

Mario Perini

Matrimoni omoaffettivi: una chiara politica giudiziaria del Consiglio di Stato di netta chiusura

(doi: 10.12829/83141)

Diritti umani e diritto internazionale (ISSN 1971-7105)

Fascicolo 1, gennaio-aprile 2016

Ente di afferenza:

Università di Siena (unisi)

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

Licenza d'uso

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

Matrimoni omoaffettivi: una chiara politica giudiziaria del Consiglio di Stato di netta chiusura

Mario Perini*

SOMMARIO: 1. I fatti e i giudizi. – 2. Il merito del giudizio del Consiglio di Stato: merito 1, ovvero il «divieto» di matrimoni omoaffettivi in Italia. – 3. *Segue*: merito 2, una divagazione utile per meglio inquadrare l'atteggiamento del Consiglio di Stato. – 4. Una questione centrale rimasta nell'ombra: la questione di giurisdizione e il principio di effettività della tutela giurisdizionale. – 4.1. Diritti dell'individuo e giurisdizione. – 4.2. L'*a one right answer* del Consiglio di Stato. – 4.3. Una risposta problematica. – 5. Alcuni spunti conclusivi.

1. I fatti e i giudizi

Le tre sentenze in commento¹ sorgono da altrettanti appelli proposti dal Ministero dell'interno e dal prefetto di Roma avverso alcune decisioni del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio il quale aveva dichiarato illegittimi alcuni decreti prefettizi con cui si era annullata l'avvenuta trascrizione nei registri dello stato civile di alcuni matrimoni omoaffettivi contratti all'estero, ordinando al contempo all'ufficiale dello stato civile di Roma di procedere all'«annotazione» del provvedimento prefettizio di annullamento.

I fatti da cui si originano questi giudizi sono noti: i sindaci di alcune città decidono di procedere alla trascrizione nel registro dei matrimoni di alcuni matrimoni contratti all'estero da cittadini e cittadine italiane dello stesso sesso.

A seguito di queste decisioni sindacali, il Ministero dell'interno – in qualità di autorità preposta alla direzione degli uffici e dei registri dello stato civile² – ema-

* Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Siena, mario.perini@unisi.it.

¹ Consiglio di Stato (sezione III): sentenza del 26 ottobre 2015, n. 4897; sentenza del 26 ottobre 2015, n. 4898; sentenza del 26 ottobre 2015, n. 4899. Tenuto conto della sostanziale identità di contenuto delle parti motivazionali delle tre sentenze, a meno che non diversamente specificato, i riferimenti saranno alla prima sentenza della serie, cioè a Consiglio di Stato, sentenza 26 ottobre 2015, n. 4897.

² Cfr. art. 9, co. 1, d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, recante “Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127” (d'ora in poi, d.P.R. n. 396/2000); art. 54, co. 12, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 recante il “Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali” (d'ora in poi, TUEL); già il Testo unico degli enti locali del 1915 descriveva il rapporto tra sindaco e ministro come di «direzione»: art. 152, co. 1.

na una circolare³ con la quale si chiarisce l'intrascrivibilità, a legislazione vigente, dei suddetti matrimoni nei registri dello stato civile, trattandosi di atti inidonei «a produrre, quali atti di matrimonio, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano».

In attuazione della circolare, i prefetti d'Italia – quali autorità deputate dall'ordinamento alla vigilanza sugli ufficiali e sui registri dello stato civile⁴ – dispongono con loro decreti l'«annullamento» delle trascrizioni avvenute e ordinano agli ufficiali di stato civile l'«annotazione» di tali decreti a margine dei registri.

Contro la circolare ministeriale e i decreti prefettizi vengono sollevati molteplici giudizi in varie parti d'Italia⁵ e, per quanto ci interessa, anche dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio. Quest'ultimo, con tre sentenze di contenuto sostanzialmente analogo⁶, accoglie i ricorsi dei privati, ma solo con riferimento ad alcuni dei motivi di ricorso. In particolare, fatta una premessa generale ricostruttiva circa l'intrascrivibilità dei matrimoni omoaffettivi in Italia, secondo l'insegnamento tratto dalle recenti decisioni della Corte costituzionale e di quella di Cassazione, il TAR conferma la legittimità della circolare del Ministero degli interni, mentre annulla i decreti prefettizi sia perché sono espressione di un potere innominato e non previsto dall'ordinamento, il quale riconosce alla sola autorità giudiziaria ordinaria la competenza ad intervenire sulle risultanze dei suddetti registri, sia per avere un contenuto dispositivo *sui generis*, ordinando di effettuare un'«annotazione» a margine di atti dello stato civile ormai perfezionati, la quale risulta completamente sconosciuta alla normativa di settore.

Nei confronti di queste tre sentenze del TAR Lazio, il Ministro dell'interno e il prefetto di Roma propongono appello (principale) al Consiglio di Stato contro le parti delle decisioni che dichiarano l'illegittimità dei decreti prefettizi. Altrettanti appelli incidentali sono proposti dalle parti private contro le parti delle decisioni che stabiliscono l'intrascrivibilità del matrimonio *same-sex* contratto all'estero in quanto inidoneo a produrre effetti nel nostro ordinamento.

Il Consiglio di Stato risolve gli appelli con le tre sentenze in commento, le quali presentano un contenuto quasi del tutto identico quanto alla parte motivazionale.

In primo luogo, il supremo consesso di giustizia amministrativa esamina gli appelli incidentali (par. 2, motivazioni in diritto), ritenuti logicamente presupp-

³ Circolare del 7 ottobre 2014, avente ad oggetto «Trascrizione nei registri dello stato civile dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero», disponibile su servizidemografici.interno.it.

⁴ Art. 9, 104, 105, d.P.R. n. 396/2000, cit.

⁵ Limitandosi alla giustizia amministrativa, oltre ai casi decisi dal TAR Lazio da cui si sono originate le sentenze d'appello in commento, si possono ricordare almeno altre tre importanti pronunce: TAR Friuli Venezia Giulia (sezione I), sentenza del 21 maggio 2015, n. 228; TAR Toscana (sezione I), sentenza del 25 settembre 2015, n. 1291; TAR Lombardia, Milano (sezione III), sentenza del 29 settembre 2015, n. 2037.

⁶ Cfr. TAR Lazio, Roma (sezione I *ter*), sentenze del: 12 febbraio 2015, n. 3907; 12 febbraio 2015, n. 3912; 23 aprile 2015, n. 5924.

sti, e non solo ribadisce l'intrascrivibilità dei matrimoni tra persone dello stesso sesso contratti all'estero, ma riconosce l'esistenza di un «divieto» in materia (par. 2.4, diritto). Per giungere a questa soluzione, il Consiglio di Stato utilizza abbondantemente il materiale giurisprudenziale esistente sull'argomento⁷, riproponendone i principali argomenti. Occorre fin d'ora evidenziare che a differenza della giurisprudenza – convenzionale, costituzionale e ordinaria – richiamata, la posizione del giudice amministrativo è assolutamente *tranchant*, con espressioni molto dure nei confronti del matrimonio omoaffettivo e a qualsiasi possibilità di apertura a una qualche forma di tutela o riconoscimento⁸.

In secondo luogo, il Consiglio di Stato esamina l'appello principale (par. 3, diritto) e, ribaltando il giudizio di primo grado, ritiene pienamente legittimi i decreti prefettizi di annullamento delle trascrizioni, ricavando (implicitamente) il potere (di autotutela) del prefetto dalla relazione «interorganica» tra prefetto e sindaco, deducibile dalle disposizioni in materia (par. 3.2-3.5, diritto). Anche l'ordine *sui generis* dato dal prefetto all'ufficiale di stato civile di annotazione sui registri di matrimonio dei decreti prefettizi stessi viene ritenuto legittimo sulla considerazione di un interesse pubblico del tutto prevalente alla certezza e alla uniformità nella tenuta dei registri dello stato civile (par. 3.6-3.7, diritto).

2. Il merito del giudizio del Consiglio di Stato: merito 1, ovvero il «divieto» di matrimoni omoaffettivi in Italia

Nel merito il Consiglio di Stato, affrontando l'appello incidentale dei ricorrenti originari diretto ad affermare la trascrivibilità in Italia di matrimoni omosessuali, giunge a negarla. Gli argomenti utilizzati, la giurisprudenza, nazionale e sovranazionale, citata, le disposizioni richiamate e la stessa soluzione raggiunta non sembrano rivestire alcun particolare interesse: a livello nazionale il matrimonio trascrivibile è solo quello tra persone di sesso diverso; ciò si ricava da disposizioni di rango legislativo, le quali trovano conferma nella disposizione dell'art. 29, Costituzione italiana, che prevede un unico tipo di matrimonio, quello tra persone di sesso diverso, facendo «divieto» (par. 2.4, motivazione in diritto) di matrimoni tra persone dello stesso sesso; l'assenza, a livello convenzionale europeo e comunitario, di prin-

⁷ Cfr. Corte costituzionale, sentenze del: 24 aprile 2010, n. 138; 11 giugno 2014, n. 170; Corte di cassazione (sezione I civile), sentenze del: 15 marzo 2012, n. 4184; 9 febbraio 2015, n. 2400; Corte europea dei diritti umani, *Oliari e altri c. Italia*, ricorsi nn. 18766/11 e 36030/11, sentenza del 21 luglio 2015. Su quest'ultima decisione, cfr. E. SAVARESE, "In margine al caso *Oliari*: ovvero di come il limbo italiano delle coppie omosessuali abbia violato gli obblighi positivi dell'art. 8 CEDU", in questa *Rivista* 2015, p. 655 ss.

⁸ Come, ad esempio, il riferimento alla concezione del matrimonio tra persone di sesso diverso discendente da una «millenaria tradizione giuridica e culturale dell'istituto, oltre che all'ordine naturale, costantemente inteso e tradotto nel diritto positivo come legittimante la sola unione coniugale tra un uomo e una donna» (par. 2.1, diritto); oppure la diversità di sesso come «connotazione ontologica essenziale dell'atto di matrimonio» (par. 2.1, diritto); oppure il riferimento al «divieto in Italia, di matrimoni tra persone dello stesso sesso» (par. 2.4 e 2.7, diritto).

cipi o regole che impongano di pervenire a soluzioni difformi. A sostegno di queste tesi si spendono: l'argomento letterale ricavato dalla formulazione del codice civile del 1942; l'argomento sistematico, nella versione dell'interpretazione conforme⁹, teso a leggere il significato dell'espressione «matrimonio» di cui all'art. 29, Costituzione italiana, nel senso ad esso attribuito dal codice civile vigente al momento dell'approvazione della Carta costituzionale; l'argomento dell'*intentio legis* o meglio dell'*intentio legislatoris* o dell'*original intent* – se si prediligono le tesi oltreoceano – che vuole cristallizzare l'essenza dell'istituto matrimoniale (unione tra persone di sesso diverso) a quella esistente al momento dell'approvazione della Costituzione; l'argomento della tradizione, «millenaria» – secondo la qualificazione del Consiglio di Stato – che ha sempre visto il matrimonio come l'unione tra un uomo e una donna; gli argomenti *ex auctoritate*, tratti dalle decisioni costituzionali¹⁰ e della Cassazione¹¹ che hanno negato l'esistenza nel nostro ordinamento della possibilità di due persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio; l'argomento della sovranità nazionale, che esclude ingerenze, in questo particolare settore, da parte di istanze sovranazionali, le quali infatti riconoscono agli Stati nazionali un margine di apprezzamento o, che poi non è troppo dissimile, un difetto di competenza dell'istituzione sovranazionale ad intervenire¹².

Si tratta di principi, disposizioni, argomenti e sentenze già ampiamente emersi nel corso del dibattito dottrinale e nella giurisprudenza cui, nella sostanza, il Consiglio di Stato non sembra aggiungere alcunché che meriti uno specifico approfondimento. Sarà sufficiente rileggere le principali decisioni giudiziali sul tema¹³ e i commenti svolti dalla dottrina su di esse per rendersi conto della totale assenza di novità contenutistiche di particolare rilievo nelle decisioni in commento. E certamente non si tratta di un limite del Consiglio di Stato, ma discende dalla gran massa di materiale ormai disponibile sull'argomento.

D'altronde, sono forse rinvenibili nella decisione, proprio per quanto attiene al merito, tre dati degni di menzione: due relativi alle modalità di argomentazione seguite dal giudice amministrativo e uno, viceversa, attinente alla sostanza.

⁹ Interpretazione conforme «all'arrovescia», verrebbe da aggiungere, in quanto essa procede dal basso (codice civile e legislazione ordinaria) verso l'alto (Costituzione) e non viceversa, come logicamente dovrebbe avvenire: sul punto cfr., più ampiamente, M. PERINI, "L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione fra Corte costituzionale ed Autorità Giudiziaria", in *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), Torino, 2000, p. 44 ss.

¹⁰ Corte costituzionale, sentenze nn. 138/2010 e 170/2014, cit.; ordinanze del: 7 luglio 2010, n. 276; 16 dicembre 2011, n. 4.

¹¹ Corte di cassazione, sentenze nn. 4184 e 2400, cit.

¹² Corte europea dei diritti umani: *Shalk and Kopf c. Austria*, ricorso n. 3014/04, sentenza del 24 giugno 2010; *Oliari e altri c. Italia*, cit.; Corte di giustizia: *J. McB. c. L. E.*, causa C-400/10, sentenza del 5 ottobre 2010; *Murat Dereci e altri c. Bundesministerium für Inneres*, causa C-256/11, sentenza del 15 novembre 2011.

¹³ Corte di cassazione, sentenze nn. 4184 e 2400, cit.; Corte costituzionale, sentenze nn. 138/2010 e 170/2014, cit.; Corte europea dei diritti umani, *Shalk and Kopf c. Austria*, cit.; *Oliari e altri c. Italia*, cit.

In primo luogo, il Consiglio di Stato sembra utilizzare esclusivamente argomenti contrari al matrimonio tra persone dello stesso sesso, i quali, peraltro, sono presentati con un linguaggio predittivo e direttivo, come se si trattasse di regole esse stesse e non di argomenti, come tali opinabili. Il tono è netto e lo stile categorico. Questo dato potrà forse essere utile per capire quale sia stata la politica giudiziaria perseguita dal Consiglio di Stato con le sentenze in commento.

Un secondo profilo attiene all'uso dell'argomento *ex auctoritate* e, in particolare, all'utilizzo delle decisioni costituzionali da parte del Consiglio di Stato. Le due sentenze della Corte costituzionale¹⁴ sono utilizzate per sostenere la coerenza costituzionale dell'omessa omologazione tra matrimonio omosessuale (vietato) e quello eterosessuale (costituzionalmente garantito dall'art. 29, Costituzione italiana). La lettura del dato costituzionale da parte della Corte avrebbe addirittura prodotto una «costituzionalizzazione del matrimonio tra persone di sesso diverso, sicché non possono ravvisarsi margini per uno scrutinio diverso ed ulteriore» (par. 2.4, motivazioni in diritto). Ora, finché si tratta di utilizzare decisioni di altri giudici come argomenti a favore di una determinata tesi, non sorgono assolutamente problemi; il problema, e considerevole, sorge quando si pretende di attribuire alla Corte e alle sue decisioni un'efficacia che esse non hanno né è ragionevolmente ricavabile in alcun modo dall'ordinamento positivo. La Corte costituzionale è organo che non dichiara mai la costituzionalità di una norma, ma al massimo la sua non illegittimità costituzionale¹⁵: in termini tecnici, le decisioni di rigetto della Corte producono effetti solo nel processo *a quo*, e solo con riferimento al medesimo grado di giudizio, essendo preclusive solo di ulteriori questioni che censurino i medesimi vizi, con medesimi argomenti, sollevate dalle medesime parti. L'organo di giustizia costituzionale in Italia, pertanto, non solo non è competente a fissare una volta per tutte quale sia l'interpretazione costituzionale di una disposizione legislativa, ma non è neppure l'unico interprete autorizzato ad interpretare la stessa Costituzione. La Corte contribuisce a fornire, assieme a tutti gli altri operatori del diritto, l'interpretazione della Costituzione, ma le sue interpretazioni della Carta non sono in alcun modo vincolanti verso gli operatori giuridici e meno che mai nei confronti dei giudici. All'inverso, l'ordinamento giuridico impone categoricamente ai giudici di fornire una *propria e indipendente* interpretazione del diritto, di tutto il diritto, di rango primario, secondario e costituzionale: è questa una delle massime garanzie dell'indipendenza (interna ed esterna) dei giudici e dunque dei diritti individuali: «I giudici sono soggetti soltanto alla legge» (art. 101, co. 2, Costituzione italiana)¹⁶. Pertanto, l'affermazione del Consiglio di Stato per cui a fronte di una determinata interpretazione di una disposizione costituzionale «non possono ravvisarsi margini per uno scrutinio di-

¹⁴ Sentenze nn. 138/2010 e 170/2014, cit.

¹⁵ Cfr. ad esempio: A. RUGGERI, *Storia di un "falso". L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte Costituzionale*, Milano, 1990.

¹⁶ Ampiamente cfr. ad esempio: R. GUASTINI, *Art. 101*, in *Commentario alla Costituzione*, G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), Bologna-Roma, 1994, p. 166 ss.

verso ed ulteriore» non solo non risulta fondata, ma è del tutto contraria ai cardini del nostro sistema costituzionale che richiede imperativamente l'indipendenza del giudice come massima garanzia per la tutela dei diritti e delle libertà individuali. Il Consiglio di Stato – come tutti gli altri giudici dell'ordinamento – *deve* poter interpretare liberamente tutto il diritto, fornendo argomenti a sostegno delle sue tesi interpretative senza potersi sbrigativamente trincerare dietro un falso argomento *ex auctoritate* che presupporrebbe un diverso sistema giudiziario e un diverso sistema di garanzie.

Il terzo dato meritevole di segnalazione attiene alla sostanza degli argomenti utilizzati e consiste nel quasi completo disinteresse mostrato nelle motivazioni del giudice amministrativo per il principio personalista che permea nel profondo la nostra Costituzione¹⁷. Ciò che emerge prepotentemente nell'esame giudiziale, non sono gli individui¹⁸ e le loro (pretese o negate) posizioni giuridiche individuali¹⁹ (diritto del singolo alla scelta di un partner, qualunque ne sia il sesso; diritto del singolo al matrimonio anche con persona dello stesso sesso; diritto del singolo alla trascrizione di un tale matrimonio; ecc.), bensì il matrimonio come istituzione, di «mille-naria tradizione giuridica e culturale» e corrispondente «all'ordine naturale» (par. 2.1, motivazioni in diritto). Emerge cioè una chiara concezione *organicista* della società e dell'ordinamento che agli occhi di un liberale non può che fare una certa impressione. Peraltro, anche in questo caso, il giudice amministrativo gode di importante compagnia, se si tiene conto che analoga prospettiva organicista è ampiamente valorizzata dalla stessa Corte costituzionale nelle sentenze nn. 138/2010 e 170/2014²⁰. L'esaltazione di questo profilo – di grandissimo rilievo per comprendere le profonde tensioni che si agitano non solo nel nostro ordinamento, solo da pochi decenni e in modo assai altalenante giunto a riconoscere la centralità dell'individuo rispetto alla comunità politica e alle altre comunità cui appartiene – risulta evidente se si mettono a confronto le tre decisioni in commento con la posizione espressa dalla Cassazione, la quale, pur negando spazio giuridico ad un ma-

¹⁷ Cfr. ad esempio: P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975-1976, p. 149 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.

¹⁸ Si è, viceversa, fatto osservare che, nella sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Obergefell v. Hodges* (*Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, 576 U.S. (2015), sentenza del 26 giugno 2015), si nota in modo particolarmente evidente una capacità «di costruire l'argomentazione giuridica sull'evocazione delle concrete situazioni di vita coinvolte» (A. SCHILLACI, «*Enjoy liberty as we learn its meaning*». «*Obergefell v. Hodges*» tra libertà, uguaglianza e pari dignità», in questa *Rivista* 2015, p. 640 ss.).

¹⁹ Se si prende, invece, ad esempio la sentenza *Obergefell v. Hodges*, cit., è stato molto correttamente rimarcato che al centro della decisione vi è il «diritto al matrimonio come diritto fondamentale per tutte le coppie», cfr: M.C. VITUCCI, «La sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti sul matrimonio omosessuale nella prospettiva di una internazionalista», in questa *Rivista* 2015, p. 625 ss., p. 626.

²⁰ In questo senso, cfr. ad esempio: A. PUGIOTTO, «Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio», in *Forum dei quaderni costituzionali*, disponibile su www.forumcostituzionale.it, p. 5.

trrimonio omoaffettivo, non abdica al suo ruolo di massima istanza giurisdizionale di garanzia dei diritti individuali, andando a prendersi carico proprio di quelle posizioni individuali emergenti dalla realtà e che richiedono in qualche modo protezione giuridica: così sembra potersi leggere la tesi della Cassazione civile la quale ammette che i soggetti facenti parte di coppie omosessuali possono far valere per via giudiziaria l'«omogeneizzazione di trattamento giuridico» con quello assicurato dalla legge alla «coppia coniugata», in relazione a particolari situazioni e con riferimento a specifici interessi giuridici individuali²¹. Come anche ispirata ad una valorizzazione di una concezione personalista sembra l'impostazione che la Cassazione offre al problema di fondo (la trascrivibilità del matrimonio omoaffettivo) il quale non è ricondotto all'astratta concezione dell'istituzione «matrimonio», ma al «diritto fondamentale di contrarre matrimonio, discendente dagli artt. 2 e 29 della Costituzione»²². L'organicismo che viceversa traspare dalle pagine delle tre decisioni del Consiglio di Stato diviene poi del tutto lampante se si confrontano queste decisioni, gli argomenti utilizzati, la ricostruzione di fondo data alle domande delle parti (*petitum e causa petendi*) con la recente sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti *Obergefell v. Hodges*²³, dove il principio personalista viene forse spinto agli eccessi²⁴, ruotando tutta la decisione intorno al concetto di «individual autonomy»²⁵ e al derivato «right to marry» del singolo, facendo sorgere dubbi circa le logiche conseguenze che dagli argomenti spesi dalla Corte statunitense potrebbero trarsi, ad esempio, in ordine al matrimonio poligamico, cioè al diritto del singolo di contrarre matrimonio con più persone.

3. **Segue: merito 2, una divagazione utile per meglio inquadrare l'atteggiamento del Consiglio di Stato**

Dopo aver escluso la trascrivibilità di matrimoni omoaffettivi, anzi dopo averne sancito un vero e proprio «divieto in Italia», il Consiglio di Stato passa ad affrontare l'appello principale introdotto dal Ministero e dal prefetto concernente la legittimità di poteri innominati dell'esecutivo in materia di tenuta dei registri dello stato civile.

²¹ Corte di cassazione, sentenza n. 4184, cit.; analoga impostazione la si ritrova in Corte di cassazione, sentenza n. 2400, cit.; cfr. M.C. VITUCCI, «In viaggio per i diritti. Coppie omosessuali e diritto internazionale privato», in *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, A. SCHILLACI (a cura di), Roma, 2014, p. 112 ss.

²² Corte di cassazione, sentenza n. 4184, cit., punto 2.1.

²³ Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Obergefell et al. v. Hodges*, cit. Su questa sentenza si vedano: M.C. VITUCCI, «La sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti», cit.; A. SCHILLACI, «*Enjoy liberty as we learn its meaning*», cit.

²⁴ Nella *Dissenting Opinion* del giudice Roberts, questo punto viene evidenziato chiaramente quando si critica l'opinione di maggioranza per aver operato «the elevation of the fullest individual self-realization over the constraints that society has expressed in law» (p. 22).

²⁵ Cfr. ad esempio A. SCHILLACI, «*Enjoy liberty as we learn its meaning*», cit., p. 643 ss.

Anche questa questione, come quella sulla giurisdizione di cui si dirà, potrebbe parere del tutto secondaria – rispetto al tema centrale del diritto al (la trascrivibilità del) matrimonio tra persone dello stesso sesso – e di stretta rilevanza amministrativistica, riguardando la possibilità per l'esecutivo di correggere le risultante dei registri dello stato civile.

In verità, dietro questa questione si cela un problema forse ancor più rilevante e in grado di incidere potenzialmente sulla vita di un numero ancora più ampio di consociati: cioè quello di quanto si estendano i poteri dell'esecutivo in settori nevralgici per la tutela di diritti e libertà costituzionali fondamentali.

I registri dello stato civile hanno natura meramente dichiarativa e non costitutiva delle situazioni giuridiche in essi riportate²⁶. I diritti da essi attestati hanno consistenza di diritti personalissimi (luogo e data di nascita, nome, cittadinanza, *status* matrimoniale, ecc.) che sono strettamente ed indissolubilmente connessi a pressoché tutte le libertà costituzionali fondamentali. Questi diritti e questi *status* esistono indipendentemente da quanto riportato dai registri dello stato civile e ciò anche in perfetta coerenza con l'affermazione costituzionale in base alla quale la Repubblica *riconosce* i diritti fondamentali dell'uomo (art. 2, Costituzione italiana) e certamente non li crea attraverso propri provvedimenti amministrativi²⁷. In questo senso, si esprime lo stesso Consiglio di Stato nelle sentenze impugnate quando qualifica la trascrizione dell'atto di matrimonio come un *atto dovuto*, esplicitando una natura meramente «dichiarativa, e non costitutiva» (par. 2.2 della motivazione in diritto).

La «modificazione» di questi atti, una volta perfezionata una registrazione, sembrerebbe ammessa solo nelle forme espressamente e tassativamente indicate dalla legge²⁸ o, in alternativa, attraverso l'intervento giudiziale. In particolare, sia nel precedente sistema²⁹ sia nel vigente³⁰ nessuna «annotazione» può essere apposta nei registri dello stato civile a meno che non sia prevista espressamente dalla legge od ordinata dall'autorità giudiziaria ordinaria³¹; eventuali «rettificazioni» sono solo quelle espressamente previste dalla legge³². Anche in questo modo si viene a garantire le riserve di legge e di giurisdizione³³ in materia di diritti e liber-

²⁶; L. FERRI, “Degli atti dello stato civile: art. 449-455”, in *Commentario del codice civile*, A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), Bologna-Roma, 1973, p. 63; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. I, Milano, 1990, p. 268.

²⁷ Si può poi discutere se davvero questi diritti personalissimi e queste libertà fondamentali preesistano all'organizzazione statale o siano da essa creati attraverso norme costituzionali ed atti legislativi ad esse conformi.

²⁸ In particolare, si tratta unicamente di due operazioni di modificazione ammesse che vanno sotto il nome tecnico di «rettificazione» e «annotazione»: cfr. art. 453 e 455, codice civile; art. 95, d.P.R. n. 396/2000, cit.

²⁹ Cfr. art. 454, codice civile, ora abrogato.

³⁰ Cfr. art. 95, d.P.R. n. 396/2000, cit.

³¹ Cfr. art. 453, codice civile.

³² Cfr. art. 95, d.P.R. n. 396/2000, cit.

³³ Sulla quale, cfr. ampiamente: V. ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Padova, 1992; G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997.

tà fondamentali, cioè uno dei cardini dello «stato costituzionale» nel quale «la garanzia di tali diritti scaturisce, di conseguenza, dalla combinazione del principio di «riserva di legge» con il principio di «riserva di giurisdizione», secondo cui nessun limite può essere apportato alle libertà fondamentali del cittadino in mancanza di una norma primaria applicabile da un giudice indipendente»³⁴.

Il momento dal quale la legge determina l'immodificabilità dell'atto, nel senso che s'è detto, è quello della firma dell'ufficiale dello stato civile competente³⁵. Successivamente a tale chiusura, infatti, gli atti non possono subire variazioni, salvo che tramite «annotazione» o «rettificazione», nei soli casi e modi consentiti. Lo stesso Consiglio di Stato, nelle sentenze in commento, è costretto a convenire con gli appellati principali – le parti private, per intendersi – che le disposizioni in materia, «in effetti, paiono (a una prima lettura) devolvere in via esclusiva al giudice ordinario i poteri di cognizione e di correzione degli atti dello stato civile» (par. 3.6, motivazione in diritto).

In modo del tutto inaspettato³⁶, dunque, il giudice amministrativo giunge a affermare la legittimità dei provvedimenti prefettizi diretti ad «annullare» precedenti atti regolarmente registrati (anche se asseritamente invalidi) e ad ordinare agli ufficiali dello stato civile di «annotare» a margine di essi il decreto prefettizio di annullamento. Il fondamento di questo potere *sui generis* è ricavato dal rapporto «interorganico»³⁷ tra sindaco-prefetto-ministro, così come ricostruito dal Consiglio di Stato, cioè un rapporto di sovraordinazione gerarchica, su cui è possibile nutrire molti dubbi³⁸. In questo tipo di rapporto, risulterebbe «implicita-

³⁴ E. CHELLI, *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Bologna, 2012, p. 53.

³⁵ Cfr. art. 12, co. 6, d.P.R. n. 396/2000. cit.

³⁶ L'illegittimità dei decreti prefettizi di annullamento delle trascrizioni e di ordine agli ufficiali di stato civile di annotazione a margine dei registri è stata affermata da quasi tutti i giudici amministrativi di primo grado, fino alle tre decisioni in commento del Consiglio di Stato, per ragioni sostanzialmente analoghe a quelle che si sono espresse nel testo (cfr.: TAR Lazio, Roma (sezione I *ter*), sentenze del: 12 febbraio 2015, n. 3907; 12 febbraio 2015, n. 3911; 12 febbraio 2015, n. 3912; 12 febbraio 2015, n. 4028; 23 aprile 2015, n. 5924; TAR Friuli Venezia Giulia (sezione I), sentenza del 21 maggio 2015, n. 228; TAR Lombardia, Milano (sezione III), sentenza del 29 settembre 2015, n. 2037).

³⁷ Si usano le virgolette per indicare che tratta di una espressa citazione delle sentenze amministrative in commento. A rigore, infatti, tale rapporto, intercorrendo tra organi appartenenti a soggetti distinti dell'ordinamento dovrebbe propriamente qualificarsi come «intersoggettivo», con conseguente impossibilità di individuare un qualsiasi rapporto di tipo gerarchico.

³⁸ In verità, le disposizioni da cui il giudice amministrativo ricava questo inedito (almeno fino ad oggi) rapporto gerarchico fanno riferimento a tutt'altro genere di relazioni. Si tratta dell'art. 54, co. 12, TUEL, che attribuisce al Ministro degli interni funzioni di direzione, dell'art. 54, co. 11, TUEL, che assegna al prefetto poteri di sostituzione in caso di inerzia e dell'art. art. 9, co. 2, d.P.R. n. 396/2000, cit., che riconosce al prefetto un potere di vigilanza.

A questo riguardo occorre precisare che la «direzione» ha lo scopo di rendere uniforme l'esercizio di una funzione la cui concreta gestione è, però, rimessa ad altro organo. La posizione di *direzione*, infatti, nulla ha a che vedere con la supremazia gerarchica (A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 241) ed implica poteri meno penetranti rispetto a quelli previsti da quest'ultima relazione interorganica. In particolare, al rapporto di direzione – che nel

mente»³⁹ compreso il potere di autotutela gerarchica, cioè il potere di annullamento e quello di adottare provvedimenti conseguenti, del genere di quelli effettivamente emanati.

Ora, il nostro ordinamento⁴⁰ e la comparazione⁴¹ ci mostrano l'esistenza di innumerevoli casi di poteri impliciti. Nel diritto amministrativo ciò è particolar-

caso di specie si svolge tra soggetti autonomi ed è dunque di natura intersoggettiva e non interorganica – ineriscono poteri di propulsione, coordinazione, indirizzo e controllo. Il tipico atto di questa forma organizzatoria è la direttiva che «a differenza dell'ordine non può avere un contenuto puntuale inderogabile» (M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, p. 357). Dal rapporto di *direzione* tra sindaco e «autorità superiori» disposto dalla legge non potrebbero dunque ricavarsi poteri di intervento puntuale del tipo di quelli viceversa individuati dal Consiglio di Stato nelle sentenze in commento.

Il potere «sostitutivo» di cui all'art. 54, co. 11, TUEL, presuppone l'inerzia dell'organo normalmente deputato all'esercizio della funzione e implica la possibilità di esercitare il *medesimo* potere attribuito all'organo rimasto inerte, ma non conferisce diverse e più ampie competenze. Il potere sostitutivo richiede dunque una condizione indispensabile al suo valido esercizio, cioè l'inerzia dell'organo deputato alla gestione di una determinata funzione, e non può che consistere nell'esercizio proprio di quel medesimo potere che avrebbe dovuto essere esercitato dall'organo rimasto inerte. Dal potere sostitutivo, pertanto, non può ragionevolmente dedursi né la possibilità di intervento quando l'organo conferitario della funzione non sia rimasto inerte, né tantomeno la capacità di esercitare un potere diverso da quello che si sarebbe potuto/dovuto esercitare. Nel caso di specie, in cui il sindaco ha concretamente (anche se invalidamente, secondo il ministero) esercitato la funzione di tenuta dei registri, il prefetto era assolutamente carente di qualsiasi potere di intervento *sostitutivo* e, se non lo fosse stato, avrebbe potuto solo esercitare il medesimo potere riconosciuto al sindaco e non il diverso potere di annullamento.

Infine, quello di «vigilanza» (art. 9, co. 2, d.P.R. n. 396/2000, cit.), è un potere ancor meno intenso di quello di direzione – nel quale è di solito compreso – e consiste nella possibilità di una conoscenza pronta, efficace e generalizzata del corretto esercizio di un'attività o di un potere ad altri attribuito. Si pensi, in campo privatistico, alla vigilanza del datore di lavoro e, in campo pubblicistico, a quella della Banca d'Italia sul sistema bancario, a quella dei comuni sull'attività edilizia, a quella dei consigli giudiziari sull'attività dei magistrati ordinari, a quello appunto del prefetto sui registri dello stato civile (ivi, art. 104 ss., ecc.). La *vigilanza* in sé non implica poteri di sostituzione, ma solo informativi, regolamentari e ispettivi, variamente disciplinati a seconda dei settori. Con riferimento alla vigilanza del prefetto sulla tenuta dei registri di stato civile è l'ordinamento stesso che individua l'estensione e il contenuto del relativo potere quando agli art. 104 e 105, d.P.R. n. 396/2000, cit., disciplina le verificazioni ordinarie e straordinarie, il provvedimento finale delle quali consiste in un processo verbale di verifica (art. 105 cit.).

Da nessuno dei poteri espressamente attribuiti dall'ordinamento ai prefetti e al Ministro dell'interno e richiamati nelle sentenze in commento, allora, sarebbe stato possibile ragionevolmente ricavare un rapporto gerarchico e di conseguenza un potere di annullamento degli atti posti in essere dal sindaco.

Se poi anche si ammettesse per assurdo che la relazione di direzione tra sindaco e ministro, i poteri sostitutivi attribuiti al prefetto in caso di inerzia del sindaco e di vigilanza *implicitamente* attribuissero alle autorità statali un autonomo e innominato potere di intervento sugli atti dello stato civile, l'annullamento di una trascrizione ad opera di un organo esecutivo non sarebbe sicuramente ammissibile dal nostro ordinamento per le considerazioni che si andranno a svolgere nel testo, legate ai principi di stretta legalità e riserva di giurisdizione in materia di diritti e libertà costituzionali fondamentali.

³⁹ La natura «implicita» di questi poteri è più volte ribadita dal Consiglio di Stato: cfr. par. 3.3 e 3.4.

mente evidente perché, in questo settore, molta parte del diritto non è codificato e risulta in mutamento incessante, ma allo stesso tempo il fine pubblicistico da perseguire è costante e pressante. È certo allora che il tema non possa essere affrontato *in generale* e per escludere *a priori* l'esistenza di poteri impliciti, anche negli Stati che si dicono e si vogliono «costituzionali». L'esistenza di un potere implicito può solo essere affrontato *in concreto*, tenendo conto dei limiti, sia generali⁴² sia più specifici, posti da ciascun ordinamento. L'esame deve essere svolto caso per caso, tenendo conto sia del particolare potere affidato sia della caratteristica disciplina legislativa di settore⁴³.

Nei casi oggetto del presente commento, pare difficilmente discutibile che esistano puntuali e chiari limiti legislativi⁴⁴ che rispondono a primari interessi costituzionali. In particolare, la rigorosa tenuta dei registri dello stato civile, sebbene non fondi i diritti e le libertà fondamentali dell'individuo, ne costituisce il normale presupposto per l'esercizio quotidiano e non può non godere della copertura costituzionale propria di tutti i diritti e le libertà fondamentali, cioè la riserva di legge, quella di giurisdizione e la stretta legalità dell'azione amministrativa in questo settore. Solo nei casi espressamente e tassativamente indicati dalla legge l'esecutivo può intervenire; altrimenti, in caso di contestazioni o dubbi, occorre l'intervento di quegli organi dello Stato in grado di offrire la massima garanzia di indipendenza, imparzialità e terzietà che sono i giudici *ordinari*. Nessun potere implicito può dunque essere ammesso in questo specifico settore e con riferimento a queste specifiche fattispecie.

In questo campo, sembrano dunque esistere limiti evidenti ad eventuali poteri impliciti della pubblica amministrazione che trovano una chiara e sostanziale giustificazione nella tutela dei diritti e delle libertà fondamentali la cui titolarità ed esercizio si basa e presuppone una corretta e rigorosissima tenuta dello stato civile: una gestione che escluda del tutto l'intervento del potere esecutivo, se non nei casi e nei modi espressamente previsti dalla legge.

Queste considerazioni non sembra possano essere superate ricavando un inominato potere di annullamento d'ufficio in via gerarchica sotteso alla funzione di indirizzo e di vigilanza spettante al Ministero dell'interno sugli ufficiali dello

⁴⁰ Si pensi, per un caso macroscopico di livello costituzionale, ai poteri legislativi impliciti riconosciuti al nostro legislatore nazionale attraverso la clausola della «chiamata in sussidiarietà» inventata dalla Corte costituzionale con la sentenza del 25 settembre 2003, n. 303.

⁴¹ Si pensi alla teoria degli *implied powers* del Congresso negli Stati Uniti d'America: cfr. Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819), sentenza del 6 marzo 1819.

⁴² Cfr. ad esempio: art. 97, Costituzione italiana.

⁴³ G. MORBIDELLI, «Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti», in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, AA.VV. (a cura di), Milano, 2008, p. 193 ss.; in generale sul principio di legalità e sugli ultimi sviluppi del rapporto tra legalità formale e sostanziale: F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2009; ID., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012.

⁴⁴ Cfr. art. 453 ss., codice civile; d.P.R. n. 396/2000, cit.

stato civile. Queste norme, infatti, non possono prevalere sulle esigenze costituzionali di tutela delle situazioni giuridiche individuali e della certezza dei rapporti giuridici che sono alla base della tassatività dei poteri in materia di *status* e della riserva di giurisdizione ordinaria in materia di cui si è detto.

Un'ulteriore conferma di quanto si sostiene può ricavarsi dalla circostanza che anche in pieno regime fascista e con riferimento a quei soggetti nati ai confini dell'«impero», le decisioni circa le rettificazioni e le modifiche da apportare ai registri dello stato civile erano esclusivamente rimesse all'autorità giudiziaria ordinaria ed era escluso l'intervento della pubblica amministrazione⁴⁵. Ora, pare davvero strano che questa possibilità di ingerenza da parte dell'esecutivo – esclusa in un sistema che non si preoccupava molto della tutela delle libertà e dei diritti individuali – sia invece oggi ammessa in pieno regime costituzionale.

Questa parte delle sentenze in commento sembra dunque accentuare quella sensazione – già emersa nella trattazione dell'appello incidentale – di scarsa sensibilità dimostrata dal giudice amministrativo nei confronti, non tanto dello specifico tema di un diritto al matrimonio omoaffettivo, quanto soprattutto verso le fondamentali esigenze di tutela dei diritti individuali propri degli «Stati costituzionali», cui il nostro pretende di fare parte.

4. Una questione centrale rimasta nell'ombra: la questione di giurisdizione e il principio di effettività della tutela giurisdizionale

4.1. Diritti dell'individuo e giurisdizione

A prima vista, approfondire il tema della giurisdizione con riferimento alle sentenze in commento potrebbe sembrare una questione secondaria, una quisquilia processuale, rispetto al tema centrale oggetto delle decisioni e del dibattito in corso in Italia sulle unioni *same-sex*. Ad un esame più approfondito, però, il punto di vista della giurisdizione potrebbe forse contribuire a mettere in luce proprio la sostanza delle decisioni in commento: la politica giudiziale ad esse sottesa.

Anzitutto, con riferimento al primo accertamento oggetto delle decisioni in commento – l'intrascrivibilità nei registri dello stato civile di matrimoni tra persone dello stesso sesso contratti all'estero –, sembra potersi ravvisare un difetto di giurisdizione.

Nella materia dello stato civile, infatti, l'ordinamento sembrerebbe conferire espressamente e chiaramente all'autorità giudiziaria ordinaria la giurisdizione⁴⁶.

⁴⁵ In questo senso si vedano gli art. 17 e 18, legge 6 luglio 1933, n. 999, recante “Ordinamento organico per l'Eritrea e la Somalia”, nonché gli art. 1, ult. co., 2, co. 2, legge 13 maggio 1940, n. 822, recante “Norme relative ai meticci”. Sul tema cfr. ad esempio il numero monografico dei *Quaderni storici* n. 1 del 2002: *La colonia: Italiani in Eritrea*, A. TRIULZI (a cura di), in particolare il saggio di G. BARRERA, “Patrilinearità, razza e identità: l'educazione degli italo-eritrei durante il colonialismo italiano (1885-1934)”, p. 21 ss.

⁴⁶ Cfr. ad esempio: art. 453 e 455, codice civile; art. 46, co. 4, 48, 95, 96, 98, co. 3, 99, co. 2, 100, d.P.R. n. 396/2000, cit.; art. 8, co. 2, codice processo amministrativo.

Non esiste in particolare alcuna disposizione legislativa nella quale si affermi o si possa ricavare una competenza giurisdizionale del giudice amministrativo in questo settore⁴⁷.

Mancando un'espressa attribuzione di giurisdizione per materia⁴⁸, l'unico criterio utilizzabile per poter fondare la giurisdizione del giudice amministrativo nei casi di specie è costituito dalla clausola generale di cui all'art. 7, co. 1, Codice processo amministrativo, secondo la quale «sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi».

Nel caso di specie, si tratta allora di interessi legittimi o di diritti soggettivi?

È noto che questa distinzione, fin dal suo primo sorgere alla fine dell'Ottocento, ha affaticato la dottrina e la giurisprudenza che hanno offerto innumerevoli criteri distintivi. Più chiaramente in astratto, ma anche nella concreta realtà, infatti, queste due situazioni giuridiche non hanno caratteri distintivi precisi e sempre più sfumate sono divenute le loro caratteristiche a seguito della sentenza n. 500/1999 delle sezioni unite della Cassazione che hanno affermato la risarcibilità delle lesioni ad interessi legittimi.

Qualunque sia il criterio che si utilizzi, però, sembra difficilmente sostenibile che nelle fattispecie sottoposte all'attenzione del Consiglio di Stato e decise con le sentenze in commento si faccia questione di interessi legittimi. La pretesa al riconoscimento di uno *status* e quella, ad essa strumentale, di registrazione di tale *status* non può essere in alcun modo qualificata come interesse legittimo del privato, bensì può avere unicamente la consistenza di diritto soggettivo pieno, sempreché, ovviamente, esso esista nel nostro ordinamento. Si vuole dire che l'alternativa, nei casi in commento, non sembra essere tra diritto soggettivo/interesse legittimo; ma tra diritto soggettivo/assenza di diritto soggettivo: se una situazione giuridica di questo genere esiste nel nostro ordinamento, questa non può che essere di pieno diritto soggettivo; se non esiste, si tratterà di una situazione di mero fatto (totalmente?) irrilevante per il nostro ordinamento, ma non si trasformerà certo in un interesse legittimo (pretensivo).

Ma andiamo con ordine.

⁴⁷ Se si fa eccezione per l'art. 5, co. 2, legge 24 dicembre 1954, n. 1228, recante "Ordinamento delle anagrafi della popolazione residente", il quale peraltro non riguarda propriamente i registri dello stato civile, bensì la ben diversa istituzione dell'anagrafe dei cittadini residenti.

⁴⁸ Peraltro, a questo riguardo, sarebbe utile richiamare l'insegnamento della Corte costituzionale che ha precluso al legislatore di attribuire al giudice amministrativo controversie riguardanti blocchi di materie anche per gli aspetti in cui l'Amministrazione agisce senza la spendita, nemmeno mediata, di pubblici poteri (Corte costituzionale, sentenza del 5 luglio 2004, n. 204; sentenza del 11 maggio 2006, n. 191; sentenza del 27 gennaio 2010, n. 35). Alla luce di questa giurisprudenza, pertanto, in questa materia (stato civile), dominio incontrastato di fondamentali diritti soggettivi della persona, dove i poteri pubblicistici non possono che essere solo quelli tassativamente attribuiti dalla legge, pena la violazione dei principi di riserva di legge, legalità sostanziale e riserva di giurisdizione vigenti in questi settori dell'ordinamento (art. 2, 3 e 13 Cost.), il legislatore non potrebbe, neppure se lo volesse, derogare all'ordinario regime di riparto giurisdizionale in presenza di meri comportamenti materiali dell'Amministrazione, come quelli attinenti alla tenuta dei registri dello stato civile.

La giurisdizione nel nostro sistema giudiziale si determina in base al *petitum* sostanziale e non alla prospettazione fatta dall'attore/ricorrente. Vale a dire che per fondare la giurisdizione di un giudice, in particolare quello ordinario oppure quello amministrativo, si deve far riferimento non già alla soggettiva prospettazione della domanda, cioè al tipo di pronuncia richiesta al giudice, bensì si deve considerare l'intrinseca consistenza della posizione soggettiva dedotta in giudizio e individuata dal giudice, cioè appunto il *petitum* sostanziale, che va identificato soprattutto in funzione della *causa petendi*, ossia dell'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio⁴⁹.

Nei casi esaminati dalle sentenze in commento, la richiesta di annullamento degli atti prefettizi (*petitum* formale) è certamente e indubitabilmente finalizzata alla conservazione della trascrizione nei registri dello stato civile dell'atto attestante il matrimonio contratto all'estero dai ricorrenti persone fisiche (*petitum* sostanziale). Si tratta cioè di una richiesta di accertamento di una situazione che, se esistente, è senza alcun dubbio qualificabile come diritto soggettivo perfetto, attenendo allo *status* (libero o coniugato) di persone fisiche. Si tratta, anzi, di diritti delle persone sui quali il giudice amministrativo non è mai stato chiamato a giudicare.

La consistenza di diritto soggettivo perfetto delle pretese dei ricorrenti si ricava in modo assolutamente chiaro anche dall'ormai numerosissima giurisprudenza europea, costituzionale e ordinaria in materia, la quale, sebbene con esiti variegati e assai disomogenei⁵⁰, ruota attorno alla questione se, in base alle disposizioni internazionali, convenzionali e costituzionali di quei Paesi che non riconoscono espressamente il matrimonio fra persone dello stesso sesso, sia o meno ricavabile questo genere di diritto. Ma di *diritto* si tratta. L'alternativa non è tra diritto al matrimonio *same-sex* (e ai connessi diritti strumentali di pubblicità sui registri dello stato civile) e interesse legittimo di tipo pretensivo verso la pubblica amministrazione ad ottenere un qualche genere di prestazione; bensì unicamente tra diritto al matrimonio omoaffettivo *vs.* assenza di questo diritto, con conseguente qualificazione di tale situazione come di mero fatto. Anche laddove la giurisprudenza, come accade in Italia, neghi l'esistenza di tale diritto e reputi la situazione della coppia *same-sex* come un fatto – certo non completamente irrilevante per il diritto e indubbiamente meritevole di tutela⁵¹ – le specifiche posizioni giuridiche che si cerca di ricavare in via interpretativa⁵² hanno tutte natura indi-

⁴⁹ Tra le moltissime, di recente, cfr. ad esempio, Consiglio di Stato: (sezione V), sentenza del 27 gennaio 2014, n. 396; sentenza del 7 settembre 2015, n. 4138; (sezione VI), sentenza del 9 agosto 2011, n. 4724; nonché Corte di cassazione (sezioni unite civili), ordinanze del: 25 giugno 2010, n. 15323; 11 ottobre 2011, n. 20902.

⁵⁰ Cfr. ad esempio: A. SCHILLACI (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, cit.; M.C. VITUCCI, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Napoli, 2012.

⁵¹ Cfr. ad esempio: Corte costituzionale, sentenze nn. 138/2010 e 170/2014, cit.; Corte di cassazione, sentenze nn. 4184 e 2400, cit.

⁵² Per lo più attraverso l'interpretazione analogica e quella sistematica, nella sua forma particolare dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme.

scutibilmente di diritti soggettivi perfetti: «diritti di assistenza e solidarietà propri delle relazioni affettive di coppia»⁵³.

Proprio il merito del giudizio del Consiglio di Stato nelle tre sentenze, sembra evidenziare chiaramente che ciò di cui si discute sono proprio diritti soggettivi perfetti e libertà fondamentali, i quali – nel merito e con argomenti alcuni dei quali pur'anche ragionevoli – vengono negati dal giudice amministrativo. Ed è lo stesso Consiglio di Stato che, del tutto candidamente, si esprime ripetutamente in termini di «diritto alla trascrizione», «diritto al matrimonio», «diritto fondamentale della persona al matrimonio omosessuale», «libertà di circolazione e di soggiorno», ecc.; tutte posizioni giuridiche poi recisamente negate dal giudice amministrativo. Ma il punto è proprio questo: di diritti si discute e non di interessi legittimi.

Anche con riferimento al secondo oggetto del giudizio, relativo alla legittimità dei decreti prefettizi impugnati, è forse possibile evidenziare un difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Dai ricorsi e dall'esame delle norme rilevanti emergerebbe, infatti, l'assoluta carenza di potere in capo al prefetto in ordine alla registrazione e trascrizione di atti riguardanti gli *status* nei registri dello stato civile⁵⁴. Da ciò deriverebbe la radicale nullità degli atti impugnati per carenza di potere con conseguente giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria. L'assenza di un potere in capo alla pubblica amministrazione, infatti, impedirebbe che la posizione giuridica del destinatario dell'atto sia compressa, restando del tutto intatta, come diritto soggettivo perfetto e radicando così la giurisdizione del giudice ordinario⁵⁵.

È ragionevole sostenere, in definitiva, che nei casi di specie vi era un evidente difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, il quale però ha potuto decidere nel merito per l'operare di un recente intervento legislativo⁵⁶ che ha limitato la rivelabilità d'ufficio delle questioni di giurisdizione solo al primo grado di giudizio, escludendola viceversa per i giudizi d'appello.

4.2. *L'a one right answer* del Consiglio di Stato

Se così stanno le cose, vi è seriamente da chiedersi perché il giudice di primo grado non abbia rilevato questo difetto⁵⁷ e soprattutto perché i ricorrenti origina-

⁵³ Corte di Cassazione, sentenza n. 2400, cit.

⁵⁴ In questo senso, in fattispecie del tutto analoghe, cfr.: TAR Toscana (sezione I), sentenza del 25 settembre 2015, n. 1291; TAR Lombardia, Milano (sezione III), sentenza del 29 settembre 2015, n. 2037.

⁵⁵ Quanto da ultimo argomentato, trova conferma nell'art. 21-*septies*, legge 7 agosto 1990, n. 241, recante "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi", il quale definisce nullo l'atto emanato in carenza assoluta di potere, con conseguente devoluzione delle relative controversie al giudice ordinario: cfr. Consiglio di Stato (sezione VI), sentenza del 27 gennaio 2012, n. 372.

⁵⁶ Cfr. art. 9, d.lgs. n. 104/2010, contenente il codice del processo amministrativo.

⁵⁷ Quando altri giudici amministrativi, in casi del tutto analoghi, chiaramente e in modo del tutto convincente lo stavano rilevando: cfr. TAR Toscana (sezione I), sentenza del 25 settembre 2015, n. 1291; TAR Lombardia, Milano (sezione III), sentenza del 29 settembre 2015, n. 2037. In

ri abbiano scelto di affidarsi ed accettare il giudizio di un giudice, forse privo dei mezzi processuali adeguati e della specifica sensibilità necessaria ad affrontare il tema, non tanto di diritti soggettivi perfetti, quanto di diritti e libertà costituzionali fondamentali⁵⁸.

La ragionevolezza del dubbio da ultimo prospettato diviene chiara se si considerano gli argomenti utilizzati dal Consiglio di Stato per negare l'esistenza di un diritto alla trascrizione del matrimonio *same-sex* contratto all'estero: la sensibilità e la percezione di un intimo contrasto tra la realtà e un sistema legale ingessato – che chiaramente affiorano dalle decisioni dei giudici ordinari⁵⁹, costituzionale⁶⁰ ed europeo⁶¹ – sembrano del tutto assenti nelle considerazioni del supremo consesso della giustizia amministrativa. Il Consiglio di Stato usa argomenti interpretativi molti dei quali assolutamente legittimi⁶², ma mostra una totale assenza di sensibilità verso il tema.

Questo colpisce nelle sentenze in commento, non certo la soluzione offerta che sembra porsi in linea con la stragrande maggioranza della giurisprudenza costituzionale, ordinaria ed europea tesa a negare in via giurisdizionale, piaccia o non piaccia, il riconoscimento al matrimonio fra persone dello stesso sesso. La quasi completa mancanza di problematicizzazione del tema e la presentazione come *one right answer*⁶³ di una soluzione tale da incidere così profondamente sulla vita delle persone coinvolte: questo sembra il vero limite delle tre sentenze in esame che peraltro non è forse esclusivamente da imputare alla mera indifferenza del giudice amministrativo, il quale non sembra possedere adeguati strumenti processuali, strutturali, tecniche decisorie, pertinente formazione ed esperienza in

senso contrario, e dunque conformemente alle decisioni in commento, cfr.: TAR Friuli Venezia Giulia (sezione I), sentenza del 21 maggio 2015, n. 228.

⁵⁸ Più facile invece è comprendere le ragioni che hanno spinto la pubblica amministrazione (Ministro e prefetto) a non invocare il suddetto difetto di giurisdizione, se si tiene conto che il giudice amministrativo è storicamente il giudice della pubblica amministrazione e tra quello ordinario e quello amministrativo, è più probabile che sia quest'ultimo più attento e sensibile all'interesse pubblico di cui la pubblica amministrazione si fa portatrice.

⁵⁹ Cfr. ad esempio: Tribunale di Grosseto, decreto del 3/9 aprile 2014, in *Consulta on line*, disponibile su www.giurcost.org; Corte d'Appello di Napoli, *La Delfa e Hoedts*, decreto del 13 marzo 2015, in *Articolo29*, disponibile su www.articolo29.it; Corte d'Appello di Milano (sezione Persone, Minori, Famiglia), decreto del 6 novembre 2015, n. 2286, disponibile su www.ca.milano.giustizia.it; Corte di cassazione, sentenze nn. 4184 e 2400, cit.

⁶⁰ Corte costituzionale, sentenze nn. 138/2010, 170/2014, cit.

⁶¹ Corte europea dei diritti umani: *Shalk and Kopf c. Austria*, cit.; *Oliari e altri c. Italia*, cit.

⁶² Quello letterale, che fa riferimento ad alcuni articoli del codice civile che si esprimono in termini di marito e moglie; quello della tradizione, che richiama la «millenaria tradizione giuridica e culturale dell'istituto»; quello etico, questo si *assai criticabile*, di un preteso ordine naturale alla base del divieto di matrimoni omoaffettivi.

⁶³ Ci si riferisce ovviamente alla tesi di R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge-MA, 1985, p. 119 ss. In verità, anche per il giudice Hercules alcuni *hard cases* costituiscono dei dilemmi difficilmente risolvibili la cui soluzione non potrà mai essere l'unica corretta (*ibidem*, p. 144 s.). Sul punto ampiamente, cfr. A. SCHIAVELLO, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Torino, 1998, p. 228 ss.

materia di diritti e libertà costituzionali fondamentali, la cui conoscenza, non a caso, l'ordinamento conferisce ad altri giudici.

4.3. Una risposta problematica

Il tema della giurisdizione nei casi in esame, vertenti su diritti individuali fondamentali degli individui, peraltro, può costituire un utile spunto per accennare a un delicatissimo problema del nostro sistema giudiziario a due (in verità, a molteplici) binari.

Secondo la nostra giurisdizione interna «il giudice amministrativo garantisce una tutela dei diritti fondamentali equivalente a quella offerta dal giudice ordinario»⁶⁴, ma questa a ben vedere, e per come è stata argomentata, sembra una petizione di principio fondata su meri dati formali (art. 103, Costituzione italiana) la quale non tiene debitamente conto dell'*effettiva* struttura del processo amministrativo⁶⁵ e delle *effettive* caratteristiche del giudice amministrativo rispetto a quello ordinario, sotto il profilo ad esempio della garanzia costituzionale di autogoverno e di piena indipendenza tutelata direttamente nella Carta solo in riferimento al giudice ordinario (art. 102, 104, 105, 107, Costituzione italiana), rispetto ad una tutela di rango sub costituzionale delle giurisdizioni speciali (art. 108, co. 2, Costituzione italiana).

Da questo punto di vista, sembra venire in luce il principio di effettività della tutela giurisdizionale, espresso sia nel sistema della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁶⁶ sia nell'Unione europea⁶⁷. Con particolare riferimento ai casi che interessano, viene in rilievo quanto disposto dall'art. 6, co. 1, Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, secondo il quale «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole

⁶⁴ Corte di cassazione (sezioni unite civili) ordinanza del 3 giugno 2015, n. 11376. In particolare, «per espresso dettato costituzionale (articolo 103 Cost., comma 1, appunto), diversamente da quanto sembrano adombrare i ricorrenti, il Giudice amministrativo garantisce nei confronti della Pubblica Amministrazione una tutela dei diritti fondamentali equivalente a quella garantita dal Giudice ordinario, come è dimostrato, a mero titolo esemplificativo, dall'attribuzione al primo della giurisdizione, anche cautelare ed estesa al merito, sulle controversie aventi ad oggetto gli atti e le operazioni elettorali, che involgono certamente anche la tutela di diritti politici fondamentali (articoli da 126 a 132 e 134, comma 1, lettera b, del codice), o della giurisdizione, estesa al merito, sulle controversie aventi ad oggetto il diniego di nulla osta cinematografico, che involgono parimenti la tutela sia della fondamentale garanzia della libertà di manifestazione del pensiero sia di diritti fondamentali delle persone minorenni (articolo 134, comma 1, lettera e, del codice)» (Corte di cassazione (sezioni unite civili) ordinanza del 24 ottobre 2014, n. 22612).

⁶⁵ Anche a seguito della sua riforma con il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, recante «Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo» e contenente il codice del processo amministrativo.

⁶⁶ Cfr. art. 6 e 13, che impongono agli Stati di prevedere una giustizia effettiva e non illusoria in base al principio «the domestic remedies must be effective».

⁶⁷ In forza dell'art. 47, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile».

A questo riguardo, non si tratta certo di contestare l'indipendenza e imparzialità del giudice amministrativo, il quale in base a disposizioni di legge è, ad oggi, certamente da ritenersi *indipendente* ai sensi della Convenzione. Se, infatti, «pour établir si un tribunal peut passer pour «indépendant», il faut prendre en compte, notamment, le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance»⁶⁸, allora non vi è dubbio che l'art. 108, co. 2, della Costituzione italiana, e le leggi che hanno istituito i singoli organi della giustizia amministrativa⁶⁹ e le loro forme di indipendenza ed autogoverno⁷⁰ assicurino il rispetto del principio suddetto.

Il punto è un altro e, cioè, di proporzione: se le forme di indipendenza e imparzialità offerte dall'ordinamento per gli organi di giustizia amministrativa siano analoghe o minori rispetto a quelle previste per i magistrati ordinari. Non può ragionevolmente contestarsi che, da questo punto di vista, il nostro ordinamento garantisca assai più intensamente l'indipendenza e l'imparzialità dell'autorità giudiziaria ordinaria rispetto alla magistratura amministrativa, non foss'altro perché le garanzie della prima si trovano direttamente stabilite in Costituzione a differenza di una tutela prevalentemente di fonte legislativa per quanto riguarda il giudice amministrativo. Non si può neppure ragionevolmente contestare che il processo ordinario, tradizionalmente, ponga al centro del giudizio l'individuo e i suoi diritti, laddove il processo amministrativo, anche dopo la sua riforma nel 2010, ponga al centro l'atto e il potere amministrativo. Neppure può contestarsi seriamente che il giudice ordinario pratichi abitualmente su diritti e libertà individuali, laddove quello amministrativo si occupi normalmente di situazioni giuridiche diverse (poteri pubblici ed interessi legittimi).

Nello specifico caso italiano, allora, l'attribuzione di competenza giurisdizionale all'una o all'altra magistratura – in base ai principi convenzionali di *effettività* della tutela giurisdizionale e di *proporzionalità*⁷¹ – dovrebbe avvenire in funzio-

⁶⁸ Così ad esempio Corte europea dei diritti umani, *Di Giovanni c. Italia*, ricorso n. 51160/06, sentenza del 9 luglio 2013, punto 54.

⁶⁹ Cfr. r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, recante "Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato"; legge 6 dicembre 1971, n. 1034, recante "Istituzione dei tribunali amministrativi regionali"; d.lgs. 24 dicembre 2003, n. 373, recante "Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato"; d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670, recante "Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige"; d.P.R. 6 aprile 1984, n. 426, recante "Norme di attuazione dello statuto speciale per la regione Trentino-Alto Adige concernenti istituzione del tribunale amministrativo regionale di Trento e della sezione autonoma di Bolzano".

⁷⁰ Cfr. in particolare legge 27 aprile 1982, n. 186, recante "Ordinamento della giurisdizione amministrativa e del personale di segreteria ed ausiliario del Consiglio di Stato e dei tribunali amministrativi regionali".

⁷¹ Qualche spunto in questo senso si potrebbe forse trarre da quelle decisioni della Corte europea dei diritti umani che, con riguardo all'articolo 6, applicano un particolare test di proporzionali-

ne del tipo di diritto coinvolto: in particolare, diritti e libertà costituzionalmente protetti che non ammettono forme di affievolimento – se non nei casi e modi stabiliti dalla legge e previo intervento di un giudice – non dovrebbero che trovare adeguata ed effettiva tutela dinanzi all'autorità giurisdizionale più adatta ed efficace, quanto a intensità di indipendenza, strumenti processuali a disposizione e preparazione a trattare questo genere di posizioni giuridiche, cioè il giudice ordinario⁷². Conferma di queste considerazioni la si trova nella perentoria statuizione dell'art. 8, co. 2, codice processo amministrativo, secondo cui «restano riservate all'autorità giudiziaria ordinaria le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità delle persone».

Nei casi esaminati dalle sentenze in commento proprio di questo sembra trattarsi: tutto quanto risultante dai registri dello stato civile (nome, *status*, capacità, ecc.) costituisce, di per sé, un insieme di posizioni giuridiche assolutamente fondamentali dell'individuo e rappresenta altresì il presupposto immediato per l'esercizio di gran parte dei diritti e delle libertà fondamentali. Si tratta dei prin-

tà, che fa riferimento *all'essenza del diritto*. Come, per esempio, nel caso del diritto contro l'autoincriminatione, quando in alcuni Paesi esso è protetto in maniera diversa per reati «minori» rispetto alle regole che si applicano per reati più gravi (cfr. Corte europea dei diritti umani, *O'Halloran e Francis c. Regno Unito*, ricorsi nn. 15809/02 e 25624/02, sentenza del 29 giugno 2007, par. 43 ss.); oppure come quando la Corte ha ammesso la conformità a Convenzione di un livello inferiore di protezione nei casi civili rispetto a quelli penali, con riferimento al diritto di parità delle armi (cfr. *Foucher c. Francia*, ricorso n. 22209/93, sentenza del 18 marzo 1997, par. 29 ss.; *Menet c. Francia*, ricorso n. 39553/02, sentenza del 14 giugno 2005, par. 43 ss.).

⁷² Questa tesi ricostruttiva non pare smentita da quelle decisioni giurisdizionali nelle quali si afferma che «per espresso dettato costituzionale (articolo 103 Cost., comma 1, appunto) [...] il Giudice amministrativo garantisce nei confronti della Pubblica Amministrazione una tutela dei diritti fondamentali equivalente a quella garantita dal Giudice ordinario come è dimostrato, a mero titolo esemplificativo, dall'attribuzione al primo della giurisdizione, anche cautelare ed estesa al merito, sulle controversie aventi ad oggetto gli atti e le operazioni elettorali, che involgono certamente anche la tutela di diritti politici fondamentali (articoli da 126 a 132 e 134, comma 1, lettera b, del codice [del processo amministrativo: d.lgs. n. 104/2010]), o della giurisdizione, estesa al merito, sulle controversie aventi ad oggetto il diniego di nulla osta cinematografico, che involgono parimenti la tutela sia della fondamentale garanzia della libertà di manifestazione del pensiero sia di diritti fondamentali delle persone minorenni (articolo 134, comma 1, lettera e, del codice)» (Corte di cassazione, ordinanza n. 22612, cit.; in senso analogo Corte di cassazione, ordinanza n. 11376, cit.). Queste decisioni, infatti, non riguardano assolutamente diritti fondamentali nel senso poco sopra indicato, ma diritti di natura patrimoniale; esse, inoltre, nella parte in cui richiamano a sostegno della tesi da esse fatta propria alcune norme attributive di giurisdizione al giudice amministrativo in materie costituzionalmente «sensibili» coinvolgenti diritti politici o libertà fondamentali, fanno riferimento a particolari strumenti di tutela nei confronti di specifici soggetti (pubblica amministrazione) relativamente a determinati profili di alcuni diritti fondamentali, senza in alcun modo affermare che la generale competenza di accertamento su quei diritti e libertà possa essere riconosciuta al giudice amministrativo; infine, appiattendosi sul dato legislativo, evitano completamente di valutare se questo determinato assetto voluto dal legislatore sia costituzionalmente e convenzionalmente corretto.

cipali diritti della persona, a carattere assoluto, non patrimoniale, intrasmissibili, imprescrittibili e irrinunziabili⁷³.

Sarebbe dunque stato forse più aderente allo spirito, se non alla lettera, del principio europeo di effettività della tutela giurisdizionale che esse fossero state trattate da un giudice ordinario.

5. Alcuni spunti conclusivi

Le tre sentenze del Consiglio di Stato in commento sembrano in definitiva manifestare un'evidente politica giudiziaria che si viene a sostanziare nell'affermazione – ultronea peraltro rispetto ai *petita* degli appellanti (principali e incidentali)⁷⁴ – del «divieto in Italia, di matrimoni tra persone dello stesso sesso»⁷⁵. Il giudice amministrativo utilizza abbondantemente le ormai numerose elaborazioni giurisprudenziali in materia, ma piegandole ad una soluzione di netta chiusura che in quelle non è assolutamente rinvenibile. Questo sembra il vero carattere distintivo delle sentenze amministrative in esame.

A questo riguardo, sembra particolarmente significativa quella perentoria affermazione presente in tutte e tre le decisioni in commento secondo cui – a fronte di un dibattito politico in corso e in mancanza di dati normativi chiari a favore di un riconoscimento del matrimonio o di altre forme di convivenza tra persone dello stesso sesso – una «forzatura» interpretativa è sconsigliabile, in quanto essa è «sempre indebita, ma in questo contesto ancor meno opportuna» (par. 2.8, motivazione in diritto). La disciplina di un istituto che regoli i rapporti tra persone dello stesso sesso spetta, infatti, al Parlamento nazionale «unica autorità titolare della relativa decisione» (par. 2.9, motivazione in diritto).

Queste affermazioni colpiscono grandemente anche uno svogliato cultore di diritto amministrativo: esse provengono proprio da quell'organo che nella storia del nostro ordinamento ha maggiormente contribuito alla formazione dell'attuale

⁷³ Che queste attestazioni relative allo stato civile abbiano un'importanza assolutamente fondamentale è stato riconosciuto anche a livello comunitario dalla Corte di giustizia in diverse decisioni; cfr. ad esempio, Corte di giustizia: *Mario Vicente Micheletti e altri c. Delegación del Gobierno en Cantabria*, causa C-369/90, sentenza del 7 luglio 1992, punti 13 e 14; *Christos Konstantinidis c. Stadt Altensteig, Standesamt e Landratsamt Calw, Ordnungsamt*, causa C-168/1991, sentenza del 30 marzo 1993; *Eftalia Dafeki c. Landesversicherungsanstalt Württemberg*, causa C-336/94, sentenza del 2 dicembre 1997, punto 21; *Carlos Garcia Avello c. Stato belga*, causa C-148/02, sentenza del 2 ottobre 2003; *Stefan Grunkin e Dorothee Regina Paul*, causa C-353/06, sentenza del 14 ottobre 2008.

⁷⁴ Logicamente, infatti, l'intrascrivibilità del matrimonio omoaffettivo non richiede certo l'esistenza di un tale divieto. Anzi, proprio la Cassazione, dalla cui recente elaborazione il Consiglio di Stato sostiene di trarre argomenti, esclude l'operatività di un limite di ordine pubblico in materia, né fa ricorso alla categoria dogmatica dell'inesistenza, preferendo invece la soluzione della inefficacia dell'atto: Corte di cassazione, sentenze nn. 4184 e 2400, cit.

⁷⁵ Cfr. motivazioni in diritto, par. 2.4. Nel successivo par. 2.7 si aggiunge poi che il «divieto dell'ordinamento nazionale di equiparazione di quest'ultimo a quello eterosessuale non può giudicarsi confliggente con i vincoli contratti dall'Italia a livello europeo o internazionale».

diritto amministrativo; di un organo giurisdizionale che quasi giornalmente *crea* diritto e istituti giuridici in campo amministrativo, molti dei quali poi recepiti dal legislatore: a partire dal silenzio-inadempimento, per arrivare all'esecutorietà del provvedimento amministrativo e all'accesso ai documenti amministrativi, passando per le regole e i principi di partecipazione procedimentale, all'autotutela amministrativa, ecc.⁷⁶

In controluce, allora, la politica giudiziaria perseguita dal Consiglio di Stato con le sentenze in esame diviene del tutto evidente. A maggior ragione se si tiene conto che queste pronunce sono state emanate in totale carenza di giurisdizione: in un certo senso, ci si è *voluti* pronunciare proprio in questo senso e, almeno una delle parti, il governo, nulla ha fatto per impedirlo. La volontà di mettere una pietra tombale (almeno *in votis*) al tema della matrimonio tra persone dello stesso sesso sembra affiorare come l'obiettivo, neppure tanto celato, di politica giudiziaria sotteso a queste decisioni. Proprio l'organo giurisdizionale forse più creativo del nostro ordinamento (sicuramente molto più della Cassazione), dispone che qualunque risoluzione in merito a questo tema spetti al legislatore nazionale, «unica autorità titolare della relativa decisione». Per gli argomenti usati, per la perentorietà con cui vengono presentati, per l'assenza di problematicizzazione del tema, per la sensazione che la decisione giudiziale sia l'*one right answer*⁷⁷ non sembra che si tratti di semplice *self-restraint* giudiziale – come nel caso delle recenti decisioni costituzionali e della Cassazione, assai più sfumate e dubitative –, ma di una vera e propria presa di posizione *politica* – diretta al, ma fors'anche stimolata dal, Governo – tesa ad escludere recisamente la legittimità (convenzionale e costituzionale) di un matrimonio *same-sex* in Italia.

Così facendo, però, il Consiglio di Stato sembra proprio contraddire la premessa del suo ragionamento cioè che, in una situazione di incertezza e di accesi dibattiti politici in corso, una qualunque «forzatura» interpretativa sia assolutamente indebita e inopportuna. Escludendo recisamente l'esistenza di un diritto al matrimonio omoaffettivo e anzi enucleando una regola generale oggettivamente⁷⁸ e legislativamente assente nell'ordinamento – appunto quella contenente un preteso divieto di tale matrimonio –, il Consiglio di Stato *crea* (o comunque cerca di creare) diritto, attraverso una chiara *forzatura* interpretativa.

⁷⁶ Sul punto ampiamente: M.S. GIANNINI, “Discorso generale sulla giustizia amministrativa”, in *Rivista di diritto processuale* 1963, p. 522 ss.; F. MERUSI, “Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano”, in *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, Milano, 1983, p. 119 ss.; M. CLARICH, “L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo”, in *Diritto processuale amministrativo* 1998, p. 525 ss.; S. CASSESE, “Grandezza e insuccessi del giudice amministrativo italiano”, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, AA.VV. (a cura di), Padova, 1998, p. 543 ss.

⁷⁷ Vedi *supra* nota 63.

⁷⁸ Si vuole dire che questa regola è forse sì ricavabile dall'ordinamento, ma attraverso operazioni interpretative non univoche e certamente non insuperabili, come ampia parte della dottrina e parte (minoritaria) della giurisprudenza hanno mostrato.

Con queste considerazioni non si vuole in alcun modo sostenere che non sia possibile trovare argomenti (costituzionali e convenzionali) a sostegno di tale divieto: nonostante i molti e contrari avvisi della dottrina, la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti umani – molto meno la Cassazione – paiano ammettere proprio questa soluzione⁷⁹, che personalmente non mi convince.

Neppure si vuole contestare l'assai corretta osservazione secondo cui è certamente preferibile che l'introduzione di nuovi diritti avvenga ad opera del legislatore o comunque di fonti scritte, anziché ad opera della giurisprudenza, almeno in un sistema che non conosce lo *stare decisis*. Non tanto per ragioni legate ad una particolare accezione di democrazia⁸⁰, ma sulla base della considerazione, di matrice liberale ed utilitaristica, secondo la quale sono le disposizioni scritte, produttrici di norme generali ed astratte, ad essere principalmente capaci di offrire tutele e garanzie (relativamente) *certe a tutti* i consociati e non solo ai pochi fortunati in grado di conoscere e percorrere la strada giudiziaria.

Si vuole viceversa evidenziare come queste amare vicende, ieri all'attenzione del Consiglio di Stato, sembrano state una mera occasione per affermare con forza e recisamente un tale divieto, venendo forse a influenzare lo stesso dibattito politico in corso.

ABSTRACT: Same-sex Marriage: Italian Council of State Firmly Dissents

In three recent decisions the Italian Council of State firmly denied the existence of a right to same-sex marriage. In addressing the questions the judges show a clear opposition to this issue, unknown to the national and supranational judicial decisions on this subject. The article seeks to investigate the reasons for this attitude of the Italian administrative court.

Keywords: Italy; same-sex marriage; liberties; Constitution; judicial power; separation of powers.

⁷⁹ Così, in modo assai convincente, A. PUGIOTTO, “Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio”, in *Forum dei quaderni costituzionali*, disponibile su www.forumcostituzionale.it.

⁸⁰ Come noto, le principali obiezioni mosse dai giudici dissenzienti alla decisione *Obergefell v. Hodges* della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, cit., riguardano invece proprio questo aspetto: la sostituzione di un giudice al «*we the people*» nell'introduzione nell'ordinamento di un istituto non (espressamente) contenuto o comunque non univocamente ricavabile dalla Costituzione americana: cfr. in particolare, opinioni dissenzienti dei giudici Roberts, Scalia, Thomas, Alito. Nelle chiare parole di Scalia, ad esempio, si stigmatizza «this practice of constitutional revision by an unelected committee of nine, always accompanied (as it is today) by extravagant praise of liberty, robs the People of the most important liberty they asserted in the Declaration of Independence and won in the Revolution of 1776: the freedom to govern themselves».