

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Schalk e Kopf c. Austria

Stato convenuto: Austria

Numero ricorso: 30141/04

Data della sentenza: 22.11.2010

Articoli: 8 ; 8-1 ; 12 ; 14 ; 14+8 ; 34 ; 35 ; 35-1 ; 37 ; 37-1

Non costituisce violazione dell'articolo 12 da parte di uno Stato membro la mancata estensione dell'accesso al matrimonio alle coppie costituite da individui dello stesso sesso. Ciò perché, si tratta di un istituto giuridico profondamente connesso alle radici storiche e culturali di una determinata società e rispetto al quale non è ravvisabile un'univoca tendenza negli ordinamenti interni degli Stati membri. Pertanto, rientra nell'ambito della discrezionalità proprio di uno Stato la scelta in merito all'introduzione di una normativa in tal senso, secondo le ragioni di opportunità politica e sociale che ritenga preponderanti.

A parere della Corte, ad oggi all'interno del concetto di "vita familiare", il cui rispetto è garantito dall'articolo 8, devono potersi ricondurre anche le relazioni sentimentali e sessuali tra persone dello stesso sesso. Pertanto, costituirebbe una violazione dell'articolo 8 in combinato disposto con l'articolo 14 la mancanza di tutela e riconoscimento adeguato all'interno di uno Stato membro delle coppie omosessuali. Nel caso in cui, dunque, uno Stato si dotasse di uno strumento giuridico che permettesse la tutela dell'unione familiare tra soggetti dello stesso sesso, anche se ciò avvenisse in ritardo rispetto ad altri Stati membri, non incorrerebbe nella suddetta violazione. Tale conclusione è, anche in questo caso, giustificata dall'assenza di un comune orientamento condiviso dai legislatori nazionali.

Fatto:

La controversia trae origine da un ricorso presentato da un cittadino portoghese, il signor Santos Couto, contro il proprio Stato d'origine. Il ricorrente denunciava una violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8 della Convenzione, ritenendo di essere stato oggetto di una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale nell'ambito dell'emissione di una condanna penale.

Nel 2004, la Procura di Lisbona ha aperto dei procedimenti a carico del ricorrente e di altre dieci persone, sospettate di intrattenere rapporti sessuali con un gruppo di minori di sesso maschile che esercitavano la prostituzione. Alcuni degli accusati, tra i quali non figurava il ricorrente, hanno sostenuto l'incostituzionalità dell'art. 175 (abuso sessuale di tipo omosessuale di minore) del codice penale portoghese, laddove la norma reprimeva gli atti omosessuali, "non trascurabili" (*de relevo*), con adolescenti tra i quattordici e i sedici anni, rafforzando quindi la protezione del minore garantita già all'art. 174 (abuso sessuale di minore) che, criminalizzando le attività sessuali con adolescenti tra persone di sesso diverso, specificava la natura di tali atti, circoscrivendo l'ambito delle condotte sanzionate al coito orale, anale o vaginale. Il sospetto profilo di incostituzionalità avrebbe riguardato la portata più ampia delle condotte punibili ai sensi dell'articolo 175, rispetto a quelle punibili ai sensi dell'articolo 174, ridotte a specifici comportamenti sessuali indicati dalla norma. Laddove, invece, il corrispondente abuso di tipo omosessuale poteva ricomprendere molteplici condotte peraltro rimesse alla discrezionalità del giudice, facendosi riferimento unicamente a condotte non trascurabili.

Con una sentenza del 23 febbraio 2006 il Tribunale penale di Lisbona ha ritenuto di escludere la possibilità che il denunciante non si fosse reso conto che i minori coinvolti non avessero più di quattordici anni e lo ha condannato, ai sensi dell'art.175 c.p., a sei mesi di carcere per gli atti sessuali "non trascurabili" compiuti con due adolescenti, oltre al pagamento di una somma pari a 10.000 euro, per danni e interessi, in favore di ciascuna delle vittime.

Il Tribunale ha inoltre ritenuto di poter concludere nel senso della non contrarietà dell'art. 175 rispetto al dettato costituzionale, sulla base della considerazione per la quale, se è vero che l'art. 175 realizza un' "anticipazione della tutela penale" rispetto all'art. 174, entrambe le norme si fonderebbero su una presunzione assoluta relativamente all'"inesperienza del minore", della quale, nel caso di specie, gli autori del reato avrebbero inequivocabilmente abusato.

Il ricorrente ha dunque proposto appello contro tale provvedimento, adducendo la natura discriminatoria dell'art. 175 e il conseguente contrasto tanto con la costituzione portoghese quanto con la Convenzione. Secondo il denunciante, la norma avrebbe, infatti, previsto condizioni di punibilità tali da coprire un campo più esteso rispetto all'art. 174, giacché solo quest'ultimo avrebbe richiesto ai fini

della configurabilità del reato, l'abuso dell'inesperienza degli adolescenti coinvolti, essendo invece sufficiente, ai sensi dell'art. 175, il mero compimento di atti sessuali, indipendentemente dall'accertamento di qualsiasi ulteriore circostanza. La questione principale che, avrebbe posto il problema sui profili di costituzionalità della norma, si rinveniva nel fatto che mentre l'art. 174 richiedeva quale requisito essenziale ai fini della configurabilità del reato l'abuso dell'inesperienza del minore. Tale ulteriore requisito non veniva richiesto ai fini dell'integrazione della fattispecie di cui all'articolo 175, che pertanto abbracciava uno spettro di condotte punibili sicuramente più ampio rispetto al corrispondente reato di abuso sessuale di tipo eterosessuale.

Il 3 aprile 2006, la Corte d'appello di Lisbona ha rigettato l'istanza. La Corte ha sostenuto che sebbene l'art. 175 realizzi una tutela penale più ampia rispetto all'art.174, la stessa appare giustificata, integrando gli atti omosessuali un pericolo più grande rispetto all'interesse giuridico protetto da entrambe le norme ed effettivamente coincidente; ciò, anche in considerazione del fatto che, nel caso di un minore, la determinazione dell'orientamento sessuale è ancora in formazione. Nell'opinione della Corte pertanto il trattamento differenziato introdotto dal legislatore risulterebbe fondato su situazioni oggettivamente differenti.

La Corte d'appello ha inoltre sottolineato che la questione relativa alla legittimità costituzionale dell'art. 175 non avrebbe comunque potuto essere oggetto di giudizio nel caso di specie, dovendosi considerare che gli atti incriminati risultavano compiuti in un contesto di prostituzione, non trattandosi di relazioni libere tra persone consenzienti. Sebbene ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 175 l'aver abusato dell'inesperienza del minore non è un requisito essenziale – condizione ritenuta invece indispensabile ai fini dell'applicabilità dell'art.174 – nella controversia considerata, la questione dell'incostituzionalità derivante dal raffronto tra le due disposizioni, non si sarebbe comunque posta. Infatti, accertato l'abuso e dunque soddisfatta anche l'ulteriore condizione prevista dall'art. 174, l'autore sarebbe risultato allo stesso modo punibile anche qualora gli fosse stata applicata la normativa meno rigorosa.

Il ricorrente ha pertanto proposto ricorso in Cassazione, ma questa ha dichiarato lo stesso irricevibile con una sentenza del 15 marzo 2007 in considerazione della mancata irrogazione a carico del condannato di una pena superiore ai cinque anni di detenzione.

Nelle more della controversia, il 10 maggio 2005, con la sentenza 274/05 la Corte costituzionale portoghese ha dichiarato l'art. 175 incostituzionale, in quanto contrario al divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale sancito all'art. 13 cost., nella parte in cui avrebbe introdotto un trattamento più rigoroso rispetto a quanto previsto dall'art. 174 non necessitando, quale ulteriore condizione, ai fini della punibilità, l'abuso dell'inesperienza del minore. La portata di tale decisione è stata del resto ampliata poco dopo con la sentenza 351/05, la quale ha sancito l'incostituzionalità della norma anche laddove essa incrimina tutte le attività sessuali "non trascurabili" (*de re levo*) compiute da un adulto con un adolescente, risultando invece l'ambito di applicabilità dell'art. 174 meglio specificato sul piano oggettivo e pertanto ben più circoscritto.

Alla luce di tale giurisprudenza, il ricorrente ha infine depositato un ulteriore ricorso dinnanzi alla Corte Costituzionale allegando ancora una volta la ormai accertata natura discriminatoria della norma contestata sulla base della quale era stata emessa la sua condanna.

Con una decisione sommaria del 25 giugno 2007 la Corte ha tuttavia dichiarato il ricorso irricevibile. Pur considerando le argomentazioni effettuate dai giudici d'appello contrastanti con la costante giurisprudenza della Corte in materia, i giudici costituzionali hanno ritenuto che nel caso concreto, accertato l'abuso dell'inesperienza nel corso dei precedenti gradi di giudizio, i profili di incostituzionalità dell'art. 175 menzionati dal ricorrente non risulterebbero comunque inerenti alla *ratio decidendi* delle decisioni impugnate, non comportando pertanto una revisione delle stesse.

Diritto:

Ai fini di una compiuta comprensione dell'argomentazione giuridica sottesa alla decisione in esame, la Corte ha ritenuto necessaria l'esposizione del quadro giuridico nazionale e sovranazionale entro cui si inserisce il problema dell'estensione alle coppie omosessuali del diritto a contrarre matrimonio.

Quanto all'ordinamento austriaco, devono essere prese in considerazione due norme: l'articolo 44 del codice civile e l'atto istitutivo del registro delle unioni civili (*Eingetragene Partnerschaft-Gesetz*). La disposizione civilistica, immutata dall'entrata in vigore del codice, prevede espressamente che il diritto a contrarre matrimonio possa essere riconosciuto solo ad individui di sesso opposto. A fronte di ciò, il Governo austriaco ha elaborato uno strumento giuridico – entrato in vigore l'1 gennaio 2010 – che permette il riconoscimento delle unioni omosessuali, tale da attribuirne uno *status* giuridico per molti aspetti equivalente a quello matrimoniale. Infatti, in base al suddetto atto, alle unioni omosessuali

viene sostanzialmente estesa la disciplina prevista per il matrimonio; ciò, in ordine ai requisiti di validità, come la maggiore età e l'assenza di vincoli parentali, ai reciproci diritti e doveri coniugali, alle ragioni di scioglimento dell'unione, nonché rispetto al regime fiscale, assicurativo e successorio. Tuttavia, l'estensione non avviene *tout court*. Permangono, invero, talune differenze rispetto agli uffici competenti a provvedere al procedimento di riconoscimento, alla disciplina del cognome e, soprattutto, rispetto all'adozione e alla inseminazione artificiale, che rimangono precluse alle coppie omosessuali.

Quanto all'analisi comparativa e sovranazionale, i giudici di Strasburgo si adoperano per delineare efficacemente il quadro europeo e quello delle legislazioni interne degli Stati membri del Consiglio d'Europa. Il primo riferimento è all'articolo 9 della Carta dei diritti fondamentali di Nizza, il cui valore vincolante per gli Stati membri è stato definitivamente sancito con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. La norma, nel riconoscere il diritto a contrarre matrimonio e a fondare una famiglia, non opera alcun espresso riferimento alla diversa identità sessuale delle parti coinvolte. Cionondimeno, la circostanza che la diversità di genere non sia espressamente imposta vale a definire un margine di discrezionalità nella scelta degli Stati membri di estendere o meno l'istituto alle coppie omosessuali. Di contro, si ritiene che la stessa non possa essere interpretata fino a derivarne un obbligo positivo di riconoscimento in questo senso. Una tale interpretazione andrebbe oltre il dettato della norma, che, invece, implica soltanto come il diritto a contrarre matrimonio e fondare una famiglia debba essere tutelato in conformità alle previsioni delle singole legislazioni nazionali, così come chiarito nelle Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (Gazzetta Ufficiale, C 303 del 14 dicembre 2007).

In aggiunta all'articolo 9, vengono poi richiamate una serie di Direttive (2003/86/EC e 2004/38/EC) che si riferiscono al concetto di nucleo familiare e che, contestualmente, si riferiscono alla possibilità che nello stesso vi rientrino anche i componenti di coppie omosessuali, quando ciò sia previsto dalle rispettive legislazioni nazionali degli Stati membri.

Riguardo agli ordinamenti degli Stati parte del Consiglio, poi, viene semplicemente osservato come non sia possibile ricavare alcun orientamento condiviso sulla opportunità di estendere o meno il diritto a contrarre matrimonio alle coppie costituite da individui dello stesso sesso.

Così tracciato il contesto giuridico rilevante, la Corte procede ad esaminare l'ammissibilità e il merito del ricorso, trattando separatamente la questione inerente la violazione dell'articolo 12 e quella degli articoli 8 e 14 della Convenzione.

Articolo 12 – Diritto al matrimonio

Con riferimento alla presunta violazione dell'articolo 12, i giudici della Prima Sezione enunciano i principi generali che andranno applicati al caso concreto per dedurre la sussistenza o meno della eventuale infrazione. In via generale, la norma garantisce il generalizzato diritto a contrarre matrimonio e fondare una famiglia nel contesto delle normative nazionali in materia, ammettendo implicitamente che limitazioni e condizioni al godimento di questo diritto possano essere introdotte, purché le stesse, adeguatamente sorrette da valide argomentazioni, non conducano alla sostanziale impossibilità di godere del diritto così sancito. Inoltre, la Corte ritiene di poter derivare alcuni principi generali dalla giurisprudenza formatasi di recente e in contrasto con il passato in materia di estensione del diritto a contrarre matrimonio per i transessuali (*Parry c. Regno Unito*). In particolare, la giurisprudenza di Strasburgo nota che il riferimento al genere, di cui all'articolo 12, non possa più essere interpretato attraverso criteri puramente biologici, ritenendo così una violazione della norma in questione il divieto a contrarre matrimonio nei confronti di un *post-operative transsexual*. In altri termini, avvenuto il cambiamento di sesso, ad una coppia composta da un uomo e una donna, di cui uno dei due abbia cambiato sesso, deve essere garantito il diritto a contrarre matrimonio e fondare una famiglia. Sulla scorta di tali evoluzioni giurisprudenziali, la Corte è giunta ad affermare che l'impossibilità per una coppia di concepire o adottare dei bambini non possa *ex se* limitare il godimento del diritto di cui all'articolo 12 (*Goodwin c. Regno Unito*), poiché la deliberata scelta di fare riferimento all'uomo e alla donna deve essere necessariamente ricondotta al contesto storico entro cui è stata elaborata la Convenzione. E, del resto, la Convenzione è stata più volte dalla Corte stessa definita come uno strumento giuridico "vivo", che si adegua ai mutamenti sociali e, in questi termini, non può cristallizzarsi entro un modello sociale in costante evoluzione. Considerato che sarebbe artificioso ritenere che la fisionomia del nucleo familiare sia rimasta immutata nel tempo e che non sia soggetta a costanti evoluzioni, è allora ammissibile immaginare che anche il diritto al matrimonio sancito nella Convenzione possa estendersi ed adattarsi alla varietà delle circostanze concrete.

Date le suddette premesse, i giudici di Strasburgo concludono che, nonostante l'articolo debba essere ad oggi interpretato nei termini in cui il diritto a contrarre matrimonio deve potersi considerare estendibile alle coppie omosessuali; pur tuttavia, non potrebbe derivarsi da tale interpretazione

permissiva una norma impositiva di un obbligo positivo verso gli Stati membri, traducibile nella necessità di adottare una normativa nazionale in questo senso. Tale conclusione è supportata dalla considerazione di come il matrimonio costituisca un istituto giuridico profondamente e intimamente legato al retroterra sociale e culturale che naturalmente differisce da una comunità all'altra. Per tali ragioni, la scelta dell'adozione di un regime giuridico che consenta il matrimonio alle coppie omosessuali rientra necessariamente nella discrezionalità del legislatore interno. Conseguentemente, la Corte ritiene che la scelta del legislatore austriaco non sia passibile di censura con riferimento all'art. 12 della Convenzione.

Articolo 8 – Diritto al rispetto della vita privata e familiare ; Articolo 14 – Divieto di discriminazione

Circa la violazione dell'articolo 8 in combinato disposto con l'articolo 14, la Corte si trova a dover valutare se l'impossibilità per le coppie omosessuali di contrarre matrimonio e di vedere altrimenti riconosciuta dall'ordinamento la propria relazione integri una discriminazione nel godimento del diritto al rispetto della vita familiare, in ragione dell'orientamento sessuale.

Prima di pronunciarsi sulla sussistenza o meno della violazione, la Corte ritiene di dover innanzitutto affrontare il problema riguardante l'applicabilità o meno dell'articolo 8 alle coppie omosessuali. Infatti, seppure non vi sia alcun dubbio che la discriminazione, effettuata in base all'orientamento sessuale, integri nella costante giurisprudenza dei giudici di Strasburgo una violazione del diritto al rispetto della vita privata (*Dudgeon c. Regno Unito, Norris c. Irlanda, Modinos c. Cipro*), più controverso è se una relazione stabile e duratura tra individui dello stesso sesso possa rientrare nel concetto di vita familiare.

La Corte, in rottura con quanto statuito nelle precedenti pronunce, afferma che la relazione sentimentale e sessuale tra due individui dello stesso sesso rientra a pieno titolo nel concetto di vita familiare, così come evolutosi nella giurisprudenza e nella legislazione dei paesi membri. Invero, sarebbe del tutto contraddittorio ritenere che nel concetto di vita familiare possano rientrare le coppie eterosessuali, conviventi *more uxorio* (*Elsholz c. Germania, Keegan c. Irlanda*), e non le coppie omosessuali. La Corte, in tal modo, svincola il concetto di vita familiare alla condizione della coppia regolarmente sposata, per ricondurre altri modelli di famiglia *de facto*. In ultimo, quindi, se anche le coppie omosessuali sono ammesse al godimento del diritto al rispetto della vita familiare, allora sugli Stati membri grava l'obbligo di tutelare ugualmente queste nuove tipologie di nuclei familiari, senza che possa essere imposta alcuna discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale.

Assunta quindi l'applicabilità dell'articolo 8 al caso concreto, i giudici valutano se vi sia stata una discriminazione del diritto al godimento e al rispetto della vita familiare, basata sull'orientamento sessuale dei ricorrenti, da parte delle autorità austriache.

La Corte assume, come punto di partenza, che il fenomeno in esame costituisca un'espressione di relazione familiare sostanzialmente omogenea rispetto a quella sussistente tra individui di sesso opposto. In altri termini, la Corte ritiene che le coppie omosessuali abbiano la stessa capacità di impegnarsi in una relazione stabile e duratura che si rinviene nelle coppie eterosessuali. Conseguentemente, entrambe le tipologie di coppie si troverebbero in una situazione di fatto sostanzialmente affine, con riguardo alla necessità di tutela e di riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico nazionale.

Da ciò, però, non può derivarsi l'impossibilità di prevedere un regime parzialmente diverso per i due fenomeni, che rimangono pur sempre differenti in ordine ad alcuni aspetti fondamentali. Cionondimeno, affinché il trattamento differenziato non sfoci nella discriminazione, questo deve rispettare tre condizioni fondamentali: la misura statale deve essere proporzionata rispetto al fine perseguito, deve essere sorretta da un interesse nazionale molto forte e deve atteggiarsi quale unico strumento per il raggiungimento dell'obiettivo perseguito, in assenza di strumenti alternativi.

La sussistenza di un trattamento differente, giustificato dai suddetti motivi, va valutato a parere della Corte rispetto ad una duplice circostanza rinvenibile nel caso concreto: da un lato, ai ricorrenti non è ammesso l'accesso al matrimonio; dall'altro, prima dell'entrata in vigore dell'atto per le unioni civili, non esistevano nell'ordinamento austriaco strumenti alternativi di riconoscimento della loro unione.

Quanto al primo aspetto, la Corte ritiene di poter escludere che il trattamento differenziato integri una violazione dell'articolo 8 in riferimento al divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale. Infatti, se l'obbligo positivo per uno Stato membro di estendere l'istituto matrimoniale alle coppie omosessuali non può essere derivato dall'articolo 12, per le ragioni sopra esposte, a maggior ragione non potrebbe derivarsi dall'articolo 8, considerato in combinato disposto con l'articolo 14 della Convenzione. Come in precedenza accennato, l'istituto matrimoniale è profondamente radicato nella fisionomia di una data società e, ad oggi, non può rinvenirsi una comune condivisione di valori tale da

imporre un'omogenea regolamentazione dell'istituto nei diversi paesi. Il diritto al matrimonio deve sì essere garantito, ma ciò nei limiti di quanto disposto dalle normative interne.

Un discorso a parte va fatto per l'assenza di strumenti alternativi di riconoscimento dell'unione tra persone dello stesso sesso. La Corte, infatti, non può fare a meno di notare come la situazione attuale dell'ordinamento austriaco sia sostanzialmente invariata, giacché dal 2010 esiste uno strumento giuridico volto al riconoscimento delle unioni tra individui dello stesso sesso. Tale circostanza, fa venir meno la necessità di constatare l'eventuale presenza di una violazione di un precetto della Convenzione nel caso concreto.

Tuttavia, la Corte ritiene di dover valutare se lo Stato convenuto avrebbe comunque dovuto introdurre un tale strumento di riconoscimento prima del 2010 o meno. Tracciando, ancora una volta, rapidamente i contorni dell'evoluzione legislativa negli ordinamenti interni dell'istituto in questione, la Corte conclude che l'entrata in vigore dello strumento legislativo succitato altro non è se non il riflesso della tendenza emergente nei paesi membri. Per questo motivo, non potendosi riscontrare un ritardo consistente rispetto all'evoluzione degli altri paesi, non si può rimproverare al legislatore austriaco la precedente assenza nell'ordinamento di tale istituto.

[Testo Integrale](#)