

Comitato scientifico:

Simone ALECCI (Magistrato) - Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro BOVE (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLOTTI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella DELIA (Magistrato) - Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Roberto MARTINO (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca PROIETTI (Magistrato) - Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di sezione, Suprema Corte di Cassazione) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella STILO (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio VALITUTTI (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

## **VALIDITÀ DELLA TRASCRIZIONE DEI MATRIMONI OMOSESSUALI E ILLEGITTIMITÀ DELL'ANNULLAMENTO OPERATO DAI PREFETTI**

Commento alle sentenze Cons. St., sez. III, 1 dicembre 2016, nn. 5047 e 5048

di **Maddalena PETRONELLI**

Con le sentenze n. 5047 e 5048 depositate il 1° dicembre 2016, la Terza sezione del Consiglio di Stato ha ritenuto illegittimi, per incompetenza relativa, i decreti emessi nel 2014 dai Prefetti di Milano e di Udine con i quali si era proceduto all'annullamento della trascrizione nei registri dello Stato civile dei

rispettivi Comuni, di matrimoni contratti all'estero da persone dello stesso sesso, sancendo di conseguenza la validità di tali unioni.

La vicenda all'esame del Consiglio di Stato si colloca in un'epoca precedente all'entrata in vigore della Legge n. 76/2016, periodo in cui la mancanza di una specifica disciplina legislativa sul punto, poneva il problema della trascrizione dei matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso.

L'orientamento giurisprudenziale, sia di merito che di legittimità affermatosi in materia a far tempo dalla pronuncia n. 138 resa dalla Corte Costituzionale il 14 Aprile 2010, escludeva la possibilità di procedere al riconoscimento di siffatto tipo di unione perché non rispondente ai principi e ai requisiti vigenti nel nostro ordinamento.

Per la prima volta, la Consulta chiamata a pronunciarsi circa la possibilità per individui dello stesso sesso di poter contrarre matrimonio, rigettava la sollevata questione di legittimità costituzionale ritenendola infondata, sia in riferimento agli artt. 3 e 29 Cost., sia agli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 bis e 156 bis c.c.: *"nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso"*.

Infatti, secondo il Giudice delle Leggi: *"Pur non potendosi ritenere i concetti di 'famiglia' e di 'matrimonio' cristallizzati con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi, l'interpretazione delle norme costituzionali non può spingersi fino al punto di incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata (la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di Assemblea costituente)"*.

Pertanto, secondo la Corte Costituzionale: *"non è possibile superare il significato di matrimonio inteso dal precetto costituzionale come unione tra due persone di sesso diverso per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa. Né la censurata normativa del codice civile, che contempla esclusivamente il matrimonio tra uomo e donna, può considerarsi illegittima sul piano costituzionale sia perché essa trova fondamento nell'art. 29 Cost., sia perché la normativa medesima non dà luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio (neppure ove le persone ammesse al matrimonio siano transessuali)"*.

Nel solco tracciato dalla citata sentenza, si inseriva la Corte di Cassazione che con sentenza n. 4184 del 15 Marzo 2012, pur riconoscendo – in presenza di specifiche situazioni – alle coppie omosessuali e ai conviventi in stabili relazioni di fatto *"il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata"* – negava la configurabilità in loro favore del diritto a contrarre matrimonio e di conseguenza, alla trascrizione dell'unione formalizzata all'estero per l'assenza di una espressa previsione normativa sul punto.

Nonostante la chiara posizione della giurisprudenza, accadeva sempre più di frequente che le richieste di coppie omosessuali, volte ad ottenere dagli Uffici di stato civile dei rispettivi Comuni di residenza, la trascrizione del loro

matrimonio celebrato all'estero, trovasse il consenso dei Sindaci, dando origine al fenomeno che la miglior dottrina costituzionalista definiva come *"la battaglia politica dei sindaci [che] ha il merito di testimoniare il grave ritardo della politica nazionale sulla tutela delle coppie gay"*<sup>1</sup>.

In tale situazione di conflitto si colloca la circolare n. 40<sup>^</sup>/ba-030/011/DAIT emessa in data 7 ottobre 2014 dal Ministro dell'Interno – la cui legittimità è stata portata all'attenzione del Consiglio di Stato con le pronunce in esame – riguardante la *"trascrizione nei registri dello stato civile dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero"*.

Con la menzionata circolare si attribuiva *"al Prefetto, ai sensi dell'art. 9 del d.P.R. 396/2000, la vigilanza sugli uffici dello stato civile"* al fine *"di garantire che la fondamentale funzione di stato civile, esercitata, in ambito territoriale, dal Sindaco nella veste di ufficiale di Governo, sia svolta in piena coerenza con le norme attualmente vigenti che regolano la materia"*. Il Ministro disponeva – quindi – che i Prefetti, ove risultassero adottate *"direttive sindacali in materia di trascrizione nei registri dello stato civile dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero"* rivolgersero *"ai Sindaci formale invito al ritiro di tali disposizioni ed alla cancellazione, ove effettuate, delle conseguenti trascrizioni, contestualmente avvertendo che, in caso di inerzia, si sarebbe proceduto al successivo annullamento d'ufficio degli atti illegittimamente adottati, ai sensi del combinato disposto degli articoli 21-nonies della legge 241 del 1990 e 54 commi 3 e 11 del D.lgs 267/2001"*.

Con un precedente orientamento, la Terza sezione del Consiglio di Stato sanciva la legittimità di tale circolare, confermando l'incapacità del matrimonio omosessuale *"di costituire tra le parti lo status giuridico proprio delle persone coniugate (con i diritti e gli obblighi connessi) in quanto privo dell'indefettibile condizione della diversità di sesso dei nubendi, che il nostro ordinamento configura quale connotazione ontologica essenziale dell'atto di matrimonio"*.

Da ultimo la questione è stata completamente riconsiderata, avendo Consiglio di Stato rivisitato quanto in precedenza adottato circa l'ambito di applicazione dell'art 21-nonies, comma 1, della L. n. 241 del 1990<sup>2</sup>, ritenendola inapplicabile alla materia dell'ordinamento dello stato civile, per la mancanza di una disposizione di legge o di regolamento che riconosca all'Ufficiale di stato civile il potere di auto-annullamento di un proprio atto, e negando – al contempo – la sussistenza del *"potere di annullamento gerarchico, ovvero la possibilità della proposizione di un ricorso gerarchico"*.

Per tale ragione il Consiglio di Stato ha concluso per l'illegittimità della *"circolare del Ministero dell'Interno, di data 7 ottobre 2014, che ha dato una non condivisibile lettura delle disposizioni sopra riportate e ha ritenuto sussistente un potere di annullamento dei Prefetti, in realtà non previsto da alcuna disposizione di legge. Né si può affermare che sia stata proprio tale circolare ad attribuire un tale potere di annullamento ai Prefetti, poiché l'art 9 del D.P.R. n. 396 del 2000 non ha conferito al Ministro un proprio potere di ampliare l'ambito delle competenze dei prefetti (da individuare in materia, alla luce del principio espresso dall'art 21-septies della legge 241 del 1990,*

---

<sup>1</sup> B. PEZZINI in <http://27esimaora.corriere.it/articolo/nozze-gay-sentenza-importante-ma-resta-il-vuoto-di-legge/>.

<sup>2</sup> Art. 21-nonies, comma 1, della legge 241 del 1990: *"Il provvedimento amministrativo illegittimo può essere annullato d'ufficio dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge"*.

*unicamente in base alle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile, sopra riportate)".*

Tuttavia, il raffronto dei menzionati principi con le disposizioni di cui agli artt. 2, comma 3 della L. n.400/1988 e dell'art 138, comma 1 della L. n. 267/2000 (*Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*), ha indotto il Consiglio di Stato a statuire per l'annullamento dei provvedimenti impugnati per incompetenza relativa e non per la loro nullità. Ciò in presenza di un potere *"attribuito al Governo della Repubblica nella sua collegialità e non al Ministero dell'Interno o al Prefetto, di disporre l'annullamento straordinario, a tutela dell'unità dell'ordinamento, degli atti amministrativi illegittimi e dunque, anche degli atti formalmente amministrativi, emessi dal Sindaco quale ufficiale dello stato civile"*.

Sulla scorta di tali considerazioni, è stato ritenuto *"viziato da incompetenza relativa (e non dal difetto assoluto di attribuzione, che di per sé comporterebbe la nullità ex art 21-septies della legge n. 241 del 1990) l'atto del Prefetto emesso il 27 ottobre 2014, che ha invece ritenuto di esercitare una propria ulteriore e concorrente competenza, in realtà non prevista da disposizioni di legge o di regolamento e neppure desumibile dallo spessore dei pur cospicui poteri attribuiti dal DPR n. 396 del 2000"*.

Tali sentenze sono state seguite dalla recentissima pronuncia della Prima Sezione Civile del Tribunale di Napoli del 7 Dicembre 2016, con la quale è stata ordinata una nuova trascrizione nei registri dello stato civile dell'atto di nascita del figlio minore di una coppia *same sex* concepito in Spagna, sulla scorta della legittimità della precedente trascrizione, effettuata dal Sindaco della città partenopea, del matrimonio contratto all'estero dai genitori, trattandosi di una unione che non viola l'ordine pubblico, anche alla luce delle disposizioni concernenti le unioni civili.

L'approvazione della legge n. 76 del 2016 ha profondamente innovato il sistema, eliminando – quanto meno con riferimento alle unioni sorte in epoca successiva alla sua approvazione – ogni problematica sul punto.

Come è noto, il legislatore con il menzionato testo di legge, pur non avendo proceduto alla parificazione *tout court* delle unioni *same sex* rispetto a quelle matrimoniali (che potranno essere celebrate solo fra persone di sesso diverso), ha riconosciuto la legittimità delle unioni omoaffettive, estendendo a queste le disposizioni relative al matrimonio, oltre che quelle volte al riconoscimento di diritti e doveri a carico dei coniugi.

La materia della trascrivibilità di tali unioni è stata specificatamente regolamentata – pur se in maniera transitoria, *dal momento che si è in attesa dell'adozione dei decreti delegati ex art 1, comma 28 della legge 76 del 2016* – dalle disposizioni emanate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, n. 144 del 23 Luglio 2016, rubricato *«Regolamento recante disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile, ai sensi dell'articolo 1, comma 34, della legge 20 maggio 2016, n. 76»*.

In particolare, l'articolo 8 del menzionato testo normativo prevede la trascrivibilità in appositi archivi dello stato civile italiani, delle unioni civili costituite all'estero davanti al capo dell'ufficio consolare, e la trasmissione all'autorità consolare ai fini della trascrizione nel registro provvisorio, di quelle costituita tra soggetti italiani all'estero, consentendo – altresì – la facoltà allo straniero di costituire in Italia un'unione civile, pur nell'ipotesi in cui l'ordinamento giuridico di appartenenza non preveda tale tipologia di unione o

istituto assimilabile, in quanto in Italia, come evidenziato dai giudici amministrativi, *“il diritto di costituire un’unione civile tra persone dello stesso sesso (...) è divenuta una norma di ordine pubblico e, dunque, prevale, secondo l’articolo 16 della legge 31 maggio 1995, n. 218 sulle eventuali differenti previsioni di ordinamenti stranieri”*.

Sarà sufficiente in tale ultima ipotesi, che il soggetto presenti all’Ufficiale dello stato civile, oltre alla richiesta di cui all’art.1 del regolamento, anche una dichiarazione dell’autorità competente del proprio Paese dalla quale risulti che nulla osta all’unione civile.

La Nuova Procedura Civile