

UN'ANOMALA ADDITIVA DI PRINCIPIO IN MATERIA DI "DIVORZIO IMPOSTO": IL "CASO BERNAROLI" NELLA SENTENZA N. 170/2014

di Paolo Veronesi *
(6 luglio 2014)

(in corso di pubblicazione in "Studium Iuris", 2014)

1. LA GENESI DI UN' "ORIGINALE" FATTISPECIE: IL "DIVORZIO IMPOSTO" A SEGUITO DI RETTIFICAZIONE ANAGRAFICA DEL SESSO DI UNO DEI CONIUGI

Il "caso Bernaroli" – in tutta la sua originalità – approda a Palazzo della Consulta veicolato dall'ordinanza di rimessione n. 14329/2013¹. La Cassazione solleva in tal modo una complessa *quaestio* relativa agli artt. 2 e 4 della legge n. 164/1982, nella parte in cui essi imporrebbero la cessazione degli effetti civili del matrimonio ove intervenga la rettificazione anagrafica del sesso di uno dei coniugi².

Ciò che differenzia la fattispecie in commento rispetto alle altre già sperimentate in passato – da qui la sua peculiarità – consiste nel fatto che, ribaltando ogni convenzione, le coniugi coinvolte nella vicenda intendono pervicacemente rimanere tali (non proponendo perciò alcuna domanda di scioglimento del matrimonio)³. A riprova di una tale sintonia di coppia balza anzi agli occhi come l'una abbia assistito l'altra nel suo lungo transito *Male to Female*.

In conseguenza del passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione adottata del Tribunale di Bologna⁴ – in cui peraltro nulla si prevedeva con riguardo al matrimonio in

1 Per l'esauritiva descrizione delle varie tappe affrontate da tale vicenda – prima dell'intervento della sentenza n. 170/2014 – si rinvia (per tutti) ad A. LORENZETTI, *Diritti "in transito". La condizione giuridica delle persone transessuali*, Franco Angeli, Milano 2013, p. 105 ss. e a M. BALBONI - M. GATTUSO, *Famiglie e identità di genere: "divorzio imposto" e diritti fondamentali*, in *GenIUS* 2014, n. 1, p. 6 ss.

2 Più di preciso, l'art. 4 della legge n. 164/1982, nella sua originaria formulazione, prescriveva che la sentenza di rettificazione anagrafica del sesso *avrebbe provocato* l'automatica cessazione degli effetti civili del matrimonio già celebrato, affermando tuttavia che, in simili circostanze, si sarebbero dovute applicare le disposizioni della legge n. 898/1070 (e successive modificazioni). L'art. 3, comma 4, lett. g), della legge n. 898/1970 (introdotto a seguito della legge n. 74/1987), ha quindi espressamente aggiunto all'elenco di casi in cui il divorzio *può essere domandato* da uno dei coniugi, anche (e proprio) il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso. Da qui il dubbio se, dopo la legge n. 78/1987, lo scioglimento del matrimonio sia una conseguenza necessitata dall'intervento di una sentenza di rettificazione ovvero se ciò sia destinato a prodursi solo a seguito dell'esplicita domanda di uno degli interessati (e della conseguente pronuncia di un giudice). La Cassazione evidentemente propende per la prima alternativa; diversamente, essa avrebbe potuto respingere la *quaestio* adottando una decisione d'inammissibilità o un'interpretativa di rigetto, come rileva F. BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. "divorzio imposto": un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in www.forumcostituzionale.it (24 giugno 2014).

3 Nei (pochi) casi conosciuti, il coniuge del transessuale aveva infatti sempre richiesto una pronuncia di cessazione degli effetti civili del matrimonio: cfr. i precedenti menzionati da B. PEZZINI, *Transgenerare in Italia: le regole del dualismo di genere*, in Id. (a cura di), *Genere e diritto. Come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere*, II, University Press, Bergamo 2012, p. 178 s.

4 Si tratta della pronuncia adottata il 30 giugno 2009.

corso – l'ufficiale dello stato civile del Comune di Finale Emilia procedeva quindi ad annotare (d'ufficio) l'avvenuto scioglimento del rapporto coniugale nei relativi registri. Egli riteneva perciò che la rettificazione di sesso avesse di per sé generato – in ossequio alle norme vigenti – il venir meno del vincolo⁵.

Nella successiva pronuncia del Tribunale di Modena si accoglieva invece il conseguente ricorso della coppia; si ordinava dunque di cancellare l'annotazione *de qua*, posto che nessun giudice si era mai espresso al riguardo⁶. Il Tribunale riteneva quindi che la P.A. avesse posto in essere un'ipotesi di scioglimento coatto del matrimonio in palese violazione delle norme vigenti e dello stesso principio di legalità.

In base alle medesime norme, la Corte d'appello di Bologna riformava però tale decisione, ritenendo del tutto automatico lo scioglimento matrimoniale conseguente alla rettificazione anagrafica del sesso di un coniuge. Il giudice affermava perciò che l'ufficiale di stato civile avrebbe dato seguito a un suo specifico dovere⁷, a pena di ammettere – aggiungeva – il matrimonio (anche solo temporaneo) tra persone dello stesso sesso; ipotesi da ritenersi invece vietata ai sensi dell'art. 29 Cost., specie dopo i “paletti” predisposti dalla sentenza n. 138/2010.

La Cassazione – investita finalmente della vicenda – ha perciò sollevato (con la citata ordinanza) una sequela di dubbi di legittimità⁸: essa ha evidentemente ritenuto che le disposizioni coinvolte nel caso non lasciassero margini d'incertezza, riscontrando però, nei loro effetti concreti, più d'una perplessità di ordine costituzionale.

La Consulta replica ora mediante la sentenza n. 170/2014.

2. L'ART. 29 COST., OVVERO IL “PARAMETRO ESCLUSO”

Nell'avvicinarsi alla soluzione dell'inedita *quaestio*, la Corte toglie progressivamente rilievo ai diversi parametri costituzionali messi a frutto dalla rimettente: uno per uno – tranne quello poi valorizzato (ovvero l'art. 2 Cost., applicato con la “ragionevolezza” prescritta dall'art. 3) – essi vengono infatti abbattuti come soldatini sottoposti a un irresistibile fuoco di fila⁹.

La prima norma costituzionale ad essere accantonata è l'art. 29. Sta qui il vero cuore della pronuncia, esattamente com'era avvenuto nella motivazione dell'ormai nota

5 Dubbi sull'esistenza di un simile potere certatorio dell'ufficiale dello stato civile sono stati illustrati da A. SCHUSTER, *L'identità di genere: tutela della persona o dell'ordinamento?*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2012, fasc. 3, p. 259 ss.

6 Si v. il decreto 27 ottobre 2010, in *GenIUS* 2014, n. 1, p. 173 ss.

7 Cfr. la pronuncia della sez. I civ., 4 febbraio - 8 maggio 2011, in *GenIUS* 2014, n. 1, p. 170 ss.

8 Appoggiandosi agli artt. 2, 3, 10 (*rectius*: 11), 24, 29 e 117 Cost. – e richiamando altresì gli artt. 8 e 12 della CEDU – la remittente ritiene infatti che le previsioni legislative tese a imporre quest'ipotesi di “divorzio coatto” contrastino con il diritto ad autodeterminarsi nelle scelte relative all'identità personale; con il diritto alla conservazione della preesistente dimensione relazionale, sviluppata durante il vincolo coniugale; con il diritto a non essere ingiustificatamente discriminati rispetto a tutte le altre coppie coniugate (le quali possono infatti decidere se divorziare o no); con il diritto del coniuge rimasto del sesso d'origine di scegliere se continuare la relazione coniugale (e di esercitare in tal senso il suo diritto di difesa).

sentenza n. 138/2010 (che viene perciò richiamata e ulteriormente “svilupata”). Da questo snodo concettuale occorre dunque partire.

Per la Corte, la concreta vicenda *de qua* – nei suoi irreversibili approdi – si collocherebbe ormai del tutto al di fuori dell’istituto matrimoniale. Su questo specifico fronte – ma non su altri, come vedremo – nessun rilievo viene quindi attribuito alla circostanza per cui, nel caso, un matrimonio “atto” e “rapporto” c’è indubbiamente (e del tutto legittimamente) stato; lo prova del resto la circostanza per cui gli stessi interessati stiano lottando ormai da anni per farlo sopravvivere.

Il tono della pronuncia, su questo versante, è quello di una sin troppo rapida “resa dei conti”: «*la situazione... di due coniugi che, nonostante la rettificazione dell’attribuzione di sesso ottenuta da uno di essi, intendano non interrompere la loro vita di coppia, si pone, evidentemente, fuori dal modello del matrimonio – che, con il venir meno del requisito, per il nostro ordinamento essenziale, della eterosessualità, non può proseguire come tale –*»¹⁰. Da qui la logica conseguenza per cui il parametro costituzionale mediante il quale va inquadrata la fattispecie in discorso non può (più) essere l’art. 29: infatti, «*la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29 Cost.) è quella stessa definita dal codice civile del 1942, che “stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso” (sentenza n. 138/2010)*»¹¹.

E’ indubbiamente vero che questo passaggio della sentenza n. 138 – ancora una volta ribadito – ha suscitato un vivace dibattito non destinato a sopirsi neppure dopo l’odierna pronuncia. Le interpretazioni via via messe in luce appaiono infatti contrapposte: le une – com’è noto – comunque a favore della possibilità di introdurre il matrimonio *same-sex* in via meramente legislativa¹²; le altre di tenore esattamente opposto, sia pure con giudizi assai variegati (e non sempre positivi) sul responso attribuito alla Consulta¹³. Tuttavia, quanto la Corte oggi aggiunge al segmento di motivazione ereditato dalla

9 Giustamente, C. SALAZAR, *Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento*, in www.confrontocostituzionali.it (27 giugno 2014), § 2, afferma pertanto che «scorrendo la motivazione della sent. n. 170/2014, si scopre che la Consulta respinge quasi tutte le argomentazioni della Corte di cassazione».

10 Punto 5.1 del *Considerato in diritto*.

11 Punto 5.2 del *Considerato in diritto*.

12 Cfr., tra i tanti, V. ANGIOLINI, *Sulle coppie gay l’Alta Corte non chiude*, su *l’Unità* del 16 aprile 2010; M. GATTUSO, *La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Fam. e d.* 2010, p. 663 s.; B. PEZZINI, *Il matrimonio same-sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, al sito della *Rivista AIC* (2 luglio 2010); ID., *La sentenza 138/2010 parla (anche) ai giudici*, in B. PEZZINI - A. LORENZETTI (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli 2011, p. 95 ss.; G. FERRANDO, *La “via legislativa” al matrimonio same-sex*, ivi, p. 31 ss.

13 V., tra gli altri, con valutazioni ben diverse, A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in www.forumcostituzionale.it (sia pure con l’indicazione di un suggestivo *escamotage* interpretativo di segno contrario: cfr. § 13); R. ROMBOLI, *Il diritto “consentito” al matrimonio e 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, p. 1629 ss.; ID., *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in B. PEZZINI - A. LORENZETTI (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010*, cit., p. 3 ss.; A. RUGGERI, *“Famiglie” di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138/2010?*, in *Rivista AIC* n. 4/2011 (18 novembre 2011).

sentenza n. 138 sembra inclinare in un senso decisamente più preciso (oltre che conservatore e tradizionalista) l'assunto a suo tempo espresso: per la Consulta, il matrimonio ex art. 29 Cost. pare dover essere solo e soltanto eterosessuale¹⁴. Tanto più che la Corte stessa, in un successivo passaggio (e rincarando indubbiamente la dose), non esita ad affermare che è proprio l'art. 29 a non «rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso»¹⁵; non, dunque, quanto prescritto dal codice civile o da ulteriori norme di rango legislativo (pur agganciate al dato costituzionale), bensì proprio gli assunti comunque incorporati (una volta per tutte) nella trama del citato articolo della Carta.

3. SEGUE: COME VA "INTESO" L'ART. 29 COST.?

L'approdo era in realtà già pianamente estraibile da quanto inserito nella trama della sentenza n. 138/2010. La Corte vi sosteneva infatti che, per quanto i concetti famiglia e matrimonio non siano affatto «cristallizzati» con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore» – andando quindi «interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi» – tuttavia «detta interpretazione... non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata»¹⁶. In tale "nocciolo" intangibile la Corte collocava (e colloca) proprio la natura eterosessuale del matrimonio: un significato che essa afferma essere stato direttamente mutuato in Costituzione dal codice civile del 1942, e perciò non superabile in via meramente ermeneutica dello stesso art. 29 Cost. (che ne sarebbe invece irrimediabilmente "intriso"). Il "gene" di tale disposizione si riferirebbe perciò – sempre secondo la Corte – «al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto»; ciò escluderebbe dunque le unioni *same-sex* – neppure prese in esame dal Costituente – oltre che (per molti interpreti, ma non per altri) la stessa possibilità di approvare leggi che si discostassero da tali assunti¹⁷. Il tono è – come può notarsi – alquanto "netto": c'è anzi da sperare che la Corte non abbia con ciò voluto contrassegnare l'ambito di un vero e proprio "principio supremo" (con tutte le conseguenze che ne deriverebbero).

Poco convincente appare perciò l'eccessiva valorizzazione del contenuto di una parentesi, riferita al paradigma eterosessuale ancor oggi inglobato nel codice civile ("e tuttora stabilisce"), per trarne conseguenze di assai ampio respiro (come la certa legittimità di una norma che introducesse il matrimonio *same-sex* per via legislativa)¹⁸. L'inciso in discorso raccoglie invece una constatazione che nulla lascia effettivamente trapelare circa

14 V. le conclusioni di F. BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. "divorzio imposto"*, cit.

15 Punto 5.6 del *Considerato in diritto*.

16 Punto 9 del *Considerato in diritto*.

17 V. ancora il punto 9 del *Considerato in diritto*. Critiche su questi specifici passaggi della pronuncia sono stati avanzati, ad esempio, da R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali*, cit., p. 18 e da A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010*, cit., § 13.

la presunta costituzionalità di una futura legge dotata di un simile contenuto; specie allorché questo passaggio venga sistematicamente interpretato alla luce di altri squarci (davvero portanti) della pronuncia.

Rimanendo perciò negli angusti recinti suggeriti dalle sentenze n. 138/2010 e n. 170/2014 – almeno per come sono stati poco sopra intesi – l’art. 29 Cost. non sembrerebbe tollerare contenuti diversi da quelli (essenziali) appena indicati: la sua origine, i suoi presupposti culturali e – soprattutto – la sua natura di norma-parametro gerarchicamente sovraordinata non lo consentirebbero. «Se ne deve coerentemente trarre la conclusione che la modifica di quel nucleo sia possibile da parte del legislatore, ma non nelle forme ordinarie, bensì in quelle della revisione costituzionale»¹⁹. Sempre che – come sopra accennato – il fraseggio non intenda addirittura alludere all’esistenza di un “principio supremo”.

Insomma, persuade assai poco l’ipotesi per cui l’art. 29 Cost. sarebbe camaleonticamente destinato a mutare pelle e sostanza in base ai contenuti che il codice civile potrà (nel tempo) liberamente assumere. E così pure la conclusione per cui esso impedirebbe certo di superare il paradigma eterosessuale del matrimonio in via ermeneutica, ma non già per mano del legislatore²⁰. Non convince dunque l’idea di una sorta di “rinvio non recettizio” o “formale”, in cui la norma costituzionale verrebbe (di fatto) ad assumere la fisionomia di un mero contenitore e in cui sarebbe quindi la norma gerarchicamente subordinata a delineare (progressivamente) la portata del proprio parametro di legittimità. Un’inversione dei ruoli e della “gerarchia” che suscita notevoli perplessità, tanto più che, com’è noto, «in tutte le sedi giurisdizionali (e quindi non solo in quella costituzionale) occorre interpretare le leggi ordinarie alla luce della Costituzione, e non viceversa»²¹.

4. SEGUE: SULLA (PRESUNTA) NECESSITÀ CHE IL MATRIMONIO O È ETEROSESSUALE O NON POSSA ESSERE

18 In questo senso v. B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. n. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in www.articolo29.it (15 giugno 2014) e G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sent. n. 170/2014 sul c.d. “divorzio imposto”*, *ivi*, § 3.

19 R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali*, *cit.*, p. 19. Analogamente v. A. SPADARO, *Matrimonio “fra gay”: mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolvibile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?*, in www.forumcostituzionale.it (9 settembre 2013), § 3, nonché, da ultimo, M. DI BARI, *Commento “a caldo” della sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale: quali prospettive?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it (giugno 2014).

20 Così, invece, B. PEZZINI, *La sentenza 138/2010 parla (anche) ai giudici*, *cit.*, p. 95 s.

21 Cfr. la sentenza n. 1/2013, punto 8.1 del *Considerato in diritto*, ove la Consulta ulteriormente precisa che «la Carta fondamentale contiene in sé principi e regole, che non soltanto si impongono sulle altre fonti e condizionano pertanto la legislazione ordinaria – determinandone la illegittimità in caso di contrasto – ma contribuiscono a conformare tale legislazione, mediante il dovere del giudice di attribuire ad ogni singola disposizione normativa il significato più aderente alle norme costituzionali, sollevando la questione di legittimità davanti a questa Corte solo quando sia impossibile, per insuperabili barriere testuali, individuare una interpretazione conforme ([sentenza n. 356 del 1996](#)). Naturalmente allo stesso principio deve ispirarsi il giudice delle leggi» (corsivo non testuale).

Quanto sin qui analizzato trova ora conferma nella precisazione (assai netta) per cui chi cambia sesso può sposarsi solo «con persona di sesso diverso da quello da lui (o lei) acquisito»²², nonché – ancor prima – nell’altrettanto poco sfumata affermazione per cui, nel caso in discorso, quanto avvenuto pone la coppia, «evidentemente, *fuori del modello del matrimonio*» di cui all’art. 29 Cost.²³. Tanto è vero che la Corte – ragionando dell’eventuale utilizzo, a mo’ di parametro, dell’art. 24 Cost.²⁴ – procede anche oltre: «*non essendo, per quanto detto, configurabile un diritto della coppia non più eterosessuale a rimanere unita nel vincolo del matrimonio, non ne è, di conseguenza, ipotizzabile alcun vulnus sul piano della difesa*»²⁵.

E’ il secondo “soldatino-parametro” a sparire dalla scena: venendo meno *ex post* l’eterosessualità dei coniugi, non esiste più alcun diritto, per chi fosse già sposato, a rimanere tale; tanto meno – resta inteso – ciò potrà valere per la coppia sin da subito *same-sex*. Una simile conclusione è ulteriormente rafforzata dal passaggio in cui la Corte delinea il proprio dispositivo additivo (benché “di principio”)²⁶: per i casi come quello in discorso, *il legislatore deve – senza indugio – introdurre una forma di convivenza «alternativa (e diversa dal matrimonio) che consenta ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione, su tal piano, di assoluta indeterminatezza*»²⁷.

La cogenza dell’assunto eterosessuale tratto dall’art. 29 è tale per cui la Corte ritiene di non poter “tollerare” la prosecuzione del matrimonio *de quo* neanche ragionando – com’era peraltro possibile – della pur riconosciuta *eccezionalità della fattispecie in giudizio*. La Consulta è senz’altro consapevole di tale profilo, tanto è vero che lo sottolinea senza mezzi termini: la situazione è «innegabilmente infrequente», ma, «nella vicenda al centro del giudizio principale», essa «si è comunque verificata»²⁸. L’assoluta peculiarità delle circostanze avrebbe dunque probabilmente meritato una ben diversa ponderazione, consentendo – almeno per questa ipotesi – di mantenere lo *status* matrimoniale²⁹; forse è stato anzi il timore di generare futuri effetti “a cascata”, determinati da un’eventuale (e prima) decisione in tal senso, a suggerire, sin da subito, questa netta “chiusura”³⁰.

22 Punto 5.2 del *Considerato in diritto*.

23 Punto 5.1 del *Considerato in diritto*. Su questo passaggio v. anche *supra* § 2.

24 Con riguardo al diritto dei soggetti coinvolti di essere ascoltati in giudizio e di difendere i loro diritti (specie in riferimento alla volontà di proseguire il loro rapporto coniugale)

25 Punto 5.4 del *Considerato in diritto*.

26 V. *infra* § 7 e 8.

27 Punto 5.6 del *Considerato in diritto* (corsivo non testuale).

28 Punto 5.1 del *Considerato in diritto*. Sulla giurisprudenza riguardante casi analoghi v. M. GATTUSO - M. BALBONI, *Famiglie e identità di genere*, cit., p. 9.

Se ciò non è dunque accaduto è perché – nell’ottica della Corte – l’eterosessualità di cui all’art. 29 Cost. si sarebbe a tal punto “cementata” con il contenuto essenziale della norma da non consentire alcun “margine” di manovra. Pare quindi se ne debba (ancora) desumere che una legge tesa a permettere – a parametro inalterato – il matrimonio tra persone dello stesso sesso (o che ne ammettesse la continuazione nel caso in cui uno dei coniugi chieda la rettificazione anagrafica del proprio genere)³¹ incorrerebbe in un pressoché inevitabile vizio d’illegittimità. Perché – nella prospettiva della Corte – l’art. 29 non avrebbe nulla a che fare con simili situazioni; tanto è vero che – come avvenne nel 2010 – anche oggi essa pervicacemente rifiuta di usarlo come parametro. Se si ragiona di matrimoni *same-sex* (*ex ante* o *ex post*) non è dunque all’art. 29 – e al matrimonio – che occorre volgere lo sguardo: alla Corte poco importa quindi distinguere tra coppie dichiaratamente *same-sex* (in un’ottica di orientamento sessuale) e coppie che – originariamente “regolari” – debbano poi fare i conti con la “sindrome transessuale”³² di uno dei coniugi (orbitando dunque nel ben diverso tema dell’identità di genere)³³.

5. QUALE SPAZIO PER UN *REVIREMENT* DELLA CORTE (ANCHE IN BASE ALLA SUA “TEORIA DELL’INTERPRETAZIONE”)?

Esistono – sul punto – i margini per un (auspicabile) *revirement* da parte della Corte? Posto che spesso (anche nel recentissimo passato) la giurisprudenza costituzionale in materia di adulterio femminile³⁴, di transessualismo³⁵, di procreazione medicalmente assistita³⁶ (e così via) ha conosciuto spesso brusche trasformazioni, nulla esclude che possano intervenire (del tutto) opportune correzioni di rotta anche

29 L’uso dell’argomento “eccezionale” era già stato ampiamente illustrato – prima della decisione in discorso – da B. PEZZINI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio di nuovo davanti alla Corte costituzionale: la questione del divorzio imposto ex lege a seguito di rettificazione di sesso*, in *GenIUS* 2014, n. 1, p. 28 ss. e da A. D’ALOIA, *Il “divorzio obbligato” del transessuale. Ancora un “incerto del mestiere di vivere” davanti alla Corte costituzionale*, in www.confronticostituzionali.it (23 luglio 2013). Analogamente v. ora le considerazioni di G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti*, cit., § 4. *Contra* v. invece M. DI BARI, *Meglio cambiar genere che essere gay? Alcuni interrogativi sul ragionamento dell’ordinanza n. 14329/2013 della Cassazione*, in *GenIUS* 2014, n. 1, p. 79, per il quale l’“eccezione” eventualmente ammessa a favore del transessualismo, celerebbe, in realtà, una discriminazione indiretta tra omosessuali, eterosessuali e transessuali.

30 Così G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti*, cit., § 4.

31 Mentre invece è chiaro che il matrimonio – nonostante il cambio di sesso – può comunque continuare ove l’interessato rinunciassi alla rettificazione anagrafica del sesso (e così pure se entrambi i coniugi reciprocamente mutassero i loro tratti sessuali, posto che il loro matrimonio continuerebbe a essere eterosessuale): M. BALBONI - M. GATTUSO, *Famiglie e identità di genere*, cit., p. 6, nota 1.

32 Questa l’espressione che più volte compare nella celebre sentenza n. 161/1985.

33 Cfr. il punto 5.6 del *Considerato in diritto*, in cui la Corte tratta congiuntamente le due ipotesi.

34 Si pensi alla successione tra la sentenza n. 64/1961 e la sent. n. 126/1968.

nell'approccio che la Corte dedica al tema in discorso (e all'art. 29 Cost. in particolare). Un mutamento di giurisprudenza – su questa delicata materia – non si dovrebbe insomma negare a priori.

Anche perché se quello illustrato è davvero l'*iter* logico mediante il quale la Corte è giunta (di fatto) a negare specifici “diritti matrimoniali” degli omosessuali e dei transessuali “tardivi” – nonché a pietrificare (il presunto) assunto eterosessuale dell'art. 29 Cost. – davvero non si spiega poi come essa possa rimanere fedele all'affermazione (già ricordata) per cui «in tutte le sedi giurisdizionali (e quindi non solo in quella costituzionale) occorre interpretare le leggi ordinarie alla luce della Costituzione, e non viceversa»³⁷.

Nel caso in discorso, la Corte procede infatti in un senso esattamente opposto, attribuendo cioè natura (almeno apparentemente) inamovibile a quanto prevedeva il codice civile nel momento in cui l'art. 29 è andato forgiandosi (il quale si sarebbe così irrimediabilmente fuso con il contenuto del primo). Un approdo, questo, dai toni tradizionalisti (se non addirittura originalisti)³⁸ che meriterebbe ben altri approfondimenti rispetto alle scarse argomentazioni contenute nel corpo della sentenza n. 138/2010 (e, ora, della sentenza n. 170/2014). Anche perché è davvero dubbio che si possa estrapolare un simile assunto – con tutti i suoi inevitabili corollari – tra le pieghe del dibattito costituyente sul punto³⁹.

Del resto, quante nozioni i Costituenti – da uomini del loro tempo – non potevano “non dare per scontate”? E quanti concetti hanno certamente elaborato usufruendo delle norme e delle situazioni che avevano (nel bene o nel male) conosciuto? Se ne dovrebbe dunque coerentemente concludere che tutto ciò ancora alberghi nel tessuto esplicito o implicito delle singole norme costituzionali? Paradossalmente, parrebbe allora che i Costituenti non abbiano «“considerato” le coppie omosessuali neppure quando hanno elaborato il concetto di formazione sociale di cui all'art. 2 Cost.»⁴⁰, mentre invece le sentenze n. 138 e n. 170 interpretano questa norma attribuendogli proprio un simile contenuto.

35 In materia, la già citata sentenza (di accoglimento) n. 161/1985 faceva pertanto seguito alla sentenza (di rigetto) n. 98/1979.

36 Alla (discussa) ordinanza processuale n. 369/2006 ha fatto seguito il demolitorio “uno-due” di cui alle sentenze n. 151/2009 e n. 162/2014.

37 Sentenza n. 1/2013, punto 8.1 del *Considerato in diritto*, giustamente sottolineato da G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti*, cit., § 3.

38 Di una pericolosa «costituzionalizzazione della tradizione» (soprattutto con riguardo alla problematica dei c.d. “nuovi diritti”) ragiona R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali*, cit., p. 18. Del resto, nella sentenza n. 138/2010 è stata la stessa Corte ad affermare che, con l'art. 29, il Costituente «intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto» (punto 9 del *Considerato in diritto*).

39 Per una ricostruzione delle discussioni che i Costituenti intavolarono sull'art. 29 Cost. v., ad esempio, il mio *Costituzione, “strane famiglie” e “nuovi matrimoni”*, in *Quad. cost.* 2008, p. 579 ss.

40 Come chiosato da F. DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Foro it.* 2010, I, cit., c. 1371.

E' stata del resto la stessa Corte costituzionale ad avvertire che «la Costituzione è fatta soprattutto di principi e questi ultimi sono in stretto collegamento tra loro, bilanciandosi vicendevolmente, di modo che la valutazione di conformità alla Costituzione stessa deve essere operata con riferimento al sistema, e non a singole norme, isolatamente considerate. Un'interpretazione frammentaria delle disposizioni normative, sia costituzionali che ordinarie, rischia di condurre, in molti casi, ad esiti paradossali, che finirebbero per contraddire le stesse loro finalità di tutela»⁴¹. Ancora una volta, esattamente il contrario di quanto praticato nella sentenza in commento (oltre che nella decisione del 2010), ove la soluzione del caso scaturisce – in pratica – dalla piana applicazione di un solo parametro di legittimità, accuratamente isolato da tutti gli altri e ulteriormente circoscritto nel suo significato.

Sia nella sentenza n. 138/2010, sia nella n. 170/2014, la Corte non sembra poi fare sufficiente tesoro dell'assunto (da essa stessa affermato in altri contesti) per cui «la norma non rimane cristallizzata ma partecipa delle complesse dinamiche che nel tempo investono le fonti del diritto a livello nazionale e sovranazionale, che l'interprete deve necessariamente prendere in esame al fine di preservare attualità ed effettività della tutela, in particolare sotto il profilo del corretto bilanciamento degli interessi presi in considerazione, essendo la "vivenza" della norma una faccenda per definizione aperta, ancor più quando si tratti di adeguarne il significato a precetti costituzionali» (i quali dovrebbero peraltro risentire della medesima dinamica)⁴². Ed è proprio la lettera della legge a «segna[re] il confine, in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale»⁴³.

Mutatis mutandis, la lettera dell'art. 29 Cost. non sembrerebbe favorire le restrittive interpretazioni avallate dalla Consulta, ed è altresì dubbio che la sua lettura sistematica debba necessariamente condurre a quanto già fatto proprio dalla Corte nella sentenza n. 138/2010⁴⁴. Invece, con la stessa rapidità già sopra evocata, la Corte archivia altresì – sia nella sentenza n. 170/2014, sia nella sentenza n. 138/2010 – il tema delle denunciate discriminazioni (*ex art. 3 Cost.*) tra coppie eterosessuali coniugate e coppie *same sex*,

41 Sentenza n. 1/2013, punto 8.1 del *Considerato in diritto*.

42 Così nella sentenza n. 51/2014, punto 3 del *Considerato in diritto*, che rinvia anche all'ordinanza n. 191/2013.

43 V. la sentenza n. 219/2008, punto 4 del *Considerato in diritto*.

44 Ad esempio, non convince affatto la pretesa – assunta dalla Corte nella sentenza n. 138/2010 – di ricavare, dal secondo comma dell'art. 29 Cost., argomenti definitivi nel senso della necessaria eterosessualità del matrimonio (cfr. il punto 9 del *Considerato in diritto*). E' senz'altro vero che la norma trae spunto dalla presa di coscienza di una sostanziale disuguaglianza tra uomo e donna che si voleva finalmente rimuovere; ciò tuttavia non toglie che «il principio di parioridazione dei coniugi in essa affermato trascende con evidenza» la «contingenza storica» che l'ha suggerito, vietando, ad esempio, ogni scelta legislativa che implichi comunque una gerarchia intrafamiliare [L. IMARISIO, *L'estensione alle coppie omosessuali dell'accesso al matrimonio civile: la strada maestra per un diritto costituzionale della famiglia "preso sul serio"*, in AA.VV., *La "società naturale" e i suoi nemici. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di R. BIN - G. BRUNELLI - A. GUZZAROTTI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI, Giappichelli, Torino 2010, p. 187. Nello stesso senso v. anche M. CROCE, *Diritti fondamentali programmatici, limiti all'interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*, in www.forumcostituzionale.it (23 aprile 2010) e C. FUSARO, *Non è la Costituzione a presupporre il paradigma eterosessuale*, in AA.VV., *La "società naturale"*, cit., p. 152]. Analogamente può ragionarsi con la (del tutto) presunta necessità che il matrimonio sia "aperto" alla procreazione: su questo aspetto rinvio al mio *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *Studium Iuris* 2010, p. 1004 ss.

ovvero tra le prime e quelle che, pur essendo originariamente tali, conoscano poi la rettificazione anagrafica del sesso di uno dei coniugi (ma non vogliano rinunciare al loro legame).

Così, l'art. 3, comma 1, Cost. – ovvero l'ennesimo “soldatino-parametro” (almeno in parte) a cadere – non è affatto assunto dalla Corte nel suo nucleo forte di “diritto all'uguaglianza soggettiva”, entrando invece in gioco «soltanto attraverso il criterio, indubbiamente più blando, della ragionevolezza, intesa come coerenza dell'ordinamento nel disciplinare fattispecie tra loro non assimilabili»⁴⁵. In tal modo depotenziato, l'art. 3 può quindi giustificare la contestata ipotesi del divorzio imposto ove intervenga la rettificazione anagrafica del sesso di uno dei coniugi⁴⁶. Sin dalla sentenza n. 138/2010 tale approccio ha inoltre fondato – e, dopo la sentenza n. 170/2014, esso incardina in modo ancora più vistoso – la pretesa legittimità di discipline che regolino diversamente le varie unioni sulla base degli specifici tratti delle famiglie in discorso⁴⁷.

Ma c'è di più. Una simile “tecnica d'avvicinamento” alla fattispecie sotto la lente consente poi alla Corte di orientare il bilanciamento tra i due interessi ritenuti davvero pregnanti nella vicenda *de qua*: tuttavia, «l'apodittico riferimento ad un interesse dello Stato a conservare inalterati i caratteri tradizionali di un istituto giuridico di tale rilievo» (il matrimonio), fatto prevalere sul corrispondente diritto della coppia del caso a continuare il rapporto già instaurato, «sembra in questo caso evocare una sorta di etica di Stato, impermeabile alle inevitabili evoluzioni di una società pluralista». Invece, «la domanda a cui sarebbe... necessario rispondere (e alla quale la Corte ancora una volta, non risponde), riguarda l'esistenza e la conseguente definizione di un interesse costituzionale concorrente che giustifichi il persistente divieto di matrimoni *same sex*. Interesse che dovrebbe radicarsi in altre posizioni soggettive costituzionali a rischio di compromissione (ma quali?)», e non certo in una ideologica pretesa di conservazione da parte dello Stato⁴⁸.

6. QUALE SEGUITO PER IL “CASO BERNAROLI” (E PER ALTRI CASI ANALOGHI)?

Come se ne esce? Ovvero: come dovranno comportarsi i giudici e gli operatori che si troveranno a fare i conti con il prosieguito della vicenda *de qua* (o con altre simili)?

45 G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti*, cit., § 3.

46 La Corte afferma infatti che «la diversità della peculiare fattispecie di scioglimento a causa del mutamento del sesso di uno dei coniugi rispetto alle altre cause di scioglimento del matrimonio ne giustifica la differente disciplina» (punto 5.4 del *Considerato in diritto*).

47 Cfr. A RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in www.giurcost.org (13 giugno 2014) e le conseguenti critiche di G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti*, cit., § 4 in fine, per la quale ciò conduce «ad una inevitabile frammentazione delle tipologie familiari, all'adozione cioè di misure legislative peculiari per ciascuno dei gruppi sociali considerati».

48 G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti*, cit., § 3.

Il seguito del caso – nient'affatto semplice da inquadrare⁴⁹ – deve prendere necessariamente le mosse dalla tipologia della decisione utilizzata dalla Corte: appare chiaro che la pronuncia è – innanzi tutto – di accoglimento, caratterizzandosi tuttavia per un dispositivo riconducibile ai (controversi) crismi delle c.d. sentenze “additive di principio”. Da qui i problemi e i dubbi di cui si dirà.

La Corte dichiara quindi «l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della l. 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di sesso), nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore»⁵⁰. E' perciò evidente che la Corte non forgia una regola immediatamente applicabile, traendo invece dalla Costituzione un ben più generico principio. Come già ricordato, la Corte afferma infatti che sarà «compito del legislatore introdurre una forma alternativa (e diversa dal matrimonio) che consenta ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione, su tal piano, di assoluta indeterminatezza. E tal compito il legislatore è chiamato ad assolvere con la massima sollecitudine»⁵¹.

Nessun esplicito accenno è dedicato invece alla possibilità che i singoli giudici utilizzino il principio tracciato nella sentenza al fine di provvedere sin da subito alla tutela dei diritti coinvolti. Già in passato una simile circostanza non ha mancato di far discutere, taluno concludendo che – a fronte di additive di principio così ambiguamente strutturate – sarebbe in realtà escluso qualsiasi attivismo giudiziario; approdo respinto invece da altri commentatori, per i quali risulterebbe a dir poco incomprensibile e preoccupante che «i giudici comuni non ritenessero le sentenze di questo tipo suscettibili di immediata applicazione, in quanto rivolte al solo legislatore», così rifiutandosi «di decidere, attraverso l'individuazione di una regola, il caso loro sottoposto». Tanto più che «ai giudici dovrebbe essere comunque inibito decidere sulla base di norme dichiarate incostituzionali»; «diversamente l'accoglimento della questione in nulla differirebbe da una pronuncia d'inammissibilità, eventualmente corredata da un monito o da un semplice invito a provvedere raccolto al legislatore»⁵².

Come accade spesso, la soluzione va dunque e probabilmente calibrata caso per caso, ovvero ragionando della peculiare fisionomia delle singole “additive di principio”

49 V., ad esempio, la preoccupata chiosa di F. BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. “divorzio imposto”*, cit., per la quale «in assenza dell'intervento del legislatore, qualunque decisione è contraria alla Costituzione»: sia accogliere il ricorso delle interessate, sia deciderlo in base al criterio dell'analogia, sia rigettarlo. Né «sarebbe utile immaginare una qualche forma di sospensione del giudizio *a quo* in attesa dell'intervento del legislatore: poiché i ricorrenti erano risultati soccombenti in appello ed ora non sono sposati, sospendere il giudizio non consentirebbe comunque cdi vedere garantito il diritto ad un riconoscimento giuridico del loro rapporto di coppia».

50 La Corte dichiara altresì, in via consequenziale, l'illegittimità costituzionale anche dell'art. 31, comma 6, d. legisl. 1° settembre 2011, n. 150 (peraltro non rilevante nella fattispecie).

51 Punto 5.6 del *Considerato in diritto*.

52 V., in particolare, G.P. DOLSO, *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, in *Giur. cost.* 1999, p. 4121, p. 4123, p. 4127.

proposte dalla Corte, nonché alla luce degli specifici tratti di ciascuna fattispecie sotto la lente⁵³.

7. SEGUE: LE POSSIBILI SOLUZIONI SUL TAPPETO. LA CONTINUAZIONE DI UN MATRIMONIO ORA SOTTOPOSTO A “CONDIZIONE” O LO SCIoglIMENTO IMMEDIATO IN SPERANZOSA ATTESA DEL LEGISLATORE?

In base allo specifico tenore della sentenza n. 170/2014, taluno ritiene dunque che si debba valorizzare al massimo il diritto delle coniugi a continuare il loro rapporto affettivo-matrimoniale nell’attesa della nuova disciplina delle unioni omosessuali. E’ la posizione che potremmo definire più “audace”. La sentenza avrebbe infatti dichiarato l’illegittimità delle norme che impongono lo scioglimento del matrimonio della coppia (diventata) *same-sex*, senza che sia contemporaneamente (e più precisamente) regolato il diritto dei coniugi di mantenere in vita una convivenza giuridicamente riconosciuta. La Corte sostiene infatti che sarebbe illegittimo sostituire (ex art. 29 Cost.) «il divorzio automatico con un divorzio a domanda, poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso»⁵⁴. Al contempo, «e altrettanto chiaramente, riconosce, con tutta la forza di un dispositivo di accoglimento, che sarebbe contrario a Costituzione consentire il passaggio da “uno stato di massima protezione giuridica” (il matrimonio) ad una condizione di “assoluta indeterminatezza”» (per le coppie soggette a uno scioglimento coatto senza sbocchi in una convivenza registrata); tale condizione produrrebbe anzi «quel *vulnus* dell’art. 2 Cost. che la sentenza costituzionale intende evitare»⁵⁵. Posto tuttavia che la Cassazione non sembrerebbe nelle condizioni di operare direttamente la conversione del matrimonio in una convivenza registrata – troppe le variabili di cui occorrerebbe tener conto⁵⁶ – ne consegue che gli articoli impugnati «non possono, allo stato, produrre gli effetti propri dello scioglimento, che si potranno verificare solo nel momento in cui il legislatore renderà possibile la conversione del matrimonio in una convivenza registrata». Il matrimonio risulterebbe così sottoposto a una “condizione risolutiva” che indubbiamente modifica nel profondo la situazione delle coniugi, proiettandola verso uno *status* di diversa e minore tutela giuridica (caratterizzata – sin da

53 Nelle additive di principio viene infatti affidato ai giudici comuni, «*caso per caso, quando è possibile*», il compito «di reperire nell’ordinamento la regola del caso concreto»: G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2012, p. 403 (corsivo non testuale).

54 Punto 5.6 del *Considerato in diritto*.

55 B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. n. 170/2014 sul divorzio imposto)*, cit.

56 A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia*, cit., segnala perciò che «diversamente da ciò che accade in presenza di altre additive di principio, nell’odierna vicenda è fuori discussione che il principio somministrato dalla Corte non si presta ad essere per l’istante tradotto in regole... sussidiariamente prodotte dal giudice comune».

subito – da un'evidente precarietà)⁵⁷; quello ora esistente tra di loro sarebbe insomma un diritto sostanzialmente “a tempo”.

All'opposto, la ricostruzione più “prudente” e “conservatrice” appare invece propensa a rimarcare i (già citati) passaggi della pronuncia in cui la Corte (inequivocabilmente) afferma che il matrimonio tra le coniugi non può comunque continuare; esso sarebbe dunque destinato a venir meno, pena l'inevitabile violazione dell'art. 29 Cost. Lo scioglimento del matrimonio *de quo* sarebbe dunque inevitabile, nell'attesa di un futuro e proficuo intervento del legislatore che regoli un'«altra forma di convivenza registrata»⁵⁸. Per evitare un'ulteriore illegittimità, andrebbe quindi ammesso e praticato lo scioglimento coatto di siffatti rapporti coniugali sin quando non saranno finalmente forgiati gli istituti che il legislatore deve, senza indugi, elaborare. Una posizione che trarrebbe forza da specifici passaggi testuali della pronuncia oltre che dall'esplicita investitura del legislatore: quest'ultimo sarebbe perciò l'*unico potere* davvero competente a intervenire, a pena di un'«attuale *deficit* di tutela dei diritti dei soggetti... coinvolti»⁵⁹.

8. SEGUE: LA “TERZA VIA”. UN CONVIVENZA NON PRIVA DI SIGNIFICATO GIURIDICO.

Oltre a quelle sin qui illustrate esiste peraltro una “terza via”. Quella adottata dalla Corte è senz'altro un'additiva di principio *sui generis*, condividendo i propri tratti solo con talune delle pronunce ascrivibili a tale (assai frammentaria) categoria. Di norma, simili pronunce constano di due parti, «una demolitoria della norma impugnata e l'altra contenente un principio, frutto di un bilanciamento dei principi costituzionali operato dalla Corte. Le due parti risultano non solo distinte ma anche dotate di differente efficacia, essendo la prima vincolante e ponendosi invece la seconda a livello di indicazione, monito o suggerimento con forza meramente persuasiva»⁶⁰. Ciò può anzi cagionare uno dei problemi tipici di alcune sentenze di tal fatta, nel caso in cui i principi affermati dalla Corte non risultino poi concretamente applicabili da parte dei giudici. In queste ipotesi si assiste infatti a un “doppio effetto paralizzante”: da un lato il giudice non potrebbe applicare la norma dichiarata incostituzionale – posta l'efficacia *erga omnes* del giudicato costituzionale – dall'altro, lo stesso giudice non potrebbe concludere il giudizio sin quando il legislatore non si decidesse finalmente a intervenire⁶¹. Perciò – almeno da alcuni

57 I brani citati – e le conclusioni proposte – sono tratte da B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. n. 170/2014 sul divorzio imposto)*, cit. Ne condividono gli assunti anche G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti*, cit., § 2 e M. WINKLER, *La Corte costituzionale si pronuncia sul caso del divorzio “imposto”: luci e ombre*, in www.articolo29.it (13 giugno 2014), § 6.

58 Come da motivazione e dispositivo della sentenza n. 170/2014.

59 Punto 5.6 del *Considerato in diritto*.

60 R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in Id. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010)*, Giappichelli, Torino 2011, p. 112.

61 Su tale profilo v. G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giappichelli, Torino 1996, p. 180 ss.

commentatori – «le sentenze contenenti principi così formulati sono state parificate alle decisioni di inammissibilità per rispetto della discrezionalità del legislatore»⁶².

La prima parte della sentenza n. 170 non sembra tuttavia esplicitare l'afflato demolitorio appena rammentato. Non è infatti illegittimo – per la Corte – che il matrimonio già contratto e operante si sciogla (anzi: la Corte ribadisce che ciò è del tutto conforme alle norme della Costituzione); è invece incostituzionale che l'ordinamento non preveda alcun istituto destinato eventualmente a “ospitare” le coppie che versino nella situazione in discorso. Tanto più che la Corte stessa ribadisce espressamente (e più volte) che il matrimonio *de quo* non può affatto continuare come se nulla fosse accaduto: neppure se le parti concordassero in tal senso. Stante ciò, la Corte non potrebbe neanche – in caso di prolungata inerzia del legislatore – rafforzare la sua attuale presa di posizione adottando una sentenza di accoglimento semplice: ne deriverebbe infatti – nell'ottica della Consulta – una disciplina comunque non consona al dettato dell'art. 29 Cost. (il quale – nelle parole della Corte – comunque non tollera la prosecuzione di un matrimonio ormai privo del carattere dell'eterosessualità). In considerazione del suo specifico tenore, la sentenza n. 170 non parrebbe quindi in grado di paralizzare l'applicazione della prima parte della norma impugnata (che, in sé, non è affatto descritta come incostituzionale): è quindi la successiva omissione a essere sproporzionata e illegittima, non già l'esplicita previsione dello scioglimento “coatto”⁶³.

Che fare dunque se fosse questa la ricostruzione (e l'applicazione) a prevalere? In tal caso forse varrebbe la pena collocarsi in una prospettiva sostanzialmente “mediana” rispetto a quelle illustrate al precedente paragrafo: una posizione certo “scomoda” ma non priva di (pur faticosi) spiragli. Qualunque operatore dovrebbe cioè dare per scontato l'automatico scioglimento del matrimonio che – come nel caso – conosca il transito ad altro genere di uno dei coniugi. Contemporaneamente però – ove le parti lo richiedessero – si dovrebbe comunque ammettere la prosecuzione non giuridicamente indifferente della relativa convivenza, sia pure tenendo presente che una coerente (e doverosa) disciplina della materia è ben lungi dall'essere ancora entrata in vigore. Caso per caso (e problema per problema), a fronte delle rivendicazioni della coppia che intendesse comunque proseguire la propria vita in comune, dovrà dunque essere chi intende negare i diritti di volta in volta in rilievo a opporre e provare la base legale-costituzionale della pretesa esclusione (causata, peraltro, dalla colpevole inerzia del legislatore). Di risulta, i soggetti coinvolti nelle varie circostanze potranno eventualmente reagire per le vie legali; un giudice potrà quindi essere chiamato a decidere se – alla luce del principio abbozzato dalla sentenza n. 170, e in ossequio delle norme costituzionali disponibili – sia possibile (o no) estendere alla coppia coinvolta i diritti pianamente riconosciuti ai coniugi. «Nel caso in cui la magistratura reputi che le norme non consentano tale operazione ma ritenga comunque di trovarsi di fronte a un'irragionevole differenziazione tra le “forme” di

62 R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, cit., p. 112. V. anche G.P. DOLSO, *Le sentenze additive di principio*, cit., p. 4146 e, di recente, proprio con riguardo al caso in commento, A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia*, cit., il quale afferma perciò che «l'additiva di principio può tutt'al più esprimere una carica di persuasività maggiore di quella racchiusa in una decisione di rigetto con monito: nei fatti, però, il quadro normativo di risulta non muta».

63 A tal proposito, *contra* la tesi dell'inapplicabilità (sempre e comunque) della disciplina impugnata, essendo invece dichiarata incostituzionale non tutta la normativa sottoposta all'attenzione della Corte, bensì soltanto l'omessa previsione del “trattamento più favorevole”, v. G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., p. 181 s.

convivenza, potrebbe proporre la questione di costituzionalità, sollecitando – in sostanza – un’interpretazione autentica della sent. n. 170/2014»⁶⁴.

Parafrasando (quasi alla lettera) quanto dalla Corte sancito nella sentenza n. 138/2010⁶⁵ – a ulteriore conferma del “dialogo” esistente tra tali pronunce e della continuità della giurisprudenza costituzionale sul punto – può (e deve) insomma accadere che, in relazione a ipotesi particolari, la coppia eterosessuale regolarmente coniugata, ovvero quella che intenda continuare la propria sperimentata relazione nonostante la modifica anagrafica del sesso di uno dei suoi componenti, usufruiscano di trattamenti del tutto omogenei⁶⁶. E’ un percorso che – tanto per cambiare – impone fatiche inspiegabili ed esposizioni coatte delle coppie coinvolte, “scaricandosi” immancabilmente sui giudici ordinari e fomentando perciò una tutela inevitabilmente «a macchia di leopardo» degli interessati⁶⁷: purtroppo è tuttavia questa la sorte incrociata da coloro che prendono di petto la sempre più evidente necessità di superare i patologici ritardi dell’ordinamento italiano sul delicato fronte dei diritti⁶⁸.

9. LE CONSEGUENZE SUL PIANO “EUROPEO”

Last but not least, gli ultimi “soldatini-parametro” a cadere sotto il “fuoco” della Consulta sono – nell’economia di questo commento – gli artt. 10 (in realtà 11) e 117 Cost.

A tal proposito, la Corte ribadisce quanto già affermato nella sentenza n. 138/2010: non è possibile utilizzare gli artt. 8 (sul diritto al rispetto della vita familiare) e 12 (sul diritto di sposarsi e formare una famiglia) della CEDU, invocandoli quali “norme interposte” supportate dalle menzionate norme costituzionali. «E ciò perché, in assenza di un consenso tra i vari Stati nazionali sul tema delle unioni omosessuali, la Corte EDU, sul presupposto del margine di apprezzamento conseguentemente loro riconosciuto, afferma essere riservate alla discrezionalità del legislatore nazionale le *eventuali* forme di tutela per le coppie di soggetti appartenenti al medesimo sesso»⁶⁹.

64 C. SALAZAR, *Amore non è amore se muta*, cit., § 4.

65 V. il punto 8 del *Considerato in diritto*.

66 Mentre, come già detto (v. *supra* § 4, nota 31), il mutamento di sesso di uno dei coniugi senza la corrispondente richiesta della rettificazione anagrafica non provoca problemi di sorta sulla continuazione del rapporto matrimoniale.

67 Così F. BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. “divorzio imposto”*, cit.

68 Da ultimo, si pensi alla progressiva demolizione (per via giudiziaria) della legge n. 40/2004, in materia di procreazione medicalmente assistita, oppure al grande tema del “fine-vita”, illuminato dai noti casi Welby ed Englaro.

69 Punto 5.3 del *Considerato in diritto*. Corsivo non testuale. In tal senso, già prima della pronuncia, v. l’analisi di E. BERGAMINI, *Famiglia e identità di genere, “divorzio imposto” e diritti fondamentali: profili di diritto europeo*, in *GenIUS* 2014, n. 1, spec. p. 96 ss., in cui l’a. – dati giurisprudenziali alla mano – sottolinea come lo stesso art. 9 della Carta dei diritti fondamentali UE (citata dalla Cassazione nella sua ordinanza) sia stata spesso sopravvalutata sul piano interno. Per una critica dell’impostazione assunta dalla Corte su questo specifico punto v., invece, G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti*, cit., § 3.

Ne deriva che – come già poteva desumersi dalla sentenza n. 138⁷⁰ – se la Consulta non è forse abilitata ad adottare, in materia, sentenze additive “a rime obbligate”, la Corte EDU – magari aggiornando via via le sue interpretazioni e la propria giurisprudenza (anche alla luce delle progressive evoluzioni degli ordinamenti statali)⁷¹ – potrà invece condannare l'Italia per le sue eventuali (e quasi scontate) inadempienze in materia: specie dopo quanto sancito nella sentenza in commento.

Forse non sarà molto ma (soprattutto in presenza di “grandi numeri” e di altrettanto corpose conseguenze economiche) la circostanza potrebbe assumere un significato nient'affatto simbolico. A seguito di quanto concluso nella sentenza n. 170/2014, il “margine di apprezzamento” italiano pare infatti decisamente più angusto di quanto taluno poteva forse prima ipotizzare: *nessuno può più negare che esista un vero e proprio diritto a ottenere la regolamentazione dell'unione omosessuale o transessuale comunque configurata*. Sulla falsariga di quanto accaduto sul delicato fronte dell'*overcrowding* carcerario⁷², questo “punto fermo” potrebbe perciò preludere a una sequela di condanne italiane in sede europea, magari accompagnate dall'adozione di una “sentenza pilota” la quale fissi limiti, tempi e obiettivi di una disciplina che attende ormai da troppi anni di venire alla luce (e che troppi veti hanno sin qui ottusamente ostacolato).

* Professore di Diritto costituzionale, Università di Ferrara

70 Si rinvia a P. VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio*, cit., p. 1007.

71 Sulla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte EDU in relazione a profili variamente collegati a quello in discussione v., ad esempio, oltre al citato scritto di Elisabetta Bergamini, A. COSSIRI, *Famiglie omosessuali, famiglie clandestine. La lacuna dell'ordinamento che produce discriminazioni*, in AA.VV., *La "società naturale"*, cit., p. 83; A.O. COZZI, *Esiste un'obbligazione convenzionale o comunitaria volta a consentire il matrimonio tra persone dello stesso sesso?*, ivi, p. 85 ss.; E. CRIVELLI, *Il diritto al matrimonio*, cit., p. 92 ss., nonché ID., *Il matrimonio omosessuale all'esame della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 2009, p. 1242 ss.

72 Si pensi alle ripetute condanne europee subite dall'Italia in relazione allo stato delle sue carceri e alla conseguente sentenza-pilota della Corte EDU, sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, a proposito della quale (e anche sui caratteri di tali pronunce della Corte europea) cfr. la nota di F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in www.penalecontemporaneo.it (2013).