



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

2. LA DECISIONE SUL CASO *OLIARI*: L'ITALIA VIOLA L'ARTICOLO 8 DELLA CEDU PER LA MANCATA PREDISPOSIZIONE DI UNA DISCIPLINA GENERALE SULLE UNIONI OMOSESSUALI.

Con [sentenza del 21 luglio scorso](#), la Corte di Strasburgo ha accertato all'unanimità la violazione da parte dello Stato italiano dell'obbligo positivo di garantire il rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, per via dell'assenza di una disciplina di legge che regoli le unioni tra persone dello stesso sesso. Il caso portato all'esame della Corte era stato sollevato da tre coppie omosessuali che lamentavano di essere discriminate in ragione del loro orientamento sessuale dalla legislazione nazionale, la quale non prevede, né tutela in alcun modo le unioni civili.

La Corte EDU ha riunito due ricorsi proposti da sei cittadini italiani (E. Oliari, A. che nel 2013 ha ottenuto dal giudice di poter mantenere l'anonimato a norma dell'art. 47, par. 3 del Regolamento della Corte, G. M. Felicetti, R. Perelli Cippo, R. Zaccheo, R. Zappa) accomunati dal fatto di aver presentato richiesta delle pubblicazioni di matrimonio presso gli Uffici dello stato civile dei rispettivi Comuni di residenza, vedendosi tutti rigettare tale richiesta.

Nella specie, Oliari e A., a seguito del diniego ricevuto, impugnavano il provvedimento dinanzi al Tribunale di Trento in base all'art. 98 c.c. sostenendo che la legislazione italiana non vietava esplicitamente il matrimonio tra persone dello stesso sesso e che, qualora tale divieto fosse esistito, sarebbe stato incostituzionale. Il Tribunale respingeva il ricorso in quanto il matrimonio tra persone dello stesso sesso difettava di uno dei requisiti essenziali per la validità dell'atto, ossia il diverso sesso dei nubendi. L'adito Tribunale, inoltre, statuiva che non poteva configurarsi un diritto fondamentale al matrimonio e che le limitate disposizioni giuridiche in materia non «potevano integrare una discriminazione in quanto le restrizioni subite dai ricorrenti erano uguali a quelle applicate a qualsiasi altra persona» (par. 13). I due ricorrenti impugnavano la decisione dinanzi alla Corte d'Appello di Trento la quale, pur conformandosi al costante orientamento della giurisprudenza interna sul tema, rimetteva alla Consulta il sindacato di legittimità costituzionale degli artt. 93-96-98-107-108-143-143 *bis*-231 c.c. La Corte Costituzionale, con la sentenza [138 del 15 aprile 2010](#), dichiarava inammissibile la questione di costituzionalità sollevata in quanto diretta ad ottenere una pronuncia additiva non

costituzionalmente obbligata. E, tuttavia, la stessa Corte affermava che le unioni omosessuali, che rientrano nella nozione di formazione sociale, attecchendosi a modello di comunità idonea a favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, godono della copertura fornita dall'art. 2 della Costituzione. La Consulta ribadiva che alle unioni omosessuali, da intendersi come convivenze stabili tra persone dello stesso sesso, va riconosciuto il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia con i vincoli giuridici che ne derivano, secondo i tempi, i modi e nei limiti stabiliti dalla legge. È pertanto compito del legislatore predisporre una disciplina di carattere generale a tutela delle unioni omosessuali, pur non essendo obbligato né ad equipararle al matrimonio tradizionale, né ad introdurre l'istituto del matrimonio omosessuale. A giudizio della Corte, inoltre, il diverso trattamento delle unioni omosessuali rispetto al matrimonio, non configurandosi quale irragionevole discriminazione (come confermato dall'art. 12 CEDU e dall'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), non violerebbe il principio di uguaglianza *ex* art. 3 Cost. Sulla scorta di queste argomentazioni, la Corte d'appello di Trento rigettava interamente le richieste dei ricorrenti.

Anche Perelli Cippo e Zaccheo ricorrevano avverso il rifiuto di pubblicazioni di matrimonio dinanzi al Tribunale di Milano. L'adito giudice, nella sua pronuncia del 1 luglio 2010, si allineava all'indirizzo espresso dalla Corte costituzionale con la sent. 138 dell'aprile 2010, rigettando per l'effetto il ricorso. I ricorrenti non proponevano appello *ex* art. 739 c.p.c. in quanto tale mezzo di gravame non risultava più effettivo a seguito della pronuncia della Consulta.

Felicetti e Zappa, dopo il rifiuto di pubblicazioni di matrimonio nell'aprile 2011, risolvevano di non esperire il ricorso previsto dall'art. 98 c.c. perché anch'esso era da ritenersi mezzo di impugnazione non effettivo dopo la summenzionata sent. 138/2010.

Prima di esaminare il merito della decisione, appare opportuno soffermarsi sulle eccezioni preliminari proposte dal Governo convenuto, le quali sono state tutte respinte dalla Corte.

Con la prima si contestava la qualità di vittima dei ricorrenti data la mera potenzialità del pregiudizio lamentato. La Corte EDU ritiene che i ricorrenti – tutti impegnati in una relazione affettiva stabile – non siano vittime meramente potenziali poiché risultano concretamente attinte dal vuoto normativo in tema di unioni civili (par. 71). Il giudice di Strasburgo rileva infatti che, nell'interpretazione dei giudici nazionali, alle coppie omosessuali è inapplicabile la disciplina sul matrimonio e, nella misura in cui l'ordinamento statale non disponga di un regime giuridico alternativo, esse risultano sprovviste di qualsiasi forma di tutela idonea al riconoscimento del loro status.

Con la seconda eccezione si contestava il mancato esaurimento delle vie di ricorso interno. A questo riguardo il Governo italiano si era limitato a formulare l'eccezione di rito senza peraltro offrire esempi concreti del modo in cui i ricorrenti avrebbero potuto ottenere soddisfazione in ambito nazionale. La Corte EDU infatti rileva che, come già affermato dalla Corte Costituzionale nella pronuncia sull'inammissibilità della questione sollevata dal giudice di Trento, il vizio concerneva la mancanza di una disciplina generale sul tema de quo, superabile unicamente da apposito intervento legislativo e non per il tramite di puntuali pronunce creative. Inoltre, ad avviso della Corte di Strasburgo l'obbligo del previo esaurimento dei ricorsi interni presuppone l'esistenza di mezzi di tutela effettivi e accessibili (art. 13 CEDU). L'effettività, in particolare, va intesa come l'idoneità del ricorso a prevenire la violazione o la sua continuazione (par. 78) oppure, nel caso in cui la violazione si sia già prodotta, a garantire un'adeguata riparazione (così già [Kudla c. Polonia](#),

1996). All'epoca in cui i ricorrenti hanno presentato ricorso (tra marzo e giugno 2011) esisteva una giurisprudenza consolidata della Corte Costituzionale che lasciava ragionevolmente presagire l'assenza di prospettive di successo rispetto alle istanze dei ricorrenti. Il Governo non ha provato, né è logico supporlo, che le giurisdizioni ordinarie nazionali avrebbero ignorato le conclusioni della Consulta per pervenire ad altri esiti. Per queste ragioni la Corte di Strasburgo, unico giudice competente a valutare i caratteri dell'accessibilità e dell'effettività dei mezzi di ricorso interno, ha ravvisato la sussistenza di quelle circostanze particolari in presenza delle quali i ricorrenti sono esenti dall'obbligo in parola.

Con la terza eccezione, infine, il Governo italiano contestava l'inosservanza da parte dei ricorrenti del termine semestrale ai fini della proposizione del ricorso. La decisione di rigettare anche quest'ultima eccezione si fonda sulla considerazione che la doglianza rappresentata assume la forma di una violazione continuata che cristallizza la situazione contestata dai ricorrenti. In passato la Corte EDU si è già occupata delle cd. situazioni permanenti, cioè a dire di violazioni protratte nel tempo che possono estrinsecarsi nella prolungata limitazione di un diritto individuale (*Paksas c. Lituania*, 2011; *Anchugov e Gladkov c. Russia*, 2013) oppure nella continuativa interferenza normativa del diritto al rispetto della vita privata (*Dudgeon c. Regno Unito*, 1981; *Daroczy c. Ungheria*, 2008).

Quanto al merito del ricorso, i ricorrenti lamentavano la violazione dell'art. 8 (rispetto della vita privata e familiare), dell'art. 12 (diritto al matrimonio) e dell'art. 14 della CEDU (divieto di discriminazione).

È indiscusso che la relazione che coinvolge coppie dello stesso sesso rientri nell'ambito della nozione di "vita privata" di cui all'art. 8 CEDU. La Corte infatti ha già riconosciuto alle coppie omosessuali la stessa capacità delle coppie eterosessuali di instaurare relazioni stabili e, di conseguenza, le coppie omosessuali si trovano in una situazione simile a quella di una coppia eterosessuale per quanto riguarda l'esigenza di riconoscimento giuridico e di tutela della loro relazione (così *Schalk e Kopf c. Austria*, par. 99; *Vallianatos e altri c. Grecia*, par. 78 e 81).

La Corte in effetti rileva che le doglianze formulate dinanzi ai giudici nazionali sono state incentrate sulla sola contestazione dell'impossibilità dei ricorrenti di contrarre matrimonio, risultando negletta, invece, la mancanza di forme alternative di riconoscimento e tutela. Al riguardo, la Corte conferma la sua precedente interpretazione in base alla quale, nonostante la graduale introduzione dell'istituto del matrimonio tra persone dello stesso sesso negli ordinamenti dei Paesi membri del Consiglio d'Europa (11 Stati hanno attualmente riconosciuto il matrimonio omosessuale), l'art. 12 CEDU non è fonte di un apposito obbligo per gli Stati che porti a "concedere l'accesso al matrimonio alle coppie omosessuali" (*Schalk e Kopf c. Austria*, cit.; *Hämäläinen c. Finlandia*, 2014, par. 96).

Per tali motivi sono state ammesse, e comunicate al Governo italiano, solo le doglianze relative all'art. 8, considerato singolarmente e in combinato disposto con l'art. 14 CEDU.

Nel caso di specie, la violazione dell'art. 8 CEDU deve imputarsi al mancato rispetto dell'obbligo positivo dello Stato di garantire idonea tutela alla vita privata e familiare. Per valutare gli effetti (o i mancati effetti) dell'azione positiva dello Stato con riferimento al rispetto del diritto alla vita privata e familiare, il giudice di Strasburgo si è soffermato, in particolare, sulla verifica della coerenza sistemica delle prassi giuridiche ed amministrative dell'ordinamento nazionale e sulla misurazione dell'incidenza che tali prassi producono nella vita privata dei singoli. Accertata l'impossibilità di contrarre matrimonio, la Corte

EDU ha passato in rassegna gli eventuali strumenti alternativi a disposizione delle coppie omosessuali in Italia, pervenendo alle seguenti conclusioni.

La trascrizione delle unioni omosessuali nei registri comunali delle unioni civili – dove possibile, e cioè solo in 155 Comuni su 8.047 – ha valore meramente simbolico o, all’occorrenza, finalità statistiche: a tali trascrizioni, infatti, non è attribuito neppure valore probatorio della stabilità del rapporto in ambito giudiziario.

Con riferimento ai contratti di convivenza, in vigore dal 2 dicembre 2013, si constata che essi non possono considerarsi strumenti di riconoscimento e tutela delle unioni omosessuali in quanto mere “scritture private sottoscrivibili, senza particolari formalità, da chiunque abbia rapporti di convivenza” ed a prescindere dal titolo della stessa convivenza. Considerato che la Corte già in passato (*Vallianatos c. Grecia*, cit.) aveva chiarito che la mera convivenza non è sintomatica di una relazione affettiva o familiare stabile, se ne inferisce che anche quando l’istituto del contratto di convivenza fosse stato vigente al momento della proposizione dei ricorsi, non avrebbe comunque potuto fornire la specifica tutela invocata dai ricorrenti.

Di più. Benché le supreme magistrature abbiano riconosciuto l’esistenza di alcuni diritti fondamentali a beneficio delle coppie omosessuali, molte questioni afferenti alla regolamentazione del rapporto in quanto tale rimangono incerte e sono rimesse alle valutazioni dei giudici aditi volta per volta. Il fatto di dover «determinare per via giudiziaria ogni esigenza di vita che si presenti nel ménage di una coppia omosessuale, nelle incerte circostanze descritte ed in un sistema giudiziario oberato come quello italiano, costituisce di per sé un ostacolo non irrilevante» (par. 171).

Alla luce di queste considerazioni, la Corte ha rilevato che la tutela assicurata dall’ordinamento italiano alle coppie omosessuali non solo è carente nel contenuto, ma è piuttosto incerta anche rispetto agli esiti giudizialmente conseguibili e, pertanto, emerge una patente incoerenza delle prassi interne.

Nel valutare gli interventi realizzati da uno Stato nell’adempimento di eventuali obblighi positivi, la Corte attribuisce rilevanza anche al perseguimento del bilanciamento degli interessi individuali perorati dai ricorrenti con quelli collettivi tutelati dal Governo. A questo riguardo, lo Stato convenuto si è limitato a spiegare le ragioni del ritardo legislativo sul tema delle unioni omosessuali, negando di aver voluto proteggere in questo modo il concetto tradizionale di famiglia. Tale ritardo sarebbe dovuto solamente alla necessità di registrare ed interpretare gli umori della società italiana: «i tempi di maturazione di una visione comune sul riconoscimento di questa nuova forma di famiglia» sono necessariamente lunghi, trattandosi di una questione sociale molto delicata che richiede una sintesi tra le “diverse sensibilità” coinvolte (par. 176).

Un ulteriore profilo esaminato dalla Corte è quello dell’ampiezza del margine di discrezionalità statale nell’attuazione degli obblighi positivi di cui all’art. 8 CEDU. Il giudice di Strasburgo conclude che il margine di discrezionalità statale è inversamente proporzionale alla rilevanza del diritto da tutelare: in presenza di questioni particolarmente significative per l’esistenza o per l’identità di una persona, la discrezionalità statale subisce un’importante compressione; invece, in presenza di questioni meno significative o di questioni su cui non esista un consenso generalizzato, il margine di discrezionalità statale si riepande. Se è vero che il tema delle unioni omosessuali presenta delicati aspetti morali e/o etici, secondo la Corte di Strasburgo è altrettanto vero che il caso di specie non involge «diritti supplementari, che possono o meno sorgere da una unione omosessuale e che possono essere oggetto della loro ampiezza», ma diritti fondamentali dell’individuo (par.

177). Già nel caso *Schalk e Kopf c. Austria*, la Corte EDU aveva riconosciuto il fatto che lo Stato conserva un margine di discrezionalità nella scelta della forma da utilizzare per apprestare una tutela giuridica appropriata alle coppie omosessuali e non ha ritenuto l'Austria responsabile per non aver introdotto una legge sulle unioni registrate prima del 2010, trattandosi di una disciplina che riflette la tendenza emergente nei Paesi membri (all'epoca solo 19 Stati del Consiglio d'Europa prevedevano una qualche forma di riconoscimento delle unioni omosessuali). Ad altre conclusioni perviene nei confronti del Governo italiano, colpevole di non aver intercettato i mutati orientamenti della popolazione italiana (par. 179), di non aver tenuto conto del più diffuso riconoscimento conseguito dalle unioni omosessuali nell'ambito del Consiglio d'Europa (ormai sono 24 gli Stati che dispongono di una legislazione ad hoc), ma soprattutto colpevole di non aver dato seguito agli inviti provenienti dalle magistrature superiori (sent. 138/2010 della Corte Cost., ma anche sent. 4184/2012 della Corte di Cassazione, che in un *obiter dictum* affermava che la «differenza di sesso dei nubendi ... non si dimostra più adeguata alla attuale realtà giuridica, essendo stata radicalmente superata» e che la mancata trascrizione in Italia di un matrimonio omosessuale celebrato in Spagna «non scaturisce dalla sua inesistenza o invalidità, ma solo dalla inidoneità (dell'atto) a produrre ... qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento»).

In conclusione, sembra doveroso dare conto, sia pur succintamente, del diverso percorso logico-argomentativo seguito dai giudici Mahoney, Tsotsoria e Vehabovic, che viene riferito in una comune opinione concorrente. L'accertamento della violazione da parte dell'Italia, a loro avviso, si fonda non già sulla mancata attuazione degli obblighi positivi *ex* art. 8 CEDU, ma sulla mancata tutela a beneficio delle coppie omosessuali ai sensi dell'art. 2 Cost., come interpretato dalla Corte costituzionale nella sent. 138/2010 e, soprattutto, ai sensi dell'art. 8, par. 2 CEDU, che ammette ipotesi di «ingerenza statale» in circostanze particolari («Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria ... o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui»).

MARIADOMENICA ALAGNA