



Freedom, Security & Justice:  
European Legal Studies

*Rivista quadrimestrale on line  
sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*

2020, n. 3

EDITORIALE  
SCIENTIFICA



## DIRETTORE

**Angela Di Stasi**

Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno  
Titolare della Cattedra Jean Monnet (Commissione europea)  
"Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice"

## COMITATO SCIENTIFICO

**Sergio Maria Carbone**, Professore Emerito, Università di Genova  
**Roberta Clerici**, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale privato, Università di Milano  
**Nigel Lowe**, Professor Emeritus, University of Cardiff  
**Paolo Mengozzi**, Professore Emerito, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - già Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE  
**Massimo Panebianco**, Professore Emerito, Università di Salerno  
**Guido Raimondi**, già Presidente della Corte EDU - Presidente di Sezione della Corte di Cassazione  
**Silvana Sciarra**, Professore Emerito, Università di Firenze - Giudice della Corte Costituzionale  
**Giuseppe Tesaro**, Professore f.r. di Diritto dell'UE, Università di Napoli "Federico II" - Presidente Emerito della Corte Costituzionale  
**Antonio Tizzano**, Vice Presidente Emerito della Corte di giustizia dell'UE  
**Ennio Triggiani**, Professore Emerito, Università di Bari  
**Ugo Villani**, Professore Emerito, Università di Bari

## COMITATO EDITORIALE

**Maria Caterina Baruffi**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Verona  
**Giandonato Caggiano**, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre  
**Pablo Antonio Fernández-Sánchez**, Catedrático de Derecho Internacional, Universidad de Sevilla  
**Inge Govaere**, Director of the European Legal Studies Department, College of Europe, Bruges  
**Paola Mori**, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro  
**Lina Panella**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Messina  
**Nicoletta Parisi**, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Catania - Componente del Consiglio ANAC  
**Lucia Serena Rossi**, Ordinario di Diritto dell'UE, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - Giudice della Corte di giustizia dell'UE



## COMITATO DEI REFERES

**Bruno Barel**, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova  
**Marco Benvenuti**, Associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza"  
**Raffaele Cadin**, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"  
**Ruggiero Cafari Panico**, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano  
**Ida Caracciolo**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"  
**Luisa Cassetti**, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia  
**Giovanni Cellamare**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari  
**Marcello Di Filippo**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Pisa  
**Rosario Espinosa Calabuig**, Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universitat de València  
**Giancarlo Guarino**, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"  
**Elspeth Guild**, Associate Senior Research Fellow, CEPS  
**Ivan Ingravallo**, Associato di Diritto Internazionale, Università di Bari  
**Paola Ivaldi**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Genova  
**Luigi Kalb**, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno  
**Luisa Marin**, Professore a contratto, Università Cattolica - già Assistant Professor in European Law, University of Twente  
**Simone Marinai**, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa  
**Fabrizio Marongiu Buonaiuti**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Macerata  
**Rostane Medhi**, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille  
**Violeta Moreno-Lax**, Senior Lecturer in Law, Queen Mary University of London  
**Claudia Morviducci**, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre  
**Leonardo Pasquali**, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa  
**Piero Pennetta**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Salerno  
**Emanuela Pistoia**, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo  
**Concetta Maria Pontecorvo**, Associato di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"  
**Pietro Pustorino**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma  
**Alessandra A. Souza Silveira**, Diretora do Centro de Estudos em Direito da UE, Universidade do Minho  
**Ángel Tinoco Pastrana**, Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Sevilla  
**Chiara Enrica Tuo**, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova  
**Talitha Vassalli di Dachenhausen**, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"  
**Alessandra Zanobetti**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bologna

## COMITATO DI REDAZIONE

**Francesco Buonomenna**, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno  
**Caterina Fratea**, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona  
**Anna Iermano**, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno  
**Angela Martone**, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno  
**Michele Messina**, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina  
**Rossana Palladino** (*Coordinatore*), Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

*Revisione abstracts a cura di*

**Francesco Campofreda**, Dottore di ricerca in Diritto Internazionale, Università di Salerno



Rivista scientifica on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"  
www.fsjeurostudies.eu

Editoriale Scientifica, Via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli  
CODICE ISSN 2532-2079 - Registrazione presso il Tribunale di Nocera Inferiore n° 3 del 3 marzo 2017



## Indice-Sommario

2020, n. 3

### Editoriale

La Convenzione europea dei diritti umani: l'effettività di un *unicum* a 70 anni dalla sua firma p. 1  
*Angela Di Stasi*

### Saggi e Articoli

Stato di diritto sovranazionale e Stato di diritto interno: *simul stabunt vel simul cadent* p. 10  
*Antonio Ruggeri*

Applicazione di tracciamento *Immuni* tra normativa nazionale e diritto UE in materia di p. 49  
protezione dei dati personali  
*Serena Crespi*

Rapporti tra ordinamenti e cooperazione tra Corti nella definizione di un “livello comune di p. 74  
tutela” dei diritti fondamentali. Riflessioni a seguito dell’ordinanza 182/2020 della Corte costituzionale  
*Rossana Palladino*

Diritti fondamentali e criticità dell’Unione europea tra Unione economica e monetaria ed p. 100  
“*European Social Union*”. A margine della sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 5 maggio 2020  
*Alfredo Rizzo*

Fundamental Rights and Disruptive Technologies: a Right to Personal Identity under the p. 143  
European Multi-level System of Protection?  
*Giovanni Zaccaroni*

### Commenti e Note

La protezione giuridica delle coppie omolesuali nell’ambito europeo: sviluppi e prospettive p. 167  
*Giulio Fedele*

Meccanismi speciali di monitoraggio e tutela dei diritti umani nei settori della migrazione e p. 195  
dell’asilo: gli organismi dell’Unione europea nel contesto del sistema dei rappresentanti  
speciali delle Organizzazioni internazionali  
*Francesco Luigi Gatta*



La Convenzione quadro sul valore del patrimonio culturale per la società e la sua interazione  
nello spazio giuridico europeo. Spunti di riflessione p. 233  
*Elisabetta Mottese*

Attuazione in Italia delle norme di contrasto alle frodi lesive degli interessi finanziari  
dell'Unione e responsabilità da reato degli enti: qualche riflessione p. 252  
*Matteo Sommella*



## LA PROTEZIONE GIURIDICA DELLE COPPIE OMOSESSUALI NELL'AMBITO EUROPEO: SVILUPPI E PROSPETTIVE

Giulio Fedele\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le norme sovranazionali e internazionali che tutelano le unioni omosessuali. – 3. Tutela dell'unione e pluralismo dei legami familiari. – 4. La circolazione del matrimonio omosessuale contratto in un altro Stato. – 5. La discrezionalità statale e l'inclusione delle minoranze sessuali: il problema del *downgrade*. – 6. Conclusioni.

### 1. Introduzione

La protezione giuridica delle coppie omosessuali, come osservabile nell'odierno ambito europeo, appare frammentaria e disomogenea<sup>1</sup>. La sua consistenza sostanziale varia a seconda dell'ordinamento giuridico considerato: risulta più sviluppata nei Paesi, sempre più numerosi, inclini a tutelare e promuovere le istanze delle minoranze sessuali<sup>2</sup>; si dimostra deficitaria nei Paesi tradizionalmente più conservatori<sup>3</sup>. La

---

#### Articolo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

\* Dottorando in Diritto Internazionale e Europeo, Università degli Studi di Roma "La Sapienza". Indirizzo e-mail: [giulio.fedele@uniroma1.it](mailto:giulio.fedele@uniroma1.it).

<sup>1</sup> L'espressione "ambito europeo" viene utilizzata genericamente in questo contesto per riferirsi agli ordinamenti degli Stati appartenenti al continente europeo, la cui pressoché totalità appartiene anche al Consiglio d'Europa e risulta parte della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (ad eccezione della Santa Sede e della Bielorussia). Sugli sviluppi della protezione delle coppie omosessuali in questo ambito si veda per tutti F. HAMILTON, G. NOTO LA DIEGA (a cura di), *Same-Sex Relationships, Law and Social Change*, Londra, 2020; K. BOELE-WOELKI, A. FUCHS (a cura di), *Same-Sex Relationships and Beyond*, terza edizione, Oxford, 2017; D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO (a cura di), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdiction*, Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2013; K. BOELE-WOELKI, A. FUCHS (a cura di), *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe*, Oxford, 2012. Più risalente è invece il volume di R. WINTEMUTE, M. ANDENAS (a cura di), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships. A Study of National, European and International Law*, Oxford, 2001. Con uno specifico focus sulla dimensione familiare e i rapporti di filiazione, ma con approfondimenti anche sulla tutela dei legami di coppia, si veda A. SCHUSTER, M. G. TONIOLLO (a cura di), *La famiglia omogenitoriale in Europa. Diritti di cittadinanza e libera circolazione*, Roma, 2015.

<sup>2</sup> Gli ultimi due Stati a introdurre il matrimonio egualitario sono stati Irlanda del Nord e Austria nel 2019. La lenta ma progressiva inclusione delle minoranze sessuali nel tessuto sociale europeo è testimoniata da un sondaggio condotto dalla Fundamental Rights Agency (FRA) dell'Unione europea, intitolato "*A long way to go for LGBTI equality*", pubblicato il 13 maggio 2020. I risultati mostrano una crescente accettazione sociale delle persone appartenenti alla comunità LGBTI. Le testimonianze raccolte

questione è stata giustamente definita nei termini di una “battaglia culturale”<sup>4</sup>, ad indicare che l’inclusione di questi gruppi sociali nel tessuto giuridico dipende in via principale da connotazioni socio-culturali che sono alla base della coesione e dell’armonia di un ordinamento.

In termini strettamente giuridici, la tutela dei diritti delle coppie omosessuali nell’ambito europeo è stata fortemente influenzata dall’interazione multilivello delle fonti internazionali e sovranazionali a tutela dei diritti fondamentali<sup>5</sup>. Ogni ordinamento possiede, infatti, una propria identità costituzionale, in maggiore o minor grado orientata all’inclusione delle minoranze sessuali, ed effettua delle aperture a fonti del diritto esterne, quali il diritto internazionale o sovranazionale, atte a permeare il tessuto normativo. Queste fonti integrano la protezione dei diritti fondamentali sovrapponendo i propri obblighi alla tutela offerta dalle costituzioni nazionali. Tali obblighi, che gli Stati devono adempiere per mantenere la coerenza dei vari sistemi giuridici, storicamente hanno rappresentato un fattore determinante nel progresso delle battaglie avanzate dalle minoranze sessuali, soprattutto nei Paesi che si dimostravano più restii al riconoscimento dei loro diritti<sup>6</sup>.

Il presente lavoro intende dunque analizzare le prospettive di sviluppo dei diritti delle coppie omosessuali nell’ambito europeo, con specifico riferimento al progresso della loro tutela a livello internazionale. Si intende, infatti, considerare l’influenza esercitata dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, giunta oramai al

---

appartengono ad oltre 140.000 interessati residenti nel territorio dell’Unione europea, nel Regno Unito, in Serbia e in Macedonia. I risultati sono consultabili a: <https://fra.europa.eu/en/publication/2020/eu-lgbti-survey-results>.

<sup>3</sup> Ad esempio nei paesi dell’Europa orientale. In alcuni Stati le minoranze omosessuali risultano apertamente osteggiate, come dimostrato dai casi di cronaca che coinvolgono la Russia, nota per aver approvato nel 2013 le cosiddette “*gay propaganda laws*”, leggi che vietano la propaganda di idee legate alla normalizzazione delle minoranze sessuali, e la Polonia, che di recente è divenuta nota per l’istituzione di zone territoriali cosiddette “*gay free zones*”.

<sup>4</sup> J. RIJMA, N. KOFFEMAN, *Free Movement Rights for Same-Sex Couples Under EU Law: What Role to Play for the CJEU?*, in D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO (a cura di), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdiction*, Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2013, p. 455 ss.

<sup>5</sup> Sulla tutela multilivello vedi per tutti G. RAIMONDI, *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e tutela multilevel dei diritti fondamentali*, in A. DI STASI, L.S. ROSSI (a cura di), *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia a vent’anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, 2020, pp. 27-38; O.M. ARNADOTTIR, A.C. BUYSE, (a cura di), *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking Relations Between the ECHR, EU, and National Legal Orders*, New York, 2016; S. NEGRI, *La realizzazione dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia tra Carta dei diritti fondamentali e CEDU: dalla convergenza alla integrazione tra sistemi?*, in A. DI STASI (a cura di), *Spazio europeo e diritti di giustizia. Il capo VI della carta dei diritti fondamentali nell’applicazione giurisprudenziale*, Padova, 2014, pp. 111-136; S.M. CARBONE, *I diritti della persona tra CEDU, diritto dell’Unione europea e ordinamenti nazionali*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2013, pp. 1-27.

<sup>6</sup> Si pensi ad esempio, alla condanna dell’Italia nella sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso *Oliari* (2015) che ha preceduto l’introduzione delle unioni civili l’anno successivo; oppure alla sentenza *Vallianatos c. Grecia* (2013), che ha preceduto l’estensione delle *civil partnerships* anche alle coppie omosessuali, oppure la più risalente sentenza *Dudgeon c. Regno Unito* (1982), che ha dato impulso alla decriminalizzazione dell’omosessualità nel Paese.

settantesimo anno dalla sua firma<sup>7</sup>, che rappresenta, all'interno del meccanismo di tutela multilivello dei diritti fondamentali, lo strumento più diffuso ed efficace.

Difatti, la protezione dei diritti fondamentali delle coppie omosessuali nell'ambito europeo può dirsi articolata, con buona approssimazione, su un triplice livello. Un primo livello è quello nazionale, ovvero garantito dalle singole costituzioni nazionali. Un secondo livello è rappresentato, negli Stati appartenenti all'Unione europea, da quello sovranazionale, in particolare da due insiemi di norme: da un lato, quelle che vigono nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, quali le libertà di circolazione e i diritti riconnessi alla cittadinanza europea; dall'altro, quelle afferenti alla Carta dei diritti e delle libertà fondamentali dell'Unione europea (o Carta di Nizza). Infine, il terzo grado di tutela è quello precipuamente internazionale, che comprende principalmente, ma non soltanto, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

Nella prima parte del lavoro verranno analizzate le norme giuridiche che tutelano i diritti fondamentali delle coppie dello stesso sesso nel quadro della protezione multilivello, con particolare riferimento ai punti di comunanza tra CEDU e Carta di Nizza. Nella seconda parte, invece, si tenterà di valutare lo stato della protezione giuridica delle coppie omosessuali nella prospettiva di suoi potenziali sviluppi sul piano internazionale. Verranno così evidenziate tre questioni che emergono dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e presentano tutte un legame con la natura evolutiva dell'esegesi di tale strumento convenzionale<sup>8</sup>. La prima mette in relazione la protezione dei legami familiari omosessuali con il mutamento del contesto socio-culturale in cui nascono e si sviluppano le odierne relazioni sentimentali. La seconda analizza il problema della circolazione e del riconoscimento del matrimonio omosessuale celebrato all'estero, nell'ottica di una sempre maggiore integrazione tra ordinamenti giuridici, anche alla luce del progresso dell'esperienza dell'Unione europea. La terza evidenzia alcune contraddizioni tra la necessità di garantire agli Stati una certa discrezionalità nel definire le proprie politiche sociali e l'altrettanto impellente necessità di promuovere l'inclusione della minoranza omosessuale. Conclusivamente, si cercherà di ricondurre le questioni ad unità, sottolineando la necessità che la Corte di Strasburgo prenda consapevolezza del ruolo che la dimensione relazionale dell'orientamento sessuale assume per la definizione dell'identità dell'individuo. Il lavoro si inquadra così in un'ottica eminentemente speculativa, sebbene la presenza di

---

<sup>7</sup> La Convenzione venne firmata a Roma il 4 novembre 1950 dai 13 Stati al tempo membri del Consiglio d'Europa (Belgio, Danimarca, Francia, Grecia, Irlanda, Islanda, Italia, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Regno Unito, Svezia, Turchia).

<sup>8</sup> Sull'interpretazione evolutiva della CEDU si veda per tutti G. LETSAS, *The ECHR as a living instrument: Its meaning and legitimacy*, in A. FØLLESDAL, B. PETERS, G. ULFSTEIN (a cura di), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge, 2013, pp. 106-141; K. DZEHTSIAROU, *European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights*, in *German Law Journal*, 2011, p. 1730 ss.; N.K. PREBENSEN, *Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights*, in P. MAHONY (a cura di), *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2000, p. 1123 ss.

alcuni ricorsi attualmente pendenti davanti alla Corte di Strasburgo suggerisca che le tematiche trattate possano essere oggetto di prossima discussione<sup>9</sup>.

## 2. Le norme sovranazionali e internazionali che tutelano le unioni omosessuali

Le fonti dei diritti fondamentali che interagiscono nella tutela delle unioni omosessuali nell'ambito europeo sono molteplici. Tra queste, un ruolo primario è assunto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, per gli Stati appartenenti all'Unione europea, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Questi due strumenti contengono diritti che possono in parte coincidere o divergere. Stando al contenuto della Carta, qualora coincidessero, così farebbe anche la loro portata, salvo la possibilità che la Carta conceda un grado di protezione superiore<sup>10</sup>.

In effetti, molte disposizioni della CEDU trovano riflesso in quelle della Carta. In relazione alla tutela delle coppie omosessuali, le norme fondamentali sono essenzialmente tre. La prima è l'art. 12, che sancisce il diritto di ogni uomo e donna di sposarsi, in accordo con le rispettive leggi nazionali. La seconda è l'art. 8, che protegge il rispetto della vita privata e familiare. L'ultima è il principio di non-discriminazione racchiuso nell'art. 14 che, in quanto previsione ancillare, possiede un'applicazione in combinato disposto con gli altri articoli convenzionali, garantendo che il loro godimento non venga pregiudicato a causa dell'orientamento sessuale<sup>11</sup>.

Tra i corrispondenti diritti sanciti dalla Carta di Nizza, il diritto al matrimonio si ritrova all'art. 9. Questa disposizione innova, tuttavia, rispetto al modello convenzionale, riferendosi ad una nozione *gender-neutral* dell'istituto matrimoniale, omettendo quindi volontariamente il riferimento al sesso dei nubendi<sup>12</sup>. La Carta tutela altresì il rispetto della vita privata e familiare all'art. 7; mentre il principio di non-discriminazione è contenuto nell'art. 21 e, a differenza dell'omologo convenzionale, è una previsione che possiede un ambito di applicazione autonomo. Tra le disposizioni rilevanti della Carta merita altresì di essere nominato l'art. 1, che tutela la dignità umana: questo principio, sebbene venga utilizzato in via interpretativa anche dalla Corte

---

<sup>9</sup> Attualmente risultano pendenti sette ricorsi contro la Polonia, nei quali vengono sollevati diversi pregiudizi concretamente derivanti dall'impossibilità nell'ordinamento polacco per le coppie omosessuali di un ottenere riconoscimento giuridico (ricorsi nn. 18822/18, 11454/17, 11560/19, 131/15, 45301/19, 58828/12, 78030/14 e 23669/16); pende altresì un caso contro l'Italia, vertente sul rifiuto di trascrivere un matrimonio contratto all'estero da una coppia omosessuale italo-olandese (ricorso presentato il 10 agosto 2015, n. 41089/15, *Schermi e Van Dijk c. Italia*); infine, un caso pendente contro la Romania, anch'esso riguardante l'assenza di qualsivoglia forma di riconoscimento giuridico nell'ordinamento romeno per le coppie omosessuali (ricorso presentato il 23 gennaio 2020, n. 5926/20, *S.K.K. e A.C.G c. Romania*).

<sup>10</sup> Art. 52, par. 3, Carta dei diritti e delle libertà fondamentali dell'Unione europea.

<sup>11</sup> Il limite strutturale dell'art. 14 è stato superato dall'adozione nel 2000 del protocollo addizionale alla Convenzione n. 12, che introduce all'art. 1 una generale clausola di non-discriminazione. Il protocollo è entrato in vigore nell'aprile del 2005, in seguito alla ratifica di dieci Stati parte, tra cui non figura l'Italia.

<sup>12</sup> Cfr. Spiegazione relative alla Carta dei diritti fondamentali, art. 9. in GU 2007 C 313/17.

di Strasburgo<sup>13</sup>, non è invece esplicitamente presente nel *corpus* convenzionale<sup>14</sup>. La Carta trova specifica applicazione solamente nell'ambito del diritto dell'Unione europea<sup>15</sup>, ma quanto al suo valore come fonte esterna, possiede anche una rilevanza ermeneutica ulteriore per la Corte europea dei diritti dell'uomo, che la utilizza per corroborare le sue interpretazioni<sup>16</sup>.

In aggiunta, a livello dell'Unione europea, le coppie omosessuali composte da almeno un cittadino europeo godono anche delle libertà di circolazione stabilite dai trattati istitutivi e dal diritto derivato. Benché queste libertà, segnatamente, per quel che qui interessa, la libera circolazione delle persone e dei loro familiari<sup>17</sup>, siano nate con finalità prevalentemente economiche, esse hanno finito con il fungere da veicolo per la circolazione dei diversi modelli giuridici di partnership omosessuale nei Paesi del mercato interno<sup>18</sup>.

Le norme della Convenzione vengono costantemente modellate e interpretate evolutivamente dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Così, molte delle disposizioni sopracitate hanno subito un'importante evoluzione. L'art. 12, ad esempio, in origine escludeva le coppie omosessuali dal suo ambito di applicazione<sup>19</sup>. L'orientamento consolidato che veniva fornito dalla Corte promuoveva una rigorosa interpretazione letterale della disposizione che non ricomprendeva così le persone dello stesso sesso<sup>20</sup>. In seguito ai cambiamenti intercorsi nella società europea, dimostrati anche

<sup>13</sup> Ad esempio Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 24 aprile 2002, ricorso n. 2346/02, *Pretty c. Regno Unito*, par. 65: «[t]he very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom».

<sup>14</sup> Un unico richiamo è presente nel preambolo al Protocollo n. 13 relativo all'abolizione della pena di morte.

<sup>15</sup> L'art. 51 della Carta dispone che le norme in essa contenute si applicano "esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione" ma tale nozione è stata intesa nella sentenza *Åkerberg Fransson*, nel senso che debbano applicarsi all'atto nazionale che "rientra[i] nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione", cfr. Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 26 febbraio 2013, *Åkerberg Fransson*, causa C-617/10, par. 21.

<sup>16</sup> Cfr. ad esempio Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza dell'11 luglio 2002, ricorso n. 28957/95, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, par. 100; sentenza del 24 giugno 2010, ricorso n. 30141/04, *Schalk e Kopf c. Austria*, par. 61. Più approfonditamente T. LOCK, *The Influence of EU Law on Strasbourg Doctrines*, in *European Law Review*, 2016, pp. 804-825.

<sup>17</sup> Il diritto di circolazione delle persone è stabilito in via generale dall'art. 21 TFUE e inoltre disciplinato da apposita normativa secondaria, in special modo la Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

<sup>18</sup> Cfr. Corte di giustizia, Grande Camera, sentenza del 5 giugno 2018, *Coman*, causa C-673/16; in questa sentenza, ad esempio, i giudici di Lussemburgo hanno in sostanza stabilito che la Romania dovesse riconoscere il matrimonio omosessuale contratto all'estero allo scopo di permettere il ricongiungimento familiare così come disciplinato dal diritto europeo, benché questo istituto non fosse presente nell'ordinamento giuridico rumeno.

<sup>19</sup> I ricorsi di coppie omosessuali per violazione dell'art. 12 venivano dichiarati inammissibili *ratione personae*, cfr. Commissione europea dei diritti dell'uomo, decisione del 9 ottobre 1989, ricorso n. 14753/89, *C. e L.M. c. Regno Unito*.

<sup>20</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Rees c. Regno Unito*, cit., par. 49 ss.: «In the Court's opinion, the right to marry guaranteed by Article 12 (art. 12) refers to the traditional marriage between persons of opposite biological sex. This appears also from the wording of the Article which makes it clear that Article 12 is mainly concerned to protect marriage as the basis of the family».

dall'adozione da parte dell'Unione europea di una definizione inclusiva di matrimonio, questa giurisprudenza è stata successivamente posta in discussione. Attualmente, l'interpretazione che la Corte fornisce all'articolo continua a prevedere che gli Stati non siano obbligati a introdurre il matrimonio egualitario, nell'assenza di un adeguato *consensus* europeo<sup>21</sup>. Ciononostante, con la sentenza *Schalk e Kopf* del 2010 la Corte ha definitivamente cessato di ritenere la disposizione inapplicabile alle coppie dello stesso sesso, affermando che essa «*would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex*»<sup>22</sup>. Sebbene in tal modo siano state gettate le basi per una definizione inclusiva del matrimonio ai sensi dell'art. 12, tuttora non sono stati registrati ulteriori progressi in tal senso<sup>23</sup>; ad oggi sembra anzi possibile osservare come la Corte abbia eletto il *consensus* europeo come unica via interpretativa per giungere ad un tale risultato, invalidando invece altre metodologie potenzialmente efficaci<sup>24</sup>.

Un'importante evoluzione ha caratterizzato anche l'applicazione dell'art. 8. Originariamente, tale disposizione non prevedeva che la coppia dello stesso sesso rientrasse nella definizione di "famiglia"; l'orientamento omosessuale era infatti considerato come espressione della sola vita privata<sup>25</sup> e non di quella familiare<sup>26</sup>. Quest'orientamento è mutato anche esso con la sentenza *Schalk e Kopf*, in cui la Corte per la prima volta ha stabilito che l'unione di due uomini costituisca una famiglia ai sensi della Convenzione<sup>27</sup>. Tuttora il dibattito su questa disposizione si concentra

<sup>21</sup> Cfr. da ultimo Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 9 giugno 2016, ricorso n. 40183/07, *Chapin e Charpentier c. Francia*, par. 36.

<sup>22</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 24 giugno 2010, ricorso n. 30141/04, *Schalk e Kopf c. Austria*, par. 61.

<sup>23</sup> Non si riscontrano casi in cui la Corte abbia ad oggi rinvenuto una violazione dell'art. 12 in relazione a una coppia omosessuale. Al contrario, un passo indietro sembra sia stato compiuto nella sentenza *Oliari*, dove il profilo relativo alla violazione dell'art. 12 è stato disatteso come "manifestamente infondato". Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 luglio 2015, ricorsi nn. 18766/11 e 36030/11, *Oliari e altri c. Italia*, par. 194.

<sup>24</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, cit., *Chapin e Charpentier c. Francia*. In *Chapin e Charpentier* i ricorrenti avevano richiesto di valutare la proibizione del matrimonio omosessuale alla luce del principio di non-discriminazione di cui all'art. 14 della Convenzione. In quell'occasione la Corte ha deciso di non compiere il "discrimination test" per valutare la legittimità di tale restrizione ma ha conferito esclusiva rilevanza all'esistenza di un *consensus* sulla questione tra gli Stati del Consiglio d'Europa, come dimostra il paragrafo 36 della sentenza, introduttivo alle motivazioni: «*Dans l'arrêt Schalk et Kopf (§§ 58-63), la Cour a dit que, si l'institution du mariage avait été profondément bouleversée par l'évolution de la société depuis l'adoption de la Convention, il n'existait pas de consensus européen sur la question du mariage homosexuel*» (enfasi aggiunta).

<sup>25</sup> L'orientamento sessuale era infatti costruito come un "essentially private manifestation of human personality". Cfr. *ex multis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 22 ottobre 1981, ricorso n. 7525/76, *Dudgeon c. Regno Unito*, par. 60. Più approfonditamente, P. JOHNSON, *An Essentially Private Manifestation of Human Personality: Constructions of Homosexuality in the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2010, pp. 67-97.

<sup>26</sup> Commissione europea dei diritti dell'uomo, decisione del 3 maggio 1983, ricorso n. 9369/81, *X. e Y. c. Regno Unito*; decisione del 14 maggio 1986, ricorso n. 11716/85, *S. c. Regno Unito*; decisione del 10 maggio 2001, ricorso n. 56501/00, *Mata Estavez c. Spagna*.

<sup>27</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Schalk e Kopf*, cit., par. 94: «*In view of this evolution, the Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple cannot enjoy "family life" for the purposes of Article 8. Consequently, the relationship of the applicants,*

piuttosto sulla esistenza di generali obblighi positivi da essa deducibili, come ad esempio quello di garantire una forma di tutela alternativa a quella del matrimonio<sup>28</sup>. La questione è stata sollevata in particolare da una serie di sentenze molto note, tra cui la celebre sentenza *Oliari* che nel 2015 ha coinvolto l'Italia<sup>29</sup>. In questa sentenza, lo Stato italiano è stato condannato per aver colpevolmente lasciato le coppie omosessuali in una situazione di *legal vacuum*, nonostante i richiami della Corte Costituzionale<sup>30</sup>. La questione tuttora è rimasta sostanzialmente sospesa ed incerta; l'affermazione di un generalizzato obbligo positivo, che imponga agli Stati di assicurare un riconoscimento giuridico a favore delle coppie omosessuali, avrebbe conseguenze dirompenti, e difficilmente accettabili, per quei Paesi che tuttora lasciano le coppie omosessuali nell'invisibilità giuridica<sup>31</sup>. La Corte potrà definitivamente sciogliere questo nodo in occasione di un ricorso attualmente pendente contro la Romania, il cui oggetto tratta, similmente ad *Oliari*, dell'impossibilità per le coppie omosessuali di ottenere una qualsivoglia forma di riconoscimento giuridico nell'ordinamento romeno<sup>32</sup>.

Per quanto riguarda l'applicazione del principio di non-discriminazione, di cui all'art. 14, una tangibile evoluzione è avvenuta in particolare con riguardo ai parametri su cui si articola il “*discrimination test*” utilizzato dalla Corte. Il test si compone infatti di tre momenti: il primo pertiene alla comparabilità in astratto tra due situazioni considerate; il secondo alla valutazione della legittimità della finalità avanzata dallo Stato; il terzo all'esame della necessità e della proporzionalità della misura. A riguardo, la Corte sembra aver mutato il suo indirizzo sulla legittimità di alcuni scopi

---

*a cohabiting same-sex couple living in a stable de facto partnership, falls within the notion of 'family life', just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would».*

<sup>28</sup> Nel senso dell'inesistenza di un tale obbligo si veda ad esempio A. HAYWARD, *Same-Sex Registered Partnerships - A Right to Be Recognized*, in *Cambridge Law Journal* 2016, pp. 27-31; V.J. MARZANO, *Oliari and the European Court of Human Rights: Where the Court Failed*, in *Pace International Law Review*, 2017, p. 268. N. ZIYADOV, *From Justice to Injustice: Lowering the Threshold of European Consensus in Oliari and Others versus Italy*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2019, p. 639. Nel senso contrario si veda e.g. D. RUDAN, *L'obbligo di disporre il riconoscimento giuridico delle coppie dello stesso sesso: il caso Oliari e altri c. Italia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, pp. 197-198; L. LENTI, *Prime note in margine al caso Oliari c. Italia*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, p. 581; E. SAVARESE, *In margine al caso Oliari: ovvero di come il limbo italiano delle coppie omosessuali abbia violato gli obblighi positivi dell'art. 8 CEDU*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, pp. 655-672.

<sup>29</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo: Grande Camera, sentenza del 7 luglio 2013, ricorsi n. 29381/09, 32684/09, *Vallianatos e altri c. Grecia*; sentenza del 21 luglio 2015, ricorsi nn. 18766/11, 36030/11, *Oliari e altri c. Italia*.

<sup>30</sup> Cfr. *Concurring Opinion of Judge Mahoney joined by Judges Tsotsoria and Vehabovic*, in *Oliari c. Italia*, cit. nella quale i giudici tendono a circoscrivere la portata delle affermazioni della Corte sull'esistenza di un obbligo positivo alle specifiche circostanze riguardanti la situazione italiana, tra cui l'esistenza di un richiamo da parte della Corte Costituzionale.

<sup>31</sup> La difficoltà di giungere a conclusioni generalmente valide in tematiche considerate sensibili si avverte nella recente sentenza *Y.T. c. Bulgaria*, nella quale la Corte ha richiamato lo Stato convenuto per l'assenza di una procedura per il riconoscimento del cambio del sesso biologico per le persone transessuali, senza tuttavia stabilire un generale obbligo positivo derivante dal diritto al rispetto della vita privata e familiare. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 9 luglio 2020, ricorso n. 41701/16, *Y.T. c. Bulgaria*.

<sup>32</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, ricorso presentato il 23 gennaio 2020, n. 5926/20, *S.K.K. e A.C.G c. Romania*.

perseguibili dallo Stato. La protezione della famiglia tradizionale, infatti, era originariamente ritenuta una valida causa di giustificazione. Questa finalità ha però, con il tempo, perso la sua rilevanza, sicché ad oggi la Corte è disposta ad ammettere che essa sia quantomeno astratta<sup>33</sup> e rilevante soltanto in alcune circostanze<sup>34</sup>. In *Bayev e altri c. Russia* ad esempio la Corte ha stabilito che non ci fossero ragioni valide per considerare la protezione della famiglia tradizionale come incompatibile con l'inclusione sociale della minoranza omosessuale<sup>35</sup>.

Il *discrimination test* è stato applicato con successo dalla Corte, che nel tempo ha stabilito quali differenze di trattamento tra coppie eterosessuali e omosessuali fossero in principio giustificabili e quali invece configuravano una discriminazione in base all'orientamento sessuale. Può registrarsi tuttavia come l'approccio utilizzato sia risultato più coerente quando applicato al godimento dei cosiddetti "*additional rights*", i diritti aggiuntivi che lo Stato può scegliere in autonomia di garantire, e paradossalmente meno effettivo quando applicato invece ai "*core rights*", i diritti che afferiscono al contenuto essenziale delle disposizioni convenzionali. Questo dualismo è dimostrato da una serie di casi pratici. Ad esempio, in merito ai diritti addizionali che derivano dallo status di coppia, la Corte ha affermato l'impossibilità per gli Stati di restringerne il godimento ai soli partner eterosessuali, che si trattasse del diritto di successione nel contratto di affitto di un convivente *more uxorio*<sup>36</sup>, oppure del ricongiungimento familiare del partner non coniuge<sup>37</sup> o del diritto di adozione per una coppia non unita in matrimonio<sup>38</sup>. Se invece si osserva la giurisprudenza sul "*core right*" degli articoli 12 e 8, consistente rispettivamente nell'ottenimento della tutela giuridica concessa dal matrimonio oppure da un mezzo giuridico alternativo, si noterà come la Corte abbia in alcune occasioni addirittura omissis di applicare il test discriminatorio, lasciando agli Stati un ampio margine di discrezionalità<sup>39</sup>.

---

<sup>33</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 19 febbraio 2013, ricorso n. 19010/07, *X. e altri c. Austria*, par. 139.

<sup>34</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 30 giugno 2016, ricorso n. 51362/09, *Taddeucci e McCall c. Italia*, par. 93. Più approfonditamente, sull'erosione da parte della Corte del margine di apprezzamento degli Stati nelle questioni riguardanti l'orientamento sessuale P. PUSTORINO, *Il diritto alla vita priva e familiare in relazione alle questioni di orientamento sessuale (artt. 8 e 14 CEDU)*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2016-2020)*, Milano, 2020, p. 679 ss.

<sup>35</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 20 giugno 2017, ricorsi nn. 67667/09, 44092/12, 56717/12, *Bayev e altri c. Russia*, par. 67. Ma si veda anche *Vallianatos c. Grecia*, cit., par. 89.

<sup>36</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 2 marzo 2010, ricorso n. 13102/02, *Kozak c. Polonia*.

<sup>37</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 23 febbraio 2016, ricorso n. 68453/13, *Pajic c. Croazia*.

<sup>38</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *X. e altri*, cit.

<sup>39</sup> Ad esempio, in *Schalk e Kopf*, l'Austria non è stata condannata per non aver introdotto un mezzo di riconoscimento alternativo a quello del matrimonio, poiché per la Corte lo Stato poteva conservare, in conservava, in merito alle tempistiche di introduzione, una certa discrezionalità. In *Vallianatos*, la Grecia non è condannata *tout court* per non aver introdotto le unioni civili per le coppie omosessuali, ma semplicemente per averle introdotte e successivamente aver operato una discriminazione, riservandole alle sole coppie eterosessuali. In *Oliari*, invece, l'obbligo positivo di garantire almeno una forma di riconoscimento giuridico alle coppie omosessuali è stato fatto accuratamente discendere esclusivamente

Allo stato dell'arte, dunque, la tutela convenzionale delle coppie omosessuali può essere così schematizzata: ai sensi dell'art. 12, così come interpretato dalla Corte, una coppia dello stesso sesso non ha diritto al matrimonio, fintantoché gli Stati o non abbiano scelto di introdurlo autonomamente, in base alla discrezionalità loro concessa, oppure non abbiano raggiunto un adeguato livello di *consensus*. Nell'assenza della protezione accordata dal matrimonio, è discusso se gli Stati possano lecitamente lasciare l'unione omosessuale in un vuoto di tutela oppure debbano fornire un mezzo di riconoscimento alternativo, in base agli obblighi positivi derivanti dall'art. 8. Tra queste due disposizioni si pone l'art. 14, che interagisce con esse ma non risulta concretamente idoneo ad influire sul godimento dei diritti afferenti al nucleo essenziale di questi articoli.

### 3. Tutela dell'unione e pluralismo dei legami familiari

Con la progressiva introduzione delle unioni civili<sup>40</sup>, il cui scopo principale è quello di fornire alle coppie omosessuali una tutela alternativa a quella del matrimonio, l'insieme degli strumenti ad oggi disponibili per una coppia che intenda formalizzare giuridicamente il proprio legame si è notevolmente ampliato. In alcune legislazioni<sup>41</sup> questo insieme può arrivare a comprendere, in via schematica, fino a tre possibilità di scelta, aperte sia alle persone eterosessuali che omosessuali: il matrimonio; le unioni civili; i contratti di convivenza<sup>42</sup>. In seguito a questo nuovo scenario, sembra dunque imprescindibile una più generale riflessione sulla proliferazione dei diversi possibili modi di costituire e intendere la vita familiare.

Agli albori applicativi della Convenzione, la questione del pluralismo dei legami familiari non era prefigurabile, in quanto le relazioni si classificavano facilmente in due tipi: familiari quelle coniugali e non familiari quelle extra-coniugali. In altre parole, il matrimonio fungeva quale *conditio sine qua non* per la costituzione della vita familiare<sup>43</sup>. Ad oggi la situazione si prospetta diversamente. Le relazioni presentano

---

dall'art. 8, senza sottolineare le connessioni con l'art. 14. In *Chapin e Charpentier*, la Corte non ha nemmeno applicato il test discriminatorio, risolvendo la controversia sulla base esclusiva del *consensus*.

<sup>40</sup> Il termine "unioni civili" in questo caso viene utilizzato come termine neutro per ricomprendere tutte le forme di unioni para-matrimoniali presenti nella legislazione degli Stati europei, quali ad esempio le partnership registrate, oppure i PACS (*Pacte Civil de Solidarité*) francesi. Per una panoramica, C. FORDER, *European Models of Domestic Partnership Laws: The Field of Choice*, in *Canadian Journal of Family Law*, 2000, p. 371 ss.

<sup>41</sup> Come, ad esempio, accade nei Paesi Bassi, ma più recentemente anche in altri Stati quali ad esempio nel Regno Unito, dove le unioni civili sono state introdotte anche per le coppie eterosessuali in seguito ad una sentenza della Corte Suprema del 27 giugno 2018, *R (Steinfeld and Keidan) v. Secretary of State for International Development*.

<sup>42</sup> Per "contratti di convivenza" in questo caso si intende un termine neutro per indicare residualmente tutti quegli accordi che offrono una tutela di diritto privato comunque inferiore in termini di obblighi e diritti rispetto al matrimonio o alle unioni civili, come ad esempio il *concubinage* francese, il *cohabitation agreement* inglese, il *samenlevingscontract* olandese. Vedi C. FORDER, *cit. supra*.

<sup>43</sup> Più approfonditamente, V. SCALISI, «Famiglia» e «Famiglie» in Europa, in *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 7 ss.

maggiori complessità e sfumature; la composizione delle famiglie risulta più eterogenea. Il matrimonio si configura soltanto come una delle varie modalità per proteggere un legame stabile, ed anzi in quanto istituzione sta andando incontro ad un progressivo declino, in favore di istituti più moderni e agili<sup>44</sup>. L'idea di famiglia è stata coinvolta in quel processo di individualizzazione capillare definito da Bauman come "società liquida"<sup>45</sup>. Secondo queste note tesi, la globalizzazione, la conversione degli affetti in beni di consumo, e non ultimo il progresso tecnologico, hanno cambiato la percezione delle relazioni durature<sup>46</sup>, per cui i legami di coppia risultano oggi meno granitici, più dinamici e mutevoli; corrispondentemente, le persone mostrano una minore fiducia nella formalizzazione dell'impegno reciproco, e di conseguenza avvertono un minore bisogno della costrizione istituzionale di alcuni modelli giuridici tradizionali<sup>47</sup>.

In un panorama così variegato, la scelta del modello giuridico di vita familiare riveste una particolare importanza. Assume, anzi, una valenza quasi programmatica, in quanto riflesso dell'idea attraverso cui la coppia conduce e struttura la propria relazione<sup>48</sup>. I partner, infatti, hanno facoltà di decidere, in base alle convinzioni personali o alle necessità pratiche, se optare per un modello giuridico più formale, tradizionale e impegnativo, come il matrimonio, oppure se utilizzarne uno più elastico nella costituzione e nello scioglimento, come l'unione civile, oppure per un terzo ritenuto ancora meno invasivo, come un contratto di convivenza.

Questa diffusione di nuovi assetti relazionali può potenzialmente influire sull'interpretazione in chiave evolutiva della Convenzione. La Corte di Strasburgo ha infatti ripetutamente affermato che gli Stati, in accordo ai cambiamenti della società, devono tener conto nelle loro politiche sociali che «*there is not just one way or one choice in the sphere of leading and living one's family [...] life*»<sup>49</sup>. Eppure, questa

---

<sup>44</sup> Le statistiche fornite dall'EUROSTAT mostrano un costante calo della percentuale dei matrimoni. Dal 1965 al 2017 nel territorio dell'Unione europea il numero di matrimoni annui ogni 1000 abitanti si è quasi dimezzato (da 7,7 a 4,4), mentre il numero dei divorzi è invece raddoppiato (da 0,8 a 2). Maggiori informazioni possono essere reperite al sito dell'EUROSTAT: [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Marriage\\_and\\_divorce\\_statistics](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Marriage_and_divorce_statistics) (acceduto in data 6 maggio 2020).

<sup>45</sup> Non è possibile né pertinente al presente lavoro fornire un elenco esaustivo degli studi sociologici sulla "liquidità" delle moderne società, per cui si può solo rimandare a titolo esemplificativo al contributo divulgativo di Z. BAUMAN, *Liquid Modernity*, Cambridge, 2000, e più specificatamente sulla liquidità dei legami affettivi Z. BAUMAN, *Liquid Love. On the Frailty of Human Bonds*, Cambridge, 2003.

<sup>46</sup> Queste le ragioni secondo Bauman per cui "*loose and eminently revocable partnerships have replaced the model of a 'till death us do part' personal union*", Cfr. Z. BAUMAN, *Liquid Love*, cit., p. 90.

<sup>47</sup> Questo atteggiamento è spiegabile con la tesi secondo cui il clima di costante incertezza che caratterizza la modernità causi negli individui «*conflicting desires [...] to tighten the bonds yet keep them loose*», ovvero il desiderio di costruire relazioni sentimentali che non siano eccessivamente formalizzate, in modo da poter sciogliere il legame in un secondo momento senza eccessive conseguenze negative. Cfr. Z. BAUMAN, *Liquid Love*, cit., p. 8.

<sup>48</sup> Cfr. A. JOWETT, E. PEEL, '*A Question of Equality and Choice*': *Same-sex Couples' Attitudes Towards Civil Partnership After the Introduction of Same-sex Marriage*, in *Psychology and Sexuality*, 2017, pp. 69-80.

<sup>49</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo: sentenza del 14 gennaio 2020, ricorso n. 41288/15, *Beizaras e Levickas c. Lituania*; sentenza del 20 giugno 2017, *Bayev*, cit.; Grande Camera, sentenza del 7 novembre

affermazione non sempre ha trovato nella giurisprudenza della Corte una risonanza adeguata.

La Corte ha, infatti, stabilito che la protezione della vita familiare, ai sensi dell'art. 8, debba essere interpretata alla luce dei mutamenti del contesto sociale: così l'ha estesa anche alle coppie dello stesso sesso, e anche a diverse modalità di conduzione concreta della vita relazionale, non più intrinsecamente legata alla coabitazione<sup>50</sup>. Tuttavia, non ha compiuto lo stesso procedimento con riferimento alla proliferazione dei molteplici modelli giuridici di relazione.

Si prenda ad esempio il caso *Ratzenböck e Seydl c. Austria*<sup>51</sup>, nel quale una coppia eterosessuale aveva intenzione di contrarre un'unione civile, consapevole di non voler aderire al modello del matrimonio, e la legge austriaca, invece, proibiva questa possibilità, poiché l'istituto era stato specificatamente introdotto per le coppie dello stesso sesso. I ricorrenti preferivano l'istituto paramatrimoniale perché lo percepivano come più moderno e semplice<sup>52</sup>. Infatti, il regime degli obblighi tra i coniugi era più snello, così come la procedura e le tempistiche nel caso di divorzio; inoltre, permanevano differenti conseguenze nel caso di decesso del partner. Secondo i ricorrenti le unioni civili erano infatti «*a new legal institution, introduced in the twenty-first century [...] neither based on a long-standing discriminatory tradition and deep-rooted social connotations*»<sup>53</sup>, ragione per cui il loro accesso non avrebbe dovuto essere riservato alle sole coppie omosessuali.

Le richieste dei ricorrenti sono state, tuttavia, disattese. Secondo l'opinione dei giudici, se la coppia avesse voluto ottenere un riconoscimento da parte delle pubbliche autorità, avrebbe dovuto contrarre un matrimonio, in quanto questo era l'unico strumento predisposto dallo Stato per le coppie eterosessuali. Nella sentenza non ha quindi assunto importanza che i ricorrenti volessero costituire la loro vita familiare secondo un modello giuridico particolare, in base alle loro convinzioni o necessità pratiche. Secondo la Corte, infatti, le coppie eterosessuali possedevano già un mezzo di tutela giuridica e per questo non potevano essere paragonate alle coppie omosessuali, che prima dell'introduzione delle unioni civili si trovavano in una situazione di *legal vacuum*<sup>54</sup>.

Da questa prima sentenza traspare, piuttosto che un'attenzione al pluralismo dei legami familiari, una compartimentazione delle relazioni a seconda che la coppia considerata sia eterosessuale o omosessuale: i primi possono esclusivamente accedere al matrimonio, i secondi alle unioni civili. Il rischio, come prefigurato dai giudici

---

2013, *Vallianatos*, cit.; Grande Camera, sentenza del 19 febbraio 2013, *X e Y*, cit.; sentenza del 2 marzo 2010, *Kozak*, cit.

<sup>50</sup> Cfr. G. PUPPINCK, *The dilution of the family in human rights: Comments on Vallianatos and other ECHR cases on "family life"*, in EJIL: Talk!, pubblicato il 25 marzo 2014, accessibile a <https://www.ejiltalk.org/the-dilution-of-the-family-in-human-rights-comments-on-vallianatos-and-other-echr-cases-on-family-life/>.

<sup>51</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Ratzenböck e Seydl*, cit.

<sup>52</sup> Ivi. par. 9.

<sup>53</sup> Ibid.

<sup>54</sup> Ivi. parr. 38-42.

dissenzienti, è quello di relegare la definizione delle coppie alla discrezionalità del legislatore e ignorare così la loro natura di gruppi sociali preesistenti, oltre a quello di perpetuare stereotipi sulle differenti caratteristiche tra le relazioni eterosessuali e omosessuali<sup>55</sup>.

Una seconda sentenza che può fornire ulteriori spunti alla tesi sovraesposta è *Hämäläinen c. Finlandia*<sup>56</sup>. Il caso trattava di un uomo che aveva con successo operato la transizione del sesso e lamentava di non poter conservare il legame coniugale con la moglie, perché la legge finlandese prevedeva che all'ottenimento del riconoscimento giuridico del cambio di sesso il matrimonio dovesse degradare in unione civile. La *ratio* della disposizione normativa era quella di evitare la legalizzazione *de facto* di un matrimonio tra persone dello stesso sesso. Dalle argomentazioni esposte dalla ricorrente traspare che la conservazione del matrimonio assumesse per lei un particolare significato, mentre lo Stato finlandese la poneva davanti ad una scelta molto ardua: sacrificare le proprie convinzioni oppure la propria identità personale. La ricorrente era infatti sposata da diciassette anni con la moglie; credeva, in ossequio ad un forte sentimento religioso, nell'indissolubilità del matrimonio e nel perdurante impegno alla base di esso; sosteneva che il matrimonio ricevesse il più alto grado di protezione e non aveva, assieme con la moglie, alcuna intenzione di sciogliere il vincolo<sup>57</sup>. Tra le argomentazioni veniva inoltre specificato che la richiesta non riguardasse la legalizzazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso ma soltanto la conservazione di un diritto precedentemente acquisito<sup>58</sup>.

Lo Stato finlandese non è stato condannato, la Corte ha al contrario ritenuto legittimo che esso imponesse alla ricorrente un modello di vita familiare che non era quello da lei autonomamente scelto. Nella sentenza si legge che la degradazione in unione civile costituiva soltanto un mero "*change of title*", poiché la protezione accordata dall'istituto non veniva sostanzialmente alterata<sup>59</sup>. Per il fatto che le uniche differenze tra gli istituti riguardavano i diritti parentali, e la ricorrente aveva in precedenza già avuto un figlio, la Corte ha affermato che la tutela della vita familiare in questo caso non venisse in concreto influenzata dallo status formale ad essa attribuito<sup>60</sup>.

---

<sup>55</sup> Cfr. Opinione dissenziente dei giudici TSTORSIA e GROZEV nel caso *Ratzenböck e Seydl c. Austria*, cit.

<sup>56</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 16 luglio 2014, ricorso n. 37359/09, *Hämäläinen c. Finlandia*.

<sup>57</sup> Ivi, par. 44.

<sup>58</sup> Ivi, par. 41.

<sup>59</sup> Ivi, al par. 84: «*Moreover, the applicant and her wife would not lose any other rights if their marriage were converted into a registered partnership. As convincingly explained by the Government, the expression "turns into" in section 2 of the Transsexuals (Confirmation of Gender) Act is explicitly used to illustrate the fact that the original legal relationship continues with only a change of title and minor changes to the content of the relationship*».

<sup>60</sup> Ivi, al par. 85: «*It does not therefore matter, from the point of view of the protection afforded to family life, whether the applicant's relationship with her family is based on marriage or a registered partnership*».

L'elemento formale è venuto in rilievo in un altro caso molto discusso, *Burden c. Regno Unito*<sup>61</sup>, nel quale una coppia di sorelle, che aveva vissuto insieme in una relazione di reciproco supporto e mutua assistenza nella stessa casa per oltre trentun anni, lamentava che lo Stato intendesse far pagare loro una tassa molto alta sull'eredità nel caso di decesso di una delle due, tassa che non avrebbero dovuto pagare se le due fossero state una coppia sposata o unita civilmente. Le ricorrenti ritenevano di aver subito un trattamento discriminatorio in quanto avevano scelto di vivere «*in a loving, committed and stable relationship for several decades, sharing their only home, to the exclusion of other partners*»<sup>62</sup>, alla stessa maniera di una coppia sposata, salvo non vedersi riconosciuto alcun tipo di beneficio. La Corte ha invece considerato legittimo che il Regno Unito non accordasse loro l'esenzione dalla tassa di successione, non importando la scelta delle due sorelle di condurre e organizzare la loro vita familiare in modo simile in sostanza a quello di una coppia coniugata o unita civilmente ma differente nella forma. Secondo l'opinione della Corte, non era infatti la sostanza a qualificare la rilevanza di una relazione ma la presenza di «*a public undertaking, carrying with it a body of rights and obligations of a contractual nature*»<sup>63</sup>, non importando che nel caso concreto le due sorelle non potevano, poiché consanguinee, sposarsi o unirsi civilmente.

Sebbene queste sentenze si fondino su elementi fattuali molto differenti, e una non tratti nemmeno di un'unione sentimentale, interessa in questa occasione sottolinearne piuttosto il *trait d'union*, ovvero il fatto che la Corte non abbia conferito importanza decisiva alla maniera in cui i ricorrenti avevano deciso di vivere e organizzare la propria vita familiare. In *Ratzenböck e Seydl* i ricorrenti avevano scelto un'unione civile, a cui però lo Stato non permetteva di accedere. In *Hämäläinen* la ricorrente aveva scelto il matrimonio, istituto a cui aveva potuto accedere fintanto che non aveva deciso di cambiare il proprio sesso. In *Burden* invece le due sorelle avevano scelto di vivere in sostanza come una coppia coniugata, senza poter formalizzare pubblicamente la loro unione.

Volgendo infine ai casi che coinvolgono coppie omosessuali, in *Chapin e Charpentier c. Francia*, parte delle argomentazioni dei ricorrenti era proprio quella di non avere accesso a tutte le possibilità per scegliere come condurre e organizzare la propria vita familiare, mentre le coppie eterosessuali potevano indistintamente decidere se contrarre un matrimonio, un PACS o un contratto di *concubinage*<sup>64</sup>. Mentre in *Orlandi c. Italia*, le coppie omosessuali lamentavano che lo Stato italiano non rispettasse la loro scelta di sposarsi all'estero, poiché rifiutava loro la trascrizione del matrimonio contratto in un altro Stato, in quanto non era permesso nell'ordinamento giuridico italiano<sup>65</sup>. In entrambi i casi la Corte ha dato ragione allo Stato convenuto, non

<sup>61</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 29 aprile 2008, ricorso n. 13378/05, *Burden c. Regno Unito*.

<sup>62</sup> Ivi, par. 53.

<sup>63</sup> Ivi, par. 65.

<sup>64</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Chapin e Charpentier*, cit., par. 33.

<sup>65</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Orlandi*, cit.

ritenendo che le specifiche scelte relazionali dei ricorrenti rientrassero nella protezione convenzionale.

L'affermazione che gli Stati debbano tener conto delle molteplici maniere di vivere la vita familiare, ribadita in sentenze anche recentissime<sup>66</sup>, sembra dunque avere una portata limitata, tale da non poter obbligare gli Stati ad adottare nei loro ordinamenti quanti più modelli giuridici relazionali possibili<sup>67</sup>. La questione non risiede in ultima istanza, come può essere obiettato, nell'obbligo per gli Stati di garantire l'accesso al matrimonio per le coppie omosessuali. Al contrario il problema mette in evidenza una prospettiva non ancora sufficientemente esplorata con completezza e organicità: il nuovo e mutato contesto sociale in cui le relazioni interpersonali sono ad oggi immerse, e l'importanza che le scelte relazionali assumono nella definizione dell'identità personale<sup>68</sup>. La fluidità dei rapporti ha infatti cambiato la conformazione delle coppie, le idee di famiglia e così la funzione degli istituti legislativi. Ad oggi una coppia può legittimamente voler acquisire lo *special status* che è attribuito al matrimonio o per ragioni diametralmente opposte contrarre un'unione civile. La Convenzione dovrebbe riflettere questa eterogeneità di intenti per non perdere la sua natura di "*living instrument*"<sup>69</sup>. La compartimentazione forzata in categorie prestabilite – matrimonio eterosessuale, unione civile omosessuale – potrebbe perciò comportare una potenziale violazione dell'art. 8.

Per le stesse ragioni, potrebbe essere quantomeno ragionevole imporre agli Stati il rispetto del diritto ad un certo tipo di vita familiare che la coppia abbia in precedenza legittimamente acquisito, o perché risultante da una situazione di fatto preesistente, come nel caso *Hämäläinen*, o poiché conseguito in un altro Stato, come nel caso *Orlandi*. Rimane conclusivamente da segnalare che dei quattro ordinamenti precedentemente considerati, in cui vigevano restrizioni in base all'orientamento sessuale, tre di questi hanno successivamente mutato la loro posizione, consentendo l'accesso indiscriminato a tutti i modelli di partnership<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> La più recente è *Beizaras e Levickas c. Lituania*, del 14 gennaio 2020, cit. *supra*, in particolare par. 122.

<sup>67</sup> Quello che nella definizione di KLARE è un "*public right to a sexually pluralistic environment*", cfr. K. E. KLARE, *The Public/Private Distinction in Labor Law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1982, pp. 1386-1387.

<sup>68</sup> «*Forming intimate relationships with other individuals, choosing to formalize these relationships and consequently attaching to them a legal status, is an exercise of personal autonomy, which is an aspect of the dignity of every human being. All human beings are equal in dignity*». A. TRYFONIDOU, *EU Free Movement Law and the Legal Recognition of Same-Sex Relationships: The Case for Mutual Recognition*, in *Columbia Journal of European Law*, 2015, p. 235.

<sup>69</sup> Cfr. l'opinione di LETSAS, secondo cui l'interpretazione evolutiva della Convenzione sia uno strumento essenziale, in quanto "*moral reading of the Convention*", per mantenere la autorità e legittimità della Corte nei confronti degli Stati. G. LETSAS, *The ECHR as a living instrument: Its meaning and legitimacy*, in A. FØLLESDAL, B. PETERS, G. ULFSTEIN (a cura di), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge, 2013, pp. 106-141.

<sup>70</sup> In Austria e in Francia ad oggi è stato introdotto il matrimonio anche per gli omosessuali e la partnership civile è divenuta *gender-neutral*. In Finlandia nel 2017 è stato approvato il matrimonio omosessuale e conseguentemente abolita la partnership registrata, considerata non più necessaria. L'unica giurisdizione in cui la situazione è rimasta immutata è l'Italia.

#### 4. La circolazione del matrimonio omosessuale contratto in un altro Stato

Il matrimonio omosessuale validamente perfezionatosi nel territorio di uno Stato pone la delicata questione circa il suo riconoscimento e la sua circolazione negli altri ordinamenti, specialmente in quelli in cui tale istituto non risulta presente. Particolare rilevanza assume la circostanza che il matrimonio sia caratterizzato da elementi transfrontalieri, quale ad esempio può essere la diversa cittadinanza dei nubendi o il fatto che la cerimonia si sia svolta in un altro Stato. La questione è stata analizzata con particolare riferimento al diritto sovranazionale<sup>71</sup>, negli Stati che appartengono all'Unione europea; risulta invece più circoscritta l'attenzione riservata alla circolazione del matrimonio omosessuale nell'ottica del rispetto dei diritti garantiti dalla CEDU, in particolare gli artt. 8 e 12<sup>72</sup>.

Come noto, la disciplina delle relazioni familiari transfrontaliere è riservata alle norme di diritto internazionale privato dei singoli Stati, a meno che a livello europeo o internazionale non sia intercorsa un'opera di armonizzazione<sup>73</sup>. Nell'impossibilità di una definizione omogena di queste norme, i giudici internazionali assumono un ruolo correttivo, vigilando che la loro applicazione non confligga con la tutela dei diritti fondamentali<sup>74</sup>.

In generale, si può osservare come, in riferimento alla CEDU, la Corte di Strasburgo abbia elaborato un consistente corpus giurisprudenziale sulla circolazione degli status

<sup>71</sup> Vedi per tutti G. PIZZOLANTE, *Il riconoscimento nell'ordinamento di destinazione degli status familiari costituiti all'estero per motivi di ricongiungimento*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2020, n. 2, pp. 116-152; J. RIJPMAN, N. KOFFEMAN, *Free Movement Rights for Same-Sex Couples Under EU Law: What Role to Play for the CJEU?*, in D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO (a cura di), *Same-Sex Couples*, cit., p. 455 ss.; A. TRYFONIDOU, *EU Free Movement Law and the Legal Recognition of Same-Sex Relationships: The Case for Mutual Recognition*, in *Columbia Journal of European Law*, 2015, p. 195 ss.; A. SCHUSTER, *La tutela multilivello delle persone LGBTI e delle loro famiglie*, in A. SCHUSTER, M. G. TONIOLLO (a cura di), *La famiglia omogenitoriale in Europa. Diritti di cittadinanza e libera circolazione*, Roma, 2015, in particolare p. 23 ss.; D. KOCHENOV, *On Options of Citizens and Moral Choices of States: Gays and European Federalism* in *Fordham International Law Journal*, 2009, pp. 156-205.

<sup>72</sup> A tal proposito si può segnalare il contenuto di G. BIAGIONI, *On Recognition of Foreign Same-Sex Marriages and Partnerships* in D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO (a cura di), *Same-Sex Couples*, cit., p. 359 ss., che tuttavia tratta del riconoscimento del legame omosessuale da un punto di vista primariamente interno.

<sup>73</sup> Per una panoramica della disciplina internazional-privatistica italiana applicata alle unioni dello stesso sesso il recente contributo di D. ZANNONI, *Gli effetti nell'ordinamento italiano delle unioni civili e dei matrimoni same-sex conclusi all'estero*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo online*, pubblicato il 20 aprile 2020, accessibile a <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/896>.

<sup>74</sup> Più diffusamente sull'interazione tra diritto internazionale privato e diritti umani v. A. ZANOBETTI, *La circolazione degli atti pubblici nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2019, pp. 20-35; F. MARONGIU BUONAIUTI, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 49 ss.; F. SALERNO, *Il vincolo al rispetto dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti del diritto internazionale privato*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 549 ss.; G. CARELLA, *Sistema delle norme di conflitto e tutela internazionale dei diritti umani: una rivoluzione copernicana?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 523 ss. V. anche il lavoro di A. DAVI, *Le renvoi en droit international privé contemporain*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 2010, vol. 352, p. 439 ss.

personali; in particolare, una serie di sentenze molto note ha riguardato il riconoscimento dello status di filiazione perfezionatosi in un altro Stato<sup>75</sup>. Da queste sentenze è stato affermato potersi evincere «un principio implicito della continuità degli status sotteso alla tutela della vita familiare»<sup>76</sup>.

D'altro canto, si rinviene una sola sentenza che tratti specificatamente del riconoscimento dei matrimoni omosessuali celebrati all'estero. Questa pronuncia, per le ragioni che si evidenzieranno, non riesce in verità a fornire una indicazione programmatica delle linee interpretative della Corte sul tema. Si tratta del caso *Orlandi e altri c. Italia*, in cui sei coppie di persone dello stesso sesso avevano fatto ricorso contro lo Stato italiano, colpevole di aver rifiutato la trascrizione dei loro matrimoni contratti all'estero<sup>77</sup>. Tre di queste coppie si erano sposate in Canada, una negli Stati Uniti, e due nei Paesi Bassi. Si trattava di coppie principalmente di cittadini italiani, tranne il caso di una delle tre coppie sposatesi in Canada, formata da un cittadino italiano e da uno canadese. Alcune di queste trascrizioni erano state in un primo momento concesse, salvo essere cancellate da una successiva circolare del Ministero degli interni<sup>78</sup>. In seguito all'adozione della legge n. 76/2016<sup>79</sup> alcuni matrimoni erano poi stati trascritti con successo nel registro delle unioni civili.

In questa sentenza, la Corte ha ritenuto che il rifiuto opposto dalle autorità italiane non configurasse una violazione dell'art. 8; tuttavia, ha condannato lo Stato convenuto per quanto già espresso in *Oliari*, ovvero per l'assenza, nel periodo di tempo intercorrente fino all'adozione della legge n. 76/2016, di mezzi di riconoscimento giuridico per le coppie dello stesso sesso.

Quanto al profilo della non-violazione, la Corte ha ribadito che gli Stati non fossero obbligati ad introdurre il matrimonio egualitario nei loro ordinamenti, né fossero obbligati a trascrivere quello contratto all'estero, conservando un ampio margine di discrezionalità nell'assenza di un generale *consensus* in materia. Infatti, solamente tre, tra i ventisette Stati che non accettavano il matrimonio omosessuale nel loro ordinamento, ammettevano tale prassi<sup>80</sup>.

---

<sup>75</sup> Quanto ai rapporti di filiazione acquisiti tramite adozione, si vedano Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 28 giugno 2007, ricorso n. 76240/01, *Wagner c. Lussemburgo*; sentenza del 3 maggio 2011, ricorso n. 56759/08, *Negreponis-Gianninis c. Grecia*; quanto ai rapporti di filiazione tramite maternità surrogata, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 giugno 2014, ricorso n. 65192/11, *Menesson c. Francia*; sentenza del 26 giugno 2014, ricorso n. 65941/11, *Labassee c. Francia*; Grande Camera, sentenza del 24 gennaio 2017, ricorso n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*; più approfonditamente sul tema M. GERVASI, *The European Court of Human Rights and Technological Development: The Issue of the Continuity of the Family Status Established Abroad Through Recourse to Surrogate Motherhood*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 213 ss.

<sup>76</sup> S. TONOLO, *La famiglia transnazionale fra diritti di cittadinanza e diritti degli stranieri*, in S. AMADEO, F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, p. 157.

<sup>77</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 14 dicembre 2017, ricorsi n. 26431/12, 26742/12, 44057/12, 60088/12, *Orlandi e altri c. Italia*.

<sup>78</sup> Circolare del Ministero dell'Interno n. 40, Trascrizione nei registri dello stato civile dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero, del 7 ottobre 2014.

<sup>79</sup> Legge n. 76/2016, in *Gazzetta Ufficiale* n. 118 del 21 maggio 2016.

<sup>80</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Orlandi*, cit., parr. 192 e 205.

Questa sentenza, come anticipato, tuttavia non sembra decisiva per definire l'orientamento della Corte sulla circolazione del matrimonio omosessuale contratto all'estero, in quanto la circostanza dirimente del giudizio sembra essere stata il tentativo dei ricorrenti di eludere la legge italiana sposandosi in un altro Stato. La Corte ha infatti sottolineato come l'Italia potesse legittimamente voler tutelare le proprie prerogative legislative e la volontà della propria comunità politica, che non ammetteva il matrimonio omosessuale, rifiutandone così la trascrizione<sup>81</sup>.

La sentenza *Orlandi* dunque non fornisce un esempio totalmente conferente di matrimonio genuinamente transfrontaliero, poiché frutto di un tentativo di “*marriage shopping*”. La problematica della circolazione del matrimonio contratto all'estero potrebbe invece essere riproposta alla Corte in maniera più incisiva in un altro ricorso, tuttora pendente: *Schermi e Van Dijk c. Italia*<sup>82</sup>.

Il caso riguarda due cittadini omosessuali europei, uno italiano e uno olandese, conosciutisi in Italia, dove hanno scelto di condurre la loro vita familiare, e successivamente sposatisi nei Paesi Bassi. La vicenda presenta varie analogie con la sentenza *Orlandi*: la coppia ha infatti inoltrato richiesta alle autorità italiane di trascrizione del matrimonio come tale nei registri dello stato civile. In un primo momento tale richiesta era stata acconsentita, salvo poi la successiva cancellazione ordinata dal Ministero degli interni.

La vicenda *Schermi e Van Dijk* potrebbe essere affrontata, a differenza di *Orlandi*, secondo un duplice approccio. Un primo approccio riguarderebbe la potenziale applicazione dell'art. 12, ignorato nella precedente sentenza<sup>83</sup>, secondo un criterio di effettività (“*effet utile*”)<sup>84</sup> che tenga conto di una maggiore valorizzazione di tale norma interpretata in senso evolutivo. Un secondo approccio riguarderebbe, invece, l'ambito applicativo più ampio dell'art. 8.

Per quanto riguarda il diritto al matrimonio, è ben chiaro che la Corte abbia affermato da un lato che tale disposizione sia astrattamente applicabile anche alle coppie omosessuali, e tuttavia dall'altro che la Convenzione non obbliga gli Stati ad introdurre il matrimonio egualitario. Sembrerebbe, dunque, che l'art. 12 tuteli, al momento, solamente le situazioni in cui uno Stato abbia deciso in autonomia di estendere l'accesso dell'istituto matrimoniale alle coppie dello stesso sesso nel proprio ordinamento. Pertanto, il matrimonio contratto all'interno di uno Stato che lo autorizzi rientrerebbe

<sup>81</sup> Ivi, par. 207.

<sup>82</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, ricorso presentato il 10 agosto 2015, n. 41089/15, *Schermi e Van Dijk c. Italia* (pendente).

<sup>83</sup> La Corte in *Orlandi* ha valutato solo il profilo della violazione dell'art. 8, trattando dell'art. 12 solo incidentalmente. Tra le due disposizioni è riconosciuto intercorra un rapporto di specialità, per cui la Corte frequentemente limita la sua analisi alle sole potenziali violazioni della vita privata e familiare. W. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: a Commentary*, Oxford, 2015, p. 534.

<sup>84</sup> «[...] the Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective». Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 13 febbraio 2020, ricorsi nn. 8675/15 e 8697/15, *N.D. e N.T. c. Spagna*, par. 171.

nella protezione concessa da questa disposizione<sup>85</sup>. In particolare, una coppia, che si sia sposata legittimamente in uno di questi Stati, dovrebbe vedersi riconosciuto lo *status* coniugale in tutti gli altri Stati che si sono obbligati a rispettare i diritti convenzionali, anche in quelli che non ammettono il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Altrimenti non solo si potrebbe prospettare una protezione asimmetrica di un diritto convenzionalmente garantito<sup>86</sup>, ma si negherebbe in radice all'art. 12 qualsiasi tipo di effettività e applicabilità concreta nel caso delle coppie omosessuali<sup>87</sup>. Il rifiuto di riconoscere il matrimonio, oppure la sua degradazione in unione civile, potrebbe dunque costituire un'ingiustificata interferenza con il diritto della coppia di "formare una famiglia"<sup>88</sup>.

Seguendo il filo logico della giurisprudenza della Corte, l'obbligo di riconoscimento ai sensi della Convenzione non discenderebbe da ogni situazione transnazionale, ma soltanto da quelle che presentino un collegamento genuino tra uno dei coniugi e lo Stato d'origine<sup>89</sup>. In questo modo verrebbero neutralizzati i rischi di elusione della legge e di "marriage shopping"<sup>90</sup>. Questa circostanza è dunque atta a differenziare la situazione di *Schermi* e *Van Dijk* da quelle in *Orlandi*. In questo caso infatti, il signor Van Dijk possiede la cittadinanza olandese, in conseguenza di ciò dovrebbe essere considerata legittima la sua scelta di sposare il compagno secondo quanto disposto dal suo diritto nazionale. Nella sentenza *Orlandi* i ricorrenti erano invece tutti cittadini italiani che avevano approfittato di legislazioni straniere più permissive; il solo caso del cittadino canadese sposatosi secondo le leggi canadesi non è considerabile totalmente conferente perché il Canada non è un paese firmatario della Convenzione, per cui il matrimonio in questione non poteva dirsi "convenzionalmente protetto" e rientrante quindi nell'ambito dell'art. 12.

---

<sup>85</sup> Così anche G. BIAGIONI, che prospetta una possibile violazione dell'art. 12 in relazione al rifiuto di trascrivere un matrimonio omosessuale contratto all'estero. G. BIAGIONI, *On Recognition of Foreign Same-Sex Marriages and Partnerships*, in D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO (a cura di), *Same-Sex Couples*, cit., p. 377.

<sup>86</sup> Sull'argomento della "protezione asimmetrica" confronta la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea *infra* analizzata. Inoltre, A. TRYFONIDOU, *op. cit. supra*, p. 224.

<sup>87</sup> Questa considerazione ha spinto alcuni studiosi, infatti, a ritenere che allo stato della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, l'art. 12 sia di fatto inapplicabile alla situazione delle coppie dello stesso sesso. Cfr. P. JOHNSON, S. FALCETTA, *Same-sex Marriage and Article 12 of the European Convention on Human Rights*, in C. ASHFORD, A. MAINE (a cura di), *Research Handbook on Gender, Sexuality and the Law*, Cheltenham, 2020, pp. 91-103.

<sup>88</sup> Cfr. art. 12 CEDU.

<sup>89</sup> In favore di questa tesi nell'ottica di una riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato vedi A. DAVÌ, *Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero nella prospettiva di una riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, pp. 319-419, in particolare pp. 364-365.

<sup>90</sup> In questo senso, in riferimento al trattamento dei matrimoni "misti" tra cittadini e stranieri nell'ordinamento italiano, vedi M.M. WINKLER, "A Case with Peculiarities": *Mixed Same-Sex Marriages Before the Supreme Court*, in *The Italian Law Journal*, 2018, in particolare pp. 280-282; V. MIRI, *Matrimonio same-sex celebrato all'estero e "downgrading" in unione civile: una prima lettura di Cass. 14 maggio 2018, n. 11696*, in *Diritti comparati*, pubblicato il 14 giugno 2018, accessibile a: <https://www.diritticomparati.it/matrimonio-sex-celebrato-allestero-e-downgrading-unione-civile-una-prima-lettura-di-cass-14-maggio-2018-n-11696/>.

Questa soluzione sembra la più coerente con lo Stato dello sviluppo delle libertà convenzionali in relazione ai matrimoni omosessuali. Infatti, da un lato rispetterebbe la scelta di quegli Stati che non hanno introdotto il matrimonio per persone dello stesso sesso, in quanto a livello interno tale pratica rimarrebbe ancora legittimamente preclusa; dall'altro imporrebbe in maniera speculare il rispetto della scelta politica di quegli Stati che abbiano agito diversamente. L'imposizione di un generale obbligo di introdurre il matrimonio egualitario continuerebbe a non essere possibile fintanto che non venga rilevato il necessario *consensus* europeo. La Corte avrà dunque possibilità in *Schermi e Van Dijk* di chiarire eventualmente questo aspetto applicativo dell'art. 12.

Per quanto riguarda invece il diritto al rispetto della vita privata e familiare, la vicenda potrebbe essere decisa anche in base ad un'analisi circa la rilevanza dell'art. 8 per la continuità dello status coniugale della coppia omosessuale. La Corte di Strasburgo ha avuto modo di precisare in passato che il riconoscimento dello status coniugale faccia parte dell'identità personale e sociale dell'individuo, rientrando così nell'alveo della disposizione in esame<sup>91</sup>. La mancata trascrizione del matrimonio, o la degradazione in unione civile, potrebbe dunque comportare una sua violazione. In *Orlandi* questo profilo è stato disatteso sulla base dell'argomento del *consensus*: in altre parole, la Corte ha constatato l'inesistenza di una sufficiente convergenza sulla trascrizione dei matrimoni omosessuali contratti all'estero tale da poter inficiare il margine di discrezionalità degli Stati in materia.

Sulla rilevazione del *consensus* potrebbe tuttavia influire un'interpretazione evolutiva della Convenzione, attenta allo sviluppo dell'integrazione europea e sensibile alla contaminazione con il diritto dell'Unione e i relativi principi elaborati dalla Corte di giustizia. Gli Stati dell'Unione, come noto, sono infatti tenuti a garantire la libera circolazione dei cittadini europei e la non-discriminazione in base alla nazionalità, come stabilito dal diritto dei trattati e dalla normativa di diritto derivato<sup>92</sup>. La Corte di Strasburgo potrebbe ricavare in via interpretativa, da questo sostrato normativo comune, una "presunzione di *consensus*" circa la posizione degli Stati dell'Unione europea, oppure rilevare un *consensus* limitatamente alle situazioni che coinvolgono due cittadini appartenenti a questo gruppo di Stati<sup>93</sup>. Gli obblighi previsti dal diritto europeo assumerebbero in questo senso un valore interpretativo per i parametri convenzionali,

<sup>91</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 20 luglio 2010, ricorso n. 38816/07, *Dadaouch c. Malta*, par. 48.

<sup>92</sup> Artt. 18 e 21 TFUE; direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio *relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri*, del 29 aprile 2004, in GUUE L 158 del 30 aprile 2004, p. 77.

<sup>93</sup> La Corte ha ripetutamente utilizzato gli strumenti del diritto europeo a fini interpretativi, principalmente per evidenziare l'esistenza di un *consensus* oppure come accordi internazionali vincolanti tra le parti (cfr. art. 31 Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati). Alcuni esempi possono essere tratti proprio dalla casistica riguardo i diritti LGBT. In *Christine Goodwin* e in *Schalk e Kopf* la Corte ha utilizzato la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea per rafforzare la nozione polisemica del matrimonio. In *Taddeucci e McCall* la questione dell'applicabilità della direttiva 2004/38/CE sul ricongiungimento familiare è emersa, seppur rimasta impregiudicata (parr. 61-62). Più approfonditamente sugli utilizzi in tal senso del diritto dell'Unione nelle sentenze della Corte di Strasburgo vedi T. LOCK, *The Influence of EU Law on Strasbourg Doctrines*, in *European Law Review*, 2016, pp. 804-825.

permettendo di superare alcune *impasse* circa la rilevazione di un *consensus* avente portata generale. Ad esempio, nel caso di *Schermi e Van Dijk*, la Corte potrebbe presumere che l'Italia abbia previamente acconsentito, attraverso gli obblighi assunti in sede europea, a che la coppia italo-olandese possa circolare liberamente e risiedere nel suo territorio mantenendo lo status maturato nello Stato di origine, poiché appartenente all'UE<sup>94</sup>. Al contrario, un rifiuto di riconoscere lo status coniugale contrasterebbe con la libera circolazione delle persone, mentre una sua *deminutio*, nel caso in cui venga riconosciuto come unione civile, renderebbe l'esercizio di questa libertà in ogni caso "meno attraente"<sup>95</sup>.

In ultima istanza, andrebbe quindi valutato se la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea consideri che la circolazione del vincolo coniugale sia tutelata dal diritto dell'Unione. In generale, la Corte ha affermato l'obbligo di garantire la circolazione di alcune caratteristiche dell'identità personale degli individui, quale il nome e cognome<sup>96</sup>. Da queste pronunce alcuni autori hanno maturato l'idea che il diritto dell'Unione europea protegga la circolazione degli status personali nella loro unicità<sup>97</sup>.

La Corte ha successivamente affrontato il tema dei matrimoni omosessuali nella sentenza *Coman* del 2018, stabilendo l'obbligo di riconoscere lo *status* coniugale anche se al precipuo fine di esercitare i diritti ad esso riconnessi, quali quello al ricongiungimento familiare<sup>98</sup>. In particolare, la Corte ha affermato che gli Stati non possono, nel caso di una coppia omosessuale, subordinare l'esercizio della libera circolazione all'applicazione delle norme interne sul matrimonio; in tal modo infatti si produrrebbe una protezione asimmetrica contraria ai principi dell'integrazione europea<sup>99</sup>. *Mutatis mutandis*, lo stesso ragionamento potrebbe essere esteso in via analogica anche al riconoscimento dello status coniugale in quanto tale.

Tuttavia, nella sentenza *Coman* la Corte di giustizia non si è spinta fino a dedurre un esplicito e generale obbligo di circolazione del vincolo coniugale, per cui la questione

---

<sup>94</sup> «Indeed, a Member State could be accused of inconsistent behaviour (*venire contra factum proprium*) if it does not live up to the commitments made under EU law in a case brought against it pending before the ECtHR». Così T. LOCK, *op. cit.*, p. 821.

<sup>95</sup> È giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia dell'Unione europea che «all measures which prohibit, impede or render less attractive the exercise of the freedom of movement and the freedom of establishment must be regarded as restrictions on that freedom» (enfasi aggiunta), cfr. Corte di giustizia, sentenza del 21 dicembre 2016, *Commissione europea c. Repubblica Portoghese*, causa C-503/14, par. 40 con giurisprudenza citata.

<sup>96</sup> Corte di giustizia, Grande sezione, sentenza del 14 ottobre 2008, *Grunkin e Paul*, causa C-353/06; Grande sezione, sentenza del 2 ottobre 2003, *Garcia Avello*, causa C-148/02.

<sup>97</sup> S. MARINO, *Il diritto all'identità personale e la libera circolazione delle persone nell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, pp. 797 e 805; R. BARATTA, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 2010, vol. 348, pp. 443-444 e 494-495; G. BIAGIONI, *op. cit.*, p. 376.

<sup>98</sup> Corte di giustizia, Grande sezione, sentenza 5 giugno 2018, *Coman*, causa C-673/16. Il caso era quello di una coppia di persone dello stesso sesso, di cui una rumena l'altra extracomunitaria, che si era sposata in Belgio e intendeva stabilirsi in Romania, Paese che però non ammetteva il matrimonio tra persone dello stesso sesso. A seguito del rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale rumena, la Corte di giustizia ha stabilito che la nozione di coniuge nella direttiva sul ricongiungimento familiare comprendesse anche il partner dello stesso sesso unito in matrimonio in un altro Paese europeo.

<sup>99</sup> Ivi, par. 39.

rimane tuttora incerta. Tale obbligo, sebbene forse implicito, non risulta inequivocabilmente espresso nemmeno nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo<sup>100</sup>. Questa conseguenza trova una possibile spiegazione in due fattori: da un lato, la continuità non forma l'oggetto di un diritto soggettivo, ma rappresenta soltanto una delle finalità perseguibili dal diritto internazionale privato e deve essere conciliata con il contrapposto interesse statale a determinare la legislazione applicabile alle situazioni transnazionali<sup>101</sup>. Dall'altro, i sistemi sovranazionali e internazionali che vengono di volta in volta in considerazione, quello europeo e quello convenzionale, possiedono limiti intrinseci di applicabilità: la Convenzione assegna infatti agli Stati un ampio margine discrezionale nella definizione delle politiche sociali, l'Unione europea non possiede una competenza in materia di diritti fondamentali e di stato civile.

Tuttavia, nonostante sembri difficile dedurre dai due sistemi considerati separatamente un generale obbligo di garantire la continuità, potrebbe essere di converso proprio la loro intersezione a raggiungere questo risultato nell'ottica di una potenziale violazione dell'art. 8. Nel caso di uno matrimonio perfezionatosi in uno Stato parte della Convenzione e appartenente all'UE, l'esigenza di continuità dello *status* coniugale sarebbe oggetto di una protezione rafforzata, proveniente da una duplice fonte: il diritto europeo per quanto riguarda l'aspetto relativo alla libera circolazione, e il diritto convenzionale per quanto riguarda l'aspetto relativo al rispetto della vita privata e familiare<sup>102</sup>.

## **5. La discrezionalità statale e l'inclusione delle minoranze sessuali: il problema del *downgrade***

Secondo il principio di sussidiarietà, le autorità statali occupano, nel sistema convenzionale, una posizione privilegiata nella definizione delle politiche sociali e nella

---

<sup>100</sup> Cfr. Corte Costituzionale, sentenza del 11 dicembre 1989, n. 536, par. 5, secondo cui non esisterebbe una norma di diritto internazionale generale che imponga il riconoscimento integrale del provvedimento straniero che accerti uno status personale o familiare. In senso unanime anche la dottrina, tra cui e.g. si veda G. PUMA, *Trascrizione degli atti di matrimonio omosessuale celebrato all'estero alla luce della CEDU*, in *Rivista di diritto pubblico comparato europeo*, 2016, p. 413; P. FRANZINA, *Some Remarks on the Relevance of Article 8 of the ECHR to the Recognition of Family Status Judicially Created*, in *Diritti umani e diritti internazionale*, 2016, pp. 609-616; F. MOSCONI, *Europa, famiglia e diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, pp. 370-371.

<sup>101</sup> A. DAVÌ, *op. cit.*, p. 384.

<sup>102</sup> La rilevazione di questa convergenza potrebbe avvenire soltanto davanti al giudice di Strasburgo oppure davanti ad un giudice nazionale, avendo il giudice di Lussemburgo il limite delle competenze dell'UE. In linea con questa impostazione si segnalano dunque alcune pronunce di organi giurisdizionali italiani che hanno disposto la trascrizione del matrimonio omosessuale celebrato all'estero in ossequio ad un combinato disposto dei principi derivanti dal diritto dell'Unione europea e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: Tribunale di Grosseto, decreto 26 febbraio 2015; Corte di appello di Napoli, decreto 8 luglio 2015, entrambe consultabili in *Il Foro italiano*, 2016, vol. I, p. 297; sul ricongiungimento familiare di un coniuge omosessuale anche Tribunale di Reggio Emilia, decreto del 13 febbraio 2012, consultabile in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, p. 457 ss. Mentre nello stesso senso in dottrina si veda G. BIAGIONI, *op. cit.*, p. 377.

valutazione degli interessi della propria comunità territoriale<sup>103</sup>. In ossequio a questa premessa, al legislatore nazionale è accordata una certa discrezionalità, o margine di apprezzamento, nell'adempimento degli obblighi stabiliti dalla Convenzione<sup>104</sup>.

In linea generale, può rilevarsi come la discrezionalità statale venga contestualmente influenzata dalla presenza di alcuni fattori atti ad ampliarne o restringerne la portata. Da una parte, infatti, si estende negli ambiti caratterizzati da profonde connotazioni socio-culturali, sui quali non vi è una certa convergenza degli Stati europei<sup>105</sup>. Dall'altra, essa viene ridotta a causa del coinvolgimento di alcune fondamentali caratteristiche dell'identità individuale, quali l'orientamento sessuale<sup>106</sup>. La tensione tra questi due fattori è particolarmente avvertita nella definizione della disciplina giuridica applicabile alle coppie dello stesso sesso, poiché la necessità di rispettare e di includere le minoranze sessuali si scontra con la contraria esigenza dello Stato di orientare e formulare le politiche sociali in accordo con le sensibilità espresse dalla propria comunità territoriale.

Echi di questa tensione sono ravvisabili con chiarezza nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo sugli obblighi connessi al riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali. Infatti, da un lato, in ossequio alle ragioni della discrezionalità, traspare che la Convenzione non obblighi gli Stati ad introdurre il matrimonio egualitario<sup>107</sup>. Dall'altro, in ossequio alle ragioni dell'inclusione, è rintracciabile un corrispettivo dovere contrario di fornire alle coppie omosessuali una forma di tutela alternativa, in modo di non perpetuare una situazione di *legal vacuum*<sup>108</sup>.

Questo dualismo permea anche la questione più specifica della configurazione sostanziale degli istituti paramatrimoniali, introdotti allo scopo di conferire alle coppie dello stesso sesso una protezione parallela a quella del matrimonio. Gli Stati, infatti, ai sensi di una giurisprudenza consolidata, sono ammessi a disciplinare il mezzo di riconoscimento alternativo secondo «*a certain margin of appreciation as regards the*

---

<sup>103</sup> J. SCHOKKENBROEK, *The Basis, Nature and Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Journal*, 1998, p. 31.

<sup>104</sup> S. GREER, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, 2000, p. 5. Sul duplice uso della dottrina del margine di apprezzamento, come bilanciamento di interessi concorrenti e come metodo di deferenza alle autorità statali, si veda G. LETSAS, *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, p. 706 ss.

<sup>105</sup> Ad esempio, in tema di libertà di espressione, la Corte ha da sempre considerato l'impossibilità di definire un univoco standard di "morale" come ragione sufficiente per accordare agli Stati un certo margine di discrezionalità nel garantire il rispetto dell'art. 10 CEDU. Cfr. Commissione europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 dicembre 1976, ricorso n. 5493/72, *Handyside c. Regno Unito*. Più approfonditamente, sull'interazione tra relativismo culturale e discrezionalità statale nella giurisprudenza della Corte vedi J.A. SWEENEY, *Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, pp. 459-474.

<sup>106</sup> P. JOHNSON, *Homosexuality, Freedom of Assembly and the Margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights: Alekseyev v Russia*, in *Human Rights Law Review*, 2011, in particolare p. 589 ss.

<sup>107</sup> Da ultimo Corte europea dei diritti dell'uomo, *Orlandi c. Italia*, cit., par. 145.

<sup>108</sup> Vedi nota 28.

*exact status conferred*»<sup>109</sup>. In altre parole, in ossequio alle ragioni della discrezionalità, gli Stati possiedono una certa libertà circa la definizione delle tutele sostanziali da garantire alle coppie dello stesso sesso. La Corte di Strasburgo ha, infatti, precisato che non sussiste l'obbligo di concedere una protezione in tutto equivalente a quella matrimoniale<sup>110</sup>. Questa affermazione tuttavia sembra mancare di un necessario bilanciamento con le contrapposte ragioni dell'inclusione. Nelle occasioni in cui è venuta in rilievo la compatibilità dell'istituto paramatrimoniale con gli standard convenzionali, infatti, la Corte si è soventemente accontentata di effettuare un esame *prima facie* per stabilire in via di approssimazione se l'istituto garantisse una tutela equivalente o simile a quella matrimoniale, omettendo invece di valutare l'esistenza di potenziali profili discriminatori.

Ad esempio, in *Schalk e Kopf* è stato ritenuto che l'istituto delle partnership registrate, così come configurato dalla legge austriaca, «*gives the applicants a possibility to obtain a legal status equal or similar to marriage in many respects*»<sup>111</sup>, tale per cui non poteva configurarsi una violazione della Convenzione. La Corte ha infatti ritenuto che le differenze tra i due istituti consistevano alternativamente in differenze minime («*slight differences in respect of material consequences*») oppure in differenze sostanziali («*some substantial differences in respect of parental rights*») ma tuttavia in linea con quanto osservabile in altri Stati<sup>112</sup>. I ricorrenti, invece, avevano evidenziato una serie dettagliata di potenziali elementi atti a integrare una discriminazione nei confronti della minoranza omosessuale: l'impossibilità di stringere la promessa di matrimonio; la conclusione della partnership presso l'autorità amministrativa distrettuale e non presso l'ufficio dello stato civile; l'assenza di legittimazione a chiedere i danni in caso di morte del partner; la disciplina della filiazione.

Il rapporto tra partnership registrate e matrimonio nel diritto austriaco è stato esaminato anche in un successivo ricorso, stavolta promosso da una coppia eterosessuale che intendeva accedere all'istituto paramatrimoniale. In *Ratzenböck e Seydl* i ricorrenti ritenevano che il regime delle partnership fosse più snello e semplice per quanto riguardava le tempistiche per divorziare, le obbligazioni alimentari, l'obbligo di fedeltà e quello di contribuire alla vita comune, e infine le conseguenze della dichiarazione di morte del partner; nemmeno in questo caso però la Corte ha ravvisato un'indebita eccedenza del margine di discrezionalità statale<sup>113</sup>.

L'impianto motivazionale di *Schalk e Kopf* è stato ripreso anche nella sentenza *Chapin e Charpentier c. Francia*. I ricorrenti in quel caso avevano sottoposto ad esame le differenze tra il regime dei PACS e quello del matrimonio, nello specifico: la diversa disciplina sul diritto di soggiorno, il regime dei beni acquisiti durante l'unione, la

<sup>109</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *X e altri c. Austria*, cit., par. 106.

<sup>110</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Schalk e Kopf*, cit., par. 108.

<sup>111</sup> Ivi, par. 109.

<sup>112</sup> Ibid.

<sup>113</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Ratzenböck e Seydl*, cit. par. 9.

pensione di reversibilità<sup>114</sup>. Benché questi rilievi fossero diversi da quelli di *Schalk e Kopf*, la Corte ha risolto la questione in seguito ad un esame *prima facie*, affermando nuovamente che le differenze riscontrabili fossero in linea con quanto osservabile generalmente in altri Stati<sup>115</sup>.

Traspare dunque che la Corte tenda ad assorbire le ragioni dell'inclusione in quelle della discrezionalità, evitando di valutare nel dettaglio se una diversa configurazione tra i due istituti possa essere giustificata ai sensi della sua giurisprudenza sul principio di non-discriminazione. Il nodo principale della questione rimane infatti quello del ruolo conferito alla «*tendance observée dans d'autres États membres*»<sup>116</sup> nel definire la consistenza del margine di discrezionalità. Secondo questa metodologia interpretativa, la tendenza osservabile nella generalità degli Stati rappresenta il discrimine per considerare accettabili le differenze intercorrenti tra i due istituti. Questa *ratio* potrebbe astrattamente portare a giustificare trattamenti esplicitamente discriminatori che siano però comuni alla legislazione di diversi Stati. La Corte di Strasburgo ha tuttavia offerto segnali contrari a questa tesi. In *X e altri c. Austria*, ad esempio, l'esistenza di un divieto per le sole coppie omosessuali di adottare il figlio del partner, successivamente cristallizzato nella legge sulle partnership registrate, è stata giudicata discriminatoria e perciò contraria alla Convenzione. La Corte ha stabilito che nel momento in cui lo Stato convenuto aveva scelto di garantire questo diritto anche alle coppie non sposate, non poteva lecitamente limitare questa possibilità alle sole coppie eterosessuali<sup>117</sup>. Poiché il ricorso era stato presentato precedentemente all'introduzione delle partnership registrate, la Corte non si è pronunciata direttamente sulla disciplina offerta dalla legge<sup>118</sup>. Tuttavia, è ragionevole presumere che lo Stato austriaco non avrebbe potuto inserire questo tipo di divieto nel testo normativo confidando nella generale tendenza osservabile in altri Stati, poiché tale misura sarebbe in ogni caso risultata chiaramente discriminatoria. È lecito, dunque, pensare che le ragioni della discrezionalità non siano determinanti, a fronte di una chiara violazione delle disposizioni convenzionali.

La questione della differente configurazione tra gli istituti assume particolare rilevanza nei casi di *downgrade*, ovvero in quelle situazioni in cui il matrimonio, in seguito ad una riqualificazione operata dallo Stato, degrada nello *status* garantito dal mezzo alternativo di tutela. In questo caso infatti opera un doppio piano di discrezionalità: il primo consiste nella definizione della disciplina dell'unione paramatrimoniale; il secondo nella degradazione del matrimonio omosessuale in unione paramatrimoniale. In aggiunta, la coppia dello stesso sesso si trova ad essere regolata da un regime giuridico differente da quello originariamente scelto; per questo motivo appare di fondamentale importanza che la discrezionalità statale sia temperata con

---

<sup>114</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Chapin e Charpentier*, cit., par. 45.

<sup>115</sup> Ivi, par. 51.

<sup>116</sup> Ibidem.

<sup>117</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *X. e altri*, cit., in particolare parr. 149 e 151-152.

<sup>118</sup> Ivi, par. 143.

una maggiore rilevanza delle necessità dell'inclusione, allo scopo di tutelare la vita familiare e l'identità personale dei soggetti coinvolti.

La questione del *downgrade* è sorta per la prima volta nel caso *Hämäläinen c. Finlandia*, nel quale la ricorrente, in seguito alla procedura per il cambio del sesso, si era trovata costretta ad accettare la conversione del matrimonio in unione civile, allo scopo di ottenere il riconoscimento degli effetti giuridici della transizione<sup>119</sup>. La Corte ha avuto l'occasione così di riflettere sulle differenze tra i due istituti, in particolar modo per quanto riguarda la disciplina della filiazione, e nello specifico «*the establishment of paternity, adoption outside of the family and the family name*»<sup>120</sup>. Avendo la ricorrente però già avuto un figlio, questi potenziali pregiudizi sono stati considerati fittizi, e così il *downgrade* è stato ritenuto in quel caso non dannoso, poiché rappresentava un semplice “*change of title*”<sup>121</sup>.

Il *downgrade* può però conseguire anche a seguito della trascrizione del matrimonio omosessuale celebrato all'estero in unione civile<sup>122</sup>. Questa circostanza era occorsa nel caso *Orlandi*. La Corte aveva ritenuto tuttavia di non dover esaminare esaustivamente la disciplina italiana delle unioni civili, sia perché lo aveva ritenuto al di fuori dell'ambito del ricorso, sia perché il riconoscimento dell'unione civile era in ogni caso considerato dai ricorrenti una soluzione soddisfacente<sup>123</sup>. Per cui ancora una volta, nel caso concreto, il *downgrade* non è stato considerato pregiudizievole. Tuttavia, così come in *Schalk e Kopf*, la Corte non ha escluso di poter ricorrere in un secondo momento ad un esame più approfondito della normativa sulle unioni civili, in modo da valutare i potenziali eccessi di discrezionalità da parte del legislatore<sup>124</sup>.

Questa eventualità potrebbe concretizzarsi nel pendente ricorso *Schermi e Van Dijk c. Italia*<sup>125</sup>. Il caso presenta, come già anticipato, vicende analoghe a quelle di *Orlandi*, tuttavia i ricorrenti nello specifico potrebbero sollevare la questione della compatibilità della legge sulle unioni civili con le disposizioni della Convenzione che tutelano la vita familiare e il principio di non-discriminazione.

Limitatamente al ricorso contro l'Italia, può essere segnalata l'esistenza di alcuni profili della legge 76/2016 che sembrano contrastare con l'inclusione sociale della minoranza omosessuale. Un primo profilo riguarda quelle disposizioni che nel loro insieme contribuiscono al rafforzamento dei pregiudizi e alla stigmatizzazione normativa delle coppie dello stesso sesso. La legge ad esempio utilizza una certa

<sup>119</sup> La legislazione finlandese non permetteva infatti che due persone dello stesso sesso potessero essere unite in matrimonio.

<sup>120</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Hämäläinen*, cit., par. 83.

<sup>121</sup> Ivi, par. 84.

<sup>122</sup> Più approfonditamente G. NOTO LA DIEGA, *The European Approach to Recognising, Downgrading, and Erasing Same-Sex Marriages Celebrated Abroad*, in F. HAMILTON, G. NOTO LA DIEGA (a cura di), *Same-Sex Relationships, Law and Social Change*, Londra, 2020.

<sup>123</sup> I ricorrenti infatti lamentavano la mancanza assoluta in Italia di qualsiasi tipo di protezione per le coppie omosessuali. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Orlandi*, cit., parr. 194-195.

<sup>124</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo; *Schalk e Kopf*, cit., par. 109; *Orlandi*, cit., par. 195.

<sup>125</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, ricorso presentato il 10 agosto 2015, n. 41089/15, *Schermi e Van Dijk c. Italia* (pendente).

differenza terminologica e contenutistica con la volontà di sottolineare la diversità dell'unione rispetto al matrimonio, secondo un modello noto come quello del “*separate but equal*”<sup>126</sup>. Ad esempio, la coppia viene tutelata quale “formazione sociale specifica”<sup>127</sup> e i rimandi alla definizione dell'unione come “famiglia” sono circoscritti<sup>128</sup>. Da un altro punto di vista, l'assenza di alcuni obblighi tra i doveri reciproci dei partner, come quello di fedeltà, contribuisce simbolicamente alla stereotipizzazione giuridica e sociale delle relazioni omosessuali<sup>129</sup>. In aggiunta, la normativa sulle unioni civili omette di costituire i legami di affinità, prospettando così un pregiudizio al consolidamento dell'identità familiare<sup>130</sup>.

Da un altro lato, la giurisprudenza della Corte sembra invece particolarmente attenta alla protezione e inclusione dei cosiddetti “gruppi vulnerabili”, quale è la minoranza omosessuale<sup>131</sup>. Difatti, quando viene in considerazione uno di questi gruppi sociali, la cui storia è disseminata di pregiudizi e discriminazioni, gli Stati dovrebbero astenersi dal perpetuare con la loro attività (“*legislative stereotyping*”) le conseguenze di questa emarginazione, ed anzi dovrebbero agire per porvi rimedio<sup>132</sup>. Inoltre, la Corte ha avuto modo di sottolineare come il consolidamento dello *status* familiare, inclusi i legami che lo status crea, sia parte integrante della identità individuale e goda quindi della protezione dell'art. 8<sup>133</sup>.

Queste considerazioni portano a ritenere che il downgrade del matrimonio omosessuale in unione civile, nel caso in cui tra matrimonio e istituto paramatrimoniale

---

<sup>126</sup> La dottrina “*separate but equal*” venne elaborata nella scienza giuridica americana per giustificare la segregazione razziale nelle scuole disposta dalle cosiddette leggi Jim Crow alla fine del XIX secolo. Secondo questo modello, dichiarato conforme alla Costituzione americana nella famosa sentenza *Plessy v. Ferguson* (1896), la separazione formale tra le due razze non poteva essere considerata contraria ai principi di uguaglianza fintanto che a livello sostanziale venissero garantiti gli stessi diritti civili e politici ad entrambi i gruppi sociali. Questa dottrina fu sconfessata dalla sentenza *Brown v. School Board of Education of Topeka* (1954). Un'analisi delle vicende che hanno portato all'adozione della legge n. 76/2016 secondo il modello del “*separate but equal*” è offerta da M.M. WINKLER, *Italy's Gentle Revolution: The New Law on Same-Sex Partnerships*, in *National Italian American Bar Association Journal*, 2017, pp. 1-31.

<sup>127</sup> Art. 1 legge 76/2016, in GU n. 118 del 21 maggio 2016.

<sup>128</sup> Cfr. Si sofferma sulla presenza nella legge di una “*narrow interpretation of family*” A. SPERTI, *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality*, Londra, 2017, in particolare p. 79.

<sup>129</sup> Più approfonditamente E. FALLETTI, *Quando l'assenza è più forte di una presenza: lo stralcio del dovere di fedeltà tra matrimonio e unione civile*, in *GenIUS*, 2016, p. 131 ss.

<sup>130</sup> Nell'assenza di un esplicito richiamo alle relative norme del codice civile, la dottrina maggioritaria ritiene che l'unione civili non crei rapporti di affinità. Per tutti si veda M. SESTA, *Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 1795. Per Quadri la scelta legislativa è intenzionale, cfr. E. QUADRI, *Modelli familiari e nuovo diritto - Unioni civili: disciplina del rapporto*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, p. 1694.

<sup>131</sup> Sul concetto di “*vulnerable groups*” vedi L. PERONI, A. TIMMER, *Vulnerable Groups: The Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, pp. 1056-1085. Sulla tutela della minoranza omosessuale come “gruppo vulnerabile” si veda, C. DANISI, *Tutela dei diritti umani, non discriminazione e orientamento sessuale*, Napoli, 2015, in particolare pp. 143-147.

<sup>132</sup> Cfr. ad esempio Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 20 maggio 2010, ricorso n. 38832/06, *Alajos Kiss c. Ungheria*, par. 42.

<sup>133</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 20 luglio 2010, ricorso n. 38816/07, *Dadaouch c. Malta*, par. 48.

sussistano potenziali differenze discriminatorie, come può essere il caso di *Schermi e Van Dijk*, sollevi alcuni profili problematici difficilmente conciliabili con il rispetto dei diritti convenzionali. Queste differenze non sembrerebbero giustificabili nemmeno alla luce di quanto generalmente osservabile in altri Stati, poiché l'uso di questa metodologia parrebbe ignorare integralmente l'esigenza di promuovere l'inclusione sociale delle minoranze sessuali. In aggiunta, sembra utile sottolineare che alcune differenze significative tra matrimonio e unione paramatrimoniale continuano a persistere in alcuni ordinamenti anche in ragione del fatto che l'accesso ai due istituti viene garantito in maniera indiscriminata sia alle coppie eterosessuali che omosessuali<sup>134</sup>.

## 6. Conclusioni

Sono state prospettate dunque tre questioni interpretative la cui soluzione appare idonea ad influenzare lo sviluppo convenzionale della tutela delle unioni omosessuali. Benché le problematiche che da esse traspaiono possano sembrare molto diverse tra di loro, esse sono tutte riconducibili ad una ragione unitaria e organica: il potenziale rilievo della dimensione relazionale dell'orientamento sessuale nel consolidamento dell'identità personale.

Nel sistema della Convenzione, infatti, l'orientamento sessuale viene tutelato come caratteristica precipuamente privata, ancorché essenziale e fondamentale, dell'individuo, e la vita familiare protetta nel suo concreto svolgimento. Tuttavia, una costruzione più ambiziosa potrebbe ipotizzare un collegamento indissolubile tra dimensione privata e pubblica dell'orientamento sessuale, immaginando il legame relazionale tra due persone dello stesso sesso come pubblica estrinsecazione e, per questo, come completamento dell'identità sessuale.

In questo senso, la questione della proliferazione e del pluralismo dei legami familiari si presterebbe ad essere letta come l'esigenza di rispettare la consapevolezza e la dignità delle differenti scelte individuali nell'espressione dell'identità relazionale. La problematica della circolazione del vincolo coniugale nasconderebbe invece la necessità di conferire a queste scelte coerenza e omogeneità nei diversi ordinamenti, oltre che una protezione giuridica uniforme. Il conflitto tra discrezionalità e inclusione delle minoranze sessuali sottolineerebbe, infine, la necessità di non frustrare l'affermazione pubblica dell'orientamento sessuale, confinando le relazioni in separati istituti giuridici con l'effetto di aumentare i rischi di marginalizzazione sociale.

Tutte queste criticità sollevano, da diversi punti di vista, l'opportunità di conferire all'orientamento sessuale nella sua espressione pubblica quella stessa importanza che riveste nella sua accezione privata. In altre parole, la possibilità di ricostruire, nel

---

<sup>134</sup> Ad esempio, la legge sulla partnership registrata austriaca (*Eingetragene Partnerschaft-Gesetz*) non prevede l'obbligo di fedeltà (*treuepflicht*) come quella italiana, ma in Austria il matrimonio omosessuale è stato introdotto il 1° gennaio 2019.

novero dei diritti della personalità, anche un diritto all'identità relazionale o all'espressione relazionale dell'orientamento sessuale. Questa prospettiva ricorre, ad esempio, nella pronuncia della Corte Suprema degli Stati Uniti che nel 2015 ha legalizzato il matrimonio egualitario: «*same-sex couples seek in marriage the same legal treatment as opposite-sex couples, and it would disparage their choices and diminish their personhood to deny them this right*»<sup>135</sup>. Nell'ipotesi in cui anche la Corte di Strasburgo mutasse i propri orientamenti in tal senso, l'orientamento sessuale godrebbe di una più completa e organica protezione a livello convenzionale.

**ABSTRACT:** Il contributo analizza le influenze della tutela multilivello dei diritti fondamentali sulla protezione delle coppie omosessuali nell'ambito europeo, con una particolare attenzione sul sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Nello specifico, vengono esplorate tre tematiche potenzialmente idonee a contribuire allo sviluppo della giurisprudenza e all'evoluzione dello strumento convenzionale. Conclusivamente, verrà esposta l'idea che le questioni poste trovino un comune denominatore nella mancata rilevanza convenzionale del rapporto tra dimensione pubblica e dimensione privata dell'orientamento sessuale.

**KEYWORDS:** matrimonio egualitario – principio di non-discriminazione – *consensus* – libertà di circolazione – *downgrade*.

#### LEGAL PROTECTION OF SAME-SEX COUPLES IN EUROPE: RECENT DEVELOPMENTS AND FUTURE PROSPECTS

**ABSTRACT:** The present article aims to analyze the influences of the multilevel protection of fundamental rights on same-sex relationships, with a special focus on the European Convention of Human Rights. The contribution points out three issues that could potentially contribute to the development of the case law of the Court of Strasbourg and the evolution of the Convention. The article concludes with a general consideration on the relationship between the public and private dimension of sexual orientation as common ground of these issues.

**KEYWORDS:** same-sex marriage – principle of non-discrimination – *consensus* – freedom of movement – *downgrade*.

---

<sup>135</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, sentenza del 26 giugno 2015, *Obergefell v. Hodges*, in particolare p. 19.