

Divorzio imposto: incostituzionale ma non troppo*

di Paolo Bianchi **
(7 luglio 2014)

Con la sentenza n. 170/14 la Corte torna ad esprimersi sul dettato costituzionale in tema di matrimonio e famiglia. La questione, ampiamente dibattuta in dottrina (v. ad es. Genius n.1/14, monografico sulla vicenda), concerneva l'obbligatorio scioglimento del matrimonio conseguente alla pronuncia di rettifica del sesso di uno dei coniugi. La Corte di cassazione, nell'ordinanza di rimessione, aveva sollevato dubbi riferiti a diversi parametri: non solo gli artt. 2 e 29 Cost. (in relazione agli artt. 8 e 12 CEDU) per l'asserita violazione dei diritti dei coniugi conseguente all'automatismo previsto dalla legge, ma anche l'art. 24 Cost. perché le norme impugnate non prevedono alcuna possibilità di difesa in giudizio delle posizioni del coniuge per il quale è intervenuta la rettificazione del sesso né, tanto meno, per l'altro, che risulta del tutto estromesso dal procedimento pur trovandosi a subirne le conseguenze. Infine era invocato l'art. 3 Cost.: poiché negli altri casi di scioglimento del vincolo matrimoniale di cui all'art. 3 l.n. 898/70 è necessaria la domanda di uno dei coniugi, la procedibilità d'ufficio nella sola ipotesi del cambiamento di sesso introdurrebbe sia una discriminazione irragionevole che una ingiustificata differenziazione in ordine alla tutela giurisdizionale.

Di fronte a tale complesso di questioni la Corte ha prodotto argomentazioni sbrigative. Innanzitutto ha nuovamente (come nella sent. n. 138/10 e nell'ord. n. 276/10) liquidato il tema della necessaria eterosessualità del matrimonio senza alcuna motivazione, trasformandolo da elemento controverso in presupposto logico-giuridico della decisione. A poco serve allora rilevare che l'insistenza della Corte su una lettura dell'art. 29 Cost. tale da modellarlo sul codice civile del 1942 risulta contraddittoria anche in relazione alla sua stessa giurisprudenza, nella quale è dato leggere che «occorre interpretare le leggi ordinarie alla luce della Costituzione, e non viceversa» (sent. n. 1/13). Così come a poco serve notare che la concezione "naturalistica" dell'eterosessualità non regge nel caso di specie, dove la diversità di sesso rimane, sul piano biologico, mentre è il dato normativo che dalla rettifica fa derivare lo scioglimento del vincolo.

Altrettanto sommariamente vengono accantonati sia i riferimenti alle norme CEDU in tema di famiglia, sia la giurisprudenza recente ad esse relativa, che pure avrebbe potuto suggerire – al pari delle pronunce dei tribunali costituzionali tedesco e austriaco richiamate nell'ordinanza di rimessione – un approccio meno rigido.

La violazione del diritto alla difesa è stata esclusa in base all'affermata inesistenza del diritto sostanziale (al matrimonio tra persone dello stesso sesso) sottostante, da ciò traendosi ulteriore sostegno per negare possibili discriminazioni rispetto agli altri casi di scioglimento del vincolo: la peculiarità dell'ipotesi sarebbe tale da escludere in radice ogni possibile comparazione.

Dopo tali premesse, la pronuncia vira però verso l'accoglimento, una volta considerato che le disposizioni impugnate, nel bilanciamento tra l'interesse dello Stato alla difesa del modello eterosessuale e quello degli individui alla conservazione del rapporto, negano ogni tutela a questi ultimi.

La cautela della Corte traspare però dalla scelta del dispositivo. Sarebbe infatti stato ben possibile addivenire ad un accoglimento "secco", fondato sulla lesione dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost., prodotta dall'imposizione per legge della dissoluzione del vincolo matrimoniale contro la volontà dei diretti interessati, a fronte della quale neppure nelle parole della sentenza si rinviene un interesse superiore meritevole di tutela.

* Scritto sottoposto a *referee*.

Tale soluzione avrebbe condotto la nostra Corte sulle orme di quella tedesca, che, pronunciando su un caso analogo a questo (BVerfG, 1 BvL 10/05 del 27 maggio 2008), ritenne non potersi invadere la sfera dei diritti personalissimi dei coniugi in nome della salvaguardia dell'istituto matrimoniale tradizionalmente concepito. Quella decisione fece salvo nell'immediato – ed esplicitamente – il matrimonio in essere, rinviando al legislatore per un eventuale, diverso quadro normativo nel quale inserire l'unione tra individui dello stesso sesso (sopravvenuto).

Sulla stessa linea del *Bundesverfassungsgericht* si colloca la più recente sent. *H v. Finland*, pronunciata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo il 13 novembre 2012, in cui la lesione del diritto alla vita familiare è esclusa dalla predisposizione, contestuale rispetto all'imposizione del divorzio, di una forma di unione civile alternativa al matrimonio ma ad esso sostanzialmente assimilabile.

La Corte costituzionale – che pur ha citato entrambe le sentenze, ma solo per trarne conferma della piena discrezionalità legislativa nella materia *de qua* – non ha nemmeno ipotizzato l'accoglimento semplice, che avrebbe equiparato la condizione esaminata a quella di ogni altra coppia sposata, anzi ha escluso anche l'adozione di una sentenza «manipolativa, che sostituisca il divorzio automatico con un divorzio a domanda, poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso», ipotesi che contrasterebbe con il principale assunto della decisione.

La via prescelta è stata dunque quella dell'additiva di principio, nella quale l'accoglimento della questione è accompagnato dal fermo invito al legislatore a introdurre («con la massima sollecitudine») una disciplina delle forme di convivenza che assicuri adeguata tutela ai soggetti che si trovino nelle medesime condizioni, escludendo sin d'ora sia l'apertura dell'istituto matrimoniale, sia l'adozione di un modello unico di disciplina di tali unioni.

Una prima considerazione è necessaria in relazione agli effetti della decisione in esame. Autorevole dottrina ha sostenuto che essa non avrebbe alcuna possibilità di applicazione in concreto, giungendo ad equipararla, nella sostanza, ad un rigetto con monito analogo a quello disposto con la sent. n. 138/10. Secondo 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, 3, «è infatti fuori discussione che il principio somministrato dalla Corte non si presta ad essere per l'istante tradotto in regole, ancorché solo a titolo precario, “sussidiariamente” prodotte dal giudice comune, in attesa della organica e compiuta disciplina vagheggiata dalla Corte».

Tale impostazione non può essere condivisa, poiché sottovaluta il dispositivo a tutto vantaggio della (pur ambigua) motivazione. La scelta di una pronuncia di accoglimento risponde all'esigenza di incidere sul quadro normativo, in vista della tutela di diritti di cui si è appena affermata l'inviolabilità (così G. Brunelli, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. “divorzio imposto”*, in www.articolo29.it), mentre la pluralità di soluzioni disponibili per il legislatore non può essere vista come strumento idoneo ad impedire la tutela immediata degli stessi diritti in sede giurisdizionale. Si obietta (F. Biondi, in www.forumcostituzionale.it) che l'accoglimento del ricorso nel giudizio *a quo* sarebbe precluso dall'affermata inesistenza del diritto della coppia «a rimanere unita nel vincolo del matrimonio». Si deve osservare che la motivazione può integrare e orientare la lettura del dispositivo, non certo privarlo di effetti allo scopo di “salvare” la norma annullata, sia pure in attesa dell'intervento del legislatore.

Preferibile è allora la soluzione di chi (B. Pezzini, *La Corte costituzionale applica una condizione risolutiva al matrimonio del transessuale*, in www.confronticostituzionali.it, e G. Brunelli, *Quando la Corte cit.*) ritiene immediatamente efficace la *pars destruens* della

decisione, con ciò salvaguardando i diritti individuali in gioco, mentre rinvia al futuro assetto legislativo la possibile cessazione degli effetti del matrimonio, subordinandola alla predisposizione, imposta dalla Corte, di «una forma alternativa» di regolazione dei rapporti, della quale potrà comunque essere vagliata l'idoneità a tutelare «adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia».

Da qui è possibile passare a considerazioni più generali, relative al dialogo tra Corte e legislatore. Le critiche da molti rivolte alla sentenza in commento, per quanto condivisibili, non dovrebbero offuscare la percezione di un netto cambiamento di tono tra la sent. n. 138/10, in cui, affermato il paradigma eterosessuale del matrimonio, negata la lesione del principio di eguaglianza formale, evocata la necessaria garanzia dei diritti individuali, si concludeva con un rigetto accompagnato dall'invito a legiferare, e l'attuale pronuncia, in cui analoga struttura motiva sostiene un dispositivo di accoglimento accompagnato da una enunciazione di principio e da un ulteriore sollecito rivolto al legislatore. Si tratta di uno schema altre volte seguito, anche di recente, dalla Corte, in cui il mancato accoglimento del monito conduce ad una nuova decisione, stavolta di accoglimento.

Tra le due decisioni si inserisce, come ulteriore passaggio dialettico, la relazione sull'attività giurisdizionale del 2012, in cui il Presidente Franco Gallo segnalò (oltre a questo) numerosi casi di inerzia legislativa a fronte di «inviti» contenuti in pronunce di rigetto o inammissibilità, evidenziando il difficile rapporto tra il Parlamento e il Giudice delle leggi.

La decisione in esame appare dunque come un ulteriore tentativo di ottenere risposta da un legislatore evidentemente distratto, non più con un mero invito ma con la cancellazione di un frammento del complesso mosaico della disciplina del matrimonio. Sia che il legislatore decida di rispondere, approvando quella articolata disciplina delle unioni (para)familiari che la Corte richiede, sia che resti inerte, adagiandosi su un dettato normativo già oggi dichiarato costituzionalmente illegittimo, il sentiero tortuoso tracciato dai giudici di Palazzo della Consulta li condurrà inevitabilmente a confrontarsi ancora in futuro con gli esiti potenzialmente discriminatori della differenziazione, da essi rintracciata nelle pieghe della Costituzione, tra il matrimonio e le «altre forme di convivenza».

** Professore di Diritto costituzionale, Università di Camerino