

Rettificazione di sesso e “paradigma eterosessuale” del matrimonio: commento a prima lettura della sent. n. 170 del 2014 in materia di “divorzio imposto”

Con la sentenza n. 170 del 2014, la Corte si è pronunciata su quegli articoli (2 e 4) della l. n. 164 del 1982 che prevedono, nel caso di rettificazione legale del sesso, che il matrimonio contratto in precedenza cessi di produrre i propri effetti (sulla questione si veda di recente il primo numero della rivista [Genius](#)). La decisione, dunque, ha ad oggetto il c.d. “divorzio imposto” ed appare fortemente problematica sia nelle motivazioni, sia nel dispositivo. Non solo perché sembra propendere per la costituzionalizzazione del c.d. “paradigma eterosessuale”, ma anche in ragione del fatto che rinvia potenzialmente *sine die* gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità in essa contenuta. Ed infatti la Corte costituzionale vede nell’obbligo di sciogliere il matrimonio una violazione dell’art. 2 della Costituzione nella misura in cui gli «artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982 n. 164 [...] non prevedono che la sentenza di rettificazione dell’attribuzione di sesso di uno dei coniugi [...] 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». Dopo aver escluso il riferimento agli altri parametri indicati dalla Corte di cassazione (artt. 2, 3, 24, 29 Cost. e, come parametri interposti, gli artt. 8 e 12 della Cedu in violazione degli artt. 10 e 117, co. 1, Cost.) e, in particolare, aver interpretato l’art. 29 Cost. in modo da valorizzare il c.d. “paradigma eterosessuale”, la Corte costituzionale fa perno dunque solo sull’art. 2 Cost., considerando il caso in esame, per quanto «sul piano fattuale innegabilmente infrequente», uno di quelli in cui si integra «la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni» sulla falsariga di quanto indicato nella sent. n. 138 del 2010.

Apparentemente risolta la questione in favore dei ricorrenti, nella sentenza si intravedono in realtà molte ombre. In questo commento a prima lettura si approfondiranno, in forma dubitativa, due punti problematici: il primo concerne la già accennata questione della costituzionalizzazione del “paradigma eterosessuale”; il secondo avrà ad oggetto gli effetti di tale pronuncia.

Quanto al primo profilo, la Corte afferma con grande sicurezza che la situazione in esame «si pone, evidentemente, fuori dal modello del matrimonio» in ragione della sopravvenuta identità *legale* di sesso. Tale assunto ha delle ripercussioni dirimenti per la Corte in quanto in assenza del presupposto della eterosessualità il matrimonio «non può proseguire come tale». In proposito, viene poi precisato che l’unione che scaturisce dalla rettificazione «non è [però] 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». Tale rilievo sembra, invero, potenzialmente ambivalente perché pare in grado di differenziare il caso in esame rispetto alle altre unioni tra persone dello stesso sesso circa la necessità di introdurre una qualche forma di tutela giuridica nelle forme indicate nel dispositivo.

L’impossibilità di considerare come “matrimoniale” l’unione tra i due coniugi ormai dello stesso sesso è l’argomento che consente, in un primo tempo, alla Corte costituzionale di evitare di approfondire il parametro dell’art. 29 Cost., permettendole di spostare il proprio interesse su una forma di tutela ex art. 2 Cost. A questo punto, dopo essersi posta il problema del bilanciamento tra

interesse del legislatore a mantenere in vita il “paradigma eterosessuale” del matrimonio (più esattamente «l’interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio») e «l’interesse della coppia, attraversata da una vicenda di rettificazione di sesso, a che l’esercizio della libertà di scelta compiuta dall’un coniuge con il consenso dell’altro, [...] non sia eccessivamente penalizzato», la Corte sancisce, dunque, che il pregiudizio dell’interesse dei coniugi provocato attualmente dalle scelte del legislatore è da considerarsi incostituzionale: il sacrificio integrale dell’interesse dei “non-più-coniugi” al fine di tutelare in modo totale quello statale non può essere giustificato. Ma il ragionamento non si conclude qui, in quanto la scelta in merito al parametro dell’art. 29 Cost., che ormai pare sovrapporsi al e confondersi con il “paradigma eterosessuale,” produce altre conseguenze: la Corte afferma infatti che «non [...] è [tuttavia] possibile la *reductio ad legitimitatem* 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».

Aldilà dei richiami comparativi svolti, da approfondire visto che negli ordinamenti citati (Austria e Germania), come sembra ammettere la stessa sentenza, gli esiti sono stati opposti, emergono dei profili di forte contraddizione in questo passaggio. È in queste parole, infatti, che si rafforza l’impressione che l’equilibrio della decisione sia tutto costruito intorno a una certa interpretazione dell’art. 29 Cost. Bisognerà valutare con cautela il significato di tale ulteriore bilanciamento che porta la Corte a modulare nel tempo gli effetti della propria sentenza rinviandoli, di fatto, a quando il legislatore lo riterrà opportuno, per quanto questi sia chiamato a risolvere il *vulnus* costituzionale «con la massima sollecitudine».

Da quanto detto, la premessa argomentativa, a prima lettura, dell’opzione interpretativa fatta propria dalla Corte costituzionale sembra così quella di considerare, almeno *rebus sic stantibus*, costituzionalizzato il “paradigma eterosessuale”. Ragionando altrimenti, come emerso anche nella recentissima sentenza in materia di fecondazione assistita, la n. 162 del 2014, una tale limitazione di diritti costituzionali avrebbe dovuto essere considerata impossibile. E tale profilo sembra ulteriormente chiarito dal passo in cui la Corte sancisce che sarà «compito del legislatore introdurre una forma alternativa (e diversa dal matrimonio)» per la coppia del caso *a quo*: tale affermazione sembra imporre, infatti, che il legislatore non possa comunque intervenire consentendo di protrarre il matrimonio. Se questa interpretazione è corretta, sembra superato, sia pur in un senso altamente discutibile, quel passo della sent. n. 138, pure richiamato, in cui si diceva invece che si doveva escludere che la aspettativa del «riconoscimento [...] po[tesse] essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio» e che, in questo modo, non sembrava precludere che il legislatore potesse ricorrere all’istituto matrimoniale per disciplinare tali unioni (nel caso in cui lo avesse ritenuto politicamente opportuno). Sotto questo profilo, non va sottovalutato, però, che proprio la precedente giurisprudenza costituzionale in materia di rettificazione di sesso tenne in grande considerazione e, anzi, rafforzò l’intervento legislativo del 1982 nel passaggio tra la decisione del 1979 e quella del 1985.

Alla luce di quanto riferito, vi è dunque un doppio bilanciamento che opera la Corte costituzionale: un primo all’esito del quale ritiene che sia incostituzionale non riconoscere una qualche forma giuridica che consenta ai coniugi di rimanere uniti per la legge; un secondo con cui, valutato il *quomodo* concreto, esclude che ciò possa essere effettuato con la prosecuzione del matrimonio e richiama il legislatore a introdurre un’unione civile che garantisca i diritti di quelle coppie per cui non può più ricorrersi all’istituto del matrimonio. L’esito di questo secondo bilanciamento, che vede prevalere l’esigenza di garantire il paradigma eterosessuale sulla tutela della situazione concreta in esame, porta di fatto la Corte a differire nel tempo gli effetti della propria pronuncia di incostituzionalità a quando il legislatore regolerà questo istituto.

Senza soffermarsi troppo a lungo in questa sede sul problema classificatorio che investe il dispositivo della sentenza in commento, si può però accennare che di questo tema il Giudice relatore si è in parte occupato in alcuni suoi articoli degli anni Ottanta. Sembra pertanto riaprirsi un dibattito invero non del tutto nuovo, se, per esempio, si fa riferimento ad alcune sentenze della fine degli anni Ottanta, tra cui, in particolare, la pur in parte diversa n. 215 del 1987 (cfr. S. Foiss, *Il problema degli effetti temporali alla luce delle fonti del processo costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1989). Non pare comunque possibile, in virtù del fatto che la norma è stata dichiarata incostituzionale, escludere che si possa procedere, almeno per ora e nel caso in cui il legislatore non intervenga, a possibili rimedi caso per caso (cfr. A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2008, p. 253, per esempio, secondo cui «l'atto posto in essere nell'esercizio di poteri attribuiti da una legge incostituzionale non è, a sua volta, inesistente, ma annullabile»). Certo le difficoltà di un tale sviluppo emergono *in re ipsa* nel momento in cui si legge la fermezza con cui la Corte ha sancito che il matrimonio è sciolto di diritto dalla sopravvenuta identità legale di sesso. Su questi possibili rimedi alternativi, forse, la Corte avrebbe potuto soffermarsi. Senz'altro verosimile appare l'eventualità di un ricorso davanti alla Cedu che probabilmente stigmatizzerà la situazione italiana alla luce di quanto affermato di recente in *H. c. Finlandia*, senza però arrivare a chiedere l'introduzione del matrimonio, ma, similmente a quanto sostenuto dalla Corte italiana, sancendo la necessità che i coniugi possano, almeno in altra forma, continuare a vivere in una comunità di vita riconosciuta dalla legge che garantisca quasi i medesimi diritti.

Molti gli interrogativi che restano dunque aperti a una prima lettura della pronuncia: in primo luogo, circa il rilievo e le implicazioni future della scelta di affermare che la «nozione di matrimonio presupposta» dalla Costituzione imponga al legislatore di rispettare il canone dell'eterosessualità. Tale paradigma, infatti, sarà forse capace nel futuro di elevarsi a parametro di legittimità nel caso in cui il legislatore decida di estendere anche alle coppie dello stesso sesso la possibilità di contrarre matrimoni?

In secondo luogo, occorre interrogarsi sugli effetti concreti della pronuncia che non può considerarsi un semplice monito, ma nemmeno un'additiva in senso stretto di un nuovo istituto. Nella forma assunta, la decisione potrebbe, dunque, consentire che la violazione di un diritto costituzionale si protragga nel tempo, pregiudicando così il bilanciamento effettuato dalla Corte. Fino a quando la Corte potrà tollerare tale stato di cose senza intervenire in maniera ancora più incisiva?

Una breve notazione merita, poi, il modo in cui è analizzata la giurisprudenza Cedu, e in particolare il caso *H. c. Finlandia*, anche in ragione del fatto che negli esiti, almeno quest'ultimo caso, pare sostanzialmente omogeneo.

Infine, due ulteriori considerazioni. La prima concerne, al di là del dibattito sull'introduzione di tale istituto nell'ordinamento italiano, l'evidente esito compromissorio di questa sentenza in cui, come già nella precedente sent. n. 138 del 2010, sembra emergere come limite piuttosto marcato la mancanza nel nostro ordinamento dell'istituto delle opinioni dissenzianti. Molte sono, infatti, le anime che si possono rilevare in questa pronuncia che, pur rafforzando il blando monito della 138 del 2010 con l'emanazione di una pronuncia di incostituzionalità accompagnata da un invito al legislatore ad essere particolarmente sollecito nel suo intervento che viene persino delineato nel merito, non sembra però del tutto in grado di rispondere al concreto *incerto del mestiere del vivere* che chiedeva tutela nel caso in esame.

La seconda, da ultimo, ha ad oggetto la politica. Non può sottovalutarsi, infatti, come, a seguito della sentenza n. 138 del 2010, il legislatore ancora non sia intervenuto a regolare le unioni civili. E di ciò non si può certo incolpare la Corte costituzionale. Tale "omissione" inevitabilmente scarica

sulla Corte costituzionale, e più in generale su tutti i giudici, questioni su cui già da tempo la politica avrebbe potuto prendere posizione, come anche di recente richiesto da una parte della [dottrina](#) e dalla stessa Corte costituzionale, non solo nelle sue pronunce. In particolare, come ricorda lo stesso appello citato, il Presidente emerito Franco Gallo aveva già dichiarato che il Parlamento deve al più presto intervenire per regolare la situazione concernete le coppie dello stesso sesso e che i «solleciti [mossi dalla Corte costituzionale] non possono essere sottovalutati» in quanto «essi costituiscono l'unico strumento a disposizione della Corte per indurre gli organi legislativi ad eliminare situazioni di illegittimità costituzionale», chiosando con l'affermazione per cui «il legislatore è tenuto ad intervenire in materia». Questa esigenza, oggi, alla luce della sent. n. 170, pare ancora più pressante.