



Simona Attollino

(dottore di ricerca in Istituzioni e Politiche comparate presso l'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro", Dipartimento di Giurisprudenza)

Nuovi modelli familiari.

Considerazioni in ordine a Consiglio di Stato n. 4899 del 2015 sulla trascrivibilità del matrimonio omosessuale*

SOMMARIO: 1. Primi argomenti sulle unioni *same-sex* - 2. Lo stato dell'arte nazionale ed europeo fino alla pronuncia dei Giudici amministrativi - 3. La sentenza del Consiglio di Stato n. 4899 del 2015. Il fatto - 4. Il sistema regolatorio di riferimento e il riferimento all'ordine naturale - 5. Matrimonio omosex e ufficiale dello stato civile: il rapporto di supremazia gerarchica - 6. "L'infrangibile ostacolo dell'articolo 29 della Costituzione" - 7. Conclusioni e prospettive.

1 - Primi argomenti sulle unioni *same-sex*

Il tema delle unioni omosessuali ha assunto, solo di recente, una rilevanza sempre maggiore e ha sollecitato l'interesse della dottrina e della giurisprudenza¹, divenendo, poi, l'oggetto di un vivace dibattito politico e parlamentare ancora in corso.

La recente approvazione in Senato, con la tecnica del voto di fiducia, del maxi-emendamento al disegno di legge Cirinnà sulle unioni civili² rappresenta l'attuale apice della discussione, anche mediatica, ma non interpreta quell'auspicabile compromesso parlamentare che dovrebbe, invece, sostenere un intervento riformatore di tale rilievo.

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Cfr. **M. GATTUSO**, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in www.forumcostituzionale.it, pp. 1-23; **F. DEL CANTO**, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla "aspirazione" al matrimonio al "diritto" alla convivenza*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 00, 2 luglio 2010, pp. 1-21; **M. PARISI**, *Verso una tutela nazionale e sovranazionale delle unioni (matrimoniali e civili) tra persone dello stesso sesso? Riflessioni a margine del caso Oliari e altri contro Italia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 5/2016, pp. 1-29.

² D.D.L. n. 14, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, ora al vaglio della Camera dei Deputati prima della conversione in legge.



In termini generali, la questione della regolamentazione giuridica delle relazioni affettive è rimasta storicamente limitata, sino a pochi anni orsono, al solo paradigma eterosessuale, reputando, in effetti, l'identità di genere dei nubendi una causa d'inesistenza oppure d'invalidità del matrimonio³. Ciò sulla base di una consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio⁴, che legava a doppio filo l'impianto della famiglia legittima all'atto matrimoniale in senso stretto e si affermava nella tradizione giuridica, prima ancora che codicistica e costituzionale, sin dai primi anni Cinquanta; parallelamente, l'avallo dell'applicazione giurisprudenziale e della riflessione dottrinale rimanevano appiattite in una posizione di quasi indifferenza⁵, a eccezione di limitate voci che denunciavano l'urgente necessità di un adeguamento della disciplina vigente al mutevole clima sociale⁶.

Ma quell'istanza di rinnovamento che, progressivamente, è divenuta più intensa ed è stata percepita sia nella scienza giuridica, sia e soprattutto nella coscienza collettiva, faceva pur sempre riferimento al modello legale di famiglia, attorno al quale si costruiva ancora gran parte della produzione della giurisprudenza costituzionale⁷.

³ Segnalava in merito una "non trascurabile divergenza di opinioni", G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Jovene, Napoli, 1983, p. 188.

⁴ È l'espressione utilizzata nell'ordinanza di rimessione del 3 aprile 2009, Tribunale di Venezia, III sezione civile, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 1905, annotata da G. FERRANDO, *Il matrimonio gay: il testimone passa alla Consulta*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2009, p. 911; E. CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale all'esame della Corte Costituzionale*, in *Giur. Cost.*, n. 2, 2009, p. 726; A.Y. MELANI, *Il matrimonio omosessuale davanti alla Corte Costituzionale: azzardo o svolta?*, in www.forumcostituzionale.it, 30 giugno 2009, pp. 1-7; J. PATRONE, *Il matrimonio tra persone omosessuali davanti alla Corte Costituzionale*, in *Quest. Giust.*, 2009, n. 4, p. 143.

⁵ Il rilievo è di R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in AA. VV., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Atti del Convegno (Messina-Taormina, 3-8 novembre 1981), Giuffrè, Milano, 1982, p. 68. Per una sintesi delle diverse posizioni dottrinali e giurisprudenziali, cfr. D. VINCENZI AMATO, *La famiglia e il diritto*, in P. Melograni (a cura di), *La famiglia italiana dall'800 ad oggi*, Laterza, Roma-Bari, 1988, pp. 670-674. Cfr., per tutte, le note sentenze della Corte di Cassazione, 21 ottobre 1961, n. 2284, in *Foro it.*, 1962, I, c. 55 ss., e della Corte cost. 6 luglio 1960, n. 54, *ivi*, 1960, I, c. 1068 ss.

⁶ Cfr. C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, p. 142 ss.; P. BARILE, *Eguaglianza dei coniugi e unità della famiglia*, in *Scritti di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1967, p. 183 ss.

⁷ Per una rassegna sulle posizioni della Corte costituzionale, cfr. D. VINCENZI AMATO, *La famiglia e il diritto*, cit., pp. 674-676; G. FERRANDO, *I rapporti personali tra coniugi: principio di eguaglianza e garanzia dell'unità della famiglia*, in M. Sesta, V. Cuffaro (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, ESI, Napoli-Roma,



Tanto è vero che le risposte del legislatore nazionale, in relazione alle politiche sulla famiglia, sono sempre state caratterizzate da un'inesplicabile retrosia, con la conseguenza di concedere una sostituzione della tutela giudiziaria, più vicina, rispetto a quella legislativa, alla realtà sociale⁸. Ciò che è emerso è l'ostinata difesa di un concetto naturalistico di famiglia, rivelatrice della difficoltà a riconoscere dignità giuridica al fenomeno della pluralizzazione delle manifestazioni affettive: un immobilismo che pare essere stato sostenuto anche dalla prima dottrina giuridica, preoccupata che gli interventi legislativi potessero acquisire *valore di approvazione dell'omosessualità e di elevazione di questa a "modello" per la vita di coppia, da parificare a quello eterosessuale*⁹.

Nonostante ciò, il culmine della crisi del sistema familiare vede accompagnarsi dalla stagione delle riforme post-codicistiche - dalla legge n. 898 del 1970 sul divorzio, alla riforma organica n. 151 del 1975, sino alla legge n. 194 del 1978 sull'interruzione di gravidanza: non è che un segno del graduale superamento della visione meramente istituzionalistica della famiglia, che, oltre il dato formalistico (l'atto di matrimonio), decide di valorizzare soprattutto il concreto svolgimento della vita di coppia (il rapporto)¹⁰ e la sua funzione¹¹.

È questo il primo passo che conduce sull'attuale itinerario del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali.

Sono i giudici ad accogliere per primi le sollecitazioni di quella dottrina sensibile alla tutela degli interessi dei singoli, non più assimilabili solo a quelli comuni del "gruppo famiglia", ma considerati nella loro autonomia, in quanto portatori di libertà individuali¹².

2006, p. 139 ss.; **M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRANDO, M.R. SPALLAROSSA**, *La famiglia nel nuovo diritto*, Zanichelli, Bologna, 2002, p. 19 ss.

⁸ Cfr. **F. ANGELINI**, *Quando dirsi "si" fa la differenza. Modelli di famiglia e orientamento sessuale*, in A. Schillaci (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Carocci editore, Studi superiori, Roma, 2014, p. 93 ss.

⁹ Così **P. SCHLESINGER**, *Una risoluzione del Parlamento europeo sugli omosessuali*, in *Corr. Giur.*, 1994, p. 395, il quale in tema di adozione, ai fini del corretto sviluppo della personalità del minore, afferma che "in linea di principio, parrebbe miglior partito, finché sia possibile, assicurare una coppia genitoriale eterosessuale".

¹⁰ Sulla valorizzazione del "rapporto" familiare, cfr **G. FURGIUELE**, *Libertà e famiglia*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 59 ss.

¹¹ **L. MENGONI**, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, p. 10.

¹² Sui diritti degli individui nella famiglia, si vedano già le considerazioni di **P. PERLINGIERI**, *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 72 ss.; **ID.**, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Esi, Napoli, 2005, p. 427 ss. **L. CAMPAGNA**, *Famiglia legittima e famiglia adottiva*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 67; **P. BARCELLONA**, voce *Famiglia (dir. civ.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XVI, Giuffrè, Milano, 1967,



A sostegno di questo rinnovato impianto, accanto ad argomenti giuridici – *rectius*: divieto di discriminazioni in base all'orientamento sessuale e necessario riconoscimento del diritto ad autodeterminarsi affettivamente – si sviluppano, però, anche argomenti sociologici: il ricorso, cioè, all'interpretazione della realtà sociale e delle sue dinamiche di sviluppo, in chiave critica, come parametro di riconoscimento di nuovi diritti¹³.

A partire da tali considerazioni, lo specchio della Costituzione¹⁴, o quantomeno il limitato riferimento alle norme di cui agli articoli 29 e ss., non è più in grado di riflettere in maniera esaustiva l'intera gamma delle relazioni affettive di interessi meritevoli di tutela¹⁵.

Al centro della Carta fondamentale c'è, infatti, il principio personalista, che guarda, come soggetto e oggetto della sua regolazione, alla tutela della persona umana e delle sue sfere di libertà in cui essa esprime scelte cruciali per la propria vita¹⁶. Per lungo tempo, la dottrina civilistica si era riferita al concetto di famiglia "al singolare" e sussunto pienamente a "soggetto" meritevole di tutela.

Ma la Costituzione va oltre.

E oggi, probabilmente, anche su impulso dei rilievi comparatistici, la discussione sulle ragioni del denegato riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali inizia a farsi più accurata¹⁷.

pp. 783, 787; **L. MENGONI**, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 272. **P. PERLINGIERI**, *Famiglia e diritti fondamentali della persona*, in *Legalità e giustizia*, 1986, p. 370 s.

¹³ Cfr **R. IBRIDO**, *Costituzioni in cammino. Argomento sociologico e orientamento sessuale*, in A. Schillaci (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Carocci, Studi superiori, Roma, 2014, p. 215 ss.

¹⁴ L'espressione è di **P. ZATTI**, *Famiglia, Familiae - Declinazione di un'idea*, cit., p. 10.

¹⁵ Cfr **N. LIPARI**, *Riflessioni sul matrimonio a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in G. Frezza (a cura di), *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 17 ss., ove si evidenzia come ormai la prospettiva sia tutta spostata nell'ottica del rapporto, sicché risulta superato il riferimento a un atto fondativo ai fini della determinazione di una disciplina del vincolo familiare; *contra* **G. GIACOBBE**, *Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 487; **ID.**, *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale*, in *Dir. famiglia*, 2006, p. 1230.

¹⁶ **A. PUGIOTTO**, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. III, Esi, Napoli, p. 2701; **M.C. NUSSBAUM**, *Disgusto e umanità. L'orientamento sessuale di fronte alla legge*, Il Saggiatore, Milano, 2011, p. 68.

¹⁷ Per un quadro generale, cfr. B. De Filippis, F. Bilotta (a cura di), *Amore civile, dal diritto della tradizione al diritto della ragione*, Mimesis, Milano-Udine, 2010; F. Bilotta (a cura di), *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario e comparato*, Mimesis, Milano-Udine, 2008; **M. BONINI BARALDI**, *Le nuove convivenze tra discipline*



Tanto è vero che, in sede di discussione sul D.D.L. Cirinnà, il cui testo è, oggi, sostanzialmente definitivo, anche la Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica non aveva escluso la possibilità di un'evoluzione interpretativa dell'espressione "società naturale", contenuta all'art. 29 della Costituzione, in ragione della duttilità propria dei principi costituzionali¹⁸.

Per tali ragioni, il presente approfondimento appare sollecitato dal vivace dibattito in corso e si propone di illustrare i risultati cui è giunto, di recente, il Consiglio di Stato in tema di trascrivibilità dell'unione omosessuale. A tal fine, merita prendere le mosse dall'analisi del panorama giurisprudenziale nazionale ed europeo che ha condotto i giudici amministrativi sino all'ultima decisione in commento; nei paragrafi che seguono, inoltre, l'attenzione sarà focalizzata sui passaggi argomentativi della sentenza più interessanti tanto sotto il profilo strettamente giuridico, quanto sotto quello dell'approccio metodologico prescelto.

2 - Lo stato dell'arte nazionale ed europeo fino alla pronuncia dei Giudici amministrativi

L'attualità ci consegna un'insoddisfacente modernità giuridica in tema di diritto delle relazioni familiari.

Ne è la prova la difficoltà con cui la giurisprudenza ha affrontato le istanze provenienti dalle coppie omosessuali, pur nella consapevolezza della possibilità di ricorrere a una molteplicità di modelli ai quali affidare

straniere e diritto interno, Ipsoa, Milano, 2005.

¹⁸ Prima Commissione Permanente (Affari Costituzionali), Parere del 12 maggio 2015, Estensore Sen. Lo Moro (reperibile su www.senato.it), in cui "quella formula è suscettibile di essere oggetto di un'ulteriore indagine ermeneutica, che svincoli il dato normativo dallo stretto richiamo alla *voluntas* del legislatore costituente, avvinta – per evidenti ragioni di contesto storico e culturale – al paradigma eterosessuale del vincolo affettivo". Da qui il richiamo a "un'interpretazione evolutiva, che tenga conto delle profonde trasformazioni sociali palesate negli ultimi decenni e delle mutate coordinate culturali alle quali il diritto non può restare insensibile". In termini generali, cfr. J.M. WHITE, *The Current Status of Theorizing About Families*, in G.W. Peterson, K.R. Bush (a cura di), *Handbook of Marriage and the Family*, Springer, New York Heidelberg Dordrecht London, 2013, pp. 11-33; L. REMIDDI, *La nuova legge sulle unioni civili e sulle convivenze*, in www.giudicedonna.it, n. 3, 2015, pp. 1-7; S. LARICCIA, *Diritti degli individui e diritti delle coppie in materia familiare*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 4, 2016, pp. 1-16.



la dinamica degli affetti, modelli sempre più attenti dall'esperienza sociale, più che dalla predeterminazione normativa.

Dal 2010 a oggi, infatti, una significativa giurisprudenza, nazionale ed europea, apre il varco nel tortuoso percorso del riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso: interviene la Corte costituzionale italiana con una pronuncia, la n. 138 del 4 aprile, in cui si parla di "*diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia*", eterosessuale o omosessuale che sia. Per la prima volta, si deduce la rilevanza costituzionale delle coppie dello stesso sesso¹⁹ dall'art. 2 della Costituzione, che tutela le formazioni sociali all'interno delle quali l'individuo ha diritto alla libera costruzione della propria personalità²⁰.

Ma si tratta, pur sempre, di un grande passo in avanti. La Consulta, infatti, aggira l'ostacolo dell'art. 29 della Costituzione e annovera

*"nella nozione di formazione sociale anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, ottenendone – nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri"*²¹.

E prosegue, in attesa di un intervento legislativo, sancendo l'irragionevolezza delle eventuali disparità di trattamento fra tali formazioni sociali e le coppie coniugate, mediante il parametro dell'art. 3 della Costituzione²².

¹⁹ A. SCHUSTER, *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 10 aprile 2012 (reperibile in www.europeanrights.eu public).

²⁰ Per un'annotazione alla sentenza n. 138 del 2010 della Corte cost., cfr. N. COLAIANNI, *Matrimonio omosessuale e Costituzione*, in *Corriere giuridico*, 2010, n. 11, pp. 845-85. Cfr., altresì, S. RODOTÀ, *Diritto d'amore, cit.*, p. 103 ss., in cui l'Autore evidenzia che "di fronte alla gravità ormai evidente delle discriminazioni nei confronti delle persone omosessuali, ma soprattutto dopo aver riconosciuto loro il diritto fondamentale a vivere liberamente una relazione di coppia, la Corte avrebbe potuto (dovuto?) far uso di una tecnica da essa largamente utilizzata e pronunciare una sentenza additiva di principio, integrando l'ordinamento con la previsione dell'accesso al matrimonio delle coppie dello stesso sesso, eliminando così una lacuna legislativa incostituzionale".

²¹ Tale enunciato spiega l'utilizzo della tecnica del monito da parte della Consulta che, pur escludendo l'illegittimità costituzionale delle norme del codice civile che restringono l'applicazione del matrimonio alle unioni eterosessuali, riconosce comunque il diritto fondamentale delle coppie dello stesso sesso di ottenere il riconoscimento giuridico del loro stabile legame. Sul diritto al matrimonio nella tradizione giuridica occidentale, cfr. K. WAALDIJK, *The Right to Relate: A Lecture on the Importance of "Orientation" in Comparative Sexual Orientation Law*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2013, n. 24, pp. 161-199.

²² Cfr. Corte cost., n. 138 del 2010, secondo cui "la questione sollevata con riferimento



Il 2010 è, altresì, l'anno in cui interviene un importante pronunciamento della Corte di Strasburgo, *Schalk and Kopf*, del 24 giugno, in cui le unioni formate da persone dello stesso sesso vengono definitivamente assimilate nella definizione di "vita familiare" di cui all'art. 8 CEDU.

È, in effetti, una decisiva sterzata della giurisprudenza europea in favore del riconoscimento legale delle unioni omosessuali, sorretta anche dalla rinnovata lettura dell'art. 12 CEDU sul diritto al matrimonio²³. In

ai parametri individuati negli artt. 3 e 29 Cost. non è fondata. In questo quadro, con riferimento all'art. 3 Cost., la censurata normativa del codice civile che, per quanto sopra detto, contempla esclusivamente il matrimonio tra uomo e donna, non può considerarsi illegittima sul piano costituzionale. Ciò sia perché essa trova fondamento nel citato art. 29 Cost., sia perché la normativa medesima non dà luogo a una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio." In particolare, il riferimento all'art. 3 Cost. viene in rilievo in tema di procreazione. "Il rimettente prende in esame l'art. 3 Cost., rilevando che, poiché il diritto di contrarre matrimonio è un momento essenziale di espressione della dignità umana, esso deve essere garantito a tutti, senza discriminazioni derivanti dal sesso o dalle condizioni personali, come l'orientamento sessuale, con conseguente obbligo per lo Stato d'intervenire in caso d'impedimenti al relativo esercizio. Pertanto, se la finalità perseguita dall'art. 3 Cost. è quella di vietare irragionevoli disparità di trattamento, la norma implicita che esclude gli omosessuali dal diritto di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, così seguendo il proprio orientamento sessuale (non patologico né illegale), non ha alcuna giustificazione razionale, soprattutto se posta a confronto con l'analoga situazione delle persone transessuali che, ottenuta la rettifica dell'attribuzione del sesso ai sensi della legge 14 aprile 1982, n. 164 (*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*), possono contrarre matrimonio con persone del proprio sesso di nascita (il Tribunale ricorda che la conformità a Costituzione della citata normativa è stata riconosciuta dalla Corte costituzionale con sentenza n. 165 del 1985). Secondo il rimettente, le affermazioni contenute in tale pronuncia ben potrebbero ritenersi applicabili anche agli omosessuali. Comunque la legge n. 164 del 1982 avrebbe "profondamente mutato i connotati dell'istituto del matrimonio civile, consentendone la celebrazione tra soggetti dello stesso sesso biologico e incapaci di procreare, valorizzando così l'orientamento psicosessuale della persona". In questo quadro, non sarebbe giustificabile la discriminazione tra omosessuali che non vogliono effettuare alcun intervento chirurgico di adattamento, ai quali il matrimonio è precluso, e i transessuali che sono ammessi al matrimonio pur appartenendo allo stesso sesso biologico ed essendo incapaci di procreare. Le opinioni contrarie al riconoscimento della libertà matrimoniale tra persone dello stesso sesso sulla base di ragioni etiche, legate alla tradizione o alla natura, non potrebbero essere condivise, sia per le radicali trasformazioni intervenute nei costumi familiari, sia perché si tratterebbe di tesi pericolose, in passato utilizzate per difendere gravi discriminazioni poi riconosciute illegittime, come le disuguaglianze tra i coniugi nel diritto matrimoniale italiano anteriore alla riforma o le discriminazioni in danno delle donne.

²³ Così F. ALICINO, *Le coppie dello stesso sesso. L'arte dello Stato e lo stato della*



sostanza, i giudici di Strasburgo, rinviando all'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza del 2000) e alla rapida evoluzione della legislazione degli Stati membri²⁴, ricomprendono nella nozione giuridica di "sesso", di cui all'art. 12 CEDU, quella di "genere"; con ciò intendendo non solo lo *status* individuale all'interno del matrimonio, ma anche lo *status* relazionale proprio del rapporto matrimoniale.

Mediante la rinnovata esegesi, la Corte di Strasburgo annovera l'identità di genere dei coniugi nella nozione convenzionale di matrimonio, rilevando, in particolare, con riferimento alle discriminazioni di coniugi e nubendi dello stesso genere rispetto a coniugi e nubendi di genere differente²⁵. Una questione di uguaglianza e dignità, quindi, che obbliga gli Stati membri – che comunque godono ancora di un discreto margine di apprezzamento – a interrogarsi sul senso profondo della richiesta di matrimonio egualitario da parte delle persone omosessuali.

La risposta delle legislazioni è, d'altro canto, spesso contraddittoria²⁶: equiparazione delle coppie dello stesso genere a quelle coniugate, previsione di due differenti discipline, oppure, ancora, tutela della famiglia, tradizionalmente intesa. Nel caso in cui emerga una disparità di trattamento, i singoli Stati devono motivarla in base al parametro della ragionevolezza, in mancanza del quale tali diversità saranno ritenute discriminatorie e, di conseguenza, contrarie al sistema convenzionale²⁷.

In sostanza, dal 2010 gli artt. 8 e 12 CEDU ammettono la giuridica esistenza delle unioni omosessuali negli ordinamenti degli Stati membri,

giurisprudenza, in www.forumcostituzionale.it, 22 agosto 2015, pp. 1-11.

²⁴ Corte EDU, *Schalk and Kopf v. Austria*, 24 giugno 2014, § 60. Sulle unioni omosessuali nella prospettiva europea, cfr. **F. ALICINO**, *The Road to Equality. Same-Sex Relationships within the European Context: The Case of Italy*, in *SOG- Working Paper Series 26*, 2015, pp. 17-19, e la bibliografia ivi indicata.

²⁵ **F. ALICINO**, *Le coppie dello stesso sesso. L'arte dello Stato e lo stato della giurisprudenza*, cit., p. 2; **G. WILLEMS**, *La vie familiale des homosexuels au prisme des articles 8, 12 et 14 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme: mariage et conjugalité, parenté et parentalité*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2013, n. 93, p. 65.

²⁶ Si veda la decisione del *Tribunal constitucional* del Portogallo, *Comunicado de 8 de abril 2010*, in www.tribunalconstitucional.pt, coeva all'intervento della Corte costituzionale italiana, in cui la Corte portoghese è giunta a conclusioni diametralmente opposte rispetto al caso italiano, ritenendo costituzionalmente legittimo il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

²⁷ Cfr. Corte costituzionale, sentenza del 22 ottobre 2007, n. 349, *Considerato in diritto*, punto 6.2. Sul tema, l'approfondimento di **F. ALICINO**, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, Cedam, Padova, 2011, p. 95 ss.



ma non si spingono ad attribuire loro un corrispondente diritto. Il sistema convenzionale si limita, piuttosto, a garantire un'applicazione delle regolamentazioni già esistenti quantomeno non discriminatoria, in linea con quanto prescritto dall'art. 14 CEDU.

Alle due decisioni, la n. 138 del 2010 della Corte costituzionale e la *Schalk and Kopf* della Corte di Strasburgo, si richiama due anni dopo la prima sezione civile della Corte di Cassazione italiana con la sentenza n. 4184 del 15 marzo.

I giudici della Suprema Corte, in linea con l'indirizzo della Consulta, sottolineano la componente individuale della tutela prevista per le persone omosessuali che costituiscono una formazione sociale stabile, da considerarsi tale ai sensi dell'art. 2 Cost. E, ulteriormente, la Cassazione sottolinea il rilievo dell'art. 3, comma 1, Cost. per rimarcare la pari dignità sociale di *tutte* le persone e la loro uguaglianza davanti alla legge, senza distinzione di sesso.

Il richiamo della Cassazione è, ancora una volta, al divieto di irragionevoli discriminazioni fondate sull'identità e sulle attitudini sessuali, in linea con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo²⁸.

Il percorso intrapreso dai giudici europei sfocia, nel 2013, in un'altra importante pronuncia, *Vallianatos and others v. Greece* del 7 novembre, avente a oggetto la legge greca n. 3719 del 2008 sulle unioni civili. L'intento della normativa era, senza dubbio, apprezzabile, ovvero la tutela dei figli nati al di fuori dell'unione matrimoniale; solo che, ai fini della predetta legge, per unione matrimoniale si intendeva esclusivamente la famiglia nel senso tradizionale dell'accezione, fondata, quindi, da due persone di genere differente, così escludendo chiaramente le coppie dello stesso sesso.

Tale esclusione, probabilmente legittima sotto il profilo del dedotto margine di apprezzamento, determinava, invece, un'indebita disparità di trattamento nei confronti delle persone omosessuali, se parametrata al sistema convenzionale.

²⁸ La Corte europea pronuncia lo stesso 15 marzo 2012 la sentenza *Gas e Dubois v. France*, con la quale assimila la relazione fra due donne lesbiche e la figlia biologica di una di esse alla "vita familiare" di cui all'art. 8 CEDU, denunciando i relativi obblighi antidiscriminatori di cui all'art. 14 CEDU. Medesime considerazioni si formulano in altre due sentenze del 2013, riguardanti la cosiddetta *stepchild adoption*: la prima è della Corte di Cassazione italiana dell'11 gennaio 2013 n. 601, mentre l'altra, la *X and others v. Austria*, è pronunciata dai Giudici di Strasburgo il 13 febbraio dello stesso anno. Per ulteriori approfondimenti, cfr F. ALICINO, *The Road to Equality. Same-Sex Relationships within the European Context: The Case of Italy*, cit., pp. 1-54; ID, *Le coppie dello stesso sesso. L'arte dello Stato e lo stato della giurisprudenza*, cit., p. 3.



La Corte di Strasburgo sottolinea, infatti, la mancanza di una ragionevole giustificazione fra la scelta di escludere il riconoscimento delle coppie dello stesso sesso e la protezione dello stato giuridico tradizionale di famiglia: la Grecia è, quindi, condannata per violazione dell'art. 14 in combinato con l'art. 8 CEDU.

Il 2014 è contraddistinto da altre due pronunce giurisprudenziali di particolare interesse. Ci si riferisce, da un lato, alla sentenza della Corte costituzionale italiana dell'11 giugno n. 170 e, per quanto riguarda il sistema convenzionale, dalla decisione *Hämäläinen v. Finland* del 16 luglio. I casi oggetto del vaglio giudiziale riguardano due coppie coniugate che, dopo la variazione dell'identità sessuale della componente maschile, si ritrovano a vivere la condizione di unione tra due persone dello stesso genere. I soggetti interessati, tuttavia, non intendono rinunciare allo *status* acquisito all'interno del nucleo familiare e, soprattutto, alla loro unione matrimoniale: qui l'identità non rileva solo come valore introspettivo, ma assume un significativo carattere relazionale²⁹ ed è, di fatto, ostacolato per quanto riguarda il caso nazionale, sia dalla normativa sul cosiddetto "divorzio imposto"³⁰ – cioè il meccanismo di automatico scioglimento del matrimonio nel caso di mutamento di sesso di uno dei coniugi - sia dalle disposizioni in tema di "rettificazione di attribuzione del sesso"³¹. La Consulta qualifica questa scelta come "un significativo aspetto dell'identità personale", con ciò confermando che, in termini generali, la questione debba essere risolta sul terreno dell'autodeterminazione³² e del riconoscimento dell'orientamento sessuale, come manifestazione dell'identità personale e modalità di esplicazione di fondamentali interessi e bisogni della persona³³.

Ma la sentenza n. 170 del 2014, rievocando il precedente n. 138 del 2010, dichiara questa disciplina costituzionalmente illegittima, nella parte in cui essa non preveda di mantenere in vita un rapporto di coppia

²⁹ Sui rapporti tra identità e genere, cfr. **V. LINGIARDI** (con la collaborazione di N. Nardelli), *Citizen gay. Affetti e diritti.*, Il Saggiatore, Milano, 2012.

³⁰ Di cui all'art. 31, comma 6, del decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150 (*Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69*).

³¹ In particolare degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164.

³² **L. TRUCCO**, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 191-203.

³³ Così **A. RATTI**, *Essere se stessi. La protezione dell'identità sessuale nello stato costituzionale*, in A. Schillaci (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Carocci, Studi superiori, Roma, 2014, p. 28; in generale, cfr. **M. BONINI BARLADI**, *La famiglia de-genere. Matrimonio, omosessualità e Costituzione*, Mimesis, Milano-Udine, 2009.



giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti degli individui e prescriva esattamente gli obblighi della coppia, con le modalità da statuirsi con la massima sollecitudine dal legislatore.

La Corte costituzionale ammette che lo *status* di coniugio assicurato dall'art. 29 Cost. non può essere evidentemente assimilabile alla minore protezione giuridica concessa dall'art. 2 Cost. alle formazioni omosessuali: per questa ragione, cercando di colmare la denunciata lacuna normativa, non si limita al monito, come aveva fatto con la precedente n. 138 del 2010, ma interviene con la tecnica della pronuncia additiva di principio³⁴, nelle ipotesi in cui il meccanismo del divorzio imposto produca effetti costituzionalmente incompatibili, se valutati alla stregua dell'art. 2 Cost.. Così la Cassazione riconosce i diritti e i doveri conseguenti al vincolo matrimoniale, legittimamente contratto dai due ricorrenti prima della rettificazione del sesso di uno di essi, fino a quando il legislatore non consenta loro di mantenere in vita il mutato rapporto di coppia, mediante una futura e compiuta regolamentazione³⁵.

L'intervento del legislatore viene sollecitato dalla Suprema Corte di Cassazione anche in una successiva pronuncia del 2014³⁶. In questo caso, i giudici di legittimità reputano legittima la mancata estensione del regime matrimoniale (nella specie, della possibilità di procedere alla pubblicazione di matrimonio) alle unioni omoaffettive, in linea con quanto

³⁴ Sulle differenti tecniche decisorie utilizzate dalla Consulta nella materia del diritto di famiglia, cfr. l'approfondimento di **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 *Consulta Online*, 2014, www.giurcost.org/decisioni. L'Autore manifesta talune perplessità in ordine agli effetti della decisione adottata: "è infatti fuori discussione che il principio somministrato dalla Corte non si presta ad essere per l'istante tradotto in regole, ancorché solo a titolo precario, "sussidiariamente" prodotte dal giudice comune, in attesa della organica e compiuta disciplina vagheggiata dalla Corte". Cfr, altresì, **C. PANZERA**, *Il discutibile seguito giudiziario dell'additiva di principio sul "divorzio imposto"*, in www.forumcostituzionale.it, 18 settembre 2015; **F. BIONDI**, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio "imposto": un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in *Forum di quaderni costituzionali*, giugno 2014; **R. ROMBOLI**, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in *Consulta Online*, 2014, www.giurcost.org/decisioni; **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*, www.forumcostituzionale.it, luglio 2014; **P. BIANCHI**, *Divorzio imposto: incostituzionale ma non troppo*, in www.forumcostituzionale.it, luglio 2014.

³⁵ Corte di Cassazione, Sez. I., sent. 21 aprile 2015, n. 8097, pp. 14-18.

³⁶ Cassazione Civile, Sez. I, 9 febbraio 2014, n. 2400.



affermato dalla sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale, il cui approdo non può ritenersi superato dalle successive decisioni della Corte EDU, sebbene il rilievo costituzionale accordato dall'art. 2 Cost. a tali formazioni sociali presupponga – come anche ribadito nella successiva sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale – l'individuazione di adeguate forme di garanzia e di riconoscimento, la cui determinazione appartiene alla discrezionalità del legislatore.

Il panorama interpretativo così ricostruito giunge, infine, alla sentenza del 21 luglio 2015 *Oliari and others v. Italy*³⁷, in cui la Corte di Strasburgo all'unanimità condanna l'Italia per l'assenza nella legislazione interna di un adeguato riconoscimento legale delle coppie formate da persone dello stesso sesso. Siamo di fronte all'ennesima denuncia di un *gap* prima ancora che normativo, di carattere politico e giuridico.

3 - La sentenza del Consiglio di Stato n. 4899 del 2015. Il fatto

L'approdo più recente della giurisprudenza, questa volta amministrativa nazionale, giunge al culmine del descritto clima storico di grande sensibilità sociale, politica e giuridica sul tema delle unioni omosessuali, testimoniato da quel fervore giurisprudenziale a cui si è fatto cenno.

C'è chi l'ha definita, sulla stampa a livello giornalistico, una "sentenza fuori dal tempo"³⁸, chi invita a "farsene una ragione"³⁹. La sentenza del Consiglio di Stato n. 4899, depositata il 26 ottobre 2015, insomma, è l'ultima tappa, sino a questo momento, della discussione pubblica sull'unione legale delle coppie dello stesso sesso, uno dei dibattiti più accesi del nostro tempo.

³⁷ Cfr. le annotazioni di, **F. ALICINO**, *Le coppie dello stesso sesso. L'arte dello Stato e lo stato della giurisprudenza*, cit, pp. 1-11; **L. SCAFFIDI DI RUNCHELLA**, *Ultreya coppie same-sex! La Corte europea dei diritti umani sul caso Oliari e altri v. Italia*, in www.articolo29.it, 3 agosto 2015; **M. PARISI**, *Verso una tutela nazionale e sovranazionale delle unioni (matrimoniali e civili) tra persone dello stesso sesso? Riflessioni a margine del caso Oliari e altri contro Italia*, cit., pp. 1-29.

³⁸ **M. WINKLER**, *Nozze gay, Consiglio di Stato: una sentenza fuori dal tempo*, articolo apparso sul *Fatto quotidiano* il 28 ottobre 2015.

³⁹ **R. MADERNA**, *La sentenza sui matrimoni omosessuali. Farsene una ragione*, articolo apparso su *Famiglia Cristiana* il 28 ottobre 2015. Tra i primi commenti cfr., altresì, **L. MORASSUTTO**, *Il Consiglio di Stato e la spallata alla giurisdizione ordinaria*, in www.articolo29.it, 2015; **ID.**, *Circolare Alfano e trascrizione dei matrimoni seme-sex: all'ombra dei divieti e dei reati*, in *Genius*, anno II, n. 2, dicembre 2015, pp. 121-139.



Ancora una volta, il problema che si pone è legato al ruolo che lo Stato assume al cospetto delle relazioni affettive, nella consapevolezza che riconoscere il mutamento della realtà sociale implica inevitabilmente uno “svuotamento nominalistico dell’oggetto riconosciuto”⁴⁰, non potendosi prescindere da un nucleo essenziale di contenuti, i principi inderogabili, alla stregua dei quali distinguere la famiglia da ciò che famiglia non è⁴¹.

La questione su cui oggi è chiamato a esprimersi il Consiglio di Stato coglie esattamente nel segno dei rapporti tra funzioni dello Stato e libertà delle scelte affettive di ciascuno, chiudendo il cerchio in una giurisprudenza che, dopo diverse pronunce dei tribunali amministrativi regionali⁴², appariva ancora complessivamente incerta in merito al problema della legittimità della trascrizione nei registri di stato civile dei matrimoni celebrati all’estero tra persone dello stesso sesso⁴³.

⁴⁰ Così P. ZATTI, *Familia, Familiae - Declinazione di un’idea*, cit., p. 16.

⁴¹ Già nella pronuncia sul matrimonio tra persone dello stesso sesso n. 138 del 2010, la Corte costituzionale, delineate due ricostruzioni a proposito dell’art. 29 Cost., sottolinea il concetto di nucleo essenziale: «in esito al dibattito sviluppatosi nell’Assemblea costituente in sede di elaborazione dell’art. 29, si sarebbero delineate due ricostruzioni circa il significato di tale norma. La prima sottolinea il carattere pregiuridico dell’istituto familiare, identificando un solo modello univoco e stabile; la seconda attribuisce all’art. 29 un contenuto mutevole con l’evoluzione dei costumi sociali. Parte della dottrina, invece, ha superato tale dicotomia, ritenendo che la norma faccia riferimento a un modello di famiglia che, per quanto suscettibile di sviluppi e cambiamenti, sia però caratterizzato “da un nucleo duro”, che trova «il suo contenuto minimo e imprescindibile nell’elemento della diversità di sesso fra i coniugi e perciò mantiene il significato originario fissato nella Carta, senza mutarlo in maniera differente e distante dall’iniziale formulazione. (...) Ciò posto, è vero che i concetti di famiglia e di 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. Detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto d’incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata».

⁴² TAR Lombardia, III, sentenza del 29 settembre 2015, n. 4749; TAR Toscana, sentenza del 25 settembre 2015, n. 1291; TAR Friuli Venezia Giulia, I, sentenza del 21 maggio 2015, n. 228; TAR Lazio, I-ter, sentenza del 23 aprile 2015, n. 5924.

⁴³ Ci si riferisce alle soluzioni interpretative discordanti proposte da: Corte di appello di Napoli, sentenza del 13 marzo 2015; Tribunale di Grosseto, decreto del 17 febbraio 2015; Tribunale di Pesaro, decreto del 14 ottobre 2014; Tribunale di Milano, decreto del 2 luglio 2014 e decreto del 17 luglio 2014; Tribunale di Treviso, sentenza del 19 maggio 2010; Corte d’Appello di Roma, decreto del 6 giugno 2006 riformata *ex art.* 384, comma 4, c.p.c. da Cassazione n. 4183 del 2012; Tribunale di Latina, decreto del 31 maggio 2005, confermata dalla Corte di appello di Roma e riformata *ex art.* 384, comma 4, c.p.c. da



L'oggetto dell'impugnativa è la sentenza breve n. 5924 del 2015 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, che aveva riconosciuto l'insussistenza di qualsivoglia diritto alla trascrizione negli atti dello stato civile di matrimoni tra coppie omosessuali celebrati all'estero (e, di conseguenza, la legittimità della circolare con cui il Ministro dell'interno ne aveva stabilito l'intrascrivibilità in Italia). I giudici amministrativi di prima istanza avevano, nondimeno, giudicato illegittimi (annullandoli, in parziale accoglimento del ricorso di primo grado) sia l'impugnato provvedimento con cui il Prefetto di Roma aveva decretato l'annullamento delle trascrizioni dei matrimoni celebrati all'estero dai ricorrenti, sia la presupposta, menzionata circolare (nella parte in cui invitava i Prefetti ad annullare dette trascrizioni), sulla base dell'assorbente rilievo per cui la rettifica o la cancellazione degli atti dello stato civile resta riservata in via esclusiva all'autorità giudiziaria ordinaria.

Avverso la predetta decisione aveva proposto appello il Ministero dell'interno, contestando la correttezza del gravato giudizio di illegittimità, domandandone la riforma, con conseguente reiezione del ricorso di primo grado. Avevano resistito gli originari ricorrenti, contestando la fondatezza dell'appello, difendendo la correttezza del giudizio d'illegittimità formulato dai giudici di prima istanza, e impugnando, in via incidentale, la statuizione relativa all'illegittimità della trascrizione in Italia di matrimoni tra coppie omosessuali contratti all'estero, insistendo nel rivendicare il relativo diritto e concludendo per la reiezione dell'appello principale del Ministero e per la parziale riforma della decisione impugnata.

In effetti, il Tribunale capitolino affermava l'intrascrivibilità dei matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso, ma riconosceva, altresì, l'illegittimità del provvedimento prefettizio di annullamento delle relative trascrizioni.

La decisione appellata risulta, quindi, composta da due distinti accertamenti: uno favorevole al Ministero dell'interno e uno favorevole ai ricorrenti (e al Sindaco di Roma). Entrambe tali statuizioni sono state appellate: in via principale, quella demolitoria del decreto prefettizio di annullamento della trascrizione; in via incidentale, quella di accertamento dell'insussistenza di un diritto delle coppie omosessuali alla trascrizione nei registri dello stato civile dei loro matrimoni celebrati all'estero.

I Giudici amministrativi ritengono di affrontare anzitutto le censure articolate nell'appello incidentale dai ricorrenti, i quali ultimi reclamavano



l'affermazione del diritto alla trascrizione in Italia di matrimoni omosessuali celebrati all'estero, insistendo, perciò, nel dedurre l'illegittimità della gravata circolare del Ministro dell'interno, là dove aveva impartito istruzioni impeditive di esse.

In primo luogo, la pronuncia in commento procede a una preliminare ricognizione dei principi e delle regole che governano la trascrizione degli atti di matrimonio formati in un altro Paese e alla cui stregua valuta la fondatezza della pretesa azionata dai ricorrenti.

4 - Il sistema regolatorio di riferimento e il riferimento all'ordine naturale

La sentenza n. 4899 del 2015 poggia sull'assunto, quasi perentorio, secondo cui la normativa del codice civile, e in particolare l'art. 115 c.c., assoggetta espressamente i cittadini italiani all'applicazione delle disposizioni codicistiche che stabiliscono le condizioni necessarie per contrarre matrimonio⁴⁴, anche quando l'atto viene celebrato in un Paese straniero.

A ciò si aggiunga il riferimento alla legge di riforma del sistema di diritto internazionale privato, la n. 218 del 31 maggio 1995, i cui articoli 27 e 28 stabiliscono i presupposti di legalità del matrimonio (nei casi in cui alcuni elementi della fattispecie si riferiscano a ordinamenti giuridici di diversi Stati), prevedendo, in particolare e per quanto qui rileva, che le condizioni soggettive di validità

“sono regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo ...” (art. 27) e che “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 ...” (art. 28).

Pare subito farsi riferimento a un'unica forma di matrimonio possibile, quello tra uomo e donna.

La lettura combinata delle disposizioni richiamate, che disegnano un sistema regolatorio, a dire dei Giudici, *univoco* circa l'identificazione degli elementi che condizionano la validità e l'efficacia del matrimonio tra cittadini italiani celebrato all'estero, esige, secondo il Collegio, l'enucleazione degli indefettibili requisiti sostanziali - quanto, segnatamente, allo stato e alla capacità dei nubendi - che consentono al

⁴⁴ Tale dovendosi intendere il rinvio alla sezione prima del terzo capo, del titolo sesto, del libro primo del codice civile.



predetto atto di produrre, nell'ordinamento nazionale, i suoi effetti giuridici *naturali*.

“E risulta agevole individuare la diversità di sesso dei nubendi quale la prima condizione di validità e di efficacia del matrimonio, secondo le regole codificate negli artt. 107, 108, 143, 143 bis e 156 bis c.c. e in coerenza con la concezione del matrimonio afferente alla millenaria tradizione giuridica e culturale dell'istituto, oltre che all'ordine naturale costantemente inteso e tradotto nel diritto positivo come legittimante la sola unione coniugale tra un uomo e una donna.”

A prescindere, quindi, dalle etichette dogmatiche sulla patologia del vizio che affligge il matrimonio celebrato all'estero tra persone dello stesso sesso, il Consiglio di Stato conclude nel senso che, secondo il sistema regolatorio di riferimento, un atto siffatto risulta sprovvisto di un elemento essenziale - la diversità di sesso dei nubendi - ai fini della sua idoneità a produrre effetti giuridici nel nostro ordinamento⁴⁵.

Se ci si fermasse, in effetti, all'interpretazione letterale delle norme che disciplinano la forma del matrimonio, con specifico riferimento alla dichiarazione del consenso e ai diritti e doveri dei coniugi, dovrebbe ammettersi che compaiono i termini “marito” e “moglie”: termini che rimandano chiaramente a una necessaria differenza di genere⁴⁶. Ciò, però, non può dirsi con riferimento alla Carta fondamentale, ove si parla, invero, genericamente di coniugi.

E, probabilmente, proprio addentrandosi nel campo dell'esegesi, non sarebbe irragionevole superare quella rigida funzionalizzazione dei vocaboli ai ruoli giocati dai coniugi all'interno della coppia e aprirli a un significato indifferente al sesso dei nubendi⁴⁷.

Ma l'iter argomentativo seguito dalla sentenza n. 4899 non pare volersi spingere sino a tali audaci conclusioni. Risulta, piuttosto, anzitutto fedele al dato letterale delle norme e, in secondo luogo, conforme a quanto cristallizzatosi nella storia giuridica romanistica e cristiana, in cui, in

⁴⁵ Corte di Cassazione, sez. I, 9 febbraio 2015, n. 2400; Corte di Cassazione, sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184.

⁴⁶ “Non c'è nella legislazione una norma espressa che assuma il paradigma eterosessuale quale requisito positivo per la celebrazione e/o per la validità/esistenza del matrimonio”. Così, **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*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 3.

⁴⁷ Propone questa interpretazione, in linea con la giurisprudenza comunitaria, **N. COLAIANNI**, *Matrimonio omosessuale e Costituzione*, cit., p. 847.



effetti, la differenza di sesso tra gli sposi costituisce requisito fondamentale del matrimonio⁴⁸: questo è tradizionalmente inteso come l'unione tra un uomo e una donna, orientata alla procreazione e alla crescita dei figli e, quindi, *le tendenze omosessuali impediscono di sperimentare l'amore coniugale ordinato alla prole*⁴⁹.

Sulla base di questo presupposto, ovvero di un atto considerato mancante di un elemento essenziale della sua stessa giuridica esistenza, il Consiglio di Stato afferma che

“il matrimonio omosessuale deve intendersi incapace, nel vigente sistema di regole, di costituire tra le parti lo status giuridico proprio delle persone coniugate (con i diritti e gli obblighi connessi) proprio in quanto privo dell'infertile condizione della diversità di sesso dei nubendi, che il nostro

⁴⁸ G. FERRANDO, *Il matrimonio gay, il giudice e il legislatore*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 2344 ss.

⁴⁹ Sacra Romana Rota, 19 dicembre 1994, in *Ius Ecclesiae*, 1996, p. 601: “le tendenze omosessuali, in quanto sono radicate in un'anomala struttura della personalità, si oppongono all'essenza stessa del matrimonio e alle sue proprietà, poiché impediscono a coloro che ne sono affetti di sperimentare l'amore coniugale ordinato alla prole, di fare uso del matrimonio per raggiungere questo fine *modo humano*, di conservare la fedeltà coniugale in un vincolo perpetuo ed esclusivo nonché di costituire un consorzio di tutta la vita ordinato al reciproco bene e aiuto. Ciò va detto con riguardo al vero omosessuale, a quello cioè che si trova in uno stato patologico di istinto sessuale. Allo psichiatra, infatti, non sfugge quale sia la prevalenza delle tendenze, quali episodi (anche reiterati) debbano essere attribuiti a una anomala struttura psichica o piuttosto a un'occasione meramente transeunte o temporanea. Per distinguere l'omosessuale costituzionale da quello occasionale non è un argomento decisivo e assoluto la maggiore o minore assiduità e frequenza delle relazioni sessuali con persone dello stesso sesso. La manifestazione dell'anomalia costituzionale dell'omosessualità può essere rara, tanto da sembrare agli inesperti una mera deviazione occasionale, poiché de facto furono poche le occasioni di persone e di luoghi in cui la persona affetta potesse esercitare attività omosessuale. In questi casi, in effetti, gli atti omosessuali – anche se rari e non frequenti – sono potuti essere messi in atto in una reale circostanza favorevole e posso rilevare implicitamente la costante condotta omosessuale che si rende palese ogniqualvolta si presenta l'opportunità idonea. Per provare incapacità non è sufficiente l'esistenza in uno o l'altra parte di episodi reiterati di attività omosessuale, messi in atto sia prima che durante la vita coniugale. Va invece comprovata la sua inversione strutturale dell'appetito erotico-sessuale, cioè una congenita tendenza primaria verso il proprio sesso, la quale rende impossibile la vicendevole donazione coniugale da cui scaturisce il consorzio di tutta la vita *indole sua naturali ad bonum coniugum atque ad prolis generationem ed educationem ordinatum*. Chi soffre tale tendenza strutturale, quindi, si rende incapace di prestare l'oggetto del consenso”. Cfr. sul tema, D. AMRAM, *Homosexuality and Child Custody through the Lenses of Law: Between Tradition and Fundamental Rights*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 15.1, December 2011, p. 6.



ordinamento configura quale connotazione ontologica essenziale dell'atto di matrimonio".

Conclusioni elaborate facendo riferimento a *quell'ordine naturale costantemente inteso*⁵⁰, che pare tradursi in una incessante sottomissione alla ragione pubblica, e alla permanenza di una concezione del matrimonio come un'istituzione alla quale, una volta assegnata la funzione di stabilità, spetta la realizzazione di quell'obiettivo, anche a discapito dei diritti fondamentali degli individui.

5 - Matrimonio omosex e ufficiale dello stato civile: il rapporto di supremazia gerarchica

Ritorna anche nell'ultima sentenza della giurisprudenza amministrativa, e ne costituisce uno dei passaggi motivazionali più decisivi, un aspetto già affrontato dalla dottrina⁵¹ in tema di matrimoni omosessuali, riguardante, in particolare, i profili di trascrivibilità nei registri di stato civile italiano di queste unioni validamente celebrate all'estero.

Per ciò che concerne la sentenza appellata⁵², in punto di fatto, era accaduto che in data 18 ottobre 2014 il Sindaco del Comune di Roma aveva provveduto alla trascrizione nel registro dei matrimoni presso

⁵⁰ Il riferimento a un ordine naturale costantemente inteso e tradotto nel diritto positivo rivela una lettura rivisitata delle teorie giusnaturalistiche. **A.M. HESPANA**, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, il Mulino, 1999, p. 157. Di questa opinione, **L. MORASSUTTO**, *Circolare Alfano e trascrizione dei matrimoni same-sex: all'ombra dei divieti e dei reati*, in *Genius*, anno II, n. 2, dicembre 2015, pp. 122, 123.

⁵¹ **M. BONINI BARALDI**, *Il matrimonio fra cittadini italiani dello stesso sesso contratto all'estero non è trascrivibile: inesistente, invalido o contrario all'ordine pubblico?*, in *Famiglia e diritto*, 2005, p. 420 ss.; **ID.**, *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, Ipsoa, Milano, 2005, p. 248 ss.; **M. ORLANDI**, *Matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso e sua efficacia giuridica in Italia*, in *Giurisprudenza di merito*, 2005, p. 2292 ss.; **M. SESTA**, *Il matrimonio estero tra due cittadini italiani dello stesso sesso è trascrivibile in Italia?*, in *Famiglia e diritto*, 2007, p. 170 ss.; **P. SCHLESINGER**, *Matrimonio tra individui dello stesso sesso contratto all'estero*, in *Famiglia e diritto*, 2007, p. 417 ss.; **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, p. 19; **A. CESERANI**, *Matrimoni omosessuali celebrati all'estero*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2014, 3, pp. 841-878; **L. DECIMO**, *Matrimonio omosessuale e pubblico ufficiale: una nuova forma di obiezione di coscienza?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 30/2015, pp.1-15.

⁵² Sentenza breve del T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I Ter, n. 05924/2015, oggetto di gravame dinanzi al Consiglio di Stato.



l'ufficio di stato civile del Comune del matrimonio contratto dai ricorrenti omosessuali all'estero; ma con decreto del 31 ottobre 2014, il Prefetto della Provincia di Roma ne aveva disposto l'annullamento, ordinando al funzionario dello stato civile di porre in essere i necessari adempimenti susseguenti.

Il provvedimento prefettizio fondava, in sostanza, sul presupposto che l'omosessualità dei nubendi determinasse l'assenza dei requisiti sostanziali del matrimonio ai sensi del combinato disposto degli artt. 107, 115 c.c. e 27, secondo comma, legge n. 218 del 1995 e, pertanto, rientrasse nel divieto di trascrizione di cui all'art. 18 del D.P.R. del 3 novembre 2000, n. 369⁵³.

Il profilo in esame, in realtà, era stato già approfondito dalla giurisprudenza di legittimità. Se ne era, infatti, occupata la Corte di Cassazione, dapprima nel 2012⁵⁴ e da ultimo nel 2015⁵⁵, affermando che il matrimonio omosessuale validamente celebrato all'estero da cittadini italiani non potesse essere trascritto in Italia, essendo inidoneo a produrre qualsiasi effetto giuridico all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale. 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. n. 396 del 2000: ciò è, ulteriormente, confermato da precedenti orientamenti giurisprudenziali, secondo cui l'intrascrivibilità delle unioni omosessuali deriverebbe più che dalla loro inesistenza e/o invalidità, quanto piuttosto dalla generale inidoneità dell'atto di matrimonio a produrre qualsivoglia effetto giuridico nel nostro ordinamento, in quanto non prevista tra le ipotesi legislative di unione coniugale così come definite dal legislatore italiano⁵⁶.

La questione ritorna, quindi, dinanzi al Consiglio di Stato, secondo cui rientra tra i doverosi adempimenti dell'ufficiale dello stato civile la verifica sulla presenza di tutti gli elementi formali e sostanziali richiesti dalla legge e dei contenuti indispensabili previsti per la trascrivibilità degli

⁵³ Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127.

⁵⁴ Cass. civ., sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184 relativa a una richiesta di trascrizione di un matrimonio contratto all'estero da due cittadini italiani dello stesso sesso, rifiutata dall'ufficiale di stato civile del Comune di Latina.

⁵⁵ Cass. civ., sez. I, 9 febbraio 2015, n. 2400.

⁵⁶ Sul punto, cfr. anche Corte di Cassazione, sentenze n. 1808 del 1976, n. 1304 del 1990, n. 1739 del 1999, n. 7877 del 2000.



atti matrimoniali, di fatto mancanti in relazione ai matrimoni omosessuali celebrati all'estero.

Superato questo profilo, la sentenza n. 4899 del 2015 si occupa, invero, di un ulteriore aspetto amministrativo, ovvero l'individuazione del rapporto interorganico tra Ministro, Prefetto e ufficiale dello stato civile. Specifica, invero, che

“la potestà di sovraordinazione dell'Amministrazione centrale sull'organo per legge delegato all'esercizio di una sua funzione si esplica per mezzo dell'assegnazione al Prefetto, che esercita istituzionalmente l'autorità del Ministero dell'interno sul territorio, dei poteri di vigilanza sulla tenuta degli atti dello stato civile e di sostituzione al Sindaco, in caso di sua inerzia nell'esercizio di taluni compiti.”

Nella ricostruzione dei giudici di appello, si tratta, quindi, di un sistema di norme multilivello che individua una relazione interorganica di subordinazione del Sindaco al Ministero dell'interno, e, per esso, al Prefetto, e che assoggetta, perciò, il primo ai poteri di direttiva e di vigilanza del secondo⁵⁷.

Pertanto, la titolarità della funzione permane in capo al Ministero dell'interno, mentre al Sindaco, quale ufficiale di governo, residuano i compiti attinenti al suo esercizio. Ciò al solo fine di assicurare l'uniformità d'indirizzo nella tenuta dei registri dello stato civile su tutto il territorio nazionale, che, al contrario, verrebbe compromessa se ogni Sindaco potesse decidere autonomamente sulle regole generali di amministrazione della funzione o, peggio, se potesse arbitrariamente disattendere le istruzioni ministeriali impartite⁵⁸.

Nella prospettiva del Consiglio di Stato, l'arbitraria decisione di trascrivere il matrimonio omosessuale da parte del sindaco di Roma avrebbe generato un *vulnus* al buon andamento dell'amministrazione dello stato civile: pertanto, l'annullamento disposto dal prefetto avrebbe costituito l'unico rimedio per ristabilire l'ordine violato.

Ma il Collegio va oltre.

Così ricostruita la natura del rapporto interorganico, infatti, ritiene di includere tra i poteri di direzione, sostituzione e vigilanza tradizionalmente assegnati al Prefetto anche quello di annullamento degli atti dello stato civile, di cui il Sindaco aveva ordinato *contra legem* la trascrizione.

⁵⁷ In tal senso, anche Cass., SS. UU., 13 ottobre 2009, n. 21658; Cass., sez. I, 14 febbraio 2000, n. 1599.

⁵⁸ Cons. Stato, sentenza n. 4899 del 2015, punto 3.2.



A ben vedere, infatti, nella ricostruzione operata dal Consiglio di Stato, se si negasse al Prefetto la potestà in questione, la sua posizione di sovraordinazione rispetto al Sindaco rimarrebbe inammissibilmente sprovvista di contenuti adeguati al raggiungimento di quel fine, generando disfunzioni o irregolarità nell'amministrazione dei registri di stato civile.

Significativa, al riguardo, è l'analogia colta dai giudici amministrativi di secondo grado tra ordinamento dello stato civile e ordinamento della pubblica sicurezza, che ha struttura gerarchica per legge (artt. 65 e 66 legge n. 121 del 1981) e dove i poteri sostitutivi sono espressamente previsti (art. 15, terzo comma)⁵⁹. La giurisprudenza amministrativa ha, infatti, analogamente ricostruito la natura e le finalità della relazione interorganica tra organi dello Stato, valorizzando l'esigenza di assicurare la razionalità e l'uniformità dell'azione amministrativa.

In sostanza, l'attribuzione al prefetto di un potere di annullamento gerarchico della trascrizione del matrimonio ha fondamento legale, essendo la relazione interorganica istituita dalla legge⁶⁰. In quest'ottica, l'annullamento gerarchico non è concepito come rimedio di natura giustiziale, ma è *direttamente imputato alla natura concorrente, indistinta, della competenza dell'apparato*⁶¹.

Se le conclusioni raggiunte appaiono, in qualche modo, condivisibili, perplessità sorgono dal punto di vista metodologico: l'impostazione seguita dal Consiglio di Stato non muove dal necessario rispetto del principio di riserva di legge - o perlomeno, non da principi di stretta tipicità e nominatività dei poteri amministrativi - bensì da

⁵⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 giugno 2008, n. 3076.

⁶⁰ Il Consiglio di Stato, in particolare la III sezione, si occupa del rapporto di supremazia gerarchia anche in una successiva sentenza, la n. 5039 del 4 novembre 2015, in cui si stabilisce che, tra sindaco e prefetto, stante *“la configurazione giuridica della relazione interorganica (...) deve ravvisarsi una necessaria coincidenza di interessi (...) agendo, gli stessi, nell'esercizio del medesimo potere e a cura degli stessi interessi pubblici stabiliti dalla legge. Logico corollario di tale impostazione è che l'organo subordinato non possa agire in giudizio lamentando l'illegittimità di un atto adottato dall'organo a esso sovraordinato e deputato alla sua vigilanza, potendo tale contestazione trovare composizione solo in sede amministrativa e non giurisdizionale”*. Con riferimento, invece, alla richiesta di trascrizione proveniente dalle coppie omosessuali, si veda Consiglio di Stato, sez. III, 4 novembre 2015, n. 5043, in cui si afferma che essi sono titolari di un interesse all'annullamento della circolare del ministro, per cui è inammissibile il ricorso proposto da altre persone fisiche.

⁶¹ Si esprime in questi termini, **M. MAGRI**, *La giurisprudenza amministrativa sulla trascrizione dei matrimoni omosessuali nei registri dello stato civile: governo degli uomini o governo delle leggi?*, in *Genius*, n. 2, 2015, p. 108.



argomenti ispirati dai *criteri ermeneutici sistematico e teleologico*⁶². Ma la questione della trascrizione dei matrimoni omosessuali non andrebbe, invece, risolta mediante un canone di giudizio rigorosamente legale?

6 - "L'infrangibile ostacolo dell'articolo 29 della Costituzione"

Merita soffermarsi sul passaggio motivazionale della sentenza n. 4899, in cui il Consiglio di Stato propone una singolare interpretazione della giurisprudenza sovranazionale in tema di unioni omosessuali, facendo leva sul disposto costituzionale.

I giudici amministrativi di secondo grado ritengono, infatti, già scrutinata dalla Corte costituzionale⁶³ la compatibilità del divieto, in Italia, di matrimoni tra persone dello stesso sesso (e, quindi, si aggiunga, come logico corollario, della trascrizione di quelli celebrati all'estero).

Sulla base di ciò, il Giudice delle leggi avrebbe già affermato la coerenza dell'omessa omologazione del matrimonio omosessuale a quello eterosessuale, alla stregua dei parametri ivi esaminati e, in particolare, a quello previsto all'art. 29 Cost., che, nella lettura della Corte Costituzionale si risolve in una *costituzionalizzazione* del matrimonio tra persone di sesso diverso. I giudici amministrativi, quindi, non ritengono di ravvisare margini per uno scrutinio diverso e ulteriore della compatibilità della regolazione in questione con la Carta fondamentale.

Non solo, ma alle medesime conclusioni pervengono anche all'esito dell'interpretazione della normativa di riferimento alla stregua degli artt. 8 e 12 della CEDU, per come interpretati dalla Corte di Strasburgo⁶⁴.

"La tesi sostenuta dagli appellanti incidentali, secondo la quale il rispetto del dictum del recente pronunciamento della Corte di Strasburgo imporrebbe all'interprete una lettura della normativa nazionale permissiva delle trascrizioni in questione, per quanto brillantemente formulata e argomentata, non persuade e non vale, in ogni caso, a superare l'infrangibile ostacolo dell'art.29 Cost."

⁶² Cons. Stato, sentenza n. 4899 del 2015, punto 3.3.

⁶³ Corte Cost., sent. 11 giugno 2014, n.170; sent. 15 aprile 2010, n.138; ordinanze n. 4 del 2011 e n. 276 del 2010.

⁶⁴ Il riferimento è alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (quarta Sezione), 21 luglio 2015, *Oliari e altri* contro Italia, indicata dagli appellanti incidentali a sostegno della prospettazione ermeneutica proposta. Cfr. L. PALADINI, *Corte europea dei diritti dell'uomo (Quarta Sezione), sentenza del 21 luglio 2015, Oliari e altri c. Italia. L'inerzia del Parlamento italiano in tema di unioni civili al cospetto della Corte di Strasburgo*, in *DPCE online*, n. 3, 2015, pp. 1-10.



Il Consiglio di Stato propone, così, una lettura alternativa della sentenza c.d. *Oliari*, affermando che se la pronuncia ha, da un lato, riconosciuto la violazione da parte dello Stato italiano, con un significativo esempio di *overruling*, dell'art. 8 della CEDU, che tutela la vita familiare, nella misura in cui non assicura alcuna protezione giuridica alle unioni omosessuali, ha, dall'altro lato, confermato la precedente giurisprudenza, che negava la dedotta violazione degli articoli 12 CEDU (diritto al matrimonio) e art. 9 della Carta di Nizza (diritto di sposarsi e di costituire una famiglia): la regolazione legislativa del matrimonio e, quindi, l'eventuale ammissione di quello omosessuale, rientra nel perimetro del margine di apprezzamento e, quindi, della discrezionalità riservata agli Stati contraenti⁶⁵.

In sostanza, facendo leva sul dedotto margine di apprezzamento, come declinato a seconda della diversa intensità attuata da parte di ciascun ordinamento, si giunge a negare la tutela giuridica delle unioni omosessuali.

Il singolare compendio offerto dalla sentenza n. 4899 illustra una versione falsata dell'istituzione familiare: regimi diversificati di riconoscimento e conseguenti legislazioni differenziate continuano, nella prassi applicativa, ad alimentare forme di discriminazioni ingiustificate, tanto sul piano dei principi, quanto del diritto positivo.

Lo scudo "infrangibile" dell'articolo 29 della Costituzione risulta, al contrario, incrinato.

La roccaforte della società naturale non è da interpretare come esclusivo interesse, superiore e trascendente, del gruppo familiare in quanto tale⁶⁶. Ma anche nell'ipotesi di modelli familiari alternativi, al centro della tutela ci sono gli interessi dei componenti della comunità affettiva, intesa quale "sistema di esigenze reali e realizzabili mediante lo sforzo combinato dei suoi componenti"⁶⁷: a prevalere è la dimensione personalistica delle prerogative di ciascuno, e che rendono possibile quell'*affectio* e quell'aggregazione, che tanto era veramente a cuore ai Padri Costituenti.

Ma i giudici amministrativi del 2015 non intendono voltare pagina e pervengono alle medesime conclusioni, anche esaminando la questione

⁶⁵ Il riferimento è, questa volta, alla sentenza 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf* contro Austria.

⁶⁶ M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRANDO, M.R. SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto*, cit., p. 35 s.

⁶⁷ A. FALZEA, *Famiglia e aspetti patrimoniali*, in ID, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, II, Dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 864.



sotto l'ulteriore profilo del rispetto delle libertà di circolazione e di soggiorno⁶⁸.

Sostengono, infatti, che l'obbligo dei giudici nazionali di disattendere quella normativa interna che possa, in qualche modo, limitare l'esercizio delle predette libertà si innesca esclusivamente nelle ipotesi in cui il caso di specie rientri nell'ambito del diritto europeo, in quanto da quest'ultimo espressamente regolato; al contrario, laddove le disposizioni nazionali esulino dal perimetro della regolamentazione sovranazionale, si esclude che le medesime libertà possano essere ritenute violate⁶⁹.

E, in effetti, proprio con riferimento alla regolamentazione legislativa del matrimonio e, in particolare, dei presupposti del riconoscimento giuridico dei matrimoni celebrati in un Paese straniero si verifica la seconda delle opzioni interpretative prospettate dal Consiglio di Stato: in altri termini, non vi è alcuna previsione normativa europea che obblighi gli Stati membri a disciplinare la materia matrimoniale, che, piuttosto, resta espressamente riservata alla discrezionalità dei singoli Stati, sulla base dell'art. 9 della Carta di Nizza, rientrando, in via esclusiva, nell'alveo della sovranità nazionale. Ne discende che resta inconfigurabile, nella fattispecie considerata, qualsivoglia violazione delle libertà di circolazione e di soggiorno.

Secondo i giudici amministrativi, pur accogliendo le sollecitazioni della giurisprudenza europea, allo stato non sarebbe comunque configurabile *un diritto fondamentale della persona al matrimonio omosessuale*, dal quale discenderebbe un obbligo per l'ordinamento nazionale di equipararlo al matrimonio tradizionale⁷⁰.

La chiosa finale è monolitica:

“resta preclusa all'interprete ogni opzione ermeneutica creativa che conduca, all'esito di un'operazione interpretativa non imposta da vincoli costituzionali o internazionali, all'equiparazione (anche ai meri fini dell'affermazione della trascrivibilità di matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso) dei matrimoni omosessuali a quelli eterosessuali”.

⁶⁸ Articoli 20, 21, comma 1, e 18 TFUE e 21 della Carta di Nizza, richiamati dalla difesa dei ricorrenti.

⁶⁹ Cons. Stato, sentenza n. 4899 del 2015, punto 2.6. Medesime argomentazioni sono offerte dalle prCorte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 15 novembre 2011, causa C-2561/11; sentenza 5 ottobre 2010, causa C-400/10.

⁷⁰ Cons. Stato, sentenza n. 4899 del 2015, punto 2.7.



7 - Conclusioni e prospettive

Nonostante l'identità sessuale sia divenuta a tutti gli effetti una scelta, un'opzione⁷¹, lo statuto giuridico e culturale della coppia omosessuale continua a rimanere incerto⁷².

Allo stato e in mancanza di un uniforme diritto europeo della famiglia, l'istituzione familiare appare come un grande "cantiere", nel quale a essere rimessi in discussione dalla prassi applicativa sono persino gli storici fondamenti, in un gioco di vicendevoli concessioni e pericolosi arretramenti giurisprudenziali.

Ha iniziato la Carta di Nizza introducendo l'art. 9 che, sopravanzando l'art. 12 della CEDU, ha rotto il binomio, un tempo ritenuto inscindibile, tra famiglia e matrimonio: le due disposizioni non appaiono essenzialmente dissimili, ma la formulazione dell'art. 9, omettendo ogni riferimento al genere sessuale, le conferisce una portata più estesa consentendo alle legislazioni nazionali, che riconoscono modi diversi dal matrimonio per costituire una famiglia, la possibilità di disciplinarne i singoli casi, senza imporre, ma neppure vietare.

Si assiste a un progressivo scollamento tra il principio-famiglia, l'atto matrimoniale e il requisito della diversità di sesso, un tempo considerato l'unico presupposto veramente costante dell'istituto⁷³.

Se per il diritto europeo, quindi, la famiglia oltrepassa ormai il matrimonio, per ricomprendervi modelli familiari diversi, si registrano, nondimeno, costanti e contrastanti mutamenti normativi, giurisprudenziali e prima ancora sociali che non hanno trovato ancora un approdo uniforme.

La scelta interpretativa operata dal Consiglio di Stato rispecchia questo stallo culturale e giuridico:

"il dibattito politico e culturale in corso in Italia sulle forme e sulle modalità del riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali sconsiglia

⁷¹ Cfr. **C. DI MARTINO**, *Le evidenze dell'esperienza, in Famiglia e DiCo: una mutazione antropologica*, in *Quaderni di sussidiarietà*, n. 1, Lecco, 2007, p. 15 ss.; **M. CARTABIA**, *Avventure giuridiche della differenza sessuale*, in *Iustitia*, n. 3, 2011, pp. 292-306.

⁷² **C. SARACENO**, *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Feltrinelli, Milano, 2012, p. 102; **S. RODOTÀ**, *Diritto d'amore*, Laterza, Bari-Roma, 2015, p. 46; in generale, **M. BARGAGLI**, **A. COLOMBO**, *Omosessuali moderni. Gay e lesbiche in Italia*, il Mulino, Bologna, 2007, *passim*.

⁷³ **A.C. JEMOLO**, *Il matrimonio*, Utet, Torino, 1947, p. 3. Cfr., altresì, **A. FALZEA**, *Fatto vitale*, in **ID.**, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, II. dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 427, in cui l'Autore parla della diversità di sesso come di un necessario presupposto, non solo biologico, ma anche sociologico del matrimonio.



all'interprete qualsiasi forzatura nella lettura della normativa di riferimento che, allo stato, esclude, con formulazioni chiare e univoche, qualsivoglia omologazione tra le unioni eterosessuali e quelle omosessuali. Si aggiunga che assecondando le istanze provenienti dal mondo omosessuale, si finirebbe per ammettere, di fatto, surrettiziamente ed elusivamente il matrimonio omosex anche in Italia, tale essendo l'effetto dell'affermazione della trascrivibilità di quello celebrato all'estero tra cittadini italiani, nonostante l'assenza di una previsione legislativa che lo consenta e lo regoli (e, anzi, in un contesto normativo che lo esclude chiaramente, ancorchè tacitamente) e, quindi, della relativa scelta, libera e politica, del Parlamento nazionale, che resta l'unica autorità titolare della relativa decisione, come chiarito anche dalla Corte di Strasburgo".

Fermo, quindi, quanto sancito dal supremo consesso della giustizia amministrativa, l'attesa approvazione del D.D.L. Cirinnà pare consentire un nuovo ingresso all'istituto della trascrivibilità di un matrimonio celebrato all'estero, anche tra persone omosessuali, mediante una diversa, ma unica via: quella dell'unione civile e non anche del matrimonio.

Il Governo, infatti, è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi in materia di unione civile fra persone dello stesso sesso nel rispetto di alcuni principi e criteri direttivi: tra questi, appunto, la modifica e il riordino delle norme in materia di diritto internazionale privato, mediante la previsione di una disciplina dell'unione civile tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane applicabile alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo⁷⁴.

In tal senso, l'approvanda disposizione opera una *reductio ad unum*, omologando le diverse forme di vincoli affettivi contratti al di fuori del nostro Paese sotto l'unica etichetta di "unione civile". Anch'essa, quindi, una forma di incomprensibile limitazione nei confronti nelle coppie omosessuali, che intendono vivere (non molto) liberamente la loro condizione di coppia e alle quali resta precluso l'accesso all'istituto matrimoniale.

Sul piano dei valori, rimane ancora aperto un interrogativo, che riguarda le modalità con cui lo Stato sceglie di garantire il libero svolgimento della personalità di ciascuno, che deve riguardare, quindi, anche la sfera delle scelte affettive. È una questione di discriminazione e,

⁷⁴ Così, art. 1, comma 28, D.D.L. Cirinnà.



almeno sotto questo profilo, è incontrovertibile la volontà dei Padri costituenti⁷⁵.

Senza dubbio, l'evoluzione delle forme di vita familiare si è fatta più rapida, per effetto, da un lato, della *endemica liquidità* che caratterizza le moderne strutture sociali, e, dall'altro, della spinta contraddittoria proveniente dai processi di migrazione globale e dal ruolo di orientamento svolto dalla comunicazione di massa⁷⁶.

Ma proprio le sempre più frequenti aperture degli ordinamenti nei confronti di convivenze non matrimoniali, registrate, di fatto, etero o omosessuali, reclamano un'uniformità di disciplina⁷⁷, anche sotto il profilo delle opportunità a disposizione dei diversi modelli familiari.

E, invece, si riscontrano ancora differenze tra i diversi ordinamenti persino con riferimento al medesimo modello tradizionale di famiglia: ci si riferisce, a titolo esemplificativo, al regime patrimoniale dei coniugi, o ai presupposti, alle procedure e agli effetti dello scioglimento del vincolo e ancora, al diverso fronte della filiazione, come pure per quanto concerne la nota questione della legittimazione all'adozione da parte del single, anche omosessuale⁷⁸.

Ne deriva un volto dell'istituzione familiare ridisegnato dalle nuove istanze sociali, che la pongono dinanzi a una difficile, quanto insuperabile, prova di resistenza.

La configurabilità, accanto al *modello* tradizionale della famiglia fondata sul matrimonio, di *modelli*⁷⁹, al plurale, emergenti appare, quindi,

⁷⁵ Cfr. L. FERRAJOLI, *Il principio di uguaglianza e la differenza di genere*, in www.giudicedonna.it, n. 3, 2015, pp.1-14

⁷⁶ Così, M. MANETTI, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 00 del 2 luglio 2010, pp. 1-32.

⁷⁷ Sul tema, cfr. E. CALÒ, *Le convivenze registrate in Europa*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 19 ss.; G. ROSSOLILLO, *Registered Partnership e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Dir. int. proc.*, 2003, p. 363 ss.; L. TOMASI, *La nozione di famiglia negli atti dell'Unione e della Comunità europea*, cit., p. 50 ss.; S. PATTI, *Modelli di famiglia e di convivenza*, in S. PATTI, M.G. CUBEDDU, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 111 ss.; C. RAGNI, *La disciplina della convivenza in Europa alla prova del pluralismo dei modelli familiari*, in P. De Cesari (a cura di), *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, II. *Persona e famiglia*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 349 ss.; G. DI ROSA, *Forme familiari e modello matrimoniale tra discipline interne e normativa comunitaria*, in *Europ. d. priv.*, 2009, p. 755 ss.; P. PASSAGLIA, *Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica*, in *Foro it.*, 2010, IV, c. 273 ss.

⁷⁸ V. SCALISI, *Famiglia e famiglie in Europa*, in *Rivista di diritto civile*, n. 1, 2013, pp. 7-24.

⁷⁹ Cfr. V. SCALISI, *La «famiglia» e le «famiglie»*, in AA. VV., *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Cedam, Padova, 1986, p. 276 ss., in cui, sin



la soluzione percorribile, ma non è quella più appagante⁸⁰, in quanto, a ben vedere, a risultarne sconvolta è l'intima struttura dell'istituzione famiglia in senso lato, che si riverbera nelle singole dinamiche delle relazioni affettive, tradizionali o emergenti che siano⁸¹.

dagli anni ottanta, l'Autore prospetta l'esistenza di una molteplicità di modelli. Cfr, altresì, **C. MAZZÙ**, *La famiglia degli affetti*, in *Studi in onore di Antonio Palazzo*, Torino, 2009, 2, p. 527 ss. Si segnala, inoltre, **A. ZOPPINI**, *Tentativo di inventario per il «nuovo» diritto di famiglia: il contratto di convivenza*, in E. Moscati, A. Zoppini (a cura di), *I contratti di convivenza*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 23 s., secondo cui "la scelta di guardare non più alla famiglia, ma alle famiglie (...) pone tuttavia il problema del valore orientante del modello che si prende a riferimento".

⁸⁰ **F.D. BUSNELLI**, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, in particolare p. 520 ss., ove si osserva che "il modello costituzionale di cui all'art. 29 è vincolante per il giurista, ancorché ciò non escluda la rilevanza di rapporti parafamiliari". In effetti la tendenza della dottrina è quella ormai di ammettere l'esistenza di una pluralità di modelli, ancorché riconoscendo al matrimonio il significato di "istituto centrale del sistema familiare", **G. BONILINI**, *La famiglia*, in *Dir. civ.*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, vol. I, t. 2, Giuffrè, Milano, 2009, p. 70. In senso opposto, **M. GORGONI**, *Le formazioni sociali a valenza familiare*, in M. Francesca, M. Gorgoni (a cura di), *Rapporti familiari e regolazione: mutamenti e prospettive*, Esi, Napoli, 2009, p. 1 ss.; **G. GIACOBBE**, *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale*, in *Dir. Fam.*, 2006, p. 1230 ss., il quale conclude affermando che "sembra emergere in modo univoco l'esistenza, nel sistema ordinamentale vigente, di un preciso e puntuale modello di famiglia che, nella unitarietà della sua configurazione normativa, esclude che ogni altra e diversa ipotesi di aggregazione sociale possa essere qualificata come famiglia".

⁸¹ Cfr. **F.D. BUSNELLI**, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, cit., p. 520 ss.; **D. MESSINETTI**, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 145 s., ove, preso atto dei profondi cambiamenti intervenuti nella realtà sociale, si sostiene che in epoca moderna l'unico e assorbente modello è quello del single "il quale vive ogni rapporto, anche quello istituzionalizzato nel matrimonio, definendo strenuamente la sua sfera di libertà personale e, in definitiva, il suo individualismo".