

Persone dello stesso sesso

TRIBUNALE CIVILE E PENALE DI PESCARA 18 maggio 2013, ord. - Est. Bozza

Famiglia - Matrimonio - Persone dello stesso sesso - Celebrato all'estero - Diritto alla libera circolazione dei cittadini dell'Unione Europea e dei loro familiari - Coniuge extracomunitario - Riconoscimento del diritto di ingresso, soggiorno e stabilimento

(Cost. artt. 2 e 117; Conv. Eur. Dir. Uomo artt. 8 e 12; Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea art. 9; Direttiva 2004/38CE; Linee guida COM(2009)313; d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30 artt. 2, 8 e 9; l. 31 maggio 1995, n. 218, artt. 16 e 17)

La normativa in materia di diritto di soggiorno del familiare di cittadino comunitario, che abbia esercitato la libertà di circolazione derivata dalla direttiva europea n. 2004/38/CE, deve essere letta alla luce dei principi che regolano il diritto comunitario e della interpretazione a questi data dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo; ne consegue che è "coniuge" a norma del d.lgs. n. 30 del 2007 anche il cittadino di un Paese non appartenente all'Unione Europea che abbia contratto matrimonio all'estero con cittadino comunitario dello stesso sesso, con conseguente diritto al rilascio del permesso di soggiorno e/o della carta di soggiorno.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	<p>Nella parte in cui si afferma che la diversità di sesso dei nubendi non costituisce presupposto "naturalistico" di "esistenza" del matrimonio e che pertanto il diritto al matrimonio omosessuale è incluso nell'art. 12 CEDU: Corte EDU 24 giugno 2012.</p> <p>Nella parte in cui si ritiene che all'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza, spetta il diritto fondamentale ex art. 2 Cost. di vivere liberamente una condizione di coppia: Corte Cost. 138/10.</p> <p>Nella parte in cui si enuncia che le persone dello stesso sesso sono titolari del diritto alla "vita familiare" e che possono adire il giudice per rivendicare, in specifiche situazioni, un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia eterosessuale coniugata: Cass. 15 marzo 2012, n. 4184; Cass. 6 giugno 2013, n. 14329.</p> <p>Nella parte in cui considera che la nozione di "coniuge" prevista dall'art. 2 del d.lgs. n. 30/2007 deve essere determinata alla luce dell'ordinamento straniero in cui il vincolo è stato contratto: Cass. Pen. 11 gennaio 2011, n. 1328.</p> <p>Trib. Reggio Emilia 13 febbraio 2012.</p>
Difforme	<p>Nella parte in cui considera inesistente il matrimonio same sex: Cass. 26 maggio 1976, n. 1808; Cass. 22 febbraio 1990, n. 1304; Cass. 2 marzo 1999, n. 1739; Cass. 9 giugno 2000, n. 7877.</p> <p>Nella parte in cui si ritiene che il cittadino extracomunitario legato ad un cittadino italiano da un'unione civile registrata non ha il diritto al ricongiungimento non potendo essere qualificato come "familiare" ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. n. 30/2007: Cass. 17 marzo 2009, n. 6411</p>

Il Presidente di Sezione

Visto il ricorso proposto da G. S. J. V. con richiesta di nullità/annullamento/revoca/disapplicazione del provvedimento del Questore di Pescara in data 3.4.2012 e notificato il 26.4.2012 di rigetto della richiesta di permesso di soggiorno quale coniuge del cittadino comunitario N. O. R.; vista la memoria difensiva dell'Avvocatura dello Stato; atteso che il rigetto del permesso di soggiorno nei confronti del ricorrente si fonda sulla considerazione che l'ordinamento italiano non riconosce il matrimonio tra persone dello stesso sesso, matrimonio che veniva invece regolarmente contratto, secondo la normativa portoghese, dal G. S. con il N. O. nella città di M. in Portogallo; atteso che l'art. 2 del d.lgs. n. 30/07 attuativo della Direttiva CE 2004/38 - decreto legislativo diretto a regolamentare le modalità di esercizio del diritto di libera circolazione, ingresso, soggiorno e permanenza nel territorio dello Stato Italiano da parte di cittadini dell'Unione Europea e dei loro familiari che accompagnano o raggiungono i medesimi cittadini, salvo limitazioni di ordine pubblico e di pubblica sicurezza - si applica in primo luogo

go e tra l'altro al "coniuge" del cittadino comunitario oltre che al "partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione una unione registrata sulla base della legislazione di uno stato membro ..."; irrilevante essendo la circostanza che tale coniuge sia extracomunitario poiché quello che rileva per l'applicazione della normativa in discorso è che questi sia legato da rapporto coniugale a cittadino di Stato membro dell'Unione Europea; atteso che, chiaramente, e non si vede come possa essere diversamente, la qualità di coniuge del richiedente il permesso di soggiorno attiene ad uno status come riconosciuto dallo Stato comunitario ove la coppia ha contratto matrimonio, e su cui lo Stato comunitario destinato ad accogliere la coppia ed in particolare il coniuge (anche extracomunitario) che intenda ivi soggiornare e permanere con l'altro coniuge comunitario, non può opporsi o introdurre impedimenti che non siano quelli previsti dal d.lgs. n. 30/07 e cioè le riportate ragioni di ordine pubblico e di pubblica sicurezza, ragioni estranee al caso in esame; che ciò è tanto vero che, nel successivo, diverso citato caso regolamentato del partner della coppia registrata,

anch'esso soggetto di tutela da parte della normativa comunitaria: 1) tale qualità di partner espressamente viene fatta scaturire, nel disposto dell'art. 2, dalla normativa dello Stato che prevede la registrazione e che regola tale istituto giuridico, 2) se, in effetti, questa ipotesi di diritto al soggiorno nello Stato ospitante è però sottoposta alla condizione dell'esistenza di una legislazione dello Stato membro che equipari l'unione registrata al matrimonio ed al rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato, ciò non costituisce altro che, per converso, la conferma della diversità della condizione del coniuge che nessuna limitazione inerente la legislazione dello Stato ospitante subisce se non le già citate ragioni di ordine pubblico e di pubblica sicurezza);

atteso che il matrimonio tra persone dello stesso sesso ha trovato, ai sensi del disposto dell'art. 12 CEDU, ampio e pieno riconoscimento giuridico nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con la nota decisione del 22.11.2010 Schalk e Kopf c. Austria, mentre nell'ambito del precedente art. 8 CEDU che garantisce la "Vita familiare" la Corte richiede il rispetto "... delle relazioni sentimentali e sessuali tra persone dello stesso sesso", per cui, anche laddove, nella riconosciuta discrezionalità in materia rimessa agli Stati membri dell'Unione Europea, il matrimonio tra persone dello stesso sesso non sia ammesso in uno di detti Stati, in ogni caso costituirebbe violazione della su menzionata disposizione sovranazionale nonché del successivo art. 14 (sul divieto di discriminazione anche di sesso), la mancanza nei confronti delle coppie omosessuali di una tutela ed un riconoscimento adeguato all'interno di quello Stato;

atteso che in precedenza la Corte Costituzionale con la nota sentenza n. 1387/2010, pur affermando, con specifico riferimento all'art. 3 della Cost., che le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee rispetto al matrimonio, escludendo che l'aspirazione a tale riconoscimento - che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti - possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio, ciò non toglie che tali unioni trovano tutela nell'art. 2 Cost. "quale stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta 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";

atteso che sulla scia delle due citate autorevoli pronunce, la Corte di Cassazione, con la recente decisione n. 4184/2012, nel ribadire che il Italia il diritto fondamentale di contrarre matrimonio non è riconosciuto dalla nostra Costituzione a due persone dello stesso sesso, né il diritto alla trascrizione di matrimonio contratto all'estero, risultando, peraltro, ormai "radicalmente superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile, per così dire 'naturalistico', della stessa 'esistenza' del matrimonio", ma semplice "inidoneità" a produrre un qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano, evidenzia come le coppie di fatto omosessuali possano ottenere, attraverso tutela giurisdi-

zionale, in presenza di "specifiche situazioni", il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata;

atteso che - è bene ribadirlo, avendo la difesa della pubblica amministrazione sollevato tale questione, non presente nelle motivazioni del decreto questorile di rigetto - il giudice nomofilattico con la decisione n. 4184/12 ha espressamente escluso che il matrimonio estero di persone dello stesso sesso possa contrastare con l'ordine pubblico italiano;

atteso che nella specie nessun problema di mancata trascrizione del matrimonio si pone, giacché il d.lgs. n. 30/07 non lo richiede;

atteso che contrariamente all'assunto dell'opposta, nessun profilo di incostituzionalità ex art. 3 Cost. rispetto ai cittadini omosessuali italiani ai quali la legge disconosce il diritto ad unirsi in matrimonio, scaturisce dalla ritenuta ed, invero, inevitabile conclusione della legittimità della richiesta di permesso di soggiorno, visto che qui non si discute dei diritti della coppia di fatto di persone di stesso sesso nell'ambito della legislazione italiana, ma del diritto di una coppia con almeno un cittadino comunitario a poter liberamente circolare, soggiornare e permanere nel territorio dello Stato italiano così come è possibile alla coppia di fatto di omosessuali italiani; che, se mai, è vero, generalizzando, il contrario: impedire in questi casi il soggiorno del coniuge di coppia omosessuale sposata in altro Stato membro significa discriminarla rispetto ad identiche coppie che vadano a soggiornare in altri Stati membri i quali, pur non consentendo il matrimonio tra omosessuali e neppure prevedendo forme di registrazione, non ne impediscono l'ingresso e permanenza nel proprio territorio in ossequio alla normativa *de quo*;

attesa la conforme conclusione cui è pervenuto di recente anche il Ministero dell'Interno con la sopravvenuta circolare 5.11.2012 prodotta dal ricorrente;

ritenuto che, pertanto, il rigetto della domanda del G. S. è illegittima;

ritenuto che le spese vadano integralmente compensate in considerazione della indubbia particolarità della fattispecie, in presenza di normativa comunitaria che interagisce con principi generali e legislazioni nazionali dei singoli Stati dell'Unione Europea legate a differenti estrazioni religiose, culturali e civili.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando sull'opposizione proposta da G. S. J. V., così provvede in accoglimento del ricorso:

- annulla il provvedimento del Questore di Pescara di rigetto della richiesta di permesso di soggiorno avanzata da G. S. J. V. in data 3.4.2012;
- dichiara integralmente compensate le spese tra le parti.

ANCHE IL CONIUGE DELLO STESSO SESSO DEL CITTADINO COMUNITARIO HA DIRITTO DI STABILIRSI IN ITALIA AI SENSI DEL T.U. SULLA CIRCOLAZIONE E SUL SOGGIORNO DEI CITTADINI DELL'U.E.

di Giovanni Genova (*)

Alla luce della recente interpretazione "gender neutral" data dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo alla nozione di matrimonio, del riconoscimento operato dalla Corte Costituzionale del diritto fondamentale delle persone omosessuali di vivere liberamente la condizione di coppia e dell'estensione del concetto di "famiglia" a tali coppie effettuato dalla Cassazione, la sentenza in commento consolida il più recente orientamento giurisprudenziale che, raccogliendo l'invito della Suprema Corte a garantire alle unioni *same sex* un trattamento omogeneo a quello delle coppie eterosessuali coniugate, riconosce rilevanza al matrimonio officiato all'estero tra persone dello stesso sesso ai fini della concessione del permesso di soggiorno, ex art. 2 del d.lgs. n. 30/07, al coniuge extracomunitario di cittadino dell'Unione Europea.

1. Premessa

Un cittadino brasiliano, validamente ed efficacemente sposato in Portogallo con un cittadino portoghese, a seguito del trasferimento in Italia del marito, chiede al Questore di Pescara l'emissione in proprio favore di un permesso di soggiorno quale coniuge di cittadino comunitario, ai sensi del testo unico sulla circolazione e sul soggiorno dei cittadini dell'Unione Europea (d.lgs. n. 30/07).

L'Autorità Amministrativa, sul presupposto che l'ordinamento italiano non riconosce il matrimonio fra persone dello stesso sesso e che pertanto la normativa invocata non risulta applicabile al caso di specie, rigetta l'istanza.

Tale provvedimento di diniego, ai sensi dell'art. 8 del citato d.lgs. n. 30/07, viene impugnato avanti il Tribunale di Pescara, che, con la suesposta ordinanza, annulla il decreto del Questore, ordinando di fatto l'emissione di un titolo di soggiorno nel nostro Paese in favore del ricorrente.

2. La normativa di riferimento e il suo ambito di applicazione

Il decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30 (c.d. T.U. sulla circolazione e sul soggiorno dei cittadini dell'Unione Europea) attua in Italia la direttiva 2004/38/CE (1), relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente all'interno dei singoli stati membri. In particolare, in relazione al tema che ci occupa, tale normativa individua, all'art. 2, i familiari che hanno diritto di accompagnare o raggiungere in Italia i cittadini comunitari 1) nel coniuge, 2) nel partner che abbia contratto con il cittadino U.E. un'unione registrata sulla base della legislazione di uno stato membro, qualora la legislazione dello sta-

to membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio, 3) nei discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico del cittadino U.E., oltre a quelli del coniuge o del partner, 4) negli ascendenti diretti a carico del cittadino U.E., oltre a quelli del coniuge o del partner.

Essa prevede che, a prescindere dalla nazionalità del familiare, questi ha sempre diritto di fare il suo ingresso, soggiornare o permanere in Italia, salvo non costituisca un pericolo per la sicurezza dello Stato ovvero per l'ordine e la sicurezza pubblica.

Giova evidenziare che, ai sensi dell'art. 23 del decreto, così come interpretato dalla costante giurisprudenza, tutte le disposizioni contenute nell'articolo si applicano anche ai familiari dei cittadini italiani non aventi la cittadinanza italiana.

L'espressione "se più favorevoli" contenuta nel testo di legge, infatti, è stata considerata di fatto irrilevante dalla giurisprudenza in quanto "il diritto all'ingresso e al soggiorno per ricongiungimento familiare del cittadino extracomunitario con cittadino italiano è regolato esclusivamente dalla disciplina normativa di derivazione comunitaria, introdotta dal d.lgs 6 febbraio 2007, n. 30, che ha recepito la Direttiva 2004/38/CE" (Cass. 17.12.10, n. 25661, ord.) (2).

Di particolare importanza è sottolineare la finalità e, di conseguenza, l'ambito di applicazione di tale det-

Note:

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) Consultabile su www.articolo29.it.

(2) In *Mass.*, 2010, 1096; conformi Cass., sez. I, 1.3.10, n. 4868, in www.asgi.it e Cass., sez. I, 23.07.10, n. 17346, in www.meltingpot.org.

tato normativo (e quindi del concetto di “familiare” ivi definito), che, come indicato nell’art. 1 dello stesso decreto, è esclusivamente quello di disciplinare e garantire la libera circolazione delle persone all’interno dell’Unione, quella che il secondo considerando della citata direttiva europea definisce “una delle libertà fondamentali nel mercato interno, che comprende uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata tale libertà secondo le disposizioni del Trattato”.

Tale decreto, occupandosi di una specifica materia di competenza comunitaria, deve dunque trovare in quest’ambito i propri criteri interpretativi, prescindendo dalla normativa nazionale di riferimento in tema di diritto di famiglia (riservata al legislatore dello stato membro), che ha quale oggetto di tutela la protezione della famiglia e non la libertà di circolazione.

Prova ne sia che, per il riconoscimento del rapporto coniugale ai fini dell’applicazione del testo unico, nessuna rilevanza è data alla trascrizione anagrafica in Italia del matrimonio celebrato all’estero.

Le stesse linee guida emanate in merito dalla Commissione Europea (COM (2009)313) (3), in relazione al rapporto di coniugio riconosciuto dalla direttiva 2004/38/CE come fondante il diritto al c.d. “ricongiungimento familiare”, specificano che “ai fini dell’applicazione della direttiva devono essere riconosciuti, in linea di principio, tutti i matrimoni contratti validamente in qualsiasi parte del mondo”, con la sola eccezione dei matrimoni viziati dalla mancanza di un valido consenso e di quelli poligami. Nessun cenno viene fatto ai matrimoni celebrati fra persone dello stesso sesso.

E ciò non deve certo meravigliare.

3. Il significato “europeo” della parola matrimonio

In ambito europeo si è assistito via via ad una evoluzione della nozione giuridica di “matrimonio” che è sfociata nella nota sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo *Schalk e Kopf* contro Austria del 22.10.10 (4).

Dopo un costante orientamento giurisprudenziale secondo cui le relazioni omosessuali, anche se di lunga durata, non rientravano nella definizione di “vita familiare” ai sensi dell’art. 8 Cedu (5), la Corte ha cambiato totalmente orientamento (6) e, interpretando evolutivamente l’art. 12 della Carta (“uomini e donne in età maritale hanno diritto di sposarsi e di formare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l’esercizio di tale diritto”) alla luce dell’art. 9 della Carta di Nizza (che ha voluta-

mente eliminato ogni riferimento al sesso diverso dei nubendi (7)) ha stabilito come il concetto di matrimonio non possa più essere limitato esclusivamente a quello tra persone di sesso opposto (8).

Secondo l’autorevole opinione della stessa Corte di Cassazione, espressa nella sentenza n. 4184/12, «il

Note:

(3) Consultabili per esteso sul sito EUR-Lex all’indirizzo <http://eur-lex.europa.eu>.

(4) Cedu, *Schalk e Kopf c. Austria* 24 giugno 2010, in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2010, I, 1337, con nota di Winkler, *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo*. Per un commento alla sentenza leggesi: Ragni, *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Schalk e Kopf*, in *Dir. umani dir. intern.*, 2010, 639; Repetto, *“Non perdere il proprio mondo” Argomenti giuridici e matrimonio same-sex, Corte di Strasburgo e Corte Costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 525 ss.; Repetto, *Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione “virtuosa” di un diritto*, in www.rivistaaic.it, 2/7/2010; Danisi, *La Corte di Strasburgo e i matrimoni omosessuali: vita familiare e difesa dell’unione tradizionale*, in *Quad. Cost.*, 2010, 867; Sileoni, *La Corte di Strasburgo e i matrimoni omosessuali: il consenso europeo, un criterio fragile ma necessari*, *ibidem*, 870; Conte, *Profili costituzionali del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali alla luce di una pronuncia della corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Corr. giur.*, 2011, 573 ss.; Conti, *Convergenze (inconsapevoli o...naturali) e contaminazioni tra giudici nazionali e Corte EDU: a proposito del matrimonio di coppie omosessuali*, *ibidem*, 2011, 579-587; Marotti, *La tutela delle unioni omosessuali nel dialogo tra corti interne e Corte europea dei diritti umani*, in *Giur. it.*, febbraio 2013, 330 ss.

(5) Da ultimo Cedu, *Mata Estevez contro Spagna*, 10 maggio 2001, ricorso n. 56501/00.

(6) Per l’orientamento precedente, secondo cui la previsione dell’art. 12 Cedu doveva applicarsi solo ai matrimoni contratti tra persone di sesso opposto, leggesi Cedu 17.10.1986, *Rees contro Regno Unito*, ricorso n. 9532/81; Cedu 27.09.1990, *Cossey contro Regno Unito*, ricorso n. 10843/84; Cedu 30.07.1998, *Sheffield e Horsham contro Regno Unito*, ricorsi n. 22985/93 e n. 23390/94.

(7) Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, art. 9: “Il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l’esercizio”.

(8) Letteralmente: “la Corte non considererà più che il diritto al matrimonio di cui all’articolo 12 debba essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto” *Schalk e Kopf contro Austria*, par. 61. Come fa notare Marotti, in *La tutela delle unioni*, cit., 332, “Il combinato disposto viene giustificato dalla Corte in ragione dell’art. 52, par. 3 della Carta di Nizza («Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell’Unione conceda una protezione più estesa»). Sul punto, è utile il rinvio alle «spiegazioni» dell’art. 9 della Carta in cui si chiarisce: «Questo articolo si basa sull’articolo 12 della Cedu [...]. La formulazione di questo diritto è stata aggiornata al fine di disciplinare i casi in cui le legislazioni nazionali riconoscono modi diversi dal matrimonio per costituire una famiglia. L’articolo non vieta né impone la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso. Questo diritto è pertanto simile a quello previsto dalla Cedu, ma la sua portata può essere più estesa qualora la legislazione nazionale lo preveda”.

diritto al matrimonio riconosciuto dall'art. 12 ha acquisito, secondo l'interpretazione della Corte europea - la quale costituisce radicale "evoluzione" rispetto ad "una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio" -, un nuovo e più ampio contenuto, inclusivo anche del matrimonio contratto da due persone dello stesso sesso» (par. 3.3.4); «il limitato ma determinante effetto dell'interpretazione della Corte europea (...) sta nell'aver fatto cadere il postulato implicito, il requisito minimo indispensabile a fondamento dell'istituto matrimoniale, costituito dalla diversità di sesso dei nubendi e, conseguentemente, nell'aver ritenuto incluso nell'art. 12 della CEDU anche il diritto al matrimonio omosessuale» (par. 4.4.1) (9).

Questo, secondo la lucida opinione di Gattuso, ha determinato, nella interpretazione della Corte europea, una vera e propria svolta semantica inequivocabile "la parola matrimonio non denota più solo i matrimoni tra persone di opposto genere e diventa, per definizione, *gender-neutral*. Il significante "matrimonio" include nel suo significato ogni matrimonio" (10).

Tale profonda innovazione ha un effetto sistemico e si riverbera automaticamente anche nel nostro ordinamento interno.

Com'è noto, infatti, secondo l'orientamento della Corte Costituzionale (11), non solo il testo della CEDU, ma anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo funge da parametro interposto nel giudizio di legittimità costituzionale.

Pertanto, anche le singole corti di merito, come autorevolmente sottolineato dalla Suprema Corte, "hanno il dovere di interpretare la norma interna in modo conforme alla norma convenzionale fintantoché ciò sia reso possibile dal testo di tali norme e, in caso di impossibilità dell'interpretazione "conforme", di sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna per contrasto con la norma convenzionale "interposta", per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost.; con l'ulteriore conseguenza che l'interpretazione data dalla Corte europea vincola, anche se non in modo incondizionato, detti giudici e costituisce il "diritto vivente" della Convenzione" (12).

Peraltro è lo stesso art. 6 del Trattato di Lisbona, entrato in vigore in Italia dal 1.12.09, a sancire che "i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (...), fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

4. Lo status "europeo" di coniuge

Di questo ha tenuto conto il Tribunale di Pescara,

richiamando la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ha evidenziato come "la qualità di coniuge del richiedente il permesso di soggiorno attiene ad uno status come riconosciuto dallo Stato comunitario ove la coppia ha contratto matrimonio" che non può essere contestato dallo Stato ospitante ai fini dell'applicazione della normativa in materia di libera circolazione all'interno dell'Unione.

Il fatto che uno stato comunitario (o anche extracomunitario, secondo le citate "Linee guida") abbia attribuito ad una unione tra due persone dello stesso sesso (di cui una comunitaria) il valore giuridico del matrimonio, fa sì che entrambi i nubendi acquisiscano uno status di coniugi, rilevante per il diritto di derivazione europea (e quindi ai fini dell'estrinsecazione del diritto alla libera circolazione), a prescindere dalla loro cittadinanza e dall'esistenza di un analogo istituto nel paese di origine o in quello ospitante.

Lo status acquisito è totalmente impermeabile alla legislazione del Paese ospitante e comporta il diritto all'ingresso, al soggiorno e alla permanenza in esso.

Prova della correttezza di tale interpretazione è data dalla stessa lettera b numero 2) dell'art. 2 del Testo Unico, nella parte in cui, limitatamente al solo partenariato civile registrato, ne subordina il riconoscimento, ai fini del diritto alla libera circolazione, alla equiparazione dell'unione registrata al matrimonio ed alle eventuali ulteriori condizioni previste dallo stato ospitante.

Infatti, in applicazione dell'universale principio ermeneutico *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, se il legislatore avesse voluto condizionare il riconoscimento dello status di coniuge ad una diversa normativa interna avrebbe dovuto specificarlo, così come fa nell'ipotesi sub b) numero 2).

Questo comporta che al coniuge del cittadino comunitario (o italiano), quale che sia il suo sesso o la

Note:

(9) Cass., sez. I, 15.03.12, n. 4184, in questa *Rivista*, 2012, 665 ss., con nota di Gattuso, "Matrimonio", "famiglia" e orientamento sessuale. La Cassazione recepisce la "doppia svolta" della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

(10) Gattuso, *ibidem*, 680. Di un vero e proprio "superamento del paradigma eterosessuale, convertito in scelta discrezionale del legislatore nazionale" parla Pezzini in *La sentenza 138/2010 parla (anche) ai giudici*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?* a cura di Pezzini e Lorenzetti, Napoli, 2011, 104.

(11) Corte Costituzionale 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, così come citate da Winkler - Chiovini, in *Dopo la Consulta e la Corte di Strasburgo, anche la Cassazione riconosce i diritti delle coppie omosessuali*, in *Giust. civ.*, 2012, 7-8, 1707 ss.

(12) Cass., sez. I, 15.03.12, n. 4184, 3.3.4, in questa *Rivista*, 2012, 675.

nazionalità o il luogo del celebrato matrimonio, che voglia fare il suo ingresso in Italia ovvero soggiornarvi o permanervi liberamente non possa essere negato un titolo di soggiorno nel Nostro Paese, salvo non costituisca un pericolo per la sicurezza dello stato ovvero per l'ordine e la sicurezza pubblica, e non ricorra l'ipotesi del matrimonio poligamico o "forzato".

5. La sentenza n. 138/10 della Corte Costituzionale e il riconoscimento giuridico della coppia omosessuale come formazione sociale rilevante ai sensi dell'art. 2 Cost.

Tale interpretazione, come correttamente fa notare l'ordinanza in commento, è fondata su due autorevoli precedenti, la sentenza n. 138/10 della Corte Costituzionale e la sentenza n. 4184/12 della Corte di Cassazione.

Con la sentenza n. 138/10 è stata infatti definitivamente riconosciuta dalla giurisprudenza italiana la rilevanza costituzionale alle unioni omosessuali (13). La Consulta, chiamata a valutare la costituzionalità del divieto, implicitamente contenuto nel nostro ordinamento, di contrarre matrimonio per le coppie omosessuali (14), ha rilevato un contrasto tra gli articoli del codice civile, sistematicamente interpretati, e i principi costituzionali, in particolare quelli dell'art. 2 Cost.

Il superamento del conflitto, tuttavia, non le è apparso costituzionalmente obbligato, non essendovi una sola unica via praticabile per eliminare il vizio di incostituzionalità (coerente con la logica del sistema giuridico italiano) (15). Essa ha quindi ritenuto che la questione, così com'era stata posta, necessitasse di una interpretazione additiva e pertanto fosse imprescindibile che il Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, all'interno della rosa delle scelte normative possibili, tra cui indubbiamente anche l'equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio, introducesse idonee forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni *same-sex*. La Corte Costituzionale ha quindi individuato un preciso obbligo per il legislatore di introdurre "una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia", che dovrà tener conto del diritto fondamentale (e di conseguenza inalienabile), di cui sono titolari anche le persone omosessuali, di vivere liberamente una condizione di coppia, così come interpretativamente desumibile dall'art. 2 Cost. (16).

Il carattere innovativo della sentenza risiede proprio nel riconoscimento, come diritto fondamentale, del

libero sviluppo della persona anche nell'ambito della coppia omosessuale (17).

Note:

(13) Sulla sentenza n. 138/2010 leggasi: Costanza, *La Corte costituzionale e le unioni omosessuali*, in *Iustitia*, 2010, 311-317; D'Angelo, *La consulta al legislatore: questo matrimonio «non s'adda fare»*, in *www.forumcostituzionale.it*, 16/04/2010; Cherchi, *La prescrittività tra testo costituzionale e legge: osservazioni a margine della sentenza 138 del 2010 sul matrimonio omosessuale*, in *www.costituzionalismo.it*, 16/11/2010; Pugliotto, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *www.forumcostituzionale.it*; Tondi della Mura, *Le coppie omosessuali fra il vincolo (elastico?) delle parole e l'artificio della "libertà"*, in *Dir. fam. e pers.*, 2011, 3-23; Romboli, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in *www.rivistaaic.it*, 12/07/2011; Ruggeri, *"Famiglie" di omosessuali e "famiglie" di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?*, *ivi*, 18/10/2011; Paladini, *Le coppie dello stesso sesso tra la sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 14 aprile 2010 e la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 giugno 2010 nel caso Schalk and Kopf v. Austria*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2011, 137.

(14) Di particolare rilievo sono le motivazioni delle corti rimettenti; tra tutte quelle del Tribunale di Venezia secondo cui l'art. 2 Cost. rende ineludibile la possibilità (*rectius* riconosce il diritto assoluto, fondamentale e inviolabile), per la persona omosessuale di manifestare ed esprimere liberamente la propria sessualità "non solo nella sua sfera individuale ma anche, e forse soprattutto, nella sua sfera sociale, ossia, secondo la formula della norma, 'nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità', fra le quali indiscutibilmente la famiglia deve essere considerata la prima e fondamentale espressione" Trib. Venezia depositata il 3.04.09, n. RGV 2497/08, ord., in *www.personaedanno.it*. Secondo la famosa sentenza n. 183/1988 della Consulta, infatti, "alla famiglia va il riconoscimento *pleno jure* di formazione sociale primaria".

(15) Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, III ed., Giuffrè, Milano, 2001, 236.

(16) Afferma letteralmente la Corte: "8. L'art. 2 Cost. dispone che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Orbene, per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta 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."

(17) Di particolare suggestione è la definizione data dal Galgano di 'diritto inviolabile' "Ci sono diritti che sono creati dal diritto oggettivo, secondo quel processo di soggettivazione che abbiamo a suo luogo descritto; ma ci sono diritti soggettivi che si dicono solo trovati dal diritto oggettivo: sono i diritti dell'uomo, che si considerano esistenti indipendentemente da ogni diritto oggettivo che li riconosca e che questo si limita a garantire. A differenza di ogni altro diritto soggettivo, la cui esistenza dipende dalla mutevole valutazione dello Stato-ordinamento - mutevole nel tempo e nello spazio, a seconda dei diversi sistemi politici e sociali - i diritti dell'uomo, detti anche diritti della persona umana o diritti della personalità, si considerano come diritti spettanti all'uomo in quanto tale, indipendentemente dal tipo di sistema politico o sociale entro il quale egli vive, e come diritti che ogni Stato ha il dovere di riconoscere e di garantire", Galgano, *Diritto Privato*, III ed., Padova, 1985, 84-85.

Il Giudice delle Leggi, infatti, avanza una lettura dell'art. 2 Cost., in relazione alle unioni omosessuali, assai significativa e per nulla pacifica - né sul piano dottrinario né, ancor meno, su quello giurisprudenziale - che, a ragione, autorevoli commentatori hanno giudicato sia destinata ad assumere nell'ordinamento italiano una portata storica (18).

La Corte, con questa sentenza, è passata dal riconoscimento del diritto di vivere liberamente la propria condizione di persona omosessuale, a quello di vivere liberamente una condizione di coppia omosessuale: ora è anche la coppia nel suo insieme ad essere tutelata dalla Costituzione; essa è infatti considerata a pieno titolo una formazione sociale in cui l'individuo ha il diritto di realizzare sé stesso (19). Essa, in sostanza, viene equiparata, a tutti gli effetti, ad una famiglia.

Sul punto, di grande incisività è Gattuso (20), secondo cui "con l'affermazione, da parte della Corte Costituzionale - nella sentenza n. 138 del 2010 - della rilevanza costituzionale dell'unione omosessuale, d'un fenomeno, dunque, che assume necessariamente rilevanza esterna, si dà atto della necessità costituzionale di assicurare tutela anche per le manifestazioni esteriori della affettività". L'Autore non si riferisce qui al mero diritto delle persone consenzienti di fare sesso nel chiuso delle loro camere da letto; tratta bensì del più generale diritto ad amarsi, che comprende ad esempio il diritto di passeggiare tenendosi per mano, di baciarsi in pubblico, di vedere trattato in un'opera cinematografica l'amore omosessuale al pari di quello eterosessuale.

Non è però soltanto un riconoscimento di natura culturale. È un riconoscimento giuridico vero e proprio che comporta non solo una totale equiparazione tra le coppie conviventi *more uxorio*, eterosessuali ed omosessuali, ma anche la necessità per il legislatore di garantire, "in relazione ad ipotesi particolari", "un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza".

La Consulta, invero, si è espressamente riservata, con questa sentenza, "la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze *more uxorio*: sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988)" (21) e questo, chiaramente, sia in relazione alla disciplina legislativa che il Parlamento vorrà adottare, sia in relazione alle norme attualmente vigenti, disciplinanti particolari aspetti della vita sociale, nelle more dell'introduzione della necessaria disciplina di carattere generale.

Così come lucidamente afferma Barbara Pezzini

(22), la discrezionalità del legislatore viene riconosciuta in funzione di limite rispetto alla possibilità di una pronuncia manipolativa di tipo additivo da parte della Corte, ma risulta anche precisamente indirizzata e delimitata, tant'è vero che risultano specificamente prefigurati persino i rimedi attivabili in caso di un esercizio carente o inadeguato della discrezionalità legislativa stessa. Il riferimento alla piena discrezionalità del legislatore va, quindi, letto alla luce della nuova interpretazione data all'art. 2 Cost. Sicché questo apre la via, non solo a possibili giudizi dinnanzi alla Corte Costituzionale tesi a verificare la ragionevolezza della disparità di trattamento tra le coppie eterosessuali sposate e quelle omosessuali conviventi, ma anche, e soprattutto, ad un vero e proprio controllo di legittimità costituzionale "dal basso", diffuso sul territorio, in quanto è compito precipuo del giudice disapplicare *tout court* la legge ordinaria, ovvero darle una interpretazione costituzionalmente orientata, ogni qualvolta questa risulti in contrasto con l'art. 2 Cost. così come inteso dalla sentenza in esame della Corte Costituzionale (23).

Note:

(18) Dal Canto, *La Corte Costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Foro it.*, 2010, I, 1370 e Gattuso, *La Corte Costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in questa *Rivista*, 2010, 7, 657-658.

(19) Sul punto particolarmente efficace è Pezzini, secondo cui "la sentenza specifica che le formazioni sociali di cui parla l'art. 2 vanno intese nel contesto di valorizzazione del modello pluralistico e vengono identificate in ogni forma di comunità, semplice o complessa, in base alla capacità di rendere possibile ed agevolare il libero sviluppo della persona nella vita di relazione. Su tale premessa definitiva, rileva che l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, va annoverata fra le formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost. e, di conseguenza, identifica la tutela costituzionale garantita alle unioni omosessuali ricavando direttamente dall'art. 2 il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia same sex" (in *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale*, pubblicato su *Giur. cost.*, 2010, 3, 2715).

(20) In *Orientamento sessuale, famiglia, eguaglianza*, pubblicato su *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 12.

(21) Le sentenze citate dalla Corte sono consultabili su www.giurcost.org.

(22) Pezzini, *Il matrimonio same sex si potrà fare*, cit., in *Giur. cost.*, 2010, 3, 2715. Sull'ampiezza della autonomia del legislatore leggasi anche Ferrando, *La via "legislativa" al matrimonio same-sex*, in *Unione e matrimoni same-sex*, cit., 31 e Brunelli, *Le unioni omosessuali nella sentenza n. 138/2010: un riconoscimento senza garanzia?*, *ivi*, 155.

(23) Di estrema chiarezza sul punto Gattuso secondo cui "poiché, come noto, un giudice può promuovere una questione di legittimità costituzionale soltanto nel caso in cui la questione non possa essere risolta già attraverso un'interpretazione adeguatrice della norma, il giudice, innanzi ad una coppia che chieda tutela e che a suo avviso necessiti d'un trattamento omogeneo a
(segue)

Questo è proprio quello che fanno sia l'ordinanza in commento del Tribunale di Pescara sia la sentenza n. 4184/12 della Corte di Cassazione.

6. La sentenza n. 4184/12 della Corte di Cassazione: l'estensione del concetto di famiglia anche alla coppia omosessuale e la mera inefficacia del matrimonio same-sex contratto all'estero

La sentenza n. 4184/12 della Corte di Cassazione, infatti, sulla scorta anche della sentenza Corte Europea dei Diritti dell'Uomo Schalk e Kopf contro Austria del 22.10.10, pubblicata successivamente alla sentenza n. 138/10 della Corte Costituzionale, pur non accogliendo il ricorso presentato, teso ad ottenere la trascrivibilità in Italia del matrimonio *same-sex* celebrato all'estero da parte di un cittadino italiano (24), ha aggiunto un importante tassello al riconoscimento giuridico della coppia omosessuale, qualificandola *expressis verbis* come "famiglia", con tutte le conseguenze che questa novità comporta, riconoscendole altresì il diritto ad ottenere, in specifiche situazioni, una tutela omogenea a quella riservata ai coniugi (25).

Con essa la Suprema Corte, dopo aver riconosciuto come la sua precedente giurisprudenza sul punto "non si dimostra più adeguata alla attuale realtà giuridica, essendo stata radicalmente superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile, per così dire naturalistico, della stessa esistenza del matrimonio", afferma che, "conseguentemente, la relazione dei ricorrenti, una coppia omosessuale convivente con una stabile relazione di fatto, rientra nella nozione di vita familiare, proprio come vi rientrerebbe la relazione di una coppia eterosessuale nella stessa situazione" (26).

Sulla base di questi presupposti la Corte abbandona definitivamente le teorie giusnaturaliste sulla famiglia e sul matrimonio e cessa di applicare al matrimonio *same-sex* la categoria della "inesistenza" (27). Riconosce, in questo modo, il valore dell'unione omosessuale non solo nei suoi aspetti di tutela più strettamente costituzionali, ma soprattutto nella sua consistenza sociale (28), rinnegando il precedente orientamento espresso nella sentenza n. 7877/00 che non riconosceva l'"esistenza" stessa del negozio matrimoniale intervenuto tra persone dello stesso sesso "non sussistendo una realtà fenomenica che costituisce la base naturalistica della fattispecie" (29).

Ciò nonostante, ritiene insuperabile l'ostacolo dell'assenza di una normativa interna che riconosca e disciplini l'istituto matrimoniale *same-sex* e perentoriamente afferma l'"inidoneità a produrre qualsiasi

Note:

(continua nota 23)

quello di una coppia coniugata, dovrà applicare direttamente la normativa prevista per la coppia sposata, attraverso una interpretazione analogica, evolutiva, costituzionalmente orientata della norma, e solo se tale interpretazione non sia possibile dovrà ricorrere alla Corte Costituzionale perché verifichi se la disparità di trattamento sia legittima". Gattuso, *La sentenza della Corte Costituzionale apre nuove prospettive di tutela*, in *Politeia*, 2010, 100.

(24) Seppur al solo fine di costituire trascrizioni "meramente riproduttive di atti riguardanti cittadini stranieri formati secondo la loro legge nazionale da autorità straniere", a livello di normazione secondaria le circolari del Ministero dell'Interno n. 2 del 2001 (in http://www.amicuscuriae.it/attach/superuser/docs/circolare_2001.pdf) e n. 57 del 2007 (in <http://www.articolo29.it/ministero-dellinterno-circolare-n-572007/>) escludono la trascrizione solo in caso di matrimonio *same-sex* contratto da italiani, consentendola se il matrimonio riguarda coniugi entrambi stranieri. Giova precisare che, diversamente da quanto affermato dal Ministero dell'Interno, che limita l'effetto della trascrizione al mero scopo di rilascio di copie di atti formati all'estero, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti danno piena efficacia a tale trascrizione ai sensi dell'art. 19 del D.P.R. n. 303/2000 (cfr. Mazzotta, *Brevi note sulla trascrizione nei registri dello stato civile dei matrimoni contratti all'estero*, in *Riv. not.*, 2007, 1114; Calò, *Sulla trascrizione dei matrimoni fra stranieri contratti all'estero*, studio approvato dalla Commissione studi del Consiglio Nazionale del Notariato in data 16 dicembre 2002, n. 4191; Liotta, *Un altro passo verso la conoscenza dell'art. 69 del d.P.R. n. 396 del 2000 presso gli archivi dello stato civile*, in *Dir. fam.*, 2010, 1, 203; Trib. Torino 14.05.09, in *Riv. not.*, 2010, 4, 1114, con nota Mazzotta, cit.; Trib. Monza 31.03.07, in *Riv. not.*, 2007, 1171, con nota di Zisa; Trib. Venezia 25.09.06, in *Guida al dir.*, 2006, 82).

(25) Sulla sentenza n. 4184/12 leggasi: Di Bari, *Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di Cassazione*, in *rivistaaic.it*, 28.03.12; Falletti, *Quattro rondini fanno primavera?*, in *europaerights.eu*; Finocchiaro, *L'atto deve essere considerato inidoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento* e Galluzzo, *La Cassazione va in pressing sul legislatore per introdurre regole in favore delle unioni gay*, in *Guida al dir.*, 2012, 14, 35; Lollo, *La Cassazione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale*, in *rivistaaic.it*, 08.05.12; Massa Pinto, *Fiat matrimonio*, in *rivistaaic.it*, 4.4.12; Schuster, *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, in *forumcostituzionale.it*, 12.04.12; Winkler, *I matrimoni same-sex stranieri di fronte alla Cassazione*, in *Int'l Lis*, 2012, 7; Pezzini, *Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra le sentenze della Corte costituzionale 138/2010 e della Corte di cassazione 4184/2012*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2012; Gattuso, "Matrimonio", "famiglia" e orientamento sessuale, cit., Winkler - Chiovini, *Dopo la Consulta e la Corte di Strasburgo*, cit.

(26) Cass., sez. I, 15.03.12, n. 4184, 3.3.4 e 3.3.3, in questa *Rivista*, 2012, 678.

(27) La questione non era mai stata affrontata dalla Suprema Corte ma l'affermazione, condivisa dalla dottrina largamente maggioritaria (cfr. Galgano, *Diritto Privato*, cit., 765, Sesta, *Diritto di famiglia*, Padova, 2005, 67 e Bianca, *La famiglia*, Milano, 2005, 166), si trova, quale *obiter*, in Cass. 26.05.76, n. 1808, in *Rep. giur. it.*, 1976, 51; Cass. 22.02.90, n. 1304, in *Giust. civ. Mass.*, 1990; Cass. 2.03.99, n. 1739, in questa *Rivista*, 1999, 327; Cass. 9.06.00, n. 7877, in questa *Rivista*, 2000, 509 e in *Giust. civ.*, 2000, I, 2897, con nota di Lacroce.

(28) Winkler - Chiovini, *Dopo la Consulta e la Corte di Strasburgo*, cit.

(29) Cass. 9.06.00, n. 7877, cit.

effetto giuridico” del rito celebrato all'estero e la sua conseguente intrascrivibilità (30).

La Suprema Corte, però non si ferma qui e, meglio precisando quanto già espresso dalla Corte Costituzionale, ritiene che “i componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, se - secondo la legislazione italiana - non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero, tuttavia - a prescindere dall'intervento del legislatore in materia - quali titolari del diritto alla “vita familiare” e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici ordinari per far valere, in presenza appunto di “specifiche situazioni”, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto (ovvero nella parte in cui) non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza” (31).

In questo modo la Corte di Cassazione, in perfetta attuazione del vigente sistema multilivello, pare trarre dalla lettura della CEDU argomenti per interpretare in senso evolutivo la stessa Carta costituzionale e per aggiornare l'interpretazione data, da alcuni, alla pronuncia della Consulta.

Con un significativo ampliamento della tutela giudiziaria dei diritti delle persone e delle coppie omosessuali, sposando le tesi della dottrina più illuminata (32), la sentenza afferma la legittimità di un vero e proprio controllo di legittimità e di ragionevolezza “dal basso” per il riconoscimento, nel singolo caso concreto, di specifici diritti al momento riservati esclusivamente alle coppie eterosessuali sposate, legittimando in tal modo la correttezza della “*litigation strategy*” adottata negli ultimi anni da una parte del movimento LGBT italiano (33) e quasi costituendo in mora il legislatore, che vedrà punita la sua inerzia dalla progressiva formazione di una giurisprudenza in materia, non necessariamente uniforme e coerente, di cui però non potrà non tener conto (34).

Ogni giudice avrà quindi la possibilità di (*rectius* sarà tenuto a) procedere direttamente alla interpretazione costituzionalmente orientata della norma invocata, estendendo alla coppia convivente omosessuale il diritto riservato dalla legge alla sola

coppia sposata, procedendo su un percorso già iniziato, di cui la sentenza del Tribunale di Pescara costituisce solo un esempio.

Viene così data una sorta di interpretazione autentica sul punto alla sentenza n. 138/10 della Corte Costituzionale e quasi individuato uno spazio intermedio tra le convivenze eterosessuali *more uxorio* (che possono liberamente essere trasformate in matrimonio) e le coppie coniugate, inserendovi le convivenze omosessuali, che per la attuale situazione normativa in essere non possono evolversi in un rapporto di coniugio (35).

Quasi un mero *obiter dictum*, per mere esigenze di completezza, la sentenza della Suprema Corte lo riserva all'eccezione, costantemente (e inutilmente) reiterata dalla Avvocatura dello Stato, anche avanti il Tribunale di Pescara, della contrarietà del matrimonio *same-sex* all'ordine pubblico, rigettandola decisamente, quasi senza sentire la necessità di darne motivazione (36).

Sarebbe infatti un vero assurdo giuridico ritenere

Note:

(30) Chiosa lucidamente tale perentorietà il Gattuso, in “*Matrimonio*”, “*famiglia*” e *orientamento sessuale*, cit., sostenendo che l'affermazione “può essere condivisa soltanto se circoscritta al caso di specie, poiché nella generalità dei casi alcuni effetti giuridici dell'atto sono inevitabili, mentre altri appaiono quantomeno opportuni”.

(31) Cass., sez. I, 15.03.12, n. 4184, 4.2, in questa *Rivista*, 2012, 677-678.

(32) Di estrema chiarezza sul punto Gattuso, che con pochi altri (Pezzini, *La sentenza*, cit., Romboli, *La sentenza 138/2010*, cit., Winkler, *Le unioni same-sex straniere in Italia dopo la sentenza n. 138/2010: indicazioni per i giudici*, in *Unioni e matrimoni same-sex*, cit.) già nel 2010 affermava: “poiché, come noto, un giudice può promuovere una questione di legittimità costituzionale soltanto nel caso in cui la questione non possa essere risolta già attraverso un'interpretazione adeguatrice della norma, il giudice, innanzi ad una coppia che chieda tutela e che a suo avviso necessiti d'un trattamento omogeneo a quello di una coppia coniugata, dovrà applicare direttamente la normativa prevista per la coppia sposata, attraverso una interpretazione analogica, evolutiva, costituzionalmente orientata della norma, e solo se tale interpretazione non sia possibile dovrà ricorrere alla Corte Costituzionale perché verifichi se la disparità di trattamento sia legittima” in Gattuso, *La sentenza della Corte Costituzionale apre nuove prospettive di tutela* cit. Dal canto suo, Pezzini, già nel 2011, in *La sentenza*, cit., 111, riteneva che, avendo la Corte Costituzionale fornito i principi, spettava ora alla giurisprudenza tracciare una “mappatura” delle singole situazioni, a seconda delle esigenze della vita di coppia destinate ad emergere di volta in volta di fronte all'autorità giudiziaria.

(33) In particolare da Avvocatura per i Diritti LGBTI - Rete Lenford (www.retelenford.it) e dalla Associazione Radicale Certi Diritti.

(34) Winkler - Chiovini, *Dopo la Consulta e la Corte di Strasburgo*, cit.

(35) Gattuso, *Orientamento sessuale, famiglia, eguaglianza*, cit.

(36) Cass., sez. I, 15.03.12, n. 4184, 2.2.3, in questa *Rivista*, 2012, 669.

contrario all'ordine pubblico internazionale, ai sensi degli artt. 16 e 17 della legge n. 218/95, un matrimonio riconosciuto come valido ed efficace dalla stessa Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cui l'Italia aderisce.

In attesa di ulteriori e più autorevoli approfondimenti, solo un cenno merita, a questo punto, la recentissima ordinanza n. 14329/13 della Corte di Cassazione depositata il 6.6.13, con cui è stata sollevata la questione di illegittimità costituzionale delle norme in materia di rettificazione di sesso che, a parere della Corte, impongono il divorzio *ex officio* alle coppie sposate quando uno dei coniugi abbia mutato il proprio sesso anagrafico con sentenza passata in giudicato (37).

Questa, nelle considerazioni in diritto, richiama espressamente il proprio precedente n. 4184/12, dimostrando come quello ivi espresso costituisca ormai un orientamento consolidato e quasi lo riassume analiticamente, da un lato riproponendone con maggiore determinazione e precisione alcuni aspetti, quale quello della non contrarietà all'ordine pubblico né interno né internazionale del matrimonio *same-sex* straniero, dall'altro chiarendo *expressis verbis* che il Collegio non ritiene contrario l'istituto all'art. 29 della Costituzione, essendo la regolamentazione in diritto del legame omosessuale lasciata alla libera e più ampia scelta del legislatore (38).

7. La normazione secondaria e i precedenti giurisprudenziali in materia

Peraltro, come richiamato dal Tribunale di Pescara nell'ordinanza in commento, è la stessa Direzione Centrale dell'immigrazione del Ministero dell'Interno, nella risposta ad un quesito postogli dalle Questure di Firenze e Pordenone in materia di concessione di titolo di soggiorno a stranieri coniugati all'estero con cittadini comunitari dello stesso sesso, a suggerire di utilizzare, nell'attuale vuoto normativo, i principi applicati dalla magistratura al fine di riconoscere, in questi casi, il diritto al permesso di soggiorno (39).

L'Autorità Amministrativa, nel ricordare il riconoscimento, da parte della Corte Costituzionale del diritto fondamentale per le unioni omosessuali, intese come stabili convivenze tra due persone dello stesso sesso, di vivere liberamente una condizione di coppia e il relativo "diritto all'unità della famiglia che si esprime nella garanzia della convivenza del nucleo familiare", cita due precedenti giurisprudenziali: il primo del Tribunale di Reggio Emilia (40), che "ha affermato l'applicabilità del d.lgs. n. 30 del 2007, ritenendo oggetto dell'accertamento non lo

status di coniuge del ricorrente (...) ma la qualità di familiare, utile ai fini dell'ottenimento del titolo di soggiorno in esso previsto" e il secondo, della Corte di Cassazione (41), secondo cui "la nozione di "coniuge" prevista dall'art. 2 d.lgs. n. 30/2007 deve essere determinata alla luce dell'ordinamento straniero in cui il vincolo è stato contratto, per cui lo straniero che abbia contratto in Spagna un matrimonio con cui un cittadino dell'Unione dello stesso sesso deve essere qualificato come "familiare", ai fini del diritto al soggiorno in Italia".

Questi due provvedimenti, che rappresentano gli unici due precedenti conosciuti in materia, insieme alla sentenza in commento, vengono a creare un orientamento oramai consolidato e unanime in relazione alla problematica che ci occupa.

È da notare come le due decisioni citate, depositate entrambe meritoriamente prima della sentenza n. 4184/12 della Corte di Cassazione, diversamente dal Tribunale di Pescara, che pone l'accento sul riconoscimento di una sorta di "status europeo" di co-

Note:

(37) Cass., sez. I, 6.06.13, n. 14329, in www.articolo29.it, con nota di Gattuso.

(38) Recita testualmente l'ordinanza citata: la scelta di estendere il modello matrimoniale anche ad unioni diverse da quella eterosessuale è rimessa al legislatore ordinario. Non sussiste un vincolo costituzionale (art. 29 Cost.) o proveniente dall'art. 12 della CEDU in ordine alla esclusiva applicabilità del modello matrimoniale alle unioni eterosessuali (Corte Cost. n. 138 del 2010 e CEDU caso Schalk e Kopf); l'art. 12, da leggersi anche alla luce dell'art. 8 della Carta dei diritti dell'Unione Europea, tutela anche modelli matrimoniali diversi da quello eterosessuale, lasciando alla legislazione degli Stati e al loro apprezzamento la scelta di estendere o limitare le tipologie di unioni che possono legarsi anche mediante il vincolo matrimoniale vero e proprio (CEDU sentenza 24/6/2010 caso Schalk e Kopf); il carattere dell'eterosessualità non costituisce più, di conseguenza, un canone di ordine pubblico, né interno (Corte Cost. n. 138 del 2010; Cass. n. 4184 del 2012), né internazionale (CEDU sentenza Schalk e Kopf); le unioni che siano fondate su una stabile e continuativa affectio, ancorché non riconducibili al modello matrimoniale, ricevono la copertura costituzionale diretta dell'art. 2 (Corte Cost. n. 138 del 2010), nonché dell'art. 8 della CEDU (Caso Schalk e Kopf). Tale riconoscimento non si limita alla libertà di vivere la propria condizione di coppia ovvero di non nascondere le scelte riguardanti la sfera emotiva individuale, ma si estende al riconoscimento della condizione oggettiva della stabile convivenza e dei diritti che conseguono alla creazione e al consolidamento di questa formazione sociale costituzionalmente e convenzionalmente garantita.

(39) Ministero dell'Interno Dipartimento della Pubblica Sicurezza - Direzione Centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere, prot. 008996 del 26.10.12 pubblicata da www.articolo29.it (come "nota del 5 novembre 2012").

(40) Trib. Reggio Emilia 13 febbraio 2012, in *Dir. imm. citt.*, IV, 2011, 155, commentata da Vitro, *Ricongiungimento fra due uomini sposati (all'estero)*, in www.personaedanno.it, 07.10.12 e da Marotti, in *La tutela delle unioni omosessuali*, cit., 333.

(41) Cass. pen., sez. I, 19.01.11, n. 1328, in www.articolo29.it, commentata da Marotti, in *La tutela delle unioni omosessuali*, cit., 333 e da Pezzini, *Un paradigma incrinato*, cit.

niuge, vincolante in tema di immigrazione in quanto materia rientrante nell'ambito di competenza comunitaria, fondano la propria decisione proprio sulla riconosciuta qualità di "familiare" del coniuge *same-sex* sposato all'estero.

Mentre infatti la Suprema Corte, rinviando la causa al giudice del merito penale di cui era stata impugnata la sentenza, chiede di verificare, ai fini dell'applicazione dell'art. 2, lett. b), n. 2), d.lgs. n. 30/2007, "se, sulla base della legislazione interna dello Stato membro, l'unione in parola sia qualificabile - o equiparabile - a rapporto di coniugio", il Tribunale di Reggio Emilia, evidenziando come ai sensi dell'art. 9, comma 5, lett. b), d.lgs. n. 30/07 è sufficiente, ai fini dell'iscrizione anagrafica, la presentazione di "un documento rilasciato dalla autorità competente del Paese di origine o provenienza che attesti la qualità di familiare", fa discendere il diritto alla libera circolazione del cittadino e del suo familiare dalla natura "familiare" della "unione matrimoniale formata in un Paese dell'Unione".

8. *Quid juris* per le unioni civili registrate all'estero?

Tale impostazione pare permettere di ampliare, in via interpretativa, le ipotesi in cui sussisterebbe il diritto di ingresso e soggiorno in Italia anche al caso delle unioni civili *same-sex* registrate all'estero.

Preso atto dell'attuale vuoto normativo in materia nel nostro Paese e della impossibilità di applicare l'ipotesi di cui all'art. 2, lett. b), n. 2), sulla base di una esplicita "legislazione dello Stato membro ospitante", che equipari o meno l'unione registrata stipulata all'estero al matrimonio, è però possibile, utilizzando i criteri ermeneutici forniti dalla sentenza Corte Cost. n. 138/10, interpretati alla luce della sentenza Cass. n. 4184/12, riconoscere alle unioni civili registrate omosessuali una tutela "particolare", diversa e più pregnante rispetto a quella riservata alle coppie eterosessuali, valutandone il carattere "familiare" al fine della loro equiparazione al rapporto di coniugio, ai fini dell'applicabilità del Testo Unico in materia di circolazione e soggiorno dei cittadini U.E.

Alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale e di legittimità dovrebbe infatti considerarsi ormai obsoleto l'orientamento espresso quattro anni or sono dalla Corte di Cassazione con sentenza sez. I, 17.03.09, n. 6411, quando è stato negato il titolo di soggiorno ad un cittadino neozelandese legato ad un cittadino italiano da partnership registrata nel suo paese (42).

Fa piacere registrare che la proposta interpretazione

della norma pare sia già stata adottata quanto meno dalla Questura di Milano, che ha emesso un titolo di soggiorno sulla base di un P.A.C.S. francese (43).

8. Conclusioni

La sentenza in commento del Tribunale di Pescara rappresenta un esempio di corretta applicazione, nel sistema normativo multilivello che caratterizza il nostro ordinamento giuridico, dei principi espressi dalla nostra Costituzione e dalle convenzioni internazionali cui il nostro Paese aderisce, così come interpretate dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte Costituzionale.

Incarna un orientamento giurisprudenziale più laico e moderno, improntato al rispetto della persona umana e dei suoi diritti civili, in un orizzonte più vasto rispetto a quello della angusta "tradizione" della nostra penisola.

Rappresenta un esempio di come il controllo "dal basso" della legittimità e della ragionevolezza delle norme giuridiche, nel rispetto delle linee guida impartite dalla Corte Costituzionale, costituisca un valore rilevante per il nostro sistema giudiziario.

Quella affrontata dalla sentenza in commento è solo una delle "situazioni particolari" in cui, stante il vuoto normativo in materia di famiglia omosessuale, la giurisprudenza di merito e di legittimità ha il dovere di operare una equiparazione tra i diritti delle coppie eterosessuali sposate e quelli delle coppie omosessuali "necessariamente" solo conviventi.

Dopo la totale parificazione tra i diritti e le situazioni giuridiche delle coppie conviventi *more uxorio*, a prescindere dal sesso dei componenti, cui meritoriamente la magistratura si è da tempo dedicata (44), è ora giunto il momento che, con una maggior

Note:

(42) Sulla base dell'assunto che "in tema di diritto dello straniero al ricongiungimento familiare, il cittadino extracomunitario legato ad un cittadino italiano ivi dimorante da un'unione di fatto debitamente attestata nel paese d'origine del richiedente, non può essere qualificato come 'familiare' ai sensi dell'art. 30 comma 1 lett. c) d.lgs. n. 286 del 1998, in quanto tale nozione, delineata dal legislatore in via autonoma, agli specifici fini della disciplina del fenomeno migratorio, non è suscettibile di estensione in via analogica a situazioni diverse da quelle contemplate, non essendo tale interpretazione imposta da alcuna norma costituzionale". Cass., sez. I, 17.03.09, n. 6441, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 3, 464.

(43) Fonte: www.certidiritti.it, 28.09.12 "Anche le coppie dello stesso sesso che hanno un'unione civile celebrata all'estero possono ottenere il permesso di soggiorno in Italia".

(44) *Ex multis*, Trib. Roma 20.11.1982, in *Riv. giur. ed.*, 1983, I, 959, per cui "la convivenza *more uxorio* nell'immobile locato, del conduttore omosessuale con un amico, alla pari dell'ipotesi di convivenza tra eterosessuali, esclude la configurabilità di un rapporto di sublocazione che legittima il locatore a chiedere la risolu-

(segue)

dose di coraggio, si dia attuazione alle indicazioni ricevute dalle sentenze n. 138/10 Corte Cost. e n. 4184/12 Cass. e, su sollecitazione degli interessati, si proceda speditamente al riconoscimento in concreto di tutta una serie di specifici diritti in favore delle coppie *same-sex*, che altro non rappresentano se non la materiale applicazione del più generale diritto fondamentale, riconosciuto dall'art. 2 Cost., di vivere liberamente una condizione di coppia, senza discriminazioni dovute all'orientamento sessuale, nell'attesa che il legislatore attui, anche sotto tale profilo, la nostra Costituzione.

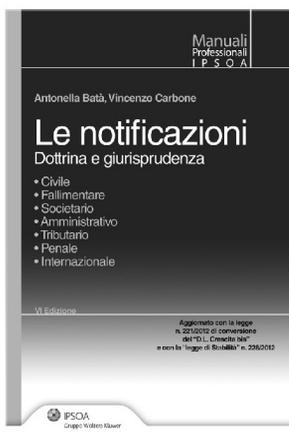
Nota:

(continua nota 44)

zione del contratto"; Trib. Firenze 11.08.1986, in *Dir. eccl.*, 1989, II, 367 e Trib. Milano 1.07.1993, in *Gius.*, 1994, 103, che hanno riconosciuto la qualifica di obbligazione naturale alle donazioni tra conviventi omosessuali; Trib. Milano, sez. lavoro, 15.12.09, inedita, che ha accertato il diritto del convivente omosessuale *more uxorio* ad iscriversi alla Cassa Mutua nazionale delle BCC; Trib. Milano 13.11.2009, ord., in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 412, con nota di Bilotta, *La convivenza tra persone dello stesso sesso è ancora un tabù?*, che ha affermato il diritto al risarcimento del danno da morte del convivente omosessuale; G.U.P. Roma 19.07.07, ord. inedita, con cui è stata ammessa la costituzione di parte civile del convivente *same-sex* della vittima di un reato di omicidio nel processo penale a carico del presunto assassino.

LIBRI

Disponibile anche in E-BOOK



Le notificazioni

Antonella Batà, Vincenzo Carbone

Il volume fornisce **un quadro completo ed aggiornato delle** articolate procedure concernenti le notificazioni.

Vengono approfonditi gli aspetti della **notificazione civile**, della **notificazione nel processo amministrativo**, della **notificazione nel processo tributario** e nel **processo penale**.

L'Opera è aggiornata, da ultimo, con la **Legge di Stabilità 228/2012**, con il **D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 "Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese"**, conv., con modif., dalla L. n. 221/2012, con il D.L. 2 marzo 2012, n. 16, conv., con modif., dalla L. 26 aprile 2012, n. 44, c.d. "decreto semplificazioni tributarie" e con la L. 12 novembre 2011, n. 183, in tema di posta elettronica certifi-

cata, riduzione e accelerazione del contenzioso pendente davanti alle Corti d'appello e alla Corte di cassazione e spese di giustizia.

Ipsoa 2013, pagg. 1608,
€ 102,00

Codice: 139166

ISBN: 978-88-217-4167-8

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- **http://www.shopwki.it**