



OSSERVATORIO L'ITALIA E LA CEDU N. 4/2015

1. LA TEORIA DEL MARGINE DI APPREZZAMENTO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO IN TEMA DI RICONOSCIMENTO DELLE COPPIE OMOSESSUALI.

1. *La sentenza della Corte europea nel caso Oliari e al. c. Italia.*

La teoria del margine di apprezzamento, ampiamente commentata in dottrina (Per tutti R. SAPIENZA, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1991, pp. 571 ss e bibliografia ivi citata.), è una teoria complessa e multiforme (così M. C. VITUCCI, *Orientamento sessuale e adozione nella giurisprudenza delle Corti europea dei diritti umani*, in *Dir. um. dir. int.*, 2013, n. 2, p. 495.), che non sarà possibile in questa sede analizzare nel suo complesso; ci si limiterà dunque ad un breve cenno alla sua genesi ed al suo sviluppo, al fine di analizzarne e valutarne il suo utilizzo in materia di riconoscimento e tutela delle coppie omosessuali, con particolare riferimento alla recente sentenza, che ha avuto grande eco nell'opinione pubblica italiana, con cui la Corte europea ha condannato il nostro Paese per il mancato riconoscimento di tali unioni.

Con [sentenza del 21 luglio 2015](#), la Corte europea dei diritti dell'uomo ha infatti condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 della Convenzione, sul rispetto della vita privata e familiare, in quanto, non avendo adottato una legislazione diretta al riconoscimento e tutela delle unioni omosessuali, è di fatto venuta meno ad un obbligo positivo imposto dalla Convenzione, eccedendo il suo margine di apprezzamento.

Il caso, *Oliari e al. c. Italia*, prende le mosse da due ricorsi riuniti (n. 18766/11 e 36030/11) di tre coppie di persone dello stesso sesso, alle quali l'ufficiale dello stato civile aveva negato le pubblicazioni matrimoniali. Una di queste coppie peraltro aveva impugnato, senza successo, la decisione presso il Tribunale di Trento, e, nell'ambito del giudizio di appello successivamente instaurato, era stato sollevato il rinvio alla Corte Costituzionale che ha portato alla nota sentenza n. [138/2010](#), nella quale, il giudice delle leggi riconosceva la competenza esclusiva del Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, ad individuare forme di garanzia e di riconoscimento di tali unioni, dichiarando in parte inammissibili ed in parte infondate le questioni sollevate.

Le tre coppie si erano dunque rivolte alla Corte europea lamentando la violazione dell'art. 8, nonché dell'art. 12 sul diritto al matrimonio, e dell'art. 14 sul divieto di discriminazione.

Dichiarati i ricorsi ricevibili, ritenendo i ricorsi interni disponibili non effettivi, la Corte dunque si concentra sull'analisi dell'art. 8 della Convenzione che, come già più volte affermato, oltre a proteggere gli individui da interferenze arbitrarie delle autorità pubbliche, può imporre allo Stato anche obblighi positivi, al fine di assicurare un effettivo rispetto dei diritti tutelati dal medesimo articolo, come l'adozione di misure finalizzate a tutelare il rispetto della vita privata e familiare anche nella sfera delle relazioni interindividuali.

La Corte riconosce che gli Stati godono di un certo margine di apprezzamento nell'adempiere a tali obblighi positivi, che diventa più ristretto, ad opinione dei giudici di Strasburgo, laddove, nell'ambito della vita privata, sia in gioco un aspetto particolarmente importante per l'esistenza e/o l'identità di un individuo; di contro, il margine di apprezzamento è destinato ad essere più ampio in assenza di un *consensus* europeo, ovvero quando il caso suscita questioni moralmente e politicamente sensibili, ovvero se si richiede allo Stato di trovare un punto di equilibrio tra interessi, pubblici e privati, in conflitto, o tra diritti sanciti dalla Convenzione.

In particolare, in materia di unioni omosessuali la Corte era già intervenuta, nel caso *Schalk e Kopf c. Austria*, constatando, in tale settore, la mancanza di un *consensus* fra gli Stati del Consiglio d'Europa, riconoscendo dunque un ampio margine di apprezzamento statale con riferimento al riconoscimento giuridico di tali unioni.

Tuttavia è bene sottolineare in questa sede come nel caso *Schalk e Kopf* la Corte avrebbe dovuto censurare il legislatore austriaco per avere approvato una legge sulla partnership solo nel 2010, quando il ricorso era già giunto alla Corte, e dunque concluse, come si vedrà meglio più avanti, per la non violazione dell'art. 8 della Convenzione.

Diverso è invece il caso in commento, poiché, nonostante esista un disegno di legge sulle unioni civili, la cui discussione presso la Commissione giustizia del Senato è stata di recente riavviata, al momento della sentenza, il nostro Paese non si è ancora dotato di una legge in materia; in altre parole, la Corte ha dovuto valutare se l'Italia abbia omesso di adempiere l'obbligo positivo di assicurare il rispetto della vita familiare e privata dei ricorrenti, non avendo previsto un quadro giuridico che consentisse loro di avere riconosciuta e tutelata la loro relazione ai sensi della legge nazionale.

Pertanto la Corte ha già avuto modo, in altre occasioni, come si vedrà, di riconoscere che le coppie omosessuali necessitano di un riconoscimento giuridico e della protezione della loro relazione; dunque la Corte si sofferma a valutare il margine di apprezzamento da riconoscere allo Stato italiano.

2. La teoria del margine di apprezzamento nel caso *Oliari e al. c. Italia*.

Il ragionamento della Corte si concentra sulla situazione dei ricorrenti all'interno dell'ordinamento nazionale italiano. Per quanto riguarda la registrazione delle unioni omosessuali dei ricorrenti nei registri locali per le unioni civili, la Corte nota che dove ciò è possibile (in meno del 2% dei Comuni esistenti) questa misura ha un valore meramente simbolico ed è rilevante solo a fini statistici; non conferisce ai ricorrenti nessuno stato civile ufficiale e in nessun modo accorda diritti di qualsiasi genere alle coppie omosessuali, oltre ad essere anche priva di qualunque valore probatorio (di una unione stabile) di fronte alle Corti nazionali. La Corte sottolinea dunque che i ricorrenti nel presente caso, non avendo

la possibilità di sposarsi, non hanno avuto la possibilità di accedere ad un quadro giuridico specifico come quello delle unioni civili o delle partnership registrate, in grado di munirli del riconoscimento del loro stato e di garantire loro determinati diritti rilevanti per una coppia che si trovi in una relazione stabile e duratura.

L'attuale status dei ricorrenti nel contesto giuridico interno, osserva la Corte, può essere considerato soltanto una unione *de facto*, che può essere regolata da accordi contrattuali privati, dallo scopo limitato, che mancano di provvedere ad alcuni bisogni essenziali fondamentali per il regime di una relazione tra una coppia di persone in una unione stabile ed esclusiva, come per esempio, i diritti e gli obblighi reciproci che essi hanno l'uno nei confronti dell'altro inclusi l'assistenza morale e materiale, le obbligazioni alimentari ed i diritti ereditari. Il fatto che lo scopo di tali contratti non sia quello del riconoscimento e della tutela della coppia, continua la Corte, è evidente, in quanto essi sono aperti a chiunque coabiti indipendentemente che si tratti di una coppia in una relazione stabile ed esclusiva. Inoltre, tali contratti esigono che le persone coabitino; tuttavia, la Corte ha già rilevato che l'esistenza di un'unione stabile è indipendente dalla coabitazione; ne consegue che, pur prescindendo dal fatto che gli accordi di coabitazione non erano nemmeno disponibili prima del dicembre 2013, tali accordi non prevedono né il riconoscimento né tantomeno la tutela indispensabile per l'unione dei ricorrenti.

D'altro canto, la Corte ritiene che prevedere il riconoscimento e la protezione delle unioni omosessuali non comporterebbe alcun particolare onere per lo Stato italiano, sia esso legislativo, amministrativo o di altro genere; anzi, secondo la Corte, tale legislazione darebbe risposta ad un importante bisogno sociale, considerato che stando alle statistiche nazionali ufficiali presentate dalla Associazione Radicale Certi Diritti, terzo interveniente nel caso in esame, ci sono circa un milione di omosessuali (o bisessuali) nella sola Italia centrale.

La Corte dunque ribadisce che, nel valutare gli obblighi positivi di uno Stato, si deve avere riguardo all'equo contemperamento tra gli interessi in conflitto dell'individuo e della comunità nel suo complesso. Avendo identificato in precedenza gli interessi degli individui in gioco, la Corte procede dunque a valutarli nei confronti degli interessi della comunità. A tal riguardo, la Corte nota che il Governo italiano ha omesso di evidenziare in modo esplicito ciò che a sua opinione corrisponderebbe agli interessi della comunità nel suo complesso, ritenendo tuttavia che era necessario tempo per raggiungere una graduale maturazione di una comune visione della comunità nazionale sul riconoscimento di questa nuova forma di famiglia. Allo stesso tempo il Governo ha categoricamente negato che l'assenza di un quadro giuridico specifico che preveda il riconoscimento delle unioni omosessuali tenterebbe di proteggere il concetto tradizionale della famiglia o la morale sociale; si è invece affidato al proprio margine di apprezzamento nella scelta dei tempi e dei modi di uno specifico quadro giuridico, ritenendo di essere il soggetto più in grado di valutare il modo di sentire della propria comunità.

La Corte evidenzia come la tendenza al riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali continua a svilupparsi rapidamente in Europa, e attualmente una seppur ristretta maggioranza degli Stati del Consiglio d'Europa (24 su 47) ha legiferato in favore di tale riconoscimento e della relativa tutela. Lo stesso rapido sviluppo può essere notato su scala globale in Asia, Africa e America, a dimostrazione di una tendenza continuativa verso il riconoscimento giuridico su scala internazionale, al quale la Corte non può che attribuire importanza.

In Italia, la Corte osserva come il legislatore non sembra avere dato particolare importanza non solo alle indicazioni poste dalla comunità internazionale, ma neanche a quelle della comunità nazionale comprese la popolazione in generale e le più alte autorità giudiziarie italiane. La Corte fa riferimento alla sentenza della Corte costituzionale n. 138/2010, le conclusioni della quale furono ribadite in una serie di decisioni successive, nella quale veniva invocato il riconoscimento giuridico dei diritti e dei doveri delle coppie omosessuali, nonché a statistiche ufficiali – prodotte ancora dalla interveniente Associazione Radicale Certi Diritti - dalle quali emerge che c'è nella popolazione italiana un'accettazione da parte della gente comune delle coppie omosessuali come anche un appoggio popolare per il riconoscimento della loro tutela.

In conclusione, nell'assenza di un interesse prevalente della comunità sostenuto dal Governo italiano contro il quale equilibrare i fondamentali interessi dei ricorrenti sopra identificati, e alla luce delle conclusioni delle Corti nazionali in materia, che sono rimaste inascoltate, la Corte europea ha ritenuto che il Governo italiano ha ecceduto il suo margine di apprezzamento ed ha mancato di adempiere il suo obbligo positivo di assicurare che ai ricorrenti fosse disponibile uno specifico quadro legale che prevedesse il riconoscimento per la tutela delle loro unioni.

In altre parole, la Corte ha ristretto quasi del tutto il margine di apprezzamento del governo italiano, in virtù di due elementi che ha ritenuto di importanza decisiva, vale a dire il grado di accettazione espresso dalla società nazionale rispetto alle coppie omosessuali, testimoniato da indagini statistiche ufficiali, ed i richiami inascoltati della giurisprudenza interna, ripetuti e provenienti da corti superiori (M. WINKLER, *Lo statuto giuridico delle coppie omosessuali (di nuovo) dinanzi la Corte di Strasburgo: il caso Oliari e altri c. Italia*, in <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?author=27>).

Dunque la Corte nel valutare il ricorso contro il nostro paese, ha riscontrato per la prima volta un *consensus* europeo circa il riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali, perché la maggioranza degli Stati europei ha nel frattempo legiferato in favore di tale riconoscimento e della relativa tutela; si tratta però di una maggioranza ristretta, ciò probabilmente ha spinto la Corte a dare un peso maggiore alla “sensibilità della popolazione italiana”, giudicata in base a statistiche del 2012 prodotte da un terzo interveniente (I. ANRÒ, *La Corte di Strasburgo condanna l'Italia per il mancato riconoscimento delle unioni civili*, in <http://www.eurojus.it/la-corte-di-strasburgo-condanna-litalia-per-il-mancato-riconoscimento-delle-unioni-civili/>), nonché alla posizione delle più alte autorità giudiziarie italiane, di fatto allontanandosi dall'atteggiamento assunto come si vedrà in precedenti occasioni.

Avendo accertato la violazione dell'art. 8, la Corte ha ritenuto non necessario esaminare la violazione dell'art. 14 sul divieto di discriminazione.

Con riferimento all'art. 12 della Convenzione, anche in combinato disposto con l'art. 14, il giudizio della Corte è, invece, maggiormente rispettoso del margine di apprezzamento dello Stato; a questo proposito, la Corte ha ricordato che l'art. 12 della Convenzione non deve più essere interpretato come limitato al matrimonio uomo/donna, tuttavia, non essendoci un consenso sul punto - solo undici Stati su quarantasette riconoscono il matrimonio tra persone dello stesso sesso - la questione è rimessa alla valutazione degli Stati che godono in materia di un ampio margine di apprezzamento.

In altre parole la Corte non ravvisa nell'art. 12 un obbligo per gli Stati di riconoscere alle coppie omosessuali il diritto al matrimonio, non esistendo una prassi comune fra gli

Stati europei in tal senso, ed ha quindi, dichiarato irricevibile il ricorso con riferimento alla violazione dell'art. 12, da solo o in combinato disposto con l'art. 14.

3. *Genesis ed evoluzione della teoria del margine di apprezzamento*

Come è noto, la teoria del margine di apprezzamento, richiamata più volte nella sentenza in commento, non era prevista nel testo della Convenzione fino all'adozione, come si vedrà, del Protocollo 15 – peraltro non ancora entrato in vigore – ma fu presto elaborata dalla Corte, al fine di riservare agli Stati una certa discrezionalità nell'applicazione di talune norme convenzionali, in ottemperanza al principio di sussidiarietà che caratterizza il sistema di controllo della CEDU.

La prima sentenza in cui la Corte fa riferimento al margine di apprezzamento risale infatti al 1960, caso [Lawless c. Irlanda](#), in relazione all'art. 15 della Convenzione, che, come è noto, prevede che gli Stati possano sospendere l'applicazione di taluni diritti garantiti dalla Convenzione, quando ciò è necessario a far fronte a situazioni di guerra o altro pericolo pubblico che minacci la vita della Nazione. In quell'occasione infatti la Corte ritenne che gli Stati fossero gli unici soggetti in grado di valutare la sussistenza e la portata di tali situazioni; così anche in successive decisioni, la Corte ebbe modo di specificare tale teoria, che, con riferimento all'art. 15, si traduce sinteticamente nella possibilità per lo Stato sia di valutare la sussistenza degli estremi della pubblica emergenza, sia di scegliere i mezzi per affrontarla, mentre alla Corte spetta il compito di accertare che le decisioni statali siano conformi al dettato convenzionale (R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale*, cit., p. 571 ss.). Negli anni successivi, la teoria del margine di apprezzamento è stata diffusamente impiegata dalla Corte anche in relazione ad altri diritti garantiti dalla Convenzione, in particolare ai diritti sanciti all'art. 8, nonché agli articoli 9, 10 e 11, sulla libertà di pensiero, la libertà di espressione e la libertà di riunione e di associazione; tali disposizioni sono infatti accomunate dalla previsione della possibilità per lo Stato di limitare, su base legale, i diritti protetti nella misura in cui ciò sia «necessario in una società democratica».

È dunque nel 1976, con la sentenza [Handyside c. Regno Unito](#) che la teoria del margine di apprezzamento trova la sua affermazione (v. E. CHEREGATO, *I Rapporti tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e le corti nazionali: l'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento come occasione mancata di dialogo nel caso Lautsi c. Italia*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2013/2, pp. 401 ss.).

Il caso prende le mosse dal ricorso del sig. Handyside, proprietario di una casa editrice londinese che aveva acquisito i diritti di pubblicazione e diffusione nel Regno Unito di un libro di educazione sessuale destinato agli alunni e, più in generale, ai minori. Il libro, scritto da due autori danesi, era già stato tradotto e diffuso in molti altri Stati europei. Tuttavia, a seguito di numerosi ricorsi, nel Regno Unito venne disposto il sequestro dei libri stampati, quando però la maggior parte delle copie del libro erano già state inviate alle scuole che ne avevano fatto richiesta. Nel luglio 1971 il ricorrente venne dunque condannato dal tribunale inglese di Clerkenwell per il possesso, allo scopo della distribuzione per fini lucrativi, di pubblicazioni oscene e venne ordinata la confisca, per la successiva distruzione, delle copie dei libri. In appello venne confermato il giudizio dato in prima istanza.

Il ricorrente dunque si rivolgeva alla Corte europea contro il Regno Unito per violazione dell'art. 10 della Convenzione e dell'art. 1 del Protocollo I sul rispetto della proprietà dei beni.

La Corte doveva stabilire se la limitazione della libertà di espressione che aveva avuto luogo nel caso di specie trovasse giustificazione nella deroga prevista dal comma 2 dell'articolo 10, se cioè il sequestro e la confisca del materiale in questione potevano essere considerati come necessari, in una società democratica, per la tutela della morale.

Ribadendo che il sistema di tutela dei diritti umani previsto dalla Convenzione ha natura esclusivamente sussidiaria rispetto ai sistemi di protezione nazionali, la Corte riconosceva la competenza dello Stato ad individuare, nel diritto interno, le situazioni di contrarietà alla morale, non esistendo peraltro una concordanza negli ordinamenti nazionali - un *consensus* europeo - su una nozione uniforme di morale.

In altre parole, la Corte riconosceva allo Stato un margine di apprezzamento, in virtù dell'assenza di una definizione europea comune di morale e della posizione privilegiata dello Stato.

Riconosciuta tale discrezionalità allo Stato, la Corte, nel caso di specie, concludeva ritenendo che non vi fosse stata violazione né dell'art. 10 della Convenzione né dell'art. 1 Prot. I, in quanto le misure statali rispondevano all'interesse generale di protezione della morale; tuttavia la Corte in quell'occasione sottolineò come il margine di apprezzamento di cui gode lo Stato non deve ritenersi comunque illimitato, riservandosi dunque il compito di sorvegliare sulle misure statali. A tal proposito, qualche anno più tardi - nel caso *Sunday Times c. Regno Unito* - la Corte precisava ulteriormente i termini di tale controllo, in occasione del ricorso di alcuni giornalisti e della direzione del noto periodico inglese Sunday Times contro un provvedimento giurisdizionale che proibiva loro di diffondere notizie sulla vicenda della presunta pericolosità e tossicità di un medicinale, che era oggetto di alcuni procedimenti giurisdizionali; secondo il giudice inglese, infatti, gli articoli in materia avrebbero potuto incidere sull'autorevolezza e sulla libertà di giudizio dei giudici cui il caso era affidato.

Nel caso di specie però la Corte europea ritenne che lo Stato godesse di un margine di apprezzamento più ristretto rispetto a quello riconosciuto nel caso *Handyside*, poiché il concetto di «imparzialità del potere giudiziario», a differenza di quello della «tutela della morale», trovava una definizione che raccoglieva un ampio consenso europeo, trattandosi di una nozione molto più oggettiva e determinabile, contenuta nel testo stesso della Convenzione, all'art. 6.

Il margine di apprezzamento dello Stato, quindi, si restringe laddove aumenta la capacità della Corte di farsi interprete del *consensus* intorno al criterio utilizzato dallo Stato per giustificare l'interferenza. In altre parole, secondo la Corte, la maggiore o minore ampiezza del margine di apprezzamento statale dipende dalla minore o maggiore consonanza di vedute negli ordinamenti interni (R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale*, cit., p. 571); si tratta di un criterio la cui applicazione può dar luogo a non pochi problemi.

Come è stato osservato (E. CHEREGATO, *I Rapporti tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e le corti nazionali*, cit.), infatti, le maggiori criticità riguardano proprio l'ampiezza del ricorso al margine di apprezzamento, poiché non essendo fondata su criteri precisi e coerenti, la sua applicazione diffusa potrebbe minare alle fondamenta la tutela sovranazionale dei diritti umani. In particolare le maggiori critiche alla teoria riguardano l'individuazione e l'applicazione del cd. *consensus* europeo, considerate le incertezze

metodologiche che accompagnano tale concetto; anzitutto viene in rilievo la necessità di definire i criteri per la selezione degli Stati ai fini della quantificazione del consenso, vale a dire se sono da considerarsi tutti gli Stati contraenti ovvero solo quelli che hanno legiferato sulla materia oggetto del ricorso alla Corte; ancora, è stata sottolineata la necessità che la Corte decida a prescindere da valutazioni maggioritarie, al fine di assicurare una tutela concreta ed effettiva dei diritti umani (E. CHIEREGATO, *I Rapporti tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e le corti nazionali*, cit., e bibliografia ivi citata).

D'altronde la stessa Corte è rimasta sempre prudente in questo campo; così in un caso nel quale veniva in rilievo il regime danese delle azioni di disconoscimento di paternità – caso *Rasmussen c. Danimarca* – essa ha osservato: «L'étendue de la marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte; la présence ou absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard»; dunque l'esistenza di *consensus* può ridurre il margine di apprezzamento statale, ma ciò non è automatico, come dimostra una sentenza del 2010 – caso *A.B.C. c. Irlanda* –, in cui la Corte non ha ritenuto che il margine di discrezionalità di cui gode il governo irlandese in tema di aborto debba essere limitato sulla base della mera esistenza in Europa di legislazioni nazionali molto più permissive.

D'altro canto, se è vero che la teoria del margine di apprezzamento è stata elaborata come detto per via interpretativa, è anche vero che è possibile individuarne una base giuridica; essa infatti risulta essere il corollario del principio di sussidiarietà, ma la sua base giuridica può essere reperita anche nelle regole di interpretazione dei trattati, codificate nella Convenzione di Vienna (M. LUGATO, *Riflessioni sulla base giuridica del margine di apprezzamento statale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *St. integr. eur.*, 2012, pp. 359 ss.); in particolare proprio il *consensus* europeo si sostanzierebbe nella pratica comune delle parti che ai sensi dell'art. 31 par. 3 lett. b) della Convenzione di Vienna risulta essere uno degli elementi dei quali l'interprete deve avvalersi per determinare il significato ordinario dei termini usati nel trattato.

La piena conformità della tecnica del *consensus* alle regole sull'interpretazione dei trattati, codificate dalla Convenzione di Vienna, conferirebbe dunque una particolare legittimità alle sentenze della Corte europea.

Da ultimo, la teoria del margine di apprezzamento è stato al centro del dibattito della Conferenza di Brighton, in seguito alla quale, come è noto, sono stati adottati 2 Protocolli alla CEDU, uno dei quali, il Protocollo n. 15, ha previsto l'inserimento nel Preambolo della Convenzione della teoria in oggetto (C. ZANGHÌ, *I progetti di protocolli 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Scritti in memoria di Maria Rita Saulle*, Napoli, 2014, pp. 1677 ss.).

In occasione della Conferenza, organizzata durante il periodo di presidenza britannica, il Regno Unito ha manifestato sin da subito la volontà di riconoscere agli Stati una certa discrezionalità, rafforzando dunque il ruolo sussidiario della Corte.

Il testo della Dichiarazione finale è una sorta di compromesso fra le richieste britanniche e le resistenze opposte da numerose ONG e dalla stessa Corte (E. NALIN, *I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *St. integr. eur.*, 2014, pp. 117 ss.), riconoscendo agli Stati «un margine di apprezzamento sul modo in cui applicare e attuare la Convenzione, a seconda delle circostanze del caso e dei diritti e delle libertà in causa (...). Il margine di apprezzamento va di pari passo con la supervisione ai sensi del sistema della Convenzione. A questo proposito, il ruolo della Corte è quello di verificare se le decisioni adottate dalle autorità nazionali siano compatibili con la Convenzione, tenuto conto del margine di apprezzamento dello Stato»; la Dichiarazione inoltre incoraggia la

Corte a dare grande rilievo e applicare coerentemente sia il principio di sussidiarietà che la teoria del margine di apprezzamento nelle sue sentenze e conclude che «per ragioni di trasparenza e accessibilità, un riferimento al principio di sussidiarietà e alla dottrina del margine di apprezzamento, come elaborato dalla giurisprudenza della Corte, dovrebbe essere incluso nel preambolo della Convenzione»; ciò come detto avverrà con l'adozione del Protocollo 15, l'anno successivo.

4. *La tutela delle coppie omosessuali nella giurisprudenza della Corte europea e la teoria del margine di apprezzamento*

La prima sentenza della Corte europea relativa alla tutela delle minoranze sessuali risale al 1981 – caso *Dudgeon c. Regno Unito* – e ha preso le mosse dal ricorso di un attivista omosessuale, residente a Belfast, il Sig. Dudgeon, che, dopo aver subito una perquisizione domiciliare, era stato interrogato dalla polizia in merito alle sue attività sessuali, poiché allora in Irlanda del Nord vigeva una legislazione che criminalizzava determinati atti sessuali tra maschi adulti e consenzienti. Il ricorrente dunque lamentava dinanzi la Commissione europea la violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8 della Convenzione, in quanto il rischio di subire un processo penale, che gli aveva fatto patire paure, sofferenze e problemi psicologici, aveva costituito una illegittima e discriminatoria interferenza nella propria vita privata.

La Corte ha ritenuto che il mantenimento in vigore della legislazione impugnata costituiva un'interferenza continuativa nel diritto del ricorrente al rispetto della sua vita privata, così come definito dall'art. 8 comma 1; infatti la mera esistenza di tale legislazione condizionava direttamente la vita privata del ricorrente sia che egli avesse deciso di rispettare la legge, astenendosi da attività sessuali illegali, sia che avesse deciso di compiere tali atti, esponendosi al rischio di un procedimento penale. La Corte, accertata dunque la sussistenza di un'interferenza con il godimento del diritto al rispetto della vita privata e familiare, ha proseguito l'esame del ricorso, valutando se tale interferenza fosse giustificata alla luce delle condizioni previste dall'art. 8. Rilevato come fosse senza dubbio un'interferenza prevista dalla legge, la Corte ha voluto verificare se tale interferenza fosse effettivamente finalizzata agli obiettivi di “protezione della moralità” e “protezione dei diritti e libertà degli altri” identificati dal Governo come obiettivi legittimi di quelle norme.

La Corte anzitutto ribadiva come l'ampiezza del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati dipendesse non solo dagli obiettivi perseguiti, «mais aussi de la nature des activités en jeu»; nel caso di specie veniva in rilievo, secondo la Corte, uno degli aspetti più intimi della vita privata: se la condotta statale interferisce nella sfera della vita sessuale dell'individuo, devono esistere ragioni particolarmente gravi per rendere legittimi, ai fini del par. 2 dell'art. 8, ingerenze dei poteri pubblici.

Quindi la Corte, sottolineava come rispetto al momento in cui la legislazione era stata emanata, nel tempo si erano meglio comprese le ragioni alla base dei comportamenti omosessuali, tanto che la maggior parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa non considerava già più appropriato far rientrare le condotte di cui qui si tratta nell'ambito del diritto penale. Anche in Irlanda del Nord, osservava la Corte, le autorità si sono astenute negli ultimi anni precedenti l'introduzione del ricorso dall'applicazione della normativa con riguardo ai rapporti sessuali tra maschi consenzienti di più di 21 anni, e nessuna prova è stata fornita nel corso del procedimento per dimostrare che ciò avesse in qualche misura

danneggiato la moralità del paese o che vi fossero state richieste pubbliche di una maggiore o più severa applicazione di tali norme.

Non esistendo più dunque una “esigenza sociale pressante” di criminalizzazione di tali atti, la Corte concludeva ritenendo le restrizioni imposte al sig. Dudgeon dal diritto dell'Irlanda del Nord, per la loro ampiezza e carattere assoluto, sproporzionate rispetto agli obiettivi che si prefissavano di raggiungere.

Le sentenza diventa pietra miliare nella storia del riconoscimento dei diritti degli omosessuali (L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Il riconoscimento delle unioni same-sex nel diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 2012, p.118), ad essa seguiranno diverse sentenze che hanno punito legislazioni statali discriminatorie nei confronti degli omosessuali, proprio in virtù del principio riconosciuto dalla Corte secondo cui dinanzi ad interferenze nella vita sessuale dell'individuo, aspetto estremamente importante della vita privata, il margine di apprezzamento statale si riduce notevolmente.

Occorrerà invece attendere ancora molti anni per un ulteriore passo in avanti della Corte verso il riconoscimento delle coppie omosessuali come espressione della “vita familiare”.

Nel 2001, nel caso [Mata Estevez c. Spagna](#), la Corte ha dichiarato irricevibile il ricorso contro la legislazione spagnola che non ammetteva per il partner dello stesso sesso di un individuo defunto il diritto alla pensione di reversibilità, riconoscendo ancora in tale ambito, in assenza di un *consensus* europeo, un ampio margine di apprezzamento allo Stato; il caso tuttavia ha permesso alla Corte europea di compiere un altro importante passo in avanti, riconoscendo comunque un'evoluzione «dans plusieurs Etats européens tendant à la reconnaissance légale et juridique des unions de fait stables».

Quasi dieci anni dopo, la Corte, nel caso [Kozak c. Polonia](#), specificava che «given that the Convention is a living instrument, to be interpreted in the light of present-day conditions, the State, in its choice of means designed to protect the family and secure, as required by Article 8, respect for family life must necessarily take into account developments in society and changes in the perception of social, civil-status and relational issues, including the fact that there is not just one way or one choice in the sphere of leading and living one's family or private life». Tale affermazione ha aperto la strada alla successiva presa di posizione della Corte, nel caso [Schalk e Kopf c. Austria](#) (C. RAGNI, *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Schalk e Kopf*, in *Dir. um. dir. int.*, 2010, n. 3, pp. 643 ss.), in cui i ricorrenti lamentavano la violazione dell'art. 12 della Convenzione, sul diritto al matrimonio, in quanto si erano visti rifiutare l'accesso da parte delle autorità competenti alle pratiche per procedere alla costituzione di una unione coniugale, proponendo dunque una interpretazione evolutiva del medesimo articolo, che come è noto riconosce il diritto al matrimonio a uomini e donne. La Corte, non ravvisando in merito un orientamento condiviso fra gli Stati parte, respingeva la posizione dei ricorrenti, ma con riferimento alla violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8 lamentata dai ricorrenti – i quali sostenevano che il mancato riconoscimento della loro unione costituisse una discriminazione nel godimento del loro diritto alla vita familiare, motivata dal loro orientamento sessuale – prendeva atto che, dalla sentenza resa nel caso [Mata Estevez](#), l'atteggiamento della società verso le coppie omosessuali aveva conosciuto una rapida evoluzione in numerosi Stati parte, molti dei quali avevano accordato loro un riconoscimento giuridico. Tenuto conto di tale evoluzione, la Corte riconosceva che la relazione fra i ricorrenti, due conviventi omosessuali uniti stabilmente, rientrasse nella sfera di “vita familiare”, al pari di una relazione eterosessuale.

Nel caso di specie, la Corte sottolineava come al momento in cui i ricorrenti hanno depositato il ricorso, in base alla legislazione austriaca, essi non avevano alcuna possibilità di far riconoscere la loro relazione, ma tale situazione è durata fino al 1° gennaio 2010, quando è entrata in vigore la Legge sulle Unioni Registrate; dunque, considerato che al momento in cui la Corte ha emesso la sentenza i ricorrenti potevano costituire un'unione registrata, essa respingeva il ricorso anche per la pretesa violazione degli artt. 8 e 14.

Secondo la Corte infatti, considerato che gli Stati del Consiglio d'Europa che riconoscono giuridicamente le coppie omosessuali non costituivano ancora la maggioranza, rientrava nel margine di apprezzamento statale la scelta in questo settore dei tempi in cui adottare delle riforme legislative.

In altre parole, come è stato osservato (L. MAGI, *La Corte dei diritti dell'uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio fra individui dello stesso sesso*, in *Riv. dir. int.*, 2011, pp. 396 ss.), la Corte si è riferita a due livelli di consenso, assumendo di fatto una posizione contraddittoria; da un lato il fatto che un numero considerevole di Stati parte prevedeva un riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali le ha permesso di estendere loro la nozione di "vita familiare"; dall'altro, poiché tali Stati non costituivano la maggioranza, la Corte non si è spinta sino a riconoscere un obbligo statale di riconoscere legalmente tali unioni. Inoltre anche laddove lo Stato decidesse un riconoscimento giuridico di tali unioni, beneficerà comunque di un certo margine di apprezzamento per decidere la natura esatta dello status da conferire loro; la Corte ha lasciato dunque liberi gli Stati di decidere quali diritti, riconosciuti alle coppie eterosessuali, vadano estesi alle coppie composte da individui dello stesso sesso. Ciò, è stato osservato (L. MAGI, *La Corte dei diritti dell'uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio fra individui dello stesso sesso*, *cit.*; C. RAGNI, *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, *cit.*), pone dei dubbi sull'effettiva incidenza che il riconoscimento del diritto al rispetto della vita familiare di queste coppie potrà avere a favore dell'accoglimento di pretese fatte valere davanti ai giudici nazionali dai membri di tali famiglie, come quella di succedere in un contratto di locazione ovvero di beneficiare della pensione di reversibilità.

Ci sembra inoltre che tale atteggiamento della Corte confermi i dubbi circa l'attendibilità del criterio del *consensus* europeo, ed in generale dell'utilizzo della teoria del margine di apprezzamento in una materia così delicata.

La teoria del margine di apprezzamento, in particolare il criterio del *consensus*, è alla base anche di un'altra recente sentenza della Corte europea in materia di riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali, il caso [Vallianatos e altri c. Grecia](#) (D. RUDAN, *Unioni civili registrate e discriminazione fondata sull'orientamento sessuale: il caso Vallianatos*, in *Dir. um. dir. int.*, 2014, n. 1, pp. 232 ss.) che prende le mosse dal ricorso di alcune coppie omosessuali che lamentavano come la legge greca del 2008 rubricata, «Riforme concernenti famiglia, figli e società», che riserva la registrazione delle unioni civili solo alle coppie eterosessuali, violasse il loro diritto al rispetto della vita privata e familiare oltre a costituire una discriminazione ingiustificata fra coppie omosessuali ed eterosessuali.

Nel caso di specie, il criterio del *consensus* non è stato utilizzato né per imporre agli Stati l'obbligo di riconoscere legalmente le coppie omosessuali, né per imporre loro quello riconoscere a tali coppie determinati diritti. La Corte infatti ha sottolineato come fosse rilevabile una tendenza degli Stati parte a introdurre forme di riconoscimento giuridico delle relazioni omosessuali; nove Stati membri prevedevano il matrimonio tra persone dello stesso sesso, diciassette Stati membri autorizzavano una qualche forma di unione civile per le coppie dello stesso sesso; per quanto riguarda la questione specifica sollevata dal caso di

specie, la Corte ha ritenuto che la tendenza emergente negli ordinamenti giuridici degli Stati membri fosse chiara: dei diciannove che autorizzavano una qualche forma di unione registrata, Lituania e Grecia erano gli unici a riservarla esclusivamente alle coppie di sesso diverso. In altre parole, con due eccezioni, gli Stati membri del Consiglio d'Europa, decidendo di adottare una legislazione che ha introdotto un nuovo sistema di unione registrata come alternativa al matrimonio per le coppie non sposate, vi hanno incluso le coppie dello stesso sesso nel suo campo di applicazione.

Pur ribadendo che il fatto che uno Stato che si trovi in una posizione isolata per quanto riguarda un aspetto della sua legislazione non implica necessariamente una violazione della Convenzione, ma considerato che il Governo ellenico non ha offerto ragioni convincenti e tali da giustificare l'esclusione delle coppie dello stesso sesso dal campo di applicazione della legge 2008, la Corte ha concluso, nel caso di specie, accertando la violazione dell'articolo 14, in combinato disposto con l'articolo 8 della Convenzione.

5. Conclusioni.

La sentenza resa nel caso *Vallianatos* è stata considerata un significativo passo in avanti nella tutela delle coppie omosessuali nella misura in cui, pur riconoscendo ancora ampia discrezionalità agli Stati sia per quanto riguarda la scelta di riconoscere o meno giuridicamente le coppie omosessuali, sia nella scelta dei diritti da garantire loro, tale discrezionalità, secondo la Corte, viene meno qualora essi scelgano di introdurre nel proprio ordinamento l'unione civile registrata in alternativa al matrimonio per le coppie di sesso diverso, non potendo escluderne l'applicazione per le coppie omosessuali.

A meno di due anni di distanza, nel caso *Oliari e al. c. Italia*, come visto, la Corte è tornata sul tema del riconoscimento delle coppie omosessuali, potendo contare questa volta su una maggioranza di Stati membri che ha legiferato in tal senso. Infatti, se nel 2013 erano solo 17 gli Stati che avevano introdotto una qualche forma di riconoscimento giuridico delle relazioni omosessuali, nel 2015 il numero degli Stati è salito a 24, su un totale di 47 Stati membri.

Come osservato, probabilmente la Corte ha preferito affiancare a tale ristretta maggioranza altri fattori, quali la sensibilità della popolazione, nonché la posizione delle autorità giudiziarie interne, al fine di riconoscere un obbligo positivo in capo allo Stato, che si traduce nel riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali e nella loro tutela.

Al di là delle possibili perplessità che tale scelta può sollevare (I. ANRÒ, *La Corte di Strasburgo condanna l'Italia per il mancato riconoscimento delle unioni civili*, cit.), è bene sottolineare che la sentenza in oggetto non è definitiva, potendo il nostro governo, entro il 21 ottobre, chiedere il rinvio alla Grande Camera, ma l'accelerazione della discussione presso la Commissione giustizia del Senato del ddl Cirinnà sulle unioni civili induce a pensare che l'obiettivo è quello di portare a termine l'iter legislativo già avviato, dando così piena attuazione alla sentenza della Corte europea. Tuttavia proprio tale accelerazione potrebbe sollevare perplessità su più fronti; se da un lato, infatti, i critici della sentenza, temono che l'impatto mediatico del caso e l'intervento della Corte possa condizionare l'imparzialità del Parlamento, dall'altro è possibile temere che la necessità di approvare una legge in tempi stretti possa indurre le parti politiche a cedere a compromessi al ribasso, a scapito dei diritti delle coppie omosessuali.

ANNA PITRONE