

Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento

Autore: **Carmela Salazar**

27 giugno 2014

1. Può la legge imporre a due coniugi, contro la loro volontà, lo scioglimento del vincolo matrimoniale? A prima vista, la domanda sembra assurda: eppure, una previsione che imponeva il divorzio in assenza di qualsivoglia richiesta proveniente dalla coppia è rimasta a lungo in vigore nel nostro ordinamento, sia pure con riguardo al caso particolare del sopravvenuto cambiamento di sesso di uno degli sposi. Nella loro stesura originaria, gli artt. 2 e 4 della legge n. 164/1982 sul transessualismo stabilivano infatti che dalla sentenza di rettifica dell'attribuzione del nuovo sesso al marito o alla moglie discendesse, come conseguenza automatica e non impugnabile, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio. Tale disciplina è stata annullata dalla sent. n. 170/2014, anche se non in modo "secco": la dichiarazione di incostituzionalità si insedia tra le righe di un dispositivo complesso che incorpora anche un monito al legislatore, secondo una delle varianti tipiche delle decisioni additive di principio [per i primi commenti alla decisione, v. B. Pezzini, *La Corte costituzionale applica una condizione risolutiva al matrimonio del transessuale*, in questo *blog*; 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.consultaonline.it, 2014].

Ora, per certi versi, proprio perché volta a disciplinare un fattispecie così peculiare, la previsione del divorzio "imposto" potrebbe apparire non del tutto irragionevole: viene infatti spontaneo pensare che, una volta che la moglie o il marito abbiano modificato il proprio sesso, tanto l'una quanto l'altro *non* desiderino restare ancora sposati. Se si guardano le cose da questo punto di vista, anzi, la disciplina sembrerebbe rivolta ad assecondare quelle che appaiono come le *presumibili* intenzioni di entrambi i componenti della coppia.

È stato però sufficiente che due coniugi sfatassero tale presunzione, imboccando la via giudiziaria al fine di opporsi alla dissoluzione del vincolo matrimoniale nonostante l'avvenuto cambiamento di sesso di uno di loro, per consentire che affiorasse lo squilibrio nel bilanciamento condotto dal legislatore. La Corte di cassazione ha infatti sollevato la questione di costituzionalità ritenendo che la normativa sul divorzio "imposto" urtasse con gli artt. 2, 3, 24 e 29 Cost., nonché con gli artt. 8 (sul diritto al rispetto della vita familiare) e

12 (sul diritto di sposarsi e formare una famiglia) della CEDU, incidendo sul diritto ad autodeterminarsi nelle scelte relative alla identità personale, sul diritto degli sposi a conservare la loro relazione e a reagire in sede giudiziaria contro l'imposizione dello scioglimento del matrimonio ed, infine, sul loro diritto a non essere discriminati rispetto a tutti gli altri coniugi, che decidono liberamente se divorziare o meno.

2. Per la verità, scorrendo la motivazione della sent. n. 170/2014, si scopre che la Consulta respinge quasi tutte le argomentazioni della Corte di cassazione. Il divorzio “imposto”, secondo il Giudice delle leggi, non determina una discriminazione irragionevole, e dunque non si scontra con l’art. 3 Cost., poiché la peculiarità della fattispecie rispetto alle altre cause di scioglimento del matrimonio giustifica una disciplina così particolare; non contrasta con l’art. 29 Cost., poiché – qui la Consulta si autocita, ribadendo quanto già affermato con riguardo alle unioni omosessuali nella sent. n. 138/2010 – la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente è quella stessa definita dal codice civile, che «stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso»; non incide sull’art. 24 Cost., poiché è vero che l’effetto dello scioglimento del matrimonio si produce senza che sia possibile opporsi in alcun modo all’automatismo, ma non essendo configurabile un diritto della coppia “non più eterosessuale” a rimanere unita nel vincolo del matrimonio, non sussiste nemmeno un *vulnus* del diritto di difesa. Le norme impugnate, infine, non contrastano nemmeno con gli artt. 8 e 12 della CEDU, come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, perché, in assenza di un consenso tra i vari Stati sulle unioni omosessuali, la stessa Corte europea, sul presupposto del margine di apprezzamento riconosciuto ai legislatori nazionali, rimette alla discrezionalità di questi ultimi la decisione sulla cornice giuridica nella quale inscrivere le coppie *same sex*.

Da notare che, similmente a quel che accade nella decisione sull’inseminazione eterologa (sent. n. 162/2014), lo stralcio delle norme della CEDU dai parametri rilevanti per la soluzione della questione consente al Giudice delle leggi di lasciar fuori dal giudizio la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, così da restringere – si fa per dire – il proprio orizzonte alle *sole norme costituzionali*. In questo modo, la Consulta segnala che il “dialogo” con la Corte europea dei diritti dell’uomo può anche interrompersi momentaneamente, senza che da ciò derivi una qualche difficoltà nella soluzione delle questioni che coinvolgono i diritti fondamentali, pur quando siano suscitate da problematiche delicate e complesse, per di più inimmaginabili all’epoca in cui la Costituzione è stata scritta.

Ed è così che, finalmente in accordo con l’ordinanza di rimessione, il Giudice delle leggi riconosce che le norme sul divorzio “imposto” violano l’art. 2 Cost., la stessa disposizione

che nella sent. n. 138/2010 offre copertura alle unioni omosessuali *tout court*. Inevitabilmente, come si è accennato, la motivazione della pronuncia in esame richiama in più occasioni le argomentazioni sviluppate nella decisione precedente, ma alcune precisazioni appaiono degne di attenzione.

3. La sent. n. 170/2014 annulla le norme impugnate (e, in via consequenziale, anche quelle ad esse collegate), «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, 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 e gli obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore». La pronuncia, perciò, non mette in discussione lo scioglimento del vincolo coniugale, come peraltro si evince dal passo della motivazione secondo cui «con il venir meno del requisito, per il nostro ordinamento essenziale, della eterosessualità, il matrimonio non può proseguire come tale». Tuttavia, in questo stesso passaggio la Corte afferma anche che la coppia “non più eterosessuale” «non è neppure semplicisticamente equiparabile ad una unione di soggetti dello stesso sesso, poiché ciò equivarrebbe a cancellare, sul piano giuridico, un pregresso vissuto, nel cui contesto quella coppia ha maturato reciproci diritti e doveri, anche di rilievo costituzionale, che, seppur non più declinabili all'interno del modello matrimoniale, non sono, per ciò solo, tutti necessariamente sacrificabili».

Da qui la dichiarazione di incostituzionalità corredata dal monito: la sent. n. 170/2014 *vincola* il legislatore a prevedere che gli ex coniugi, qualora lo desiderino, possano accedere ad un regime di *convivenza registrata*, formula ad ampio raggio che in altri ordinamenti, come si sa, si riferisce con sfumature diverse sia alle coppie “non più eterosessuali” sia alle coppie omosessuali *tout court* ma che, sino alla sentenza in esame, nel nostro Paese evocava solo l'esperienza frammentaria e con effetti minimali dei registri delle unioni civili predisposti in alcuni Comuni.

Qualora, insomma, l'amore non muti nonostante il verificarsi di un mutamento eclatante come di certo è il cambiamento di sesso – dando così ragione al sonetto di William Shakespeare citato nel titolo di queste brevi note – le coppie *devono* essere messe in grado di *scegliere* se proseguire o meno la vita in comune, e non solo sul piano del mero fatto. Si noti che la Consulta non interviene sul paradigma eterosessuale del matrimonio nemmeno in questo caso, negando essa che sia possibile trasformare il divorzio automatico in un divorzio a domanda, «ciò che consentirebbe il persistere del vincolo coniugale tra persone dello stesso sesso, in violazione dell'art. 29 Cost.». La Corte,

tuttavia, ritiene che l'interesse dello Stato a preservare tale paradigma possa essere efficacemente tutelato anche quando sia consentito alla coppia di *decidere* se assoggettarsi alla disciplina generale del divorzio ovvero se accedere alla dimensione *giuridicamente rilevante* della "convivenza registrata".

Pur negando che il vincolo matrimoniale possa restare intatto dopo il mutamento di sesso, la sentenza costruisce un lieto fine per la coppia al centro della vicenda giudiziaria giunta sino al Palazzo della Consulta. Ma è anche vero che esso troverà pieno compimento quando vedranno la luce le *regole* dettate dal legislatore in attuazione del *principio* formulato dalla Corte: in particolare, per quel che riguarda l'identificazione degli specifici diritti e doveri scaturenti dalla registrazione, essa stessa bisognosa di essere disciplinata in tutto e per tutto, nei suoi profili meramente formali come in ogni sua altra implicazione. Si spera che l'attesa non sia lunga, apparendo probabile che tale disciplina veda la luce nel quadro della normativa sulle unioni civili attualmente in fase di stesura, ma non è possibile essere certi che le cose andranno così. Sorge allora la domanda su cosa succeda sino all'intervento del legislatore.

4. Nel tentativo di rispondere a questa domanda, appare importante rilevare che la sentenza non considera il varo della disciplina legislativa come necessario al fine di *costituire* il legame che continua a unire i componenti della coppia, trovando esso nell'art. 2 Cost. il proprio fondamento e rivenendo, inoltre, *una prima, essenziale disciplina nel principio contenuto nel dispositivo*. Il rilievo giuridico della convivenza tra i due ex coniugi discende direttamente dalla Costituzione, come accade anche per le "altre" unioni omosessuali, ma mentre con riguardo a queste ultime la sent. n. 138/2010 ha rimesso ogni valutazione al legislatore (ferma restando la sindacabilità delle sue scelte in sede di controllo di costituzionalità), le peculiarità della relazione connotante la coppia "non più eterosessuale" fanno sì che la riserva alla discrezionalità politica si attenui, tanto che lo stesso Giudice delle leggi sborza i tratti portanti della futura disciplina attraverso l'addizione del principio. Quest'ultimo, come si sa, non si proietta solo nel futuro: sin dal loro primo apparire, le sentenze additive di principio hanno mostrato che la particolare struttura del loro dispositivo dischiude ai giudici la possibilità di offrire *da subito* risposte coerenti con le indicazioni della Corte, legittimandoli ad un "seguito giudiziario" basato sull'interpretazione conforme al principio delle disposizioni legislative *già vigenti*, nell'attesa dell'intervento del Parlamento e per tutto il tempo in cui questo resti inerte.

In questa luce, la sent. n. 170/2014 potrebbe di volta in volta essere invocata dalle coppie il cui matrimonio risulti sciolto in conseguenza del mutamento di sesso di uno dei componenti, qualora, in mancanza della disciplina legislativa che consenta agli ex coniugi

di assumere lo *status* di “conviventi registrati”, entrambi manifestino in forma giuridicamente rilevante l'intenzione di proseguire la vita in comune: ad esempio, avanzando in sede giudiziaria la richiesta di estensione dei diritti già previsti per i conviventi *eterosessuali*, in applicazione del principio di uguaglianza, oltre che dell'art. 2 Cost. (si pensi al diritto del convivente di succedere nella titolarità del contratto di locazione intestato all'altro, qualora questo muoia, o alla possibilità che uno dei componenti della coppia chieda per l'altro la nomina di un amministratore di sostegno e che sia esso stesso designato tale). Spetterebbe allora ai giudici valutare se l'interpretazione conforme al principio aggiunto dalla Corte renda possibile l'estensione, tanto più che in tema di convivenza non esiste alcun “paradigma eterosessuale” costituzionalmente imposto. 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 convivenza, potrebbe proporre la questione di costituzionalità, sollecitando – in sostanza – un'interpretazione autentica della sent. n. 170/2014 da parte della Corte.

Se questo scenario dovesse inverarsi, dalla decisione potrebbe discendere una novità ulteriore rispetto a quella, già di per sé notevole, della copertura costituzionale offerta alla “convivenza registrata” menzionata nel dispositivo: la legittimazione alla ragionevole estensione in via giudiziaria dei diritti dei conviventi riconosciuti dall'ordinamento alle coppie “non più eterosessuali” che intendano conservare il loro legame, sino al debutto della disciplina legislativa volta a dettare le regole attuative del principio individuato dalla Corte.