

INTRODUZIONE

La nozione di <<vita familiare>> è da sempre una nozione che non viene accompagnata da una definizione reale e precisa, perché, nel corso degli anni ed al mutare della società, della cultura e delle leggi ha assunto una serie indefinita di forme. Questo ha fatto sì che gli studiosi e gli interpreti del diritto - dal darne una definizione statica - abbiano finito per attribuire a detta nozione una natura effimera ed indefinita.

Il mutare della portata del significato di <<vita familiare>> ha però portato delle difficoltà nel momento in cui gli individui hanno iniziato a muoversi da uno Stato all'altro e si è, dunque, palesato il problema della possibilità del riconoscimento di uno *status* familiare acquisito all'estero.

L'elaborato che segue si propone di valutare l'approccio dell'Unione e, nello *specimen*, dell'Italia riguardo al riconoscimento e alla circolazione degli *status* familiari acquisiti all'estero da un individuo. Partendo da una disamina sulla concezione di <<vita familiare>> elaborata nel corso degli anni dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con riferimento all'art.8 CEDU, si è analizzato come detta nozione venga utilizzata dalla medesima Corte per favorire la circolazione degli *status* familiari nel panorama internazionale, nonché come tale giurisprudenza abbia influito anche sulle sentenze emesse dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea e della Corte di Cassazione italiana con riguardo alla medesima materia.

Nel primo capitolo si propone un'analisi della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sull'interpretazione della nozione di <<diritto alla vita familiare>>. In particolare, verrà analizzata la nozione di <<famiglia>> nelle sue accezioni di famiglia <<orizzontale>>, <<verticale>> e <<sociale>>. Il capitolo si conclude con la visione della Corte EDU riguardo alla possibilità del riconoscimento in uno Stato dello *status* familiare acquisito da un individuo all'estero.

Il secondo capitolo è invece incentrato sulla influenza della CEDU e della giurisprudenza della Corte EDU nelle sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Verranno prese in considerazione diverse decisioni della

Corte riguardanti il diritto al ricongiungimento familiare discendente dall'esercizio della libertà di circolazione esercitato da un cittadino europeo all'interno dello spazio giuridico dell'Unione. A tal uopo, verrà anche presentata una recente teoria sul principio di riconoscimento degli *status* validamente ottenuti all'estero elaborata da una parte della dottrina e fondata su una interpretazione elastica ed estensiva di alcune sentenze della Corte di Giustizia riguardanti il diritto alla circolazione del cognome degli individui. Infine, nel terzo ed ultimo capitolo verrà analizzata la posizione dell'ordinamento italiano con riguardo al riconoscimento nel nostro paese degli *status* ottenuti altrove. Particolare attenzione verrà data alla giurisprudenza, la quale, nonostante l'inerzia del legislatore, si è adoperata per riuscire a garantire un effettivo riconoscimento degli *status* familiari ottenuti all'estero.

CAPITOLO I

LA CONCEZIONE DI VITA FAMILIARE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

1. Introduzione sul significato di <<vita privata>> e <<vita familiare>>

Le nozioni di <<vita privata>> e <<vita familiare>> all'interno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)¹ figurano nella lettera dell'art.8, par.1, secondo il quale: <<*Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza*>>.

L'interpretazione della CEDU è affidata alla Corte Europea dei diritti dell'Uomo, la quale decide sui casi concreti. È quindi evidente che, nel corso degli anni, anche grazie al mutamento della società e dei valori che la caratterizzano, si è avuta una evoluzione nell'interpretazione delle norme della Convenzione e degli istituti da essa disciplinati.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo non ha mai dato una definizione precisa ed esaustiva delle nozioni di vita privata e familiare. Si tratta, infatti, di concetti che hanno preso forma grazie all'evoluzione della giurisprudenza della Corte stessa. A causa della formulazione generica, non possono essere tracciati contorni specifici dal disposto dell'art.8 CEDU, così il concetto di vita privata e familiare ha subito molte variazioni dal 1950 ad oggi, in funzione dell'epoca, del luogo e dell'ambiente sociale nel quale viveva il ricorrente che aveva adito la Corte di Strasburgo. La materia del diritto di famiglia è infatti considerata la più permeabile ai cambiamenti sociali.

Per lungo tempo, la Corte EDU ha utilizzato i concetti di vita privata e vita familiare come sinonimi; solo negli ultimi quarant'anni i due hanno acquistato autonomia l'uno dall'altro. Una svolta decisiva si è avuta nel 1985, con la sentenza *X e Y c. Regno Unito*, nella quale la Corte ha definito la vita privata

¹ Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Roma, 4 novembre 1950

come una sfera che “*recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et comprend la vie sexuelles*”. Successivamente, nel 1992, con la sentenza *Niemietz c. Germania*, il rispetto della vita privata arriva ad inglobare il diritto dell'individuo ad iniziare e sviluppare relazioni con i propri simili: la protezione si allarga, quindi, alla vita privata nella sua dimensione sociale². L'interpretazione evolutiva della Corte in materia è arrivata a ricomprendere all'interno del concetto di vita privata il principio di identità personale e autodeterminazione del singolo³. Nella sentenza *Pretty c. Regno Unito*, La Corte afferma che

<<... Benché non sia mai stato precisato in alcun giudizio precedente che l'art.8 della Convenzione comporta un diritto all'autodeterminazione in quanto tale, la Corte ritiene che la nozione di autonomia personale rifletta un principio importante che è sotteso all'interpretazione delle garanzie dell'art.8>>⁴.

Alla luce di quanto esposto, si può individuare nella lettera dell'art.8 CEDU un diritto alla tutela dell'autonomia personale dell'individuo, facendo rientrare, *inter alia*, all'interno della definizione di autonomia personale concetti come: diritto al rispetto dell'orientamento sessuale, tutela dell'integrità psico-fisica e dello sviluppo della personalità, diritto al rispetto dell'identità personale, diritto al nome, diritto alla conoscenza delle proprie origini familiari.

Dall'analisi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo è possibile notare che all'ampliarsi dei diritti fatti rientrare all'interno della sfera della vita privata di un individuo si assiste specularmente all'autonoma configurazione

² Sentenza *Niemietz c. Germania*, 16 dicembre 1992, par.29: <<La Cour ne juge ni possible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de “vie privée”. Il serait toutefois trop restrictif de la limiter à un “cercle intime” où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables>>.

³ Corte EDU, Sentenza *Bensaid c. Regno Unito*, 2001; Corte EDU, Sentenza *Pretty c. Regno Unito*, 2002.

⁴ Corte EDU, Sentenza *Pretty c. Regno Unito*, par.61, 2002.

dei diritti compresi nella nozione di vita familiare e all'estensione dei medesimi. Come per la nozione di vita privata, dalla giurisprudenza della Corte non si rinviene neanche una definizione completa ed esaustiva di vita familiare. Questo dato è collegato al fatto che la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali è definita "*uno strumento vivente che evolve parallelamente al contesto giuridico e socio-culturale*"⁵ e, quindi, la definizione specifica e completa di un istituto limiterebbe una possibile ulteriore interpretazione evolutiva della fattispecie in futuro. Infatti, il testo della Convenzione deve essere letto e interpretato alla luce del presente ed è dunque sempre suscettibile di continui mutamenti nel contenuto e nell'ampiezza dei diritti tutelati a seconda dei cambiamenti socio-culturali, dell'evoluzione legislativa e della prassi degli Stati. Questo criterio ermeneutico ha permesso alla Corte di innalzare progressivamente la soglia di tutela della CEDU e di includere nel suo ambito di applicazione delle situazioni precedentemente escluse.

Oltre all'adattamento della Convenzione al presente, un altro motivo per cui non è possibile dare una definizione unitaria di famiglia a livello internazionale è il margine di apprezzamento lasciato agli Stati. In materia di diritto di famiglia, infatti, gli Stati hanno discrezionalità molto ampia. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, attraverso l'interpretazione della CEDU, può soltanto cercare di creare e stabilire uno *standard* minimo di tutela dei diritti degli individui nella sfera che riguarda la loro vita familiare. Per fare ciò è necessario individuare quali diritti rientrano nella nozione di vita familiare.

Partendo da una nozione di famiglia ancorata alla concezione tradizionale di matrimonio, questo elaborato si propone di illustrare il cambiamento avvenuto nel corso degli anni grazie alle sentenze della Corte di Strasburgo e alle casistiche esaminate dinanzi ad essa, fino ad arrivare all'attuale interpretazione dell'art.8 CEDU, secondo la quale non esiste una famiglia unitariamente intesa, ma deve riconoscersi la presenza di un pluralismo di nuclei familiari e la loro pari dignità.

⁵ Corte EDU, *Tyrer c. Regno Unito*, 25 aprile 1978: "*La Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles*"

2. La <<dottrina>> del margine di apprezzamento riservato agli Stati e ingerenza di questi ultimi nell'esercizio del diritto di tutela della vita privata e familiare

Sin dalle sentenze subito successive all'entrata in vigore della CEDU, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha fatto riferimento ad una discrezionalità lasciata agli Stati nella realizzazione dei diritti stabiliti dalla Convenzione.

Il riferimento all'applicazione di questo <<margine di apprezzamento>> riservato agli Stati, ha assunto un'importanza tale da far sì che si è iniziato a parlare di una vera e propria <<dottrina>> a riguardo, anche se non mancano critiche sull'utilizzo di tale definizione, in quanto in realtà il fenomeno in questione mancherebbe di un insieme di principi con coerenza teorica tipici di ciò che caratterizza una dottrina.

Inizialmente, il margine di apprezzamento è stato utilizzato per questioni inerenti all'art.15 CEDU, che consente di derogare agli obblighi convenzionali in caso di guerra o estremo pericolo della nazione. La Corte, a più riprese, rimette le decisioni riguardanti materie particolarmente importanti e delicate nelle mani degli Stati, considerandoli in una posizione migliore per effettuare determinate valutazioni. Nonostante faccia spesso riferimento alla dottrina del margine di apprezzamento, però, la Corte di Strasburgo non ne ha mai dato una definizione. Alcuni studiosi del diritto l'hanno definito come *“the measure of discretion allowed to the Member States in the manner in which they implement the Convention standards, taking into account their own particular national circumstances and conditions”*⁶, mentre per altri *“is a doctrine that illustrates the general approach of the European Court of Human Rights to the delicate balancing the sovereignty of Contracting Parties with their obligations under the Convention”*⁷. In generale, la dottrina

⁶ Definizione di Y. Arai-Takahashi, *The defensibility of the margin of appreciation doctrine in the ECHR: value-pluralism in the European integration*, in *Rue Européenne de Droit Publique*, 2001

⁷ Definizione di R.ST.J. Macdonald, *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1992

maggioritaria tende a descrivere il margine di apprezzamento come una nozione dai confini per niente certi, una sorta di linea mobile che viene spostata dalla Corte così da determinare caso per caso una maggiore o minore ampiezza della discrezionalità dello Stato nell'attuare la Convenzione⁸.

La discrezionalità lasciata agli Stati esprime, dunque, la dialettica tra l'autonomia nazionale e la costruzione di un diritto comune europeo. La Convenzione viene interpretata in modo da creare e sviluppare *standards* minimi di tutela dei diritti fondamentali a livello internazionale, poi sarà compito degli Stati decidere con quali strumenti e mezzi attuare detta tutela a livello nazionale. La Convenzione è uno strumento di armonizzazione e non di uniformizzazione delle garanzie offerte dagli Stati membri nella tutela dei diritti fondamentali. Alla luce di quanto appena esposto è possibile affermare che la dottrina del margine di apprezzamento risponde ad una duplice esigenza: una funzionale e una ideologica. Le autorità nazionali sono infatti in una posizione migliore rispetto alla Corte di Strasburgo, avendo una maggiore prossimità con la realtà giuridica del paese (esigenza funzionale). Inoltre, lasciare spazio ai parlamenti nazionali, nei limiti del rispetto dei parametri stabiliti dalla CEDU, e non imporre una visione europea della tutela dei diritti contribuisce alla salvaguardia del principio democratico (esigenza ideologica). La dottrina in questione si inserisce in un contesto che può portare alla collisione tra gli obblighi assunti dagli Stati in virtù della loro adesione alla CEDU e la sovranità degli Stati stessi: il problema principale è, quindi, quello di trovare un equilibrio, un bilanciamento, tra una interpretazione uniforme della Convenzione e il rispetto di diverse realtà giuridiche, culturali e sociali che appartengono ai paesi aderenti alla Convenzione stessa.

Una delle critiche rivolte alla dottrina del margine di apprezzamento ritiene che detto meccanismo possa dar luogo ad un sistema di protezione dei diritti potenzialmente disomogeneo e che la discrezionalità lasciata agli Stati aderenti

⁸ F. DONATI – P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. FALZEA - A.SPADARO - L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'europa, Atti del seminario svoltosi a Campanello (CZ) il 31 maggio-1 giugno 2002*, Torino, 2003; R. SAPIENZA, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1991, p.573 - 586

possa andare a discapito di una applicazione uniforme del dettato convenzionale. Proprio per evitare ciò, la discrezionalità degli Stati non è illimitata, ma va di pari passo con un controllo europeo. Nel ricostruire il margine di apprezzamento, la Corte di Strasburgo, nella sentenza *Rasmussen c. Danimarca* del 1984, ha affermato:

<<L'estensione del margine di apprezzamento varia a seconda delle circostanze, della materia e del contesto; la presenza o l'assenza di un denominatore comune ai sistemi giuridici degli Stati contrattanti può costituire un fattore pertinente al riguardo>>.

Gli elementi considerati dalla Corte per determinare l'ampiezza della discrezionalità lasciata agli Stati sono quindi tre: la materia, le circostanze del caso di specie e il contesto sociale e culturale. Il margine di apprezzamento, dunque, varia al variare di questi tre fattori.

Per quanto riguarda la materia e, cioè, la natura del diritto in gioco, gli Stati avranno una discrezionalità più ampia se si tratta di questioni relative a scelte di politica sociale o penale oppure di ipotesi di bilanciamento di interessi contrapposti di pari rango; avranno, invece, una discrezionalità minore e, conseguentemente, il controllo europeo sarà più incisivo, se in gioco vi è un diritto attinente alla sfera dell'intimità della persona (es: orientamento sessuale) o ad un aspetto essenziale di una società democratica (es: libertà di espressione su questioni di interesse generale).

Per circostanze del caso di specie la Corte vuole intendere la legittimità dello scopo dell'ingerenza da parte dello Stato nella materia in questione. In questo caso, il margine di apprezzamento dello Stato sarà ridotto se la natura dello scopo è considerata oggettiva (es: protezione dell'autorità giudiziaria), mentre sarà più ampio se la natura dello scopo è ritenuta indeterminata (es: protezione della morale).

L'ultimo aspetto da tenere in considerazione è il contesto sociale e culturale presente a livello internazionale al momento della decisione del caso di specie

da parte della Corte e, quindi, in poche parole, il consenso degli Stati sul diritto in gioco. Se sulla materia oggetto del caso concreto vi è la presenza di un comune denominatore a livello europeo, allora la discrezionalità dello Stato sarà ridotta e il controllo europeo incisivo; in caso contrario, il margine di apprezzamento sarà ampio. Se, infatti, ciascuno Stato è libero di disciplinare secondo criteri e obiettivi personali la struttura della famiglia, è però intuitivo che l'ordinamento del singolo Stato viene influenzato dalle leggi e dalla prassi degli altri Paesi.

Una battuta di arresto per quanto riguarda la discrezionalità degli Stati in materia di diritti sanciti dall'art.8, par.1, CEDU è data dal paragrafo 2 della medesima norma. In virtù di detta disposizione, l'ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio dei diritti enunciati dal paragrafo 1 può esservi soltanto se prevista dalla legge e se risulta necessaria alla salvaguardia di interessi di pubblica utilità o di pubblica sicurezza⁹. Se quindi spetta agli Stati il compito di mantenere l'ordine pubblico, è d'altra parte vero che le decisioni in materia, nella misura in cui incidano sui diritti attinenti alla tutela della vita privata e della vita familiare, devono risultare giustificate da un bisogno sociale imperioso ed essere anche, e soprattutto, proporzionate al legittimo interesse perseguito.

Secondo la giurisprudenza della Corte EDU, una norma per derogare alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo deve essere chiara, precisa e redatta in modo tale da permettere ai destinatari di conoscere la fattispecie per la quale è dettata e le conseguenze previste. A derogare la CEDU non è quindi sufficiente l'esistenza di una misura nazionale prevista dalla legge, poiché tale misura dovrà rispettare le finalità previste dall'art.8, par.2, CEDU. La Corte, dunque, ritiene che il bilanciamento tra gli interessi in gioco debba essere effettuato caso per caso.

⁹ Art.8, par.2, CEDU: *“Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”*.

3. La famiglia nella sua accezione orizzontale

Non esistendo a livello internazionale una comune definizione della nozione <<vita familiare>>, è evidente che gli ordinamenti interni dei vari Stati hanno elaborato dei concetti di *famiglia* diversi gli uni dagli altri e diversi, anche, dalla definizione che emerge dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Proprio l'<<evanescenza>> di questa nozione crea un disequilibrio a livello europeo ed internazionale; disequilibrio che la Corte di Strasburgo tenta di neutralizzare attraverso l'imposizione di obblighi sia positivi che negativi in capo agli Stati aderenti la Convenzione. Nella visione della Corte vi è la necessità di fornire un'ottica comune europea per quanto riguarda una tutela generalizzata delle situazioni giuridicamente rilevanti che rientrano nel tema della famiglia e dei diritti fondamentali. Si ritiene che il controllo della violazione degli *standards* garantiti in materia di tutela della vita privata e/o familiare non trovi adeguata protezione mediante la sola imposizione di obblighi di non ingerenza da parte dello Stato, così come previsti dal secondo paragrafo dell'art.8, ma necessiti della previsione di obblighi positivi per assicurare all'individuo l'effettività del diritto. Secondo quanto stabilito dalla dottrina maggioritaria, gli obblighi positivi desunti dall'applicazione degli articoli della Convenzione sono spesso frutto di una interpretazione <<libera>> e <<creatrice>> della Corte EDU al fine di garantire l'effettività al diritto.

L'esistenza di un denominatore comune a livello europeo o internazionale ha una ricaduta notevole sulla tutela dei diritti attinenti alla sfera privata e familiare di un individuo. In ogni caso, l'assetto delle legislazioni nazionali e le prassi esistenti nei vari Stati hanno, sì, un ruolo nelle motivazioni della Corte, ma non incidono profondamente sull'identificazione del diritto quale nuova componente degli articoli presi in considerazione. Quello che fa la corte

è creare un contenuto minimo del diritto già previsto che gli Stati devono rispettare in quanto firmatari della CEDU.

L'indeterminatezza del dettato dell'art.8 lascia la Corte libera di adeguarsi al cambiamento sociale e culturale.

Nel cercare di interpretare la carta convenzionale alla luce dello scenario attuale, la Corte caso per caso riduce o amplia, quindi, il margine di apprezzamento riservato agli Stati e, a seconda degli elementi in gioco, finisce per creare o affievolire gli aspetti rientranti nelle nozioni di vita privata e vita familiare.

Analizzando la giurisprudenza europea si nota come sia cambiata negli anni la concezione della nozione <<famiglia>> da parte della Corte di Strasburgo. Pur restando impossibile cercare di definire in astratto detta nozione perché intrinseca di indeterminatezza¹⁰, si è cercato sempre di più di trovare una definizione minima delle fattispecie enunciate dall'art.8, par.1 CEDU, così da armonizzare la tutela a livello internazionale.

Così come redatto, l'art.8 CEDU sembrerebbe tutelare e garantire esclusivamente il diritto al rispetto della propria vita all'interno di una famiglia intesa come unione tra un uomo ed una donna fondata sull'istituto del matrimonio. Questo perché, alla luce del panorama internazionale al momento dell'emanazione della Convenzione, tale articolo non avrebbe potuto essere redatto in altri termini.

Nonostante ciò, leggendo l'art.8 in combinato disposto con l'art.14¹¹ e/o l'art.12¹² della medesima Convenzione, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è riuscita a ricondurre all'interno della nozione di <<vita familiare>> dei rapporti e delle situazioni affettive che nel 1950 era pressoché impossibile farvi rientrare. La Corte arriva a prendere in considerazione i vincoli che

¹⁰ Definizione data dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella sentenza *Niemietz c. Germania* (1992) e nella sentenza *Marckx c. Belgio* (1979)

¹¹ Art.14 CEDU: “Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita di ogni altra condizione”.

¹² Art.12 CEDU: “A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto”.

legano effettivamente, *de facto*, gli individui che hanno presentato ricorso a Strasburgo e finisce, quindi, per riconoscere l'esistenza di vari tipi di famiglie. Entra progressivamente in crisi la nozione tradizionale di famiglia: il matrimonio non è più l'unico mezzo perché ne esista una. Nel corso degli anni, *“il valore della persona umana ha messo in primo piano lo status personae e, per tal via, il riconoscimento di una varietà di relazioni familiari”*¹³.

Per la Corte di Strasburgo e per gran parte della dottrina, la famiglia è considerata una <<funzione>> della persona e impone ai singoli Stati l'adozione di regole in vista di una disciplina plurale e diversificata.

Nel corso degli anni e della giurisprudenza della Corte, dunque, sono emerse diverse tipologie di famiglia: da quella tradizionale fondata sul matrimonio, passando per la convivenza stabile instaurata tra persone di sesso diverso, fino ad arrivare all'unione di persone omosessuali. Ognuna di queste tipologie merita oggi di rientrare nella nozione di <<vita familiare>> protetta dall'art.8 CEDU.

3.1. Applicazione dell'art.8 CEDU alle convivenze tra coppie omosessuali

Come già affermato, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è nelle condizioni di svolgere un ruolo preminente nella protezione dei diritti sanciti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in quanto il suo fine è proprio quello di dare una protezione efficace alle situazioni giuridiche tutelate da detta Convenzione. Si ha, quindi, un ruolo attivo della Corte nel contrasto giuridico alle discriminazioni e agli abusi di potere messi in atto dagli Stati europei aderenti al Consiglio d'Europa. Nella sua <<missione>> di mantenere la Convenzione uno strumento <<vivo>> e al passo con i tempi, la Corte di Strasburgo analizza i cambiamenti storici, politici, giuridici e culturali della società in cui opera ed interpreta il dettato normativo sulla base di questi dati.

¹³ Citazione da: *Famiglie e minori*, 2011

Per quanto riguarda le relazioni tra gli individui e la tutela della loro identità personale, non tardano ad essere presentati di fronte alla Corte ricorsi da parte di coppie omosessuali, nella speranza di ricevere una progressiva protezione della loro vita privata e familiare. L'omosessualità, infatti, è un fenomeno che costituisce una realtà incontestabile presente in ogni epoca e in ogni tipo di società. Nonostante il fenomeno delle convivenze omosessuali sia da sempre presente sia sul piano storico che sociale, le legislazioni dei vari Stati ed anche la giurisprudenza in passato sembravano precludere la progressiva generalizzata equiparazione dei diritti riconosciuti agli omosessuali ai diritti degli eterosessuali. Un esempio a riguardo possono essere le decisioni della Corte EDU *Roosli c. Germania*¹⁴ del 1996 e *Mata Estevez c. Spagna*¹⁵ del 2001. Il caso *Roosli* riguardava una coppia di individui omosessuali. Il ricorrente aveva instaurato una convivenza con un uomo il quale aveva stipulato un contratto d'affitto con un soggetto terzo. Alla morte del compagno, il ricorrente chiedeva di potergli succedere nel contratto di affitto, ma tale proposta veniva rifiutata. Dopo aver esperito tutti i rimedi interni, il ricorrente adiva la Corte lamentando la violazione degli articoli 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Anche il caso *Mata Estevez* riguardava una convivenza intercorrente tra due uomini dello stesso sesso. I due uomini vivevano insieme da più di dieci anni condividendo le spese quando uno dei due morì in un incidente stradale. Al convivente rimasto in vita non venivano assicurati i diritti derivanti dalla morte del coniuge, in quanto i matrimoni tra persone omosessuali non erano ammessi e, dunque, i due uomini non risultavano legati dal punto di vista giuridico. Il ricorrente, affermando l'esistenza di un legame di tipo familiare tra lui e il convivente morto, adiva la Corte EDU chiedendole di constatare la violazione degli articoli 8 e 14 CEDU. Mentre in *Roosli c. Germania* la Commissione si limitava a dire che, nonostante i progressi avvenuti in ambito di riconoscimento dei diritti degli omosessuali, le unioni di questo genere non vengono ancora fatte rientrare nel concetto di <<vita familiare>>; in *Mata Estevez c. Spagna* il ricorso veniva respinto per incompatibilità *ratione*

¹⁴ Decisione del 15 maggio 1996 sulla ricevibilità della richiesta n.28318/95

¹⁵ Decisione del 10 maggio 2001 sulla ricevibilità della richiesta n.56501/00

materiae, poiché in materia familiare gli Stati sono dotati di un ampio margine di apprezzamento e a livello europeo non vi era ancora un *consensus* tanto forte da permettere alla Corte di far rientrare le convivenze omosessuali nella nozione di <<vita privata e/o familiare>>¹⁶. Fino a pochi anni fa, quindi, la tutela delle coppie omosessuali era pressoché inesistente.

Un passo in avanti sembra essere stato fatto nel 2003, quando con la sentenza *Karner c. Austria*, la Corte ha concesso ad un omosessuale il diritto di subentrare in un contratto di affitto della casa in comune con il partner successivamente alla morte di quest'ultimo. In realtà la Corte si era astenuta dal qualificare come vita familiare il rapporto esistente tra i due conviventi omosessuali, risolvendo il caso facendo leva sulla tutela del diritto al domicilio insito nell'art.8, par. 1, CEDU. Il caso in questione è significativo perché alla richiesta del Governo austriaco di non portare avanti la decisione dopo la morte del ricorrente, la Corte rispondeva che la causa sarebbe stata esaminata in quanto ritenuta di interesse generale non soltanto per l'Austria, ma anche per gli altri Paesi parti della Convenzione¹⁷. Nel risolvere nel merito la questione, la Corte si interrogava in quale aspetto dell'art.8 CEDU il caso di specie potesse rientrare ed optava per analizzare la fattispecie dal punto di vista del domicilio, non ritenendo necessario far rientrare la successione nel contratto di affitto nelle nozioni di vita privata o familiare. Veniva quindi trovato un artificio per non dover trattare argomenti che avrebbero potuto causare attriti con i vari sistemi nazionali. Proprio per la trovata di questo *escamotage*, in *Karner c. Austria* ancora non si sosteneva che una convivenza tra omosessuali potesse essere intesa come vita familiare ai fini del riconoscimento giuridico. Certo è che, concretamente, il salto in avanti rispetto a *Roosli c. Germania* è più che evidente. Mentre nel 1996 la Commissione non

¹⁶ Corte EDU, 10.05.2001, Mata Estevez c. Spagna: “[...]long term homosexual relationships between two men do not fall within the scope of the right to respect for family life protected by Article 8 of the Convention (...). The Court considers that, despite the growing tendency in a number of European States towards the legal and judicial recognition of stable de facto partnership between homosexuals, this is, given the existence of little common ground between the Contracting States, an area where they still enjoy a wide margin of appreciation”.

¹⁷ Corte EDU, 24.10.2003, Karner c. Austria, par.27: “The Court considers that the subject matter of the present application – the difference in treatment of homosexuals as regards succession to tenancies under Austrian law – involves an important question of general interest not only for Austria, but also for other States Parties to the Convention (...)”.

aveva minimamente preso in considerazione una tutela ex art.8 CEDU del diritto fatto valere in giudizio, nel 2003, in un caso praticamente analogo, la Corte riconosce di fatto ad un omosessuale di succedere in un contratto stipulato dal convivente. Si è passati da un disconoscimento del diritto all'abitazione come fondamentale diritto della personalità a gettare le basi per una tutela più ampia dei diritti delle coppie omosessuali¹⁸. Anche se la Corte non si prende ancora la responsabilità di qualificare come vita familiare il rapporto tra conviventi omosessuali, in questo caso è evidente il *trend* che ci si auspica venga seguito.

Un primo mutamento si è avuto con la sentenza *Kozac c. Polonia* del 2010. In questo caso, la Corte di Strasburgo ha statuito che il margine di apprezzamento concesso agli Stati in materia familiare doveva necessariamente tenere conto dei cambiamenti sociali e del mutamento della percezione delle questioni riguardanti la vita affettiva. Secondo la Corte il carattere discriminatorio di alcune norme interne non poteva essere giustificato attraverso l'interesse dello Stato a proteggere la famiglia intesa in senso tradizionale: l'unione di un uomo con una donna attraverso l'istituto del matrimonio¹⁹.

In realtà, la richiesta delle coppie omosessuali spesso non si era fermata a voler ottenere gli stessi diritti riservati alle coppie conviventi eterosessuali, ma andava ben oltre: volevano riconosciuto il diritto di sposarsi. Per il loro scopo, dette coppie lamentavano la violazione da parte degli Stati di appartenenza dell'art.12 CEDU, secondo il quale

“A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto”.

¹⁸ AVETA, *Vita familiare e coppie dello stesso sesso: il caso Karner c. Austria innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *I diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2014, p. 74 – 83

¹⁹ MAGI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p.396 - 421

È proprio a questo articolo che hanno fatto riferimento i ricorrenti del caso *Schalk e Kopf* del 2010²⁰. Questa sentenza della Corte merita particolare attenzione, poiché ha segnato un punto di svolta fondamentale per quanto riguarda la tutela dei diritti delle coppie omosessuali. Il ricorso risale al 2004, quando i ricorrenti, dopo aver esperito i rimedi interni, adivano la Corte di Strasburgo lamentando la violazione del combinato disposto degli artt.14 e 8 CEDU, facendo anche riferimento al diritto al matrimonio che scaturisce dall'art.12 della medesima Convenzione. Nel settembre del 2002, i ricorrenti avevano avviato tutte le pratiche per poter contrarre matrimonio, ma nel dicembre dello stesso anno la loro richiesta era stata respinta dalle autorità, le quali avevano fatto riferimento all'art.44 del Codice Civile austriaco²¹ e al fatto che esso prevedeva soltanto il matrimonio tra persone di sesso opposto. Il matrimonio tra persone dello stesso sesso risultava esser nullo e, dato che i richiedenti risultavano essere entrambi di sesso maschile, non possedevano la capacità di contrarlo. I due uomini, dopo aver esperito i rimedi interni, ricorrevano davanti alla Corte EDU.

Per quanto riguarda la violazione dell'art.12 CEDU, la Corte affermava che, necessariamente, nel 1950, anno dell'adozione della Convenzione, il matrimonio veniva inteso come matrimonio tradizionale tra persone di sesso opposto. La Corte, però, paragonava anche l'art.12 della Convenzione all'art.9 della più recente Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea²². Secondo quest'ultima disposizione *“Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio”*. Veniva dunque fatto notare che questa norma era formulata in modo tale da consentire a chiunque - non solo a persone di sesso opposto - di contrarre matrimonio. La Corte di Strasburgo, sulla scia dell'art.9 riconosceva che la formulazione del diritto al matrimonio era stata aggiornata

²⁰ Corte EDU, 22.11.2010, *Schalk e Kopf c. Austria*

²¹ Art.44 of the Civil Code (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch): *“The marriage contract shall form the basis for family relationships. Under the marriage contract two persons of opposite sex declare their lawful intention to live together in indissoluble matrimony, to beget and raise children and to support each other.”*

²² Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza), proclamata la prima volta il 7 dicembre del 2000 e una seconda volta, in una versione adattata, il 12 dicembre 2007

in base al cambiamento avvenuto a livello sociale ed arrivava ad affermare che, attraverso una interpretazione evolutiva, anche l'art.12 della CEDU poteva essere applicato alle coppie omosessuali. Nonostante questa importante affermazione, veniva però messo in luce il fatto che, comunque, la disciplina a livello interno del matrimonio era affidata agli Stati singoli. Secondo il parere della Corte, non era sua competenza sostituirsi alle autorità interne²³. Veniva affermato che la disposizione dell'art.12 non imponeva ai Governi di ammettere il matrimonio tra persone dello stesso sesso, ma si limitava a consentire tale unione nel caso uno Stato decidesse di disciplinarlo. Conseguentemente, non veniva dichiarata la violazione della Convenzione da parte del governo austriaco.

I ricorrenti lamentavano anche la violazione del combinato disposto degli artt.8 e 14 CEDU, mettendo in luce la loro impossibilità, secondo la legge austriaca, di contrarre matrimonio e sottolineando il fatto che non vi era nessuna altra possibilità di vedere la loro unione riconosciuta dalla legge. I due uomini ribadivano più volte che il cuore della questione da loro sollevata era la discriminazione delle coppie omosessuali rispetto a quelle eterosessuali. Asserivano che, nonostante l'introduzione del *Registered Partnership Act*, le differenze tra coppie omosessuali e coppie etero erano sostanziali. Il Governo, da parte sua, sosteneva di avere agito nei limiti del margine di apprezzamento consentitogli. La Corte affermava che le relazioni tra coppie omosessuali come quella dei ricorrenti ricadevano nella nozione di <<vita privata>> così come interpretata alla luce dell'art.8 della Convenzione. Comunque, la Corte di Strasburgo, alla luce della situazione attuale, arrivava a ritenere che tali unioni avrebbero dovuto essere qualificate come <<vita familiare>>. La Corte stabiliva per la prima volta che la nozione di *famiglia* contenuta nella disposizione della CEDU non era limitata ai rapporti basati sul matrimonio tra coppie eterosessuali, ma poteva comprendere anche famiglie *de facto*, indipendentemente dal sesso dei componenti della convivenza. Significativa è l'affermazione secondo la quale veniva dichiarato *artificiale* continuare a

²³ Corte EDU, *Schalk e Kopf c. Austria*, 22 novembre 2010, par.2: "(...) *The Court reiterates that it must not rush to substitute its own judgment in place of that of the national authorities, who are best placed to assess and respond to the needs of society*"

considerare le unioni omosessuali come rientranti nella sola sfera di <<vita privata>>²⁴. In sostanza, la Corte constatava che per effetto del rapido mutamento della società e dell'opinione pubblica nei confronti delle coppie formate da individui dello stesso sesso, un numero considerevole di Stati aveva iniziato ad ammettere varie forme di riconoscimento giuridico di tali unioni. Da ciò deduceva che le relazioni stabili tra persone omosessuali dovevano necessariamente ricadere all'interno della nozione di <<vita familiare>>. Conseguentemente, dichiarava l'applicazione degli artt.14 e 8 CEDU in combinato disposto. Arrivata ad analizzare il merito della questione, la Corte faceva riferimento all'emergere di un progressivo *consensus* in Europa riguardo al riconoscimento legale delle coppie formate da persone dello stesso sesso; contemporaneamente, però, veniva anche notato che ancora tale consenso non era maggioritario tra gli Stati facenti parte del Consiglio d'Europa²⁵. Basandosi sulla mancata uniformità di vedute a livello internazionale, sulla non obbligatorietà da parte dell'art.12 della Convenzione nei confronti degli Stati di dover disciplinare il matrimonio tra omosessuali e sulla effettiva presenza in Austria di un *Registered Partnership Act*, la Corte EDU non dichiarava la violazione del combinato disposto degli artt.8 e 14 CEDU²⁶.

²⁴ Corte EDU, *Schalk e Kopf c. Austria*, 22 novembre 2010, par.94: “(...) *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, a cohabitant same-sex couple of 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*”.

²⁵ Corte EDU, *Schalk e Kopf c. Austria*, 22 novembre 2010, par. 105: “*The Court cannot but note that there is an emerging European consensus towards legal recognition of same-sex couples. Moreover, this tendency has developed rapidly over the past decade. Nevertheless, there is not yet a majority of States providing for legal recognition of same-sex couples. The area in question must therefore still be regarded as one of evolving rights with no established consensus, where States must also enjoy a margin of appreciation in the timing of the introduction of legislative change*”.

²⁶ Corte EDU, *Schalk e Kopf c. Austria*, 22 novembre 2010, par.109: “*The Court observes that the Registered Partnership Act give the applicant a possibility to obtain a legal status equal or similar to marriage in many respects. While there are only slight differences in respect of material consequences, some substantial differences remain in respect of parental rights. However, this corresponds on the whole to the trend in other Member States. Moreover, the Court is not called upon in the present case to examine each and every one of these differences in detail. For instance, as the applicants have not claimed that they are directly affected by the remaining restrictions concerning artificial insemination or adoption, it would go beyond the scope of the present application to examine whether these differences are justified. On the*

Nel caso in esame, dunque, all'affermazione del principio secondo il quale anche le coppie omosessuali hanno diritto al rispetto della loro vita familiare, non ha fatto seguito una violazione di tale diritto da parte dell'Austria. La Corte di Strasburgo, infatti, basandosi principalmente sulla mancanza di un consenso consolidato in materia, ha escluso la violazione da parte dell'Austria degli artt.8, 12 e 14 CEDU ed ha ritenuto che al diritto delle coppie omosessuali al rispetto della loro vita familiare non corrisponda ancora un obbligo degli Stati parti della Convenzione di riconoscere legalmente tale tipologia di unioni. La Corte in questo caso ha quindi fatto riferimento a due livelli diversi di consenso: inizialmente ha utilizzato il fatto che sempre più Stati membri della CEDU hanno permesso un riconoscimento legale delle coppie composte da individui dello stesso sesso per poter ammettere l'applicabilità degli artt. 8 e 14 CEDU e per poter affermare un vero e proprio diritto alla tutela della vita familiare rivendicabile da dette coppie; secondariamente ha usufruito della mancanza di una uniformità degli Stati parti della Convenzione riguardo all'effettivo riconoscimento giuridico delle unioni fra individui dello stesso sesso per rigettare il ricorso degli applicanti²⁷. Dato il ricorso a diversi livelli di *consensus* e considerato il rigetto delle domande dei ricorrenti, parte della dottrina ritiene che *Schalk e Kopf* in realtà non porti grandi novità sul piano del riconoscimento di diritti alle coppie omosessuali, poiché la scelta di lasciare agli Stati la libertà di decidere quali diritti o meno estendere a tali coppie rende dubbia l'effettiva incidenza del loro diritto al rispetto della vita familiare²⁸. Al contrario da quanto affermato da questa parte della dottrina, in questa sede si ritiene che la sentenza in esame abbia segnato una svolta nell'ampliamento dei diritti delle coppie omosessuali. Far rientrare le loro unioni all'interno della nozione di <<vita familiare>> anziché limitarle all'aspetto della <<vita privata>> comporta un ampliamento

whole, the Court does not see any indication that the respondent State exceeded its margin of appreciation in its choice of rights and obligations conferred by registered partnership”.

²⁷ CONCETTI, *Sulla nozione di vita familiare ex art.8 CEDU ed estensione alle unioni omosessuali*, in *I diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2016, p. 180 – 184; RICCI, *Tutela delle unioni omosessuali in Europa: il modello britannico del Civil Partnership Act*, in *I diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2005, p. 23 - 27

²⁸ MAGI, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio fra individui dello stesso sesso*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p.397-421.