

DIRITTO DELLE SUCCESSIONI  
E DELLA FAMIGLIA

IV

3, 2018



**Edizioni Scientifiche Italiane**

*Diritto delle successioni e della famiglia*, pubblicazione quadrimestrale edita con la collaborazione scientifica di:

- Associazione Civilisti Italiani;
- Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Alicante;
- Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valencia;
- Dipartimento di Diritto ed Economia delle Attività Produttive dell'Università di Roma «La Sapienza»;
- Dipartimento di Diritto, Economia, Management e Metodi quantitativi dell'Università del Sannio;
- Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto dell'Università di Padova;
- Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto dell'Università Statale di Milano;
- Dipartimento di Economia e Giurisprudenza dell'Università di Cassino e del Lazio Meridionale;
- Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Bari «Aldo Moro»;
- Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania;
- Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Genova;
- Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Parma;
- Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Siena;
- Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino;
- Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche dell'Università della Calabria;
- Dipartimento di Scienze Economiche e Politiche dell'Università della Valle D'Aosta;
- Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università del Salento;
- Dipartimento di Scienze Politiche «Jean Monnet» dell'Università della Campania *Luigi Vanvitelli*;
- Fondazione Emanuele Casale - Scuola del Notariato della Campania;
- Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell'Università di Camerino;
- Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile;
- Società Italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato.

### Direzione

Giuseppe Amadio, Vincenzo Barba, Alberto Maria Benedetti, Giovanni Bonilini, Roberto Calvo, Ernesto Capobianco, Alessandro Ciatti, Nicola Cipriani, Fabio Padovini, Stefano Pagliantini, Massimo Paradiso, Giovanni Perlingieri, Giuseppe Recinto.

### Comitato scientifico internazionale

Roy Alain, Santiago Álvarez González, Ursula Basset, Ana Cañizares Laso, Margarita Castilla Barea, José Ramon de Verda y Beamonte, Anatol Dutta, Antoine Eigenmann, Antonio Estella de Noriega, Augusto Ferrero Costa, María Paz García Rubio, Cecilia Gómez-Salvago Sánchez, Freddy A. Hung Gil, Aida Kemelmajer de Carlucci, Peter Kindler, Simon Laimer, Claudia Lima Marques, Anne Marie Leroyer, Francesca Llodrà Grimalt, Mariel F. Molina de Juan, Juan Antonio Moreno Martínez, Leonardo Pérez Gallardo, Juan Pablo Pérez Velazquez, Pedro Robles Latorre, Nelson Rosenvald, Maria Paz Sánchez Gonzáles, Robert H. Sitkoff, Jeffrey Talpis, Teodora Torres, Antoni Vaquer Aloy, Stephan Wolf, Lihong Zhang.

### Osservatorio

Salvatore Aceto di Capriglia, Antonio Albanese, Marco Angelone, Gianni Ballarani, Elena Bellisario, Emanuele Bilotti, Andrea Bucelli, Ciro Caccavale, Francesca Carimini, Cristina Coppola, Elisa de Belvis, Francesca Dell'Anna Misurale, Oliviero Diliberto, Andrea Di Porto, Amalia Diurni, Edoardo Ferrante, Gaetano Roberto Filograno, Pietro Franzina, Andrea Fusaro, Marco Galli, Federica Giardini, Antonio Gorgoni, Michele Graziadei, Mauro Gronzona, Sara Landini, Ubaldo La Porta, Francesco Macario, Renato Marini, Andrea Natale, Gianluca Navone, Fabrizio Panza, Raffaele Picaro, Gian Maria Piccinelli, Maria Porcelli, Massimo Proto, Vincenzo Putortí, Rolando Quadri, Adelaide Quaranta, Giuseppe Werther Romagno, Filippo Romeo, Domenico Giovanni Ruggiero, Domenico Russo, Stefania Stefanelli, Laura Tafaro, Ignazio Tardia, Marco Tatarano, Maria Francesca Tommasini, Francesco Paolo Traisci, Antonio Tullio, Loredana Tullio, Alessia Valongo, Alberto Venturelli, Camillo Verde, Vincenzo Verdicchio, Fabrizio Volpe, Pietro Virgadamo, Virginia Zambrano.

### Comitato editoriale

Emanuela Migliaccio (caporedattore), Marcello D'Ambrosio (responsabile della redazione), Davide Achille, Erica Adamo, Giovanni Adezati, Luca Ballerini, Luca Bardaro, Sonia Tullia Barbaro, Francesca Bartolini, Giorgia Biferali, Francesco Bilotta, Barbara Borrillo, Emanuele Calò, Matteo Ceolin, Paolo De Martinis, Stefano Deplano, Danila di Benedetto, Antonio di Fede, Alberto Paolo Di Flumeri, Ettore William Di Mauro, Nicola Di Mauro, Giovanni Di Lorenzo, Daniela Di Ottavio, Paola D'Ovidio, Marco Farina, Maurizio Ferrari, Matteo Maria Francisetti Brolin, Rosario Franco, Francesco Gerbo, Luca Ghidoni, Chiara Ghionni Crivelli Visconti, Pasquale Laghi, Giuseppe Liccardo, Carmine Maiorano, Alberto Marchese, Francesco Meglio, Vincenzo Miri, Lalage Mormile, Antonio Nappi, Gabriele Perano, Gaetano Petrelli, Maria Porcelli, Ilaria Riva, Carmine Romano, Stefano Sajeve, Gabriele Salvi, Claudio Santamaria, Benedetta Sirgiovanni, Marco Tanzillo, Anna Chiara Zanuzzi, Mariacristina Zarro, Irene Zecchino.

*I lavori pubblicati in questo numero sono di:* Vincenzo BARBA, ord. univ. di Roma «La Sapienza»; Alessandro CIATTI CÀIMI, ord. univ. di Torino; Alberto CRIVELLI, dott.; Marco FARINA, dottore di ricerca e ass. ric. univ. di Brescia; José Luis IRIARTE ÀNGEL, ord. Universidad de Navarra; Pasquale LAGHI, dottore di ricerca; Isabella MARTONE, dottore di ricerca; Rosanna PANE, ord. univ. del Sannio; Ferdinando PARENTE, ord. univ. di Bari «Aldo Moro»; Giovanni PERLINGIERI, ord. univ. della Campania *Luigi Vanvitelli*; Immacolata PRISCO, ric. univ. di Cassino e del Lazio Meridionale; Angelo SPATUZZI, dott.; Camillo VERDE, ass. univ. di Cassino e del Lazio Meridionale; Giovanni ZARRA, ric. univ. Napoli «Federico II».

### **Criteri di valutazione e di selezione dei contributi pubblicati**

I contributi pubblicati sulla Rivista *Diritto delle successioni e della famiglia* sono tutti sottoposti a una procedura di referaggio che garantisce l'anonimato dell'Autore e dei singoli revisori (c.d. *double blind peer-review*), nonché l'obiettività e la ponderatezza del giudizio grazie a una scheda che, oltre a esplicitare i criteri di valutazione, consente ai revisori di motivare il giudizio e di segnalare eventuali miglioramenti da apportare all'elaborato. A tal fine la Direzione potrà avvalersi di uno o più Responsabili della valutazione, i quali disgiuntamente sottopongono il contributo ad almeno due componenti del *Comitato di valutazione* e/o a *referee* esterni scelti tra i Professori ordinari di prima fascia, italiani e stranieri, in ragione della loro autorevolezza, della competenza specifica richiesta e dell'eventuale natura interdisciplinare del contributo. I *referee* ricevono l'elaborato da valutare senza l'indicazione dell'Autore; all'Autore non viene comunicata l'identità dei *referee*. Il giudizio motivato potrà essere positivo (pubblicabilità); positivo con riserva, ossia con l'indicazione della necessità di apportare modifiche o aggiunte (pubblicabilità condizionata); negativo (non pubblicabilità). Esso sarà trasmesso alla Direzione che, direttamente o tramite un Responsabile della valutazione, provvederà a comunicarlo all'Autore, sempre garantendo l'anonimato dei *referee*. I contributi giudicati meritevoli possono essere oggetto di pubblicazione nella Rivista in base all'insindacabile valutazione della Direzione. Qualora i *referee* esprimano un giudizio positivo con riserva, la Direzione, con la supervisione dei Responsabili della valutazione, autorizza la pubblicazione soltanto a seguito dell'adeguamento del contributo, assumendosi la responsabilità della verifica. Nell'ipotesi di valutazioni contrastanti dei *referee* sarà la Direzione a decidere circa la pubblicazione del contributo, anche affidando l'ulteriore valutazione a terzi. La Direzione può assumere la responsabilità delle pubblicazioni di studi provenienti da autori, stranieri o italiani, di consolidata esperienza e prestigio tali che la presenza del loro contributo si possa reputare di per sé ragione di lustro per la Rivista.

L'accettazione di un lavoro ai fini della pubblicazione implica il vincolo per l'Autore a non pubblicarlo altrove o a non pubblicare parti di esso in altra rivista senza il consenso scritto dell'Editore secondo le modalità concordate con l'Editore stesso.

Le medesime regole valgono anche per i *Quaderni* della Rivista.

#### **Comitato di valutazione**

Roberto Amagliani, Franco Anelli, Luca Barchiesi, Giovanni Francesco Basini, Mirzia Bianca, Roberto Bocchini, Enrico Camilleri, Gabriele Carapezza Figlia, Roberto Carleo, Valeria Caredda, Achille Antonio Carrabba, Donato Carusi, Michela Cavallaro, Giovanna Chiappetta, Giovanni Chiodi, Cristiano Cicero, Vincenzo Cuffaro, Giovanni D'Amico, Andrea D'Angelo, Maria Vita De Giorgi, Francesco Delfini, Stefano Delle Monache, Enrico del Prato, Francesco Di Ciommo, Maria Gigliola di Renzo Villalta, Andrea Federico, Gilda Ferrando, Giampaolo Frezza, Emanuela Giacobbe, Fulvio Gigliotti, Stefania Giova, Patrizia Giunti, Attilio Gorassini, Gioacchino La Rocca, Elena La Rosa, Raffaele Lenzi, Marcello Maggiolo, Manuela Mantovani, Antonio Masi, Marisaria Maugeri, Andrea Mora, Enrico Moscati, Mauro Orlandi, Rosanna Pane, Antonio Palazzo, Ferdinando Parente, Concetta Parrinello, Mauro Pennasilico, Dianora Poletti, Stefano Polidori, Francesco Prospero, Francesco Ruscello, Tommaso Vito Russo, Andrea Sassi, Roberto Siclari, Pietro Sirena, Antonella Tartaglia Polcini, Andrea Zoppini.

Registrazione presso il Tribunale di Napoli al n. 2 del 10 febbraio 2015.

Responsabile: Fabrizio Volpe

## INDICE

### SAGGI

VINCENZO BARBA, Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto delle successioni	747
ROSANNA PANE, Comunità familiari tra matrimonio, unione civile e convivenza	781
FERDINANDO PARENTE, La «convivenza di fatto»: un nuovo modello legale di organizzazione familiare	797
GIOVANNI PERLINGIERI, In tema di rapporti familiari poligamici	821
IMMACOLATA PRISCO, Sulla libertà matrimoniale del beneficiario di amministrazione di sostegno	851
ANGELO SPATUZZI, Legato di usufrutto con facoltà di alienazione, tra veti e valorizzazioni dell'autonomia testamentaria	871
CAMILLO VERDE, Profili civilistici delle direttive anticipate di trattamento	885

### DIALOGHI CON LA GIURISPRUDENZA

ALBERTO CRIVELLI, La continuità delle trascrizioni e l'accettazione di eredità nel processo esecutivo. Commento all'ordinanza del Tribunale di Bologna 13 luglio 2017 [Nota a Trib. Bologna, Sez. IV, ord. del 13 luglio 2017]	940
MARCO FARINA, La donazione obbligatoria tra procedimento e spirito liberale [Nota a Cass., Sez. III, 8 giugno 2017, n. 14262]	960
ISABELLA MARTONE, Sull'ammissibilità della rinuncia all'azione di restituzione in vita del donante [Nota a Trib. Pescara, 24 giugno 2017]	979
GIOVANNI ZARRA, L'illegittimità del divieto d'accesso alle unioni civili per le coppie eterosessuali: dalla svolta della Corte Suprema del Regno Unito alla necessità di ampliare l'ambito applicativo della legge Cirinnà [Nota a Corte Suprema del Regno Unito del 27 giugno 2018]	1024

### ESPERIENZE STRANIERE E COMPARATE

JOSÈ LUIS IRIARTE ÀNGEL, International and interregional conflicts of laws in relation to the foral civil law of Navarra: successions problems	1047
--	------

PARERI

ALESSANDRO CIATTI CÀIMI, Sull'impugnazione del testamento dell'incapace da parte del tutore 1075

RECENSIONI E SEGNALAZIONI

G. DI LORENZO, *Testamento ed esclusione dalla successione* [PASQUALE LAGHI] 1085

UK Supreme Court, 27 giugno 2018, [2018] UKSC 32, on appeal from: [2017] EWCA Civ 81, Pres. Lady Hale, Est. Lord Kerr; R (on the application of Steinfeld and Keidan) (Appellants) (Avv. Karon Monaghan QC e Sarah Hannett) v. Secretary of State for International Development (in substitution for the Home Secretary and the Education Secretary) (Respondent) (Avv. Sir James Eadie QC e Dan Squires QC)

COPPIE ETEROSESSUALI – UNIONI CIVILI – INACCESSIBILITÀ – DISCRIMINAZIONE  
SULLA BASE DELL'ORIENTAMENTO SESSUALE – VITA PRIVATA E FAMILIARE

*È incompatibile con il diritto alla vita privata e familiare di cui all'art. 8 cedu e con il divieto di discriminazione stabilito dall'art. 14 della medesima Convenzione l'impossibilità per una coppia eterosessuale che non voglia contrarre matrimonio ma voglia accedere ad una unione civile di fare ricorso al secondo di tali istituti, essendo invece prevista una possibilità di scelta per le coppie omosessuali.*

LORD KERR: (with whom Lady Hale, Lord Wilson, Lord Reed and Lady Black agree)

#### INTRODUCTION

1. Section 1(1) of the Civil Partnership Act (CPA) 2004 defines a civil partnership as «a relationship between two people of the same sex [...] (a) which is formed when they register as civil partners of each other – (i) in England or Wales [...]» Under section 2(1) of CPA two people are to be regarded as having registered as civil partners when they have signed the civil partnership register in the presence of each other, a civil partnership registrar and two witnesses. By section 3(1) of CPA, two people are not eligible to register as civil partners if they are not of the same sex. CPA was therefore explicitly and emphatically designed for same sex couples only. The obvious reason for this was that, at the time of the enactment of CPA, the government and Parliament did not consider it appropriate to extend the institution of marriage to same sex couples but recognised that access to responsibilities and rights to those which arise on marriage should be available to same sex couples who wished to commit to each other in the way married couples do.

2. All of that changed with the enactment of the Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 (MSSCA). This made the marriage of same sex couples lawful

from the date of coming into force of the legislation – 13 March 2014. From that date onwards, same sex couples who marry enjoy the same rights, benefits and entitlements as do married heterosexual couples. They also share the responsibilities that marriage brings.

3. CPA was not repealed when MSSCA was enacted. Consequently, same sex couples have a choice. They can decide to have a civil partnership or to marry. That choice was not – and is not – available to heterosexual couples. Under the law as it currently stands, they can only gain access to the rights, responsibilities, benefits and entitlements that marriage brings by getting married. This circumstance, it is now agreed, brought about an inequality of treatment between same sex and heterosexual couples. It is also now accepted by the respondent that this manifest inequality of treatment engages article 14 – prohibition of discrimination – read in conjunction with article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereafter the Convention or ECHR) – the right to respect for private life.

4. It is also accepted by the respondent Secretary of State that the inequality of treatment of heterosexual couples requires to be justified from the date of its inception, *ie* the coming into force of MSSCA. The principal issue in this appeal, therefore, is whether justification of that inequality includes consideration of the period of time during which, the government claims, it is necessary to investigate how best to eliminate the inequality or whether the justification must be directed exclusively to the very existence of the discrimination. The respondent claims that justification does include an evaluation of the time needed to decide how the inequality of treatment can best be removed. The appellants argue that this relates solely to remedy, and is not relevant to the question of justification. Alternatively, they submit that, on the facts of this case, it is not proportionate to continue to deny civil partnerships to them in order to achieve the aim proffered by the government *viz* affording time thoroughly to investigate whether to abolish civil partnerships altogether; to extend them to different sex couples; or to phase them out.

5. The appellants therefore seek a declaration that sections 1 and 3 of CPA (to the extent that they preclude a different sex couple from entering into a civil partnership) infringe their rights under article 14 taken with article 8 of the Convention. They also seek a declaration of incompatibility under section 4 of the Human Rights Act 1998 (HRA).

#### FACTUAL BACKGROUND

6. The appellants are a different sex couple who wish to enter into a legally recognised relationship. They have a conscientious objection to marriage. They want to have a civil partnership with one another. They have been in a long-term relationship and have had two children together. It is not disputed that their unwillingness to marry is based on genuine conviction. Nor is it disputed that their wish to have their relationship legally recognised is other than entirely authentic.

7. When Parliament enacted MSSCA it consciously decided not to abolish same sex civil partnerships or to extend them to different sex couples, even though, we were told, it was recognised at that time that this would bring about an inequality of treatment between same sex partners and those of different sexes and that this inequality was based on the difference of sexual orientation of the two groups. Rather, it was decided that further investigations were required. Some investigations had been carried out in 2012 and further inquiries were made in 2014. In the government's estimation the investigations did not indicate that significant numbers of different sex couples wished to enter civil partnerships. It was judged, however, that the review and consultation which comprised the investigations in 2014 were inconclusive as to how to proceed. The government therefore concluded that it should not take a final decision on the future of civil partnerships until societal attitudes to them became clearer after same sex marriages had taken root.

8-10 [*omissis*].

#### THE PROCEEDINGS

11. The appellants sought judicial review of the government's failure to extend civil partnerships to different sex couples, arguing that the introduction of MSSCA rendered the provisions of CPA which confined the availability of civil partnerships to same sex couples (sections 1 and 3) incompatible with article 8 of ECHR, when read in conjunction with article 14. That application was dismissed by Andrews J in a judgment delivered on 29 January 2016 [(2016) EWHC 128 (Admin)]. The respondent had argued that article 8 was not engaged and that argument was accepted by the judge. At para 84 of her judgment she said that, «The difference in treatment complained of does not infringe a personal interest close to the core of the right to family life, still less the right to private life protected by article 8». The judge held, however, that even if article 8 was engaged, there was «sufficient objective justification for maintaining the disparity [between same sex and different sex couples] in the short term whilst the Government takes stock of the impact of the 2013 Act on civil partnerships» – para 71 of the judgment.

12. Before the Court of Appeal (Arden LJ, Beatson LJ and Briggs LJ – [2017] EWCA Civ 81; [2018] QB 519) the argument that the appellants' case did not come within the ambit of article 8 was again advanced by the respondent. It was unanimously rejected (and has not been renewed before this court). By a majority (Beatson and Briggs LJJ), the Court of Appeal held that the interference with the appellants' rights under article 8, read together with article 14 was, at least for the time being, justified. At para 158, Beatson LJ said:

«In my view, at present, the Secretary of State's position is objectively justified. The future of the legal status of civil partnerships is an important matter of social policy that government is entitled to consider carefully. At the hearing the Secretary of State's approach was described as a 'wait and see' approach, although

it would be more accurate to describe it as a ‘wait and evaluate’ approach. Whatever term is used to describe the approach, it would not have been available to the Secretary of State prior to the enactment and coming into force of the 2013 Act. This is because it would not have been possible at that time to determine how many people would continue to enter into civil partnerships or want to do so because they share the appellants’ sincere objections to marriage. The relevant start date for consideration is thus 13 March 2014 when the provisions extending marriage to same sex couples came into force».

13. At para 173, Briggs LJ said:

«I can well understand the frustration which must be felt by the appellants and those different sex couples who share their view about marriage, about what they regard as the Government’s slow progress on this issue. Some couples in their position may suffer serious fiscal disadvantage if, for example, one of them dies before they can form a civil partnership. This is a factor in the proportionality balance, and because this is a case of differential treatment on the basis of sexual orientation, that balance must command anxious scrutiny. But against the background of a serious but unresolved difficulty which affects the public as a whole, and the practicable impossibility of some interim measure, such as temporarily opening civil partnership to different sex couples when the eventual decision may be to abolish it, I am unable to regard the Secretary of State’s current policy of ‘wait and evaluate’ as a disproportionate response».

14. Although she found that the interference with the appellants’ article 8 and article 14 rights was not justified (because it was not proportionate), Arden LJ considered that it pursued a legitimate aim – para 105, where she said that the state had the option to eliminate the discrimination «in any way it sees fit” and therefore must be entitled to “some time to make its choice».

15. [omissis].

#### THE CONVENTION RIGHTS

16. Article 14 of ECHR provides that the enjoyment of the rights and freedoms set forth in the Convention shall be secured without discrimination on any of a number of specified grounds (including sex, race or colour) and “other status”. It is accepted that sexual orientation qualifies as a ground on which discrimination under article 14 is forbidden – *Salgueiro Da Silva Mouta v Portugal* (1999) 31 EHRR 47 at para 28. Article 14 does not enshrine a freestanding right to freedom from discrimination – see *Petrovic v Austria* (1998) 33 EHRR 14. It prohibits discrimination in the enjoyment of the Convention rights. It is now well settled, therefore, that, to have recourse to article 14, the complained of discrimination must “come within the ambit” of another Convention right.

17. The ECHR right within whose ambit the appellants claim to come is article 8 which provides:

«*Right to respect for private and family life*».

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others».

18. Before *Andrews J* and the Court of Appeal it had been submitted that an adverse effect in relation to article 8 had to be demonstrated in order for an avowed infringement to come within its scope or ambit. Counsel for the respondent did not seek so to argue before this court. They were right not to do so. Recent case law from the European Court of Human Rights (ECtHR) makes it clear that no detrimental effect need be established - see, for instance, *Schalk and Kopf v Austria* (2010) 53 EHRR 20; *Vallianatos v Greece* (2013) 59 EHRR 12; and *Oliari v Italy* (2015) 65 EHRR 26. In particular, in *Vallianatos* ECtHR found that the introduction of registered partnerships only for different sex couples, to exist alongside marriage which was also only open to different sex couples, constituted a breach of article 14 read with article 8 of the Convention (paras 80-92).

19. It is therefore now accepted that access to civil partnerships falls within the ambit of article 8; that there is a difference in treatment between same sex couples and different sex couples in relation to the availability of civil partnerships; that this difference in treatment is on the ground of sexual orientation, a ground falling within article 14; and that the appellants are in an analogous position to a same sex couple who wish to enter into a civil partnership. In these circumstances, the only basis on which the respondent can escape a finding that there has been an infringement of the appellants' article 14 rights is by showing that the unequal treatment is justified - *Ghaidan v Godin-Mendoza* [2004] 2 AC 557, per Baroness Hale at para 130.

#### JUSTIFICATION – THE ARGUMENTS

20. On the question of justification, Ms Monaghan QC for the appellants advanced five propositions:

1. The burden of proving justification is on the respondent: [*omissis*];

2. It is not the scheme as a whole which must be justified but its discriminatory effect: [*Omissis*];

3. Where the difference in treatment is based on sexual orientation, a court must apply “strict scrutiny” to the assessment of any asserted justification: “particularly convincing and weighty reasons to justify” it are required - *EB v France* (2008) 47 EHRR 21, at para 91 and *Karner v Austria* (2003) 38 EHRR 24 at para 37;

4. The conventional four-stage test of proportionality [*omissis*] should be applied; and

5. In cases involving discrimination on the grounds of sexual orientation, to be proportionate, the measure must not only be suitable in principle to achieve the avowed aim, it must also be shown that it was necessary to exclude those of the specific sexual orientation from the scope of the application of the provision (Vallianatos at para 85).

21. For the respondent, Mr Eadie QC did not take particular issue with any of these propositions. He submitted, however, that the government wanted to have a «better sense» of how civil partnerships would come to be regarded after same sex marriage became possible, before taking a final decision on their future. This was, he claimed, a legitimate aim. Moreover, it required to be considered in its historical context. Between 2005 (on the coming into force of CPA) and 2014 (when MSSCA came into force) there was no question of discrimination between same sex and different sex couples. Both had access to all the rights, entitlements and responsibilities that marriage entailed. The only difference was that the gateways to those entitlements etc were differently labelled (although that is not quite how Mr Eadie put it).

22. Counsel emphasised that the various items of legislation were the product of evolution in societal values and standards; [*omissis*].

23. The respondent's defence of the appeal therefore proceeded principally on two related but distinct strands. The first was that changes in the law in this sensitive area of social policy had been incremental. CPA had been introduced as a reaction to perceived changes in social attitudes and to address the increasingly recognised anomaly that same sex couples did not have the opportunity which different sex couples had of legal recognition of their commitment to each other, with all the benefits that flowed from such commitment. At the time CPA was enacted, it was judged by the government and Parliament that society as a whole in the United Kingdom was not ready to contemplate extending the institution of marriage to same sex couples. It is not disputed that this was a judgment that they were entitled to make.

24. The second strand of the respondent's argument can be described in the following way: when in 2013 it was decided that same sex couples should be allowed to marry, the government and Parliament were presented with a choice. Should they do away with civil partnerships for same sex couples or should they be retained? On one view, they should be abolished. After all, same sex couples were being placed in precisely the equivalent position as different sex couples. And, incidentally, in none of the countries of the Council of Europe where civil partnerships for same sex couples were transformed to marriage entitlement, had the civil partnership institution been maintained.

25. Rather than take that step, so says the respondent, the government and Parliament chose a sensible course of investigating whether there was a case for preserving the institution of civil partnership. After all, some same sex couples

might not wish to marry but to remain, or become, civil partners. And, incidentally, a period of reflection and inquiry would allow a decision to be made on whether different sex couples should be allowed to avail of civil partnerships. Momentous decisions of this type need, the respondent says, time for proper inquiry and consideration. Requiring that time to be available while assessment of the options was taking place is a legitimate aim, it is claimed. It is legitimate, therefore, to perpetuate the acknowledged inequality of treatment between the two groups, since that inequality is going to be eliminated one way or another in due course. That course also fulfils, the respondent argues, the other requirements of proportionality.

#### DISCUSSION OF JUSTIFICATION GENERALLY

26. In *Schalk and Kopf* the applicants were a same sex couple. They complained that Austrian law, which prescribed that the institution of marriage was available only to different sex couples, discriminated against them. ECtHR held (by four votes to three) that there had been no violation of article 14, taken together with article 8. The court held, however, that same sex couples were in a relevantly similar situation to a different sex couple «as regards their need for legal recognition and protection of their relationship» – para 99. At the time that they lodged their application, there was no possibility of recognition of their relationship under Austrian law. That changed with the coming into force of the Registered Partnership Act on 1 January 2010. The court had to examine whether Austria should have provided a means of legal recognition of their partnership before that Act came into force. In para 105 of its judgment the court noted that there was a growing European consensus about the recognition of same sex couples but that there was not yet a majority of states providing for legal recognition of same sex partnerships. It concluded, therefore, that «the area in question must [...] be regarded as one of the evolving rights with no established consensus, where states must [...] enjoy a margin of appreciation in the timing of the introduction of legislative changes».

27. The respondent relied on this decision as being an example of the many occasions on which the ECtHR has held that, in terms of timing of legislative change to recognise different forms of relationship, a wide margin of appreciation is appropriate. That was so, Mr Eadie argued, even where there had been differential treatment on grounds of sexual orientation for some time. He sought to draw an analogy between the *Schalk and Kopf* case and that of the appellants, by suggesting that a significant measure of discretion should be accorded to Parliament in its decision as to when the timing of legislative change in the field of civil partnerships should occur.

28. I do not accept that argument. In the first place, the approach of the ECtHR to the question of what margin of appreciation member states should be accorded is not mirrored by the exercise which a national court is required to carry out in deciding whether an interference with a Convention right is justi-

fied. As Lady Hale said *In re G (Adoption: Unmarried Couple)* [2009] 1 AC 173, para 118:

«[...] it is clear that the doctrine of the ‘margin of appreciation’ as applied in Strasbourg has no application in domestic law. The Strasbourg court will allow a certain freedom of action to member states, which may mean that the same case will be answered differently in different states (or even in different legal systems within the same state). This is particularly so when dealing with questions of justification, whether for interference in one of the qualified rights, or for a difference in treatment under article 14. National authorities are better able than Strasbourg to assess what restrictions are necessary in the democratic societies they serve. So to that extent the judgment must be one for the national authorities».

29. It follows that a national court must confront the interference with a Convention right and decide whether the justification claimed for it has been made out. It cannot avoid that obligation by reference to a margin of appreciation to be allowed the government or Parliament, (at least not in the sense that the expression has been used by ECtHR). The court may, of course, decide that a measure of latitude should be permitted in appropriate cases. Before Andrews J the respondent had relied on the well-known statement of Lord Hope in *R v Director of Public Prosecutions, Ex p Kebilene* [2000] 2 AC 326 at 381B where he said:

«[...] difficult choices may have to be made by the executive or the legislature between the rights of the individual and the needs of society. In some circumstances it will be appropriate for the courts to recognise that there is an area of judgment within which the judiciary will defer, on democratic grounds, to the considered opinion of the elected body or person whose act or decision is said to be incompatible with the Convention».

30. It was therefore suggested to Andrews J that since the decision on the timing of legislation to extend or abolish civil partnerships lay firmly in the field of social policy, the court should show an appropriate degree of reticence in deciding whether the unequal treatment between same- and different sex couples was justified. That argument was repeated in this court. [*Omissis*].

31. [*Omissis*].

32. [*Omissis*], the margin in cases where distinctions are made on the ground of sexual orientation is narrow – *Vallianatos* at paras 84 and 85; and *Pajić v Croatia* (2016) (Application no 68453/13) para 59. The margin of discretion available to the government and Parliament in this instance, if it exists at all, must be commensurately narrow. Moreover, as Ms Monaghan has submitted (see para 20.3 above), where the difference in treatment is based on sexual orientation, a court must apply «strict scrutiny» to the assessment of any asserted justification and particularly convincing and weighty reasons to justify it are required.

33. In this context, it is significant that the government consciously decided that it would not extend civil partnerships to different sex couples, at the time that it introduced MSSCA. And, as Andrews J observed in para 65 of her judgment, quoting Mr Squires (who then appeared on behalf of the respondent), the government had not only reached that definite conclusion, it elected to carry out a review before deciding what, if anything, it should do. Indeed, when, in its estimation, that review proved inconclusive, the government decided «to wait for a time until further hard evidence was available to enable it to take a considered view as to what to do». In light of what we were told was the government's awareness that the effect of introducing MSSCA was inequality between same- and different sex couples, this displayed, at best, an attitude of some insouciance.

34. Moreover, although it is now accepted that the inequality of treatment between the two groups has engaged article 8 and, when read with article 14, has constituted an interference with the appellants' rights which has required to be justified from the date of the coming into force of MSSCA, this cannot have been the government's view at that time. The respondent had argued before Andrews J and the Court of Appeal that article 8 was not engaged. If that argument had succeeded, no need for justification would have arisen. One can only infer, therefore, that, certainly before the judgments of the Court of Appeal were handed down, the government did not consider that steps needed to be taken to eliminate unlawful discrimination. The decision to carry out investigations as to the way forward must have been related to circumstances unconnected with the government's perception of its obligations under ECHR.

35. Andrews J rejected the suggestion that the present case was analogous to *Vallianatos*, stating, at para 71 of her judgment that «it is far closer to *Schalk*, in which there was recognition by the ECtHR that a member state should be afforded a relatively generous leeway as to the timing of introducing legislative changes in areas of social policy where there is no clear consensus among member states». I do not agree that the situation of the appellants is close to that of *Schalk and Kopf* or that some analogies with *Vallianatos* cannot be drawn.

36. Indeed, in my view, the case of *Schalk and Kopf* provides an obvious contrast to the circumstances of the present appeal. In that case the enactment of the Registered Partnership Act was the product of evolving societal acceptance of the need to provide some legal recognition of same sex partnerships. Here the inequality between same sex and different sex couples is the creature of Parliament. In one instance (the Registered Partnership Act in the *Schalk and Kopf* case), one can understand that the timing by the legislature of a measure to reflect the developing changes in attitude should be considered to fall within the government's margin of appreciation. In the case of MSSCA, however, it was Parliament itself that brought about an inequality immediately on the coming into force of the Act, where none had previously existed. The redressing by the legislature of an imbalance which it has come to recognise is one thing; the creation of inequality quite another. To be allowed time to reflect on what should be done when one is considering how to deal with an evolving societal attitude is reasonable

and understandable. But to create a situation of inequality and then ask for the indulgence of time – in this case several years – as to how that inequality is to be cured is, to say the least, less obviously deserving of a margin of discretion.

37. In *Vallianatos*, most of the applicants were in established same sex relationships. In November 2008 the Civil Unions Law came into force in Greece. It created civil unions as an official form of partnership other than marriage. Such unions could only be entered by two adults of different sex. The applicants claimed that the failure to make civil unions available to same sex couples breached their rights under article 14, taken in conjunction with article 8. The government claimed that the restriction of civil unions to different sex couples was to enhance the legal protection of children born outside marriage and indirectly to strengthen the institution of marriage.

38. At para 85 of its judgment the court said:

«In cases in which the margin of appreciation afforded to states is narrow, as is the position where there is a difference in treatment based on sex or sexual orientation, the principle of proportionality does not merely require the measure chosen to be suitable in principle for achievement of the aim sought. It must also be shown that it was necessary, in order to achieve that aim, to exclude certain categories of people – in this instance persons living in a homosexual relationship – from the scope of application of the provisions at issue [...]».

39. Applying that approach to the present case, it is for the government and Parliament to show that it was necessary, in order to achieve the aim of having time to consider what to do about the difference in treatment between same sex and different sex couples brought about by MSSCA, to exclude different sex couples from CPA. One can understand why the government might have wished to maintain the status quo while considering various options. But that is a far cry from saying that it was *necessary* to exclude different sex couples from the institution of civil partnership.

40. It appears to me, therefore, that some, albeit not perfect, analogy can be drawn between *Vallianatos* and the present case. In *Vallianatos* same sex couples were excluded from civil unions. In this instance, different sex couples are being denied the range of choice available to same sex couples. In the present case, of course, as the respondent has been at pains to point out, the inequality of treatment arose because of the enlarging of options for same sex couples. It is also observed that the appellants do not suggest that before the coming into force of MSSCA, there was an interference with their article 8 rights, when read together with article 14. But this is nothing to the point. The government and Parliament must be taken to have realised that, when MSSCA came into force, an inequality of treatment would inevitably arise. For the reasons given earlier, one must assume that they did not recognise that that inequality would engage article 8. But, again, that is not relevant. What must now be shown is that it was necessary to exclude different sex couples from civil partnerships for an indefinite pe-

riod, while inquiries, consultations and surveys were conducted and a decision based on these could be made. I consider that that necessity has not been established.

#### LEGITIMATE AIM

41. The four-stage test designed to establish whether an interference with a qualified Convention right can be justified is now well-established. The test and its four stages were conveniently summarised by Lord Wilson in *R (Aguilar Quila) v Secretary of State for the Home Department* [2011] UKSC 45; [2012] 1 AC 621, para 45. They are (a) is the legislative objective (legitimate aim) sufficiently important to justify limiting a fundamental right; (b) are the measures which have been designed to meet it rationally connected to it; (c) are they no more than are necessary to accomplish it; and (d) do they strike a fair balance between the rights of the individual and the interests of the community? (See also Lord Reed at para 75 of *Bank Mellat v HM Treasury (No 2)* [2014] AC 700 and Lord Sumption in the same case at para 20).

42. The legitimate aim articulated by the respondent in the present appeal is the need to have time to assemble sufficient information to allow a confident decision to be made about the future of civil partnerships. But, as Lord Bingham stated in para 68 of *A v Secretary of State for the Home Department* (para 20.2 above),

«[w]hat has to be justified is not the measure in issue but the difference in treatment between one person or group and another». To be legitimate, therefore, the aim must address the perpetration of the unequal treatment, or, as Ms Monaghan put it, the aim must be intrinsically linked to the discriminatory treatment. In this case it does not and is not. The respondent does not seek to justify the difference in treatment between same sex and different sex couples. To the contrary, it accepts that that difference cannot be justified. What it seeks is tolerance of the discrimination while it sorts out how to deal with it. That cannot be characterised as a legitimate aim.

43. In reaching its conclusion that a wait and see (or, as Beatson LJ called it, «a wait and evaluate») policy amounted to a legitimate aim, the Court of Appeal relied on the decision of ECtHR in *Walden v Liechtenstein* (Application No 33916/96) (unreported, 16 March 2000). [omissis].

44. [omissis].

45. This decision was described by Lord Hoffmann in *R (Hooper) v Secretary of State for Work and Pensions* [2005] UKHL 29; [2005] 1 WLR 1681 as “puzzling” - para 62. [omissis].

46. Although the claimants’ appeal was dismissed on other grounds, the House of Lords rejected the argument based on the *Walden* decision, Lord Hoffmann observing at para 62:

«[...] I can quite understand that if one has a form of discrimination which was historically justified but, with changes in society, has gradually lost its justification, a period of consultation, drafting and debate must be included in the time which the legislature may reasonably consider appropriate for making a change. Up to the point at which that time is exceeded, there is no violation of a Convention right. But there is no suggestion in the report of *Walden v Liechtenstein* that the discrimination between married couples was ever justified and I find it hard to see why there was no violation of Convention rights as long as the old law remained in place».

It is clear from this passage that Lord Hoffmann rejected the notion that an otherwise unjustified discriminatory measure can be justified by a need for a period to change the law. The present case does not involve a form of discrimination that was historically justified but has gradually lost its justification. The exact reverse is the case here. A *new* form of discrimination was introduced by the coming into force of MSSCA. There was, therefore, in the words of Lord Hoffmann, no reason to conclude that this discrimination «was ever justified».

#### RATIONAL CONNECTION

47. If the aim of the government and Parliament could properly be described as legitimate, I accept that there would be a rational connection between the aim and the delay in addressing the discrimination.

#### LESS INTRUSIVE MEANS

48. It is accepted by all that, before MSSCA came into force, there was no discrimination against same sex or different sex groups. Since Parliament and the government are to be taken as having realised that discrimination would begin with the Act taking effect, it seems to me that at least two options were available. First, its introduction could have been deferred until the researches which are now deemed necessary had been conducted. Secondly, the government could have extended the institution of civil partnerships to different sex couples until those researches had been completed. (A third, but admittedly less palatable, option would have been to suspend the availability of civil partnerships to same sex couples, while the inquiries were carried out.)

49. Each of these options would have allowed the aim to be pursued with less, indeed no, discriminatory impact. In the Court of Appeal, Briggs LJ suggested that the second of the options outlined above was a «practicable impossibility» but it is not clear on what material this conclusion was based. One can certainly recognise that it would not be a particularly attractive proposition to introduce civil partnerships for different sex couples as an interim measure, if ultimately, they were to be abolished altogether but that does not make that course impossible as a matter of practicability.

50. I should make it unequivocally clear that the government had to eliminate the inequality of treatment *immediately*. This could have been done either

by abolishing civil partnerships or by instantaneously extending them to different sex couples. If the government had chosen one of these options, it might have been theoretically possible to then assemble information which could have influenced its longer term decision as to what to do with the institution of civil partnerships. But this does not derogate from the central finding that taking time to evaluate whether to abolish or extend could never amount to a legitimate aim *for the continuance of the discrimination*. The legitimate aim must be connected to the justification for discrimination and, plainly, time for evaluation does not sound on that. It cannot be a legitimate aim for continuing to discriminate.

51. Since the less intrusive means stage of the proportionality exercise did not feature to any significant extent in oral argument and as it is unnecessary for me to reach a final view in order to dispose of the appeal, I say nothing more on the subject.

#### A FAIR BALANCE

52. If the interference with the appellants' rights could be regarded as being in pursuit of a legitimate aim, I would have no hesitation in concluding that a fair balance between their rights and the interests of the community has not been struck. The point at which the now admitted discrimination will come to an end is still not in sight. The interests of the community in denying those different sex couples who have a genuine objection to being married the opportunity to enter a civil partnership are unspecified and not easy to envisage. In contrast, the denial of those rights for an indefinite period may have far-reaching consequences for those who wish to avail of them – and who are entitled to assert them – now. As Briggs LJ observed in the Court of Appeal, some couples in the appellants' position «may suffer serious fiscal disadvantage if, for example, one of them dies before they can form a civil partnership».

53. Moreover, undertaking «research with people who are current civil partners to understand their views on civil partnership and marriage, and their future intentions and preferences» – (command paper para 20) is, at best, of dubious relevance to the question of whether the continuing discrimination against different sex couples can be defended. Given that further inquiries are said to be necessary in order to decide how to eliminate the unequal treatment suffered by different sex couples, the government's investigations should surely have been geared to determining the extent of demand for civil partnerships among those of different genders who had a settled and authentic objection to being married.

#### INSTITUTIONAL COMPETENCE

54. This court was encouraged to refrain from making a declaration of incompatibility because, it was said, the decision not to take action about extending or abolishing civil partnerships was one which fell squarely within the field of sensitive social policy which the democratically-elected legislature was pre-eminently suited to make.

55. That argument has significantly less force if the decision not to take ac-

tion at present does not pursue a legitimate aim but it must nevertheless be considered for what principled basis it may have.

56. The starting point is that the court is not obliged to make a declaration of incompatibility when it finds that a particular provision is not compatible with a Convention right. Section 4(2) of HRA provides that if the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it *may* make a declaration of that incompatibility. The provision clearly contemplates that there will be circumstances in which the court considers that an item of primary legislation is not compatible with a Convention right but that it is not appropriate to have recourse to the section 4(2) power.

57. The circumstances in which such self-restraint should be exercised have not been comprehensively catalogued. This is understandable. Different considerations may favour reticence. Others may call for a declaration to be made. [Omissis].

58. I do not consider that *Nicklinson* sets a precedent for reticence in this case. [omissis].

59-60. [omissis].

61. In my view, there is no reason that this court should feel in any way reticent about the making of a declaration of incompatibility. To the contrary, I consider that we have been given the power under section 4 of HRA to do so and that, in the circumstances of this case, it would be wrong not to have recourse to that power.

#### CONCLUSION

62. I would allow the appeal and make a declaration that sections 1 and 3 of CPA (to the extent that they preclude a different sex couple from entering into a civil partnership) are incompatible with article 14 of ECHR taken in conjunction with article 8 of the Convention.

### L'illegittimità del divieto d'accesso alle unioni civili per le coppie eterosessuali: dalla svolta della Corte Suprema del Regno Unito alla necessità di ampliare l'ambito applicativo della legge Cirinnà

1. La sentenza della Corte Suprema del Regno Unito del 27 giugno 2018 che qui si commenta rappresenta un significativo passo avanti nell'ambito dello sviluppo di quella corrente di pensiero, oramai diffusa in tutta Europa, secondo la quale la famiglia non è più (o almeno non è solo) un'istituzione alla quale l'ordinamento guarda, nel suo insieme, come strumento per il soddisfacimento di interessi pubblici, ma una formazione sociale nel cui ambito gli individui possano realizzare al meglio la propria personalità<sup>1</sup> nella cornice fornita dai principi fon-

<sup>1</sup> P. PERLINGIERI, *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rass. dir.*

damentali del sistema giuridico<sup>2</sup>. Di séguito una breve ricostruzione dei fatti di causa e del *dictum* dei giudici d'oltremarica.

I ricorrenti Rebecca Hannah Steinfeld e Charles Robin Keidan, una coppia eterosessuale che non intendeva contrarre matrimonio, avevano intrapreso un'azione giudiziale dinnanzi alle corti inglesi lamentando che – in séguito alla promulgazione del *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013* (di séguito «MSSCA»), il quale stabilisce la possibilità per le coppie omosessuali di contrarre matrimonio in aggiunta al ricorso alle c.dd. *registered partnership* istituite con il *Civil Partnership Act 2004* (di séguito «CPA») – l'impossibilità per le coppie costituite da soggetti di sesso diverso di accedere al menzionato istituto delle *registered partnership* costituisca una indebita discriminazione ai sensi dell'art. 14 (Divieto di discriminazione) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in relazione all'art. 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare) del medesimo trattato<sup>3</sup>.

Secondo la prima di tali norme, il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione (tra cui quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, od ogni altra condizione) essendo sufficiente che, affinché si abbia una violazione della CEDU, tali discriminazioni generino un pregiudizio in astratto<sup>4</sup>. Per quanto qui di interesse, poi, l'art. 14 va letto congiuntamente all'art. 8, che attribuisce invece a tutti gli individui il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare. Il divieto di discriminazione, infatti, non è una norma autonoma, ma opera solo in relazione agli altri diritti convenzionali. Da tale combinato disposto risulta che non è possibile porre

*civ.*, 1982, p. 72 ss.; G. PERLINGIERI, *Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 101 ss.; S. TONOLO, *La famiglia transnazionale tra diritti di cittadinanza e diritti degli stranieri*, in S. AMADEO e F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, p. 117 ss.; C. CREA, *L'evoluzione del diritto di famiglia in Marocco e la prospettiva italiana ed europea*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 247 s. a tal riguardo afferma che va valorizzata «la valenza plurale e non più monolitica del concetto di famiglia e [ridefinite] “le famiglie”, in quanto molteplici e diversificate formazioni sociali all'interno delle quali ogni individuo (uomo/donna, genitore/figlio) instaura una rete di relazioni intersoggettive meritevoli di tutela. Ciò attraverso un'analisi di concetti giuridici e di metodi di interpretazione e applicazione del diritto il più possibile orientata non ad una impossibile omologazione di culture e diritti, ma ad una ragionevole convivenza tra le diverse componenti sociali, attraverso un bilanciamento di valori funzionale all'integrazione multiculturale e alla effettività delle tecniche di tutela». In tal senso si veda anche M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in F. MACARIO e M.N. MILETTI (a cura di), *La funzione sociale del diritto privato tra XX e XXI secolo*, Roma, 2017, p. 139 ss.

<sup>2</sup> Si pensi, ad es., alla tutela della sfera sessuale degli individui. Essi possono avere l'orientamento e la vita sessuale che preferiscono, a condizione che ciò si mantenga nell'ambito del decoro e della riservatezza, che l'ordinamento tutela. V. sul punto C. PITEA e L. TOMASI, *Art. 8*, in S. BARTOLE, P. DE SENA e V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, 2012, p. 329, ove si fa riferimento alla decisione della Corte EDU, 17 febbraio 2005, *K.A. e A.D. c. Belgio*, in *echr.coe.int*.

<sup>3</sup> Sul tema in esame si veda, diffusamente, M.C. VITUCCI, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Napoli, 2012, *passim*.

<sup>4</sup> V. § 18 della decisione in commento e la bibliografia della Corte EDU ivi citata.

in essere alcuna differenza di trattamento tra gli individui nel godimento del diritto ad una vita privata e familiare, nel cui ambito si ritiene oggi comunemente incluso il diritto a non subire discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale nell'accesso ad una forma di unione civile<sup>5</sup>. In situazioni del genere, come rilevato dalla Corte Suprema, l'unico modo in cui uno Stato può non incorrere nella violazione dell'obbligo di non discriminazione come sopra identificato è quello di dimostrare che il trattamento diverso abbia una giustificazione in concreto, per verificare la quale si deve ricorrere al principio di proporzionalità, tenendo conto che, come rilevano i giudici inglesi, nei casi in cui la differenza di trattamento sia basata sull'orientamento sessuale, lo scrutinio deve essere particolarmente stringente e la giustificazione alla discriminazione può trovarsi solo in «*particularly convincing and weighty reasons*»<sup>6</sup>. Deve dunque emergere una fondamentale esigenza di carattere sovrano che giustifichi in concreto la discriminazione. Tale esigenza deve superare il c.d. test di proporzionalità, basato, come noto, sui tre momenti dell'idoneità (ossia l'esistenza di uno scopo legittimo e dell'idoneità delle misure adottate a raggiungerlo), della necessità (che richiede una reale ed obiettiva esigenza a fronte della discriminazione operata) e della proporzionalità *stricto sensu* (basata su un equo bilanciamento in concreto delle esigenze in gioco)<sup>7</sup>, a cui la Corte ha aggiunto il quarto elemento della «*rational connection*» tra lo scopo delle misure e la discriminazione che esse generano (sul quale, tuttavia, gli stessi giudici non si dilungano in alcun modo, rendendolo, nel caso di specie, quasi superfluo)<sup>8</sup>.

Nel caso di specie, il Regno Unito affermava di essere al corrente della differenza di trattamento tra coppie etero e coppie omosessuali in relazione all'accesso alle *registered partnership*, ma dichiarava altresì di aver adeguatamente indagato sugli effetti concreti di tale discriminazione e che «*investigations did not indicate that significant numbers of different sex couples wished to enter civil partnerships*»<sup>9</sup>. Per questo motivo, il governo di Londra aveva stabilito di non portare avanti alcun *iter* legislativo<sup>10</sup> nell'attesa di avere più elementi a disposizione per stabilire solo in séguito se abolire o semplicemente modificare l'istituto delle *registered partnership*. L'esecutivo «concludeva, quindi, che era “rispondente al principio di proporzionalità” attendere più dati allo scopo di decidere se le unioni civili avessero dovuto essere preservate. Esso considerava che le informazioni necessarie per assumere tale decisioni sarebbero state disponibili nel mese di settembre 2019. A questo punto, delle consultazioni avrebbero avuto luogo sul-

<sup>5</sup> V. § 19.

<sup>6</sup> V. § 20, n. 3.

<sup>7</sup> Una efficace e dettagliata ricostruzione di carattere generale del principio di proporzionalità e delle sue applicazioni nel diritto internazionale è contenuta in F.M. PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, Heidelberg, 2018, p. 124 ss.

<sup>8</sup> Si veda il § 47.

<sup>9</sup> V. § 7.

<sup>10</sup> V. § 8-10.

l'opportunità di modificare in futuro l'istituto. Tali modifiche sarebbero occorse, al più presto, nel 2020»<sup>11</sup>.

In primo grado, la parte convenuta aveva prevalso<sup>12</sup> in quanto il giudice aveva ritenuto che la differenza di trattamento di cui si discorreva non era tale da determinare una lesione di un interesse personale «*close to the core of the right to family life, still less the right to private life protected by article 8*»<sup>13</sup>. In aggiunta, nella sentenza si legge che la discriminazione sarebbe stata in ogni caso giustificata dall'approccio attendista assunto dal governo in relazione alle eventuali modifiche da apportare al CPA (§ 71). Nell'ambito del processo di appello<sup>14</sup>, i giudici non accolsero il ragionamento del giudice di prima istanza in merito all'assenza di una discriminazione, ma la maggioranza di essi ritenne in ogni caso che – pur essendovi in effetti una evidente differenza di trattamento con potenziali effetti negativi per le coppie etero che intendevano accedere alle *registered partnerships* – questo sacrificio era da ritenersi proporzionato alla esigenza pubblica di adottare il provvedimento più adatto alla situazione del Paese, la quale era alla base del «*wait and see approach*» adottato dal governo del di Londra<sup>15</sup>.

Il ragionamento portato avanti dalla Corte d'Appello non è stato tuttavia seguito dai giudici della Corte Suprema. Dopo aver brevemente ricostruito la giurisprudenza della Corte EDU in relazione alle violazioni degli artt. 8 e 14 derivanti da discriminazione su base sessuale<sup>16</sup>, essi hanno rigettato l'argomento della convenuta, che affermava l'esistenza di un significativo margine di discrezionalità in capo al Parlamento nella decisione concernente le tempistiche di un eventuale modifica delle unioni civili<sup>17</sup>. A tal riguardo, la Corte chiarisce che una cosa è il margine di apprezzamento che la Corte EDU garantisce agli Stati nell'attuazione di diritti convenzionali rispetto ai quali non vi è *consensus* tra i Paesi del Consiglio d'Europa, altra la discrezionalità che un giudice nazionale ha nel valutare l'esistenza o meno di una violazione di una disposizione convenzionale ad opera del proprio diritto nazionale. «Ne segue che una corte interna deve confrontarsi con l'interferenza di una scelta legislativa con un diritto convenzionale e decidere se le giustificazioni addotte per tale interferenza giustificano o no la discriminazione che è stata generata. Quest'obbligo di decisione non può essere evaso sulla

<sup>11</sup> V. § 10 (traduzione nostra).

<sup>12</sup> Sentenza del 29 gennaio 2016, Andrews J, [2016] EWHC 128 (Admin), in *judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/01/steinfeld-v-secretary-for-education.pdf*.

<sup>13</sup> V. § 84 della decisione di primo grado.

<sup>14</sup> Sentenza del 21 febbraio 2017, Arden LJ, Beatson LJ and Briggs LJ, [2017] EWCA Civ 81, in *judiciary.uk/wp-content/uploads/2017/02/steinfeld-and-keidan-v-secretary-of-state-for-education-20170221.pdf*. Per un commento critico si veda A. HAYWARD, *Justifiable Discrimination: The Case of Opposite-Sex Civil Partnerships*, in *The Cambridge Law Journal*, 2017, p. 243 ss.

<sup>15</sup> V. § 158 e 173 della decisione d'appello. Per l'opinione contraria del giudice Arden si veda il § 110.

<sup>16</sup> V. § 16 ss. della sentenza in commento.

<sup>17</sup> V. § 28.

base del margine di apprezzamento concesso al Governo o al Parlamento»<sup>18</sup>. Né una certa deferenza rispetto alle politiche del governo sarebbe stata opportuna in questo caso, posto che gli stessi atti parlamentari relativi alle discussioni sui possibili emendamenti al CPA non danno alcuna garanzia in merito alla effettiva realizzazione di emendamenti che elimineranno la discriminazione di cui si discute<sup>19</sup>.

Dovendo dunque valutare se la scelta di non dare accesso alle unioni civili alle coppie eterosessuali sia da considerarsi rispondente al test di proporzionalità, la Corte Suprema ha analizzato innanzitutto il soddisfacimento del requisito dell'idoneità. A tal riguardo, i giudici hanno preso atto del fatto che il millantato obiettivo del legislatore nel perpetuare la discriminazione era quello di prender tempo allo scopo di assumere una decisione corretta; tale obiettivo, tuttavia, teneva conto della discriminazione ma il suo fine non era certo tale da giustificarne il perpetuarsi. La misura (*rectius*: l'omissione) da parte del Governo, dunque, «seeks [...] tolerance of the discrimination while it sorts out how to deal with it. That cannot be characterised as a legitimate aim»<sup>20</sup>. Per quanto concerne l'elemento della necessità, appare evidente che il governo avesse avuto a propria disposizione la possibilità di eliminare immediatamente la discriminazione in atto, sia abrogando il CPA sia concedendo alle coppie eterosessuali l'accesso alle *registered partnership*. Questo costituiva un mezzo meno limitativo dei diritti coinvolti rispetto alla scelta operata dall'esecutivo di Londra e dunque la politica discriminatoria da questo portata avanti non poteva ritenersi necessaria, giacché non vi era alcuna ragione per escludere le coppie eterosessuali dal godimento dei diritti derivanti dal CPA<sup>21</sup>. Infine, con riguardo alla proporzionalità *stricto sensu*, non può identificarsi alcun interesse di natura pubblica che giustifichi il mancato accesso delle coppie etero alle unioni civili. Al contrario, il divieto in essere potrebbe avere effetti seriamente pregiudizievoli per coloro i quali abbiano intenzione di avvalersi di tale istituto<sup>22</sup>. Per tutti questi motivi, il test di proporzionalità non può considerarsi soddisfatto e la differenza di trattamento nell'accesso alle *registered partnership* deve considerarsi in violazione dell'art. 14 CEDU, letto in relazione all'art. 8 del medesimo trattato.

Alla luce di quanto sopra, nel presente contributo ricostruiremo, innanzitutto, la disciplina della CEDU e la relativa giurisprudenza nella materia *de qua*, allo scopo di valutare se la decisione assunta dalla Corte Suprema del Regno Unito è, come riteniamo, giustificabile (§ 2). Successivamente compareremo la situazione

<sup>18</sup> V. § 29.

<sup>19</sup> V. § 59-61.

<sup>20</sup> V. § 42. Tale approccio trova conforto anche in un precedente della House of Lords, 5 maggio 2005, *R (Hooper) v. Secretary of State for Work and Pensions*, [2005] UKHL 29, in *publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd050505/hoop-1.htm*, nella quale Lord Hoffman rigettò l'idea che una discriminazione potesse trovare fondamento nella necessità di impiegare del tempo per emendare una legge nel modo più corretto.

<sup>21</sup> V. § 38 e 50-51.

<sup>22</sup> V. § 51.

inglese alla attuale situazione esistente in Italia, in cui alle coppie eterosessuali è negato l'accesso alle unioni civili ma non alle c.dd. convivenze di fatto, chiedendoci, dunque, se anche nel nostro ordinamento sia possibile configurare una discriminazione (§ 3). Inquadreremo, quindi, tali riflessioni nell'ambito di alcune considerazioni di carattere generale concernenti la tutela della persona umana nell'ambito della famiglia e la connessa necessità di riconoscere a tutti gli individui una possibilità di scelta nell'accesso ad un istituto diverso dal matrimonio ove questo esista (§ 4). Il § 5, infine, sarà dedicato ad alcune conclusioni.

2. Come già anticipato, il principale parametro di riferimento per una valutazione in merito alla presenza di una discriminazione secondo la CEDU è l'art. 14. Tale norma afferma che

«[i]l godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella 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 od ogni altra condizione».

La formulazione letterale della disposizione potrebbe far pensare ad una norma analoga a quella dell'art. 3 della Costituzione italiana, il quale sancisce il principio di uguaglianza nella duplice accezione formale<sup>23</sup> e sostanziale<sup>24</sup>. Questa ricostruzione sarebbe tuttavia superficiale, in quanto, mentre l'art. 3 sancisce in maniera assoluta un autonomo diritto a non subire discriminazioni di alcun genere (o, alternativamente, che differenze di trattamento siano giustificate da – e proporzionate a – situazioni fattuali diverse)<sup>25</sup>, l'art. 14 della CEDU è una disposizione che potremmo definire strumentale, nel senso che essa si connette alle altre norme convenzionali andando a completarne le relative previsioni<sup>26</sup>. Ne de-

<sup>23</sup> L'accezione formale dell'uguaglianza va intesa come parità di trattamento degli individui da parte della legge ed è espressione del principio di giustizia retributiva proprio degli stati sorti nel periodo dell'illuminismo. Si vedano L. PALADIN, *Eguaglianza (dir. cost)*, in *Enc. dir.*, online, 1965, § 2-5; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 171.

<sup>24</sup> L'accezione sostanziale del principio di uguaglianza, invece, si ispira al principio di giustizia distributiva e richiede un intervento dello Stato volto a promuovere l'uguaglianza sulla base dell'idea secondo cui a situazioni uguali deve corrispondere trattamento uguale ed a situazioni diverse trattamento diverso. V. L. PALADIN, *Eguaglianza*, cit., § 19 ss.; ID., *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, online, 1997, § 1 ss.; P. PERLINGIERI, *La personalità*, cit., p. 171.

<sup>25</sup> Si veda M.G. PUTATURO DONATI, *Il principio di non discriminazione ai sensi dell'art. 14 CEDU: risvolti sul piano del diritto internazionale e del diritto interno*, in *europenrights.eu*, 2016, p. 13.

<sup>26</sup> G.P. DOLSO e F. SPITALERI, *Art. 14*, in S. BARTOLE, P. DE SENA e V. ZAGREBELSKY, *Commentario*, cit., p. 519.

riva che la Corte EDU può determinare l'esistenza di una discriminazione (sulla base della non esaustiva lista di parametri contenuti nell'art. 14) solo nel caso in cui questa operi in relazione ad uno dei diritti attribuiti dalla Convenzione<sup>27</sup>. Ciò non vuol dire, però, che affinché vi sia una violazione dell'art. 14 debba necessariamente esserci stata *anche* una violazione di un altro diritto sostanziale<sup>28</sup>, ma solo che la norma di cui all'art. 14 ha un ambito di applicazione ben definito<sup>29</sup>. A tal riguardo, va notato che – se inizialmente la Corte EDU non aveva mai ritenuto necessario approfondire l'aspetto dell'esistenza di una discriminazione rilevante ex art. 14 nei casi in cui fosse già stata accertata la violazione di un'altra norma convenzionale – oggi si tende a riconoscere che vi sia la possibilità di riscontrare una violazione dell'art. 14 anche in tali casi, ove sia evidente che sussista una palese disparità di trattamento<sup>30</sup>.

Affinché si riscontri una disparità di trattamento illegittima, i giudici devono innanzitutto accertare che le situazioni rispetto alle quali si riscontra questa difformità siano oggettivamente comparabili<sup>31</sup>. Devono quindi esserci analogie tali da giustificare un trattamento uniforme<sup>32</sup>. Queste possono anche emergere nel tempo, in séguito ad un'evoluzione del sistema: situazioni che oggi sono incomparabili, quindi, potrebbero in futuro diventare assolutamente assimilabili.

In secondo luogo, la discriminazione non deve essere supportata da una giustificazione oggettiva. La disparità di trattamento, quindi, deve trovare fondamento in un fine legittimo dello Stato, nell'identificazione del quale i Paesi membri hanno

<sup>27</sup> Da notare che, secondo attenta dottrina, anche la Corte EDU sembra oggi prediligere una lettura dell'art. 14 che coinvolga sia aspetti di uguaglianza formale che aspetti di uguaglianza sostanziale. Si veda R. O'CONNELL, *Cinderella comes to the Ball: Art. 14 and the right to non-discrimination in the ECHR*, in *Legal Studies*, 2009, p. 211 ss.

<sup>28</sup> V., anche per la giurisprudenza ivi citata, G.P. DOLSO e F. SPITALERI, *Art. 14*, cit., p. 521.

<sup>29</sup> Proprio a causa dei limiti intrinseci della disposizione dell'art. 14, il Consiglio d'Europa ha redatto il Protocollo 12 della Convenzione, il quale all'art. 1 estende genericamente il divieto di discriminazione a tutti i diritti attribuiti dalla legge. Tuttavia, tale protocollo, entrato in vigore il primo aprile 2005, è stato ad oggi ratificato da un numero esiguo di Stati, tra cui non figura l'Italia. Per lo stato attuale delle firme e delle ratifiche dello stesso v. [coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/177/signatures?p\\_auth=3CQEVri5](http://coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/177/signatures?p_auth=3CQEVri5).

<sup>30</sup> Quarta sezione, 3 maggio 2007, *Baczkowski e altri c. Polonia*, § 55 ss., in *echr.coe.int*.

<sup>31</sup> Da notare, tuttavia, che, come affermato da G.P. DOLSO e F. SPITALERI, *Art. 14*, cit., p. 525, «[d]i norma accade che la valutazione sulla assimilabilità delle situazioni poste a raffronto occupi uno spazio piuttosto esiguo nell'ambito della motivazione della sentenza, anche sulla base del fatto che sovente le situazioni poste a raffronto sono connotate dalla contemporanea presenza di elementi di similitudine e da elementi di diversificazione [...]. Una volta accertato che una comparazione è possibile, il giudizio della Corte si risolve piuttosto in una valutazione relativa alla presenza di un fine legittimo e di una giustificazione della disparità di trattamento tra le situazioni poste a raffronto». Questo è esattamente ciò che è accaduto nel caso che qui si commenta, dove le argomentazioni della Corte Suprema del Regno Unito sono state quasi totalmente relative allo scopo legittimo e alla eventuale giustificazione delle misure adottate.

<sup>32</sup> F. STAIANO, *(In)Comparable Situations: Same-Sex Couples' Right to Marriage in European Case Law*, in *federalismi.it*, 2017, p. 4 ss.

un margine di apprezzamento<sup>33</sup> che varia in maniera proporzionalmente inversa sia al livello di consenso che si è raggiunto tra i vari ordinamenti su una certa questione<sup>34</sup> sia all'importanza assiologica del diritto rispetto al quale sta operando la difformità di trattamento<sup>35</sup>. Di conseguenza, nelle materie in cui il margine di apprezzamento statale è più ridotto, il controllo della Corte EDU sulla legittimità della giustificazione sarà più stringente<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Rileva F.M. PALOMBINO, *Laicità dello stato ed esposizione del crocifisso nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Lautsi*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 137, che: «la dottrina del margine di apprezzamento costituisce notoriamente lo strumento attraverso il quale la Corte riconosce agli Stati il potere discrezionale di adottare misure limitative di alcuni diritti protetti dalla Convenzione, sempre che ricorrano certe condizioni e cioè quelle circostanze che le consentano di valutare la legittimità della violazione stessa. La limitazione deve essere prevista per legge oltre che effettivamente necessaria (per preservare l'ordine pubblico e/o garantire i diritti altrui) e proporzionale all'obiettivo perseguito; occorre che non esista nella materia oggetto della misura restrittiva un consenso comune tra gli Stati parte della Convenzione». Del resto «il margine di apprezzamento permette viceversa ai vari Paesi [membri della CEDU] di conservare ciascuno la propria concezione etica e di procedere a velocità differenti». Così M.C. VITUCCI, *Ragionevolezza, consenso e margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in G. PERLINGIERI e A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, II, Napoli, 2017, p. 1093 ss., ove, con riferimento alla giurisprudenza della Corte, si prende atto che anche la violazione della Convenzione dipende dai valori normativi condivisi nei singoli Stati: «[d]immi che valori hai e ti dirò se hai violato la Convenzione». La dottrina del margine di apprezzamento è tradizionalmente connessa al principio di sussidiarietà, proprio della CEDU, secondo il quale gli Stati, nella valutazione delle misure da predisporre e del proprio impatto, si trovano in una situazione privilegiata rispetto al giudice internazionale. Si vedano S. BESSON, *Subsidiarity in International Human Rights Law – What is Subsidiarity about Human Rights*, in *The American Journal of Jurisprudence*, 2016, p. 69; R. NIGRO, *Il margine di apprezzamento e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sul velo islamico*, in *Diritti umani diritto internazionale*, 2008, p. 71.

<sup>34</sup> R. SAPIENZA, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1991, p. 571 ss.; G. ZARRA, *Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay*, in *Brazilian Journal of International Law*, 2017, pp. 108-110.

<sup>35</sup> In materia di orientamento sessuale, ritenuta una libertà fondamentale degli individui, non a caso, il margine di apprezzamento è estremamente ridotto. Si veda A. PITRONE, *La teoria del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di riconoscimento delle coppie omosessuali*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015, p. 725 ss. Si veda, a tal riguardo, Corte EDU, Prima Sezione, 24 luglio 2003, *Karner c. Austria*, in *articolo29.it*, § 49, secondo cui «[i]n cases in which the margin of appreciation afforded to States is narrow, as is the position where there is a difference in treatment based on sex or sexual orientation, the principle of proportionality does not merely require that the measure chosen is in principle suited for realising the aim sought. It must also be shown that it was necessary in order to achieve that aim to exclude certain categories of people – in this instance persons living in a homosexual relationship – from the scope of application of section 14 of the Rent Act. The Court cannot see that the Government have advanced any arguments that would allow such a conclusion». Si veda M. FRULLI, *Corte europea dei diritti umani e tutela dell'orientamento sessuale*, in *centrostudieuropei.it*, 2014, p. 23 ss.

<sup>36</sup> V. Corte EDU, Grande Camera, 28 maggio 1985, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Re-*

Infine, deve sussistere un rapporto di proporzionalità tra i mezzi utilizzati ed i fini perseguiti<sup>37</sup>. Tale controllo si articola, a sua volta, come già accennato, in tre momenti<sup>38</sup>. Il primo di essi (c.d. idoneità) richiede che la misura sia di per sé adatta a raggiungere gli scopi che erano all'origine di essa; il secondo (c.d. necessità) si basa sull'accertamento dell'inesistenza di una misura meno intrusiva, ossia potenzialmente meno lesiva (nel momento in cui la scelta è stata fatta) dei diritti dei soggetti coinvolti; il terzo ed ultimo (c.d. proporzionalità *stricto sensu*) è una vera e propria analisi del caso concreto, che richiede di effettuare un ragionevole bilanciamento tra gli interessi coinvolti e di valutare l'effettivo ed adeguato contemperamento degli interessi e dei valori in gioco nel caso concreto<sup>39</sup>.

*gno Unito*, serie A n. 94, p. 32, § 78. A tal riguardo, tuttavia, notano G.P. DOLSO e F. SPITALERI, *Art. 14*, cit., p. 527, che di recente, talvolta, per affermare l'irragionevolezza della finalità perseguita la Corte richiede che essa sia manifesta.

<sup>37</sup> Corte EDU, Terza Sezione, 13 aprile 2006, *Kosteski c. ex Repubblica Jugoslava di Macedonia*, in *echr.coe.int*, § 44 afferma che «different treatment is discriminatory, for the purposes of Article 14, if it 'has no objective and reasonable justification', that is, if it does not pursue a 'legitimate aim' or if there is not a 'reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized'». Come nota C. DANISI, *Il principio di non discriminazione dalla CEDU alla Carta di Nizza: il caso dell'orientamento sessuale*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2010, p. 3, «da un lato, l'esistenza di particolari gruppi o categorie di persone che possono vivere in condizioni di ineguaglianza o di svantaggio rispetto al resto della popolazione può giustificare l'adozione di azioni positive. [...] Lo scopo, dall'altro lato, deve rimanere quello di promuovere un'uguaglianza di fatto nel rispetto del principio di proporzionalità».

<sup>38</sup> J. GERARDS, *How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2013, p. 466 ss.; F.M. PALOMBINO, *Fair and Equitable*, cit., p. 124 ss., il quale dimostra come negli ordinamenti nazionali e nella maggior parte dei tribunali internazionali il test di proporzionalità tripartito sia comunemente utilizzato. Contrariamente K. MOLLER, *Proportionality: Challenging the Critics*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2012, p. 709 ss. sembra prediligere una visione quadripartite del test di proporzionalità, che scinde in due l'elemento dell'idoneità, il quale dunque si dividerebbe in idoneità e scopo legittimo. Tale divisione, tuttavia, appare superflua, essendo lo scopo legittimo della misura adottata una precondizione di qualsiasi valutazione di liceità della stessa, e per questo non convince. Non a caso, tale approccio è respinto da E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000, p. 4, il quale – in un'analisi completa del principio nel panorama internazionale – accoglie la visione tripartita. Similmente v. anche A. STONE SWEET, *Proportionality, General Principles of Law, and Investor-State Arbitration: A Response to Jose Alvarez*, in *NYU Journal of International Law and Politics*, 2014, pp. 916-918; HAN XIULI, *The Application of the Principle of Proportionality in Tecmed v. Mexico*, in *Chinese Journal of International Law*, 2007, p. 636.

<sup>39</sup> Sembra che la Corte EDU (e, in generale, i tribunali internazionali) adoperino questo terzo elemento del test di proporzionalità come nell'ordinamento italiano la più avveduta dottrina civilistica utilizza la clausola generale della ragionevolezza, la quale è «un criterio che, nel rispetto del principio di legalità, contribuisce a individuare nel momento applicativo la soluzione – tra quelle astrattamente e giuridicamente possibili – più di tutte conforme non soltanto alla lettera della legge, bensì alla logica complessiva del sistema e dei suoi valori normativi». V. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015,

Il test di proporzionalità, che la Corte EDU stessa ha ritenuto permeante l'intera Convenzione<sup>40</sup>, consente di rinvenire ad una mediazione tra due esigenze contrapposte: «da un lato quella di evitare che la formulazione rigida di diritti individuali possa comportare una limitazione troppo pesante nei confronti della libertà statale di regolamentare secondo proprie finalità i rapporti sociali sul proprio territorio; dall'altro quella di evitare il riconoscimento di sfere di discrezionalità assoluta, suscettibili di interferire con la tutela internazionale dei diritti individuali e pregiudicarne l'effettività»<sup>41</sup>.

Ciò posto, è necessario ora soffermarsi brevemente sulla disposizione sostanziale in relazione alla quale, nel caso in esame, si ritiene abbia operato una discriminazione, ossia l'art. 8 CEDU. Questo, al primo comma, afferma che

«[o]gni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza».

Le nozioni di vita privata e familiare sono state interpretate dalla Corte EDU in maniera autonoma (ossia prescindendo dalle peculiarità degli Stati membri) ed evolutiva (dunque tenendo conto dell'evoluzione sociale, culturale e giuridica nella concezione di tali diritti)<sup>42</sup> e, dunque, il loro contenuto è mutato nel tempo. Oggi si ritiene che la prima «includ[a] sia il diritto a godere di una sfera esclusiva d'intimità persona [...] sia il diritto di sviluppare la personalità intrecciando relazioni con i propri simili»<sup>43</sup>. La seconda, invece, costituisce il diritto degli individui di vivere adeguatamente nella propria famiglia (ove per questa non deve solo rigidamente intendersi quella fondata sul matrimonio), avendo la possibilità di estrarre la propria personalità e tutelando le relazioni formatesi in ambito familiare.

p. 23. V. anche ID., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 747 s. secondo il quale: «[r]agionevolezza e proporzionalità cooperano per la decisione del caso senza mai sovrapporsi. La ragionevolezza, a differenza della proporzionalità, prescinde da una valutazione meramente quantitativa o di misura. Ciò che è proporzionato non sempre è ragionevole. Una reazione proporzionata può risultare irragionevole. Un rimedio proporzionato può risultare irragionevole e incongruo rispetto agli interessi e ai valori coinvolti in un caso concreto. Ad esempio, la scelta, condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza statunitense fino alla metà del '900, di separare in egual misura all'interno di un autobus le zone riservate ai bianchi da quelle riservate ai neri (secondo la nota dottrina del "separati ma uguali") è, come evidente, proporzionata ma irragionevole nel nostro sistema. Dunque proporzionalità e ragionevolezza cooperano sempre nella decisione del caso, pur divergendo sul piano concettuale. La ragionevolezza può giustificare la sproporzione in virtù dell'esigenza di uguaglianza sostanziale».

<sup>40</sup> Corte EDU, 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, serie A n. 161, § 89; Corte EDU, 23 settembre 1982, *Sporrong e Lönnroth c. Svezia*, Serie A n. 52, § 69.

<sup>41</sup> E. CANNIZZARO, *Il principio*, cit., p. 40.

<sup>42</sup> C. PITEA e L. TOMASI, *Art. 8*, cit., p. 298.

<sup>43</sup> ID., *o.u.c.*, p. 299. V. anche M. ACIERNO, *Il ruolo delle Corti nella nozione di famiglia e matrimonio*, in *GenIUS, Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2, 2014, p. 57 ss.

Gli Stati devono dunque, da un lato astenersi da ingerire arbitrariamente nell'ambito di tali diritti (obblighi negativi) e, dall'altro, attivarsi per promuovere e rendere effettivo l'esercizio degli stessi (obblighi positivi)<sup>44</sup>.

L'art. 8 è stato oggetto di grandi dibattiti in merito alla possibilità di configurare come rientranti nell'ambito della vita familiare le relazioni omosessuali. Tale possibilità è stata riconosciuta dalla Corte EDU nel 2010 con la sentenza *Schalk e Kopf c. Austria*<sup>45</sup>, alla quale ha fatto seguito la nota sentenza *Oliari*<sup>46</sup>, in cui l'Italia è stata condannata per non aver adottato misure positive idonee ad assicurare il rispetto per la vita familiare delle coppie omosessuali.

La possibilità di una discriminazione (in violazione dell'art. 14) tra coppie omosessuali ed eterosessuali in relazione al godimento dei diritti di cui all'art. 8 è già stata oggetto di giudizio dinanzi alla Corte nel noto caso *Vallianatos c. Grecia*<sup>47</sup>, che, non a caso, nel caso che si commenta è stato adottato dalla Corte Suprema del Regno Unito come precedente direttamente rilevante (§ 35-40). In questa controversia, i ricorrenti lamentavano che la legge greca n. 3719/2008, che istituiva le unioni civili, fosse discriminatoria in quanto consentiva l'accesso a questo istituto solo alle coppie eterosessuali. Tale discriminazione non permetteva, quindi, agli omosessuali di godere del proprio diritto alla vita (privata e) familiare<sup>48</sup>. Il Governo greco aveva, secondo quanto emerge dalla sentenza della Corte EDU, adottato questo tipo di misura allo scopo di far sí che due genitori non sposati potessero comunque esercitare le proprie funzioni in maniera paritaria e sotto la protezione legislativa<sup>49</sup>. Inoltre, sempre secondo l'Esecutivo, la legge aveva lo scopo di regolare una situazione molto comune ma finora priva di disciplina, ossia la convivenza *more uxorio* di due soggetti eterosessuali<sup>50</sup>. Questa posizione, tuttavia, era in stridente disaccordo con quanto previamente affermato dalla Commissione Nazionale per i Diritti Umani della Grecia (istituita nel 1998 e sottoposta all'autorità del Premier), la quale il 14 luglio 2008 pubblicò un *report* dal nome «Riforme concernenti famiglie, bambini e società», nel cui ambito si lamentava la disciplina frammentaria ed incompleta del fenomeno delle unioni ci-

<sup>44</sup> ID., *o.u.c.*, p. 303 ss. a cui si rimanda per una analisi specifica dell'art. 8, della giurisprudenza ad esso relativa e delle limitazioni ad esso consentite.

<sup>45</sup> Prima Sezione, 24 giugno 2010, in *articolo29.it*, § 94.

<sup>46</sup> Quarta Sezione, 21 luglio 2015, in *echr.coe.int*, § 159 ss. V., in commento, tra gli altri, 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, p. 655 ss.; L. FERRARO, *Il caso Oliari e la (inevitabile) condanna dell'Italia da parte della Corte EDU*, in *Dir. pubbl. eur. Rassegna online*, 2015, p. 1 ss.

<sup>47</sup> Grande Camera, 7 novembre 2013, in *echr.coe.int*. Sul tema della discriminazione in base all'orientamento sessuale v. diffusamente M.C. VITUCCI, *La tutela dell'orientamento sessuale. Dall'incriminazione delle condotte omosessuali all'emersione del diritto a non essere discriminati*, in *Rivista AIC*, 4, 2012, p. 1 ss.

<sup>48</sup> § 60.

<sup>49</sup> § 62-63.

<sup>50</sup> § 64.

vili e la discriminazione nei riguardi delle coppie omosessuali. Stando a quanto si può leggere nella sentenza della Corte di Strasburgo, in occasione della promulgazione della legge 3719 il Governo greco aveva perso un'occasione unica per rimediare ad un'ingiustificata disparità di trattamento già in essere utilizzando un istituto, quello delle unioni civili, che si presentava perfettamente adatto a regolare il fenomeno delle coppie omosessuali<sup>51</sup>.

Ciò posto, la Corte EDU – dopo aver ricostruito i principi emersi dalla giurisprudenza in merito all'applicazione dell'art. 14<sup>52</sup> – ha nuovamente affermato che l'orientamento sessuale è un parametro di discriminazione rispetto al quale il margine di apprezzamento statale è molto limitato e, al contrario, lo scrutinio giudiziale deve essere molto rigido. Solo in presenza di «*particularly convincing and weighty reasons*» è ammissibile una disparità di trattamento tra eterosessuali ed omosessuali. Stando al ragionamento dei giudici, la situazione esistente tra queste due categorie è assolutamente comparabile, posto che entrambe sono in grado di intraprendere stabili relazioni sentimentali<sup>53</sup>. A tal riguardo, le ragioni addotte dall'Esecutivo greco in supporto della propria scelta legislativa non potevano definirsi sufficienti a superare il test di proporzionalità ed, in particolare, il requisito della necessità. L'esclusione dei *gay* dalla possibilità di fruire dell'istituto dell'unione civile non era infatti necessaria per raggiungere gli obiettivi dichiarati dal governo, i quali ben avrebbero potuto essere ottenuti evitando la discriminazione. Per questo motivo, la Corte EDU ha dato ragione ai ricorrenti.

Il ragionamento seguito nel precedente appena esaminato è, *mutatis mutandis*, riutilizzabile per valutare la legittimità dell'approccio seguito dalla Corte Suprema del Regno Unito. Accertata l'assoluta comparabilità delle coppie eterosessuali ed omosessuali ai fini del godimento del diritto della vita privata e familiare, e posto il legittimo obiettivo di introdurre una forma di unione più flessibile del matrimonio, non era necessario – per il legislatore d'oltremarica – escludere le coppie eterosessuali dalla possibilità di ricorrere all'istituto delle *registered partnership*. Né, nel caso concreto, poteva dirsi ragionevole, anche alla luce dei principi generali (di origine giurisprudenziale) che ispirano la concezione di famiglia nella CEDU, l'esclusione dell'una o dell'altra categoria dall'accesso alle unioni civili, nonostante il millantato obiettivo del legislatore inglese di attendere del tempo allo scopo di valutare al meglio come intervenire per riformare l'istituto: il sacrificio imposto ad una categoria di persone, tutelate dall'ordinamento, era troppo grande rispetto ad una scelta meramente politica che ben avrebbe potuto essere adottata in precedenza utilizzando dei correttivi volti a tutelare tutte le categorie coinvolte. Corretta è stata, dunque, l'analisi della Corte Suprema nel riformulare le conclusioni raggiunte nei precedenti gradi di giudizio.

3. È, a questo punto, lecito interrogarsi sul se la pronuncia della Corte Su-

<sup>51</sup> § 24.

<sup>52</sup> § 76.

<sup>53</sup> § 78.

prema del Regno Unito possa avere qualche ripercussione (almeno dal punto di vista del dibattito dottrinale) anche nell'ordinamento italiano. Quest'ultimo, si ricorda, prevede all'art. 1, comma 1, della l. n. 76 del 2016 (c.d. legge Cirinnà) l'accesso all'istituto delle unioni civili per le sole coppie omosessuali (le quali non possono accedere al matrimonio). Dunque, una coppia eterosessuale che non intenda sposarsi può solamente far ricorso all'istituto della convivenza di fatto, regolata dall'art. 1, commi 36 ss., della medesima legge.

Prima di intraprendere la discussione in merito alla natura discriminatoria o meno della scelta operata dal legislatore italiano, è opportuno rammentare che l'accesso alle unioni civili per le coppie eterosessuali non è solo una prerogativa dell'ordinamento inglese (in séguito alla sentenza che si commenta), ma è propria anche di altri ordinamenti come la Francia, l'Australia ed il Brasile<sup>54</sup>. Per quanto riguarda la prima, la nota riforma operata con la l. n. 944 del 1999 ha introdotto il Titolo XII nel Libro I del *code civil* (artt. 515-1 a 515-8) sotto la rubrica *Du pacte civil de solidarité et du concubinage* e previsto i c.dd. *Pact Civil de Solidarité* (PaCS), i quali sono definiti, nell'art. 515-1, come «[u]n pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune» (corsivo aggiunto). In Australia, il *Civil Unions Act 2006* all'art. 5 statuisce: «(1) A civil union is a legally recognised relationship that, subject to this Act, may be entered into by any 2 people, regardless of their sex. (2) A civil union is to be treated for all purposes under territory law in the same way as a marriage» (corsivo aggiunto). In Brasile, infine, l'equiparazione giuridica delle coppie *gay* e di quelle eterosessuali nel quadro delle unioni non matrimoniali è stata operata da una sentenza del 5 maggio 2011 del Tribunal Supremo Federal<sup>55</sup>, che ha considerato le due categorie assimilabili ai fini del concetto di entità familiare. Altri Paesi, invece, hanno superato il modello dell'unione civile e previsto il matrimonio come forma di unione di carattere generale, a prescindere dall'orientamento sessuale delle coppie<sup>56</sup>.

Quindi, nonostante i passi avanti nel senso del riconoscimento giuridico dell'esistenza delle unioni omosessuali, la situazione italiana si presenta ancora come peculiare nel panorama internazionale, da un lato per l'aver previsto una disciplina delle unioni civili che ha numerosi ed evidenti tratti di similitudine con il matrimonio<sup>57</sup> (ma che evita anche di semplicemente utilizzare tale sostantivo) e, dall'altro, per quanto qui d'interesse, per l'aver comunque precluso alle coppie eterosessuali l'accesso alle unioni civili. Scelta, questa, che già dal punto di vista logico appare poco comprensibile dato che l'unione civile si presenta come una categoria *minoris generis* rispetto a quella più ampia del matrimonio (che, ovvia-

<sup>54</sup> V. diffusamente K. FIORENZA e R. VIRZO, *Le unioni civili nello scenario internazionale: spunti di riflessione*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2017, p. 865 ss.

<sup>55</sup> La sentenza è menzionata in K. FIORENZA e R. VIRZO, *Le unioni civili*, cit., p. 871 s.

<sup>56</sup> K. FIORENZA e R. VIRZO, *Le unioni civili*, cit., p. 860 ss.

<sup>57</sup> G. PERLINGIERI, *Interferenze*, cit., 2018, p. 101 ss.

mente, è liberamente accessibile per gli etero). L'unione civile potrebbe dunque rappresentare un ottimo compromesso per tutte quelle coppie eterosessuali che, pur non volendosi sposare, intendano in qualche modo formalizzare giuridicamente il proprio legame.

Per un ragionamento di natura giuridica, tuttavia, occorre innanzitutto dimostrare che l'unione civile, alla quale gli eterosessuali non hanno accesso, è diversa sia dal matrimonio sia dalla convivenza di fatto, istituti dei quali – al contrario – essi possono usufruire. Le differenze, in entrambi i casi, sono palesi.

Con riguardo al rapporto tra unione civile e matrimonio tali difformità sono numericamente esigue ma sostanzialmente significative (e ciò a prescindere dalla ragionevolezza o meno delle scelte operate dal legislatore e dall'estensibilità, che pur potrebbe sembrare opportuna, in via interpretativa della disciplina dell'un istituto nell'altro)<sup>58</sup>. Tali differenze consistono, fondamentalmente, nella diversa disciplina dello scioglimento del rapporto, nell'assenza dell'obbligo di fedeltà nelle unioni civili e nella diversa disciplina in tema di cognome comune.

Per quanto concerne la disciplina dello scioglimento del rapporto, la legge Cirinnà all'art. 1, comma 24, prevede – al posto della farraginoso successione di separazione e divorzio che caratterizza la fine del vincolo matrimoniale (che, nonostante le recenti semplificazioni, permane stabilmente nel nostro ordinamento) – che l'unione civile si sciogla quando le parti hanno manifestato anche disgiuntamente la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile. Trattasi di un diritto potestativo che può essere esercitato senza alcuna motivazione<sup>59</sup> ed è questa una forma particolarmente snella con cui l'ordinamento può prendere atto del disfacimento della comunità familiare, rispetto alla quale non può che condividersi una più generale considerazione operata in dottrina, secondo cui «alcune delle differenze tra unione civile e matrimonio più che dipendere dalla peculiarità del rapporto omosessuale, costituiscono in qualche modo delle opzioni

<sup>58</sup> G. PERLINGIERI, *Interferenze*, cit., 2018, p. 103 s. osserva che «[a]llo scopo, occorre, piuttosto, verificare le interferenze tra matrimonio e unione civile, evitando di farne categorie o sottocategorie non comunicanti e valutando l'opportunità di un trattamento omogeneo di coppia coniugata e coppia unita civilmente. Detto altrimenti, con approccio casistico, serve accertare quali norme, sia pur non espressamente richiamate dalla legge Cirinnà, sono comunque applicabili alle unioni civili, e, viceversa, quali norme introdotte per l'unione civile potrebbero incidere sulla disciplina del matrimonio. In questo modo sarà possibile confermare che alcuni insegnamenti della dottrina più sensibile, precedenti alla legge Cirinnà, sono ancora attuali, nonché essenziali per risolvere alcune lacune o incongruenze della recente normativa. Un approccio metodologico fuorviante è quello che considera ora il matrimonio e l'unione civile tipi distinti e separati, ora l'unione civile una sottospecie della fattispecie tipica del matrimonio: la distinzione tra tipico e atipico, tra regolare, speciale o eccezionale serve a poco ed è molto pericolosa. Ogni classificazione perde di rilevanza dinanzi all'idea di 'famiglia' come comunione di vita materiale e spirituale in funzione dello sviluppo della persona; e a poco rileva, in certi casi, se la comunione di vita familiare origini da atti formalmente diversi».

<sup>59</sup> C. ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016, p. 339.

normative piú moderne e avanzate, che ben potrebbero essere utilizzate anche per le coppie eterosessuali»<sup>60</sup>.

Passando all'assenza dell'obbligo di fedeltà nella legge Cirinnà, si tratta di una omissione alquanto sorprendente. Qualche voce in dottrina ha affermato che tale assenza sia connessa alla lettura piú generale che il legislatore darebbe di quest'obbligo, non da intendersi come facente riferimento solo al proprio compagno, ma come un dovere nei riguardi dell'intera comunità familiare, che, nel caso dell'unione civile, non esistendo una *comunità* familiare, non esiste<sup>61</sup> (o, almeno, non dovrebbe esistere nell'idea del legislatore)<sup>62</sup>. Al contrario, non volendo leggere nell'omissione in esame piú di quanto essa possa realmente significare, sembra condivisibile l'opinione di chi propone di estendere questo dovere in via interpretativa anche alle unioni civili, almeno come base giuridica per una forma di responsabilità da illecito endofamiliare<sup>63</sup>. Si tratta, in ogni caso, allo stato, di supposizioni. Quel che è certo è che – pur non volendo drammatizzare l'omissione del riferimento all'obbligo di fedeltà nella legge Cirinnà – tale obbligo non è previsto. Questa è, dunque, una ulteriore significativa differenza con il matrimonio.

Riguardo, infine, al cognome comune, nell'unione civile, diversamente dal matrimonio, questo può essere liberamente scelto tra quello di entrambi i *partner* (art. 1, comma 10, legge Cirinnà)<sup>64</sup>. Seppur questa disciplina sia stata parzialmente modificata (e svuotata di significato) dal d.lg. 19 gennaio 2017, n. 5, secondo il quale la scelta del cognome non ha alcuna formalizzazione anagrafica, sembra po-

<sup>60</sup> N. CIPRIANI, *Le unioni civili*, in R. PANE (a cura di), *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, Napoli, 2017, p. 52.

<sup>61</sup> R. FADDA, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1393.

<sup>62</sup> Sempre piú, infatti, si tende in ogni caso ad accettare, in nome del superiore interesse del minore la possibilità che coppie omosessuali si vedano riconosciute adozioni perfezionate all'estero. A tal riguardo, App. Napoli, 4 luglio 2017, in *articolo29.it*, ha addirittura affermato che la madre non biologica sia comunque da considerarsi madre a tutti gli effetti sin dal momento della nascita. Si veda il commento di M. GATTUSO, *Corte di appello di Napoli: i bambini arcobaleno sono figli di entrambi i genitori sin dalla nascita*, in *articolo29.it*, 2018. In tema di adozioni omosessuali e superiore interesse del minore v. C. HONORATI, *Maternità surrogata, status familiari e ruolo del diritto internazionale privato*, in A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, Napoli, 2018, p. 140; A. QUERCI, *La maternità "per sostituzione" fra diritto interno e Carte internazionali*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 1142 ss.; C. GHIONNI, *Figlio di due madri nato all'estero e compatibilità con l'ordinamento interno: l'interesse della persona minore d'età e nella famiglia omogenitoriale*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, pp. 323-327.

<sup>63</sup> N. CIPRIANI, *Le unioni civili*, cit. p. 57; G. PERLINGIERI, *Interferenze*, cit., 2018, p. 123 ss.; M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 879; E. FALETTI, *Quando l'assenza è piú forte di una presenza: lo stralcio del dovere di fedeltà tra matrimonio e unione civile*, in *GenIus*, 2, 2016, p. 131 ss.

<sup>64</sup> Quest'approccio sembra rispondente al *dictum* di Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286, in *Foro it.*, 2017, c. 1, nella quale è stata dichiarata l'illegittimità della normativa che comporta l'automatica attribuzione del cognome paterno ai figli e non consente di optare per l'attribuzione anche, o soltanto, del cognome materno.

tersi condividere l'opinione di chi ha affermato che il Governo ha in questo caso ecceduto la propria delega e dunque presto si ritornerà ad una piena efficacia dell'art. 1, comma 10, della legge Cirinnà<sup>65</sup>, la cui disciplina potrebbe quindi risultare sul punto maggiormente attraente per le coppie eterosessuali rispetto a quella del matrimonio.

Molto più evidenti, poi, sono le differenze tra l'unione civile e la convivenza di fatto (anch'essa regolata dalla legge Cirinnà). Quest'ultima, facendo riferimento a «due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale»<sup>66</sup> è stata già definita come una forma di unione «ad intensità minore»<sup>67</sup> posto che, nonostante la stabilità del rapporto<sup>68</sup>, assicura a tali coppie solo una serie di diritti tipizzati nei commi successivi del medesimo testo normativo (su cui si dirà in séguito). La scelta normativa di disciplinare congiuntamente unioni civili e convivenze di fatto è stata, peraltro, già oggetto di vigorose critiche, posto che la seconda si trova ad essere, nell'attuale quadro normativo, «una sorta di appendice secondaria»<sup>69</sup> della prima. Inoltre, non manca chi abbia già rilevato che la disciplina delle convivenze di fatto contenuta nella l. n. 76 del 2016 non escluda la possibilità che si faccia ricorso alla precedente disciplina dei rapporti *more uxorio*, fondata principalmente sulla diretta applicazione dell'art. 2 Cost. che tutela l'uomo come singolo e come membro di formazioni sociali<sup>70</sup>.

Nell'ambito della disciplina delle convivenze di fatto, come è stato già notato

<sup>65</sup> N. CIPRIANI, *Le unioni civili*, cit. p. 55.

<sup>66</sup> Art. 1, comma 36, l. n. 76 del 2016.

<sup>67</sup> L. BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 922.

<sup>68</sup> ID., *o.u.c.*, p. 926, dove si nota che la stabilità è un requisito «sul quale da tempo gli interpreti fanno leva allo scopo di distinguere la mera relazione occasionale o una semplice coabitazione da una vera e propria famiglia di fatto. La stabilità evoca un impegno serio e duraturo, tra due persone che, legate da sentimenti di affetto, abbiano a comportarsi come coniugi, pur in assenza di una qualsivoglia formalizzazione». Da notare che il comma 36 della legge Cirinnà non precisa quando si possa parlare di coppia stabile, demandando all'apprezzamento dell'interprete ogni valutazione al riguardo. C. ROMANO, *Unioni civili*, cit., p. 343, fa notare, a tal riguardo, che non ogni rapporto di convivenza possa inquadrarsi come convivenza di fatto, ma è necessario il soddisfacimento di due requisiti: «a il primo, attinente alla sfera soggettiva, consistente nell'*affectio coniugalis*, vale a dire nella volontà di modellare la relazione ad immagine del rapporto coniugale, con conseguente osservanza dei 'doveri matrimoniali', non essendo sufficiente a tal fine la sola coabitazione; b) il secondo, di tipo oggettivo, si traduce nella serietà, riconoscibilità sociale, tendenziale stabilità del vincolo, il che esclude dal perimetro del fenomeno tutte le relazioni di tipo occasionale».

<sup>69</sup> L. LENTI, *La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura*, in *iuscivile.it*, 4, 2016, p. 92 s. Similmente, C. ROMANO, *Unioni civili*, cit., p. 341.

<sup>70</sup> F.P. LUISO, *La convivenza di fatto dopo la legge 2016/76*, in *judicium.it*, 2016, p. 5, dove si afferma che «difficilmente si [può] sostenere che la riforma ha tolto ai conviventi 'di mero fatto' i diritti che ad essi erano riconosciuti in precedenza. Le ragioni che, via via, hanno indotto dottrina e giurisprudenza a sostenere che dalla mera convivenza di fatto discendano taluni effetti, permangono immutate anche dopo l'entrata in vigore della legge».

«ciò che colpisce, invero, è che il legislatore non detti una trama, sia pure essenziale, di diritti e doveri tra conviventi durante la vita del rapporto e dunque non riconosca agli stessi un autonomo *status*; la scelta è, invece, quella di soffermarsi su temi particolari, quali i diritti derivanti dallo scioglimento dell'unione, basandosi sulla copiosa giurisprudenza in materia»<sup>71</sup>. Dal testo della legge risulta solo un elenco di diritti di cui godono i membri della convivenza di fatto<sup>72</sup> ai quali fa séguito la possibilità di disciplinare ulteriormente gli aspetti patrimoniali della vita comune attraverso la redazione di un contratto di convivenza (commi 50 ss. della legge Cirinnà)<sup>73</sup>. Sorprende, tuttavia, in modo particolare, la mancanza di una disciplina ordinaria in materia successoria (presente invece nell'ambito delle unioni civili ai sensi dell'art. 1, comma 21, della l. n. 76 del 2016)<sup>74</sup>. Questa è una scelta particolarmente discutibile, anche in virtù delle aspettative riposte nell'intervento del legislatore in *subiecta materia* e alla luce del precedente dibattito dottrinale che aveva portato in diverse occasioni alla redazione di disegni di legge (poi incompiuti) che regolavano la questione<sup>75</sup>. In assenza di testamento, dunque, nessuna forma di tutela è attribuita dalla legge al convivente di fatto<sup>76</sup> ed un'attribuzione testamentaria, in ogni caso, non potrà spingersi oltre la quota disponibile.

È evidente, quindi, che esistono differenze strutturali tra i vari istituti a cui una coppia può alternativamente accedere in Italia in ragione del proprio orientamento sessuale<sup>77</sup>. Per quanto qui di interesse, occorre verificare se possa dirsi esistente una discriminazione ai sensi degli artt. 14 e 8 Cedu ai danni delle cop-

<sup>71</sup> C. ROMANO, *Unioni civili*, cit., p. 341.

<sup>72</sup> Per un'analisi dettagliata di tali diritti, previsti dai commi 39 ss. della legge Cirinnà, v. C. ROMANO, *Unioni civili*, cit., p. 343 ss.; L. LENTI, *Convivenze di fatto, Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 931 ss.

<sup>73</sup> V., sul punto, in senso abbastanza critico, G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 943 ss.; G. RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, in *Notariato*, 2017, p. 11 ss.; G. VILLA, *La gatta frettolosa e i contratti di convivenza*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1189 ss.

<sup>74</sup> Altro discorso, che qui non è possibile approfondire, è quello della coerenza complessiva della legge Cirinnà in merito alla disciplina delle unioni civili: potrebbe infatti ben osservarsi che è irragionevole attribuire ai membri delle unioni civili, da un lato, il ruolo di legittimari (che l'ordinamento riserva a categorie ristrette di individui i quali hanno un vincolo di parentela strettissimo con il *de cuius*) e, dall'altro lato, non prevedere un obbligo di fedeltà e consentire lo scioglimento *ad libitum* del vincolo dell'unione.

<sup>75</sup> Per cui sia consentito rimandare a C. ROMANO, *Unioni civili*, cit., p. 346.

<sup>76</sup> C. ROMANO, *Unioni civili*, cit., p. 347 ove si legge che «[i]n presenza di unioni di fatto, ove i conviventi non vogliano consacrare il proprio legame nelle forme del matrimonio o dell'unione civile, lo strumento testamentario diventa passaggio obbligato per la devoluzione di sostanze, per il tempo successivo alla morte, al convivente; detta attribuzione, tuttavia, non potrà spingersi oltre la quota disponibile, non potendosi riconoscere diritti riservati al convivente di fatto».

<sup>77</sup> In tal senso anche M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 881.

pie eterosessuali che, per scelta del legislatore (sia questa una decisione voluta od inconscia)<sup>78</sup>, non possono accedere all'unione civile. Tale analisi va condotta tenendo in debito conto che nel caso in cui due soggetti non vogliano ricorrere al matrimonio la loro unica alternativa risulta essere la limitata disciplina delle convivenze di fatto. Ripercorreremo dunque il percorso argomentativo già séguito dalla Corte Suprema del Regno Unito e dimostreremo che una disparità di trattamento esiste anche nel diritto italiano. Ci chiederemo dunque, per valutarne la legittimità, se le scelte del legislatore trovino una giustificazione oggettiva (in uno scopo legittimo prefisso dal legislatore italiano) e se le evidenziate differenze tra gli istituti analizzati superino il test di proporzionalità.

Dal punto di vista del c.d. *legitimate aim* della scelta del legislatore italiano, appare evidente che la legge Cirinnà sia stata redatta ed approvata allo scopo di riempire un vuoto normativo intollerabile con riguardo alla disciplina delle coppie omosessuali (e per il quale l'Italia era già stata condannata, come noto, dalla Corte Edu). Questa valutazione, che di per sé bastava a rendere necessaria una legge che regolasse la materia, non spiega il perché di una scelta – quella di limitare l'accesso alle unioni alle sole coppie omosessuali – che presenta, come abbiamo visto, alcuni tratti di discriminatorietà. Si potrebbe pensare, facendo un giudizio meramente ipotetico, che nell'ambito di un immaginario processo dinanzi alla Corte Edu il Governo italiano possa giustificare la propria scelta affermando che per le coppie eterosessuali è più che sufficiente l'accesso al matrimonio, che offre più diritti dell'unione civile. Un'attenta riflessione, però, sembrerebbe far propendere per una diversa opinione. Si pensi, a titolo di esempio, ad un individuo che, rimasto vedovo, non intenda risposarsi (se non altro a causa del maggiore impegno morale che il matrimonio comporta) ma, trovata poi una compagna, voglia comunque garantire a quest'ultima diritti che vadano oltre la lista prevista per le convivenze di fatto. Ciò non gli sarà possibile in quanto l'attuale formulazione della l. n. 76 del 2016 non gli consente di usufruire delle peculiarità dell'unione civile.

Non è facile comprendere le ragioni per questa scelta ed una conferma dell'irragionevolezza della disciplina proviene dall'applicazione nel caso di specie del principio di proporzionalità nella sua accezione tripartita sviluppata dalla Corte Edu. Se le misure adottate dallo Stato italiano risultano sicuramente idonee a raggiungere lo scopo che si erano prefisse, sicuramente *non era necessario* introdurre questa forma di discriminazione ai danni delle coppie eterosessuali. Infatti, l'obiettivo di riconoscere e disciplinare i rapporti coniugali (o pseudo-tali) nelle coppie omosessuali non richiedeva per alcuna ragione la non estensione della categoria dell'unione civile agli eterosessuali. Dunque ben esisteva una misura meno intrusiva e/o limitativa dei diritti di questi ultimi. Venendo, infine, alla propor-

<sup>78</sup> Con riguardo alla disciplina delle unioni eterosessuali ed omosessuali, come è stato correttamente notato, la Costituzione si pone in posizione di assoluta centralità. Si veda V. CARBONE, *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 849.

zionalità *stricto sensu*, va posto in evidenza che, in concreto, il sacrificio imposto alle coppie eterosessuali non appare giustificato da alcun vantaggio in capo alle coppie *gay*. D'altra parte, la Costituzione ed i principi che da questa derivano non sembra limitare la possibilità di accedere a questo o quell'istituto per regolare una stabile relazione di coppia. Al contrario, come vedremo nel prossimo paragrafo, essa impone una tutela delle scelte dell'individuo con riguardo alla propria vita personale, purché ci si muova nella cornice dei principi fondamentali dell'ordinamento.

Sembrerebbe, quindi, che una discriminazione vi sia e che essa operi in relazione ai diritti di cui all'art. 8 CEDU, innanzitutto nella parte in cui questo tutela il diritto alla vita privata intesa come possibilità di «sviluppare la personalità intrecciando relazioni con propri simili»<sup>79</sup> nel modo in cui ognuno preferisce. In presenza di un istituto «intermedio» tra il matrimonio e la convivenza di fatto non si vede perché l'accesso ad esso debba essere precluso ad una categoria di persone totalmente assimilabile a coloro i quali invece possono usufruirne. In secondo luogo, la discriminazione in oggetto potrebbe anche avere effetto sulla vita familiare dei soggetti coinvolti, in quanto la legge italiana, ad oggi, non consente a costoro di avere accesso ad istituti diversi dal matrimonio che adeguatamente (ma in modo più flessibile rispetto al primo) ne tutelino i diritti, seppur tali istituti già esistano nell'ordinamento (nella forma dell'unione civile) e siano accessibili ad altre categorie di individui equiparabili<sup>80</sup>.

4. Le conclusioni raggiunte non devono sorprendere se si tiene conto di come la concezione di famiglia nell'ordinamento italiano si sia evoluta a partire dall'avvento della Costituzione e delle principali carte dei diritti (tra le quali, ovviamente, spicca la CEDU). La famiglia era, infatti, precedentemente intesa come istituzione<sup>81</sup> e veniva vista come fenomeno collettivo che doveva tra le altre cose (e soprattutto) servire interessi statali. Si trattava, quindi di una concezione «paternalista» della famiglia, che trovava luogo in uno Stato «interventista» e in cui ovviamente, posto l'asservimento dell'istituzione ad interessi superiori, si giustificava l'indissolubilità del vincolo matrimoniale<sup>82</sup>. La famiglia era, infatti, da molti considerata come parte del diritto pubblico<sup>83</sup> e, da questa concezione, sovente discendeva un sacrificio della posizione della persona e dei suoi diritti.

La situazione è drasticamente mutata sin da quando la Costituzione è entrata

<sup>79</sup> C. PITEA e L. TOMASI, *Art. 8*, cit., p. 299.

<sup>80</sup> Va a tal proposito rammentato che la violazione in essere riguarda l'art. 14 e non l'art. 8 in quanto, come abbiamo visto nel corso del presente lavoro, l'art. 14 può essere autonomamente violato, a condizione che la discriminazione illegittima operi in relazione ad uno dei diritti convenzionali.

<sup>81</sup> Il termine è stato usato da P. RESCIGNO, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, p. 117.

<sup>82</sup> V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia ad oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 1045 ss.

<sup>83</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 3ª ed., Padova, 1955, p. 584.

in vigore, anche se inizialmente solo avveduta dottrina pareva essersene resa conto<sup>84</sup>. Alla luce degli artt. 2 e 3, comma 2, della Costituzione, infatti, la tutela della persona umana si è erta a «valore dei valori» in virtù del quale l'intero ordinamento giuridico deve essere riletto. «[L]a tutela della personalità è uno di quegli interessi, la personalità è uno di quei valori per i quali il legislatore deve tendenzialmente escludere limiti esterni ed estranei allo sviluppo della persona. L'interesse alla tutela della personalità è primario, caratterizza lo Stato sociale di diritto. La tecnica legislativa, che deve intervenire per rimodernare l'attuale legislazione ordinaria ed attuare i principi costituzionali nel loro completo significato, si deve necessariamente adeguare al valore sul quale deve incidere: non porre limiti alla realizzazione della personalità umana, alla libertà del soggetto (perché è il dettato della Costituzione), ma a quegli organi, quei soggetti o a quelle comunità che volessero attentare alla dignità dell'uomo, alla possibilità di sviluppare la sua personalità»<sup>85</sup>.

La conseguenza di tale concezione è che la famiglia, dovendosi per questa intendere non solo quella fondata sul matrimonio ma qualsiasi formazione sociale in cui il dato fattuale (ossia quello dei rapporti umani tra i componenti) sia da riconnettere all'idea di condivisione di un progetto comune di vita, deve essere vista come funzionale non al raggiungimento di obiettivi ultra-personali<sup>86</sup>, ma come il luogo in cui ciascun individuo realizza sé stesso e le proprie ambizioni. Ne discende una pluralizzazione dei modelli familiari ed il riconoscimento che due persone, a prescindere dal sesso, possano realizzare sé stessi usufruendo del *format* giuridico ad essi più congeniale. Del resto, «[q]uale ente esplicativo della persona, la famiglia è già di per sé "categoria plurale", in quanto riflettente il pluralismo insito nella stessa persona umana, quale energia vivente assiologicamente polarizzata e a complessità crescente che concentra dentro di sé tutte le sfere della realtà empiricamente data, e quindi una molteplicità assai vasta e una varietà amplissima di esigenze, bisogni, interessi, da quelli più elementari a quelli di grado via via più elevato di ordine razionale e spirituale. La famiglia, quale funzione della persona, non può non riflettere anch'essa siffatta realtà varia e complessa, molteplice e plurale, e conseguentemente assumere conformazioni e atteggiamenti non traducibili in un unico e ripetitivo e costante modello organizzativo»<sup>87</sup>. Piacca o no, i modelli organizzativi e le dimensioni familiari sono, dunque, orientati primariamente al soddisfacimento dei diritti dei singoli e non a quelli del gruppo in quanto tale<sup>88</sup>.

<sup>84</sup> Spicca, tra questi, P. PERLINGIERI, *La personalità*, cit., p. 11 ss.

<sup>85</sup> ID., *o.u.c.*, p. 16 s. Sul punto si veda anche V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio personalista in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 145 ss.

<sup>86</sup> Corte EDU, Quinta Sezione, 15 marzo 2012, *Gas e Dubois c. Francia*. In dottrina v. J. LONG, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto italiano della famiglia*, in P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, Milano, 2006, p. 12 ss.; V. SCALISI, «Famiglia e «famiglie» in Europa», in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 17.

<sup>87</sup> V. SCALISI, «Famiglia», cit., p. 9 s.

<sup>88</sup> V. SCALISI, *Le stagioni*, cit., p. 1291; M. SESTA, *La famiglia*, cit., p. 144 ss.; si vedano altresì gli ulteriori riferimenti dottrinali di cui alla precedente nota 1.

In questa cornice, appare evidente che – non essendovi ragioni ostative alla possibilità che coppie eterosessuali accedano all’istituto delle unioni civili – il divieto legislativo attualmente in essere appare discriminatorio, sproporzionato ed irragionevole. L’unione civile, infatti, potrebbe costituire un modello familiare preferibile per alcuni individui in ragione delle proprie esigenze concrete e, nell’attuale quadro ordinamentale volto a tutelare e garantire anzitutto i diritti della persona, nulla dovrebbe impedire che essi vi abbiano accesso.

5. L’analisi svolta ha permesso di analizzare in una prospettiva più ampia la sentenza del 27 giugno 2018 della Corte Suprema del Regno Unito nella quale, alla luce delle peculiarità dell’ordinamento d’oltremarina ed in virtù dei principi di cui agli artt. 14 e 8 della CEDU, è stato dichiarato discriminatorio, e quindi illegittimo, il divieto di accesso per le coppie eterosessuali all’istituto delle unioni civili.

Dopo aver analizzato i presupposti ed il contenuto di tali diritti nell’ambito della giurisprudenza della Corte EDU, ed avendo rapportato tale normativa alle peculiarità dell’ordinamento italiano – che non consente alle coppie eterosessuali di accedere all’istituto dell’unione civile – ci sembrerebbe che, come accaduto nel Regno Unito, questa discriminazione all’entrata dovrebbe essere espulsa dal nostro ordinamento. Ciò per un duplice motivo. Da un lato, con riferimento ai parametri per valutare una illegittima disparità di trattamento nella CEDU, non sussistono ragioni obiettive che giustifichino l’attuale dettato normativo e, in effetti, ben avrebbe potuto il legislatore italiano adottare una soluzione che fosse rispettosa del principio di proporzionalità (ed, in assenza di necessità, non imporre quindi un potenziale sacrificio alle coppie eterosessuali interessate ad accedere alle unioni civili). Dall’altro lato, la soluzione prospettata sarebbe perfettamente in linea con le attuali tendenze in merito alla concezione della famiglia, che non è più un’istituzione rigida da guardare nel suo insieme e volta al soddisfacimento di interessi collettivi, ma è una formazione sociale nell’ambito della quale tutti hanno il diritto di realizzare la propria personalità.

GIOVANNI ZARRA

### *Abstract*

A partire da una condivisibile recente pronuncia della Corte Suprema del Regno Unito nella quale è stata ritenuta illegittima l’impossibilità per le coppie eterosessuali di ricorrere alle unioni civili, il presente contributo ricostruisce, innanzitutto, la disciplina della CEDU e la giurisprudenza nella materia *de qua*. Lo scenario inglese è poi comparato alla attuale situazione esistente in Italia, in cui alle coppie eterosessuali è negato l’accesso alle unioni civili ma non alle convivenze di fatto; a tal riguardo si dimostra che, anche nel nostro ordinamento, è possibile configurare una discriminazione. Tali riflessioni sono, infine, inquadrare nell’ambito di alcune considerazioni di carattere generale concernenti la tutela della

persona umana nell'ambito della famiglia e la necessità di riconoscere a tutti una possibilità di scelta nell'accesso ad un istituto diverso dal matrimonio.

Starting from a recent decision of the UK Supreme Court, which established that the impossibility for heterosexual couples to access to registered partnership constitutes an illegitimate discrimination, this contribution analysis first of all the case law of the ECHR concerning this subject. The English scenario is then compared to the Italian one, in which heterosexual couples may access to *de facto* cohabitation but not to registered partnership, and will demonstrate that a discrimination exists also in Italian law. Finally, the discussion is located in the broader framework of the evolution of family law, which today is mainly aimed at ensuring the realization of individuals within the family; this means that everybody shall be able to choose the institution different from marriage to which access.

