HAL
open science

Sul mariage homosexuel deciderà il Legislatore. Alcune riflessioni sulla decisione del Conseil constitutionnel a confronto con Corte cost. n. 138/2010.

Anna Maria Lecis Cocco Ortu

To cite this version:

Anna Maria Lecis Cocco Ortu. Sul mariage homosexuel deciderà il Legislatore. Alcune riflessioni sulla decisione del Conseil constitutionnel a confronto con Corte cost. n. 138/2010.. Diritto pubblico comparato ed europeo , 2012, 2/2011, pp.455-462. hal-01730519

HAL Id: hal-01730519

https://hal.science/hal-01730519v1

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.

Conseil constitutionnel, decisione n. 2010-92 del 28 gennaio 2011, *Mme Corinne C. et autre*

(*Journal officiel* del 29 gennaio 2011, p. 1894, anche reperibile su www.conseilconstitutionnel.fr)

Sul *mariage homosexuel* deciderà il Legislatore. Alcune riflessioni sulla decisione del *Conseil constitutionnel* a confronto con Corte cost. n. 138/2010.

matrimonio tra persone dello stesso sesso – art. 75 e 144 cod. civ. – impossibilità per gli omosessuali di accedere al matrimonio – libertà personale – libertà di sposarsi – diritto alla vita familiare – principio di uguaglianza – art. 34 Cost. – discrezionalità del Legislatore – il divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso imposto dalla legge francese è conforme a Costituzione.

1. Lo scorso 28 gennaio, con la decisione 2010-92 QPC, il *Conseil constitutionnel* ha confermato la costituzionalità del divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso, pronunciandosi su quelle norme del codice civile che, riferendosi a «l'homme et la femme» e a «mari et femme», impediscono l'accesso all'istituto alle coppie omosessuali.
Oggetto della questione erano gli articoli 75 e 144 del *code civil*, disciplinanti rispettivamente le formalità procedurali e l'età per contrarre matrimonio, i quali, secondo la *Cour de Cassation* (*Cass. Civ. 1ère, Décision de renvoi* 16-11-2010, n. 1088), non contemplando le coppie di persone dello stesso sesso, avrebbero potuto comportare una violazione dei diritti degli omosessuali, in violazione della libertà personale (art. 66 Cost. del 1958) e della libertà di matrimonio (Preambolo Cost. del 1946 e del 1958). A questi profili di sospetta incostituzionalità indicati nell'ordinanza di rimessione, si aggiungono quelli sollevati da due associazioni per i diritti degli omosessuali intervenute nel giudizio di costituzionalità, 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 questione trae origine dalla vicenda di due donne, già unite da un *Pacte civile de solidarité* e madri di quattro figli (di cui i primi tre figli naturali di una e il quarto dell'altra) che, davanti all'impossibilità di ottenere l'esercizio congiunto della potestà sui propri figli conviventi, possibilità che l'ordinamento francese riserva alle sole coppie sposate (come confermato anche da una recente sentenza del *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2010-39 QPC del 6 ottobre 2010), hanno scelto la via della battaglia giudiziaria finalizzata all'accesso al matrimonio.
L'esito del percorso dinanzi alla giurisdizione ordinaria era prevedibile, dal momento che la domanda delle due donne faceva seguito alla pronuncia della Corte di cassazione del 13 marzo 2007 (*Cass. Civ. 1ère* n. 511) 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 omosessuali (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).
Le due donne, alla luce di questo precedente, hanno perciò agito in giudizio con l'evidente proposito di portare per la prima volta la questione dinanzi al giudice costituzionale, al seguito dell'introduzione della *Question prioritaire de constitutionnalité*. Esse, perciò, hanno dapprima sollecitato la celebrazione delle proprie nozze presso l'ufficiale di stato civile del loro comune di residenza. Davanti all'opposizione del *Tribunal de Grande Instance* di Reims, che ha dichiarato irricevibile la loro domanda, le due donne hanno adito il medesimo tribunale al fine di ottenere una pronuncia che autorizzasse la celebrazione del matrimonio e contestualmente sollevato una questione incidentale di costituzionalità avente ad oggetto le norme del codice civile prima richiamate. Il tribunale, effettuato il controllo sull'ammissibilità della questione, l'ha trasmessa alla Corte di cassazione che, nella sua funzione di filtro di ultima istanza delle QPC, ha deciso di

rimetterla al *Conseil constitutionnel*.
La decisione che ne è conseguita, benché succinta nelle argomentazioni com'è nello stile del *Conseil constitutionnel*, presenta degli interessanti spunti, soprattutto se messa a confronto con la sentenza della Corte costituzionale italiana del 14 aprile 2010, n. 138.
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 ragione della discrezionalità accordata al Legislatore dai Costituenti. Spiega infatti il *Conseil* che essendo riservata al Legislatore, ai sensi dell'art. 34 della Costituzione, 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.

2. 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 (Cons. n. 1, 2 e 3).
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» (*Cass., Civ. 1ère*, n. 511, prima richiamata e citata nella decisione in commento al cons. n. 3).
Questo è il primo punto degno d'attenzione, in quanto in esso i giudici costituzionali riconducono il paradigma eterosessuale del matrimonio al significato conferito all'istituto dal diritto civile e non dalla Costituzione. È vero, come si legge nel commento alla sentenza nei *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel (Cah. Cons. const.* n. 32, p. 2) 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, ferma restando la possibilità di giungere ad una valutazione diversa per quel che riguarda la disciplina della filiazione, che andrebbe valutata non solo sulla base del parametro della tutela del diritto al matrimonio e alla vita familiare, ma anche – e soprattutto – di quello concernente i diritti dei figli (come emerge dalla pronuncia sulla legge istitutiva dei *Pacs*, *Cons. const.*, 9-11-1999, n. 99-419 DC, dove, esclusa la violazione delle norme a tutela dell'«istituto matrimoniale repubblicano», la disciplina veniva fatta salva anche in relazione ai parametri a tutela della famiglia e dei bambini, in quanto non incidente sulla disciplina dei figli).

Su questo punto è di indubbio interesse un confronto con la sentenza italiana. Infatti, nonostante la forte analogia ravvisabile tra le questioni di costituzionalità proposte dinanzi alla Corte costituzionale italiana e al *Conseil constitutionnel* francese, per l'assenza in entrambi gli ordinamenti di ogni riferimento esplicito al divieto di matrimonio omosessuale, in Costituzione come nel codice civile, e l'individuazione di tale limitazione attraverso l'interpretazione sistematica, le due sentenze sono molto diverse tra loro nelle argomentazioni concernenti il

fondamento del carattere eterosessuale dell'istituto.
L'essenziale differenza tra le due decisioni sta nel fatto che la Corte costituzionale italiana, diversamente dal giudice delle leggi francese, ha ritenuto di poter ancorare il paradigma eterosessuale del matrimonio ad un qualche fondamento costituzionale, seppur costruito *per relationem* rispetto a fonti subcostituzionali. Nel ragionamento della Corte, non cristallino e a tratti (forse volutamente) ambiguo, tale fondamento osta ad un'interpretazione evolutiva che arrivi fino all'estensione della disciplina del matrimonio alle coppie di persone dello stesso sesso per via ermeneutica; d'altro canto, però, esso non sembra in definitiva opporsi al fatto che la stessa estensione avvenga in via legislativa.
La motivazione della Corte costituzionale italiana è stata oggetto di numerosi e approfonditi contributi dottrinali, che ne hanno sottolineato ora l'assoluta opposizione ad ogni possibile apertura dell'istituto del matrimonio agli omosessuali (fra gli altri, M. Croce, *Diritti fondamentali programmatici, limiti all'interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*; L. D'Angelo, *La Consulta al legislatore: questo matrimonio "nun s'ha da fare*"; S. Spinelli, *Il matrimonio non è un'opinione*, tutti reperibili in www.forumcostituzionale.it; I. Massa Pinto, C. Tripodina, *Sul come per la Corte costituzionale «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio»*, in www.dircost.unito.it), ora invece lo spazio lasciato dalla Corte all'introduzione in via legislativa del matrimonio tra persone dello stesso sesso, o di un istituto analogo dal diverso *nomen iuris* (in questo senso, ad esempio, B. Pezzini, *Il matrimonio* same sex *si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2010, 2715 ss.; A. Pugiotto, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in www.forumcostituzionale.it; M. D'Amico, *Dopo la sentenza della Corte costituzionale il silenzio della politica*, in www.certidiritti.it; P. M. Storani, *Matrimonio gay – Motivazione aperta della Consulta: deve pensarci il Parlamento*, in www.studiocataldi.it).
Chi scrive ritiene che le argomentazioni della Corte non esprimano una chiusura assoluta all'equiparazione di coppie omosessuali e eterosessuali ai fini del matrimonio, ma solo una risposta negativa alla richiesta che a ciò si provveda mediante l'attività interpretativa del giudice costituzionale.
Infatti la Consulta, nel suo ricco e vario argomentare, che si avvale di tanti criteri (forse troppi per dare luogo ad una motivazione lineare e non contraddittoria), prima per ricostruire l'origine e il significato della parola matrimonio di cui all'art. 29 Cost. (l'*original intent* come limite all'interpretazione evolutiva), poi per rafforzare la propria argomentazione (l'interpretazione sistematica alla luce delle disposizioni connesse con la filiazione, l'argomento della finalità procreativa), riconduce essenzialmente il requisito dell'eterosessualità dei coniugi all'intenzione dei Costituenti. Quest'ultima è a sua volta costruita su due argomenti: il primo è quello del mancato riferimento in Assemblea Costituente alle unioni tra persone dello stesso sesso, mentre il secondo ricollega il modello eterosessuale del matrimonio al contenuto dell'istituto civilistico vigente al momento della redazione dell'art. 29.
Il riferimento ai lavori preparatori è facilmente superabile se si assume il criterio originalista così come tradizionalmente impiegato dalla Corte costituzionale man mano che ci si è allontanati dal momento costituente, facendovi cioè ricorso prevalentemente in negativo, a vantaggio della discrezionalità del Legislatore e dell'estensione della tutela dei diritti in merito a quei punti che l'Assemblea non aveva inteso trattare (sull'uso dell'argomento originalista si rinvia a C. Tripodina, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in F. Giuffré e I. Nicotra (cur.), *Lavori preparatori ed* original intent *nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2008, 262 ss.; sottolineano questo aspetto, nel commentare la sentenza, R. Romboli, *Il diritto "consentito" al matrimonio e il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, in *Giur. cost.*, 2010, 1629 ss. e R. Cherchi, *La prescrittività tra testo costituzionale e legge: osservazioni a margine della sentenza 138 del 2010 sul matrimonio omosessuale*, in www.costituzionalismo.it): in questo senso, si può osservare che le coppie omosessuali non sono

state incluse, ma nemmeno escluse, dal dibattito sull'istituto matrimoniale (come anche i transessuali d'altronde).
Quanto all'unico vero fondamento del paradigma eterosessuale del matrimonio, quello rappresentato dalla disciplina codicistica del 1942, esso può costituire un limite all'interpretazione evolutiva della Corte costituzionale a legislazione invariata (affinché non si arrivi a «includere in essa [la norma *ex* art. 29] fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata»), ma non si vede come possa delimitare la discrezionalità del Legislatore, cui non può essere preclusa la possibilità di estendere la disciplina legislativa degli istituti costituzionalmente garantiti, a soggetti ai quali non era inizialmente rivolta. Tanto più che la stessa Corte afferma l'esigenza di interpretare in maniera evolutiva i concetti di famiglia e matrimonio, nel rispetto di quel nucleo essenziale che, essendo costruito *per relationem* sulla base di una fonte ordinaria e dunque lasciata alla piena disponibilità del Legislatore, non può che evolversi secondo i cambiamenti della società eventualmente registrati dal Legislatore stesso nel modificarne la disciplina. Ciò è avvenuto per il matrimonio tra transessuali (per quanto inspiegabilmente la Corte abbia ritenuto irrilevante il richiamo a tale disciplina), lo stesso può avvenire per il matrimonio omosessuale. A riprova di ciò, tra le righe della sentenza si può leggere che la Consulta intende il rinvio al codice civile come mobile, e non fisso, quando sottolinea che il codice del 1942 «stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso», a significare la rilevanza della normativa attualmente vigente.
Inoltre, nella valutazione di un altro profilo, quello concernente la tutela della vita privata e familiare delle coppie di persone dello stesso (su cui si tornerà più avanti), la Corte, pur pervenendo ad una dichiarazione d'inammissibilità per la mancata sussistenza delle "rime obbligate" che consentano una sentenza additiva, si riserva di intervenire in futuro, mediante giudizio di ragionevolezza, su specifiche situazioni giuridiche connesse col matrimonio, per estendere alle coppie omosessuali alcuni dei diritti e doveri riconosciuti alle coppie eterosessuali dalla disciplina matrimoniale. Ora, nel momento in cui la Corte invita il Legislatore a procedere all'emanazione di una disciplina organica (non necessariamente uguale al matrimonio, ma nemmeno necessariamente diversa, secondo quanto si evince dal Cons. n. 8), prefigurando in caso di inerzia la possibilità di successivi interventi da parte sua a tutela di singoli diritti, non si vede come quegli stessi interventi possano essere preclusi al Legislatore: potranno essere mantenute delle differenze di disciplina, così come potrà il Legislatore prevedere l'accesso delle coppie omosessuali al matrimonio con alcune limitazioni (ci si riferisce ad esempio alla possibilità di adottare o di accedere alla procreazione assistita, facoltà che molti ordinamenti, pur riconoscendo le unioni *same-sex*, riservano alle sole coppie eterosessuali) oppure dettare una disciplina in tutto e per tutto analoga al matrimonio eterosessuale, non emergendo né dal testo né dalla pronuncia in commento un limite esplicito circa i contenuti. Allora, anche volendo leggere nell'argomentazione sull'art. 29 una costituzionalità del paradigma eterosessuale non superabile per via legislativa, questa finirebbe con l'essere circoscrivibile al solo *nomen* "matrimonio", non al contenuto della disciplina codicistica.
La posizione della Corte costituzionale italiana può essere letta, dunque, in maniera analoga a quella del giudice delle leggi francese nell'individuazione della fonte del carattere eterosessuale del matrimonio. Emerge infatti da entrambe le sentenze, seppur in maniera ambigua con riferimento a quella italiana, come la diversità di sesso tra i coniugi non sia un requisito costituzionalmente necessario del matrimonio, bensì un presupposto risultante dalla ricostruzione dell'istituto sulla base, fondamentalmente, della legislazione vigente.
Per quanto concerne il primo punto dell'analisi delle decisioni, l'individuazione del fondamento del paradigma eterosessuale del matrimonio, si osserva dunque che in entrambi gli ordinamenti la disciplina del matrimonio potrebbe essere estesa alle coppie omosessuali in via legislativa, senza incontrare limiti nella nozione costituzionale di "matrimonio" (facendo sempre salva la possibilità di diversa valutazione in riferimento alle norme sui figli).

3. 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 (Cons. n. 6). In effetti, sebbene quest'ultima fosse l'interpretazione costituzionale adottata dal *Conseil* fino alla fine degli anni Novanta, tale orientamento è ormai 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 alla tutela degli art. 2 e 4 della *Déclaration* (*Cah. Cons. Const.* n. 32, pag. 5-6).
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 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 al *core* della decisione, 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.
Quanto al principio di uguaglianza, il giudizio dei *Sages* incontra 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 (*diversità di situazione* e *pubblico interesse* sono le due ipotesi alternative di deroga legittima al principio di uguaglianza, a partire dalla sentenza *Cons. const.*, 4-7-1989, n. 89-254 DC). Con particolare riferimento, poi, alla disparità di trattamento tra coppie omosessuali e non, il *Conseil*, come già aveva fatto a ottobre in una decisione in materia di adozione che implicava valutazioni sull'*homoparentalité* (*Cons. const.* n. 2010-39 QPC, cit.), 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 (Cons. n. 9).
È importante sottolineare che il *Conseil* non procede ad un giudizio di ragionevolezza o ad un controllo di 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 *eccessive atteinte* al diritto dei destinatari del trattamento diversificato (sull'applicazione del giudizio di uguaglianza e del controllo di proporzionalità da parte del *Conseil constitutionnel* si rimanda a G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, 2006, 2a ed. e D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2008, 8a ed.).
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 necessarietà 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 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 (*Cah. Cons. Const.* n. 32), ma che siano nondimeno da essi ritenute interessanti e meritevoli di una pronuncia da parte del *Conseil constitutionnel* (è questa l'interpretazione data al criterio della *nouveauté* nella decisione n. 2009-595 DC del 3 dicembre 2009). Il giudice rimettente ha così invitato i *Sages* a prendere posizione su una questione che è «aujourd'hui l'objet d'un large débat dans la société, en raison, notamment, de l'évolution des mœurs et de la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe dans les législations de plusieurs pays étrangers» (*Décision de renvoi*, cit.)
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» (Cons. n.9). La parola spetta al Legislatore.

4. Maggiore riflessione meritano le censure relative alla tutela della vita familiare, nell'ottica del confronto tra la decisione in commento e quella della Corte costituzionale italiana, nonché tra i due ordinamenti.
Il *Conseil* rigetta la questione di costituzionalità sotto il profilo della violazione del diritto a condurre una normale vita familiare per il divieto di sposarsi imposto dal codice civile alle coppie omosessuali, confermando la sua precedente posizione (si veda la decisione n. 2010-39 QPC cit.), 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]» (Cons. n. 8).
Tralasciando in questa sede le osservazioni circa le carenze della disciplina dei *Pacs* nell'offrire tutela alla vita familiare – con riferimento soprattutto al rapporto tra le due persone *pacsées* e i figli minori dell'una o dell'altra, o al diritto alla pensione di reversibilità – ci si vuole soffermare sulla carenza nell'ordinamento italiano di un'analoga forma di tutela e sulle conseguenze che la Corte costituzionale italiana ne avrebbe dovuto trarre.

I giudici costituzionali italiani, pur riconoscendo che tra i diritti fondamentali tutelati dall'art. 2 sia

«da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia» (Cons. n. 8 della sent. 138/2010), dichiarano inammissibile la relativa questione d'incostituzionalità, in quanto «diretta ad ottenere una pronunzia non costituzionalmente obbligata» (Cons. n. 5). Rileva, infatti, la Corte che l'equiparazione delle coppie omosessuali a quelle eterosessuali nell'accesso al matrimonio non è l'unica via possibile, alla luce del ventaglio di opzioni adottate nel panorama europeo e che, pertanto, sta al Legislatore scegliere in che modo attribuire alle coppie omosessuali «nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge, il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri» (Cons. n.8).
Ora, la posizione assunta dalla Consulta in merito alla violazione dell'art. 2 non può certo dirsi soddisfacente. La Corte, nel motivare l'inammissibilità, sancisce l'esistenza di un diritto meritevole di garanzia costituzionale, per la cui tutela chiama in causa il Legislatore, al quale riserva piena discrezionalità quanto ai tempi (*quando*) e alle modalità di previsione (*quomodo*) della disciplina necessaria. Quest'affermazione stride però con la parte dispositiva della sentenza che, pronunciandosi per l'inammissibilità senza rivolgere al Legislatore alcun monito esplicito, lascia di fatto a quest'ultimo anche la disponibilità dell'*an*.
La Corte fallisce dunque nel garantire il rispetto di un diritto che ritiene costituzionalmente tutelato, in quanto – salvo leggere comunque la sentenza come un monito al Legislatore, benché molto blando, a provvedere in tempi rapidi per evitare l'intervento dei giudici costituzionali su singoli diritti e doveri connessi con la disciplina del matrimonio (escludono questa lettura A. Pugiotto, *op. cit.* e R. Cherchi, *op. cit.*) – lascia nella piena disponibilità dell'organo legislativo la scelta di tutelare o meno il diritto, così svuotandolo del suo significato.
Soprattutto alla luce del dibattito politico degli ultimi anni, che ha dimostrato – se non un disinteresse – sicuramente un'oggettiva difficoltà del Parlamento ad adottare una disciplina organica a tutela delle coppie omosessuali, la Corte avrebbe dovuto essere più incisiva e sanzionare la violazione dell'art. 2, nella forma, quantomeno, della sentenza monitoria o additiva di principio, così da sottrarre al Legislatore la discrezionalità sull'*an* e imporgli una scelta in tempi brevi sulle modalità di riconoscimento legale delle coppie di persone dello stesso sesso, con connessi diritti e doveri (in questo senso B. Pezzini, *op. cit.* e M. D'amico, *op. cit.*).
Inoltre, con una motivazione indubbiamente carente, la Corte costituzionale italiana ignora i vincoli internazionali volti a tutelare il diritto alla vita privata e familiare degli omosessuali (vincoli di cui non deve invece tenere conto il *Conseil constitutionnel*, in base alla nota ripartizione tra il *contrôle de constitutionnalité* ad esso spettante e il *contrôle de conventionnalité*, che compete alle giurisdizioni ordinaria e amministrativa). La Consulta ritiene infatti di non dover assumere quali parametri interposti gli art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 14 (divieto di discriminazione) della CEDU e i corrispondenti articoli della Carta di Nizza, gli art. 7 e 21, in quanto «disposizioni a carattere generale in ordine al diritto al rispetto della vita privata e familiare e al divieto di discriminazione» e pertanto cedevoli, nel giudizio in questione, rispetto ai parametri più specifici *ex* art. 9 della CEDU e 12 della Carta di Nizza che, prevedendo «specificamente il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia» devono essere preferite per l'applicazione nel caso in esame (Cons. n. 10). Prendendo dunque in considerazione soltanto questi ultimi parametri interposti, che tutelano il diritto di sposarsi secondo le modalità di esercizio dettate dalle legislazioni nazionali, la Consulta correttamente dichiara inammissibile la relativa questione di costituzionalità, sulla base della discrezionalità riconosciuta al Legislatore dalle stesse disposizioni convenzionali e comunitarie.
Tuttavia, partendo proprio dalla considerazione secondo cui il matrimonio non è l'unica opzione per il riconoscimento dei diritti e doveri connessi con la «condizione di coppia», la Corte avrebbe potuto (o dovuto) piuttosto assumere anche i parametri a tutela della vita privata e familiare, in combinato disposto con il divieto di discriminazione, riscontrandone una violazione per la carenza di strumenti legislativi idonei a tutelare in qualche modo l'esercizio della vita familiare da parte delle coppie omosessuali.
A dispetto del carattere di generalità di tali disposizioni, riscontrato dalla Corte costituzionale

italiana, è infatti proprio sulla base dell'art. 8 che la Corte di Strasburgo ha da tempo riconosciuto una tutela alle coppie omosessuali, seppur in un primo momento solo nella forma di tutela della vita privata, in quanto si riteneva mancasse ancora il consenso sulla loro inclusione all'interno della nozione di vita familiare (si veda il caso *Mata Estevez c. Spagna*, ric. n. 56501/00, dichiarato inammissibile nel maggio del 2001, dove la questione sulla non equiparazione da parte della legge spagnola del *partner* superstite al coniuge viene dichiarata inammissibile in forza del margine di apprezzamento lasciato agli Stati in materia di diritti connessi con la famiglia; il margine di apprezzamento viene però successivamente ridotto al minimo nella valutazione di specifiche situazioni giuridiche, prima in *Karner c. Austria*, ric. 24-7-2003, n. 40016/98, poi in *Kozak c. Polonia*, 2-3-2010, ric. n. 13102/02, dove gli art. 8 e 14 hanno consentito alla Corte di estendere al *partner* omosessuale il diritto alla successione nel contratto di affitto del *partner* deceduto, accordato dalla legge nazionale al solo coniuge, applicando il *proportionality test* alle discriminazioni tra coppie, fondate sull'orientamento sessuale).
L'evoluzione giurisprudenziale sulla nozione di vita familiare è intervenuta circa due mesi dopo l'emanazione della sent. 138/2010, quando la Corte Europea dei diritti dell'uomo, in *Schalk e Kopf c. Austria* (ric. n. 30141/04 del 24 giugno 2010), ha riconosciuto che le coppie di persone dello stesso sesso costituiscono un nucleo familiare meritevole di tutela legale da parte degli ordinamenti nazionali. È vero che i giudici di Strasburgo hanno ritenuto di non dover pronunciare una condanna nei confronti dell'Austria per la tardiva adozione di strumenti di tutela giuridica delle coppie omosessuali (che era avvenuta nel corso del procedimento con l'*Eingetragene Partnerschaft-Gesetz*, la legge sulle unioni registrate), ma l'hanno fatto sulla base del margine d'apprezzamento riconosciuto agli Stati sul *quando*, non essendosi (ancora) formato un consenso tra gli Stati membri (o, *melius*, non essendosi raggiunta una *majority*, secondo le parole della Corte, che utilizza qui il criterio della maggioranza aritmetica per l'individuazione del *consensus*) quanto all'introduzione di istituti legali volti al riconoscimento delle unioni omosessuali (quando la Corte si è pronunciata gli Stati che vi avevano provveduto erano 19 su 47, con un ventesimo accordante una tutela in via regolamentare e altri due ordinamenti in cui la normativa era *in itinere*, punti n. 27-28-29 di *Schalk*), circostanza dalla quale la Corte fa discendere la considerazione che gli Stati debbano godere di «a margin of appreciation *in the timing* of the introduction of legislative changes» (punto n.105 di *Schalk*, cit.).
La Corte di Strasburgo, sulla base dell'art. 8, ha dunque fissato inequivocabilmente un obbligo, dove il *quid* è determinato nella sua *ratio* e nell'obiettivo da raggiungere: la tutela legale delle coppie omosessuali.
Tale decisione del giudice europeo potrà ora porre l'Italia davanti ad un elevato rischio di condanna nel caso in cui un ricorso analogo venga proposto a Strasburgo nei suoi confronti.
Infatti, secondo la giurisprudenza rappresentata da *Schalk*, la discrezionalità lasciata agli Stati quanto alla previsione di una normativa che consenta il riconoscimento legale delle coppie di persone dello stesso sesso riguarda esclusivamente il momento dell'introduzione di siffatta disciplina. Tale margine temporale di adeguamento, sebbene indeterminato, non può certo intendersi come assoluto e infinito, così da confondersi con la discrezionalità sull'*an*: ad avviso di chi scrive, esso dovrebbe ridursi drasticamente nel momento in cui uno Stato arriva a riconoscere – e nella sentenza 138/2010 lo Stato italiano l'ha fatto, attraverso il proprio giudice costituzionale – l'obbligo di dare tutela nel proprio ordinamento a quello stesso diritto la cui garanzia è imposta anche dall'ordinamento Cedu.

In conclusione, va riconosciuto che, alla luce delle legislazioni nazionali e della disciplina sovranazionale, i "no" al matrimonio omosessuale da parte del giudice costituzionale francese e di quello italiano non gravano allo stesso modo sul diritto alla vita privata e familiare degli omosessuali. Dice infatti bene il *Conseil constitutionnel* quando sottolinea che il diritto a condurre una vita familiare non è violato dal divieto di sposarsi, laddove esso viene garantito attraverso la possibilità, oltre che di mera convivenza, di sottoscrizione di un *Pacte civil de solidarité*. Nella comparazione fra le due pronunce, emerge con particolare evidenza che la nostra Corte

costituzionale avrebbe potuto essere più incisiva nel rilevare la carenza di un istituto giuridico equivalente ai *Pacs* francesi o di un altro strumento di riconoscimento delle coppie di persone dello stesso, soprattutto dopo aver riconosciuto a tali coppie un diritto fondamentale, che appare così depauperato di qualunque garanzia. Al momento, dunque, le coppie di persone dello stesso sesso non possono godere in Italia di un livello di tutela pari a quello garantito dagli ordinamenti di altri venti Paesi europei. Ma c'è sempre un giudice a Strasburgo, e quel giudice potrebbe presto decidere diversamente.

Anna Maria Lecis