

Coppia o famiglia ?
L'implicito interrogativo lasciato aperto dalla Consulta nella sentenza
costituzionale sul c.d. "divorzio imposto".

di **Romina Cataldo** - *Dottore di Ricerca in Forme dell'evoluzione del diritto presso l'Università del Salento.*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il caso e i suoi pregressi – 3. (segue): L'attualità della questione – 4. Coppia e non famiglia: la consapevolezza del limite dei confini semantici – 5. Matrimonio come atto vs. matrimonio come rapporto: l'incostituzionalità per mancanza di alternative – 6. segue: ulteriori ragioni dell'incostituzionalità "dovuta" – 7. Le conseguenze dell'illegittimità sul piano fattuale: la trasformazione del modello familiare

1. Premessa

A distanza di un anno dall'ordinanza di rimessione n. 14329 della Corte di Cassazione¹, con sentenza n.170 dell'11 giugno 2014, la Consulta si è pronunciata sulla legittimità costituzionale del c.d. "divorzio imposto"². Il termine, coniato dalla Cassazione, indica la fattispecie disciplinata dall'art. 4 della legge n.164 del 1982 e, specificatamente, l'ipotesi dell'automatico scioglimento del matrimonio, che avviene a seguito della sentenza di rettificazione del sesso di uno dei coniugi anche nell'ipotesi in cui gli stessi vogliano continuare a essere legati dal vincolo matrimoniale.

In materia, la Corte costituzionale, dichiarando l'illegittimità dell'art. 4 della suddetta legge, ha chiarito che la cessazione degli effetti civili del matrimonio, dovuta al sopravvenuto mutamento di sesso di uno dei coniugi, è incostituzionale, là dove la disciplina non consente la possibilità di mantenere in vita «il rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti e gli obblighi della coppia medesima [...]»³.

¹ Cass., I Sez. Civ., ord. n. 14329 del 6 giugno 2013.

² Così come definito da Cass., I Sez. civ., ord.n.14329 del 6 giugno 2013.

³ Corte cost., sent.n.170 del 2014, punto 2 del dispositivo.

Nonostante a sostegno del dispositivo vi sia il meritevole obiettivo di continuare a tutelare «adeguatamente i diritti e gli obblighi della coppia medesima»⁴, la sentenza in commento si presta ad alcune riflessioni.

Interessante è analizzare la scelta lessicale e sostanziale effettuata dalla Consulta e che si pone a base della stessa sentenza.

Altrettanto interessante è approfondire le ragioni giuridiche sottese alla scelta dei giudici costituzionali di “salvare” il rapporto di coppia successivo alla rettifica di sesso e, di conseguenza, verificare se la strategia processuale seguita dalla Consulta abbia avuto l’obiettivo di dare un seguito all’orientamento giurisprudenziale definito con la precedente e già nota pronuncia n.138 del 2010.

In considerazione della linea argomentativa che si vuole seguire nel presente contributo, rilevante è anche verificare la percorribilità di una diversa ipotesi riguardante il rigetto della questione o, quantomeno, la possibilità della Corte di intervenire sull’effetto temporale della causa invalidante il matrimonio.

Inoltre, data l’esistenza nell’ordinamento italiano di una lacuna normativa in materia di matrimoni omosessuali, interessante è capire quali siano gli effetti concreti che derivano dalla decisione in commento e, conseguentemente, capire se questi siano tali da riuscire a sollecitare il legislatore a regolamentare, finalmente, le unioni civili tra persone dello stesso sesso.

2. Il caso e i suoi pregressi

Prima di procedere all’analisi della sentenza costituzionale, si ritiene opportuno ripercorrere i tratti salienti della vicenda in esame, nonché gli orientamenti interpretativi che hanno accompagnato, nel tempo, la normativa sul divorzio imposto.

La peculiare fattispecie su cui si è trovata a decidere la Corte ha avuto origine dal ricorso presentato da una coppia eterosessuale regolarmente e validamente sposata nel 2005 con rito concordatario. Successivamente alla celebrazione del matrimonio uno dei coniugi, presa coscienza dell’esistenza di una dissociazione tra il proprio carattere genotipico e l’identità di genere, con l’appoggio dell’altro coniuge ha deciso di procedere alla rettificazione di sesso.

A seguito di tale rettificazione, tra l’altro autorizzata dal Tribunale di Bologna con sentenza del 30 giugno 2009, l’ufficiale di stato civile del Comune di Finale Emilia ha annotato, a margine dell’atto di matrimonio, l’avvenuta cessazione degli effetti civili dello stesso. Ciò è avvenuto in esecuzione di quanto previsto dall’art. 4 della legge n.164/1982, ossia sull’assunto che la sentenza di rettificazione di sesso anagrafico provoca automaticamente la cessazione del vincolo matrimoniale.

Consequentemente, i coniugi, intenzionati a mantenere il vincolo coniugale, hanno fatto ricorso al Tribunale di Modena, chiedendo così la cancellazione dell’annotazione eseguita

⁴ *Ibidem*, § 5.7 del *Considerato in diritto*.

dall'ufficiale di stato civile. La difesa coniugale, sostenendo che tale annotazione si sarebbe dovuta eseguire solo in ragione di una sentenza di divorzio emessa a seguito di un procedimento iniziato su istanza di parte, ha sostenuto che il caso di specie ha configurato un'ipotesi di scioglimento *contra legem* del matrimonio.

Dopo il primo grado di giudizio, in cui la coppia ha ottenuto l'accoglimento del ricorso proposto, la Corte d'Appello di Bologna, a seguito del reclamo presentato dal Ministero dell'Interno, ha riformato la decisione, ribadendo invece la correttezza dell'operato del pubblico ufficiale. La sentenza di secondo grado ha sottolineato che mantenere il rapporto matrimoniale, dopo il mutamento di sesso di uno dei coniugi, avrebbe significato «mantenere in vita un rapporto privo del suo indispensabile presupposto di legittimità, la diversità sessuale dei coniugi».

Giunti in Cassazione, i ricorrenti hanno continuato a lamentare che la cessazione del vincolo matrimoniale è avvenuta *ex lege*, ossia prescindendo dalla loro volontà di restare coniugati. A supporto della doglianza la coppia ha ancora sostenuto che lo scioglimento del rapporto matrimoniale sarebbe dovuto avvenire su domanda di parte che, come previsto dalla novella dell'art. 3 della l. n. 898 del 1970, modificata dall'art. 7 della l. n. 74 del 1987, è proponibile anche nell'ipotesi del passaggio in giudicato della pronuncia di rettifica di attribuzione del sesso. Sicché, essendo necessario un impulso di parte e una successiva pronuncia giudiziaria in merito allo scioglimento del vincolo, la difesa dei coniugi ha escluso l'operatività, *ipso iure*, della cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Sebbene sul piano fattuale il caso sia innegabilmente infrequente⁵, esso non è sconosciuto alla giurisprudenza.

Già poco tempo dopo l'emanazione della l. n. 164 del 1982, il giudice ordinario si è pronunciato sulla questione, trovandosi a decidere sull'esistenza o meno di una pregiudizialità diretta tra la sentenza di rettificazione di sesso e lo scioglimento del matrimonio.

Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale⁶, infatti, è ruotato intorno a un dubbio processuale, causato dalla lacunosità e dall'indeterminatezza dell'art. 4 della l. n. 164, nonché dalla scarsità di legame esistente tra la normativa in questione, la disciplina civilistica e quella istitutiva del divorzio⁷. Nello specifico, la dottrina si è chiesta se il divorzio dovesse essere conseguenza

⁵ Così come anche sostenuto dalla stessa Corte cost., sent. n. 170 del 2014, § 5.1 e 5.6 del *Considerato in diritto*.

⁶ Sul dibattito dottrinale, cfr., A. GIUSTI, *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, sub art. 7, in *Nuove leggi civili commentate*, Padova, Cedam, 1987, 82 ss; E. CIPRIANI – F. QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, Napoli, Jovene, 1988; S. PATTI, *Verità e stato giuridico della persona*, in *Riv.dir.civ.*, 1988, 245 ss; M. MANTOVANI, sub. art. 3 lett. g), l. 898/1970, in *Comm. Dir. it. fam.*, a cura di G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI, VI, I, Padova, Cedam, 1992, 251; R. CILIBERTI, *La rettifica di attribuzione di sesso: aspetti giuridici*, in *Dir.fam.* 2001, 364; M.E. LA TORRE, *La rettificazione di attribuzione di sesso. Il dato normativo e i problemi ermeneutici*, in *Tratt. Zatti*, I, 2, 2002, 1193; G. BONILINI, *La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso a norma della l. 164/1982*, in G. BONILINI - F. TOMMASEO (a cura di), *Lo scioglimento del matrimonio*, *Comm. Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 2004, 276 e 2010, 299; M. PALADINI, in *AAVV, Diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2005, 1012.

⁷ Su questo aspetto si rinvia a S. PATTI – M.R. WILL, *Rettificazione di attribuzione di sesso*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, Cedam, 1983, 42 ss.

automatica della nuova attribuzione di sesso, oppure se dovesse essere pronunciato a seguito di un apposito giudizio instaurato sulla base di una nuova causa di scioglimento del matrimonio.

Il giudice romano ha risolto il dubbio dichiarando l'esistenza di una dipendenza necessaria tra la pronuncia di rettificazione di sesso e quella di cessazione degli effetti civili del matrimonio⁸, interpretando, così, il divorzio come conseguenza diretta e necessaria del mutamento genetico⁹.

Nonostante le sottili ragioni di economia processuale, però, la soluzione ha finito per attribuire a tale istituto una funzione "sanzionatoria"¹⁰. Il divorzio, cioè, è stato configurato come una sanzione addebitabile al mutamento di sesso del coniuge, ossia come la «reazione dell'ordinamento alla condotta di uno dei coniugi in violazione dell'interesse dell'altro coniuge o di un interesse sociale»¹¹. Ciò è andato in direzione opposta rispetto all'intenzione del legislatore, che da sempre ha attribuito all'istituto la natura di «rimedio»¹² al fallimento del matrimonio. Politicamente, infatti, la cessazione degli effetti civili è stata intesa «come presa d'atto, da parte dell'ordinamento, della disgregazione della società familiare in funzione di un irreversibile e totale venir meno della comunione nel suo aspetto materiale e spirituale»¹³.

Sebbene nel 1987 l'art. 7 della l. n. 74 abbia riportato l'ipotesi del divorzio imposto tra le previsioni dell'art. 3 della l. n. 898 del 1970, la Corte di cassazione non ha mancato di sottolineare il contrasto della disciplina con gli artt. 29 e 30 Cost.¹⁴. Un dubbio di costituzionalità è stato sollevato per la parte in cui la norma ha previsto un'ipotesi di automatico scioglimento del matrimonio, «senza precisare se tale rilevante effetto giuridico, [...] (dovesse) essere pronunciato con specifico giudizio autonomo oppure nell'ambito dello stesso procedimento di rettificazione»¹⁵. Sul punto, però, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 161 del 24 maggio 1985, si è pronunciata solo dichiarando l'infondatezza della questione¹⁶, lasciando, così, irrisolto il dubbio sostanziale di costituzionalità.

3. *Segue: l'attualità della questione*

⁸ A. GIUSTI, *Art. 7*, cit., 53.

⁹ Tribunale Roma, 3 dicembre 1982, in *Giust. civ.*, 1983, 997, con nota di M. FINOCCHIARO, *Divorzio e transessualismo*; N. LIPARI, *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, Padova, Cedam, 1988, 52 ss.

¹⁰ A. D'ANTONIO, *Il divorzio*, Padova, Cedam, 1983, 25 ss, ripropone la disputa tra chi sostiene la natura del divorzio come rimedio e chi, invece, come sanzione; Sul punto, cfr., anche P. PAJARDI – E. COLOMBO, *Il divorzio nella giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1990, 44.

¹¹ P. PAJARDI – E. COLOMBO, *ibidem*.

¹² A. D'ANTONIO, *Il divorzio*, cit., 25 ss; P. PAJARDI – E. COLOMBO, *ibidem*.

¹³ P. PAJARDI – E. COLOMBO, *ibidem*, 44.

¹⁴ Cass, ord. n. 515 del 20 giugno 1983, in *Giust. civ.*, 1983, I, 3242 ss, con nota di M. FINOCCHIARO, *I Transessuali di nuovo innanzi alla Corte costituzionale*, nonché in *Giur. it.*, 1984, I, 1 c. 81 ss.

¹⁵ P. PAJARDI – E. COLOMBO, *Il divorzio nella giurisprudenza*, cit., 44.

¹⁶ Corte cost., sent. 161 del 24 maggio 1985, in *Foro it.*, 1985, I, c. 2162 ss.

Solo a distanza di più di trent'anni la Corte di cassazione ha riproposto la questione con ordinanza n. 14329/2013¹⁷. Con quest'ultimo atto il Supremo Giudice ha specificato che la disciplina prevista dall'art. 4 della legge n.164/1982, escludendo qualsiasi intervento dei coniugi, configurerebbe *de facto* «una fattispecie di divorzio “imposto” *ex lege* che non richiede, al fine di produrre i suoi effetti, una pronuncia giudiziale *ad hoc*»¹⁸.

La stessa Corte ha specificato che i diritti coinvolti nella fattispecie del divorzio imposto sono «il riconoscimento e la tutela del diritto ad autodeterminarsi nelle scelte relative all'identità personale, di cui la sfera sessuale esprime un carattere costitutivo; il diritto alla conservazione della preesistente dimensione relazionale, quando essa assuma i caratteri della stabilità e continuità propri del vincolo coniugale; il diritto a non essere ingiustificatamente discriminati rispetto a tutte le altre coppie coniugate, alle quali è riconosciuta la possibilità di scelta in ordine al divorzio; il diritto dell'altro coniuge di scegliere se continuare la relazione coniugale»¹⁹. La Cassazione, inoltre, ha sottolineato che sebbene questi diritti necessitino di un bilanciamento con l'interesse statale a non modificare i modelli familiari²⁰, la cessazione degli effetti civili del matrimonio, “imposta” ai coniugi dalle disposizioni vigenti, configurerebbe «una compressione, del tutto sproporzionata, dei diritti della persona legati alla sfera relazionale intersoggettiva, mediante un'ingerenza statale diretta»²¹.

Sulla base di quanto appena esposto, e in riferimento al caso oggetto dell'ordinanza n.14329/2013, la Corte ha dubitato della compatibilità «del cd. divorzio “imposto” con gli artt. 2 e 29 della Costituzione, nonché con i parametri interposti costituiti dagli artt. 8 e 12 della CEDU»²². Nel proporre l'eccezione di costituzionalità, i Giudici di ultima istanza hanno rilevato che la scelta legislativa di imporre ai coniugi il divorzio, nonostante la loro contraria volontà, comporterebbe un

¹⁷ Nel merito, il provvedimento in questione è stato emesso dalla Suprema Corte a seguito del ricorso presentato dalla coppia eterosessuale coniugata che, successivamente al mutamento di sesso di uno dei due coniugi, ha visto annotare a margine dell'atto di matrimonio, in esecuzione della normativa nazionale, l'avvenuta cessazione degli effetti civili dello stesso.

¹⁸ Cass., I Sez. civ., ord. n. 14329 del 2013, § 5, del *Considerato in diritto*. La Corte ha escluso che l'intervenuta modifica dell'art. 3 della l. 898/1970, operata con l. 74/1987, importi la necessità di una pronuncia giudiziale *ad hoc* ai fini dello scioglimento del vincolo coniugale.

¹⁹ *Ibidem*, § 6, del *Considerato in diritto*.

²⁰ *Ibidem*, § 3 del *Considerato in diritto*. Fermo restando che la giurisprudenza europea è orientata verso il riconoscimento dei “nuovi modelli familiari”, il giudice costituzionale ha ritenuto necessario effettuare un bilanciamento tra il «diritto al riconoscimento della vera identità di genere del soggetto (...)» e l'interesse statale a non modificare i modelli familiari (...), non ritenendosi coerente con il sistema di valori fondanti l'ordinamento costituzionale l'estensione del diritto all'autodeterminazione fino al punto da consentire la scelta sulla conservazione del vincolo matrimoniale precedentemente contratto *secundum legem*.

²¹ *Ibidem*, § 7 del *Considerato in diritto*. Tale interferenza è ancor più grave in quanto, «neanche limitata al soggetto destinatario della pronuncia di rettificazione di attribuzione di sesso, ma estesa anche al coniuge», ancora più ingiustificatamente colpita.

²² *Ivi*.

vulnus rispetto allo stesso istituto matrimoniale, ledendo, appunto, gli articoli 2, 29 e 117 Cost., in relazione agli artt. 8 e 12 CEDU²³.

In questi termini la questione è stata sottoposta al giudizio della Corte costituzionale, che ha deciso proprio con la sentenza in commento.

Dalla lettura di quest'ultima, un primo elemento di interesse che emerge è dato dalla riconferma del paradigma eterosessuale del matrimonio, quale elemento sotteso alla disciplina prevista dall'art. 29 Cost. Tale riconferma ha portato i giudici a escludere lo stesso art. 29 Cost. dai parametri di legittimità costituzionale e a indirizzare, invece, la questione nell'alveo dell'art. 2 Cost.

Un secondo elemento di interesse che viene in rilievo leggendo la stessa sentenza è dato dall'esclusione, da parte della Consulta, della fondatezza della censura relativi agli articoli 8 e 12 della CEDU, per come interpretati dalla Corte di Strasburgo e invocati dalla Cassazione quali norme interposte ai sensi della violazione degli artt. 10 e 117, comma 1, Cost.. Tale esclusione sarebbe giustificata sull'assunto che «in assenza di un consenso tra i vari Stati nazionali sul tema delle unioni omosessuali, la Corte Edu, sul presupposto del margine di apprezzamento conseguentemente loro riconosciuto, afferma essere riservate alla discrezionalità del legislatore nazionale le eventuali forme di tutela per le coppie di soggetti appartenenti al medesimo sesso»²⁴. L'esclusione della pertinenza della giurisprudenza sovranazionale non è di poco conto, poiché nell'epoca in cui tutte le Corti, in varia misura, sono impegnate a dialogare tra loro, la Consulta è parsa limitare tale dialogo al rispetto dell'obbligo di interpretazione conforme alla CEDU, in avallo, però, del margine di apprezzamento statale esistente in materia di matrimonio omosessuale.

Per quanto riguarda il merito della questione, invece, si rileva che a differenza di trenta anni fa, quando i giudici costituzionali hanno affrontato per la prima volta la questione, ora la Consulta ha posto l'accento non sul legame processuale che lega la sentenza di rettifica di sesso al divorzio, ma sulla stretta connessione esistente tra i diritti dei coniugi coinvolti e l'eliminazione "chirurgica" del vincolo coniugale. Specificatamente, nella sentenza n. 170/2014 la Corte ha ritenuto che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso, ottenuta da uno dei coniugi, determini proprio la caducazione automatica del matrimonio della coppia divenuta *same sex* ai sensi dell'art. 4 della l. n.164/1982.

Cosicché, riconoscendo la rilevanza del profilo sostanziale messo in evidenza dalla Cassazione con l'ordinanza n. 14329 del 2013 e, in linea con quest'ultima, la Consulta ha sciolto il

²³ La Corte, inoltre, ha sottolineato che la disciplina ad oggetto può portare anche alla lesione dell'art. 3 Cost., a causa di una disparità di trattamento rispetto alle ulteriori cause di divorzio che richiedono, comunque e sempre, la domanda di una delle parti, nonché alla violazione dell'art. 24 Cost. per lesione del diritto di difesa, poiché l'effetto dello scioglimento si produce automaticamente al momento del passaggio in giudicato della sentenza senza possibilità per i coniugi di opporsi in alcun modo.

²⁴ Corte cost., sent. n. 170 del 2014, § 5.2 del *Considerato in diritto*. Da ultimo la Corte ha ritenuto non sussistente neppure un contrasto tra la normativa presa in esame e gli artt. 3 e 24 Cost. Quanto al primo parametro, perché «la diversità della peculiare fattispecie di scioglimento a causa di mutamento del sesso di uno dei coniugi rispetto alle altre cause di scioglimento del matrimonio ne giustifica la differente disciplina» e, quanto al secondo parametro, perché, non esistendo alcun diritto della coppia a rimanere sposata, non è ipotizzabile alcun *vulnus* sul piano della difesa.

dubbio di costituzionalità, ammettendo che «la normativa – della cui legittimità dubita la Corte rimettente – risolve un tale contrasto di interessi in termini di tutela esclusiva di quello statuale alla non modificazione dei caratteri fondamentali dell’istituto del matrimonio»²⁵. Ciò comporta la chiusura «a ogni qualsiasi, pur possibile, forma di suo bilanciamento con gli interessi della coppia, non più eterosessuale, ma che, in ragione del pregresso vissuto nel contesto di un regolare matrimonio, reclama di essere, comunque, tutelata come “forma di comunità”»²⁶.

Premesso tutto ciò, il giudice delle leggi ha comunque ritenuto di non poter intervenire con una sentenza manipolativa tesa a sostituire il divorzio automatico con un divorzio su istanza di parte. La Corte, invece, ha preferito intimare al legislatore l’introduzione di una forma alternativa al matrimonio capace di consentire ai due coniugi di «evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica a una condizione di assoluta indeterminatezza»²⁷. Pertanto, riconoscendo «l’attuale *deficit* di tutela dei diritti dei soggetti in essa coinvolti»²⁸ nella fattispecie di riferimento, la Corte, con un dispositivo additivo di principio, ha definito l’illegittimità costituzionale dell’art. 4 della l. n.164/1982 (nonché dell’art. 2 della medesima legge), proprio nella parte in cui tale disposizione non prevede la possibilità dei coniugi che subiscono il divorzio imposto di trasformare il loro precedente matrimonio in una convivenza registrata, ossia in un istituto volto a garantire e tutelare i diritti e gli obblighi della coppia medesima.

4. *Coppia e non famiglia: la consapevolezza del limite dei confini semantici.*

Proseguendo nella lettura della sentenza in commento vengono in evidenza altri due rilevanti profili su cui riflettere: la scelta semantica compiuta dalla Corte e l’accento posto dagli stessi giudici costituzionali sull’aspetto sociale del matrimonio, ossia del ‘fatto’ coniugale inteso come relazione affettiva stabile che lega i coniugi e da cui scaturiscono diritti e doveri di assistenza reciproca.

Quanto al primo profilo, si sottolinea la terminologia usata dalla Consulta per rappresentare il rapporto di coppia successivo alla modifica di sesso del coniuge. Sebbene la relazione tra di essi sia stata fondata su un valido atto matrimoniale e il rapporto coniugale sia stato corollato dalla presenza della filiazione legittima, la Corte non ha mai utilizzato il termine ‘famiglia’ per descrivere il rapporto successivo alla rettificazione di sesso, come, invece, sarebbe stato costituzionalmente dovuto proprio in ragione della disciplina definita dall’art. 29 Cost²⁹. Piuttosto, essa ha impiegato

²⁵ *Ibidem*, §5.6 del *Considerato in diritto*.

²⁶ *Ivi*.

²⁷ *Ivi*.

²⁸ *Ivi*.

²⁹ A.M. SANDULLI, *Art. 29 Cost.*, in G. CIAN - G. OPPO – A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, I, cit., 14, afferma che «l’essenza ontologica del matrimonio (è) di essere un’unione eterosessuale», seppure «la regola dell’eterosessualità del matrimonio sottesa all’art. 29» sarebbe ormai «incrinata» in conseguenza della legge del 1982 sulla rettificazione di sesso.

un termine “neutro” e generico quale ‘coppia’, che non è evocativo del significato giuridico che l’ordinamento appresta all’istituto³⁰ familiare.

Se si ragiona sulla tipologia di relazione affettiva sottesa a ognuno di tali termini, il rilievo non è secondario. Difatti, il termine ‘coppia’ identifica giuridicamente una relazione tra due persone legate da una serie di scelte volontarie e di emozioni condivise che, però, restano riconducibili a due individualità ben distinte³¹. Di contro, il termine ‘famiglia’ rappresenta una comunità di socializzazione, di riproduzione, di educazione, con funzioni ed effetti specifici che vanno – nell’interesse di tutti – regolati dalla legge. Lo scambio dei consensi, i diritti e doveri dei coniugi, la coabitazione, la fedeltà, l’assistenza, la collaborazione ecc., sono elementi identificativi del *coniugio*, fondanti la famiglia intesa come una “istituzione stabile”, un’autentica “alleanza personalizzante” che unisce in un’unica persona i membri che la compongono³².

Ebbene, siffatta diversità induce a sostenere che solo prima della rettificazione di sesso la relazione dei coniugi interessati dalla vicenda portata all’attenzione della Corte è stata caratterizzata dall’esistenza di tutti gli elementi rappresentativi del *coniugio* e, quindi, di tutti gli elementi identificativi la famiglia. Il rapporto successivo alla rettifica, invece, ha interessato una nuova forma di relazione che, per natura, ha differito (e differisce) dal “normale” rapporto coniugale sotto due aspetti sopravvenuti alla modificazione di sesso: la relazione genotipica esistente tra le parti e la potenziale capacità della coppia di concepire. Di tale differenza la Corte è parsa consapevole, tanto che non ha esitato a definire la nuova relazione come ‘coppia’, piuttosto come ‘famiglia’.

Cosicché, sebbene la Consulta non abbia indicato le ragioni della sua scelta semantica, l’utilizzo di tale termine ha evitato alla stessa di scivolare nella «indeterminatezza senza limiti»³³ cui si presta l’abuso lessicale dei termini usati in modo improprio. In altre parole, la scelta di utilizzare un vocabolo generico, anziché tecnico come quello di ‘famiglia’, evidenzia la

³⁰ V. TONDI DELLA MURA, *Verso la liberalizzazione dei “modelli familiari”? I rischi della (forzata) omologazione fra i diritti dei coniugi e i diritti dei conviventi*, in C. MIRABELLI (a cura di), *La Costituzione repubblicana. Fondamenti, principi e valori, tra attualità e prospettive*, Edizioni Ares, Roma, 2011, 190-213, rileva che la costituzione ha confermato la natura istituzionale della famiglia, stemperandola però dei profili pubblicistici dello Stato etico-fascista e modificandola sulla base dei nuovi principi del personalismo. P. DONATI, *La famiglia italiana “si pluralizza”: realtà, significati, criteri di distinzione*, in ID. (a cura di), *Identità e varietà dell’essere famiglia. Il fenomeno della “pluralizzazione”*, Settimo rapporto CISF sulla famiglia in Italia, Cinisello Balsamo, San Paolo, 2001, 29.

³¹ Sul punto cfr., S. ABRUZZESE, *Famiglia non coppia*, in www.ilsussidiario.net, 8/10/2014, 1.

³² Questa posizione ideologica si riverbera sul rapporto familiare, sì che la circolarità del concetto è data dal fatto che la famiglia non può che essere quella fondata sul matrimonio, tesa a garantire l’ordinato svolgersi delle relazioni non solo tra i sessi, ma anche tra le generazioni di cui si compone e nell’ambiente in cui opera. Sul punto, si v. ancora, A.M. SANDULLI, *Art. 29 Cost.*, cit., 7 e 21 ss.. Per un’analisi approfondita degli elementi che contraddistinguono il rapporto familiare si rinvia a M. BESSONE – G. ALPA – A. D’ANGELO – G. FERRANDO – M.R. SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*. V ed., Zanichelli, Bologna, 2006, 96 ss..

³³ V. TONDI DELLA MURA, *Le coppie omosessuali fra il vincolo (elastico?) delle parole e l’artificio della “libertà”*, in www.federalismi.it, 21 settembre 2010, 2.

preoccupazione della Consulta di non estendere indiscriminatamente i confini semantici dei termini identificativi gli istituti giuridici.

In definitiva, il ricorso al termine ‘coppia’ ha consentito alla stessa Corte di evitare di incorporare nell’istituto della famiglia il rapporto successivo alla rettifica di sesso del coniuge. In questo modo, posto che la famiglia rimane ancora vincolata al “significato tradizionale” del matrimonio accolto in Costituzione e al carattere eterosessuale dei coniugi, la Corte ha rispettato, almeno lessicalmente, lo stesso istituto familiare.

Proprio la consapevolezza del limite dei confini semantici ha portato i giudici costituzionali a collocare il nuovo rapporto coniugale nell’alveo della tutela offerta dall’art. 2 Cost³⁴. Per la Consulta «la situazione [...] di due coniugi che, nonostante la rettificazione dell’attribuzione di sesso ottenuta da uno di essi, intendano non interrompere la loro vita di coppia, si pone, evidentemente, fuori dal modello del matrimonio». La ragione è dovuta proprio al fatto che il rapporto matrimoniale, «con il venir meno del requisito, per il nostro ordinamento essenziale, della eterosessualità, non può proseguire come tale [...]»³⁵. Nonostante ciò, i giudici hanno ritenuto che la libertà di scelta del coniuge di modificare i propri caratteri genotipici non deve comportare il «sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto»³⁶. Pertanto, al fine di garantire un bilanciamento tra il diritto all’identità di genere e il diritto alla cristallizzazione del pregresso vissuto della coppia, inteso come dimensione concreta, maturata dai coniugi in costanza di matrimonio, fatta di diritti e di doveri meritevoli di essere tutelati, la Corte ha individuato proprio nell’art. 2 Cost. la giusta disposizione per qualificare il rapporto di coppia *post* rettifica di sesso.

A dire il vero, questa soluzione non è nuova. Già con la sentenza n.138 del 2010 la Consulta ha riportato la tutela delle coppie *same sex* nell’ambito della disciplina prevista da tale disposizione costituzionale, specificando che le relazioni tra persone dello stesso sesso rientrerebbero nella nozione di formazione sociale.

Questo orientamento è ripreso anche nella sentenza n.170/2014 in cui, sulla base degli stessi passaggi testuali e delle stesse argomentazioni utilizzate nella sentenza del 2010, i Giudici hanno qualificato il rapporto di coppia successivo alla modifica genotipica come «forma di comunità»³⁷ e, quindi, come una forma di specificazione delle formazioni sociali alle quali conferisce tutela l’art. 2 Cost.

Orbene, la qualifica del rapporto di coppia omosessuale come «forma di comunità»³⁸ e, dunque, l’individuazione dell’art. 2 Cost. in qualità di giusto parametro di legittimità evidenzia la volontà della Corte di riconfermare, in materia familiare, la concezione “originalista”³⁹ dell’istituto

³⁴ Corte cost., n. 170 del 2014, § 5.2 del *Considerato in diritto*.

³⁵ *Ivi*.

³⁶ *Ibidem*, § 5.6 del *Considerato in diritto*.

³⁷ *Ibidem*, 5.6.

³⁸ *Ibidem*, 5.6.

³⁹ Sull’argomento si rinvia a R. ROMBOLI, *Corte e diritti*, in *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, in F. DAL CANTO – E. ROSSI (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2010, spec. 25, il quale

matrimoniale⁴⁰ (già espressa con la sentenza n.138/2010). Tale concezione, che identifica la famiglia con l'istituto accolto dal costituente, ponendola in rapporto di funzionalità al significato – storicizzato – attribuito al matrimonio dal legislatore, ha consentito alla Consulta di mantenere ulteriormente distinto il modello di famiglia fondato sul rapporto di coppia tra due persone di sesso diverso dai ‘nuovi modelli familiari’ fondati su una stabile relazione esistente tra due persone dello stesso sesso.

Un rilievo, però, è d'obbligo. Se la soluzione accolta dalla Consulta, ossia quella di far rientrare il rapporto di coppia successivo alla rettifica di sesso nell'alveo dell'art. 2 Cost., da un lato, ha garantito il rispetto del limite dei confini semantici, dall'altro lato si è prestata (e si presta) a realizzare una discriminazione tra le coppie unite in matrimonio poi divenute omosessuali a causa del sopraggiunto mutamento genotipico e le coppie omosessuali non ancora, e giammai, coniugali. La discriminazione poggia sul fatto che la Consulta ha trasformato la sopravvenuta uguaglianza di sesso dei coniugi da motivo di invalidità del matrimonio a motivo di tutela del pregresso vissuto coniugale. Paradossalmente questa conclusione comporta che se la rettifica di sesso avviene in corso di matrimonio, allora alla coppia è riconosciuto il diritto alla cristallizzazione del rapporto coniugale (in questo caso si esclude il divorzio e il matrimonio continua a essere considerato valido). Se, invece, il mutamento di sesso avviene anteriormente alla contrazione delle nozze, allora alla coppia omosessuale è precluso, *ab origine*, il matrimonio stesso, proprio a causa dell'esistenza di un suo elemento impeditivo, ossia proprio a causa dell'identità di sesso delle parti.

Ragionando in questi termini, si può concludere che, sebbene la sentenza costituzionale rispetti il limite dei confini semantici, essa giunge comunque a un risultato che è irragionevole per violazione di quell'articolo che la stessa Corte ha posto alla base della corretta valutazione della fattispecie, ossia per violazione dello stesso art. 2 Cost.

è nel senso di assegnare alla volontà storica del legislatore un significato solo di carattere ausiliario nell'interpretazione del testo normativo, allo scopo di evitare una «pietrificazione» del diritto al momento della sua approvazione.

⁴⁰ B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in www.articolo29.it, 15 giugno 2014, 2, sostiene che «la sentenza 138/2010, e l'odierna pronuncia 170 che ad essa si richiama, propongono una interpretazione dell'art. 29 che non è apertamente originalista, e tantomeno originalista-essenzialista, ma è piuttosto sistematico-tradizionalista, nel senso che il significato della parola e la nozione giuridica di matrimonio accolti dal costituente nell'art. 29 Cost. vengono ricavati dal significato –storicizzato– attribuito al matrimonio dal legislatore al momento dell'adozione da parte dell'Assemblea costituente; qualora fosse il legislatore a modificare espressamente l'istituto, esercitando in questa direzione la propria responsabilità di scelta, la giurisprudenza costituzionale, interpellata sulla costituzionalità della legislazione in materia di matrimonio per tutti, dovrebbe riconsiderare il significato del matrimonio alla luce della nuova definizione che di esso ne avrebbe dato il legislatore sganciandolo dal paradigma eterosessuale».

5. Matrimonio come atto vs matrimonio come rapporto: l'incostituzionalità per mancanza di alternative

Il secondo aspetto che viene in rilievo dalla lettura della sentenza in commento riguarda la tutela accordata dalla Corte alla socialità del matrimonio, a ciò che questo produce in sua costanza e che assume valore per l'ordinamento giuridico.

Prima di procedere alla riflessione sull'aspetto sociale del matrimonio è necessario fare due premesse. Poiché si vuole comprendere se la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4 della l. n.164/1982 sia stata senza alternative giuridicamente sostenibili, si ritiene necessario analizzare preliminarmente la distinzione che vi è tra il matrimonio come atto e il matrimonio come rapporto.

A sua volta, però, e al fine di non snaturare il divorzio del suo carattere essenziale di strumento, previsto dall'ordinamento, per rimediare al fallimento del rapporto coniugale, si ritiene, altresì, che tale comprensione non possa andare disgiunta dall'analisi della natura giuridica dello stesso istituto divorzile.

Ebbene, il matrimonio-atto attiene alla manifestazione di volontà dei nubendi e formalizza la volontà espressa da due soggetti, di sesso diverso, di costituire quel vincolo che la Costituzione, all'art. 29, comma primo, pone a fondamento della famiglia naturale. In questo profilo rientrano le questioni della forma della celebrazione e, prima ancora, le condizioni necessarie per contrarre matrimonio, inosservate le quali si determina l'invalidità civile dell'atto stesso⁴¹. Pertanto, l'invalidità è pronunciata quando, nella fase di compimento dell'atto matrimoniale, si realizzano le anomalie attinenti alla presenza dei requisiti essenziali che la legge pone a fondamento della validità originaria.

Per contro, il matrimonio-rapporto attiene allo svolgimento del rapporto coniugale⁴², e riguarda il complesso di diritti e di doveri che si radicano in capo ai coniugi, i cui elementi fattuali, che costituiscono il vincolo coniugale, sono l'*affectio maritalis* e l'*honor matrimonii*, inteso come «estrinsecazione esterna dell'*affectio*»⁴³ stessa. Comunemente, questi elementi sono rappresentati dalla convivenza e dall'assistenza materiale reciproca dei coniugi⁴⁴ e il loro obbligo scaturisce proprio dall'atto matrimoniale.

⁴¹ La stessa disciplina codicistica civile prevede che, affinché il matrimonio come atto giuridico sia valido nel nostro ordinamento, è necessario che a questi elementi si affianchino anche le condizioni per contrarre matrimonio, tra le quali rientra la diversità di sesso dei nubendi. Cfr. N. PIGNATELLI, *I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra "istituzione" matrimoniale e "funzione" familiare*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2005, 243 ss..

⁴² Sul punto, tra tutti, cfr., E. GIACOBBE, *Il matrimonio: l'atto e il rapporto* in *Trattato di diritto civile*, Roma, Utet, 2011, III, I, 4; G. DALLA TORRE, *Matrimonio e famiglia*, Roma, Aracne, 2006, 98. Per una distinzione tra atto e fatto, ben adattabile all'istituto matrimoniale, si veda A. SPADARO, *Dalla costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla costituzione come "processo" (storico). Ovvero dalla continua "evoluzione" del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, a. XVIII, n. 3, dicembre 1998, 343 ss.

⁴³ A. D'ANTONIO, *Il divorzio*, cit., 1983, 24

⁴⁴ *Ibidem*; F. SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi e il divorzio*, Milano, Giuffrè, 2008, 385 ss

Stando a questa differenza, è chiaro che la “riuscita” del rapporto di *coniugio* sia connessa alla volontà dei coniugi di mantenere nel tempo il *consortium vitae*⁴⁵ e l'*affectio coniugalis*. Conseguentemente, è chiaro anche che solo il venir meno di tale volontà sottenda l'intenzione coniugale di porre fine alla comunione di vita.

Tale assunto si pone alla base della disciplina processuale del divorzio, che subordina la decisione caducatoria del matrimonio al principio della domanda di parte (definito dall'art. 99 c.p.c. e previsto a tutela del diritto di difesa ex art. 24 Cost.), e alla verifica oggettiva, da parte del giudice, dell'impossibilità di ricomporre la comunione di vita tra i coniugi⁴⁶.

Difatti, nel merito, il combinato disposto degli artt. 1, 2 e 3 della legge divorzile costituisce la cornice all'interno della quale il legislatore ha tracciato le singole situazioni familiari in presenza delle quali i coniugi, singolarmente o di comune accordo, possono richiedere al giudice la cessazione del rapporto coniugale.

A livello processuale, invece, fatta valere l'esistenza di una causa divorzile, il giudice deve ricercare gli elementi probatori necessari e sufficienti per dichiarare il divorzio. Sul punto, con la sentenza n.181 del 22 luglio 1976, la stessa Corte costituzionale ha precisato che «il giudice [...] deve procedere agli accertamenti occorrenti perché possa formare il proprio convincimento [...], valutando quegli elementi in funzione della ricerca e determinazione in concreto della cessazione della comunione materiale e spirituale (tra i coniugi) come fatto permanente e anche attuale»⁴⁷. La *ratio* di ciò è proprio quella di subordinare lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio alla volontà dei coniugi (o anche alla volontà di uno solo di questi). Se così non fosse, lo scioglimento del matrimonio pronunciato in assenza di tali presupposti e, quindi, in mancanza della volontà coniugale di porre fine al *consortium vitae*, porterebbe a un esito ingiustificato, vale a dire alla coattiva, sanzionante, cessazione del rapporto di coniugio⁴⁸.

Ad avvalorare il rilievo si aggiunge la disciplina prevista dall'art. 3, punto 2, lett. f) della legge divorzile n. 898/70 che prevede la possibilità del Tribunale di pronunciare il divorzio allorché il matrimonio non sia stato consumato.

L'inconsumazione, quale causa di divorzio, ha acquisito una propria autonoma rilevanza attraverso l'opera della giurisprudenza. Sul punto, rilevante è la sentenza emessa dal Tribunale ordinario di Novara, in data 11 maggio 2005, con la quale l'inconsumazione è stata intesa come

⁴⁵ P. PAJARDI – E. COLOMBO, *Il divorzio nella giurisprudenza*, cit., 66. Gli Autori rilevano che «Non è facile [...] neppure per la giurisprudenza, dare una definizione di comunione coniugale, tale è la molteplicità di aspetti interpersonali in essa coinvolti, tuttavia possiamo dire che gli interventi della Suprema Corte (sent. 7 maggio 1976, n.1595) hanno fornito elementi sufficienti per tracciarne un quadro abbastanza univoco: essi sono ravvisabili in una sorta di denominatore comune che, per usare le parole della Corte, è la convivenza “caratterizzata da un'organizzazione domestica comune, dal reciproco aiuto personale e, normalmente, da rapporti sessuali (*consortium vitae*); e dall'animo disposto [...] a riservare al coniuge la posizione di esclusivo compagno di vita ed a rispondere dei principali doveri coniugali, anche quando la solidarietà esiga sacrificio (*affectio coniugalis*)”».

⁴⁶ Art. 1 della l. n. 898/1970.

⁴⁷ Così Corte cost., sent. n.181 del 22 luglio 1976, in *Foro it.*, 1976, I, c. 2336 ss..

⁴⁸ N. LIPARI, *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento*, cit., 15.

espressione dell'assenza di comunione di vita tra i coniugi o espressione «d'una mancata costituzione tra gli stessi d'un *consortium omnis vitae*»⁴⁹.

Alla previsione positiva dell'inconsumazione, però, non si associa necessariamente l'invalidità del matrimonio. Difatti, per l'ordinamento, anche quando quest'ultimo sia carente della consumazione, esso è, e rimane, giuridicamente valido, se valido è l'atto dal quale ha avuto origine. Ciò perché, mentre per il codice canonico è rilevante l'inesistenza di rapporti sessuali⁵⁰, poiché nell'ottica canonica la procreazione è il fine dell'unione coniugale, per il codice civile, ben può sussistere un matrimonio basato anche soltanto sul mero affetto "spirituale" tra i coniugi. Coerentemente a ciò, anche in questa ipotesi divorzile, la disciplina processual-civilistica subordina la sentenza di scioglimento del matrimonio a un'istanza di parte del coniuge, espressiva della sua volontà di porre fine alla comunione di vita. Tra l'altro, la constatazione dell'oggettiva mancata consumazione non deve andare disgiunta dalla verifica, a opera del giudice, dell'impossibilità di ricomporre la comunione materiale e spirituale tra i coniugi, secondo la regola generale di cui all'art. 1 della l. 898/70⁵¹.

Come si vede, quindi, anche nelle ipotesi di matrimonio non consumato la *ratio* della disciplina è quella di far dipendere lo scioglimento del matrimonio dall'effettiva intenzione dei coniugi.

La disciplina del divorzio per inconsumazione, però, non è l'unica a dare rilievo alla volontà dei coniugi. Tale rilievo si estende anche alle ipotesi in cui il matrimonio sia carente dei rapporti sessuali per impedimenti fisici dovuti a *handicap* di un coniuge.

A un *handicap* impeditivo dei rapporti sessuali tra i coniugi non si accompagna necessariamente la loro volontà di porre fine alla comunione di vita. L'impedimento potrebbe semplicemente incidere sul solo aspetto sessuale del rapporto coniugale, relegando la mancanza dei rapporti sessuali a mero aspetto secondario del *coniugio* o, quanto meno, non tanto rilevante, per i coniugi, da privare il loro rapporto dell'*affectio maritalis*. In ogni caso, qualora tale impedimento sia così rilevante da spingere il coniuge a voler porre fine alla comunione di vita, il divorzio sarebbe comunque processualmente subordinato al principio della domanda. Anche in questo caso la domanda di parte è espressione della volontà, quantomeno di un coniuge, di porre fine al *consortium vitae*.

Ebbene, se, per le ragioni su esposte, la volontà dei coniugi di porre fine alla comunione di vita è presupposto indispensabile per pronunciare il divorzio nei casi di inconsumazione e nei casi di assenza di rapporti sessuali per *handicap*, in forma analoga, tale volontà dovrebbe essere il

⁴⁹ Tribunale Ordinario di Novara in composizione collegiale - Sentenza 11 maggio 2005.

⁵⁰ Sul tema, si veda A. FIGONE, *Divorzio per mancata consumazione del matrimonio e regime probatorio*, in *Fam. e Dir.*, 2003, 236.

⁵¹ Sul punto, cfr., M.F. MATERNINI, *Il matrimonio non consumato quale causa di divorzio* (nota a Cass. Sez. I, 21 settembre 1998 n. 9442), in *Fam. e Dir.*, 1999, 22 e condivisa da G. BONILINI, *L'inconsumazione del matrimonio*, in G. BONILINI e F. TOMMASEO (a cura di), *Lo scioglimento del matrimonio*; F. SCARDULLA, *Il concetto di matrimonio non consumato con riguardo all'istituto del divorzio*, *Dir. Famiglia*, 1975, 496 e ss..

presupposto indispensabile anche per pronunciare il divorzio nei casi di mutamento di sesso del coniuge. Difatti, in quest'ultimo caso, a causa della rettifica genotipica e, quindi, a causa dell'identità di sesso tra le parti, nel rapporto di coppia sopraggiunge una situazione impeditiva della naturale sessualità coniugale. Per i coniugi tale situazione potrebbe non essere tanto determinante da richiedere il divorzio. Sicché, per i motivi sopra esposti, l'assenza della domanda di parte esclude la pronuncia, *ipso iure*, dello scioglimento del matrimonio.

Il caso appena esposto rispecchia proprio quello portato all'attenzione della Corte costituzionale e deciso con la sentenza in commento. Nella fattispecie concreta, sebbene sia intervenuto il mutamento di sesso del coniuge e, quindi, sia sopraggiunta una situazione impeditiva della naturale sessualità coniugale, il rapporto che ha legato i coniugi (perché tali dovrebbero essere considerati, vista la tenuta del vincolo matrimoniale) ha continuato a essere caratterizzato dall'*affectio maritalis*.

La stessa Corte costituzionale ha posto l'accento proprio sul permanere della comunione spirituale e materiale fra le parti. Essa ha ritenuto che la libertà di esprimere l'identità di genere non deve eccessivamente penalizzare «il sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto»⁵² che la coppia «vorrebbe mantenere»⁵³. Stando a questa valutazione, nel caso concreto la dichiarazione di divorzio sarebbe stata una soluzione inadeguata e, soprattutto, contraria alla volontà della coppia. A tale dichiarazione si sarebbe indirettamente giunti se i giudici costituzionali avessero rigettato la questione di costituzionalità.

Infatti, una sentenza di rigetto avrebbe dato corso alla disciplina definita dall'art. 4 della l. n.164/82, ossia alla disciplina definita dalla norma impugnata; la sentenza di rettificazione di sesso del coniuge avrebbe portato alla dichiarazione della cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Di conseguenza, il rigetto della questione avrebbe indirettamente trasformato il procedimento di divorzio da procedimento a istanza di parte a procedimento *ex officio*, attribuendo, altresì, automatismo alla pronuncia divorzile. Tale conseguenza sarebbe stata contraria non solo alla disciplina processual-civilistica del divorzio, che, come si è visto, fonda il procedimento sul principio della domanda⁵⁴, ma anche alla natura dello stesso istituto divorzile, che si qualifica come strumento per rimediare al fallimento del matrimonio. Il divorzio, infatti, avrebbe acquisito un carattere sanzionatorio, diventando, così, un "affare" dello Stato⁵⁵.

E' sulla base di queste argomentazioni che la Corte costituzionale ha pronunciato l'illegittimità della disciplina del divorzio imposto. Essa si è trovata davanti a un'ipotesi di

⁵² Corte cost., sent. n. 170 del 2014, § 5.5 del *Considerato in diritto*.

⁵³ *Ivi*.

⁵⁴ Le eccezioni a tale principio sono estremamente limitate. Tra le più importanti eccezioni si indicano quelle previste dalla legge fallimentare (art. 6 r.d. n.267/42) e quelle previste in materia di volontaria giurisdizione.

⁵⁵ Allo stesso tempo, la sentenza di rigetto sarebbe stata per nulla garantista del diritto all'identità personale e contraria ai costanti orientamenti giurisprudenziali, sia nazionali, che europei. L'impressione è che anche di questo la Corte sembra essere stata cosciente, tanto da essere ricorsa all'uso di un dialogo giurisprudenziale pari-ordinato, richiamando due recenti pronunce, una della Corte costituzionale tedesca, l'altra della Corte costituzionale austriaca, per arricchire la decisione di un sostegno "esterno".

incostituzionalità, per così dire, dovuta, ossia a un'ipotesi che non poteva essere rigettata per non alterare le caratteristiche tipiche dell'istituto matrimoniale e di quelle dell'istituto divorzile.

6. *Segue: ulteriori ragioni dell'incostituzionalità "dovuta".*

Ulteriori argomentazioni a sostegno dell'incostituzionalità "dovuta" dell'art. 4 della l. n.164/1982 si potrebbero trovare ragionando sulla natura giuridica del sopraggiunto matrimonio omosessuale per mutamento di sesso.

Poiché l'eterosessualità è il postulato implicito del matrimonio, senza il quale esso non può esistere nel nostro ordinamento, dinnanzi a un sopraggiunto carattere omosessuale della coppia sarebbe più corretto parlare di matrimonio inesistente.

Stando a ciò, si potrebbe anche sostenere la possibilità della Corte costituzionale di argomentare un eventuale rigetto della questione sottoposta proprio sull'inesistenza del matrimonio successivo alla rettifica. In realtà, anche qualora la Consulta avesse optato per questa soluzione, sarebbe giunta a un esito palesemente incongruente sia sul piano giuridico, sia su quello logico. Essa, infatti, avrebbe finito per considerare retroattivamente inesistente un atto matrimoniale che, invece, nel momento in cui è sorto era corollato da tutti i presupposti di esistenza, compreso, quindi, quello della diversità di sesso dei nubendi.

A dire il vero, continuando sempre a ragionare sulla natura giuridica del matrimonio *post* rettifica, alla stessa incongruenza la Corte sarebbe giunta anche qualora avesse considerato tale matrimonio non inesistente, ma invalido. La ragione di ciò è dovuta all'effetto retroattivo dell'invalidità stessa. Poiché l'invalidità opera retroattivamente, se la Consulta avesse configurato il mutamento di sesso come causa di invalidità del matrimonio, argomentando, così, il rigetto della questione di legittimità posta alla sua attenzione, avrebbe attribuito al divorzio un'*efficacia sanante* di un elemento impeditivo *ex post*, quale quello della non diversità di sesso, non più dei nubendi, vista già la contrazione del matrimonio, ma dei coniugi. Pertanto, anche in quest'ultima ipotesi la Consulta sarebbe giunta a considerare invalido un atto di matrimonio che, *ab origine*, godeva di tutti i presupposti di validità.

A questo punto, quindi, ci si domanda se la Corte avrebbe potuto ovviare a queste incongruenze, giocando sull'effetto temporale dell'invalidità, ossia se avrebbe potuto differire il *dies a quo* dell'invalidità al giorno in cui è avvenuta la rettificazione di sesso del coniuge. Ci si chiede, in particolare, se la Consulta avrebbe potuto rigettare la questione di legittimità costituzionale sollevata sull'art. 4 della l. n.164/82 e, nello stesso tempo spostare, *pro-futuro*, la cessazione degli effetti civili del matrimonio, ricorrendo, magari, a una forma particolare di sentenza manipolativa, ossia ricorrendo a una sentenza di rigetto manipolativa dell'effetto temporale della invalidità⁵⁶.

⁵⁶ Sul tema delle decisioni manipolative *nel tempo*, ossia delle decisioni che «cercano di controllare gli effetti "nel tempo" delle decisioni che accertano la "non invalidità" o l'invalidità di una legge», cfr., A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009, 158 ss.

Invero, questa ipotesi deve fare i conti con la possibilità di limitare temporalmente la retroattività, ovvero con la possibilità di fissare un termine “all’indietro” oltre il quale la retroattività non possa operare.

Sul tema, ci si limita a citare un’autorevole dottrina per la quale la retroattività è l’evocazione di «un fascio di valori»⁵⁷ protetti dall’ordinamento giuridico, quali «la sicurezza dei traffici giuridici, la certezza del diritto, l’affidamento dei singoli, l’autodeterminazione e l’eguaglianza di trattamento tra soggetti parimenti consapevoli dei loro diritti e doveri»⁵⁸. Per la stessa dottrina «la questione della retroattività è quella del corretto bilanciamento tra (tali) valori» e si risolve nel problema «(dell’individuazione) dei criteri a cui (tale bilanciamento) deve attenersi»⁵⁹.

Stando a ciò, poiché la questione della retroattività ruota intorno al corretto bilanciamento tra valori, tutti costituzionali, e dato che il bilanciamento tra di essi è corretto se effettuato sulla base del criterio di ragionevolezza, allora si dovrebbe ritenere limitabile la retroattività «in presenza di valori contrastanti almeno equiordinati e nel rispetto dei principi di proporzionalità e non eccessività [...]»⁶⁰.

Ragionando in questi termini, quindi, e dati i diritti coinvolti nella fattispecie decisa con la sentenza in commento, si può sostenere che la Corte, in alternativa alla sentenza di illegittimità, avrebbe ipoteticamente potuto optare per una sentenza manipolativa dell’effetto temporale dell’invalidità. Essa avrebbe potuto configurare l’ipotesi come un’eccezione all’effetto retroattivo dell’invalidità stessa, giustificata dalla necessità di assicurare il corretto bilanciamento, tra il diritto all’identità di genere e il diritto alla cristallizzazione del rapporto coniugale.

In concreto, però, tale alternativa sarebbe stata da escludere. Il motivo è dato dal fatto che anche questo tipo di sentenza avrebbe trovato l’ostacolo della volontà della coppia di rimanere unita in matrimonio. In definitiva, quindi, la Corte anche qualora avesse optato per una sentenza di rigetto manipolativa dell’effetto temporale di invalidità avrebbe imposto il divorzio ai coniugi, definendo, così, una soluzione contraria rispetto alla loro volontà di rimanere legati nella comunione di vita⁶¹.

⁵⁷ M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giur. it.*, 2007, 1832 ss. (anche in AA.VV., *L’economia e la legge*, a cura di G. COCCO, Milano, Giuffrè, 2007, 1-77); Le tesi di Luciani sono state riprese successivamente, tra gli altri, da M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento: tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, Giuffrè, 2008, 12 ss. e 99 ss.; L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2009, 73 ss.; G. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. CICU, F. MESSINEO e L. MENGONI e continuato da P. SCHLESINGER, Milano, Giuffrè, 2012, 104 ss.

⁵⁸ M. LUCIANI, *ibidem*.

⁵⁹ M. LUCIANI, *ivi*, rispettivamente 1836 e 1833.

⁶⁰ *Ibidem*, 1832.

⁶¹ Pur non sottraendosi a un richiamo della discrezionalità del legislatore in ordine alla configurabilità di forme alternative al matrimonio, forse la Corte avrebbe anche potuto evitare di incorrere nei problemi sopra illustrati pronunciando una sentenza di inammissibilità della questione, ma ciò avrebbe potuto apparire come una forma di sottrazione dalla responsabilità di decidere.

7. *Le conseguenze della sentenza sul piano fattuale: la trasformazione del modello familiare.*

Nonostante intorno alla disciplina del divorzio imposto ruotino problemi complessi legati alla natura giuridica sia del matrimonio, sia del divorzio, nessuna delle considerazioni appena esposte traspare dalla sentenza costituzionale commentata. La Consulta chiude la questione giustificando, in poche battute, l'illegittimità dell'art. 4 della l. n.164/82 sul solo rispetto della volontà dei coniugi di rimanere uniti in matrimonio, e lo fa utilizzando un dispositivo additivo di principio. I giudici costituzionali, postulando la regolarizzazione normativa del rapporto di coppia omosessuale, hanno rivolto un monito al legislatore, da «assolvere con la massima sollecitudine»⁶², affinché si impegni ad adottare le misure necessarie «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 coinvolti»⁶³. Si legge che, poiché inopportuna è «la *reductio ad legitimitatem* mediante una pronuncia manipolativa, che sostituisca il divorzio automatico con un divorzio a domanda, (in quanto) ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost.»⁶⁴, compito del legislatore è quello di «introdurre una forma alternativa (e diversa dal matrimonio) che consenta ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica a una condizione, su tal piano, di assoluta indeterminatezza»⁶⁵.

Ecco il punto. La sentenza n.170/2014, essendo una sentenza additiva di principio e, quindi, pur ascrivendosi essa stessa nella categoria delle pronunce che non introducono una «concreta norma positiva»⁶⁶, tende comunque a produrre effetti diretti sul piano fattuale. Detto in altri termini, sebbene la Corte abbia posto al legislatore solo un'indicazione sulla futura produzione normativa⁶⁷, nell'attesa dell'intervento legislativo, la pronuncia determina «una modificazione dell'ordinamento»⁶⁸. Tale modificazione si riscontra nel fatto che il salvataggio costituzionale del rapporto di coppia successivo al mutamento di sesso coniugale, per le ragioni esposte nel presente contributo, ha l'effetto di convertire il matrimonio eterosessuale in un matrimonio omosessuale o, quanto meno, in una forma di convivenza registrata⁶⁹, implicitamente creata dai giudici.

⁶² Corte cost., n. 170 del 2014, § 5.6 del *Considerato in diritto*.

⁶³ Ivi.

⁶⁴ Ivi.

⁶⁵ Ivi.

⁶⁶ A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 151.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti*, cit., 1; P. BIANCHI, *Divorzio imposto: incostituzionale ma non troppo*, in www.forumcostituzionale.it, 7 luglio 2014, 3. Sui possibili esiti che può avere la decisione, cfr., ampiamente, P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto"*:

il «caso Bernaroli» nella sentenza n. 170/2014, in www.forumcostituzionale.it, 6 luglio, 2014, 11 ss.

⁶⁹ B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, cit., 1.

Dato questo risultato, l'impressione è che la Corte, ricorrendo a questa tipologia di sentenza, abbia fatto un piccolo sforzo, ma abbia ottenuto un risultato per nulla sottovalutabile.

Non è una forzatura, allora, sottolineare che tra il riconoscimento del diritto all'identità di genere e la cristallizzazione del pregresso vissuto della coppia vi è la trasformazione del modello familiare. Una trasformazione che mette in gioco non solo l'identità dell'istituto matrimoniale, ma anche l'identità della famiglia. Quest'ultima, nel caso trattato con la sentenza n.170/2014, ha assunto una forma omogenitoriale, esponendosi al confronto con uno "spietato" valutatore che si identifica con il contesto sociale, ancora troppo impreparato ad accettare «un'innovazione quale quella di un nucleo familiare con genitori dello stesso sesso»⁷⁰, soprattutto se gli "artefici" di tale innovazione sono proprio i giudici.

Invero, sembra che adesso anche la politica italiana stia lavorando sul versante del riconoscimento delle unioni omosessuali. L'orientamento sembra quello di riconoscere le unioni civili tra persone dello stesso sesso sulla base del modello tedesco, nonché di istituire un registro dello stato civile dedicato a tali unioni.

Probabilmente, se a intervenire in questa direzione è il legislatore, quello "spietato" valutatore sociale tenderà più facilmente verso una "liberalizzazione etica" del rapporto di coppia omosessuale.

⁷⁰ Si veda quanto rileva L. IMARISIO, *L'estensione alle coppie omosessuali dell'accesso al matrimonio civile: la strada maestra per un diritto costituzionale della famiglia "presa sul serio"*, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. GUAZZAROTTI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, Torino, Giappichelli, 2010, 190, che parla di «disagio che potrebbe derivare al minore dalla scarsa accettazione da parte del contesto sociale esterno alla famiglia». E, ancora, si veda E. CRIVELLI, *La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed esterna*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, 55 ss., che, dopo aver sottolineato come non vi siano univoche indicazioni delle scienze psicologiche e sociali che dimostrino scompensi nei minori cresciuti da coppie omosessuali, rileva come «I maggiori problemi risiederebbero non nelle dinamiche interne del nucleo familiare, quanto in quelle esterne, prospettando un difficile inserimento del minore nella società proprio a causa della diffidenza con cui questo nuovo tipo familiare viene concepito». L'A., inoltre, rileva come «Di fronte al rischio concreto che la nostra società sia impreparata a accettare un'innovazione quale quella di un nucleo familiare con genitori dello stesso sesso, appare improprio scaricare sul minore una situazione di emarginazione, pur di far prevalere il desiderio di diventare genitori».