



Data pubblicazione 15.09.2014

Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente (breve note a Corte costituzionale, sent. n. 170/2014).

di

Vincenzo Baldini

1. Lo sviluppo ed il progressivo consolidamento di forme nuove di convivenza (coppie di fatto, unioni omosessuali) basate, come le unioni matrimoniali, oltre che sull'elemento dell' *affectio*, sulla libera espressione di consenso tra i partner e sulla natura stabile della unione, rappresentano da tempo una realtà dell'attuale esperienza sociale. Tanto incoraggia l'intenso dibattito scientifico che da tempo è venuto aprendosi sull'attualità del concetto di famiglia quale "società naturale fondata sul matrimonio", di cui all' art. 29 Cost., anche nella prospettiva di estendere a tali nuove formazioni le medesime garanzie che la norma costituzionale riserva alla famiglia tradizionale.

A tale dibattito offre un consistente contributo il diritto internazionale, in particolare la Carta dei diritti dell' UE (artt. 7 e 9) e la Convenzione EDU (artt. 8 e 12) secondo l'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo che è apparsa decisamente orientata verso un'interpretazione aperta alla possibilità di un ampliamento dell'istituto matrimoniale anche a coppie omosessuali. In tal senso il diritto generalizzato a sposarsi ed a formare una famiglia, secondo le leggi nazionali che ne regolano l'esercizio (art. 12) come anche il diritto al rispetto della propria vita familiare (art. 8) rappresentano i capisaldi su cui i giudici di Strasburgo fondano un siffatto indirizzo aperturista.

Di un qualche effettivo rilievo sono, in fine, anche le soluzioni proposte in altri ordinamenti, quale quella della *Lebenspartnerschaftsgesetz* prevista nell'ordinamento tedesco¹, in quello austriaco² e/o in quello svizzero³, che rappresentano utili modelli

¹ La *Lebenspartnerschaftsgesetz* nell'ordinamento tedesco è entrata in vigore nell'agosto del 2001 ed è stata più volte modificata (l'ultima modifica risale al giugno del 2014 (Art. 5 G vom 20. Juni 2014)).

paradigmatici nella prospettiva di una futura regolamentazione legislativa delle unioni omosessuali.

Alla riflessione scientifica offre ora nuove suggestioni e sollecitazioni la sent. n. 170 del 2014 della Corte costituzionale che ha dichiarato illegittimi, per contrasto con l'art. 2 Cost., gli artt. 2 e 4, l. n. 164/82, nella formulazione anteriore all'abrogazione disposta dall'art. 36, d.lgs. n. 150/2011, nella parte in cui non era fatta previsione "che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che comporta lo scioglimento del matrimonio" dovesse consentire, comunque, ove entrambi i coniugi 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, la cui disciplina rimane demandata alla discrezionalità di scelta del legislatore."

Peculiare è la vicenda da cui trae spunto tale decisione, trattandosi di una coppia sposata, di cui un coniuge, con il consenso dell'altro, aveva cambiato sesso e, in seguito alla sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso, si era proceduto alla variazione corrispondente dell'atto di nascita. A margine di quest'ultimo e degli atti di matrimonio era stata riportata l'annotazione relativa alla «cessazione degli effetti del vincolo civile del [loro] matrimonio», ex art. 4 l. n. 164/82. Le parti, tuttavia, avevano presentato istanza al giudice per ottenere la cancellazione dell'annotazione relativa alla «cessazione degli effetti del vincolo civile del [loro] matrimonio», apposta dallo stato civile in conseguenza della sentenza relativa al cambiamento di sesso, in quanto decise a proseguire la loro vita coniugale.

La Corte di cassazione, adita in sede di impugnazione contro il decreto della Corte di appello di Bologna che, in riforma della decisione del giudice di prima istanza, aveva rigettato la domanda delle ricorrenti, ha in fine sollevato la questione di legittimità costituzionale paventando il dubbio di una violazione, da parte della normativa (allora) vigente, di una serie di parametri costituzionali (artt.2, 3, 24, 29), oltre che dell'art. 117 Cost., con riguardo alle suindicate disposizioni della Convenzione EDU.

² *Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft (Eingetragene Partnerschaft-Gesetz - EPG)* del 2010, anch' essa poi modificata.

³ La „[Partnerschaftsgesetz](#)“ approvata am 5. Juni 2005 ed entrata in vigore nel gennaio del 2007.

2. Il percorso argomentativo seguito nella circostanza dal giudice costituzionale ricalca, in larga parte, quello già tracciato dalla nota sent. n. 138/2010⁴, muovendo dalla determinazione della sfera materiale di tutela dell'art. 29 Cost., limitata alla sola famiglia eterosessuale, perciò insuscettibile di un'estensione in via interpretativa alle unioni tra persone dello stesso sesso. Al legislatore ordinario, "nell'esercizio della sua piena discrezionalità", spetta dunque il potere di "individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette", sul presupposto in ogni caso dell'esclusione che la loro aspirazione al riconoscimento giuridico possa trovare realizzazione unicamente equiparando le unioni omosessuali a quelle legate dal vincolo matrimoniale (sent. 132/2010).

Con riguardo alla fattispecie in oggetto, la Corte esclude tanto l'art. 29 Cost. (che nulla ha a che fare con le unioni omosessuali) quanto la normativa convenzionale europea (artt.8 e 12 Convenzione EDU), in cui (pre)vale il richiamo alle decisioni del legislatore nazionale, tra i parametri di giudizio alla cui stregua esercitare il sindacato di legittimità costituzionale. Nemmeno l'evocazione degli artt. 24 e 3 Cost. è ritenuta pertinente, sia in ragione della carenza di un "diritto" della coppia "a rimanere unita nel vincolo matrimoniale"; sia in assenza, nella specie, di ogni *vulnus* del diritto di difesa. Peraltro, la peculiarità del caso oggetto del giudizio -scioglimento del vincolo in conseguenza del cambiamento di sesso di un coniuge- giustifica secondo lo stesso giudice la diversità della disciplina legislativa rispetto alle altre cause che possono comportare lo scioglimento del vincolo matrimoniale.

L'unico riferimento normativo congruo resta l'art. 2 Cost. nel cui ambito generale di garanzia si riconduce anche la relazione stabile tra persone dello stesso sesso. Tale principio legittima senz'altro l'aspirazione dell'unione omosessuale quale forma stabile di convivenza a "vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone –

⁴ Per i commenti a tale decisione, v. Barbara Pezzini, [Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale](#), in *Rivista AIC*, 2010; A. Pugiotto, [Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio](#), in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 2010; Francesco Dal Canto, [Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale:dalla "aspirazione" al matrimonio al "diritto" alla convivenza](#), in *Rivista AIC*, 2010; Antonio Ruggeri, ["Famiglie "di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?"](#), in *Rivista AIC*, 2010.

nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge- il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”⁵, quantunque entro il suddetto limite del divieto di “equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio”⁶. Il vizio di incostituzionalità della disciplina consegue al fatto che quest’ ultima risolve il conflitto tra l’interesse dello Stato a mantenere inalterato il modello eterosessuale del matrimonio; e quello della coppia a non subire un pregiudizio dall’esercizio della libertà di scelta sessuale, compiuto da un coniuge previo consenso dell’altro coniuge, nella direzione di una tutela esclusiva del primo, con conseguente sacrificio integrale della “dimensione giuridica del pregresso rapporto” che la coppia “vorrebbe, viceversa, mantenere in essere”⁷.

Peraltro, il riconoscimento dell’incostituzionalità, con la conseguente dichiarazione di illegittimità della normativa impugnata non può ad ogni modo condurre ad una decisione di tipo manipolativo, con l’esito di sostituire senz’altro al divorzio automatico un divorzio a domanda di parte. Si rende necessario, allora, un intervento consequenziale del legislatore per un adeguamento della disciplina generale, così da fornire alla coppia la quale *ex lege* e contro la propria volontà ha perso lo stato coniugale e, con esso, le garanzie ivi connesse, di beneficiare di una tutela giuridica, secondo forme in ogni caso alternative e diverse dal matrimonio.

3. Riguardata in sé, tale sentenza sembra limitarsi a confermare l’ indirizzo pregresso, in relazione alla peculiarità della fattispecie oggetto del giudizio di merito. La Corte sembra apporre, così, il sigillo definitivo sull’istituto del matrimonio quale vincolo giuridico di unione tra persone eterosessuali, rimettendo in buona sostanza al solo legislatore costituzionale il potere di mutarne la natura.

Nondimeno, al di là della forza e della chiarezza con cui la Corte ribadisce il proprio orientamento in materia, può formularsi qualche ulteriore considerazione,

⁵ Corte cost., sent. n. 170/14 che richiama il precedente (sent. n. 138/2010).

⁶ Nella circostanza, peraltro, la Corte precisa come ad essa resti in ogni caso riservata “la possibilità d’intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze *more uxorio*:sent. n.559 del 1989 e n. 404 del 1988). Può accadere, infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza”.

⁷ Corte cost., sent. n. 170/2014, Punto 5.6. del “Considerato in diritto”.

anche di metodo, sulla decisione in questione. Risalta, in tale direzione, l' affermazione, peraltro già formulata nella sent. n. 132/2010, secondo cui l' esegesi giurisprudenziale non può giungere al punto di "incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche *non considerati in alcun modo quando fu emanata* (corsivo mio: n.d.r.)"⁸. La rilevanza decisiva riconosciuta dalla Corte all' *intentio* del Costituente sembra smentire, tuttavia, la primazia del dato testuale quale base oggettiva dell' attività esegetica, dal quale invero non è possibile inferire senz' altro un divieto di estensione dell' istituto matrimoniale a formazioni omosessuali. In tal senso, infatti, non potrebbe bastare il riferimento al concetto di "società naturale" se non attingendo a parametri metagiuridici (il diritto naturale) per la determinazione di esso⁹.

La volontà storica del Costituente¹⁰ quale paradigma essenziale per una corretta esegesi dell' art. 29 Cost. sembra così arricchire di una nuova portata il riferimento ai lavori preparatori che, generalmente, la stessa Corte tende a richiamare a (mero) supporto dell' interpretazione testuale. In tale prospettiva, la realizzazione di quello che viene definito uno "specifico obbligo dell' interprete"¹¹, di "attualizzare" cioè la volontà

⁸ Infatti, come risulta dai citati lavori preparatori (corsivo mio: n.d.r.) la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di Assemblea, benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta. I costituenti, elaborando l'art. 29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un' articolata disciplina nell' ordinamento civile. Pertanto, *in assenza di diversi riferimenti* (corsivo mio: n.d.r.), è inevitabile concludere che essi tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che, come sopra si è visto, stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso. In tal senso orienta anche il secondo comma della disposizione che, affermando il principio dell' eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ebbe riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale." : Corte cost., sent. n. 170/14.

⁹ Per un richiamo al diritto naturale, ai fini della determinazione del concetto di famiglia, cfr. in particolare F. Santoro-Passarelli, *Matrimonio e famiglia*, in Id., *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, p. 333 ss. Sulla natura storicamente contingente del concetto di famiglia, v. P. Barcellona, *Famiglia* (dir. civ.), in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 779 ss., part. p. 780 ss.

¹⁰ Sull' importanza del riferimento alla volontà del Costituente, cfr. tra gli altri M. Luciani, *L' interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. soc.*, 2009, p. 1 ss., part. p. 16.

¹¹ "...tramite un' operazione intellettuale nella quale la definizione astratta è (ri)plasmata nel momento stesso in cui la situazione concreta le viene commisurata ed in essa si inserisce": M. Luciani, *Ibidem*.

normativa del Costituente¹², si realizza attraverso un'indagine di ammissibilità dell'esito esegetico rappresentato attraverso il richiamo ai lavori preparatori. L'interprete, in altre parole, non sembra vincolato unicamente all'osservanza di tale volontà quale può evincersi dalla lettera della disposizione ma, ai fini della determinazione della sua esatta portata normativa, sembra tenuto ad indagare anche ciò che appare come un profilo contingente di tale volontà, in quanto non riflesso nella stessa disposizione costituzionale. In particolare, egli deve indagare anche in merito alla più generale "considerazione" che della fattispecie oggetto di regolazione, al momento storico dell'esercizio del potere normativo, ha avuto lo stesso Costituente, come risulta rilevabile dal complesso dei materiali oggetto di interpretazione.

Cos', sulla base di tale paradigma la Corte ribadisce come ogni operazione interpretativa mirata a far rientrare le unioni omosessuali sotto la coltre garantista dell'art. 29 Cost. non potrebbe essere intesa quale "semplice rilettura del sistema", né come l'abbandono di "una mera prassi interpretativa" ma integrerebbe i termini di una vera e propria "interpretazione creativa"¹³, come tale illegittima. Sembra lecito, ad ogni modo, nutrire qualche dubbio sulla costante e coerente applicazione da parte del giudice costituzionale di siffatto criterio interpretativo per il passato, quanto meno se si pensa che la elaborazione dei cd. "nuovi" diritti fondamentali* ha sovente costituito il risultato di un'interpretazione sistematico-evolutiva della Costituzione condotta dalla Corte, in cui poco rilievo ha assunto, in generale, il riferimento all'intenzione storica del Costituente.

La chiusura verso ogni declinazione dell'art. 29 Cost. che aprisse alla possibilità di una sua estensione alle coppie omosessuali, nonostante la riconosciuta duttilità di tale prescrizione¹⁴, costituisce, nel caso di specie, la premessa ostativa all'adozione di una sentenza in grado di produrre nell'immediato quell'effetto manipolativo (di

¹² Sull'importanza del riferimento alla volontà del Costituente, cfr. tra gli altri M. Luciani, *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. soc.*, 2009, p. 1 ss., part. P. 16.

¹³ Corte cost., sent. n. 170/14 che richiama il precedente (sent. n. 138/2010).

¹⁴ "...è vero che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere "crystallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi": Corte cost., sent. n. 170/14.

trasformazione del divorzio imposto *ex lege* in un divorzio “a domanda”) atteso dai ricorrenti. Dalla sentenza di incostituzionalità discende un monito per il legislatore democratico di dare seguito al *dictum* giurisprudenziale procedendo ad una regolamentazione della fattispecie ivi considerata, comunque riconducibile al novero delle “situazioni “specifiche” e “particolari” “¹⁵, con l’obiettivo di conferire alle stesse una tutela giuridica che le preservi da un vuoto assoluto di garanzie in conseguenza della rettificazione di sesso avvenuta, peraltro, con il consenso dell’altro coniuge.

4. All’arroccamento del giudice costituzionale su posizioni e interpretazioni “tradizionali” fa da contraltare l’orientamento in materia più aperturista espresso dalla Corte di Cassazione che trova un chiaro riflesso, tra l’altro, nella decisione n. 601 del 2013¹⁶, con cui si rigettava l’istanza proposta da un genitore contro l’affidamento esclusivo del proprio figlio ad una coppia di donne conviventi¹⁷. Nell’occasione fu evidenziato come a base delle doglianze avanzate dal ricorrente¹⁸ non vi fossero certezze scientifiche o dati di esperienza”, ma solo un “mero pregiudizio che sia dannoso per l’equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale”. Pertanto, veniva a darsi per scontato ciò che, invece, era da dimostrare, vale a dire la effettiva “dannosità di quel contesto familiare per il bambino” *.

¹⁵ Corte cost., sent. n. 138/2010; Corte cost., sent. n. 170/14, nr. 5.6. del “Considerato in diritto”.

¹⁶ In www.federalismi.it.

¹⁷ La prima sezione civile ha rigettato l’istanza presentata dal padre del bambino, un uomo di religione musulmana, contro la sentenza con cui la Corte d’appello di Brescia aveva stabilito che il figlio minore vivesse con la madre, ex tossicodipendente, che era andata a convivere con una delle educatrici conosciuta in una comunità di recupero. La decisione dei giudici di Brescia era stata adottata in seguito ad un episodio di violenza del padre (alla presenza del bambino) contro la convivente dell’ormai ex-compagna. L’uomo era ricorso in Cassazione lamentando la carenza motivazionale della decisione di merito sull’“idoneità sotto il profilo educativo” della famiglia in cui il minore era stato inserito, “composta da due donne legate da una relazione omosessuale”.

¹⁸ In particolare, secondo il ricorrente, i giudici di appello non avevano approfondito se tale tipo di famiglia potesse “garantire l’equilibrato sviluppo del bambino”, proprio in relazione “ai diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio di cui all’articolo 29 della Costituzione, all’equiparazione dei figli nati fuori dal matrimonio con i figli legittimi di cui all’articolo 30 della Costituzione e al diritto fondamentale del minore di essere educato secondo i principi educativi e religiosi di entrambi i genitori”.

Ma già la sent. n. 4184/2012¹⁹ seppure in linea con il giudicato costituzionale conteneva alcuni essenziali aperture con riguardo alla possibilità per il legislatore di favorire in futuro l' estensione delle garanzie connesse al matrimonio anche a coppie formate da persone dello stesso sesso. Nella circostanza, le argomentazioni del giudice della legittimità furono esposte in modo cauto e prudente, senza disconoscere il fondamento dell' istituto matrimoniale nell' antica tradizione giuridico-romana e ribadendo come "il diritto fondamentale a contrarre matrimonio" non fosse dalla Costituzione italiana "riconosciuto a persone dello stesso sesso" * giacché la diversità di sesso tra nubendi rappresenta un "postulato "implicito"" a fondamento dell'istituto.

Tuttavia, il riferimento operato dalla Corte di Cassazione all' attualità delle conoscenze (l'ordinamento italiano conosce "finora" ed "attualmente" un'unica fattispecie matrimoniale, quella dell'unione volontaria di persone di sesso diverso) già lasciava prefigurare una possibilità che, per il futuro, il matrimonio potesse giungere a riguardare anche l'unione tra persone dello stesso sesso. Ad ogni modo, proprio sulla base della giurisprudenza costituzionale pregressa (sent. n. 138/2010) la Cassazione riconosceva l'esistenza, in capo alla «coppia omosessuale», del diritto "derivante immediatamente (corsivo mio: n.d.r.) dall'art. 2 Cost." di chiedere «a tutela di specifiche situazioni» ed in relazione ad ipotesi particolari, un «trattamento omogeneo» a quello assicurato dalla legge alla «coppia coniugata»²⁰.

Tali aperture hanno, in fine, trovato una più marcata esplicitazione nell' ordinanza di rimessione della questione oggetto della sentenza in commento. Al giudice della nomofilachia l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 4, l. n. 164/82 (poi abrogata dall'art. 36 del surrichiamato d.lgs. n. 150 del 2011)²¹ appare formulata in modo

¹⁹ In www.federalismi.it.

²⁰ Corte di Cass., sent. n. 4184/2012, punto 3.2. delle motivazioni (pp.43/44). In tale direzione, ad es., si è mosso il giudice costituzionale tedesco quando ha riconosciuto l' illegittimità di alcune previsioni normative che differenziavano in modo irragionevole e, perciò, in contrasto con l' art. 3 Cost., il trattamento tra coppie eterosessuali (coniugate) e unioni omosessuali: sul punto, cfr. BVerfGE, sentenza del I Senato del 7.7.2009 (1BvR 1164/07); sentenza del 21.7.2010 (1BvR 611/07 – 1 BvR 2464/07).

²¹ Corte Cass. ord.za 214/2013 del 06/6/2013, pubbl. su G. U. del 16.10.2013, n. 42. La controversia, come ben si spiega nell'ordinanza, ha origine dall'annotazione avvenuta sui registri dello stato civile e degli atti di matrimonio, insieme alla rettificazione di sesso con riferimento ad uno dei due coniugi, anche della «cessazione degli effetti civili» del matrimonio contratto in precedenza, pure in assenza di una pronuncia giudiziale sul punto. Da qui, la richiesta al Tribunale, avanzata dalle parti, di rettificazione dell'annotazione per quest'ultima

adeguato. Se tuttavia risulta “privo di ambiguità” il bilanciamento di interessi operato dal legislatore del '82 in merito, per un verso, all'affermazione dell'esistenza di un “diritto al riconoscimento della vera identità del genere del soggetto che desidera rettificare il sesso che gli è stato attribuito alla nascita”; per altro verso, all' “interesse statutale a non modificare i modelli familiari”, residua il dubbio di una incompatibilità di tale disciplina con il sistema costituzionale dei diritti, quale integrato dalla Convenzione EDU secondo l'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo²². Per un verso, la natura anodina e generica della disciplina costituzionale di riferimento che di per sé non rivela elementi formali in grado di legittimare il riferimento esclusivo del matrimonio alle coppie eterosessuali. Per altro verso la portata recessiva che assume il carattere dell'eterosessualità nella qualificazione giuridica delle relazioni di coppia e, così, nella titolarità dei diritti corrispondenti (es., adozione) rappresentano i presupposti a fondamento della questione di legittimità sollevata. Soprattutto, rileva l' assoluta sproporzione degli esiti prodotti sul piano della tutela giuridica corrispondente, in seguito all'esercizio di un diritto inviolabile da parte di uno dei partner del rapporto coniugale, che è quello all'autodeterminazione in materia sessuale. Il divorzio imposto *ex lege* dallo Stato in conseguenza di tale esercizio, infatti, avrebbe privato la relazione di coppia, fino ad allora ricadente nell' ambito materiale della tutela apprestata dall' art. 29 Cost., di ogni forma di garanzia giuridica. Ciò determinava, così, una irragionevole sproporzione tra l'esercizio del diritto all'autodeterminazione in materia sessuale e le sue conseguenze nella sfera relazionale

parte, in quanto per questa parte mancante di un previo accertamento giudiziale. La Cassazione, a propria volta, ha ritenuto non potersi accertare il corretto esercizio della funzione amministrativa svolta dall'ufficiale di stato civile senza aver prima chiarito l'efficacia della sentenza di rettificazione di sesso su di un precedente matrimonio regolarmente celebrato.

²² In particolare, in tale “sistema dei diritti” rientrano, per la Cassazione, anche il “diritto di 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 alle altre coppie coniugate, alle quali è riconosciuta la possibilità di scelta in ordine al divorzio”; in fine, “il diritto dell'altro coniuge di scegliere se continuare la relazione coniugale”. È in relazione a tali diritti dunque che la normativa impugnata appariva al giudice remittente non scevra da dubbi di illegittimità costituzionale.

intersoggettiva, le quali vengono autoritativamente determinate dallo Stato senza alcuna considerazione della volontà delle parti interessate²³.

Tale situazione avrebbe comportato una vulnerazione della normativa della Convenzione EDU (art. 12 in combinato con l'art. 8), la quale, invece, è in grado di apprestare una tutela giuridica anche a modelli matrimoniali diversi da quello eterosessuale²⁴. La statuizione del suddetto divorzio automatico, nel caso di specie, oltre a risultare lesivo del fondamentale diritto a contrarre matrimonio che si riconnette ad una libera scelta di consenso, ha l'effetto di minare alla radice "lo stesso diritto all'identità di genere che la rettificazione di sesso intende riconoscere", producendo "l'esclusione di un'altra dimensione di rilievo, quella relazionale, all'interno della quale la scelta operata trova generalmente la sua più rilevante manifestazione".

A supporto delle proprie argomentazioni, la Cassazione richiamava poi l'indirizzo della Corte costituzionale federale tedesca (2009) su una questione per certi versi analoga a quella oggetto di esame²⁵, dove il Tribunale di Karlsruhe ebbe a dichiarare l'incostituzionalità della norma che imponeva, quale presupposto di ammissibilità dell'azione in merito all'esercizio del diritto alla rettificazione di sesso, la necessità del

²³ Peraltro si sottolinea come "la sfera dei diritti complessivamente connessi alla rettificazione di sesso ed al fenomeno del transessualismo" risulti "del tutto peculiare e non omologabile od equiparabile alla condizione delle coppie dello stesso sesso che richiedono a vario titolo il riconoscimento delle proprie relazioni stabili".

²⁴ Come ancora rileva la Cassazione "le unioni ... fondate su una stabile e continuativa *affectio*, ancorché non riconducibili al modello matrimoniale, ricevono copertura costituzionale diretta dell'art. 2 (Corte cost., sent. n. 138/2010), nonché dell'art. 8 della CEDU (...). Tale riconoscimento non si limita alla libertà di vivere la propria condizione di coppia ovvero di non nascondere le scelte riguardanti la sfera emotiva individuale, ma si estende al riconoscimento della situazione oggettiva della stabile convivenza e dei diritti che conseguono alla creazione ed al consolidamento di questa formazione sociale costituzionalmente e convenzionalmente garantita. Nell'endiadi «diritto alla vita privata e familiare», contenuta nell'art. 8 della CEDU, l'attenzione, dopo il consolidamento dei diritti individuali, si è rivolta alle conseguenze relazionali delle scelte personali e private, ovvero alla dimensione «familiare» di tali scelte, nell'accezione che a tale attributo da la giurisprudenza della CEDU, sostanzialmente coincidente con il contenuto delle «formazioni sociali» cui si riferisce l'art. 2 della Costituzione.

²⁵ "Nel 2009 analogo quesito è stato sottoposto alla Corte costituzionale tedesca. In questo Stato la legislazione relativa al diritto alla rettificazione di sesso (...) si fondava sulla preventiva necessità di sciogliere il vincolo matrimoniale preesistente come condizione di ammissibilità dell'azione. In comune con la legislazione italiana vi era dunque la necessità di porre fine al matrimonio preesistente, come il "prezzo" da pagare per il riconoscimento del diritto all'effettiva identità di genere". Secondo il *Bundesverfassungsgericht*, prosegue, la Cassazione, tale richiesta di previa estinzione del vincolo matrimoniale avrebbe implicato una "limitazione sostanziale del diritto al riconoscimento legale della propria identità personale, in quanto impone al richiedente di scegliere tra due diritti ugualmente protetti dalla Costituzione".

previo scioglimento del vincolo matrimoniale²⁶. Su analoga lunghezza d'onda si poneva anche una sentenza della Corte austriaca (n. 17849 del 8.6.2006), dichiarativa dell'incostituzionalità, per contrasto con l'art. 8 della Convenzione EDU, della norma che prevedeva la non trascrizione della rettificazione di sesso in carenza di scioglimento del vincolo matrimoniale pregresso. In fine, nel medesimo senso era la decisione della Corte di Strasburgo (caso H. contro Finlandia, del 3.11.2012) intervenuta con riguardo alla legislazione finlandese che condiziona la registrazione della rettificazione di sesso, quando il richiedente fosse unito in matrimonio con altra persona, al preventivo consenso di quest'ultima al fine di convertire il precedente rapporto matrimoniale in un'unione civile registrata²⁷.

A ben vedere tra l'orientamento possibilista della Corte di Cassazione e quello, invece, di chiusura espresso dalla giurisprudenza costituzionale, può cogliersi una

²⁶ BVerfGE, sent. del I Senato, del 27.5.2008 (!BvL 10/05). Nella circostanza, peraltro, il giudice di Karlsruhe aveva individuato, tra le caratteristiche essenziali del matrimonio, "l'aspettativa di una durevole comunità di vita" nonché la "volontarietà dello scioglimento del vincolo", profili su cui la volontà dello Stato non avrebbe potuto interferire. Peraltro, la Cassazione non manca di rilevare che tale decisione del Tribunale tedesco "non incide in alcun modo sul contenuto tradizionale del matrimonio né determina l'apertura verso l'instaurazione di matrimoni con persone dello stesso sesso", in quanto non consentiti dall'ordinamento tedesco. Pur rendendosi possibile una limitazione di diritti fondamentali della persone, purché giustificata da un "fine legittimo" e realizzata "con un mezzo proporzionato all'obiettivo", nondimeno il riconoscimento della possibilità di proseguire il rapporto matrimoniale pure in caso di rettificazione di sesso relativo ad uno dei coniugi "lascia inalterata l'unione nella sua configurazione tradizionale, mentre la soluzione contraria mina alla radice il diritto all'identità personale del richiedente ed il diritto al matrimonio dell'altro coniuge". Peraltro la Corte costituzionale federale tedesca, nella decisione richiamata, ebbe comunque a ribadire che la censura della prescrizione che sanciva lo scioglimento coattivo del vincolo matrimoniale non avrebbe implicato, seppure in via indiretta, l'introduzione della possibilità per coppie omosessuali di contrarre matrimonio.

²⁷ "La Corte ritiene che nella specie coesistano due posizioni in conflitto che necessitano di un adeguato bilanciamento: il diritto al rispetto della vita privata e familiare di chi richiede la predetta registrazione (...) e l'interesse dello Stato a mantenere intatti i modelli matrimoniali predefiniti per legge. Rilevato che nel sistema finlandese è previsto il riconoscimento giuridico delle unioni tra persone dello stesso sesso e che le modalità di tutela di questa stabile e duratura relazione sono sostanzialmente identiche a quelle del matrimonio, anche in ordine ai diritti dei figli, la Corte EDU ha osservato che il bilanciamento d'interessi compiuto dal legislatore non risulta sproporzionato né sotto il profilo dell'art. 8, né sotto quello dell'art. 12, né infine sotto quello dell'art. 14, non essendo discriminatoria la scelta normativa compiuta". Precisa, allora, la Cassazione come stante le indicazioni fornite da tale pronuncia "la mancanza di proporzionalità e l'ingiustificata ingerenza statale" rilevano certamente nella disciplina italiana impugnata "che non offre alcuna alternativa ai coniugi, determinando una netta e definitiva soluzione di continuità tra passato e presente della relazione coniugale e decretandone la irreversibile caducazione".

qualche latente divergenza interpretativa proprio in merito al metodo di interpretazione dell' art. 29 Cost. Il giudice della nomofilachia, infatti, in considerazione della genericità del testo costituzionale propende per un' estensione del matrimonio alle unioni omosessuali sul presupposto di una sostanziale omologazione assiologica dei concetti di "famiglia" e di "vita familiare" ex art. 8 Convenzione EDU²⁸.

Ad ogni modo, tanto l' art. 2 Cost. quanto la normativa europea impegnano il giudice (ed il legislatore) all' immediato superamento di ogni differenza di trattamento tra la fattispecie della coppia coniugata e quella, invece, omosessuale, quando la stessa non possa trovare alcuna ragionevole giustificazione.

5. Un' ultima considerazione suscita la sentenza in parola assume in quanto attiene agli effetti che si determinano sul caso *de quo*, che ha dato origine al giudizio di costituzionalità. Come sottolineato dalla Corte costituzionale, il riconoscimento di un *vulnus* all'art. 2 Cost. recato dalla previsione del divorzio automatico non può implicare il ripristino dello *status quo ante*, senza con ciò provocare una lesione dell'art. 29 Cost. La condizione effettiva dell' assenza di ogni garanzia giuridica per la coppia parte del giudizio di merito rimane, nel caso di specie, impregiudicata. Spetterà al legislatore ordinario, sulla base del suddetto giudicato costituzionale, di assicurare una adeguata tutela giuridica anche alle parti in causa impedendo che l'esercizio del fondamentale diritto all'autodeterminazione in materia sessuale costi il prezzo, eccessivo e sproporzionato, della perdita di ogni garanzia giuridica per la coppia stessa. Nondimeno, considerata anche la vivacità del confronto, politico e culturale, oltre che giuridico, sviluppatosi intorno alle tematiche dei diritti della famiglia, regna una ragionevole incertezza circa tempi e modi dell' intervento legislativo.

La sensazione generale è che quella del matrimonio tra omosessuali sia una partita tutta aperta, segnata sempre di più dalle decisioni dei giudici, a partire dalla Corte di Strasburgo, chiamati ad apprezzare di volta in volta la non arbitrarietà delle differenze di trattamento che vengono in rilievo tra unioni etero- ed unioni omosessuali. Tanto, sullo sfondo (anche culturale) di una tendenziale omologazione di

²⁸ ... così che spetta unicamente al legislatore nazionale il potere di regolamentazione generale in materia.

diritti e posizioni giuridiche di tutte le unioni fondate su relazioni stabili di tipo affettivo, a prescindere dal riferimento all' eterogeneità sessuale.

Sembrano ormai maturi i tempi per una regolamentazione legislativa di tali unioni che riconosca ai singoli partner posizioni di tutela e garanzia giuridica che già la giurisprudenza di merito da tempo va affermando.