



Numero 4 / 2021

Loretta Moramarco

**Negata la reversibilità alle coppie
omosessuali non coniugate *ratione temporis*
ovvero il castello di Kafka**

Negata la reversibilità alle coppie omosessuali non coniugate *ratione temporis* ovvero il castello di Kafka

Loretta Moramarco

ABSTRACT

L'a. analizza la sentenza 14 settembre 2021, n. 24694 della Corte di Cassazione, che nega il diritto del partner superstite al trattamento di reversibilità che non aveva potuto contrarre l'unione civile essendo il decesso intervenuto prima della l. n. 76 del 2016. La sentenza utilizza parametri di valutazione della discriminazione insoddisfacenti e non valorizza adeguatamente la posizione del partner superstite.

L'analisi della disciplina della pensione di reversibilità, e la disamina della nozione di famiglia e di vita familiare inducono a ripensare le motivazioni con le quali si esclude l'applicabilità ai partner omosessuali non coniugati *ratione temporis*.

The a. analyzes the judgment 14 September 2021, n. 24694 of the Court of Cassation, that denies the right of the surviving partner who can't contract the civil union because of the death occurred before the l. n. 76 of 2016. The judgment has been using a series of unsatisfactory parameters to assess discrimination and hasn't adequately valued the survivor partner's position. Both the analysis of the regulation of survivor insurance, and the examination of the family and family life concepts, lead to reconsider the reasons for non-applicability of legislation of the Survivor insurance to same-sex couples not married *ratione temporis*

SOMMARIO: 1. Il caso. 2. La funzione della pensione di reversibilità. 3. L'errato giudizio di comparazione. 4. Quali tutele?

1. Il caso

La Cassazione, con [sentenza 14 settembre 2021, n. 24694](#), ha riformato la sentenza della Corte di Appello di Milano¹ che, con una innovativa pronuncia direttamente applicativa di principi costituzionali, aveva riconosciuto il diritto del superstite di una coppia omosessuale alla reversibilità della pensione di vecchiaia anticipata corrisposta da Inarcassa. La coppia non aveva contratto l'unione civile, essendo la legge 20 maggio 2016, n. 76² entrata in vigore successivamente al decesso di una delle parti.

¹ App. Milano, 26 luglio 2018, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, p. 487 ss., con nota di C. CARCHIO, *Riconosciuta la pensione di reversibilità al partner omosessuale già prima della l. n. 76/2016*. Si vedano anche i commenti di F. MALZANI, *Giustizia, non avanguardia: reversibilità della pensione e coppia dello stesso sesso prima della l. n. 76/2016*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 103 ss.; S. BORELLI, *La pensione di reversibilità per le coppie omosessuali. Par cette voie s'il vous plait, caro Trabucchi!*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2019, p. 120 ss.; M. FALSONE, *Quali diritti per le coppie omosessuali prima della legge sulle unioni civili? Il caso della pensione di reversibilità*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, p. 157 ss. Conforme Trib. Foggia, sez. lav., 16 novembre 2019, n. 4203, in [www.articolo29.it](#).

² L'art. 1, comma 20, l. n. 76 del 2016 «al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile» ha esteso l'applicabilità delle disposizioni per i coniugi ai partner delle unioni civili, compresa l'art. 13 del R.D. n. 636/39. Sulle tutele previdenziali, si veda P. CAPURSO, *La pensione ai superstiti. Alla ricerca di un fondamento*, in *Riv. dir. sic. soc.*, n. 4/2016, p. 609 ss.; C. A. NICOLINI, *Quali i riflessi previdenziali delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze di fatto?*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, p. 563 ss.; P. PASSALACQUA, *Profili lavoristici DELLA L. n. 76 del 2016 su unioni civili e convivenze di fatto*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 320/2017; B. DE MOZZI, *Le ricadute lavoristiche della l. n. 76/2016 in materia di unioni civili: luci ed ombre*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, p. 40 ss.; G. PISTORE, *Convivenze di fatto e tutela dei superstiti tra problemi vecchi e nuovi*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 345/2017.

L'iter motivazionale della Suprema Corte parte dal dato normativo e, quindi, dall'esame della l. 3 gennaio 1981, n. 6, *Norme in materia di previdenza per gli ingegneri e gli architetti* e dei regolamenti adottati in seguito alla privatizzazione di Inarcassa (d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509), in particolare l'art. 24 del Regolamento interno dell'ente. La Suprema Corte afferma, sulla scorta della citata normativa, che *non può conseguire la pensione di reversibilità chi non ha mai rivestito detto status [di coniuge], neppure nella sua forma successivamente equiparata ai sensi e per gli effetti della L. n. 76 del 2016.*

La normativa in materia di unioni civili, l. n. 76 del 2016, viene richiamata esclusivamente per dichiararne l'inapplicabilità al caso concreto *ratione temporis*, in ossequio al disposto dell'art. 11 disp. prel. c.c.

La motivazione analizza, poi, criticamente la sentenza di secondo grado rispetto alla quale rileva principalmente due errori di diritto: il primo è la violazione dell'art. 11 delle preleggi; il secondo è l'essersi sostituita alla Corte costituzionale.

Infine, con una breve e poco convincente valutazione, la Corte di Cassazione reputa non manifestamente fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, l. n. 76 del 2016, «nella parte in cui non prevede la possibilità di una sua applicabilità retroattiva – e, anzi, senza alcun limite temporale – a tutte le coppie conviventi in modo stabile».

2. La funzione della pensione di reversibilità

La Suprema Corte, richiamando la motivazione della Corte di Appello, avvia l'iter argomentativo affermando il rilievo costituzionale della pensione di reversibilità, come tutela previdenziale coperta dal disposto degli artt. 36, primo comma e 38, secondo comma cost., *che prescrivono l'adeguatezza della pensione quale retribuzione differita e l'idoneità della stessa a garantire un'esistenza libera e dignitosa*. Nella pensione di reversibilità erogata al coniuge superstite, *la finalità previdenziale si raccorda a un peculiare fondamento solidaristico*³. La Corte costituzionale ha a, più riprese, affermato che la prestazione *mira a tutelare la continuità del sostentamento*⁴ ed *a prevenire lo stato di bisogno che può derivare dalla morte del coniuge*⁵.

I [dati OCSE](#) fotografano, tuttavia, una “anomalia” italiana in materia di pensione di reversibilità: Italia e Grecia sono gli unici paesi con spesa per superstiti superiore al 2,4% del PIL, contro una media dell'1%. Numerosi sono stati i tentativi di revisione “a ribasso” dell'istituto e le proposte di modifica fino ad ora mai approvate. Anche la citata sentenza della Corte Costituzionale, n. 174 del 2016, è intervenuta su una norma che mirava a ridurre gli importi

³ [Corte cost., 15 giugno 2016, n. 174.](#)

⁴ Sul punto già [Corte cost., 7 luglio 1988, n. 777.](#)

⁵ Come affermato da [Corte cost., 12 febbraio 1998, n. 18](#), il trattamento di reversibilità rappresenta *una specie di proiezione oltre la morte della funzione di sostentamento assolta in vita dal de cuius, perseguendo lo scopo di porre il superstite al riparo dalla eventualità dello stato di bisogno che potrebbe derivargli dalla scomparsa del coniuge*. Analogamente [Corte cost., 28 luglio 1988, n. 926.](#)

spettati al coniuge ove avesse stipulato matrimonio con un ultrasettantenne o in caso di matrimonio di breve durata⁶.

Uno stereotipo guida il legislatore e, probabilmente, anche l'estensore della sentenza della Corte di cassazione in commento. La pensione di reversibilità è destinata alle donne e si giustifica in ragione del noto squilibrio tra uomo e donna nei ruoli di cura⁷. La reversibilità, insomma, non è che il rovescio dello squilibrio di ruoli e potere (economico, anzitutto) delle coppie etero-sessuali che normalmente sono unite in matrimonio. Di fatto, ancora oggi le pensioni di reversibilità riducono il divario pensionistico di genere⁸.

È interessante considerare che la pensione di reversibilità spetta anche al coniuge separato con addebito⁹. La Corte chiarisce, muovendo dalla pronuncia di illegittimità costituzionale della norma che escludeva il trattamento previdenziale in caso di separazione con colpa o addebito, che «la *ratio* della

⁶ La Corte Costituzionale, in relazione agli artt. 3, 36 e 38 della Costituzione, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, dell'art. 18, comma 5, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 15 luglio 2011, n. 111, nella misura in cui pone una presunzione di frode alla legge per i matrimoni tardivi - con preclusione di ogni prova contraria in contrasto con la ragionevolezza e soprattutto con il principio solidaristico della funzione dell'istituto previdenziale.

⁷ È l'OCSE, nel suo studio sulla pensione ai superstiti, a ricordare che la pensione di reversibilità, al momento della sua introduzione, è stata un supporto per le vedove. Il modello prevedeva, infatti, un uomo lavoratore coniugato con una donna casalinga, in un matrimonio che durava tutta la vita, fino al decesso, il più delle volte, del partner maschile. OECD (2018), *OECD Pensions Outlook 2018*, in https://doi.org/10.1787/pens_outlook-2018-en.

⁸ Nello studio condotto da G. GIUPPONI, *When Income Effects are Large: Labor Supply Responses and the Value of Welfare Transfers*, Centre for Economic Performance, Londra, 2019, p. 10 s., su 95mila superstiti esaminati, il 90% sono donne, con un'età media di 46,9 anni. Il 45% ha figli a carico (età media 13 anni) e il 40% è occupata, con un reddito medio inferiore a settemila euro.

⁹ *Cass., 2 febbraio 2018, n. 2606*; Cass., 12 maggio 2015, n. 9649, in *Fam. dir.*, 2016, p. 14 ss., con nota di R. NUNIN, *Separazione con addebito e godimento della pensione di reversibilità*. Sul punto si veda anche C. GATTA, *Coniuge separato per colpa o con addebito e diritto alla pensione di reversibilità*, in *Dir. lav.*, 2004, p. 113 ss.; A. SICA, *Coniuge separato con addebito senza assegno: pensione di reversibilità*, in *Dir. prat. lav.*, 2003, p. 3085 ss.

tutela previdenziale è rappresentata dall'intento di porre il coniuge superstite al riparo dall'eventualità dello stato di bisogno, senza che tale stato di bisogno divenga (anche per il coniuge separato per colpa o con addebito) concreto presupposto e condizione della tutela medesima».

È, pertanto, evidente che la Corte “adotti” non solo una lettura originalista dell'art. 29 cost. ma anche una visione stereotipata dei rapporti coniugali, eterosessuali e squilibrati, e non coniugali affermando – apoditticamente – che in mancanza di matrimonio non sussistano quei diritti e doveri reciproci, sia personali che patrimoniali. La Cassazione dimentica il principio solidaristico che, al contrario, avrebbe potuto e dovuto valorizzare. La giurisprudenza¹⁰ è, peraltro, intervenuta per estendere il novero dei soggetti beneficiari, pur ancorando il diritto al requisito della “vivenza a carico”, affermando, peraltro, che «l'ambito di famiglia presa in considerazione dal regime generale della previdenza sociale tende ad essere più ampio rispetto a quello che fa esclusivo riferimento al matrimonio ed alla filiazione».

3. L'errato giudizio di comparazione

I passaggi meno convincenti della pronuncia che si commenta sono quelli relativi alla manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale. A fronte di una denunciata discriminazione, è necessario individuare il *tertium*

¹⁰ Corte cost., 20 maggio 1999, n. 180, in *Dir. lav.*, 2000, p. 316 ss., ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 38 del d.P.R. 26 aprile 1957, n. 818, nella parte in cui non include tra i soggetti ivi elencati anche i minori dei quali risulti provata la vivenza a carico degli ascendenti.

comparationis e dimostrare il nesso di causalità tra il trattamento deteriore e la ragione del *discrimen*. Nel caso di specie la Suprema Corte pone sullo stesso piano situazioni assolutamente non sovrapponibili: le coppie omosessuali che non hanno potuto (mancando la normativa) unirsi civilmente e le coppie eterosessuali conviventi *more uxorio*. Sfugge come sia possibile ritenere equiparabile la situazione di chi conviva perché ha liberamente scelto di non sposarsi e chi abbia come unica possibilità legale quella di convivere. Afferma la Corte che «la mancata inclusione del convivente fra i soggetti beneficiari del trattamento di reversibilità rinviene allora una sua non irragionevole giustificazione nella circostanza che tale pensione si ricollega geneticamente ad un preesistente rapporto giuridico che qui per definizione manca». È proprio il riferimento alla convivenza *more uxorio* “fondata esclusivamente sulla *affectio* quotidiana – liberamente e in ogni istante revocabile” a mostrare l’ingiustizia della situazione della coppia omosessuale e, in particolare, del superstite della coppia che ha azionato il giudizio. Il superstite, infatti, allegava al ricorso l’unica “formalizzazione” possibile della sua unione ossia l’iscrizione nelle liste istituite dal Comune di Milano.

Sul punto la Suprema Corte, anziché valorizzare come avrebbe dovuto tale elemento, si è limitata ad affermare che «in nessun caso un atto amministrativo potrebbe surrettiziamente imporre alla ricorrente Inarcassa trattamenti pensionistici coperti da riserva relativa di legge ex art. 23 Cost.».

La Corte qui omette di ricordare che nel caso Oliari c. Italia¹¹ tra i numerosi argomenti di merito portati a propria difesa dal governo italiano vi fossero proprio i registri delle unioni civili, istituiti presso molti comuni, come esempio di *forme specifiche e concrete di tutela giuridica* delle coppie omosessuali (§ 130)¹².

La Corte di Cassazione, poi, non tiene conto di quanto correttamente affermato dal giudice dell'appello sulla inconferenza delle pronunce della Cassazione che hanno negato la reversibilità ai superstiti alle coppie eterosessuali conviventi¹³.

Avrebbe al contrario dovuto interrogarsi su quale sia la “famiglia” e quale il rapporto di “coniugio” oggetto della specifica tutela previdenziale.

Com'è noto, esiste una nozione costituzionale di famiglia intesa come «società naturale fondata sul matrimonio» (art. 29 cost.). Tuttavia, essa deve ritenersi insoddisfacente, se non adeguatamente coordinata alla nozione sociale di famiglia, che deve ricomprendere anche altre ipotesi di relazioni fondate sul

¹¹ [CGUE, 21 luglio 2015, C-18766/11 e C-36030/11, Oliari and Others c. Italia. Ex multis](#), L. LENTI, *Prime note in margine al caso Oliari c. Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 575 ss.; P. BRUNO, *Oliari contro Italia: la dottrina degli obblighi positivi impliciti al banco di prova delle unioni tra persone dello stesso sesso*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 1069 ss.; A. SANGIORGI, *Monito della Corte europea: l'Italia riconosca protezione alle coppie omosessuali. Il caso Oliari come primo timido passo verso il matrimonio egualitario?*, in *Dir. uomo*, 2015, p. 529 ss.; E. SAVARESE, *In margine al caso Oliari: ovvero di come il limbo italiano delle coppie omosessuali abbia violato gli obblighi positivi dell'art. 8 CEDU*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2015, p. 655 ss.; D. RUDAN, *L'obbligo di disporre il riconoscimento giuridico delle coppie dello stesso sesso: il caso Oliari e altri c. Italia*, in *Riv. dir. int.*, 2016, p. 190 ss.

¹² L. LENTI, *Prime*, cit., p. 577, criticamente osserva «mi sembra alquanto surreale farsene vanto, quando è invece noto che molte delibere comunali istitutive di tali registri sono state impugnate proprio su iniziativa governativa».

¹³ [Cass., 3 novembre 2016, n. 22318](#), in *Arg. dir. lav.*, 2017, p. 103 ss., con nota critica di F. MALZANI, *Famiglie e tutele ad assetto variabile. La pensione di reversibilità nelle convivenze more uxorio*.

legame tra coppie¹⁴. Il matrimonio, infatti, altro non è che la manifestazione esteriore del vincolo affettivo, tendenzialmente stabile ed esclusivo, tra due soggetti, rilevante giuridicamente dal punto di vista degli obblighi materiali e morali che da esso sorgono.

L'esigenza sottesa al diritto di famiglia è quella di dare tutela ai soggetti che, alla luce di legami affettivi, costruiscono relazioni economiche e sociali stabili¹⁵, nonché di garantire la pubblicità di tali legami, che rendono i singoli uniti in relazioni "familiari" una *societas*.

Letture pubblicistiche/istituzionali o patrimoniali della famiglia dovrebbero reputarsi superate a seguito della «depatrimonializzazione»¹⁶ del diritto civile e, in particolare, del diritto di famiglia. L'art. 29 cost. va, infatti, interpretato in combinato disposto con l'art. 2, dando alla locuzione «società naturale» il senso di «formazione sociale», strumento per lo sviluppo delle persone che compongono la stessa¹⁷.

¹⁴ Osserva F. BILOTTA, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso e il diritto di famiglia italiano*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Scritti in onore di L. Barbiera*, Napoli, 2012, p. 180 s., che «la sussunzione nell'art. 2 cost. delle convivenze ha legittimato istituzionalmente l'idea che [...] la famiglia *tout court* sia un fenomeno sociale, capace di avere origine ed essere regolamentato secondo una pluralità di modi diversi dal matrimonio». L'a. pone in evidenza che, «in un'ottica liberale, il matrimonio non dovrebbe più essere il solo meccanismo di individuazione della famiglia, mentre dovrebbe assolvere fino in fondo alla sua funzione di meccanismo di tutela giuridica della famiglia a vantaggio di tutti, a prescindere dall'orientamento sessuale».

¹⁵ V. ZAMBRANO e M. CERRATO, *Gli affidamenti familiari*, in G. AUTORINO STAZIONE (a cura di), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Tratt. teorico-pratico*, Torino, 2006, p. 310 s., osservano che l'unità della famiglia «elevata a valore nel comma 2 dell'art. 29 cost., in tanto riceve tutela, in quanto garantisce all'individuo nel (e quindi riguardo al) gruppo familiare l'armonico sviluppo della personalità e la garanzia dei diritti di libertà e dignità umana».

¹⁶ C. DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., Napoli, 2006, p. 114 ss.

¹⁷ Afferma criticamente F. BILOTTA, *Matrimonio (gay) all'italiana*, nota a *Trib. Latina*, 10 giugno 2005, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 94, che «il matrimonio nel nostro ordinamento non è né eterosessuale né omosessuale».

La Corte costituzionale¹⁸ ha, peraltro, riconosciuto la possibilità del legislatore ordinario di disciplinare le unioni omosessuali senza modificare l'art. 29 cost.¹⁹, dato che, sebbene il concetto di matrimonio sia stato costituzionalizzato dall'art. 29 nel significato codicistico, i concetti di "famiglia" e di "matrimonio" non possono ritenersi «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», purché non si incida «sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata»²⁰.

La *quaestio iuris* diventa, quindi, quale sia il nucleo della norma, che sembra consistere nella stabilità e tendenziale durata del vincolo, che i coniugi scelgono di instaurare tra di loro, pubblicamente, accettando le conseguenze stabilite dalla legge, ossia il sorgere di diritti e obblighi sottratti alla propria libera determinazione e improntati alla uguaglianza morale e giuridica²¹. Così

¹⁸ Corte cost., 14 aprile 2010, n. 138, in *Foro it.*, 2010, c. 1362 ss., con note di F. DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale* e R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*.

¹⁹ B. PEZZINI, *La sentenza n. 4184/2012 della Corte di Cassazione in una prospettiva costituzionale: il paradigma eterosessuale incrinato e la faticosa rielaborazione di categorie concettuali*, in R. TORINO (a cura di), *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, Roma, 2013, p. 9, osserva che il senso di tale passaggio della sentenza della Consulta è stato chiarito dalla Corte di Cassazione che, nella pronuncia del [15 marzo 2012, n. 4184](#), ha reputato il matrimonio *same-sex* un'opzione costituzionalmente aperta per il legislatore, rimessa alla propria discrezionalità.

²⁰ Corte cost., 14 aprile 2010, n. 138, cit., c. 1364.

²¹ L. MORAMARCO, *Omogenitorialità e interesse del minore nella second parent adoption*, in *Rassegna di diritto civile*, 2015, p. 1202.

individuato, tale nucleo non è, in alcun modo, inciso dall'estensione dell'istituto alle coppie omosessuali²².

4. Quali tutele?

La Suprema Corte avrebbe potuto (e dovuto) applicare una interpretazione costituzionalmente orientata delle norme sulla pensione ai superstiti oppure avrebbe dovuto rimettere la questione alla Corte costituzionale per violazione degli artt. 2, 3, 36 e 38 cost. Nessuna delle due opzioni è considerata percorribile ma la motivazione è sul punto talmente minima da potersi considerare omessa.

Oltre quanto già esposto, si consideri un particolare profilo di lesione dell'art. 36 cost: il trattamento di reversibilità, infatti, è legato allo svolgimento di un'attività lavorativa, per la quale il lavoratore versa specifici contributi a copertura del trattamento²³. Tuttavia, fino al maggio 2016, *rectius* fino ai tardivi decreti transitori di attuazione, solo il lavoratore eterosessuale avrebbe lavorato per garantire *a sé e alla famiglia* un'esistenza *libera e dignitosa*, sia con la retribuzione percepita in vita che con il trattamento pensionistico, mentre il

²² Secondo Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, in *Fam. dir.*, 2012, p. 678, con nota di M. GATTUSO, "Matrimonio", "famiglia" e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la "doppia svolta" della Corte europea dei diritti dell'uomo, «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 [...], ne segue che la giurisprudenza di questa Corte [...] 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».

²³ La pensione di reversibilità è una prestazione previdenziale perché finanziata attraverso i contributi versati dal pensionato deceduto (IVS - invalidità, vecchiaia e superstiti)

lavoratore omosessuale avrebbe lavorato esclusivamente per sé, venendo meno al diritto-dovere di sostenere i propri familiari e di destinare le proprie energie lavorative anche alla loro tutela.

L'esclusione del *partner* omosessuale si palesa ancor più odiosa se si considera che non vi è alcuna forma di tutela, neppure nelle ipotesi di "vivenza a carico" che è requisito proprio degli altri familiari, anche piuttosto "lontani" dal lavoratore. Viene così negata, *in nuce*, ogni rilevanza al rapporto di reciproca assistenza insito in una relazione d'amore, etero o omosessuale che sia.

Il diritto antidiscriminatorio e la giurisprudenza europea²⁴ potrebbero essere d'ausilio al giudice, anche costituzionale, al fine di reputare la attuale disciplina lesiva non solo delle norme sopra richiamate bensì anche del diritto europeo e, in particolare, della nozione di famiglia e vita familiare che da esso si ricava.

La pronuncia avrebbe dovuto, inoltre, valorizzare quanto disposto dalla dir. 2000/78/UE del 27 novembre 2000 (attuata dal d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216) che, come chiarito dal considerando n. 13, disciplina i regimi di sicurezza sociale e di protezione sociale le cui prestazioni sono assimilate ad una retribuzione. Si tratta di una definizione applicabile alla pensione di reversibilità, sorgendo la stessa sulla scorta di un precedente rapporto di lavoro, dipendente od autonomo. L'obiettivo della direttiva è *stabilire un quadro*

²⁴ [CGUE, 12 dicembre 2013, C-267/12, Hay](#), in *Riv. it. dir. lav.*, n. 3/2014, p. 672 ss, con nota di G. BOLEGO, *Congedo matrimoniale e diritto antidiscriminatorio di "seconda generazione"*; [CGUE, 20 maggio 2011, C-147/08, Römer c. Germania](#), in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 215 ss., con nota di M. BORZAGA, *Unioni civili, trattamenti pensionistici e discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale: fin dove può spingersi il diritto comunitario del lavoro?*

generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, riguardo all'occupazione e alle condizioni di lavoro. Va, pertanto, chiarito se la disciplina dettata dal legislatore nazionale, di cui il reg. Inarcassa è meramente attuativo, sia discriminatoria, considerando il fattore di discriminazione "orientamento sessuale".

Come chiarito dalla Corte di Giustizia, se è vero che lo stato civile e le prestazioni che ne derivano costituiscono materie che rientrano nella competenza degli Stati membri (come previsto anche dall'art. 3, comma 2, lett. d) d.lgs. n. 216 del 2003), questi devono, comunque, rispettare il diritto comunitario, in particolare le disposizioni relative al principio di non discriminazione²⁵. È stata, pertanto, ritenuta in contrasto con il combinato disposto degli artt. 1 e 2 della dir. 2000/78/UE la normativa tedesca che escludeva la prestazione ai superstiti in favore del *partner* di una unione solidale, essendo questi in una posizione analoga a quella dei coniugi. Nella medesima pronuncia la Corte, nei §77-79, reputa provato il possibile pregiudizio per l'equilibrio finanziario²⁶ e, pertanto, non limita nel tempo la possibilità degli interessati di avvalersi dell'interpretazione fornita dalla Corte in via pregiudiziale.

²⁵ [CGUE, Grande Sezione: 1 aprile 2008, C-267/06; Maruko c. Versorgungsanstalt Der Deutschen Bühnen.](#), in *Foro it.*, 2008, p. 345; in *Riv. giur. lav.*, n. 1/2009, p. 248 ss., con nota di L. CALAFÀ, *Unione solidale registrata fra persone omosessuali e pensione ai superstiti: il caso Tadao Maruko dinanzi alla Corte di Giustizia Ce*. Sul caso Maruko vedi anche M. VIZIOLI, *La Corte di giustizia si pronuncia sulla pensione di reversibilità nelle unioni di fatto tra partner dello stesso sesso*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1903 ss

²⁶ Nel caso di specie, peraltro, non si pone un problema di "tenuta" finanziaria essendo il trattamento di reversibilità a carico di una cassa di previdenza privata.

Potrebbe eccepirsi che i principi enunciati non siano applicabili *tout court* al caso in esame, mancando fino al 2016 una norma nazionale che preveda una qualsiasi formalizzazione del vincolo tra persone dello stesso sesso, sebbene la nozione di famiglia di cui al diritto previdenziale, pacificamente più ampia di quella civilistica²⁷, interpretata anche alla luce delle nozioni di famiglia e vita familiare di fonte europea²⁸, potrebbe indurre ad un'applicazione costituzionalmente orientata della normativa rispettosa anche del diritto europeo.

Ad essere discriminatoria, invero, è la stessa impossibilità di sposarsi o contrarre un'unione legalmente riconosciuta, essendo perfettamente analoghe le situazioni del *partner* omosessuale a quella del coniuge in presenza di idonee prove in ordine alla stabilità (intesa come volontà di costituire una unione stabile, essendo il matrimonio dissolubile anche dopo pochissimo tempo) e assunzione di obblighi e diritti reciproci.

È surreale, poi, che si chiede al ricorrente il possesso di un requisito che non ha potuto acquisire per un ritardo pacificamente addebitabile allo Stato stesso.

²⁷ Corte cost., 28 luglio 1987 n. 286, in *Foro it*, 1988, p. 3516 ss., con nota di E. QUADRI, *Crisi coniugale e aspettative pensionistiche: vecchi problemi e nuove soluzioni*, «ribadisce che la nozione di famiglia, presa in considerazione dal regime generale previdenziale e da quello specifico del settore di cui ci si occupa, non è quella ristretta alla famiglia che si costituisce con il matrimonio, con i vincoli di consanguineità e di affinità. La tutela previdenziale riguarda anche quei rapporti assistenziali che si atteggiano in modo simile a quelli familiari a condizione che il lavoratore defunto provvedesse in vita, in via non occasionale, al sostentamento di soggetti classificabili come “familiari”».

²⁸ F. BILOTTA, *Quanto è lontana l'Europa?*, in *D&Q*, 2015, p. 114 osserva che nell'interpretazione del sistema giuridico italiano «si considerano in maniera isolata e autonoma gli ordinamenti quanto al matrimonio atto (cioè alla fonte dello *status*) mentre si cerca (o meglio si è costretti a cercare) un coordinamento tra i differenti sistemi giuridici quanto al matrimonio –rapporto (cioè agli effetti del negozio)».

Le stanze in cui questa sentenza è stata redatta potrebbero ben collocarsi nella contea del castello di Kafka²⁹.

Non si dubita che sia possibile ricorrere alla Corte Europea dei diritti dell'uomo per ottenere la condanna dello Stato italiano, analogamente a quanto già avvenuto, nel caso Oliari³⁰ e Orlandi³¹, avendo indubbiamente il governo italiano «ecceduto il suo margine di apprezzamento», mancando di «adempire la sua obbligazione positiva di assicurare [...] uno specifico quadro legale che prevedesse il riconoscimento e la tutela delle loro unioni omosessuali». Resta, ormai retoricamente, da chiedersi se, ancora, sia possibile affermare che la mancata estensione del matrimonio alle coppie omosessuali non leda la dignità umana e l'eguaglianza³².

²⁹ Il giovane si scusò molto gentilmente di aver svegliato K., si presentò come figlio del custode del castello, poi disse: «Questo paese appartiene al castello, chi vi abita o pernotta in certo modo abita e pernotta nel castello. Nessuno può farlo senza il permesso del conte. Ma lei questo permesso non ce l'ha, o almeno non l'ha esibito». K. [...] disse: «In che paese mi sono perso? C'è un castello qui?».[...] «E ci vuole il permesso per passare qui la notte?», [...]

«Ci vuole il permesso» [...]

«Quand'è così dovrò procurarmelo», disse K. sbadigliando, e scostò la coperta come per alzarsi.

«Già, ma da chi?», chiese il giovane.

«Dal signor conte», disse K., «non resta altro da fare».

«Adesso, a mezzanotte, andare dal conte a chiedere il permesso?», esclamò il giovane.

«Non si può?», chiese K. con calma. «Allora perché mi ha svegliato?».

³⁰ Cedu, 21 luglio 2015, cit., al § 185.

³¹ [Cedu, 14 dicembre 2017. C- 26431/12; 26742/12; 44057/12 e 60088/12](#), *Orlandi e altri c. Italia*. Sulla decisione L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Il riconoscimento e la trascrizione dei matrimoni same-sex conclusi all'estero alla luce delle recenti decisioni del Tribunale di Perugia e della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Orlandi ed altri c. Italia*, in *Genius*, 2018, p. 127 ss.

³² F. BILOTTA, *Quanto*, cit., p. 115, avvertiva «nessuno si avvede che allargare il matrimonio in senso egualitario ha costi per la tenuta complessiva del sistema costituzionale molto meno gravosi rispetto a un approccio remediale alla fattispecie o all'introduzione di un istituto separatista alternativo al matrimonio».