

Rivista N°: 2/2016
DATA PUBBLICAZIONE: 01/04/2016

AUTORE: Cosimo Pietro Guarini *

TRA “DIVORZIO IMPOSTO” E “MATRIMONIO A TEMPO”. OSSERVAZIONI A MARGINE DELLE SENTENZE N. 170 DEL 2014 DELLA CORTE COSTITUZIONALE E N. 8097 DEL 2015 DELLA CORTE DI CASSAZIONE, I SEZIONE CIVILE

Sommario: 1. Desiderium hominis, inerzia legislativa ed eccesso (?) di attivismo giudiziario. Qualche domanda in ordine sparso – 2. Alcuni precedenti giurisprudenziali in tema di “divorzio imposto” ... 2.1. ... e l’ordinanza di rinvio della Corte di Cassazione, I Sezione civile, n. 14329 del 2013: un’altra soluzione era forse possibile... – 2.2. ...ma la Corte di Cassazione tira oltre e va alla Corte costituzionale – 3. La sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale: una monitoria “rinforzata” da un dispositivo di accoglimento a contenuto generico? L’incostituzionalità della “legge che non c’è” – 4. La sentenza n. 8097 del 2015 della Corte di Cassazione, I Sezione civile, decide “il ritorno al futuro” della “strana” coppia. Il seguito giurisprudenziale di ciò che la Corte costituzionale non dice (e, anzi, contraddice) – 5. In conclusione, qualche osservazione

1. *Desiderium hominis*, inerzia legislativa ed eccesso (?) di attivismo giudiziario. Qualche domanda in ordine sparso

Le presenti note traggono spunto dalla vicenda giudiziaria definita dalla Corte di Cassazione, I Sezione civile, con la sentenza 21 aprile 2015, n. 8097, che ha coinvolto una coppia di coniugi che, prima eterosessuale, è, poi, divenuta *same sex* a seguito dell’esercizio del diritto di uno dei componenti di questa – in accordo con l’altro – di cambiare sesso o (se si preferisce) identità di genere.

È superfluo sottolineare che la delicatezza della questione *de qua* – come quella di tante altre situazioni simili o analoghe che dottrina e giurisprudenza esaminano, non senza travaglio, sotto il profilo squisitamente giuridico – sottenda aspetti così intimamente essenziali che non possono non recare qualche disagio emotivo anche al più indifferente (*rectius*:

* Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell’Università degli Studi di Bari Aldo Moro – cosimopietro.guarini@uniba.it

neutrale) degli studiosi¹. Altrettanto evidente è che il caso di cui si discorrerà nelle presenti note palesi elementi di “giustizia sostanziale” che possono orientare verso un convinto plauso per l’esito cristallizzato nella sentenza della Corte di Cassazione in esame². Di fatto, però, l’analisi del percorso dell’intera vicenda giudiziaria non consente di instradare l’osservatore su di un sentiero sempre rigoroso, non solo per il delicato ambito in cui essa attecchisce – quello dei diritti individuali socialmente sensibili – quanto (e soprattutto) per i salti logici e gli iati concettuali con cui l’interprete, in questa occasione, si deve confrontare sollecitando valutazioni di tenore più generale. Tra queste, non ultima, la sensazione che talune “forzature” giurisprudenziali con «continuità di giudicati conformi»³ – anche a seguito di «una utilizzazione anomala del principio di interpretazione conforme (che ha condotto alla crisi dell’incidentalità e allo sviluppo di una sorta di improprio sindacato diffuso di costituzionalità)»⁴ – siano capaci di trasformare un (pur avvertito socialmente) *desiderium hominis* in un diritto *così come lo si desidera e quando lo si desidera*⁵. Ben lungi dall’esaurire la propria portata nel contingente bilanciamento fra interessi contrapposti che si instaura all’interno di

¹ Quanto delicati siano questi profili esistenziali è stato ripetutamente messo in evidenza dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nella sentenza *Obergefell v. Hodges*, del 26 giugno 2015, 567 US, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2015, n. 2. Ritieni che sia impossibile non avere un «pre-orientamento» su temi quale quello oggetto delle presenti note C. FUSARO, *Non è la Costituzione a presupporre il paradigma eterosessuale*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, e-book, Torino, 2010, 151 ss., secondo il quale il tentativo di farsi «scudo di presunte verità tecnico-giuridiche» sia, in definitiva, inutile in questo come in altri campi dove tali verità non esistono (p. 151). Similmente, nelle premesse, anche E. LAMARQUE, *Gli articoli costituzionali sulla famiglia: travolti da un insolito (e inesorabile) destino*, *ivi*, 191 ss. Per una lettura non svalutativa e non necessariamente negativa della precomprensione interpretativa derivante dal concetto di tradizione v. M. CAVINO, *Struttura delle disposizioni normative e senso della tradizione*, *ivi*, 53 ss., e I. MASSA PINTO, *Diritto costituzionale e tradizione: a proposito della famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11 luglio 2008. Diffusamente sul tema, più generale, dell’influenza della c.d. «precomprensione» nell’attività interpretativa v. F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, 8 luglio 2005.

² Come preconizzato da alcuni contributi dottrinari che, a commento della sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale, auspicavano, chi in punto di diritto (cfr. B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in www.articolo29.it, 15 giugno 2015), chi «con il cuore» ma non «con la mente» (questa l’espressione usata da R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto”: quando la Corte dialoga con il legislatore ma dimentica il giudice*, in *Consulta online, Studi e commenti*, 2014, 6), la soluzione cui è, poi, giunta in concreto la Corte di Cassazione, I Sezione civile.

³ Per dirla con F. MODUGNO, *Unità della scienza giuridica? Dottrina, giurisprudenza, interpretazione*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2014, n. 3, 7 e *passim*. Sul tema dell’interpretazione conforme a Costituzione la dottrina è vastissima. Più di recente, *ex multis*, v. O. CHESSA, *Non manifesta infondatezza versus interpretazione adeguatrice*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 28 ottobre 2008; A. RUGGERI, *L’interpretazione conforme e la ricerca del “sistema di sistemi” come problema*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 2, e F. MODUGNO, *In difesa dell’interpretazione conforme a Costituzione*, *ivi*.

⁴ Così M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 2013, n. 1, 12. *Amplius* sui fattori esogeni ed endogeni di “diffusione” del sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi in Italia, tra fisiologia e patologia del sistema, v. già A.M. NICO, *L’accentramento e la diffusione nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2007.

⁵ Con specifico riferimento alla tematica *de qua*, ad esempio, pur favorevoli al riconoscimento, in senso pieno, del diritto al matrimonio tra omosessuali, sollevano qualche perplessità sui tempi e sui modi della costruzione di tale diritto, tra gli altri, G. GEMMA, *Matrimonio tra omosessuali: una soluzione doverosa, ma con i tempi necessari*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, cit., 165 ss.; A. GIORGIS, *Talvolta la Costituzione non dice (ancora) tutto ciò che vorremmo dicesse*, *ivi*, 177 ss.; A. SAIITA, *Il matrimonio delle coppie dello stesso sesso alla Consulta o dei limiti dell’interpretazione costituzionale evolutiva*, *ivi*, 325 ss.

un giudizio⁶, tali “forzature” tendono, invece, in alcuni ambiti – tra cui quello dell’odierno diritto di famiglia⁷ – con pronunce (talvolta falsamente) adeguate⁸, alla progressiva trasformazione à la carte del diritto vigente⁹, «riscrivendo, a “colpi di sentenze”, il quadro normativo di riferimento»¹⁰ o, persino, incidendo su alcuni degli elementi identitari della Costituzione repubblicana¹¹, fino al punto di «desumere in via interpretativa contenuti diversi dal significato

⁶ Ne rende plasticamente evidenza un recente studio di A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e produzione normativa*, Bari, 2015, il quale, assumendo l’inadeguatezza di alcune (oggi, invero, recessive) tendenze interpretative formalistiche o dogmatiche a cogliere le dinamiche della realtà storico-materiale, sostiene, forse con eccesso di enfasi, la *fisiologia* della *funzione co-creatrice* degli interpreti-applicatori nella determinazione delle norme giuridiche al fine della tutela e garanzia dei diritti fondamentali. Dello stesso A. v. anche *Ermeneutica e interpretazione costituzionale nell’effettività del diritto*, in www.gruppodipisa.it, 20 settembre 2013. Sulla questione v. pure, tra i tanti, i recenti contributi di A. RUGGERI, *Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Consulta online, Studi*, 2015, fasc. III, 770 ss., e di A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in *Consulta online, Studi*, 2015, fasc. I, 10 ss.

⁷ Sui rischi di una prospettiva meramente individualistica nell’interpretazione della concezione della famiglia v. I. MASSA PINTO, *L’unione tra persone del medesimo sesso nell’attuale contesto storico-sociale: onnipotenza o impotenza della Costituzione (e della sua Corte)?*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, cit., 255 ss.; F. BIONDI, *Quale modello costituzionale*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Atti del Convegno di Catania, 7-8 giugno 2013, Napoli, 2013, 3 ss., spec. 9 ss. S. TROILO, *La nozione di famiglia tra regole costituzionali e status personali*, *ivi*, 373 ss., 378 e nt. 22, rimarca come la mancata assegnazione di uno *status* ad alcuni soggetti in talune fattispecie non sempre costituisca una violazione dei loro diritti fondamentali e come parte della giurisprudenza (e della dottrina) muova dal principio di autodeterminazione individuale per valutare quale sia la condizione giuridica dei coniugi e della famiglia piuttosto che dalle convinzioni e dai valori radicati nella *polis* (che confluiscono nella Costituzione).

⁸ Cfr. M. BIGNAMI, *Il doppio volto dell’interpretazione adeguatrice*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 20 dicembre 2007.

⁹ Cfr. le condivisibili osservazioni critiche fatte in proposito, più di recente, fra gli altri, da A. D’ALOIA, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una incostituzionalità per «mancanza di alternative»*, in *Quad. cost.*, n. 3 del 2014, 672 ss.; L. LORELLO, *Coppie omosessuali e tutela costituzionale*, Torino, 2015, 1 ss., nt. 2 e *passim*; I. RIVERA, *L’amor che move il sole e ... gli altri giudici. Considerazioni a partire dalla sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Consulta online, Studi*, 2015, fasc. II, 466 ss., 475 ss. Problematicamente sulla questione v. anche R. CHERCHI, *La prescrittività tra testo costituzionale e legge: a margine della sentenza n. 138 del 2010 sul matrimonio omosessuale*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2, 2010.

¹⁰ Così I. NICOTRA, *La famiglia in “divenire” dinanzi ad un legislatore “fuori tempo massimo”*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., IX ss., XVI.

¹¹ L’economia del presente lavoro non consente di approfondire questo dibattuto tema. In proposito si rinvia, *ex multis*, ai validi ammonimenti (oggi più di ieri e, in tema di famiglia, oggi più che mai), pur con sfumature diverse, di A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, 11 luglio 2006; A. RUGGERI, *La “forza” della Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9 ottobre 2008; M. LUCIANI, *Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell’ordinamento*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, II, Torino, 2008, 501 ss.; ID., *L’interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. soc.*, 2009, 1 ss., e, con precipuo riferimento all’ambito familiare, tra gli altri, a quelli di V. TONDI DELLA MURA, *I rischi della competizione regolativa e valoriale fra i diversi poteri dello Stato (riflessioni a margine del “caso Englaro”)*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2009, n. 2-3, 380 ss.; A. RUGGERI, *“Strane” idee sulla famiglia loro ascendenze teoriche ed implicazioni di ordine istituzionale*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., 331 ss.; A. SPADARO, *Matrimonio “fra gay”: mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolvibile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?*, *ivi*, 345 ss.; A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull’eterologa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11 giugno 2014, spec. 3 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 3; L. CHIEFFI, *La regolamentazione della fecondazione assistita nel difficile dialogo tra le «due culture»*, in *federalismi.it*, 11 novembre 2015.

proprio delle parole secondo la connessione di esse»¹² ovvero, addirittura, opposti¹³. Tutto ciò all'interno di una dimensione normativa sempre più sofferente, sul cui sfondo grava non solo una colpevole assenza del legislatore nazionale ma una sua ben più perniciosa inadeguatezza ad assumere decisioni che diano congrue risposte, in un senso o nell'altro, a pressanti istanze diffuse in una parte sempre crescente del tessuto sociale.

Tanti sono gli interrogativi che la vicenda in oggetto suscita. Senza alcuna pretesa di esaustività ci si potrebbe allora chiedere: qual è la finalità che la Corte costituzionale ha inteso in concreto perseguire con la sua pronuncia (la n. 170 del 2014) davvero “singolare”¹⁴ o “anomala”¹⁵ o, ancora, come da altri sottolineato, “nuova”¹⁶? Possibile che il Giudice delle leggi non abbia valutato gli effetti che la propria (apparentemente ambigua) decisione avrebbe potuto comportare sul seguito giudiziario della *querelle* da cui il giudizio costituzionale trae occasione e su altre vicende processuali analoghe? La Consulta può dirsi (consapevole) complice di una nuova stagione di attivismo giudiziario sul fronte del riconoscimento di “nuovi diritti”¹⁷ innanzi alla insostenibile leggerezza della reiterata inerzia legislativa¹⁸ – sino a porsi quale «giudice legiferante»¹⁹ – oppure il suo giudicato è, più semplicemente, parte di una strategia incrementale *step by step* al fine di pressare, per così dire, il legislatore ordinario (e, forse, innanzitutto, quello costituzionale²⁰) su temi che pretendono una regolamenta-

¹² Così G. RAZZANO, *Matrimonio, famiglia, omosessualità. Spunti dal diritto romano*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., 321 ss., 322.

¹³ Sull'«amletico dubbio che sempre si rinnova» tra interpretazione e revisione costituzionale «per far fronte a bisogni largamente avvertiti» ma soddisfacibili solo con esegesi «radicalmente, irriducibilmente antitetiche degli enunciati costituzionali» v. già, diffusamente, A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia (e strategia) della Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 aprile 2007, spec. 11 ss. Più di recente sulla questione, tra gli altri, v. F. PASTORE, *Costituzione e tempo*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna on-line*, gennaio 2015.

¹⁴ Cfr. A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in *Consulta online, Studi e commenti*, 13 giugno 2014.

¹⁵ Cfr. P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”: il caso “Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 6 luglio 2014.

¹⁶ Cfr. A. RAPPOSELLI, *Illegittimità costituzionale dichiarata ma non rimossa: un “nuovo” tipo di sentenze additive?* in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2015, n.1, il quale precisa che, in realtà, non si tratterebbe di una tipologia di sentenza completamente nuova essendo possibile rinvenire almeno un'altra pronuncia davvero molto simile, la n. 278 del 2013 relativa al c.d. “parto anonimo”. Ritiene «apparentabili sotto diversi profili» le due pronunce ora citate anche G.P. DOLSO, *Un matrimonio a tempo per il “transessuale tardivo”: considerazioni sul “seguito” della sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Genlus*, www.articolo29.it, 2015, n. 1, 96 ss., 103 ss. Diversamente C. PANZERA, *Il discutibile seguito giudiziario dell'additiva di principio sul “divorzio imposto”*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 settembre 2015, 4 s., secondo il quale la sentenza n. 238 «si colloca in un quadro in realtà molto diverso da quello in cui è inserita la decisione sul divorzio imposto».

¹⁷ Per una recente rassegna delle posizioni dottrinali in tema di “nuovi diritti” e per una ricostruzione della loro evoluzione e dello stato dell'arte dei medesimi tra ordinamento interno e ordinamenti comunitario e internazionale v. S. CAVALIERE, *Questioni attuali in tema di “nuovi diritti”*, in *Diritti fondamentali*, www.dirittifondamentali.it, 26 novembre 2015.

¹⁸ Con tutti i connessi rischi di *rebound* rispetto all'obiettivo che ci si prefigge di conseguire. In tal senso, cfr. le osservazioni di metodo di R. BIN, *Per una lettura non svalutativa dell'art. 29*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, cit., 41 ss.

¹⁹ Cfr. L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2014, n. 2, 10.

²⁰ Come rilevato da F. BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio “imposto”: un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 giugno 2014, 2, il tenore della sentenza n. 170 del 2014, sulla scia della nota sentenza n. 138 del 2010, sembra rafforzare

zione ritenuta da molti improcrastinabile²¹? E ancora: la pronuncia della Corte di Cassazione (la n. 8097 del 2015) vuole, forse, rompere quel clima di genuina condivisione delle argomentazioni della Corte costituzionale con le quali, come già osservato da attenta dottrina²², a più riprese, ha mostrato «di voler determinare un *unicum* interpretativo» oppure deve considerarsi un altro tassello di un gioco di ruolo per la ridefinizione dei principi in tema di famiglia e di matrimonio secondo una sorta di schema reticolare, peraltro a maglia larga, di “*common law all’italiana*”²³?

l’assunto che ai fini del riconoscimento del *matrimonio same sex* non vi sia altra strada che una revisione costituzionale; tesi, quest’ultima, già sostenuta da C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., Padova, 1976, 1165, e, poi, con varietà di argomentazioni, tra gli altri, più recente, da A. SPADARO, *Matrimonio “fra gay”*, cit.; F. DAL CANTO, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla “aspirazione” al matrimonio al “diritto” alla convivenza*, in *Rivista AIC*, 2010, n. 00; A. RUGGERI, “*Famiglie*” di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?, in *Rivista AIC*, 2011, n. 4, 10 ss.

²¹ Questa è l’impressione che la vicenda suggerisce, tra gli altri, anche ad A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia*, cit., 4, e R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto”*, cit., 3, il quale ricorda, a tal proposito, anche l’esplicito riferimento alla necessità di una legge in tema di unioni civili del Presidente della Corte costituzionale, Franco Gallo, nel § 4 della *Relazione* annuale 2012 del 12 aprile 2013 (reperibile in *Consulta online*). Tale circostanza è richiamata anche da P. BIANCHI, *Divorzio imposto ma non troppo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 7 luglio 2014, 3. Di vera e propria «manovra a tenaglia» delle due Corti «che potrebbe stringere nell’angolo il legislatore» parla A. RUGGERI, *Il “controcanto” stonato della Cassazione alla Consulta, a riguardo del matrimonio del transessuale*, in *Genlus*, www.articolo29.it, 2015, n. 1, 126 ss., 128. Che una regolamentazione delle unioni omosessuali nell’ordinamento interno fosse oramai ineludibile è anche la premessa da cui ha preso le mosse la recente sentenza di condanna dell’Italia da parte della Corte EDU, Quarta Sezione, del 21 luglio 2015, *Oliari e altri c. Italia*, commentata, tra i primi, da L. FERRARO, *Il caso Oliari e la (inevitabile) condanna dell’Italia da parte della Corte EDU*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna on-line*, ottobre 2015, e L. PONZETTA, *La sentenza Oliari e altri vs. Italia: una pronuncia dai dubbi effetti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 15 novembre 2015.

²² Così A. PAPA, *Il “mosaico della famiglia” tra dettato costituzionale, giurisprudenza e realtà sociale*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 2, 18.

²³ La qual cosa anima una parte della dottrina ad opinione della quale sussisterebbero i presupposti perché i giudici comuni introducano, *omisso medio*, nel nostro ordinamento il «matrimonio» omosessuale, come sostengono, ad esempio, A. REALE, *Giudice ordinario e interpretazione delle norme giuridiche*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, cit., 295 ss., e C. SILVIS, *Il matrimonio omosessuale fra il “non s’ha da fare” dell’art. 29 e il “si può fare” dell’art. 2 della Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 28 maggio 2010. Nondimeno, si rileva che tale impostazione sembra essere stata accolta anche da alcune Corti di merito quale il Tribunale di Grosseto che, con sentenza 17 febbraio 2015, ha ordinato all’ufficiale di stato civile del Comune di Grosseto di trascrivere un matrimonio fra due uomini celebrato a New York ovvero quale la Corte d’Appello di Napoli che, con sentenza 13 marzo 2015, ha ordinato la medesima cosa all’ufficiale di stato civile del Comune di Santo Stefano del Sole (AV) con riguardo al matrimonio tra due donne celebrato a Tourcoing (Francia). Tali pronunce sono state adottate andando persino oltre i contenuti, già molto “innovativi”, della sentenza n. 4184 del 2012 della Corte di Cassazione che, in estrema sintesi, pur non ammettendo la trascrizione nei registri dello stato civile dei matrimoni *same sex* celebrati all’estero, ha fondato la propria decisione non sulla loro *inesistenza* ma sulla *inidoneità* dei medesimi a produrre effetti nell’ordinamento italiano. Sulla sentenza n. 4184 del 2012 della Corte di Cassazione, con opinioni e vedute diverse (quando non contrastanti) tra loro, si segnalano i contributi, tra gli altri, di M. DI BARI, *Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di cassazione. La Cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nel contesto delle coppie same-sex anche alla luce della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2012, n. 1; L. LORELLO, *La Cassazione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale (Cassazione I Sez. Civ. 15/3/2012, n. 4184)*, in *Rivista AIC*, 2012, n. 2; I. MASSA PINTO, “*Fiat matrimonio!*” *L’unione omosessuale all’incrocio del dialogo tra Corte Costituzionale, Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e Corte di Cassazione: può una sentenza della Corte di Cassazione attribuire a (un inciso di) una sentenza della Corte Europea il potere di scardinare «una consolidata ed ultramillenaria tradizione» (superando anche il giudicato costituzionale)?*, *ivi*; B. PEZZINI, *La sentenza n. 4184/2012 della Corte di Cassazione in una prospettiva costituzionale: il paradigma eterosessuale incrinato e la faticosa rielaborazione di categorie concettuali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 luglio 2012; F. ANGELINI, *La Corte di Cassazione su unioni e matrimoni omosessuali: nell’inerzia del legislatore la realtà giuridica si apre alla realtà sociale*, in *Giur. cost.*, 2012, n. 2, 1520 ss. La categoria della «inesistenza» del

Anche a questi interrogativi si proverà a rispondere nel corso delle presenti note convinti della assoluta particolarità della vicenda che, peraltro, non manca di inserirsi nel contesto di altre vicende particolari verificatesi in diversi Paesi europei o decise dalle Corti euroconvenzionali²⁴ che, tutte insieme considerate, fanno affiorare un problema di natura *generale*: quanto ritardo hanno alcuni legislatori a fronte dell'emergere di nuove istanze degne di tutela e quali, però, devono essere i limiti delle Corti nel supplire a tali ritardi per evitare che esse si trasformino in "giudici creatori"²⁵ o che ciò comporti una, comunque, «eccessiva proliferazione dei diritti fondamentali, una loro espansione incontrollata che metterebbe in discussione tanto la nozione di diritto umano, quanto la sua reale portata universalistica»²⁶?

2. Alcuni precedenti giurisprudenziali in tema di "divorzio imposto" ...

La Corte di Cassazione venne adita al termine dei giudizi di primo e secondo grado in cui i ricorrenti (*rectius*: le ricorrenti) avevano chiesto, in sostanza, che alla pronuncia giudiziale

matrimonio omosessuale è stata, peraltro, ripresa dalla recente decisione del Consiglio di Stato, Sez. III, del 26 ottobre 2015, n. 4899 (reperibile in www.foroitaliano.it), che, inoltre, ha posto in evidenza (in maniera del tutto condivisibile) come la sistematica trascrizione di matrimoni *same sex* celebrati all'estero equivarrebbe, in definitiva, alla surrettizia ed elusiva ammissione di questi nel nostro ordinamento (per un primo commento in senso adesivo v. A. CELOTTO, *Il giudice, la soggezione alla legge e i matrimoni omosessuali*, in *L'Huffington post*, 28 ottobre 2015). La problematica, peraltro, dovrebbe essere risolta ove venisse approvato definitivamente il c.d. d.d.l. Cirinnà che al comma 28 dell'art. 1 dispone «Fatte salve le disposizioni di cui alla presente legge, il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di unione civile tra persone dello stesso sesso nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: (...) b) modifica e riordino delle norme in materia di diritto internazionale privato, prevedendo l'applicazione della disciplina dell'unione civile tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo (...)»

²⁴ V., *ex multis*, V. VALENTI, *Lezioni dall'Europa*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, cit., 369 ss.; M. GATTUSO, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Paolo Zatti, Milano, 2011, Tomo I, 793 ss., 805 ss.; E. BERGAMINI, *Famiglia e identità di genere, "divorzio imposto" e diritti fondamentali: profili di diritto europeo*, in *Genlus*, www.articolo29.it, 2014, n. 1, 88 ss.; F. ALICINO, *Le coppie dello stesso sesso. L'arte dello Stato e lo stato della giurisprudenza*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.fondazioneconstituzionale.it, 22 agosto 2015.

²⁵ Con riferimento al caso concreto (cioè al matrimonio *same sex*), rileva, in assenza di intervento legislativo, l'ineluttabilità dell'esercizio di una funzione giudiziaria creatrice M. DI BARI, *Meglio cambiar genere che essere gay? Alcuni interrogativi sul ragionamento dell'ordinanza n. 14329/13 della Cassazione*, in *Genlus*, www.articolo29.it, 2014, n. 1, 78 ss., 86.

²⁶ Così L. LORELLO, *Coppie omosessuali e tutela costituzionale*, cit., 2. Quanto ai rischi insiti nell'assolutizzazione del modello di tutela multilivello dei diritti, si rinvia alle lucide e quanto mai attuali riflessioni di M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in www.archivio.rivistaaic.it, 17 giugno 2006 e in *Giur. cost.*, 2006, 1643 ss. Per una prospettiva diversa, decisamente "intercostituzionale", v., di recente, A. RUGGERI, *Comparazione giuridica e certezza del diritto costituzionale*, in *Diritti fondamentali*, www.dirittifondamentali.it, 27 luglio 2015, e A. GUSMAI, *Il valore normativo dell'attività interpretativo-applicativa del giudice nello stato (inter)costituzionale di diritto*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 3. Solo per un esempio di «sganciamento dei diritti dal diritto positivo e quindi dal potere» (per dirla con M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, par. 5) v., a commento della sentenza 170 del 2014 della Corte costituzionale, A. MELANI, *Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costituzionale: la questione resta aperta*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 20 settembre 2010, 4, secondo il quale un diritto fondamentale «è formula vuota se il suo riconoscimento viene sottoposto ad una condizione alquanto potestativa (la volontà del legislatore)». Più in generale, con riferimento ai problemi interpretativi legati all'*incipit* dell'art. 2 Cost., v., fra i tanti, più di recente, R. GUASTINI, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, 2008, 145 ss.

le che disponeva la rettificazione di attribuzione di sesso di uno di loro, con annotazione della sentenza a margine dell'atto di matrimonio, non seguisse *ex officio*, ad opera dell'ufficiale di stato civile, anche la successiva annotazione della cessazione degli effetti civili del matrimonio legittimamente celebrato con rito religioso²⁷ dovendo quest'ultima, semmai, seguire una pronuncia giudiziale *ad hoc*.

Tale richiesta, in realtà, non si discostava dall'orientamento fatto proprio dalle Corti di merito nei (pochi) precedenti giudiziari in ordine all'interpretazione da dare al rapporto tra l'art. 4 della legge n. 164 del 1982 (*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*) e l'art. 3 della legge n. 898 del 1970 (*Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*). A una conclusione analoga a quella pretesa dai ricorrenti era, infatti, già giunto il Tribunale di Roma, 3 dicembre 1982²⁸, che, peraltro, aveva interpretato «*il divorzio come conseguenza diretta e necessaria del mutamento genetico*»²⁹ e aveva individuato nel giudice della rettificazione di attribuzione di sesso l'autorità giudiziaria competente ad ordinare la successiva annotazione dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio celebrato con rito religioso.

La tesi prospettata dai ricorrenti, inoltre, era già stata fatta propria anche dal Tribunale di Fermo, 28 febbraio 1996³⁰, investito della questione in un momento successivo alla modifica dell'art. 3 della legge n. 898 del 1970 ad opera della legge n. 74 del 1987 (*Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*) che, nel testo novellato tutt'ora vigente, aveva disposto: «*lo scioglimento o la cessazione degli effetti del matrimonio può essere domandato da uno dei coniugi (...) nei casi in cui: (...) g) è passata in giudicato sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso a norma della legge 14 aprile 1982, n. 164*». Tale disposizione sembrerebbe (il condizionale è d'obbligo) subordinare alla domanda di parte anche la cessazione del vincolo coniugale derivante da rettificazione di attribuzione di sesso, analogamente a tutte le altre ipotesi ivi disciplinate³¹. Invero, come notato in dottrina³², il Tribunale di Fermo non è sembrato tenere in alcun conto la novella legislativa dal

²⁷ L'annotazione apposta dagli ufficiali dello stato civile dei Comuni di Mirandola e di Bologna, così come si legge nell'ordinanza di rinvio della Corte di Cassazione, I Sezione civile, n. 14329 del 2013 (in www.altalex.it, allegata a G. VASSALLO, *Coniuge cambia sesso? Dubbi di costituzionalità sul divorzio automatico*, 2 luglio 2013), è la seguente: «*la sentenza sopra menzionata [id est: la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso del Tribunale di Bologna] ha prodotto ai sensi dell'art. 4 della legge n. 164 del 1982 la cessazione degli effetti civili del matrimonio di cui all'atto controscritto a far data dal 29/6/2009 così come previsto al paragrafo 11.5 del nuovo massimario dello stato civile*».

²⁸ In *Giust. civ.*, 1983, I, 996 ss.

²⁹ Cfr. R. CATALDO, *Coppia o famiglia? L'implicito interrogativo lasciato aperto dalla Consulta nella sentenza costituzionale sul c.d. "divorzio imposto"*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2014, n. 3, 4, nt. 9.

³⁰ In *Giur. it.*, 1998, 11 ss.

³¹ Per uno snello riepilogo delle posizioni dottrinali che si propongono di superare l'apparente antinomia tra l'art. 4, legge n. 164 del 1982, come modificato dall'art. 31 del decreto legislativo n. 150 del 2011, e l'art. 3, legge n. 898 del 1970, come modificato dalla legge n. 74 del 1987, v., di recente, S. GROSSO, *Lo scioglimento automatico del matrimonio a seguito di rettifica di sesso nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale: "soluzione obbligata" o pilatesca?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 12 maggio 2014.

³² M. GATTUSO, *Matrimonio, identità e dignità personale: il caso del mutamento di sesso di uno dei coniugi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 10 dicembre 2012, 7, nt. 19, in realtà lo rileva a proposito della sentenza del Tribunale di Modena, 28 ottobre 2010, ma tale osservazione può ben valere anche per la precedente pronuncia del Tribunale di Fermo.

momento che non si è orientato verso soluzioni interpretative differenti da quelle cui era già giunto il Tribunale di Roma citato né in ordine alla natura meramente dichiarativa della pronuncia *ad hoc*, che ha continuato a seguire «di necessità ed automaticamente la rettificazione di sesso», né in ordine all'individuazione della sede competente a pronunciarsi sul "divorzio imposto", che è rimasto il giudizio della rettificazione di attribuzione di sesso in quanto logicamente pregiudiziale e capace di attrarre a sé la causa di divorzio³³.

Sulla scorta di tali precedenti, il Tribunale di Modena, 27 ottobre 2010³⁴, giudice di primo grado dei coniugi in questione, aveva accolto le doglianze dei ricorrenti sul presupposto che la cessazione degli effetti civili del vincolo matrimoniale *de quo* non potesse discendere dall'art. 4 della legge n. 164 del 1982 quale precipitato *ope legis* dell'annotazione della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso – cioè in via, per così dire, amministrativa – ma dovesse essere disposta da una pronuncia all'uopo emessa dall'autorità giudiziaria. Quindi, dopo aver escluso la sussistenza di dubbi sulla circostanza che dovesse essere il giudice della rettificazione di attribuzione di sesso a porsi il problema degli effetti della stessa sul preesistente matrimonio e ritenuta tale questione di carattere assorbente rispetto a ogni valutazione sulla necessità di una domanda giudiziale di divorzio per la statuizione della cessazione degli effetti del matrimonio dei ricorrenti – stante la «delicatezza del tema e la pluralità delle opzioni interpretative idonee anche a produrre questione di legittimità costituzionale in negativo»³⁵ – il Tribunale di Modena aveva ordinato la cancellazione dell'annotazione di cessazione degli effetti civili del matrimonio escludendo che ricorressero i requisiti previsti ai sensi dell'art. 102, comma 1, del d.p.r. n. 396 del 2000 («Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127»): difatti, il Tribunale di Bologna, 30 giugno 2009, che aveva disposto la rettificazione di attribuzione di sesso di uno dei ricorrenti, non aveva contestualmente ordinato l'annotazione di cessazione degli effetti civili del loro matrimonio.

In definitiva, l'interpretazione dei giudici di merito qui sommariamente ripercorsa ha scontato la preoccupazione, pure evidenziata in dottrina, che lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio di cui è parte un transessuale possano essere processualmente subordinati all'impulso di parte³⁶. D'altronde, non si può negare che l'ostacolo maggio-

³³ Come riferisce B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, cit., 1 ss., 9, nt. 30, la quale, inoltre, ricorda che in questo caso, comunque, vi era stata la costituzione in giudizio del coniuge che aveva chiesto la cessazione degli effetti civili del matrimonio.

³⁴ Reperibile in *Articolo29*, www.articolo29.it.

³⁵ Lo rimarca anche M. GATTUSO, *Matrimonio, identità e dignità personale*, cit., 7 s. e nt. 20.

³⁶ Cfr. M. LA TORRE, *Transessualismo, omosessualità, matrimonio*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, cit., 201 ss., la quale, difatti, propone che sia il "giudice del divorzio" a «mantenere la competenza a decidere sui rapporti residui (fra gli ex coniugi e nei confronti dei figli) e provvedere sullo scioglimento qualora questo – pur se seguito automaticamente alla sentenza rettificativa del sesso – non sia stato pronunciato in quella sede». La pronuncia *de qua*, ad avviso dell'A., dovrebbe avere, però, effetto dichiarativo e non costitutivo (p. 205). Giunge a conclusioni simili in ordine alla natura meramente dichiarativa della pronuncia giudiziaria *ad hoc* che dovesse disporre "il divorzio imposto" M. FORTINO, *L'ufficiale di stato civile diventa giudice e pronuncia una sentenza di divorzio*, in *Persona e danno*, www.personaedanno.it, 22 ottobre 2011, 9 ss., la quale propone, però, che il rischio dell'inattività delle parti sia evitato riconoscendo al pubblico ministero la legittimazione ad agire al fine di incardinare il giudizio divorzile.

re ad assimilare il rapporto di coniugio in cui versa il rettificante alle altre ipotesi normative di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio di cui all'art. 3 della legge n. 898 del 1970, e successive modificazioni, derivi da una pre-comprensione interpretativa che si è sin da subito palesata: ogni diversa soluzione rispetto a quella dell'automatismo dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio a seguito di sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso determinerebbe, come effetto (non solo) fattuale, la possibile permanenza nell'ordinamento di una coppia di coniugi dello stesso sesso (almeno anagraficamente³⁷). Quest'ultima eventualità, tra l'altro, viene invocata, dalla dottrina che sostiene la legittimità del matrimonio omosessuale³⁸, proprio per dimostrare la vigenza nell'ordinamento giuridico italiano di disposizioni capaci di incrinare il coriaceo, per così dire, paradigma eterosessuale del matrimonio inscritto nella Costituzione repubblicana al punto da dubitare, semmai, della legittimità costituzionale di quest'ultimo³⁹.

³⁷ La precisazione che il cambiamento di sesso possa ritenersi tale, cioè in senso assoluto, solo dal punto di vista anagrafico è uno dei motivi che induce a sostenere la differenza tra coppie *same sex* perché omosessuali e coppie divenute *same sex* perché uno dei due coniugi ha mutato sesso, evidenziando, una volta di più, la non piena assimilabilità tra il fenomeno del transessualismo e quello della omosessualità (cfr., tra gli altri, B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere*, cit.; EAD., *Il paradigma eterosessuale del matrimonio di nuovo davanti alla Corte costituzionale: la questione del divorzio imposto ex lege a seguito della rettificazione di sesso (ordinanza n. 14329/13 Corte di Cassazione)*, in *Genlus*, www.articolo29.it, 2014, n. 1, 21 ss.; M. LA TORRE, *Transessualismo, omosessualità, matrimonio*, cit.; R. DAMENO, *La legge 164/1982: tra il diritto all'identità sessuale e di genere e l'obbligo di sterilizzazione. Alcune riflessioni sulla transGenitorialità*, in *Genlus*, www.articolo29.it, 2015, n. 1, 190 ss.; C. BATTIATO, *Transgender e scioglimento coatto del rapporto coniugale: quando i casi di scuola diventano realtà*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2014, n. 3, spec. parr. 5 e 6). Ciò legittima speculazioni che rimarcano la limitatezza ordinamentale ancorata al dato legale a fronte di un'opposta evidenza naturalistica che rinviene il suo iato più acuto nelle recentissime sentenze della Corte di Cassazione, I Sezione civile, n. 15138 del 2015, e della Corte costituzionale n. 221 del 2015, in ordine alla non necessità del mutamento obbligatorio – con intervento chirurgico – dei caratteri sessuali primari per accedere alla rettificazione di attribuzione di sesso (la particolarità della questione era già stata notata da A. RUGGERI, *"Famiglie" di omosessuali e famiglie di transessuali*, cit., 12, nt. 51, con riferimento alle decisioni di alcune Corti di merito che avevano preceduto nei contenuti quella della Corte di Cassazione qui appena citata). Per quanto ciò rispecchi la preferenza (giurisprudenziale) per il profilo psichico dei soggetti coinvolti rispetto a quello fisico e sconti una ancora non definita scelta di semantica giuridica tra la nozione di "genere" e quella di "sesso" in molti atti normativi nazionali e internazionali (per un recente studio volto ad esaminare tali problematiche sul versante giuridico v. D. ZANNONI, *Sterilizzazione e intervento chirurgico nel cambiamento di genere*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 ottobre 2015), non si può fare a meno di osservare, in tema di transessualismo, la differenza di trattamento tra il transessuale non coniugato all'atto del cambiamento di sesso che può accedere al matrimonio con persona del suo stesso sesso biologico-cromosomico, nonché (oggi potrebbe anche accadere) con i suoi stessi caratteri sessuali primari, e il transessuale coniugato all'atto del cambiamento di genere che non "dovrebbe poter" rimanere coniugato con persona di differente sesso biologico-cromosomico e con differenti caratteri sessuali primari. Analoghe e ulteriori criticità, pur giustificate da ragioni di certezza dei rapporti giuridici, emergono anche con riferimento allo stato dei soggetti *intersessuali* (cfr. A. LORENZETTI, *La problematica dimensione delle scelte dei genitori sulla prole: il caso dell'intersessualismo*, F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., 485 ss.).

³⁸ Cfr., per tutti, B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere*, cit., 9. Della stessa A., a seguito della sentenza n. 8097 del 2015 della Corte di Cassazione, v. anche *Oltre il "caso Bernaroli": tecniche decisorie, rapporti tra principi e regole del caso e vicende del paradigma eterosessuale del matrimonio*, in *Genlus*, www.articolo29.it, 2015, n. 1, 83 ss., spec. 91 ss. Di analogo avviso pare A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 19 aprile 2008, 14.

³⁹ In tal senso, tra gli altri, v. N. PIGNATELLI, *Dubbi di legittimità costituzionale sul matrimonio eterosessuale: profili processuali e sostanziali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2 marzo 2010. *Contra*, invece, in favore della «specialità costituzionale del matrimonio (e della famiglia) "eterosessuale"» v. A. D'ALOIA, *Omosessualità e Costituzione. La tormentata ipotesi del matrimonio tra persone dello stesso sesso davanti alla Corte costituzionale*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, cit., 101 ss. L'economia del presente lavoro non consente di esaminare *funditus* tale assunto. In dottri-

2.1. ...e l'ordinanza di rinvio della Corte di Cassazione, I Sezione civile, n. 14329 del 2013: un'altra soluzione era forse possibile...

La Corte d'Appello di Bologna, 4 febbraio 2011, giudice di secondo grado dei coniugi ricorrenti, discostandosi dai menzionati precedenti, aveva, invece, accolto il reclamo del Ministero dell'Interno ribadendo, ad un tempo, sia la competenza dell'ufficiale di stato civile ad effettuare *motu proprio* (quindi in assenza di un esplicito ordine giudiziario) l'annotazione di cessazione degli effetti civili del matrimonio a seguito della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso di uno dei coniugi attribuendo alla pronuncia di rettificazione «un c.d. effetto implicito»⁴⁰, sia l'*automatica* cessazione degli effetti del matrimonio preesistente a seguito della rettificazione medesima in quanto «consentire il permanere del vincolo matrimoniale, rettificato che sia il sesso di uno dei coniugi, significa mantenere in vita un rapporto privo del suo indispensabile presupposto di legittimità, la diversità sessuale dei coniugi, dovendosi ritenere tutta la disciplina normativa dell'istituto rivolta ad affermare tale requisito». Aveva, inoltre, ricondotto l'impossibilità di aderire all'interpretazione dei ricorrenti in quanto, quest'ultima, era «del tutto contrastante con i principi di ordine pubblico che regolano la materia, dal momento che non possono darsi rapporti in contrasto con la disciplina positiva che li regola, trattandosi di un settore, come quello che concerne lo stato delle persone, di pubblico interesse».

Nella scarna motivazione che accompagna la decisione di accogliere il reclamo del Ministero dell'Interno, la Corte d'appello di Bologna, a differenza dei Tribunali di merito prima citati⁴¹, aveva ammesso «la via amministrativa» dell'annotazione di cessazione degli effetti

na, solo per ricordare alcuni degli Autori, che, nell'ultimo decennio, sostengono, invece, che l'art. 29 Cost. presupponga l'eterosessualità dei coniugi quale imprescindibile elemento di legittimità del matrimonio, pur con varietà di posizioni e argomentazioni, v., fra quelli non citati nelle note che precedono, F. VARI, *Contributo allo studio della famiglia nella Costituzione italiana*, I, Bari, 2004; L. VIOLINI, *Il riconoscimento delle coppie di fatto: praeter o contra Constitutionem?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 13 marzo 2007; G. GRASSO, «Dico» sì, «Dico» no: prime impressioni sul disegno di legge Pollastrini-Bindi, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 febbraio 2007; ID., *Due tesi sull'irriducibilità del paradigma eterosessuale del matrimonio*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, cit., 181 ss.; V. TONDI DELLA MURA, *La dimensione istituzionale dei diritti dei coniugi e la pretesa dei diritti individuali dei conviventi*, in *Quad. cost.*, 2008, 101 ss.; ID., *La sentenza della Corte che ha difeso la parola matrimonio*, in www.sussidiario.net, 19 aprile 2010; ID., *Le coppie omosessuali fra il vincolo (elastico?) delle parole e l'artificio della «libertà», nota a Corte costituzionale 21 aprile 2010, n. 138*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2011, 3 ss.; A. RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come «famiglie»*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, cit., 307 ss., e, rielaborato, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2010; L. D'ANGELO, *Divieto di matrimonio tra omosessuali: nessuna violazione dell'art. 3 Cost.*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 30 marzo 2010; S. SPINELLI, *Il matrimonio non è un'opinione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 27 aprile 2010; F. BIONDI, *Il criterio del 'tenore di vita in costanza di matrimonio' nella determinazione dell'assegno divorzile e l'identità della famiglia fondata sul matrimonio nell'art. 29 della Costituzione. Nota a Tribunale di Firenze, ordinanza 22 maggio 2013*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 4; F. VARI, *Audizione presso la Commissione giustizia del Senato del 19 febbraio 2015 sullo schema di testo unificato corretto proposto dalla relatrice per i disegni di legge nn. 14 e connessi, recante «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze»*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna on-line*, marzo 2015.

⁴⁰ Così M. GATTUSO, *Matrimonio, identità e dignità personale*, cit., 8.

⁴¹ Si ha, peraltro, notizia anche di un'altra, successiva pronuncia del Tribunale di Modena (26 maggio 2011, n. 12) conforme a quella della Corte d'Appello di Bologna di cui si discorre, come riferito da P. VERONESI, *Il*

civili del matrimonio⁴² quasi *en passant*, per così dire, probabilmente preoccupata dal fatto che una diversa ponderazione in ordine al profilo che le altre Corti avevano ritenuto fondato e assorbente avrebbe potuto essere prodromica al sostanziale riconoscimento del matrimonio *same sex*. Il verso del ragionamento dei giudici d'Appello, dunque, non si era incentrato sulla ragionevole pretesa di consentire ai due coniugi di manifestare innanzi ad una corte giudiziaria *ad hoc* (che fosse quella della rettificazione di sesso o quella divorzile) il loro intimo convincimento in ordine al perdurare del rapporto di *affectio coniugalis* e di *communio omnis vitae* ma sulla evidenza che i ricorrenti non fossero più coniugi o che, quantomeno, non potessero più esserlo.

Ciò premesso, alla Corte di Cassazione, I Sezione civile, 6 giugno 2013, n. 14329, per accogliere il ricorso, sarebbe stato sufficiente dimostrare che la ragione principale su cui poggiava la decisione della Corte d'Appello di Bologna provasse troppo solo ove si pensi che nell'ipotesi in cui due coniugi decidessero, di comune accordo, per una rettificazione di sesso contestuale⁴³, un ufficiale di stato civile potrebbe, *sua sponte*, anche annotare lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del loro matrimonio che opererebbe in via forzosa pur in costanza del presupposto indispensabile di legittimità per il mantenimento del vincolo matrimoniale, e cioè la diversità sessuale, ancorché a parti inverse. In altri termini, una tale situazione (improbabile ma tutt'altro che impossibile e, comunque, non così più altamente improbabile del caso di scuola di cui si sta discorrendo) potrebbe determinare, paradossalmente, *ope legis*, un effetto non voluto dai coniugi e nemmeno dall'ordinamento, dato che il matrimonio rimarrebbe pur sempre eterosessuale, rimettendo al solo buon senso, per così dire, dell'ufficiale di stato civile di turno la decisione in ordine all'annotazione *de qua*⁴⁴.

“caso Bernaroli” alla Corte costituzionale: ancora un bivio sul tema dell'eterosessualità del matrimonio, in *Genlus*, www.articolo29.it, 2014, n. 1, 48 ss., 51, nt. 16.

⁴² A commento delle prime “tappe”, per così dire, della vicenda giudiziaria *de qua* v., tra gli altri, anche M. FORTINO, *L'ufficiale di stato civile diventa giudice*, cit., e M. WINKLER, *Cambio di sesso del coniuge e scioglimento del matrimonio: costruzione e implicazioni del diritto fondamentale all'identità di genere*, in *Giur. merito*, 2012, n. 3, 571 ss., e ivi le annotazioni fortemente critiche in ordine all'iter logico-giuridico seguito dalla Corte d'Appello di Bologna. D'altronde, che in materia di stato e capacità delle persone ogni rettificazione o cancellazione o annotazione debba essere disposta dall'autorità giudiziaria, salvo che la legge non preveda diversamente in modo espresso (cfr. art. 453 c.c. e art. 102 d.p.r. n. 396 del 2000), è orientamento sostenuto anche dalla (non isolata) decisione del Tar Lazio, Sez. I-ter, n. 3912 del 2015 (in senso conforme cfr. anche, almeno, Tar Friuli Venezia Giulia, Sez. I, del 21 maggio 2015, e Tar Lazio, Sez. I-ter, n. 3097 del 12 febbraio 2015), avente a oggetto la legittimità dell'annullamento d'ufficio prefettizio della trascrizione del Sindaco di Roma di un atto di matrimonio celebrato all'estero da due persone dello stesso sesso, a commento della quale v. F.V. VIRZI, *La trascrizione del matrimonio omosessuale e la potestà amministrativa di autotutela dinanzi all'atto di certezza*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2015, n. 1. Peraltro, la decisione del Consiglio di Stato, sez. III, del 26 ottobre 2015, n. 4899, ha poi riformato la citata decisione del Tar Lazio, Sez. I-ter, n. 3097 del 2015, ritenendo legittimo il potere prefettizio di autotutela (e, quindi, di annullamento delle trascrizioni dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero).

⁴³ Enuncia questa ipotesi quale «puro sfoggio di fantasia» anche A. RUGGERI, *Il “controcanto” stonato della Cassazione alla Consulta, a riguardo del matrimonio del transessuale*, cit., 130, nt. 10.

⁴⁴ La maggior parte della dottrina, però, ritiene che in tale ipotesi non andrebbe applicata la disciplina sul “divorzio imposto” (in tal senso v. M. BALBONI, M. GATTUSO, *Famiglia e identità di genere: “divorzio imposto” e diritti fondamentali*, in *Genlus*, www.articolo29.it, 2014, n. 1, 6 ss., nt. 1, e A. RUGGERI, *op. loc. ult. cit.*). Pone la questione anche P. VERONESI, *Il “caso Bernaroli” alla Corte costituzionale*, cit., 57. Si solleva, peraltro, qualche sommo dubbio sulla circostanza che in una siffatta (remota) ipotesi il matrimonio rimarrebbe senz'altro “in piedi” senza necessità alcuna di una pronuncia giurisdizionale *ad hoc*. Sembra, inverosimilmente, che, a prescindere dal permane-

È sì vero che tempo addietro anche la Corte costituzionale aveva sostenuto che «lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato col rito religioso è provocata non dalla rettificazione dell'attribuzione di sesso ma dalla sentenza che tale rettificazione dispone»⁴⁵; è anche vero, però, che la Corte di Cassazione avrebbe avuto, nel caso di specie, l'opportunità di superarla⁴⁶ sulla base di un'interpretazione adeguatrice⁴⁷, definendo la questione nel senso auspicato dai ricorrenti proprio alla luce della novella legislativa del 1987, così ponendosi nel solco tracciato dalla giurisprudenza di merito e dalla dottrina per sommi capi precedentemente illustrate.

Non sarebbero mancati, a ben vedere, elementi e strumenti giuridici per addivenire ad una decisione della vicenda assorbente delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dai coniugi ricorrenti. La Corte di Cassazione, in altri termini, avrebbe potuto interpretare il combinato disposto dell'art. 4, legge n. 164 del 1982, e dell'art. 3, legge n. 898 del 1970, come modificato dall'art. 7 della legge n. 74 del 1987 – con introduzione della lettera *g*) – nel senso di radicare una competenza giurisdizionale *ad hoc*⁴⁸ in ordine alla definizione del rapporto di coniugio interessato dalla rettificazione di attribuzione di sesso di uno dei coniugi⁴⁹. Tale competenza poteva essere attribuita in capo al giudice della rettificazione di attribuzione di sesso, riconoscendogli, all'atto dell'ordine di annotazione dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio, la facoltà, ove richiesto in accordo da entrambi i coniugi, di disciplinare le modalità della trasformazione del legame (prima matrimoniale) finanche statuendo, come pure ipotizzato in dottrina, il mantenimento di una condizione di *communio omnis vitae* analoga (ma non uguale) a quella precedente da verificare in relazione al caso concreto⁵⁰. In tale eventualità, però, sarebbe potuto venire in rilievo l'ostacolo ermeneu-

re del presupposto di legittimità dell'atto (e cioè il requisito della diversità di sesso dei coniugi), il dato storico cristallizzato nel registro dello stato civile dovrebbe rilevarsi essere radicalmente mutato e che le volontà in tal senso dell'uomo divenuto donna di rimanere sposato con una donna divenuta uomo e quella di una donna divenuta uomo di rimanere sposata con un uomo divenuto donna dovrebbero coincidere ed essere verificate in una sede congrua a valutare, con dovizia di causa, l'evidente complessità di una siffatta situazione.

⁴⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 161 del 1985, § 12 del *Considerato in diritto*, in *Consulta online*.

⁴⁶ Rimarcano, infatti, «la mancanza di uno sforzo interpretativo di questo tipo» da parte della Corte di Cassazione M. BALBONI, M. GATTUSO, *Famiglia e identità di genere*, cit., 11. Sul superamento culturale, prima ancora che giuridico, della sentenza ora menzionata v. anche B. PEZZINI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio di nuovo davanti alla Corte costituzionale*, cit., 35 s.

⁴⁷ Una possibile prospettiva in tal senso era stata ampiamente illustrata da B. PEZZINI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio di nuovo davanti alla Corte costituzionale*, cit., 37 ss., la quale, rilevando tale "lacuna" nella scelta della Corte di Cassazione, auspicava che la Corte costituzionale si pronunciasse con «una classica interpretativa di rigetto».

⁴⁸ Tale interpretazione, peraltro, era stata suggerita dalla dottrina costituzionalistica (B. PEZZINI, *Transessualismo, salute e identità sessuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984) già prima della modifica dell'art. 3, comma 2, legge n. 898 del 1970, ad opera della legge n. 74 del 1987, sulla scorta del solo rinvio testuale alla legge n. 898 del 1970 da parte dell'art. 4 della legge 164 del 1982.

⁴⁹ Rimarca, di recente, B. PEZZINI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio di nuovo davanti alla Corte costituzionale*, cit., 38, che «contrariamente a quanto inteso dalla Cassazione, gli effetti delle due norme rilevanti ai fini dell'inquadramento giuridico del *divorzio transessuale* non sono necessariamente inconciliabili. O meglio: sono resi inconciliabili solo da una lettura che enfatizzi la legge sul transessualismo e le subordini (anzi, le sacrifichi interamente) la disciplina generale del divorzio».

⁵⁰ È la soluzione proposta da P. VERONESI, *Il "caso Bernaroli" alla Corte costituzionale*, cit., 50, e, pur con accenti diversi, a seguito della sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale, da C. SALAZAR, *Amore non è amore se non muta quando scopre un mutamento*, in *Confronti costituzionali*, www.confrontocostituzionali.eu, 27

tico nascente dall'art. 4 della legge n. 164 del 1982, modificato dall'art. 31 del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, che sembra condizionare la seconda pronuncia al passaggio in giudicato della prima⁵¹.

La Corte di Cassazione, allora, avrebbe potuto accogliere le doglianze dei ricorrenti e suggerire di radicare nel giudizio divorzile la sede più consona dove disporre degli effetti sul matrimonio derivanti dal cambiamento di sesso di uno di loro, optando per una interpretazione semplicemente letterale dell'art. 3 della legge n. 898 del 1970, come modificato dalla legge n. 74 del 1987, ovvero raggiungere il medesimo risultato ricorrendo *ratio legis* al principio della *lex posterior*⁵² ovvero, ancora, superando l'eccezionalità della disciplina del "divorzio imposto" e utilizzando come ausilio l'interpretazione analogica⁵³ ovvero, infine, appellandosi al principio di uguaglianza per evidenziare l'irragionevolezza di una interpretazione che contempli, ancora oggi, la differenza che verte tra il divorzio a seguito di rettificazione di attribuzione di sesso di uno dei coniugi rispetto alle altre ipotesi disciplinate nell'art. 3 citato le quali, sole, conservano, pressoché intonso, tutto il disvalore originario derivante dal loro potenziale offensivo nei confronti del corpo sociale e dell'istituto matrimoniale e familiare⁵⁴. A corollario di una siffatta interpretazione il Giudice della legittimità, però, avrebbe, forse, dovuto rinvenire un meccanismo di necessaria attivazione del giudizio divorzile nei casi di passaggio in giudicato delle decisioni di rettificazione di attribuzione di sesso⁵⁵ al fine di scongiurare "il pericolo" che la valutazione giurisdizionale sulle sorti del matrimonio di cui il transessuale è parte potesse essere rimessa alla sola azione di parte.

In definitiva, come giustamente osservato, il risalente orientamento giurisprudenziale aveva finito «per attribuire a tale istituto [*id est*: il "divorzio imposto"] una funzione "sanzionatoria"» andando «in direzione opposta rispetto all'intenzione del legislatore» animato, invece, dalla volontà di attribuire all'istituto la natura di "rimedio"⁵⁶. La *ratio legis* era quella di voler "liberare" *ex lege* il transessuale dal rapporto coniugale pregresso presumendo il cambiamento di sesso incompatibile con il persistere del legame matrimoniale in essere a causa

giugno 2014, e da P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto"*, cit., 13 ss. Molto critico nei confronti di tale prospettiva è, invece, A. RUGGERI, *Il matrimonio "a tempo" del transessuale: una soluzione obbligata e ... impossibile? A prima lettura di Cass., I Sez. civ., n. 8097 del 2015*, in *Consulta online, Studi*, 2015, fasc. I, 303 ss., 310, nt. 17.

⁵¹ Anche tale impedimento, che la stessa Corte di Cassazione definisce solo «formale» (cfr. § 5 del *Considerato in diritto*, p. 21), non sembra insuperabile ove si ponga mente al fatto che sarebbe sufficiente che il giudice della rettificazione ordini all'ufficiale di stato civile di procedere all'annotazione di scioglimento solo all'atto del passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione anagrafica di sesso.

⁵² Cfr., a tal proposito, S. GROSSO, *Lo scioglimento automatico del matrimonio a seguito di rettifica di sesso nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale*, cit., par. 3, e C. BATTIATO, *Transgender e scioglimento coatto del rapporto coniugale: quando i casi di scuola diventano realtà*, cit., par. 5.

⁵³ V., ad esempio, la tesi prospettata da R. CATALDO, *Coppia o famiglia?*, cit., 12 ss., che, dalla disciplina di cui all'art. 3, punto 2, lettera f), in tema di matrimonio non consumato, trae spunto per argomentare, in via analogica, che la volontà dei coniugi di porre fine alla *communio omnis vitae* dovrebbe essere presupposto indispensabile per pronunciare il divorzio anche nei casi di rettificazione di attribuzione di sesso.

⁵⁴ Cfr. M. BALBONI, M. GATTUSO, *Famiglia e identità di genere*, cit., 8.

⁵⁵ All'uopo, come proposto da M. FORTINO, *L'ufficiale di stato civile diventa giudice*, cit., 6 ss., avrebbe potuto affidare tale obbligo al pubblico ministero riconoscendo effettività a un principio derogatorio dell'applicazione dell'art. 73 c.p.c. dovuto all'eccezionalità della fattispecie e al rilievo pubblicistico della medesima.

⁵⁶ Lo ricorda opportunamente R. CATALDO, *Coppia o famiglia?*, cit., 4.

della sua scelta di accedere ad un sesso differente e, dunque, alla possibilità di contrarre un altro eventuale matrimonio (eterosessuale). D'altronde, che l'attenzione fosse focalizzata principalmente sui profili relativi alla condizione esistenziale del transessuale e sul ruolo dell'intervento chirurgico di rassegnazione di sesso che la legge sembrava imporre per *transmutare* si evinceva anche dalla parte motiva della sentenza n. 161 del 1985 della Corte costituzionale la cui attenzione era quasi interamente riversata sulle questioni psicologiche, sociali, mediche e personalistiche che cominciavano ad agitarsi attorno al fenomeno del transessualismo concludendo nel senso che «la legge n. 164 del 1982 si è voluta dare carico anche di questi “diversi”, producendo una normativa intesa a consentire l'affermazione della loro personalità e in tal modo aiutarli a superare l'isolamento, l'ostilità e l'umiliazione che troppo spesso li accompagnano nella loro esistenza»⁵⁷. Non comparivano in posizione di preminenza, invece, né la questione della necessità della coincidenza «dell'identificazione anagrafica del sesso alle apparenze esterne del soggetto interessato o, se si vuole, al suo orientamento psicologico e comportamentale» che, ad opinione della Corte, aveva semplicemente *il pregio di favorire anche* «la chiarezza dei rapporti sociali e, così, la certezza dei rapporti giuridici», né la questione relativa alla reale portata dell'effetto del mutamento di sesso sul matrimonio in essere, sul pregresso vissuto e sulla condizione dell'altro coniuge.

In altri termini, la Consulta, sin da subito, ebbe ben presente la differente collocazione problematica delle questioni attinenti al transessualismo rispetto a quelle inerenti alle unioni omoaffettive, irriducibili le une alle altre in ragione di una serie davvero cospicua di elementi. Tale circostanza, peraltro, non è sfuggita alla dottrina che ha avuto modo di osservare che il particolare regime giuridico del transessuale, semmai, «aggiorna il paradigma esteriore dell'eterosessualità; esso assume come parte essenziale quello del sesso anagrafico (...) ribadisce e conferma il dualismo di genere e conserva la norma eterosessuale del matrimonio in un certo senso accontentandosi di garantire l'ordine dualistico ed eterosessuale dello spazio pubblico dove conta solo il sesso anagrafico ed il genere risponde al sesso anagrafico»⁵⁸. La pratica transessuale, invero, ad onta del caso di scuola di cui si discorre, non si sottrae ad un dato strutturale e cioè che il mutamento di sesso è intrapreso proprio per vivere una eterosessualità di segno diverso da quella legata al sesso biologico originario.

⁵⁷ § 4 del *Considerato in diritto*. Il legislatore del 1982, ad opinione della Corte, per un verso, aveva accolto «un concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato» accostando il rilievo conferito agli organi genitali esterni ad elementi di carattere psicologico e sociale; per altro verso, aveva introdotto «la concezione del sesso come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio», in tal modo collocando la legislazione italiana in tema di transessualismo «nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale» (§ 4 del *Considerato in diritto*). Tale approccio viene confermato dalla recentissima sentenza interpretativa di rigetto n. 221 del 2015 (reperibile in [Consulta online](#)), con la quale la Corte costituzionale torna a sottolineare che per giungere a un cambiamento definitivo «il trattamento chirurgico costituisce uno strumento eventuale, di ausilio al fine di garantire, attraverso una tendenziale corrispondenza dei tratti somatici con quelli del sesso di appartenenza, il conseguimento di un pieno benessere psichico e fisico della persona» (§ 4.1 del *Considerato in diritto*).

⁵⁸ Così B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, cit., 9.

La Corte di Cassazione del 2013, alla luce di tali elementi, avrebbe potuto, pertanto, superare una (deviante) lettura sanzionatoria dell'istituto del "divorzio imposto"⁵⁹ statuendo, in via interpretativa, la necessità che, anche nel caso di specie, dovesse essere un giudice a valutare in concreto la sussistenza degli elementi per lo scioglimento o per la cessazione degli effetti civili del matrimonio con il vantaggio di valorizzare il ruolo dell'altro coniuge nel concreto dipanarsi della vicenda divorzile. In altri termini, dalla complessità della condizione del transessuale e dalla indubbia specificità della fattispecie che può essere da questo vissuta⁶⁰, i giudici della Cassazione avrebbero potuto trarre spunto per valutare che le già infinite sfumature psicologiche nella relazione *verso se stesso* che conducono il transessuale alla (in ogni caso) sofferta decisione di cambiare sesso⁶¹ – le quali dovrebbero essere esaminate *funditus* nel giudizio di rettificazione dell'attribuzione di sesso – si complicano ulteriormente con riferimento alla relazione del transessuale *verso il coniuge*, con la non sottile differenza che esse non hanno una sede propria in cui emergere specie se non vi è alcuna opposizione da parte di quest'ultimo all'interno del procedimento di rettificazione di sesso. A ogni modo, rimane pur vero che, «nel caso del transessuale, l'osservatore esterno gli attribuisce un orientamento omosessuale, mentre la persona transessuale si sente e si ritiene eterosessuale»⁶². Proprio questo aspetto è stato obnubilato nell'ordinanza della Cassazione che ha ommesso di considerare l'*eccezionalità* (molto vicina all'irripetibilità) della vicenda in esame⁶³.

In definitiva, la Corte di Cassazione avrebbe potuto slegare, così come fatto in primo grado dal Tribunale di Modena, la necessaria corrispondenza tra l'esito in fatto della vicenda concreta e la questione della legittimità costituzionale dell'istituto del «matrimonio» o della «unione» tra omosessuali, valorizzando e contestualizzando ciò che la Corte costituzionale aveva affermato nella sentenza n. 138 del 2010 a proposito del transessualismo e cioè che «*si tratta di una condizione del tutto differente da quella omosessuale*»⁶⁴. Permane, difatti, più in generale, la netta sensazione – oggi rafforzata dai recenti pronunciamenti della Corte di Cassazione, I Sezione civile, 20 luglio 2015, n. 15138⁶⁵, e della Corte costituzionale, 5 novembre 2015, n. 221, in ordine alla non necessità dell'intervento chirurgico per ottenere la

⁵⁹ Cfr., in proposito, le argomentazioni sviluppate da M. GATTUSO, *Matrimonio, identità e dignità personale*, cit., 22 ss.

⁶⁰ Sul punto v. alcuni rilievi di A. LORENZETTI, *Quali possibili risposte dalla Corte di fronte ad un "incerto del mestiere di vivere"?*, in *Genlus*, www.articolo29.it, 2014, n. 1, 58 ss., 62 s.

⁶¹ ... con determinazione e convincimento non sempre necessariamente proporzionali alla preferenza in ordine all'opzione "soft" (si fa per dire) di cambiamento del sesso, come quello privo di intervento chirurgico, o all'opzione "hard", con riferimento alla rassegnazione chirurgica di sesso. In tal senso, cfr. le interessanti riflessioni di M. LA TORRE, *Transessualismo, omosessualità, matrimonio*, cit., 201 ss.

⁶² M. LA TORRE, *op. ult. cit.*, 203.

⁶³ Sotto questo punto di vista, considera un'occasione persa «la mancata valorizzazione della specificità del caso» anche R. ROMBOLI, *La Corte (di Cassazione) dei miracoli: una norma dichiarata incostituzionale che può risuscitare a seguito dell'auspicato intervento del legislatore*, in *Genlus*, www.articolo29.it, 2015, n. 1, 120 ss., 121.

⁶⁴ § 9 del *Considerato in diritto*.

⁶⁵ Rinvenibile in *federalismi.it*. Quanto alle pronunce giurisprudenziali delle Corti di merito che hanno preceduto la citata sentenza della Cassazione v. G. D'AMICO, *Identità di genere: «non è mai troppo tardi per essere ciò che avresti potuto essere»*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [2 maggio 2015](http://www.articolo29.it).

rettificazione di attribuzione di sesso⁶⁶ – che una unione che abbia quale parte un transessuale non possa mai dirsi, nella sostanza, né omosessuale né eterosessuale, semmai, complessivamente intesa, *quasi omosessuale* o, a seconda dei punti di vista, *quasi eterosessuale*. Ciò avrebbe, probabilmente, meritato un inquadramento interpretativo (e una soluzione concreta) capace, in armonia con i principi costituzionali, di esaltare il *proprium* di tale particolare condizione⁶⁷.

2.2. ... ma la Corte di Cassazione tira oltre e va alla Corte costituzionale

La Corte di Cassazione, invece, forse anche perché influenzata dalle motivazioni della Corte d'Appello di Bologna che aveva spostato, come si è detto, il *focus* della questione dalla legittimità dell'automatismo delle annotazioni *de quibus* all'illegittimità dell'effetto che deriverebbe dall'assenza di tale automatismo (in altri termini, da una questione gravitante nell'area del transessualismo a una questione gravitante, invece, nella sfera dell'omoaffettività in rapporto al paradigma eterosessuale del matrimonio⁶⁸), ha radicalmente demolito la tesi prospettata dai ricorrenti, pur senza una motivazione davvero convincente. Nel *Considerato in diritto* dell'ordinanza *de qua*, difatti, per un verso, possono leggersi passaggi tutt'altro che "assertivi" come quando la Corte si limita (semplicemente) a *giustificare* l'esercizio del potere da parte dell'ufficiale dello stato civile che non integrerebbe una *radicale* carenza di potere⁶⁹. Si possono, inoltre, rimarcare argomenti interpretativi di dubbia solidità come quello secondo il quale un rafforzamento dell'effetto solutorio sul vincolo matrimoniale preesistente della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso si trarrebbe dalla novella legislativa (art. 31, comma 6, del d.lgs. n. 150 del 2011) che sostituisce il verbo «*provoca*» con quello «*determina*», in tal modo «sottolineando l'automatismo e l'operatività *ope legis* dell'effetto predetto»⁷⁰.

La Corte di Cassazione ha, di seguito, deciso di delineare le ragioni per cui, in costanza del consenso dell'altro coniuge a voler mantenere ferma la relazione matrimoniale, l'istituto del "divorzio imposto" palesi dubbi di costituzionalità sebbene, nel fare ciò, abbia richiamato più volte la sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale attribuendole con-

⁶⁶ Sui contenuti delle due sentenze citate e su alcune nuove questioni che si agitano in tema di transessualismo v. L. CONTE, Felicità raggiunta? *La Corte di Cassazione ammette la domanda di rettificazione anagrafica di sesso in assenza di un intervento demolitorio e/o ricostruttivo dei caratteri sessuali primari*, in *Genlus*, www.articolo29.it, 2015, n. 2, 244 ss.

⁶⁷ Per convincenti considerazioni in questo senso cfr. B. PEZZINI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio di nuovo davanti alla Corte costituzionale*, cit., 24 ss., 28 ss. e 37 ss., e C. BATTIATO, *Transgender e scioglimento coatto del rapporto coniugale: quando i casi di scuola diventano realtà*, cit., *passim*. Rilievo che, peraltro, non necessariamente può essere addotto a sostegno della posizione di chi volesse ritenere superato o inadeguato il mantenimento di un ordine anagrafico-sociale di tipo binario, permanendo la condizione *de qua* nell'area di ciò che è per sua essenza eccezionale.

⁶⁸ La circostanza non è sfuggita a M. GATTUSO, *Matrimonio, identità e dignità personale*, cit., 14 s.

⁶⁹ § 2 del *Considerato in diritto*, p. 12.

⁷⁰ § 5 del *Considerato in diritto*, p. 22, e § 6 del *Considerato in diritto*, p. 24. *Contra* quest'ultimo argomento v., tra gli altri, M. GATTUSO, *Matrimonio, identità e dignità personale*, cit., 11.

tenuti che, invece, non le possono essere univocamente ascritti⁷¹. Inoltre, pur rilevando, in più passi dell'ordinanza, l'assunto che dalla giurisprudenza della Corte EDU così come da quella della Corte costituzionale, emerge inoppugnabile il dato che l'estensione del modello matrimoniale e le modalità di tale estensione anche a unioni diverse da quelle eterosessuali spettano all'apprezzamento degli Stati e ai singoli legislatori nazionali, ha concluso – diversamente da quanto ci si sarebbe potuto aspettare alla luce della premessa – che è al quadro rinnovato e «sempre più frequentemente arricchito dalla felice “contaminazione” delle fonti costituzionali europee, convenzionali ed internazionali, in cui si collocano i diritti delle persone», che deve essere valutata la compatibilità costituzionale del divorzio *de quo*⁷².

Essa, dunque, spostando il *focus* dell'*iter* logico-interpretativo dall'atto al rapporto, ha rinvenuto gli estremi per sollevare questione di legittimità costituzionale, tra l'altro, sul mancato riconoscimento normativo del diritto della coppia in questione «di conservare la preesistente dimensione relazionale, quando essa assuma i caratteri della stabilità e continuità propri del vincolo coniugale» e sul diritto individuale «di autodeterminarsi nelle scelte relative all'identità personale, di cui la sfera sessuale esprime un carattere costitutivo», nonché sul diritto del coniuge non transessuale «di scegliere se continuare la relazione coniugale»⁷³, piuttosto che censurare l'automatismo della cessazione degli effetti civili del matrimonio celebrato con rito religioso, a seguito della trascrizione della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso, senza la necessità di una domanda e di una pronuncia giudiziale – che, se ammessa, avrebbe consentito a entrambi i ricorrenti di opporsi alla produzione *ope legis* dell'effetto solutorio di cui sopra – sostituendosi, in definitiva, a quel giudice che, se la sua interpretazione sul *petitum* fosse stata diversa, avrebbe dovuto valutare le questioni indubiate in sua vece.

⁷¹ Basti pensare alla varietà di alcuni dei commenti dottrinali offerti a seguito della pubblicazione della citata sentenza della Corte costituzionale. A fronte di chi ne rilevava una (più o meno) netta chiusura nei confronti dei matrimoni *same sex* (oltre a molti degli autori citati nelle note che precedono, v. anche F. DAL CANTO, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla “aspirazione” al matrimonio al “diritto” alla convivenza*, in *Rivista AIC*, 2010, n. 00; L. D'ANGELO, *La Consulta al legislatore: questo matrimonio “nun s'ha da fare”*, *ivi*, 16 aprile, 2010; M. CROCE, *Diritti fondamentali programmatici, limiti all'interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 23 aprile 2010; pur critiche, I. MASSA PINTO, C. TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio»*. Ovvero *tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*, in *Archivio di diritto e storia costituzionali*, www.dircost.unito.it), v'era chi, invece, rinveniva in essa una chiara apertura (B. 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, n. 00) e chi ne auspicava un superamento non riscontrandovi “la certificazione” di «un divieto costituzionale assoluto per il matrimonio tra persone dello stesso sesso» (A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 20 settembre 2010, 21).

⁷² § 7 del *Considerato in diritto*, p. 27.

⁷³ § 6 del *Considerato in diritto*, p. 23.

3. La sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale: una monitoria “rinforzata” da un dispositivo di accoglimento a contenuto generico? L’incostituzionalità della “legge che non c’è”

La Corte costituzione, dunque, si è trovata a tornare su questioni che coinvolgono la condizione giuridica dei transessuali benché si sia (sin da subito) compreso che la pronuncia avrebbe involto, nonostante le differenze⁷⁴, quegli stessi delicati profili che aveva già avuto modo di affrontare nella sentenza n. 138 del 2010 con riferimento alle unioni omoaffettive.

Il Giudice delle leggi, invero, si è reso conto di avere a che fare con una situazione «sul piano fattuale innegabilmente infrequente, ma che, nella vicenda al centro del giudizio principale, si è comunque verificata»⁷⁵. Questa premessa, nient’affatto necessaria in un sistema giuridico che non si forma sulla base dello *stare decisis* e nel quale, dunque, tantomeno è richiesto che un organo di giustizia costituzionale abbia bisogno di evidenziare la circostanza di essere in presenza di un *leading case*, sembra, semmai, confortare l’idea che la Corte abbia voluto rimarcare la *specificità* del caso al fine di giustificare la (solo apparente⁷⁶) “anomalia” del proprio giudicato. In effetti, la Consulta non ha potuto non osservare che, per un verso, la nuova condizione dei coniugi si pone al di fuori del modello costituzionale del matrimonio «con il venir meno del requisito, per il nostro ordinamento essenziale, della eterosessualità» ma che, per altro verso, lo *status* della coppia in questione non possa semplicemente ricondursi alla categoria *same sex* in ragione del pregresso vissuto e dei reciproci diritti e doveri maturati, «non tutti necessariamente sacrificabili»⁷⁷ (ed è appena il caso di rimarcare che ciò è possibile solo in ragione della origine eterosessuale della loro unione). Tale peculiarità, però, non ha condotto la Corte costituzionale a orientarsi né verso una soluzione di accoglimento secco dell’incostituzionalità dell’art. 4 della legge sul transessualismo nella parte in cui dispone l’automatismo dello scioglimento⁷⁸ (che avrebbe consentito il permanere del rapporto di coniugio senza, con ciò, per le ragioni già ricordate, necessariamente incrinare il paradigma eterosessuale del matrimonio⁷⁹), né verso una interpretativa di rigetto⁸⁰

⁷⁴ Cfr. in tal senso B. PEZZINI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio di nuovo davanti alla Corte costituzionale*, cit., 28; A. D’ALOIA, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale*, cit., 672 ss.; L. PONZETTA, *Nota a margine della sentenza n. 8097/2015 della I sezione della Corte di Cassazione: il seguito della sentenza additiva di principio n. 170/2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 giugno 2015, 3.

⁷⁵ § 5.1 del *Considerato in diritto*.

⁷⁶ In realtà, tale anomalia risponde ad un protocollo operativo, per così dire, della Corte nei confronti del legislatore, già ampiamente noto alla dottrina, con il quale la Consulta opta dapprima per sentenza/e monito cui fa/fanno seguito, in caso di ulteriore inerzia legislativa, una additiva di principio o una additiva auto-applicativa o entrambe in sequenza tra loro.

⁷⁷ § 5.1 del *Considerato in diritto*.

⁷⁸ Cfr. B. PEZZINI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio di nuovo davanti alla Corte costituzionale*, cit., 36; P. BIANCHI, *Divorzio imposto, incostituzionale ma non troppo*, cit., 2.

⁷⁹ Ampia parte della dottrina è orientata in tal senso. Cfr., *ex multis*, G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. “divorzio imposto”*, in www.articolo29.it, 26 giugno 2014, par. 4; A. D’ALOIA, *Il “divorzio obbligato” del transessuale. Ancora un “incerto del mestiere di vivere” davanti alla Corte costituzionale*, in *Confronti costituzionali*, www.confrontocostituzionali.eu, 23 luglio 2013; R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto”*, cit., 2; F. BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio “imposto”*, cit., 2; C. BATTIATO, *Transgender e scioglimento coatto del rapporto coniugale*, cit., par. 5; B. PEZZINI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio di nuovo davanti alla Corte costituzionale*, cit., par. 5.

o una pronuncia di inammissibilità della questione per difetto di interpretazione conforme a Costituzione⁸¹ (che avrebbero aperto le porte ad una possibile – e comunque non tardiva – ri-lettura della Corte di Cassazione nel senso già illustrato nei paragrafi che precedono), ma a sposare la linea ermeneutica dell'ordinanza di rimessione della Corte di Cassazione⁸² ribadendo e consolidando gli elementi che aveva già avuto modo di affermare nella sentenza n. 138 del 2010⁸³.

Coerentemente con la propria giurisprudenza, pertanto, la Consulta ha escluso che il parametro invocabile per spingere verso una decisione di accoglimento potesse essere l'art. 29 Cost., poiché «la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente è quella stessa definita dal codice civile del 1942, che stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso»⁸⁴. Allo stesso modo, per risolvere la questione, non ha ritenuto che il parametro potesse essere l'art. 3 Cost., non sussistendo *ex professo* alcuna (ragionevole) discriminazione dal momento che «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»⁸⁵. Stessa sorte hanno subito tanto il riferimento all'art. 24 Cost., «perché non essendo configurabile un diritto della coppia non più eterosessuale a rimanere unita nel vincolo del matrimonio, non ne è, di conseguenza, ipotizzabile alcun *vulnus* sul piano della difesa»⁸⁶, quanto quello alla interposizione degli artt. 8 e 12 della CEDU, dal momento che essi fanno rinvio alla discrezionalità del legislatore nazionale in ordine alle eventuali forme di tutela per le coppie *same sex*⁸⁷.

Al Giudice delle leggi non è rimasto che ribadire quanto già sancito nella sentenza n. 138 del 2010 e cioè che le unioni omosessuali, nella cui categoria sarebbe transitata la con-

zionale, cit., 36. *Contra* A. LORENZETTI, *Quali possibili risposte dalla Corte di fronte ad un "incerto del mestiere di vivere"?*, cit., 59.

⁸⁰ Cfr. B. PEZZINI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio di nuovo davanti alla Corte costituzionale*, cit., 37 ss.

⁸¹ Analoghe osservazioni sono già in M. GATTUSO, *Cassazione: viola la Costituzione imporre il divorzio per il cambio di sesso*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 7 giugno 2013, par. 5; S. TALINI, *Il mutamento di sesso impone lo scioglimento del vincolo matrimoniale? La questione in una recente ordinanza di rimessione della Corte di Cassazione*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2013, n. 00, ult. p.; P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto"*, cit., 6; B. PEZZINI, *Riconoscere, negare o giustificare la discriminazione matrimoniale delle persone omosessuali? A proposito dell'interpretazione sistematico-originalista del matrimonio nell'articolo 29 Cost.*, in *Genus*, www.articolo29.it, 2014, n. 2, 12 ss.

⁸² Lo rileva criticamente, tra gli altri, anche F. BIONDI, *op. ult. cit.*, 1.

⁸³ In tal senso cfr. V. BALDINI, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente (brevi note a Corte costituzionale, sentenza n. 170/2014)*, in *Diritti fondamentali*, www.dirittifondamentali.it, 15 settembre 2014, 3 s., e R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto"*, cit., il quale rimarca che «una lettura libera da pre-giudizi della sentenza n. 138 portava infatti a dover concludere nel senso adesso solo ribadito dalla Corte: quindi nessuna sorpresa su questo versante» (p. 2) e definisce le due pronunce *de quibus* «sentenze sorelle», in «sostanziale e strettissima continuità» l'una con l'altra (p. 1). Per un commento molto critico sulla «perseveranza» della Corte nel ribadire quanto già statuito nella sentenza n. 138 del 2010, che «rischia di consolidare le correnti più conservatrici della cultura giuridica e – soprattutto – di rafforzare gli orientamenti politici più ostili al cambiamento», v. G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti*, cit., par. 3.

⁸⁴ § 5.2 del *Considerato in diritto*.

⁸⁵ § 5.4 del *Considerato in diritto*.

⁸⁶ § 5.4 del *Considerato in diritto*.

⁸⁷ § 5.3 del *Considerato in diritto*.

dizione della coppia ricorrente, trovano nella nozione di «*formazione sociale*» e, quindi, nell'art. 2 Cost., il corretto fondamento per la tutela costituzionale della dignità del loro rapporto umano inteso «come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri»⁸⁸. È proprio l'ultimo inciso che la Corte ha sentito l'esigenza di esplicitare (nuovamente): come si deve intendere l'espressione «*nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge*»? Innanzitutto, ha l'effetto di escludere che la stabile convivenza tra persone *same sex* e l'aspirazione al riconoscimento del diritto di vivere tale condizione di coppia in regime coniugale «*possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio*» e, in secondo luogo, che «*spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette*»⁸⁹.

Tanto premesso⁹⁰, rilevato che – tra «l'interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio» e «l'interesse della coppia, attraversata da una vicenda di rettificazione di sesso, a che l'esercizio della libertà di scelta compiuta dall'un coniuge con il consenso dell'altro, relativamente ad un tal significativo aspetto della identità personale, non sia eccessivamente penalizzato con il sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto, che essa vorrebbe, viceversa, mantenere in essere» – le norme indubiate risolvono lo specifico contrasto «in termini di tutela esclusiva di quello statutale», proprio in ciò ha rinvenuto il *vulnus* arrecato all'art. 2 Cost.⁹¹.

Tuttavia – e questo sembra essere il cuore della pronuncia in commento – la Corte, da un lato, ha perentoriamente escluso la possibilità di una «*reductio ad legitimitatem mediante una pronuncia manipolativa, che sostituisca il divorzio automatico con un divorzio a domanda, poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost.*»; dall'altro lato, ha esortato il legislatore a rimuovere «*con la massima sollecitudine*» la situazione d'illegittimità ordinamentale che determina il *deficit* di tutela dei diritti dei soggetti coinvolti nella vicenda *de qua*⁹².

In realtà, solo il dispositivo, indubitabilmente di accoglimento, non consente di inquadrare la sentenza, come avrebbe potuto (e dovuto?) essere più linearmente, nella tipologia delle monitorie di rigetto, utilizzate dalla Corte quando vuole lanciare un chiaro messaggio al legislatore preannunciando che, in caso di ulteriore inerzia nel disciplinare una materia che non può più reggersi solo su soluzioni giurisprudenziali o su speculazioni dottrinali, seguirà una sentenza capace di incidere sul concreto assetto (o vuoto) normativo. Ciononostante, il

⁸⁸ § 5.5 del *Considerato in diritto*.

⁸⁹ § 5.5 del *Considerato in diritto*.

⁹⁰ Fin qui nulla di particolarmente nuovo rispetto al suo precedente giudicato dovendosi, anzi, ravvisare un certo numero di "auto-citazioni", tecnica a cui la Corte solitamente ricorre al fine di rafforzare la *vis* retorica del proprio pronunciato in un virtuoso scambio di reciproca "autolegittimazione": si rafforza "il pronunciato attuale" sottolineandone la coerenza con "il precedente" e, nello stesso tempo, si consolida "il precedente" rinnovandolo nel "pronunciato attuale".

⁹¹ § 5.6 del *Considerato in diritto*.

⁹² § 5.6 del *Considerato in diritto*.

dispositivo non sembra poter produrre effetti diversi da quelli propri di un'additiva di principio a contenuto generico⁹³, come si evince dall'inciso che conclude i punti 1) e 2) del dispositivo medesimo, e cioè «con le modalità da statuirsi dal legislatore», se non nella misura in cui è presumibile che una futura legge non dovrebbe poter non disciplinare anche la situazione in oggetto, garantendo un'effettiva e adeguata tutela ai soggetti che versassero nelle identiche o analoghe condizioni a quelle *de quibus*⁹⁴.

Sotto questo punto di vista, dichiarare illegittimo *ciò che manca ma che può essere definito solo dal legislatore*, e cioè l'assenza di «un'altra forma di convivenza registrata, diversa dal matrimonio» che possa applicarsi a questa situazione, in assenza dell'oggetto su cui far valere l'effetto demolitorio del dispositivo di accoglimento⁹⁵, sembra, semmai, esprimere la preoccupazione della Corte che in tale ambito tematico un, per così dire, semplice monito sarebbe potuto cadere, una volta di più, nell'ineffabile gorgo delle “sabbie mobili” legislative. Essa, pertanto, potrebbe aver preferito rafforzare il pronunciato monitorio con il dispositivo di accoglimento⁹⁶, in quella che potrebbe anche definirsi una *monitoria “rinforzata”*

⁹³ In tale categoria collocano la pronuncia in questione, tra gli altri, R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto”*, cit.; F. BIONDI, *op. ult. cit.*; G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti*, cit.; G. PARODI, *Interessi non bilanciabili e decisioni d'incostituzionalità meramente dichiarative. Il seguito nel giudizio a quo della sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Genus*, www.articolo29.it, 2015, n. 1, 109 ss.; A. RAPPOSELLI, *Illegittimità dichiarata ma non rimossa*, cit., 6 s., quest'ultimo non senza prima aver illustrato che la sentenza in questione (così come la n. 278 del 2013) sarebbe, più propriamente, una sentenza “*additiva di procedimento*”, suscettibile, in astratto, «di assumere sia le vesti di additive di regola che quelle di additive di principio».

⁹⁴ Cfr. C. PANZERA, *Il discutibile seguito giudiziario dell'additiva di principio sul “divorzio imposto”*, cit., 3, il quale rileva che «la *pars destruens* della pronuncia costituisce un'operazione ancora più artificiosa e fittizia di quanto solitamente avviene nelle “comuni” additive di regole, essendo interamente funzionale alla esplicitazione di un principio talmente vago da risultare chiaro soltanto nel suo significato minimo-essenziale (nello specifico, l'esistenza di una *disciplina giuridica adeguata* della nuova forma di convivenza prodotta dal cambiamento di sesso di uno dei due coniugi), ma nulla di più». In tal senso v. già A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia*, cit., secondo il quale «con ogni verosimiglianza, significa che il regime delle coppie di fatto – omosessuali o eterosessuali che siano – quale risulterà dopo che si sarà finalmente dato seguito alla sollecitazione contenuta nella sentenza n. 138 del 2010, legittimamente potrà (e, anzi, dovrà) essere diverso da quello della nuova coppia costituita dagli ex coniugi a seguito del mutamento di sesso di uno dei due e del conseguente scioglimento del loro vincolo matrimoniale» (p. 4). Secondo l'A., difatti, «è il canone della ragionevolezza, in una delle sue più qualificanti espressioni, vale a dire quale congruità della norma rispetto al “fatto”, a sollecitare l'adozione di misure legislative peculiari per ciascuno di questi gruppi sociali» (p. 5). A suo avviso, in definitiva, «accanto alla famiglia in senso stretto (o strettissimo), quale definita nell'art. 29 Cost., nella interpretazione datane dalla Corte, avremo delle unioni “parafamiliari”, composte da soggetti (omosessuali o eterosessuali che siano) che non abbiano avuto un “pregresso vissuto” familiare, quale quello caratterizzante i soggetti protagonisti della odierna vicenda, e, ancora distinta da tali unioni, una speciale (o specialissima) formazione sociale che potremmo chiamare “quasi familiare” (o “familiare” *minus quam perfecta*), risultante dai soggetti stessi» (p. 5).

⁹⁵ Cfr. R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto”*, cit., 4 s., il quale rileva che «la particolarità della sent. n. 170 sta nel fatto che verrebbe a mancare proprio l'“immancabile” effetto demolitorio e quindi anche il “doppio effetto paralizzante”, in quanto la norma impugnata dovrebbe continuare ad essere applicata, in quanto non solo non incostituzionale, ma addirittura costituzionalmente necessaria». Su tale ambiguità v. anche P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”*, cit., 14.

⁹⁶ Cfr. A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia*, cit. 3, secondo il quale «si potrebbe ragionare nel senso che dall'additiva di principio discenda a carico del legislatore un vincolo giuridico di *facere* che non sarebbe astrattamente configurabile in relazione ai moniti contenuti in pronunzie di rigetto (...) Diciamo allora che l'additiva di principio può tutt'al più esprimere una carica di persuasività maggiore di quella racchiusa in una decisione di rigetto con monito: nei fatti, però, il quadro normativo di risulta non muta».

da un dispositivo di accoglimento a contenuto generico⁹⁷ – ma, in definitiva, sostanzialmente di rigetto⁹⁸ – sì da comprimere quanto più possibile la discrezionalità del legislatore in ordine all'*an*, al *quomodo*⁹⁹ e, volendo, persino in ordine al *quando* («*massima solerzia*») di una futura (necessaria) disciplina.

La Corte costituzionale, pur rivolgendosi essenzialmente al legislatore¹⁰⁰, non sembra, dunque, aver mancato (o, quantomeno, aver mancato del tutto) di orientare anche il giudice del rinvio sull'uso da fare della pronuncia n. 170: per quanto con una forma definita un po' "pasticciata" da autorevole dottrina¹⁰¹, la Consulta indica alla Corte di Cassazione di rigettare il ricorso perché ogni diversa soluzione «*equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost.*». Deve essere il legislatore, nella sua discrezionalità, a definire quanto prima la disciplina di casi che l'attuale regime normativo non tutela come «*forma di comunità, connotata dalla stabile convivenza tra due persone, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione*»¹⁰². D'altronde, acclarato non esservi una sola soluzione legislativa costituzionalmente possibile per delineare *i tempi, i modi e i limiti* del diritto fondamentale di due persone dello stesso sesso di vivere una relazione di coppia riconosciuta giuridicamente con connessi diritti e doveri, sembra che, nell'intendere della Corte costituzionale, la definizione della condizione dei ricorrenti non avrebbe dovuto poter essere nella disponibilità di alcun giudice, meno che mai avvalendosi del dispositivo generico che essa ha reso al rinvio della Corte di Cassazione. In altri termini, pur con tutte le riserve sin qui palesate sul merito della decisione della Consulta, l'evidenza di quanto essa ha ritenuto essere nella propria disponibilità di Giudice delle leggi e di quanto la Cassazione possa disporre nel rispetto delle prerogative del legislatore e della stessa Consulta avrebbe dovuto orientare, coerentemente con l'approccio ermeneutico prescelto da entrambe le Alte Corti, verso il sacrificio integrale delle pretese dei ricorrenti, pur riconoscendone una dignità e un fondamento costituzionale da "ristorare" nel più breve tempo possibile.

⁹⁷ Che la sentenza si presti ad essere differentemente inquadrata a seconda che se ne privilegi la parte motiva o il dispositivo, lo rilevano già A. RUGGERI, *Il matrimonio "a tempo" del transessuale*, cit., il quale, anzi, riconduce ad unità lo iato tra le due parti della sentenza qualificandola quale "mista" (p. 308), e G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti*, cit., par. 2.

⁹⁸ A questa condivisibile conclusione giunge C. PANZERA, *Il discutibile seguito giudiziario dell'additiva di principio sul "divorzio imposto"*, cit., 8.

⁹⁹ Ritengono che in questo caso si configuri un vero e proprio vincolo al legislatore C. BATTIATO, *Transgender e scioglimento coatto del rapporto coniugale*, cit., par. 4.1; C. PANZERA, *Il discutibile seguito giudiziario dell'additiva di principio sul "divorzio imposto"*, cit., 6 e 8; G. PARODI, *Interessi non bilanciabili e decisioni d'incostituzionalità meramente dichiarative*, cit., 116.

¹⁰⁰ Cfr. R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto"*, cit.; G. PARODI, *Interessi non bilanciabili e decisioni d'incostituzionalità meramente dichiarative*, cit., 114.

¹⁰¹ Un «pasticcio» la definisce A. RUGGERI, *Il matrimonio "a tempo" del transessuale*, cit., 304.

¹⁰² Nel merito questa posizione è stata già evidenziata, tra gli altri, da V. BALDINI, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente*, cit., 12, e A. RAPPOSELLI, *op. cit.*, 12.

4. La sentenza n. 8097 del 2015 della Corte di Cassazione, I Sezione civile, decide “il ritorno al futuro” della “strana” coppia. Il seguito giurisprudenziale di ciò che la Corte costituzionale non dice (e, anzi, contraddice)

La conclusione appena esposta – a tacere del rilievo di chi ha sottolineato che qualunque seguito giurisprudenziale, in assenza di intervento legislativo, avrebbe in ogni caso ingenerato nell’ordinamento interno una sostanziale contrarietà alla Costituzione¹⁰³ – non è apparsa, invece, a tutti come l’unica possibile e, anzi, una parte della dottrina, cimentandosi in chiave prognostica sui possibili esiti della vicenda e sul possibile seguito della sentenza n. 170, aveva posto in evidenza soluzioni diverse rispetto a quella della forzata caducazione del matrimonio. Ponendo particolare enfasi sul disallineamento tra parte motiva e parte dispositiva della sentenza della Corte costituzionale e sul rischio che la tutela dei diritti dei soggetti coinvolti potesse rimanere nell’area della «indeterminatezza», alcuni autori hanno ipotizzato «una soluzione transitoria che riconosca la forza giuridica intrinsecamente connessa alla dichiarazione di illegittimità costituzionale»¹⁰⁴ che emergerebbe dalla «scelta specifica e caratterizzata» della Corte costituzionale di pronunciare «una sentenza di illegittimità costituzionale nelle forme di una sentenza additiva (...) che differisce dal mero monito e che ha la capacità di produrre effetti più diretti ed incisivi sul giudizio *a quo*»¹⁰⁵. In tal senso, la soluzione proposta auspicava che il giudice *a quo* optasse per la sospensione dell’applicazione degli artt. 2 e 4 della legge n. 164 del 1982 fino al momento dell’entrata in vigore di una legge sulle convivenze registrate, sottoponendo il matrimonio dei ricorrenti a una condizione risolutiva, così evitando, in altri termini, che ci potesse essere «coincidenza temporale tra (passaggio in giudicato della) sentenza di rettificazione e scioglimento del matrimonio divenuto tra persone dello stesso sesso»¹⁰⁶.

Non è dato sapere quanto influenzata dalla tesi anticipata dalla dottrina or ora ricordata, ma il Giudice del rinvio ha sposato in pieno l’autorevole “suggerimento” ed ha accolto il ricorso degli interessati, dichiarando illegittime le annotazioni che hanno condotto alla cessazione degli effetti civili del loro matrimonio e disponendo la loro cancellazione.

¹⁰³ Cfr. F. BIONDI, *La sentenza additiva sul c.d. divorzio “imposto”*, cit., ult. p., la quale, peraltro, evidenzia che ai ricorrenti, nell’ordinamento interno, non poteva che rimanere la strada di «esperire azioni di accertamento di singoli diritti al fine di veder riconosciute alcune forme di tutela».

¹⁰⁴ Così G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti*, cit., par. 2.

¹⁰⁵ Così B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, cit.

¹⁰⁶ Ancora B. PEZZINI, *op. ult. cit.*, la quale, inoltre, precisa che, in ogni caso, «la condizione delle coniugi viene profondamente trasformata, proiettandosi verso una condizione di diversa e minore tutela giuridica ed entrando sin da subito in una dimensione di precarietà». Cfr. della stessa A. anche *La Corte costituzionale applica una condizione risolutiva al matrimonio del transessuale*, in *Confronti costituzionali*, www.confronticostituzionali.eu, 17 giugno 2014. Non mancano, peraltro, altri Autori che ritengono la sentenza della Corte di Cassazione essere «un epilogo di certo ineccepibile sul piano del “seguito” che la Cassazione era chiamata a dare alla pronuncia della Corte costituzionale (...) sul piano dei principi e difficilmente ineludibile alla luce del dispositivo, pur problematico, della sentenza n. 170/2014» (così, esattamente, G.P. DOLSO, *Un matrimonio a tempo per il “transessuale tardivo”*, cit., 103).

Ciò che maggiormente desta perplessità è il modo con cui la Corte di Cassazione ha ribaltato la progressione logica della pronuncia della Consulta¹⁰⁷ giungendo a ritenerla auto-applicativa con una tecnica di richiamo “a ritaglio” di passi che, però, estrapolati “ad arte” dall’intero contesto motivato, le hanno fatto dire ciò che essa non aveva detto¹⁰⁸. A sottolineare lo iato tra le due pronunce, non manca, difatti, chi abbia rilevato che, nella sostanza, il pronunciamento della Corte di cassazione evidenzia una «palese discontinuità con l’indirizzo del giudice costituzionale» al punto da apparire «un confronto/scontro» tra i due giudici¹⁰⁹ che rinverrebbe un profilo di reciproca coerenza sistematica solo nel «richiamo alla socialità del matrimonio» voluto dal Giudice della nomofilachia¹¹⁰.

Quand’anche tutto ciò possa apparire giustificabile, in qualche modo, tenendo conto della complessa veste decisoria della sentenza n. 170 del 2014, permane la convinzione che la Corte di Cassazione sia andata ampiamente oltre i propri poteri nomofilattici¹¹¹ nel tentativo di soddisfare una situazione indubbiamente meritevole di tutela ma dai connotati ancora troppo astratti per poter essere attualizzata “per mano” di un giudice¹¹². Quest’ultima, inoltre, ha ammantato l’autorevolezza del proprio *decisum* con una precisazione davvero discutibile lì dove, pur puntualizzando che «non determina l’estensione del modello matrimoniale alle unioni omoaffettive»¹¹³, ha rilevato che «tale opzione ermeneutica è costituzionalmente obbligatoria». In realtà, tale ultima affermazione non solo è negata dalla Corte costituzionale – sia implicitamente, lì dove non ha deciso con una manipolativa di accoglimento, sia *per tabulas*, lì dove rimarca come non vi possa essere un’unica interpretazione conforme richiamando, invece (più volte), la necessità che sia il legislatore a sceglierne una fra le tante possibili – ma, di più, contraddice lo stesso precedente operato della Corte di cassazione nella misura

¹⁰⁷ Rileva C. PANZERA, *Il discutibile seguito giudiziario dell’additiva di principio sul “divorzio imposto”*, cit., 2, che la «discutibile soluzione» rovescia il dettato della Corte costituzionale.

¹⁰⁸ Circostanza opportunamente sottolineata anche da R. CATALDO, *La prospettiva de iure condito e de iure condendo della sentenza n. 8097/2015 della Corte di Cassazione sul matrimonio omosessuale sottoposto a condizione temporale risolutiva*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2015, n. 3, 11 ss.

¹⁰⁹ Così V. BALDINI, *Riflessioni a caldo sulla sentenza n. 8097/15: il Giudice della nomofilachia smentisce la Corte costituzionale in tema di matrimonio tra omosessuali?*, in *Diritti fondamentali*, www.dirittifondamentali.it, 1.

¹¹⁰ Così R. CATALDO, *La prospettiva de iure condito e de iure condendo della sentenza n. 8097*, cit., 14.

¹¹¹ A. SPADARO, *Matrimonio “fra gay”*, cit., 360, rimarca, di recente, un inequivocabile *obiter dictum* della sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale in cui, a proposito dell’art. 29 Cost., “ricorda” che «il significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un’interpretazione creativa».

¹¹² In tal senso, potrebbe dirsi essere stata una decisione per ampia parte suggerita da una prospettiva *de iure condendo*, come ha osservato R. CATALDO, *op. ult. cit.*, 15 ss. A. RUGGERI, *Il matrimonio “a tempo” del transessuale*, cit., 312, esclude che in questo caso il giudice possa avviare «in via “sussidiaria”» all’inerzia del legislatore anche solo «a titolo precario». Decisamente diverso il giudizio complessivo espresso sull’operato della Corte di Cassazione da G. BRUNELLI, *Matrimonio same-sex e unioni civili: alla ricerca di una tutela costituzionale e sovranazionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11 novembre 2015, secondo la quale la sentenza è «un passo reso necessario, ancora una volta, dall’inerzia del legislatore e dall’intrinseca funzione contromaggioritaria del giudice costituzionale».

¹¹³ Non manca chi vede in questa precisazione la volontà «di mitigare il contrasto creato rispetto alle intenzioni della Corte costituzionale» (L. PONZETTA, *Nota a margine della sentenza n. 8097/2015 della I sezione della Corte di Cassazione*, cit., 8) ovvero una «*excusatio non petita* ... » (V. BALDINI, *Riflessioni a caldo sulla sentenza n. 8097/15*, cit., 4).

in cui quest'ultima non ha provveduto in tal senso nel 2013 con interpretazione conforme, preferendo sollevare questione di legittimità costituzionale.

La Corte di Cassazione, invece, ha rinvenuto nella illegittimità della “legge che non c'è” motivo per *non* applicare una norma vigente che ha resistito al vaglio di costituzionalità – traendone, semmai, come si diceva, maggiore vigore legislativo – e applicarne una che, a sua volta, “non c'è”, che non può essere individuata per analogia *legis* e, meno che mai, per analogia *iuris*¹¹⁴. Tutto questo giungendo a creare un istituto che trova il suo fondamento in un principio che deve (ancora) essere riempito di contenuti dal legislatore e che, non di meno, crea intuitivamente disparità di trattamento rispetto a situazioni (queste sì) omogenee (quando non identiche)¹¹⁵.

Certo, tale matrimonio è da intendersi valido solo “a tempo”, cioè solo fintanto che il legislatore non avrà approvato una legge che disciplini anche il singolare caso della coppia *de qua*¹¹⁶, suo malgrado, tanto “strana” da essere unita: a) in matrimonio che però non è un vero matrimonio; b) non così a lungo come potrebbe volere, dovendo tenere in conto che, quale causa interruttiva del rapporto para-matrimoniale in cui versa, oltre alla volontà di uno di loro o alla morte, vi sarà anche la “solerzia” del legislatore la cui rapidità, in questa specifica situazione, si configura, paradossalmente, in rapporto inversamente proporzionale alla pienezza della tutela della loro singolare posizione giuridica; c) benché gli artt. 2 e 4 della legge n. 164 del 1982, che avrebbero dovuto regolare il suo automatico scioglimento all'atto del passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di sesso di uno dei suoi componenti, pur non essendo stati invalidati dalla pronuncia della Corte costituzionale – ed anzi avendo ricevuto da essa conferma ulteriore della loro conformità a Costituzione¹¹⁷ – non sono stati applicati o, quantomeno, non sono stati applicati così come dispongono.

Ad ogni modo, al di là dell'approccio della Corte di Cassazione, qualcosa non deve aver funzionato nella “capacità persuasiva”, per così dire, della pronuncia della Corte costituzionale se è vero che il perentorio assunto secondo il quale deve escludersi, nel caso di specie, qualunque opzione interpretativa di tipo manipolatorio non è stato colto neanche dalla giurisprudenza di merito. In tal senso, può essere contemplata la pronuncia del Tribunale di

¹¹⁴ Cfr. A. RUGGERI, *Il matrimonio “a tempo” del transessuale*, cit., 307.

¹¹⁵ Cfr., in tal senso, V. BALDINI, *Riflessioni a caldo sulla sentenza n. 8097/15*, cit., 5, e R. CATALDO, *La prospettiva de iure condito e de iure condendo della sentenza n. 8097/2015 della Corte di Cassazione*, cit., 14, la quale parla in proposito di «possibile “effetto eco”» della sentenza della Cassazione quale fonte di discriminazione tra «coppie unite in matrimonio poi divenute omosessuale a causa del sopraggiunto mutamento genotipico e le coppie omosessuali non ancora, e giammai, coniugali».

¹¹⁶ ... determinando un singolare «effetto Lazzaro» delle norme che impongono lo scioglimento coatto, come sottolinea R. ROMBOLI, *La Corte (di Cassazione) dei miracoli*, cit., 123.

¹¹⁷ Cfr. A. RUGGERI, *Il matrimonio “a tempo” del transessuale*, cit., 307, il quale evidenzia come «la Corte ci ha detto, con estesa argomentazione, che la norma di legge che prevede lo scioglimento automatico del matrimonio del soggetto che sia transitato ad altro sesso non è affatto contraria a Costituzione; tutt'all'inverso, è l'unica soluzione normativa possibile, discendente “a rime obbligate” dall'art. 29 Cost.». Rimarcano, più di recente, che la pronuncia della Corte costituzionale, anche ove la si voglia ritenere a contenuto “complesso”, in ogni caso è indubitabilmente di rigetto per la parte che “indubbia” la legittimità dell'art. 4 della legge n. 164 del 1982 (cfr. R. ROMBOLI, *La Corte (di Cassazione) dei miracoli*, cit., 122, e A. RUGGERI, *Il “controcanto” stonato della Cassazione alla Consulta*, cit., 130).

Milano del 22 aprile 2015¹¹⁸, di un solo giorno successiva al deposito in cancelleria della sentenza n. 8097 della Corte di Cassazione, e, quindi, presumibilmente da quest'ultima non influenzata¹¹⁹.

Il giudice milanese non ha mostrato alcuna reticenza nell'evidenziare la preoccupazione *sostanziale* sottesa al problema *processuale* in questione lì dove non ha potuto fare a meno di notare che, ove mai i coniugi presentino istanza di mantenimento in vita del rapporto, ci si troverebbe «al cospetto di un *horror vacui*» che, in attesa di un auspicabile tempestivo intervento del legislatore, potrebbe essere risolto solo in due modi: disponendo l'effetto caducatorio *ex lege*, così negando tutela ad un diritto *particolare e specifico* che la Consulta ha ritenuto essere di rango costituzionale, ovvero ammettendo la validità ed efficacia del matrimonio, così «*ottenendo quel risultato ritenuto dalla stessa Corte delle leggi non aderente all'art. 29 Cost.*».

Quand'anche la Corte di merito non abbia avuto necessità di sciogliere tale nodo gordiano, dal momento che i ricorrenti avevano «manifestato in modo univoco la loro intenzione di non considerarsi più marito e moglie», la pronuncia presenta comunque profili di interesse nella parte in cui, condividendo i dubbi ermeneutici sollevati dalla Cassazione nell'ordinanza n. 14329 – e sulla scorta di essi – ha interpretato il contenuto della sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale in modo simile a quanto fatto dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 8097, definendone nel dettaglio anche i profili processuali.

Innanzitutto, non ha ritenuto di dare peso al dato letterale impresso nel novellato art. 3, comma 2, lettera g), della legge n. 898 del 1970, evitando di prendere partito sull'eventuale ipotesi che, dopo il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di sesso, sia il giudizio divorzile la sede più adatta per la verifica della volontà delle parti in ordine al mantenimento del vincolo sorto a seguito della loro unione matrimoniale. Ha ribadito, anzi, che la sede in cui decretare tale effetto sia proprio il «procedimento giurisdizionale di rettifica dell'attribuzione di sesso» potendo i coniugi in quella sede «formulare istanza al giudice per essere autorizzati a mantenere in vita la coppia, anche se in forma diversa dal matrimonio», come essa ritiene discendere dal «*diktat*» (*sic!*) della Corte costituzionale. A tal proposito, può cogliersi l'espressa menzione della necessità di «accertare l'effettiva volontà dei coniugi» «rendendoli partecipi del procedimento promosso dal PM, disponendone l'audizione», «*litisconsorti necessari*» nel caso chiedano «di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata».

D'altronde, la coerenza processuale di quanto appena esposto viene rinvenuta anche nel recente art. 31, comma 3, del d.lgs. n. 150 del 2011, che modifica la legge n. 164 del

¹¹⁸ In *Articolo29*, www.articolo29.it.

¹¹⁹ Nella pronuncia del Tribunale di Milano sono richiamate solo l'ordinanza n. 14329 del 2013 della Corte di Cassazione e la sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale. Tale circostanza può far presumere che le conclusioni cui sia giunta la Corte di merito siano parallele a (e indipendenti da) quelle cui è giunta la Corte di Cassazione. Diversamente, però, A. RUGGERI, *Il "controcanto" stonato della Cassazione alla Consulta*, cit., 127, nt. 2, il quale ritiene di individuare proprio nella sentenza milanese ora citata una prima applicazione della portata nomofilattica della sentenza n. 8097 della Corte di Cassazione. Legge la pronuncia del Tribunale di Milano come «conferma» della sentenza n. 8097 del 2015 della Corte di Cassazione anche A. VERONESI, *Per una discussione sulla sentenza n. 8097/2015*, in *Genius*, www.articolo29.it, 2015, n. 1, 94 ss., 94, punto 2, e 95, punto 5.

1982 nel punto in cui esso prescrive che «l'atto di citazione [delle controversie in materia di rettificazione di attribuzione di sesso] è notificato al coniuge e ai figli dell'attore». Tale coerenza, però, sarebbe «applicabile alle controversie in materia di rettificazione di attribuzione di sesso ma solo per quelle depositate in data successiva alla data di deposito della sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale»¹²⁰ il cui ulteriore precipitato concreto consisterebbe, dunque, nell'inibire l'effetto estintivo automatico del matrimonio «*in difetto di qualsivoglia accertamento in ordine alla volontà dei partners*». Di qui la conseguenza che la pronuncia sullo scioglimento o sulla cessazione degli effetti civili del matrimonio, finora prospettata come solo *dichiarativa* a seguito della rettificazione di attribuzione di sesso, possa assumere, invece, natura *costitutiva* o *quasi-costitutiva* lì dove debba tener conto della «*reale volontà delle parti*» da verificare di volta in volta, in relazione al caso concreto.

In altri termini, anche secondo il Tribunale di Milano, il dilemma che la pronuncia n. 170 del 2014 sembra porre può essere ricondotto a soluzione solo intendendo la sentenza come un'additiva auto-applicativa che mantiene intonso l'effetto automatico della caducazione del rapporto matrimoniale a seguito di rettificazione di attribuzione di sesso di uno dei coniugi, salvo che la coppia non manifesti la ferma volontà di mantenere in vita il legame «*anche se in forma diversa dal matrimonio*».

5. In conclusione, qualche osservazione

Nelle more della pubblicazione del presente contributo, il Senato della Repubblica, anche nel dichiarato rispetto delle pronunce della Corte costituzionale, il 25 febbraio 2016 ha proceduto all'approvazione del d.d.l. c.d. Cirinnà recante «*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*» ed è altamente probabile che esso venga approvato senza modifiche anche dall'altro ramo del Parlamento. All'interno della proposta di legge n. 3634 della Camera dei deputati è disciplinato il caso oggetto delle presenti note. L'art. 1, comma 27, dispone, infatti, che «*alla rettificazione anagrafica di sesso, ove i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili, consegue l'automatica instaurazione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso*».

Alla luce della disposizione ora citata, potrebbe persino appalesarsi la suggestione in ordine alla correttezza dell'uso dell'espressione “divorzio imposto” per descrivere, seppur

¹²⁰ Peralto, quand'anche si voglia intendere la sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale quale additiva auto-applicativa, opinabile appare la limitazione dell'efficacia della stessa alle sole controversie di rettificazione di sesso incardinate successivamente alla data del suo deposito. Tale interpretazione – a tacere dei dubbi sul potere di un giudice comune di manipolare per il passato l'efficacia delle sentenze di accoglimento del Giudice costituzionale – discriminerebbe irragionevolmente quelle coppie, di cui è parte un transessuale, il cui matrimonio non possa dirsi sciolto (perché non ancora disposto da un giudice, secondo la tesi ricordata *supra* par. 2, ovvero perché non ancora annotato *ex officio* da un ufficiale di stato civile, secondo la tesi della Cassazione qui esaminata) e che vorrebbero “accedere” al nuovo istituto del “matrimonio a tempo” nonché quelle coppie, di cui è parte un richiedente rettificazione di sesso, la cui domanda, ancorché depositata prima della sentenza *de qua*, non sia stata ancora esaminata.

solo evocativamente, la fattispecie *de qua*. Se, in realtà, corrisponde al vero che il matrimonio, quale istituto tipico del diritto di famiglia, sarebbe sempre sciolto o ne cesserebbero sempre gli effetti civili all'atto della rettificazione di sesso di uno dei coniugi, sembra pur vero che tali effetti non si "imporrebbero" (più) sulla concorde volontà degli stessi. Infatti, che quest'ultima sia nel senso di mantenere in forma giuridica (quand'anche diversa dalla precedente) il legame affettivo e il sodalizio di vita comune ovvero che entrambi i coniugi siano d'accordo per il suo dissolvimento, la decisione sarebbe comunque frutto della determinazione da loro espressa in sede giudiziaria. Una imposizione propriamente detta permarrebbe, a questo punto, solo nel caso vi fosse un dissenso fra i coniugi in ordine al futuro del loro legame e solo nei confronti di uno di loro¹²¹. In ogni caso, secondo lo schema suggerito dal Tribunale di Milano del 22 aprile 2015, sembrerebbe che l'estinzione automatica del matrimonio eterosessuale interessato dalla rettificazione anagrafica di sesso di uno dei coniugi non dovrebbe più potersi dire propriamente tale dal momento che gli effetti conseguenti alla rettificazione medesima dovrebbero essere sempre valutati *funditus* dal giudice di quest'ultima con il risultato, quantomeno, di escludere che un ufficiale di stato civile abbia a procedere *motu proprio* alle relative annotazioni in assenza di uno specifico ordine del giudice potendo quel giudizio essere anche prodromico all'instaurazione di una unione civile tra persone dello stesso sesso. In questo caso, tra l'altro, stante l'automatismo della costituzione di quest'ultima – ove i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili – non dovrebbe applicarsi alla fattispecie in questione il comma 2 dell'art. 1¹²² e, probabilmente, le attestazioni e gli adempimenti previsti nei commi 9, 10 e 12 potrebbero essere soddisfatti senza ulteriori formalità nella sede del giudizio di rettificazione di sesso e poi trasmesse all'ufficiale di stato civile per le successive annotazioni del caso e per la registrazione prevista dal comma 3¹²³.

L'art. 1, comma 26, norma, inoltre, l'ipotesi in cui sia un componente di una unione civile a ottenere una sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso. In tal caso, l'unione si scioglierebbe automaticamente non essendo più costituita da persone dello stesso sesso. Si introdurrebbe, pertanto, una sorta di "scioglimento imposto dell'unione civile"¹²⁴ con la differenza che essa non dovrebbe potersi trasformare in matrimonio anche ove le parti manifestassero la volontà di mantenere saldo il rapporto di *affectio coniugalis* e di *communio omnis*

¹²¹ A dire il vero, qualche perplessità può anche destare la scelta legislativa di fondare l'automatica instaurazione di una «unione civile» sulla manifesta volontà dei coniugi di non voler sciogliere un «matrimonio» subordinando, quasi beffardamente, il transito *ope legis* in un nuovo regime giuridico non matrimoniale al comune intento dei coniugi di voler, invece, permanere nel precedente regime, questo sì matrimoniale. Forse meglio sarebbe stato usare una formula differente che enfaticamente, in positivo, la volontà di mantenere in vita, anche giuridicamente, il pregresso legame.

¹²² La disposizione *de qua* recita: «Due persone maggiorenni dello stesso sesso costituiscono un'unione civile mediante dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni».

¹²³ La materia, peraltro, sarà oggetto della disciplina dei decreti legislativi da adottarsi ai sensi del comma 28, spec. lett. a) e c).

¹²⁴ Speculare a quella del "divorzio imposto" vigente nel momento in cui tali note vengono licenziate piuttosto che a quello che si configurerà quando il d.d.l. c.d. Cirinnà sarà divenuto legge.

*vitae*¹²⁵. Va da sé, però, che i due soggetti, non più civilmente uniti, potrebbero accedere successivamente all'istituto matrimoniale vero e proprio.

Ad ogni modo, quali che siano gli esiti del percorso legislativo *in itinere* e le problematiche che la legge porrà, sotto molteplici punti di vista, a dottrina e giurisprudenza, non pare venir meno il rilievo dell'osservazione, in questa sede sostenuta, che il giudicato della Corte di Cassazione, per quanto nella sostanza "giusto"¹²⁶ e, probabilmente, perfino predittivo, sia stato non propriamente "fedele" alla pronuncia della Corte costituzionale cui dà seguito. Certo, la tentazione (sino a renderla concreta) di un discutibile *salto interpretativo in avanti*, quale quello di cui si è fin qui reso conto, è stato alimentato tanto dal ricorso della Consulta ad una pronuncia "atipica" o "ibrida" o "complessa" o, in ogni caso, "anomala" rispetto alle classificazioni invalse in dottrina, quanto dalla protratta assenza di un avvertito intervento legislativo (comunque mai troppo tardivo). Ciò non toglie che la sentenza n. 8097 della Corte di Cassazione si inserisca a pieno titolo (se non altro a futura memoria) in un elenco di pronunce di giudici *a quibus* che rende evidenza della possibilità sempre più concreta di un corto circuito nella definizione della ripartizione delle reciproche (ed esclusive) competenze interpretative¹²⁷, che già risente (e non poco) della imprescindibile influenza delle Carte europee e delle loro Corti nel panorama di tutela multilivello dei diritti.

Ciò impone alla dottrina di interrogarsi circa eventuali rimedi a salvaguardia della concreta tenuta del giudicato costituzionale nei confronti di un seguito giurisprudenziale "infedele", specie se del giudice della nomofilachia¹²⁸. In assenza di soluzioni convincenti quest'ultimo, invero, potrebbe apparire, come nel caso qui esaminato, alla stregua di una

¹²⁵ Tale differenza è già stata oggetto di critiche in ordine alla sua ragionevolezza e, quindi, anche alla sua legittimità (cfr. M. GATTUSO, *Cosa c'è nella legge sulle unioni civili: prima guida*, in [Articolo29](http://www.articolo29.it), www.articolo29.it, 25 febbraio 2016, par. 4.6). In realtà, ciò potrebbe essere giustificato dalla differente disciplina procedurale del matrimonio rispetto alla quale la disposizione citata, se consentisse l'automatico transito da una unione civile al matrimonio, si porrebbe in regime di deroga o di specialità.

¹²⁶ Nell'ottica propugnata da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, spec. 203 ss.

¹²⁷ Cfr. A. RUGGERI, *Il "controcanto" stonato della Cassazione alla Consulta*, cit., 131, secondo il quale sia i giudici comuni che la Corte costituzionale «sembrano refrattari a restare fedeli alle regole che presiedono all'esercizio delle loro funzioni, persino alle volte alle regole che essi stessi si danno, facendo luogo a singolari ed eccentriche invenzioni di nuove tecniche decisorie ovvero piegando quelle esistenti ad usi impropri, secondo occasione». È opinione di C. PANZERA, *Il discutibile seguito giudiziario dell'additiva di principio sul "divorzio imposto"*, cit., 7, che «la causa della spiccata creatività della Corte sul punto risiede proprio nella *originaria penuria* di strumenti adeguati a risolvere positivamente le questioni sempre più complesse nascenti da un sistema sociale e giuridico in continua evoluzione».

¹²⁸ La soluzione, forse, più convincente, quand'anche la più cruenta, per così dire, rimane, *de iure condito*, quella del conflitto di attribuzione per *menomazione* sollevato dalla Corte costituzionale dinanzi a se stessa essendo uno strumento suscettibile di adattarsi a un più ampio spettro di ipotesi di scontro tra giudici comuni e giudice costituzionale (con riferimento al caso di specie v. le osservazioni di A. RUGGERI, *Il matrimonio "a tempo" del transessuale*, cit., 314; ID., *Il "controcanto" stonato della Cassazione alla Consulta*, cit., 131, nota 16). Praticabile, pur non senza difficoltà (specie in ordine all'ammissibilità), appare anche l'opzione di un nuovo giudizio di costituzionalità sollevato da un giudice *a quo* diverso da quello incorso nel "seguito infedele" che verta proprio sulla interpretazione giurisprudenziale da quest'ultimo data (su tale ipotesi, peraltro, v. i condivisibili argomenti critici esposti da R.G. RODIO, *Il seguito della sentenza n. 10/2015: verso il giudice a quo come giudice d'appello (di fatto) sulle decisioni della Corte?*, in *Diritti fondamentali*, www.dirittifondamentali.it, 5 novembre 2015, spec. 18 ss.).

decisione di appello su pronunce del Giudice delle leggi¹²⁹ che, nelle pieghe di un eccesso di raffinatezza ermeneutica, per così dire, della Consulta, risolve il dubbio di costituzionalità, *omisso medio*, sviluppando l'arte retorica *del fare una domanda e del darsi una risposta*.

¹²⁹ Cfr., di recente, R.G. RODIO, *Il seguito della sentenza n. 10/2015: verso il giudice a quo come giudice d'appello (di fatto) sulle decisioni della Corte?*, cit., spec. 3 ss., al quale si rinvia per più ampie e articolate riflessioni sulla questione.