

**LA CASSAZIONE BOCCIA IL MATRIMONIO OMOSESSUALE E
FA APPELLO AL LEGISLATORE: NECESSARIO UN
TEMPESTIVO INTERVENTO NORMATIVO.**

**Suprema Corte di Cassazione, Sezione I, Sentenza n. 2400 del
09/02/2015** (Presidente: M.G. Luccioli; Relatore: M. Acierno)

Giovanni Bruni

Avvocato

Diritti della personalità - unioni omo-affettive – regime matrimoniale – mancata estensione – legittimità – individuazione di forme di garanzia e riconoscimento – discrezionalità del legislatore.

La massima – È legittima la mancata estensione del regime matrimoniale (nella specie, della possibilità di procedere alla pubblicazione di matrimonio) alle unioni omo-affettive in linea con quanto affermato dalla sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale, il cui approdo non può ritenersi superato dalle successive decisioni della Corte di Strasburgo, ancorché il sicuro rilievo costituzionale ex art. 2 Cost. di tali formazioni sociali presupponga – come anche ribadito nella successiva sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale – l'individuazione di adeguate forme di garanzia e di riconoscimento, la cui determinazione appartiene alla discrezionalità del legislatore.

La pronuncia in commento se da un lato si palesa come l'ennesimo rifiuto dei giudici nazionali di riconoscere le unioni omosessuali, dall'altro rappresenta un importante “mattoncino” nella costruzione giurisprudenziale volta all'accoglimento nell'ordinamento italiano di una *species* di matrimonio tra persone di uguale sesso.

La Suprema Corte, infatti, con tale sentenza, pur non discostandosi dal consolidato orientamento della giurisprudenza nazionale ed europea che nega una nozione “estesa” di matrimonio civile, ha contribuito in modo determinante a delineare, con contorni ancor più marcati, l'impronta interpretativa che negli ultimi anni sta conducendo ad una riforma della disciplina civilistica volta all'ingresso nel nostro ordinamento di una disciplina organica delle unioni omosessuali.

La pronuncia degli Ermellini trae origine dal caso riguardante una coppia di individui di eguale sesso che ambiva a vedersi concedere dall'Ufficiale di stato civile del comune di appartenenza il nulla osta a

procedere alle pubblicazioni di matrimonio in vista della loro futura unione omosessuale. Ovviamente l'Ufficiale di stato civile competente negava loro la possibilità di operare la pubblicità di cui all'art. 93 c.c. e questi, una volta incassato il medesimo rifiuto da parte di tutte le giurisdizioni competenti, adivano il Giudice delle leggi per vedere accolti i loro "negati" diritti.

I ricorrenti affermavano che a seguito delle pronunce n. 138/2010 della Corte Costituzionale e n. 4184/2012 della Corte di Cassazione, si sarebbe assistito alla eliminazione della differenza di sesso quale presupposto ineludibile per il riconoscimento del diritto al matrimonio e come, sulla scorta di tali pronunce e della complessiva interpretazione orientata del diritto europeo e delle carte internazionali dei diritti fondamentali, tale diritto dovrebbe pacificamente intendersi come posizione giuridica soggettiva fondamentale, da riconoscersi ad ogni individuo, senza che tale riconoscimento possa essere soggetto ad alcuna mediazione legislativa.

Per comprendere a pieno le motivazioni che hanno portato gli Ermellini al rigetto delle istanze avanzate dai ricorrenti, è necessario premettere brevemente quale fosse lo "stato dell'arte" della giurisprudenza nazionale ed europea in materia di unioni civili di persone dello stesso sesso prima della pronuncia in commento.

Seppur anticipata da una pronuncia della stessa Cassazione³⁵⁵, è la Corte Costituzionale che con la storica sentenza n. 138/2010 ha affrontato per la prima volta l'annosa questione della compatibilità della carta costituzionale con la vigente disciplina civilistica preclusiva del matrimonio tra individui dello stesso sesso. I giudici costituzionali in tale sede hanno negato in modo assoluto l'equiparazione delle unioni omosessuali all'unione matrimoniale civile, riconoscendo, tuttavia, che nella nozione di "formazione sociale", di cui all'art. 2 Cost. (quale canale attraverso il quale l'individuo esercita la propria personalità e dunque i propri diritti fondamentali) deve certamente essere ricompresa anche l'unione omosessuale³⁵⁶.

La Corte Costituzionale ha essenzialmente motivato adducendo che la via per il riconoscimento del diritto all'unione civile omosessuale non può essere percorsa attraverso una interpretazione storica del precetto costituzionale (in particolare degli art. 2, 3 e 29 Cost.) perché, così facendo, non si opererebbe una mera (e nuova) lettura ermeneutica della carta

³⁵⁵ Si veda Cassazione Civile, Sez. I, sent. n. 6441/2009 nella quale si è escluso che l'art. 9 della Carta di Nizza, laddove sancisce il diritto fondamentale a sposarsi e costituire una famiglia, possa produrre l'automatico riconoscimento delle coppie omosessuali all'interno degli Stati Membri;

³⁵⁶ Tale pronuncia veniva seguita da Corte Cost. n. 245/2011 la quale riconosceva tra i diritti inviolabili dell'uomo la libertà di contrarre matrimonio;

costituzionale ma si procederebbe ad una vera e propria “interpretazione creativa” del tutto inconferente con l’attuale contesto normativo.

A tale pronuncia si uniformava la Corte di Cassazione, la quale, chiamata nel 2012³⁵⁷ a pronunciarsi in merito alla possibilità di trascrivere una unione omosessuale tra cittadini italiani celebrata nei Paesi Bassi, affermava la non contrarietà all’ordine pubblico nazionale dell’unione tra persone dello stesso sesso e, tuttavia, negava la possibilità di trascrivere la celebrazione straniera di tale unione motivando semplicemente che l’istituto dell’unione omosessuale è “inesistente” nel nostro ordinamento e ribadendo il principio per cui tale lacuna ordinamentale non può essere colmata ridefinendo totalmente in via ermeneutica il precetto costituzionale.

Proprio dalla pronuncia testé richiamata argomentavano i ricorrenti nel caso in esame, denunciando che con essa il giudice di legittimità avrebbe demolito la concezione eterosessuale della nozione di matrimonio e pertanto sarebbe imprescindibile una rilettura della sentenza n. 138/2010 della Corte Costituzionale nel senso di escludere la totale discrezionalità del legislatore nel regolare il diritto al matrimonio. Tale assunto prendeva le mosse da quel filone interpretativo secondo il quale, avendo la sentenza n. 138/2010 sancito che il diritto al matrimonio è, ex art. 2 Cost., diritto inviolabile anche per le coppie *same-sex* allora tale diritto deve essere garantito a tutti i costi anche in presenza di una inerzia del legislatore in materia³⁵⁸.

A ciò i ricorrenti aggiungevano che il riconoscimento giurisprudenziale delle unioni omo-affettive sarebbe certamente sussumibile dall’interpretazione dei principi sanciti dalla Convenzione Europea dei diritti dell’uomo e dalla Carta di Nizza in tema di diritto al matrimonio³⁵⁹.

Quanto alla rinnovata richiesta di “giuridicizzare” per via giurisprudenziale l’unione matrimoniale tra persone dello stesso sesso, la Cassazione risponde ribadendo che non è consentito al giudice di legittimità (come a quello costituzionale) di equiparare le unioni omosessuali al matrimonio, dal momento che, il riconoscimento agli individui di uguale sesso del diritto a vivere liberamente una condizione di coppia, postula necessariamente la creazione di una disciplina organica di carattere generale che regoli in modo specifico e puntuale i rapporti tra i componenti omosessuali della coppia stessa. Al giudice, precisa la Corte, è invece consentito adeguare ed omogeneizzare le norme esistenti al fine di garantire la massima tutela possibile dei diritti garantiti dalla carta fondamentale ma

³⁵⁷ Si veda Cassazione Civile, Sez. I, sent. n. 4184/2012;

³⁵⁸ Si veda C. SILVIS, *Il matrimonio omosessuale fra il “non s’ha da fare” dell’art. 29 ed il “si può fare” dell’art. 2 della Costituzione*, in www.diritto.it, 2010;

³⁵⁹ In particolare si faceva riferimento agli artt. 8 e 12 CEDU, ed all’art. 9 Carta di Nizza;

tale omogeneizzazione non può spingersi sino all'interpretazione creativa delle norme costituzionali al fine di generare una fattispecie normativa non prevista.

Merita inoltre di essere segnalato come la Corte, nella *querelle* della scelta delle soluzioni giuridiche al problema delle unioni omosessuali, sembra schierarsi a favore della creazione di un istituto ad hoc sottolineando che la via migliore per il riconoscimento dei diritti delle coppie *same-sex* non è “necessariamente” quella della equiparazione al matrimonio civile.

Quanto al fatto che la carenza normativa del nostro sistema in materia di tutela delle unioni omosessuali possa essere dichiarata incompatibile con l'attuale sistema di garanzia dei diritti fondamentali, così come integrato dal diritto europeo, la Corte ha negato tale evenienza affermando che, anche alla luce dell'attuale orientamento della giurisprudenza comunitaria, il diritto delle unioni omo-affettive a vivere in coppia riceve pacifico riconoscimento costituzionale nell'art. 2 Cost. (e art. 8 CEDU), così come già affermato dalla Corte Costituzionale con sent. n. 138/2010. Tuttavia, continua la Corte, gli articoli 12 e 8 CEDU (nonché art. 9 Carta di Nizza) se da un lato costituiscono certamente fonte per il pieno riconoscimento delle unioni omosessuali dall'altro non contengono alcun obbligo a riguardo per gli stati ma anzi lasciano agli stessi (e dunque ai rispettivi legislatori) piena discrezionalità nella scelta della disciplina giuridica da adottare per tale riconoscimento.

Se la più attenta dottrina aveva, a ragione, letto la precedenti pronunce del giudice costituzionale e di quello di legittimità come un lento cammino della giurisprudenza italiana verso il riconoscimento del matrimonio c.d. *same-sex*³⁶⁰, con la sentenza in commento tale cammino sembra oramai ultimato. I giudici di Piazza Cavour nel confermare il principio, già affermato dal giudice costituzionale nel 2010, per il quale sarebbe impossibile creare un “nuovo” matrimonio omosessuale per tramite del solo strumento giurisprudenziale, ribadiscono la piena sussistenza ex art. 2 Cost. del diritto delle coppie omosessuali ad unirsi in matrimonio e denunciano a chiare lettere la “necessità di un tempestivo intervento legislativo” in materia³⁶¹.

³⁶⁰ G. REPETTO, *La corte di Strasburgo si confronta per la prima volta con il matrimonio omosessuale*, in www.diritti-cedu.unipg.it, 2010; M. DI BARI, *Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di Cassazione*, in Riv. Telem. Giur. Associazione Italiana Costituzionalisti, n.1/2012; C. SILVIS

³⁶¹ La Cassazione in particolare cita la recente sentenza della Corte Cost. n. 170/2014 nella quale si afferma la sussistenza di un contrasto normativo in materia per “*il passaggio da*

Tale intervento è ad oggi improcrastinabile in ragione dalle continue pressioni sociali e politiche esercitate da quella parte di popolazione che sembra non accontentarsi di un adattamento della disciplina vigente in materia di unioni non matrimoniali lento e graduale e che, ritenendosi discriminata dalla concezione matrimoniale tradizionale, vorrebbe *sic et simpliciter* una parificazione delle unioni tra individui senza distinzione di sesso riconducendole tutte sotto l'alveo della disciplina del matrimonio civile. Non vi è dubbio alcuno, infatti, che anche le ultime e più coriacee correnti tradizionaliste siano state, oramai, messe sotto scacco dall'attuale contesto storico-sociale. Si è infatti assistito ad una vera e propria perdita di interesse per l'istituto del matrimonio così come immaginato dai padri-redattori del codice del 1942³⁶², perdita alla quale è corrisposto un dilagare di unioni di fatto che, la giurisprudenza prima e il legislatore poi, hanno cercato di inseguire e regolare nel miglior modo possibile ma che, ad oggi, rimangono di fatto carenti di una propria disciplina organica che stabilisca specifiche regole soprattutto in materia di diritti e doveri dei componenti la coppia omosessuale rispetto ai figli, questione assai delicata e controversa che non può certamente essere risolta attraverso l'interpretazione storicamente orientata di un collegio di giudicanti, seppur altamente autorevoli.

uno stato di massima protezione (per le unioni matrimoniali) ad una condizione di assoluta indeterminatezza (per unioni omosessuali)";

³⁶² Si veda A. TRABUCCO, *Famiglia: tra cristallizzazione del significato e contenuto essenziale delle norme costituzionali*, in www.filodiritto.com, 2010;