



**HAL**  
open science

## Le coppie di persone dello stesso sesso in Francia: dai Pacs alla sentenza sul mariage homosexuel

Anna Maria Lecis Cocco Ortu

► **To cite this version:**

Anna Maria Lecis Cocco Ortu. Le coppie di persone dello stesso sesso in Francia: dai Pacs alla sentenza sul mariage homosexuel . IANUS - Diritto e Finanza - Rivista di studi giuridici, 2011, Il matrimonio tra persone dello stesso sesso nei giudizi di legittimità costituzionale: una prospettiva comparata, 4/2011. hal-01730401

**HAL Id: hal-01730401**

**<https://hal.science/hal-01730401>**

Submitted on 13 Mar 2018

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**LE UNIONI DI PERSONE DELLO STESSO SESSO IN  
FRANCIA:  
DAI PACS ALLA SENTENZA SUL *MARIAGE  
HOMOSEXUEL***

**Anna Maria Lecis**

*Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico comparato  
nell'Università di Siena*

*Il contributo intende analizzare, in linea con il fil rouge di questo numero, le argomentazioni utilizzate dal Conseil constitutionnel nella decisione in cui ha sancito la legittimità del divieto di matrimonio omosessuale. L'analisi della sentenza è preceduta da una ricostruzione della disciplina costituzionale del matrimonio e della famiglia, nonché dal confronto tra disciplina dei Pacs e regime matrimoniale, per comprendere sia le ragioni delle rivendicazioni dei diritti degli omosessuali, dettate dalle significative differenze tra Pacs e matrimonio, sia lo spazio lasciato ad un eventuale intervento del Legislatore.*

*This contribution is intended to analyze, in line with the theme of the current issue, the arguments made by the French Constitutional Council in the decision upholding the ban on gay marriage.*

*The analysis of the sentence is preceded by a survey of the constitutional regulation of marriage and family and by a comparison between the regulation of marriage and Pacs, in order to clarify the reasons founding the struggle for gay rights in France, dictated by the differences between Pacs and marriage, and the space left for a possible intervention of the Legislator.*

Sommario

1. La doppia via francese: *Pacs* e *mariage*
2. La famiglia nel diritto costituzionale francese: un istituto non definito ma caratterizzato da diritti
3. Un istituto *étranger au mariage* per regolare la *vie commune*: il *Pacte civil de solidarité*
4. La decisione del *Conseil constitutionnel* sul matrimonio omosessuale
  - 4.1. L'assenza del paradigma eterosessuale in Costituzione
  - 4.2. La discrezionalità del legislatore e il bilanciamento con i diritti costituzionalmente garantiti
  - 4.3. Il principio di uguaglianza e la ragionevolezza presupposta della scelta del legislatore
  - 4.4. Il *droit à une vie familiale normale*: un diritto accordato, ma di serie B

## 1. La doppia via francese: *Pacs e mariage*

Le coppie di persone dello stesso sesso possono beneficiare in Francia del riconoscimento legale fin dal 1999, grazie all'istituto del *Pacte civil de solidarité* (meglio noto come *Pacs*), istituito con la legge n. 99-944 del 15 novembre 1999.

Tale riforma, per quanto piuttosto all'avanguardia nel riconoscimento dei diritti degli omosessuali<sup>1</sup> all'interno del panorama europeo, precedendo di un anno l'introduzione del matrimonio omosessuale in Olanda, non ha certo posto fine al dibattito sulla tutela delle coppie di persone dello stesso sesso, in ragione del fatto che la nuova disciplina non comporta un'equiparazione delle coppie registrate alle coppie sposate sul piano di diritti e doveri. Il confronto pubblico e politico sull'argomento è perciò proseguito sul fronte dell'eguaglianza con, da una parte, la richiesta dell'estensione della disciplina del matrimonio o quantomeno di una sempre maggiore equiparazione delle coppie unite da *Pacs* alla coppie sposate e, dall'altra, la

---

<sup>1</sup> Si ricorda che l'istituto francese del *Pacte civil de solidarité* non è riservato alle sole coppie omosessuali, bensì è accessibile anche alle coppie di persone di sesso opposto, come alternativa al matrimonio civile repubblicano. La Francia si colloca dunque tra quei Paesi che hanno scelto, per il riconoscimento delle coppie di persone dello stesso sesso, la via dell'introduzione di un istituto alternativo al matrimonio, accessibile a coppie eterosessuali ed omosessuali, laddove altri Paesi, come la Germania, hanno introdotto un istituto riservato alle sole coppie omosessuali, e altri ancora, come i Paesi Bassi, hanno esteso la disciplina matrimoniale alle coppie di persone dello stesso sesso. Per una panoramica sui diversi modelli di riconoscimento delle coppie omosessuali si rimanda, tra gli altri, a GROPPI, *La nouvelle famille*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle, Constitution et liberté d'expression, famille et droits fondamentaux*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 2007, 549 ss. e, limitatamente all'ambito europeo, PIGNATELLI, *Nozione di matrimonio e disciplina delle coppie omosessuali in Europa*, in *Foro it.*, 2005, 260, DÌEZ-PICAZO, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, Il Mulino, 2007, 319.

difesa del matrimonio, caratterizzato dal paradigma eterosessuale, come (unico) strumento di comunione di vita costituzionalmente previsto.

Le istanze di accesso al matrimonio da parte di coppie omolesuali, dalla sede dell'agone politico e del dibattito pubblico, hanno in più di un'occasione raggiunto le aule giudiziarie e, da ultimo, anche il *Conseil constitutionnel*, a seguito dell'introduzione della *Question prioritaire de constitutionnalité*. Con una decisione del 28 gennaio 2011,<sup>2</sup> il *Conseil constitutionnel* ha confermato la costituzionalità del divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso, dichiarando che la disciplina dell'accesso all'istituto del matrimonio rientra nella discrezionalità del Legislatore.

Per analizzare la sentenza e comprendere sia le ragioni dell'istanza, dettate dalle significative differenze tra *Pacs* e matrimonio, sia lo spazio lasciato ad un eventuale intervento del Legislatore alla luce delle norme costituzionali, è necessario partire da una ricostruzione della disciplina costituzionale del matrimonio e della famiglia, nonché dal confronto tra disciplina dei *Pacs* e regime matrimoniale.

## **2. La famiglia nel diritto costituzionale francese: un istituto non definito ma caratterizzato da diritti**

In Francia la nozione di famiglia non ha goduto di grande fortuna nelle carte costituzionali. La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino non vi fa alcun cenno, né se ne occupano le costituzioni rivoluzionarie.<sup>3</sup> Venendo ai

---

<sup>2</sup> *Cons. const.* n. 2010-92 QPC del 28 gennaio 2011.

<sup>3</sup> Le quali tuttavia regolavano alcuni aspetti del diritto di famiglia, come il matrimonio e l'adozione, per quel che concerne l'acquisizione della cittadinanza. Il riconoscimento costituzionale della famiglia avviene per la prima volta nella Costituzione del 1848 ed è poi riproposto nella Costituzione di Vichy. Cfr. VIDAL-NIQUET, *Constitution et famille(s). France*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*,

giorni nostri, nemmeno la Costituzione del 1958 fa alcun riferimento alla famiglia. Essa compare, però, nel Preambolo alla Costituzione del 1946 (cui rinvia il Preambolo della Costituzione del 1958), che tuttavia non ne offre alcuna definizione, limitandosi ad affermare che «*La Nazione assicura all'individuo e alla famiglia le condizioni necessarie al loro sviluppo.*»<sup>4</sup> La Carta prosegue poi con il riconoscimento di alcuni diritti sociali connessi con lo *status* familiare, in particolare a vantaggio di madri e bambini, senza procedere anche in questo caso ad alcuna definizione dei rapporti familiari.<sup>5</sup> La Costituzione non ospita nemmeno una definizione di matrimonio, sebbene quest'ultimo sia perlomeno menzionato, nell'elenco delle materie riservate al legislatore all'art 34, insieme con, tra le altre, la cittadinanza, lo stato e la capacità delle persone e la disciplina delle successioni.<sup>6</sup>

A giudicare dal numero di disposizioni che vi sono dedicate, si potrebbe ritenere che la famiglia non sia oggetto di diritto costituzionale in Francia.<sup>7</sup> In realtà, la carenza di norme costituzionali concernenti famiglia e matrimonio non deve trarre in inganno sul rapporto tra diritto pubblico e diritto di famiglia.<sup>8</sup> Il *Conseil constitutionnel* ha attribuito un'importanza costituzionale al diritto di famiglia nella decisione sul Trattato di Lisbona, laddove ha affermato che

---

*Constitution et famille(s) - Urgence, exception et constitution*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 2008, 185 ss.

<sup>4</sup> Preamb. Cost. 1946, comma 10.

<sup>5</sup> «*Essa garantisce a tutti, in particolare al fanciullo, alla madre e agli anziani lavoratori, la tutela della salute, della sicurezza materiale, del riposo e delle ferie.*» Preamb. Cost. 1946, comma 11.

<sup>6</sup> «*La legge stabilisce le norme concernenti: i diritti civili e le garanzie fondamentali accordate ai cittadini per l'esercizio delle pubbliche libertà; [...] la cittadinanza, lo stato e la capacità delle persone, il regime matrimoniale, le successioni ed elargizioni; [...]*» Art. 34, comma 1 Cost. 1958.

<sup>7</sup> VIDAL-NIQUET, *Constitution et famille(s)*, cit., 185.

<sup>8</sup> Cfr. MILLARD, *Famille et droit public. Recherches sur la construction d'un objet juridique*, Paris, LGDJ, 1995, 8 ss.

la modificazione del procedimento d'adozione di norme in materia di diritto di famiglia richiede una revisione costituzionale, in quanto interviene «*in una materia inerente all'esercizio della sovranità nazionale.*»<sup>9</sup>

Se l'assenza di una definizione degli istituti del diritto di famiglia in Costituzione ha fatto sì che la loro disciplina fosse lasciata alla piena disponibilità del Legislatore, col vantaggio di una maggiore capacità evolutiva della materia, ciò non significa che essa sia stata ignorata dal diritto costituzionale. È vero, da un lato, che questa circostanza ha prodotto, in termini di tutela giurisdizionale dei diritti, una maggiore applicazione di norme di diritto internazionale a discapito del diritto costituzionale: le giurisdizioni ordinaria e amministrativa hanno più spesso invocato disposizioni di diritto pattizio, in particolare gli articoli 8 e 12 della Cedu, che il comma 10 del Preambolo del 1946 (tutt'al più, peraltro, invocato insieme con i precedenti).

D'altra parte, però, ciò non ha impedito che il *Conseil* sviluppasse una tutela costituzionale del diritto di famiglia nelle (poche) decisioni in cui è stato chiamato a pronunciarsi su riforme legislative in materia. Una giurisprudenza costituzionale su famiglia e matrimonio esiste,<sup>10</sup> per quanto le leggi di riforma del diritto di famiglia non vengano frequentemente rimesse al vaglio del *Conseil constitutionnel*.

---

<sup>9</sup> «*Considerando che richiede una revisione della Costituzione ogni disposizione del Trattato che, in una materia inerente all'esercizio della sovranità nazionale, permetta [...] di sostituire con un metodo di decisione maggioritario la regola dell'unanimità in seno al Consiglio dei ministri [...]. Considerando che richiedono ugualmente una revisione della Costituzione le disposizioni [...] che consentono al Consiglio, mediante una decisione presa all'unanimità e salvo opposizione di un parlamento nazionale, di sottomettere taluni aspetti del diritto di famiglia aventi una rilevanza transfrontaliera alla procedura legislativa ordinaria*» *Cons. const.* n. 2007-560 DC del 20 dicembre 2007, cons. 23 e 25.

<sup>10</sup> Per un *excursus* delle decisioni del *Conseil constitutionnel* in materia di diritto di famiglia, HAUSER, *Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel* n. 16, 2004.

In assenza di nozioni costituzionali di *famiglia* e *matrimonio* da garantire, il controllo del giudice costituzionale si è però svolto prevalentemente nella forma della tutela dei diritti connessi con la famiglia, che sono stati così in un certo senso costituzionalizzati. Dai commi 10 e 11 del Preambolo del 1946, infatti, deriva che la famiglia, per il diritto costituzionale, rilevi non tanto come struttura a sé stante, ma piuttosto come luogo di attribuzione e riconoscimento di diritti costituzionalmente garantiti. Ciò ha fatto sì che il *Conseil constitutionnel* si astenesse dall'avventurarsi in una definizione di famiglia, a partire dalla quale individuare la sussistenza dei diritti connessi, preferendo piuttosto esprimersi a garanzia della tutela dei diritti della famiglia, laddove l'esistenza di quest'ultima era presupposta, sulla base di dati normativi o di fatto.<sup>11</sup>

### **3. Un istituto *étranger au mariage* per regolare la *vie commune*: il *Pacte civil de solidarité***

Un'occasione per tentare di individuare gli elementi caratterizzanti la vita familiare e la nozione costituzionale di famiglia si è ripresentata al *Conseil constitutionnel* in occasione del ricorso avente ad oggetto la legge istitutiva dei *Pacs*. L'approvazione del *Pacte civil de solidarité*, infatti, accompagnata da accesi dibattiti sia nell'agone politico che nella scena pubblica, è stata seguita inevitabilmente dalla proposizione del ricorso all'organo di controllo costituzionale da parte di deputati e senatori, che ha offerto al *Conseil* l'opportunità di scandire, seppur in maniera non del tutto chiarificatrice, le differenze tra unioni di fatto, unioni registrate e matrimoni, nonché il rapporto tra famiglia e matrimonio nel disegno costituzionale.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> VIDAL-NIQUET, *Constitution et famille(s)*, cit., 190.

<sup>12</sup> Per un'analisi della disciplina dei *Pacs* alla luce della decisione del *Conseil*, cfr. CHARBONNEAU - PANSIER, *Et in Terra Pacs. Commentaire*

In quella circostanza,<sup>15</sup> innanzitutto, il *Conseil* ha respinto l'allegazione secondo cui l'istituzionalizzazione di una forma di coabitazione diversa dal matrimonio violerebbe i principi fondamentali delle leggi repubblicane,<sup>14</sup> per il riconoscimento di vantaggi propri del matrimonio ad un istituto di comunione di vita alternativo ad esso.<sup>15</sup>

Inoltre, ha rigettato anche le censure relative al comma 10 del Preambolo del 1946, per il riconoscimento legale di una coppia che non è "famiglia" fondata sul matrimonio, senza la contestuale previsione di una disciplina concernente i figli che eventualmente si trovino a vivere con la coppia e che sarebbero così privi della protezione che la legge accorda alla famiglia. Il *Conseil*, in risposta a tali censure, ha convenuto che la legge si limita a disciplinare la situazione di due persone che vogliono organizzare la loro vita in comune, senza intervenire sulla disciplina della filiazione, ma ha anche osservato che non per questo incide in negativo sulla protezione dei figli di una o di entrambe le persone *pacsées*, ai quali si applicheranno le stesse norme, comprensive di diritti dei figli e doveri dei genitori connessi con la potestà genitoriale, che si applicherebbero in relazione a genitori non sposati.<sup>16</sup>

---

*du Pacte civil de solidarité créé par la loi du 14 novembre 1999 et à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel*, in *Gazette du palais*, n. 323-324, 1999, 2; FEMENIA, *Le contrat, après la décision du conseil constitutionnel du 9 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité*, in *Revue de la recherche juridique - Droit prospectif*, 2002, 1199; MOLFESSIS, *La réécriture de la loi relative au Pacs par le Conseil constitutionnel*, in *La Semaine juridique - ed. generale*, I, 2000, 210.

<sup>15</sup> Si tratta della decisione *Cons. const.* n. 99-419 DC del 9 novembre 1999.

<sup>14</sup> Costituzionalizzati per effetto della celebre decisione n. 71-44 DC del 16 luglio 1971.

<sup>15</sup> Il *Conseil* osserva infatti che: «*le dispositions relative al pacte civil de solidarité non incidono su alcuna delle norme relative al matrimonio; che, pertanto, la motivazione della violazione di tali norme è infondata.*» *Cons. const.* n. 99-419 DC, *Cons.* n. 59.

<sup>16</sup> Il *Conseil* osserva che «*le norme di diritto di famiglia esistenti concernenti la filiazione e le disposizioni a tutela dei diritti del*

Il *Pacs* dunque, secondo il giudice di costituzionalità, non viola i principi costituzionali a tutela di matrimonio e famiglia. Ciò perché, il *Conseil* lo ribadisce in più punti,<sup>17</sup> si tratta sicuramente di un istituto diverso dal matrimonio, alternativo ad esso per il riconoscimento legale della vita di coppia, anche se non è chiaro se si tratti di una forma costitutiva di famiglia.<sup>18</sup> Per chiarire la natura del *Pacs* e la portata della locuzione di *vie commune* è pertanto opportuno un confronto tra le discipline.

Il *Pacte civil de solidarité* è un contratto di diritto privato avente ad oggetto l'organizzazione della vita in comune di una coppia, che può essere concluso da due persone di sesso opposto o dello stesso sesso<sup>19</sup> e spiega i suoi effetti a seguito di una registrazione presso il tribunale.<sup>20</sup> La legge non definisce i caratteri della "vita in comune" alla cui regolamentazione sono rivolti i *Pacs*, ma lo fa il *Conseil*, esplicitando ciò che nella legge non era stato espressamente sancito: la *vie commune* implica una condivisione che va oltre la mera coabitazione, comprendendo la sfera

---

*fanciullo, tra le quali figurano quelle relative ai diritti e ai doveri dei genitori sulla base dell'autorità parentale, si applicano, come è stato precedentemente indicato, ai figli il cui legame di filiazione sia stabilito nei confronti di persone legate da un pacte civil de solidarité o anche (nei confronti) di uno solo dei partner all'interno di tale patto.»*

<sup>17</sup> Ad es., laddove respinge l'allegazione secondo cui lo scioglimento unilaterale del patto comporterebbe un ripudio legalizzato, il *Conseil* senza mezzi termini sottolinea che: «il pacte civil de solidarité è un contratto diverso dal matrimonio» *Cons. const.* n. 99-419 DC, cons. n. 67.

<sup>18</sup> Nella legge istitutiva dei *Pacs* e nella decisione del *Conseil* non viene espressamente affrontata la questione della configurabilità della coppia *pacsée* come "famiglia". Tuttavia in seguito, in particolare nella decisione sul matrimonio omosessuale, il *Conseil* riconoscerà il *Pacs* quale istituto attraverso il quale può essere esercitato il diritto alla vita familiare delle coppie omosessuali, *infra* par. 2, in particolare 11 s.

<sup>19</sup> «Un pacte civil de solidarité è un contratto concluso da due persone fisiche maggiorenni, di sesso differente o dello stesso sesso, per organizzare la loro vita comune.» Art. 515-1 *Code civil*.

<sup>20</sup> Art. 515-3 *Code civil*.

sentimentale e sessuale. Le “due persone adulte”, cui offre riconoscimento legale l’istituto, formano dunque una coppia legata da stabile relazione sentimentale e sessuale.<sup>21</sup> Differentemente da quanto accade con l’istituto del matrimonio, tuttavia, il riferimento alla natura sessuale del legame è descrittivo e non prescrittivo, per cui non è né previsto l’obbligo di relazione sessuale, né l’obbligo di esclusività di tale sorta di relazioni. Il *Pacs* è dunque concepito come un istituto a metà strada tra matrimonio e concubinato.<sup>22</sup> Non viene chiarito però se la *vie commune* sia elemento non solo necessario ma anche sufficiente per la qualificazione di “famiglia”.

---

<sup>21</sup> I giudici riconducono il carattere sentimentale ed eventualmente sessuale della relazione di coppia contemplata dalla legge alle cause d’impedimento previste, la cui principale *ratio* è quella di evitare rapporti incestuosi: «Risulta da queste disposizioni, alla luce dei dibattiti parlamentari al seguito dei quali esse sono state adottate, che la nozione di vita comune non ricopre soltanto una comunione di interessi e non si limita all’asigenza di una mera coabitazione tra due persone; che la vita comune menzionata dalla legge in oggetto presuppone, oltre che una residenza comune, una vita di coppia, la sola che giustifichi che il legislatore abbia previsto delle cause di nullità del patto che, sia riprendono gli impedimenti al matrimonio volti a prevenire l’incesto, sia impediscono una violazione dell’obbligo di fedeltà derivante dal matrimonio; che, di conseguenza, pur non definendo espressamente il contenuto della nozione di vita comune, il legislatore ne ha determinato i caratteri essenziali» Cons. const. n. 99-419 DC, cons. n. 26. La vita di coppia, implicante una componente sessuale, è però appunto “supposta” e non prevista come elemento essenziale.

<sup>22</sup> La differenza rispetto al concubinato è messa in evidenza dal *Conseil* laddove giustifica la disparità di trattamento a fini fiscali tra le persone *pacées* e i meri conviventi in concubinato: «il legislatore ha inteso accordare dei diritti particolari alle persone che non possono o non vogliono sposarsi, ma che desiderano legarsi mediante un patto di vita comune; che, contrariamente alle persone che vivono in concubinato, i partner di un tale patto sono soggetti a talune obbligazioni; che essi, in particolare, si devono “un aiuto reciproco e materiale”; che tale differenza di situazione giustifica, quanto all’oggetto della legge, la differenza di trattamento censurata tra persone che vivono in concubinato e persone legate da un *pacte civil de solidarité*.»

Per quanto riguarda, poi, le differenze rispetto al prototipo del riconoscimento legale della vita in comune, il matrimonio civile, queste non dipendono tanto dalla definizione dell'istituto, bensì dalla disciplina per esso prevista. Tra le differenze più rilevanti ricordiamo la possibilità di scioglimento unilaterale del *Pacs*<sup>23</sup> (in relazione al quale il *Conseil* ha escluso si potesse parlare di "ripudio" per la diversa natura del *Pacs* rispetto al matrimonio),<sup>24</sup> la mancata previsione del beneficio della pensione di reversibilità a vantaggio del *partner* superstite e l'impossibilità per le due persone *pacsées* di accedere all'istituto dell'adozione in qualità di coppia (essendo possibile solo l'adozione da parte di uno dei *partner*) e di esercitare congiuntamente l'*autorité parentale* sui figli di uno dei due *partner*.

#### **4. La decisione del *Conseil constitutionnel* sul matrimonio omosessuale**

Proprio quest'ultimo punto ha dato luogo alla battaglia giudiziaria di rivendicazione del diritto al matrimonio che è pervenuta al *Conseil constitutionnel* mediante il giudizio incidentale che verrà di seguito trattato. La questione di

---

<sup>23</sup> L'art. 515-7, disciplinante lo scioglimento del *Pacs*, prevede le ipotesi di rottura unilaterale del rapporto al comma 1 («*Quando uno dei partner decide di mettere fine al pacte civil de solidarité, egli notifica all'altro la propria decisione e invia una copia di tale notifica all'ufficio del tribunal d'instance che ha ricevuto l'atto iniziale.*») e al comma 2 («*Quando uno dei partner mette fine al pacte civil de solidarité sposandosi, egli ne informa l'altro mediante notifica e invia copia della suddetta notifica unitamente al proprio certificato di nascita, sul quale è riportata notizia del matrimonio, all'ufficio del tribunal d'instance che ha ricevuto l'atto iniziale.*»).

<sup>24</sup> «*Considerando, in primo luogo, che il pacte civil de solidarité è un contratto estraneo al matrimonio; che, di conseguenza, la sua rottura unilaterale non può essere qualificata "répudiation".*» *Cons. const.* n. 99-419 DC, cons. n. 67.

fatto che ha generato il giudizio *a quo* vedeva infatti protagoniste due donne, già unite da un *Pacte civil de solidarité* e madri di quattro figli (di cui i primi tre figli naturali dell'una e il quarto dell'altra), che rivendicavano la possibilità di accedere al matrimonio per poter così ottenere l'esercizio congiunto della potestà sui propri figli conviventi, che nell'ordinamento francese è riservato alle sole coppie sposate.<sup>25</sup>

L'esito del percorso dinanzi alla giurisdizione ordinaria era prevedibile, sulla base dell'orientamento assunto dalla Corte di cassazione in una pronuncia del 13 marzo 2007<sup>26</sup> che aveva annullato il "*mariage de Bègles*", ovvero il primo matrimonio tra due persone dello stesso sesso celebrato sul territorio francese, officiato dal sindaco di Bègles nonostante l'opposizione del procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bordeaux. Quelle nozze, celebrate il 5 giugno 2004, erano state annullate dall'organo giurisdizionale di primo grado meno di due mesi dopo e l'annullamento, già confermato in appello, era stato definitivamente convalidato dalla Cassazione, che aveva motivato la propria decisione anche sulla base dell'assenza di norme di diritto internazionale che obblighino la Francia all'estensione della disciplina del matrimonio alle coppie omolesuali.<sup>27</sup>

Le possibilità di azione delle due *justiciables* apparivano però profondamente mutate a seguito della riforma costituzionale istitutiva della *Question prioritaire de constitutionnalité*,<sup>28</sup> che apriva il giudizio a nuove

---

<sup>25</sup> Si veda *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2010-39 QPC del 6 ottobre 2010, dove il *Conseil* rigetta la QPC avente ad oggetto l'estensione alle coppie registrate dell'esercizio congiunto della potestà sul figlio di uno dei due *partner* che venga adottato dall'altro.

<sup>26</sup> *Cass.Civ. 1ère* n. 511, cit.

<sup>27</sup> Il caso è al momento oggetto di un ricorso pendente dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, *Chapin et Charpentier c. France*, ric. n. 40183/07.

<sup>28</sup> Il controllo successivo di costituzionalità delle leggi è stato introdotto nell'ordinamento francese con la legge organica n. 2009-1523 che, in

prospettive. Le due donne hanno perciò agito in giudizio con l'evidente proposito di portare per la prima volta la questione dinanzi al giudice costituzionale, grazie all'introduzione del giudizio di costituzionalità in via incidentale nell'ordinamento francese. Tale riforma, infatti, ha permesso che il *Conseil constitutionnel* potesse essere chiamato a intervenire per valutare la violazione, nel caso concreto, di diritti costituzionalmente garantiti da parte di una legge in vigore nell'ordinamento (nel caso di specie, gli articoli sopramenzionati del codice civile), a seguito della proposizione di una questione incidentale. In questo modo, attraverso il controllo di costituzionalità successivo, anche il *Conseil constitutionnel* francese ha potuto iniziare a pronunciarsi non solo su disposizioni legislative in corso di emanazione, ma anche, dietro l'impulso dei casi concreti della vita, su istituti non espressamente previsti dalla legge o ipotesi che non erano nemmeno prese in considerazione nel momento in cui una determinata disciplina era stata emanata (nel caso di specie, il matrimonio tra persone dello stesso sesso), ma che nondimeno si pongono all'attenzione degli interpreti nella risoluzione delle controversie.<sup>29</sup>

È questo quanto è avvenuto quando, davanti al *Tribunal de Grande Instance* della città di Reims, che aveva dichiarato irricevibile la domanda di autorizzazione alla celebrazione della nozze tra le due donne, è stata sollevata un'eccezione d'incostituzionalità, che il tribunale stesso, effettuato il primo vaglio di ammissibilità che gli compete, ha ritenuto di dover trasmettere alla *Cour de Cassation*, la quale a sua volta, nella sua funzione di filtro di ultima istanza delle QPC, ha deciso di rimetterla al *Conseil constitutionnel*.

---

attuazione del nuovo art. 61-1 della Costituzione, disciplina la *Question Prioritaire de Constitutionnalité*.

<sup>29</sup> È stato osservato che la cosiddetta "porte étroite" del giudizio di costituzionalità, dalla definizione di VEDEL, *L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite*, Paris, La vie judiciaire, 1991, diventa oggi "porte ouverte", cfr. DRAGO, *Le nouveau visage du contentieux constitutionnel*, in *Revue française du droit constitutionnel*, 2010, 751.

#### 4.1. L'assenza del paradigma eterosessuale in Costituzione

Il *Conseil constitutionnel*, con decisione del 28 gennaio 2011,<sup>30</sup> ha confermato la costituzionalità del divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Oggetto del controllo di costituzionalità erano gli articoli 75 e 144 del *code civil*, disciplinanti rispettivamente le formalità procedurali e l'età per contrarre matrimonio, i quali, parlando rispettivamente di «*mari et femme*» e «*homme et femme*», avrebbero comportato, secondo il giudice del rinvio, una violazione dei diritti degli omosessuali. In particolare, la Corte di cassazione, nell'ordinanza di rinvio,<sup>31</sup> censurava le suddette disposizioni in relazione alla libertà personale (art. 66 Cost. del 1958) e alla libertà di matrimonio (Preambolo Cost. del 1946 e del 1958). Due associazioni per i diritti degli omosessuali, intervenute nel giudizio di costituzionalità, allegavano ulteriori profili d'incostituzionalità, concernenti la violazione del diritto alla vita familiare (Preamb. Cost. del 1946) e del principio di uguaglianza (art. 6 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*).

La decisione che ne è conseguita, benché succinta nelle argomentazioni com'è nello stile del *Conseil constitutionnel*, presenta degli interessanti spunti soprattutto quanto al rapporto, che costituisce un'assoluta novità in Francia, tra controllo di costituzionalità successivo e discrezionalità del potere legislativo, in un Paese che si è sempre dimostrato diffidente nei confronti di qualunque intromissione nella *souveraineté de la loi*.

Il cuore della decisione sta nelle venti righe che costituiscono i considerando n. 7, 8 e 9, nei quali il giudice delle leggi declina la propria competenza a sindacare nel merito le scelte legislative in materia di matrimonio, in

<sup>30</sup> *Cons. const.* n. 2010-92 QPC.

<sup>31</sup> *Cass. Civ. 1ère, Décision de renvoi* n. 1088 del 16 novembre 2010.

ragione della discrezionalità accordata al Legislatore dai Costituenti. Spiega infatti il *Conseil* che essendo riservata al Legislatore, ai sensi dell'art. 34 della Costituzione,<sup>32</sup> la disciplina del matrimonio, le limitazioni legislative alla libertà di sposarsi potranno essere considerate incostituzionali soltanto in quanto esse violino altri diritti o libertà costituzionalmente protetti. Pertanto, nel caso di specie, non essendo riscontrabile la violazione né del diritto di condurre una normale vita familiare né del principio di uguaglianza, le disparità di trattamento operate dal Legislatore sono giustificate e insindacabili nel merito da parte dei giudici costituzionali.

Ma ripercorriamo il ragionamento del *Conseil constitutionnel*, per vedere come esso arriva a dichiarare conforme a Costituzione il divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso, partendo innanzitutto dalla determinazione del significato delle disposizioni oggetto della questione.<sup>33</sup>

I giudici costituzionali, infatti, dopo aver delimitato l'ambito del proprio sindacato alle sole parti degli articoli contestati dirette a escludere le coppie omosessuali dall'accesso al matrimonio, assumendo come norme oggetto soltanto l'ultimo comma dell'art. 75 e l'intero art. 144, ne determinano il significato sulla base dell'interpretazione consolidata della *Cour de cassation*, la quale afferma che, dal complesso delle norme sul matrimonio contenute nel codice civile, si deve evincere che «*selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme.*»<sup>34</sup>

Questo è il primo punto degno d'attenzione, in quanto in

---

<sup>32</sup> «La legge stabilisce le norme concernenti: i diritti civili e le garanzie fondamentali accordate ai cittadini per l'esercizio delle pubbliche libertà; [...] la cittadinanza, lo stato e la capacità delle persone, il regime matrimoniale, le successioni ed elargizioni; [...]» Art. 34, comma 1 Cost. 1958.

<sup>33</sup> *Cons. const.* n. 2010-92, Cons. n. 1, 2 e 3.

<sup>34</sup> *Cass., Civ. 1ère*, n. 511, prima richiamata e citata nella decisione n. 2010-92 QPC nel cons. n. 3.

esso i giudici costituzionali, utilizzando l'argomento del riferimento alla giurisprudenza che fortemente richiama la dottrina italiana del diritto vivente,<sup>35</sup> riconducono il paradigma eterosessuale del matrimonio al significato conferito all'istituto dal diritto civile, nell'applicazione datagli dalla giurisdizione ordinaria, e non dalla Costituzione. È vero, come si legge nel commento alla sentenza nei *Cahiers du Conseil constitutionnel*<sup>36</sup> che la Cassazione, con quel riferimento al complesso delle disposizioni civilistiche, sembra far assurgere l'eterosessualità del matrimonio a principio generale del diritto civile francese, ancorandola ad un fondamento più ampio e generale, ma è anche vero che si tratta comunque di un principio che trova la sua ragion d'essere in fonti primarie, e non in Costituzione. È proprio grazie all'esclusione di una matrice costituzionale del carattere eterosessuale del matrimonio che viene lasciato spazio all'intervento del Legislatore ordinario.

Da ciò discende la considerazione che l'eventuale estensione della disciplina del matrimonio alle coppie di persone dello stesso sesso non comporterebbe una violazione della nozione costituzionale dell'istituto, del quale, tuttavia, il *Conseil* anche in questa sede non fornisce una definizione.

---

<sup>35</sup> Sull'utilizzo del diritto vivente nella giurisprudenza del *Conseil constitutionnel*, cfr. SEVERINO, *Il ruolo della giurisprudenza comune nel giudizio di costituzionalità in Francia. Un diritto vivente dinanzi al Conseil constitutionnel?*, in M. CAVINO (a cura di), *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2009, 53 ss. e EAD., *La doctrine du droit vivant*, Paris, Aix-en-Provence, Economica-PUAM. Sull'impiego invece dei riferimenti giurisprudenziali secondo il modello di dottrina del diritto vivente *à l'italienne*, cfr. G. ZAGREBELSKY, *La doctrine du droit vivant et la QPC*, in *Constitutions*, 2010, 5 e ROUSSEAU, *L'art italien au Conseil constitutionnel: les décisions de 6 et 14 octobre 2010*, in *Gazette du Palais*, 2010, 12.

<sup>36</sup> *Cah. Cons. const.* n. 32, 2011, 2.

#### 4.2. La discrezionalità del legislatore e il bilanciamento con i diritti costituzionalmente garantiti

Il *Conseil constitutionnel*, individuate le norme oggetto del controllo di costituzionalità e il fondamento legislativo del requisito di eterosessualità dei coniugi, passa all'analisi dei profili di sospetta incostituzionalità, sulla base dei singoli parametri.

Rigetta innanzitutto la questione sotto il profilo della violazione dell'articolo 66, avente ad oggetto la tutela della libertà personale garantita mediante riserva giurisdizionale, ricordando che la libertà di contrarre matrimonio rientra tra i diritti e le libertà della persona garantiti dagli art. 2 e 4 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* e non è ricompresa nell'ambito della libertà personale di cui all'art. 66.<sup>37</sup> In effetti, sebbene quest'ultima fosse l'interpretazione costituzionale adottata dal *Conseil* fino alla fine degli anni Novanta, tale orientamento è oramai mutato a partire dal 1999, quando – adottando una concezione più restrittiva della libertà personale *ex art. 66* – il *Conseil* ha ricondotto le altre libertà della persona nell'alveo della tutela offerta dagli art. 2 e 4 della *Déclaration*.<sup>38</sup>

La violazione della libertà di matrimonio deve comunque essere valutata nel merito, ma solo sulla base dei due articoli citati del documento del 1789. Tuttavia il *Conseil*, conformemente alla propria giurisprudenza in materia, ritiene la trattazione di tale profilo successiva e consequenziale rispetto a quelli concernenti la tutela della vita familiare e il principio di uguaglianza, in quanto, ai sensi dell'art. 34 della Costituzione, è lasciata al Legislatore la disciplina del matrimonio, che incontra come unico limite l'obbligo di assicurare «*le garanzie legali delle esigenze di*

---

<sup>37</sup> *Cons. const.* n. 2010-92 QPC, cons. n. 6.

<sup>38</sup> *Cah. Cons. Const.* n. 32, 5 s.

*carattere costituzionale*». Le limitazioni alla libertà di contrarre matrimonio previste dal Legislatore saranno, perciò, incostituzionali soltanto qualora rappresentino una violazione di altri diritti e libertà costituzionalmente garantiti, nella fattispecie il diritto alla vita familiare e alla parità di trattamento da parte della legge.

Sulla base di queste premesse, e torniamo qui all'argomento fondante della *ratio decidendi*, il *Conseil* rileva che non vi sia violazione della libertà di matrimonio, non riscontrando alcuna violazione né del diritto alla conduzione di una normale vita familiare né del principio di non discriminazione.

È questo un utilizzo dell'argomento della discrezionalità del legislatore in funzione di *self restraint* da parte dell'organo di controllo costituzionale, che si combina ad una sorta di giudizio di proporzionalità, volto ad assicurare la garanzia dei contenuti minimi dei principi e diritti costituzionali eventualmente lesi o limitati dalla norma oggetto: il *Conseil* riconosce infatti di non poter esercitare un controllo nel merito delle scelte legislative che fondano una determinata norma oggetto, sulla base delle norme parametro indicate, se non nei termini di controllo sulla garanzia dei contenuti minimi essenziali di altri diritti costituzionalmente garantiti. Laddove la Carta costituzionale affida al Legislatore la disciplina di una materia, questi incontra certamente i limiti costituiti dalle altre norme costituzionali, ma al contempo la riserva di legge gli garantisce uno spazio di discrezionalità tale da far presupporre la costituzionalità dei bilanciamenti da egli operati, salvo in caso di violazione del nucleo essenziale di principi e diritti costituzionali.

Sebbene i giudici non facciano riferimento al *noyau dur* dei diritti costituzionalmente garantiti, è proprio il nucleo essenziale delle norme parametro invocate quello che il *Conseil* sembra tutelare quando, seppur mediante la tecnica argomentativa ermetica che gli è propria, dal considerando sulla discrezionalità del legislatore passa al vaglio nel merito dei profili della questione incidentale, svolgendo un

controllo teso a garantire, da un lato, il rispetto del principio di uguaglianza mediante la ragionevolezza della disparità di trattamento e, dall'altro, il rispetto del nucleo essenziale del diritto alla vita familiare.

#### **4.3. Il principio di uguaglianza e la ragionevolezza presupposta della scelta del legislatore**

Quanto al principio di uguaglianza, il giudizio dei *Sages* incontra dunque i limiti imposti dalla discrezionalità riconosciuta al Legislatore dall'articolo 34 della Costituzione, per cui all'organo di garanzia costituzionale spetta soltanto di valutare la ragionevolezza della disparità di trattamento. Il *Conseil* ribadisce infatti la propria giurisprudenza secondo la quale il principio di uguaglianza davanti alla legge, da un lato, non impedisce di trattare in maniera diversa situazioni diverse e, dall'altro, non osta nemmeno a che il Legislatore deroghi alla parità di trattamento di situazioni analoghe per ragioni di pubblico interesse.<sup>39</sup> Con particolare riferimento, poi, alla disparità di trattamento tra coppie omosessuali e non, il *Conseil* ne rileva la ragionevolezza sottolineando che, nella valutazione operata dal Legislatore, «*la diversità della situazione delle coppie omosessuali rispetto a quella delle coppie composte da un uomo e una donna può giustificare una diversità di trattamento nell'ambito della disciplina del diritto di famiglia*» e che «*non sta al Conseil constitutionnel sostituire la propria discrezionalità a quella del legislatore*» in merito all'opportunità di parificare o meno le coppie omosessuali a quelle eterosessuali.<sup>40</sup>

È importante sottolineare che il *Conseil* non procede ad un giudizio di ragionevolezza o ad un controllo di

---

<sup>39</sup> “Diversità di situazione” e “pubblico interesse” sono le due ipotesi alternative di deroga legittima al principio di uguaglianza, a partire dalla sentenza *Cons. const.* n. 89-254 DC del 4 luglio 1979.

<sup>40</sup> *Cons. const.* n. 2010-92, Cons. n. 9.

proporzionalità per *test*, coerentemente con la propria giurisprudenza in materia di principio di uguaglianza, secondo la quale la ragionevolezza della scelta del Legislatore è presupposta, salvo che essa appaia manifestamente discriminatoria o per *erreur manifeste*, nella valutazione del nesso tra discriminazione e obiettivo perseguito, o per *excessive atteinte* al diritto dei destinatari del trattamento diversificato.<sup>41</sup> Nel caso in questione, il *Conseil* si accontenta di rilevare come il Legislatore abbia ritenuto che la diversità di situazione tra le coppie considerate sia tale da rendere la discriminazione ragionevole e, pertanto, giustificata in rapporto all'oggetto della disposizione legislativa (riscontrando così una delle due ipotesi alternative di deroga legittima al principio di uguaglianza, secondo la giurisprudenza sul punto).

Al fatto che i giudici costituzionali non procedano ad una valutazione sull'entità dell'*atteinte* possono darsi due letture: secondo la prima, essi semplicemente, non scorgendo *prima facie* alcuna manifesta disparità di trattamento, non hanno ritenuto di dover procedere al sindacato di merito sull'idoneità e la necessità della previsione normativa discriminatoria ai fini del perseguimento dell'obiettivo legislativo; l'altra lettura postula, invece, che la pronuncia si fondi sulla "valutazione di non dover valutare". Secondo questo punto di vista, con quel riferimento ponziopilatesco alla discrezionalità del Legislatore, che ha assorbito ogni valutazione di merito sulla disparità di trattamento, il *Conseil* avrebbe voluto riaffermare, all'indomani dell'introduzione in Francia di un sistema di controllo costituzionale incidentale a tutela dei diritti e delle libertà fondamentali che cambia sensibilmente il volto del giudizio di costituzionalità, la ripartizione dei

---

<sup>41</sup> Sull'applicazione del giudizio di uguaglianza e del controllo di proporzionalità da parte del *Conseil constitutionnel* si rimanda a DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 2a ed., Paris, PUF, 2006, e ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 8a ed, Paris, Montchrestien, 2008.

ruoli tra politica e giustizia costituzionale, riconoscendo al Legislatore, e dunque alla politica, il potere di scelta sui temi dalla forte implicazione etica su cui ci siano evidenti divisioni all'interno della società.

L'affermazione del *Conseil* va invero letta alla luce dell'ordinanza di rimessione. È proprio in questo senso, infatti, che la Cassazione ha inteso sollecitare una pronuncia dell'organo di controllo costituzionale, trasmettendo la questione, nell'esercizio della propria funzione di filtro, non sulla base del carattere di serietà del ricorso, bensì in ragione della sua novità «*nel senso che il Conseil constitutionnel attribuisce a questo criterio alternativo*», cioè sulla base di quella facoltà riconosciuta alle supreme giurisdizioni ordinaria e amministrativa di adire il giudice costituzionale anche in presenza di questioni che non siano né nuove in senso tecnico, né «*serie*» dal punto di vista della fondatezza e della complessità giuridica, ma che siano nondimeno da essi ritenute interessanti e meritevoli di una pronuncia da parte del *Conseil constitutionnel*.<sup>42</sup> Il giudice rimettente ha così invitato i Sages a prendere posizione su una questione che è «*oggi l'oggetto di un acceso dibattito nella società, a causa, in particolare, dell'evoluzione dei costumi e del riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso nelle legislazioni di molti Paesi stranieri*».<sup>43</sup>

Chiamato in causa in questi termini, il giudice costituzionale ha detto la sua: «*non sta al Conseil constitutionnel sostituire la propria valutazione a quella del legislatore sulla considerazione, in questa materia, di questa differenza di situazione.*»<sup>44</sup> La parola spetta al Legislatore.

---

<sup>42</sup> È questa l'interpretazione data al criterio della *nouveauté* nella decisione *Cons. const.* n. 2009-595 DC del 3 dicembre 2009.

<sup>43</sup> *Décision de renvoi*, cit.

<sup>44</sup> *Cons. const.* n. 2010-92 QPC, cons. n. 9.

#### 4.4. Il *droit à une vie familiale normale*: un diritto accordato, ma di serie B

Quanto al profilo della violazione del diritto a condurre una normale vita familiare per il divieto di sposarsi imposto dal codice civile alle coppie omosessuali, il *Conseil* rigetta la questione, confermando la sua precedente posizione, secondo la quale il matrimonio non è elemento necessario e qualificante di una normale vita familiare, essendo questa sufficientemente garantita dalla possibilità di convivere in unioni registrate e nuclei familiari anche non formalmente riconosciuti. Rilevano infatti i *Sages* che «*il diritto di condurre una normale vita familiare non implica il diritto di sposarsi*» e che le disposizioni censurate «*non ostano alla libertà delle coppie di persone dello stesso sesso di vivere in concubinato [...] o di beneficiare del quadro giuridico del patto civile di solidarietà disciplinato dagli articoli 515-1 e seguenti [del codice civile].*»<sup>45</sup>

La coppia *pacsé*, eterosessuale o omosessuale che sia, è dunque “famiglia”, cui è riconosciuto il diritto alla tutela della vita familiare, ben potendo, tuttavia, non essere equiparata alla famiglia fondata sul matrimonio per una serie di effetti rilevanti, fra i quali l’esercizio congiunto della potestà sui figli. Si crea così una sorta di famiglia di serie B, che la Costituzione ammette, lasciando alla sola competenza del Legislatore la scelta in merito all’equiparazione tra famiglia fondata sul matrimonio e famiglia fondata su quell’istituto alternativo di riconoscimento della vita in comune che è il *Pacte civil de solidarité*. Essendo possibile per le sole coppie eterosessuali la scelta tra i due istituti, alle coppie di persone dello stesso sesso, cui è precluso l’accesso al matrimonio, rimane ad oggi soltanto la possibilità di costituire una famiglia di serie B.

---

<sup>45</sup> *Cons. const.* n. 2010-92 QPC, cons. n. 8.