

Lo scioglimento automatico del matrimonio a seguito di rettifica di sesso nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale: "soluzione obbligata" o pilatesca?*

di Sira Grosso **
(12 maggio 2014)

Sommario: 1. Il caso e i profili costituzionali coinvolti 2. La normativa in tema di scioglimento del matrimonio in seguito alla sentenza di rettificazione di sesso: orientamenti dottrinali 2.1. segue: interpretazione della Corte di cassazione 3. Le criticità riscontrabili nel ragionamento della Corte 4. I possibili esiti del giudizio della Corte costituzionale: l'inammissibilità 4.1. L'infondatezza 5. Alcune conclusioni interlocutorie 6. Postilla: la "consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio" e lo strappo nel cielo di carta.

1. Il caso e i profili costituzionali coinvolti

La vicenda da cui ha avuto origine l'ordinanza in analisi riguarda una coppia unita in matrimonio, in cui uno dei coniugi, a seguito del cambiamento di sesso, aveva ottenuto sentenza di rettificazione di genere con l'ordine per l'ufficiale di stato civile di effettuare la medesima rettificazione all'atto di nascita. L'ufficiale dello stato civile, tuttavia, annotava l'avvenuta modificazione non solo sull'atto di nascita, ma anche su quello di matrimonio, aggiungendovi la dicitura indicante la cessazione automatica degli effetti civili del matrimonio. Contro tale annotazione i coniugi, intenzionati a mantenere il vincolo matrimoniale, ricorrevano al Tribunale di Modena¹, adducendo che la trascrizione fosse inefficace e illegittima. Secondo i ricorrenti, la cessazione degli effetti del vincolo coniugale, infatti, avrebbe dovuto essere pronunciata con sentenza emessa a seguito di procedimento divorzile attivabile, come per tutte le cause che ammettono al divorzio, *solo su domanda di parte*. Gli attori istavano, dunque, per la cancellazione giudiziale della predetta annotazione effettuata dall'ufficiale di stato civile sull'atto di matrimonio, ritenuta illegittima.

Mentre in primo grado il ricorso viene accolto, il giudice del gravame² ribalta il provvedimento di primo grado, ritenendo legittima, dunque, l'impugnata trascrizione. Giunta alla Corte di cassazione, la stessa sottopone al giudice delle leggi la questione di costituzionalità della disposizione di legge che prevede la cessazione automatica degli effetti del matrimonio a seguito di rettificazione di sesso da parte di uno dei due coniugi.

Più in particolare, secondo la Suprema corte, l'automatico scioglimento del matrimonio violerebbe l'art. 3 Cost., per l'ingiustificata disparità di regime giuridico che si realizzerebbe tra l'ipotesi di scioglimento operante *ex lege*, nel caso di rettificazione di sesso e le altre ipotesi previste dalla norma che regola il divorzio, operanti, invece, solo su domanda di uno dei coniugi³.

Sarebbero altresì violate, secondo il medesimo giudicante, le norme ex art. 2 e 29 Cost. e, in qualità di norme interposte, ai sensi degli artt. 10 e 117 Cost., le norme ex artt. 8 e 12 CEDU, sotto il profilo della lesione, ad opera dell'ingerenza statale, del diritto alla vita privata e familiare; nei casi di scioglimento *ope legis* del matrimonio, infatti, il soggetto verrebbe a trovarsi privato di un diritto fondamentale della persona quale quello al mantenimento dello *status* coniugale.

* Scritto sottoposto a *referee*. La pronuncia della Corte costituzionale sull'ordinanza in analisi è prevista per il 10.6.2014.

¹ Trib. Modena 28.10.2010, in *Fam.pers.Succ.*, 2011, 72 con nota di COSTANZO.

² App. Bologna, 18.5.2011, in *Fam.pers.succ.* 2011, 629 ss. e in *Fam. e dir.* 2012, 739 con nota di SPANGARO.

³ Per un commento dell'ordinanza cfr. PATTI, *Un ben motivato rinvio alla Corte costituzionale in materia di divorzio "automatico" della persona transessuale*, in *Corr.giur.*, 1526 ss.; SCHUSTER, *Quid est matrimonium? Riattribuzione del genere anagrafico e divorzio*, in *Nuov.giur.civ.comm.*, 33ss.

Sempre secondo il rimettente, infine, verrebbe leso il diritto di difesa ex art. 24 Cost., in quanto, esclusa la necessità che la produzione *ex lege* dell'effetto solutorio derivi da una sentenza giurisprudenziale, verrebbe precluso ad entrambi i coniugi di opporsi allo scioglimento del vincolo coniugale.

Obiettivo del presente lavoro è quello di saggiare se, ai fini della tutela delle ragioni dei ricorrenti, ritenute dallo stesso rimettente di rilievo costituzionale, il rinvio degli atti al giudice delle leggi fosse un'opzione senza alternative, oppure se, invece, vi fossero altre vie rimaste inesplorate. Ulteriore scopo dell'analisi è provare ad indagare sui possibili esiti del giudizio in seno al giudice delle leggi.

2. La normativa in tema di scioglimento del matrimonio in seguito alla sentenza di rettificazione di sesso: orientamenti dottrinali

Prima di procedere all'analisi dell'ordinanza della Suprema Corte, è opportuno scandagliare sia la normativa che riguarda gli effetti della sentenza di rettifica di sesso sulla sussistenza del vincolo matrimoniale, sia i relativi orientamenti interpretativi.

Sotto questo profilo l'attenzione cade anzitutto sull'art. 4 l. 14.4.1982, n. 164, che dispone che "La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso (...) provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso. Si applicano le disposizioni del codice civile e della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni".

Va altresì presa in considerazione la l. 1.12.1970, n. 898 (d'ora in poi l.div.), così come modificata dalla l. 6.3.1987, n. 74. In seguito a tale intervento l'art. 3 n. 2, lett. g) della stessa legge prevede che, nel caso in cui sia passata in giudicato la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso a norma della l. 164/1982 cit., lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio "può essere domandato da uno dei coniugi".

In sintesi, secondo la normativa vigente in tema di rettifica di sesso di uno dei coniugi, mentre l'art. 4, l. 164/1982 prevede lo scioglimento *ope legis* del matrimonio, diversamente, secondo la l.div., essendo necessaria la domanda di uno dei due coniugi, viene ammessa la possibilità del permanere del vincolo.

Evidente, pertanto, l'antinomia legislativa per superare la quale in dottrina si sono registrati due opposti filoni interpretativi⁴.

Secondo un primo indirizzo⁵, la lettera dell'art. 4, l. 164/1982, che prevede lo scioglimento automatico del matrimonio, sarebbe superata dall'intervento operato dalla l. n. 74/1987 sulla l.div. Tale modifica, infatti, veicolata da una *lex posterior*, avrebbe tacitamente abrogato la normativa precedente. Pertanto, per l'orientamento in questione, lo scioglimento del matrimonio a seguito di passaggio in giudicato di sentenza di rettificazione di sesso sarebbe subordinato alla domanda di parte.

Altri Autori⁶, invece, ponendo l'accento sul fatto che le due norme – art. 4, l.

⁴Nonostante, per ragioni di sintesi, si siano evidenziate nel testo unicamente le norme che fanno direttamente riferimento allo scioglimento automatico del matrimonio, nella questione di nostro interesse vanno richiamate anche, le norme ex artt. 453 cc. e 102 dPR 396/2000 che stabiliscono che le annotazioni su un atto già iscritto nei registri non possano essere compiute che in forza di legge o di una sentenza. Su tale normativa il giudice di prime cure aveva fondato l'accoglimento delle ragioni dei ricorrenti, avendo constatato che, in assenza di una legge o di un provvedimento dell'autorità giurisdizionale che legittimasse l'annotazione di scioglimento del matrimonio effettuata dall'ufficiale giudiziario, la stessa fosse nulla per carenza di potere.

⁵ CIPRIANI- QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, Napoli, 1988, GIUSTI, *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, sub art. 7, in *Nuove leggi civili commentate*, 1987, 82 ss; MANTOVANI, sub. Art. 3 lett. g), l. 898/1970, in *Comm. Dir. it. fam.*, a cura di CIAN, OPPO, TRABUCCHI, VI, I, Padova, 1992, 251; BONILINI, *La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso a norma della l. 164/1982*, in *Lo scioglimento del matrimonio*, a cura di BONILINI e TOMMASEO, *Comm. Schlesinger*, Milano 2004, 276 e 2010, 299.

⁶ FINOCCHIARO, *Matrimonio civile. Formazione, validità, divorzio*, Milano, 1989, 106; BIANCA, *Diritto civile*, II, Milano, 272; CILIBERTI, *La rettifica di attribuzione di sesso: aspetti giuridici*, in *Dir.fam.* 2001, 364; PATTI, *Verità e stato giuridico della persona*, in *Riv.dir.civ.*, 1988, 245 ss; LA TORRE, *La rettificazione di attribuzione di sesso. Il dato*

164/1982 e art. 3, n. 2 lett. g) l. div. - si richiamano⁷ reciprocamente, hanno ritenuto che la volontà legislativa fosse nel senso di un coordinamento tra le stesse, escludendo, pertanto la possibilità che la legge successiva realizzasse un effetto abrogativo. In vista di tale coordinamento, secondo l'orientamento in esame, la disposizione prevalente sarebbe quella coerente con una lettura di sistema delle norme riguardanti il matrimonio. A tale proposito, la dottrina in questione, considerata la necessaria eterosessualità sottesa all'istituto matrimoniale nel nostro ordinamento, sottolinea l'inconcepibilità della protrazione degli effetti di un matrimonio tra persone dello stesso sesso. Da qui la tesi dello scioglimento automatico del matrimonio del transgender.

2.1. segue: interpretazione della Corte di cassazione

Dato atto del contrasto interpretativo, bisogna ora dare conto della soluzione ermeneutica prescelta dai giudici di legittimità e delle relative motivazioni.

L'ordinanza in esame ritiene nello specifico di accogliere l'orientamento in base al quale la rettificazione di sesso provochi un automatico effetto solutorio del matrimonio in precedenza contratto.

A tale proposito nell'ordinanza in analisi si legge che "Come agevolmente riscontrabile dall'esame della novella e dalla lettura della relazione illustrativa, con la l. n. 74 del 1987, non è stata operata alcuna innovazione rispetto al *sistema preesistente in ordine ai modelli familiari, non essendo questa la finalità dell'intervento legislativo* (corsivo aggiunto), né si è proceduto ad una radicale modifica dei casi di scioglimento del matrimonio. La novella appare finalizzata alla razionalizzazione del sistema preesistente (...). Non può, conseguentemente, farsi discendere da un intervento normativo avente una finalità inequivocamente così circoscritta il risultato di una *modifica (...) dei modelli matrimoniali preesistenti, come si verificherebbe accogliendo l'opzione interpretativa indicata dalle parti ricorrenti* (corsivo aggiunto). (...) Si deve logicamente ritenere che questa sia *l'unica interpretazione logicamente e sistematicamente desumibile dal sistema dei modelli matrimoniali codificato nel nostro ordinamento* (corsivo aggiunto) e dalla complessiva *ratio* della L. n. 164 del 1982, interamente ispirata dall'esigenza di favorire la corrispondenza tra soma e psiche (...) *senza modificare il preesistente regime giuridico dei rapporti coniugali*".

Secondo la Cassazione, inoltre, la soluzione prescelta sarebbe corroborata dall'art. 31, d.lgs 150/2011 che, confermando l'art. 4 l. 164/82, prevede che la rettificazione determina lo scioglimento della cessazione degli effetti civili del matrimonio⁸. I giudici di legittimità, pur ritenendo che la nuova norma non possa essere applicata, *ratione temporis*, alla fattispecie dedotta nel presente giudizio, in quanto successiva, ne fanno tuttavia discendere un argomento a favore dell'interpretazione sostenuta.

In sintesi, secondo la Cassazione l'opzione dello scioglimento *ope legis* del vincolo matrimoniale costituirebbe per l'interprete, come essa stessa afferma, una "*soluzione obbligata*". E ciò perché mentre, da un lato, la l. 164/1982 non modificherebbe il preesistente regime giuridico dei rapporti matrimoniali, vale a dire il coniugio esclusivo tra uomo e donna, dall'altro la l. 74/1987 non avrebbe in alcun modo operato, rispetto al preesistente sistema, innovazioni tali da far ritenere che, in ragione della necessità della domanda di parte per lo scioglimento del matrimonio, nel nostro ordinamento possa,

normativo e i problemi ermeneutici, in Tratt. Zatti, I, 2, 2002, 1193; PALADINI, in AAVV, *Diritto privato*, Torino, 2005, 1012.

⁷ Si ricorda che la previsione di cui all'art. 4 cit. è oggi contenuta nell'art. 31, d.lgs. 150/2011 come nota SPANGARO, *Coniugi "diventati" dello stesso sesso e "divorzio automatico"*, in *Fam e dir.*, 2012, 744.

⁸ Per la posizione registratasi in dottrina che la nuova norma, in quanto *lex posterior*, abroghi, a sua volta, la l. 74/1987, v. BONILINI, *Rettificazione di attribuzione di sesso e scioglimento automatico del matrimonio ai sensi dell'art. 31 d.lgs 150/2011*, in *Fam.pers.succ.*, 2011, 808, che sottolinea come il verbo utilizzato "determina" anziché provoca avrebbe addirittura rafforzato il significato dell'automaticità dell'effetto solutorio

sebbene in casi circoscritti, sussistere il mantenimento del vincolo matrimoniale tra persone dello stesso sesso.

Una volta indicata la via ermeneutica che l'interprete è costretto a seguire, la Suprema Corte, ritenendo che la normativa così come da essa interpretata si ponga in contrasto con le norme della Carta fondamentale, solleva la questione di costituzionalità.

3. Le criticità riscontrabili nel ragionamento della Corte

Per evidenziare eventuali profili critici della sentenza e saggiare i possibili sviluppi dell'ordinanza in seno al giudizio della Corte costituzionale, deve verificarsi se l'interpretazione resa dai giudici di legittimità fosse veramente una "soluzione obbligata".

Tale questione, infatti, assume il massimo rilievo se solo si consideri che, come è noto, la giurisprudenza della Corte costituzionale è ormai granitica nel ritenere che una questione di costituzionalità debba essere sollevata solo se non siano possibili altre letture della disposizione impugnata che valgano a superare i dubbi di costituzionalità. A tale proposito è richiesto al giudice rimettente di dare dimostrazione di avere sperimentato ed escluso questa possibilità, pena l'inammissibilità della questione⁹. Secondo il giudice delle leggi, infatti, anche il giudice ordinario ha "il dovere di verificare se la norma sia suscettibile di una interpretazione conforme a Costituzione, potendo sollevare questione di legittimità costituzionale solo dopo avere accertato che è *impossibile seguire un'interpretazione costituzionalmente corretta*"¹⁰ (corsivo aggiunto).

Sulla base di tali insegnamenti vanno saggiate le motivazioni della Corte di Cassazione.

A tale proposito, come emerge dal ragionamento esposto nel paragrafo precedente, vale ricordare che gli strumenti interpretativi utilizzati dai giudici di legittimità al fine di superare l'antinomia tra le norme prese in considerazione, sono quelli dell'*intentio legis*¹¹ e dell'interpretazione sistematica.

D'altro canto si nota che la stessa Corte, nell'accogliere la via interpretativa prescelta valorizzando l'intenzione del legislatore, accantona sia la via dell'interpretazione letterale, che il criterio della prevalenza della *lex posterior*. Come si ricorderà, questi ultimi argomenti interpretativi erano stati richiamati da una parte della dottrina per avallare la subordinazione a richiesta di parte dello scioglimento del matrimonio in seguito a

⁹ Con riferimento all'inammissibilità delle questioni di costituzionalità, relativa all'omessa verifica del rimettente di un'interpretazione conforme a Costituzione delle disposizioni censurate, o per la riconducibilità delle stesse ad una richiesta di mero avallo interpretativo si vedano *ex plurimis*, nella giurisprudenza della Corte costituzionale, le ordd. 322/2010, 219/2010, 6/2010, 5/2010, 150/2009, 259/2008, 244/2006, 57/2006, 427/2005, 420/2005, 89/2005, 356/1996. Nella dottrina costituzionalistica si v. CIERVO, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Roma, 2011; ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, in part. 257 ss, PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad cost.*, 2001, 35 ss., PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale tra teoria e giurisprudenza*, in *Scritti in onore di Livio Paladin*, III, Napoli, 2004, 1666 ss; RESCIGNO G.U., *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, *Dir.pubb.*, 2005, 27 ss; CRISAFULLI, Nella dottrina civilistica RESCIGNO P., *Per una rilettura del codice civile*, in *Giur.it.*, 1968, 208 ss; PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica e assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp.prel.c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass.dir.civ.*, 1985, p. 1010. LIPARI, *Riconciliazione dei coniugi, separazione con o senza addebito e garanzia costituzionale dell'unità familiare*, in *Giur. Cost.*, 1983, 441.

¹⁰ Corte cost. ord. 12.4.2002.16, in *Giur.cost.*, 2002; Corte cost. ord. 22.6.2000, n. 233, ivi, 2000, 1807; Corte cost. 22.10.1996, 356, che precisa che le leggi "non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (o qualche giudice ritenga di darne) ma perché è *impossibile* (corsivo aggiunto) darne interpretazioni costituzionali".

¹¹ Nella teoria generale dell'interpretazione fa riferimento all'intenzione del legislatore come argomento generalmente addotto per superare il significato letterale delle parole GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit. 272, il quale riferisce alla stessa il significato di volontà del legislatore storico e scopo della legge. Per la precisazione che l'intenzione del legislatore di cui all'art. 12 disp.prel.cc. debba essere riferita esclusivamente alla volontà della legge come *ratio legis*, cioè allo scopo della norma v. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2012, 456.

rettificazione di sesso. Essi, sostenuti peraltro dai ricorrenti, avrebbero consentito al giudice rimettente di addivenire a un'interpretazione diversa e opposta rispetto a quella attribuita alla normativa impugnata.

L'opzione ermeneutica selezionata dai giudici di legittimità si dimostra, pertanto, tutt'altro che priva di alternative. Nella vicenda in questione, infatti, stante la pari dignità degli strumenti ermeneutici utilizzabili per risolvere l'antinomia tra le due disposizioni di legge, la via seguita della Corte si rivela il frutto di una scelta interpretativa e, in quanto tale, non necessaria, come dalla stessa sostenuto, tutt'al più possibile.

Ma, a ben guardare, i due diversi percorsi interpretativi esaminati si presentavano come una doppia via di libera percorrenza per l'interprete, solo nella misura in cui entrambi non presentassero profili di frizione con le norme costituzionali. Non appena, invece, l'interprete avesse riscontrato una contraddizione con la Carta fondamentale in una delle due opzioni, avrebbe dovuto rinunciare a tale percorso, scegliendo la soluzione compatibile con la Costituzione, come si è visto, esistente e possibile nel caso di specie.

4. I possibili esiti del giudizio della Corte costituzionale: l'inammissibilità

Se le considerazioni appena svolte hanno pregio, allora la Cassazione sarebbe incorsa in un errore metodologico¹². La necessità di un'interpretazione adeguatrice, peraltro considerata una *species* di interpretazione sistematica¹³, avrebbe dovuto indurre i giudici a capovolgere il proprio ragionamento: ritenuta l'incompatibilità con le norme costituzionali dell'opzione ermeneutica prescelta, essi avrebbero dovuto scartarla, accogliendo la soluzione interpretativa conforme a Costituzione e suggerita dai ricorrenti.

Sotto questo profilo l'ordinanza, in virtù del consolidato orientamento della Corte costituzionale, sopra riferito, sull'interpretazione conforme, potrebbe rivelarsi inammissibile.

Si consideri, in aggiunta, che il rimettente, nell'ordinanza di cui si tratta, abbia precisato che il mantenimento del vincolo matrimoniale della persona transgender non è assimilabile alla possibilità per le coppie omosessuali di accedere al matrimonio «attesa l'incompatibilità tra la condizione della coppia che non può accedere all'unione coniugale e quella di chi avrebbe legittimamente scelto un'unione coniugale proprio in virtù della duratura cristallizzazione dei diritti e degli obblighi ad essa connessi». Come ben ribadito dalla Cassazione, dunque, i profili violati dalla normativa impugnata attengono al diritto dei privati alla non ingerenza statale circa le relazioni che interessano la propria sfera affettiva, con particolare riferimento, potremmo dire, *alla sottrazione di uno status già conseguito che, in effetti, è ben altra cosa dal riconoscimento diritto a conseguirlo*. In definitiva la questione dello scioglimento automatico del matrimonio del transessuale, a dire dello stesso rimettente, non sarebbe neppure rientrata nell'ambito di quella tutela espressamente negata dalla Corte costituzionale con la sentenza 14.4.2010, n. 138¹⁴.

¹² Proprio nella dottrina civilistica è stata sostenuta la necessità di una vera e propria opera di setaccio delle norme e di adeguamento delle stesse alla tavola dei valori costituzionali, come strada da battere anche dal punto di vista del metodo giuridico. Per tali notazioni v. PERLINGIERI, *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, in FEMIA, *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, spec. 25 ss. Per interessanti riflessioni in tema di modernizzazione del diritto privato tramite Costituzione senza l'intervento della Corte costituzionale, con particolare riferimento al tema del risarcimento del danno, cfr. BUSNELLI, *Il danno biologico. Dal diritto "vivente" al diritto "vigente"*. Torino, 2003, 174 ss.

¹³ GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit. 173 ss; PERLINGIERI, *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, cit., 61.

¹⁴ Corte Costituzionale sentenza n. 138 del 2010 (che decideva sulle eccezioni proposte da Tribunale di Venezia e Corte d'Appello Trento), in Foro it. 2010, I, 1367 con nota DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale* e ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*; anche in Fam. e Dir. 2010, 653, connota GATTUSO, *La Corte Costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*; PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in Giur.cost 2010, III, 255 e *Coppie same sex e matrimonio*:

Pertanto, la circostanza che l'interpretazione conforme, secondo quanto ritenuto dallo stesso rimettente, non si sarebbe posta nemmeno in contraddizione con l'esegesi di quelle norme costituzionali prese in considerazione dalla Consulta in tema di unioni omosessuali,¹⁵ farebbe aumentare le probabilità di una pronuncia di inammissibilità.

4.1. L'infondatezza

Qualora, invece, il giudice delle leggi non fosse intenzionato a mostrare spiragli di apertura nei confronti della tutela del diritto a mantenere l'unione matrimoniale, quando la relativa richiesta provenga da persone *divenute* dello stesso sesso (risultato a cui si arriverebbe, di fatto, con una pronuncia di inammissibilità per le motivazioni sopra indicate), può osservarsi che proprio gli snodi della motivazione dell'ordinanza in analisi potrebbero costituire una pesante ipoteca sulla fondatezza della questione.

In particolare la Cassazione nel respingere la via dell'interpretazione conforme ha calcato, forse troppo, l'argomento secondo cui il legislatore *non avrebbe in alcun modo operato*, tramite la modificazione alla legge sul divorzio, "un'innovazione rispetto al sistema preesistente in ordine ai modelli familiari". Tale elemento, se valorizzato dal giudice delle leggi, rischierebbe di rivelarsi troppo forte ai fini dell'accoglimento della questione. L'argomentazione in questione, infatti, suggerisce la seguente chiave di lettura. Il giudice della nomofilachia ha ritenuto di non potere interpretare una legge in senso conforme a Costituzione (nonostante gli ordinari strumenti ermeneutici lo consentissero), convinto che il legislatore, tramite la stessa, abbia posto in essere un determinato assetto di valori non sovvertibile tramite interpretazione adeguatrice. Nel caso della normativa presa in considerazione, gli interessi sottesi – seguendo le cadenze argomentative dell'ordinanza – sarebbero riconducibili al *mantenimento*, per volontà del legislatore, *del paradigma eterosessuale del matrimonio*. Ebbene, proprio una tale sottolineatura da parte del rimettente potrebbe essere letta come un'invocazione a sovvertire un determinato assetto di interessi prestabilito dal potere legislativo, riferibile ad una materia a cui la stessa Corte costituzionale, nella sentenza del 2010, ha già mostrato di volere cedere il passo¹⁶.

Sotto questa prospettiva, salvo che non circoli aria del tutto nuova al Palazzo della Consulta, il giudice delle leggi avrebbe facile gioco ad arroccarsi sull'interpretazione dell'art. 29 Cost., resa nella sentenza 138/2010, secondo cui la norma costituzionale riconoscerebbe tutela solo alla famiglia naturale fondata sul matrimonio eterosessuale.

In un'ottica che mirasse a mantenere fermo il paradigma eterosessuale del matrimonio, non troverebbe alcuno spazio nemmeno il riconoscimento di una tutela costituzionale del *mantenimento* del matrimonio tra persone *divenute* dello stesso sesso.

Più nello specifico, in riferimento alla ritenuta violazione del principio di eguaglianza realizzata dallo scioglimento automatico del matrimonio del transessuale rispetto ad altre

quale uguaglianza dopo la sent. 138/2010 in *Politeia*, 2010, 100, 75; ROMBOLI, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"* in *Giur. cost.*, 2010, II, 1629; VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *Studium iuris*, n. 10, 2010, 997 ss.; CALZARETTI, *Coppie di persone dello stesso sesso: quali prospettive?*, in www.forumcostituzionale.it; CROCE, *Dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*, *ivi*; D'ANGELO, *La Consulta al legislatore: questomatrimonio "nun s'ha da fare"*, *ivi*; MELANI, *Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Cortecostituzionale: la questione resta aperta*, *ivi*; PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio* *ivi*; SILVIS, *Il matrimonio omosessuale, tra l'art. 29 e l'art. 2 della Costituzione*, *ivi*; SPINELLI, *Il matrimonio non è un'opinione*, *ivi*; CHIASSONI, *En attendant Godot. La Corte Costituzionale e il matrimonio tra persone dello stesso sesso: spunti di riflessione in Politeia*, 2010, 100, 93.

¹⁵ Va ribadito, peraltro, che dal punto di vista dell'attività interpretativa delle norme della Costituzione, il giudice delle leggi non è, nel nostro ordinamento, giuridicamente sovraordinato rispetto agli altri giudici.

¹⁶ E ciò nonostante la Consulta riconoscesse la sussistenza di situazioni costituzionalmente rilevanti. Va ricordato, infatti, come nella sentenza 138/2010 il giudice delle leggi aveva ritenuto che l'unione delle coppie omosessuali trovasse tutela nell'art. 2 Cost.

ipotesi contenute nella legge sul divorzio che, invece, prevedono la richiesta di parte, la disparità di trattamento risulterebbe ragionevole. Infatti, mentre la causa che prevede lo scioglimento automatico del matrimonio sottende un legame tra persone dello stesso sesso (non tutelato) le altre, invece, presuppongono un coniugio tra persone eterosessuali.

Se si fa riferimento, invece, alla questione relativa alla violazione di un diritto fondamentale della persona a mantenere ferma l'opzione di una vita familiare coniugale ai sensi degli artt. 2, 29 Cost. 8 e 12 CEDU, valgono le considerazioni che seguono. Mentre l'art. 12 CEDU, nel tutelare il diritto a sposarsi, rinvia per la relativa disciplina agli ordinamenti nazionali, ai sensi degli artt. 2 e 8 CEDU che tutelano rispettivamente le formazioni sociali e familiari dall'ingerenza statale, la garanzia, a ben vedere, non si spingerebbe oltre una protezione quale famiglia di fatto. Pertanto, rimanendo fuori l'art. 29 Cost., in virtù dell'interpretazione fornita dal noto precedente della stessa Corte costituzionale, lo scioglimento del vincolo matrimoniale non violerebbe nessuno dei precedenti parametri indicati.

Infine, prendendo in considerazione il parametro dell'art. 24 Cost. va ricordato come la garanzia apprestata da questa norma consista nella tutela processuale delle situazioni giuridiche soggettive nei termini in cui queste risultano riconosciute dal legislatore. I confini della garanzia trovano il proprio limite, pertanto, nel contenuto del diritto al quale servono. Sotto questo profilo risulterebbe allora chiaro che, per ritenere una violazione dell'art. 24 Cost., bisognerebbe prima riconoscere la sussistenza di un diritto al mantenimento del vincolo tra persone dello stesso sesso che, invece, è proprio il risultato che la Corte Suprema mira a conseguire.

Per le ragioni espresse, le questioni proposte potrebbero risultare infondate.

5. Alcune conclusioni interlocutorie

In conclusione al ragionamento fin qui condotto riteniamo che l'opzione dell'inammissibilità dell'ordinanza della Corte di cassazione possa essere la più equilibrata e probabile al fine di risolvere la scottante questione che il giudice delle leggi si trova a (ri)maneggiare. Il riconoscimento dell'errore del rimettente nel passaggio di testimone tramite una dichiarazione di inammissibilità, da un lato assicurerebbe la tutela della situazione soggettiva del caso di specie che, altrimenti, potrebbe gridare vendetta dinnanzi alla Corte EDU; dall'altro, permetterebbe ai giudici costituzionali, data la marginalità dei casi analoghi a quello da cui prende spunto la vicenda, di non compiere quello che essi hanno mostrato di ritenere, almeno qualche anno fa, "il passo più lungo della gamba".

L'equilibrio che si raggiungerebbe con una sentenza di inammissibilità, pertanto, rende tale soluzione caldamente auspicabile.

6. Postilla: la "consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio" e lo strappo nel cielo di carta.

Come più volte riferito, l'ordinanza analizzata fa riferimento all'esistenza di "modelli familiari" previsti e codificati dal nostro sistema positivo, ostativi alla permanenza del vincolo coniugale tra persone dello stesso sesso. La locuzione utilizzata nella motivazione dell'ordinanza, a ben vedere, richiama l'idea espressa dalla nota formula della "*consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio*", recitata quale formula sacra dalla giurisprudenza in tema di accesso degli omosessuali al matrimonio¹⁷.

In assenza di una specifica disposizione normativa, che vada al di là di qualche sparuto riferimento operato dal codice civile al "marito" e alla "moglie", la necessaria

¹⁷ *Ex pluris* v. Trib. Venezia, ord. 3.4.2009, in *Resp.civ.prev.* 2009, 1905, con nota di Ferrando; Corte Cost. 10, n. 138 cit., Cass. I, 15.3.2012, 4184.

differenza di sesso tra i due nubendi è stata ritenuta come una “norma priva di disposizione”¹⁸ o – potrebbe forse sostenersi - una norma inespressa¹⁹.

E in effetti, come ribadito dalla Corte costituzionale nella sentenza 138/2010, l’ultrasecolare tradizione matrimoniale, fondata sul paradigma della diversità di sesso dei nubendi, sarebbe addirittura confermata dal complesso della normativa che consente al transgender di contrarre matrimonio con persona di sesso diverso a quello raggiunto²⁰. Sotto tale aspetto, anche la rottura del vincolo matrimoniale del transessuale si incardina, almeno *prima facie*, in un contesto unitario e coerente dove la necessaria eterosessualità riflette una solida e infrangibile tradizione che il sistema positivo italiano parrebbe consacrare.

Tuttavia, quando ci si interroga sulla tutela del mantenimento del vincolo tra persone dello stesso sesso o sul diritto per le stesse di contrarre matrimonio, piuttosto che confrontarsi con una *non espressa* necessaria eterosessualità del matrimonio, bisognerebbe fare i conti con l’ultramillenaria tradizione matrimoniale²¹, da cui la prima vuol farsi derivare, confrontando la canuta locuzione alla stregua del sistema positivo.

Sotto questa angolazione non può allora non considerarsi che nel nostro ordinamento è prevista la possibilità per il transessuale di accedere all’istituto matrimoniale, purché, ovviamente, con persona che risulti di sesso formalmente diverso. Tale opportunità, mentre da un lato, come la stessa Corte costituzionale ha affermato nella sentenza del 2010 più volte citata, conferma il paradigma dell’eterosessualità anagrafica dei nubendi, dall’altro crea un patente disagio alla nozione di matrimonio così come tramandata nei secoli. E l’imbarazzo iniziale, dato da un confronto meramente nominale tra il transessualismo e l’idea consolidata che si ha di matrimonio, diventa addirittura sconcerto se si pensa, come ricordatoci dal giudice delle leggi, che allo stesso istituto del coniugio la tradizione ha sempre associato una chiara, ancorché potenziale, finalità procreativa²². Sotto questo profilo non può che osservarsi come, l’impossibile perseguimento di una tale finalità nel contesto di un matrimonio dove una delle parti è transessuale risulterebbe, addirittura, “agli atti” (dello stato civile). Anche i grammi riferimenti operati dal codice civile alla differenza di genere tra i coniugi, tramite l’indicazione di moglie e marito, arrossiscono dinnanzi al matrimonio del transessuale, perdendo la loro

¹⁸ FERRANDO, *Questo matrimonio non si può fare?*, in *La società naturale e i “suoi nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di BIN, BRUNELLI, GUAZZAROTTI, PUGIOTTO, VERONESI, Torino, 2010, 155. In generale sulle “norme senza disposizioni” e sui “principi privi di formulazione” si v. CRISAFULLI, *Disposizione e norma*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 196 GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, in Cicu Messineo, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 204, 104 ; TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974.

¹⁹ Sulle norme inesprese v. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, cit., 104 ss.

²⁰ Anzi, proprio su tale considerazione, i giudici avevano escluso che, assunto quale *tertium comparationis* il matrimonio del transessuale, l’impossibilità per le persone dello stesso di contrarre matrimonio potesse essere censurata ai sensi degli artt. 3 e 29 Cost.

²¹ Per il fondamentale richiamo alla tradizione come approccio all’attività ermeneutica v. GADAMER, *Verità e metodo*, Milano, 1995, *passim*; cfr. PALOMBELLA, *La conoscenza dell’interpretazione. Un modello per la giurisdizione*, in *Democrazia e diritto*, 1997, 158 che sostiene come “L’ermeneutica, come sappiamo, è centrata sulla nozione di tradizione: non c’è un testo nella comprensione sociale e spirituale che può essere isolato dal suo pedigree storico, e dalla serie di effetti che hanno uno speciale peso e una particolare influenza sull’interprete”.

²² A tale finalità si riferisce anche la Corte nella sentenza 138/2010 sottolineando come tale potenziale finalità vale a differenziare il matrimonio eterosessuale da quello omosessuale. Tuttavia la Corte, che argomentava proprio al fine di escludere che gli omosessuali fossero omogenei al matrimonio quanto i transessuali, cade nell’assurda affermazione di ritenere la coppia transessuale coniugata potenzialmente idonea alla procreazione. Pertanto tale soluzione argomentativa, rispetto alla questione sollevata dal tribunale di Venezia rispetto alla discriminazione, ai sensi degli artt. 3 e 29, assumendo come *tertium comparationis* il matrimonio del transessuale, non sarebbe criticabile poiché formalistica, come ritenuto da una parte della dottrina (ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, cit.) ma in quanto viziata da un punto di vista logico.

secolare capacità denotativa.

In sintesi ci pare di potere affermare che, di fronte alle profonde crepe portate alla luce proprio dalla possibilità per il transessuale di accedere al matrimonio, l'ultramillenaria e consolidata nozione di matrimonio, concepita come un blocco immutabile e immutato nei secoli, viene di fatto a sgretolarsi²³. E tuttavia, anche dinanzi ad un ordinamento che, in un modo o nell'altro, è profondamente mutato, essa continua a sopravvivere quale tralatizia formula di alcune sentenze che, con un tale richiamo, danno una maldestra risposta alle richieste di tutela²⁴.

Far ancora uso in motivazioni giurisdizionali della necessaria eterosessualità dei nubendi, venuta meno la consolidata nozione genitrice di cui essa pretendeva di tracciare i limiti, equivale a servirsi del corollario di un teorema già smentito, a tracciare il confine dell'isola che non c'è.

** Perfezionanda in Diritto penale, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

²³ In relazione alla concezione di famiglia negli ordinamenti europei fa riferimento a veri e propri frantumi, BUSNELLI-VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv.dir.civ.*, 2013, 767ss.

²⁴ Per la critica dell'uso della tradizione come giustificazione della decisione si v. PALOMBELLA, *La conoscenza nell'interpretazione*, cit. 159, che riporta le osservazioni di Balkin riguardo una decisione della Corte suprema statunitense in materia di famiglia. In tale decisione il giudice Scalia affermava come la società americana non aveva mai "tradizionalmente" protetto i diritti genitoriali dei padri adulteri di bambini nati durante il matrimonio della madre con un altro uomo, mentre era riconoscibile un interesse alla protezione di quel che il giudice Scalia chiamava la "famiglia unitaria". La tradizione, in quella decisione, rappresentava la motivazione di una determinata decisione. A tale proposito, secondo il Balkin, l'argomento di Scalia mira ad evitare, con il metodo del Judicial restraint, il pericolo che scelte di valore possano essere fatte dal giudice. E tuttavia sostiene Balkin che secondo scegliere un'interpretazione della tradizione è anche tradire la tradizione, significando in definitiva "richiamare attraverso essa, alcune scelte di valore", "come una sorta di congelata o immanente fonte di valori, per la quale i giudici non sono responsabili". v. BALKIN, *Tradition, Betrayal, and the Politics of Deconstructtion*, in *Cardozo Law Review*, 11, 1990, 1614.