

Lo Stato vieta, i Sindaci consentono. La crisi del paradigma eterosessuale del matrimonio

Carlo Alberto Ciaralli

Il presente lavoro si propone di approfondire il tema delle trascrizioni dei matrimoni omosessuali celebrati all'estero. Prendendo le mosse da una recente sentenza del Tribunale di Grosseto che ha imposto la trascrizione dei same sex marriage nel registro di stato civile del Comune, il contributo analizza la normativa statale in tema di matrimoni, la più recente giurisprudenza, nazionale e sovranazionale, tutt'altro che lineare, in materia di unioni omosessuali e la reazione del Ministero dell'interno a seguito delle trascrizioni operate da taluni Sindaci. Con uno sguardo critico a giurisprudenza e prassi, il contributo mira a chiarire se, ed in che modo, il legislatore nazionale possa riconoscere diritti «matrimoniali» alle coppie omosessuali e quale sia il ruolo dei Sindaci, in rapporto alle competenze conferite dallo Stato, quale la tenuta dei registri dello stato civile, in materia di trascrizione di matrimoni omosessuali celebrati all'estero.

1. Il same sex marriage nel silenzio costituzionale e normativo

Le vicende degli ultimi mesi, legate alle trascrizioni, da parte di taluni Sindaci, di unioni matrimoniali celebrate all'estero fra persone del medesimo sesso, hanno riaperto l'annoso dibattito circa la legittimità, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, delle unioni omosessuali¹.

Il problema, tutt'altro che secondario, è generato dall'assenza, sia nel dettato costituzionale, sia nella normativa di tipo civilistico, di qualsivoglia norma che, *apertis verbis*, riconosca il diritto di accedere al matrimonio civile alle coppie dello stesso sesso.

(1) Il d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, *Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti Locali* disciplina, all'art. 54, le Attribuzioni del Sindaco nelle funzioni di competenza statale. In particolare, il terzo comma prevede che «il Sindaco, quale ufficiale del Governo, sovrintende, altresì, alla tenuta dei registri di stato civile e di popolazione e agli adempimenti demandatigli dalle leggi in materia elettorale, di leva militare e di statistica» (corsivo non testuale).

In conseguenza, il dibattito sul punto si è focalizzato sulla corretta interpretazione delle disposizioni dell'ordinamento giuridico nazionale in tema di famiglia e matrimonio, escludendo la compatibilità del *same sex marriage* con l'architettura giuridica italiana oppure ricercando, nel silenzio normativo, varchi idonei ad ammettere che l'istituto in parola non sia in contrasto con l'ordinamento giuridico complessivo.

In tema di famiglia e matrimonio, la Costituzione italiana, all'art. 29, dispone che «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio»².

Il disposto costituzionale, invero, ha ingenerato nella dottrina un profondo dibattito sul significato da attribuire al medesimo e, in particolare, sulla formula «società naturale fondata sul matrimonio».

La formula «società naturale», con riferimento all'istituto familiare, fu il frutto di un compromesso adottato in sede di Assemblea Costituente tra quanti (interpretazione c.d. «giusnaturalista») intendevano la famiglia come «società di diritto naturale», preesistente allo Stato ed estranea alle vicende del diritto positivo (riconoscendo, dunque, l'immutabilità storica dell'istituto familiare inteso quale unione legittima di due soggetti di sesso diverso) e quanti (interpretazione c.d. «storicistica»), invece, ritenevano legittimo contrapporre/affiancare alla famiglia altre formazioni sociali, aventi proprie regole distinte dalla famiglia di tipo tradizionale, concependo la formula «società naturale» come una «norma in bianco», rinviando al momento storico in cui l'art. 29, primo comma, è destinato ad operare³.

Ai fini della presente indagine occorre accertare quali siano, nell'ordina-

(2) Per un'analisi delle diverse problematiche insite nel dettato dell'art. 29 della Costituzione si vedano, tra gli altri, B. FUNAIOLI, *Il regime della famiglia al lume della Costituzione*, in *Riv. dir. matrim.*, 1948, p. 3 ss.; D. BARBERO, *I diritti della famiglia nel matrimonio*, in *Justitia*, 1955, p. 455 ss.; F. COLACE, *Stato e famiglia nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, p. 934 ss.; P. BARILE, *Eguaglianza dei coniugi e unità della famiglia*, in *Id.*, *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, 1969, p. 174 ss.; E. NASO, *Art. 29*, in *La Costituzione italiana nell'interpretazione della Corte costituzionale. Commentario sistematico*, Roma, 1971, p. 722 ss.; M. BESSONE, *Art. 29*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, 1976, p. 1 ss.; F. CAGGIA, A. ZOPPINI, *Art. 29*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, 2006, p. 601 ss.

(3) Per una ricostruzione puntuale del dibattito intercorso in dottrina riguardo al significato da attribuire alla locuzione «famiglia come società naturale» si veda, per tutti, E. DI SALVATORE, *Tradizione come problema costituzionale*, Giulianova, 2012, spec. p. 146 ss.

mento giuridico italiano, le situazioni soggettive in virtù delle quali, legittimamente, due individui possono contrarre il matrimonio.

Le disposizioni rilevanti sul punto sono gli artt. da 84 a 88 e 107 del codice civile.

I nubendi devono avere la maggiore età (18 anni, riducibile in casi particolari a 16 anni mediante decreto del Tribunale per i minori); devono essere in grado di intendere e volere, non devono aver contratto un precedente matrimonio che sia, al tempo della celebrazione dello stesso, ancora perdurante; non devono avere tra loro determinati vincoli parentali (parentela in linea collaterale di terzo grado e affinità in linea collaterale in secondo grado); non devono aver riportato una condanna per il reato di omicidio, consumato o tentato, ai danni del precedente coniuge dell'altro nubendo.

Inoltre, il consenso di entrambe le parti è un requisito primario per poter contrarre validamente il matrimonio. Nulla dispone il codice civile, quale causa ostativa del matrimonio, in ordine al matrimonio tra persone del medesimo sesso.

Un elemento, di carattere nient'affatto secondario, che può essere utilizzato in via interpretativa è l'uso, in base a quanto statuito dall'art. 107 del codice civile, dei termini «marito» e «moglie»; questi termini, secondo un'interpretazione di tipo restrittivo, farebbero propendere per la limitazione della capacità matrimoniale alle sole persone di sesso diverso.

Rispetto alla validità delle unioni celebrate all'estero nel quadro dell'ordinamento giuridico nazionale, in ossequio alla normativa vigente in materia⁴, il matrimonio possa dirsi legittimamente celebrato

(4) La normativa italiana riguardante gli atti matrimoniali contratti all'estero è disciplinata dalla legge 31 maggio 1995, n. 218, avente ad oggetto la «Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato». In particolare, rilevano in questa sede gli artt. 28 e 65, in base ai quali, al fine di qualificare l'atto matrimoniale come valido, occorre far riferimento alle norme del luogo ove l'atto ha trovato compimento. Art. 28: «Il matrimonio è valido, quanto alla forma, se è considerato tale dalla legge del luogo di celebrazione o dalla legge nazionale di almeno uno dei coniugi al momento della celebrazione o dalla legge dello Stato di comune residenza in tale momento». Art. 65: «Hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa».

qualora rispetti le norme del luogo in cui l'atto è stato posto in essere.

2. *Il superamento (mancato?) del paradigma eterosessuale del matrimonio per via giurisprudenziale*

Il dibattito concernente il riconoscimento, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, delle unioni fra persone dello stesso è stato alimentato da alcune pronunce giurisprudenziali tutt'altro che univoche.

È opportuno, ai fini del presente lavoro, richiamare, in prima istanza, una fondamentale pronuncia della Corte costituzionale in tema di unioni omosessuali; si tratta, nello specifico, della sentenza n. 138/2010⁵.

In detta pronuncia, il Giudice delle leggi è stato investito del giudizio sulla conformità ad alcune disposizioni costituzionali (tutela della dignità della persona, eguaglianza dei cittadini, diritti della famiglia e rispetto delle norme internazionali e dell'ordinamento dell'Unione europea da parte delle norme nazionali)⁶ di talune norme civilistiche, concernenti

(5) Corte cost., sent. 21 aprile 2010, n. 138, in *Giur. Cost.*, 2010, p. 1604 ss., con note di R. ROMBOLI, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" o "troppo poco"*, in *Giur. Cost.*, 2010, p. 1629 ss. e B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del Legislatore nella sentenza n.138/2010 della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2010, p. 2715 ss. La pronuncia ha dato luogo a numerosi commenti da parte della dottrina. Si vedano, in particolare, B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La "società naturale" e i suoi "nemici" (sul paradigma eterosessuale del matrimonio)*, Torino, 2010, p. 1 ss.; G. FERRANDO, *Questo matrimonio non si può fare?*, *ivi*, p. 137 ss.; A. RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come "famiglie"*, *ibidem*, p. 307 ss.; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, p. 2697 ss.; R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138/2010*, Napoli, 2011, p. 3 ss.; G. BRUNELLI, *Le unioni omosessuali nella sentenza n. 138/2010: un riconoscimento senza garanzia?*, *ivi*, 143 p. ss.; I. RUGGIU, *L'argomento culturale sotteso alla sent. 138/2010*, *ivi*, p. 161 ss.; F. CALZARETTI, *Copie di persone dello stesso sesso: quali prospettive?*, in www.forumcostituzionale.it; I. MASSA PINTO, C. TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale "le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio" ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*, in www.dircost.unito.it; F. DAL CANTO, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla «aspirazione» al matrimonio al «diritto» alla convivenza*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, p. 1195 ss.

(6) Nello specifico, gli articoli 2, 3, 29 e 117 primo comma.

la vita familiare e il matrimonio⁷, le quali non consentirebbero, secondo un'interpretazione sistematica delle disposizioni in parola, il matrimonio tra persone del medesimo sesso⁸.

In assenza di un'esplicita disposizione di livello costituzionale, la Corte ha ricondotto le unioni omosessuali nell'alveo delle *formazioni sociali* di cui all'art. 2 della Costituzione, intese quali: «ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico».

In tale nozione è da annoverare anche «l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone, nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge, il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri»⁹. Come ha riconosciuto la stessa Corte costituzionale, nozioni quali famiglia e matrimonio si evolvono con il tempo e con il mutare della sensibilità sociale in argomento¹⁰; tuttavia, è da escludere, a giudizio della Corte costituzionale, che l'unione omosessuale possa essere ricondotta in seno all'art. 29 della Costituzione, ove si definisce la famiglia quale «*società naturale fondata sul matrimonio*»¹¹.

(7) In particolare, gli articoli 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis e 156-bis.

(8) Del giudizio costituzionale, rispetto all'ordinanza ivi trattata, rileva in particolare la prima questione postasi dinanzi al Giudice delle leggi, ovvero, come è stato correttamente sostenuto «se il divieto per le coppie omosessuali di potersi unire in matrimonio derivasse solamente da una "consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio" e da una interpretazione di una serie di disposizioni sparse nel codice civile o in alcune leggi speciali, nessuna delle quali contenente comunque espressamente la diversità di sesso come condizione per il matrimonio oppure da specifiche disposizioni il cui dato letterale conduceva univocamente a quel risultato». Cfr. R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, cit., p. 7.

(9) Corte cost., sent. 138/2010, p.to 8 Considerato in diritto.

(10) «È vero che i concetti di famiglia e matrimonio non si possono ritenere cristallizzati con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi». Cfr. Corte cost., sen. 138/2010, p.to 9 Considerato in diritto.

(11) A giudizio della Corte costituzionale «Con tale espressione (società naturale), come si desume dai lavori preparatori dell'Assemblea costituente, si volle sottolineare che la famiglia con-

Dai lavori preparatori della Costituzione, secondo l'interpretazione cui aderisce la Corte costituzionale, emergerebbe che «la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in Assemblea Costituente¹², benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta [...] essi (i costituenti) tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942»¹³. La nozione cui fa riferimento la Corte costituzionale è, evidentemente, quella che vede nella diversità del sesso dei coniugi un requisito essenziale, sebbene del tutto implicito, per accedere all'istituto matrimoniale. L'estensione, ad avviso della Corte, per via ermeneutica, dell'istituto matrimoniale alle coppie omosessuali non potrebbe avvenire, poiché si darebbe luogo ad una *interpretazione creativa* del dettato costituzionale¹⁴. Ad avviso della Corte, sarà compito del legislatore, nell'ambito della propria discrezionalità, prevedere forme e modi di riconoscimento e tutela dei diritti delle unioni omosessuali¹⁵.

templata dalla norma (art. 29 Cost.) aveva dei diritti originari preesistenti allo Stato, che questo doveva riconoscere». Cfr. Corte cost., sent. 138/2010, p.to 9 *Considerato in diritto*. Tale indirizzo, ovvero la preesistenza della famiglia rispetto allo Stato, era già stato sostenuto da E. NASO, *Art. 29, in La Costituzione italiana nell'interpretazione della Corte costituzionale. Commentario sistematico*, cit., p. 723.

(12) Con specifico riguardo al dibattito intercorso in seno all'Assemblea Costituente, in tema di «famiglia» e «matrimonio» si vedano, per tutti, P. VERONESI, *Costituzione, «strane famiglie» e «nuovi matrimoni»*, in *Quad. cost.*, 2008, p. 577 ss. e C. PINELLI, *La nota del Consiglio Episcopale Permanente e le norme costituzionali in tema di famiglia e formazioni sociali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

(13) Corte cost., sent. 138/2010, p.to 9 *Considerato in diritto*. *Contra*, P. VERONESI, *Costituzione, «strane famiglie» e «nuovi matrimoni»*, cit., p. 585, a giudizio del quale la mancata considerazione dei costituenti rispetto al tema dei matrimoni omosessuali «non è sufficiente ad escludere, sin da subito, simili approdi (ovvero il riconoscimento del *same sex marriage*): è infatti connaturata alle Costituzioni, in quanto fonti destinate a durare nel tempo, la capacità di rispondere ad esigenze neppure ipotizzabili da coloro che le hanno a suo tempo elaborate».

(14) «Detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto di incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata». Cfr. Corte cost., sent. n. 138/2010, p.to 9 *Considerato in diritto*.

(15) Come ha sottolineato la Corte costituzionale, analizzando la disciplina degli Stati ove si è privilegiata la strada della regolazione della condizione giuridica delle coppie omosessuali, le scelte sono state «in alcuni casi una vera e propria estensione alle unioni omosessuali della disciplina prevista per il matrimonio civile oppure, più frequentemente, forme di tutela molto differenziate e che vanno, dalla tendenziale assimilabilità al matrimonio delle dette unioni, fino al-

Peraltro, sul punto, non tutta la dottrina è concorde rispetto alla supposta ampia rimessione della Corte costituzionale alla discrezionalità del Parlamento in merito alle scelte di politica legislativa da adottare rispetto al *same sex marriage*. In effetti, vi è chi ritiene si sia in presenza di un'apertura «vincolata» alla discrezionalità del legislatore: «Il richiamo della Corte all'esistenza di un nucleo non modificabile (differenza di sesso) fa infatti chiaramente ed inequivocabilmente riferimento all'art. 29 Cost., per cui se ne deve coerentemente trarre la conclusione che la modifica di quel nucleo sia possibile da parte del legislatore, ma non nelle forme ordinarie, bensì in quelle della revisione costituzionale»¹⁶. Superato appare il problema, più volte sollevato in passato, della contrarietà all'ordine pubblico del matrimonio omosessuale¹⁷. Escludere la contrarietà del *same sex marriage* alle norme in materia di ordine pubblico non è questione di secondario rilievo, posto che l'ordine pubblico «non è un limite generale di tutte le situazioni giuridiche di libertà, non forma oggetto di una clausola generale»¹⁸.

la chiara distinzione, sul piano degli effetti, rispetto allo stesso». Cfr. Corte cost., sent. 138/2010, p.to 10 Considerato in diritto. In effetti, in alcuni Stati è stato esteso l'istituto matrimoniale alle coppie omosessuali (Belgio, Portogallo, Francia, Spagna, Olanda, Inghilterra, Danimarca), mentre in altri sono stati previsti *ex novo* istituti giuridici tesi a riconoscere diritti a questo tipo di unioni (Germania, Repubblica Ceca, Ungheria, Austria, Finlandia, Slovenia, Svezia).

(16) R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, cit., p. 19.

(17) Come autorevolmente sostenuto da A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. Giur.*, 1-2, 1963, p. 111 ss., spec. p. 113, la nozione di «Ordine pubblico» può essere riferita ad una realtà «materiale» oppure «ideale»: «La prima individuierebbe il fenomeno in uno stato di concreta, tangibile, esteriore pace sociale (concetto sociologico di ordine pubblico); la seconda lo troverebbe nel rispetto di alcuni e determinati principi politici che l'ordinamento ritiene indispensabile per la sua sopravvivenza (concetto giuridico di ordine pubblico)». Si veda, inoltre, per un approfondimento sul punto, P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, spec. p. 117; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, in *Giur. Cost.*, 1962, p. 191 ss.; L. PALADIN, *Ordine pubblico (voce)*, in *Nov. Dig. It.*, XII, 1965, p. 130 ss.; A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967; G. CORSO, *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, in *Enc. del Dir.*, XXX, 1980, p. 1057 ss. Più di recente, si veda, altresì, F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, 2007.

(18) G. CORSO, *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, cit., p. 1062. Pur non essendo presente nella Costituzione italiana un esplicito riferimento all'ordine pubblico, vi è chi, come A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, cit., p. 120, ha sostenuto che «il fatto che la Costituzione non parli mai di ordine pubblico ma usi invece al suo posto il termine "sicurezza" è

È opportuno sottolineare come la Corte costituzionale ha confermato e, anzi, ribadito con decisione il proprio indirizzo giurisprudenziale in tema di matrimoni omosessuali. In particolare, lo ha fatto nella sentenza n. 170/2014, avente ad oggetto gli effetti della sentenza di rettificazione giudiziale di attribuzione di sesso sul matrimonio preesistente¹⁹. Nella pronuncia in parola il Giudice delle Leggi ha ripercorso le argomentazioni già sostenute nella sentenza n. 138/2010, asserendo altresì che «la situazione (sul piano fattuale innegabilmente infrequente, ma che, nella vicenda al centro del giudizio principale, si è comunque verificata) di due coniugi che, nonostante la rettificazione dell'attribuzione di sesso ottenuta da uno di essi, intendano non interrompere la loro vita di coppia, si pone, evidentemente, fuori dal modello del matrimonio – che, con il venir meno del *requisito, per il nostro ordinamento essenziale, della eterosessualità*, non può proseguire come tale – ma non è neppure semplicisticamente equiparabile ad una unione di soggetti dello stesso sesso, poiché ciò equivarrebbe a cancellare, sul piano giuridico, un pregresso vissuto, nel cui contesto quella coppia ha maturato reciproci diritti e doveri, anche di rilievo costituzionale, che, seppur non più de-

un argomento che non prova né la diversità dei concetti di sicurezza pubblica e ordine pubblico, né la soppressione di quest'ultimo concetto nell'attuale sistema costituzionale». Dello stesso avviso C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, cit., p. 193.

(19) Corte cost., sent. 11 giugno 2014, n. 170, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2694 ss., con nota di F. SAITTO, *L'incostituzionalità del "divorzio imposto" tra rettificazione di sesso e tutela del "pregresso vissuto" della coppia*, p. 2706 ss. La pronuncia ha dato origine ad un vivace dibattito in sede dottrinale. Si vedano, per un approfondimento sul punto, G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. "divorzio imposto"*, in www.articolo29.it; P. BIANCHI, *Divorzio imposto: incostituzionale ma non troppo*, in www.forumcostituzionale.it; B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in www.articolo29.it; A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in www.giurcost.org; D. FERRARI, *La Corte costituzionale torna sulla condizione giuridica delle coppie omosessuali: l'imporso di un modello eterosessuale di coniugio?*, in *Politica del Diritto*, 3, 2014, p. 445 ss.; M. WINKLER, *La Corte costituzionale si pronuncia sul caso del divorzio "imposto": luci e ombre*, in www.articolo29.it; V. BALDINI, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente*, in www.dirittifondamentali.it; P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il "caso Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*; R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in www.giurcost.org; R. CATALDI, *Coppia o famiglia? L'implicito interrogativo lasciato aperto dalla Consulta nella sentenza costituzionale sul c.d. "divorzio imposto"*, in *Osservatorio Arc*, dicembre 2014.

clinabili all'interno del modello matrimoniale, non sono, per ciò solo, tutti necessariamente sacrificabili»²⁰.

La Corte, dunque, ribadisce ulteriormente il proprio assunto fondamentale, ovvero che il parametro della eterosessualità tra i coniugi è requisito essenziale di esistenza del matrimonio. Nella stessa pronuncia, peraltro, la Corte costituzionale torna ad «invocare», pur nella sua piena discrezionalità, il legislatore statale affinché, pur non dovendo necessariamente estendere il matrimonio civile alle coppie omosessuali, appronti un qualsivoglia sistema di tutele a garanzia dei diritti connessi allo *status*, proprio delle unioni omosessuali, di coppia stabile.

In tema di unioni omosessuali è altresì intervenuta una rilevante pronuncia della Corte di Cassazione, la sent. n. 4184/2012²¹. Quest'ultima ha, in un primo momento, ribadito la propria consolidata giurisprudenza²², secondo la quale la diversità di sesso dei nubendi, unitamente alla manifestazione espressa della volontà matrimoniale, è requisito «essenziale» per la stessa esistenza dell'atto.

La Corte di Cassazione, infatti, nel sostenere la inequivocabile natura eterosessuale del matrimonio nell'ordinamento giuridico italiano, si richiama al tema della «tradizione», ovvero sostiene che concetti quali «marito» e «moglie» riprendano una «consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio»²³.

(20) Cfr. Corte cost., sent. n. 170/2014, p.to 5.1 Considerato in diritto (corsivo non testuale).

(21) Corte di Cassazione, sez. I civ., sent. 15 marzo 2012, n. 4184, con nota di F. ANGELINI, *La Corte di cassazione su unioni e matrimoni omosessuali: nell'inerzia del legislatore la realtà giuridica si apre alla realtà sociale*, in *Giur. Cost.*, 2, 2012. Si vedano, inoltre, M. DI BARI, *Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di Cassazione: la Cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nel contesto delle coppie same sex anche alla luce della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Rivista Arc*, 1, 2012; I. MASSA PINTO, *"Fiat matrimonio!"*, *L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di Cassazione: può una sentenza della Corte di Cassazione attribuire a (un inciso di) una sentenza della Corte europea il potere di scardinare «una consolidata ed ultramillenaria tradizione» (superando anche il giudicato costituzionale)?*, *ivi*, 2, 2012; C. NARDUCCI, *La posizione giuridica della coppia omosessuale: tra riconoscimento e garanzia*, *ivi*, 3, 2012; E. CALEVI, *Unioni same-sex: dall'inesistenza all'inidoneità a produrre effetti giuridici*, in *Giur. It.*, 8-9, 2012, p. 1767 ss.

(22) Si vedano, per tutte, le pronunce 1808/1976, 1304/1990, 1739/1999, 7877/2000.

(23) La Corte di Cassazione riprende l'espressione usata dal Tribunale di Venezia nell'ordinanza di rimessione del 3 aprile 2009 alla Corte costituzionale, cui seguì la sentenza n. 138/2010 del Giudice delle leggi.

La stessa Cassazione, collegandosi a quanto poc'anzi sostenuto, afferma come il postulato (riferendosi alla natura «eterosessuale» del matrimonio) sia «non arbitrario, ma fondato su antichissime e condivise tradizioni culturali (l'ordine naturale esige la diversità di sesso tra i nubendi), prima ancora che giuridiche, che il diritto, come in altri innumerevoli casi, nel rispecchiare, ordina»²⁴.

Soffermandosi sulla natura giuridica delle unioni omosessuali, la Corte di Cassazione riconosce come «I componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, se – secondo la legislazione italiana – non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero, tuttavia – a prescindere dall'intervento del legislatore in materia –, quali titolari del diritto alla “vita familiare” e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di “specifiche situazioni”, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza»²⁵.

Ma, nella seconda parte della pronuncia, nonostante le aperture precedenti, la Corte di Cassazione ha negato il diritto della coppia omosessuale di veder trascritto l'atto matrimoniale nei pubblici registri, «aggiungendo», di fatto, il problema della validità e dell'esistenza dell'atto matrimoniale.

Il problema è stato «aggirato» poiché, a giudizio della Cassazione, «l'intrascrivibilità delle unioni omosessuali dipende, non più dalla loro inesistenza, e neppure dalla loro invalidità, ma dalla loro inidoneità a

(24) Corte di Cassazione, sent. n. 4184/2012, p.to 2.2.2.

(25) Corte di Cassazione, sent. n. 4184/2012, p.to 4.2.

produrre, quali atti di matrimonio appunto, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano»²⁶. In tal modo, non rileverebbe più l'inesistenza dell'atto o l'invalidità dello stesso, bensì l'inefficacia, per l'atto matrimoniale celebrato all'estero, a dispiegare qualsivoglia effetto giuridico sul piano del diritto interno. In tal modo la Corte sposta il nucleo della questione dal piano «sostanziale» (se, cioè, l'ordinamento giuridico italiano può ammettere l'esistenza del *same sex marriage*) a quello degli «effetti» prodotti dall'atto (incapacità dell'atto stesso di dispiegare i propri effetti).

In senso difforme, rispetto alla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione, si è pronunciato un Tribunale ordinario, quello di Grosseto, in una disputa avente ad oggetto la richiesta, operata da parte di una coppia omosessuale che aveva contratto matrimonio all'estero, di veder riconosciuto nell'ordinamento italiano e trascritto nei pubblici registri del proprio Comune di residenza l'atto matrimoniale²⁷.

Il Tribunale maremmano, nel proprio dispositivo, richiama, come d'altra parte fatto dalla Corte di Cassazione, una rilevante pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo²⁸, nella quale la stessa ha sostenuto che «visto l'art. 9 della Carta (dei diritti fondamentali dell'Unione europea, c.d. Carta di Nizza) [...] la Corte non ritiene più che il diritto al

(26) Corte di Cassazione, sent. n. 4184/2012, p.to 4.3.

(27) Tribunale di Grosseto, Ordinanza 3-9 Aprile 2014. La vicenda origina da un ricorso, presentato da una coppia omosessuale, al Tribunale maremmano, in forza dell'art. 95 del d.P.R. 396/2000, avverso il rifiuto, opposto dall'Ufficiale di stato civile del Comune, di trascrivere nei pubblici registri l'unione matrimoniale, celebrata a New York nel 2012. La norma in oggetto prevede che «Chi intende promuovere la rettificazione di un atto dello stato civile o la ricostituzione di un atto distrutto o smarrito o la formazione di un atto omesso o la cancellazione di un atto indebitamente registrato, o intende opporsi a un rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di ricevere in tutto o in parte una dichiarazione o di eseguire una trascrizione, una annotazione o altro adempimento, deve proporre ricorso al tribunale nel cui circondario si trova l'ufficio dello stato civile presso il quale è registrato l'atto di cui si tratta o presso il quale si chiede che sia eseguito l'adempimento». Di segno opposto rispetto alla pronuncia in parola si veda, per tutte, Tribunale di Pesaro, decreto 21 ottobre 2014, n. 1428, nel quale si aderisce completamente a quanto sostenuto dalla Corte di Cassazione e dalla Corte costituzionale in tema di diniego della trascrizione dei matrimoni omosessuali celebrati all'estero.

(28) Corte EDU, sent. 24 giugno 2010, caso *Schalk & Kopf c. Austria*. La pronuncia aveva ad oggetto il ricorso, presentato da due cittadini austriaci, avverso il diniego delle autorità nazionali di autorizzare il loro matrimonio.

matrimonio di cui all'art. 12 (CEDU) debba essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto»²⁹.

In tal modo, il Tribunale di Grosseto tende a dimostrare che la pronuncia in parola avrebbe, di fatto, superato la consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione in merito ai requisiti soggettivi essenziali dei nubendi³⁰.

A giudizio del Tribunale maremmano l'ammissione, da parte della Cassazione, del superamento del requisito della diversità del sesso dei coniugi quale titolo indispensabile per contrarre matrimonio avrebbe ormai legittimato la trascrizione dell'atto nei pubblici registri del Comune. Il Tribunale di Grosseto ha altresì sostenuto come non vi sia alcuna norma nell'ordinamento giuridico che espliciti il divieto di unione matrimoniale tra persone del medesimo sesso, né, per converso, alcuna norma che preveda il carattere «eterosessuale» dell'unione quale requisito necessario per contrarre matrimonio³¹.

Vi è da dire che la Corte di Appello di Firenze ha annullato la suddetta pronuncia del Tribunale di Grosseto per vizi di tipo procedurale; infatti, il Tribunale maremmano ha ommesso la citazione dell'Avvocatura dello Stato in giudizio. Il medesimo Tribunale di Grosseto, a seguito del rinvio operato dalla Corte d'Appello fiorentina, è tornato a riaffermare la

(29) Corte EDU, sent. *Schalk & Kopf c. Austria*, p.to 3.3.3. Art. 9 Carta di Nizza: «Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio». Art. 12 CEDU: «A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto».

(30) Dopo aver ribadito le ragioni del proprio indirizzo giurisprudenziale sul punto, la Corte di Cassazione stessa ha ammesso che, dinanzi alla pronuncia della Corte EDU, la propria consolidata giurisprudenza «non si dimostra più adeguata all'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» (p.to 4.3). Com'è stato sostenuto da I. MASSA PINTO, «*Fiat matrimonio*», cit., p. 6, «il limitato ma determinante effetto dell'interpretazione della Corte europea [...] sta nell'aver fatto cadere il postulato implicito, il requisito minimo indispensabile a fondamento dell'istituto matrimoniale, costituito dalla diversità di sesso dei nubendi e, conseguentemente, nell'aver incluso nell'art. 12 CEDU anche il matrimonio omosessuale».

(31) Nello specifico, il Tribunale richiama gli artt. da 84 a 88 del codice civile, concernenti appunto le condizioni soggettive per addivenire al matrimonio, nelle quali non vi è traccia di esplicito riferimento alla eterosessualità quale condizione indispensabile per accedere all'istituto in parola.

necessità della trascrizione dei matrimoni omosessuali celebrati all'estero, motivando il proprio orientamento negli stessi termini della precedente pronuncia ma in forma più estesa ed argomentata³².

In tema di *same sex marriage*, si è nuovamente pronunciata la Corte di Cassazione, sostanzialmente confermando i propri precedenti orientamenti e quanto disposto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 138/2010³³.

La Corte di Cassazione, in primo luogo, ha negato, diversamente da quanto asserito dai ricorrenti, che nel caso di specie vi siano elementi innovativi che giustifichino una nuova pronuncia della Corte costituzionale.

Nel merito, la Corte di Cassazione, come anticipato, ha mantenuto inalterato il proprio orientamento giurisprudenziale, negando cioè che nel nostro ordinamento giuridico sia ammissibile il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Le unioni omosessuali, proprio in ragione di quanto già sostenuto dalla Corte costituzionale nella pronuncia del 2010, devono essere ricondotte nell'alveo delle «formazioni sociali» previste dall'art. 2 della Costituzione. Ma, ha aggiunto la Corte, «il nucleo affettivo-relazionale che caratterizza l'unione omo-affettiva [...] riceve un diretto riconoscimento costituzionale all'art. 2 Cost. e mediante il processo di adeguamento e equiparazione imposto dal rilievo costituzionale dei diritti in discussione può

(32) La pronuncia del Tribunale maremmano è reperibile online: <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2015/02/decreto-trib-gr-chigiottiebucci.pdf>.

(33) Corte di Cassazione, sez. I civ., sent. 30 ottobre 2014, n. 2400/15.

In detta pronuncia i ricorrenti, a sostegno delle loro doglianze (la mancata trascrizione del matrimonio omosessuale celebrato all'estero), asseriscono che «la nozione di matrimonio è diventata *gender neutral* e il diritto al matrimonio ha natura di diritto fondamentale. Se il legislatore ordinario può disporre liberamente di questo diritto può anche privarlo di efficacia». In tal modo, sempre a giudizio dei ricorrenti, verrebbero incrinata le statuizioni contenute nella sent. n. 138/2010 della Corte costituzionale e nella sent. n. 4184/2012 della Corte di Cassazione, ove entrambe le Corti negarono il riconoscimento del matrimonio omosessuale, ancorché celebrato all'estero, nell'ordinamento giuridico italiano. Inoltre, la c.d. «lettura originalista» (la quale, per giustificare l'esclusione delle unioni omosessuali dalla nozione di famiglia quale «società naturale fondata sul matrimonio» dettata dall'art. 29 della Costituzione, fa ricorso all'*original intent* dei Costituenti, ovvero essi non ignorarono di certo l'esistenza delle unioni omosessuali, ma ritennero che la nozione di famiglia dovesse, implicitamente, essere ricondotta al tradizionale connubio marito-moglie) dell'art. 29 della Costituzione sarebbe, alla luce di quanto disposto dagli artt. 9 della Carta di Nizza e 12 della CEDU, del tutto anacronistica.

acquisire un grado di protezione e tutela equiparabili a quello matrimoniale in tutte le situazioni nelle quali la mancanza di una disciplina legislativa determina una lesione dei diritti fondamentali scaturenti dalla relazione in questione»³⁴.

La Corte ha, inoltre, ribadito la discrezionalità del legislatore quanto alle forme ed ai modi con cui riconoscere e garantire i diritti spettanti allo *status* di coppia. Gli artt. 9 della Carta di Nizza e 12 della CEDU, infatti, non pongono in capo allo Stato un obbligo di estensione della disciplina matrimoniale alle unioni omosessuali, pur non escludendo che gli Stati procedano al riconoscimento delle unioni suddette.

Secondo questa giurisprudenza, in sostanza, il riconoscimento dei diritti connessi allo *status* di coppia non impone l'estensione dell'istituto del matrimonio alle coppie omosessuali, ben potendo gli Stati operare l'estensione dei «diritti» tradizionalmente correlati al matrimonio, ma non l'istituto stesso³⁵.

3. La prassi in materia di unioni omosessuali: le trascrizioni da parte dei Sindaci... e la loro cancellazione ad opera dei Prefetti

Il Ministro dell'interno, al fine di bloccare le trascrizioni che numerosi primi cittadini stavano ponendo in essere su tutto il territorio nazionale³⁶, ha emanato, in data 7 ottobre 2014, una circolare diretta ai Prefetti della Repubblica, nonché ai Commissari del governo per le Province Autonome di Trento e Bolzano³⁷.

L'art. 14 del d.lgs. 300/1999 (recante norme per la «Riforma dell'orga-

(34) Corte di Cassazione, sez. I civ., sent. n. 2400/15, Motivi della decisione, 16.

(35) A giudizio della Cassazione, anche la Corte EDU è rimasta coerente con il proprio orientamento giurisprudenziale. Infatti, a partire dalla pronuncia *Schalk & Kopf c. Austria*, passando per le più recenti *Gas & Dubois c. Francia* (15 marzo 2012) e *Hamalainen c. Finlandia* (16 luglio 2014), la Corte di Strasburgo ha mantenuto ferma la non obbligatorietà per gli Stati dell'estensione dell'istituto matrimoniale alle unioni omosessuali.

(36) L'elenco delle città i cui Sindaci hanno trascritto i matrimoni omosessuali contratti all'estero: Roma, Udine, Bologna, Milano, Empoli, Livorno, Fano, Pistoia, Grosseto, Reggio Emilia.

(37) Oggetto della circolare ministeriale è la «Trascrizione nei registri dello stato civile dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero». La circolare ministeriale è disponibile online: <http://serviziodemografici.interno.it/sites/default/files/news-files/Circolare%20del%207%20Ottobre%202014.pdf>.

nizzazione del Governo, a norma dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59») prevede esplicitamente che il Ministero dell'interno sia competente in ordine alla vigilanza sul corretto funzionamento dello stato civile e dell'anagrafe³⁸.

Inoltre, in base a quanto disposto dal Testo unico degli enti locali, il Ministro è competente ad intervenire in materia con atti, quali le «circolari ministeriali», che hanno la preminente funzione di essere rivolte al personale subordinato al Ministro, affinché una determinata azione venga posta in essere, un determinato comportamento venga tenuto, una determinata condotta venga a cessare³⁹.

Peraltro, non è irrilevante constatare come la circolare ministeriale non sia il primo atto mediante il quale il Ministero dell'interno assume, in via diretta, una posizione di netta contrarietà alla trascrizione dei matrimoni omosessuali celebrati all'estero. In effetti, sul punto era già intervenuta una circolare della Direzione centrale del Ministero dell'interno, datata 18 ottobre 2007, nella quale veniva richiamata l'attenzione «degli ufficiali di stato civile affinché al momento di trascrivere un matrimonio

(38) In merito alla natura delle circolari ministeriali si vedano, per tutti, A. RUGGERI, *Circolari amministrative e circolari di indirizzo politico*, in *Riv. trim. dir. Pubbl.*, 1973, p. 1758 ss.; R. TARCHI, *Le circolari ministeriali con particolare riferimento alla prassi*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Norme secondarie e direzione dell'amministrazione*, Bologna, 1992, p. 267 ss.;

art. 14, commi 1-2, d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300: «Al Ministero dell'interno sono attribuite le funzioni e i compiti spettanti allo Stato in materia di: garanzia della regolare costituzione e del funzionamento degli organi degli enti locali e funzioni statali esercitate dagli enti locali, tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, difesa civile e politiche di protezione civile, poteri di ordinanza in materia di protezione civile, tutela dei diritti civili, cittadinanza, immigrazione, asilo, soccorso pubblico, prevenzione incendi. Il ministero svolge in particolare le funzioni e i compiti di spettanza statale nelle seguenti aree funzionali: *a)* garanzia della regolare costituzione degli organi elettivi degli enti locali e del loro funzionamento, finanza locale, servizi elettorali, vigilanza sullo stato civile e sull'anagrafe e attività di collaborazione con gli enti locali; *b)* tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e coordinamento delle forze di polizia; *c)* amministrazione generale e supporto dei compiti di rappresentanza generale di governo sul territorio; *d)* tutela dei diritti civili, ivi compresi quelli delle confessioni religiose, di cittadinanza, immigrazione e asilo».

(39) Il d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 prevede, all'art. 54, comma 12, che: «Il Ministro dell'interno può adottare atti di indirizzo per l'esercizio delle funzioni previste dal presente articolo da parte del sindaco». In particolare, la circolare ministeriale in oggetto rientra nella categoria delle c.d. «circolari interpretative», ovvero una nota con la quale il Ministero informa gli organi periferici circa la corretta interpretazione da seguire rispetto ad una determinata norma giuridica o ad un insieme di norme incidenti su una determinata materia, al fine di garantire un'omogenea applicazione del diritto su tutto il territorio nazionale.

contratto all'estero da un cittadino, pongano particolare cura alla verifica che i due sposi siano di sesso diverso, eventualmente richiedendo direttamente al cittadino o al consolato che ha trasmesso la pratica, in caso di dubbio, un documento di identità dal quale si evinca inequivocabilmente il sesso degli interessati»⁴⁰.

Entrando pienamente nel merito, la circolare, in prima battuta, prende atto della trascrizione, operata da diversi Sindaci, di matrimoni tra persone del medesimo sesso celebrati all'estero. Le «direttive» – come l'atto ministeriale qualifica le disposizioni dei Sindaci – poste in essere al fine di operare la trascrizione dei matrimoni omosessuali, vengono definite come «non conformi al quadro normativo vigente».

A sostegno di tale perentoria affermazione la circolare ministeriale sottolinea come la capacità giuridica delle persone e lo stato civile rientrano a pieno titolo nell'ambito competenziale esclusivo dello Stato⁴¹.

Inoltre, la natura meramente certificativa della trascrizione non esonera, a parere del Ministro, gli ufficiali di stato civile dal verificare, oltre alla regolarità dell'atto in ossequio alle norme del luogo ove lo stesso è stato posto in essere⁴², anche la compatibilità dell'atto stesso rispetto alle norme dell'ordinamento giuridico italiano.

Di conseguenza, la circolare pone in capo agli ufficiali di stato civile non un mero onere di verifica formale (relativa alla validità intrinseca dell'atto), bensì un dovere «attivo» di accertamento della sussistenza, in capo ai soggetti interessati, dei requisiti, previsti dall'ordinamento giuridico italiano, necessari al fine di ottenere la trascrizione del matrimonio celebrato all'estero.

A compimento dell'argomentazione, la circolare ministeriale ha richiamato le succitate pronunce della Corte costituzionale (sent. 21 aprile 2010, n. 138) e della Corte di Cassazione (sent. 15 marzo 2012, n. 4184), secondo le quali, a parere del Ministro, non vi sarebbe altra lettura che

(40) La circolare ministeriale del 2007 è disponibile online: http://www.servizidemografici.interno.it/sitoCNSD/documentazioneRicerca.do?metodo=dettaglioDocumento&servizio=documentazione&ID_DOCUMENTO=986&codiceFunzione=NO&codiceSettore=SC.

(41) In particolare, si opera un rinvio implicito alle materie contenute nell'art. 117, comma 2, lettera i) («cittadinanza, stato civile e anagrafi») della Costituzione.

(42) Si rinvia a quanto già riferito *sub* nota 4.

quella intesa ad escludere la possibilità, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, di veder riconosciute le unioni omosessuali.

Sarà dunque compito dei Prefetti, a parere del Ministero dell'interno, accertare le eventuali violazioni della legge e disporre la cancellazione degli atti trascritti nei registri pubblici dello stato civile⁴³.

In effetti, a seguito delle polemiche suscitate dalle trascrizioni operate dai Sindaci dei *same sex marriage* celebrati all'estero e, successivamente, dalla presa di posizione ministeriale, a mezzo stampa e mediante la circolare, i Prefetti interessati hanno intimato ai Sindaci di ottemperare alla loro richiesta di cancellazione dei matrimoni omosessuali dai registri dello stato civile⁴⁴.

In realtà, però, quanto affermato dal Ministero dell'interno non è privo di ambiguità. In primo luogo, l'art. 54, comma 11, del Testo unico degli enti locali dispone che, in caso di «inerzia» del Sindaco (o di un suo delegato), nelle materie di cui ai commi 1-3-4 del medesimo articolo (emanazione degli atti che gli sono attribuiti dalla legge e dai regolamenti in materia di ordine e sicurezza pubblica, svolgimento delle funzioni affidategli dalla legge in materia di pubblica sicurezza e di polizia giudiziaria, vigilanza su tutto quanto possa interessare la sicurezza e l'ordine pubblico, tenuta dei registri di stato civile e di popolazione e agli adempimenti demandatigli dalle leggi in materia elettorale, di leva militare e di statistica, atti contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana) il Prefetto possa «intervenire con proprio provvedimento», sostituendosi al Sindaco inadempiente.

La disposizione in parola desta, invero, non poche perplessità. La previsione della sostituzione diretta del Prefetto, «anche» in caso di inadem-

(43) Sul ruolo e i poteri del Prefetto si vedano, fra gli altri, V. MAZZARELLI, *Prefetto e prefettura (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 947 ss.; C. MEOLI, *Prefetto*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996, p. 392 ss.; M. CAMMELLI, *L'ufficio territoriale del governo (art. 11)*, in A. PAJNO, L. TORCHIA (a cura di), *La riforma del governo*, Bologna, 2000, p. 165 ss.; S. CASSESE, *Gli uffici territoriali del governo nel quadro della riforma amministrativa*, in *Le Regioni*, 2001, p. 869 ss.; R. LAURO, V. MADONNA, *Il prefetto della Repubblica tra istituzioni e società*, Rimini, 2005.

(44) In proposito, il Sindaco di Milano, in data 17 gennaio 2015, ha dichiarato alle agenzie di stampa di essere indagato dalla Procura di Milano per «omissione di atti d'ufficio», in quanto non ha ottemperato alla richiesta del Prefetto di cancellare i matrimoni omosessuali precedentemente trascritti dal registro dello stato civile del Comune di Milano.

pienza da parte del Sindaco, parrebbe, a prima lettura, configurare un rapporto tra i due organi di tipo «gerarchico-funzionale». Se è vero che le materie in cui il Prefetto può sostituirsi al Sindaco sono «attribuzioni del Sindaco nelle funzioni di competenza statale» (dunque in tal senso il Prefetto si pone quale rappresentante territoriale del Governo con funzione di garanzia dell'unitaria applicazione delle norme giuridiche su tutto il territorio nazionale), è parimenti rispondente al vero che Sindaco e Prefetto non sono organi riconducibili alla categoria classica della «gerarchia», promanando gli stessi da ambiti dell'amministrazione diversi (Enti locali il primo, Ministero dell'interno il secondo). D'altronde, la stessa giurisprudenza amministrativa⁴⁵ è pressoché unanime nel ritenere che il Sindaco, nell'adempimento delle sue funzioni, benché delegate dallo Stato, rimanga pur sempre inquadrato quale «ufficiale di Governo» del territorio, afferente quindi all'ordinamento degli Enti Locali; egli, in sostanza, non diverrebbe un organo dell'amministrazione statale, subordinato gerarchicamente al Ministero dell'interno ed al Prefetto. Infine, l'art. 118, comma 2, della Costituzione stabilisce che: «I Comuni, le Province e le Città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze». Il disposto dell'art. 54, comma 11, del TUEL, laddove prevede che il Prefetto possa sostituirsi «anche» in caso di inerzia del Sindaco, farebbe supporre una generale potestà sostitutiva, in capo all'organo prefettizio, non vincolata al requisito della stretta «inadempienza» da parte del Sindaco o del suo delegato; tale circostanza solleva forti dubbi di legittimità costituzionale, poiché parrebbe irragionevole «conferire» ai Comuni (nel caso di specie mediante legge statale) funzioni sulle quali un organo dello Stato (nella circostanza il Prefetto) possa intervenire in qualunque momento, senza che vi siano limiti o indicazioni espresse, nel corpo della norma, circa i casi nei quali l'organo statale possa, a buon diritto, intervenire in via sostitutiva in ambiti assegnati dalla legge alla competenza del Sindaco.

Proprio in tema di competenza del Prefetto ad intervenire sugli atti posti in essere dal Sindaco in materia di tenuta dei registri dello stato civi-

(45) Si vedano, per tutte, Cons. di Stato, sez. IV, sent. 28 marzo 1994, n. 291 e Cons. di Stato, sez. VI, sent. 17 ottobre 2003, n. 7266.

le del Comune si è recentemente pronunciato il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sez. I-ter, con le pronunce depositate in data 9 marzo 2015, nn. 3907-3911-3912 (aventi sostanzialmente il medesimo tenore)⁴⁶. Preliminarmente, il Tribunale amministrativo, operando un richiamo alla giurisprudenza costituzionale, ha condiviso quanto già sostenuto dal Giudice delle Leggi, ove afferma che «la Corte costituzionale ha, infatti, affermato che l'art. 29 Cost. si riferisce alla nozione di matrimonio definita dal codice civile come unione tra persone di sesso diverso e questo significato del precetto costituzionale non può essere superato con un'interpretazione creativa né, peraltro, con specifico riferimento all'art. 3, comma 1, Cost., le unioni omosessuali possono essere ritenute *tout court* omogenee al matrimonio [...] la Consulta ha stabilito che tra le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost., in grado di favorire il pieno sviluppo della persona umana nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico, rientra anche l'unione omosessuale ma, ha evidenziato che spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità politica, individuare con atto di rango legislativo le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, scegliendo, in particolare, se equiparare *tout court* il matrimonio omosessuale a quello eterosessuale, ovvero introdurre forme diverse di riconoscimento giuridico della stabile convivenza della coppia».

Il TAR, inoltre, condividendo quanto precedentemente sostenuto dalla Corte di Cassazione, nella pronuncia n. 4184/2012, ha affermato che: «In sostanza, allo stato dell'attuale normativa nazionale italiana, il matrimonio celebrato all'estero tra persone dello stesso sesso risulta privo dei requisiti sostanziali necessari per procedere alla sua trascrizione, ai sensi dell'art. 10 del d.P.R. 396/2000, come confermato dalla giurisprudenza, la quale ha affermato che «l'intrascrivibilità delle unioni omosessuali dipende non più dalla loro inesistenza e neppure dalla invalidità, ma dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano»».

Entrando pienamente nel merito della pronuncia, a giudizio del TAR Lazio, la normativa vigente: a) esclude qualsivoglia tipo di intervento so-

(46) La pronuncia del TAR Lazio è reperibile online: <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2015/03/Tar-Lazio-2015.pdf>.

stitutivo prefettizio (ad eccezione del caso di «inerzia» del Sindaco); *b*) affida all'autorità giudiziaria il compito di valutare l'eventuale cancellazione di un atto indebitamente registrato nel registro di stato civile del Comune. Dunque, a parere del giudice amministrativo, da un lato i Prefetti sono sprovvisti della competenza a censurare gli atti posti in essere dal Sindaco in materia di trascrizioni delle unioni matrimoniali celebrate all'estero, dall'altro il TAR stesso rinviene la competenza medesima in capo ai Tribunali ordinari, ai quali spetterà la valutazione della trascrivibilità o meno delle unioni suddette⁴⁷.

La disciplina in parola, della quale si è tentato di tratteggiare i caratteri essenziali ed i punti di maggiore criticità, dimostra come, in assenza di una normativa statale che, in via esplicita, statuisca in merito alle forme e ai modi in cui le unioni omosessuali (in virtù del proprio *status* di «coppia») possano trovare riconoscimento giuridico nel nostro ordinamento, l'ammissibilità dei matrimoni omosessuali all'interno dell'ordinamento giuridico italiano (in presenza di un articolato dibattito dottrinario, alimentato da pronunce non sempre lineari della giurisprudenza costituzionale e di merito) resta un problema ancora largamente insoluto. Non sarebbe pertanto condivisibile, per le ragioni finora esposte, l'eventualità che il legislatore «decida di non decidere» in merito all'estensione dei diritti connessi allo *status* di «coppia» alle unioni omosessuali. Il tema non è, infatti, il riconoscimento o meno dei diritti, poiché le pronunce della Corte EDU e della Corte costituzionale, nel silenzio della normativa nazionale, fanno chiaramente intendere come vi sia la ragionevole pretesa, da parte alle coppie omosessuali, di accedere ad un determinato catalogo di diritti inerenti alla loro vita di «coppia».

Ciò che il legislatore è chiamato a fare, anche a fronte di quanto già previsto in diversi Stati dell'Unione europea, si sostanzia nell'estensio-

(47) «Quindi, una trascrizione nel Registro degli atti di matrimonio può essere espunta e/o rettificata solo in forza di un provvedimento dell'Autorità giudiziaria e non anche adottando un provvedimento amministrativo da parte dell'Amministrazione centrale, neanche esercitando il potere di sovraordinazione che, effettivamente, il Ministro dell'interno vanta sul Sindaco in tema di stato civile» (p.to 4.1). In tal senso, però, la pronuncia in parola non pare tener conto di un'anomalia sistemica che genererà non pochi problemi di certezza del diritto. Infatti, non essendovi alcuna chiara indicazione in merito da parte del legislatore, potrà avvenire (come del resto è già avvenuto) che distinti Tribunali decidano in maniera opposta l'uno rispetto all'altro, creando in tal senso forte disorientamento ed eterogeneità di scelte rispetto a casi del tutto simili tra loro.

ne, totale o parziale, dei diritti connessi al matrimonio anche alle coppie omosessuali (mediante, eventualmente, l'istituzione di «pubblici registri delle unioni civili», in modo tale da determinare con certezza quale sia la platea di soggetti interessata all'accesso ai diritti derivanti dall'iscrizione al registro medesimo) oppure nel consentire l'accesso all'istituto del «matrimonio civile» anche alle coppie omosessuali⁴⁸.

In conclusione, non si può sottacere che la scelta che il legislatore è chiamato a fare in ordine alla disciplina delle unioni omosessuali sarà gravida di conseguenze sul piano dell'ordinamento giuridico e, in particolare, rispetto alla disciplina del diritto di famiglia.

La discrezionalità riconosciuta in materia al legislatore, *in primis* dalla Corte costituzionale, potrebbe portare all'estensione «parziale» dei diritti connessi al matrimonio alle coppie omosessuali (a parere di chi scrive, l'ipotesi più verosimile nell'immediato futuro) e non alla totale equiparazione coppie eterosessuali-omosessuali, anche in ragione dell'accesso dibattuto politico in materia, connotato molto spesso da venature più ideologiche che da argomentazioni di tipo giuridico (in special modo, riguardo all'ipotetica futura adottabilità dei figli da parte delle coppie omosessuali, qualora venga loro riconosciuto il diritto di contrarre matrimonio)⁴⁹.

(48) Del medesimo avviso è, in particolare, G. FERRANDO, *Il diritto al matrimonio delle coppie dello stesso sesso: dalla discriminazione alla pari dignità*, in *Politica del Diritto*, 3, 2014, p. 359 ss., spec. p. 373: «Il legislatore, chiamato direttamente in causa dalla Corte costituzionale, deve ora fare la sua parte della Camera dei Deputati approvando una legge all'altezza della nostra grande tradizione di civiltà. Se così non dovesse essere, non ci si lamenti poi che i giudici intervengano a ristabilire il primato della Costituzione, come hanno dimostrato di saper fare in altre occasioni».

(49) Al momento di dare alle stampe il presente saggio, è intervenuta una rilevante pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU, 21 luglio 2015, caso *Oliari e altri c. Italia*) di cui, per esigenze di brevità, si riporta di seguito il contenuto essenziale (la sentenza è reperibile online: <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2015/07/CASE-OF-OLIARI-AND-OTHERS-v.-ITALY.pdf>).

La Corte, in ossequio alla propria giurisprudenza pregressa, torna a ribadire la necessità indefettibile di riconoscere i diritti connessi allo *status* di coppia alle unioni omosessuali. Ma, a differenza delle precedenti pronunce, la Corte opera un salto di qualità, condannando lo Stato italiano, per violazione dell'art. 8 della CEDU, sulla base della considerazione che «il Governo italiano ha ecceduto il suo margine di apprezzamento ed ha mancato di adempiere il suo *obbligo positivo* di assicurare che ai ricorrenti fosse disponibile uno specifico quadro legale che prevedesse il riconoscimento per la tutela delle loro unioni omosessuali» (p.to 185).

In definitiva, un chiaro e perentorio segnale indirizzato al Legislatore italiano, al fine di stimolare un intervento a breve termine per sanare una lacuna normativa ritenuta non più procrastinabile, ponendo in essere istituti giuridici che estendano alle unioni omosessuali i diritti connessi, nell'ordinamento giuridico italiano, al matrimonio civile.

