



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

- Sezione:** Diritti, Costituzione e CEDU – Matrimonio e famiglia
- Titolo:** La Corte di Strasburgo si confronta per la prima volta con il matrimonio omosessuale
- Autore:** GIORGIO REPETTO
- Sentenza di riferimento:** Corte eur. d. u., Decisione del 24.6.2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, n. ric. 30141/04
- Parametro convenzionale:** Artt. 8, 12 e 14 CEDU
- Parole chiave:** Vita privata e familiare, libertà di matrimonio, matrimonio omosessuale.

Negli ultimi anni, sono aumentate le pronunce in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha interpretato in modo particolarmente avanzato le garanzie contenute nella Convenzione europea in tema di diritti familiari. Si pensi, solo per fare qualche esempio, al tema dell'adozione del single omosessuale, il cui divieto da parte di una legislazione nazionale è stato ritenuto contrario all'art. 8 CEDU nel caso *E.B. c. Francia*, oppure ad una recente pronuncia in tema di fecondazione eterologa (*S.H. c. Austria*), in cui la Corte ha dimostrato una inusuale attitudine a rimarcare la differenza rispetto al passato, consolidando l'abbandono di una visuale gerarchica dei modelli familiari e, soprattutto, della vincolatività del paradigma biologico nei rapporti di filiazione¹.

Il recente caso *Schalk e Kopf c. Austria*, deciso il 24 giugno 2010 (n. ric. 30141/04), se da un lato mostra gli ostacoli al riconoscimento della legittimità del matrimonio omosessuale, dall'altro svela

¹ Dec. del 1° 4.2010, *S.H. e altri c. Austria*, n. ric. 57813/00, ove al § 81 si legge: « ... unusual family relations in a broad sense are well known to the legal orders of the Contracting States. Family relations which do not follow the typical parent-child relationship based on a direct biological link, are nothing new and have already existed in the past, since the institution of adoption, which creates a family relationship between persons which is not based on descent but on contract, for the purpose of supplementing or replacing biological family relations. From this matter of common knowledge the Court would conclude that there are no insurmountable obstacles to bringing family relations which would result from a successful use of the artificial procreation techniques at issue into the general framework of family law and other related fields of law ».



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

l'attivismo interpretativo di una Corte sempre più attenta alle dinamiche europee e alla circolazione degli argomenti tra Corti e ordinamenti.

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 precisarlo, 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*), 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 più una condizione imprescindibile per potersi sposare. 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, per gli omosessuali la coincidenza piena tra sesso e genere non è sufficiente a incardinare le pretese dei ricorrenti all'interno della struttura del matrimonio.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

La Corte ha scelto quindi di non fare leva solamente su questa giurisprudenza, 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 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 basta tuttavia ad ottenere 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 comune². 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, 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 familiare³, anche se questo non spinge i

² 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.

³ 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*



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

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.

L'itinerario argomentativo della sentenza è abbastanza chiaro: da un lato, i giudici di Strasburgo inseriscono i diritti delle coppie omosessuali nell'alveo delle pertinenti garanzie della Convenzione, senza tuttavia far scaturire da ciò una dichiarazione di incompatibilità della normativa nazionale, perché sia in relazione all'art. 12 che in relazione all'art. 8 CEDU essi 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 al di fuori della competenza della Corte, rientrando piuttosto nel margine d'apprezzamento a disposizione degli Stati.

A fronte di questa chiarezza, resta significativo il fatto che gli esiti cui è giunta la sentenza fossero in larga misura imprevedibili: sia perché 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 famiglia, sia perché, come visto, 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 familiare. È quindi interessante rilevare come il superamento di questi ostacoli interpretativi sia 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.

*notion of "family life", just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would». La Corte europea aveva negato una simile estensione nei casi *Karner c. Austria*, dec. del 24.7.2003, n. ric. 40016/98 e *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, 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.*



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Da un ulteriore punto di vista, questo orientamento merita 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.

A fronte di ciò, il contraltare all'accoglimento delle istanze dei ricorrenti è rappresentato 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. In questo caso, è significativo che la Corte abbia precisato che il rinvio alla 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).

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.

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



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

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.). A partire da simili premesse, gli stessi articoli 12 CEDU e 9 della Carta di Nizza vengono richiamati al fine di supportare gli spazi di discrezionalità lasciati agli Stati membri.

Oltre a ciò, la più evidente somiglianza tra le due sentenze nasce 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 sposarsi, in presenza della suaccennata interpretazione dell'art. 29 Cost. 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 matrimonio .

Ad una più attenta analisi, le differenze sembrano tuttavia prevalere sulle ragioni di somiglianza. Ricorrendo alla formula della sentenza additiva a contenuto non vincolato, infatti, la Consulta ha finito per spostare il problema degli obblighi positivi che gravano sul legislatore interamente sul piano di una *political question*: 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 civilistica. Quello che la Corte italiana affida una volta per tutte al legislatore, per la Corte europea rimane, invece, un *restraint* subordinato alla presenza di certe condizioni, prima fra



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

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

La diversità di approcci, 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. Mentre la Corte costituzionale ha arrestato la sua analisi all'individuazione dell'intento originario dei padri costituenti, la sentenza *Schalk e Kopf* svolge la sua argomentazione sull'art. 12 CEDU proprio a partire dalla presa in esame del suo significato letterale: 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. 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 Convenzione.

Profili di diritto interno

Corte cost., sent. n. 138 del 2010

Legge 14 aprile 1982, n. 164 (in Gazz. Uff., 19 aprile, n. 106), *Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Precedenti

Dec. del 22.1.2008, *E.B. c. Francia*, n. ric. 43546/02; dec. del 1°4.2010, *S.H. e altri c. Austria*, n. ric. 57813/00; Commissione EDU, dec. del 9.10.1989, *C. e L. M. c. Regno Unito*, n. ric. 14753/89; dec. del 10.5.2001, *Mata Estevez c. Spagna*, n. ric. 56501/01; dec. del 24.7.2003, *Karner c. Austria*, n. ric. 40016/98.

Riferimenti bibliografici

Bin/Brunelli/ Guazzarotti/Pugiotto/Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, 2010

P. A. Capotosti, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010*, in *Quad. cost.*, 2010

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*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti* (www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2010

G. Ferrando, *Matrimonio e famiglia: la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e i suoi riflessi sul diritto interno*, in G. Iudica e G. Alpa, *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, Napoli, 2006

M. Lamarche, *Les homosexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in O. Dubos e J.-P. Marguenaud, *Sexe, sexualité et droits européens: enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Paris, 2008

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)

(27.9.2010)