più a supportare gli spazi di discrezionalità lasciati agli stati membri che a evidenziare le aperture nei confronti di nuovi modelli di relazione, che almeno l'art. 9 cit., per le ragioni già dette, chiaramente delinea.

6

Ma l'analogia più evidente, non sfuggita alle prime attente osservatrici⁹, sta nel parallelismo tra il *caput* della sentenza italiana sull'art. 2 Cost. e i passaggi della sentenza europea sull'art. 8 CEDU. Dopo aver stabilito che «l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso» rientra tra le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost., la sent. n. 138/2010 sottolinea che «spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni», adducendo quale esempio la giurisprudenza costituzionale sulle convivenze *more uxorio* (punto 8. *Cons. in dir.*).

Oltre a questa, un'altra analogia nascerebbe dal fatto che, dichiarando solamente inammissibile e non infondata la questione di legittimità sub art. 2 Cost. perché diretta ad ottenere una sentenza additiva non costituzionalmente obbligata, la Corte costituzionale avrebbe inteso sgomberare la strada ad una soluzione legislativa a favore del riconoscimento delle unioni omosessuali, che costituirebbe una soluzione ormai imposta ai sensi dell'art. 2 Cost., a fronte di una preclusione sul fronte dell'estensione agli omosessuali, anche in via legislativa, della possibilità di

⁹ E. Crivelli, *Il matrimonio omosessuale*, cit., pp. 11 ss., ma v. anche l'intervista di M. D'Amico a commento della decisione *Schalk e Kopf* su www.radioradicale.it.

sposarsi, in presenza della suaccennata interpretazione dell'art. 29 Cost.¹⁰ Non diversamente, l'introduzione in Austria di una legge sulle unioni registrate ha spinto la Corte di Strasburgo nel caso in esame a ritenere che lo stato ricorrente non avesse ecceduto il margine d'apprezzamento ad esso riservato in relazione all'art. 8 CEDU, come a rimarcare una lettura che vuole queste unioni come un *second best* rispetto alla scelta certamente più audace, ma non percorribile, di consentire il matrimonio¹¹.

Detto questo, l'impressione è che, tenendo conto anche di quanto rilevato nelle pagine precedenti, le predette analogie non oscurino una più radicale diversità tra l'approccio seguito dalla Corte costituzionale e quello fatto proprio dalla Corte di Strasburgo nel caso *Schalk e Kopf*.

Dietro il ricorso alla formula della sentenza additiva a contenuto non vincolato, infatti, la Consulta finisce per risolvere il problema degli obblighi positivi che gravano sul legislatore interamente sul piano di una *political question*¹²: spetta al legislatore e solo ad esso individuare le forme e i modi di equiparazione tra matrimonio omosessuale e eterosessuale, non essendo percorribile, né ora né in futuro, un'equiparazione tra le due situazioni affidata alla declaratoria di incostituzionalità della normativa civilistica¹³. Quello che la Corte italiana affida una volta per tutte al legislatore, per la Corte europea rimane, invece, un *restraint* vincolato alla presenza di certe condizioni, prima fra tutte quelle legate al *consensus standard*, con la conseguenza che l'azione degli stati (come beneficiari del margine discrezionale) non rimane in linea di principio sottratta al sindacato dei giudici di Strasburgo. Seppure ancora debolmente inquadrata, l'individuazione dello spettro di significati degli artt. 8 e 12 CEDU resta pur sempre nelle mani della Corte di Strasburgo, laddove la Corte costituzionale si riserva per il futuro, soprattutto in relazione alla portata dell'art. 2

¹⁰ Per due letture dei diversi dispositivi contenuti nella sentenza n. 138/2010 v. P. A. Capotosti, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010*, in *Quad. cost.*, 2010, p. 361 e E. Crivelli, *Il matrimonio omosessuale*, cit., p. 7.

¹¹ Ed è proprio su questo aspetto che ha fatto leva la minoranza dissenziente dei giudici Rozakis, Spielmann e Jebens.

¹² Ben diversamente sarebbero andate le cose ove la Corte costituzionale avesse scelto di modulare diversamente il rapporto tra gli spazi dell'interpretazione e la riserva al legislatore di uno spazio di discrezionalità, ad esempio ricorrendo ad una sentenza additiva di principio, così come auspicato prima della sentenza, tra l'altro, da B. Pezzini, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in diritto o uguali in natura?*, in Bin/Brunelli/Guazzarotti/Pugiotto/Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, 2010, p. 21.

¹³ Di un «riferimento alla discrezionalità del legislatore come spazio impregiudicato dalla norma parametro» parlano I. Massa Pinto e C. Tripodina, *Sul come per la Corte costituzionale le «unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio». Ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*, in *Archivio di diritto e storia costituzionali* (www.dircost.unito.it), p. 4.

Cost., un ruolo di giudice della ragionevolezza di scelte che restano in linea di principio spettanti al legislatore.

La diversità di orientamenti, tuttavia, risiede ancora prima nel diverso percorso che ha spinto le due Corti a tentare una lettura evolutiva delle norme relative alla libertà di matrimonio. Sebbene non manchino evidenti difficoltà letterali e sistematiche nell'estensione dei significati dell'art. 29 Cost., è nondimeno significativo che la sentenza *Schalk e Kopf* prenda idealmente le mosse da dove l'argomentazione del nostro giudice di costituzionalità aveva scelto di interrompersi: il testo dell'articolo di riferimento è chiaro, l'intenzione di chi quel testo lo scrisse ancora di più, ma ciò non toglie che esso vada inserito in un contesto interpretativo più ampio, fondato comparativamente, nel quale i suoi significati possono essere aggiornati nel rispetto di un consenso in via di definizione a livello europeo. Ed anche senza voler arrivare ad un allargamento forzoso dell'ambito di applicabilità della norma costituzionale in questione, la modulazione di un intervento "di principio" da parte della Corte costituzionale sarebbe ben stato compatibile con una lettura evolutiva dell'art. 29 Cost. che, senza pretendere di delinearne in positivo i contenuti, avrebbe portato almeno a rimuovere gli ostacoli ad una eventuale legislazione di favore: ostacoli che la Corte di Strasburgo pare aver rimosso (sebbene solo in linea di principio) e che per la nostra Corte ancora coincidono con l'impossibilità di svincolare l'immagine costituzionale della famiglia e del matrimonio dalla finalità procreativa.

Lo stesso richiamo, da parte dell'art. 9 della Carta di Nizza, agli spazi di discrezionalità affidati agli stati membri è considerato dalla Corte di Strasburgo certamente un ostacolo alla definizione di uno *standard* comune, ma non per questo la portata di esso può definirsi del tutto neutrale rispetto alla qualità degli interessi in gioco, come se la concessione di questi spazi possa costituire il pretesto per ritenere che le rivendicazioni delle coppie omosessuali debbano restare in tutto e per tutto estranee al quadro dei valori che alimentano le garanzie della Convenzione¹⁴. Ed anzi, da questa prospettiva, l'impressione è che questa sentenza possa contribuire a ricalibrare il

¹⁴ È su questo terreno che, auspicabilmente, si potranno muovere gli sviluppi futuri della giurisprudenza costituzionale, soprattutto dopo che, a partire dalle sentt. nn. 311 e 317 del 2009, la Corte costituzionale ha fatto proprio un disegno di integrazione tra livello sovranazionale e livello nazionale per cui «il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti» (punto 7. *Cons. in dir.*).

significato delle garanzie contenute nelle due carte, favorendo, quanto alla libertà di matrimonio, un progressivo avvicinamento tra le diverse premesse cui esse rispettivamente si ispirano¹⁵.

¹⁵ E su cui ha richiamato l'attenzione G. Ferrando, *Le relazioni familiari nella Carta dei diritti dell'Unione europea*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 351.