

## La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio “imposto”: un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto\*

di Francesca Biondi \*\*  
(24 giugno 2014)

Con la sentenza n. 170 del 2014, la Corte decide la questione, sollevata dalla Corte di Cassazione, avente ad oggetto gli artt. 2 e 4 della l. n. 164 del 1982 (poi abrogati, ma quasi testualmente riprodotti nell'art. 31, comma 6, d.lgs. n. 150 del 2011) nella parte in cui prevedono che la sentenza di rettificazione di attribuzione del sesso “provoca” (ora, “determina”) lo scioglimento del matrimonio. I ricorrenti avevano agito in sede giudiziaria chiedendo la rettificazione dell'annotazione relativa alla cessazione del vincolo matrimoniale compiuta dall'ufficiale dello stato civile, ritenendo che lo scioglimento del matrimonio possa essere dichiarato solo in virtù di una domanda e di una pronuncia dell'autorità giudiziaria. Essi argomentavano che l'automatismo ricordato violasse gli artt. 2, 3, 24 e 29 Cost., oltre gli artt. 10, comma 1 e 117 Cost. in relazione agli artt. 8 e 12 della Cedu. L'obiettivo era evidentemente quello di poter scegliere di mantenere in vita il matrimonio.

La Corte costituzionale aderisce, anzitutto, all'interpretazione fatta propria dalla Corte di Cassazione secondo cui le disposizioni impugnate “impongono” lo scioglimento del matrimonio senza che sia necessaria una pronuncia giudiziaria (salva la possibilità che gli ex coniugi si rivolgano al giudice per definire i loro rapporti patrimoniali o adottare gli opportuni provvedimenti in presenza di figli). Diversamente essa avrebbe potuto rigettare la questione (con una pronuncia di inammissibilità o “interpretativa”) suggerendo di seguire la soluzione, ben argomentata in dottrina, secondo cui le norme oggetto non escludono affatto la necessità di una “domanda” della parte (il dibattito è ricostruito da A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, Milano 2013, 102 ss.).

Ciò premesso, la questione è accolta per contrasto con l'art. 2 della Costituzione e le disposizioni impugnate dichiarate incostituzionali, nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei due coniugi, che provoca/determina lo scioglimento 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”.

Lo schema argomentativo ricalca quello già utilizzato dalla Corte per decidere la questione sollevata sulle disposizioni codicistiche che non consentono il matrimonio tra persone dello stesso sesso, ma, rispetto alla sentenza n. 138 del 2010, vanno rilevate alcune sostanziali differenze.

Anzitutto, con la decisione che si commenta la Corte afferma chiaramente che, a Costituzione invariata, non è possibile introdurre il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

A questa conclusione parte della dottrina era già arrivata leggendo la sentenza n. 138 del 2010 (A. Pugiotto, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli 2001, III, 2697). Altri, invece, avevano osservato come la Corte avesse escluso di poter introdurre il matrimonio omosessuale “per via ermeneutica” (“poiché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad una interpretazione creativa”), e che, quindi, al legislatore restava la possibilità di estendere il matrimonio alle persone dello stesso sesso. In tale eventualità la Corte avrebbe avuto argomenti per “salvare” la scelta “politica” motivata da una diversa valutazione del diritto di

\* Scritto sottoposto a *referee*.

famiglia alla luce dell'evoluzione dei costumi e della coscienza sociale (come, per altro, accaduto in altri ordinamenti a noi vicini) (R. Romboli, in *Giur. cost.* 2010, 1641-1642; B. Pezzini, in *Giur. cost.* 2010, 2719 ss.; F. Biondi, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, 7 giugno 2013, in *Riv. GdP*). Dopo questa sentenza, con cui la Corte conserva il c.d. divorzio "imposto" in caso di mutamento di sesso di uno dei coniugi poiché il modello eterosessuale del matrimonio è l'unico cui conferisce tutela l'art. 29 Cost., tale possibilità va definitivamente accantonata, salvo revisione costituzionale del parametro.

Il "timore" che la Corte dimostra verso l'apertura al matrimonio omosessuale ha, però, in questa occasione, condotto ad assimilare situazioni assai diverse tra loro. La condizione in cui versano due persone che si erano sposate quando erano eterosessuali e che quindi costituiscono già una famiglia è assai differente da quella di due persone dello stesso sesso che intendono formare una famiglia che ancora non c'è. E ritenere che anche nel primo caso l'art. 29 cost. non sia conferente significa disconoscere il significato originario della disposizione costituzionale che, nel tutelare la famiglia come "società naturale", voleva proprio escludere l'intervento "autoritativo" dello Stato rispetto alle vicende interne alla società familiare.

Consentire ad una coppia, già sposata, di mantenere in vita il rapporto matrimoniale, nonostante il mutamento di sesso di uno dei due, non avrebbe aperto la strada al matrimonio tra due persone dello stesso sesso, ma solo ammesso un'"eccezione" al principio dell'eterosessualità del matrimonio (cfr. A. D'Aloia, in questa *Rivista* 1/2014, 151-152). Questa rilevante differenza è stata invece tenuta ben presente dal Tribunale costituzionale tedesco che - pur in un quadro costituzionale "della famiglia" assai simile al nostro (poiché entrambe le Costituzioni assegnano alla nozione "tradizionale" di famiglia fondata sul matrimonio uno *status* privilegiato) e pur in un ordinamento che esclude il matrimonio tra persone dello stesso sesso - ha affermato che il legislatore può, in tali casi, consentire il proseguimento del matrimonio (BVerfG, 1 Senato, ord. 27 maggio 2008, BvL 10/5).

Ricalca lo schema della sentenza n. 138 del 2010 anche la scelta di far ricadere la tutela della coppia dello stesso sesso sotto l'alveo dell'art. 2 Cost.. Richiamando il proprio precedente, la Corte ricorda di essersi, a suo tempo, riservata - in assenza di una disciplina che consenta a queste coppie di vedere riconosciuta e tutelata la propria unione - un margine di intervento "a tutela di specifiche situazioni". Per questo la Corte accoglie la questione, dichiarando l'incostituzionalità delle disposizioni impugnate nella parte in cui non consentono alla coppia, già sposata, di cui uno dei due muti sesso, di "passare" ad un regime giuridico diverso dal matrimonio, ma che tuteli i diritti dei soggetti coinvolti.

La Corte costituzionale invita così il legislatore a seguire la soluzione già ritenuta conforme dalla Corte Edu, quando quest'ultima ha affermato che non c'è violazione del principio della vita privata e familiare se lo Stato bilancia l'interesse a mantenere intatto il modello matrimoniale previsto dalla legge e la tutela dei rapporti personali e giuridici nati da un precedente matrimonio consentendo alla coppia divenuta omosessuale il "passaggio" ad un diverso regime giuridico (v., in part., Corte Edu, 13 novembre 2012, H. c. Repubblica di Finlandia).

La decisione della Corte costituzionale potrebbe però essere condivisa laddove tale regime giuridico già esista. Nella perdurante assenza di una regolazione giuridica del rapporto affettivo di chi non vuole sposarsi e, soprattutto, di chi non può sposarsi, il ricorso ad una sentenza additiva di principio si risolve, invece, nell'accertamento della violazione di un diritto costituzionale, ma non anche nella sua effettiva tutela (ancor più di quanto accada con il ricorso a pronunce di inammissibilità per discrezionalità del legislatore o a sentenze-monito: sul punto, cfr. R. Romboli, *cit.*, 1637-1640).

La problematicità delle sentenze additive di principio non è certo nuova (per tutti, cfr. M. D'Amico, in *Giur. cost.* 1993, 1803 ss.), e forse per questo da tempo la Corte

costituzionale aveva evitato di farne uso. Di recente, invece, di fronte a casi costituzionali “difficili”, le questioni sono state risolte ricorrendo proprio a questo tipo di pronuncia: oltre alla decisione in commento, si ricordi la sentenza n. 278 del 2013 in tema di anonimato della madre biologica in caso di adozione. La problematicità di questa tecnica decisoria è, per altro, amplificata quando, come nella sentenza n. 170 del 2014, il principio fissato dalla Corte è generico ed indeterminabile e, pertanto, attuabile dal legislatore, ma non anche utile per il giudice *a quo* a risolvere il caso concreto.

Che cosa dunque potrà fare ora la Corte di Cassazione per decidere il ricorso? E' assai difficile prevederlo.

In assenza dell'intervento del legislatore, qualunque decisione è contraria alla Costituzione: sia accogliere il ricorso, consentendo ai ricorrenti di rimanere sposati (poiché la Corte costituzionale, escludendo la violazione dell'art. 24 Cost., ha affermato che non è “configurabile un diritto della coppia non più eterosessuale a rimanere unita nel vincolo del matrimonio”); sia, per le stesse ragioni, deciderlo in base al criterio dell'analogia, poiché le uniche norme vigenti, a cui eventualmente ricorrere per colmare la lacuna, sono quelle sul matrimonio; sia rigettarlo, lasciandoli privi di alcuna tutela.

Né, infine, in questo caso, 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 di vedere garantito il diritto ad un riconoscimento giuridico del loro rapporto di coppia.

In questo momento, avendo esaurito ogni rimedio interno, non resta che ricorrere a Strasburgo, dove le *chances* di accoglimento del ricorso per violazione del diritto alla vita privata e familiare sono assai alte. Nell'ordinamento interno, invece, essi forse potranno, sulla base della statuizione della Corte costituzionale, esperire azioni di accertamento di singoli diritti al fine di vedere riconosciute alcune forme di tutela. Ancora una volta, in assenza di una disciplina generale, si “scarica” sui giudici ordinari il compito di intervenire caso per caso, fornendo una tutela “a macchia di leopardo”, e, soprattutto, rendendo incerto il quadro giuridico, ma anche “culturale”, di riferimento.

\*\* Ricercatrice di Diritto costituzionale – Università di Milano