



## **LA CONSAPEVOLEZZA DEL PROPRIO ESSERE OMOSESSUALE COME ELEMENTO DISCRETIVO TRA REGOLE DI VALIDITÀ E REGOLE DI RESPONSABILITÀ.**

LIVIO MANGIARACINA

SOMMARIO: **1.** Premessa. **2.** L'evoluzione normativa e giurisprudenziale dell'art. 122 c.c. ed il canone 1095 C.I.C. **3.** Il matrimonio come atto e il matrimonio come rapporto: due vasi non comunicanti. **4.** "Omossessualità occasionale e omossessualità costituzionale". **5.** La tutela dell'affidamento incolpevole. **6.**

**1.** Il dibattito seguito alla pronuncia, l'ennesima a dire la verità, con la quale la Corte Costituzionale<sup>1</sup> ha confermato, per le coppie formate da persone dello stesso sesso, il diniego all'accesso alla formazione sociale del matrimonio (civile) non risulta presentare profili di particolare interesse.

Questa sensazione, che i francesi ben riassumono con l'impiego dell'espressione *dèjà vu*, risulta conforme al vero solo a primo acchito, poiché a leggere con attenzione uno dei principali passaggi logico-argomentativo della sentenza citata, l'interprete non può che scorgere un elemento di assoluto rilievo e ravvisabile nella necessità, prendendo in prestito le parole usate dalla Corte, "di assicurare, anche all'unione omosessuale, il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge- il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri".

Anche se il Giudice delle Leggi ha escluso che "l'aspirazione a tale riconoscimento possa essere realizzata attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio" poiché "nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e riconoscimento per le unioni suddette", tale sentenza offre l'occasione, ed è in ciò che si annida il senso del presente contributo, per esaminare l'approccio che la giurisprudenza ha tutte le volte in cui è chiamata a confrontarsi con l'omosessuale *uti singulus*.

Il nodo problematico, più esattamente, attiene l'interpretazione che la giurisprudenza fa dell'art. 122 c.c. nella parte in cui erge l'esistenza di una malattia fisica o psichica o di una anomalia o di deviazione sessuale (n.1) a causa di invalidità del matrimonio, e ciò al fine di

---

<sup>1</sup> Il riferimento è a Corte Cost. 15 aprile 2010, n. 138, in Foro it., 2010, 5, I, 1361.



accertare se l'omosessualità possa rientrare nel campo di applicazione della superiore norma.

2. All'interno della famiglia <<nella quale domina l'uguaglianza come concetto commutativo declinato nei termini di una reciprocità intesa come *do ut des*<sup>2</sup>>> le cause di invalidità assumono carattere tassativo ed eccezionale<sup>3</sup>.

Nell'ordinamento interno esiste una regolamentazione restrittiva in forza della quale ad assumere rilevanza è, oltre alla violenza<sup>4</sup>, l'errore ma solo nei limiti di cui all'art. 122 c.c., il quale fonda la sua essenzialità in connotati o qualità significativi in virtù dei valori usuali e della coscienza comune da interpretare, pertanto, in senso rigorosamente oggettivo. L'errore, onde poter assumere rilievo, deve essere sì essenziale, ossia corrispondere alle circostanze tipicamente descritte dalla legge, ma giammai riconoscibile poiché, essendo inesistente qualsiasi ragione di affidamento altrui, prevale l'esigenza, propria dell'ordine pubblico, di garantire certezza allo status di coniugato.

Nell'art. 98 della Relazione al codice civile si legge: "l'art. 122 riproduce l'art. 128 del progetto, salvo una modificazione formale del primo comma. Non sono state accolte le altre proposte fatte sullo stesso articolo, poiché la formula <<errore che ridondi sulla identità della persona>> è sembrata meno propria dell'altra <<quando si risolve in errore sull'identità della persona>>, e l'espressione <<la sua piena libertà>>, che si trova già nel vecchio codice, scolpisce, meglio che non l'altra <<la sua libertà>>, il concetto della cessazione di qualsiasi causa esterna che possa influire sulla libera determinazione della volontà<sup>5</sup>".

---

<sup>2</sup> A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 935.

<sup>3</sup> Cass. S.U. 18 luglio 2008, n. 19809 cit., 3138.

<sup>4</sup> Ciò che però caratterizza la violenza rispetto all'errore si annida nella sua maggiore incidenza rispetto al rapporto matrimoniale dal momento che, richiamando le parole spese in materia contrattuale, <<la violenza mette la volontà dinnanzi ad una sorta di opzione, imponendole di scegliere tra la conclusione del negozio e il rischio di subire il male minacciato. La conclusione del contratto rappresenta in ultima analisi il risultato di un giudizio di convenienza>>, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, (Napoli 1994), 462.

<sup>5</sup> Nella Relazione del giugno 1936 predisposta dal Guardasigilli si osserva che l'interpretazione dell'*error qualitatis redundans in errorem personae* in senso restrittivo, appare determinata dalla <<esigenza suprema di difendere il principio della indissolubilità del matrimonio>> e tale conclusione viene successivamente, nell'ambito di un contrasto evidenziatosi in seno alle Corti di merito (cfr. Trib. Roma 23 novembre 1947, in *Foro it.*, I, 1948, 549 con nota di C. GRASSETTI), fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità: Cass. S.U., 12 agosto 1949 n. 2301, in *Foro it.*, 1949, 1028. Fino a tale momento, si registrava in dottrina un acceso scontro



Se nelle intenzioni del legislatore del '42, dunque, l'unica ipotesi rilevante in tema di errore quale causa di annullamento del matrimonio al fine di assicurare la piena libertà della persona era quella riguardante l'identità, è stato solamente in sede di riforma del diritto di famiglia del 1975 che, in un'ottica di valorizzazione del consenso degli sposi, si è provveduto ad un ampliamento della rilevanza del vizio della volontà, tramite l'inserimento dell'errore sulle qualità<sup>6</sup>.

Ai nostri fini può essere utile osservare che la disciplina vigente<sup>7</sup>, nel dare rilevanza a

---

dialettico tra coloro che ritenevano che l'art. 122 c.c. avesse ristretto la rilevanza dell'errore a quello sull'identità fisica della persona, con conseguente esclusione del c.d. *error qualitatis* (GANGI, *Il Matrimonio* (Milano 1947), 1 ss), e chi, invece, si mostrava favorevole ad assegnare rilevanza a qualunque tipologia di errore purché fosse stata la ragione determinante del consenso: FERRARA, *Diritto delle persone e di famiglia*, (Napoli 1941), 218. Assai critico nei confronti della posizione restrittiva assunta dalla Suprema Corte fu chi, nella sua magistrale opera, imputava alla Cassazione una sorta di <<ossessione nel non aprire la porta a cause di nullità>>: A. C. JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Tratt. dir. civ. it.* a cura di F. Vassalli, (Torino 1961), 124.

<sup>6</sup> Ben diversa è stata, invece, la strada intrapresa dal legislatore tedesco il quale ha gradualmente ridotto le ipotesi al cui ricorrere il matrimonio viene meno per cause riguardanti il momento della formazione dell'atto. Precedentemente all'entrata in vigore delle riforme del 1976 (*Ehereformgesetz*) e del 1998 (*Eheschließungsrechtsgesetz*), il BGB distingueva le cause di nullità (*Nichtigkeit* §§ 1323-1328) da quelle dell'impugnabilità (*anfechtbar* §§ 1331-1335) entrambe accomunate dalla cessazione degli effetti del matrimonio con effetto retroattivo. Oggi, invece, il BGB ha condensato le due figure nella comune ipotesi della invalidazione (*Aufhebung*) del matrimonio, i cui effetti si diversificano in ragione della gravità del vizio dell'atto e della buona o mala fede dei coniugi al momento della celebrazione (§ 1318 ss). Le relative cause sono tassativamente elencate dal BGB ed esse riguardano: l'emancipazione (*Ehemündigkeit* § 1303); l'incapacità d'agire (*Geschäftsunfähigkeit* § 1304); la bigamia (*Doppelehe* § 1306); la parentela (*Verwandschaft* § 1307); la dichiarazione personale (*Persönliche Erklärung* § 1311). Oltre ad esse, in precedenza sanzionate con la nullità, la legge prevede anche quella in cui un coniuge è stato indotto a contrarre matrimonio con raggiri dolosi (*durch arglistige Täuschung*) relativi a circostanze tali da farlo desistere, in caso di conoscenza dello stato di fatto e di una precisa ponderazione dell'essenza del matrimonio, dalla conclusione dello stesso. A differenza di quanto previsto dalla normativa previgente, è stato eliminato l'errore sulle qualità personali dell'altro coniuge il quale consente lo scioglimento del rapporto in via di divorzio, poiché tale aspetto attiene non alla fase formativa dell'atto bensì al rapporto. S. PATTI- M.G. CUBEDDU, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, (Milano 2008), 148.

<sup>7</sup> Così, nell'escludere l'applicazione del mutato art. 122 c.c. ai matrimoni celebrati prima della riforma, si esprimeva la Suprema Corte: "l'art. 122 c.c. del 1942, non ancora modificato dalla l. 19 maggio 1975 n. 151, deve essere interpretato nel senso che agli effetti della nullità del matrimonio acquista rilevanza solo l'errore sull'identità della persona e che è invece irrilevante quello sulle qualità personali dell'altro coniuge, anche se attinenti ai suoi attributi civili e sociali atti a qualificarne la personalità, qualora non influisca sull'identità fisica di esso. E', pertanto, irrilevante ai predetti fini l'errore sulle qualità personali dell'altro coniuge costituite dall'ignorare che lo stesso è omosessuale costituzionale": Cass. 24 novembre 1983, n. 7020, in *Dir. fam.*, 1984, 449.



questa ipotesi, prevede un'elencazione tassativa di fattispecie le quali sono interpretate dalla costante giurisprudenza nel senso che ad assumere rilievo non è la malattia in quanto tale<sup>8</sup> bensì l'esistenza della malattia prima del matrimonio (civile); la non conoscenza dell'esistenza della malattia prima del matrimonio; la rilevanza dell'affezione ai fini dello svolgimento della vita matrimoniale; l'influenza determinante sul consenso della non conoscenza dell'esistenza dell'infermità<sup>9</sup>.

Non è superfluo aggiungere che per quanto il range di rilevanza dell'errore risulti più ampio, da un punto di vista squisitamente processuale per un verso si pretende la prova di un elemento negativo<sup>10</sup> (non avrei dato il consenso se avessi conosciuto la malattia), per altro verso la legittimazione attiva spetta esclusivamente al coniuge caduto in errore<sup>11</sup>.

Aspetti dissimili offre la normativa canonistica che pur fondando sul consenso l'elemento costitutivo del matrimonio che, come atto interno e personale, deve essere liberamente e consapevolmente manifestato da entrambi i nubendi per realizzare il *consortium totius vitae* di cui al canone 1055, contempla esclusivamente ipotesi di nullità<sup>12</sup> (per quel che qui interessa, del matrimonio concordatario) caratterizzate però da un campo di applicazione ben più ampio rispetto a quelle interne.

Tra queste, particolare rilievo assume il canone 1095 del *Codex Iuris Canonici* (*incapacitas adsumendi onera coniugalia*) che consente di ricondurre ad unità ad esso tutte quelle innumerevoli fattispecie che nel corso degli anni la giurisprudenza ecclesiastica aveva, grazie ai progressi della scienza medica, di volta in volta individuato e che rimanevano, talvolta, prive di una loro esatta collocazione normativa.

Più precisamente il canone da ultimo indicato prevede l'incapacità di contrarre matrimonio per coloro che: 1) mancano di sufficiente uso di ragione; 2) difettano gravemente di discrezione di giudizio circa i diritti e i doveri matrimoniali essenziali da dare e accettare reciprocamente; 3) per cause di natura psichica, non possono assumere gli

---

<sup>8</sup> Cass., sez. I, 14 aprile 1994 n. 3508, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2186.

<sup>9</sup> Trib. Salerno, sez I, 26 settembre 2008 (inedita).

<sup>10</sup> Sulle difficoltà probatorie a ciò connesse, F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, Comm. SCIALOJA-BRANCA-GALGANO, (Bologna 1993), 151.

<sup>11</sup> A tal proposito il distacco rispetto alla disciplina contrattualistica è evidente, considerando che l'azione di annullamento del contratto non può essere "utilmente svolta, se la parte non caduta in errore offre all'errante la possibilità di eseguirlo <<in modo conforme al contenuto e alle modalità del contratto che quella intendeva concludere>>". F. GALGANO, *Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto*, Comm. SCIALOJA-BRANCA-GALGANO (Bologna-Roma 1998), 301.

<sup>12</sup> *Error, conditio, votum, cognatio, crimen, Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas, Si sis affinis...*, ricordando le memorabili parole che Don Abbondio, contando sulle dita, rivolse a Renzo ne *I Promessi Sposi*.



obblighi essenziali del matrimonio.

In forza dell'attuale formulazione, la giurisprudenza canonica non incontra difficoltà alcuna a rinvenire nel n. 3<sup>13</sup> il disturbo dell'omosessualità il quale, caratterizzantesi <<per un'insufficiente ricchezza spirituale che rende impossibile la propria donazione e la sincera accettazione dell'altra parte in modo da formare "una caro">> si oppone <<alla realizzazione dei fini del matrimonio, in particolare del bene dei coniugi e della educazione della prole>><sup>14</sup>

**3.** Nella costante giurisprudenza italiana l'omosessualità assume rilievo pressoché esclusivo in punto di responsabilità poiché il coniuge, mediante la propria condotta, traduce un vizio tipico dell'atto (omosessualità) in vizio del rapporto (relazione omosessuale).

Se tale conclusione sembra svuotare di importanza la riflessione che qui si sta tentando di sviluppare, è anche vero, come sottolinea una dottrina, che dietro questa affermazione si cela la presenza di un'aporìa in seno alla disciplina del matrimonio civile in quanto a rendere intollerabile la convivenza è la circostanza oggettiva dell'esistenza dell'inclinazione omosessuale prima ignota, non certo l'eventuale relazione extraconiugale la quale costituisce momento essenziale di un travagliato e faticoso processo di emersione della reale inclinazione sessuale<sup>15</sup>.

Questa idea merita un maggiore approfondimento.

In primo luogo, il tentativo di imputare la violazione di una regola di responsabilità ad un soggetto, l'omosessuale appunto, incapace di assumere l'obbligazione stessa<sup>16</sup> evoca uno dei temi più à la page del dibattito civilistico di questi ultimi anni, ossia quello relativo alla delimitazione dei confini esistenti tra regole di responsabilità e regole di validità.

Un tale accostamento potrebbe d'emblée apparire alquanto azzardato per due ragioni almeno: la prima è che il naturale campo di tensione del conflitto richiamato è il mercato il

---

<sup>13</sup> Una parte assai minoritaria della dottrina ritiene, invece, di poter ricondurre i casi di omosessualità al difetto di grave discrezione di giudizio a causa della mancanza della facoltà critica di autodeterminazione sufficiente a porre in essere una valida scelta matrimoniale. P. Silvestri, *La nullità del matrimonio canonico*, (Napoli 2003), 346.

<sup>14</sup> Vicariato Urbe 18 settembre 2002, in *Dir. eccl.*, 2004, II, 122.

<sup>15</sup> A. PLAIA, *Il comportamento omosessuale del coniuge tra invalidità del matrimonio, addebito della separazione e responsabilità endofamiliare*, in *Fam e dir.*, 2009, 569.

<sup>16</sup> Cfr. PLAIA, *Il comportamento omosessuale del coniuge cit.*, 569, che definisce un ossimoro la "infedeltà omosessuale".



quale, in virtù delle proprie caratteristiche, si colloca esattamente agli antipodi rispetto alla formazione sociale famiglia; la seconda è rappresentata dall'asserito tramonto del tradizionale principio della non interferenza tra le regole appena richiamate<sup>17</sup>.

In realtà, è proprio dalla *Mischung* tra questi due elementi che pare possibile superare l'impasse innanzi alla quale si trova l'ermeneuta nell'indagare la questione in esame, previo inquadramento degli interessi delle parti.

Il mercato rappresenta uno spazio che abbisogna della regolazione giuridica in quanto risulta dominato dal mutevole rivelarsi e comporsi degli interessi individuali<sup>18</sup> rispetto ai quali la stipula del contratto realizza una sorta di tregua consensuale con la quale entrambe le parti rinunziano a qualcosa in favore dell'altra.

Se questa rinuncia è biunivoca, nulla quaestio, ma se è solamente unilaterale, e più in particolare avviene solo a sfavore della parte munita di un complesso di informazioni inferiori rispetto a quelle di cui dispone l'altra, ecco che troverà spazio la tutela risarcitoria del danno subito nella fase antecedente e/o successiva la stipulazione del contratto valido.

Ben diversamente accade nel matrimonio, dove l'interesse di entrambi i nubendi coincide con il fine perseguito, ossia quello di creare una famiglia orientata alla procreazione della prole, con il risultato che al verificarsi di uno dei vizi di invalidità tipicamente previsti dalle legge, il venir meno dell'atto travolge in toto il consequenziale rapporto.

L'esito così raggiunto testimonia, allora, la necessità di recuperare l'autonomia tra regole di validità come regole dell'atto e regole di responsabilità come regole del rapporto, tutte le volte in cui la fattispecie fuoriesce dalla logica tipicamente mercantile riguardando un conflitto tra "interessi convergenti".

Nel diritto di famiglia, dunque, la dicotomia è e deve rimanere molto netta, dal momento che l'invalidità non è, come invece l'addebito, strumento di reazione a comportamenti contrari "ai doveri che derivano dal matrimonio", ma risponde a condotte che mal si acconciano, a differenza di ciò che accade nel contratto, a poter essere traggettate sull'opposto versante della responsabilità.

#### 4. La tassatività che accompagna il regime delle invalidità matrimoniali si riflette

---

<sup>17</sup> Cfr. Cass. S.U. 19 dicembre 2007 n. 26725, in *Giur. it.*, 2008, 347 con nota di G. COTTINO, La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni Unite: chiose, considerazioni, e un elogio dei giudici, nonché, più recentemente, Cass. 8 ottobre 2008 n. 24795, in *Foro it.*, 2009, 440, con nota di E. SCODITTI, Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione.

<sup>18</sup> N. IRITI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, 5..



anche sul rilievo assunto da quelle cause di incompatibilità rispetto all'ordine pubblico – che rappresenta l'unico limite alla procedura di delibazione - che precludono ad una sentenza ecclesiastica di acquisire efficacia nell'ordinamento interno.

Sotto tale aspetto la giurisprudenza distingue le incompatibilità tra assolute e relative: mentre le prime attengono il caso in cui i fatti posti a fondamento della pronuncia di cui è chiesta l'esecutività non sono in alcun modo assimilabili a quelli che in astratto potrebbero avere rilievo o effetti analoghi in Italia; le seconde, invece, ricorrono quando le statuizioni contenute nella sentenza da delibare sono in grado di individuare una fattispecie almeno assimilabile a quelle interne con effetti simili.

Ebbene, data questa sommaria distinzione, ad impedire l'esecutività in Italia sono solo le incompatibilità assolute che si traducono nella lesione dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale<sup>19</sup>, laddove quelle solamente <<relative sono superabili per il peculiare impegno che lo Stato italiano si è impegnato con la Santa Sede a dare a tali pronunce<sup>20</sup>>>.

Se allora il filtro dell'ordine pubblico si mostra pienamente confacente alla necessità di evitare l'ingresso di vizi estranei alla ratio che governa la disciplina del matrimonio civile, ben diverso è il problema riguardante il matrimonio come rapporto, rispetto al quale, trattandosi di disciplina meramente interna, la questione non riguarda una possibile concorrenza tra ordinamenti, ma interessa l'interpretazione giudiziale dell'art. 151 c.c., ai sensi del quale la separazione può essere chiesta <<quando si verificano, anche indipendentemente dalla volontà di uno o di entrambi i coniugi, fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio all'educazione della prole>>.

A differenza di quanto previsto dal codice prima della riforma del 1975 – che ammetteva la separazione solo in relazione a fattispecie tipiche tutte caratterizzate dalla individuazione della colpa dell'altro coniuge- la normativa vigente, che costituisce l'espressione di una mutata concezione sociale, assegna a ciascun coniuge la possibilità di richiedere la separazione a prescindere da eventuali responsabilità o colpe, eliminando così qualsiasi carattere sanzionatorio.

Proprio partendo da quest'ultimo assunto e dopo aver premesso che la separazione dei coniugi ben può fondarsi su una situazione di disaffezione e di distacco spirituale di una sola delle parti e ciò a prescindere da <<qualsivoglia elemento di addebitabilità<sup>21</sup>>>, la

---

<sup>19</sup> Corte Cost., 2 febbraio 1982 n. 18, in Foro it., 1982, I, 934.

<sup>20</sup> Cass. S.U. 18 luglio 2008 n. 19809, cit., 3138.

<sup>21</sup> Cass. 14 febbraio 2007 n. 3356, in Fam. e dir., 2008, 26, con nota di M. E. La TORRE, Perdita



giurisprudenza di legittimità è giunta ad affermare che, in conformità ai principi costituzionali espressi dagli artt. 2 e 29 Cost., deve essere garantito a ciascun coniuge il diritto costituzionalmente fondato di ottenere la separazione personale<sup>22</sup>.

Giunti a tal punto, la corretta applicazione degli istituti finora richiamati suggerisce il ricorso ad una distinzione che, al di là delle pronunce rese dalla giurisprudenza ecclesiastica<sup>23</sup> ricorre nei più recenti contributi scientifici i quali distinguono, in base al comportamento sessuale tenuto, il potenziale protagonista in due grandi tipologie: l'omosessuale costituzionale (omosessualità genuina) e l'omosessuale occasionale (omosessualità da situazione<sup>24</sup>), dal momento che è solo il primo a possedere una variante naturale del comportamento sessuale umano<sup>25</sup> tale da impedirgli di raggiungere, tramite il matrimonio, il fine modo humano in quanto spinto da una congenita tendenza primaria verso il proprio sesso<sup>26</sup>.

E' in quest'ultimo caso, ossia quando l'omosessuale non è in grado di identificarsi all'interno della dimensione personale dell'unione matrimoniale<sup>27</sup>, che si è in presenza di un vizio incidente sulla validità dell'atto-matrimonio che, di conseguenza, potrà essere fatto valere, in caso di matrimonio civile, ai sensi dell'art. 122 c.c. n. 1)<sup>28</sup>, e, in caso di matrimonio concordatario, ai sensi del canone 1095 n. 3, laddove per l'omosessualità occasionale l'eventuale relazione posta in essere finisce col tradursi in una mera violazione dell'obbligo di fedeltà inteso dalla recente giurisprudenza come "impegno a non tradire la fiducia reciproca ovvero di non tradire il rapporto di dedizione fisica e spirituale tra i coniugi che dura quanto dura il matrimonio e non deve essere intesa soltanto come astensione da relazioni sessuali extraconiugali<sup>29</sup>".

---

dell'affectio coniugalis e diritto alla separazione.

<sup>22</sup> Cass. 9 ottobre 2007 n. 21099, in Giust. civ., 2008, 673.

<sup>23</sup> E anche interna: cfr. Cass. 24 novembre 1983 n. 7020, cit..

<sup>24</sup> Il Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-IV) ha, a partire dal 1973, eliminato l'omosessualità dalle categorie diagnostiche di disturbo mentale.

<sup>25</sup> Secondo la definizione adottata, a partire dal gennaio 1993, dall'Assemblea Generale della Organizzazione Mondiale della Sanità.

<sup>26</sup> Sacra Rota, 19 dicembre 1994, in Ius eccl., 1996, 601.

<sup>27</sup> L. MAI, "Atti contro natura" e matrimonio canonico, in Il dir. eccl., 2007, 254.

<sup>28</sup> App. Milano 8 febbraio 2000 "perché il matrimonio nel nostro ordinamento, non consente all'omosessuale la pratica delle sue tendenze in costanza di legame matrimoniale con persona dell'altro sesso, nè può definirsi discriminatorio un trattamento normativo che altro non fa se non regolare il vincolo nei modi opportuni e necessari non essendovi spazio di tutela giuridica per pulsioni omosessuali contro la famiglia ed al suo interno".

<sup>29</sup> Cass. 18 settembre 1997 n. 9287, in Fam. e dir., 1998, 10.



Ne consegue, dunque, che le cause proprie della validità dell'atto-matrimonio non sono in alcun modo idonee a poter assumere contemporaneamente rilievo quali regole di responsabilità sul rapporto instaurato e non sono pertanto azionabili come cause di addebito o, addirittura, di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c.<sup>30</sup>.

5. E' noto che la progressiva commistione tra regole di validità e regole di responsabilità determina l'insorgere di questioni interpretative differenti in relazione all'angolo di visuale adottato: o si tratta del possibile ingresso di cause di invalidità ulteriori rispetto a quelle previste dal legislatore<sup>31</sup>, ovvero dell'ammissibilità di una sanzione risarcitoria nonostante la validità del contratto<sup>32</sup>.

In questa sede, però, la necessità di oltrepassare la rigidità di talune categorie normative in modo da far penetrare la vita nelle pieghe del diritto riconoscendo il giusto rilievo alla corretta composizione di interessi in concorso tra loro<sup>33</sup> legittima un richiamo a quella giurisprudenza<sup>34</sup> che tenta di assicurare, tramite il richiamo all'elemento soggettivo, la compatibilità del matrimonio rispetto alle categorie del diritto generale.

Un tipico esempio è dato da quella sentenza in occasione della quale la Suprema Corte<sup>35</sup> ha cassato la pronuncia di secondo grado che aveva addebitato la separazione alla moglie a causa dei suoi tradimenti coniugali, ritenendo che la valutazione della condotta da questa posta in essere non potesse prescindere da quella del marito il quale, nel caso specifico, non aveva informato, prima delle nozze, la coniuge della propria incapacità generandi.

L'ingresso del consenso matrimoniale informato come elemento rilevante, trova il suo campo di elezione nella materia della delibazione di sentenze ecclesiastiche per esclusione dei c.d. bona matrimonii.

---

<sup>30</sup> App. Brescia 7 marzo 2007, in Resp. civ. e prev., 2008, II, 2073, secondo cui "la mera violazione del dovere di fedeltà coniugale, pur se perpetrata con la instaurazione di una relazione omosessuale, non è fonte di responsabilità da atto illecito; la stessa, pertanto, non può dar luogo a pronuncia di risarcimento del danno esistenziale".

<sup>31</sup> M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, 1 ss.

<sup>32</sup> G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 1ss.

<sup>33</sup> V. SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, Riv. dir. civ., 2007, 843.

<sup>34</sup> "L'atteggiamento di ostilità, più o meno velata, nei confronti dell'omosessualità, è ormai frutto di meri stereotipi pseudoculturali, espressione di moralismo, e non di principi etici condivisi". Così, Trib. Napoli 28 giugno 2006, in *Corriere del mer.*, 2006, 984.

<sup>35</sup> Cass., sez. I, 13 marzo 2009 n. 6697, in *Guida al dir.*, 2009, 26, con nota di F. FINOCCHIARO.



In questa particolare ipotesi la dichiarazione di esecutività civile postula che la divergenza fra volontà e dichiarazione sia stata manifestata all'altro coniuge, ovvero che questi l'abbia in concreto conosciuta, o che la mancata conoscenza sia imputabile a sua negligenza, perché nel caso opposto, ossia quando la simulazione unilaterale non è conosciuta o conoscibile, la sentenza non è delibabile ostandovi l'ordine pubblico italiano <<nel cui ambito deve essere compreso l'essenziale principio di tutela della buona fede e dell'affidamento incolpevole>><sup>36</sup>.

Affiora dunque, e ciò in conformità alla disciplina dettata in tema di matrimonio putativo, la necessità di distinguere l'omosessuale c.d. costituzionale a seconda che sia o meno consapevole della propria identità.

Nella prima ipotesi, infatti, la disciplina positiva offre un'alternativa: l'esercizio dell'azione di annullamento, con conseguente applicazione della normativa sul matrimonio putativo di cui all'art. 129 bis c.c. (il quale, com'è noto, prevede l'attribuzione di un'indennità <<anche in mancanza di prova del danno sofferto<sup>37</sup>>>), ovvero la separazione giudiziale, l'addebito ed il diritto al risarcimento del danno subito (questi ultimi a condizione che ne venga fornita la prova) e ciò, si badi, non per l'omosessualità in sé, bensì a causa della violazione dell'obbligo di lealtà inteso dalla costante giurisprudenza come obbligo di comunicare ogni circostanza idonea a compromettere la comunione materiale e spirituale alla quale il matrimonio è rivolto<sup>38</sup>.

In tal caso, infatti, mentre l'omosessualità è in grado di rilevare direttamente rispetto all'atto e di riflesso rispetto al rapporto-matrimonio, consentendo l'attivazione, sempre in

---

<sup>36</sup> Cass. S. U., 6 dicembre 1985 n. 6128, in *Giust. civ.*, 1986, I, 707. L'assoluta priorità di codesto principio in quanto strumento di tutela del coniuge ignaro, trova altresì conferma in quella recente sentenza che ha ammesso la delibazione di una sentenza di nullità matrimoniale quando, nonostante l'esclusione dei bona matrimonii sia rimasta inespressa nella sfera psichica del suo autore senza essere conosciuta o conoscibile dall'altro coniuge, quest'ultimo chieda la declaratoria di esecutività della sentenza. Cass. 25 giugno 2009 n. 14906 (inedita). Da ultimo cfr. Cass. 20 gennaio 2011, n. 1343.

<sup>37</sup> Cfr. L. NIVARRA-G. PALMERI, *Il matrimonio putativo e il matrimonio dichiarato nullo*, in *Tratt. Rescigno*, II, 1999, 992.

<sup>38</sup> Cass. 10 maggio 2005 n. 9801, in *Giur. it.*, 2006, 691. La consapevolezza del proprio essere omosessuale pone la moglie ignara in una situazione per certi versi analoga a quella in cui si trova la parte non inadempiente nell'ambito di un contratto a prestazioni corrispettive, in quanto quest'ultima è chiamata a scegliere fra due rimedi tra loro strutturalmente incompatibili: recesso e ritenzione della caparra confirmatoria da una parte e azione di risoluzione e risarcimento del danno dall'altra. Cass. S.U. 14 gennaio 2009 n. 553, in *Red. Giust. civ. Mass.*, 2009, 1. Applicando tale principio al diritto di famiglia ne consegue che nel caso di sostanziale uguaglianza patrimoniale tra i coniugi, qualora la moglie decida di agire in sede di separazione ma non riesca a dare la prova del danno ingiusto subito, non potrà successivamente chiedere l'annullamento e l'indennità ex art 129 bis c.c..



via alternativa, di entrambi i rimedi, diversamente accade nel caso opposto ove a fronte dell'inconsapevolezza dell'omosessualità del marito, la moglie potrà richiedere solamente l'invalidità del matrimonio con conseguente applicazione, stante la buona fede, dell'art. 129 c.c..

Ne discende, allora, che la sede propria in cui si colloca la tutela dell'affidamento incolpevole rispetto ad entrambi i nubendi non si rintraccia sul versante della responsabilità bensì, come mostra la giurisprudenza da ultimo citata, esclusivamente su quello dell'invalidità<sup>39</sup>.

In questo modo è l'elemento della buona fede<sup>40</sup> che evita il formarsi di un curioso jumping tra le due regole, con la conseguenza che la moglie, scoperta l'omosessualità ignota al marito, una volta decaduta dal termine annuale previsto per l'esercizio dell'azione non potrà far traslare un vizio proprio dell'atto all'interno del rapporto<sup>41</sup>.

Affinché si possa assicurare il trapasso dal piano meramente teorico a quello concreto, diviene dunque determinante l'attività del giudice<sup>42</sup> il quale, per l'accoglimento della domanda di separazione, <<deve verificare, in base ai fatti obiettivi emersi, ivi compreso il comportamento processuale delle parti, l'esistenza di una condizione di disaffezione al matrimonio<sup>43</sup>>>.

Il giudizio in tema di separazione si sviluppa intorno ad un'organica e complessiva valutazione dei fatti nel quadro unitario dell'indagine probatoria ed è proprio da questo punto di vista che di assoluto pregio si mostra quella giurisprudenza che, in un caso di

---

<sup>39</sup> Sottolinea la giurisprudenza che <<non sussiste ostacolo alla delibazione della sentenza nel caso in cui il coniuge che ignorava, o non poteva conoscere, il vizio del consenso dell'altro coniuge chieda la dichiarazione d'esecutività della sentenza ecclesiastica da parte della Corte d'appello>>, Cass. 28 gennaio 2005 n. 1822, in Giust. civ. Mass., 2005, 1.

<sup>40</sup> La necessaria valorizzazione dell'elemento soggettivo è incidentalmente sottolineata anche da PLAIA, Il comportamento omosessuale del coniuge cit., 569, nella parte in cui afferma che è <<l'inclinazione omosessuale prima ignota a rendere la convivenza intollerabile>> (corsivo nostro).

<sup>41</sup> Il richiamo alla relazione omosessuale quale violazione dell'obbligo di fedeltà e, quindi come fonte dell'attribuzione alla moglie del diritto all'addebito della separazione (App. Brescia 05 giugno 2007, in Giur. it., 2008, 897, con nota di E. FALLETTI, Infedeltà coniugale omosessuale con addebito ma senza danno esistenziale), non è convincente poiché è pur sempre la (traumatica) scoperta dell'omosessualità che costituisce il vero e unico motivo fondante la separazione. A non diverso esito si perviene alla luce delle intrinseche caratteristiche dell'omosessualità costituzionale, visto che mentre l'infedeltà eterosessuale potrebbe anche essere occasionale, diversamente accade per la relazione posta in essere dall'omosessuale costituzionale in specie quando costui abbandona la casa coniugale per andare a vivere con il proprio amante.

<sup>42</sup> Ne sottolinea il "ruolo cruciale" E. CAMILLERI, Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European Tort Law, in Eur. e dir. priv., 2010, 145 ss..

<sup>43</sup> Cass. 9 ottobre 2007 n. 21099, cit..



addebito promosso dal marito per violazione dell'obbligo di fedeltà da parte della moglie, ha negato a quest'ultima la possibilità di invocare a parziale esimente della propria condotta la circostanza che il marito fosse affetto da impotentia generandi poiché è <<estremamente singolare che la moglie, pur avendo a disposizione il rimedio -radicale e tranchant-dell'impugnazione del matrimonio sulla base della norma di cui all'art. 122 c.c.>> non se ne era avvalsa nell'anno successivo alla scoperta<sup>44</sup>

In tal modo facendo, ossia attribuendo alla moglie la possibilità di far valere il vizio dell'omosessualità costituzionale inconsapevole tramite la domanda di separazione, si finisce con il legittimare un esercizio del diritto che fuoriesce dalla propria sfera di appartenenza e che si pone in contrasto con gli scopi etici e sociali per cui quello stesso diritto è riconosciuto e protetto dall'ordinamento giuridico positivo.

In sostanza, il diritto camuffato sotto le mentite spoglie di quella disaffezione coniugale unilaterale rilevante in giurisprudenza presenterebbe tutti i connotati per poter configurare un'ipotesi di abuso<sup>45</sup> che, come tale, è meritevole di essere sanzionato con il mancato raggiungimento dello scopo perseguito, scopo qui costituito dalla separazione e, soprattutto, dai tanto ambiti effetti patrimoniali.

## 6. Chiosa a chiusa<sup>46</sup>

A confermare la necessità di un'adeguata valorizzazione della inconsapevolezza della propria identità al momento della celebrazione del matrimonio, al fine di escludere l'applicazione di una regola di responsabilità, si colloca anche il dato strettamente positivo previsto dall'art. 1338 c.c., secondo cui al fine di poter invocare la tutela risarcitoria a seguito della dichiarata invalidità del contratto è necessario che la parte che vi abbia dato causa ne fosse a conoscenza<sup>47</sup>.

Considerando che l'addebito costituisce, seppur in senso lato, una sorta di sanzione per la violazione dei doveri matrimoniali in quanto esplica i suoi effetti sui rapporti patrimoniali e successori tra i coniugi, non sarà dunque possibile invocarlo qualora

---

<sup>44</sup> App. Firenze 8 marzo 2005 n. 500 (inedita).

<sup>45</sup> Cfr. C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, (Milano 2007), 1 ss.

<sup>46</sup> Così, a chiusura di un'appassionante querelle, ebbe ad esprimersi G. Branca, *Chiosa a chiusa*, in *Foro it.*, V, 1970, 145.

<sup>47</sup> Del resto, la giurisprudenza ritiene in contrasto con l'ordine pubblico interno e quindi non delibabile, la sentenza di nullità resa per esclusione del bonum fidei qualora detta esclusione "sia rimasta, inespresa, nella sfera psichica del suo autore, senza manifestarsi all'altro coniuge, alla stregua dell'inderogabile principio della tutela della buona fede e dell'affidamento incolpevole" Cass. 28 marzo 2001 n. 4457, in *Il dir. eccl.*, 2001, 251.



l'omosessuale non sia consapevole della propria identità al momento della manifestazione del consenso: insomma, non è il danno che obbliga al risarcimento, bensì la colpa<sup>48</sup>.

In conclusione, dunque, non è solo la coppia omosessuale in sé e per sé a meritare, in quanto “forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione<sup>49</sup>”, tutela dall’ordinamento, ma anche colui che, scoperta l’omosessualità in costanza di un matrimonio eterosessuale, decida di far emergere il proprio io senza, per ciò soltanto, incappare nel rischio di dover subire ricadute in punto di responsabilità che ad altra conseguenza condurrebbero se non a tacere e a stare sulla riva del fiume ad aspettare.

---

<sup>48</sup> R. v. JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jherings Jahrbucher*, 4, 1861. Da questo punto di vista ha dunque ragione quella dottrina che, al pari della costante giurisprudenza (da ultimo Trib. Venezia 14 maggio 2009, in *Danno e resp.*, 2010, 187, con nota di A. D’ANGELO), subordina l’accesso al rimedio risarcitorio alla prova che il comportamento contrario ai doveri ex art. 143 c.c. presenti il requisito soggettivo del dolo o della colpa (grave). Camilleri, *Illeciti endofamiliari*, cit., 205.

<sup>49</sup> Corte Cost. 15 aprile 2010, n. 138, cit..