

entrata in un cono d'ombra»; v. anche MARINELLI, *Funzione sociale della proprietà e natura delle cose dall'«avere» all'«essere»*, in TAMPONI e GABRIELLI (a cura di), *I rapporti patrimoniali*, cit., 32, sull'essere «la formulazione costituzionale (...) ancora lontana dall'aver prodotto quei risultati che il legislatore costituente si aspettava».

Per PERLINGIERI, *Conclusioni*, cit., 331 s., l'armonizzazione delle diverse impostazioni assiologiche nazionale ed europea appare percorribile anche alla luce dei lavori dell'Assemblea costituente.

COMPORTE, *Relazione introduttiva*, in ID. (a cura di), *La proprietà nella Carta europea*, cit., 10 s., richiama i lavori dell'Assemblea costituente, segnalando lo scollamento di dottrina e giurisprudenza nell'interpretazione dell'art. 42 Cost. da quelle conclusioni.

Sulla ridefinizione della formula «funzione sociale» secondo la regola di proporzionalità e ragionevolezza, TENELLA SILLANI, *I diversi profili del diritto di proprietà nel XXI secolo: brevi spunti di riflessione*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 1073.

Sulla evoluzione, in chiave consensuale, del go-

verno del territorio, PARENTE, *I moduli consensuali di pianificazione del territorio e la tutela degli interessi differenziati*, Esi, 2006; e sull'implosione dell'istituto espropriativo, SAPORITO, *L'edilizia sociale*, nel *Trattato dei diritti reali*, a cura di GAMBARO e MORELLI, IV, Giuffrè, 2012, 719, tanto da prospettarsi il superamento del modello ablativo, BOCCHINI, *Azione amministrativa «affittiva» e azione amministrativa «cooperativa» (il caso dell'occupazione acquisitiva)*, in *Foro amm.*, 2009, 287 ss.

Discorre di osmosi interpretativa, PERLINGIERI, *Leale collaborazione*, cit., 28 ss. Sulla necessità di una «ermeneutica dialogante», v. FEDERICO, *La proprietà in Europa tra «funzione sociale» e «interesse generale»*, in D'AMICO (a cura di), *Proprietà e diritto europeo*, cit., 148 ss.

Nel commentare la pronuncia sull'Immobiliare Cerro, CONTI, *La Corte europea affossa la prescrizione*, in *www.diritticomparati.it*, 6/2012; GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte europea*, cit., 123.

MARIASSUNTA IMBRENDA

► CASS. CIV., sez. I, 9.2.2015, n. 2400  
Conferma App. Roma, decr. 9.5.2012

FAMIGLIA - MATRIMONIO OMOSESSUALE - INIDONEITÀ A PRODURRE EFFETTI - RIFIUTO ALLE PUBBLICAZIONI - LEGITTIMITÀ (Cost., artt. 2, 29; Conv. eur. dir. Uomo, artt. 8, 12; Carta dir. UE, art. 9; Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, art. 16) (a)

FAMIGLIA - UNIONE OMO-AFFETTIVA - RANGO COSTITUZIONALE - NECESSITÀ DI NORMAZIONE DA PARTE DEL LEGISLATORE ORDINARIO NAZIONALE - SUSSISTENZA (Cost., artt. 2, 29; Conv. eur. dir. Uomo, artt. 8, 12; Carta dir. UE, art. 9; Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, art. 16) (b)

FAMIGLIA - UNIONE OMO-AFFETTIVA - RICONOSCIMENTO EX ART. 2 COST. - LESIONE DI DIRITTI FONDAMENTALI SCATURENTI DALLA RELAZIONE - PROTEZIONE EQUIPARABILE A QUELLA MATRIMONIALE - AM-

MISSIBILITÀ (Cost., artt. 2, 29; Conv. eur. dir. Uomo, artt. 8, 12; Carta dir. UE, art. 9; Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, art. 16) (c)

(a) È legittimo il rifiuto opposto dall'ufficiale di stato civile alle pubblicazioni di matrimonio tra persone del medesimo sesso in quanto non previsto tra le ipotesi legislative di unione coniugale e quindi inidoneo a produrre effetti, in conformità a quanto stabilito dalle sentenze n. 138 del 2010 e n. 170 del 2014 della Corte costituzionale, il cui approdo non è superato dalle decisioni della Corte di Strasburgo.

(b) Spetta al legislatore ordinario nazionale determinare forme e modelli all'interno dei quali predisporre per le unioni tra persone dello stesso sesso uno statuto di diritti e doveri coerente con il rango costituzionale di tali relazioni.

(c) Il nucleo affettivo-relazionale che ca-

**ratterizza l'unione omo-affettiva riceve un diretto riconoscimento costituzionale dall'art. 2 Cost. e, mediante il processo di adeguamento e di equiparazione imposto dal rilievo costituzionale dei diritti in discussione, può acquisire un grado di protezione equiparabile a quella matrimoniale in tutte le situazioni nelle quali la mancanza di una disciplina legislativa determini una lesione di diritti fondamentali scaturenti dalla relazione.**

*dal testo:*

**Il fatto.** Con il decreto impugnato la Corte d'Appello di Roma, confermando la pronuncia di primo grado, ha rigettato la domanda proposta da A.A. e D.S.P.G. finalizzata a poter procedere alle pubblicazioni di matrimonio da loro richieste e negate dall'ufficiale di stato civile.

I reclamanti avevano dedotto:

- che non si rintracciava nel codice civile e nella Costituzione una norma definitoria del matrimonio, secondo il paradigma eterosessuale;
- che un'interpretazione orientata dal diritto europeo, dalle Carte internazionali e dalla giurisprudenza CEDU consentiva al giudice di colmare il vuoto normativo relativo alla mancata considerazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso;
- che il principio di tipicità delle norme che limitano la libertà personale non avrebbe consentito d'introdurre un divieto di contrarre matrimonio non espressamente previsto;
- che il diniego costituiva violazione dell'art. 3 Cost., perché introduceva una discriminazione per una condizione personale e dell'art. 2, perché non consentiva il pieno sviluppo di una sfera relazionale a carattere costitutivo in una formazione sociale come l'unione tra due persone dello stesso sesso costituzionalmente protetta, oltre che ampiamente riconosciuta dalle fonti internazionali ed europee da ritenere vincolanti anche in virtù del rinvio contenuto nell'art. 117 Cost.

La Corte d'Appello ha giustificato il rigetto della domanda sulla base delle seguenti argomentazioni. In primo luogo ha affermato, richiamando testualmente la sentenza, che le ec-

cezioni d'illegittimità costituzionale delle norme civilistiche relative al matrimonio erano state risolte dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 138 del 2010.

Ha aggiunto che l'eccezione fondata sul parametro relativo all'art. 22 Cost., è del tutto infondata non essendo le norme ordinarie che regolano l'istituto matrimoniale rivolte a cagionare la privazione per motivi politici della capacità giuridica. Tali norme si limitano a stabilire le condizioni per l'esercizio del diritto al matrimonio.

Ha precisato che non vi è ragione per la rimessione di alcuna questione alla Corte di Giustizia del Lussemburgo dal momento che sia l'art. 12 CEDU che l'art. 9 della Carta di Nizza rinviano alla discrezionalità legislativa dei singoli stati per la scelta e la disciplina dei modelli matrimoniali.

Infine la sentenza della CEDU Schalk e Kopf contro Austria ha confermato che il matrimonio omosessuale non rientra tra le garanzie della Convenzione. Ha in particolare evidenziato che le unioni omosessuali si trovano in una situazione simile a quella delle coppie eterosessuali quanto all'esigenza di riconoscimento e protezione giuridica della relazione, ma non ne sono discriminate né sotto il profilo dell'art. 8, né dell'art. 14, né dell'art. 12, perché queste norme non obbligano gli Stati contraenti a consentire l'accesso al matrimonio.

Avverso tale pronuncia hanno proposto ricorso per cassazione A.A. e D.S.P.G. affidandosi a tre motivi.

Si è costituito tardivamente al solo fine di partecipare all'udienza di discussione, il Ministero dell'Interno. Le parti ricorrenti hanno depositato memoria illustrativa.

**I motivi.** I ricorrenti preliminarmente evidenziano che la questione sottoposta all'esame della Corte è nuova, avendo ad oggetto il rifiuto di procedere alle pubblicazioni matrimoniali e non alla trascrizione di un titolo estero. Inoltre chiariscono che la sentenza n. 4184 del 2012 di questa Corte ha stabilito che la nozione di matrimonio da accogliere nel nostro ordinamento comprende anche il matrimonio tra persone dello stesso sesso, superando l'impianto della pronuncia della Corte Cost. n. 138 del 2010. Devono, pertanto, ritenersi sussistenti le

condizioni per la messa in discussione della tenuta costituzionale della regola dell'assoluta discrezionalità del legislatore nazionale in questa materia. Alla luce della giurisprudenza sopravvenuta e dei nuovi contributi della dottrina devono, pertanto, secondo le parti ricorrenti, essere riverificate le questioni di legittimità costituzionale già esaminate e quelle nuove.

Nel primo motivo di ricorso viene dedotta la violazione degli artt. 1, 3 e 10 Cost., art. 117, comma 1, Cost.; art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e art. 12 della CEDU per avere la Corte d'Appello fondato la propria decisione sulla ineludibilità della differenza di sesso tra i nubendi superata invece dalla sentenza n. 4184 del 2012 che ha espressamente affermato "l'art. 12 CEDU ha privato di rilevanza giuridica la diversità di sesso tra i nubendi dovendo tale norma essere interpretata secondo quanto stabilito dalla Corte di Strasburgo alla luce dell'art. 9 della Carta di Nizza".

Tale novità, secondo i ricorrenti, impone di riconsiderare l'impianto della sentenza n. 138 del 2010 della Corte Costituzionale proprio con riferimento ai parametri interposti costituiti dai citati art. 12 CEDU e art. 9 Carta di Nizza. Il paradigma eterosessuale secondo i ricorrenti si è sgretolato grazie all'appartenenza dell'Italia a un sistema multilivello di tutela dei diritti. Tale sistema ha introdotto nel nostro ordinamento una nozione di matrimonio che comprende quello omosessuale. La mera riconduzione delle unioni omosessuali nell'art. 2 Cost., al fine di escludere il diritto al matrimonio determina un grave deficit di tutela dal momento che l'unione coniugale genera un fascio di diritti complessi e stratificati, per ottenere i quali allo stato occorre rivolgersi alla Corte Costituzionale o al giudice, con il rischio quanto meno di un'enorme frantumazione e contrazione dell'esercizio dei diritti stessi. Non può, pertanto, affermarsi una totale discrezionalità del legislatore a fronte di due assunti incontrovertibili: 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.

Nel secondo motivo di ricorso viene dedotta la violazione delle medesime norme per avere la Corte d'Appello ritenuta la necessità di un

intervento legislativo per fondare il diritto a contrarre matrimonio. Le ragioni che hanno determinato la Corte Costituzionale a indicare come obbligata la strada legislativa non sono le stesse indicate da Cass. n. 4184 del 2012. In questa ultima pronuncia la riserva assoluta di legislazione è fondata sull'art. 12 CEDU e art. 9 Carta dei diritti fondamentali, secondo l'interpretazione della Corte di Strasburgo. La lettura originalista dell'art. 29 Cost., è stata sostanzialmente superata dalla giurisprudenza di legittimità in quanto ispirata dai principi CEDU e della Carta di Nizza. La vincolatività dei principi CEDU impone di ritenere il matrimonio tra persone dello stesso sesso come una realtà del nostro paese ma nonostante queste premesse si giustifica la mancanza di garanzia, rimettendosi per essa alla discrezionalità legislativa. L'art. 2 Cost. pone un'esigenza di simultaneità tra riconoscimento e garanzia che l'interpretazione della giurisprudenza di legittimità vanifica. Non può, pertanto, condividersi l'assunto della Corte d'Appello secondo il quale l'estensione per via giurisdizionale del matrimonio tra persone dello stesso sesso determinerebbe una compressione ingiustificata della discrezionalità legislativa, dal momento che tale discrezionalità può svolgersi in modo molto circoscritto.

Nel terzo motivo viene dedotta l'illegittimità costituzionale degli artt. 107, 108, 143, 143 *bis*, 143 *ter* e 156 *bis* c.c., rispetto agli artt. 2 e 3 Cost., art. 10, comma 2, Cost., artt. 22 e 29 Cost., art. 117, comma 1, Cost., e artt. 9 e 21 della carta di Nizza, nonché degli artt. 12 e 14 CEDU sulla base delle seguenti argomentazioni:

a) La Corte Costituzionale nella sentenza n. 138 del 2010 non ha valutato il parametro dell'art. 2 Cost., con riferimento agli artt. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e 12 della CEDU. Tale specifico profilo deve essere nuovamente sottoposto al vaglio della Corte Costituzionale ove non si ritenga vi siano già gli elementi per un'interpretazione costituzionalmente orientata.

b) Gli artt. 2 e 3 Cost., devono essere considerati unitariamente al fine di verificare se non vi sia un'ingiustificata lesione del diritto al matrimonio sulla base di una mera condizione personale. Se il diritto al matrimonio è un diritto fondamentale (la sentenza n. 138 del 2010 non ne fa espres-

sa menzione) lo Stato non può disconoscerne il godimento se non a fronte di un interesse prevalente; non può sostituirsi al titolare del diritto nella scelta delle modalità del suo esercizio, non può ingiustificatamente contrarre questa rilevante espressione della libertà personale. Deve esserci l'esigenza dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario per poterlo sacrificare. Tale interesse non ricorre e non può trarsi dalla concezione originalista dell'art. 29 Cost., del tutto anacronistica. Nella dimensione antidiscriminatoria dell'invocata estensione del diritto al matrimonio deve tenersi conto anche del principio di tutela delle minoranze. Il matrimonio determina uno status dotato di una componente di dignità pubblica imprescindibile per l'autodefinizione personale.

Infine il divieto di contrarre matrimonio equipara le coppie dello stesso sesso agli interdetti, il che contrasta anche con l'art. 22 Cost.

In sintesi la rimessione alla Corte Costituzionale dovrebbe aversi:

- per violazione del diritto all'autodeterminazione nelle scelte matrimoniali (art. 2 Cost.);
- per violazione della dignità sociale delle persone omosessuali che vivono stabilmente una condizione di coppia (art. 3);
- per violazione del divieto di discriminazione delle persone in ragione di una condizione meramente personale (art. 3 Cost., art. 21 carta di Nizza, artt. 12 e 14 CEDU, art. 10, comma 1, e art. 117 Cost.);
- per violazione del diritto a contrarre matrimonio in condizioni di uguaglianza con le persone non omosessuali (artt. 2, 3 e 29 Cost.);
- per restrizione della capacità di diritto pubblico che deriva dal divieto (art. 22 Cost.).

Le norme censurabili sono gli artt. 107, 108, 143, 143 *bis*, *ter* e 156 *bis* c.c.

I primi due motivi di ricorso possono essere trattati congiuntamente in quanto logicamente connessi.

In primo luogo deve osservarsi che la questione relativa alla legittimità e conformità costituzionale del diniego di procedere alle pubblicazioni matrimoniali relative ad un'unione tra due persone dello stesso sesso è identica a quella già affrontata dalla Corte Costituzionale n. 138 del 2010.

È necessario, pertanto, richiamare preliminarmente i principi stabiliti in questa pronun-

cia al fine di accertare se siano intervenuti orientamenti successivi da parte della Corte europea dei diritti umani o dalla stessa Corte Costituzionale, in pronunce successive che possano determinare, anche alla luce di alcune opzioni dottrinali, soluzioni diverse.

In particolare, seguendo lo sviluppo argomentativo dei motivi di ricorso, è necessario verificare se, contrariamente a quanto affermato nella pronuncia sopra indicata, possa pervenirsi all'affermazione della configurabilità giuridica di un'unione matrimoniale tra persone dello stesso sesso, senza l'intervento del legislatore ordinario, e se l'assenza di tale istituto sia compatibile con il sistema costituzionale integrato attuale dei diritti fondamentali.

La sentenza n. 138 del 2010 ha affermato che l'art. 12 CEDU e l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea lasciano al legislatore nazionale di stabilire forme e disciplina giuridica delle unioni, tra persone dello stesso sesso. Tali scelte rientrano pienamente nel margine di discrezionalità dei singoli stati, dovendosi escludere, per questa specifica tipologia di unioni l'imposizione di un modello normativo unico da trarre dal paradigma matrimoniale. Secondo la Corte Costituzionale "Ulteriore riscontro di ciò si desume dall'esame delle scelte e delle soluzioni adottate da numerosi Paesi che hanno introdotto, 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 alla chiara distinzione, sul piano degli effetti, rispetto allo stesso".

Deve, pertanto, escludersi, secondo la sentenza n. 138 del 2010, che la mancata estensione del modello matrimoniale alle unioni tra persone dello stesso sesso determini una lesione dei parametri integrati della dignità umana e dell'uguaglianza, i quali assumono pari rilievo nelle situazioni individuali e nelle situazioni relazionali rientranti nelle formazioni sociali costituzionalmente protette *ex* artt. 2 e 3 Cost. Per formazione sociale secondo la Corte "deve intendersi 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, quale 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. Si deve escludere, tuttavia, che l'aspirazione a tale riconoscimento (che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia) possa essere realizzata soltanto attraverso un'equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio". Nella pronuncia vi è, di conseguenza, l'esplicito riconoscimento del rilievo costituzionale *ex art. 2*, delle unioni tra persone dello stesso sesso e si avverte l'esigenza di rimettere al legislatore "nell'esercizio della sua piena discrezionalità, d'individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni omosessuali", unitamente alla possibilità della Corte stessa d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (com'è avvenuto per le convivenze *more uxorio*).

Il processo di costituzionalizzazione delle unioni tra persone dello stesso sesso non si fonda, contrariamente a quanto sostenuto dai ricorrenti, sulla violazione del canone antidiscriminatorio dettata dall'inaccessibilità al modello matrimoniale, ma sul riconoscimento di un nucleo comune di diritti e doveri di assistenza e solidarietà propri delle relazioni affettive di coppia e sulla riconducibilità di tali relazioni nell'alveo delle formazioni sociali dirette allo sviluppo, in forma primaria, della personalità umana. Da tale riconoscimento sorge l'esigenza di un trattamento omogeneo di tutte le situazioni che presentano un deficit od un'assenza di tutela dei diritti dei componenti l'unione, derivante dalla mancanza di uno statuto protettivo delle relazioni diverse da quelle matrimoniali nel nostro ordinamento.

Questo approdo non risulta modificato dai principi elaborati nelle successive pronunce della Cedu e nella sentenza n. 170 del 2014 della Corte Costituzionale.

La linea tracciata dalla Corte di Strasburgo in ordine al margine di apprezzamento degli Stati membri è rimasta coerente nelle sentenze *Schalk and Kopf c. Austria* del 24 giugno 2010,

*Gas e Dubois c. Francia* del 15 marzo 2012 fino alla più recente *Hamalainen c. Finlandia* del 16 luglio 2014. L'art. 12, ancorché formalmente riferito all'unione matrimoniale eterosessuale, non esclude che gli Stati membri estendano il modello matrimoniale anche alle persone dello stesso sesso, ma nello stesso tempo non contiene alcun obbligo al riguardo. Nell'art. 8, che sancisce il diritto alla vita privata e familiare, è senz'altro contenuto il diritto a vivere una relazione affettiva tra persone dello stesso sesso protetta dall'ordinamento, ma non necessariamente mediante l'opzione del matrimonio per tali unioni.

Questa esigenza, unita all'insussistenza dell'obbligo costituzionale o convenzionale di estendere il vincolo coniugale alle unioni omoaffettive, è stata ribadita dalla sentenza n. 170 del 2014 della Corte Costituzionale, nella quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della disciplina normativa che fa conseguire in via automatica alla rettificazione del sesso lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio preesistente senza preoccuparsi di prevedere per l'unione divenuta omoaffettiva un riconoscimento e uno statuto di diritti e doveri che ne consenta la conservazione in una condizione coerente con l'art. 2 Cost. (e art. 8 Cedu). La Corte ha evidenziato che il contrasto si determina per il "passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione di assoluta indeterminazione (quale quella di tutte le relazioni tra persone dello stesso sesso nel nostro ordinamento n.d.r.)". Ciò determina la necessità di un tempestivo intervento legislativo.

Peraltro, i principi sopra delineati hanno costituito il fondamento anche della pronuncia di rigetto della trascrizione di un matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso di questa Corte (sent. n. 4184 del 2012). Nel nostro sistema giuridico di diritto positivo il matrimonio tra persone dello stesso sesso è inidoneo a produrre effetti perché non previsto tra le ipotesi legislative di unione coniugale. Il nucleo affettivo relazionale che caratterizza l'unione omoaffettiva, invece, riceve un diretto riconoscimento costituzionale dall'art. 2 Cost., e mediante il processo di adeguamento e di equiparazione imposto dal rilievo costituzionale dei diritti in discussione può acquisire un

grado di protezione e tutela equiparabile a quello matrimoniale in tutte le situazioni nelle quali la mancanza di una disciplina legislativa determina una lesione di diritti fondamentali scaturenti dalla relazione in questione. Per questa ragione la Corte di Cassazione ha escluso la contrarietà all'ordine pubblico del titolo matrimoniale estero pur riconoscendone l'inedoneità a produrre nel nostro ordinamento gli effetti del vincolo matrimoniale. L'operazione di omogeneizzazione può essere svolta dal giudice comune, e non soltanto dalla Corte costituzionale, in quanto tenuto ad un'interpretazione delle norme non solo costituzionalmente orientata, ma anche convenzionalmente orientata (Corte Cost. sent. n. 150 del 2012).

In conclusione, la legittimità costituzionale e convenzionale della scelta del legislatore ordinario in ordine alle forme ed ai modelli all'interno dei quali predisporre per le unioni tra persone dello stesso sesso uno statuto di diritti e doveri coerente con il rango costituzionale di tali relazioni conduce ad escludere il fondamento delle censure prospettate, non solo sotto il profilo della creazione giurisprudenziale dell'unione coniugale tra persone dello stesso sesso, risultando tale operazione ben diversa da quella consentita (Cass. 4184 del 2012) di adeguamento ed omogeneizzazione nella titolarità e nell'esercizio dei diritti, ma anche delle prospettate censure d'incostituzionalità.

Ugualmente infondato deve ritenersi il terzo motivo per quanto riguarda la dedotta lesione dell'art. 22 Cost., risultando per il resto sostanzialmente riconducibile alle altre due censure già esaminate.

Tale norma introduce il divieto di restrizione della capacità per motivi politici ed ha ad oggetto la capacità di diritto pubblico.

Risulta, di conseguenza, parametro di costituzionalità del tutto inapplicabile alla fattispecie.

Non vi è statuizione sulle spese processuali attesa la tardiva costituzione del Ministero dell'Interno finalizzata soltanto alla mancata partecipazione all'udienza di discussione. (*Omissis*)

[LUCCIOLI *Presidente* – ACIERNO *Estensore* – CERONI *P.M.* (concl. conf.) – A.A. e D.S.P.G. (avv. ti Torino, Bilotta, Rotelli, Tonioni) – Ministero dell'interno (avv. gen. Stato)]

**Nota di commento:** «*Ammissibilità nell'ordinamento vigente del matrimonio fra persone del medesimo sesso*»

## I. Il caso

I signori AA e DEPG intendono contrarre fra loro matrimonio e presentano a tal fine richiesta all'ufficiale di stato civile di procedere alla prescritta pubblicazione ottenendone un rifiuto, ai sensi dell'art. 98, comma 1°, cod. civ., trattandosi di persone del medesimo sesso; impugnano allora l'atto di diniego davanti al tribunale, ai sensi del comma 2° della norma medesima, sostenendone l'illegittimità in quanto la diversità di sesso non è prevista espressamente dalla legge fra i requisiti richiesti per contrarre matrimonio, con conseguente ingiustificata limitazione della loro libertà. Precisano altresì che, a fronte del silenzio del codice civile riguardo ad una concezione del matrimonio esclusivamente in prospettiva eterosessuale, il principio opposto è desumibile da norme di diritto europeo e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La richiesta dei ricorrenti viene ritenuta infondata in entrambi i gradi di giudizio. In particolare, la Corte d'Appello di Roma non accoglie la domanda di rimessione alla Corte costituzionale della questione di costituzionalità delle norme del codice civile relative al matrimonio, che fanno espressamente riferimento al marito e alla moglie, in quanto considerate legittime da CORTE COST., 15.4.2010, n. 138, *infra*, sez. III; analogo diniego viene espresso circa il rinvio alle Corti europee in quanto anche la Corte eur. dir. uomo, nel caso *Schalk e Kops v. Austria* (CORTE EUR. DIR. UOMO, 24.6.2010, ric. 30141/04, *infra*, sez. III) ha riconosciuto la discrezionalità dei singoli Stati nel decidere di ammettere o meno al matrimonio le coppie del medesimo sesso.

Gli interessati impugnano detto decreto davanti alla Corte di Cassazione, sostenendo che nella decisione 15.3.2012, n. 4184, *infra*, sez. III, essa ha introdotto sulla questione elementi nuovi, rispetto alla menzionata decisione della Corte costituzionale, negando la possibilità di configurare l'inesistenza del matrimonio contratto da persone del medesimo sesso e la sua contrarietà all'ordine pubblico, così ritenendo non ineludibile la differenza di sesso dei coniugi. Tali affermazioni costituirebbero appunto un *quid novi* che imporrebbe di rivedere l'approdo a cui è pervenuto in precedenza il Giudice delle leggi.

I ricorrenti chiedono pertanto alla Corte, nel giudizio in esame, di accertare in via interpretativa la possibilità per la coppia omosessuale di contrarre matrimonio – alla luce dell'art. 12 Conv. eur. dir. uomo e dell'art. 8 Carta dir. UE – e dunque l'illegit-

timità del rifiuto alla pubblicazione opposto dall'ufficiale di stato civile, in quanto la celebrazione del matrimonio rientra fra i diritti fondamentali della persona la cui tutela è sottratta alla discrezionalità assoluta del legislatore; tale diritto potrebbe subire pertanto limitazioni solo in presenza di un interesse pubblico di rango primario. In via subordinata si chiede di sottoporre nuovamente alla Corte costituzionale la questione di legittimità delle suddette norme del codice civile per contrasto con gli artt. 2, 3, 10, 22, 29 e 117 Cost., con gli artt. 12 e 14 Conv. eur. dir. uomo, nonché con gli artt. 9 e 21 Carta dir. UE.

Il caso in esame non è nuovo ma risulta conforme a quelli che hanno originato in precedenza la menzionata sentenza della Corte costituzionale (n. 138/2010) in seguito alla rimessione della questione da parte del Tribunale di Venezia (ord. 3.4.2009, *infra*, sez. III) e della Corte d'Appello di Trento (ord. 29.7.2009, *infra*, sez. III); anche in quelle occasioni, infatti, si poneva il problema della legittimità o meno del rifiuto dell'ufficiale di stato civile di procedere alla pubblicazione di celebrazione delle nozze da parte di coppia del medesimo sesso.

Nella decisione in commento la Cassazione, in maniera abbastanza prevedibile, giudica infondate la richiesta dei ricorrenti e le relative argomentazioni a sostegno, precisando altresì che la sentenza n. 4184/2012 non ha posto in discussione in alcun modo i principi enunciati in precedenza dalla Corte costituzionale e segnatamente che: *a*) nel nostro ordinamento non è attualmente possibile per le coppie del medesimo sesso celebrare matrimonio; *b*) spetta al legislatore ordinario una scelta siffatta senza che possa pervenirsi a tale conclusione in via interpretativa; *c*) non sussiste un diritto delle coppie del medesimo sesso di contrarre tra di loro matrimonio alla luce dei principi costituzionali; *d*) tuttavia anche alle coppie del medesimo sesso deve riconoscersi un nucleo fondamentale di diritti e doveri di assistenza e solidarietà e la pretesa ad un trattamento omogeneo rispetto alle relazioni affettive diverse da quelle matrimoniali.

Le questioni sul tappeto affrontate dalla Corte di Cassazione nella decisione in commento possono così riassumersi: 1) *se il nostro ordinamento ammetta, attualmente, il matrimonio di persone del medesimo sesso*; in caso contrario, 2) *se possa configurarsi un diritto delle coppie omosessuali al matrimonio, la cui negazione violi i principi costituzionali*; in caso contrario, 3) *se possa configurarsi almeno un diritto della coppia alla tutela della vita affettiva e secondo quali modalità debba concretizzarsi*.

## II. Le questioni

1. SE IL NOSTRO ORDINAMENTO AMMETTA, ATTUALMENTE, IL MATRIMONIO DI PERSONE DEL MEDESIMO SESSO. La questione in oggetto non appare di complessa risoluzione. Il tentativo di introdurre surrettiziamente all'interno dell'ordinamento una modifica così rilevante qual è quella di estendere in via interpretativa il matrimonio alla coppia omosessuale appare destinato a sicuro insuccesso. Gli stessi autori favorevoli a tale accesso ne riconoscono la praticabilità solo per via legislativa oppure previo giudizio di incostituzionalità delle norme del codice civile che, menzionando in alcuni punti il marito e la moglie, presuppongono l'eterosessualità del matrimonio.

Appare peraltro poco incisiva l'argomentazione contraria secondo la quale la diversità di sesso non è espressamente enunciata fra i requisiti richiesti per la celebrazione, dal momento che a tale conclusione può pervenirsi agevolmente mediante interpretazione sistematica delle norme in materia. Infatti, già la dichiarazione che la coppia esprime per contrarre le nozze (artt. 107 e 108 cod. civ.) fa riferimento alla volontà dell'uomo di prendere la donna in moglie e di quest'ultima di prenderlo come marito; inoltre la proclamata uguaglianza dei diritti e doveri dei coniugi assolve alla funzione di impedire discriminazioni nell'esercizio delle funzioni familiari ricoperte dall'uomo e dalla donna; principio che trova puntuale riscontro nell'art. 29 Cost.

Controverso è invece l'aspetto relativo alla concezione eterosessuale del matrimonio in seno alla Costituzione. Tale questione rileva non in quanto si possa prescindere da un intervento legislativo per l'introduzione nell'ordinamento del matrimonio omosessuale, quanto per stabilire se questo importante mutamento possa avvenire mediante intervento del legislatore ordinario o richieda, invece, una modifica costituzionale. Alcuni interpreti sono orientati in quest'ultimo senso, ritenendo che il legislatore costituzionale abbia fatto proprio l'unico modello matrimoniale ammesso normativamente al tempo di redazione della Carta. Contro questa interpretazione (c.d. originalista) si è espressa altra opinione la quale ritiene che, in realtà, il costituente non abbia preso in considerazione tale aspetto, mentre sarebbe viziato da un'inversione logica, alla luce dei principi relativi alla gerarchia delle fonti, l'interpretare la Costituzione ricorrendo a norme (quelle del codice civile) di carattere subordinato. Tale osservazione non appare però decisiva, perché non sussiste alcun ostacolo a ricostruire il contenuto di un istituto contemplato dalla Costituzione sulla base del modello disciplinato dal codice civile in quanto si assuma che esso sia stato recepito dal costituente.

Riguardo alla prima delle questioni in esame una posizione abbastanza chiara è stata assunta dalla Corte costituzionale, la quale ha rimesso alla piena discrezionalità del legislatore ordinario «*individuare la forma più appropriata di garanzia e di riconoscimento delle unioni suddette*», escludendo pertanto che tale effetto possa raggiungersi in via interpretativa perché si tratterebbe di una interpretazione creatrice e non «*di una semplice rilettura del sistema*». Si esclude invece la necessità di una revisione dell'art. 29 Cost. per introdurre, eventualmente, in futuro il matrimonio omosessuale, sostenendo che, all'epoca, la norma «*non prese in considerazione le unioni omosessuali*», onde il legislatore ordinario potrebbe determinarne i caratteri alla luce dei mutamenti sociali senza trovare un ostacolo nei principi costituzionali. Tale impostazione è condivisa dalla Cassazione la quale, nell'articolata pronuncia n. 4184/2012, ha altresì, precisato che il matrimonio tra omosessuali non è più da considerarsi inesistente, come si riteneva in passato (in particolare dalle Corti che ne hanno escluso la trascrivibilità: *infra*, sez. III), ma inefficace, perché ha fatto ormai ingresso nel nostro sistema normativo l'art. 12 Conv. eur. dir. uomo, che ha privato di rilevanza giuridica la diversità di sesso; essa pertanto non costituisce più un presupposto naturalistico del matrimonio. La Corte nella decisione in commento si conforma al precedente enunciato.

L'abbandono della tesi sull'inesistenza del matrimonio celebrato da persone del medesimo sesso si accompagna all'affermazione secondo la quale il vincolo non deve neppure considerarsi invalido; pertanto dovrebbero verosimilmente risultare inapplicabili le regole sul matrimonio putativo ove fosse celebrato in violazione del principio di eterosessualità della coppia ed in presenza della buona fede degli sposi o di uno di essi (ipotesi comunque piuttosto difficile da realizzare). La innovativa precisazione della Cassazione non sembra dunque foriera di effetti pratici rilevanti ed appare peraltro poco persuasiva. Infatti l'assenza di un requisito ritenuto così rilevante da conformare l'istituto stesso, dovrebbe almeno incidere sulla validità dell'atto e consentire l'applicazione della disciplina sul matrimonio putativo. Occorre ricordare che per la Cassazione resta comunque ferma l'intrascrivibilità del matrimonio celebrato all'estero fra persone del medesimo sesso, anche se – si supporrebbe – per ragioni diverse dalla contrarietà all'ordine pubblico.

La tesi secondo la quale è possibile l'introduzione nell'ordinamento del matrimonio omosessuale mediante legge ordinaria, quantunque autorevolmente sostenuta, suscita tuttavia non pochi dubbi anche alla luce di altra affermazione del Giudice delle leggi secondo la quale il concetto di matrimonio (e quello

di famiglia) pur non potendosi ritenere – come si è detto – cristallizzato all'epoca della Costituzione ed essendone ammissibile la determinazione mediante interpretazione evolutiva, non consente una ricostruzione che incida sul nucleo essenziale della norma (l'art. 29) «*in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emessa*» (CORTE COST., n. 138/2010). Tra questi caratteri essenziali va compresa, a mio avviso, proprio l'eterosessualità del matrimonio perché all'epoca non era neppure lontanamente concepibile un matrimonio fra persone del medesimo sesso. Pertanto, non in quanto tale situazione non sia stata presa in considerazione dal costituente bensì per la ragione che detto interesse non era ritenuto meritevole di tutela. Per tale ragione non mi sembra possibile considerare l'eterosessualità un carattere «recessivo» del matrimonio, come da alcuni affermato (PALMERI-VENUTI, *infra*, sez. IV), che possa essere escluso mediante intervento del legislatore ordinario.

2. SE POSSA CONFIGURARSI UN DIRITTO DELLE COPPIE OMOSESSUALI AL MATRIMONIO LA CUI NEGAZIONE VIOLI I PRINCIPI COSTITUZIONALI. La constatata attuale impossibilità per le coppie del medesimo sesso di rendere stabile l'unione mediante il matrimonio (a differenza di quanto stabilito da numerosi ordinamenti europei) suscita l'interrogativo circa la compatibilità di tale opzione con alcuni principi costituzionali ed in particolare con l'art. 2 che tutela i diritti inviolabili della persona e con l'art. 3 che vieta discriminazioni fra gli individui a motivo del sesso e delle tendenze sessuali. Il problema appare particolarmente delicato perché il nostro ordinamento, non contempla attualmente alcun istituto alternativo al matrimonio, a differenza di quanto avviene in altri Stati, i quali, nell'adottare la medesima soluzione, prevedono tipologie di unioni registrate diversamente disciplinate, riservate alle coppie del medesimo sesso o comunque alle quali queste ultime possono accedere.

La Cassazione, nella sentenza in esame, esclude che la situazione delineata comporti violazione delle norme costituzionali menzionate, conferma la soluzione già adottata nella pronuncia 15.3.2012, n. 4184, facendo proprie le argomentazioni precedentemente espresse al riguardo dalla Corte costituzionale nella sentenza 15.4.2010, n. 138, ribadite nella successiva pronuncia 11.6.2014, n. 170, *infra*, sez. III. Nella prima decisione la Corte costituzionale, come si è detto, affida al legislatore ordinario la scelta del modello più appropriato per tutelare il diritto fondamentale degli omosessuali «*di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone (...) il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e dove-*

ri». Non è prospettabile pertanto, a giudizio di entrambe le Corti, un diritto al matrimonio per la coppia del medesimo sesso bensì un diverso diritto, a vivere liberamente la propria unione affettiva (*infra*, sez. III), che non sembra, adeguatamente garantito, a mio parere, dalla vigente disciplina sulle unioni di fatto. Il problema si configura dunque assai delicato perché il Giudice delle leggi non richiede al legislatore un intervento in tempi rapidi né fornisce indicazioni sui principi essenziali che devono caratterizzarne i connotati al fine di garantire una tutela idonea a salvaguardare il diritto menzionato.

È peraltro difficile ipotizzare le conseguenze che potrebbero scaturire dalla mancata osservanza del monito enunciato. Vi è chi sostiene (RIVIEZZO, *Sulle unioni omosessuali*, *infra*, sez. IV) che la Corte avrebbe potuto considerare applicabile, nelle more, la disciplina del matrimonio (alla stregua di quanto stabilito di recente dalla Cassazione per il matrimonio del transessuale). Ma può osservarsi in contrario che la soluzione avrebbe pur sempre introdotto, per via interpretativa, una deroga (sia pur temporanea) al vigente principio di eterosessualità del matrimonio, approdo che la Corte ha inteso senz'altro contrastare.

La configurazione di un diritto al matrimonio non trova neppure riscontro nelle pronunzie della Corte eur. dir. uomo, la quale, in una prima decisione (24.6.2010, ric. 30141/04), ha precisato che spetta alla normativa interna di ciascuno Stato la scelta se disciplinare la vita affettiva della coppia omosessuale con il matrimonio o con una unione registrata; in una seconda pronuncia (16.7.2014, ric. 37359/09, *infra*, sez. III) si afferma non contrastare con la Convenzione la soluzione adottata dalla legge finlandese che consente al transessuale coniugato di mutare il precedente vincolo in una unione registrata volta pur sempre a mantenere in vita il rapporto con l'*ex* coniuge. Ciò sta a significare che, non contrasta con i principi della Conv. eur. dir. uomo una scelta dello Stato firmatario di riservare il matrimonio alle coppie eterosessuali. Tuttavia, profilo di non poco conto, tale compatibilità viene fatta dipendere dalla previsione di un istituto (nella specie una unione registrata) dai contenuti analoghi a quelli del matrimonio, non attualmente contemplato dal nostro ordinamento.

La posizione espressa dalle Corti menzionate è in linea di principio condivisibile, ma – come accennato – con l'importante riserva costituita dalla eccessiva discrezionalità riconosciuta al legislatore (alla cui scelta sono rimessi tempi e contenuto dell'intervento).

Occorre convenire, infatti, in linea generale con la tesi secondo la quale la Costituzione e la Conv. eur. dir. uomo non contemplano un diritto incondizio-

nato della persona al matrimonio ed infatti non è stata mai posta in dubbio la legittimità delle norme che ne regolano l'accesso, contemplando situazioni che ne impediscono la celebrazione. Non mi sembra che tale assunto possa essere seriamente messo in discussione, altrimenti dovrebbe considerarsi illegittimo, in virtù di una presunta libertà o di una presunta uguaglianza, persino il divieto espresso nei riguardi delle unioni incestuose o poligamiche. È vero invece che gli impedimenti previsti debbano rispondere ad un criterio di ragionevolezza. Si tratta allora di verificare se il criterio della diversità di sesso (pur non compreso nell'elenco degli impedimenti) risponda al suddetto principio.

Ferma restando la pretesa della coppia omosessuale al riconoscimento del diritto fondamentale a dare vita ad una unione stabile, riconosciuta pubblicamente, non sussiste a mio avviso discriminazione nel riservare il matrimonio alle coppie eterosessuali in quanto esse si differenziano per profili significativi rispetto alle coppie del medesimo sesso. Segnatamente, con riguardo alle modalità di generazione della prole e all'esercizio del ruolo genitoriale, differenze ingiustamente minimizzate da una certa corrente di pensiero. Appare dunque legittima la scelta, attualmente compiuta dalla legge, di riservare il matrimonio alle persone di sesso diverso per disciplinare il rapporto affettivo di coppia. Essa è volta, infatti, a salvaguardare l'insieme dei valori che hanno caratterizzato anche storicamente fino ad oggi il matrimonio (nonostante i mutamenti succedutisi nel tempo in seguito a incisive riforme) ed a riconoscere – come posto in luce anche dalla Corte costituzionale – la diversità con cui viene condotta l'unione affettiva delle due tipologie di coppia ed in particolar modo il profilo della generazione dei figli a cui il matrimonio è fisiologicamente orientato ancor oggi, quantunque la capacità di generare dei coniugi non costituisca requisito di validità del vincolo. Di qui, come si è detto, la legittimità della decisione di disciplinare in maniera non omogenea unioni con caratteristiche differenti, consentendo solo alla coppia eterosessuale di esercitare il doppio ruolo genitoriale. D'altra parte è compito peculiare del legislatore individuare i criteri più appropriati per contemperare l'interesse della coppia alla vita familiare e quello dello Stato a determinare i modelli relativi.

La persona di tendenza omosessuale non può dirsi, a mio avviso, discriminata da un'opzione siffatta perché non viene lesa né la sua dignità né la parità di trattamento ove le sia consentito contare su un istituto che garantisca pubblico riconoscimento e disciplina organica all'unione affettiva. Nel quadro prospettato, la persona potrebbe accedere al matrimonio se intende dare vita ad una unione affettiva con persona di sesso diverso o ad altra forma di unione

se vuole costruire una vita affettiva stabile con persona del medesimo sesso.

Il problema relativo alla tutela delle unioni omosessuali non è costituito pertanto dalla negazione del matrimonio, ma dalla mancanza di un istituto alternativo che tuteli efficacemente l'unione affettiva. Insoddisfacente, perché priva di certezze, è la strada additata dalla Corte costituzionale e da ultimo dalla sentenza in commento della Cassazione, di assicurare una certa omogeneità di tutela mediante singoli interventi riguardanti situazioni specifiche di volta in volta individuate.

La rilevante esigenza delle coppia omosessuale di ottenere pubblico riconoscimento come famiglia può dunque passare anche per la scelta di una unione registrata purché il legislatore intervenga in tempi rapidi, altrimenti il nostro Stato si espone al rischio di incorrere in una condanna in ambito comunitario per ragioni discriminatorie.

Occorre inoltre verificare i contenuti necessari di tale intervento per il perseguimento dell'obiettivo indicato.

**3. SE POSSA CONFIGURARSI ALMENO UN DIRITTO ALLA TUTELA DELLA VITA AFFETTIVA E SECONDO QUALI MODALITÀ DEBBA CONCRETIZZARSI.** Sulla base di quanto si è detto è largamente condiviso il riconoscimento a favore della coppia del medesimo sesso di un diritto a vivere pienamente la propria esperienza affettiva senza subire ostacoli o discriminazioni. Tale soluzione trova fondamento non solo nell'art. 2 Cost. (in quanto trattasi di un diritto fondamentale della persona) ma anche negli artt. 8 e 12 Conv. dir. uomo, nell'art. 16 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e nell'art. 9 Carta dir. UE. Detta coppia è da considerare pertanto a tutti gli effetti una famiglia.

In tal senso si sono più volte espresse sia la Corte eur. dir. uomo sia la Cassazione nella decisione n. 4184/2012 ed in quella in commento, che riprende l'affermazione, già contenuta nella sentenza della Corte cost., 15.4.2010, n. 138, secondo la quale anche la coppia omosessuale stabilmente convivente costituisce formazione sociale «cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone (...) il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri». Ne consegue che a tali unioni va integralmente applicata la disciplina normativa prevista per le convivenze di fatto ad eccezione dei casi in cui la tutela dipenda dalla differenza di sesso, come nel caso di accesso alla procreazione medicalmente assistita (si pensi ad esempio, alla legittimazione a chiedere l'interdizione, l'inabilitazione o la nomina dell'amministratore di sostegno per il *partner*, all'applicazione delle regole relative agli obblighi di protezione, ecc.). Analogamente è a

dirsi per le regole elaborate dalla giurisprudenza (ad esempio, risarcimento del danno per uccisione del convivente, adempimento di obbligazione naturale nel caso di contribuzione ai bisogni della famiglia di fatto, diritto a succedere nel contratto di locazione della casa familiare, ecc.).

Tale tutela sembrerebbe però – come si è detto – insufficiente alla luce del richiamo della Corte cost. ad una disciplina che determini i diritti e i doveri della coppia. Come è noto infatti le regole in vigore non prevedono diritti e doveri tra i conviventi, a differenza di quanto accade nell'unione coniugale. Sembra dunque che la discrezionalità del legislatore non possa spingersi fino al punto di non prevedere una disciplina siffatta, accontentandosi dello *status quo*. Più precisa e pressante è stata, a dire il vero, la richiesta della Corte riguardo alla regolamentazione della situazione del transessuale il quale subisce, in seguito al mutamento di sesso, lo scioglimento del matrimonio. In questo caso infatti la sentenza 11.6.2014, n. 170 ha richiesto un intervento rapido del legislatore e l'adozione di un modello stabile «di unione registrata che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima». Ritorna dunque il discorso della necessità di prevedere diritti ed obblighi anche per queste coppie.

La Corte peraltro non afferma che l'adeguatezza della tutela debba realizzarsi necessariamente con l'introduzione delle medesime regole che disciplinano il matrimonio ma neppure esclude tale possibilità.

Verso una scelta a favore di una unione registrata, dagli effetti simili a quelli del matrimonio, sembra orientarsi il legislatore sulla base di un d.d.l. unificato attualmente in discussione al Senato. Nel medesimo si dispone, in particolare che alla costituzione dell'unione si applicano gli stessi impedimenti previsti per il matrimonio, ivi compresa l'esistenza in vita di altra unione registrata. Analogamente è a dirsi per: diritti e doveri reciproci, regime patrimoniale della coppia, diritti successori. Tale estensione è confermata dalla generale previsione secondo la quale i termini «coniuge», «coniugi», «marito», «moglie», ove presenti in leggi, decreti, regolamenti si applicano anche ai componenti dell'unione registrata. In verità l'elencazione sarebbe stata più esauritiva se avesse contemplato anche il termine «sposi». Lo scioglimento dell'unione e gli effetti conseguenti sono disciplinati dalle regole dettate riguardo alla separazione dei coniugi e allo scioglimento del matrimonio. Una disposizione particolare è prevista per quanto riguarda il cognome identificativo della coppia, il quale può essere scelto fra i cognomi dei suoi membri. L'altro componente della coppia può anteporre o posporre al proprio, il cognome identificativo dell'unione. Viene esclusa la possibilità di

adottare minori mediante adozione legittimante, ma non l'adozione particolare del figlio del proprio *partner*. Può ricordarsi peraltro che una discutibile giurisprudenza permissiva ammette anche l'adozione del figlio del convivente di fatto (di sesso diverso o del medesimo sesso), con una ardita e poco condivisibile interpretazione dell'art. 44, lett. *d*), dalla quale scaturisce la sostanziale abrogazione della lett. *b*) del medesimo articolo. La soluzione viene giustificata sostenendo che l'impossibilità dell'affidamento preadottivo, prevista dalla lett. *d*), possa indifferentemente configurarsi sia in via di fatto sia per ragioni di diritto (mancanza dello stato di abbandono).

Occorre ribadire in conclusione che la tutela del diritto alla vita familiare potrebbe realizzarsi anche attraverso una disciplina che non equipari del tutto nei contenuti la posizione della coppia eterosessuale rispetto a quella omosessuale (si pensi, ad esempio, al divieto di adozione e di accesso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo). Anzi una totale equiparazione viene considerata da una parte della dottrina porsi in contrasto con l'art. 29, in quanto si ritiene necessario, per scongiurarlo, prevedere un istituto diverso non solo nel nome ma anche negli effetti rispetto al matrimonio.

### III. I precedenti

1. SE IL NOSTRO ORDINAMENTO AMMETTA, ATTUALMENTE, IL MATRIMONIO DI PERSONE DEL MEDESIMO SESSO. L'ammissibilità del matrimonio omosessuale è stata affrontata dai giudici nazionali sotto due diversi profili: *a) ex ante* se l'ufficiale di stato civile debba dare corso o meno alla richiesta della pubblicazione delle future nozze; *b) ex post*, se il medesimo ufficiale possa rifiutare la trascrizione del matrimonio celebrato all'estero.

Sul punto *a)* si è pronunciata CORTE COST., 15.4.2010, n. 138, in *Fam., pers. e succ.*, 2011, 179, con nota di FANTETTI; in *Giur. it.*, 2011, 537, con nota di BIANCHI; in *Foro it.*, 2010, I, 1361, con note di ROMBOLI e DAL CANTO; e 1701, con nota di COSTANTINO; in *Fam. e dir.*, 2010, 653, con nota di GATTUSO. La Corte ha considerato inammissibile la questione di costituzionalità degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 *bis*, 156 *bis* cod. civ. per contrarietà agli artt. 2 e 117 Cost. e, non fondata, in riferimento agli artt. 3 e 29 Cost. La questione di costituzionalità era stata sollevata da TRIB. VENEZIA, ord. 3.4.2009, in questa *Rivista*, 2009, I, 911, con nota di BUFFONE; in *Fam. e dir.*, 2009, 823, con nota di BONINI BARALDI; in *Dir. fam.*, 2009, 1046, con nota di VESTO; nonché da TRIB. TRENTO, ord. 29.7.2009, in *Corr. giur.*, 2010, 100, con nota di NASCIBENE. Analogamente si è pronunciata CORTE COST.,

22.7.2010, n. 276, in *Fam. e dir.*, 2011, 18, con nota di RIVIEZZO (in seguito a rinvio operato da APP. FIRENZE, ord. 3.12.2009, in *Guida al dir.*, 2010, fasc. 2, 13) e CORTE COST., 5.1.2011, n. 4, in *Banca dati Pluris* (in seguito a rinvio operato da TRIB. FERRARA, ord. 14.12.2009, ined.). Riguardo alla giurisprudenza di merito, hanno respinto la richiesta della pubblicazione, TRIB. ROMA, 28.6.1980, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, 170, con nota di GALLETO; APP. FIRENZE, 27.6.2008, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 2342, con nota di FERRANDO e in *Giur. it.*, 2009, 1415, con nota di MONTALTI.

Sul punto *b)*, nel senso della intrascrivibilità del matrimonio, v. T.A.R. LAZIO, 9.3.2015, in *Banca dati Pluris*; CASS., 15.3.2012, n. 4184, in questa *Rivista*, 2012, I, 588, con nota di FERRARI-FIORATO e in *Fam. e dir.*, 2012, 665, con nota di GATTUSO. Per la giurisprudenza di merito (la quale per lo più ha riscontrato contrarietà all'ordine pubblico e inesistenza del matrimonio), TRIB. TREVISO, 19.5.2010, in *Dir. fam. e pers.*, 2011, 1236; APP. ROMA, 13.7.2006, in *Fam. e dir.*, 2007, 166, con nota di SESTA; e in *Guida al dir.*, 2006, fasc. 35, 55, con nota di BILOTTA; TRIB. LATINA, 10.6.2005, in questa *Rivista*, 2006, I, 86, con nota di BILOTTA; in *Fam. e dir.*, 2005, 411, con note di SCHLESINGER e BONINI BARALDI. Per la trascrivibilità, TRIB. GROSSETO, 9.4.2014, *ivi*, 2014, 672, con nota di SEGNI.

A favore del rilascio della Carta di soggiorno di convivente omosessuale, TRIB. REGGIO EMILIA, 13.2.2012, in *Fam. pers. e succ.*, 2012, 310.

2. SE POSSA CONFIGURARSI UN DIRITTO DELLE COPPIE OMOSESSUALI AL MATRIMONIO LA CUI NEGAZIONE VIOLI I PRINCIPI COSTITUZIONALI. Per un diritto di detta coppia di accedere al matrimonio si pronunziano TRIB. VENEZIA, ord. 3.4.2009; TRIB. TRENTO, ord. 29.7.2009; APP. FIRENZE, ord. 3.12.2009, tutte citt. *Contra*, CORTE COST., 15.4.2010, n. 138; CASS., 15.3.2012, n. 4184; APP. FIRENZE, 27.6.2008, tutte citt.

E con riferimento al transessuale, CORTE COST., 11.6.2014, n. 170, in questa *Rivista*, 2014, I, 1139, con nota di LORENZETTI-SCHUSTER; in *Corr. giur.*, 2014, 1041 ss., con commento di AULETTA; in *Fam. e dir.*, 2014, 861, con nota di BARBA (La questione di costituzionalità sullo scioglimento automatico conseguente al mutamento di sesso è stata sollevata da CASS., 6.6.2013, n. 14329, in *Corr. giur.*, 2013, 1519, con nota di PATTI); CASS., 21.4.2015, n. 8097, in *Dir. e giust.*, 2015.

3. SE POSSA CONFIGURARSI ALMENO UN DIRITTO ALLA TUTELA DELLA VITA AFFETTIVA E SECONDO QUALI MODALITÀ DEBBA CONCRETIZZARSI. Per considerazioni sulla natura di formazione sociale della coppia omosessuale e per il riconoscimento del di-

ritto alla vita affettiva, CORTE COST., 15.4.2010, n. 138; CASS., 15.3.2012, n. 4184, entrambe citt.; CORTE EUR. DIR. UOMO, 24.6.2010, ric. 30141/04, *Schalk e Kopf v. Austria*, in questa *Rivista*, 2010, I, 1137, con nota di WINKLER ed *ivi* ulteriori indicazioni su pronunzie della Corte di Strasburgo; CORTE EUR. DIR. UOMO, 19.2.2013, ric. 19010/07, *X e altri v. Austria*, *ivi*, 2013, I, 519 ss.; CORTE EUR. DIR. UOMO, 16.7.2014, ric. 37359/09, *Hamalainen v. Finland*, *ivi*, 2014, I, 1139, con nota di LORENZETTI-SCHUSTER.

Considera l'unione omosessuale a tutti gli effetti una famiglia, escludendo la possibilità di accedere al matrimonio in via interpretativa, TRIB. VARESE, 23.7.2010, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2011, 732.

Ritiene ammissibile l'adozione del figlio del partner omosessuale, TRIB. ROMA, 30.7.2014, in questa *Rivista*, 2015, I, 109, con nota di LONG, e in *Dir. fam. e pers.*, 2014, 1533, con nota di CARRANO-PONZANI. Di recente considera impossibile l'affidamento preadottivo quando per qualche ragione l'adozione particolare realizza meglio l'interesse del minore, CASS., 27.9.2013, n. 22292, in *Guida al dir.*, 2013, fasc. 46, 34, con nota di FIORINI.

#### IV. La dottrina

La dottrina sulla materia è molto vasta e pertanto tutte le indicazioni che seguiranno devono considerarsi meramente esemplificative.

1. SE IL NOSTRO ORDINAMENTO AMMETTA, ATTUALMENTE, IL MATRIMONIO DI PERSONE DEL MEDESIMO SESSO. Per la tesi secondo la quale il riconoscimento del matrimonio omosessuale potrebbe avvenire in via interpretativa, MONTALTI, *Sulla necessità di allargare gli orizzonti in tema di matrimonio tra persone dello stesso sesso: alcuni spunti tratti da una pronunzia fiorentina troppo poco lungimirante*, in *Giur. it.*, 2009, 1417 ss. Secondo RIVIEZZO, *Sulle unioni omosessuali la Corte ribadisce: «questo» matrimonio non s'ha da fare (se non lo vuole il Parlamento)*, in *Fam. e dir.*, 2011, 20 ss., la soluzione potrebbe applicarsi temporaneamente, in attesa dell'intervento legislativo.

Ritengono necessaria una revisione costituzionale, BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 520 ss.; RUGGERI, *«Strane» idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche e implicazioni di ordine istituzionale*, in *La famiglia davanti ai suoi giudici*, a cura di GIUFFRÈ e NICOTRA, Esi, 2014, 336; DEL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Foro it.*, 2010, I, 1362 ss.; RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neoistituzionale*, Giuffrè, 2013, 223 e 237 ss., il quale, mette peraltro in dubbio la stessa modificabilità della norma. La tesi secondo la quale è sufficiente l'intervento del

legislatore ordinario è seguita dagli aa. (citt. successivamente) favorevoli alla configurazione di un diritto degli omosessuali al matrimonio ed altresì da GATTUSO, *La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Fam. e dir.*, 2010, 663; ID., *«Matrimonio», «famiglia» e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la «doppia svolta» della Corte europea dei diritti dell'uomo*, *ivi*, 2012, 268 ss.; CHIOVINI-WINKLER, *Dopo la Consulta e la Corte di Strasburgo, anche la Cassazione riconosce i diritti delle coppie omosessuali*, in *Giust. civ.*, 2012, 1707 ss.

Sul diritto al ricongiungimento familiare MELI, *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso: l'incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali*, in questa *Rivista*, 2012, II, 451 ss.

2. SE POSSA CONFIGURARSI UN DIRITTO DELLE COPPIE OMOSESSUALI AL MATRIMONIO LA CUI NEGAZIONE VIOLI I PRINCIPI COSTITUZIONALI. Configurano l'accesso della coppia omosessuale al matrimonio quale diritto fondamentale della persona, la cui negazione comporterebbe una discriminazione sulla base del sesso, PALMERI, *La famiglia omosessuale. Linee di tendenza e prospettive*, in *Le relazioni affettive non matrimoniali*, a cura di ROMEO, Utet, 2014, 43 ss.; FERRANDO, *Il matrimonio*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, Giuffrè, 2014, 295 ss.; PALMERI-VENUTI, *L'inedita categoria delle unioni affettive con vissuto giuridico matrimoniale. Critiche a margine della sentenza della Corte Costituzionale 11 giugno 2014 n. 170, in materia di divorzio del transessuale*, in questa *Rivista*, 2014, II, 553 ss. Numerosi contributi al riguardo sono pubblicati nella rivista telematica *GenIus*, 2014, n. 2. *Contra*, RENDA, *op. cit.*, 236 il quale considera doverosa la diversificazione degli istituti volti a disciplinare l'unione eterosessuale e quella omosessuale; MELI, *op. loc. cit.* In senso negativo sono orientati gli aa., in seguito citati, i quali negano alla coppia omosessuale la natura di unione familiare.

Considerazioni critiche sulla mancanza di un istituto alternativo al matrimonio esprime CONTE, *Profili costituzionali del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali alla luce di una pronunzia della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Corr. giur.*, 2011, 573 ss.

3. SE POSSA CONFIGURARSI ALMENO UN DIRITTO ALLA TUTELA DELLA VITA AFFETTIVA E SECONDO QUALI MODALITÀ DEBBA CONCRETIZZARSI. Per considerazioni sulla natura familiare della coppia omosessuale, V. SCALISI, *«La famiglia» e «le famiglie»*, in AA.VV., *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo*, Atti del Convegno di Verona 14-15.6.1985, Cedam, 1986, 270 ss.; ZATTI, *Familia, familiae – Declinazione di un'idea*, in *Familia*, 2002, 9 ss.; BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, Utet, 2014, 38 ss.;

F. ROMEO, *Famiglia legittima e unioni non coniugali*, cit., 7 ss. In senso contrario, TRABUCCHI, *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 19 ss.; A. SCALISI, *La famiglia nella cultura del nostro tempo*, in *Dir. fam. e pers.*, 2002, 711 ss. ritiene che non possa considerarsi tale l'unione omosessuale per l'impossibilità di procreare. In senso negativo anche SCIARRINO, *Minore, adozione e famiglia di fatto: le ragioni di una difficile convivenza*, in *Le relazioni affettive non matrimoniali*, cit., 418. Di unioni parafamiliari parla BUSNELLI, *op. loc. citt.*

In senso contrario alla possibilità di una equiparazione nel trattamento della coppia omosessuale o più in generale alla coppia di fatto rispetto a quella unita in matrimonio v. ad esempio, DI ROSA, *Forme familiari e modello matrimoniale tra discipline interne e normativa comunitaria*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 769 ss.; CATTANEO (agg. DOSSETTI), *La famiglia nella Costituzione*, nel *Trattato Bonilini-Cattaneo*, Utet, 2007, I, 23, il quale ritiene incostituzionale l'esten-

sione del regime patrimoniale della famiglia e la tutela successoria a coppie non unite in matrimonio; G. GIACOBBE, *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale?*, in *Dir. fam. e pers.*, 2006, 1219 ss.; A. SCALISI, *op. cit.*, 712.

Per un esame comparativo della disciplina sulle unioni registrate nei diversi Paesi europei, cfr., *ex multis*, PESCARA, *Le convivenze non matrimoniali nelle legislazioni dei principali Paesi europei*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da FERRANDO, Zanichelli, 2008, II, 969 ss.

Sulla problematica relativa allo scioglimento del matrimonio del transessuale sembra opportuno rinviare, per la vastità della letteratura in materia, alle citazioni contenute nelle note di commento alle decisioni della Corte Costituzionale e della Cassazione (*supra*, sez. III), nonché ai numerosi contributi contenuti nel n. 1/2014 della rivista telematica *GenIus*.

TOMMASO AULETTA

## ► TRIB. TARANTO, 5.12.2014

FAMIGLIA (REGIME PATRIMONIALE) - FONDO PATRIMONIALE - ESECUZIONE IMMOBILIARE - CREDITO NEI CONFRONTI DI UNO DEI CONIUGI - INERENZA ALL'ATTIVITÀ PROFESSIONALE - OPPOSIZIONE ALL'ESECUZIONE - ESTRANEITÀ AI BISOGNI DELLA FAMIGLIA - INSUSSISTENZA - DESTINAZIONE DEI PROVENTI PROFESSIONALI A BENEFICIO DELLA FAMIGLIA - PRESUNZIONE (cod. civ., art. 170)

**Ai sensi dell'art. 170 cod. civ., il credito di un avvocato nei confronti di un cliente che si sia avvalso del primo per il recupero di un credito professionale non può dirsi estraneo ai bisogni della famiglia del debitore, in quanto per bisogni familiari debbono intendersi non solo le esigenze di sopravvivenza del nucleo familiare e, pertanto, non può considerarsi estranea a tali bisogni un'obbligazione sorta nell'ambito dell'attività d'impresa o professionale di uno dei coniugi e volta a conseguire**

**una ricchezza di cui si può presumere la destinazione a beneficio della famiglia.**

dal testo:

**Il fatto.** Con ricorso del 14-12-2009 il sig. V.S. proponeva opposizione all'esecuzione immobiliare n. 323-08 promossa nei suoi confronti dall'avv. M.M., in virtù di pignoramento immobiliare datato 23-06-2008.

A fondamento dell'azione proposta sosteneva che l'immobile sottoposto a pignoramento era destinato, insieme con altri due beni, a fondo patrimoniale *ex art. 170 c.c.* in virtù di atto notarile del 19-05-2005.

Non potendosi contestare la priorità temporale della trascrizione del vincolo impresso al bene rispetto alla data del pignoramento, già nella stessa comparsa di costituzione e riposta, depositata in sede sommaria, il creditore precedente ricordava che il credito posto a base dell'azione esecutiva derivava dal mandato alle liti conferitogli dal debitore esecutato per il re-