

Una discutibile sentenza «esemplare», tra diritto e politica del diritto

Marco Magri

Il Consiglio di Stato assume una posizione nettamente contraria alla possibilità di trascrizione nei registri dello stato civile del matrimonio celebrato all'estero tra due cittadini italiani dello stesso sesso e ritiene che la legge attribuisca «implicitamente» al Ministro dell'interno il potere di far annullare d'ufficio, da parte dei Prefetti, eventuali trascrizioni già effettuate, ancorché già chiuse con la firma dell'ufficiale di stato civile. La sentenza è «esemplare», ma denota una impostazione non del tutto condivisibile, sia perché scende nel merito della questione di validità della trascrizione, preclusa al giudice amministrativo; sia perché ritiene che l'ordinamento dello stato civile sia informato ad un principio di gerarchia in senso stretto, in forza del quale il Ministro avrebbe facoltà di assumere pieni poteri di disposizione dei registri, in caso di necessità. Ne deriva un problematico rapporto con la legge, specie nella parte in cui questa riserva al Pubblico Ministero il potere di agire a tutela di interessi generali per la rettificazione dei registri e, contestualmente, riserva al giudice ordinario il potere di disporre la cancellazione di trascrizioni illegittime.

Sulla qualificazione organizzativa del Sindaco «Ufficiale del Governo» sono venute emergendo, come è noto, due diverse concezioni giurisprudenziali¹. Da una parte l'indirizzo della Corte di Cassazione, che

(1) Per qualche nota di confronto, G. AVANZINI, *Il commissario straordinario*, Torino, 2013, p. 142; P. ALBERTI, *Il Sindaco ufficiale del Governo*, Torino 1994, p. 33 ss. In dottrina prevale generalmente l'opinione che si tratti di organo dell'amministrazione statale: A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 434; ma non è sempre approfondito il contenuto del rapporto gerarchico con lo Stato, su cui v. le precisazioni di A. AMORTH, *La nozione di gerarchia*, Milano, 1936, sulle quale si tornerà in prosieguo. L'idea della doppia raffigurazione funzionale del Sindaco quale proiezione della duplicità di funzioni del Comune è anche alla base dell'origine storica dell'istituto, sulla quale F.G. SCOCA, *La figura del Sindaco dal 1848 ad oggi*, in *L'ordinamento comunale e provinciale*, 1, *I Comuni*, in *Atti del congresso celebrativo delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1967, p. 49 ss., p. 69; per altre indicazioni storiche, G. VESPERINI, *Il Sindaco nell'Italia unitaria*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, p. 853 ss.

configura il Sindaco come un vero e proprio organo dello Stato in rapporto di «dipendenza gerarchica» col Ministro dell'interno². Dall'altra l'orientamento della giurisprudenza amministrativa, che percepisce invece tale compenetrazione di ordinamenti come un fenomeno «meramente formale» ed afferma che il Sindaco, assumendo la qualità di Ufficiale del Governo, non diventa perciò soltanto un «organo» dello Stato, ma «resta incardinato nel complesso organizzativo dell'Ente locale, senza alcuna modifica del suo *status*»³.

(2) Cass., sez. un., 13 ottobre 2009, n. 21658, che attesta, di conseguenza, il difetto di legittimazione passiva del Comune nel giudizio di responsabilità civile per omessa annotazione di una convenzione matrimoniale nei registri di stato civile. Conforme, Cass. civ., sez. I, 14 febbraio 2000, n. 1599.

(3) Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2015, n. 2272; sez. IV, 29 aprile 2014, n. 2221; sez. IV, 3 marzo 2009, n. 1209; sez. V, 17 settembre 2008 n. 4434, sez. IV, 7 settembre 2007, n. 4718; sez. IV, 13 agosto 2007, n. 4448. Non è il caso di scendere nel dettaglio di questi orientamenti; il che richiederebbe prima di tutto di appurare se veramente si tratti di un contrasto giurisprudenziale e non piuttosto di semplici, diverse ispirazioni teoriche. In pratica il divario tra le due concezioni insorge circa l'individuazione dell'organo legittimato a resistere nei giudizi sulla validità dell'atto del Sindaco-Ufficiale del Governo. Se ci si ferma alle affermazioni di principio, il divario è netto: l'azione va promossa contro il Ministro secondo la Cassazione, contro il Comune secondo il Consiglio di Stato. Si noti però che la giurisprudenza della Cassazione muove sul piano della responsabilità civile del Sindaco, per affermare che l'azione di danno si promuove nei confronti del Ministro dell'interno, organo dello Stato; ma «Stato» sembra inteso qui come ordinamento giuridico complessivo, dove si congiungono vari organi, neppure tutti amministrativi (anche il Procuratore della Repubblica, secondo la Cassazione, sarebbe un superiore gerarchico del Sindaco, quando è evidente la sua appartenenza al potere giudiziario: E. SPAGNA MUSSO, *Problemi costituzionali del pubblico ministero*, in *Id.*, *Scritti di diritto costituzionale*, Milano, 2008, p. 737 ss.). Si ha dunque l'impressione di uno schema meno formale e più attento al profilo funzionale dell'attività del Sindaco (per questa prospettiva, in dottrina, G. BERTI, *Amministrazione comunale e provinciale*, Padova, pp. 271, 272), dove la superiorità del Ministro non viene in rilievo da punto di vista dei poteri, ma per via della logica che lo porta a rispondere dell'inefficienza dell'amministrazione statale nel suo complesso (di cui il Sindaco fa parte): qualcosa di simile alla legittimazione dell'esecutivo nei giudizi di danno provocato dallo svolgimento anomalo della funzione giurisdizionale (l. n. 89/200; l. n. 117/1988). D'altra parte, quando il giudice amministrativo, nel processo di annullamento dell'atto del Sindaco-Ufficiale del Governo, afferma che legittimato passivo non è lo Stato, ma il Comune, non vuol negare la gerarchia dell'ordine sopra abbozzato. Solo che qui non si tratta più di imputazione del fatto illecito, ma di imputazione dell'atto, che – dice il giudice – rimane sostanzialmente del Comune, non essendo di alcuna utilità un disegno di tipo accentrato. Osserviamo cioè lo stesso rapporto gerarchico non trasformarsi in relazione di equiordinazione, ma solo reagire diversamente allo stimolo dell'azione giudiziaria. Non è questa la sede per stabilire se tutto ciò sia corretto e se in tali orientamenti vi siano profili meritevoli di critica. Si voleva solo sottolineare che dall'indirizzo della Corte di Cassazione non si ricava, a parte l'uso del termine «gerarchia» nella descrizione del rapporto organizzativo, sostanzialmente nulla in punto di esistenza di doveri di obbedienza e di subordinazione del Sindaco, Ufficiale di Governo, al Ministro dell'interno.

Questo era, per la verità, l'orientamento del Consiglio di Stato fino alla sentenza della III sezione, 26 ottobre 2015, n. 4897, nella quale il giudice amministrativo – con una citazione neppure troppo vistosa⁴ – abbraccia la tesi della Cassazione e la porta, anzi, ad un grado di sviluppo che la Cassazione non ha mai avuto modo di raggiungere; cioè a dire che quella dipendenza gerarchica non si ferma ad una diseguaglianza tra competenze, ma implica un rapporto di «subordinazione» del Sindaco alla volontà di comando degli apparati statali (Prefetto e Ministro)⁵. Certo la complessità e la delicatezza del caso di specie hanno agevolato questo repentino mutamento di prospettiva. Si trattava di decidere se fosse legittima una direttiva del 7 ottobre 2014, con la quale il Ministro dell'interno aveva ordinato ai Prefetti di rimuovere dai registri di stato civile trascrizioni ritenute illegittime, perché aventi ad oggetto *status* solo apparenti.

La fuoriuscita del Consiglio di Stato dai propri binari giurisprudenziali si comprende fino in fondo soltanto se si considera questo ultimo profilo: la consapevolezza del giudice di dover riportare ordine in una funzione produttiva di «certezza pubblica»⁶, quale è la funzione di tenuta dei registri di stato civile; e di dover quindi addivenire ad una sentenza «esemplare», che non lasciasse equivoci sul dovere del Sindaco di rifiutare la trascrizione e contribuisse alla fattiva eliminazione di situazioni di affidamento erroneamente indotte dagli ufficiali di stato civile.

E poiché ad avviso del giudice amministrativo la questione stava esattamente come l'aveva rappresentata il Ministro dell'interno – vedremo poi con che ragione – la sentenza ha fortemente perseguito una ricognizione del rapporto organizzativo tra Sindaco e Ministro dell'interno

(4) Tra parentesi, al punto 3.2 della motivazione (il riferimento è alle due sentenze citate sopra, nota 2).

(5) Coerentemente il Consiglio di Stato, con una sentenza di poco successiva, ha dichiarato inammissibile, per carenza di legittimazione ad agire, il ricorso promosso autonomamente del Sindaco di Roma Capitale avverso la circolare ministeriale ed il provvedimento del Prefetto, ritenendo «logico corollario» del summenzionato rapporto gerarchico il fatto che un «organo subordinato» non possa «agire in giudizio lamentando l'illegittimità di un atto adottato dall'organo sovraordinato e deputato alla sua vigilanza» (Cons. Stato, sez. III, 4 novembre 2015, n. 5039).

(6) L'espressione si deve, notoriamente, a M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 772 ss.

che fosse il più confacente possibile alla soluzione del caso, incentrata sulla inesistenza di una dimensione municipale della tenuta dei registri di stato civile e sul potere del Ministro di ordinare ai prefetti di rimuovere atti certificanti *status* inesistenti per la legge italiana.

Questi sono i motivi per cui il Consiglio di Stato non solo ha condiviso appieno la giurisprudenza della Cassazione, secondo la quale il Sindaco, in tutti i servizi di competenza statale di cui all'art. 54 d.lgs. n. 267/2000, è organo dello Stato, perciò dipende gerarchicamente dal Ministro dell'interno e non agisce quale rappresentante della comunità locale, ma è andato oltre; ha soggiunto che tale rapporto di sopraordinazione, siccome «gerarchico», darebbe forma e sostanza ad un ordinamento «a competenza concorrente», sulla falsariga dell'ordinamento della pubblica sicurezza, cioè ad un tipo di rapporto in cui il superiore può sempre arrogarsi il diritto di decidere diversamente dall'inferiore, con pieni poteri in caso di necessità.

La manomissione dei registri dello stato civile ha potuto così essere rappresentata in termini di ordinario esercizio di una unica competenza, avente ad oggetto la trascrizione degli atti di stato civile, che la legge attribuisce, anzitutto, proprio al Ministro. Non deve sfuggire un punto chiave della sentenza, là dove il Consiglio di Stato sottolinea che la correzione forzata dei registri non è neppure un provvedimento di secondo grado, di «annullamento d'ufficio» da parte di autorità diversa da quella emanante (art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990), ma un semplice riesame *interna corporis*, logicamente anteriore alla produzione dell'effetto di accertamento (costitutivo⁷) che si ha con la scritturazione dell'atto. Un modo come un altro per dire che i terzi non possono far valere, contro l'atto del Prefetto, alcuna delle garanzie che circondano l'esercizio del potere di autotutela, giacché di «autotutela» si tratterebbe solo in senso approssimativo.

Lo strappo del Consiglio di Stato alla propria giurisprudenza si deve però anche a qualcosa di più dettagliato. L'eccezionalità della vicenda di specie sta soprattutto nel fatto che quivi non si trattava di una qualunque trascrizione nei registri dello stato civile, ma della trascrizione di un

(7) Questa pare almeno l'opinione dominante in dottrina; cfr. A. FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 205 ss.; M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, cit.

tipo di atto da cui è scaturita una celebre sentenza della Corte costituzionale, nonché un contenzioso che ha avuto sbocchi, più di recente, anche presso la Corte europea dei diritti dell'uomo. Si allude al matrimonio omosessuale tra cittadini italiani celebrato all'estero.

Per il Consiglio di Stato, l'aver trascritto questo atto comporta un vizio gravissimo. Essendo infatti il matrimonio omosessuale inefficace o, per meglio dire, «inesistente» per l'ordinamento italiano, l'avervi conferito, da parte del Sindaco, la medesima certezza pubblica che compete ai «veri» matrimoni, quelli eterosessuali, appare al Consiglio di Stato come un fatto «abnorme, nel senso etimologico di fuori dalla norma»; dà luogo ad una mera «apparenza di atto». È proprio per questo che il giudice amministrativo non esita a chiudere un occhio sulla legge, orientandosi verso canoni d'interpretazione «sistematico e teleologico», in grado di conferire al potere del Ministro la massima espansione logica. Non importa che la legge non dia il supporto che serve; ad allarmare il Ministro basta la particolarità del fatto: a mali estremi, estremi rimedi.

Il giudice amministrativo avverte una esigenza quasi «emergenziale» che il sistema torni entro i binari che gli sono propri; e viene spontaneo pensare alla notizia, circolata tra la pubblica opinione, di sentenze dei giudici di primo grado favorevoli alla prassi di uscita e rientro dall'estero delle coppie formate da donne o da uomini; donde la proporzionata risposta del Ministro, per scongiurare un caotico affollamento presso gli ufficiali di stato civile.

In realtà, a ben vedere le cose non stavano esattamente così. A parte la deprimente intuizione del fenomeno, quasi fosse un *forum shopping* (l'espressione meno adatta che si possa immaginare), l'ostracismo ministeriale verso il matrimonio omosessuale non era affatto una novità; d'altra parte corrisponde ad un *idem sentire* tangibile anche e proprio presso la giurisprudenza di primo grado che non aveva detto nulla di particolarmente rivoluzionario.

Il Ministro dell'interno aveva già emanato nel 2007 una circolare⁸ per «sensibilizzare» i Sindaci a verificare che le istanze di trascrizione nei registri dello stato civile di matrimoni celebrati all'estero, da parte di cop-

(8) Circolare n. 55 del 18 ottobre 2007 (prot. n. 15100).

pie formate da almeno uno dei due sposi di cittadinanza italiana, provenissero da un uomo e da una donna. La volontà del Viminale di riconoscere lo *status* di donne e di uomini italiani costretti a sposarsi oltre i confini nazionali, perché legati affettivamente a persone dello stesso sesso, era dunque ufficializzata da tempo.

Semmai, l'elemento nuovo della direttiva del 7 ottobre 2014 è l'esecutorietà della catena di comando che l'apparato statale ha attivato per neutralizzare il fenomeno delle c.d. «nozze gay» celebrate nei Paesi che riconoscono giuridicamente tale tipo di unione.

Questa volta il Ministro dell'interno ha ordinato ai Prefetti di rivolgere ai Sindaci un «formale invito» a cancellare dai registri dello stato civile le trascrizioni di quei matrimoni, avvertendoli che in caso di inerzia i Prefetti medesimi avrebbero proceduto ad annullare d'ufficio i «provvedimenti illegittimamente adottati» ai sensi del combinato disposto degli articoli 21-*nonies*, l. n. 241/1990⁹ e 54, commi 3¹⁰ e 11¹¹, d.lgs. n. 267/2000. Là dove i Sindaci hanno rifiutato di cooperare, funzionari delegati dal Prefetto hanno dunque messo mano materialmente ai registri dello stato civile e rimosso l'accertamento degli *status* ivi risultanti. Le trascrizioni dei matrimoni omosessuali sono state cancellate oppure corredate, a margine, dell'annotazione dell'atto prefettizio di autotutela.

Nei mesi successivi, cinque Tribunali amministrativi regionali sono stati investiti dei ricorsi avverso le misure dei Prefetti, dando vita a pronunce tra loro diverse e complessivamente non troppo soddisfacenti per chi aveva agito in giudizio. In Veneto il ricorso è stato respinto¹², in To-

(9) Norma che prevede l'annullamento d'ufficio del provvedimento illegittimo anche da parte di «altro organo previsto dalla legge», diverso da quello che lo ha emanato.

(10) Che include la tenuta dei registri di stato civile tra i servizi di competenza statale, per cui il Sindaco agisce quale «ufficiale del Governo». Sulle origini storiche di questa funzione, G.B. FERRI, *Degli atti dello stato civile*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna, 1973, p. 1 ss.

(11) Questo comma attribuisce al Prefetto, nelle fattispecie di cui ai commi 1, 2 e 3, il potere di «intervenire con proprio provvedimento» in caso di inerzia del Sindaco o del suo delegato.

(12) TAR Veneto, 29 luglio 2015, n. 878.

scana¹³ e in Lombardia¹⁴ dichiarato inammissibile per carenza di giurisdizione, in Lazio¹⁵ ed in Friuli-Venezia Giulia¹⁶ accolto, ma solamente sotto il profilo della mancanza di una norma che attribuisse al Prefetto il potere di annullamento gerarchico, non essendo sufficienti né l'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, né l'art. 54, d.lgs. n. 267/2000. Qui è stata inoltre considerata decisiva, quale causa di invalidità della circolare e dei provvedimenti dei Prefetti, la norma che riserva al giudice ordinario, sottraendolo alla pubblica amministrazione, il potere di ordinare la rettificazione o la cancellazione di atti trascritti dai registri dello stato civile (art. 95, d.P.R. n. 396/2000)¹⁷.

Ma anche i giudici amministrativi convinti della fondatezza del ricorso hanno tenuto a chiarire che nessun diritto alla trascrizione esiste in un contesto legislativo come quello italiano, nel quale la diversità di sesso dei nubendi è requisito di efficacia del matrimonio. Non è sotto questo profilo – hanno precisato – che il ricorso va accolto¹⁸.

La giurisprudenza amministrativa regionale non aveva insomma acceso focolai di rivolta particolarmente significativi rispetto alla decisione del Ministro: quattro decisioni di primo grado su cinque, incluse le due di accoglimento, avevano accertato l'impossibilità di trascrivere il matrimonio omosessuale, avallando la «direttiva Alfano».

La sentenza del Consiglio di Stato n. 4897/2015 non ha quindi dovuto

(13) TAR Toscana, 25 settembre 2015, n. 1291.

(14) TAR Lombardia, 29 settembre 2015 n. 2037.

(15) TAR Lazio, 23 aprile 2015, n. 5924.

(16) TAR Friuli-Venezia Giulia, 21 maggio 2015, n. 228.

(17) In Toscana ed in Lombardia la stessa norma ha convinto i giudici a declinare la propria giurisdizione, convinti che la pretesa attivata contro il Prefetto, per contestargli l'esercizio di un potere che si assume riservato all'autorità giudiziaria ordinaria, non possa che inerire, perciò appunto, alla tutela di diritti soggettivi.

(18) Ci si riferisce sempre alle decisioni del TAR Lazio e del TAR Lombardia. Ma persino nella sentenza di inammissibilità del TAR Toscana (punto 4.4. della motivazione) il giudice, lungi dal rimanere neutrale rispetto al merito, tiene a specificare che il matrimonio tra due persone dello stesso sesso non è trascrivibile e che il ricorso andrebbe respinto, se non fosse che qui l'atto di matrimonio era stato comunque trascritto, il che sposta l'oggetto del contendere dalla validità della trascrizione all'esistenza del potere del Prefetto di cancellarla. Ecco il solo motivo che porta il TAR a declinare la propria giurisdizione, impedendogli di pronunciare la sentenza di rigetto.

essere soverchiante per rovesciare l'esito della pronuncia di primo grado. È bastato riannodarsi all'accezione più tradizionale del concetto giuridico di gerarchia, applicarla al rapporto tra Sindaco-Ufficiale di Governo e Ministro, per risolvere la discordanza tra «due distinti accertamenti» che componevano la decisione impugnata, sopra citata, del TAR Lazio: uno favorevole al Ministro, secondo il quale la direttiva impugnata era «legittima» nella parte in cui negava la «trascrivibilità» del matrimonio, l'altro favorevole ai ricorrenti, secondo il quale le trascrizioni già avvenute, ancorché contrarie all'ordinamento, erano immuni dal potere di annullamento d'ufficio del Prefetto, quindi anche dall'ordine ministeriale di provvedere alla loro rimozione.

In appello, il filo conduttore dell'interpretazione si è riavvolto attorno alla questione di stato, *recte* di «intrascrivibilità» del matrimonio omosessuale, che è stata decisa per prima, con la reiezione dell'appello incidentale e la conferma del capo di sentenza che aveva ritenuto legittima la «direttiva Alfano»¹⁹. Dopodiché, è stato riformato l'altro capo della pronuncia, favorevole alle coppie ricorrenti, impugnato in via principale dal Ministro.

Questo ordine di esame delle impugnazioni non è affatto dettato, nonostante le contrarie affermazioni del Consiglio di Stato, dalla regola generale della pregiudizialità dell'appello incidentale rispetto a quello principale. In realtà, con la decisione di scrutinare per primo l'appello incidentale il giudice entra già nel merito della causa: vuole chiarire che il suo convincimento è fondato sull'eccezionale anomalia della trascrizione di un matrimonio «inesistente», perché celebrato tra due donne; e ciò giustifica il potere «disciplinare» del Ministro, il suo valersi dei Prefetti per assicurare il dovere di obbedienza del Sindaco, tramite l'annullamento d'ufficio dell'atto di stato civile e la sua materiale rimozione dai registri comunali.

Non conta, per il Consiglio di Stato, il fatto che la legge non preveda quel potere di annullamento d'ufficio. Basta il quadro indiziario ricava-

(19) L'appello incidentale era stato proposto dalle coppie interessate alla trascrizione, pur parzialmente vittoriose in primo grado, allo scopo di vedere diversamente giudicata la questione di «trascrivibilità», per sentir pronunciare, cioè, che il provvedimento prefettizio non era nullo solo a causa della mancanza di base normativa, ma anche per via della sottostante validità dello *status* coniugale negato dai provvedimenti impugnati.

bile dalle norme che attribuiscono al Ministro ed al Prefetto poteri «gerarchici» diversi da quello di annullamento: il potere del Prefetto di sostituirsi al Sindaco in caso d'inerzia nel compimento di atti di pertinenza statale (art. 54, comma 11, d.lgs. n. 267/2000), il potere del Ministro dell'interno di impartire istruzioni vincolanti per l'ufficiale di stato civile (art. 9, comma 1, d.P.R. n. 396/2000), il potere del Prefetto di vigilare sugli uffici di stato civile (art. 9, comma, 2 d.P.R. n. 396/2000). Da queste disposizioni l'esistenza di un potere d'annullamento d'ufficio si desumerebbe «implicitamente».

Ma come pure si è detto, lo snodo motivazionale più importante della pronuncia di Palazzo Spada è forse il passaggio in cui il giudice amministrativo ritiene che, a rigor di logica, in questo caso non si debba parlare di un vero e proprio annullamento d'ufficio da parte di «altro organo previsto dalla legge», nei termini di cui all'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990. La norma ora citata – precisa il Consiglio di Stato – non è stata male invocata, ma se anche non fosse stata richiamata dal Ministro nella propria direttiva, non ne avrebbe scalfito la validità.

Il punto testé riferito è cruciale, giacché proprio e soltanto la teoria degli *interna corporis* può «salvare» la tesi del Consiglio di Stato nell'impatto con la norma ad essa più ostica: l'art. 95, d.P.R. n. 396/2000, che devolve al giudice ordinario il procedimento di cancellazione, su ricorso, degli atti indebitamente trascritti nei registri dello stato civile.

Secondo il Consiglio di Stato, il giudice ordinario si attiva solo posteriormente al momento dell'efficacia, in via eventuale e, soprattutto, con un provvedimento che può essere rilasciato solo su domanda di parte, data la soggettività del sistema di cancellazione e rettifica dei registri di stato civile. Qui si tratta invece di perseguire un interesse generale a che certi matrimoni non siano trascritti, non abbiano pubblica fede, né conferiscano titoli di *status* inesistenti per il diritto italiano; cosa che nessuno, meglio dell'amministrazione, può assicurare.

Tra queste righe – ma in verità, lungo tutta la motivazione – emerge la volontà del Consiglio di Stato di mettere in chiaro che anche la giustizia amministrativa italiana, al pari di quella costituzionale ed europea, rispetta la piena libertà del Parlamento di sciogliere, come meglio crede, il nodo del riconoscimento delle unioni omosessuali in Italia.

Dal fondo della sentenza n. 4897/2015 viene allora un monito chiarissi-

mo: non sopperiscano gli ufficiali di stato civile alla inerzia del legislatore, quantunque colpevole essa sia nei confronti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, poiché solo la legge potrà decidere se estendere alle coppie omosessuali le regole del matrimonio o se, pur assicurando a tali formazioni sociali la protezione giuridica che loro spetta in forza dell'art. 2 Cost. e dell'art. 8 CEDU, lasciare al matrimonio il suo tradizionale connotato di unione esclusivamente eterosessuale. È una preoccupazione ragionevole, quella del giudice amministrativo. Un analogo apprezzamento non sembra potersi esprimere, però, dal punto di vista tecnico-giuridico.

In primo luogo, non appare così sicuro il presupposto da cui muove il Consiglio di Stato: che il matrimonio celebrato all'estero tra due cittadini italiani dello stesso sesso sia affetto da «inesistenza», e che «inesistente» o «nullo» sia, di conseguenza, anche l'atto di trascrizione del matrimonio da parte dell'ufficiale di stato civile.

Ora non occorre riaprire i noti interrogativi sulla diversità di sesso nel matrimonio, sciolti, come sappiamo, dalla sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale, poiché si può ammettere pacificamente che il Sindaco, nelle sue funzioni di ufficiale di stato civile, sia tenuto a considerare «matrimonio» soltanto l'unione formata da un uomo e una donna. Il contrasto tra le norme del codice civile e la Costituzione è stato ritenuto insussistente dalla Corte costituzionale; e questo, in fondo, è ciò che conta per una pubblica amministrazione. La non conformità dell'ordinamento italiano alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo non deve, del pari, fuorviare l'ufficiale di stato civile. Ad essere sotto accusa, a Strasburgo, è soltanto il rifiuto dell'Italia di garantire alle coppie omosessuali il diritto fondamentale alla vita familiare, non il fatto che lo Stato non conceda loro un vero e proprio diritto «al matrimonio». Anche nella sentenza *Oliari e altri c. Italia*²⁰ la Corte europea dei diritti dell'uomo è stata chiarissima: l'Italia, con l'inerzia del suo Parlamento, ha provocato una discriminazione tra le unioni omosessuali e quelle eterosessuali, ma non si è sottratta all'obbligo, che non esiste, di chiamare anche la coppia omosessuale «marito» e «moglie», ossia a rompere

(20) Sentenza 21 luglio 2015, ric. n. 18766/11 e n. 36030/11.

con le proprie tradizioni. In sostanza, è la medesima linea interpretativa seguita dalla Corte costituzionale italiana e da altri Tribunali costituzionali europei²¹.

Se dunque il Sindaco officiasse o facesse oggetto di scritturazione nei registri di stato civile matrimoni *contratti in Italia* tra persone dello stesso sesso, non sarebbe forse eccessivo chiamare quella trascrizione una «parvenza di atto». Nel diritto civile s'insegna autorevolmente che un matrimonio omosessuale per il diritto italiano è uno dei più classici esempi di inesistenza del negozio giuridico²². Data questa premessa, è logico concludere che la relativa iscrizione non può produrre alcun tipo di pubblicità giuridicamente qualificata.

Diverso è tuttavia il problema che si presentava al Consiglio di Stato nella controversia decisa con la sentenza n. 4897/2015. Qui si discuteva infatti della validità della trascrizione di un matrimonio omosessuale celebrato all'estero, in uno dei Paesi che riconoscono questo tipo di unione: «matrimonio» in senso autentico, dunque.

Vero è che la legge italiana lascia, anche in proposito, ben pochi dubbi: il matrimonio tra quelle due persone, ad oggi, non può essere trascritto nei registri dello stato civile, quindi male ha fatto il Sindaco ad accogliere la richiesta che gli era stata inoltrata²³.

Cambia tuttavia il titolo di invalidità della trascrizione, poiché trattasi qui

(21) R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in *Rivista AIC*, 3, 2011, p. 13.

(22) L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, p. 306 e n. 20; F. FINOCCHIARO, *Matrimonio civile*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 811; A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1957, p. 49; P. D'AVACK, *Identità di sesso ed ermafroditismo*, *ivi*, XIX, 1970, p. 960.

(23) Il sistema italiano di diritto internazionale privato (l. n. 218/1995) segue solo in parte, per il matrimonio, la regola dettata a proposito dei provvedimenti di autorità straniera, di cui è stabilita la validità alla sola condizione della non contrarietà all'ordine pubblico (art. 65). Secondo l'art. 27, è la «legge nazionale di ciascun nubendo», non la *lex loci*, che regola la «capacità matrimoniale». La «forma» del matrimonio è invece valida se rispetta una serie di criteri di collegamento, tra i quali anche la sola legge del luogo di celebrazione; da cui una sorta di «sdoppiamento» della norma di conflitto. È vero che l'art. 115 c.c. non include tra i requisiti di capacità matrimoniale (art. 84 ss.) la diversità di sesso, ma si può fondatamente ritenere che questo requisito sia implicito, muovendo dalle norme dell'ordinamento che descrivono il matrimonio come una unione tra «marito» e «moglie». Tra queste, proprio l'art. 64, lettera e), d.P.R. 396/2000, il quale è la riprova che, in Italia, il matrimonio omosessuale – tra due cittadini italiani – non può essere celebrato, ma non può neppure essere trascritto, se celebrato all'estero.

della violazione di una specifica norma di diritto internazionale privato o, per meglio dire, di una «norma di conflitto» (art. 27, l. n. 218/1995 e art. 115 c.c.) e non di una condizione patologica che si trasmette per via della connessione, ovvia, tra trascrizione e atto trascritto. Vi è un passaggio della sentenza n. 4897/2015 in cui si afferma che la trascrizione è «abnorme» tanto se il matrimonio si considera semplicemente «inefficace», benché esistente (il riferimento è a Cass. n. 4184/2012), quanto se si considera – come preferisce il giudice amministrativo – «inesistente». Non è possibile ora soffermarsi su quest'altra fondamentale decisione della Corte di Cassazione (n. 4184/2012)²⁴, la cui motivazione è assai convincente nello spiegare, rifacendosi alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Schalk e Kopf c. Austria*²⁵ che il matrimonio omosessuale celebrato all'estero è inefficace «come matrimonio» (pertanto non è trascrivibile in Italia) e ciononostante ricade appieno, nell'ordine internazionale, sotto la tutela del diritto a contrarre matrimonio garantito dall'art. 12 CEDU; di conseguenza l'ordinamento interno non può più considerarlo come una figura giuridicamente «inesistente». Ci limitiamo a segnalare che questo è il punto su cui il Consiglio di Stato è caduto fatalmente in equivoco. Era di grandissima importanza, anche per la rilevanza che avrebbe assunto nel prosieguo del ragionamento, tenere conto che un provvedimento come quello fatto rimuovere dal Ministro dell'interno non è affetto da invalidità «derivata», dunque da inesistenza o nullità, bensì da una normalissima condizione di violazione di legge²⁶ che discende autonomamente dal contrasto con la norma di conflitto ricavabile da due disposizioni (art. 27, l. n. 218/1995 e art. 115 c.c.) indicanti la legge italiana come applicabile, ad esclusione di quella straniera, ove si faccia questione di «capacità matrimoniale o di altre condizioni per contrarre matrimonio». Osserviamo una profonda differenza con l'altra ipotesi. Iscrivendo nei

(24) B. PEZZINI, *Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra le sentenze della Corte costituzionale 138/2010 e della Corte di cassazione 4184/2012*, in www.forumcostituzionale.it.

(25) Sentenza 24 giugno 2010, ric. n. 30141/04.

(26) Per un'ampia illustrazione casistica, L. FERRI, *Degli atti dello stato civile*, cit., p. 118 ss., p. 122.

registri dello stato civile un matrimonio omosessuale celebrato in Italia, l'ufficiale di stato civile compie un atto abnorme perché incompleto di un elemento essenziale. Non si può dire neppure che riceva un atto che la legge gli vieta di ricevere. Ad impedire l'iscrizione nei registri sono le stesse norme che impediscono la celebrazione del matrimonio omosessuale; per intenderci, lo stesso «pacchetto» di disposizioni del codice civile scrutinate a suo tempo dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 138/2010. Qui la condizione patologica della trascrizione deriva da quella del «matrimonio», ha la stessa natura e lo stesso grado. Nessuno, a partire dai nubendi, potrà mai pretendere di far valere posizioni soggettive, ricavandole da quella «apparenza» di atto.

Se invece l'ufficiale di stato civile trascrive indebitamente un matrimonio contratto all'estero, errando sulla legge applicabile, egli viola soltanto la «norma di conflitto», il cui contenuto dispositivo, in quanto norma di diritto internazionale privato, sta nella coordinazione tra due ordinamenti, prescindendo dal modo in cui gli interessi tipici coinvolti nel rapporto sono concretamente regolati dalla norma stessa²⁷. Già per questo soltanto, il matrimonio celebrato all'estero, se conforme al diritto straniero, non si dovrebbe poter dire inesistente per il diritto nazionale. La sua illegittima trascrizione, per erroneo apprezzamento della legge applicabile, non è riconducibile né ad un mero comportamento senza potere, né ad una delle di nullità previste dall'art. 21-*septies*, l. n. 241/1990. Semplicemente, in questo caso l'ufficiale di stato civile riceve un atto che la legge gli vieta di ricevere²⁸. Facile immaginare una possibile obiezione: la norma di conflitto è «neutra», retrocede immediatamente dopo aver indicato come competente l'ordinamento italiano, quindi il contrasto con la norma di conflitto è virtuale, poiché in realtà, dietro lo schermo del diritto internazionale privato, il matrimonio omosessuale concretizza sempre lo stesso fatto giuridico e va qualificato in base alle norme del diritto interno anche a proposito della condizione patologica in cui versa.

(27) Corte cost., 5 marzo 1987, n. 71, al punto 5 della motivazione.

(28) Per questa distinzione tra le due specie di invalidità della trascrizione, L. FERRI, *Degli atti dello stato civile*, cit., p. 120, che riprende la tesi di G. PIOLA, *Degli atti dello Stato civile*, Napoli, 1900, p. 170 ss.

Occorrerebbe adesso aprire una lunga parentesi, per dare conto della reputazione che il principio di «neutralità» delle norme di conflitto è andato assumendo: quella, cioè, di un principio non indefettibile, per non dire oramai del tutto superato (da tempo si ammette che tali norme possano formare oggetto di giudizio di costituzionalità)²⁹. Ma anche senza scendere nel dettaglio di tale problematica, sembra di poter sostenere che le norme di conflitto abbiano attitudine a vincolare il potere della Pubblica Amministrazione al pari di qualsiasi altra norma «di azione». Nel caso di specie, come riconosce lo stesso Consiglio di Stato, la difformità che colpisce la trascrizione come provvedimento amministrativo sta proprio nell'aver, l'ufficiale di stato civile, disatteso il criterio di collegamento posto dagli articoli 27, l. n. 218/1995 e 115 c.c.; nell'aver male esercitato, cioè, il potere di controllo sull'atto da trascrivere che la norma di conflitto gli impone di esercitare. Basti pensare poi che l'art. 27, l. n. 218/1995, limitandosi ad indicare la «legge nazionale di ciascun nubendo», vieta il matrimonio omosessuale non in assoluto, ma soltanto quando almeno uno dei due sposi abbia cittadinanza italiana. Correttamente si è ritenuto, in giurisprudenza, che l'ufficiale di stato civile sia invece obbligato alla trascrizione del matrimonio omosessuale, nel caso in cui entrambi i coniugi, residenti in Italia, siano cittadini stranieri³⁰. La norma di collisione non è quindi neutra, è una vera e propria regolatrice del potere amministrativo. Elevata a parametro di giudizio dell'atto di trascrizione, essa fa sì che il risultato interpretativo cambi considerevolmente. Che il Sindaco, errando sulla legge applicabile, abbia illegittimamente trascritto un matrimonio, un atto di adozione di minore, una

(29) Corte cost., n. 71/1987, cit.; appare inoltre dimostrato, da riflessioni su tematiche più specifiche, il possibile contrasto della norma di conflitto con i principi comunitari: C. HONORATI, *La legge applicabile al nome tra diritto internazionale privato e diritto comunitario nelle conclusioni degli avvocati generali*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, p. 473 ss., p. 482. In argomento anche G. ROSSOLILLO, *Identità personale e diritto internazionale privato*, Milano, 2009, p. 202 ss.

(30) Corte d'appello di Napoli, 13 marzo 2015, in *www.articolo29.it*; in argomento G. PALMERI, M.C. VENUTI, *La trascrizione dei matrimoni: i confini di una domanda di giustizia*, in *Genlus*, 2015, p. 94. Ma proprio questo provvedimento sembra non condiviso dal Consiglio di Stato, che nella sentenza n. 4897/2015 (punto 3.7. della motivazione) lo porta ad esempio di una preoccupante «soggettività» della giurisdizione ordinaria, dinanzi alla quale si rende necessitato l'intervento dell'amministrazione statale.

dichiarazione di filiazione, un atto qualunque formato all'estero, «inesistente» per il diritto interno, la conseguenza non cambia: essendo violata una norma di collisione di diritto internazionale privato, pur sempre si tratta dello stesso tipo e grado d'invalidità della trascrizione. Non si giustifica il mutamento del titolo, da annullabilità a nullità o «inesistenza», per il solo fatto che si tratti di matrimonio omosessuale. Dal punto di vista del diritto amministrativo, tale trascrizione non ha nulla di «abnorme», non è una mera «apparenza di atto»; anzi, non è neppure un provvedimento nullo, ma rientra in una comune ipotesi di violazione di legge ed è pertanto annullabile, ai sensi dell'art. 21-*octies*, l. n. 241/1990. Appare quindi viziato alla base l'impianto della sentenza n. 4897/2015, laddove il giudice trae speciali suggestioni dall'anormalità del caso di specie. Quest'ultimo andava risolto non postulando uno stato di eccezione (dove pieni poteri al «superiore gerarchico»), ma in base agli ordinari principi del diritto amministrativo, che imponevano una verifica dei poteri esercitati dal Prefetto alla stregua dei canoni della tipicità e della nominatività.

In secondo luogo, anche a prescindere da quanto fin qui esposto, desta perplessità la scelta del Consiglio di Stato di mettere in relazione il problema del fondamento del potere del Prefetto di cancellazione delle trascrizioni dai registri di stato civile con la questione di «trascrivibilità» del matrimonio omosessuale, come se il primo dipendesse dalla seconda (scelta riverberatasi poi nella pregiudizialità dell'appello incidentale su quello principale).

Ciò che i ricorrenti sostanzialmente affermavano, il fatto costitutivo della loro domanda, era che il Prefetto di Roma, come del resto qualsiasi organo della pubblica amministrazione, non avesse il potere di modificare i registri dello stato civile dopo che questi, su disposizione del Sindaco di Roma Capitale, erano stati chiusi con la firma dell'ufficiale di stato civile competente. La legge prevede infatti che, dal momento della chiusura in poi, i registri di stato civile non possano più subire alcuna variazione (art. 12, comma 6, d.P.R. n. 396/2000), se non ad esito di un procedimento giurisdizionale di rettificazione (art. 95, d.P.R. cit.). Censure di questo tipo miravano all'assetto organizzativo della funzione e richiedevano un'indagine sul potere «in astratto», riferita immediatamente alle norme dell'ordinamento dello stato civile (d.P.R. n.

396/2000), disancorata dalle norme sulla validità del matrimonio, che avevano dato occasione all'esercizio del potere. Non rilevava che il matrimonio tra persone dello stesso genere fosse o non fosse trascrivibile: il potere del Prefetto di manomettere i registri dello stato civile dopo la loro chiusura c'è (sempre) o non c'è (mai).

Vero è che, come si è visto, il fine ultimo dell'appello incidentale era proprio quello di sottoporre al giudice la pretesa a che fosse accertato il diritto dei ricorrenti alla trascrizione nei registri dello stato civile: impugnazione probabilmente inammissibile, stante il divieto posto al giudice amministrativo di conoscere, anche solo in via incidentale, questioni relative allo stato e alla capacità delle persone (art. 8, comma 2, c.p.a.). Tocchiamo così un punto molto delicato: il rapporto tra giurisdizione del giudice amministrativo e questione di «trascrivibilità» del matrimonio. È strano che l'art. 8, comma 2, c.p.a. sia rimasto, tranne un caso, inosservato dalle motivazioni dei giudici di primo grado e dello stesso giudice di appello nella vicenda di cui ci stiamo occupando³¹.

Non va sottaciuta, naturalmente, la differenza tra giudizio di stato e giudizio di rettificazione, che per la sua sottigliezza porta a distinzioni non sempre semplici da effettuare e che per questo motivo è da tempo oggetto di attente indagini³². Ma resta anzitutto il dubbio che il testo dell'art. 8 c.p.a.

(31) L'unico caso in cui troviamo una sua rapida trattazione (e per vero, non lucidissima), al termine della quale il giudice ritiene la propria giurisdizione (respingendo l'eccezione sollevata dall'avvocatura dello stato), è la sentenza del TAR Friuli-Venezia Giulia, 21 maggio 2015, n. 228. Il pezzo di motivazione dedicato all'argomento è il seguente: «osserva il Collegio da un lato come oggetto del presente ricorso non sia lo *status* della ricorrente, ma un atto amministrativo prefettizio, e d'altro lato come l'esistenza o meno di uno *status* matrimoniale e la sua trascrivibilità costituiscano appunto l'oggetto del provvedimento prefettizio o meglio il suo presupposto, e quindi non si può dare per definito *a priori* quanto costituisce oggetto di esame diretto o indiretto nella presente controversia (...) In altri termini, l'Avvocatura dello Stato nella sua eccezione dà per accertato quanto invece deve essere valutato in corso di giudizio, cioè nella disamina di merito della causa (...). Infatti, quanto allo *status* matrimoniale, esso, come si vedrà meglio in prosieguo, attualmente non può essere riconosciuto nel nostro ordinamento tra persone del medesimo sesso, e questo non solo nella fattispecie in esame ma in linea generale. Ne consegue che, non sussistendo alcuno *status* riconosciuto o riconoscibile, nel caso non si applica l'articolo 8, comma secondo, del codice». Esattamente invece Cons. Stato, sez. V, 14 settembre 2005, n. 4749, dichiara inammissibile il ricorso (contro atto comunale di annullamento di trascrizione di matrimonio) in quanto propositivo di una questione di stato, per difetto di giurisdizione amministrativa.

(32) Ancora attuali A. ATTARDI, *Atti dello stato civile*, in *Enc. giur.*, IV, Milano, 1959, p. 84 ss.; A. CICU, *La filiazione*, in F. VASSALI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, cit., 1969; L. FERRI, *Degli atti dello stato civile*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, cit., p. 105 ss.

sia sufficientemente ampio da comprendere, tra le questioni «relative allo» stato e alla capacità, anche le controversie di rettificazione dei registri di stato civile. Ancora più pregnante è l'osservazione sviluppata dalla dottrina, tempo addietro, a proposito del caso – per molti aspetti diverso dall'attuale, ma pure basato sulla diversità di sesso come carattere essenziale del matrimonio e quindi atualizzabile, almeno ai nostri fini – in cui sia mossa contestazione sul sesso di uno dei coniugi, uniti da un matrimonio già trascritto; situazione nella quale si pone appunto il problema se la via giudiziaria da intraprendere sia quella del procedimento camerale di rettificazione o del giudizio ordinario di cognizione per l'accertamento del sesso del coniuge. Al riguardo si è esattamente rilevato che, se la procedura di rettificazione può essere intrapresa, affermando l'illegittimità della trascrizione per errore sul sesso, dagli interessati in assenza di una retrostante controversia, la questione è palesemente diversa quando il giudizio sia promosso allo scopo di risolvere una pregressa lite e si prospetti dunque un accertamento contenzioso del sesso (tra i coniugi o tra questi ultimi ed i terzi)³³. Tornando al caso di specie, la contestazione della esistenza del potere del Ministro dell'interno di ordinare la rimozione delle trascrizioni dai registri di stato civile, sulla base del convincimento che una coppia omosessuale non sia legata da un atto di «matrimonio», ricade senza dubbio in questa seconda ipotesi, nella misura in cui il ricorrente mira a ripristinare la legittimità della trascrizione chiedendo al giudice di pronunciarsi in qualche modo sulla validità dell'atto trascritto; ed una controversia in cui si discute della esistenza del matrimonio è certamente una controversia di stato³⁴. Si può discutere su come debba comportarsi il giudice ordinario laddove si trovi investito incidentalmente della questione di stato entro un giudizio camerale di rettificazione³⁵, ma non sembra esservi dubbio sulla soluzione da darsi al caso in cui la questione venga proposta, sotto qualunque forma, in un giudizio amministrativo, poiché qui la declinatoria di giurisdizione è imposta in ogni caso dall'art. 8 c.p.a.

(33) L. FERRI, *Degli atti dello stato civile*, cit., p. 132.

(34) Al pari del caso in cui si neghi l'avvenuta celebrazione, cfr. L. FERRI, *Degli atti dello stato civile*, cit., p. 92.

(35) A. ATTARDI, *Atti dello stato civile*, cit., p. 95 ss.

Dunque, l'unico modo che avrebbe permesso al giudice amministrativo di mantenersi nell'ambito della propria giurisdizione (oltre che di rispettare appieno il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, come si è appena visto), sarebbe stato quello di astenersi da ogni valutazione, anche incidentale, dell'antefatto del provvedimento impugnato: dal dire, cioè, se il matrimonio omosessuale fosse o non fosse «trascrivibile».

Ciò non avrebbe scalfito in alcun modo la logicità e la «tenuta» complessiva del giudizio. La domanda giudiziale proposta in via principale ed accolta dinanzi al TAR era un'azione di nullità *ex art. 31 c.p.a.*, che, scartata la sua natura di accertamento del «diritto alla trascrizione», rimaneva in piedi benissimo come azione di *accertamento negativo*, tesa a far dichiarare la semplice inesistenza, in capo al Ministro dell'interno ed al Prefetto, del potere di cancellare trascrizioni chiuse con la firma dell'ufficiale di stato civile. Essa – giova insistere – andava risolta esclusivamente sulla base delle norme di organizzazione della figura dell'ufficiale di stato civile, prime tra tutte quelle contenute nel d.P.R. 396/2000, indipendentemente da ogni condizionamento derivante dal tipo di atto trascritto (matrimonio o altro) e dall'opinione che l'interprete potesse avere circa l'invalidità della trascrizione rimossa (inesistenza, annullabilità, inefficacia).

Pronunciatosi su questo punto, il giudice amministrativo avrebbe poi potuto statuire sul ricorso, in via interlocutoria o definitiva. Le vie processuali sarebbero state due: 1) sospendere il processo in attesa della definizione della questione di stato (o di rettificazione dei registri) in sede giudiziaria civile, qualora la soluzione fossa stata favorevole alla titolarità, in capo al Ministro ed al Prefetto, del potere di autotutela; 2) accogliere il ricorso, se la decisione fosse stata invece nel senso che il Ministro ed il Prefetto *non hanno* tale potere; e che dunque è senz'altro fondata la domanda tesa alla declaratoria di nullità del provvedimento impugnato. Com'è evidente, ciò richiedeva di seguire un ordine processuale di esame delle questioni inverso a quello osservato dal Consiglio di Stato: prima la questione di esistenza dell'attribuzione, poi, eventualmente, quella di stato o di rettificazione, non l'opposto.

In terzo luogo, ed infine, occorre chiedersi se il Consiglio di Stato abbia correttamente riconosciuto, in capo al Ministro ed al Prefetto, il potere «implicito» di emendare i registri di stato civile dagli errori di trascrizio-

ne del Sindaco, sorvolando sul difetto di una specifica disposizione di legge che lo prevedesse. Per quanto si è venuti dicendo fin qui, si può ritenere che almeno in parte la risposta sia già stata data; ed è, naturalmente, una risposta negativa.

Si è visto che nel caso di specie non vi era alcun atto «abnorme» da rimuovere, bensì, nel peggiore dei casi, una trascrizione illegittima, come possono esserlo tutte, quando l'ufficiale di stato civile riceve un atto che la legge gli vieta di ricevere. Mancava dunque al Consiglio di Stato ogni ragione per ritenere che l'atto di trascrizione di un matrimonio celebrato all'estero tra due donne fosse un'«apparenza di atto», inidoneo (anche in astratto) a costituire o modificare lo stato delle persone, dunque rimovibile senza incidere su situazioni soggettive.

Ma la risposta deve ora essere completata, domandandosi se il giudice amministrativo, al di là della veduta e criticata applicazione diretta delle norme sul matrimonio, abbia visto sufficientemente chiaro nei profili dell'istituto che lo ha portato a concludere nel senso della legittimità dell'atto impugnato: la nozione di gerarchia.

Ad avviso del Consiglio di Stato, la parola «gerarchia», comunque la si voglia intendere, è sinonimo di «supremazia speciale»; indica una relazione interorganica che dà, in ogni momento, al superiore un potere di correggere l'errore dell'inferiore, valendosi, ove occorra, di misure di «autotutela gerarchica»³⁶ che possono arrivare fino alla rimozione senza procedimento dell'atto sottordinato, quando questo è «inesistente» e non occorre neppure osservare il principio del *contrarius actus*, che richiede almeno una riserva di competenza all'ufficio autore dell'atto eliminato. Qui, conclude il Consiglio di Stato, non vi sarebbe neppure un atto da annullare, giacché la trascrizione è già dall'origine improduttiva di effetti. Sennonché l'atto è «materialmente esistente», dunque s'impone di postulare uno «strumento (anche) amministrativo di correzione» idoneo ad eliminarlo, per prevenire falsi affidamenti da parte dei terzi e, in definitiva, «allo scopo di assicurare certezza del diritto connessa a questioni relative allo stato delle persone»³⁷.

(36) Così la sentenza in esame al punto 3.7. della motivazione.

(37) *Loc. ult. cit.*

È ben noto, perlomeno a partire da uno studio degli anni Trenta del secolo scorso³⁸, che la concezione a cui s'ispira il Consiglio di Stato ha perduto buona parte della sua capacità di ispirare la scienza e la giurisprudenza, inclusa quella amministrativa, che da tempo se ne è discostata, così come del resto ha fatto nella sostanza la Corte di Cassazione. Se rivisitato alla luce dei principi di buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), il concetto di «ordinamento gerarchico» non è più in antitesi con l'idea di un ordine di «competenze», laddove i poteri che assicurano la coordinazione tra due o più uffici vengono a derivare dal diritto positivo e non danno più luogo a preconcetti rapporti di «subordinazione»³⁹.

Di un dovere di obbedienza si può parlare a proposito del «rapporto gerarchico», che però è un rapporto tra persone, non tra uffici; il suo ambito è il diritto disciplinare, non quello della organizzazione pubblica. Nella relazione gerarchica «autentica», è componente essenziale il potere di irrogare sanzioni all'inferiore che non si attenga agli ordini o alle istruzioni del superiore. Si tratta però pur sempre, anche in tale più ristretta accezione, di attuazione di norme organizzative, che non rispecchiano tutto lo stesso modello. Il superiore gerarchico, infatti, non sempre dispone del potere disciplinare per munire di sanzioni i propri comandi⁴⁰, ben potendo darsi che la legge attribuisca tale potere ad un ufficio diverso, oppure a nessun ufficio, nel qual caso si tornerà alla figura di un «ordinamento» (gerarchico) di uffici, ciascuno con la sua competenza⁴¹.

(38) A. AMORTH, *La nozione di gerarchia*, cit.

(39) A. AMORTH, *La nozione di gerarchia*, cit., p. 60 ss. e *passim*.

(40) A. AMORTH, *La nozione di gerarchia*, cit., p. 79 ss.

(41) Questo secondo caso è appunto, per la dottrina in esame, il caso del Podestà in veste di ufficiale del Governo, che «in questa sua competenza viene a far parte degli uffici statali e come tale si coordina in modo diverso nell'ordinamento gerarchico degli uffici in cui viene compreso, senza che con ciò il Podestà, quale persona fisica che regge l'ufficio, si possa dire subordinato, in senso proprio al Prefetto» (A. AMORTH, *La nozione di gerarchia*, cit., p. 77, nota 2). L'Autore si oppone qui a precedenti ricostruzioni (in specie quelle di G. ZANOBINI, *L'amministrazione locale*, Padova, 1936, p. 124 ss. e U. FORTI, *Le attribuzioni del Sindaco come ufficiale del Governo*, in *Giur. it.*, 1905, I, 1, p. 33) che intravedevano invece nel Sindaco un ufficio gerarchicamente subordinato in senso proprio agli organi statali periferici. Ritiene che la figura del Sindaco ufficiale di Governo vada ricostruita entro una configurazione meno schematica e più sensibile alla «combinazione funzionale» delle competenze G. BERTI, *Amministrazione comunale e provinciale*, cit., p. 271, p. 272.

A questa tesi (cui va accreditata una forza contributiva determinante verso la caduta del dogma degli «ordinamenti interni»⁴²⁾ segue tutta la moderna concezione della gerarchia come relazione interorganica, dove trovasi teorizzata la distinzione tra un modello di «gerarchia in senso stretto» ed un modello di «gerarchia in senso lato», chiamata più genericamente «direzione»; quasi sempre con l'aggiunta dell'osservazione che il primo tipo è oggi relegato ad istituto marginale, essendo riscontrabile oramai soltanto nelle amministrazioni militari ed in altre amministrazioni che alle prime si ispirano nei principi organizzativi⁴³.

Lasciando adesso da parte il dibattito generale, si può tuttavia affermare con una certa tranquillità che non ogni ordinamento «gerarchico» sia, perciò soltanto, un ordinamento a «competenza concorrente». Si danno benissimo ipotesi in cui un ufficio della Pubblica Amministrazione ha poteri di direzione, vigilanza, controllo, ma è privo del potere di annullamento o, comunque, di disporre integralmente della competenza dell'ufficio assoggettato a tali poteri⁴⁴. Si danno casi di rapporto gerarchico in cui taluni poteri sono sottratti al superiore per essere conferiti ad altro organo, senza che ciò tolga consistenza al concetto di gerarchia ed alla «disuguaglianza» che lo caratterizza.

Il punto è che, a parte l'essere un rapporto di sopra e sotto-ordinazione, la relazione «gerarchica» non rimanda ad un solo schema, ma a plurimi schemi organizzativi, la cui consistenza dipende da come la legge frammenta e ripartisce le attribuzioni.

Tutto questo non significa, beninteso, negare che alcuni poteri derivanti dall'ordinamento gerarchico, soprattutto quello di annullamento d'ufficio, possano essere dedotti per interpretazione, ancorché la legge non li preveda espressamente. Ma l'interpretazione è una cosa, altra è la presupposizione che determinati poteri amministrativi siano invariabilmente presenti (dunque «impliciti») in un tipo astratto di relazione interorga-

(42) V. ANGIOLINI, *Direzione amministrativa*, in *Digesto (disc. pubbl.)*, V, Torino, 1990, p. 109 ss.

(43) V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 192 ss. Per un'analisi approfondita dell'ordinamento militare e delle «nuove dimensioni egualitarie e garantiste» che lo hanno progressivamente informato, E. CHITI, *L'Amministrazione militare tra ordinamento nazionale e ordinamento globale*, Milano, 2006, p. 174 ss.

(44) A. AMORTH, *La nozione di gerarchia*, cit., pp. 59, 60.

nica, tale che, una volta dimostrata quest'ultima, si disporrebbe automaticamente della tipologia e della intensità dei primi.

Il regolamento di semplificazione dell'ordinamento dello stato civile (d.P.R. n. 396/2000) attribuisce al Ministro dell'interno ed al Prefetto il potere di impartire istruzioni vincolanti per il Sindaco (art. 9) e di vigilarne l'operato almeno una volta all'anno (art. 104). L'art. 54, comma 11, del d.lgs. n. 267/2000 prevede che il Prefetto possa sostituirsi al Sindaco in caso di inerzia, non in caso di positiva determinazione. Il Prefetto può quindi assumere la veste di ufficiale di stato civile, ma solo se il Sindaco rifiuta una trascrizione dovuta, non viceversa.

Nessuno, infatti – neanche l'ufficiale di stato civile⁴⁵ – ha il potere di modificare gli atti dello stato civile dopo la loro chiusura, poiché tale prerogativa è riservata al giudice ordinario su ricorso degli interessati o del pubblico ministero. L'art. 95 d.P.R.⁴⁶ non lascia molti dubbi: «chi intende promuovere (...) la cancellazione di un atto indebitamente registrato (...) deve proporre ricorso al tribunale». In un ordinamento (senza dubbio) gerarchico, la legge esclude il ricorso gerarchico, perciò anche l'annullamento gerarchico da parte del Prefetto.

In questo, la figura dell'ufficiale di stato civile⁴⁷ si differenzia innegabilmente dalle altre materie nelle quali il Sindaco assume la veste di Ufficiale del Governo, in particolare rispetto alla pubblica sicurezza⁴⁸. L'or-

(45) A norma dell'art. 98 d.P.R. n. 396/2000, l'ufficiale di stato civile ha solamente il potere di correggere «errori materiali di scrittura», dandone comunicazione al Prefetto, al Procuratore della Repubblica ed agli interessati.

(46) La norma ha abrogato l'art. 454 c.c., a norma del quale «la rettificazione degli atti dello stato civile si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato, con la quale si ordina all'ufficiale dello stato civile di rettificare un atto esistente nei registri o di ricevere un atto omesso o di rinnovare un atto smarrito o distrutto». Una delle novità del d.P.R. del 2000 sta dunque proprio nella introduzione, tra i diversi possibili contenuti del provvedimento ordinatorio del giudice, della fattispecie di «cancellazione» dell'atto trascritto.

(47) È stata notata la «posizione anomala della figura dell'ufficiale di stato civile, autorità amministrativa, tenuto ad uniformarsi alle istruzioni del Ministero dell'interno, soggetto a controllo e sottoposto alla vigilanza del Prefetto, ma escluso dal dover eseguire eventuali intimazioni gerarchiche inerenti allo svolgimento di adempimenti, anche da parte delle medesime autorità»: R. CALVIGIONI, *Il regolamento dello stato civile. Teoria e pratica*, Rimini, 2015, p. 27.

(48) Là dove invece (Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2008, n. 3076) esiste un potere prefettizio di annullamento d'ufficio delle ordinanze del Sindaco. In argomento M. GNES, *L'annullamento prefettizio delle ordinanze del sindaco quale ufficiale di Governo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p.

dinamento della pubblica sicurezza contiene esplicite disposizioni denotanti l'esistenza di un rapporto gerarchico (art. 15, l. n. 121/1981) e paiono evidenti le ragioni per le quali il potere di ordinanza del Sindaco, autorità locale di pubblica sicurezza, può ritenersi assoggettato al potere di autotutela del Prefetto e del Ministro dell'interno.

Diversamente, la cancellazione di un atto dai registri dello stato civile è coperta da riserva di giurisdizione proprio per ragioni di «certezza» della trascrizione, quindi di certezza del diritto. L'attività del Sindaco Ufficiale del Governo si pone al servizio di diritti fondamentali degli individui e la legge, conseguentemente, esige che le funzioni di Ministro e Prefetto restino per così dire all'interno del processo produttivo degli atti di stato civile, senza poter incidere su di essi dopo il momento dell'efficacia. Il controllo dell'autorità giudiziaria e l'onere di instaurare la controversia esclusivamente dinanzi al giudice ordinario in caso di contestazione della validità dell'atto di stato civile («deve proporre ricorso al tribunale») stanno dunque ad indicare una chiara opzione dell'ordinamento per l'esclusione dell'autorità amministrativa.

Sappiamo che la sentenza n. 4897 del Consiglio di Stato contiene un «antidoto» anche per questa obiezione, leggibile nelle battute conclusive: «l'esigenza del controllo giurisdizionale (...) si rivela del tutto recessiva (se non inesistente), a fronte di atti idonei a costituire lo stato delle persone ivi contemplate, dovendosi, quindi, ricercare, per la loro correzione, soluzioni e meccanismi anche diversi dalla verifica giudiziaria»⁴⁹. In altre parole, garantita da riserva di giurisdizione è situazione soggettiva verso l'atto di stato civile quando questo è idoneo a costituire il titolo dello *status*, non quando la trascrizione manchi di elementi essenziali tanto importanti da farne una mera «apparenza di atto».

Procede da qui un ragionamento finale⁵⁰ sulla esigenza di eliminazione dal mondo del diritto di questa «apparenza di atto», la quale «potrebbe legittimare (finché materialmente esistente) richieste ed istanze alla

44 ss., 46; E.C. RAFFIOTTA, *Il problematico ruolo del Sindaco "garante" della "sicurezza urbana": tra istanze locali e competenze statali*, in N. GALLO, T.F. GIUPPONI (a cura di), *L'ordinamento della sicurezza: soggetti e funzioni*, Milano, 2014, p. 69 ss.

(49) Al punto 3.6 della motivazione.

(50) Al punto 3.7 della motivazione.

pubblica amministrazione di prestazioni connesse allo stato civile di coniugato (con conseguenti complicazioni burocratiche e, probabilmente, ulteriori contenziosi)»; esigenza che nessuno meglio del Ministro e del Prefetto, con i loro rispettivi poteri, potrebbe assicurare agli interessi della collettività, secondo il Consiglio di Stato.

«Solo gli interventi dei Prefetti in autotutela gerarchica valgono (...) a rimuovere, con garanzie di uniformità su tutto il territorio nazionale, un'apparenza di atto (che, finché resta in vita, appare idoneo a generare incertezze e difficoltà amministrative) e, quindi, in definitiva, ad assicurare la certezza del diritto connessa a questioni relative allo stato delle persone». Ecco perché «l'esigenza appena segnalata non risulta (...) garantita dalla riserva in via esclusiva del potere di cancellazione delle trascrizioni al giudice ordinario che, proprio per il carattere diffuso e indipendente della sua attività, rischia di vanificare, con interpretazioni diverse e contrastanti, l'esigenza di uniformità di indirizzo su una questione così delicata». No, signori Giudici: in nessun caso l'amministrazione ha il potere di agire per soddisfare esigenze che la legge rimette alla giurisdizione, nemmeno dinanzi ad atti ritenuti illegittimi al punto da essere suscettibili di un potere innominato «innocuo» perché rimuove solo conseguenze materiali (e non giuridiche). Ancora, e proprio sotto questo ultimo profilo, la legge andava meglio indagata. Il rapporto tra Ministro, Prefetto e Sindaco è un rapporto di gerarchia vera e propria, ma la competenza ad irrogare al Sindaco la «sanzione» per l'inosservanza delle direttive del Ministro non è del Prefetto, né del Ministro. La figura alla quale la legge attribuisce la funzione di «eliminare dal mondo del diritto» le trascrizioni illegittime è il Pubblico Ministero. Al P.M. la legge attribuisce la funzione di «vigilanza sul servizio dello stato civile (art. 75, comma 2, l. ordinamento giudiziario⁵¹), proprio come al Prefetto (art. 9 d.P.R. n. 396/2000). E mentre la sfera d'attribuzioni del Prefetto a fini di «vigilanza» si sostanzia in una serie di raccolta di informazioni su aspetti prevalentemente organizzativi⁵², al P.M. la legge demanda compiti di valutazione di fatti

(51) R.d. 30 gennaio 1941, n. 12.

(52) Delega di funzioni e rifiuto da parte del delegato per «gravi e comprovati motivi» (art. 2, d.P.R. n. 396/2000); istituzione di uffici separati (art. 3); autorizzazione al cambiamento di nome (art. 89-94).

ed atti, inerenti ai registri di stato civile, aventi carattere anomalo e/o in grado di comportare elementi significativi in prospettiva contenziosa⁵³, inclusa la legittimazione a promuovere «in ogni tempo» la rettificazione dei registri o la cancellazione di atti ivi indebitamente trascritti (art. 95, comma 2, d.P.R. n. 396/2000); oltre all'intervento del P.M. «a pena di nullità» nelle cause riguardanti lo stato e la capacità delle persone (art. 70 c.p.c.). La giurisprudenza della Corte di Cassazione richiamata dal giudice amministrativo⁵⁴ ritiene che tra i «superiori gerarchici» del Sindaco vi sia anche il Pubblico Ministero⁵⁵. A parte questo, che è comunque significativo, l'esigenza di eliminare dal mondo del diritto trascrizioni illegittime risulta già soddisfatta e non ha alcun bisogno di un potere di «autotutela gerarchica» del Ministro dell'interno e del Prefetto; né vi sono elementi per preferire questi organi al Pubblico Ministero, la cui iniziativa non è meno probabile, né meno rapida, né meno incisiva.

I provvedimenti dei Prefetti, che su ordine del Ministro dell'interno hanno rimosso le trascrizioni ritenute illegittime dai registri dello stato civile, non hanno dunque soltanto invaso un ambito riservato alla giurisdizione, appropriandosi di procedimenti di rettificazione dei registri che sono di competenza del tribunale civile (art. 95, d.P.R. n. 396/2000), ma hanno anche specificamente menomato le competenze civili del Pubblico Ministero (art. 95 cit. e 75, r.d. n. 12/1941). Al punto che non sarebbe del

(53) Tardiva od omessa dichiarazione dell'atto di nascita (artt. 31 e 32, d.P.R. n. 396/2000); attribuzione al bambino di un nome vietato (art. 34); esistenza di impedimenti ai fini della opposizione del P.M. al matrimonio (art. 59); inumazione o tumulazione di cadaveri senza l'autorizzazione dell'ufficiale di stato civile (art. 75); denuncia di ipotesi di reato in occasione della morte di una persona (art. 76); irreperibilità o irricognoscibilità di cadavere (art. 78).

(54) V. sopra, nota 2.

(55) Si rilegga Cass. civ., n. 21658/2009, terzultimo capoverso, sul «principio pacifico nella giurisprudenza di questa Corte secondo cui nell'esercizio della funzione di tenuta dei registri dello stato civile il Sindaco, assumendo la veste di ufficiale di Governo, agisce quale organo dello Stato in posizione di dipendenza gerarchica *anche rispetto agli organi statali centrali (Ministero della giustizia) e locali di grado superiore (Procuratore della Repubblica)*. Ciò sta ad indicare che per la Corte vi è un nesso di dipendenza tra sindaco e P.M. (e Ministro della giustizia). Il che per inciso, par di capire (la frase non è perspicua), sottende la qualificazione qui criticata (v. *infra* nel testo) del P.M. come organo di natura amministrativa. In ogni caso le attribuzioni del P.M. sono ben chiare alla Cassazione, per cui è lecito esprimere qualche dubbio sul fatto che le due sentenze della Cassazione richiamate dal Consiglio di Stato al punto 3.2 depongano a favore della tesi seguita poi dallo stesso giudice amministrativo al punto 3.7.

tutto peregrino spingersi fino ad ipotizzare i presupposti per un conflitto di attribuzioni (tra P.M. e potere esecutivo) contro la «circolare Alfano». Certo occorrerebbe prima soffermarsi, se vi fosse sede e modo di farlo, sulla circostanza che anche le competenze civili riassunte nell'art. 75 l. ord. giud. sono parte della sfera di attribuzioni costituzionalmente garantite al P.M. dall'art. 107 Cost. («il Pubblico Ministero gode delle garanzie stabilite dai suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario») e sulla dimostrazione che il P.M. è parte del potere giudiziario e si colloca quindi nella medesima situazione di indipendenza dall'esecutivo⁵⁶, altrimenti non vi sarebbe materia di conflitto di attribuzioni.

Ma anche senza spingere la speculazione fino a queste complesse problematiche, resta l'impressione che la circolare del Ministro dell'interno e l'atto del Prefetto impugnato dinanzi al Consiglio di Stato, nel caso deciso con la sentenza n. 4897/2015, fossero nulli per difetto assoluto di attribuzione (art. 21-*septies*, l. n. 241/1990) e l'appello principale dovesse quindi essere respinto, indipendentemente dalla sorte dell'appello incidentale.

Qualche anno fa, polemizzando con «*the Court's doctrine of privacy rights*», una studiosa americana professoressa in una Università cattolica della Florida ha scritto che il riconoscimento del matrimonio omosessuale negli Stati Uniti non è solo contro natura, ma richiede anche una condizione di «*soft despotism*»⁵⁷. Qualcosa di simile è stato sostenuto di recente da parte dei giudici dissenzienti nella storica e già famosissima sentenza *Obergefell v. Hodges*⁵⁸, con la quale la Corte Suprema americana ha riconosciuto il diritto fondamentale al matrimonio omosessuale come principio vincolante per l'intero ordinamento federale degli Stati Uniti.

L'espressione *soft despotism* invita a riflettere sul celebre capitoletto conclusivo di A. DE TOCQUEVILLE ne *La democrazia in America*, dedicato a «quale specie di dispotismo devono temere le nazioni democratiche».

(56) Per questa dimostrazione, E. SPAGNA MUSSO, *Problemi costituzionali del Pubblico Ministero*, cit.

(57) S. SUGRUE, *Soft Despotism and Same-Sex Marriage*, in R.P. GEORGE E J.B. ELSHTAIN (a cura di), *The Meaning of Marriage*, New York, Scepter Publishers, 2010, p. 187 e *passim*.

(58) A. SPERTI, *La sentenza Obergefell v. Hodges e lo storico riconoscimento del diritto al matrimoni per le coppie same-sex negli Stati Uniti. Introduzione al Focus*, in *Genius*, 2, 2015, p. 6 ss., p. 12, p. 13; S. CHRISS, D.C. WRIGHT, *Obergefell v. Hodges, the continuing battle over equal rights for sexual minorities in the United States*, *ivi*, p. 18.

Tocqueville lo spiega preconizzando l'evoluzione di un potere pubblico che dimette i panni dell'autorità per assumere forma e sostanza cooperativa, solidale, che lavora al benessere dei cittadini per allargare la sfera dei loro diritti, ma reca in sé il pericolo di un dispotismo ancor più oppressivo. Il nuovo sovrano paventato da Tocqueville, anziché «educare gli uomini alla virilità» come farebbe un padre, «cerca di fissarli irrevocabilmente alla propria infanzia; ama che i cittadini si divertano, purché non pensino che a divertirsi»⁵⁹.

Alcuni punti della motivazione della sentenza del Consiglio di Stato n. 4897/2015 ricordano da lontano il pensiero della studiosa sopra citata, la preoccupazione per una «deriva democratica» che metta disordine nel sistema amministrativo: dovrà pur esistere, allora, un contrappeso a quella condizione politica di «*gentle despotism*», in cui «*gays and lesbians are liberated with their heterosexual counterparts to gratify themselves as they see fit*». Questo sembra ciò che il nostro giudice amministrativo ha avvertito, quando ha posto in risalto i paragrafi delle sentenze *Schalk e Kopf c. Italia* e *Oliari c. Italia* che valorizzano il ruolo della «sovranità nazionale», dimenticando quelli in cui la Corte spende argomenti pesanti contro la inadeguatezza dell'ordinamento italiano; e quando ha giudicato il potere di autotutela più «libero», in base al fatto che gli atti rimossi fossero una mera «apparenza», idonei a «generare incertezze e difficoltà amministrative».

Non è stata una sentenza discriminatoria, beninteso. Ma verso un oggetto così delicato ogni inesattezza giuridica può costare molto, moltissimo: ora dovremmo ammettere che il Ministro ordini ai Prefetti di rimuovere qualunque trascrizione che sembra loro illegittima, in materia di matrimonio, di adozione, di cittadinanza, di dichiarazioni di nascita, solo perché «apparenza di atto», a differenza di altri (e quali?) che avrebbero invece «consistenza di atto»? Ci sembra di no – e lo speriamo vivamente –; ma per questo sarebbe stato bene che provvedimenti come quelli impugnati nel caso in esame fossero dichiarati nulli. Lasciare le controversie in materia di *status* alla loro giurisdizione naturale, impedendo che l'amministrazione si inventi stati di eccezione, arrogandosi pieni poteri: ecco, per il giudice amministrativo, un differente modo di essere «esemplare».

(59) A. De TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Milano, 1992, p. 733.

