

IL CONSIGLIO DI STATO E L'INSOSTENIBILE LEGGEREZZA DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

1. Introduzione

Ha avuto ampia eco la **pronuncia** con cui, lo scorso 26 ottobre, il Consiglio di Stato ha, da un lato, negato il diritto alla trascrizione in Italia di matrimoni omosessuali celebrati all'estero e, dall'altro, accolto l'appello principale del Ministero dell'interno, giudicando legittimo l'annullamento ad opera del Prefetto di Roma delle trascrizioni di detti matrimoni disposte dal Sindaco di Roma Capitale. La sentenza affronta numerose e complesse questioni attinenti, in particolare, agli ambiti del diritto amministrativo, del diritto internazionale privato, del diritto costituzionale, del diritto «convenzionale europeo e sovranazionale».

Quanto a quest'ultimo profilo, a richiamare l'attenzione di chi studia il diritto dell'Unione europea è quella che può ben qualificarsi come una mera questione di metodo, ma che pare ugualmente meritevole di approfondimento. Prescindendo qui da un'analisi puntuale dell'intera argomentazione condotta dal Consiglio di Stato, ci si intende infatti soffermare su un unico passaggio delle motivazioni della sentenza, il paragrafo 2.6, nel quale l'organo di ultimo grado della giurisdizione amministrativa afferma di voler prendere in considerazione, al fine della valutazione dell'appello incidentale, quella parte rilevante del diritto dell'Unione europea costituita dalle libertà di circolazione e di soggiorno «per come enunciate dagli **artt. 20, 21, comma 1 e 18 TFUE e 21 della Carta di Nizza**».

2. L'irrelevanza delle libertà di circolazione del cittadino dell'Unione nel giudizio del Consiglio di Stato

In pochissime righe di motivazione, i giudici di Palazzo Spada escludono che la mancata trascrizione in Italia di matrimoni omosessuali celebrati all'estero violi la libertà di circolazione e di soggiorno dei ricorrenti prevista e garantita dal TFUE (e dalla Carta dei diritti fondamentali). Essi, infatti, affermano chiaramente che tali libertà possono essere violate esclusivamente nel caso in cui «la fattispecie giudicata rientri entro i confini del diritto europeo, in quanto direttamente regolata da atti dell'Unione o in quanto espressamente attribuita dai Trattati alle sue competenze istituzionali». Su tali basi, la pronuncia nega «ogni rilievo» alle citate libertà di derivazione europea, dichiarando nella sostanza impossibile ogni ipotesi di contrasto fra dette libertà e disposizioni nazionali «estranee al perimetro della regolazione europea [né] funzionali alla garanzia della sua piena attuazione».

Il presupposto da cui muove il Consiglio di Stato è la constatazione, motivata in precedenza anche

attraverso il riferimento, fra le altre, alla pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo resa nel caso *Oliari e a. contro Italia* (sentenza del 21 luglio 2015, ricorsi riuniti nn. 18766/11 e 36030/11), secondo cui la disciplina del matrimonio costituisce in sostanza ambito di dominio riservato degli Stati cui, dunque, residua un assoluto (e a prima vista non scrutinabile) margine di discrezionalità nella sua regolazione legislativa così come, ovviamente, nella fissazione dei requisiti per il riconoscimento giuridico dei matrimoni celebrati all'estero.

A sostegno di tale assunto la pronuncia cita anche due precedenti della Corte di giustizia dell'Unione. Fra di essi figura il caso *Dereci e a.* (15 novembre 2011, causa C-256/11), nel quale, fra gli altri quesiti, il giudice del rinvio aveva domandato ai giudici di Lussemburgo se la cittadinanza dell'Unione si opponesse al diniego opposto al cittadino di uno Stato terzo di soggiornare in Austria insieme a un suo familiare cittadino dell'Unione nella particolare situazione in cui quest'ultimo non avesse mai goduto della libertà di circolazione e di soggiorno né fosse dipendente per la propria sussistenza dal ricorrente cittadino extraeuropeo.

3. Questioni di metodo

Nello sviluppo argomentativo del Consiglio di Stato è dunque l'assenza di competenza dell'Unione in materia di regolazione del matrimonio, considerata invece sfera di esclusiva sovranità nazionale, a costituire il solo motivo per escludere «qualsivoglia violazione delle libertà di circolazione e di soggiorno» e, per tale via, a negare ogni idoneità del diritto dell'Unione a fornire elementi utili per la risoluzione del ricorso in parola.

La descritta impostazione suscita, invero, non poche perplessità. È, infatti, pacifico che, secondo consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, «il fatto che una materia rientri nella competenza degli Stati membri non impedisce che, in situazioni ricadenti nell'ambito del diritto dell'Unione, le norme nazionali [...] debbano rispettare quest'ultimo» (Corte di giustizia, gr. sez., 2 marzo 2010, causa C-135/08, *Rottmann*, punto 41). Occorre, evidentemente, domandarsi in quali occasioni si verta in situazioni ricadenti nell'ambito del diritto dell'Unione pur in assenza di una competenza della stessa Unione, quesito che, tuttavia, il Consiglio di Stato non si è posto. Con riferimento ad ambiti di sicura competenza degli Stati membri, quali, ad esempio, la disciplina penale e di procedura penale (Corte di giustizia, 24 novembre 1998, causa C-274/96, *Bickel e Franz*) o la fiscalità diretta (Corte di giustizia, gr. sez., 18 luglio 2007, causa C-231/05, *Oy AA*), la necessità che le disposizioni degli Stati membri siano conformi al diritto dell'Unione, e più nello specifico alle libertà fondamentali di cui ai Trattati istitutivi, deriva dall'impossibilità, per esse, di prevedere lesioni alle situazioni soggettive da questi previste e garantite.

In altri termini, l'elemento di connessione con l'ordinamento europeo è costituito, pur in un ambito di competenza degli Stati membri, dall'effetto pregiudizievole che, in applicazione della norma di diritto interno, si determina rispetto a diritti o principi generali dell'ordinamento dell'Unione. È perciò possibile che, pur non disciplinando l'Unione direttamente un dato settore, il regime puramente nazionale di questo attenti in concreto, ad esempio, a una libertà economica di cui al mercato interno, legittimando così e anzi imponendo un suo vaglio di legittimità alla luce di tali ultime libertà. Diverso e, come si

anticipava, fonte di qualche dubbio, l'*iter* logico seguito dal Consiglio di Stato che si è, di fatto, limitato ad accertare la mancanza di una competenza dell'Unione in materia per concludere, a partire da questa sola constatazione, per l'irrilevanza delle norme del TFUE sulle libertà di circolazione e di soggiorno del cittadino dell'Unione.

Alla luce di queste considerazioni, poco convincenti appaiono pure le sentenze della Corte di giustizia citate dal Consiglio di Stato. Il già ricordato caso *Dereci e a.*, in particolare, precedente a prima vista più rilevante data la sua pronuncia a grande sezione, si fonda nella sostanza sulla circostanza che né ai sensi del TFUE né ai sensi del diritto derivato, qui essenzialmente la [direttiva 2004/38/CE](#), un cittadino dell'Unione che non abbia mai beneficiato della sua libertà di circolazione possa invocare l'ordinamento europeo per ottenere dal proprio Stato la concessione di un analogo diritto di soggiorno per il suo familiare cittadino di un Paese terzo. Quanto alla direttiva 2004/38/CE, come noto, il cittadino dell'Unione che non abbia mai lasciato il proprio Stato non è incluso fra gli «aventi diritto» al regime da essa previsto, inapplicabile perciò a essi e, a maggior ragione, ai cittadini di Paesi terzi anche se loro familiari. Rispetto alla cittadinanza dell'Unione, la Corte di giustizia reputa troppo aleatori gli effetti sul cittadino europeo del provvedimento di diniego di soggiorno per il suo familiare per poterla ritenere rilevante nelle circostanze di cui alla causa.

La sentenza *Dereci e a.* esclude quindi l'applicabilità della libertà di circolazione del cittadino europeo non già sulla base di un difetto di competenza dell'Unione. Anzi, il modo di procedere dei giudici di Lussemburgo è proprio quello che sarebbe stato lecito attendersi dal Consiglio di Stato, teso a verificare (escludendo nel caso tale eventualità, come ha fatto in quell'occasione la Corte di giustizia) se la misura nazionale controversa arrecasse o meno un ostacolo al godimento di un diritto di matrice europea. Certamente, nel caso all'esame del giudice amministrativo italiano non vi sarebbero profili transfrontalieri tali da "attivare", per così dire, un tale diritto, trattandosi, a quanto consta, di trascrizioni di matrimoni omosessuali di cittadini italiani celebrati al di fuori dell'Unione. Il Consiglio di Stato non ha tuttavia escluso la rilevanza del diritto dell'Unione sulla base di tali elementi, giudicando cioè la controversia come puramente interna all'ordinamento italiano o, finanche, affetta da un vizio, del tutto verosimile seppure di non semplice dimostrazione, di abuso del diritto europeo, che potrebbe configurarsi ove il matrimonio fosse celebrato da cittadini italiani in un altro Stato membro dell'Unione nel quale i nubendi si fossero recati per tale esclusivo scopo e avessero soggiornato il solo tempo strettamente necessario per realizzare il matrimonio. In merito, la Corte di giustizia si è del resto espressa chiaramente negando che, in fattispecie analoghe, il diritto dell'Unione possa estendersi fino alla tutela di pratiche abusive e ritenendo, dunque, indispensabile l'elemento dell'effettività della situazione portata di volta in volta dinanzi al giudice interno ([Corte di giustizia, gr. sez., 12 marzo 2014, causa C-456/12, O., punti 51-58](#)). Il Consiglio di Stato, come detto, è invece incorso in una ricostruzione poco convincente proprio sotto il profilo del metodo seguito.

4. È possibile un'incidenza effettiva del diritto dell'Unione europea sulla trascrivibilità dei matrimoni omosessuali celebrati fra cittadini europei?

Resta da domandarsi se il pronunciamento sarebbe potuto essere differente e, dunque, se nel merito l'ordinamento dell'Unione sarebbe idoneo a imporre il riconoscimento di tali *status* personali anche

ove l'ordinamento del foro non li contempra.

Qualora a venire in linea di conto sia la cittadinanza dell'Unione e sia necessario garantire «lo status fondamentale dei cittadini dell'Unione» (Corte di giustizia, 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*, punto 31), al cui interno è compresa anche l'identità personale quale parte integrante dei diritti fondamentali di cui la Corte garantisce l'osservanza, la risposta a tale quesito non può che essere affermativa. Ciò, beninteso, nel momento in cui tale cittadinanza dell'Unione diventi rilevante perché «azionata» dall'esercizio della libertà di circolazione e di soggiorno da parte dei richiedenti la trascrizione di un matrimonio omosessuale in uno Stato diverso da quello di loro cittadinanza ovvero da quello di celebrazione del matrimonio (ma, ovviamente, membro dell'Unione). Pare infatti logico affermare che, alla luce della consolidata giurisprudenza europea, in un contesto siffatto il diniego di trascrizione di simili matrimoni determini senz'altro a danno dei cittadini dell'Unione, cui non può certamente rimproverarsi di trovarsi in una tale situazione per aver esercitato il loro diritto fondamentale alla libera circolazione, quei «seri inconvenienti» di ordine amministrativo, professionale e privato (Corte di giustizia, 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello*, punto 36; Corte di giustizia, gr. sez., 14 ottobre 2008, causa C-353/06, *Grunkin e Paul*, punti 23-28) necessari per poter ritenere sussistente una restrizione alle libertà riconosciute dall'art. 21 TFUE.

In proposito, del resto, i giudici di Lussemburgo hanno sostenuto che anche lo stato civile è materia di competenza degli Stati, i quali sono tuttavia tenuti a esercitare tale competenza nel rispetto del diritto dell'Unione e in particolare delle sue «sue disposizioni relative al principio di non discriminazione» (Corte di giustizia, gr. sez., 1 aprile 2008, causa C-267/06, *Maruko*, punto 59).

Ancora, la stessa Corte di giustizia ha di recente ricordato, seppure di fronte a una famiglia «tradizionale» e a proposito del più limitato, rispetto alla disciplina della cittadinanza dell'Unione, ambito di applicazione della direttiva 2004/38/CE, come «numerose attività della vita quotidiana, sia in ambito pubblico che privato, richiedono di fornire prove della propria identità e, del resto, trattandosi di una famiglia, la prova della natura dei vincoli familiari esistenti fra i membri della stessa» (Corte di giustizia, 12 maggio 2011, causa C-391/09, *Runevič-Vardyn e Pawel Wardyn*, punto 73). Da tali premesse essa ha così concluso, con un'affermazione cui ben può riconoscersi valenza generale, che una coppia di cittadini dell'Unione «deve [...] essere in grado di dimostrare il rapporto fra loro esistente» (*ibidem*).

Impostata la questione nei termini suddetti, al giudice interno spetterebbe allora, in coerenza con la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di limiti alle libertà del mercato interno (per tutte, Corte di giustizia, 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*, punto 37), valutare la legittimità europea dell'ostacolo così determinatosi all'esercizio della libertà di circolazione del cittadino. Esso sarebbe perciò tenuto ad apprezzare, come di consueto, le giustificazioni poste dagli Stati membri alla base della normativa nazionale controversa (in primo luogo, verosimilmente, la tutela dell'ordine pubblico; Corte di giustizia, 17 novembre 2011, causa C-434/10, *Aladzhov*, punti 33-35) e, soprattutto, a giudicarne la conformità al principio di proporzionalità (Corte di giustizia, 16 dicembre 2010, causa C-137/09, *Josemans*).

5. Considerazioni conclusive

In definitiva, se le circostanze di fatto fossero quelle (o simili nella sostanza a quelle) di fronte alle quali si è pronunciata, **il 13 marzo 2015, la Corte di appello di Napoli**, parrebbe irragionevole ritenere ininfluenza l'ordinamento dell'Unione. Del resto, fra le molte considerazioni svolte, quest'ultimo giudice ha dedicato specifica attenzione anche al diritto europeo e proprio alla libertà di circolazione del cittadino dell'Unione, pur non basando tuttavia su questi fondamenti giuridici la propria pronuncia.

In quell'occasione si discuteva della trascrizione in Italia di un matrimonio omosessuale validamente celebrato in Francia da due cittadine francesi (e dunque dell'Unione). Dopo avere implicitamente escluso fattispecie di abuso, significativamente la Corte di appello ha evidenziato come il trasferimento in Italia della coppia fosse avvenuto «per ragioni lavorative» e, soprattutto, come «il mancato riconoscimento di un'unione registrata o di un matrimonio same-sex pregiudic[asse] la libera circolazione delle persone e, dunque, il funzionamento del mercato interno». Ancor più chiaramente, essa ha valutato che in tali circostanze il rifiuto della trascrizione determinerebbe la violazione di due diritti fondamentali del cittadino dell'Unione, quello, appunto, alla libera circolazione e al libero soggiorno e quello alla non discriminazione in base alla nazionalità.

Qualora invece le situazioni concrete dinanzi al giudice interno fossero differenti, integrando profili di abuso, in assenza di circolazione transfrontaliera di almeno un cittadino europeo parte della coppia ovvero in ragione dell'eccessiva tenuità dell'effetto di dissuasione all'esercizio della libertà di circolazione del cittadino provocato dal provvedimento interno, occorrerebbe riconoscere che l'ordinamento dell'Unione sia irrilevante, dovendosi così dare risposta negativa al quesito che ci siamo inizialmente posti. Non è però su tali rilievi, e dunque con motivazioni che non possono ritenersi adeguate, che nella sua sentenza del 26 ottobre scorso il Consiglio di Stato ha, molto sbrigativamente, escluso ogni rilevanza all'ordinamento dell'Unione.

Pubblicato il: 24/11/2015

Autore: **Davide Diverio**

Categorie: **articoli** ,

Tag: **libertà di circolazione delle persone, matrimonio omosessuale**

Editore: Bruno Nascimbene, Milano

Rivista registrata presso il Tribunale di Milano, n. 278 del 9 settembre 2014

Eurojus © è un marchio registrato