

**Commento “a caldo” della sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale:
quali prospettive?**

di **Michele Di Bari** - *PhD in International Studies Junior Researcher in Comparative Public Law*
Università degli Studi di Padova

Commentare a “stretto giro” una sentenza come la n.170/2014 non è impresa facile sia per le implicazioni sul piano politico associato a questa additiva di principio con forte monito per il legislatore, sia per le incerte ricadute sul piano ordinamentale. In effetti, il dispositivo sembra lasciare aperta la questione principale: la coppia *same-sex* “derivata”, ovvero divenuta tale a seguito di rettifica del sesso di uno dei coniugi, vedrà sciogliersi *per legem* il vincolo matrimoniale?

Vediamo di inquadrare la questione.

Con l’ordinanza di remissione n.14329/2013, la Cassazione dubitava – non a torto si può ben dire oggi – della costituzionalità della disciplina sulla rettifica del sesso, in particolare con riferimento agli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso, applicabili al caso concreto *ratione temporis*), ed in via consequenziale, della novella di cui all’art.31, comma 6, del decreto legislativo 1 settembre 2011¹.

¹ Tra i diversi contributi dottrinali che discutono l’ordinanza n.14329/13, segnalo quelli inseriti nel primo numero (*GenIUS*, 1/2014) della nuova *Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*: D. AMRAM, *Identità di genere e famiglia in Irlanda, Regno Unito e Islanda: quali spunti per l'Italia?*; M. BALBONI, M. GATTUSO, *Famiglia e identità di genere: "divorzio imposto" e diritti fondamentali*; E. BERGAMINI, *Famiglia e identità di genere, "divorzio imposto" e diritti fondamentali: profili di diritto europeo*; D. BORRILLO, *Famille et identité de genre en France: La survie du mariage après le changement de sexe d'un époux*; M. DI BARI, *Meglio cambiar genere che esser gay? Alcuni interrogativi sul ragionamento dell'ordinanza n.14329/13 della Cassazione*; A. ELVIRA, *Transexualidad, matrimonio y divorcio en derecho comparado*; A. LORENZETTI, *Quali possibili risposte alla Corte di fronte ad un "incerto mestiere di vivere"?*; G. PALMERI, *Famiglia e identità di genere: "divorzio imposto" e diritti fondamentali. Profili di diritto di famiglia*; B. PEZZINI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio di nuovo davanti alla Corte costituzionale: la questione del divorzio imposto ex lege a seguito della rettifica di sesso (ordinanza 14329/13 Corte di Cassazione)*; C. RAGNI, *Sciogliere un matrimonio per tutelarne cento? Il "divorzio imposto" tra interesse pubblico e diritti individuali*; F. ROMANA AMMATURA, *Il "divorzio imposto" per le persone transgender nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo: i profili socio-giuridici di H. c. Finlandia*; F. SAIITO, *Famiglia, rettificazione di sesso e principio di autodeterminazione alla prova dello scioglimento ex lege del matrimonio*; G. VIGGIANI, *L'uso della comparazione come metodologia interpretativa nell'ordinanza di remissione n.14329/13 della Suprema Corte di cassazione: similarità e differenze tra il caso italiano e i casi stranieri*; P. VERONESI, *Il "caso Bernaroli" alla Corte costituzionale: ancora un bivio sul tema dell'eterosessualità del matrimonio*.

Pur avendo sin da subito espresso forti perplessità rispetto alle argomentazioni della Cassazione², ammetto che mi sarei aspettato una scelta molto più elusiva e di chiusura da parte della Consulta, la quale avrebbe potuto optare per l'inammissibilità.

In effetti, dall'analisi della recente giurisprudenza che va dalla sentenza n.138/2010 della Corte costituzionale³, passando per la sentenza n.4184/12 della Cassazione⁴, è semplice constatare come negli ultimi anni il paradigma eterosessuale che circonda il concetto di matrimonio si è sempre posto quale limite monolitico nel ragionamento sia del Giudice delle leggi, sia del giudice di legittimità.

Oggi, dopo la sentenza n.170/2014, si può forse dire che tale limite è venuto meno? Una lettura frettolosa potrebbe indurre in errore.

Infatti, pur riconoscendo la illegittimità costituzionale della norma che prevede il c.d. “divorzio imposto”, la Corte costituzionale precisa nettamente che tale illegittimità non si fonda sull'impossibilità di prevedere una sorta di “eccezione del transessualismo” che permetterebbe la prosecuzione del vincolo matrimoniale per quella esigua casistica rappresentata dalle coppie *same-sex* di tipo *ex-post*⁵.

La illegittimità si fonda invece (verrebbe da dire solamente) sull'attuale lacuna normativa che *‘non prevede 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*

² M. DI BARI, *cit*, *Rivista GenIUS*, n.1/2014, pp.78 ss.

³ Innumerevoli sono ormai i contributi in dottrina. Si vedano (tra gli altri), B. PEZZINI, *La sentenza 138/2010 parla (anche ai giudici)*, in B. PEZZINI e A. LORENZETTI (a cura di) *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138/2010: quali prospettive?*, Jovene, 2011, pp.95 e ss; Nello stesso volume, F. BILOTTA, *L'interpretazione delle norme vigenti: il ruolo dell'avvocato*, pp.43 e ss.; M. DI BARI, *La lettura in parallelo delle sentenze n. 138/2010 e n. 245/2011 della Corte Costituzionale: una breve riflessione*, in www.forumcostituzionale.it, 2010.

⁴ Sul dibattito suscitato dalla sentenza della Cassazione si rinvia a R. TORINO (a cura di), *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, Roma, 2013, e-book reperibile in www.articolo29.it; M. DI BARI, *Considerazioni a margine della sentenza n. 4184/2002 della Corte di cassazione: la Cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nel contesto delle coppie delle coppie same-sex anche alla luce della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2012; L. LORELLO, *La Cassazione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale*, in *Rivista AIC*, 2012; M. FINOCCHIARO, *L'atto deve essere considerato inidoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento*, in *Guida al Diritto*, n. 14, 2012. p. 35 ss; A. SCHUSTER, *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, in www.forumcostituzionale.it, 2012.

⁵ La definizione “coppia same-sex di tipo ex-post” si riferisce a quella specifica situazione in cui la coppia considerata era originariamente formata da individui di sesso diverso, dunque non una coppia same-sex comunemente associata all'idea di una coppia formata da individui omosessuali.

adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore⁶.

Questa conclusione, se letta alla luce della premessa argomentativa che la precede, pone in evidenza almeno tre distinti profili problematici interconnessi.

Innanzitutto, pur sottolineando che *il legislatore è chiamato [a risolvere la questione] ‘con la massima sollecitudine per superare la rilevata condizione di illegittimità della disciplina in esame per il profilo dell’attuale deficit di tutela dei diritti dei soggetti in essa coinvolti⁷*, la Corte ricorda che *‘non è possibile la reductio ad legitimitatem [della normativa impugnata] mediante una pronuncia 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, in contrasto con l’art. 29 Cost.⁸*’.

In questa circostanza la nostra Corte si differenzia dai suoi omologhi europei. I giudici portoghesi e francesi ad esempio, quando investiti da questioni simili non hanno voluto prendere una posizione così netta sulla legittimità costituzionale del matrimonio *same.sex*. Anzi, laddove interpellati si sono pronunciati sottolineando come la Costituzione se da un lato non obbligava ad introdurre, dall’altro non negava la possibilità di introdurre il *matrimonio same-sex* a Costituzione vigente⁹.

Il Giudice delle leggi italiano per contro, pur rinviando alla discrezionalità del legislatore sembra in realtà ridurre il novero delle possibilità a disposizione del Parlamento. Infatti la Consulta, richiamando se stessa nella sentenza n.138/2010, identifica nell’art.29 Cost. un nucleo (apparentemente) non soggetto ad evoluzioni interpretative. Su questo, autori come Spadaro sembrano avere correttamente individuato nella revisione costituzionale l’unica via attraverso la quale il legislatore potrebbe legittimamente introdurre il matrimonio *same-sex* in Italia.¹⁰

Un secondo profilo problematico emerge quando si considera che la Corte sembra individuare – diversamente da quanto sostenuto nella sentenza n. 138/2010 dove, avendo riguardo per le esperienze estere, si constatava una certa pluralità di opzioni – un solo strumento idoneo a porre

⁶ Corte cost., sentenza n.170/2014.

⁷ *Ibidem*, considerato in diritto 5.6.

⁸ *Ibidem*, considerato in diritto 5.6.

⁹ Si vedano *Tribunal Constitucional*, sentenze n.359/2009 e n.121/2010; *Conseil Constitutionnel* decisioni n.2010-92 DC e n.2013-669 DC.

¹⁰ A SPADARO, *Matrimoni “fra gay”: mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinaria e dalla Corte, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?*, in www.forumcostituzionale.it, 2013.

rimedio alla violazione: la convivenza registrata. Dunque, in questo caso si identifica con chiarezza “lo strumento” che *‘tutela adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia, la cui disciplina rimane demandata alla discrezionalità di scelta del legislatore’*¹¹.

Tuttavia, se sembra chiaro che la convivenza registrata è uno strumento idoneo a tutelare la coppia *same-sex* di tipo *ex post*, non è altrettanto chiaro in cosa si dovrebbe distinguere questo istituto giuridico dal matrimonio per non incorrere in una eventuale censura da parte della Consulta.

Viene da chiedersi se sia solo una questione semantica.

Se, come prospettato dalla Corte costituzionale è necessario tutelare *‘gli interessi della coppia, non più eterosessuale, ma che, in ragione del progresso vissuto nel contesto di un regolare matrimonio, reclama di essere, comunque, tutelata come «forma di comunità», connotata dalla «stabile convivenza tra due persone», «idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione»*¹², si potrebbe optare per una soluzione alla tedesca, ovvero un istituto giuridico che quasi non si distingue dal matrimonio?

Sembra che su questo punto, non avendo la Corte posto alcuna limitazione alla discrezionalità del legislatore, un Parlamento attento a questo tipo di istanze sociali avrebbe gioco facile nell’elaborare una disciplina *ad hoc* differenziata solo nel nome dall’istituto matrimoniale.

Venendo ora al terzo profilo – che risulta fondamentale per la coppia che ha proposto il ricorso avverso il “divorzio imposto” – l’esito dell’accoglimento apre due possibili scenari: (a) la Cassazione, in attesa di un intervento legislativo, procede a rigettare il ricorso, di fatto sancendo lo scioglimento del vincolo matrimoniale a seguito di rettifica; (b) la Cassazione, preso atto dell’incostituzionalità dell’attuale disciplina, accoglie il ricorso e, in assenza dell’ istituto giuridico di conversione (convivenza registrata), si pronuncia in favore dei ricorrenti (“temporaneamente”).

Nel primo caso, essendo la Cassazione di fronte ad una additiva di principio, che per taluni in dottrina equivale ad una sorta di monito rinforzato, essa sarebbe costretta ad applicare la disciplina oggi vigente per evitare il verificarsi della situazione non ammessa: un matrimonio di fatto *same-sex*. A quel punto, nel caso il legislatore resti inerte, si tratterebbe di aspettare un futuro e più incisivo intervento da parte della Consulta.

¹¹ *Ibidem*, considerato in diritto 5.7,

¹² Corte cost., sentenza n.170/2014, considerato in diritto 5.6.

Nel secondo caso, come già sottolineato da Pezzini, la Cassazione procederebbe come se ci si trovasse in una situazione a due fasi: posto che *‘la dichiarazione di illegittimità rende impossibile applicare la norma sullo scioglimento automatico del matrimonio in quanto non sia accompagnata dalla possibilità di “transito” della coppia in una dimensione giuridicamente caratterizzata come convivenza registrata e se, contemporaneamente, [...] gli effetti propri dello scioglimento, si potranno verificare solo nel momento in cui il legislatore renderà possibile la conversione del matrimonio in una convivenza registrata¹³’.*

Tra le due ipotesi prospettate, se la prima appare come la più plausibile sotto il profilo tecnico-procedurale, la seconda sembra l’unica in grado di soddisfare quell’esigenza di tutela negata ai ricorrenti.

Collocandomi tra coloro che non condividono la scelta di attivarsi per “via giudiziaria” nella lotta per l’affermazione di diritti universalmente inviolabili, non posso che denunciare (nuovamente) l’estrema latitanza del legislatore italiano sulle questioni appena discusse.

¹³ B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in www.articolo29.it, 2014.