

## Diritto italiano

### Rassegna di giurisprudenza

#### Diritti civili

6.

Corte di cassazione - sez. I civ.  
sentenza 15.3.2012 n. 4184 - rel. Di Palma

**matrimonio tra cittadini italiani dello stesso sesso celebrato all'estero - qualificazione - inesistenza - esclusione - inidoneità a produrre quale atto di matrimonio gli effetti giuridici previsti dall'ordinamento italiano - conseguente intrascrivibilità nei registri dello stato civile**

**persone dello stesso sesso conviventi in stabile relazione di fatto - diritto fondamentale alla "vita familiare" ex art. 8 Convenzione europea dei diritti dell'uomo - sussistenza - tutela giurisdizionale al trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata - sussistenza - estensione**

*artt. 2, 3, 10, 11, 29 Cost.; artt. 8, 12 CEDU; artt. 9, 21 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; artt. 84, 108, 115, 143, 143 bis, 143 ter, 156 bis c.c.; artt. 10, 18, 63, 95 d.p.r. 396/2000; artt. 27, 28, 65, 66 l. n. 218/1995; art. 484 co. 4 c.p.c.*

Sul ricorso 19306/2007 proposto da [...] contro il Sindaco del Comune di Latina e contro il Procuratore della Repubblica presso il tribunale di Latina, il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Roma avverso il decreto della Corte d'appello di Roma, depositato il 13.7.2006 n. 53050/05;

#### Svolgimento del processo

1. In data 1.6.2002, [...] - entrambi cittadini italiani contrassero matrimonio a L'Aja (Regno dei Paesi Bassi).

Successivamente, in data 12.3.2004, gli stessi chiesero al Sindaco del Comune di Latina - ove avevano stabilito la loro residenza - la trascrizione dell'atto del predetto matrimonio. Il Sindaco, interpellato quale ufficiale del Governo e dello stato civile, con atto dell'11.8.2004, rifiutò la trascrizione richiesta, ai sensi del d.p.r. 3.11.2000 n. 396, art. 18, essendo detto atto di matrimonio, formato all'estero, non suscettibile di trascrizione perché contrario all'ordine pubblico.

1.1. Avverso il provvedimento di rifiuto della trascrizione [...] proposero ricorso al tribunale ordinario di Latina che - in contraddittorio con il Sindaco del Comune di Latina e con il Procuratore della Repubblica presso lo stesso tribunale -, con decreto del 10.6.2005, respinse il ricorso.

*Diritto, immigrazione e cittadinanza XIV, 1-2012*

## Rassegna di giurisprudenza

1.2. I medesimi odierni ricorrenti proposero reclamo avverso tale decreto dinanzi alla Corte d'appello di Roma che - in contraddittorio con il Sindaco del Comune di Latina e con il Procuratore generale della Repubblica presso la stessa Corte, i quali chiesero entrambi la reiezione del reclamo e la conferma del decreto impugnato -, con decreto del 16.7.2006, rigettò il reclamo.

La Corte di Roma ha motivato tale decisione nei termini che seguono.

A) Quanto al motivo di reclamo - con il quale si sosteneva che la trascrizione dei matrimoni celebrati all'estero, avendo, ai sensi del citato d.p.r. 3.11.2000 n. 396, art. 17, natura meramente certificativa e dichiarativa, è atto dovuto ed "automatico", ove sia data la prova della sua celebrazione secondo la *lex loci* - la Corte ha ritenuto che: A1) sulla base di quanto stabilito dal d.p.r. 3.11.2000 n. 396, art. 63, co. 2, lett. c), sia l'ufficiale dello stato civile sia il giudice, adito ai sensi dello stesso d.p.r. n. 396 del 2000, art. 95, debbono verificare che l'atto di cui si chiede la trascrizione, sia esso formato in Italia ovvero all'estero, abbia le "connotazioni proprie, nel nostro ordinamento, degli atti di matrimonio assoggettati a trascrizione negli archivi di cui al medesimo d.p.r. n. 396 del 2000, art. 10"; A2) la trascrizione dell'atto di matrimonio formato all'estero - anche a voler condividere la tesi della sua natura meramente certificativa e dichiarativa e non costitutiva - non può tuttavia considerarsi "atto dovuto", in quanto la giurisprudenza di legittimità ha enunciato il principio "della ininfluenza della trascrizione ai fini della validità ed efficacia nel nostro ordinamento dell'atto di matrimonio celebrato all'estero tra cittadini italiani, validità ed efficacia per le quali si richiede, secondo le vigenti norme di diritto internazionale privato, la sussistenza dei requisiti di validità previsti dalla *lex loci* quanto alle forme di celebrazione e di quelli previsti dalla legge italiana quanto allo stato ed alla capacità delle persone", ciò in forza del disposto di cui alla l. 31.5.1995, n. 218, artt. 27 e 28; A3) il carattere "automatico" della trascrizione non può desumersi neppure da quanto dispongono la stessa l. n. 218 del 1995, artt. 65 e 66, - circa l'efficacia immediata in Italia dei provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone e all'esistenza dei rapporti di famiglia ed ai provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione -, dal momento che l'atto di matrimonio celebrato all'estero, "sebbene soggetto a determinate forme solenni che prevedono la ricezione della volontà dei nubendi da soggetti investiti di un pubblico ufficio, non è certo assimilabile ad un provvedimento proveniente dall'autorità amministrativa o giurisdizionale, ma resta un atto negoziale e come tale deve essere considerato ai fini della individuazione delle norme che ne disciplinano gli effetti nell'ordinamento interno". B) Ciò premesso, la Corte ha individuato lo specifico *thema decidendum* della controversia nell'accertamento, secondo il disposto di cui al d.p.r. n. 396 del 2000, art. 95, "se sussistano o meno le condizioni per procedere alla trascrizione richiesta dalle parti" e, "a questo limitato fine", ha ritenuto "non solo legittima, ma necessaria ed imprescindibile, la preliminare verifica se l'atto di cui si chiede la trascrizione possa o meno essere considerato atto di matrimonio, verifica che, proprio avuto riguardo alla funzione ed agli effetti di natura pubblici-

stica connessi alla trascrizione nei registri dello stato civile, non può che essere condotta con rigore alla stregua del diritto vigente e applicabile alla specie”. C) La Corte, al fine di decidere tale specifica questione, ha proceduto secondo i seguenti passaggi argomentativi, concernenti il metodo ermeneutico seguito, il quadro normativo di riferimento e l’efficacia delle norme applicabili dal giudice italiano: C1) “[...] il fatto che il matrimonio, sebbene ricopra un ruolo centrale nel sistema normativo che disciplina i rapporti di famiglia, non sia «definito» nella Costituzione, nè nel codice civile e neppure nelle leggi speciali che nel tempo hanno regolamentato l’istituto, deve indurre l’interprete chiamato ad individuarne il contenuto essenziale ad un’attenta considerazione della evoluzione che l’istituto possa avere avuto nel costume sociale oltre che nella sua disciplina positiva e a doverosamente utilizzare tutti i criteri di interpretazione di cui all’art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, fra i quali il criterio evolutivo”; C2) dal momento che lo Stato italiano fa parte “di una comunità internazionale che si è data regole e principi comuni, che ha proprie istituzioni e che con i suoi organi di giustizia si pone come autonomo referente per la tutela dei diritti dei singoli appartenenti alle varie comunità nazionali, deve essere considerato ai fini menzionati anche il contesto sovranazionale entro il quale l’ordinamento italiano si inserisce. L’ambito del sindacato richiesto è tuttavia pur sempre delimitato per l’interprete nella sede giurisdizionale dal rispetto degli ambiti di competenza di altri poteri dello Stato”; C3) a quest’ultimo riguardo, conseguentemente, “competete al legislatore dare attuazione, nelle forme che risulteranno conformi alla volontà parlamentare, quale espressione delle istanze provenienti dalla società, all’interno della quale è già da tempo presente il dibattito sull’argomento”, alle risoluzioni del Parlamento europeo dell’8.2.1994, del 16.3.2000, del 14.7.2001 e del 4.9.2003, sul tema dei diritti degli omosessuali e delle unioni tra gli stessi, rivolte agli Stati membri dell’Unione europea, “raccomandazioni a contenuto meramente programmatico alle quali non può essere riconosciuto alcun effetto vincolante per l’interprete chiamato ad applicare la normativa nazionale che si assume con esse configgente”; C4) “egualmente priva di obbligatorietà negli ordinamenti interni dei paesi UE” è la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, il cui art. 9 “garantisce [...] il diritto a sposarsi e a costituire una famiglia”, ma “secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l’esercizio”, relativamente al quale il testo delle spiegazioni che accompagna la Carta precisa che “L’articolo non vieta nè impone la concessione dello *status* matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso. Questo diritto è pertanto simile a quello previsto dalla CEDU art. 12, ma la sua portata può essere più estesa qualora la legislazione nazionale lo preveda”; C5) è ben vero che numerosi Stati europei hanno già introdotto nei rispettivi ordinamenti forme diverse, con effetti diversificati, di riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso - alcuni Stati sancendo un vero e proprio diritto al matrimonio -, ma “ciò è avvenuto all’esito di un lungo ed elaborato processo, nell’ambito del quale ogni comunità nazionale ha dovuto affrontare un’approfondita ricognizione delle libertà individuali meritevoli di

## Rassegna di giurisprudenza

tutela istituzionale in ambito familiare ed individuare i modelli normativi più rispondenti alla evoluzione delle realtà di questo tipo presenti nelle rispettive società”; processo che, invece, in Italia “è ancora in corso e presenta aspetti di tale delicatezza e complessità da non consentire alcuna anticipazione dell’interprete sulla base di una evoluzione della normativa esistente verso un nuovo assetto degli istituti interessati, evoluzione che non è allo stato rinvenibile nell’ordinamento nazionale, né perseguibile in via di interpretazione sistematica, analogica o estensiva delle norme di diritto interno, peraltro le uniche applicabili nella specie ai sensi della l. n. 218 del 1995, art. 27, e dell’art. 115 c.c., essendo i reclamanti entrambi cittadini italiani”; C6) “È dunque corretto ritenere [...] che, mancando a livello europeo ed extra europeo una disciplina sostanziale comune e cogente delle unioni di tipo coniugale tra persone dello stesso sesso, non si possa prescindere dall’esaminare la corrispondenza dei modelli normativi liberamente scelti nei vari Stati agli istituti dell’ordinamento nazionale, non potendo attuarsi con lo strumento invocato dai reclamanti e attraverso la forzosa esportazione delle scelte operate da altre comunità nazionali il riconoscimento di nuove realtà di tipo familiare che deve trovare ingresso nella sede e nelle forme istituzionali proprie”. D) Con specifico riferimento al caso di specie, la Corte ha ritenuto che l’atto di matrimonio contratto dal [...] e dall’[...] non può essere trascritto nei registri dello stato civile, “perché non presenta uno dei requisiti essenziali per la sua configurabilità come matrimonio nell’ordinamento interno, la diversità di sesso tra i coniugi”. Al riguardo, la Corte ha sottolineato che: D1) dottrina e giurisprudenza - in forza del letterale disposto dell’art. 107 c.c., il quale prevede che l’ufficiale dello stato civile “riceve da ciascuna delle parti personalmente, l’una dopo l’altra, la dichiarazione che esse si vogliono prendere rispettivamente in marito e in moglie” - considerano la diversità di sesso dei nubendi, unitamente al consenso delle parti ed alla celebrazione, come requisiti per la stessa esistenza del matrimonio; D2) tale requisito della diversità di sesso dei nubendi è presupposta anche da altre disposizioni del codice civile (ad esempio, dagli artt. 108, 143, 143 *bis*, 143 *ter*, 156 *bis*) e dallo stesso d.p.r. n. 396 del 2000, art. 64, co. 1 lett. e); D3) nessun argomento contrario può desumersi dall’art. 84 c.c. e ss., i quali non menzionano la diversità di sesso dei nubendi tra le condizioni necessarie per contrarre matrimonio, dovendo accogliersi la distinzione tra requisiti di esistenza e requisiti di validità dell’atto, dei quali “i primi vengono ad essere presupposti dalle norme che disciplinano, con elencazione ritenuta tassativa, le cause di invalidità del matrimonio”; D4) a quest’ultimo riguardo, appare “decisivo il rilievo che per il legislatore del 1942, così come per il legislatore costituzionale, non sussisteva l’esigenza di alcuna specificazione in merito alla diversità di sesso dei coniugi, essendo questa insita nella comune accezione e nella tradizione sociale e giuridica dell’istituto matrimoniale e non essendosi all’epoca neppure profilata l’ipotesi di un’estensione dell’istituto all’unione affettiva tra persone dello stesso sesso”; D5) quanto alla “tutela costituzionale invocata dai reclamanti”, il riferimento dell’art. 29 Cost., alla famiglia come “società naturale fondata sul matri-

monio” consente di affermare che “Il criterio di rapporto tra il legislatore e la realtà sociale indicato dalla Costituzione, [...] mentre non costituisce di per sè ostacolo alla ricezione in ambito giuridico di nuove figure alle quali sia la società ad attribuire il senso ed il valore della esperienza famiglia, induce invece a ritenere illegittimo perseguire detto fine attraverso una forzatura in via interpretativa dell’istituto matrimoniale, essendo le connotazioni essenziali di questo saldamente ancorate al diritto positivo e alla concezione sociale di cui questo costituisce tuttora univoca espressione”.

2. Avverso tale sentenza [...] hanno proposto ricorso per Cassazione, deducendo tre motivi di censura, illustrati con articolata memoria.

Resiste, con controricorso il Sindaco del Comune di Latina.

Il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d’appello di Roma, benché ritualmente intimato, non si è costituito né ha svolto attività difensiva.

3. All’esito dell’odierna discussione, il Procuratore generale ha concluso per il rigetto del ricorso.

#### Motivi della decisione

1. Con il primo motivo (con cui deducono: “Sulla trascrivibilità del matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all’estero e sulla presunta contrarietà all’ordine pubblico internazionale di tale negozio matrimoniale. Violazione degli artt. 2, 3 10, 11 Cost.; artt. 9, 21 Carta di Nizza; d.p.r. n. 396 del 2000, art. 18”), i ricorrenti criticano il decreto impugnato, sostenendo che: a) il d.p.r. n. 396 del 2000, art. 18, - secondo il quale “Gli atti formati all’estero non possono essere trascritti se sono contrari all’ordine pubblico” - deve essere interpretato nel senso che l’“ordine pubblico” ivi menzionato, “trattandosi di norma di relazione con ordinamenti estranei al nostro, deve intendersi come ordine pubblico internazionale e non interno”; b) ciò premesso, “occorre verificare: 1) se l’omosessualità sia un comportamento contrario all’ordine pubblico nel nostro Paese; 2) se sposarsi rientri tra i diritti fondamentali dell’individuo; 3) se dare pubblicità ad un atto negoziale come quello per cui è causa sia idoneo a stravolgere i valori fondamentali su cui si regge il nostro ordinamento”; c) quanto al primo quesito, si impone la risposta negativa sia perché altrimenti si determinerebbero effetti palesemente discriminatori in base all’orientamento sessuale, sia perché disposizioni comunitarie ed interne vietano esplicitamente discriminazioni fondate su tale orientamento; quanto al secondo quesito, si impone invece la risposta affermativa sia perché il diritto a contrarre matrimonio appartiene al novero dei diritti fondamentali, sia perché opinare diversamente comporterebbe negare il rispetto della dignità della persona e delle sue scelte di vita; quanto al terzo quesito, si impone nuovamente la risposta negativa sia in ragione del rilievo che “la clausola dell’ordine pubblico non ha uno scopo protezionistico, poiché al contrario consente di arricchire il nostro sistema con norme straniere, non confliggenti con i caratteri portanti dell’ordinamento del foro”, sia perché non esiste una espressa norma interna che vieti il matrimonio tra persone dello stesso sesso, sia infine perché esistono atti politici (risoluzione del Parlamen-

## Rassegna di giurisprudenza

to europeo dell'8.2.1994, sulla parità dei diritti delle persone omosessuali; risoluzione del Parlamento europeo del 16.3.2000, sul rispetto dei diritti umani nell'Unione europea) e norme dell'Unione europea (regolamento CE n. 2201/2003 del Consiglio del 27.11.2003, "relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento CE n. 1347/2000", il cui art. 22, lett. a), introduce una nozione di ordine pubblico attenuato; art. 69 Cost., co. 2, per l'Europa, che riproduce l'art. 9 della carta di Nizza, il quale riconosce il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia, senza fare alcun riferimento alla diversità di sesso tra i nubendi) che consentono, invece, di ritenere un matrimonio siffatto non collidente con l'ordine pubblico italiano e di evitare fenomeni di discriminazione; d) "Se il matrimonio omosessuale fosse contrario all'ordine pubblico, dovremmo revocare in dubbio la compatibilità del nostro ordinamento con quello comunitario, mentre giuridicamente si dovrebbe rendere ragione di come sia possibile al giorno d'oggi che il loro stare insieme sia ritenuto una minaccia per l'esistenza della società italiana"; e) il rifiuto di riconoscere la legittimità del matrimonio di persone dello stesso sesso collide con il principio di laicità dello Stato, che comporta il divieto di imporre regole tratte da una particolare morale di fonte religiosa.

Con il secondo motivo (con cui deducono: "Sulla nozione di matrimonio e sugli effetti giuridici nel nostro ordinamento di un matrimonio tra persone dello stesso sesso. Violazione degli artt. 2, 3 29 Cost.; art. 12 preleggi; artt. 107, 108, 143, 143 *bis*, 143 *ter* e 156 *bis* c.c.; l. n. 218 del 1995, art. 28"), i ricorrenti criticano ancora il decreto impugnato - nella parte in cui afferma che è da considerare "inesistente" il matrimonio tra persone dello stesso sesso - sostenendo che: a) di fronte ad un fenomeno sociale del tutto nuovo, è errato fare riferimento alla tradizione interpretativa e al suo carattere vincolante, nonostante l'assenza di una norma espressa che vieti il matrimonio tra persone dello stesso sesso; b) "Non applicare le norme dell'istituto matrimoniale ad una coppia gay e lesbica lede il principio fondamentale del nostro sistema di diritto privato del rispetto della persona umana e dei suoi diritti fondamentali (tra cui rientra senz'altro il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia). In secondo luogo, contrasta con il principio di non discriminazione, ricavabile a livello sistematico a partire dall'art. 3 Cost., co. 2. Viola, infine, il principio di libertà e di autodeterminazione sancito dall'art. 13 Cost., in base al quale lo Stato non può interferire nelle scelte di vita dei cittadini".

Con il terzo motivo (con cui deducono: "Sul contrasto con la Costituzione e con i principi fondamentali dell'ordinamento comunitario di un'interpretazione delle norme italiane che escluda la possibilità per le persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio. Violazione degli artt. 9 Carta di Nizza; artt. 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; artt. 2 e 3 Cost., art. 10 Cost., co. 2; artt. 107, 108, 143, 143 *bis* e 156 *bis* c.c."), i ricorrenti criticano infine il decreto impugnato, sostenendo che un'interpretazione della vigente disciplina che escluda le coppie omosessuali dal matrimonio collide con la Costituzione e con il diritto comunitario. In

particolare - dopo aver premesso che l'impossibilità di procreazione non è causa di nullità del vincolo matrimoniale, bensì, soltanto in certi casi (*impotentia coeundi*), di annullabilità per errore essenziale - essi sottolineano che: a) "La scelta della Corte d'appello di Roma di non interpretare evolutivamente le norme in materia di matrimonio crea [...] - a fronte di una situazione sul piano oggettivo (vita in comune) e soggettivo (reciproco affetto e scelta di condividere le proprie esistenze) assolutamente identica sia che si tratti di una coppia eterosessuale sia che si tratti di una coppia omosessuale una disparità di trattamento assolutamente irragionevole e ingiustificata alla luce dell'art. 3 Cost. Anzi, in spregio a questa norma, l'orientamento sessuale, condizione personale su cui non si può fondare alcun trattamento deteriore, è assunto dalla Corte territoriale a presupposto per un'evidente discriminazione"; b) una interpretazione dell'art. 29 Cost. - asistemica, restrittiva e storicamente cristallizzata -, sulla quale si fondasse la legittimità costituzionale del divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso, si porrebbe in contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost., nella parte in cui riconoscono e garantiscono ad ogni essere umano il diritto di costituire una famiglia, fondandola sul matrimonio, e il diritto di autodeterminazione del singolo; c) contrariamente a quanto ritenuto dai giudici *a quibus*, l'art. 9 della Carta di Nizza ha una vera e propria efficacia precettiva, a seguito del suo inserimento nel trattato costituzionale per l'Europa.

2. Il ricorso - i cui tre motivi illustrati con memoria possono essere esaminati congiuntamente, avuto riguardo alla loro stretta connessione - non merita accoglimento, anche se la motivazione in diritto del decreto impugnato deve essere corretta, ai sensi dell'art. 384 c.p.c., co. 4.

2.1. La fattispecie in esame è la seguente: in data 1.6.2002, [...], cittadini italiani, hanno contratto matrimonio a L'Aja (Regno dei Paesi Bassi) e, in quanto residenti in Latina, hanno chiesto la trascrizione del relativo atto, formato all'estero, al locale ufficiale dello stato civile, ai sensi del d.p.r. n. 396 del 2000. A seguito del rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di trascrivere detto atto di matrimonio in forza di precise istruzioni impartite dal Ministero dell'interno (cfr., in particolare, le circolari nn. 2 del 26.3.2001 e 55 del 18.10.2007) - ostandovi lo stesso d.p.r. n. 396 del 2000, art. 18, (secondo il quale "Gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico"), per l'identità di sesso dei contraenti il matrimonio -, gli odierni ricorrenti hanno adito con esito negativo, ai sensi del medesimo d.p.r. n. 396 del 2000, art. 95 e 96, prima il tribunale ordinario di Latina e poi, in sede di reclamo, la Corte d'appello di Roma, perchè fosse accertata l'illegittimità del rifiuto di trascrizione opposto dall'ufficiale dello stato civile del Comune di Latina e, conseguentemente, ordinata la trascrizione del predetto atto di matrimonio.

Pertanto, la specifica questione che - per la prima volta - è posta all'esame di questa Corte, consiste nello stabilire se due cittadini italiani dello stesso sesso, i quali abbiano contratto matrimonio all'estero - nella specie, nel Regno dei Paesi Bassi che, con la l. 21.12.2000, n. 9, sull'apertura delle posizioni matrimoniali, ha tra l'altro

## Rassegna di giurisprudenza

sostituito l'art. 30 c.c., co. 1, il quale dispone che "Un matrimonio può essere celebrato tra due persone di sesso diverso o dello stesso sesso" -, siano, o no, titolari del diritto alla trascrizione del relativo atto nel corrispondente registro dello stato civile italiano.

È di tutta evidenza che la risposta a tale specifico quesito dipende dalla soluzione della più generale questione - anch'essa nuova per questa Corte - se la Repubblica italiana riconosca e garantisca a persone dello stesso sesso, al pari di quelle di sesso diverso, il "diritto fondamentale di contrarre matrimonio, discendente dagli artt. 2 e 29 Cost., ed espressamente enunciato nell'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e nell'art. 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" (Corte costituzionale, sentenza n. 245 del 2011, che richiama la sentenza n. 445 del 2002).

Infatti, ove la risposta a questo più generale quesito fosse affermativa, ne conseguirebbe che il matrimonio celebrato all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso, quale atto d'esercizio di tale fondamentale diritto, avrebbe immediata validità ed efficacia nel nostro ordinamento, alle condizioni che esso risultasse celebrato secondo le forme previste dalla legge straniera e, quindi, spiegasse effetti civili nell'ordinamento dello Stato della celebrazione, e che sussistessero gli altri requisiti sostanziali relativi allo stato ed alla capacità delle persone previsti dalla legge italiana; con l'ulteriore conseguenza che la trascrizione dell'atto di matrimonio nel corrispondente registro dello stato civile italiano, non avendo natura costitutiva ma meramente certificativa e di pubblicità di un atto già di per sé valido sulla base del principio *locus regit actum*, formerebbe oggetto di un vero e proprio diritto di ciascuno dei coniugi e costituirebbe, perciò, attività "dovuta" dell'ufficiale dello stato civile richiesto.

2.2. Tanto premesso, è opportuno muovere proprio dalla questione specifica dianzi enunciata (cfr., *supra*, n. 2.1.), relativamente alla quale le norme, di rango primario o *sub*-primario, rilevanti - ancorché in prima approssimazione, come si vedrà - sono:

A) L'art. 115 c.c., secondo il quale "Il cittadino è soggetto alle disposizioni contenute nella sezione prima di questo capo, anche quando contrae matrimonio in Paese straniero secondo le forme ivi stabilite": è soggetto, cioè, alle disposizioni di cui ai precedenti artt. da 84 a 88, che disciplinano le "condizioni necessarie per contrarre matrimonio", come recita la rubrica di detta sezione. Disposizioni queste che, stabilendo gli impedimenti al matrimonio cosiddetti "dirimenti", pongono certamente, di regola, norme di "ordine pubblico". B) La l. 31.5.1995, n. 218, art. 27, primo periodo, (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato), il quale dispone che "La capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo al momento del matrimonio"; la stessa l. n. 218 del 1995, successivo art. 28, secondo cui "Il matrimonio è valido, quanto alla forma, se è considerato tale dalla legge del luogo di celebrazione o dalla legge nazionale di almeno uno dei coniugi al momento della celebrazione o dalla legge dello Stato di comune residenza in tale momento"; la medesima l. n.

218 del 1995, art. 65, laddove, nel disciplinare l'efficacia di provvedimenti e di atti stranieri, dispone che "Hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi [...] all'esistenza di rapporti di famiglia [...] quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato [...], purché non siano contrari all'ordine pubblico [...]". C) Alcune disposizioni del più volte menzionato d.p.r. n. 396 del 2000 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma della l. 15.5.1997, n. 127, art. 2, co. 12), che è certamente qualificabile, sul piano delle fonti, come regolamento cosiddetto di "delegificazione". Al riguardo, è opportuno sottolineare immediatamente che le relative disposizioni hanno, appunto, natura e valore regolamentare, sicché l'eventuale sindacato della loro legittimità può svolgersi secondo i principi più volte enunciati dalla Corte costituzionale. "Il pieno esplicarsi della garanzia della Costituzione nel sistema delle fonti, in particolare con riferimento a quelle di valore regolamentare adottate in sede di «delegificazione», non è comunque pregiudicato dall'anzidetta limitazione della giurisdizione del giudice costituzionale. La garanzia è normalmente da ricercare, volta a volta, a seconda dei casi, o nella questione di costituzionalità sulla legge abilitante il Governo all'adozione del regolamento nella specie, sulla citata l. n. 127 del 1997, art. 2, co. 12, ove il vizio sia a essa riconducibile (per avere, in ipotesi, posto principi incostituzionali o per aver omesso di porre principi in materie che costituzionalmente li richiedono); o nel controllo di legittimità sul regolamento, nell'ambito dei poteri spettanti ai giudici ordinari o amministrativi, ove il vizio sia proprio ed esclusivo del regolamento stesso" (cfr. la sentenza n. 427 del 2000, n. 4. del Considerato in diritto; cfr. anche, per un'applicazione di tali principi, la sentenza n. 251 del 2001, n. 3, del Considerato in diritto).

Di dette disposizioni rilevano, in particolare: 1) l'art. 9 (che reca la rubrica: "Indirizzo e vigilanza"), co. 1, secondo cui "l'ufficiale dello stato civile è tenuto ad uniformarsi alle istruzioni che vengono impartite dal Ministero dell'interno" (nella specie, l'ufficiale dello stato civile, nel rifiutare la trascrizione per contrarietà dell'atto di matrimonio celebrato all'estero all'ordine pubblico ai sensi dell'art. 18 dello stesso decreto, si è appunto uniformato alle istruzioni generali previamente impartite dal Ministero dell'interno, dianzi citate); 2) l'art. 16, sul matrimonio celebrato all'estero, il quale stabilisce che "Il matrimonio all'estero, quando gli sposi sono entrambi cittadini italiani o uno di essi è cittadino italiano e l'altro è cittadino straniero, può essere celebrato innanzi all'autorità diplomatica o consolare competente, oppure innanzi all'autorità locale secondo le leggi del luogo. In quest'ultimo caso una copia dell'atto è rimessa a cura degli interessati all'autorità diplomatica o consolare"; 3) l'ora menzionato art. 18, sui casi di intrascrivibilità, il quale statuisce che "Gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico"; 4) l'art. 63, co. 2, lett. c), per il quale "Nei medesimi archivi di cui all'art. 10 l'ufficiale dello stato civile trascrive: [...] c) gli atti dei matrimoni celebrati all'estero"; 5) l'art. 64 (che reca la rubrica: "Contenuto dell'atto di matri-

## Rassegna di giurisprudenza

monio”), co. 1, lett. a), b), c) ed e), secondo cui “L’atto di matrimonio deve specificamente indicare: a) il nome e il cognome, il luogo e la data di nascita, la cittadinanza e la residenza degli sposi [...]; b) la data di eseguita pubblicazione [...]; c) il decreto di autorizzazione quando ricorra alcuno degli impedimenti di legge [...]; e) la dichiarazione degli sposi di volersi prendere rispettivamente in marito e moglie”. Dal complesso di tali disposizioni regolamentari emerge chiaramente che all’ufficiale dello stato civile competente - tenuto ad uniformarsi, si ribadisce, alle istruzioni impartite dal Ministero dell’interno in materia (art. 9, co. 1, cit.) - sono attribuiti penetranti poteri di controllo (anche) sulla trascrivibilità degli atti di matrimonio celebrati all’estero, come risulta inequivocabilmente, in particolare, dalle citate lettere del co. 1 dell’art. 64 che, imponendo precisi contenuti dell’atto di matrimonio trascrivibile, attestano l’esistenza di tali poteri e la astratta legittimità del loro esercizio: è fatto salvo infatti, conformemente ai su richiamati principi affermati dalla Corte costituzionale, il sindacato di costituzionalità sulla menzionata l. n. 127 del 1997, art. 2, co. 12, abilitante il Governo all’adozione del regolamento, nonché il sindacato giurisdizionale di legittimità sia della norma regolamentare attributiva del potere (che può essere “disapplicata”, ove ne sussistano i presupposti, ai sensi della l. 20.3.1865, n. 2248, art. 5, All. E), sia del concreto atto di esercizio di tale potere (nella specie, rifiuto di eseguire la trascrizione richiesta), ai sensi dello stesso d.p.r. n. 396 del 2000, art. 95, co. 1.

2.2.1. Questo essendo il quadro normativo di riferimento rilevante, sia pure in prima approssimazione, per la soluzione della questione specifica in esame, deve essere subito rammentato che la giurisprudenza di questa Corte in materia di matrimoni civili dei cittadini italiani celebrati all’estero è ferma nell’enunciare il già menzionato principio, secondo cui, in base alle norme del codice civile e del diritto internazionale privato, tali matrimoni hanno immediata validità e rilevanza nel nostro ordinamento, sempre che essi risultino celebrati secondo le forme previste dalla legge straniera (e, quindi, spieghino effetti civili nell’ordinamento dello Stato straniero di celebrazione) e sempre che sussistano i requisiti sostanziali relativi allo stato ed alla capacità delle persone previsti dalla legge italiana, e secondo cui tale principio non è condizionato dall’osservanza delle norme italiane relative alla pubblicazione, perchè la loro violazione può dar luogo soltanto ad irregolarità suscettibili di essere sanzionate amministrativamente, ovvero alla trascrizione, perchè questa ha natura non costitutiva ma meramente certificativa e funzione di pubblicità di un atto già di per sé valido sulla base del principio *locus regit actum* (cfr., *ex plurimis*, le sentenze nn. 10351 del 1998, 9578 del 1993, 3599 e 1304 del 1990).

Nella specie pertanto, sulla base di tali principi, il matrimonio - ove fosse stato contratto da persone di sesso diverso - sarebbe, in assenza di (altri) impedimenti “dirimenti”, valido ed efficace nell’ordinamento italiano e comporterebbe il dovere dell’ufficiale dello stato civile richiesto di trascrivere nel corrispondente registro il relativo atto formato all’estero.

2.2.2. Ma la diversità di sesso dei nubendi è - unitamente alla manifestazione di volontà matrimoniale dagli stessi espressa in presenza dell'ufficiale dello stato civile celebrante -, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, requisito minimo indispensabile per la stessa "esistenza" del matrimonio civile come atto giuridicamente rilevante (cfr., *ex plurimis*, le sentenze nn. 1808 del 1976, 1304 del 1990 cit., 1739 del 1999, 7877 del 2000).

Questo requisito - pur non previsto in modo espresso né dalla Costituzione, né dal codice civile vigente (a differenza di quello previgente del 1865 che, nell'art. 55 ad esempio, stabiliva, quanto al requisito dell'età: "Non possono contrarre matrimonio l'uomo prima che abbia compiuto gli anni diciotto, la donna prima che abbia compiuto gli anni quindici"), né dalle numerose leggi che, direttamente o indirettamente, si riferiscono all'istituto matrimoniale - sta tuttavia, quale "postulato" implicito, a fondamento di tale istituto, come emerge inequivocabilmente da molteplici disposizioni di tali fonti e, in primo luogo, dall'art. 107 c.c., co. 1, che, nel disciplinare la forma della celebrazione del matrimonio, prevede tra l'altro che l'ufficiale dello stato civile celebrante "riceve da ciascuna delle parti personalmente, l'una dopo l'altra, la dichiarazione che esse si vogliono prendere rispettivamente in marito e in moglie" (cfr. anche l'art. 108, co. 1).

L'inequivocabile corrispondenza di tali parole "marito" e "moglie" - utilizzate dal legislatore in modo assolutamente prevalente rispetto ad altre espressioni di analogo significato -, rispettivamente, con la parte maschile e con la parte femminile dell'atto (e del rapporto) matrimoniale è attestato anche da numerose disposizioni del diritto vigente. In particolare ed a mero titolo esemplificativo, detta corrispondenza è del tutto evidente nel co. 2 e 3 della l. 1.12.1970, n. 898, art. 5, (Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio), nel testo sostituito dalla l. 6.3.1987, n. 74, art. 9, i quali, in chiarissimo riferimento all'art. 143 *bis* c.c., secondo cui "La moglie aggiunge al proprio cognome quello del marito [...]" -, dispongono che, quando il tribunale pronuncia sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, "La donna perde il cognome che aveva aggiunto al proprio a sèguito del matrimonio (co. 2)", e che lo stesso tribunale "può autorizzare la donna che ne faccia richiesta a conservare il cognome del marito aggiunto al proprio quando sussista un interesse suo o dei figli meritevole di tutela (co. 3)".

Il diritto positivo vigente e la giurisprudenza che su di esso si è formata, del resto, non fanno che riflettere anche "una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio", come sottolinea la Corte costituzionale che, nel richiamare tale icastica espressione del tribunale di Venezia nell'ordinanza di rimessione, conclude sul punto: "In sostanza l'intera disciplina dell'istituto, contenuta nel codice civile e nella legislazione speciale, postula la diversità di sesso dei coniugi corsivo aggiunto" (cfr. la sentenza n. 138 del 2010, n. 6 del Considerato in diritto).

Postulato non arbitrario, ma fondato su antichissime e condivise tradizioni - culturali (l'"ordine naturale" esige la diversità di sesso dei nubendi), prima ancora che giuridiche - che il diritto, come in altri innumerevoli casi, nel rispecchiare, ordina.

Al riguardo, tra i molti esempi possibili, può menzionarsi la definizione del matrimonio data dai giuristi romani classici (che designavano l'istituto con i termini di "*iustae o legitimae nuptiae*" o di "*iustum o legitimum matrimonium*"): "*Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt*" (*rituli ex corpore Ulpiani*, 5, 2).

Inoltre, non è senza significato che, a distanza di quasi due millenni, la stessa Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10.12.1948, preveda che "Uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione" (art. 16, paragrafo 1); analoga previsione è contenuta nell'art. 23, paragrafo 2, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato e aperto alla firma a New York il 19.12.1966 e reso esecutivo con la l. 25.10.1977, n. 881, secondo cui "Il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia è riconosciuto agli uomini e alle donne che abbiano l'età per contrarre matrimonio"). Tutto ciò, "benchè la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta", come nota la Corte costituzionale nella già menzionata sentenza n. 138 del 2010, a proposito del dibattito svoltosi nell'Assemblea costituente sul futuro art. 29 Cost., concludendo sul punto che tale norma costituzionale "non prese in considerazione le unioni omosessuali, bensì intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto corsivo aggiunto" (Considerato in diritto, n. 9). Ed il richiamo a tale "tradizione" è significativamente contenuto più volte anche nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, di poco successiva a quella della Corte costituzionale (sentenza 24.6.2010, sez. I, caso Schalk e Kopf contro Austria) e profondamente innovativa in materia, che verrà analizzata più oltre (cfr., *infra*, n. 3.3.3.). L'ordinamento giuridico italiano, perciò, ha conosciuto finora, e conosce attualmente - salvo quanto si dirà più oltre (cfr., *infra*, nn. 3 e 4) -, un'unica fattispecie integrante il matrimonio come atto: il consenso che, nelle forme stabilite per la celebrazione del matrimonio, due persone di sesso diverso si scambiano, dichiarando che "si vogliono prendere rispettivamente in marito e in moglie" (art. 107, co. 1 c.c., cit.). La diversità di sesso dei nubendi è, dunque, richiesta dalla legge per la stessa identificabilità giuridica dell'atto di matrimonio. Proprio di qui la conseguenza, condivisa dalla giurisprudenza di questa Corte e dalla prevalente dottrina, che l'atto mancante di questo requisito comporta la qualificazione di tale atto secondo la categoria non della sua validità, ma della sua stessa esistenza. Categoria, questa dell'inesistenza (la cui prima elaborazione risale ai canonisti medioevali, i quali consideravano appunto inesistente il matrimonio contratto da persone dello stesso sesso, perchè, pur in assenza di una norma positiva, contrario al concetto "naturale" del matrimonio), che consente, sul piano pratico, di impedire il dispiegamento di qualsiasi effetto giuridico dell'atto di matrimonio, sia pure meramente interinale, a differenza dell'atto di matrimonio nullo che, invece, tali effetti può, quantomeno interinalmente, produrre (cfr. artt. da 117 a 129 c.c.). Categorizzazio-

ne, inoltre, del tutto coerente con la premessa che l'atto di matrimonio tra persone dello stesso sesso, mancando di un requisito indispensabile per la sua stessa identificabilità come tale secondo la fattispecie astratta normativamente prefigurata, non è previsto dall'ordinamento e quindi, in questo senso, "non esiste".

2.2.3. Pertanto - sul piano delle norme, di rango primario o *sub*-primario, applicabili alla fattispecie in prima approssimazione -, alla specifica questione, consistente nello stabilire se due cittadini italiani dello stesso sesso, i quali abbiano contratto matrimonio all'estero, siano, o no, titolari del diritto alla trascrizione del relativo atto nel corrispondente registro dello stato civile italiano, deve darsi, in conformità con i su menzionati precedenti di questa Corte, risposta negativa.

Al riguardo, deve essere infine precisato che, nella specie, l'intrascrivibilità di tale atto dipende non già dalla sua contrarietà all'ordine pubblico, ai sensi del d.p.r. n. 396 del 2000, art. 18, - come, invece, originariamente affermato dall'ufficiale dello stato civile di Latina a giustificazione del rifiuto di trascrizione, in conformità con le menzionate circolari emanate dal Ministero dell'interno -, ma dalla previa e più radicale ragione, riscontrabile anche dall'ufficiale dello stato civile in forza delle attribuzioni conferitegli (cfr., *supra*, n. 2.2), della sua non riconoscibilità come atto di matrimonio nell'ordinamento giuridico italiano. Ciò che, conseguentemente, esime il Collegio dall'affrontare la diversa e delicata questione dell'eventuale intrascrivibilità di questo genere di atti per la loro contrarietà con l'ordine pubblico.

3. Ma, già da tempo ed attualmente, la realtà sociale e giuridica europea ed extraeuropea mostra, sul piano sociale, il diffuso fenomeno di persone dello stesso sesso stabilmente conviventi e, sul piano giuridico, sia il riconoscimento a tali persone, da parte di alcuni Paesi europei (anche membri dell'Unione europea, come nella specie) ed extraeuropei, del diritto al matrimonio, ovvero del più limitato diritto alla formalizzazione giuridica di tali stabili convivenze e di alcuni diritti a queste connessi, sia - come si vedrà più oltre in dettaglio (cfr., *infra*, nn. 3.3.1. e seguenti) - una interpretazione profondamente "evolutiva" dell'art. 12 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Una realtà siffatta esige, quindi, che la specifica questione dianzi esaminata sia considerata nel contesto di quella più generale (cfr., *supra*, n. 2.1.) consistente nello stabilire se il diritto fondamentale di contrarre matrimonio sia riconosciuto a due persone dello stesso sesso dalla Costituzione italiana e/o se esso discenda immediatamente dai vincoli derivanti allo Stato italiano dall'ordinamento comunitario o dagli obblighi internazionali, in forza dell'art. 117, co. 1 Cost., secondo il quale "La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali".

3.1. Il Collegio ritiene che il diritto fondamentale di contrarre matrimonio non è riconosciuto dalla nostra Costituzione a due persone dello stesso sesso.

Al riguardo, com'è noto, la Corte costituzionale - chiamata a decidere, in riferimento agli artt. 2, 3 e 29 Cost. e art. 117 Cost., co. 1, la questione di legittimità costitu-

## Rassegna di giurisprudenza

zionale degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 *bis* e 156 *bis* c.c., “nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso” (questione sollevata in una fattispecie - analoga a quella in esame - di opposizione, ai sensi dell’art. 98 c.c., avverso l’atto con il quale l’ufficiale dello stato civile aveva rifiutato di procedere alla pubblicazione di matrimonio richiesta da due persone dello stesso sesso) -, con la più volte menzionata sentenza n. 138 del 2010, ha dichiarato detta questione non fondata, in riferimento agli artt. 3 e 29 Cost., ed inammissibile, in riferimento all’art. 2 Cost., e art. 117 Cost., co. 1, quest’ultimo in relazione all’art. 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e 9 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (cfr. anche le successive ordinanze, di manifesta inammissibilità e di manifesta infondatezza di analoghe questioni, nn. 276 del 2010 e 4 del 2011). In particolare ed in estrema sintesi: 1) la questione sollevata in riferimento agli artt. 3 e 29 Cost., è stata dichiarata non fondata, sia perché l’art. 29 Cost., si riferisce alla nozione di matrimonio definita dal codice civile come unione tra persone di sesso diverso, e questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica “creativa”, sia perché, in specifico riferimento all’art. 3 Cost., co. 1, le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee rispetto al matrimonio; 2) la questione sollevata in riferimento all’art. 2 Cost., è stata dichiarata inammissibile, perché diretta ad ottenere una pronuncia additiva non costituzionalmente obbligata; 3) la medesima questione - sollevata in riferimento all’art. 117 Cost., co. 1, in relazione alle specifiche norme “interposte”, di cui ai già citati artt. 12 della CEDU e 9 della cosiddetta “Carta di Nizza” - è stata dichiarata del pari inammissibile, perché tali norme interposte, “con il rinvio alle leggi nazionali, [...] confermano che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento”. Benchè si tratti di pronuncia di inammissibilità e di non fondatezza della questione sollevata, perciò priva di efficacia vincolante *erga omnes*, il Collegio ritiene che non siano individuabili parametri costituzionali o ragioni, diversi da quelli già scrutinati dal Giudice delle leggi, tali da giustificare una nuova rimessione alla Corte costituzionale, tenuto anche conto che, come dianzi rilevato, successivamente alla sentenza n. 138 del 2010 sono state già pronunciate due ordinanze di manifesta infondatezza e di manifesta inammissibilità di questioni analoghe.

Al riguardo, non è certamente decisiva in senso contrario l’argomentazione dei ricorrenti, secondo la quale la Corte, mutuando la nozione costituzionale di matrimonio di cui all’art. 29 Cost., dal codice civile, avrebbe arbitrariamente invertito l’ordine e l’oggetto del giudizio di costituzionalità stabilito dalla Costituzione (art. 134): da quello della “legittimità costituzionale” della legge (e degli atti aventi forza di legge) a quello, per così dire, della “legittimità della Costituzione”.

In primo luogo, infatti, la Corte - nell’affermare che “I costituenti, elaborando l’art. 29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un’articolata disciplina nell’ordinamento civile”, sicché, “in assenza di diversi rife-

rimenti, è inevitabile concludere che essi tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942 che [...] stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso” - ha inteso sottolineare con nettezza: per un verso, che il concetto di matrimonio è stato “costituzionalizzato” dall’art. 29 nel significato codicistico e che, tuttavia, esso ed anche il concetto di famiglia “non si possono ritenere cristallizzati con riferimento all’epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell’ordinamento, ma anche dell’evoluzione della società e dei costumi”; ma, per altro verso, che tale interpretazione “evolutiva” “non può spingersi fino al punto d’incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata”, sicché “Questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un’interpretazione creativa” (n. 9. del Considerato in diritto).

In secondo luogo, e più in generale, la predetta argomentazione difensiva, per così dire, “prova troppo”, perché la Costituzione, non essendo stata ovviamente concepita e formulata in un “vuoto normativo”, richiama innumerevoli volte concetti, nozioni ed istituti che, elaborati nelle varie branche del diritto, acquistano, con il recepimento nel testo costituzionale, significati nuovi e diversi e, soprattutto, natura, valore e forza propri delle norme costituzionali e, quindi, l’idoneità a costituire parametri del controllo di costituzionalità (si pensi, a mero titolo esemplificativo, all’art. 22 Cost., secondo il quale “Nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome corsivi aggiunti”, dove tali termini giuridici sono stati appunto mutuati dal codice civile e dalla legge ordinaria sulla cittadinanza n. 555 del 1912, allora vigente).

3.2. Tuttavia, proprio alcune nuove ed importanti affermazioni, contenute nella stessa sentenza n. 138 del 2010 e relative allo scrutinio della questione sollevata in riferimento all’art. 2 Cost., potrebbero far sorgere il dubbio che il diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso possa derivare immediatamente da tale “principio fondamentale” della Costituzione. Come sarà subito chiaro, neppure da queste affermazioni può dedursi che esse comportino, secondo la Corte, il riconoscimento costituzionale di tale diritto.

La Corte - dopo aver precisato che per “formazione sociale”, di cui all’art. 2 Cost., “deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico” - ha affermato: “In tale nozione è da annoverare anche l’unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone - nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge - il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. Si deve e-

## Rassegna di giurisprudenza

cludere, tuttavia, che l'aspirazione a tale riconoscimento - che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia - possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio. È sufficiente l'esame, anche non esaustivo, delle legislazioni dei Paesi che finora hanno riconosciuto le unioni suddette per verificare la diversità delle scelte operate. Ne deriva, dunque, che, nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze *more uxorio*: sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988). Può accadere, infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza" (n. 8. del Considerato in diritto).

Con tali espressioni, la Corte ha in definitiva affermato: a) per la prima volta, che nelle "formazioni sociali" di cui all'art. 2 Cost., deve comprendersi anche "l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso", con la conseguenza che le singole persone componenti tale formazione sociale sono titolari del "diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia", diritto fondamentale che, derivante immediatamente dall'art. 2, discende anche dall'art. 3 Cost., co. 1, laddove questo assicura la "pari dignità sociale" di tutti (i cittadini) e la loro uguaglianza davanti alla legge, "senza distinzione di sesso", e quindi vieta qualsiasi atteggiamento o comportamento omofobo e qualsiasi discriminazione fondata sull'identità o sull'orientamento omosessuale; b) che, fermo il riconoscimento e la garanzia di tale diritto "inviolabile", qualsiasi formalizzazione giuridica della unione omosessuale "necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia", con la conseguenza che, "nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette"; c) che deve essere escluso che l'aspirazione a tale riconoscimento giuridico "possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio"; d) che deve, comunque, ritenersi "riservata" a se stessa "la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze *more uxorio*: sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988)", potendo accadere che, "in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza".

L'attenta analisi di queste nuove ed importanti affermazioni - di cui il giudice comune deve comunque tener conto nella risoluzione dei casi volta a volta sottoposti - consente di sottolineare, per quanto in questa sede interessa: da un lato, che

l'art. 2 Cost., non riconosce il diritto al matrimonio delle persone dello stesso sesso e neppure vincola il legislatore a garantire tale diritto quale forma esclusiva del riconoscimento giuridico dell'unione omosessuale, vale a dire ad "equiparare" le unioni omosessuali al matrimonio; per altro verso, che il "diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia", derivante invece immediatamente dall'art. 2 Cost., comporta che i singoli (o entrambi i) componenti della "coppia omosessuale" hanno il diritto di chiedere, "a tutela di specifiche situazioni" e "in relazione ad ipotesi particolari", un "trattamento omogeneo" a quello assicurato dalla legge alla "coppia coniugata", omogeneizzazione di trattamento giuridico che la Corte costituzionale "può garantire con il controllo di ragionevolezza".

A quest'ultimo riguardo, la Corte richiama esplicitamente due specifici precedenti: 1) con la sentenza n. 404 del 1988, è stata dichiarata "la illegittimità costituzionale della l. 27.7.1978, n. 392, art. 6, co. 1 (Disciplina delle locazioni di immobili urbani), nella parte in cui non prevede tra i successibili nella titolarità del contratto di locazione, in caso di morte del conduttore, il convivente *more uxorio*", nonché la illegittimità costituzionale della medesima l. n. 392 del 1978, art. 6, co. 3, "nella parte in cui non prevede che il coniuge separato di fatto succeda al conduttore, se tra i due si sia così convenuto", per violazione del principio di ragionevolezza (art. 3 Cost., co. 1);

2) con la sentenza n. 559 del 1989, è stata dichiarata "la illegittimità costituzionale della l.r. Piemonte 10.12.1984, n. 64, art. 18, co. 1 e 2, (Disciplina delle assegnazioni degli alloggi di edilizia residenziale pubblica ai sensi della l. 5.8.1978, n. 457, art. 2, co. 2, in attuazione della deliberazione CIPE pubblicata nella G.U. n. 348 in data 19.12.1981), nella parte in cui non prevede la cessazione della stabile convivenza come causa di successione nella assegnazione ovvero come presupposto della voltura della convenzione a favore del convivente affidatario della prole", per violazione dell'art. 2 Cost. ("Questa Corte ha già altra volta riconosciuto indubbiamente doveroso da parte della collettività intera impedire che delle persone possano rimanere prive di abitazione, e ha individuato in tale dovere, cui corrisponde il diritto sociale all'abitazione, collocabile tra i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost., un connotato della forma costituzionale di Stato sociale: cfr. sentenze n. 404 del 1988 e n. 49 del 1987": n. 3, del Considerato in diritto).

È certo, pertanto, che la Corte costituzionale ha escluso che il diritto fondamentale di contrarre matrimonio sia riconosciuto dall'art. 2 della nostra Costituzione a due persone dello stesso sesso, anche se alcune delle su riportate affermazioni, considerate unitamente al richiamo di specifici precedenti, comportano - come si vedrà più oltre (cfr., *infra*, n. 4.2.) - rilevanti conseguenze sul piano della tutela giurisdizionale dell'unione omosessuale.

3.3. Con la già menzionata sentenza 24.6.2010 (sez. I, caso Schalk e Kopf contro Austria), di poco successiva a quella della Corte costituzionale dianzi richiamata, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affrontato - per la prima volta - la questione

se due persone dello stesso sesso “possono affermare di avere il diritto di contrarre matrimonio” (pag. 50).

3.3.1. Al riguardo - per la migliore comprensione del successivo discorso -, è indispensabile premettere il quadro normativo di riferimento e le connesse questioni concernenti l'efficacia delle menzionate norme, convenzionale e comunitaria, nell'ordinamento italiano.

A) L'art. 12 (che reca la rubrica: “Diritto al matrimonio”) della CEDU, firmata a Roma il 4.11.1950 e resa esecutiva dalla l. 4.8.1955, n. 848, stabilisce: “Uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto”.

A sua volta, l'art. 14 della stessa Convenzione (che reca la rubrica: “Divieto di discriminazione”) dispone, tra l'altro, che “Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza distinzione di alcuna specie, come di sesso [...]” e va letto, con riferimento alla fattispecie, in relazione al precedente art. 8 (che reca la rubrica: “Diritto al rispetto della vita privata e familiare”), laddove (paragrafo 1) statuisce che “Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare”. B) L'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cosiddetta “Carta di Nizza”, ivi proclamata il 7.12.2000, e nuovamente proclamata a Strasburgo il 12.12.2007, in vista della firma del Trattato di Lisbona) stabilisce: “Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio”.

Tale articolo - come pure i su menzionati articoli della Convenzione europea - debbono essere interpretati in relazione con:

1) l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (TUE) - come modificato dal Trattato di Lisbona del 13.12.2007, reso esecutivo con la l. 2.8.2008, n. 130 (Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13.12.2007), ed entrato in vigore l'1.12.2009 -, il quale stabilisce: “L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7.12.2000, adattata il 12.12.2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati (paragrafo 1, co. 1). Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei Trattati (co. 2). I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni (co. 3). L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei Trattati (paragrafo 2). I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali (paragrafo 3)”;

2) l'art. 51 della Carta (che reca la rubrica "Ambito di applicazione" ed è compreso nel titolo VII, concernente "Disposizioni generali che disciplinano l'interpretazione e l'applicazione della Carta" e richiamato dal su menzionato art. 6, paragrafo 1, co. 3, TUE) statuisce: "Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei Trattati (paragrafo 1). La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei Trattati (paragrafo 2)";

3) l'art. 52, paragrafo 3, della stessa Carta (che reca la rubrica "Portata e interpretazione dei diritti e dei principi" ed è parimenti compreso nel titolo VII) dispone: "Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa".

3.3.2. Dev'essere a questo punto ancora chiarito, in riferimento alla preliminare questione se l'art. 9 della Carta sia immediatamente applicabile nella specie, che la specifica fattispecie oggetto del presente giudizio - concernente la trascrivibilità, o no, nei registri dello stato civile italiano di un atto di matrimonio di cittadini italiani dello stesso sesso celebrato all'estero - è del tutto estranea alle materie attribuite alla competenza dell'Unione europea ed inoltre è priva di qualsiasi legame, anche indiretto, con il diritto dell'Unione.

Tale chiarimento si rende necessario perché i ricorrenti, con la memoria di cui all'art. 378 c.p.c., hanno formulato la richiesta di "valutare la sussistenza dei presupposti per il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, affinché [...] chiarisca quale sia l'interpretazione più corretta da dare al disposto combinato degli artt. 9, 21, 51, 52, 53, 54 della Carta di Nizza, in considerazione del riflesso di tale interpretazione sul diritto di libertà di circolazione dei cittadini Europei nell'ambito del territorio dell'Unione".

Il senso di tale richiesta si basa sulla non del tutto esplicitata considerazione che due cittadini dello stesso sesso di uno degli Stati membri dell'Unione, i quali abbiano contratto matrimonio in uno di tali Stati che riconosca un matrimonio siffatto, non potrebbero stabilirsi, con il medesimo *status* di coniugi, in altro Stato membro che non riconosca invece il matrimonio omosessuale, con conseguente lesione della loro libertà di circolazione e di soggiorno nel territorio degli Stati membri, garantita dall'art. 21, paragrafo 1 (*ex art. 18, paragrafo 1, del TCE*), del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), come avvenuto nella specie.

## Rassegna di giurisprudenza

Al riguardo, deve sottolinearsi che la Corte costituzionale, proprio sulla base di una articolata interpretazione dei su riportati artt. 6, paragrafo 1, co. 2, del TUE e dell'art. 51 della Carta - nonché del costante orientamento seguito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea sia anteriore che successivo all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (cfr., *ex plurimis*, la sentenza 29.5.1997, nella causa C-299/95, Kremzow; l'ordinanza 6.10.2005, nella causa C-328/04, Attila Vajnai; la sentenza 5.10.2010, nella causa C-400/10, Me B, L. E., nonché la più recente sentenza 15.11.2011, nella causa C-256/11, Dereci) - ha affermato il seguente principio: "Presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è [...] che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo - in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione - e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto"; con la conseguenza che tale principio esclude "che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea" (n. 5.5. del Considerato in diritto; per un'applicazione esplicita di tale principio, cfr. la sentenza di questa Corte n. 22751 del 2010).

Alla luce di tali consolidati principi, è del tutto evidente, perciò, che la su specificata fattispecie, oggetto del presente giudizio, risulta del tutto estranea alle materie attribuite alla competenza dell'Unione europea, ed inoltre priva di qualsiasi legame, anche indiretto, con il diritto dell'Unione.

Decisivo al riguardo è il rilievo che lo stesso art. 9 della Carta, nel riconoscere il "diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia", riserva tuttavia ai singoli Stati membri dell'Unione il compito di garantirli nei rispettivi ordinamenti "secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio", in tal modo esplicitamente chiarendo che la disciplina generale concernente la garanzia di tali diritti è "materia" attribuita alla competenza di ciascuno degli stessi Stati membri.

Deve in ogni caso aggiungersi che, secondo la Corte di giustizia dell'Unione europea, "Il diritto alla libera circolazione comprende sia il diritto per i cittadini dell'Unione europea di entrare in uno Stato membro diverso da quello di cui sono originari, sia il diritto di lasciare quest'ultimo" (cfr. la sentenza 17.11.2011, nella causa C-434/10, Aladzhev), sicché appare chiaro che l'impedimento denunciato dai ricorrenti è di mero fatto, non implicando alcuna lesione della loro libertà di circolazione e di soggiorno (gli stessi ricorrenti hanno contratto matrimonio nel Regno dei Paesi Bassi e si sono poi stabiliti in Italia nel Comune di Latina) e dipendendo inoltre, si ribadisce, dalla attribuzione a ciascuno Stato membro dell'Unione della libera scelta di garantire o no il diritto al matrimonio omosessuale.

3.3.3. La Corte europea dei diritti dell'uomo, con la richiamata sentenza 24.6.2010 (sez. I, caso Schalk e Kopf contro Austria), pronunciata in un caso del tutto analogo a quello in esame - due cittadini austriaci di sesso maschile avevano chiesto all'ufficio dello stato civile di adempiere le formalità richieste per contrarre matri-

monio e, a fronte della reiezione della richiesta, avevano dedotto di essere stati discriminati, in violazione degli artt. 12 e 14, in relazione all'art. 8, della Convenzione, in quanto, essendo una coppia omosessuale, era stata loro negata la possibilità di contrarre matrimonio o di far riconoscere la loro relazione dalla legge in altro modo -, ha ritenuto tra l'altro, all'unanimità, che non vi è stata violazione dell'art. 12 e, a maggioranza, che non vi è stata violazione dell'art. 14, in relazione all'art. 8, della Convenzione.

Nonostante tale dispositivo di rigetto delle richieste dei ricorrenti, la sentenza contiene importanti novità sull'interpretazione sia dell'art. 12 sia dell'art. 14 della Convenzione. A proposito dell'interpretazione dell'art. 12 della CEDU, operata dalla Corte europea in "combinato disposto" con l'art. 9 della Carta (cfr., *supra*, n. 3.3.1.), è opportuno richiamare le "spiegazioni" della stessa Carta - di cui al quinto capoverso del Preambolo ed al paragrafo 7 dell'art. 52 della stessa Carta ("[...] la Carta sarà interpretata dai giudici dell'Unione e degli Stati membri tenendo in debito conto le spiegazioni elaborate sotto l'autorità del *Praesidium* della Convenzione che ha redatto la Carta e aggiornate sotto la responsabilità del *Praesidium* della Convenzione europea"), nonché del su riportato art. 6, paragrafo 1, co. 3, del TUE ("I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni") -, in quanto esse, "pur non avendo *status* di legge, rappresentano un indubbio strumento di interpretazione" (così, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 138 del 2010, n. 10 del Considerato in diritto). Orbene, nelle "spiegazioni" all'art. 52, paragrafo 3, è detto: "Il paragrafo 3 dell'art. 52 intende assicurare la necessaria coerenza tra la Carta e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo affermando la regola secondo cui, qualora i diritti della presente Carta corrispondano ai diritti garantiti anche dalla CEDU, il loro significato e la loro portata, comprese le limitazioni ammesse, sono identici a quelli della CEDU. [...]. Il riferimento alla CEDU riguarda sia la Convenzione che i relativi protocolli. Il significato e la portata dei diritti garantiti sono determinati non solo dal testo di tali strumenti, ma anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea. L'ultima frase del paragrafo è intesa a consentire all'Unione di garantire una protezione più ampia. La protezione accordata dalla Carta non può comunque in nessun caso situarsi ad un livello inferiore a quello garantito dalla CEDU. [...]. In appresso è riportato l'elenco dei diritti che, in questa fase e senza che ciò escluda l'evoluzione del diritto, della legislazione e dei Trattati, possono essere considerati corrispondenti a quelli della CEDU ai sensi del presente paragrafo. [...]. 2. Articoli della Carta che hanno significato identico agli articoli corrispondenti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ma la cui portata è più ampia: - l'art. 9 copre la sfera dell'art. 12 della CEDU, ma il suo campo d'applicazione può essere esteso ad altre forme di matrimonio eventualmente istituite dalla legislazione nazionale [...]"

## Rassegna di giurisprudenza

Inoltre, nella stesse “spiegazioni”, concernenti specificamente l’art. 9, è detto: “Questo articolo si basa sull’art. 12 della CEDU [...]. La formulazione di questo diritto è stata aggiornata al fine di disciplinare i casi in cui le legislazioni nazionali riconoscono modi diversi dal matrimonio per costituire una famiglia. L’articolo non vieta né impone la concessione dello *status* matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso. Questo diritto è pertanto simile a quello previsto dalla CEDU, ma la sua portata può essere più estesa qualora la legislazione nazionale lo preveda corsivo aggiunto”. Tali spiegazioni, nell’attestare la strettissima correlazione tra la Convenzione e la Carta normativamente sancita dall’art. 52, paragrafo 3, della Carta, che “ha lo stesso valore giuridico dei Trattati”, ai sensi dell’art. 6, paragrafo 1, co. 1, del TUE -, danno conto a sufficienza delle ragioni per le quali la Corte europea ha interpretato l’art. 12 della Convenzione in “combinato disposto” con l’art. 9 della Carta, il quale “copre la sfera dell’art. 12 della CEDU, ma il suo campo d’applicazione può essere esteso ad altre forme di matrimonio eventualmente istituite dalla legislazione nazionale”.

Tanto premesso, la Corte europea, in particolare: a) quanto all’interpretazione dell’art. 12 (cfr., *supra*, n. 3.3.1., lett. a) - dopo aver rammentato la propria consolidata giurisprudenza, secondo cui “l’art. 12 garantisce il diritto fondamentale di un uomo e di una donna di contrarre matrimonio e di fondare una famiglia. L’esercizio di questo diritto da origine a conseguenze personali, sociali e giuridiche. Esso è soggetto alle leggi nazionali degli Stati contraenti, ma le limitazioni introdotte in merito non devono limitare o ridurre il diritto in modo o in misura tale da minare l’essenza stessa del diritto [...]” -, ha affermato, tra l’altro, che: 1) “[...] esaminata isolatamente, la formulazione dell’art. 12 Uomini e donne potrebbe essere interpretata in modo da non escludere il matrimonio tra due uomini o tra due donne. Tuttavia, in antitesi, tutti gli altri articoli sostanziali della Convenzione concedono diritti e libertà a tutti o dichiarano che nessuno deve essere sottoposto a certi tipi di trattamento proibito. La scelta della formulazione dell’art. 12 deve pertanto essere considerata intenzionale. Inoltre, si deve tenere conto del contesto storico in cui è stata adottata la Convenzione. Nel 1950 il matrimonio era inteso chiaramente nel senso tradizionale di unione tra partner di sesso diverso” (pag. 55);

2) “[...] l’incapacità per una coppia di concepire o di procreare un figlio non inibisce di per sé il diritto di contrarre matrimonio [...]. Tuttavia, tale decisione non permette alcuna conclusione sulla questione del matrimonio omosessuale” (pag. 56);

3) “Secondo la tesi dei ricorrenti si deve leggere attualmente l’art. 12 come concedente alle coppie omosessuali l’accesso al matrimonio o, in altre parole, come facente obbligo agli Stati membri di prevedere tale accesso nelle loro legislazioni nazionali. [...]. La Corte non è persuasa della tesi dei ricorrenti. Tuttavia, come essa ha osservato nel ricorso di Christine Goodwin, l’istituto del matrimonio ha subito importanti cambiamenti sociali dall’adozione della Convenzione [...]. La Corte osserva che non vi è un consenso generale europeo in materia di matrimonio omoses-

suale. Attualmente non più di sei Stati aderenti alla Convenzione su quarantasette permettono il matrimonio omosessuale” (pagg. 57 e 58);

4) “Passando alla comparazione tra l’art. 12 della Convenzione e l’art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (la Carta), la Corte ha già osservato che quest’ultima ha volutamente evitato il riferimento agli uomini e alle donne [...]. Il Commentario alla Carta, che è divenuto giuridicamente vincolante nel dicembre 2009, conferma che l’art. 9 intende avere un campo di applicazione più ampio dei corrispondenti articoli di altri strumenti relativi ai diritti umani [...]. Allo stesso tempo il riferimento alla legislazione nazionale riflette la diversità dei regolamenti nazionali, che spaziano dal permesso dei matrimoni omosessuali al loro esplicito divieto. Facendo riferimento alla legislazione nazionale, l’art. 9 della Carta lascia decidere agli Stati se permettere o meno i matrimoni omosessuali. Nelle parole del commentario: [...] si può sostenere che non vi è ostacolo al riconoscimento delle relazioni omosessuali nel contesto del matrimonio. Tuttavia non vi è alcuna disposizione esplicita che prevede che le legislazioni nazionali debbano facilitare tali matrimoni corsivo aggiunto” (pag. 60);

5) “Visto l’art. 9 della Carta, pertanto, la Corte non ritiene più che il diritto al matrimonio di cui all’art. 12 debba essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto. Conseguentemente non si può affermare che l’art. 12 sia inapplicabile alla doglianza dei ricorrenti. Tuttavia, per come stanno le cose, si lascia decidere alla legislazione nazionale dello Stato contraente se permettere o meno il matrimonio omosessuale corsivo aggiunto” (pag. 61);

6) “A tale riguardo la Corte osserva che il matrimonio ha connotazioni sociali e culturali radicate che possono differire molto da una società all’altra. La Corte ribadisce di non doversi spingere a sostituire l’opinione delle autorità nazionali con la propria, dato che esse si trovano in una posizione migliore per valutare e rispondere alle esigenze della società [...]. In conclusione, la Corte ritiene che l’art. 12 della Convenzione non faccia obbligo allo Stato convenuto di concedere l’accesso al matrimonio a una coppia omosessuale come i ricorrenti” (pagg. 62 e 63);

b) quanto all’interpretazione dell’art. 14, in relazione all’art. 8 (cfr., *supra*, n. 3.3.1., lett. a), ha affermato, tra l’altro, che:

1) “È indiscusso nel presente caso che la relazione di una coppia omosessuale come i ricorrenti rientri nella nozione di vita privata nell’accezione dell’art. 8. Tuttavia, alla luce dei commenti delle parti la Corte ritiene opportuno determinare se la loro relazione costituisce anche una vita familiare ” (pag. 90);

2) “La Corte ribadisce la sua giurisprudenza radicata in materia di coppie eterosessuali, vale a dire che la nozione di famiglia in base a questa disposizione non è limitata alle relazioni basate sul matrimonio e può comprendere altri legami familiari di fatto, se le parti convivono fuori dal vincolo del matrimonio”. [...] (pag. 91);

3) “In antitesi, la giurisprudenza della Corte ha accettato solo che la relazione emotiva e sessuale di una coppia omosessuale costituisca vita privata, ma non ha ritenuto che essa costituisca vita familiare, anche se era in gioco una relazione durevole

## Rassegna di giurisprudenza

tra partner conviventi. Nel giungere a tale conclusione, la Corte ha osservato che nonostante la crescente tendenza negli Stati europei verso un riconoscimento giuridico e giudiziario di unioni di fatto stabili tra omosessuali, data l'esistenza di poche posizioni comuni tra gli Stati contraenti, questa era un'area in cui essi godevano ancora di un ampio margine di discrezionalità [...]. Nel caso di Karner [...], relativo al subentro del partner di una coppia omosessuale nei diritti locativi del partner deceduto, che rientrava nella nozione di abitazione, la Corte ha esplicitamente lasciato aperta la questione di decidere se il caso riguardasse anche la vita privata e familiare del ricorrente” (pag. 92);

4) “La Corte osserva che dal 2001 [...] ha avuto luogo in molti Stati membri una rapida evoluzione degli atteggiamenti sociali nei confronti delle coppie omosessuali. A partire da quel momento un notevole numero di Stati membri ha concesso il riconoscimento giuridico alle coppie omosessuali [...]. Certe disposizioni del diritto dell'UE riflettono anche una crescente tendenza a comprendere le coppie omosessuali nella nozione di famiglia [...]” (pag. 93);

5) “Data quest'evoluzione la Corte ritiene artificiale sostenere l'opinione che, a differenza di una coppia eterosessuale, una coppia omosessuale non possa godere della vita familiare ai fini dell'art. 8. Conseguentemente la relazione dei ricorrenti, una coppia omosessuale convivente con una stabile relazione di fatto, rientra nella nozione di vita familiare, proprio come vi rientrerebbe la relazione di una coppia eterosessuale nella stessa situazione corsivo aggiunto” (pag. 94).

3.3.4. È noto che, secondo il costante orientamento della Corte costituzionale, l'interpretazione e l'applicazione delle norme della Convenzione, pur essendo affidata ai giudici degli Stati contraenti, è attribuita, in via definitiva, alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, la cui competenza appunto “si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa nelle condizioni previste” dalla Convenzione medesima, con la conseguenza che detti giudici hanno il dovere di interpretare la norma interna in modo conforme alla norma convenzionale fintantoché ciò sia reso possibile dal testo di tale norma e, in caso di impossibilità dell'interpretazione “conforme”, di sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna per contrasto con la norma convenzionale “interposta”, per violazione dell'art. 117 Cost., co. 1; con l'ulteriore conseguenza che l'interpretazione data dalla Corte europea vincola, anche se non in modo incondizionato, detti giudici e costituisce il “*diritto vivente*” della Convenzione (cfr. l'art. 32 della CEDU; cfr., altresì, *ex plurimis*, le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007, n. 80 del 2011 e n. 15 del 2012).

Ciò premesso, l'analisi dei su riportati brani della sentenza della Corte europea mostra inequivocabilmente che essa contiene due novità sostanziali rispetto alla precedente giurisprudenza concernente l'interpretazione degli artt. 12 e 14 della Convenzione, novità correlate alla novità del caso sottoposto all'esame della Corte.

A) La prima novità attiene appunto alla questione se il diritto al matrimonio, riconosciuto dall'art. 12 della Convenzione, comprenda anche il diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso.

La risposta della Corte non lascia adito a dubbi: "Visto l'art. 9 della Carta [...], la Corte non ritiene più che il diritto al matrimonio di cui all'art. 12 debba essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto. Conseguentemente non si può affermare che l'art. 12 sia inapplicabile alla doglianza dei ricorrenti. Tuttavia, per come stanno le cose, si lascia decidere alla legislazione nazionale dello Stato contraente se permettere o meno il matrimonio omosessuale".

Al riguardo, deve sottolinearsi che:

1) la *ratio decidendi* si fonda - per le ragioni già dette - sull'interpretazione non del solo art. 12, ma di tale disposizione in "combinato disposto" con l'art. 9 della Carta che, pur avendo "significato identico" a quello dell'art. 12, ha tuttavia "portata più ampia", in quanto "il suo campo d'applicazione può essere esteso ad altre forme di matrimonio eventualmente istituite dalla legislazione nazionale" (cfr., *supra*, n. 3.3.3.): si fonda, cioè, sull'interpretazione del diritto fondamentale al matrimonio secondo il criterio *magis ut valeat*;

2) la *ratio decidendi*, inoltre, costituisce vero e proprio Overruling ("[...] la Corte non ritiene più che il diritto al matrimonio di cui all'art. 12 debba essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto [...]") rispetto alla precedente giurisprudenza richiamata dalla stessa Corte, secondo la quale "l'art. 12 garantisce il diritto fondamentale di un uomo e di una donna di contrarre matrimonio e di fondare una famiglia";

3) conseguentemente, il diritto al matrimonio riconosciuto dall'art. 12 ha acquisito, secondo l'interpretazione della Corte europea - la quale costituisce radicale "evoluzione" rispetto ad "una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio" -, un nuovo e più ampio contenuto, inclusivo anche del matrimonio contratto da due persone dello stesso sesso (cfr., *supra*, nn. 3.3.1., lett. b), e 3.3.3.);

4) secondo la Corte, tuttavia - in piena conformità con l'inequivocabile tenore letterale dell'art. 12 della Convenzione e 9 della Carta -, la "garanzia" del diritto ad un matrimonio siffatto è totalmente riservata al potere legislativo degli Stati contraenti della Convenzione e/o membri dell'Unione europea ("Tuttavia, per come stanno le cose, si lascia decidere alla legislazione nazionale dello Stato contraente se permettere o meno il matrimonio omosessuale"); ed è proprio per questa ragione che la Corte ha potuto affermare che, nel caso sottoposto, "l'art. 12 della Convenzione non faccia obbligo allo Stato convenuto nella specie, l'Austria di concedere l'accesso al matrimonio a una coppia omosessuale come i ricorrenti".

A quest'ultimo riguardo, secondo l'impostazione della Corte, le ora richiamate disposizioni, pur "riconoscendo" detti diritti, sono state tuttavia formulate in modo tale da separare il "riconoscimento" dalla "garanzia" degli stessi: infatti, l'art.12 della CEDU riconosce "il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia", ma "secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto";

corrispondentemente, l'art. 9 della Carta riconosce "il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia", ma al contempo afferma che questi diritti "sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio". E la ragione di questa "separazione" - come emerge nitidamente dalla motivazione della sentenza della Corte europea - sta nella constatazione delle notevoli ed a volte profonde differenze sociali, culturali e giuridiche, che ancora connotano le discipline legislative della famiglia e del matrimonio dei Paesi aderenti alla Convenzione e/o membri dell'Unione europea.

B) La seconda novità attiene alla questione se la relazione di una coppia omosessuale rientri nella nozione di "vita familiare" nell'accezione dell'art. 8 della Convenzione. Anche su tale questione la risposta della Corte è chiarissima: "Data quest'evoluzione sociale e giuridica la Corte ritiene artificiale sostenere l'opinione che, a differenza di una coppia eterosessuale, una coppia omosessuale non possa godere della vita familiare ai fini dell'art. 8. Conseguentemente la relazione dei ricorrenti, una coppia omosessuale convivente con una stabile relazione di fatto, rientra nella nozione di vita familiare, proprio come vi rientrerebbe la relazione di una coppia eterosessuale nella stessa situazione".

Questa estensione alla coppia omosessuale stabilmente convivente del diritto alla "vita familiare" costituisce coerente conseguenza del riconoscimento ai singoli componenti tale coppia, da parte della Corte europea, del diritto al matrimonio e del diritto di fondare una famiglia ed attesta ancora una volta la necessità di distinguere tra riconoscimento del diritto al matrimonio omosessuale, altre forme di riconoscimento giuridico della stabile convivenza della coppia omosessuale e riconoscimento ai singoli componenti tale unione di altri diritti fondamentali.

4. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, può pervenirsi - ferma restando la decisione di infondatezza del ricorso in esame - ad una risposta maggiormente articolata alle questioni - più generale e specifica - poste a questa Corte dalla presente fattispecie (cfr., *supra*, n. 2.1.), segnatamente in relazione agli effetti, nell'ordinamento giuridico italiano, della sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 2010 (cfr., *supra*, nn. 3.1. e 3.2.) e della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 24.6.2010 (cfr., *supra*, n. 3.3.3.).

4.1. Occorre muovere dal rilievo che, se il diritto di contrarre matrimonio è diritto fondamentale -in quanto derivante dagli artt. 2 e 29 Cost., ed espressamente riconosciuto, come più volte rilevato, dall'art. 16, paragrafo 1, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, dall'art. 12 della CEDU del 1950, dall'art. 23, paragrafo 2, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966 e dall'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000-2007 -, esso spetta "ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani", cioè alla persona in quanto tale (cfr., *ex plurimis*, Corte costituzionale, sentenze nn. 105 del 2001, 249 del 2010, 245 del 2011 cit.).

Il riconoscimento di tale diritto fondamentale comporta necessariamente non soltanto l'appartenenza di esso al patrimonio giuridico costitutivo ed irretrattabile del

singolo individuo quale persona umana, ma anche la effettiva possibilità del singolo individuo di farlo valere *erga omnes* e di realizzarlo, nel che consiste la “garanzia” del suo “riconoscimento”, secondo l’inscindibile binomio contenuto nell’art. 2 Cost. (“La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili [...]”).

La sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 2010 ha negato fondamento costituzionale al diritto al matrimonio tra due persone dello stesso sesso, in riferimento sia agli artt. 3 e 29, sia all’art. 2 Cost. Dunque, il suo riconoscimento e la sua garanzia - cioè l’eventuale disciplina legislativa diretta a regolarne l’esercizio -, in quanto non costituzionalmente obbligati, sono rimessi alla libera scelta del Parlamento; ciò che trova espressa conferma nell’art. 12 della CEDU e 9 della Carta, i quali riservano appunto alla disciplina legislativa dei singoli Stati contraenti della Convenzione e/o membri dell’Unione europea la garanzia del “diritto al matrimonio” (CEDU) e dei diritti “di sposarsi e di costituire una famiglia” (Carta).

Secondo la sentenza della Corte europea 24.6.2010, invece, il diritto al matrimonio, riconosciuto dal combinato disposto dell’art. 12 della Convenzione e 9 della Carta, include anche quello al matrimonio di persone dello stesso sesso, quale “nuovo contenuto” ermeneuticamente emergente proprio dai predetti diritti riconosciuti dalla Convenzione e dalla Carta, fermo restando tuttavia che la sua garanzia è rimessa al potere legislativo dei singoli Stati (“Tuttavia, per come stanno le cose, si lascia decidere alla legislazione nazionale dello Stato contraente se permettere o meno il matrimonio omosessuale. [...]. A tale riguardo la Corte osserva che il matrimonio ha connotazioni sociali e culturali radicate che possono differire molto da una società all’altra. La Corte ribadisce di non doversi spingere a sostituire l’opinione delle autorità nazionali con la propria, dato che esse si trovano in una posizione migliore per valutare e rispondere alle esigenze della società”).

Tale “riserva assoluta di legislazione nazionale”, per così dire, non significa, però, che le menzionate norme, convenzionale e comunitaria non spieghino alcun effetto nell’ordinamento giuridico italiano, fintantoché il Parlamento - libero di scegliere, sia nell’*an* sia nel *quomodo* - non garantisca tale diritto o preveda altre forme di riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali. Dette norme, invece - attraverso gli “ordini di esecuzione” contenuti nelle su citate leggi che hanno autorizzato la ratifica e l’esecuzione della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e del Trattato sull’Unione europea -, sono già da tempo entrate a far parte integrante dell’ordinamento giuridico italiano e devono essere interpretate in senso “convenzionalmente conforme”. Ed allora, il limitato ma determinante effetto della interpretazione della Corte europea - secondo cui “la Corte non ritiene più che il diritto al matrimonio di cui all’art. 12 debba essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto” -, sta nell’aver fatto cadere il postulato implicito, il requisito minimo indispensabile a fondamento dell’istituto matrimoniale, costituito dalla diversità di sesso dei nubendi e, conseguentemente, nell’aver ritenuto incluso nell’art. 12 della CEDU anche il diritto al matrimonio omosessuale (cfr., *supra*, n. 2.2.2.). La Corte europea, in altri termini, sulla base della ricognizione delle diffe-

renze, anche profonde, delle legislazioni nazionali in materia, “che spaziano dal permesso dei matrimoni omosessuali al loro esplicito divieto”, ha (soltanto) rimosso l’ostacolo - la diversità di sesso dei nubendi appunto - che impediva il riconoscimento del diritto al matrimonio omosessuale, riservando tuttavia la garanzia di tale diritto alle libere opzioni dei Parlamenti nazionali.

4.2. Le considerazioni che precedono consentono di pervenire ad una prima conclusione circa la più generale questione se la Repubblica italiana riconosca e garantisca a persone dello stesso sesso, al pari di quelle di sesso diverso, il diritto fondamentale di contrarre matrimonio.

Come già sottolineato (cfr., *supra*, nn. 3.2. e 4.1.), la sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 2010, pur negando specifico fondamento costituzionale al riconoscimento del diritto al matrimonio di persone dello stesso sesso, ha tuttavia affermato: che nelle “formazioni sociali” di cui all’art. 2 Cost., è inclusa “l’unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia”; che fermo il riconoscimento e la garanzia di tale diritto “inviolabile”, “nell’ambito applicativo dell’art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell’esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette”, e che, tuttavia, resta “riservata alla Corte costituzionale la possibilità d’intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze *more uxorio*: sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988)”, potendo accadere che, “in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza”.

A sua volta, la sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo 24.6.2010 (cfr., *supra*, n. 3.3.3.) ha affermato anche che “la Corte ritiene artificiale sostenere l’opinione che, a differenza di una coppia eterosessuale, una coppia omosessuale non possa godere della vita familiare ai fini dell’art. 8”, e che “Conseguentemente la relazione dei ricorrenti, una coppia omosessuale convivente con una stabile relazione di fatto, rientra nella nozione di vita familiare, proprio come vi rientrerebbe la relazione di una coppia eterosessuale nella stessa situazione”.

Ed allora, le su riportate affermazioni, considerate unitamente al richiamo di specifici precedenti da parte della Corte costituzionale, non danno adito a dubbi circa il senso e, soprattutto, gli effetti dei detti delle due Corti nell’ordinamento giuridico italiano. I componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, se - secondo la legislazione italiana - non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all’estero, tuttavia - a prescindere dall’intervento del legislatore in materia - quali titolari del diritto alla “vita familiare” e nell’esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di “specifiche situazioni”,

il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza.

4.3. Le medesime considerazioni consentono di pervenire all'altra conclusione circa la specifica questione, consistente nello stabilire se due cittadini italiani dello stesso sesso, i quali abbiano contratto matrimonio all'estero - come nella specie -, siano, o no, titolari del diritto alla trascrizione del relativo atto nel corrispondente registro dello stato civile italiano. La risposta negativa, già data, si fonda però su ragioni diverse da quella, finora ripetutamente affermata, della "inesistenza" di un matrimonio siffatto per l'ordinamento italiano. Infatti, se nel nostro ordinamento è compresa una norma - l'art. 12 della CEDU appunto, come interpretato dalla Corte europea -, che ha privato di rilevanza giuridica la diversità di sesso dei nubendi nel senso dianzi specificato (cfr., *supra*, n. 4.1.), ne segue che la giurisprudenza di questa Corte - secondo la quale la diversità di sesso dei nubendi è, unitamente alla manifestazione di volontà matrimoniale dagli stessi espressa in presenza dell'ufficiale dello stato civile celebrante, requisito minimo indispensabile per la stessa "esistenza" del matrimonio civile, come atto giuridicamente rilevante - non si dimostra più adeguata alla attuale realtà giuridica, essendo stata radicalmente superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile, per così dire "naturalistico", della stessa "esistenza" del matrimonio. Per tutte le ragioni ora dette, l'intrascrivibilità delle unioni omosessuali dipende - non più dalla loro "inesistenza" (cfr., *supra*, n. 2.2.2.), e neppure dalla loro "invalidità", ma - dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio appunto, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano.

5. La novità di tutte le questioni trattate giustifica la compensazione integrale delle spese del presente grado del giudizio.

P.Q.M.

rigetta il ricorso e compensa le spese. Dispone, ai sensi del d.lgs. 30.6.2003, n. 196, art. 52, che nel caso di diffusione della presente sentenza siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi delle parti.

## Lavoro

4.

Tribunale di Bari

ordinanza 9.3.2011 - est. Vernia

**regolarizzazione ex l. 102/09 - archiviazione per mancata comparizione delle parti - obbligo di perfezionare il contratto di soggiorno anche in caso di inter-**

**ruzione del rapporto di lavoro - obbligo del datore di avvisare il lavoratore della convocazione - sussistenza  
domanda cautelare di pronuncia costitutiva del contratto di soggiorno - infondatezza  
domanda cautelare di accertamento del diritto di ottenere il completamento della procedura - fondatezza**

*art. 700 c.p.c.; art. 1 ter D.L. n. 78/09 conv. l. n. 102/09*

Il giudice del lavoro, [...] sciogliendo la riserva assunta; letti gli atti di causa ed uditi i procuratori delle parti;

Osserva

Con ricorso depositato in data 24.11.2010 il ricorrente [...] adiva il tribunale di Bari, in funzione di giudice del lavoro, per sentir accogliere, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., nei confronti di [...], le seguenti conclusioni: dichiararsi che “- il sig. [...] ha diritto ad ottenere la completa regolarizzazione amministrativa di cui all'art. 1 *ter* co. 7 della legge n. 102/2009, con l'esclusione della possibilità di archiviazione prevista dall'ultima parte del co. 7 ed, altresì, esercitare senza ostacoli, anche nei confronti del datore di lavoro, ogni prerogativa per la realizzazione degli interessi connessi alla relazione lavorativa ed al suo sviluppo; - l'obbligo del sig. [...] di presentarsi presso la prefettura di Bari - Sportello unico per l'immigrazione e di stipulare con il sig. [...] il contratto di soggiorno [...]; - ordinarsi al sig. [...] di presentarsi presso la prefettura di Bari - Sportello unico per l'immigrazione e di stipulare con il sig. [...] il contratto di soggiorno [...]”.

Il ricorrente, in punto di fatto, deduceva che in data 21.9.2009, in occasione della promulgazione della legge n. 102/09 (Conversione in legge, con modificazioni, del D.L. 1.7.2009 n 78, recante provvedimenti anticrisi, nonché proroga dei termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali), il datore di lavoro [...] avanzava richiesta di regolarizzazione della condizione lavorativa di esso ricorrente ai sensi dell'art. 1 *ter* della l. 102/09; che il [...], convocato dallo Sportello unico per l'immigrazione di Bari per la stipula del contratto di soggiorno, non si presentava, né forniva osservazioni e documentazione rilevanti. L'istante, quindi, invocava il diritto ad una corretta assunzione o alla conclusione della procedura amministrativa di regolarizzazione: in definitiva chiedeva, ai sensi dell'art. 2932 c.c., una pronuncia equipollente al contratto di soggiorno di cui al co. 7 dell'art 1 *ter* D.L. n. 78/09, convertito in l. n. 102/09 (presupposto giuridico necessario per l'ottenimento del permesso di soggiorno), stante il mancato adempimento da parte del datore di lavoro [...] all'obbligo di concludere in contratto di soggiorno, o, in subordine, una pronuncia che dichiarò il suo diritto di ottenere il completamento della procedura di regolarizzazione amministrativa di cui all'art. 1 *ter* citato. Argomentava, quindi a sostegno del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

[...] si costituiva in giudizio invocando il rigetto della domanda e deducendo, in particolare, l'avvenuta archiviazione della procedura, giusta provvedimento del

6.9.2010. Sentito il ricorrente, esaminati i documenti prodotti ed autorizzato il deposito di note difensive, il giudice si riservava.

Il ricorso va accolto nei limiti di seguito illustrati.

Alla luce del dettato normativo in tema di tutela cautelare atipica, va premesso che il provvedimento d'urgenza richiesto *ex art. 700 c.p.c.* presuppone che ricorrano congiuntamente i requisiti del c.d. *fumus boni iuris*, inteso quale evidente fondatezza della pretesa, e del *periculum in mora* concepito come fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il diritto in via ordinaria questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, e dunque non ristorabile per equivalente; ditalchè il provvedimento dev'essere rifiutato allorquando manchi anche uno solo dei requisiti sopra ricordati (cfr. *ex plurimis* tribunale Milano, 28.2.1996). Orbene, quanto al *fumus boni iuris*, è doveroso richiamare la normativa applicabile al caso di specie e la lettura che della stessa è stata data in sede di circoli amministrative.

La norma che assume centrale rilievo nella fattispecie di cui trattasi è l'art. 1 *ter* della l. n. 102/2009. tale norma, intitolata "dichiarazione di attività di assistenza e di sostegno alle famiglie" attribuisce ai datori di lavoro - che, alla data del 30.6.2009 occupino irregolarmente alle proprie dipendenze, almeno da tre mesi, lavoratori italiani o cittadini di uno Stato membro dell'Unione europea o lavoratori extracomunitari - la possibilità di regolarizzare il rapporto di lavoro.

Per far ciò, il datore di lavoro è tenuto, entro un determinato termine (dal 1 al 30.9.2009), presentare una dichiarazione di sussistenza del rapporto di lavoro, anche detta "di emersione".

Tale dichiarazione deve essere inoltrata all'INPS se il lavoratore è italiano o è cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea mediante apposito modulo, mentre va indirizzata allo Sportello unico per l'immigrazione di cui all'art. 22 TU di cui al d.lgs. 25.7.1998, n. 286, se il lavoratore è extracomunitario con il rispetto di determinate modalità informatiche.

In quest'ultimo caso - che qui ci interessa, atteso che il ricorrente è cittadino extracomunitario - la dichiarazione deve contenere, a pena di inammissibilità, una serie di indicazioni: ad es. i dati identificativi del datore di lavoro; le generalità e nazionalità del lavoratore extracomunitario, i dati identificativi del passaporto o di altro documento valido per l'espatrio; l'indicazione della tipologia e delle modalità di impiego; l'attestazione - per le domande relative a lavoratori impiegati nel lavoro domestico di sostegno al bisogno familiare - della disponibilità di un determinato reddito; l'assunzione dell'impegno a corrispondere una retribuzione minima (non inferiore a quella prevista nel contratto collettivo nazionale di riferimento..) e, nel caso di lavoro domestico, che l'orario di lavoro non sia inferiore a 20 ore settimanali; la proposta del contratto di soggiorno di cui all'art. 5 *bis* TU d.lgs. 25.7.98, n. 286, gli estremi della ricevuta di pagamento del contributo forfettario (art. 1 *ter*, co. 4).

L'*iter* procedurale contempla un ulteriore stadio, rappresentato dalla verifica dell'ammissibilità di tale che dovrà essere compiuta dallo Sportello unico

## Rassegna di giurisprudenza

dell'immigrazione e dall'acquisizione del parere della questura in merito alla insussistenza di motivi ostativi al rilascio del permesso di soggiorno (prima parte co. 7 citato art. 1 *ter*).

Eseguiti tali incombenzi, lo Sportello unico per l'immigrazione convoca le parti per la stipulazione del contratto di soggiorno e per la presentazione della richiesta del permesso di soggiorno, previa esibizione dell'avvenuto pagamento del contributo di cui al co. 3. Il contratto di soggiorno è quello dettato all'art. 5 *bis* d.lgs. n. 286/98 [a mente del quale: "il contratto di soggiorno per lavoro subordinato stipulato tra un datore di lavoro italiano [...] e un prestatore di lavoro, cittadino di uno Stato non appartenente all'Unione europea o apolide, contiene : a) la garanzia da parte del datore di lavoro della disponibilità di un alloggio per il lavoratore [...]; b) l'impegno al pagamento da parte del datore di lavoro delle spese di viaggio per il rientro del lavoratore nel Paese di provenienza. Non costituisce titolo valido per il rilascio del permesso di soggiorno il contratto che non contenga le dichiarazioni di cui alle lett. a) e b) del co. 1. Il contratto di soggiorno per lavoro è sottoscritto in base a quanto previsto dall'art. 22 presso lo Sportello unico per l'immigrazione della Provincia nella quale risiede o ha sede legale il datore di lavoro o dove avrà luogo la prestazione lavorativa [...]"] ed è lo strumento che prelude al rilascio del permesso di soggiorno. All'art. 5, co. 3 *bis* d.lgs. n. 286/98 si legge infatti che "il permesso di soggiorno per motivi di lavoro è rilasciato a seguito della stipula del contratto di soggiorno di cui all'art. 5 *bis* [...] la durata del relativo permesso di soggiorno per lavoro è quella prevista dal contratto di soggiorno [...]".

Orbene, la normativa di cui all'art. 1 *ter* l. n. 102/09 ha previsto che nell'ipotesi in cui, convocate le parti per la stipula del contratto di soggiorno, queste non si presentino senza giustificato motivo, il procedimento di regolarizzazione debba essere archiviato (ultima parte co. 7 art. 1 *ter*).

In definitiva la legge, in particolare la norma di cui all'art. 1 *ter* l. n. 102/09, si è occupata espressamente del solo caso in cui, convocate le parti, manchi "la presentazione di entrambe le parti senza giustificato motivo". Nulla invece ha disposto circa la situazione in cui sia solo una delle parti a non presentarsi o quella in cui una delle parti non sappia della convocazione.

Sono state poi due circolari del Ministero dell'Interno a fornire chiarimenti in ordine al verificarsi di queste situazioni.

Dapprima la circolare n. 6466 del 29.10.09 ha affrontato il caso in cui il datore di lavoro che ha presentato la dichiarazione di emersione voglia, successivamente all'istanza, rinunciare all'istanza ed ha chiarito che "il datore di lavoro è tenuto a completare la procedura di emersione, perfezionando la volontà di pervenire alla regolarizzazione del lavoratore extracomunitario occupato alle sue dipendenze, manifestata con il versamento del contributo forfettario di 500 euro e con la presentazione della dichiarazione di emersione, firmando presso lo Sportello unico competente il contratto di soggiorno contestualmente al lavoratore extracomunitario [...]. Solo dopo aver perfezionato quanto sopra, il datore di lavoro potrà eventual-

mente porre fine al rapporto di lavoro [...]. Pertanto la rinuncia alla dichiarazione di emersione, intervenuta nel corso della procedura, comporterà l'archiviazione del procedimento di emersione e la cessazione della sospensione dei procedimenti sanzionatori prevista dall'art. 1 *ter* co. 8 e 9 l. n. 102/09. In tal caso, comunque, il datore di lavoro dovrà essere convocato affinché tale rinuncia venga formalizzata, con le conseguenze sanzionatorie previste dalle norme vigenti [...]"

Poi, la circolare n. 7950 del 7.12.2010 ha preso in esame la situazione in cui vi sia un'interruzione del rapporto di lavoro al di fuori delle ipotesi previste dalla circolare n. 6466 (*id est* rinuncia da parte del datore di lavoro) avvenute prima della conclusione della procedura presso lo Sportello. Ha precisato che "anche in tali ipotesi il datore di lavoro, che ha presentato la domanda di emersione, dovrà essere convocato insieme al lavoratore presso codesti Sportelli unici, al fine di formalizzare la rinuncia al rapporto di lavoro, specificando i motivi che hanno causato l'interruzione dello stesso rapporto, e sottoscrivere comunque - contestualmente al lavoratore straniero - il contratto di soggiorno per il periodo relativo all'effettivo impiego del lavoratore. Solo a seguito di tale adempimento, si perfezionerà la conseguente estinzione dei reati e degli illeciti amministrativi prevista dalla norma [...]"

Nel corpo delle circolari si aggiunge che il datore di lavoro dovrà provvedere al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali all'INPS, in favore del lavoratore straniero per l'intero periodo di effettiva durata del rapporto di lavoro.

Ai lavoratori interessati sarà consentito, quindi, richiedere il rilascio di un permesso di soggiorno per attesa occupazione.

Ancora, si precisa che, nel caso in cui, "a seguito della convocazione, soltanto il datore di lavoro si rechi regolarmente presso codesti Sportelli unici, questi dovrà confermare di avere assolto all'obbligo di informare il lavoratore sulla necessità di presentarsi alla convocazione presso lo Sportello unico per completare la procedura di emersione", fornendo indicazioni sui motivi della mancata presentazione, qualora ne abbia notizia. In tale ipotesi, si procederà per il datore di lavoro agli adempimenti sopra descritti (sottoscrizione del contratto di soggiorno, assunzione del lavoratore e cessazione del rapporto di lavoro) con conseguente estinzione dei reati e degli illeciti amministrativi.

Orbene, da tutto quanto innanzi esposto, emerge in primo luogo che lo Sportello unico per l'immigrazione - dopo la presentazione da parte del datore di lavoro della dichiarazione di sussistenza del rapporto di lavoro ai sensi dell'art 1 *ter* l. 102/09, e una volta superato il vaglio dell'ammissibilità della dichiarazione stessa ed acquisito il parere della questura circa l'insussistenza di motivi ostativi al rilascio del permesso di soggiorno al lavoratore extracomunitario (cfr co. 7 prima parte) - convoca le parti perché sia stipulato il contratto di soggiorno, e lo fa avvisando il datore di lavoro della data in cui dovrà, insieme al lavoratore, comparire dinanzi allo Sportello unico. La lettera di convocazione, cioè, viene inviata solo al datore di lavoro, il quale, a sua volta, deve avvisare il lavoratore del giorno fissato per la convocazione. Peraltro, sul punto dissipa ogni dubbio la circolare n. 7950 del 7.12.2009

## Rassegna di giurisprudenza

laddove, occupandosi del caso in cui si rechi presso lo Sportello unico immigrazione soltanto il datore di lavoro, chiarisce che è obbligo del datore di lavoro informare e avvisare il lavoratore della data di convocazione presso lo Sportello. Si legge “[...] questi dovrà confermare di aver assolto all’obbligo di informare il lavoratore sulla necessità di presentarsi alla convocazione presso lo Sportello unico per completare la procedura di emersione [...]”.

Tanto detto equivale a dire che a fronte dell’obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore della convocazione presso lo Sportello unico, vi è il diritto del lavoratore di venire a conoscenza di tale data e di esserne perciò avvisato.

In secondo luogo, si ricava che la procedura di emersione di cui all’art. 1 *ter* l. n. 102/09 involge la posizione irregolare di due soggetti, da un lato il datore di lavoro, dall’altro il lavoratore, e garantisce, nel periodo in cui si svolge, la sospensione dei procedimenti penali ed amministrativi nei confronti del datore di lavoro e del lavoratore per le violazioni delle norme relative all’ingresso e al soggiorno nel territorio nazionale e relative all’impiego dei lavoratori (cfr co. 8 art. 1 *ter*: “dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto e fino alla conclusione del procedimento di cui al presente articolo, sono sospesi tutti i procedimenti penali e amministrativi [...]”), procedimenti che rivivranno in caso di rigetto o di archiviazione della procedura o di mancata presentazione della dichiarazione di emersione. Nel periodo in cui vige la procedura vi è anche il divieto di espellere lo straniero (cfr co. 10 art. 1 *ter*), mentre l’estinzione dei reati e degli illeciti di cui alla legge 102/09 discenderà solo dal completamento della procedura di regolarizzazione attraverso la sottoscrizione del contratto di soggiorno, la comunicazione all’INPS e il rilascio del permesso di soggiorno (cfr co. 11 art. 1 *ter*).

Tanto comporta che la partecipazione di entrambe le parti alla procedura detta sia indispensabile e, soprattutto, che chiare e, ove necessarie, distinte, appaiano le posizioni del datore di lavoro e del lavoratore, attese le non indifferenti implicazioni che tale procedura riversa su entrambi i protagonisti.

Ma da tanto riviene, soprattutto, che la procedura di regolarizzazione debba essere completata: vi è un diritto delle parti a veder comunque completata la procedura iniziata con la presentazione della dichiarazione di emersione, fatto salvo il verificarsi di ogni peculiare evento diverso dalla prosecuzione del rapporto di lavoro.

Si spiega così che il legislatore abbia voluto prevedere l’archiviazione della procedura (con tutto ciò - come già detto - che ne consegue) per la sola ipotesi in cui nessuna delle due parti si presenti alla convocazione senza preoccuparsi di darne giustificato motivo (cfr. ultima parte co. 7 art. 1 *ter*): in tal caso è manifesto il disinteresse di entrambe le parti alla conclusione della procedura.

Si spiega, così, che il Ministero dell’interno, in sede di circolari, abbia preso in esame le posizioni di ciascuna delle parti anche alla luce del comportamento tenuto dall’altra parte. Ha detto, infatti, che se il datore di lavoro, dopo aver presentato la domanda, voglia rinunciare all’istanza, sarà comunque tenuto a completare la procedura di emersione, perfezionando la volontà di regolarizzazione del lavoratore

extracomunitario (già manifestata con la presentazione della domanda e con il pagamento del contributo) firmando presso lo sportello il contratto di soggiorno contestualmente al lavoratore extracomunitario in relazione e per il periodo di effettivo impiego del lavoratore.

Solo dopo aver perfezionato tali adempimenti, il datore di lavoro potrà porre fine al rapporto di lavoro; la rinuncia alla dichiarazione di emersione - che comporterà l'archiviazione del procedimento con la cessazione della sospensione dei procedimenti sanzionatori - dovrà essere formalizzata dal datore, il quale dovrà versare i contributi a favore del lavoratore, mentre quest'ultimo potrà chiedere il rilascio di un permesso di soggiorno per attesa occupazione.

In altri termini, una volta che il datore di lavoro ha deciso di presentare la domanda di sussistenza di un rapporto di lavoro con un extracomunitario ad esempio, dovrà sempre - anche quando decida di rinunciare all'istanza - garantire al lavoratore la stipula del contratto di soggiorno almeno per quella parte di rapporto di lavoro che il datore di lavoro ha già dichiarato sussistere nel corpo della dichiarazione. In tal modo cadranno sul datore di lavoro le conseguenze della archiviazione della procedura (cfr. cessazione della sospensione dei procedimenti) mentre il lavoratore potrà, almeno per quel periodo pregresso, chiedere il rilascio del permesso di soggiorno: la sua posizione irregolare, almeno per quel segmento, sarà in qualche modo sanata. Si spiega così che il Ministero abbia affrontato anche l'ipotesi in cui si interrompa il rapporto di lavoro anche per motivi doversi dalla rinuncia all'istanza di emersione da parte del datore di lavoro. Anche in questo caso, specificati i motivi che hanno causato l'interruzione, deve essere sottoscritto comunque il contratto di soggiorno dal datore di lavoro e dal lavoratore per il periodo relativo all'effettivo impiego del lavoratore, e solo a seguito di tale adempimento si avrà la conseguente estinzione dei reati e degli illeciti.

Si spiega che il Ministero abbia previsto anche la situazione in cui il datore di lavoro si presenti il giorno della convocazione presso lo sportello unico e altrettanto non faccia il lavoratore: in tal caso per il datore di lavoro, sul quale incomberà l'onere di dimostrare di aver avvisato della convocazione il lavoratore, si procederà agli adempimenti detti (ovverosia sottoscrizione del contratto di soggiorno, assunzione del lavoratore e cessazione del rapporto di lavoro) con conseguente estinzione dei reati e degli illeciti amministrativi.

Orbene, nel caso in esame dalla documentazione versata in atti si evince soltanto che il [...], che aveva presentato domanda di regolarizzazione della posizione lavorativa dell'istante, sia stato regolarmente convocato dallo Sportello unico per l'immigrazione per il giorno 30.11.2009, 6.4.2010, 25.5.2010 e che non si è presentato senza fornire alcuna comunicazione o giustificazione (cfr. doc. n. 2 fascicolo parte ricorrente). Quindi, sia pure nei limiti della sommarietà della cognizione propria di tale procedura d'urgenza, è può ritenersi non solo che il datore di lavoro non abbia assolto all'obbligo di avvisare il lavoratore con conseguente violazione delle prerogative e diritti di quest'ultimo, ma anche che il primo non ha completato

## Rassegna di giurisprudenza

- come impostogli dalla legge e dalle circolari proprio a tutela delle ragioni del lavoratore - la procedura amministrativa mediante la sottoscrizione del contratto di soggiorno almeno per il periodo di effettivo impiego, impedendo, così facendo, che al ricorrente fosse rilasciato, almeno, il permesso di soggiorno per attesa occupazione. A ciò aggiungasi che è dato incontrovertibile che la procedura di regolarizzazione sia stata archiviata (cfr. fascicolo parte resistente) senza che una delle parti - il lavoratore - ne fosse a conoscenza, anzi ne ha preso contezza soltanto alla prima udienza di discussione del presente procedimento (cfr. verbali di causa e note autorizzate del 21.2.2011). Non può dirsi allora vi sia stata una scelta libera e consapevole dell'istante, di modo che non possono gravare su di lui, *sic et simpliciter*, le conseguenze della archiviazione e/o rigetto della procedura (cessazione della sospensione dei procedimenti amministrativi e penali, cessazione del divieto di espulsione).

In definitiva, come peraltro già affermato di recente da questo tribunale (cfr. ord. del 15.11.2010), poiché irrinunciabile è l'interesse del lavoratore a vedersi riconoscere le forme di regolarizzazione lavorativa e di permanenza sul territorio italiano, è innegabile il diritto a conoscere della data fissata per la stipula del contratto di soggiorno; ineludibile è, altresì, il diritto a veder completata la procedura amministrativa di regolarizzazione mediante la stipula del detto contratto. Pertanto, sembra ritenersi sussistente il *fumus boni iuris* in relazione alla pretesa avanzata nel presente giudizio. La disamina delle conseguenze che, in astratto, scaturiscono dal rigetto o dall'archiviazione di una qualsivoglia procedura di emersione e di quelle che interessano il ricorrente pone in luce e rende più che palese l'irreparabilità del pregiudizio su di lui incombente, sicché vi sono i requisiti per ritenere sussistente il c.d. *periculum in mora*. Tenuto conto di quanto sin qui esposto, non può, tuttavia, ignorarsi che, per come la domanda è stata in origine formulata, l'istante chiede a questo giudice è una pronuncia costitutiva *ex art. 2932 c.c.*, una pronuncia che tenga luogo del contratto di soggiorno per lavoro subordinato *ex art 5 bis d.lgs. 286/98* (cfr pag. 8 ricorso); ma, è pacifico che una pronuncia di tal fatta non sia ammissibile in questa sede cautelare.

Ed invero, secondo l'orientamento di questa sezione (cfr. ordinanza collegiale del 9.6.2008) «la tutela d'urgenza deve ritenersi ammissibile solo in presenza di diritti perfetti preesistenti alla stessa pronuncia richiesta al giudice, posto che il provvedimento cautelare non deve alterare in alcun modo il momento operativo della pronuncia di merito; quindi le sentenze costitutive non sono suscettibili di tutela urgente, proprio perché si eserciterebbe una funzione strutturalmente anticipatoria che produrrebbe subito quella stessa costituzione del rapporto giuridico che dovrebbe essere presumibilmente introdotto con la sentenza costitutiva, laddove il disposto dell'art. 700 c.p.c. presuppone l'attualità del diritto cautelando (così, trib. lav. Torino 21.7.2003 secondo cui “il ricorso al provvedimento d'urgenza *ex art 700 c.p.c.*, al fine di far dichiarare la parte obbligata a concludere un contratto ai sensi dell'art 2932 c.c. non è ammissibile per la natura strumentale ed anticipatoria del provvedimento stesso. Ed invero, il provvedimento d'urgenza mira alla provvisoria

realizzazione di una situazione giuridica perfetta preesistente alla pronuncia del giudice, con la naturale conseguenza che le sentenze costitutive non sono suscettibili di tutela urgente ai sensi dell'art.700 c.p.c. in quanto lo stesso provvedimento produrrebbe la costituzione del rapporto giuridico che invece spetta alla sentenza di merito"»). Deve aggiungersi che l'obbligo del datore di lavoro di assunzione non è suscettibile di esecuzione in forma specifica a norma dell'art. 2932 c.c. nel caso in cui non siano determinati tutti gli elementi del contratto da concludere (qualifica, mansioni, retribuzione, orario) che sono il frutto necessariamente di una libera contrattazione tra le parti. Peraltro, si è già detto che, sebbene il datore di lavoro sia obbligato a completare la procedura di regolarizzazione, è libero - ove voglia rinunciare alla istanza o alla prosecuzione del rapporto di lavoro - di porre fine al rapporto di lavoro, sicchè egli dovrà solo sottoscrivere un contratto di soggiorno limitatamente al periodo relativo di effettivo impiego. In tal caso metterà il lavoratore nelle condizioni di ottenere il rilascio del permesso di soggiorno solo per attesa occupazione. Trattasi di una scelta non coercibile.

Tenuto conto di ciò, va escluso che in questa sede si possa provvedere all'emissione di una pronuncia avente regime giuridico e efficacia di una pronuncia costitutiva. E, però, la situazione in cui versa l'istante è degna di immediata protezione attesa i risvolti che la definizione della procedura di emersione hanno sulla sua persona (la pendenza di un ordine di espulsione dal territorio nazionale e cessazione della sospensione dei procedimenti penali e amministrativi eventualmente a suo carico in relazione alla violazione delle norme sull'ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato italiano). Ed allora, Ed allora, deve darsi seguito alla domanda pure avanzata dal ricorrente di "ottenere la completa regolarizzazione amministrativa di cui all'art. 1 *ter* co. 7". Quindi, previa sospensione dell'efficacia del provvedimento del 6.9.2010 dello Sportello unico per l'immigrazione di Bari di archiviazione della dichiarazione di emersione dal lavoro irregolare presentata da [...] in data 21.9.2009 in favore di [...], deve ordinarsi al predetto datore di lavoro di porre in essere tutto quanto necessario, ai sensi dell'art. 1 *ter*, per completare in maniera regolare la procedura di regolarizzazione del rapporto di lavoro del ricorrente avviata con la presentazione della dichiarazione del 21.9.2009, e di adoperarsi efficacemente perché siano compiute tutte le attività richieste dal co. 7 della norma detta e dalle circolari ministeriali al fine della stipula del contratto di soggiorno. Quindi, alla stregua delle considerazioni sin qui svolte e nei limiti delle stesse il ricorso va accolto, e va dichiarato il diritto dell'istante ad ottenere il completamento della procedura di regolarizzazione del proprio rapporto di lavoro ai sensi dell'art. 1 *ter*, l. n. 102/09 e, di conseguenza, deve ordinarsi al datore di lavoro [...] di porre in essere tutto quanto necessario per completare in maniera regolare la procedura di regolarizzazione avviata con la presentazione della dichiarazione del 21.9.2009, e di adoperarsi efficacemente perché siano compiute tutte le attività richieste dal co. 7 della norma detta e dalle circolari ministeriali (cfr., nello stesso senso, trib. Ferrara, 3.5.2010). Soltanto entro i predetti limiti la domanda va accol-

Rassegna di giurisprudenza

ta, rimanendo assorbite, nella presente fase, le ulteriori questioni eventualmente contestate tra le parti.

La novità e la complessità della questione, unitamente alla natura della controversia ed all'articolato quadro normativo, costituiscono gravi motivi per compensare le spese tra le parti.

P.Q.M.

visti gli artt.669 *sexies*, 669 *octies* e 700 c.p.c., accoglie il ricorso nei limiti e per le ragioni tutte esposte in narrativa e, previa sospensione dell'efficacia del provvedimento del 6.9.2010 dello Sportello unico per l'immigrazione di Bari di archiviazione della dichiarazione di emersione dal lavoro irregolare presentata da [...] in data 21.9.2009 in favore di [...], dichiara il diritto di [...] ad ottenere il completamento della procedura di regolarizzazione del suo rapporto di lavoro ai sensi dell'art. 1 *ter*, l. n. 102/09; ordina al datore di lavoro di adoperarsi perché siano compiute tutte le attività a tal fine necessarie previste dalla legge, come lette anche alla luce delle circolari del ministeriali, secondo le indicazioni di cui in parte motiva. [...].

## Penale

7.

Corte di cassazione - sez. I

sentenza 30.11.2011/30.12.2011 n. 47339 - rel. Zampetti

**riabilitazione - mancata titolarità di permesso di soggiorno - inammissibilità della domanda - condizione non richiesta dalla legge - illegittimità - ordinaria procedura camerale**

*artt. 178, 179 c.p.; artt. 683, 666, c.p.p.*

Sul ricorso proposto da [...] avverso il decreto n. 3261/2010 tribunale di sorveglianza di Bologna, del 19.1.2011.

### Svolgimento del processo

1. Con decreto *ex art.* 666 c.p.p., co. 2, emesso in data 19.1.2011, il Presidente del tribunale di Sorveglianza di Bologna dichiarava inammissibile l'istanza di riabilitazione proposta dal senegalese [...] sul rilievo che non era stato prodotto il permesso di soggiorno in copia conforme.

2. Avverso tale ordinanza proponeva ricorso per cassazione l'anzidetto condannato che motivava l'impugnazione deducendo l'erroneità della decisione atteso che il permesso di soggiorno non costituisce requisito per la riabilitazione.

### Motivi della decisione

3. Il Procuratore generale presso questa Corte depositava quindi requisitoria con la quale richiedeva annullamento senza rinvio.

4. Il ricorso, fondato nei termini di cui alla seguente motivazione, deve trovare accoglimento. Ed invero è del tutto pacifico che la titolarità di un permesso di soggiorno, in capo ad un cittadino straniero, non costituisce condizione pregiudiziale per il riconoscimento della riabilitazione *ex artt. 178 e 179 c.p.*. La mancanza di tale documento, pertanto, non è condizione per la richiesta in parola, di tal che non può essere proceduralmente corretto dichiarare l'istanza inammissibile *de plano* "per difetto delle condizioni di legge". Si imponeva dunque l'ordinaria procedura camerale con partecipazione delle parti, *ex art. 683 c.p.p. e art. 666 c.p.p., co. 3 e 4*, onde anche valutare, in contraddittorio, se l'eventuale irregolare presenza sul territorio dello Stato sia stata concretamente causa di difetto del requisito della costante buona condotta. Sul punto, peraltro (che è stato l'unico profilo motivazionale dell'impugnato decreto), deve anche essere rilevato come ai sensi dell'art. 683 c.p.p., co. 2, al richiedente la riabilitazione spetti "indicare gli elementi dai quali può presumersi la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 179 c.p.", al tribunale "acquisire la documentazione necessaria". Anche sotto tale profilo, dunque, il decreto impugnato risulta *contra legem* (su tutti tali punti cfr. Cass. pen. sez. I, n. 22114 in data 29.5.2011, Rv. 250448, Riadh). Esso va dunque annullato senza rinvio per violazione di legge. Gli atti vanno quindi trasmessi al tribunale di competenza per l'ulteriore corso.

P.Q.M.

annulla senza rinvio il decreto impugnato e dispone trasmettersi gli atti al tribunale di sorveglianza di Bologna.

**8.**

**Tribunale di Siracusa  
sentenza 5.7.2011 n. 550 - est. Ragazzi**

**reato di invasione di terreni o edifici - grave urgenza abitativa di lavoratori migranti irregolari senza riferimenti nel territorio dello Stato - stato di necessità - configurabilità - sussistenza**  
*art. 633 c.p.*

Svolgimento del processo

Con decreto di citazione diretta, emesso dal P.M. presso il tribunale di Siracusa in data 9.1.2008, venivano tratti a giudizio dinanzi alla sez. penale di questo tribunale in composizione monocratica, [...], perché rispondessero in concorso tra loro del reato, più compiutamente descritto in epigrafe, di invasione di terreni *ex art. 633 c.p.*, in relazione a episodi commessi il 28.3.2004, il 31.3.2005 e il 12.4.2005 in danno di [...]. (*omissis*)

Motivi della decisione

Agli imputati viene addebitato di avere invaso arbitrariamente alcuni caseggiati di pertinenza della vastissima tenuta appartenente a [...], in Cassibile (frazione di Si-

## Rassegna di giurisprudenza

racusa). I fatti possono essere ricostruiti, muovendo dagli atti di denuncia querela presentati da [...] (acquisiti con il consenso delle parti all'udienza del 20.4.2010), dalla deposizione integrativa dello stesso e dall'esame dei carabinieri di Cassibile.

Il 27.3.2004 [...], richiamando una precedente denuncia sporta il 5.3.2004, denunciava alla Stazione carabinieri di Cassibile che negli ultimi tempi si era intensificato il fenomeno della invasione di terreni ed edifici siti all'interno della Borgata Vecchia di Cassibile, di sua proprietà, ad opera di gruppi di cittadini extracomunitari, che, forzando lucchetti di serratura e sfondando porte, si introducevano all'interno dei caseggiati, prelevando materassi, brande, sacchi di iuta, etc., e dimorandovi nelle ore notturne. Seguiva un sopralluogo dei carabinieri della Stazione di Cassibile in data 28.3.2008, che sarà appresso richiamato.

Un anno dopo, il 31.3.2005 [...], richiamando precedenti atti di querela sporti il 17.1.2005 e l'8.3.2005, denunciava ancora una volta che in concomitanza con la campagna per la raccolta degli ortaggi in corso, nuovi gruppi di cittadini extracomunitari, non avendo alcun alloggio, avevano trovato rifugio nelle sue terre e segnatamente nei caseggiati e nelle aree ad essi prospicienti dell'antica borgata di Cassibile, a lui appartenente, con ulteriore scasso delle serrature di accesso, prelievo furtivo di materiali ivi depositati, etc. Segnatamente oltre 50 cittadini si erano insediati nei caseggiati da lui contrassegnati nella planimetria dei luoghi, che allegava, come nn. 1, 1 *bis*, 3, 7, 8, 9, 19, usandoli anche come latrine, benché i locali non fossero certamente a ciò predisposti. Precisava che detti locali erano utilizzati come magazzini per l'azienda agricola ed erano carenti dei minimi requisiti di abitabilità (soprattutto riguardo alle condizioni igienico-sanitarie). In altri terreni di sua proprietà, all'aperto, erano state installate varie tende, abitate da altri gruppi di cittadini extracomunitari. Aggiungeva che, da quando era ricominciato il "popolamento" dei suoi terreni, ogni mattina, alle ore 6,00 circa si radunavano oltre 150 cittadini extracomunitari (tra i quali certamente quelli che abitavano le sue terre) davanti a un determinato bar del centro abitato di Cassibile in attesa di essere prelevati dagli addetti delle aziende agricole assuntrici e portati sui luoghi di lavoro nelle limitrofe campagne. Lo stesso denunciante paragonava lo scenario che si ripeteva ogni mattina al mercato degli schiavi degli Stati Uniti. Quantificava, infine, i danni subiti approssimativamente in euro 1.000,00.

Infine, l'11.4.2005 denunciava di avere constatato nella stessa mattinata che ignoti extracomunitari avevano collocato quattro brande e avevano occupato l'ultimo caseggiato della sua tenuta, consistente in un rudere pericolante e privo di tettoia, con possibile rischio per la loro stessa incolumità, e che altri cittadini extracomunitari si erano insediati nel caseggiato n. 1 *bis*, collocandovi tre brande e trasferendo fuori gli attrezzi ivi collocati. Precisava che in quei giorni si era intensificata la installazione di tende e ricoveri di fortuna spontaneamente allestiti da detti lavoratori stranieri nei terreni facenti parte della sua tenuta, negli stessi punti dell'anno precedente. Stimava, infine, approssimativamente i danni subiti in euro 1.400,00.

Ad integrazione di quanto esposto, la persona offesa in dibattimento (ud. 20.4.2010) ha aggiunto quanto segue. Una volta in occasione di uno degli accessi da parte dei Carabinieri per identificare i soggetti insediati nei suoi caseggiati, taluni di loro gli dissero di non avere paura dei Carabinieri e di volere rimanere, anche se li avessero buttati fuori. Tali soggetti bevevano e usavano a scopi igienici l'acqua che scorre nei canali di irrigazione della tenuta, che non è potabile. La sua tenuta, di vastissime dimensioni, è attraversata da diverse strade pubbliche (statali, comunali, provinciali e ora anche da un tratto autostradale) e non è recintata, ad eccezione delle parti interne. Ribadiva di avere subito notevoli danni sia a causa del danneggiamento delle serrature dei magazzini sia per il relativo imbrattamento e l'uso di tali locali come latrine. Ha infine ricordato che all'epoca fu allestita una tendopoli da Medici Senza Frontiere; successivamente (fino alla data della sua deposizione) ne fu invece approntata una a cura della prefettura e affidata alla Croce Rossa. Il teste brig. [...], in servizio alla Stazione dei carabinieri di Cassibile (ud. 20.4.2010), ha ricordato che i fatti denunciati da [...] si inseriscono nel fenomeno del massiccio afflusso di cittadini extracomunitari impiegati ogni anno, a partire dalla primavera, nei lavori stagionali in agricoltura. Non avendo un alloggio stabile, tendevano e tendono a insediarsi ovunque vedano un caseggiato chiuso, nel caso specifico anche in quelli all'interno della tenuta del "Marchese di Cassibile". Li sistemavano coperte e o cartoni a modo di giaciglio. In sede di sopralluogo si avvide che alcuni lucchetti erano stati forzati. Vicino alla linea ferrata erano invece allocate alcune tende di fortuna. Precisava che nel corso dell'anno (allora corrente), 2010, il fenomeno della invasione dei terreni non si era ripetuto, perché la Croce Rossa aveva allestito alcuni campi di accoglienza per i lavoratori stagionali.

La tenuta oggetto di contestata invasione coincide con la borgata vecchia di Cassibile e si compone di un sistema di vecchi caseggiati uno dietro l'altro, sparsi alcuni per la campagna, altri con affaccio sulla strada statale n. 115. La tenuta, compresi gli spazi all'aperto ove insistevano alcune delle tende di fortuna allestite dagli stranieri, non è recintata, ma è di libero accesso, né vi sono cartelli indicanti l'esistenza di una proprietà privata. Vi è una recinzione soltanto nell'antico borgo, che costituisce solo parte dell'intera tenuta. Sono invece chiuse da lucchetti le porte dei magazzini, parte dei quali del pari occupati.

Il teste mar. [...], all'epoca comandante della Stazione dei carabinieri di Cassibile (ud. 8.2.2011), ha ricordato che a seguito della denuncia presentata nel marzo del 2005 da [...] in data 31.3.2005, intorno alle ore 12,00 veniva eseguito un sopralluogo nei siti indicati dal denunciante, appurandosi che in effetti un notevole numero di cittadini extracomunitari, affluiti come tanti altri a Cassibile per le lavorazioni agricole stagionali, avevano occupato alcuni caseggiati della tenuta, in alcuni casi sostituendo i lucchetti preesistenti (forzati) con nuovi lucchetti. Identificati, si appurava che erano in possesso di permesso di soggiorno e occupavano i caseggiati indicati in planimetria come n. 1, 1 bis, 3, 7, 8, 9, 10, 14, 17, 19. Non era in grado però di specificare chi visse in un caseggiato, chi in un altro o, ancora, chi tra lo-

## Rassegna di giurisprudenza

ro detenesse lucchetti di apertura. Precisava che, come negli anni precedenti, i predetti erano ragionevolmente affluiti a Cassibile per la raccolta delle patate, che sarebbe iniziava di lì a qualche giorno, impiegando i giorni iniziali per prendere contatti con gli imprenditori agricoli locali.

Nel successivo mese di aprile 2005 (il 12.4.2005) a seguito di nuova denuncia i Carabinieri eseguivano un nuovo sopralluogo, identificando gli occupanti (in numero totale di circa 18) nei caseggiati 1, 1 *bis* e 2, adibiti a magazzino per la raccolta del frumento (anche stavolta con i lucchetti alterati), e riscontrando all'interno condizioni igienico sanitarie pessime.

Il teste ha precisato che in entrambe le occasioni, nella immediatezza dei fatti, gli stranieri si giustificavano asserendo di non avere alcun posto dove dormire; che detti caseggiati si affacciano sulla strada pubblica (la via nazionale, la strada principale di Cassibile) e non sono sorvegliati da apposito personale di vigilanza; che, a sua memoria, la prima tendopoli destinata ad accogliere questa massa di cittadini extracomunitari fu approntata dalle autorità o da enti di volontariato proprio nel mese di aprile 2005. L'identità dei cittadini stranieri (di nazionalità sudanese, eritrea, marocchina, etiopica, somala, nonché di Mali e Gambia) rinvenuti nelle tre date contestate può ricavarsi dai verbali di identificazioni redatti dai carabinieri di Cassibile in occasione di ciascun accesso e presenti agli atti.

Così in data 28.3.2004 venivano identificati [...]. In data 31.3.2005 venivano identificati [...] (tutti soggetti diversi da quelli identificati l'anno precedente. In data 12.4.2005 venivano identificati [...].

Alcuni rapporti della associazione "Medici Senza Frontiere", organizzazione di indiscusso prestigio, impegnata dell'assistenza sanitaria volontaria, acquisiti all'udienza del 5.7.2011, appaiono oltremodo utili a descrivere il fenomeno migratorio stagionale nel quale si inseriscono gli episodi di occupazione abusiva di terreni e caseggiati qui descritti e a verificare le condizioni igienico-sanitarie e abitative complessivamente riservate ai massicci gruppi di cittadini africani, i quali, nel mese di marzo degli anni 2004 e 2005, come già negli anni precedenti, provenienti da altre parti d'Italia o della Sicilia, affluirono a Cassibile per le raccolte stagionali in agricoltura. Nel rapporto datato marzo 2005, frutto di un'indagine "sul campo", capillare e professionalmente condotta da "Medici Senza Frontiere - Missione Italia" sulle condizioni di vita e di salute dei lavoratori stranieri stagionali impiegati in agricoltura, detta organizzazione premetteva che l'esigenza di studiare questa realtà era nata nell'estate 2003, quando era venuta in contatto proprio con gli immigrati impegnati nei lavori agricoli a Cassibile (in provincia di Siracusa) e a Stornara (in provincia di Foggia), con l'obiettivo anche di fornire assistenza sanitaria diretta agli immigrati attraverso un sistema di "clinica mobile".

Le centinaia di soggetti intervistati svelavano un universo di profondo degrado per la precarietà delle condizioni di vita e di salute.

Le testimonianze raccolte parlavano di vite passate tra campi e stanze sovraffollate, in baracche di legno e in case abbandonate, carenti di acqua corrente e di servizi

igienici, secondo standard di vita ben al di sotto dei parametri minimi stabiliti dall'Alto Commissariato ONU per i rifugiati per i campi profughi, cioè per situazioni di grande emergenza in cui dare un'accoglienza minima e inevitabilmente precaria a migliaia di persone. I redditi medi percepiti da questi lavoratori li ponevano per lo più al di sotto della soglia di povertà.

La pesantezza del lavoro, associata ad un'alimentazione inadeguata e a condizioni abitative ed igieniche precarie, provocano ricadute serie anche sulle condizioni di salute dei cosiddetti "stagionali". In particolare il primo contatto con la realtà degli stranieri impiegati in agricoltura proprio a Cassibile nel giugno 2003 monitorava le drammatiche condizioni in cui vivevano i lavoratori sub-sahariani impiegati nella raccolta delle patate.

L'organizzazione sottolineava che in Sicilia il problema dell'alloggio per i lavoratori stagionali era una delle principali difficoltà e a Cassibile nell'estate del 2003 un nutrito gruppo di lavoratori *sub-sahariani* vivevano in condizioni inaccettabili, dormendo a cielo aperto nello stesso campo di patate in cui lavoravano come raccoglitori, senza acqua, luce o bagni. Nell'estate 2003 Medici Senza Frontiere compulsava pertanto le autorità locali a prendersi cura di questi gruppi mediante la predisposizione di alloggi. Veniva allestito un campo tenda. L'anno seguente, ripresentatasi la medesima situazione, per affrontare questo massiccio afflusso di lavoratori stagionali, il 7.4.2004 (dunque dopo il primo degli episodi contestati) il prefetto di Siracusa convocava le forze dell'ordine, le associazioni di categoria degli agricoltori e i sindacati, chiedendo alle associazioni di categoria la disponibilità a fornire ai braccianti un alloggio dignitoso. I delegati delle associazioni rispondevano che la loro manodopera era costituita quasi per intero da italiani, i pochi stranieri impiegati erano regolarmente assunti o ingaggiati, per cui non capivano cosa fossero venuti a fare i trecento nuovi arrivati. Poiché il Prefetto non insisteva, si optava per il secondo anno consecutivo per la realizzazione di un campo d'accoglienza temporaneo, costituito da tende, all'interno dello stadio comunale.

Nel maggio 2004 Medici Senza Frontiere registrava infine la presenza di tre campi. Il primo, appunto, era stato allestito dalla Protezione civile all'interno dello stadio comunale, con 14 tende in grado di ospitare circa 10 persone l'una. Il Comune di Siracusa, che in un primo momento si era offerto di provvedere alla pulizia dei servizi igienici, ritirava tale disponibilità. L'acqua potabile veniva raccolta dagli stranieri presso la fontana del paese. All'ingresso del campo le varie comunità con una cucina improvvisata e a turni "volontari", gli stranieri preparavano le pietanze da distribuire agli abitanti del campo.

All'interno dello stadio erano alloggiati anche un piccolo gruppo di cittadini sub-sahariani, per lo più di eritrei e sudanesi. Le relazioni fra magrebini e cittadini sub-sahariani erano spesso tese per motivi legati alla convivenza coatta e alle modalità di reclutamento da parte dei "caporali" per lo più nordafricani. Tali difficoltà spingevano all'allestimento di un secondo campo. Nel maggio 2004 composto da sei tende della Protezione civile. Infine un terzo campo era nato spontaneamente in

un'altra area periferica del paese. In aperta campagna diversi cittadini sub-sahariani avevano improvvisato tende di fortuna costruite per lo più con sacchetti e teloni di plastica. Le condizioni di vita di questi ultimi erano drammatiche: mancava qualsiasi tipo di servizio, gli stranieri dormivano a terra, cucinavano con legna e fuoco, non avevano acqua, servizi igienici né un sistema di smaltimento dei rifiuti.

Quanto all'anno 2005 dall'attestazione della questura di Siracusa (datata 24.10.2006, acquisita all'ud. 5.7.2011) si ricava che soltanto il 18.7.2005 veniva aperto a Cassibile un Centro di prima accoglienza per migranti ("Giovanni Paolo II"), che però veniva chiuso nel luglio 2009 per carenze varie (cfr. rapporto MDF del gennaio 2010). Per il periodo immediatamente antecedente (interessato da una parte della contestazione) suppliscono le dichiarazioni del mar. [...], il quale ha ricordato che [soltanto] nell'aprile 2005, dunque non necessariamente prima del 12.4.2005 (data dell'ultimo degli episodi contestati), fu allestito un campo con tende. Orbene, così riassunte le prove, deve ritenersi che, anche a volere prescindere dai profili inerenti alla difficile ascrizione delle singole condotte a ciascuno degli imputati, i comportamenti complessivamente accertati, pur integrando in concreto il delitto di invasione di terreni ed edifici di proprietà privata, siano scriminati dalla sussistenza della causa di giustificazione dello stato di necessità.

Ed invero, sotto il primo profilo, quello della integrazione degli elementi oggettivi del delitto di cui all'art. 633 c.p., non può revocarsi in dubbio che gli imputati [...], siccome identificati dai carabinieri di Cassibile, introducendosi all'interno di alcuni caseggiati facenti parte della tenuta di [...], precedentemente chiusi a chiave, a prescindere dal carattere apparentemente disabitato dei locali (adibiti a magazzini di attrezzi), abbiano occupato abusivamente gli stessi, allo scopo farne il proprio temporaneo alloggio.

Similmente deve concludersi nei confronti di [...], in relazione al sopralluogo del 12.4.2005. Ciò nondimeno, gli ulteriori elementi probatori acquisiti, compresi alcuni dati di conoscenza introdotti dalla stessa persona offesa, dimostrano o quanto meno lasciano ragionevolmente supporre che i cittadini extracomunitari, i quali nelle tre circostanze contestate occuparono alcuni caseggiati, versassero in profondo stato di bisogno economico e di emergenza abitativa, e che tale condizione li abbia posti, al fine di salvaguardare la propria fisiologica esigenza di riparo dalle intemperie e alloggio, nella necessità di occupare immediatamente alcuni ampi immobili, apparentemente disabitati. Ed invero, si è appurato che gli odierni imputati facevano parte di quei gruppi di centinaia di cittadini extracomunitari (di origine sud-sahariana e in parte maghrebina) che ogni anno, alla fine di marzo, affluivano massicciamente a Cassibile per lavorare nei campi, nella raccolta delle colture stagionali nel medesimo centro o nelle contrade rurali limitrofe (Avola, Noto, etc.).

Essi provenivano da altre zone d'Italia o della Sicilia; erano quindi privi di alloggio in loco, e, nell'accingersi a stabilirsi per alcuni mesi a Cassibile, con la prospettiva di salari oltremodo modesti, non usufruivano di alcun supporto logistico a fini abitativi né di assistenza sanitaria. Infatti, gli imprenditori agricoli del territorio, più

direttamente interessati a detta manodopera, proprio nell'aprile 2004, pur all'uopo convocati e compulsati dal Prefetto a predisporre alloggi e a prendersi altrimenti cura della manodopera straniera impiegata, rifiutavano di farlo, giungendo perfino a negare che detti cittadini stranieri fossero alle loro dipendenze. Ciò si ricava non solo dal rapporto di Medici Senza Frontiere 2005, ma altresì dalle parole della persona offesa, che nelle varie denunce stigmatizzava l'apparente cecità dei datori di lavoro agricolo del territorio, insensibili al problema dell'accoglienza di questa massiccia forza lavoro, che pur si presentava ogni anno.

Gli stessi imputati, nella immediatezza dei fatti, si giustificavano, asserendo di non avere "altro luogo dove andare a dormire" (teste [...]).

Pertanto si può ritenere assodato che nel marzo 2004 (epoca del primo episodio contestato) non era stato ancora allestito alcun campo di accoglienza temporanea per lavoratori stagionali. Analogo problema si verificava nel marzo 2005 e veniva risolto, pur con una soluzione precaria e insoddisfacente, rispetto a un problema ciclico e ormai strutturale, con la predisposizione di alcuni campi all'aperto attrezzati con tende, ma solo nell'aprile 2005.

Ciò chiarito, devesi ricordare che Secondo la giurisprudenza (Cass. pen., sez. II, sentenza n. 35580 del 27.6.2007, Rv. 237305, D'Angeli), «Ai fini del possibile riconoscimento dell'esimente dello stato di necessità, ex art. 54 c.p., il concetto di "danno grave alla persona" può essere esteso, in armonia con quanto stabilito dall'art. 2 Cost., anche a quelle situazioni che minacciano solo indirettamente l'integrità fisica del soggetto, riferendosi alla sfera dei beni primari collegati alla personalità, tra i quali deve essere ricompreso il diritto all'abitazione, in quanto l'esigenza di un alloggio rientra fra i bisogni primari della persona, fermo restando, peraltro, che tale interpretazione estensiva del concetto di "danno grave alla persona" importa la necessità di una più attenta e penetrante indagine giudiziaria diretta a circoscrivere la sfera di azione dell'esimente ai soli casi in cui siano indiscutibili gli elementi costitutivi della stessa - necessità e inevitabilità - non potendo i diritti dei terzi essere compressi se non in condizioni eccezionali, chiaramente comprovate».

Similmente (Cass. sez. II, sentenza n. 7183 del 17.1.2008, Rv. 239447), «Ai fini della sussistenza dell'esimente dello stato di necessità, nel concetto di "danno grave alla persona" rientrano non solo le lesioni della vita e dell'integrità fisica, ma anche quelle situazioni che attentano alla sfera dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti e garantiti dall'art. 2 Cost., tra le quali rientra il diritto all'abitazione; l'operatività dell'esimente presuppone, peraltro, gli ulteriori elementi costitutivi dell'assoluta necessità della condotta, e dell'inevitabilità del pericolo» (Fattispecie nella quale la S.C. ha escluso l'operatività dell'esimente, essendo stato accertato un mero stato di disagio abitativo, ma non quella urgenza assoluta ed improrogabile di procurarsi un alloggio che sola avrebbe potuto necessitare l'occupazione abusiva).

Va anche ricordato che il dubbio sulla sussistenza di una causa di giustificazione per prova insufficiente o per un mero principio di prova, e quindi al di fuori di casi in cui la causa di giustificazione sia soltanto allegata e non provata (Cass. sez. I,

## Rassegna di giurisprudenza

sentenza n. 20867 del 13.5.2010, Rv. 247569, Serroni) comporta l'assoluzione dell'imputato. «Il concetto di “dubbio sull'esistenza di una causa di giustificazione”, sussistendo il quale il giudice deve pronunciare sentenza di assoluzione, va ricondotto a quello di “insufficienza” “contraddittorietà” della motivazione, di cui agli artt. 529, co. 2, e 530, co. 2, c.p.p.; pertanto, l'imputato che allega la configurabilità di una causa di giustificazione dovrà essere assolto anche in presenza di un mero principio di prova o di una prova incompleta, e dovrà, invece, essere condannato in difetto assoluto di prova al riguardo, oltre che in presenza della prova contraria» (Cass. pen., sez. II, sentenza n. 32859 del 4.7.2007, Rv. 237758).

È allora altamente plausibile ritenere che gli odierni imputati, privi di alloggio in Cassibile, privi più in generale di agganci interpersonali nel territorio (ad eccezione dei connazionali che fungevano da aggancio con i datori di lavoro), di mezzi economici adeguati a sostenere le spese di un'abitazione in affitto, trascurati dai futuri datori di lavoro, si siano trovati, nella fase iniziale della loro permanenza a Cassibile (prima, cioè, che venissero predisposti i campi tende) in una condizione di gravissima e urgente emergenza abitativa, per di più in un periodo ancora caratterizzato da clima invernale, che li costrinse a rinvenire un qualunque alloggio, anche assai precario e inospitale (quali erano gli stessi caseggiati del Borgo, carenti di impianti igienici); e ciò al fine di salvaguardare, oltre al diritto all'alloggio in sé (ricosciuto dalla giurisprudenza), la propria salute, anche in vista dell'imminente inizio dei gravosi lavori agricoli.

Non a caso, quando furono adottate alcune soluzioni abitative, come la predisposizione di campi con tende, pur sempre di carattere emergenziale, cessarono le occupazioni dei caseggiati dell'Antico Borgo di Cassibile (cfr. teste Cartella).

Non ultimo giova aggiungere che i caseggiati in questione si affacciavano per lo più sulla strada statale 115, in un'area non recintata, non erano abitati e non avevano un aspetto esterno nuovo (alcuni erano pericolanti e privi di tettoia ed altri a fianco di edifici danneggiati dai bombardamenti della II guerra mondiale: cfr. Lofredo G.). Pertanto, a prescindere dalla difficoltà di stabilire chi tra gli imputati abbia occupato quale caseggiato, non può escludersi che gli stessi, oppressi dalla necessità di reperire un alloggio, abbiano maturato la convinzione che fossero di fatto immobili abbandonati. Ciò vale a integrare, quantomeno a titolo di dubbio, la esimente di cui all'art. 54 c.p. Pertanto, deve pervenire a un giudizio di assoluzione di tutti gli imputati, perché non punibili in virtù della causa di giustificazione dello stato di necessità. Ricorrendo le condizioni previste dall'art. 544, co. 3, c.p.p., termine congruo per il deposito della motivazione della sentenza appare quello di giorni settanta.

P.Q.M.

visti gli artt. 54 c.p. e 530, co. 3 c.p.p., assolve [...] dai reati loro rispettivamente ascritti, essendo gli imputati non punibili in virtù della causa di giustificazione dello stato di necessità.

9.

**Giudice di pace di Lecce  
ordinanza 22.9.2011 - est. Rochira**

**reato di ingresso e soggiorno irregolare nel territorio dello Stato - direttiva 2008/115/CE - incompatibilità - rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea**

*art. 10 bis TU n. 286/1998 - direttiva 2008/115/CE*

Decidendo sul fascicolo penale intestato all'imputato [...] (Senegal) il [...] nel procedimento contrassegnato con il n. [...], elettivamente domiciliato presso il difensore di fiducia avv. [...], per il reato di cui all'art. 10 *bis* TU n. 286/1998 come introdotto dall'art. 1 co. 16 l. 15.7.2009 n. 94, per avere, quale cittadino straniero, fatto ingresso ed essersi trattenuto nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del medesimo decreto legislativo e dell'art. 1 della legge n. 68/2007 essendo privo di valido titolo di soggiorno, reato commesso in Lecce 4.3.2010. La Procura della Repubblica di Lecce in data 22.3.2010 autorizzava la presentazione immediata a giudizio per l'udienza del 9.4.2010, nella quale verificata la regolarità delle notifiche in data 24.3.2010, come in atti, il giudicante rimetteva con ordinanza alla Corte costituzionale per le questioni di legittimità costituzionale, che le dichiarava infondate. Convocate le parti per il prosieguo del giudizio, all'udienza del 22.9.2011, l'avv. [...] chiedeva l'assoluzione dell'imputato ai sensi dell'art. 530 ed in subordine chiedeva la rimessione alla Corte di Giustizia europea per la questione di pregiudiziale. Il P.M. si associava alla richiesta del difensore, ma non alla subordinata.

Questione pregiudiziale

Il giudicante è competente per il reato di clandestinità di cui all'art. 10 *bis* del d.lgs. 286/98 in base all'art. 1 co. 17 l. 15.7.2009 n. 94 che modifica il d.lgs 28.8.2000 n. 274 aggiungendo l'art. 20 *bis* e ss. L'art. 10 *bis* del d.lgs. 286/98, al co. 1 stabilisce che "Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'art. 1 della legge 28.5.2000 n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro.

Al reato di cui al presente comma non si applica l'art. 162 c.p.".

Premesso che gli elementi di prova acquisiti consentirebbero di ritenere astrattamente provata la responsabilità dell'imputato in relazione alla contravvenzione suddetta a lui contestata, questo giudice si domanda se l'art. 10 *bis* del d.lgs. 286/98 sia compatibile con i principi generali della direttiva europea 2008/115/CE. Sul punto occorre osservare che: in linea generale, le direttive comunitarie nascono come fonti le quali vincolano lo Stato membro "per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi" (art. 288 del vigente Trattato sull'Unione) così che, sino al varo della legge dei singoli Stati membri che dà loro attuazione, parrebbero non concer-

nere direttamente il giudice nazionale abilitato ad applicare la sola legge interna con la quale ciascuno Stato membro si conforma a quanto stabilito nella fonte europea. Tuttavia, le condizioni univocamente riconosciute per riconoscere l'efficacia diretta di simili fonti sono ricondotte ad un duplice parametro: I) anzitutto che sia scaduto il termine per la loro attuazione da parte dei singoli Stati, tale requisito, nel caso in esame, deve ritenersi pacificamente integrato dal momento che il termine in questione è spirato il 24.12.2010 senza che la legge di attuazione interna della direttiva comunitaria sia stata varata; II) inoltre, che la direttiva sia dettagliata (o, come si dice, *self-executive*) vale a dire chiara e precisa (nel senso che essa detti disposizioni le quali, nel loro complesso, disegnino una disciplina completa dell'istituto senza dover ricorrere a fonti esterne per la compiuta specificazione), ed incondizionata (nel senso di non prevedere al proprio interno condizioni alle quali la disciplina è subordinata per poter essere applicata).

1) l'art. 1 della direttiva 2008/115, sotto la rubrica [...] Oggetto [...] stabilisce il principio generale secondo cui i cittadini di Paesi terzi irregolarmente soggiornanti devono essere rimpatriati secondo norme e procedure comuni a tutti gli Stati membri nel rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo in quanto principi generali del diritto comunitario e del diritto internazionale.

2) Il sesto considerando della predetta direttiva pone come obiettivo che il rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolarmente entrati o soggiornati nei Paesi terzi avvenga "secondo una procedura equa e trasparente".

3) Gli artt. 6, 7 e 8 della direttiva dei rimpatri disciplina con norme precise e sufficientemente dettagliate del procedimento di rimpatrio degli stranieri irregolari, attraverso una serie di strumenti atti a garantire che la libertà ed i diritti fondamentali del destinatario della decisione di rimpatrio siano compressi il meno possibile e per il minor tempo possibile. Per fare ciò la direttiva prevede una progressione delle misure restrittive attuabili solo a seguito della accertata impossibilità di attuazione di misure meno coercitive.

Ed infatti l'art. 7 rubricato "Partenza Volontaria" prevede che venga assegnato un congruo termine (compreso tra 7 e 30 giorni prorogabili) per consentire allo straniero di allontanarsi volontariamente dal territorio degli Stati membri.

L'art. 8 della citata direttiva prevede poi che, qualora il termine per la partenza volontaria non sia stato rispettato o nei casi in cui non sia stato concesso, lo Stato membro debba procedere al rimpatrio coatto nel rispetto delle garanzie procedurali previste dal capo III ed eventualmente ricorrendo allo strumento del trattenimento previsto dal capo IV della direttiva sui rimpatri.

4) Non vi è pertanto motivo di dubitare che l'obiettivo perseguito dal legislatore comunitario sia quello di rimpatriare gli stranieri irregolarmente soggiornanti secondo una procedura uniforme per tutti i Paesi membri.

5) Orbene occorre a questo punto stabilire se l'art. 10 *bis* del testo unico sull'immigrazione osti al raggiungimento dell'effetto utile della direttiva comunitaria, ovvero disciplini aspetti differenti.

Nessuno dubita che il reato di clandestinità sia stato introdotto per accelerare le procedure di espulsione dello straniero irregolarmente soggiornante.

A riprova di ciò deve osservarsi che:

a) il legislatore italiano nel sanzionare penalmente la condotta di ingresso e/o soggiorno irregolare nel territorio nazionale, ha espressamente stabilito che la sanzione penale possa essere sostituita dalla misura dell'espulsione coatta con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica.

Art. 16 Espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione. (Legge 6.3.1998, n. 40, art. 14) 1. Il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna per un reato non colposo o nell'applicare la pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p. nei confronti dello straniero che si trovi in taluna delle situazioni indicate nell'art. 13, co. 2, quando ritiene di dovere irrogare la pena detentiva entro il limite di due anni e non ricorrono le condizioni per ordinare la sospensione condizionale della pena ai sensi dell'art. 163 c.p. ovvero nel pronunciare sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 10 *bis*, qualora non ricorrano le cause ostative indicate nell'art. 14, co. 1, del presente testo unico, che impediscono l'esecuzione immediata dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, può sostituire la medesima pena con la misura dell'espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni. 2. L'espulsione di cui al co. 1 è eseguita dal questore anche se la sentenza non è irrevocabile, secondo le modalità di cui all'art. 13, co. 4.

b) Al procedimento penale per il reato di clandestinità si applicano le disposizioni di cui agli artt. 20 *bis*, 20 *ter* e 22 *bis* del d.lgs. 28.8.2000 n. 274 (art. 10 *bis* co. 3 d.lgs. 286/98), che hanno introdotto una sorta di procedimento penale di urgenza teso a definire il procedimento in tempi ridottissimi.

c) Ai fini dell'esecuzione dell'espulsione dello straniero denunciato di clandestinità non è neppure richiesto il rilascio del nulla osta all'espulsione da parte dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato, come invece richiesto per tutti gli altri reati a sensi dell'art. 13 co. 3 del d.lgs. 286/98 (art. 10 *bis* co. 4 d.lgs. 286/98).

d) Una volta che il giudice abbia acquisito notizia che il respingimento o l'espulsione sono stati eseguiti, il giudice procedente per il reato di clandestinità ha l'obbligo di pronunciare sentenza di non luogo a procedere (art. 10 *bis* co. 5 d.lgs. 286/98).

In conclusione, la direttiva comunitaria sui rimpatri e l'art. 10 *bis* del TU sull'immigrazione hanno il medesimo obiettivo ma prevedono strumenti affatto differenti per il conseguimento dello stesso: la legislazione nazionale persegue il fine del rimpatrio attraverso l'incriminazione dello straniero irregolare; il legislatore comunitario attraverso una particolare procedura amministrativa garantista e rispettosa dei diritti umani dello straniero.

Posto dunque che le due discipline appaiono manifestamente incompatibili, occorre a questo punto stabilire con giuridica certezza quale delle due debba essere applicata al caso concreto.

Questo giudice non ignora che: A) la direttiva comunitaria sui rimpatri avrebbe dovuto essere recepita dal legislatore nazionale entro il 24.12.2010; B) la direttiva

## Rassegna di giurisprudenza

appare sufficientemente dettagliata nella disciplina relativa alla procedura amministrativa di rimpatrio dei cittadini extracomunitaria irregolarmente soggiornanti; C) il legislatore nazionale non ha inteso abrogare l'art. 10 *bis* del TU all'indomani dello scadere del termine ultimo per il recepimento della direttiva; D) la direttiva 118/2008/CE è *self - executive in parte qua*.

Sulla scorta di queste premesse si dovrebbe evidentemente dare prevalenza alle norme della direttiva comunitaria rispetto a quelle dell'ordinamento interno.

Tuttavia l'art. 2, par. 2, lett. b) della direttiva comunitaria autorizza gli Stati membri a non applicare la direttiva ai cittadini di Paesi terzi sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale.

Questo giudice ritiene che l'art. 2 par. 2 lett. b) appena citato sia stato previsto per non interferire nelle scelte, rimesse alla discrezionalità di ciascun Stato membro, di attuare gli strumenti più opportuni per allontanare gli stranieri che si siano dimostrati immeritevoli di soggiornare nel territorio nazionale, avendo commesso fatti di rilevanza penale. Così intesa la facoltà di non applicare la direttiva sui rimpatri di cui all'art. 2 direttiva si riferisce evidentemente a cittadini extra comunitari penalmente condannati per condotte differenti dalla loro mera condizione giuridica soggettiva di irregolare (come accade ad esempio nelle ipotesi di espulsione come misura di sicurezza o come sanzione sostitutiva od alternativa alla detenzione di cui agli artt. 15 e 16 del TU sull'immigrazione).

Questa interpretazione dunque deve indurre a ritenere che il reato di clandestinità di cui all'art. 10 *bis* del TU, non possa e non debba rientrare nelle ipotesi di esclusione di cui all'art. 2 par. 2 della direttiva sui rimpatri.

Diversamente opinando si giungerebbe a conclusioni evidentemente contraddittorie.

Da una parte, infatti, l'Italia ha assunto dei precisi obblighi sottoscrivendo la direttiva comunitaria sui rimpatri, e dall'altra l'Italia si è svincolata agevolmente dai predetti obblighi semplicemente istituendo una nuova fattispecie incriminatrice tale da assorbire tutte le possibili ipotesi di ingresso e soggiorno irregolare, già disciplinate dalla medesima direttiva.

Se così fosse si tratterebbe evidentemente di una violazione dell'obbligo di *standstill*, ossia del divieto dagli Stati membri di adottare misure in contrasto con gli obiettivi di una direttiva o che ne ostacolano la attuazione.

In conclusione escludere l'applicazione della direttiva in tutte le situazioni di presenza illegale di uno straniero nel territorio nazionale attraverso la creazione di un reato *ad hoc* vuol dire privare la direttiva della sua stessa ragione di esistenza e quindi violare il principio dell'effetto utile e l'obbligo di leale cooperazione previsto nell'art. 4 n. 3 TUE, che impone di interpretare il diritto interno in maniera conforme agli obblighi prescritti nelle direttive.

Recentemente la Corte di Giustizia (sez. I, 28.4.2011) ha ribadito in maniera inequivocabile il principio secondo cui gli Stati membri non possono applicare una normativa, sia pure di diritto penale, tale da compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva e da privare così quest'ultima dal suo effetto

utile (par. 55). Posto dunque che la direttiva sui rimpatri deve sicuramente trovare applicazione anche nel caso che la situazione di irregolarità sia considerata dalla legislazione interna alla stregua di un reato sanzionabile con la misura sostitutiva dell'espulsione, a questo giudice non resta che sottoporre in via preventiva alla Corte di Giustizia europea il quesito interpretativo del diritto dell'Unione riportato in dispositivo.

P.Q.M.

il giudice di pace di Lecce [...] ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione, formula i seguenti quesiti interpretativi. Alla luce dei principi di leale collaborazione, dell'obbligo di *standstill* e del conseguimento dell'effetto utile del rimpatrio dei cittadini extracomunitari il cui ingresso o soggiorno non è avvenuto in maniera conforme alla legge nazionale, dica la Corte:

1. “se l'art. 2 par. 2 lett. b) della direttiva 2008/115/CE osti alla possibilità di applicare la medesima direttiva anche in presenza della normativa interna (art. 10 *bis* TU 286/98) che sanziona la condizione di ingresso e soggiorno irregolare con la misura dell'espulsione sostitutiva della pena”;
2. “se la direttiva comunitaria sul rimpatrio dei cittadini dei Paesi terzi osti alla possibilità di sanzionare penalmente la mera presenza dello straniero sul territorio nazionale in condizione di irregolarità, indipendentemente dalla completamento della procedura amministrativa di rimpatrio prevista dalla legge interna e dalla stessa direttiva”. Sospende il presente processo e ordina la trasmissione degli atti alla Corte di Giustizia europea; [...].