



FRANCESCO BATTAGLIA*

LA DEFINIZIONE DI “CONIUGE” AI SENSI DELLA DIRETTIVA 38/2004: IL CASO *COMAN E HAMILTON*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. I fatti all’origine della causa e le principali questioni giuridiche connesse. – 2.1. Il diritto di soggiorno derivato alla luce del principio dell’effetto utile. – 2.2. Sulla nozione di coniuge nella direttiva 2004/38. – 2.3. I profili connessi alla tutela dei diritti umani. – 3. L’*iter* argomentativo della Corte. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Considerazioni introduttive*

Con la pronuncia pregiudiziale nel caso *Coman e al.* del 5 giugno scorso¹, la Grande sezione della Corte di giustizia dell’Unione europea ha fornito, per la prima volta, un’interpretazione della nozione di “coniuge”, ai sensi della direttiva 38/2004, relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri². In particolare, i giudici di Lussemburgo hanno chiarito che tale espressione ricomprende anche i matrimoni conclusi fra persone dello stesso sesso. Di conseguenza, ha stabilito che il cittadino di un Paese terzo, sposato con un cittadino UE dello stesso sesso, ha il diritto di ottenere un permesso di soggiorno superiore ai tre mesi, ai sensi della suddetta direttiva³.

* Assegnista di ricerca di Diritto dell’Unione europea - Sapienza Università di Roma.

¹ Sentenza della Corte (Grande sezione) del 5 giugno 2018, Causa C-673/16 *Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept c. Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne, Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, ECLI:EU:C:2018:385.

² Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, in *GUUE* del 30 aprile 2004, L 158/77.

³ Occorre ricordare che la direttiva 2004/38 determina: *a)* le modalità d’esercizio del diritto di libera circolazione e soggiorno nel territorio degli Stati membri da parte dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari; *b)* il diritto di soggiorno permanente nel territorio degli Stati membri dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari; *c)* le limitazioni dei suddetti diritti per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica. A tal fine, all’art. 2, stabilisce che si devono intendere come familiari: *a)* il coniuge; *b)* il *partner* che

Data l'importanza della questione trattata e considerata l'assenza di giurisprudenza pregressa, la sentenza era molto attesa dagli esperti della materia. Alcuni di questi, già dopo la pubblicazione delle conclusioni dell'Avvocato generale Melchior Wathelet, presentate l'11 gennaio scorso⁴, avevano manifestato il loro apprezzamento per l'approccio estensivo da questi adottato, affermando che, se tale interpretazione fosse stata seguita anche dalla Corte, come poi è effettivamente accaduto⁵, si sarebbe compiuto il primo passo verso il futuro riconoscimento dei matrimoni *same-sex* in tutti gli Stati membri⁶.

La questione, invero, è all'attenzione della dottrina già da tempo. Esattamente, da quando, in sede di adozione della direttiva 38/2004, il legislatore dell'Unione ha deciso di utilizzare una formula neutra e, pertanto, non ha precisato se il termine "coniuge" si riferisse solo ai matrimoni contratti fra un uomo ed una donna, o dovesse estendersi anche a quelli omosessuali. Per tale motivo, quindi, si auspicava un intervento chiarificatore da parte della Corte di giustizia, al fine di definirne in maniera inequivocabile la portata.

La questione trattata è evidentemente molto delicata, poiché, da un lato, incide sulla tutela dei diritti fondamentali degli individui, così come riconosciuti dai trattati e dalla Carta di Nizza, e, dall'altro, solleva diverse problematiche etiche e valoriali ritenute di primaria importanza in alcuni Stati membri.

Ad oggi, infatti, le legislazioni nazionali in materia di matrimoni *same-sex* presentano ancora profonde differenze. Nonostante la maggioranza degli Stati membri abbia adottato leggi che disciplinano i matrimoni omosessuali o che, comunque, istituiscono forme di unioni registrate più o meno equiparabili, esiste ancora una non trascurabile minoranza di Paesi, abbastanza compatta sotto un profilo geografico, che ne pone espresso divieto, a volte anche attraverso disposizioni costituzionali. L'Italia stessa, dove il matrimonio *same-*

abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante; c) i discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico e quelli del coniuge o partner di cui alla lettera b; d) gli ascendenti diretti a carico e quelli del coniuge o partner di cui alla lettera b.

⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Melchior Wathelet presentate l'11 gennaio 2018, Causa C-673/16, *Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept c. Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne, Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, ECLI:EU:C:2018:2.

⁵ Fra i commenti pubblicati immediatamente dopo la pubblicazione delle Conclusioni di Wathelet, cfr. A. TRYFONIDOU, *Awaiting Judgement in Coman: Towards the Cross-Border Legal Recognition of Same-Sex in the EU?* Disponibile on line su <http://eulawanalysis.blogspot.com/2017/03/awaiting-ecj-judgment-in-coman-towards.html>.

⁶ Per un commento "a caldo" sulla sentenza, che confronti anche le argomentazioni della Corte con quelle dell'Avvocato generale, cfr. S. PEERS, *Love wins in the CJEU: Same Sex Marriages and EU free movement law*, disponibile on line su <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/06/love-wins-in-cjeu-same-sex-marriages.html>; G. ROSSILLO, *Corte di giustizia, matrimoni tra persone dello stesso sesso e diritti fondamentali: il caso Coman*, in *Sidiblog*, 8 luglio 2018, disponibile on line su <http://www.sidiblog.org/2018/07/08/corte-di-giustizia-matrimonio-tra-persone-dello-stesso-sesso-e-diritti-fondamentali-il-caso-coman/>; M. FALLON, *Observation sous CJUE, 5 juin 2018, gr. ch., Coman*, in *Cahiers de l'EDM*, juin 2018, disponibile on line su <https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie/actualites/observations-sous-cjue-5-juin-2018-gr-ch-coman-c-673-16-eu-c-2018-385.html>; A. TRYFONIDOU, *Free Movement of Same-Sex Spouses within the EU: The ECJ's Coman Judgement*, 19 June 2018, disponibile on line su <https://europeanlawblog.eu/2018/06/19/free-movement-of-same-sex-spouses-within-the-eu-the-ecjs-coman-judgment/>; D. TAN, *Adrian Coman v. Romania: A Small Victory with Wasted Potential*, in *Oxford Human Rights Hub Blog*, 19 June 2018, disponibile on line su <http://ohrh.law.ox.ac.uk/adrian-coman-v-romania-a-small-victory-with-wasted-potential>; S. PEREZ FERNANDES, *Just married, indeed! Same-sex marriage and free movement of EU citizens – the ECJ's ruling in Coman and Others*, disponibile on line su <https://officialblogofunio.com/2018/06/14/just-married-indeed-same-sex-marriage-and-free-movement-of-eu-citizens-the-ecjs-ruling-in-coman-and-others/>.

sex non è stato ancora autorizzato, ha approvato una legge sulle unioni civili solo da pochi anni⁷. Fra l'altro, soltanto in conseguenza di alcune sentenze di condanna emesse dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁸.

Sotto il profilo del diritto dell'Unione europea, questo quadro è reso ancor più complesso dal fatto che le questioni relative al diritto di famiglia sono di competenza esclusiva degli Stati, per cui le istituzioni non possono adottare atti legislativi tesi a disciplinare la materia⁹. Ciò non toglie, però, che gli Stati, anche nell'esercizio delle proprie competenze esclusive, debbano sempre rispettare il diritto dell'Unione europea, garantendone una corretta e uniforme applicazione. Tanto più in settori di assoluta e centrale importanza per l'integrazione europea, come il diritto alla libera circolazione delle persone¹⁰. A questo proposito, la Corte di giustizia ha ribadito in più occasioni che il diritto dell'Unione osta a provvedimenti nazionali che abbiano l'effetto di privare le persone dal godimento reale ed effettivo dei diritti loro riconosciuti con l'acquisizione dello *status* di cittadini dell'Unione¹¹. Quindi, per quanto qui d'interesse, le normative nazionali sul diritto di famiglia non possono creare delle ingiustificate limitazioni del diritto di circolare e

⁷ Legge 20 maggio 2016 n. 76, recante Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze, in *Gazzetta ufficiale*, n.118 del 21 maggio 2016. Su tale intervento legislativo, cfr., S. MARINAI, *Recognition in Italy of Same-Sex Marriages Celebrated Abroad: the Importance of a Bottom-Up Approach*, in *European Journal of Legal Studies*, 2016, pp. 10-37; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto alla coesione familiare prima e dopo la legge n. 76 del 2016*, in *Giurisprudenza italiana*, 2017, pp. 584-590.

⁸ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Oliari and Others v. Italy*, application no. 18766/11 and 36030/11, 21 July 2015; *Taddenci and McCall v. Italy*, Application no. 51362/09, 30 June 2016.

⁹ L'unica eccezione è prevista nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale. All'art. 81 par. 3, viene, infatti, stabilito che: «In deroga al paragrafo 2, le misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali sono stabilite dal Consiglio, che delibera secondo una procedura legislativa speciale. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo. Il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare una decisione che determina gli aspetti del diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali e che potrebbero formare oggetto di atti adottati secondo la procedura legislativa ordinaria. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo. I parlamenti nazionali sono informati della proposta di cui al secondo comma. Se un parlamento nazionale comunica la sua opposizione entro sei mesi dalla data di tale informazione, la decisione non è adottata. In mancanza di opposizione, il Consiglio può adottare la decisione». In materia di diritto di famiglia, sono in vigore i seguenti strumenti di diritto derivato: Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, in *GUUE* L 338 del 23 dicembre 2003 pp. 1-29; Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari; in *GUUE* L 7/1 del 10 gennaio 2009; pp. 1-79; Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, in *GUUE* L 201/107 del 27 luglio 2012, pp. 296-323; Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, in *GUUE* L 343/10 del 29 dicembre 2010, pp. 10-16.

¹⁰ Sulla centralità della libera circolazione nell'ambito dei diritti di cittadinanza, cfr., C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, 2017.

¹¹ Sentenza della Corte (Grande sezione) del 8 marzo 2011, Causa C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEM)*, ECLI:EU:C:2011:124, punto 42; sentenza della Corte (Terza sezione) del 5 maggio 2011, Causa C-434/09, *Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department*, ECLI:EU:C:2011:277, punto 47; sentenza della Corte (Grande sezione) del 15 novembre 2011, Causa C-256/11, *Murat Dereci e altri c. Bundesministerium für Inneres*, ECLI:EU:C:2011:734., punto 64.

soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, sancito all'art 20, par. 2, lett. a) del TFUE e disciplinato dalla direttiva 38/2004, così come interpretati dalla Corte di giustizia.

Alla luce di ciò, la sentenza in esame, fornendo un'interpretazione evolutiva di una nozione fondamentale contenuta nella detta direttiva, costituisce un momento essenziale nel processo di rafforzamento dei diritti di cittadinanza e, nello specifico, della libera circolazione delle persone. Tale pronuncia, infatti, avrà indubbiamente un impatto sostanziale negli ordinamenti giuridici degli Stati membri e, soprattutto, in quelli che negano una qualsiasi forma giuridica di riconoscimento delle coppie omosessuali. Impatto che si estenderà, con ogni probabilità, anche oltre i confini della libera circolazione delle persone¹².

Pertanto, appare utile svolgere alcune riflessioni in merito, non solo al fine di esaminare le argomentazioni sviluppate dalla Corte, ma anche con l'obiettivo di ragionare sui possibili sviluppi futuri.

A tal proposito, per quanto concerne l'approccio metodologico utilizzato, nel presente lavoro saranno, preliminarmente, individuate ed esaminate le principali problematiche di diritto sollevate dalla vicenda in questione, per poi analizzare, nello specifico, l'interpretazione che ne ha fornito la Corte. Alla luce di ciò, quindi, si rifletterà sulle prossime evoluzioni della disciplina.

2. I fatti all'origine della causa e le principali questioni giuridiche connesse

Come detto, la sentenza rappresenta un caso unico nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di libera circolazione delle persone, poiché è la prima volta che i giudici di Lussemburgo si sono pronunciati sull'interpretazione del termine coniuge, ai sensi della direttiva 38/2004.

La questione trae origine dalla richiesta di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte costituzionale rumena, nell'ambito di un procedimento interno sul riconoscimento dello *status* di coniuge ad un cittadino di un Paese terzo, il quale si era sposato, in Belgio, con un cittadino rumeno.

Più precisamente, i ricorrenti nel giudizio *a quo*, Relu Adrian Coman, di cittadinanza rumena, e Robert Clabourn Hamilton, statunitense, sono una coppia omosessuale che, dopo aver convissuto per tre anni negli Stati Uniti, il 5 novembre 2010 si è sposata in Belgio, dove il primo dei due si era trasferito circa un anno prima, per lavorare come assistente di un parlamentare europeo¹³.

¹² Ancor prima della sentenza *Coman*, in dottrina è stato sostenuto che un'eventuale «*Mutual recognition of same-sex spouses as "spouse" under the Citizens Rights Directive is crucial, not only to ensure the effective enjoyment by Union citizens of their right to free movement, but also to prevent discrimination on the basis of sexual orientation and to ensure respect for their family life*». Cfr. C. BELL, N.B. SELANEC, *Who is a "Spouse" under the Citizens' Rights Directive? The Prospect of Mutual Recognition of Same-Sex Marriages in the EU*, in *Eur. Law Rev.*, 2016, pp. 655-686.

¹³ In Belgio il matrimonio fra persone dello stesso sesso è stato introdotto con *la loi du 13 février 2003. ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil*. Al momento della sua adozione, i Paesi Bassi erano l'unico altro paese dell'UE a prevedere una simile possibilità. Oggi, invece, a questi due Stati se ne sono aggiunti altri 13. Il matrimonio omosessuale, infatti, è riconosciuto anche in Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Islanda, Irlanda, Lussemburgo, Malta, Norvegia, Portogallo, Spagna, Svezia e Regno Unito.

Nel 2012, quando ha lasciato le sue funzioni al Parlamento europeo, il signor Coman, nella prospettiva di tornare nel suo Paese di origine, ha chiesto informazioni alle autorità rumene circa la possibilità che il coniuge potesse ottenere, ai sensi della direttiva 38/2004, un permesso di soggiorno superiore ai tre mesi, proprio in quanto suo familiare¹⁴. A tale richiesta, gli uffici competenti hanno risposto che il codice civile rumeno non prevede l'istituto del matrimonio fra persone dello stesso sesso, per cui al sig. Hamilton non sarebbe stato riconosciuto lo *status* di coniuge acquisito in Belgio e, di conseguenza, non avrebbe potuto ottenere il permesso di soggiorno.

Alla luce del diniego ricevuto, quindi, i coniugi hanno proposto ricorso al Tribunale di primo grado di Bucarest, il quale ha rinviato la questione alla Corte Costituzionale, affinché si pronunciasse sulle questioni di costituzionalità. La Corte costituzionale, a sua volta, ritenendo che la vicenda riguardasse l'applicazione della direttiva 38/2004 e nutrendo dubbi su come interpretare alcune disposizioni in essa contenute, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali. Tra di esse, quella di maggior rilevanza ai nostri fini è se il termine “coniuge”, ai sensi della direttiva 2004/28, letto congiuntamente alle disposizioni della Carta di Nizza sul rispetto alla vita privata e familiare¹⁵, sul diritto di sposarsi¹⁶, sull'obbligo di non discriminazione¹⁷ e sulla libertà di circolazione e soggiorno¹⁸, dovesse essere interpretato in modo da ricomprendere anche il coniuge dello stesso sesso, proveniente da uno Stato terzo, di un cittadino dell'Unione europea, con il quale quest'ultimo si è legalmente sposato in base alla legge di uno Stato membro diverso da quello ospitante.

Alla luce di questa ricostruzione dei fatti, prima di entrare nel merito della pronuncia della Corte, è opportuno soffermarsi sulle principali questioni di diritto connesse al caso in esame.

2.1. Il diritto di soggiorno derivato alla luce del principio dell'effetto utile

Dal punto di vista del diritto dell'Unione europea, il primo aspetto su cui riflettere è la natura dei fatti ad origine della controversia. Ci si deve, cioè, domandare se questi, letti

¹⁴ Secondo l'art. 7 della direttiva 2004/38 ciascun cittadino dell'Unione ha il diritto di soggiornare per un periodo superiore a tre mesi nel territorio di un altro Stato membro, purché soddisfi una serie di condizioni. Fra queste, ad esempio: a) essere lavoratore subordinato o autonomo nello Stato membro ospitante; b) disporre, per sé stesso e per i propri familiari, di risorse economiche sufficienti, tali da non divenire un onere a carico dell'assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il periodo di soggiorno; c) essere iscritto presso un istituto pubblico o privato per seguire un corso di studi; d) disporre di un'assicurazione malattia. La medesima disposizione, inoltre, estende il diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi anche ai familiari che accompagnano o raggiungono un cittadino dell'Unione che soddisfi le suddette condizioni.

¹⁵ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nella versione adattata, proclamata solennemente a Strasburgo il 12 dicembre 2007 e pubblicata in *GUUE* del 14 dicembre 2007, C 303, art 7: «ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni».

¹⁶ *Id.*, art. 9: «Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio».

¹⁷ *Id.*, art. 21: «1. È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o gli orientamenti sessuali. 2. Nell'ambito d'applicazione dei trattati è vietata qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità».

¹⁸ *Id.*, art. 45: «1. Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. 2. La libertà di circolazione e di soggiorno può essere accordata, conformemente ai trattati, ai cittadini dei paesi terzi che risiedono legalmente nel territorio di uno Stato membro».

alla luce del principio dell'effetto utile, debbano essere considerati come una questione puramente interna. Apparentemente, infatti, davanti al giudice del rinvio i ricorrenti non stavano esercitando il diritto alla libera circolazione, poiché la fattispecie riguarda una persona che voleva stabilirsi, insieme al coniuge, cittadino di uno Stato terzo, nel Paese di origine, cioè la Romania. A tal proposito, la Corte ha più volte ribadito che, secondo un'interpretazione letterale, sistematica e teleologica delle disposizioni contenute nella direttiva 38/2004 si evince come quest'ultima disciplini unicamente le condizioni di ingresso e di soggiorno di un cittadino dell'Unione negli Stati membri diversi da quello di cui egli ha la cittadinanza¹⁹.

Tuttavia, come già avvenuto in passato, i giudici di Lussemburgo hanno deciso di adottare un approccio estensivo, facendo ricorso al consolidato principio dell'effetto utile²⁰, secondo cui una norma non deve essere interpretata soltanto alla luce della lettera, ma seguendo un criterio funzionale, che tenga conto anche del contesto giuridico in cui si colloca, delle finalità che si propone di raggiungere e degli obiettivi indicati nei trattati²¹. Di conseguenza, hanno ribadito che, qualora un cittadino dell'Unione, conformemente all'art. 21 del TFUE, eserciti il diritto alla libera circolazione e si stabilisca in un altro Stato membro, il carattere effettivo del soggiorno nello Stato membro ospitante crea, al momento del suo ritorno nel Paese di cittadinanza, un diritto di soggiorno derivato di cui può beneficiare il cittadino di un Paese terzo con il quale questi, nel frattempo, ha instaurato un rapporto di vita familiare²². I cittadini dell'Unione, infatti, potrebbero essere dissuasi dal lasciare il proprio Paese di origine per esercitare un'attività lavorativa nel territorio di un altro Stato membro, se non avessero la sicurezza di poter fruire, allorché tornino nello Stato di cittadinanza, di agevolazioni in fatto di ingresso e di soggiorno dei propri familiari, almeno equivalenti a quelle di cui possono disporre, in forza dei trattati o delle norme di diritto derivato, come la direttiva 38/2004, nel territorio di un altro Stato membro. Alla base di questa logica interpretativa, sviluppata a partire dalla sentenza *Singh* del 1992²³, risiede l'idea che i diritti di libera circolazione delle persone non potrebbero produrre pienamente i loro effetti se i cittadini dell'Unione potessero essere indotti dall'esercitarli a causa degli ostacoli frapposti, nei propri Paesi di origine, all'ingresso e al soggiorno dei loro familiari.

¹⁹ Sentenza della Corte (Grande sezione) del 14 novembre 2017, Causa C-165/16, *Toufik Lounes c. Secretary of State for the Home Department*, ECLI:EU:C:2017:862, punto 33; sentenza della Corte (Grande sezione) del 12 marzo 2014, Causa C-456/12, *O. e B. c. Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel*, ECLI:EU:C:2014:135, punto 37; Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 18 dicembre 2014, Causa C-202/13, *Sean Ambrose McCarthy, Helena Patricia McCarthy Rodriguez, Natasha Caley McCarthy Rodriguez c. Secretary of State for the Home Department*, ECLI:EU:C:2014:2450, punto 36.

²⁰ Sul principio dell'effetto utile, nella dottrina italiana, cfr., C. PESCE, *Il principio dell'effetto utile e la tutela dei diritti nella giurisprudenza dell'Unione*, in *St. integr. Eur.*, 2014, pp. 359-376; I. INGRAVALLO, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017.

²¹ Questo, fra l'altro, è il criterio interpretativo indicato anche nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, la quale, all'art. 31, stabilisce che «Un trattato deve essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo».

²² Si veda, fra i casi simili più recenti, la già citata sentenza *O. e B.* del 12 marzo 2014, nonché la sentenza della Corte (Grande sezione) del 12 marzo 2014, Causa C-457/12, *S. e G. c. Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel*, ECLI:EU:C:2014:136.

²³ Sentenza della Corte del 7 luglio 1992, Causa C-370/90, *The Queen c. Immigration Appeal Tribunal e Surinder Singh*, ECLI:EU:C:1992:296, punto 23.

Su quest’aspetto, l’impianto argomentativo seguito dalla Corte nel caso *Coman* non presenta particolari profili di novità rispetto al passato, ma è conforme alla sua consolidata giurisprudenza in materia.

Tuttavia, ad una lettura più attenta, sembra che, nella pronuncia in esame, i giudici dell’Unione, oltre a ribadire un concetto ormai assodato, ne abbiano voluto anche rafforzare la portata, rendendo la sua applicazione meno rigida. Nei casi precedenti, infatti, avevano lasciato una certa discrezionalità al giudice del rinvio, affidandogli il compito di verificare se, in ciascuna delle situazioni in discussione nei procedimenti *a quo*, la concessione di un diritto di soggiorno derivato al cittadino interessato del Paese terzo, familiare di un cittadino dell’Unione, fosse necessaria al fine di assicurare a quest’ultimo l’esercizio effettivo della libertà fondamentale garantita dai trattati. Inoltre, avevano più volte fatto presente come fosse sempre compito del giudice del rinvio accertare che gli interessati avessero soggiornato in modo effettivo in uno Stato membro ospitante, per cui, stante la vita familiare condotta durante il periodo di soggiorno effettivo, potessero beneficiare del diritto di soggiorno derivato²⁴. Il riconoscimento di quest’ultimo, quindi, è stato subordinato all’accertamento, caso per caso, di una serie di condizioni fattuali da parte del giudice nazionale.

Nella presente fattispecie, invece, poiché trattasi di una situazione di coniugio, la Corte ha ritenuto che al giudice nazionale non è riconosciuta tale discrezionalità. Pertanto, questi deve semplicemente prendere atto del dato giuridico, cioè della presenza o meno di un’unione matrimoniale contratta dai ricorrenti in un altro Stato membro.

Va osservato, ancora, che, nei precedenti casi, la Corte, mostrando sempre una maggiore cautela rispetto alla sentenza *Coman e al.*, aveva anche rimarcato come l’applicazione delle norme del diritto dell’Unione non potesse estendersi fino al punto da favorire pratiche abusive. Pertanto, doveva essere appurato che i richiedenti non avessero l’intenzione di ottenere un vantaggio derivante dalla normativa dell’Unione mediante la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per la sua acquisizione²⁵.

Applicato in contesti simili a quelli della vicenda in esame, ciò significa che i coniugi dovrebbero dimostrare di aver effettivamente condotto una vita familiare in un Paese ospitante, nel corso della quale hanno deciso, come normale conseguenza della loro relazione, di sposarsi. In termini più generali, il matrimonio non può essere utilizzato in maniera fraudolenta come strumento per beneficiare del diritto di soggiorno derivato.

Nel caso in esame, l’Avvocato generale, rispetto a quanto fatto dalla Corte, si è soffermato con maggior attenzione sull’effettività della vita familiare dei due interessati e, quindi, sulle ragioni che hanno portato gli stessi a sposarsi. Nelle sue conclusioni, infatti, ha ricostruito il rapporto esistente fra i due in maniera ben più approfondita di quanto fatto successivamente dalla Corte. Ha, quindi, rimarcato che i signori Coman e Hamilton avevano realmente consolidato una vita familiare in occasione del soggiorno effettivo in Belgio del primo e che, di conseguenza, il loro matrimonio, celebrato dopo un periodo di convivenza di quattro anni negli Stati Uniti, aveva semplicemente rafforzato la loro unione. A questo proposito, ha anche precisato che «la circostanza che il sig. Hamilton non abbia vissuto ininterrottamente con il sig. Coman [a Bruxelles], non sembra idonea a far venir meno l’effettività della loro relazione. Infatti, in un mondo globalizzato, non è raro che una coppia, in cui uno dei membri lavora all’estero, non condivida il medesimo alloggio per periodi più o meno lunghi [...] La mancata convivenza, di per se stessa, non può, [però],

²⁴ Cfr., ad esempio, *S. e G.*, *cit.*, par. 42; nonché *O. e B.*, *cit.*, punto 57.

²⁵ Cfr. *O. e B.*, *cit.*, punto 58.

incidere sull'esistenza di una relazione stabile accertata e, di conseguenza, sull'esistenza di una vita familiare»²⁶.

Quindi, l'Avvocato generale, coerentemente con la precedente giurisprudenza in materia, sembra aver utilizzato un approccio più cauto rispetto alla Corte. Da un lato, cioè, attraverso il ricorso al principio dell'effetto utile, ha inteso offrire un'interpretazione estensiva alla direttiva 38/2004, riconoscendo la possibilità del diritto di soggiorno derivato, ma, dall'altro, ha chiarito che tale diritto è invocabile solo alla presenza di condizioni non solo giuridiche, ma anche fattuali, che devono effettivamente sussistere ed essere dimostrate.

Al contrario, la Corte, come si vedrà in seguito, è stata più aperta nel suo *iter* argomentativo e non è entrata in maniera altrettanto approfondita nel merito della vita familiare dei due ricorrenti, al fine di valutarne la sua effettività.

2.2. Sulla nozione di coniuge nella direttiva 2004/38

Il nodo principale da sciogliere nel caso in esame è quello relativo alla definizione giuridica di coniuge, ai sensi della direttiva 38/2004. È chiaro, infatti, che, nel dirimere la questione, la Corte dovesse necessariamente fornire un'interpretazione precisa di tale termine, da lungo tempo attesa.

Come noto, la direttiva 38/2004 si applica ai cittadini dell'Unione ed ai loro familiari, anche se cittadini di Stati terzi. A tal proposito, la definizione di "familiari" fornita dall'art. 2 della stessa prevede quattro differenti categorie. Per quanto di nostro interesse, ai punti 2 a) e 2 b), l'art. 2 definisce come familiari sia il coniuge del cittadino dell'Unione, sia «il *partner* che abbia contratto un'unione registrata sulla base della legislazione dello Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione». Tale disposizione, quindi, ha esteso l'elenco degli aventi diritto alle persone che, benché non sposate, abbiano concluso un'unione registrata e che conducano una vita familiare equiparabile a quelle delle coppie coniugate. La finalità di una simile apertura, tuttavia, non era rivolta esclusivamente alle coppie omosessuali, ma anche, o forse principalmente, a quelle eterosessuali che, ai sensi delle loro leggi nazionali, dovessero trovare più conveniente registrare giuridicamente la loro unione, piuttosto che sposarsi. Infatti, la stessa Commissione, in fase di presentazione della proposta, ha fatto presente che diversi Stati membri avevano adottato leggi che disciplinavano le unioni registrate e, pertanto, all'interno dell'Unione «*the "family group" has been recently undergoing rapid change and more and more people, often with children, are forming "de facto" couples. Furthermore, several Member States have introduced a special status, with a set of rights and obligations, which cohabiting unmarried couples can register for*»²⁷.

Fra l'altro, proprio per evitare che tale disposizione potesse essere interpretata in maniera da imporre un automatico riconoscimento delle unioni registrate omosessuali, considerata anche l'eterogeneità delle legislazioni nazionali in materia, il legislatore

²⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale Melchior Wathelet, *cit.*, par. 58.

²⁷ *Proposal for a European Parliament and Council Directive on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States* - Explanatory Memorandum - COM(2001) 257 final, 23 May 2001, p. 7.

dell'Unione ha utilizzato un approccio molto cauto²⁸. L'art. 2 punto 2) lett. b), infatti, stabilisce che le unioni civili possono rientrare all'interno della definizione di “familiari” solo se la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e, comunque, sempre nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione²⁹.

Per quanto riguarda, invece, il termine “coniuge”, la direttiva non contiene alcuna precisazione, poiché si riteneva che tale nozione fosse interpretata in maniera uniforme in tutti gli Stati membri. Tuttavia, durante lo svolgimento dell'iter legislativo, in fase di prima lettura, il Parlamento europeo aveva, in realtà, presentato una proposta di emendamento, con il quale si suggeriva di aggiungere, subito dopo il termine “coniuge”, la formula “a prescindere dal sesso”. Secondo il Parlamento, tale modifica sarebbe stata necessaria al fine di rendere la direttiva rispettosa delle diverse forme di relazioni familiari esistenti nella società del tempo³⁰.

Per diverse ragioni, però, la Commissione ha ritenuto di non poter accogliere una simile proposta. In primo luogo, perché, a suo parere, in questo modo la direttiva avrebbe imposto agli Stati di modificare le proprie legislazioni interne sul diritto di famiglia, sebbene tale materia ricada nell'ambito della competenze degli Stati membri³¹. In secondo luogo, perché, all'epoca in cui è stata adottata la direttiva, solo due Stati membri prevedevano la possibilità dei matrimoni *same-sex*. Di conseguenza, a suo modo di vedere, l'emendamento proposto dal Parlamento europeo non rispecchiava l'orientamento generale degli Stati membri, in un settore che questi ultimi hanno sempre percepito come molto delicato. Fra l'altro, proprio pochi anni prima, nel 2001, la stessa Corte di giustizia, nella causa *D e Regno di Svezia c. Consiglio dell'Unione europea*, aveva ritenuto «pacifico che il termine “matrimonio”, secondo la definizione comunemente accolta dagli Stati membri, designa un'unione tra due persone di sesso diverso»³².

A questo proposito, occorre precisare che, sebbene la Corte non abbia più avuto modo di pronunciarsi in materia, gli Stati membri, dall'adozione della suddetta sentenza ad oggi, hanno manifestato una significativa evoluzione riguardo i matrimoni omosessuali. Al

²⁸ A tal proposito, in dottrina è stato fatto notare come, in realtà, le istituzioni abbiano sempre manifestato un atteggiamento molto prudente nelle questioni che possono interferire con il diritto di famiglia. Cfr. G. ROSSOLILLO, *op. cit.*

²⁹ Sulla portata innovativa di tale disposizione, cfr. M. CONDINANZI, C. AMALFITANO, *La libera circolazione della “coppia” nel diritto comunitario*, in *Dir. un. eur.*, 2008, n. 2, pp. 399-432; nonché R. PALLADINO, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, Bari, 2012, p. 64 ss..

³⁰ PARLAMENTO EUROPEO, Commissione per le libertà e i diritti dei cittadini, la giustizia e gli affari interni, Relazione sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, finale A5-0009/2003, 23 gennaio 2003, p. 14

³¹ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Amended proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Right of Citizens of the Union and their Family Members to Move and Reside Freely within the Territory of the Member States*, 15 April 2003, COM(2003) 199 final, p. 3: «However, it is not possible to incorporate some of the amendments in the amended proposal. These include firstly the amendments to Article 2 on the definition of family members, in particular the concept of spouse and partner. Parliament's amendments would recognise as family members the spouse of the same sex in the same way as the spouse of a different sex, the registered partner in accordance with the legislation of the Member State of origin, and non-married partners in accordance with the legislation or practice of the host or home Member State. On this point the Commission feels that harmonisation of the conditions of residence for Union citizens in Member States of which they are not nationals must not result in the imposition on certain Member States of amendments to family law legislation, an area which does not fall within the Community's legislative jurisdiction».

³² Sentenza della Corte del 31 maggio 2001, Cause riunite C-122/99 P e C-125/99 P, *D e Regno di Svezia c. Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:C:2001:304.

momento, infatti, 13 dei 28 Stati membri dell'Unione hanno modificato la propria legislazione, al fine di riconoscere giuridicamente il matrimonio fra coppie dello stesso sesso³³.

Nonostante ciò, lo scrivente ritiene che, allo stato attuale, non si possa ritenere che la definizione di matrimonio comunemente accettata dagli Stati membri ricomprenda anche i matrimoni *same-sex*. Come visto, infatti, appena la metà degli Stati membri ha introdotto tale possibilità nel proprio ordinamento. In altri Stati, invece, si è deciso di seguire una strada più cauta, attraverso l'adozione di leggi che regolano le unioni civili, le quali, nonostante la giurisprudenza evolutiva della Corte, non sono, almeno nell'intenzione degli Stati che le hanno introdotte, equivalenti all'istituto del matrimonio³⁴. In altri ancora, soprattutto nei Paesi che hanno acquisito lo *status* di membro dopo il 2004, il matrimonio omosessuale è proibito dalla legge³⁵, se non addirittura dalla Costituzione³⁶.

Su questa materia, quindi, esistono ancora sensibilità profondamente differenti all'interno dell'Unione, che non consentono di individuare una prassi generalizzata degli Stati membri. Invero, la questione del matrimonio fra coppie dello stesso sesso mostra come all'interno dell'UE esistano due blocchi di Stati con tradizioni e sensibilità culturali fortemente diverse. Da un lato, i Paesi occidentali, con legislazioni più moderne e coerenti con le norme sulla tutela dei diritti fondamentali. Dall'altro, una larga parte dei Paesi che ha aderito all'Unione dopo il 2004, con legislazioni tendenzialmente più conservatrici. Ciò non toglie che, al fine di accertare l'esistenza di una tendenza generalizzata a riconoscere giuridicamente i matrimoni fra persone dello stesso sesso, debbano essere tenute in conto le prassi di entrambi i gruppi di Stati, in quanto membri della stessa organizzazione internazionale.

2.3. *I profili connessi alla tutela dei diritti umani*

La controversia in esame è pure strettamente connessa alla tutela internazionale dei diritti umani e, in particolare, al diritto ad una vita privata e familiare e all'obbligo di non discriminazione. Quindi, prima di procedere con l'analisi dell'*iter* argomentativo seguito dalla Corte, è necessario soffermarsi brevemente su quest'aspetto.

Dato lo stretto legame esistente fra il riconoscimento giuridico delle coppie *same-sex* e la normativa internazionale sui diritti individuali, anche la Corte europea dei diritti umani (Corte EDU) ha avuto più volte l'occasione di pronunciarsi in materia. Ai nostri fini, l'orientamento seguito dai giudici di Strasburgo è di particolare interesse per due principali ragioni. Innanzitutto perché, come noto, tutti gli Stati membri dell'Unione sono anche Parti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). In secondo luogo, perché, ai sensi dell'art. 52, par. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, i diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU hanno lo stesso significato e la stessa portata di questi ultimi. Per quanto concerne, nello specifico, l'art. 7, sulla vita privata e familiare, le spiegazioni alla Carta riconoscono espressamente la corrispondenza

³³ Paesi Bassi, Belgio, Spagna, Svezia, Portogallo, Danimarca, Francia, Regno Unito di Gran Bretagna (eccetto l'Irlanda del Nord), Lussemburgo, Irlanda, Finlandia, Germania e Malta. In Austria, inoltre, il matrimonio fra coppie dello stesso sesso sarà giuridicamente riconosciuto entro il 1° gennaio 2019.

³⁴ Repubblica ceca, Estonia, Grecia, Croazia, Italia, Cipro, Ungheria, Austria (come detto nella nota sopra, in questo paese il matrimonio omosessuale sarà autorizzato entro il 1° gennaio 2019) e Slovenia.

³⁵ Romania e Repubblica slovacca.

³⁶ Bulgaria, Lettonia, Lituania e Polonia.

fra tale disposizione e l'art. 8 della CEDU. È, quindi, evidente che, ai fini della presente analisi, sia di fondamentale importanza richiamare l'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU relativa all'articolo 8 della CEDU.

A questo proposito, in dottrina è stato fatto notare come la Corte EDU sia sempre stata cauta nel restringere il margine di apprezzamento di cui godono gli Stati nel decidere se riconoscere o meno il matrimonio fra persone dello stesso sesso. I giudici di Strasburgo, infatti, negli anni hanno indubbiamente rafforzato il diritto alla vita privata e familiare delle coppie *same-sex*, senza, però, mai imporre agli Stati l'obbligo di adottare legislazioni nazionali sul matrimonio omosessuale³⁷.

Fra i più recenti, al fine di comprendere l'orientamento della Corte di Strasburgo, è esemplificativo il caso *Tadduucci e McCall c. Italia* del 2016³⁸. La questione riguarda un cittadino neozelandese, che aveva inizialmente ottenuto in Italia un visto per motivi di studio, a cui era stato negato il permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare con il suo compagno, cittadino italiano. All'epoca, infatti, in Italia non era stata ancora adottata la legge sulle unioni civili e, di conseguenza, i ricorrenti non avevano potuto contrarre alcuna forma giuridica di unione. Pertanto, una volta presentata la richiesta di ricongiungimento familiare, hanno ricevuto un diniego da parte delle autorità competenti. Queste hanno, infatti, ritenuto che, non potendo qualificare i soggetti interessati come “coniugi”, mancasse il presupposto del legame familiare, determinante per l'accoglimento della richiesta. In questo modo, quindi, hanno equiparato i due ricorrenti alle coppie eterosessuali non sposate, sorvolando sul fatto che il signor Taddeucci e il signor McCall non avevano alcun legame giuridico solo perché la legge italiana non lo consentiva.

Chiamata a dirimere la controversia, quindi, la Corte EDU ha deciso che l'Italia, negando sia il diritto al matrimonio sia il riconoscimento dello stato di convivenza, aveva violato il diritto alla vita privata e familiare dei ricorrenti, oltre che il divieto di non discriminazione. Le coppie omosessuali presenti nel Paese, infatti, non potendo accedere né al matrimonio né a qualsiasi altra forma di riconoscimento giuridico della loro unione, non avrebbero mai potuto rientrare nella nozione di “familiare” in base alla legge italiana allora vigente e, pertanto, non avrebbero in alcun modo potuto ottenere un permesso di soggiorno per motivi familiari, necessario per condurre una vita familiare normale. Queste, pertanto, si sarebbero trovate costrette a lasciare l'Italia, al fine di continuare a condurre una vita insieme. Decisione, quest'ultima, che, fra l'altro è stata seguita anche dai due soggetti interessati nella controversia.

La Corte, quindi, ha stabilito che l'Italia, per conformarsi alla CEDU, avrebbe dovuto prevedere una qualsiasi forma di riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali, lasciando, però, un certo margine di apprezzamento sulle misure da adottare, in quanto «*les couples de même sexe pouvaient invoquer leur droit au respect de leur vie familiale, mais que la Convention ne leur garantissait pas le droit au mariage*»³⁹. Ragione per cui, «*lorsque les États décident d'offrir aux couples homosexuels un mode de reconnaissance juridique autre que le mariage, ils bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour décider de la nature exacte du statut conféré*». Margine di apprezzamento, che, comunque, varia «*selon les*

³⁷ Cfr. F. STAINO, (In)Comparable Situations: Same-Sex Couples' Right to Marriage in European Case Law, in *federalismi.it*, 2017, pp. 2-23.

³⁸ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Affaire Tadduucci e McCall c. Italie*, requête no 51362/09, 30 juin 2016.

³⁹ *Ibid.* par. 43.

circonstances, le domaine et le contexte; la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard»⁴⁰.

In tal senso, sembra che, tutt'oggi, la posizione della Corte EDU sia quella espressa qualche anno prima, esattamente nel 2010, nella sentenza *Schalk e Kopf*, in cui ha affermato che «*se fait jour un consensus européen tendant à la reconnaissance juridique des couples homosexuels et que cette évolution s'est en outre produite avec rapidité au cours de la décennie écoulée. Néanmoins, les États qui offrent une reconnaissance juridique aux couples homosexuels ne constituent pas encore la majorité. Le domaine en cause doit donc toujours être considéré comme un secteur où les droits évoluent, sans consensus établi, et où les États doivent aussi bénéficier d'une marge d'appréciation pour choisir le rythme d'adoption des réformes législatives»⁴¹.*

3. L'iter argomentativo della Corte

Dopo aver esaminato, in termini generali, i principali nodi giuridici sollevati dal caso in esame, è possibile analizzare le argomentazioni sviluppate dalla Corte rispetto alle singole questioni finora trattate, in modo da poter proporre successivamente alcune riflessioni critiche.

Innanzitutto, la Corte ha valutato l'applicabilità della direttiva 38/2004 al caso di specie, considerato che, almeno apparentemente, la questione non rientrava nell'ambito della libera circolazione delle persone. Come detto, infatti, la vicenda non riguardava una persona che si era spostata in un altro Stato membro, nel quale pretendeva di aver riconosciuto il diritto al ricongiungimento familiare, ma un individuo che voleva ottenere dal suo stesso Stato di cittadinanza, la Romania, un permesso di soggiorno per il suo compagno, cittadino di uno Stato terzo, con il quale si era sposato in un altro Stato membro, il Belgio. Tuttavia, la Corte, conformemente ad una giurisprudenza consolidata, ha riconosciuto che in situazioni come quella in esame, in cui un cittadino europeo si stabilisce in un altro Paese dell'Unione, in questo caso il Belgio, e qui instaura una vita familiare con un'altra persona, questi abbia il diritto di proseguire tale vita familiare anche una volta rientrato nel proprio Stato membro⁴². Di conseguenza, al suo compagno o coniuge, deve essere riconosciuto un diritto di soggiorno derivato. In pratica, ha ritenuto che, sebbene la richiesta di permesso di soggiorno per il compagno fosse stata presentata nello Stato di cittadinanza della suddetta persona, la direttiva 38/2004 trovasse applicazione per analogia.

Sotto quest'aspetto, la Corte non ha introdotto elementi particolarmente innovativi. Come si è visto, infatti, in numerose sentenze aveva rilevato che la direttiva 38/2004 non si applichi solo nei confronti delle persone che si spostano in un altro Stato membro, ma, per analogia, anche a quelle che dopo essersi stabilite in un altro Paese dell'Unione, decidono di tornare nel proprio Stato di cittadinanza.

A questo proposito, è doveroso, però, mettere in evidenza come la logica che sta alla base del criterio di applicazione analogica, cioè quella della dissuasione, sia stata, di recente,

⁴⁰ *Ibid.* par. 88.

⁴¹ COUR EUROPÉENNE DE DROITS DE L'HOMME, *Schalk and Kopf v. Austria*, Requête n. 30141/04, 24 juin 2010, par. 105.

⁴² Da ultimo, cfr. Sentenza della Corte (Quarta Sezione) del 12 luglio 2018, Causa C-89/17, *Secretary of State for the Home Department c. Banger*, ECLI:EU:C:2018:570.

oggetto di osservazioni critiche da parte dell'Avvocato generale Michal Bobek. Questi, nelle sue conclusioni nel caso *Rozzanne Banger*, pur non mettendo in discussione la necessità di applicare, nei casi come quello in esame, la direttiva 38/2004 in maniera analogica, ha sostenuto come sia intellettualmente arduo supporre che una persona possa essere dissuasa dall'abbandonare lo Stato membro di origine, al fine di esercitare la libertà di circolazione, per il timore di non poter proseguire, in futuro, un'ipotetica vita familiare che non ha ancora instaurato⁴³.

Fra l'altro, anche se nel caso in esame non ne è stata fatta menzione, nella sua giurisprudenza precedente la Corte ha più volte messo in luce che una simile interpretazione non deve favorire l'adozione di pratiche abusive da parte delle persone interessate. Circostanza, quest'ultima, che, nel caso in esame, come qui rilevato, è stata attentamente valutata dall'Avvocato generale, il quale ha valorizzato la buona fede dei due interessati, ricostruendo le principali tappe della loro vita familiare, consolidatasi ben prima del rientro in Romania. In pratica, l'Avvocato generale, a differenza della Corte, non si è limitato ad accertare lo *status* di coniugio esistente fra i due ricorrenti nel giudizio *a quo*, ma sembra che abbia anche voluto dimostrare come il loro matrimonio fosse stato una normale conseguenza del rapporto che i due avevano consolidato negli anni e non uno strumento da utilizzare, successivamente, per rivendicare il diritto di soggiorno derivato in Romania.

Di seguito, la Corte ha analizzato la questione concernente la definizione di coniuge, domandosi se, ai sensi dell'applicazione della direttiva 38/2004, sia necessario dare un'interpretazione di tale termine autonoma e uniforme, valida per l'intera Unione, o se, di volta in volta, si debba tener conto della legislazione dello Stato interessato, tenuto conto che la legislazione in materia di stato civile rientra nella competenza degli Stati membri. A questo proposito, quindi, è giunta alla conclusione che, ai fini della libera circolazione, il diritto dell'Unione debba fornire un'interpretazione autonoma del termine coniuge, che sia applicata in maniera omogenea in tutti gli Stati membri. In questo modo, secondo il giudice dell'Unione, non si metterebbe in discussione la competenza degli Stati in materia di diritto di famiglia, poiché la definizione europea di coniuge troverebbe applicazione solo nel contesto della libera circolazione delle persone.

⁴³ «Dall'altro lato, mi risulta intellettualmente molto più arduo concepire un simile effetto dissuasivo quanto alla decisione di abbandonare lo Stato membro di origine, al fine di esercitare la libertà di circolazione, nei casi in cui il cittadino dell'Unione non abbia ancora sviluppato una vita familiare. Mi chiedo se sia realmente sensato ipotizzare, ad esempio, che un neolaureato, che stia eventualmente considerando l'ipotesi di un trasferimento in un altro Stato membro (o in vari Stati membri), possa essere influenzato, nella sua scelta, dal pensiero che, in tale Stato membro (o nel secondo, o nel terzo), potrebbe incontrare l'amore della sua vita e che, in seguito, ipotizzando che l'amore della sua vita sia effettivamente tale, potrebbe voler fare ritorno, stabilmente, nel proprio Stato membro di origine con tale persona, ma dopo aver realizzato che al suo ritorno a tale persona non sarebbe concesso un diritto di soggiorno, scoperta fatta a seguito di uno studio accurato e dettagliato delle regole nazionali in materia di immigrazione del suo Stato membro di origine, che potrebbero risultare ancora applicabili in un futuro prossimo o distante, ossia nel momento in cui decidesse di ritornare, possa addirittura essere dissuaso dall'esercitare, del tutto, i suoi diritti di libera circolazione e, semplicemente, rimanere a casa [...] Suggesterei pertanto alla Corte di porre maggiormente l'accento su giustificazioni alternative per un'applicazione in via analogica delle condizioni di cui alla direttiva 2004/38 ai cittadini dell'Unione «rimpatrianti» e ai membri della loro famiglia (allargata): non necessariamente il fatto che una persona sia probabilmente dissuasa ex ante dal trasferirsi, bensì che non possa essere effettivamente penalizzata, ex post, per averlo fatto» (Conclusioni dell'Avvocato generale, Michal Bobek, presentate il 10 aprile 2018, Causa C-89/17, *Secretary of State for the Home Department c. Rozzanne Banger*, ECLI:EU:C:2018:225, par. 41 e 43).

La Corte, quindi, ha constatato che il termine “coniuge” utilizzato nella direttiva 38/2004 è *a)* neutro dal punto di vista del genere e *b)* indifferente rispetto al luogo in cui il matrimonio è stato contratto. Per quanto riguarda la neutralità del termine, la Corte ha rilevato che la Commissione, in fase di proposta, abbia optato per questa soluzione proprio per lasciare un più ampio margine d’interpretazione, in modo tale che ci si potesse, eventualmente, adeguare ad eventuali sviluppi in materia. A questo proposito, quindi, ha osservato che, mentre al periodo della sua adozione, l’orientamento degli Stati, così come attestato dalla stessa Corte nella precedente giurisprudenza⁴⁴, fosse nel senso di intendere il matrimonio solo come unione di persone eterosessuali, attualmente si è sviluppata una tendenza generalizzata a riconoscere il matrimonio *same-sex*, o, comunque, altre forme di unioni civili a questo equiparabili⁴⁵.

In realtà, su quest’aspetto è stato rilevato come la questione dei matrimoni omosessuali dimostri l’esistenza di una profonda differenza culturale fra gli Stati che hanno aderito all’Unione dopo il 2004 e quelli che ne sono membri da più lunga durata. Infatti, all’interno del primo gruppo molti Paesi escludono la possibilità del matrimonio *same-sex*, in alcuni casi, anche con norme costituzionali. Gli Stati che, invece, hanno aderito precedentemente, hanno tutti una legislazione sul matrimonio fra coppie dello stesso sesso o, quantomeno, sulle unioni civili.

Come noto, però, la Corte, nell’individuazione di valori comuni agli Stati membri, non ha mai seguito un approccio metodologico puramente comparativo, compiendo un’indagine analitica dei vari ordinamenti, ma a sempre preso a modello gli Stati che meglio si adattano alla soluzione dei singoli casi in esame⁴⁶. Da questo punto di vista, quindi, è restata fedele alla stessa logica alla quale ha fatto sempre ricorso.

Un altro aspetto su cui la Corte si è, poi, soffermata approfonditamente, riguarda le questioni collegate alla tutela dei diritti umani. A tal proposito, richiamando la giurisprudenza della Corte EDU, in particolare la sentenza *Tadducci c. Italia*, il giudice dell’Unione ha osservato come la Corte di Strasburgo abbia sempre ritenuto inaccettabili le disparità di trattamento basate sull’orientamento sessuale. Pertanto, ha ritenuto che, al fine di conformarsi alla suddetta giurisprudenza, dovesse interpretare la nozione di “coniuge” indipendentemente dal sesso delle persone interessate.

Il ragionamento della Corte di giustizia su questo punto è ineccepibile per certi aspetti, ma opinabile per altri. Sebbene, infatti, sia vero che la Corte EDU abbia gradualmente rafforzato i diritti delle coppie omosessuali, condannando ogni discriminazione basata sull’orientamento sessuale, è altrettanto vero che ha sempre lasciato agli Stati un ampio margine discrezionale circa la facoltà di riconoscere uno *status* giuridico di coniuge ottenuto in un altro Stato. I giudici di Strasburgo, cioè, hanno ripetutamente affermato che gli Stati nei quali non è previsto il matrimonio fra persone dello stesso sesso

⁴⁴ *D e Regno di Svezia, cit.*

⁴⁵ Attraverso una consolidata giurisprudenza, la Corte ha ormai riconosciuto che il matrimonio e le unioni civili creano due situazioni analoghe e, pertanto, devono essere considerati come equivalenti [cfr., soprattutto, Sentenza della Corte (Quinta sezione) del 12 dicembre 2013, Causa C-267/12, *Frédéric Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, ECLI:EU:C:2013:823]. Tuttavia, ai sensi della direttiva 38/2004, si tratta di due strumenti differenti fra loro, che non devono necessariamente comportare le medesime situazioni giuridiche in capo agli individui.

⁴⁶ G. CAPONI, V. CAPUOZZO, I. DEL VECCHIO, A. SIMONETTI, *Omogeneità costituzionale europea e identità nazionali: un processo di integrazione circolare tra valori costituzionali europei e teoria dei controlimiti*, in *federalismi.it*, 2014, pp. 2-34; cfr. anche F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, n. 3, 1983, p. 409 ss.

devono, comunque, prevedere uno *status* giuridico per le coppie *same-sex*, anche se non perfettamente equivalente a quello di coniuge, senza, però, mai imporre l'obbligo di riconoscere il matrimonio. Con riferimento, quindi, alla libera circolazione delle persone, secondo la giurisprudenza di Strasburgo, deve essere indubbiamente concesso il permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare, senza dover obbligatoriamente riconoscere lo *status* di coniuge.

Infine, un argomento trattato dalla Corte riguarda la questione della tutela dell'identità nazionale, o costituzionale, e quindi, del relativo margine discrezionale di cui godono, in alcuni casi, gli Stati nell'applicazione del diritto dell'Unione⁴⁷. A tal proposito, il giudice dell'Unione ha affermato che l'obbligo di riconoscimento dello *status* di coniuge alle coppie omosessuali che si sono sposate in un altro Stato membro non pregiudica l'istituto del matrimonio nello Stato interessato, il quale continua a rimanere definito dal diritto nazionale. Pertanto, non sussiste una minaccia all'identità nazionale, né all'ordine pubblico dello Stato membro interessato.

A diverse conclusioni la Corte sarebbe potuta pervenire qualora avesse mantenuto l'approccio interpretativo utilizzato nella precedente giurisprudenza in materia, in particolare nei casi *Sayn-Wittgenstein* e *Runevič-Vardyn*⁴⁸.

Invero, nel primo caso, la Corte ha ritenuto legittimo che le autorità austriache si rifiutassero di riconoscere il cognome di un proprio cittadino⁴⁹, così come modificato in un altro Stato membro, cioè quello di residenza, giacché la nuova versione di tale cognome comprendeva un titolo nobiliare, non consentito dal suo diritto costituzionale⁵⁰. In tal

⁴⁷ L'art. 4 par. 2 del TUE stabilisce che «l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale». Questa formula, inserita con il Trattato di Lisbona, è una versione più ampia e dettagliata di quella enunciata all'art. 6 par. 3 del Trattato sull'Unione europea adottato Maastricht, la quale si limitava ad affermare che «l'Unione rispetta le identità nazionali dei suoi Stati membri». Nonostante sia stata formulata in maniera evidentemente più dettagliata rispetto a quanto fatto a Maastricht, la dottrina ha fatto immediatamente notare come tale disposizione abbia mantenuto un'impostazione vaga, che la rende soggetta a molteplici interpretazioni, di portata sostanzialmente diversa. Cfr. L.F.M. BESSELINK, *National and constitutional identity before and after Lisbon*, in *Utrecht Law Review*, 2010, pp. 36-49; G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea: natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Napoli, 2017; E. CLOOTS, *National identity in EU law*, Oxford, 2015; B. NABLI, *L'identité (constitutionnelle) nationale: limite à l'Union européenne?*, in *Revue de l'Union européenne*, 2012, pp. 210-215.

⁴⁸ Sentenza della Corte (Seconda sezione) del 12 maggio 2011, Causa C-391/09, *Malgožata Runevič-Vardyn e Lukasz Pawel Wardyn c. Vilniaus miesto savivaldybės administracija e altri*, ECLI:EU:C:2011:291.

⁴⁹ A tal proposito, occorre segnalare che la Corte ha precisato come il nome di una persona sia da considerare un elemento costitutivo della sua identità e della sua vita privata, la tutela della quale è garantita dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dall'art. 8 della CEDU. Sull'importanza del nome quale costitutivo dell'identità di una persona, la Corte aveva già sviluppato una consolidata giurisprudenza (cfr., sentenza della Corte (Sesta sezione) del 30 marzo 1993, . Causa C-168/91, *Christos Konstantinidis c. Stadt Altensteig, Standesamt e Landratsamt Calw, Ordnungsamt*, ECLI:EU:C:1993:115; sentenza della Corte (Seduta plenaria) del 2 ottobre 2003, Causa C-148/02, *Carlos Garcia Avello c. Stato belga*, ECLI:EU:C:2003:539; sentenza della Corte (Grande sezione) del 14 ottobre 2008, Causa C-353/06, . *Stefan Grunkin e Dorothee Regina Paul*, ECLI:EU:C:2008:559.

⁵⁰ Sentenza della Corte (Seconda sezione) del 22 dicembre 2010, Causa C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landesbauptmann von Wien*, ECLI:EU:C:2010:806. Questa è stata la prima volta in cui i giudici dell'Unione si sono pronunciati sull'art. 4 par. 2 TUE, in relazione all'art. 21 del TFUE. Nello specifico, la questione riguardava una cittadina austriaca, residente in Germania, che, in età adulta, è stata adottata da un cittadino dello Stato di residenza. Come conseguenza di tale adozione, al suo cognome originale è stato aggiunto anche

senso, ha osservato che, ai fini del mantenimento dell'ordine pubblico, e cioè in caso di minaccia reale e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività, possono essere giustificate eventuali limitazioni di tale libertà, purché queste siano basate su considerazioni oggettive e se sono proporzionate all'obiettivo legittimamente perseguito dalla normativa nazionale. A tal proposito, comunque, ha osservato che le circostanze specifiche atte a giustificare un'applicazione del limite dell'ordine pubblico possono variare da uno Stato membro all'altro e da un'epoca all'altra. Quindi, eventuali misure restrittive non devono necessariamente corrispondere ad una concezione condivisa da tutti gli Stati membri relativamente alle modalità di tutela del diritto fondamentale o del legittimo interesse in questione. Piuttosto, nell'ambito delle diverse tradizioni statali, uno Stato può decidere di prevedere una limitazione alla libertà di circolazione per tutelare un proprio peculiare interesse costituzionale, che non viene percepito di fondamentale importanza negli altri Stati membri. Alla luce di ciò, nel caso di specie ha ritenuto che, nel contesto della storia costituzionale austriaca, la legge sull'abolizione della nobiltà potesse, in quanto elemento dell'identità nazionale, entrare in linea di conto nel bilanciamento di legittimi interessi con il diritto di libera circolazione delle persone riconosciuto dalle norme dell'Unione. Pertanto, ha deciso che l'Austria fosse legittimata a rettificare il documento di nascita della ricorrente, indicando il suo cognome originario, perché tale misura mirava a garantire, in maniera proporzionata, l'obiettivo legittimamente perseguito, cioè quello di tutelare la forma repubblicana e il principio di uguaglianza sanciti dalla sua costituzione. In pratica, la Corte ha ritenuto legittimo il comportamento austriaco, nonostante comprimesse alcune libertà fondamentali della ricorrente, senza nemmeno svolgere un *test* di proporzionalità, al fine di verificare la possibilità di adottare eventuali misure alternative meno lesive per la persona interessata, ma limitandosi a constatare che la legge fondamentale austriaca sancisce la forma repubblicana e tutela l'uguaglianza fra le persone⁵¹.

Nel caso *Runevič-Vardyn* del 2011, invece, la questione riguardava una cittadina lituana, appartenente alla minoranza polacca presente nel Paese, a cui i genitori avevano dato il nome polacco, "Małgorzata", e il cognome paterno, "Runiewicz". Tuttavia, in un certificato di nascita rilasciato nel 2003, a differenza di quello prodotto al momento stesso della nascita, nel 1977, il suo nome non è stato redatto in caratteri cirillici, ma nella relativa forma lituana. Questa, però, differiva dalla versione originale, perché i caratteri lituani non comprendono la lettera "w". Di conseguenza, il cognome dell'interessata era stato trasformato in "Runevič". Formula, quest'ultima, che è stata utilizzata anche nel passaporto, ottenuto nel 2002. La situazione si è ulteriormente complicata quando, nel 2007, la signora in questione, dopo aver risieduto in Polonia per un certo periodo di tempo,

quello del genitore adottivo. Pertanto, la persona in questione ha registrato la sua nuova identità, oltre che nel registro civile tedesco, anche in quello del suo stato di cittadinanza, l'Austria. Tuttavia, circa quindici anni dopo l'avvenuta registrazione, il governatore del *Land* di Vienna ha ritenuto che l'atto di nascita della suddetta persona, così come modificato dopo l'adozione, fosse inesatto e, pertanto, lo ha rettificato. Tale decisione è dovuto al fatto che, nel frattempo, la Corte costituzionale aveva emesso una sentenza con la quale ha stabilito che, in base alla legge sull'abolizione della nobiltà, i cittadini austriaci non possono acquisire cognomi comprendenti titoli nobiliari.

⁵¹ Così L.F.M. BESSELINK, *Respecting Constitutional Identity in the EU*, in *Comm. M. Law Rev.*, 2012, pp. 671-694. Per un esame critico della sentenza, cfr. anche, M. CASTELLANETA, *Lo Stato può cancellare per rispetto dell'uguaglianza la parte del cognome che contiene un titolo nobiliare*, in *Guida al diritto*, 2011 pp. 106-108; C. MURPHY, *La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Commentaires des arrêts: Arrêt «Sayn-Wittgenstein»*, in *Revue du droit de l'Union européenne* 2011, pp.131-138; P. FARAGUNA, *Il caso Sayn-Wittgenstein: la Corte di giustizia traccia un modello di "controlimiti europeizzati"?*, in *Quad. cost.*, 2011, pp.437-440.

si è sposata, a Vilnius, in Lituania, con un cittadino polacco, di nome Lukasz Pawel Wardyn. Infatti, anche il servizio di stato civile di Vilnius ha utilizzato le regole lituane e, quindi, ha registrato il cognome da spostata della signora nella forma “Runevič-Vardyn”.

Di fronte ad una simile situazione, la Corte ha adottato lo stesso approccio flessibile utilizzato nel caso *Sayn-Wittgenstein*. Infatti, sebbene abbia riconosciuto che la legge lituana potesse interferire con l'identità della ricorrente, ha ritenuto che il rifiuto da parte degli uffici dello stato civile di Vilnius di modificare il cognome della ricorrente nella sua forma originale non costituisca una restrizione ingiustificata della libera circolazione delle persone.

Dato l'ampio margine discrezionale che la Corte, nei casi esaminati, ha lasciato agli Stati nell'applicare deroghe alla libera circolazione delle persone, al fine di tutelare dei loro fondamentali interessi costituzionali, in dottrina, quando il caso *Coman e al.* non era nemmeno pendente davanti alla Corte, è stato fatto notare come l'approccio interpretativo seguito dalla Corte «do not seem to augur well for the recognition of same-sex relationships in Member States which ground their opposition to legal recognition of such relationships on national identity»⁵². Invece, dopo tale sentenza è stato fatto notare come il differente approccio interpretativo usato dalla Corte in quest'ultima circostanza potrebbe lasciar intendere che il giudice dell'Unione abbia deciso di usare due pesi due misure, in ragione della diversa materia trattata⁵³.

Condividendo pienamente la posizione appena richiamata, lo scrivente ritiene che, se la Corte avesse confermato l'approccio interpretativo seguito nei casi *Sayn-Wittgenstein* e *Runevič-Vardyn*, la sentenza *Coman e al.* avrebbe avuto una portata decisamente più limitata. I giudici dell'Unione, cioè, avrebbero cercato una soluzione di maggior compromesso, orientata, da un lato, a tutelare i diritti degli individui e, dall'altro, a garantire, comunque, il rispetto del principio di identità nazionale, o costituzionale, dello Stato interessato. In altri termini, non avrebbero emesso una sentenza che, come si dirà, potrebbe portare gli Stati a dover modificare le proprie legislazioni nazionali, al fine di introdurre l'istituto del matrimonio fra coppie dello stesso sesso.

D'altronde, come si è visto nella parte dedicata all'esame della giurisprudenza di Strasburgo in materia, il riconoscimento dei matrimoni *same-sex* non è l'unica strada giuridicamente percorribile per consentire alle coppie omosessuali di fruire del diritto di libera circolazione e di soggiorno.

4. Considerazioni conclusive

La sentenza in esame segna una tappa rilevante nel processo di rafforzamento dei diritti individuali all'interno dell'Unione europea, in quanto è volta ad eliminare le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale. Infatti, nonostante la Corte abbia espressamente indicato che l'interpretazione fornita dalla sentenza sia circoscritta

⁵² Così J. RIJPMAN, N. KOFFEMAN, *Free Movement Rights for Same-Sex Couples Under EU Law: What Role to Play for the CJEU?*, in D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO (eds.), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Heidelberg, 2014, p. 482. Con esattezza, gli AA., con riferimento ai casi *Sayn-Wittgenstein* e *Runevič-Vardyn*, hanno, condivisibilmente, affermato che: «at first sight, the two cases do not seem to augur well for the recognition of same-sex relationships in Member States which ground their opposition to legal recognition of such relationships on national identity. Yet, national identity should not be allowed to be used as a trump card undermining the principle of primacy of EU law».

⁵³ Cfr. M. FALLON, *op. cit.*

all'ambito di applicazione della direttiva 38/2004 e che, pertanto, non inciderà sull'attuale libertà degli Stati membri per quanto attiene alla legalizzazione del matrimonio dello stesso sesso, è probabile che la sentenza potrebbe avere un impatto significativo in materia, anche all'interno dei singoli ordinamenti statali⁵⁴. Per quanto si dirà, quindi, non appare pienamente condivisibile l'opinione sostenuta dalla Corte, secondo cui la definizione europea di coniuge, adottata per la prima volta con la sentenza *Coman e al.*, troverà applicazione soltanto nel contesto della libera circolazione delle persone⁵⁵.

A tal proposito, occorre riflettere su cosa si intenda per "effetti limitati alla libera circolazione". A ben vedere, infatti, la libera circolazione non consiste semplicemente nella possibilità di "circolare" e "soggiornare" negli Stati membri, intendendo questi due termini nel loro senso letterale, ma anche nell'acquisizione di una serie di benefici che ne discendono, tesi ad equiparare il cittadino dello Stato terzo ai cittadini nazionali. Ne consegue che, se uno Stato riconosce, ai sensi della direttiva 38/2004, lo *status* matrimoniale a due persone, queste devono essere trattate come una coppia sposata a tutti gli effetti, a prescindere da ciò che dispone la legislazione nazionale. Ad esempio, se in uno Stato membro nel quale non sono previsti i matrimoni *same-sex*, la legge dispone nei confronti delle coppie sposate determinati benefici di natura sociale, tali benefici dovranno essere estesi anche alla coppia omosessuale alla quale, in applicazione del diritto dell'Unione europea, così come interpretato dalla Corte, è stato riconosciuto lo *status* di coniugio in sede di rilascio del permesso di soggiorno.

Naturalmente, da questo punto di vista, gli effetti della sentenza possono essere considerati solo una conquista di civiltà.

Tuttavia, se ci si concentra solo sulla questione giuridica di partenza, cioè su cosa si intenda per "effetti limitati alla libera circolazione" e sul possibile impatto della sentenza negli ordinamenti interni, è doveroso chiedersi se il fatto che determinati benefici siano riconosciuti solo ad alcune coppie omosessuali, e non anche a tutte le altre, costituisca o meno una forma di discriminazione, che lo Stato interessato, una volta verificatasi, dovrà in qualche modo eliminare.

È evidente, infatti che, a differenza del caso qui esaminato, le coppie dello stesso sesso, formate da due cittadini europei, che vivono nel loro Stato di cittadinanza, il quale

⁵⁴ L'idea che la sentenza possa avere un impatto oltre la libera circolazione delle persone è condiviso da quasi tutti gli autori che hanno finora commentato la sentenza. Cfr. G. ROSSOLILLO, *op. cit.*; M. FALLON, *op. cit.*; A. TRYFONIDOU, *op. cit.*; S. PEREZ FERNANDES, *op. cit.*. Solo taluno (D. TAN, *op. cit.*) ne ha messo in evidenza i limiti e l'ha considerata quasi come un'occasione sprecata per il riconoscimento dei matrimoni *same-sex* in tutti gli Stati membri.

⁵⁵ A tal riguardo, G. ROSSOLILLO, *op. cit.* rileva come, anche in passato, la Corte avesse limitato la nozione di "famiglia", fatta propria in alcune sue pronunce, solo ad uno specifico ambito di applicazione. La questione riguardava dei casi in cui la Corte si è trovata ad interpretare lo Statuto dei funzionari dell'Unione per stabilire a quali familiari spettasse l'assegno di famiglia e l'assegno per il mantenimento dei figli. In tali casi, pur accogliendo una nozione ampia di famiglia, la Corte ha sottolineato come tale interpretazione si limitasse al settore specifico del trattamento dei funzionari e non producesse effetti sul diritto di famiglia degli Stati membri. A tal proposito, però, l'A. sostiene, condivisibilmente, che «mentre tuttavia l'ambito dei rapporti di lavoro tra Unione e funzionari si colloca in effetti in una sfera per così dire interna all'Unione europea e separata da quella degli ordinamenti degli Stati membri, ben altra rilevanza assumono le nozioni di diritto di famiglia – e in particolare di 'coniuge' – elaborate dalla Corte in relazione all'istituto del ricongiungimento familiare, istituto che riguarda invece il rapporto tra cittadino dell'Unione e Stato membro di destinazione. La sua estensione anche al coniuge del cittadino dell'Unione del medesimo sesso, e soprattutto l'obbligo per lo Stato di concedere tale ricongiungimento anche qualora sia un suo cittadino ad aver contratto un matrimonio *same-sex* in un altro Stato membro, tende dunque ad incidere ben più nettamente sulla libertà degli Stati membri di limitare l'istituto del matrimonio unicamente ai soggetti di sesso diverso».

non consente i matrimoni *same-sex*, non potranno mai veder riconosciuto il loro *status* di coniugi e, quindi, non potranno mai ottenere tutti i diritti che ne discendono.

Per essere più chiari e per tornare al caso in esame: se il signor Coman, invece che con il signor Hamilton, si fosse sposato con un suo connazionale, al suo rientro in Romania non avrebbe mai potuto vedersi riconosciuto lo *status* matrimoniale acquisito in Belgio. Di conseguenza, avrebbe dovuto continuare la sua vita familiare come una qualsiasi coppia eterosessuale non sposata. Anzi, come una qualsiasi coppia omosessuale composta da entrambi cittadini rumeni.

Per fare un esempio concreto, si potrebbe presupporre l'esistenza di una situazione simile a quella, prima esaminata, relativa alla sentenza *Hay*, nella quale la Corte, sostanzialmente, ha equiparato i matrimoni omosessuali alle unioni registrate. Supponiamo, cioè, che la legge rumena preveda per i lavoratori sposati la possibilità di assentarsi dal lavoro per un determinato numero di ore. Il signor Hamilton avrà diritto di beneficiare di tale permesso, poiché, ai fini dell'esercizio della libera circolazione, gli è stato riconosciuto lo *status* matrimoniale. Invece, il diritto ad usufruire dei medesimi privilegi non spetterebbe ai suoi colleghi, cittadini rumeni, che si trovano nella sua stessa situazione di fatto, ma che non hanno potuto sposarsi con il loro *partner*, perché anch'egli ha la cittadinanza rumena. Una circostanza del genere, al pari di quanto verificatosi nel caso *Hay*, costituirebbe una violazione di quel principio generale riconosciuto dalla Corte di giustizia, e ora sancito anche dagli artt. 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali, secondo cui situazioni analoghe non possono essere trattate in maniera diversa⁵⁶, oltre che della direttiva 78/2000, relativa alla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro⁵⁷. Pertanto, come deciso dalla Corte nel caso *Hay*, lo Stato interessato dovrebbe necessariamente porvi rimedio, estendendo i diritti garantiti alla coppia omosessuale sposata anche a tutte le altre coppie che, di fatto, vivono in una situazione analoga, sebbene la legge non consenta loro di contrarre matrimonio e di acquisire quello *status* giuridico di coniugi che il sig. Coman e il sig. Hamilton hanno ottenuto dopo aver esercitato il diritto alla libera circolazione. Questa è, evidentemente, un'ipotesi in cui la sentenza potrebbe aver un impatto sull'ordinamento degli Stati membri. Tuttavia, si badi, con ciò non si intende dire che, nel momento in cui si verificasse, l'unico rimedio a disposizione dello Stato in questione sarebbe quello di prevedere per legge il matrimonio fra persone dello stesso sesso.

Naturalmente, la possibilità per cui una sentenza avente l'obiettivo di accrescere i diritti delle persone possa, successivamente, creare ulteriori e diverse forme di discriminazione, costituisce una circostanza quasi paradossale, che, però, non è da considerare come irrealizzabile. Anzi, non sarebbe la prima volta che un comportamento finalizzato a tutelare determinate persone generi, poi, delle forme di ineguaglianza.

Ad esempio, per fare un'analogia con una situazione verificatasi proprio con riferimento ai diritti delle coppie omosessuali, si possono richiamare alcuni casi su cui si è di recente pronunciata la Corte suprema britannica, relativi all'applicazione del *Civil Partnership ACT* (CPA) del 2004. Quando è stato adottato, infatti, il CPA aveva la finalità di

⁵⁶ Sentenza della Corte (Seconda sezione) del 9 marzo 2017, Causa C-406/15, *Petya Milkova c. Izpalnitelen direktor na Agencijata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol*, ECLI:EU:C:2017:198, punto 55.

⁵⁷ Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, in *GUCE* del 2 dicembre 2000, L 303, pp. 16-22. L'art. 2 par. 2 lett. a) della direttiva dispone che: «a) sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga».

offrire una tutela specifica alle coppie omosessuali, le quali, ai sensi della legge britannica, non potevano contrarre matrimonio, senza, però voler equiparare i due istituti giuridici in termini di diritti, responsabilità e benefici che ne discendono. In altri termini, il CPA ha introdotto uno *status* giuridico accessibile solo alle coppie omosessuali, più “debole” rispetto al matrimonio. Nel 2013, invece, al fine di rafforzare ulteriormente la posizione delle coppie dello stesso sesso, è stato adottato il *Marriage Same Sex Couples Act* (MSSCA), che ha legalizzato il matrimonio omosessuale, senza però abrogare il CPA. Di conseguenza, le coppie omosessuali si sono trovate nella situazione in cui possono scegliere se sposarsi o se contrarre un’unione civile, mentre alle coppie eterosessuali rimane solo la possibilità del matrimonio.

Di fronte a tale situazione, una coppia composta da due persone di sesso differente, che non voleva sposarsi, ma solo registrare la propria unione ai sensi del CPA, ha proposto ricorso in sede giudiziaria, lamentando di aver subito una forma di discriminazione, in violazione degli artt. 14 e 8 della CEDU. Origine di tale discriminazione sarebbe proprio il fatto che la legge nazionale offriva alle coppie omosessuali di scegliere fra i due istituti poc’anzi richiamati, mentre a loro, in quanto eterosessuali, consentiva solo di sposarsi.

Dopo diversi gradi di giudizio, quindi, la Corte suprema, il 27 giugno 2018, ha deciso che l’esclusione delle coppie eterosessuali dall’ambito di applicazione del CPA costituisca, effettivamente, una forma di discriminazione, in violazione degli artt. 14 e 8 della CEDU. Discriminazione che, ovviamente, può essere superata solo estendendo la possibilità di contrarre unioni civili anche alle coppie eterosessuali o, in alternativa, abrogando il CPA e precludendo, quindi, tale possibilità a chiunque⁵⁸.

La stessa situazione si verificherebbe nello Stato membro che non riconosca i matrimoni omosessuali, nel momento in cui, per effetto della sentenza in esame, si verificasse una forma di discriminazione fra le coppie omosessuali il cui *status* giuridico è stato riconosciuto ai sensi della direttiva 38/2004 e quelle, invece, composte da due cittadini dello stesso Stato membro o che, comunque, non hanno mai esercitato la libera circolazione, che, pertanto, non potranno mai rientrare nella categoria di “familiari”⁵⁹.

In questi casi, come detto, lo Stato dovrebbe, in qualche modo, porre rimedio alla situazione creatasi, magari, anche, eventualmente, estendendo il diritto di matrimonio a tutte le coppie omosessuali.

Per quanto detto appare plausibile che la sentenza in esame possa avere un impatto negli ordinamenti interni e, pertanto, non si limiti ad esplicitare i suoi effetti soltanto nell’ambito della libera circolazione delle persone.

A tal proposito, vale la pena di rilevare una singolare coincidenza. Invero, la pronuncia in discorso è stata emessa proprio mentre in Romania è in corso un processo di revisione costituzionale nel quadro del quale si intende puntualizzare la nozione di “famiglia” presente nella Costituzione, limitandola espressamente alle famiglie eterosessuali⁶⁰. In tal

⁵⁸ THE SUPREME COURT, R (*on the application of Steinfeld and Keidan*) (*Appellants*) v. *Secretary for International Development* (*in substitution for the Home Secretary and the Education Secretary*) (*Respondent*), 27 June 2018.

⁵⁹ Una situazione del genere, in Italia, ricadrebbe sotto l’art. 53 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, ai sensi del quale «1. Nei confronti dei cittadini italiani non trovano applicazione norme dell’ordinamento giuridico italiano o prassi interne che producano effetti discriminatori rispetto alle condizioni e al trattamento garantiti nell’ordinamento italiano ai cittadini dell’Unione europea».

⁶⁰ Sul processo di riforma costituzionale, cfr. C. COJOCARIU, *Same-sex marriage before the courts and before the people: the story of a tumultuous year for LGBT rights in Romania*, 25 January 2017. Disponibile on line su <https://verfassungsblog.de/same-sex-marriage-before-the-courts-and-before-the-people-the-story-of-a-tumultuous-year-for-lgbt-rights-in-romania/>.

senso, c'è chi ha, addirittura, interpretato la sentenza in esame come un monito che il giudice dell'Unione ha voluto indirizzare a quegli Stati membri che, come la Romania, intendono disconoscere il matrimonio *same-sex* attraverso disposizioni costituzionali, indicando loro che «*such a ban would not shield them from the effects of Coman*»⁶¹. Lettura, quest'ultima, che però non appare condivisibile, in quanto finirebbe per attribuire una chiara finalità politica all'attività della Corte, che andrebbe anche molto oltre l'attivismo giudiziario manifestato in altre occasioni⁶².

⁶¹ Così A. TRYFONIDOU, cit.

⁶² M. DAWSON, B. DE WITTE, E. MUIR (Eds.), *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Cheltenham, 2013.