

Sul rifiuto dell'ufficiale di stato civile di effettuare le pubblicazioni per un matrimonio tra omosessuali

(Corte di Appello di Brescia, Sezione I civile, decreto del 2 luglio 2009 n. 69;
Tribunale di Venezia, Sezione III civile, ordinanza del 4 aprile 2009)

SOMMARIO: 1.- La fattispecie. 2.- La questione dell'applicabilità dell'art. 98 c.c. 3.- La nozione di matrimonio secondo l'ordinamento interno ed il carattere essenziale dell'omosessualità biologica dei nubendi. 4.- Profili di costituzionalità. L'ordinanza Tribunale Venezia 4 febbraio - 3 aprile 2009. 5.- Il matrimonio negli ordinamenti comunitario ed internazionale.

1. La fattispecie

Una coppia di omosessuali presenta all'ufficiale di stato civile richiesta di eseguire le pubblicazioni prescritte in vista della celebrazione del matrimonio; l'ufficiale di stato civile oppone formale rifiuto, in considerazione del fatto che entrambi i nubendi sono di sesso maschile mentre il matrimonio presuppone la loro eterosessualità, dovendosi ritenere contrario all'ordine pubblico il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Contro il rifiuto i due propongono ricorso al Tribunale ai sensi dell'art. 98 cod. civ., chiedendo che sia ordinato all'ufficiale di stato civile di procedere alle pubblicazioni di matrimonio, previa eventuale rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale degli artt. 107, 108, 143, 143 *bis*, 156 *bis* cod. civ. (quelli cioè che fanno riferimento quanto meno implicito all'eterosessualità dei nubendi) con riferimento agli artt. 2, 3, 10 co. 2, 13 e 29 Cost..

Il Tribunale di Bergamo, respinta l'eccezione preliminare di inammissibilità del ricorso sollevata dalla difesa del Sindaco (passivamente legittimato in quanto ufficiale di stato civile ed in tale veste difeso dall'Avvocatura dello Stato quale ufficiale di Governo), rigetta la domanda con l'ordinanza in esame, attraverso l'*iter* motivazionale che così si può sintetizzare:

- benché nell'ordinamento manchi una definizione esplicita dell'istituto matrimoniale, ciò dipende dal fatto che si intende richiamata “*la nozione di matrimonio frutto della evoluzione secolare del diritto privato, che, seppure implicita, fa parte del sentire comune, mai messo in discussione*”, secondo cui “*il matrimonio è una unione formale e stabile tra un uomo e una donna, essenzialmente diretta alla procreazione e all'educazione dei figli*”; tale richiamo è confermato dalle disposizioni (artt. 107 e 143 c.c.) che fanno esplicito riferimento all'eterosessualità dei coniugi;

- la pretesa illegittimità costituzionale delle disposizioni in esame, dedotta dai ricorrenti sul presupposto della definizione implicita fatta propria dal Tri-

bunale, non sussiste, giacché dagli artt. 2 e 3 Cost. non è ricavabile un diritto costituzionalmente garantito a contrarre matrimonio, a prescindere dalle disposizioni positive che regolano l'istituto;

- l'insussistenza di impedimenti in senso proprio alla celebrazione del matrimonio (giacché gli artt. 84 e seguenti c.c. non contemplano in tal senso l'identità di sesso tra i nubendi) è irrilevante, giacché il legislatore ha evidentemente inteso tale dato come assolutamente pacifico *“sulla base della nozione consolidata e pacifica del matrimonio tradizionale”*;

- nessuna norma internazionale contempla il diritto di due persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio tra loro.

In seguito a reclamo degli interessati, la Corte d'appello di Brescia conferma il provvedimento del giudice di primo grado, sia quanto alla reiezione dell'eccezione preliminare, sia quanto al merito; in particolare essa approfondisce la questione di legittimità costituzionale e la dichiara manifestamente infondata osservando che la Costituzione *“non contempla il matrimonio fra le esplicazioni della personalità umana da garantire (artt. 2 e 3), né rivolge attenzione a tale istituto giuridico se non, in via indiretta, attraverso l'art. 29, ove nel prevedere espressamente la tutela della famiglia e del principio di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi (quest'ultima affermazione direttamente collegata alla eterosessualità dell'unione ed alla tradizionale disparità di fatto e di diritto fra maschio e femmina), fa riferimento all'istituto del matrimonio solo quale necessario presupposto per la tutela così accordata”*, mentre spetta al legislatore (che finora non ha ritenuto di dover intervenire) l'eventuale predisposizione di *“istituti giuridici idonei a tutelare e regolamentare, con strumenti anche assimilabili a quelli previsti in materia matrimoniale, unioni non riconducibili al modello tradizionale del matrimonio e non necessariamente caratterizzate dall'identità di sesso dei loro partecipanti”*.

2. La questione dell'applicabilità dell'art. 98 c.c.

La difesa erariale aveva eccepito l'inammissibilità del ricorso ex art. 98 cod. civ. sostenendo che questo rimedio concerne i casi di rifiuto di eseguire le pubblicazioni per ragioni connesse all'esistenza di impedimenti preclusivi, in concreto, di un matrimonio astrattamente celebrabile, laddove nella fattispecie la contestazione non verteva sull'esistenza di impedimenti, quanto sull'assenza di un requisito essenziale del matrimonio, talché da un lato doveva escludersi che quello prefigurato dai ricorrenti potesse definirsi matrimonio, dall'altro oggetto della loro domanda non era tanto la pretesa di conseguire le pubblicazioni quanto piuttosto quella di veder riconosciuto il loro preteso diritto di celebrare il matrimonio, da cui la necessità di procedere all'accertamento di tale diritto nelle forme processuali ordinarie.

Il rimedio processuale apprestato dall'art. 98 c.c. integra un controllo in

sede di *giurisdizione volontaria*, diretto non tanto all'accertamento di diritti soggettivi, quanto piuttosto alla verifica della corretta attuazione delle proprie funzioni da parte dell'autorità amministrativa, ancorché attribuito alla competenza di un organo giurisdizionale; nella fattispecie, al contrario, non è realmente in discussione il fatto che l'ufficiale di stato civile abbia *correttamente* adempiuto agli obblighi del suo ufficio, valutando la regolarità della documentazione presentatagli, bensì il fatto che tali obblighi sussistessero in presenza di una richiesta finalizzata a quello che egli ha ritenuto (in realtà) non essere un matrimonio. Si potrebbe forse chiosare che in realtà male ha fatto l'ufficiale di stato civile a ricevere la domanda di pubblicazione, giacché questa già presupporrebbe la verifica della sua preordinazione ad un atto qualificabile come matrimonio: sicché, in presenza di una richiesta presentata da una coppia omosessuale, egli avrebbe dovuto opporre il rifiuto (non già di eseguire le pubblicazioni, quanto) di ricevere la domanda stessa in quanto non preordinata ad un atto qualificabile come matrimonio. Solo dopo aver verificato che le pubblicazioni sono finalizzate ad un matrimonio, in quanto richieste da persone di sesso diverso, l'ufficiale di stato civile potrebbe procedere a verificare la regolarità della documentazione presentata e l'eventuale esistenza di impedimenti, opponendo eventualmente un rifiuto impugnabile nella forma dell'art. 98 c.c.

Tanto il Tribunale quanto la Corte d'appello hanno respinto l'eccezione sulla scorta di un'interpretazione rigorosa della domanda proposta in sede di volontaria giurisdizione: in sostanza, avendo i ricorrenti impugnato il diniego di pubblicazione è a questo che deve limitarsi la cognizione del giudice, verificando la legittimità di tale rifiuto nelle forme per ciò prescritte dalla disposizione richiamata. Secondo la Corte d'appello, in particolare, l'ammissibilità del matrimonio tra omosessuali è dedotta solo come questione incidentale per vagliare la legittimità del rifiuto opposto dall'ufficiale di stato civile ad eseguire le pubblicazioni, che costituisce l'oggetto principale del processo.

Tuttavia è innegabile, ad avviso di chi scrive, che il vero significato del rifiuto opposto alla richiesta dei ricorrenti fosse di negare non tanto la possibilità di eseguire le pubblicazioni relative al matrimonio tra i richiedenti, quanto piuttosto la possibilità di eseguire le pubblicazioni in funzione di un atto che non è qualificabile come matrimonio. D'altra parte oggetto della domanda non era tanto la pretesa che l'ufficiale di stato civile procedesse alle pubblicazioni, quanto piuttosto che successivamente celebrasse il matrimonio: in altri termini e al di là delle formule usate, i ricorrenti chiedevano fosse accertato il loro (preteso) diritto soggettivo di celebrare il matrimonio.

A ben vedere il Tribunale (a differenza della Corte d'appello) ha in qualche modo riconosciuto la fondatezza di tale osservazione, laddove ha affermato essere vero *“che gli oppositori non tendono sostanzialmente a censurare la legittimità del diniego opposto dall'ufficiale dello stato civile, né a dimostrare l'esistenza di requisiti formali per contrarre matrimonio, negati dallo stesso,*

bensi ad ottenere una statuizione sul loro preteso diritto di contrarre matrimonio come persone dello stesso sesso, per le quali l'ordinamento esclude l'istituto del matrimonio"; tuttavia non ne ha tratte le logiche conseguenze, affermando di doversi in sostanza attenere al contenuto della domanda, quale emerge dal rimedio attivato dai ricorrenti. Così facendo, però, esso non ha tenuto conto che il giudice è tenuto a qualificare la domanda in considerazione del suo effettivo contenuto, desumibile non solo da aspetti formali (quali il richiamo alla disposizione che si reputa applicabile o una particolare formulazione delle conclusioni), ma anche dalle argomentazioni spese a suo sostegno.

D'altra parte, ponendosi nella diversa prospettiva di un'eventuale statuizione di accoglimento della domanda, pare indiscutibile che prima di stabilire se si debba ordinare all'Ufficiale di stato civile di procedere alle pubblicazioni matrimoniali, verificando se sussistano tutti i presupposti che la legge richiede a tale scopo, sia necessario accertare se quello cui le pubblicazioni sono preordinate sia effettivamente un matrimonio; in altri termini, prima di stabilire se esistano o meno i presupposti per eseguire le pubblicazioni relativamente a quella coppia di nubendi, occorre stabilire se in effetti essi si possano definire nubendi.

Ad avviso di chi scrive, pertanto, la domanda proposta esulava dall'ambito del procedimento speciale previsto dall'art. 98 c.c. ed avrebbe dovuto essere qualificata come domanda di accertamento del diritto (soggettivo e di natura pubblicistica) preteso dai ricorrenti di contrarre matrimonio tra loro. Non si dimentichi che nel nostro ordinamento il matrimonio non può essere qualificato come negozio giuridico meramente privatistico, giacché esso assume riflessi pubblicistici sia per quanto concerne le modalità di perfezionamento, essendo necessario che esso sia **dichiarato** dall'Ufficiale di stato civile (art. 107 c.c.) o comunque di altro soggetto cui l'ordinamento riconosca eccezionalmente funzioni equipollenti (il sacerdote cattolico nel matrimonio *concordatario* o il ministro di altri culti religiosi, cfr. art. 83 c.c.), sia per quanto attiene ai rapporti giuridici che ne derivano, che non coinvolgono solo i coniugi, ma anche i terzi (con particolare riferimento alla prole) e lo Stato (che rispetto alle coppie di coniugi vanta pretese, ad esempio all'assolvimento dei doveri di cui all'art. 147 c.c., e riconosce diritti, incentrati sul principio di cui all'art. 29 Cost.) (1).

Resta da chiedersi se sia poi così rilevante il rito da seguire, posto che si convenga sull'interpretazione dell'effettiva portata della domanda e quindi del processo e della statuizione finale. L'opinione di chi scrive è che il procedi-

(1) Ciò consente anche di replicare agevolmente all'obiezione del Tribunale di Bergamo circa la difficoltà di individuare l'eventuale legittimato passivo di un ipotetico giudizio di accertamento del diritto di contrarre matrimonio, dovendosi convenire con l'indicazione, adombrata dallo stesso Tribunale, del Ministero dell'interno, quale ramo dell'amministrazione statale deputato alla cura dei rapporti di cui si è detto.

mento previsto per i procedimenti di giurisdizione volontaria non offra sempre adeguate garanzie di rispetto del contraddittorio e di approfondimento probatorio; sotto il primo profilo, può essere significativo il richiamo a Trib. Roma 28.6.1980 (in *Foro It.* 1981, I, 869) non tanto per il contenuto della decisione (forse la prima sul tema oggetto di quella che qui si commenta), quanto per il fatto che ad essa il collegio pervenne omettendo di convocare ed ascoltare le parti in camera di consiglio, ritenendo la questione risolvibile *de plano*. Quanto al profilo probatorio, si potrebbe pensare che le valutazioni commesse al giudice in sede di giurisdizione volontaria non richiedano approfondimenti di fatto che vadano oltre l'esame di documenti, ma nella fattispecie, ad esempio, avrebbe assunto rilevanza essenziale l'affermazione dei ricorrenti circa la sopravvenuta modificazione dell'opinione pubblica a proposito delle unioni omosessuali, circostanza che avrebbe pur richiesto un adeguato sostegno probatorio.

3. La nozione di matrimonio secondo l'ordinamento interno ed il carattere essenziale dell'eterosessualità biologica dei nubendi

Il Tribunale di Bergamo (i cui rilievi la Corte d'appello si è limitata a definire “*assolutamente pertinenti e (...) condivisi*”) ha ritenuto che nell'ordinamento, contrariamente a quanto sostenuto dai ricorrenti, esista una precisa, benché implicita, nozione di matrimonio, e che ciò escluda il potere / dovere dell'interprete di ricostruirla di momento in momento storico, anche in funzione dell'evoluzione socio culturale del Paese. Sempre dal punto di vista dell'ordinamento interno, i ricorrenti sostenevano che non esisterebbe un esplicito divieto di contrarre matrimonio tra persone dello stesso sesso (e che pertanto ciò sarebbe consentito).

Le due questioni debbono essere esaminate congiuntamente, in quanto strettamente connesse: in tanto, infatti, si può porre la questione di un eventuale divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso in quanto si sia prima dimostrato che possa in astratto definirsi *matrimonio*, alla stregua dell'ordinamento italiano, l'atto con cui due persone dello stesso sesso, in presenza di tutti gli altri requisiti di legge e nelle forme prescritte dall'art. 107 c.c., dichiarino di volersi prendere l'un l'altro quale rispettivo coniuge.

Orbene se è vero che non esiste nell'ordinamento una definizione esplicita del matrimonio è vero tuttavia che la nozione di esso è desumibile implicitamente dal sistema stesso e tra l'altro ed in particolare dalle disposizioni che sotto più aspetti fanno evidente riferimento alla disparità di sesso tra i nubendi. Gli stessi ricorrenti non negavano tale circostanza, adducendo tuttavia che tale innegabile evidenza dipende dal fatto che, all'epoca di redazione del codice civile, la concezione del matrimonio secondo i canoni socialmente prevalenti non contemplava la prospettiva di coppie di nubendi dello stesso sesso: in sostanza, il legislatore non avrebbe inteso operare implicitamente una scelta

esclusiva nel senso dell'eterosessualità dei coniugi, ma si sarebbe limitato ad adottare il registro linguistico corrispondente al costume del tempo, implicitamente operando una sorta di *rinvio formale* alle concezioni socio-culturali che si sarebbero sviluppate in epoca successiva. Sicché oggi, dovendosi ritenere superata la concezione di allora, dovrebbe riconoscersi che nell'ambito dell'istituto matrimoniale trovano collocazione anche i rapporti analoghi a quello coniugale ma intrattenuti tra persone dello stesso sesso.

Una prima obiezione a tale opinione riguarda il fatto che, se è indubbiamente vero che la considerazione sociale dell'omosessualità e delle relazioni tra persone omosessuali è decisamente mutata nell'odierna società rispetto all'epoca di redazione del codice civile, è tutto da dimostrare che tale mutamento implichi il riconoscimento della possibilità di estendere l'istituto matrimoniale a comprendere anche coppie omosessuali (2).

Ma siffatta opinione pare priva di fondamento in linea di diritto: la circostanza che la disciplina dettata nel codice civile presupponga, nella sua formulazione, la disparità di sesso dei coniugi non è un mero accidente dovuto all'epoca di redazione del testo, ma significa in realtà che tale disparità assurge a presupposto caratterizzante l'istituto così come recepito dal legislatore. In altri termini, il legislatore non ha inteso dettare una disciplina applicabile a qualsiasi fenomeno sociale definibile *matrimonio* nelle varie epoche successive, bensì disciplinare quella specifica fattispecie che nel 1941 si definiva *matrimonio*; non vi è traccia alcuna di una volontà del legislatore di individuare l'oggetto della disciplina mediante rinvio formale alle concezioni di *matrimonio* vigenti in una data epoca, mentre è evidente la sua intenzione di disciplinare l'istituto definito all'epoca come matrimonio e che era e resta caratterizzato dalla disparità di sesso tra i nubendi, indipendentemente dall'evoluzione sociale e culturale che possa essere avvenuta in seguito (3).

In questo senso la Suprema Corte, in accordo con la dottrina, ha più volte individuato la disparità di sesso come elemento essenziale del matrimonio, la cui carenza ne comporta non la nullità, ma l'inesistenza in quanto "*profonda anormalità*" che "*snatura essenzialmente la struttura e la funzione della fattispecie negoziale*" (cfr. Cass. 14.2.1975, n. 569, nonché più incidentalmente Cass. 24.11.1983, n. 7020). Sicché la disparità di sesso tra i nubendi costituisce principio essenziale della disciplina del matrimonio, al punto da essere coperto dall'inviolabilità propria delle disposizioni di *ordine pubblico internazionale*

(2) Sul punto, come già si è accennato sopra a proposito dei limiti del procedimento di giurisdizione volontaria, sarebbe stato comunque necessario un adeguato approfondimento probatorio.

(3) Cfr. Corte d'appello di Firenze 27.6.2008: "*L'istituto del matrimonio è storicamente delineato dalle legislazioni come una disciplina positiva di origine pubblica (...) volta a regolamentare gli effetti che l'ordinamento giuridico dello Stato, in un determinato contesto storico e sociale, riconosce alla convivenza tra persone. Non costituisce una istituzione pregiuridica (come ad esempio la famiglia), né tanto meno un diritto fondamentale dell'individuo*".

(4), e solo il legislatore può estenderne la disciplina a fattispecie cui essa non era originariamente riservata, quali pacificamente quella prospettata nel ricorso di cui si tratta. Non ha senso quindi porsi il problema dell'esistenza o meno di norme che vietano il matrimonio tra coppie omosessuali: l'eterosessualità non è un requisito di validità del matrimonio, ma rientra nella definizione stessa dell'istituto quale recepito dall'ordinamento, sicché la questione non è se il *matrimonio* omosessuale sia vietato, ma se esso sia definibile matrimonio. La risposta, come precedentemente dimostrato, è negativa.

4. Profili di costituzionalità. L'ordinanza Tribunale Venezia 4 febbraio - 3 aprile 2009

Tale impostazione pone in realtà il diverso problema se sia costituzionalmente legittimo che il contenuto (diritti e doveri, tra i coniugi e verso terzi) della disciplina del *matrimonio* sia limitato a questo ambito e non sia esteso a situazioni che, pur non definibili come matrimonio alla stregua della vigente legislazione, presentino caratteri di analogia con tale istituto. In effetti, nell'ambito del ricorso era stata prospettata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 107, 108, 143, 143 *bis* e 156 *bis* c.c., per assertedo contrasto con gli artt. 2, 3, 10 co. 2, 13, 29 e 117 co. 1 Cost., che il Tribunale ha ritenuto manifestamente infondata; a diversa conclusione è tuttavia giunto il Tribunale di Venezia che in analoga fattispecie ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli articoli 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 *bis* e 156 *bis* c.c., per contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 117 co. 1 Cost., *“nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso”* (ordinanza 4.2 - 3.4.2009).

In realtà ad avviso di chi scrive è dubbia la stessa rilevanza della questione, così come prospettata, nei giudizi in cui è stata sollevata: oggetto della controversia, infatti, non sono i rapporti giuridici che conseguirebbero al rifiuto di considerare *matrimonio* l'atto che i ricorrenti vorrebbero compiere, bensì la qualificazione di tale atto come *matrimonio* o meno; la qualificazione giuridica di un fatto non può per sé essere lesiva di alcun principio costituzionale, laddove saranno eventualmente specifiche disposizioni relative al rapporto matrimoniale a poter essere valutate in termini di costituzionalità ove si dubiti del fatto che sia legittima tale limitazione; ma anche in tale ipotesi, non ne deriverebbe l'illegittimità costituzionale della nozione implicita di *matrimonio* posta a base della relativa disciplina, bensì quella delle singole disposizioni che disciplinano il rapporto matrimoniale *in quanto non estese ad altre fatti-*

(4) Ciò tra l'altro giustifica il diniego di trascrivere nei registri di stato civile i matrimoni tra omosessuali contratti nei Paesi dove ciò è attualmente consentito.

specie. L'errore del giudice remittente, ad avviso di chi scrive, risiede nell'aver ritenuto che il presunto divieto di qualificare come matrimonio l'unione omosessuale sia il risultato del combinato disposto delle disposizioni che fanno riferimento all'eterosessualità degli sposi, laddove al contrario, come si ritiene di aver argomentato in precedenza, ciò è la conseguenza (e non la causa) dell'opzione del legislatore di fare riferimento ad un determinato fenomeno sociale per qualificarlo come matrimonio (5).

In realtà l'esclusione di determinate situazioni dall'ambito applicativo della disciplina del matrimonio non pare in conflitto con alcuna disposizione costituzionale: per quanto concerne infatti i parametri di cui agli artt. 2 e 3 Cost., è agevole osservare da un lato che nessun ostacolo è posto ai ricorrenti a che contraggano matrimonio alle medesime condizioni in cui ciò è consentito a chiunque altro (e cioè con una persona dell'altro sesso), sicché non vi è alcuna limitazione dei diritti inviolabili della persona né alcuna disparità di trattamento; in realtà la questione è mal posta, giacché oggetto della denuncia dei ricorrenti non è tanto l'impossibilità di contrarre matrimonio (per ciò che l'ordinamento qualifica come tale) bensì la limitazione della disciplina del matrimonio entro i limiti oggettivi che il legislatore ha stabilito e cioè con esclusione dell'unione tra persone dello stesso sesso.

Posto che è ravvisabile tra le due situazioni una innegabile differenza (6), sia per l'intrinseca natura dell'unione (che nel caso di omosessuali non può neppure in astratto essere preordinata alla generazione della prole) sia per la differente considerazione sociale che le due forme di vincolo tuttora ricevono, la limitazione stabilita dal legislatore è senza dubbio razionale e giustificata e non può essere sospettata di violazione del principio di uguaglianza.

Altra questione sarebbe eventualmente, come già sottolineato, se sia costituzionalmente legittimo, in relazione agli artt. 2 e 3 Cost., riservare al matrimonio (o ai coniugi o alla famiglia fondata sul matrimonio) determinati effetti che potrebbero in astratto essere ricondotti anche ad altre situazioni che con il matrimonio presentino parziale affinità. Non sfugge tra l'altro che proprio questa è la prospettiva in cui si muovono gli atti comunitari ed internazionali su cui i ricorrenti avrebbero voluto far leva per sostenere la loro tesi: nessuno di essi indica la necessità di qualificare come matrimonio la comunanza di vita di coppie omosessuali, al contrario essi pongono l'accento sulla

(5) Tra l'altro gli artt. 93, 96 e 98, a differenza degli altri denunciati dal Tribunale di Venezia, non sembrano alludere ad alcuna differenza di sesso tra gli sposi, mentre ciò risulta chiaramente dalle altre disposizioni che presuppongono i concetti di *marito e moglie*.

(6) Come ribadito anche di recente dalla Corte costituzionale, 24.3.2009, n. 86: "*Questa Corte ha ripetutamente posto in evidenza la diversità tra famiglia di fatto e famiglia fondata sul matrimonio, in ragione dei caratteri di stabilità, certezza, reciprocità e corresponsività dei diritti e doveri che nascono soltanto da tale vincolo, individuando le ragioni costituzionali che giustificano un differente trattamento normativo tra i due casi nella circostanza che il rapporto coniugale trova tutela diretta nell'art. 29 Cost.*"

necessità di garantire a tali coppie **una tutela corrispondente** a quella che il matrimonio consente (7).

Premesso che pare evidentemente estranea al tema la menzione dell'art. 13 Cost., che riguarda la libertà personale fisica, sembra fuorviante per contro il tentativo di invocare a fondamento della pretesa in questa sede azionata la tutela della famiglia prevista dall'art. 29 Cost., giacché questo (a differenza di quanto si è finora detto del *matrimonio* in relazione alla disciplina codicistica) rinvia ad un modello pregiuridico di *famiglia* definita *società naturale* e perciò caratterizzata (tra l'altro) dall'astratta idoneità della coppia alla procreazione (essendo per contro irrilevante che tale idoneità sussista in concreto) e quindi dalla disparità di sesso (8).

Sotto tale profilo l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Venezia richiede tuttavia una chiosa, laddove argomenta sulla scorta delle pronunce della Corte costituzionale che, nel tempo, hanno contribuito a ridisegnare quella che il collegio veneziano definisce "*accezione costituzionale di famiglia*", aprendola alle modificazioni imposte dall'evoluzione sociale per estendere la tutela apprestata dalla norma a tutte le situazioni di fatto avvicinati alla famiglia legittima (dove la necessità di disancorare il *matrimonio*, che della famiglia costituisce il fondamento costituzionale, dalla limitazione alla nozione del codice civile). Se non che il Tribunale veneziano pare ignorare che la giurisprudenza richiamata ridisegna i rapporti sul presupposto della nozione istituzionale di *matrimonio*, da un lato eliminando le differenze tra marito e moglie **all'interno del matrimonio**, dall'altro affermando la tendenziale equiparazione di figli legittimi e naturali. Sicché la giurisprudenza richiamata dal Tribunale di Venezia, anziché ridimensionare, presuppone la nozione codici-

(7) Si può anzi ritenere che nel prescrivere il riconoscimento di una tutela corrispondente a quella delle coppie unite in matrimonio, queste stesse fonti presuppongano la qualificazione delle altre forme di convivenza in termini diversi dal matrimonio.

(8) Si veda sul punto DAL CANTO, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, in *La legge spagnola sul matrimonio tra persone dello stesso sesso e la tutela delle coppie omosessuali in Italia*, Foro It. 2005, V, 256 e segg.: "A noi sembra, in particolare, che l'art. 29 Cost. faccia riferimento ad un modello di famiglia che, pur suscettibile di sviluppi e cambiamenti, sia caratterizzato da un «nucleo duro» di cui il legislatore ordinario non può liberamente disporre. Tale previsione, in questo diversamente dal più essenziale art. 32 Cost. spagnola, deve interpretarsi nel senso che la tutela in essa prevista vada esclusivamente riferita ad un tipo di organizzazione familiare che, in mancanza di termini migliori, potremmo intendere come «tradizionale», definibile nella sua essenza, citando da uno dei più diffusi dizionari della lingua italiana, quale «legame affettivo tra due persone di sesso diverso. (...) Accogliendo questa impostazione si deve allora respingere, nel senso di considerarla costituzionalmente illegittima, l'eventualità che in Italia, attraverso una legge ordinaria, venga consentito l'accesso al matrimonio alle coppie di persone dello stesso sesso. Né pare di grande pregio l'argomento, talora richiamato a questo proposito, secondo cui impedire tale accesso determinerebbe una discriminazione nei confronti di alcuni soggetti rispetto ad altri: infatti, tale argomento presuppone di avere di fronte due situazioni equiparabili trattate in modo irragionevolmente diverso, mentre si tratta di situazioni dissimili, o meglio di situazioni che la Costituzione vigente impone di tenere distinte, e alle quali perciò devono essere dedicate discipline giuridiche, magari per alcuni aspetti analoghe, ma autonome e differenziate.

stica del *matrimonio*, salvo eliminare le disparità che ne possono derivare rispetto ad altre situazioni ad esso non riconducibili.

A dir poco singolare è poi la menzione, sempre da parte del Tribunale di Venezia, della L. 14.4.1982, n. 164 “*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*”, che fa riferimento ad una situazione, quella del disallineamento tra sesso biologico e identità sessuale, che non ha nulla a che vedere con l’omosessualità (in cui sesso biologico ed identità sessuale coincidono come nel caso delle persone eterosessuali, ma l’orientamento sessuale si manifesta verso persone dello stesso sesso). Sicché prevedere lo scioglimento del matrimonio contratto precedentemente alla rettificazione del sesso attribuito nell’atto di nascita (art. 4) non fa che confermare l’essenziale caratterizzazione eterosessuale del matrimonio nel vigente ordinamento.

5. *Il matrimonio negli ordinamenti comunitario ed internazionale*

Neppure le disposizioni sopranazionali, poste dai ricorrenti a fondamento della loro pretesa (sia in quanto *ex se* applicabili, sia in quanto parametri di legittimità costituzionale attraverso il rinvio contenuto negli artt. 10 co. 2 e 117 co. 1 Cost.), contemplano il diritto delle coppie omosessuali ad accedere all’istituto matrimoniale; al contrario, la Corte di giustizia CE da un lato, nella sentenza 31.5.2001 in cause riunite C-122/99 P e C-125/99 P (in Giust. Civ. 2001, I, 2581), ha espressamente fatto ricorso alla nozione di matrimonio come “*unione di due persone di sesso diverso*” secondo la definizione comunemente accolta dagli Stati membri, ritenendola sottesa alle disposizioni dell’ordinamento comunitario che vi fanno riferimento e valendosene per giudicare su una questione in materia di trattamento retributivo del personale dipendente della Comunità europea; dall’altro lato ha ribadito la netta distinzione tra la problematica dell’ammissibilità del matrimonio tra omosessuali e quella dell’equiparazione, a determinati fini, tra matrimonio e convivenze di fatto registrate (sentenze 7 gennaio 2004 in causa C-117/01 e 1 aprile 2008 in causa C-267/06).

Va ricordata anche la più risalente sentenza Corte di giustizia CE 17.2.1998 in causa C-249/96, nella quale il giudice comunitario aveva fornito un panorama delle posizioni espresse in argomento non solo da organi comunitari, ma anche da altri giudici sovranazionali, affermando che “*31.(...) sebbene il Parlamento europeo abbia dichiarato (...) di deplorare qualsiasi discriminazione motivata dalla tendenza sessuale di un individuo, ciò nondimeno la Comunità non ha sino ad ora emanato norme che comportino un’equiparazione del genere. 32. Per quanto riguarda l’ordinamento giuridico degli Stati membri, sebbene per taluni di essi la comunione di vita tra due persone dello stesso sesso venga equiparata al matrimonio, benché in modo incompleto, nella maggior parte degli Stati membri essa non viene considerata equivalente alle relazioni eterosessuali stabili fuori del matrimonio se non per*

quanto riguarda un numero limitato di diritti oppure non è oggetto di nessun riconoscimento particolare. 33. Da parte sua la Commissione europea dei diritti dell'uomo considera che, nonostante i mutamenti odierni delle mentalità nei confronti dell'omosessualità, le relazioni omosessuali durevoli non rientrano nell'ambito d'applicazione del diritto al rispetto della vita familiare tutelato dall'art. 8 della Convenzione (v. in particolare le decisioni 3 maggio 1983, X e Y/Regno Unito, n. 9369/81, D R 32 pag. 220; 14 maggio 1986; S./Regno Unito, n. 11716/85, D R 47 pag. 274, paragrafo 2, e 19 maggio 1992, Kerkhoven e Hinke/Paesi Bassi, n. 15666/89, non pubblicata, paragrafo 1) e che norme nazionali volte a garantire, a scopo di tutela della famiglia, un trattamento più favorevole alle persone coniugate e alle persone di sesso opposto conviventi more uxorio rispetto alle persone dello stesso sesso che abbiano relazioni durevoli non sono in contrasto con l'art. 14 della Convenzione che vieta in particolare le discriminazioni fondate sul sesso (v. decisioni S./Regno Unito, loc. cit., paragrafo 7; 9 ottobre 1989; C e LM/Regno Unito, n. 14753/89, non pubblicata, paragrafo 2, e 10 febbraio 1990, B/Regno Unito, n. 16106/90, D R 64 pag. 278, paragrafo 2). 34. In un diverso contesto la Corte europea dei diritti dell'uomo interpreta del resto l'art. 12 della Convenzione nel senso che si applica unicamente al matrimonio tradizionale tra due persone di sesso biologico diverso (v. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze 17 ottobre 1986, Rees, Serie A n. 106, pag. 19, paragrafo 49, e 27 settembre 1990, Cossey, Serie A n. 184, pag. 17, paragrafo 43). 35. Da quanto precede si desume che allo stato attuale del diritto nella Comunità, le relazioni stabili tra due persone dello stesso sesso non sono equiparate alle relazioni tra persone coniugate o alle relazioni stabili fuori del matrimonio tra persone di sesso opposto. Di conseguenza, un datore di lavoro non è tenuto in forza del diritto comunitario ad equiparare la situazione di una persona che abbia una relazione stabile con un compagno dello stesso sesso a quella di una persona che sia coniugata o abbia una relazione stabile fuori del matrimonio con un compagno di sesso opposto”.

Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nella sua stesura più recente (Strasburgo, 12.12.2007, in Gazz. Uff. U.E., C 303/1 del 14.12.2007), prevede che “Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio” (art. 9); nella “Spiegazione relativa all'articolo 9 — Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia”, che accompagna la Carta si legge: “Questo articolo si basa sull'articolo 12 della CEDU, che recita: «A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto». La formulazione di questo diritto è stata aggiornata al fine di disciplinare i casi in cui le legislazioni nazionali riconoscono modi diversi dal matrimonio per costituire una famiglia. **L'articolo non vieta né impone la**

concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso. Questo diritto è pertanto simile a quello previsto dalla CEDU, ma la sua portata può essere più estesa qualora la legislazione nazionale lo preveda”. Infatti l’art. 12 Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU), richiamato come si è appena visto dalla Carta dei diritti fondamentali, stabilisce che “*A partire dall’età maritale, l’uomo e la donna hanno diritto di sposarsi e di formare una famiglia, secondo le leggi nazionali che regolano l’esercizio di questo diritto*”. A questo riguardo la Corte europea dei diritti dell’uomo ha sottolineato che “*Il diritto di sposarsi garantito dall’art. 12 si riferisce al tradizionale matrimonio tra persone di opposto sesso biologico. Ciò risulta anche dalla lettera della disposizione, che rende evidente che l’art. 12 è finalizzato soprattutto a tutelare il matrimonio come base della famiglia. Inoltre l’art. 12 dispone che l’esercizio del diritto sia soggetto alle leggi nazionali degli Stati contraenti. Le limitazioni in tal modo introdotte non devono limitare o ridurre il diritto in modo o misura tali da vanificare l’essenza fondamentale del diritto. Tuttavia, il divieto legale imposto nel Regno Unito al matrimonio di persone che non siano di opposto sesso biologico non può dirsi suscettibile di cagionare tale effetto*”.

Avv. Riccardo Montagnoli*

Corte d’appello di Brescia, Sezione I Civile, decreto 2 luglio 2009 n. 69 - Pres. P. Dessì - Cons. Rel. D. Pianta - (Avv. dello Stato R. Montagnoli - AL 2206/08)

(... *Omissis*)

In data 1ottobre 2008 l’Ufficiale di Stato Civile del Comune di Bergamo aveva formalmente risposto negativamente alla richiesta di B. C. e D. S. riguardante le pubblicazioni di matrimonio, motivando con la contrarietà all’ordine pubblico del matrimonio fra persone dello stesso sesso, peraltro non disciplinato né previsto da alcuna. norma vigente.

Avverso tale provvedimento i predetti avevano proposto ricorso al Tribunale di Bergamo a sensi degli artt. 98 c.c., 95 d.P.R. n. 396/2000 e 737 cp.c., chiedendo ordinarsi all’Ufficiale di Stato Civile di procedere alle richieste pubblicazioni, eventualmente previa sospensione del processo al fine di rimettere alla Corte Costituzionale la questione di legittimità degli artt. 107, 108, 143, 143 bis, 156 bis c.c. in relazione agli artt. 2, 3 10 comma 2, 13 e 29 della Costituzione.

Si era costituito in giudizio il Sindaco del Comune di Bergamo, in qualità di Ufficiale del Governo, eccependo l’inammissibilità e comunque l’infondatezza del ricorso.

Con il provvedimento ora assoggettato a reclamo il Tribunale di Bergamo, dopo aver respinto l’eccezione preliminare svolta dall’Avvocatura dello Stato e reputato manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai ricorrenti, ha respinto il ricorso.

I primi Giudici hanno rilevato come sia infondata l’affermazione dei ricorrenti, a stregua della quale non esiste una definizione normativa di matrimonio, in quanto, in realtà, pur mancan-

(*) Avvocato dello Stato

done una definizione generale, sono ripetuti i richiami fatti dal diritto positivo alla nozione di matrimonio quale risulta sia dalla secolare evoluzione del diritto privato che dal comune sentire sin qui mai messo in discussione. Così che, anche richiamandosi proprio quegli articoli del codice civile della cui conformità al dettato costituzionale i ricorrenti dubitano, si ricava la pacifica configurazione del matrimonio quale unione fra due persone di sesso diverso che vogliono prendersi rispettivamente come marito e come moglie.

Né, ad avviso del Tribunale, vi è spazio per le dedotte questioni di costituzionalità, in quanto l'art. 29 della Costituzione, che si occupa espressamente della famiglia, come società naturale fondata sul matrimonio, fa palese riferimento alla rievocata, nozione derivante dall'evoluzione del diritto e del costume. E neppure dagli artt. 2 e 3 Cost., che tutelano i diritti inviolabili della persona e il diritto di uguaglianza, può ricavarsi l'esistenza di un diritto di rango costituzionale a contrarre matrimonio al di là delle condizioni prefigurate dall'ordinamento giuridico o di un diritto incondizionato a sposarsi.

È parimenti infondata, secondo il Tribunale, l'affermazione per cui il diritto qui propugnato troverebbe riscontro e riconoscimento nelle normative comunitarie e sopranazionali, anche perché proprio l'art. 12 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo si riferisce al matrimonio tradizionale fra due persone di sesso diverso.

Avverso tale provvedimento B. C. e D. S. hanno proposto reclamo alla Corte d'Appello con ricorso depositato in data 5 marzo 2009, con il quale vengono, in sostanza, riproposte le questioni già devolute alla conoscenza del Tribunale, con riferimento:

- alla effettiva nozione di matrimonio (non) ricavabile dal diritto positivo, ancorché vi siano nel corpo del codice civile alcuni articoli che sembrano presupporre la necessità che i nubendi appartengano a sesso diverso, laddove sarebbe compito del Giudice applicare un'interpretazione evolutiva dell'istituto che tenga conto del mutare della società;
- all'inesistenza di un divieto riguardante il matrimonio fra persone dello stesso sesso ed al dovere della magistratura, nell'inerzia del legislatore, di adeguare, in via interpretativa l'ordinamento giuridico in guisa da renderlo conforme ai principi costituzionali;
- all'esistenza, in ogni caso, di un contrasto fra la Costituzione italiana e il divieto del matrimonio fra persone dello stesso sesso, così come è agevole trarre dal testo degli art. 2 e 29, anche alla luce di recenti pronunce del Giudice delle Leggi: di talché, nel caso della ritenuta incompatibilità fra la vigente normativa, come sopra richiamata, e l'eventualità di un matrimonio fra persone dello stesso sesso, si sollecita ancora la rimessione della questione alla Corte Costituzionale.

Si è costituita in giudizio l'Avvocatura dello Stato, nell'interesse del Ministero degli Esteri, rinnovando l'eccezione d'inammissibilità del ricorso e chiedendo in ogni caso la reiezione dell'impugnazione.

Il Procuratore Generale ha concluso chiedendo la reiezione del reclamo.

A scioglimento della riserva assunta all'odierna udienza camerale, la Corte osserva quanto segue. Il ricorso è ammissibile, in quanto perfettamente corrispondente allo schema normativo dell'art. 98 c.c.: le parti hanno impugnato il diniego opposto dall'Ufficiale di Stato Civile alla richiesta delle pubblicazioni dei prospettato matrimonio richiedendo l'intervento del Tribunale al quale hanno sottoposto, in via incidentale, per vagliare la legittimità del rifiuto, la questione riguardante la compatibilità con il diritto vigente del matrimonio fra persone dello stesso sesso e prospettando, per il caso di risposta negativa, il dubbio di incostituzionalità delle norma da cui si potrebbe ricavare il relativo divieto.

Esso è comunque infondato.

Non può dubitarsi, innanzi tutto, che sotto nessun aspetto possa reputarsi la conformità del matrimonio fra persone dello stesso sesso al modello prefigurato tanto dalla tradizione, quanto dal diritto positivo (prima e dopo la riforma del 1975), quanto infine dalla Costituzione della Repubblica. I richiami effettuati dal Tribunale di Bergamo sono assolutamente pertinenti e vanno in questa sede ampiamente condivisi (del resto anche i reclamanti finiscono per ritenerli insuperabili e ne traggono lo spunto per sollecitare la Corte affinché sollevi questione di legittimità costituzionale).

Appare opportuno affrontare più approfonditamente la questione di legittimità costituzionale, su cui C. e S. hanno particolarmente insistito in sede di discussione orale.

La questione è manifestamente infondata.

Va premesso che storicamente all'istituto del matrimonio le legislazioni hanno da sempre affidato il ruolo di predisporre una disciplina positiva destinata a regolamentare gli effetti (di natura personale, patrimoniale e successorio) che di volta in volta vengono riconosciuti alla convivenza fra persone che nell'ambito di tale struttura giuridica vogliono inquadrare la convivenza familiare. Di qui l'attenzione posta dal legislatore ordinario alla regolamentazione dei diritti e doveri reciproci fra i coniugi e fra questi e, se vi sono, i figli.

La Costituzione della Repubblica italiana, invece, non contempla il matrimonio fra le espressioni della personalità umana da garantire (artt. 2 e 3), né rivolge attenzione a tale istituto giuridico se non, in via indiretta, attraverso l'art. 29, ove nel prevedere espressamente la tutela della famiglia e del principio di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi (quest'ultima affermazione direttamente collegata alla eterosessualità dell'unione ed alla tradizionale disparità di fatto e di diritto fra maschio e femmina), fa riferimento all'istituto del matrimonio solo quale necessario presupposto per la tutela così accordata.

La doglianza espressa dai reclamanti, dunque, non può che rivolgersi al legislatore, che sino ad ora ha ritenuto di non dover apprestare istituti giuridici idonei a tutelare e regolamentare, con strumenti anche assimilabili a quelli previsti in materia matrimoniale, unioni non riconducibili al modello tradizionale del matrimonio e non necessariamente caratterizzate dall'identità di sesso dei loro partecipanti. Unioni che, tuttavia, non sono affatto vietate, ancorché non siano, per come si è detto, allo stato suscettibili di generare al loro interno ed anche verso l'esterno specifiche situazioni giuridicamente regolate e protette. Né, come ha efficacemente sottolineato il Tribunale di Bergamo, alle ragioni espresse dai reclamanti può essere di giovamento l'invocare pretesi sostegni da parte della normativa comunitaria o sovranazionale, essendo paradigmatico l'esempio, portato in quella sede, dell'art. 12 della Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo, che non a caso riconosce il diritto dell'uomo e della donna di sposarsi e di formare una famiglia. La natura della controversia suggerisce l'opportunità di compensare le spese della presente procedura.

P.Q.M.

Respinge il reclamo.

Tribunale Ordinario di Venezia, Sezione III civile, ordinanza del 4 aprile 2009 - Pres. Gionfrida - Giud. Rel. Guerra.

(... Omissis)

I ricorrenti hanno proposto ricorso avverso il provvedimento datato 3.7.2008 con il quale l'ufficiale dello stato civile del Comune di Venezia ha rifiutato di procedere alla pubblicazione di

matrimonio dagli stessi richiesta, ritenendo l'assoluta illegittimità della pubblicazione "in forza del complesso normativo fondante l'ordinamento giuridico italiano e la contrarietà all'ordine pubblico costituito da principi fondamentali di rango sia costituzionale che ordinario", così motivando il diniego: "Considerato che la richiesta pubblicazione di matrimonio, intesa ad ottenere la celebrazione del matrimonio civile in questo Comune, è stata resa da due nubendi dello stesso sesso; Considerato che il fine della pubblicazione è quello di dare pubblicità al matrimonio per consentire eventuali opposizioni e, soprattutto, di verificare preventivamente la sussistenza delle condizioni richieste e la mancanza di impedimenti previsti dal codice civile, al fine di avere garanzia che il matrimonio, una volta celebrato, sarà pienamente valido ed efficace; Considerato che l'istituto del matrimonio, nell'ordinamento giuridico italiano è inequivocabilmente incentrato sulla diversità di sesso dei coniugi, desumibile dall'insieme delle disposizioni che disciplinano l'istituto del matrimonio, tanto che tale diversità di sesso costituisce presupposto indispensabile, requisito fondamentale per la fattispecie del matrimonio, a tal punto che l'ipotesi contraria, relativa a persone dello stesso sesso, è giuridicamente inesistente e certamente estranea alla definizione del matrimonio, almeno secondo l'insieme delle normative tuttora vigenti; Richiamato il decreto 10 giugno 2005 del Tribunale di Latina, relativo ad una richiesta di trascrizione di matrimonio, contratto all'estero, tra persone dello stesso sesso, nel quale viene specificato che: "...Alla luce di quanto precede deve allora concludersi che elemento essenziale per poter qualificare nel nostro ordinamento la fattispecie matrimonio è la diversità di sesso dei nubendi ed in tal senso si è pronunciata la Corte di Cassazione che nel distinguere in subiecta materia la categoria dell'inesistenza da quella della nullità, ha precisato che ricorre l'ipotesi dell'inesistenza quando manchi quella realtà fenomenica che costituisce la base naturalistica della fattispecie, individuandone i requisiti minimi essenziali nella manifestazione di volontà matrimoniale resa da due persone di sesso diverso davanti ad un ufficiale celebrante (Cass. n. 7877/2000; 1304/1990; 1808/1976). D'altronde non è senza ragione che, nel nostro codice civile, tra gli impedimenti al matrimonio (quali età, capacità, libertà di stato, parentela, delitto - artt. 84, 86, 87, 88 c.c.-) non è prevista la diversità di sesso dei coniugi e ciò ovviamente non perché tale condizione sia irrilevante, bensì perché essa, a differenza dei semplici impedimenti, incide sulla stessa identificazione della fattispecie civile che, nel nostro ordinamento, possa qualificarsi matrimonio". Visto il parere del Ministero dell'Interno espresso con nota del 28.07.2004, prot. 04006451 - 15100/15952, nel quale viene specificato che: "...in merito alla possibilità di trascrivere un atto di matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso, si precisa che in Italia tale atto non è trascrivibile in quanto nel nostro ordinamento non è previsto il matrimonio tra soggetti dello stesso sesso in quanto contrario all'ordine pubblico, ai sensi dell'art. 18 del DPR 396/2000". Visto la circolare del Ministero dell'Interno n. 55 in data 18.10.2007 prot. n. 15100/397/0009861, relativa ai matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso, nella quale viene affermato che "...in mancanza di modifiche legislative in materia, il nostro ordinamento non ammette il matrimonio omosessuale e la richiesta di trascrizione di un simile atto compiuto all'estero deve essere rifiutata perché in contrasto con l'ordine pubblico interno", escludendo categoricamente qualsiasi possibilità di matrimonio tra persone dello stesso sesso; Ritenuto, pertanto, che la sopraindicata richiesta di pubblicazione riguarda ipotesi giuridicamente inesistente e non assimilabile all'istituto del matrimonio secondo la disciplina prevista dal nostro ordinamento" (doc. 1 del fascicolo attoreo).

A sostegno del ricorso sono state svolte ampie argomentazioni in diritto, con le quali si è rilevato che nel nostro ordinamento non esisterebbe una nozione di matrimonio, né un divieto

espresso di matrimonio tra persone dello stesso sesso - non essendo previsto tra i requisiti per contrarlo la disparità *sexus* (ex art. 84 c.c.) -, che inoltre gli atti del Ministero degli Interni citati nel provvedimento si riferirebbero all'ordine pubblico internazionale e non all'ordine pubblico interno (che invece andrebbe richiamato nel caso di specie), che comunque tali atti sarebbero contrari alla Costituzione e alla Carta di Nizza e quindi da disapplicare, che in ogni caso l'interpretazione letterale delle norme codicistiche posta a fondamento dell'atto di diniego da parte del Comune sarebbe contraria alla Costituzione italiana, ed in particolare agli artt. 2, 3, 10 comma 2°, 13, 29.

Sulla base di tali argomenti i ricorrenti hanno chiesto al Tribunale, in via principale, di ordinare all'ufficiale di stato civile del comune di Venezia di procedere alla pubblicazione del matrimonio rifiutata e, in via subordinata, di sollevare la questione di legittimità costituzionale - previa positiva valutazione della rilevanza e non manifesta infondatezza - degli artt. 107, 108, 143, 143 *bis* e 156 *bis* c.c. rispetto agli artt. 2, 3, 10 comma 2, 13, 29 Cost., rimettendo gli atti alla Corte Costituzionale.

Con il ricorso in esame si chiede quindi che il Tribunale si pronunci in ordine al tema - assai dibattuto non solo fra i giuristi e non solo nel nostro Paese - relativo alla riconoscibilità del diritto delle persone omosessuali di contrarre matrimonio con persone del proprio sesso.

Nel nostro sistema il matrimonio tra persone dello stesso sesso non è né previsto, né vietato espressamente. È certo tuttavia che né il legislatore del 1942, né quello riformatore del 1975 si sono posti la questione del matrimonio omosessuale, all'epoca ancora non dibattuta, almeno nel nostro Paese.

Pur non esistendo una norma definitoria espressa, l'istituto del matrimonio, così come previsto nell'attuale ordinamento italiano, si riferisce indiscutibilmente solo al matrimonio tra persone di sesso diverso. Se è vero che il codice civile non indica espressamente la differenza di sesso fra i requisiti per contrarre matrimonio, diverse sue norme, fra cui quelle menzionate nel ricorso e sospettate d'incostituzionalità, si riferiscono al marito e alla moglie come "attori" della celebrazione (107 e 108), protagonisti del rapporto coniugale (art. 143 e ss.) e autori della generazione (artt. 231 e ss.).

Reputa il Tribunale che, proprio per il chiaro tenore delle norme sopra indicate, non sia possibile - allo stato della normativa vigente - operare un'estensione dell'istituto del matrimonio anche a persone dello stesso sesso. Si tratterebbe di una forzatura non consentita ai giudici (diversi da quello costituzionale), a fronte di una consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio come unione di un uomo e di una donna.

D'altra parte, non si può ignorare il rapido trasformarsi della società e dei costumi avvenuto negli ultimi decenni, nel corso dei quali si è assistito al superamento del monopolio detenuto dal modello di famiglia normale, tradizionale e al contestuale sorgere spontaneo di forme diverse, seppur minoritarie, di convivenza, che chiedono protezione, si ispirano al modello tradizionale e come quello mirano ad essere considerate e disciplinate. Nuovi bisogni, legati anche all'evoluzione della cultura e della civiltà, chiedono tutela, imponendo un'attenta meditazione sulla persistente compatibilità dell'interpretazione tradizionale con i principi costituzionali.

Il primo riferimento costituzionale con il quale confrontarsi, suggerito anche dai ricorrenti, è sicuramente quello di cui all'art. 2 della Costituzione, nella parte in cui riconosce i diritti inviolabili dell'uomo (diritti già proclamati dalla Costituzione ovvero individuati dalla Corte Costituzionale) non solo nella sua sfera individuale ma anche, e forse soprattutto, nella sua sfera sociale, ossia, secondo la formula della norma, "nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità", fra le quali indiscutibilmente la famiglia deve essere considerata la prima

e fondamentale espressione. La famiglia è infatti la formazione sociale primaria nella quale si esplica la personalità dell'individuo e nella quale vengono quindi tutelati i suoi diritti inviolabili, conferendogli uno *status* (quello di persona coniugata) che assurge a segno caratteristico all'interno della società e che conferisce un insieme di diritti e di doveri del tutto peculiari e non sostituibili tramite l'esercizio dell'autonomia negoziale.

Il diritto di sposarsi configura un diritto fondamentale della persona riconosciuto sia a livello sovranazionale (artt. 12 e 16 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, artt. 8 e 12 CEDU e ora agli artt. 7 e 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea proclamata a Nizza il 7.12.2000), sia dall'art. 2 della Costituzione. È un diritto inteso sia nella sua accezione positiva di libertà di contrarre matrimonio con la persona prescelta (così anche Corte Cost. n. 445/2002), sia in quella negativa di libertà di non sposarsi e di convivere senza formalizzare l'unione (così Corte Cost. 13.5.1998 n. 166).

La libertà di sposarsi (o di non sposarsi) e di scegliere il coniuge autonomamente riguarda la sfera dell'autonomia e dell'individualità ed è quindi una scelta sulla quale lo Stato non può interferire, a meno che non vi siano interessi prevalenti incompatibili; ora, nell'ipotesi in cui una persona intenda contrarre matrimonio con altra persona dello stesso sesso il Tribunale non individua alcun pericolo di lesione ad interessi pubblici o privati di rilevanza costituzionale, quali potrebbero essere la sicurezza o la salute pubblica.

L'unico importante diritto con il quale potrebbe eventualmente ipotizzarsi un contrasto è quello dei figli di crescere in un ambiente familiare idoneo, diritto che corrisponde anche ad un indiscutibile interesse sociale. È chiaro tuttavia che tale interesse potrebbe incidere esclusivamente sul diritto delle coppie omosessuali coniugate di avere figli adottivi, diritto che è distinto, e non necessariamente connesso, rispetto a quello di contrarre matrimonio, tanto che alcuni ordinamenti stranieri, come si specificherà più avanti, pur introducendo il matrimonio tra omosessuali, hanno espressamente escluso il diritto di adozione; in ogni caso, nell'attuale ordinamento italiano ogni adozione di minorenni presuppone la valutazione di idoneità affettiva e di capacità genitoriale della coppia (si veda l'art. 6.2 della L. 184/1983), evidentemente funzionale alla valutazione dell'interesse del minore adottando, essendo così esclusa ogni automaticità tra il matrimonio, la richiesta di adozione e la decisione del Tribunale per i minorenni. Il secondo parametro di riferimento da prendere in esame, strettamente connesso al precedente, è quello di cui all'art. 3 della Costituzione, che vieta ogni discriminazione irragionevole, conferendo a tutti i cittadini "...pari dignità sociale, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali", impegnando lo Stato a "...rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana..." Essendo, per quanto sopra rilevato, il diritto di contrarre matrimonio un momento essenziale di espressione della dignità umana, si ritiene che esso debba essere garantito a tutti, senza discriminazioni derivanti dal sesso o dalle condizioni personali (quali l'orientamento sessuale), con conseguente obbligo dello Stato d'intervenire in caso di impedimenti all'esercizio.

Ne consegue che se lo scopo del principio di cui all'art. 3 della Costituzione è vietare irragionevoli disparità di trattamento, la norma - implicita nel nostro sistema - che esclude gli omosessuali dal diritto di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, così seguendo il proprio orientamento sessuale (né patologico, né illegale), non abbia alcuna giustificazione razionale, soprattutto se raffrontata con l'analoga situazione delle persone transessuali, che, ottenuta la rettificazione di attribuzione di sesso in applicazione della l. 14.4.1982 n. 164 possono contrarre matrimonio con persone del proprio sesso di nascita. Al riguardo va rammentato

che la coerenza con la Costituzione della legge n. 164/1982 è stata riconosciuta dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 165 del 6.5.1985 e che le valutazioni espresse dalla Corte sulla norma sospettata d'incostituzionalità confortano la tesi qui sostenuta, essendo stata riconosciuta la legittimità costituzionale non tanto sulla base del fatto che i soggetti abbiano compiuto e portato a termine un trattamento medico-chirurgico e che vi sia stato il provvedimento del Tribunale (che tramite una sorta di *factio iuris* attribuisce il sesso opposto), ma sulla base di argomenti di ben più ampio respiro.

In particolare, la Corte ha definito l'orientamento del transessuale come "naturale modo di essere" sostenendo che la legge sospettata d'incostituzionalità "si è voluta dare carico di questi "diversi" ponendo una normativa intesa a consentire l'affermazione della loro personalità e in tal modo ad aiutarli a superare l'isolamento, l'ostilità e l'umiliazione che troppo spesso li accompagnano nella loro esistenza così operando il legislatore italiano si è allineato agli orientamenti legislativi, amministrativi e giurisprudenziali, già affermati in numerosi Stati, fatti propri, all'unanimità dalla Commissione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (decisione 9 maggio 1978, nel caso Daniel OostenWijck contro Governo belga) e la cui adozione in tutti gli Stati membri della Comunità è stata caldeggiata con una proposta di risoluzione presentata al Parlamento Europeo nel febbraio 1983 (...) la legge n. 164 del 1982 si colloca, dunque, nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana".

In tale pronuncia si coglie l'attenzione della Corte nell'evidenziare le illegittime discriminazioni subite in precedenza dalle persone transessuali, con affermazioni pienamente mutuabili anche per gli omosessuali. La Corte è sembrata attenta a rispettare il principio secondo la quale il giudizio di costituzionalità deve essere ancora più pregnante ove il sospetto riguardi categorie di persone che storicamente abbiano subito illegittime discriminazioni e che si debba presumere siano particolarmente suscettibili di subire ulteriori trattamenti ingiustificatamente sfavorevoli. Invero la legge n. 164 del 1982 ha 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. Con riferimento all'assetto normativo sistematico delineato l'identità di sesso biologico non può essere legittimamente invocata per escludere gli omosessuali dal matrimonio. Se è vero, infatti, che fattore meritevole di tutela è l'orientamento psicosessuale della persona, non appare in alcun modo giustificata la discriminazione tra coloro che hanno naturale orientamento psichico che li spinge ad una unione omosessuale, e non vogliono pertanto effettuare alcun intervento chirurgico di adattamento, né ottenere la rettificazione anagrafica per conseguire un'attribuzione di sesso contraria al sesso biologico, - ai quali è precluso il matrimonio -, e i transessuali che sono ammessi al matrimonio pur appartenendo allo stesso sesso biologico ed essendo incapaci di procreare.

D'altro canto, le opinioni contrarie al riconoscimento alla libertà matrimoniale tra persone dello stesso sesso, fatte proprie dall'Avvocatura dello Stato resistente, per giustificare la disparità di trattamento invocano ragioni etiche, legate alla tradizione o alla natura. Si deve tuttavia obiettare che tali argomenti non sono idonei a soddisfare il rigore argomentativo richiesto dal giudizio di legittimità, non solo perché, come si è già messo in luce, i costumi familiari si sono radicalmente trasformati, ma soprattutto perché si tratta di tesi alquanto pericolose quando si discute di diritti fondamentali, posto che l'etica e la natura sono state troppo spesso utilizzate per difendere gravi discriminazioni poi riconosciute illegittime; si pensi alla disuguaglianza tra i coniugi nel diritto matrimoniale italiano preriforma e al divieto delle donne di svolgere alcune professioni, entrambi fondati sulla convinzione che le donne fossero natu-

ralmente più deboli; ancora, nell'esperienza anche attuale di altri Paesi, vanno ricordati il divieto di contrarre matrimoni interrazziali o interreligiosi e la punizione di atti sessuali tra omosessuali anche se privati, giustificati con la contrarietà all'etica, alla tradizione o addirittura alla religione.

A ciò si aggiunga che, come si approfondirà più avanti, per i diritti degli omosessuali, così come per quelli dei transessuali, vi sono fortissime spinte, provenienti dal contesto europeo e sovranazionale, a superare le discriminazioni di ogni tipo, compresa quella che impedisce di formalizzare le unioni affettive.

Tali sollecitazioni sono evidentemente tese a far sì che gli Stati introducano specifici supporti giuridici e non si limitino a mere affermazioni di principio; infatti, ogni difesa formale della libertà, priva di un reale supporto giuridico strutturale, è debole e priva di effettività, come insegna l'osservazione del cammino compiuto da altre categorie per raggiungere un livello accettabile di realizzazione dei propri diritti. Basti pensare, nell'esperienza italiana, a quanto è avvenuto per le persone detenute e per le persone affette da handicap: ci si riferisce, per i detenuti, alla c.d. riforma penitenziaria introdotta con la legge 26.7.1975 n. 354, con la quale il legislatore ha risposto con una normativa tra le più avanzate allo stimolo proveniente proprio da una storica sentenza della Corte Costituzionale dell'anno precedente (n. 204/1974), e per i disabili alla legge 5.2.1992 n. 104 ("Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate").

Un'ulteriore giustificazione per negare il matrimonio omosessuale è spesso individuata nel disposto dell'art. 29, 1° comma della Costituzione, laddove si afferma che la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio", essendosi ritenuto che con tale espressione si sia inteso tutelare il solo nucleo legittimo di carattere tradizionale, ossia l'unione di un uomo ed una donna suggellata dal vincolo giuridico del matrimonio.

In realtà, il significato di tale espressione non è quello di riconoscere il fondamento della famiglia in un non meglio definito "diritto naturale", quanto piuttosto di affermare la preesistenza e l'autonomia della famiglia - come comunità originaria e pregiuridica -, dallo Stato, così imponendo dei limiti al potere del legislatore statale.

Che questa fosse l'intenzione del legislatore storico è messo ben in luce negli atti relativi al dibattito svolto in seno all'Assemblea Costituente in relazione all'art. 29 Cost., come emerge dall'intervento dell'on. A. M. nel corso della adunanza plenaria del 15 gennaio 1947. In particolare, in relazione alla formula "la famiglia è una società naturale", egli sottolineò che "... non è affatto una definizione, anche se ne ha la forma esterna, in quanto si tratta in questo caso di definire la sfera di competenza dello Stato nei confronti di una delle formazioni sociali alle quali la persona umana dà liberamente vita". Ed ancora: "Escluso che qui "naturale" abbia un significato zoologico o animalesco, o accenni ad un legame puramente di fatto, non si vuole dire con questa formula che la famiglia sia una società creata al di fuori di ogni vincolo razionale ed etico. Non è un fatto, la famiglia, ma è appunto un ordinamento giuridico e quindi qui "naturale" sta per "razionale". D'altra parte non si vuole escludere che la famiglia abbia un suo processo di formazione storica, né si vuole negare che vi sia sempre un più perfetto adeguamento della famiglia a questa razionalità nel corso della storia; ma quando si dice "società naturale" in questo momento storico si allude a quell'ordinamento che, perfezionato attraverso il processo della storia, costituisce la linea ideale della vita familiare. Quando si afferma che la famiglia è una "società naturale", si intende qualche cosa di più dei diritti della famiglia. Non si tratta soltanto di riconoscere i diritti naturali alla famiglia, ma di riconoscere la famiglia come società naturale, la quale abbia le sue leggi ed i suoi diritti di fronte ai quali

lo Stato, nella sua attività legislativa, si deve inchinare. Era d'altra parte assai forte e recente il ricordo delle leggi razziali: il divieto di matrimonio di cittadini italiani di razza ariana con persone appartenenti ad altra razza, la subordinazione del matrimonio di cittadini italiani con persone di nazionalità straniera al preventivo consenso del Ministero per l'Interno, il divieto per gli ebrei di sposarsi in terra italiana, l'obbligo d'improntare l'istruzione e l'educazione familiare al sentimento nazionale fascista, tutte norme dirette a salvaguardare uno specifico concetto di famiglia imposto dallo Stato. Proprio ricordando gli abusi compiuti a difesa di una certa tipologia di famiglia, i Costituenti intesero marcare il confine tra autonomia familiare e sovranità statale, circoscrivendo i poteri del futuro legislatore in ordine alla sua regolamentazione. Regolamentazione che è tuttavia consentita, *rectius* imposta, ai sensi del 2° comma dell'art. 29 Cost. e di quelli immediatamente seguenti, solo quando si rende necessario un intervento statale atto a garantire i valori, questi sì costituzionalizzati, dell'eguaglianza tra coniugi, dell'unità familiare, del mantenimento, istruzione ed educazione dei figli.

Il fatto che la tutela della tradizione non rientri nelle finalità dell'art. 29 Cost. e che famiglia e matrimonio si presentino come istituti di carattere aperto alle trasformazioni che necessariamente si verificano nella storia, è poi indubitabilmente dimostrato dall'evoluzione che ha interessato la loro disciplina dal 1948 ad oggi. Il codice civile del 1942 recepiva un modello di famiglia basato su di un matrimonio indissolubile e su di una struttura gerarchica a subordinazione femminile; basti pensare al fatto che l'art. 143 parlava solo di obblighi reciproci e non di diritti, alla potestà maritale dell'art. 144, al dovere del marito di proteggere la moglie di cui all'art. 145, all'istituto della dote. Tale caratterizzazione autoritaria e gerarchica si traduceva, sul fronte penale, nella repressione del solo adulterio femminile, nella responsabilità penale del marito solamente per abuso dei mezzi di correzione nei confronti della moglie, nella previsione del delitto d'onore, nell'estinzione del reato di violenza carnale a mezzo del matrimonio riparatore. Sono ben noti gli interventi della Corte Costituzionale a tutela dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, fra cui la storica sentenza n. 126/1968 che, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 559 comma 1 e 2 c.p. che puniva il solo adulterio della moglie, ha sottolineato proprio il mutamento della società, superando così il proprio orientamento precedente solo di pochi anni, con il quale, richiamandosi al "tradizionale concetto della famiglia, quale tuttora vive nella coscienza del popolo", aveva dichiarato non fondata la medesima questione (sentenza n. 64/1961). Anche in questo caso è stata proprio la Corte Costituzionale ad aprire la strada ad una riforma del diritto di famiglia, attuata con la legge del 1975, effettivamente in linea con i principi di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, superando la tradizione ultramillenaria secondo la quale la donna nell'ambito della famiglia doveva rivestire un ruolo subordinato. Ancora, vanno menzionati la mancata costituzionalizzazione dell'indissolubilità del matrimonio e la conseguente introduzione legislativa del divorzio, nonché la progressiva attuazione per via legislativa (da ultimo con la l. 54/2006) del principio costituzionale di eguaglianza tra figli legittimi e figli naturali: tutti esempi che dimostrano come l'accezione costituzionale di famiglia, lungi dall'essere ancorata ad una conformazione tipica ed inalterabile, si sia al contrario dimostrata permeabile ai mutamenti sociali, con le relative ripercussioni sul regime giuridico familiare.

Le considerazioni che precedono sul significato dell'espressione "società naturale" e sull'estraneità della tutela del "matrimonio tradizionale" alle finalità dell'art. 29 Cost. portano a ritenere prive di fondamento quelle tesi che giustificano l'implicito divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso ricorrendo ad argomenti correlati alla capacità procreativa della coppia ed alla tutela della procreazione. Al riguardo sarebbe, peraltro, sufficiente sottolineare come né la

Costituzione, né il diritto civile prevedano la capacità di avere figli come condizione per contrarre matrimonio, ovvero l'assenza di tale capacità come condizione di invalidità o causa di scioglimento del matrimonio, essendo matrimonio e filiazione istituti nettamente distinti.

Una volta escluso che sulla disposizione dell'art. 29 Cost. possa trovare fondamento il trattamento differenziato delle coppie omosessuali rispetto a quelle eterosessuali, si ritiene che tale norma, proprio nel momento in cui attribuisce tutela costituzionale alla famiglia legittima - contribuendo essa, grazie alla stabilità del quadro delle relazioni sociali, affettive ed economiche che comporta, alla realizzazione della personalità dei coniugi -, lungi dal costituire un ostacolo al riconoscimento giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso, possa assurgere ad ulteriore parametro, unitamente agli artt. 2 e 3, in base al quale valutare la costituzionalità del divieto.

Ulteriore riferimento costituzionale che rileva nella questione in esame è, più che quello di cui all'art. 10, 2° comma (suggerito dai ricorrenti) che riguarda la condizione giuridica dello straniero, quello di cui all'art. 117, 1° comma Cost., che vincola il legislatore al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali. Vengono in rilievo al riguardo, quali norme interposte, innanzitutto gli artt. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), 12 (diritto al matrimonio) e 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali. Con riferimento in particolare all'art. 8, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha accolto una nozione di "vita privata" e di tutela dell'identità personale in essa insita, non limitata alla sfera individuale, bensì estesa alla vita di relazione, arrivando a configurare un dovere di positivo intervento degli Stati di rimediare alle lacune suscettibili di impedire la piena realizzazione personale. Sempre in relazione al medesimo articolo, nel caso *Goodwin c. Regno Unito*, 17/7/2002, la Corte di Strasburgo ha dichiarato contrario alla Convenzione il divieto di matrimonio del transessuale con persona del suo stesso sesso originario, per violazione del principio di rispetto della vita privata, superando il proprio precedente orientamento con il quale aveva ritenuto che il diritto di sposarsi garantito dall'art. 12 CEDU potesse essere riferito solo a persone di sesso biologico opposto (*Rees c. Regno Unito*, 17/10/1986). Va evidenziato come, nel cambiare il proprio orientamento, la Corte abbia fatto riferimento a quello che ha definito come "the very essence of the right to marry" e all'artificiosità dell'idea che i soggetti transessuali, dopo l'operazione, non sarebbero privati del diritto di sposarsi, potendo comunque sposare una persona del sesso opposto a quello loro originario. In altre parole, la Corte ha riconosciuto che non ha senso essere titolari di un diritto al matrimonio, se poi non si può scegliere con chi sposarsi. Richiamando e ampliando quanto sopra sostenuto relativamente al valore di quanto affermato nella sentenza n. 161/1985 della Corte Costituzionale, va ribadito che sono evidenti le analogie esistenti tra la fattispecie in merito alla quale la Corte Europea è stata chiamata ad esprimersi e quella del matrimonio omosessuale: anche le persone omosessuali non sono, formalmente, private del diritto di sposarsi con una persona del sesso opposto, ma è chiaro che non è a questo tipo di matrimonio al quale ambiscono al fine di realizzare la propria personalità.

Sempre con riguardo all'art. 117, 1° comma Cost., e specificamente in relazione all'obbligo per il legislatore statale e regionale di rispettare i vincoli posti dall'ordinamento comunitario, si deve ricordare come anche la Carta di Nizza sancisca i diritti al rispetto della vita privata e familiare (art. 7), a sposarsi ed a costituire una famiglia (art. 9) e a non essere discriminati (art. 21) fra i diritti fondamentali dell'Unione Europea. È interessante, peraltro, notare come l'art. 9 non contenga (deliberatamente secondo quanto affermato nelle "spiegazioni" della stessa Carta), a dif-

ferenza dell'art. 12 CEDU, alcun riferimento "l'uomo e la donna". Ora, è vero che la Carta di Nizza non assume valore vincolante, non essendo stato ratificato il Trattato di Lisbona nell'ambito del quale era stata inserita, tuttavia, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza, anche costituzionale, essa ha "carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei" (Corte Cost., sentenza n. 135/2002) e costituisce nella prassi un importante punto di riferimento sia per le istituzioni europee che per l'attività interpretativa dei giudici europei.

Non si devono dimenticare in quest'ambito nemmeno gli atti delle Istituzioni Europee che da tempo invitano gli Stati a rimuovere gli ostacoli che si frappongono al matrimonio di coppie omosessuali ovvero al riconoscimento di istituti giuridici equivalenti, atti che rappresentano, indipendentemente dal loro valore giuridico, la presa di posizione a favore del riconoscimento del diritto al matrimonio, o comunque, in termini più generali, alla unificazione legislativa, nell'ambito degli Stati membri, della disciplina dettata per la famiglia legittima da estendersi alle unioni omosessuali. Fin dal 1981, con la raccomandazione n° 924 del 1.10.1981, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa aveva sentito la necessità di garantire la libertà di scelta dell'orientamento sessuale di ciascun individuo nonché la dignità delle coppie omosessuali all'interno della Comunità. Sono seguite poi la Risoluzione sulla parità dei diritti delle persone omosessuali nella Comunità Europea in data 8.2.1994 con la quale il Parlamento europeo ha apertamente individuato come obiettivo delle azioni comunitarie la rimozione degli "ostacoli frapposti al matrimonio di coppie omosessuali ovvero a un istituto giuridico equivalente, garantendo pienamente diritti e vantaggi del matrimonio e consentendo la registrazione delle unioni", la Risoluzione sul rispetto dei diritti umani nell'Unione Europea del 16.3.2000 con cui il Parlamento europeo ha chiesto "agli Stati membri di garantire alle famiglie monoparentali, alle coppie non sposate e alle coppie dello stesso sesso parità di diritti rispetto alle coppie sposate e alle coppie e alle famiglie tradizionali, in particolare in materia di legislazione fiscale, regime patrimoniale e diritti sociali". Da ultimo, merita menzione anche la recentissima risoluzione del 14 gennaio 2009 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione Europea 2004-2008 che ha invitato gli Stati membri che si sono dotati di una legislazione relativa alle coppie dello stesso sesso a riconoscere le norme adottate da altri Stati membri e aventi effetti analoghi, ha esortato la Commissione a presentare proposte che garantiscano l'applicazione, da parte degli Stati membri, del principio di riconoscimento reciproco per le coppie omosessuali, sposate o legate da un'unione civile registrata, nella fattispecie quando esercitano il loro diritto alla libera circolazione previsto dal diritto dell'Unione Europea e ha invitato gli Stati membri che non l'abbiano ancora fatto, in ottemperanza al principio di parità, ad adottare iniziative legislative per eliminare le discriminazioni cui sono confrontate alcune coppie in ragione del loro orientamento sessuale (par. 75-77).

Infine, si deve prendere atto di come, in linea con tali risoluzioni del Parlamento Europeo e a conferma degli ormai consolidati mutamenti dei modelli e dei costumi familiari, nel diritto di molte nazioni di civiltà giuridica affine alla nostra, si stia delineando una nozione di relazioni familiari tale da includere le coppie omosessuali. In Olanda (l. 1/4/2001), Belgio (l. 1/6/2003) e Spagna (l. 30/6/2005) è stato rimosso *tout court* il divieto di sposare una persona dello stesso sesso; altri Paesi prevedono un istituto riservato alle unioni omosessuali (ci si riferisce alle Lebenspartnerschaft tedesche e alle registered partnership inglesi) con disciplina analoga a quella del matrimonio, o al quale è stata semplicemente estesa la disciplina matrimoniale, con l'esclusione, talvolta, delle disposizioni inerenti la potestà sui figli e l'adozione (Svezia, Norvegia, Danimarca, Finlandia, Islanda). Fra i Paesi che ancora non hanno introdotto il matrimonio o forme di tutela paramatrimoniali, molti comunque prevedono forme di registrazione

pubblica delle famiglie di fatto, comprese quelle omosessuali (Francia, Lussemburgo, Repubblica Ceca).

È sulla base di tutte le considerazioni esposte che il Tribunale è giunto al convincimento della non manifesta infondatezza della questione di illegittimità costituzionale, pur parzialmente modificando i parametri di riferimento rispetto a quelli indicati dai ricorrenti, delle norme di cui agli artt. 107, 108, 143, 143 *bis*, 156 *bis* e 231 c.c. laddove, sistematicamente interpretate, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso; valuterà la Corte, qualora ritenesse la questione fondata, se vi sia la necessità di estendere la pronuncia anche ad altre disposizioni legislative interessate in via di consequenzialità ai sensi dell'art. 27 della L. 87/1953.

In punto di rilevanza, si osserva che l'applicazione delle norme indicate è evidentemente ineliminabile nell'*iter* logico-giuridico che questo remittente deve percorrere per la decisione: infatti, in caso di dichiarazione di fondatezza della questione così come sollevata, il rifiuto alle pubblicazioni - la cui richiesta dimostra inequivocabilmente la volontà di contrarre matrimonio - dovrebbe ritenersi, in assenza di altra causa di rifiuto, illegittima, mentre, in caso di non accoglimento, l'attuale stato della normativa imporrebbe una pronuncia di rigetto del ricorso. Per completezza si osserva che, a fronte del rifiuto alla pubblicazione da parte dell'ufficiale dello stato civile, essendo la pubblicazione una formalità necessaria per poter procedere alla celebrazione del matrimonio, non è individuabile alcun altro procedimento nell'ambito del quale valutare la questione.

P.Q.M.

Visti gli artt. 134 Costituzione della Repubblica, 1 legge Cost. 9 febbraio 1948, n. 1 e 23 e ss. della legge 11 marzo 1953 n. 87,

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 *bis* e 156 *bis*, nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, per contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 117, 1° comma della Costituzione,

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale, sospendendo il procedimento in corso.

** *** **

Note critiche sul relativismo giuridico

I due provvedimenti in commento ci offrono la possibilità di esaminare i fondamenti della tutela giuridica e sociale del matrimonio.

Con il primo, la Corte di Appello di Brescia, confermando una decisione del Tribunale di Bergamo, ha riconosciuto la legittimità di un rifiuto dell'ufficiale di stato civile di procedere alla pubblicazione di un matrimonio tra omosessuali, tenuto conto che, secondo il sentire comune, "*il matrimonio è una unione formale e stabile tra un uomo e una donna, essenzialmente diretta alla procreazione e all'educazione dei figli*" (così il provvedimento del Tri-

bunale di Bergamo, confermato dalla Corte).

La Corte, in particolare, respingendo la relativa questione di costituzionalità, ha precisato che la Costituzione “*non contempla il matrimonio tra le esplicazioni della personalità umane da garantire (artt. 2 e 3), né rivolge attenzione a tale istituto giuridico se non, in via indiretta, attraverso l’art. 29, ove nel prevedere espressamente la tutela della famiglia e del principio di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi (quest’ultima affermazione direttamente collegata alla eterosessualità dell’unione ed alla tradizionale disparità di fatto e di diritto tra maschio e femmina) fa riferimento all’istituto del matrimonio solo quale necessario presupposto per la tutela così accordata*”.

La Corte ha anche chiarito che spetterebbe, in ogni caso, al legislatore di predisporre “*istituti giuridici idonei a tutelare e regolamentare, con strumenti anche assimilabili a quelli previsti in materia matrimoniale, unioni non riconducibili al modello tradizionale del matrimonio e non necessariamente caratterizzate dall’identità di sesso dei loro partecipanti*”

Con il secondo il Tribunale di Venezia, sollevando una specifica questione di legittimità costituzionale delle disposizioni del codice civile italiano che non consentono il matrimonio tra omosessuali, ha ritenuto che non ha “*alcuna giustificazione razionale*”, la norma, “*implicita nel nostro sistema, che esclude gli omosessuali dal diritto di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso*”.

Il Tribunale ha ritenuto che “*il diritto di sposarsi configura un diritto fondamentale della persona, riconosciuto sia dalla Costituzione sia a livello sovranazionale*”.

E poichè “*la libertà di sposarsi (o di non sposarsi) e di scegliere il coniuge autonomamente riguarda la sfera dell’individualità*”, quella di sposarsi sarebbe “*una scelta sulla quale lo Stato non può interferire, a meno che non vi siano interessi prevalenti incompatibili*”, non essendo sussistenti “*alcun pericolo di lesione ad interessi pubblici o privati di rilevanza costituzionale, quali potrebbero essere la sicurezza o la salute pubblica*”, così come sarebbe stabilito anche dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e dalla Costituzione (in particolare gli articoli 2 e 3).

Alla base delle istanze di coloro che chiedono una radicale riforma del diritto di famiglia, nel senso di provvedere al riconoscimento formale delle coppie omosessuali sembra esserci il desiderio di considerare il matrimonio ed ogni altra unione stabile tra individui, anche dello stesso sesso, non già un fatto sociale - quale esso è -, bensì un fatto “*privato*”, degno tuttavia di ricevere una piena tutela da parte dell’ordinamento.

Gli omosessuali, così come hanno il diritto a non subire alcuna discriminazione a causa della loro identità, hanno anche il diritto che i loro legami affettivi abbiano lo stesso riconoscimento dei corrispondenti legami

eterosessuali.

Questo punto di vista sembra essere del tutto ragionevole, tenuto conto dell'evoluzione del pensiero giuridico e sociale e, nel provvedimento di Venezia, è stato ricostituito in maniera molto ben articolata e con dotti riferimenti.

Come è stato, di recente, precisato dal prof. D'Agostino, presidente dei giuristi cattolici e già Presidente del Comitato Nazionale di Bioetica, in un articolo pubblicato su *"L'Osservatore romano"*, in questa visuale si intrecciano, per la verità, punti di vista differenti tra loro.

Alcuni (i c.d. liberazionisti) muovono dalla necessità di considerare ormai obsoleto e repressivo l'istituto del matrimonio, sicchè *"per ricomprendere in se stesso l'unione tra omosessuali, il matrimonio legale dovrebbe essere "depubblicizzato", reso cioè sempre più simile a un mero contratto di diritto privato, che per definizione va affidato nei suoi contenuti concreti alla più piena disponibilità dei contraenti"*: questa istanza è diretta ad iniziare una vera e propria battaglia libertaria, che teorizza un nuovo modello di convivenza di tipo essenzialmente individualistico, liberata dal peso del diritto.

Secondo altri (i c.d. liberali), sarebbe *"definitivamente tramontato l'ideale (o l'illusione) di un'etica (e in particolare di un'etica sessuale) universalmente condivisa e meritevole quindi di essere tutelata istituzionalmente"*(così ancora D'Agostino), così che diritto non dovrebbe e potrebbe privilegiare alcuna forma privata di vita, ma dovrebbe riconoscerle tutte, senza nessuna discriminazione.

Il diritto dovrebbe così perdere la propria innata caratteristica di formalizzare e garantire in maniera obiettiva gli istituti meritevoli di tutela per la società, per mettersi al servizio esclusivo dell'individuo e dei suoi privati e insindacabili desideri.

Questa visuale - di tipo essenzialmente relativistico - istintivamente non soddisfa, tenuto conto che non tutte le istanze ed i rapporti tra privati sono "giuridizzabili": l'amicizia, pur se apprezzabile, pacificamente non è meritevole di tutela giuridica perché, appunto, fatto privato.

Per il matrimonio non è così: la scelta di un uomo ed una donna di unirsi in matrimonio non risponde ad un criterio individualistico, trattandosi di un istituto che preesiste alla volontà dei coniugi e che si fonda, piuttosto, su un riconoscimento pubblico, che tutti gli ordinamenti nazionali ed in tutte le epoche, hanno ritenuto di difendere.

Ma, sotto questo profilo, la difesa del matrimonio eterosessuale da parte del diritto non è in funzione del semplice legame affettivo che lega i coniugi, ma si spiega per la necessità di difendere il bene superiore della famiglia, cioè della cellula fondamentale della società, istituzione che non è soggetta a condizionamenti culturali, economici, sociali.

Come viene chiarito in un documento della Congregazione per la dottrina

della fede, “Considerazioni circa i progetti di riconoscimento legale delle unioni tra persone omosessuali”, “*Nessuna ideologia può cancellare dallo spirito umano la certezza secondo la quale esiste matrimonio soltanto tra due persone di sesso diverso, che per mezzo della reciproca donazione personale, loro propria ed esclusiva, tendono alla comunione delle loro persone. In tal modo si perfezionano a vicenda, per collaborare con Dio alla generazione e alla educazione di nuove vite*”.

L’intuizione di tutti gli ordinamenti giuridici, ed in tutte le epoche, è quella che la difesa del matrimonio, per così dire, tradizionale, si spiega perché il matrimonio, per sua struttura, regola l’esercizio della sessualità al fine di garantire l’ordine delle generazioni.

Nella nostra Costituzione, gli artt. 29-31 sono, appunto, dedicati ai “Rapporti etico-sociali” e riconoscono “*i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*”, e tale riconoscimento è in funzione della tutela delle nuove generazioni.

Gli artt. 30 e 31, in particolare, rendono evidente che la tutela della famiglia è preordinata alla tutela della c.d. parte debole della famiglia, che per molti anni è stata essenzialmente la “moglie” (matrimonio significa, propriamente, tutela della madre), oggi a seguito della riforma del diritto di famiglia, i figli, “*anche se nati al di fuori del matrimonio*” (art. 30), sì da garantire ad essi una adeguata difesa anche “*nei casi di incapacità dei genitori*”.

Le disposizioni del codice civile non si limitano a regolare i rapporti tra i coniugi, ma si dilungano a tutelare i figli, specie nelle situazioni di conflitto (si pensi ai provvedimenti in materia di affidamento dei figli in casi di separazione) o di precarietà (adozione).

In una parola, il nostro ordinamento tutela il matrimonio in vista della tutela della sopravvivenza della specie.

Più in generale, in tutti gli ordinamenti la famiglia è laicamente vista come il “luogo” privilegiato in cui gli essere umani acquistano una propria identità (di mariti e mogli, padri e madri, figli e figlie).

Gli stessi psicologi riconoscono pacificamente la necessità di un bambino di avere una famiglia in cui siano presenti i ruoli sia del padre che della madre, che - in modo complementare - sono in grado di assicurargli una crescita normale, ordinata e completa.

Queste caratteristiche, in un legame tra omosessuali, non possono costitutivamente essere presenti, trattandosi di un legame oggettivamente sterile (non sterile di fatto, come nelle coppie eterosessuali).

Il diritto, in questo senso, **prescindendo da ogni giudizio etico**, è chiamato a chiarire le ragioni per le quali non possono estendersi al rapporto tra omosessuali gli stessi principi e la medesima tutela del matrimonio eterosessuale, trattandosi di situazioni del tutto diverse tra loro e non equiparabili, anche alla luce di quanto disposto dagli artt. 2 e 3 Cost.

Oltre che essere assente qualsiasi giudizio morale, non vi è alcuna discriminazione per i legami omosessuali, essendo - al contrario - pacifico che il diritto comune riconosce alle coppie omosessuali, oltre che a quelle di fatto, alcuni diritti, (e si può anche pensare di estendere ancora di più questi diritti), senza che sia necessario introdurre nel codice nuovi istituti (così si pensi al testamento, alla locazione della casa comune, all'acquisto in comune della proprietà di un bene, ad alcuni diritti in ambito sanitario, ecc).

Né questa discriminazione può essere rinvenuta nella circostanza che alcuni di questi diritti devono essere attivati dalle persone conviventi di fatto, essendo questa caratteristica tipica del principio - questo sì moderno e laico - di autonomia della persona.

Viene da pensare che il provvedimento di Venezia (così come gli argomenti utilizzati da alcuni giuristi) siano piuttosto diretti ad un riconoscimento, per così dire, "simbolico" delle unioni omosessuali, ma si tratta di una petizione che non può trovare ingresso in un rigoroso ragionamento giuridico.

Il giurista deve, al contrario, interrogarsi sulle conseguenze che un istituto può portare alla evoluzione dell'ordinamento e ha il dovere di rigettare la richiesta di tutela, non perché sia insensibile, tutte le volte che intuisce che tale tutela si risolve - come sembra nel caso di specie - in un danno e in un indebolimento delle strutture portanti della società.

*Avv. Vincenzo Rago**

(*) Avvocato dello Stato.

