



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2015 FASC. II

(ESTRATTO)

ILARIA RIVERA

**IL C.D. DIVORZIO IMPOSTO TRA ILLEGITTIMITÀ
COSTITUZIONALE E SEGUITO PROCESSUALE
(OSSERVAZIONI A MARGINE DELLE SENTENZE N.
170/2014 DELLA CORTE COSTITUZIONALE E N.
8097/2015 DELLA CORTE DI CASSAZIONE)**

27 MAGGIO 2015

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Ilaria Rivera*

**Il c.d. divorzio imposto tra illegittimità costituzionale e seguito processuale
(osservazioni a margine delle sentenze [n. 170/2014](#) della Corte costituzionale e
[n. 8097/2015](#) della Corte di cassazione)**

1. “ ... l'uomo lascerà suo padre e sua madre e si unirà a sua moglie, e i due saranno un'unica carne” (Genesi, 2, 24).

In questi pochi versi sembra essere racchiuso tutto il senso dell'istituto matrimoniale – almeno nell'accezione cosiddetta “tradizionale” –, i cui connotati sono dati, rispettivamente, dall'eterosessualità¹ dei membri della coppia e dalla finalità procreativa² della stessa.

Analizzando la [sentenza n. 170 del 2014](#) della Corte costituzionale, almeno un assunto – quello dell'eterosessualità – sembra essere smentito, non tanto nel complesso argomentativo, quanto nel dispositivo finale.

Prima di addentrarci, però, tra le pieghe del ragionamento seguito dalla Corte, è opportuno ripercorrere brevemente i punti salienti della vicenda che ha generato la pronuncia costituzionale.

2. Con la [sentenza n. 170 dell'11 giugno 2014](#), la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della l. n. 164 del 1982 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), nella parte in cui “non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore”. Ha dichiarato, altresì, l'incostituzionalità dell'art. 31, comma 6, del d.lgs. n. 150 del 2011, in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, sostitutivo dell'art. 4 della l. n. 164 del 1982, abrogato dall'art. 36 dello stesso decreto legislativo, in quanto ne ripete “identicamente il contenuto”.

La controversia³ da cui origina la pronuncia di incostituzionalità riguarda una coppia di coniugi che agiva in giudizio per ottenere la cancellazione dell'annotazione di “cessazione degli effetti civili del vincolo civile del matrimonio”, apposta *motu proprio* dall'ufficiale di stato civile in calce all'atto di matrimonio, contestualmente all'annotazione, ordinata dal Tribunale di Modena⁴, della rettifica del sesso di uno dei due coniugi (in particolare, del marito, dal genere *male to female*).

* Dottoranda in Diritto pubblico, giustizia penale ed internazionale presso l'Università degli studi di Pavia.

¹ Cfr. A.C. JEMOLO (*Il matrimonio*, in *Trattato Vassalli*, Torino, Utet, 1961, 3), il quale precisa che “All'infuori del diritto naturale o della rivelazione religiosa, è estremamente arduo forgiare una nozione universale di matrimonio che vada oltre all'unico presupposto veramente costante, della diversità di sesso tra persone che contraggono il vincolo, ed altresì alla normalità di una base sessuale del vincolo stesso”.

² In senso critico, a commento della [sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 2010](#), A. BERNARDO e M. IANNUZZIELLO, *Unioni civili e matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Amor che viene, amor che vai ... Unioni omosessuali e giurisprudenza costituzionale*, a cura di S. PRISCO, Napoli, 2012, 132, i quali precisano che la procreazione, sebbene costituisca uno dei fini del rapporto di coniugio, rappresenta pur sempre un'eventualità, rimessa ad una serie di fattori, non solo di volizione interna, ma anche di possibilità. E proprio la possibilità procreativa vale a sottolineare “la differenza fra il matrimonio civile e quello canonico, o meglio la diversità fra il concetto di famiglia contemplato all'art. 29 Cost. e quello giudaico-cristiano, contratto in vista del *bonum sacramenti*, del *bonum fidei* e del *bonum prolis* ...”. Sulla essenzialità della finalità procreativa, cfr. M. MANETTI, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in [www.rivistaagic.it](#), 2010, 18.

³ Per una ricostruzione della vicenda concreta da cui ha preso le mosse la [sentenza della Corte costituzionale n. 170 del 2014](#), si veda M. BALBONI e M. GATTUSO, *Famiglia e identità di genere: “divorzio imposto” e diritti fondamentali*, in *GenIUS*, 2014,1, 6 ss.

⁴ Cfr. la sentenza n. 23 del 2009, con la quale il giudice modenese ha disposto la rettificazione del sesso di uno dei due coniugi dal genere maschile a quello femminile e il cambiamento del prenome. Con la stessa, ha ordinato altresì

Dopo aver esperito ricorso, sulla base della considerazione che tale annotazione fosse stata effettuata *contra legem*, i due ottenevano una pronuncia favorevole⁵ dal Tribunale di Modena; annullata poi dalla Corte di appello di Bologna⁶, in quanto l'annotazione veniva ritenuta conforme a quanto disposto dall'art. 69 del d.p.r. n. 396 del 2000 in materia di poteri dell'Ufficiale di stato civile.

I ricorrenti adivano, quindi, la Corte di cassazione, che rimetteva⁷ alla Corte costituzionale la relativa questione di legittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della l. n. 164 del 1982, dubitando della compatibilità della disciplina in esame “con il sistema costituzionale, integrato dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo come interpretata dalla Corte di Strasburgo (da ritenersi operante come parametro interposto), di riconoscimento e tutela del diritto ad autodeterminarsi nelle scelte relative all'identità personale, di cui la sfera sessuale esprime un carattere costitutivo; del diritto alla conservazione della preesistente dimensione relazionale, quando essa assuma i caratteri della stabilità e continuità propri del vincolo coniugale; del diritto a non essere ingiustificatamente discriminati rispetto a tutte le altre coppie coniugate, alle quali è riconosciuta la possibilità di scelta in ordine al divorzio; del diritto dell'altro coniuge di scegliere se continuare la relazione coniugale”, paventando la violazione degli artt. 2, 3, 24, 29, nonché degli artt. 10 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 12 CEDU.

In particolare, il giudice di legittimità, nel sollevare questione dinanzi alla Corte, affermava che l'Ufficiale di stato civile avesse agito correttamente in applicazione dell'art. 4 della citata legge, a mente del quale “la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso ... provoca lo scioglimento del matrimonio celebrato con rito religioso”, e che neppure la novella introdotta con l'art. 7 della l. n. 74 del 1987 (Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento di matrimonio)⁸ comportasse l'esclusione dell'automatismo dello scioglimento del matrimonio in conseguenza del mutamento del sesso di uno dei due coniugi⁹. Concludeva, quindi, che la scelta compiuta dal legislatore con la l. n. 164 – peraltro confermata dall'art. 31 del d.lgs. n. 150 del 2011 – risultasse “univocamente quella di aver introdotto una fattispecie di divorzio imposto *ex lege* che non richiede, al fine di produrre i suoi effetti, una pronuncia giudiziale *ad hoc*, salva la necessità della tutela giurisdizionale limitatamente alle decisioni relative ai figli minori”.

Invero, il punto nevralgico della sentenza in commento, come evidenziato anche nell'ordinanza di rimessione, sembra essere rappresentato dalla necessità di operare un bilanciamento tra quanto

all'Ufficiale di stato civile di dare atto del cambio del nome e del genere, con relativa annotazione, nell'atto di nascita, nulla disponendo, invece, con riguardo al matrimonio.

⁵ Cfr. Tribunale di Modena, II sezione civile, decreto 27 ottobre 2010 con nota di A. COSTANZO, *Ancora sulla rettificazione di attribuzione di sesso di persona coniugata e divorzio «imposto» (mentre entra in vigore l'art. 31, d.lg. 1.9.2011, n. 150)*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2011, 792 ss.

⁶ Cfr. Corte d'Appello di Bologna, decreto 4 febbraio 2011 con nota di A. COSTANZO, *Nota a Corte d'Appello di Bologna 18 maggio 2011*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2011, 8-9, 636.

⁷ Cfr. Corte di cassazione, I sezione, ordinanza n. 14329 del 6 giugno 2013. Per un commento all'ordinanza, v., tra gli altri, A. D'ALOIA, *Il “divorzio obbligato” del transessuale. Ancora un “incerto del mestiere di vivere” davanti alla Corte costituzionale*, in www.confronticostituzionali.it; A. SCHUSTER, *Quid est matrimonium? Riattribuzione del genere anagrafico e divorzio, nota ad Cass., I sez. civ., ord. interoc. 6 giugno 2013, n. 14329*, in *La giurisprudenza civile commentata*, 2014, I, 33-41.

⁸ Tale articolo, intervenendo sulla l. n. 898 del 1970, in materia di divorzio, ha introdotto una nuova ipotesi di scioglimento del matrimonio data dal passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione (art. 3, n. 2, lett. g), statuendo che “nel caso in cui sia passata in giudicato la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso a norma della l. n. 164/1982 cit., lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio può essere domandata dai due coniugi”. Da qui il dubbio se lo scioglimento del matrimonio a seguito di sentenza di rettificazione di sesso operi *ope legis* oppure su richiesta di parte. Nel senso che lo scioglimento possa essere subordinato ad istanza dei coniugi, cfr. G. Palmeri, *Il cambiamento di sesso*, in *Il governo del corpo*, S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ E P. ZATTI (curr.), in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, 720; A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica del transessuale*, Milano, 2013, 99.

⁹ Cfr. S. GROSSO, *Lo scioglimento automatico del matrimonio a seguito della rettifica di sesso nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale: “soluzione obbligata” o “pilatessa”?*, in www.forumcostituzionale.it.

disposto dalla legge – e, specificatamente, dall’art. 4 della l. n. 164 del 1982¹⁰ – e la *reale* volontà degli sposi.

Non vi sarebbe stata alcuna difficoltà, infatti, se i coniugi, a seguito della sentenza di rettificazione dell’attribuzione del sesso, avessero considerato l’intervenuto cambiamento fisico come momento di esaurimento dell’iniziale progetto matrimoniale. Ciò che invece ha creato problemi, al punto da determinare il giudizio di costituzionalità, è dato dalla volontà della coppia di continuare, nonostante il mutamento dei connotati sessuali primari di uno dei due membri, ad investire in quel comune progetto di vita. Ed è proprio a questo che la Corte costituzionale sembra dare rilievo: al pregresso vissuto familiare che – si potrebbe dire – consentirebbe di rafforzare quella *naturalità*¹¹ che l’art. 29 Cost.¹² sottintende.

Come evidenziato dallo stesso giudice delle leggi, il venir meno del carattere dell’eterosessualità pone la coppia al di fuori del paradigma matrimoniale costituzionalmente tutelato dallo stesso art. 29 Cost.¹³, ma non ne comporta comunque la derubricazione a mera unione di fatto tra persone dello stesso sesso, “poiché ciò equivarrebbe a cancellare, sul piano giuridico, un pregresso vissuto, nel cui contesto quella coppia ha maturato reciproci diritti e doveri ... che ... non sono, per ciò solo, tutti necessariamente sacrificabili” (cons. dir. 5.1).

¹⁰ Occorre segnalare, peraltro, che, al momento in cui si scrive, il Tribunale di Trento, con ordinanza del 9 agosto del 2014, ha sollevato nuovamente questione di legittimità costituzionale della l. n. 164 del 1982 (segnatamente, art. 1, comma 1), nella parte in cui subordina la rettificazione di attribuzione del sesso all’intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari, denunciando la violazione degli artt. 2, 3, 32, e 117, primo comma, Cost., con riguardo all’art. 8 CEDU in quanto “subordinare il diritto di scegliere la propria identità sessuale alla modificazione dei propri caratteri sessuali primari da effettuarsi tramite un doloroso e pericoloso intervento chirurgico, finisce col pregiudicare irreparabilmente l’esercizio del diritto stesso, vanificandolo integralmente. Pare evidente il conflitto tra il diritto individuale all’identità sessuale (e la relativa autodeterminazione), e l’imposizione del requisito della modifica dei caratteri sessuali primari, necessario per ottenere la rettificazione dell’attribuzione di sesso”. In Germania, ad esempio, è possibile la rettificazione anagrafica del sesso con la mera modifica dei caratteri sessuali secondari: si tratta della c.d. piccola soluzione (*Kleine Lösung*). Con l’ordinanza BVerfG, 1 BVR 3295/07 il Tribunale costituzionale federale tedesco supera infatti la distinzione tra piccola e grande soluzione, arrivando a sanzionare l’art. 8 del *Transsexuellengesetz* nella parte in cui imponeva l’infertilità e l’intervento chirurgico ai fini della rettificazione sessuale.

¹¹ Al tal riguardo, è opportuno far rinvio alle parole pronunciate da V.E. ORLANDO, il quale, nella seduta del 10 marzo del 1947 dell’Assemblea Costituente, a proposito della discussione sull’espressione “la famiglia è una società naturale” da inserire nel dettato costituzionale dell’art. 29, sottolinea icasticamente: “Ma che vuol dire? Perché naturale? Intanto, non sarà la famiglia una società sin dal principio; perché in due non si fa una società nel senso di gruppo sociale. Ma perché — ripeto — naturale? Volete dire, perché originaria? Beh!, ma in questo senso, tutto è naturale ... Naturale, adunque, originaria, forse perché deriva dall’unione sessuale? Che se si vuole, con questo, tornare alla definizione romana di quel diritto che, *natura omnibus animalibus docuit*, si commette un errore, perché fra gli animali non vi è matrimonio e non vi è famiglia: il matrimonio, la famiglia sono istituzioni squisitamente, esclusivamente umane”, concludendo con un interrogativo, “Che cosa può valere, in un testo legislativo, una definizione di questo genere?”. Alle medesime conclusioni, ovvero sull’oscurità del riferimento alla naturalità dell’istituto familiare, seppur tramite approdi diversi, cfr. P. CALAMANDREI, nella seduta del 23 aprile del 1947, chiarisce che “Dal punto di vista logico ritengo che sia un gravissimo errore, che rimarrà nel testo della nostra Costituzione come una ingenuità, quello di congiungere l’idea di società naturale — che richiama al diritto naturale — colla frase successiva «fondata sul matrimonio», che è un istituto di diritto positivo. Parlare di una società naturale che sorge dal matrimonio, cioè, in sostanza, da un negozio giuridico è, per me *una contraddizione in termini*” (corsivi nostri).

¹² Proprio sulla base della lettera di cui all’art. 29, si è arrivati, con la riforma del diritto di famiglia, che adeguava le norme codicistiche al dettato costituzionale, a riconoscere la parità morale e giuridica dei due coniugi, passando da un modello matrimoniale gerarchico ad uno associativo. In tal senso, v. anche [Corte cost. n. 254 del 2006](#).

¹³ Cfr. [Corte cost. ord. n. 4 del 2011](#), nella quale il giudice delle leggi, riprendendo la precedente [sent. n. 138 del 2010](#), ribadisce che l’art. 29 Cost. si riferisce alla nozione di matrimonio così come definita nel Codice civile del 1942, ossia come unione tra persone di sesso diverso, nozione, questa, che non è superabile in via ermeneutica in considerazione della disomogeneità sussistente tra coppie omosessuali e coppie eterosessuali. Ciò nonostante non sarebbe precluso al legislatore intervenire al fine di introdurre una specifica disciplina a tutela delle coppie omosessuali. Sul fatto che l’eterosessualità sia requisito indefettibile del matrimonio in virtù del disposto dell’art. 29 Cost., cfr. F. DAL CANTO, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, in *Foro it.*, 2005, V, 275 ss.; A. RENDA, *Il matrimonio. Una teoria neoistituzionale*, Milano, 2013, 115 ss.

La Corte, quindi, sebbene si trovi nell'impossibilità – quanto meno in via interpretativa - di ricondurre la coppia nell'alveo dell'art. 29 Cost.¹⁴, che tutela, appunto, la famiglia quale società naturale¹⁵ fondata sul matrimonio, non arriva neppure all'estrema conseguenza di negare ogni forma di tutela giuridica agli sposi.

Pertanto, nel ragionamento del giudice costituzionale, la coppia, alla luce della vigente normativa sulla rettificazione dell'attribuzione di sesso, si trova a gravitare in una situazione limbrica in cui i *desiderata* dei soggetti coinvolti finiscono per scontrarsi con la mancata regolamentazione legislativa. Ed è proprio questo vuoto che la Corte, attraverso una sentenza additiva di principio¹⁶, giunge a sanzionare. Infatti, viene dichiarata l'incostituzionalità della disposizione *de qua non per quello che prescrive, ma per quello che, invece, dovrebbe prescrivere*.

L'omissione del legislatore, infatti, – a giudizio del giudice delle leggi – non potrebbe in alcun modo andare a detrimento dei diritti dei soggetti coinvolti, come singoli e come membri della coppia. In questo senso, il giudice costituzionale richiama la precedente [sentenza n. 138 del 2010](#)¹⁷, nella quale, sebbene non si arrivi a riconoscere espressamente la legittimità costituzionale del matrimonio *same sex*¹⁸, si afferma comunque che la coppia formata da persone dello stesso sesso quale forma di stabile convivenza ha il diritto fondamentale di vivere liberamente la propria

¹⁴ Sul modello costituzionale e sulle possibili interpretazioni, cfr., tra gli altri, C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella costituzione italiana*, in *Studi in onore di A. Cicu*, II, Milano, 1951, 553 ss.; R. BIAGI-GUERINI, *Famiglia e Costituzione*, Milano, 1989; M. SESTA, *sub artt. 29, 30, 31 Cost.*, in *Codice della famiglia*, a cura di M. Sesta, Milano, 2009.

¹⁵ Interessante è, a tal riguardo, la critica offerta da P. CALAMANDREI, il quale sottolineava come fosse “una contraddizione in termini ... parlare di una società naturale che sorge dal matrimonio, cioè, in sostanza, da un negozio giuridico”. Cfr. *Atti, Assemblea costituente*, II, seduta del 23 aprile 1947, Roma, 1951, 3282. In tal senso, anche più di recente, R. BIN, *La famiglia alla radice di un ossimoro*, in *Studium Iuris*, 2000, 1008, il quale parla di “attributi tra loro incompatibili”.

¹⁶ A tal riguardo, si veda, tra gli altri, G.P. DOLSO, *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, in *Giur.cost.*, 1999, 4121 ss.; G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996, 180 ss, il quale evidenzia come il giudice non potrebbe addivenire ad una pronuncia fino all'intervento del legislatore; G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, II, Bologna, 2012, 403; E. CHELI e F. DONATI, *La creazione giudiziale del diritto nelle decisioni dei giudici costituzionali*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, 155 ss. Per una definizione di additiva di principio, si veda, tra le altre, [Corte cost. sent. n. 301 del 2012](#), nella quale la Corte chiarisce che la pronuncia in parola si limita ad affermare “l'esigenza costituzionale di riconoscere il diritto ... demandando al legislatore il compito di definire modi e limiti della sua esplicazione e, nelle more dell'intervento legislativo, lasciando ai giudici comuni la possibilità di garantire internamente il diritto stesso tramite gli strumenti ermeneutici, sulla base della disciplina in vigore ...”.

¹⁷ Con tale pronuncia, la Corte costituzionale, attraverso un'articolata e piuttosto ricca struttura argomentativa, non sempre coerente nell'assetto motivazionale esposto, dichiara l'inammissibilità della q.l.c. degli artt. 93, 96, 107, 108, 143, 143 *bis*, 156 *bis*, in materia di diritto di famiglia, nella parte in cui non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, in riferimento agli artt. 2 e 117, primo comma, Cost., in quanto diretta ad ottenere una pronuncia additiva non costituzionalmente obbligata. Dichiarò, altresì, la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale attinente agli stessi articoli, in riferimento agli artt. 3 e 29 Cost., in quanto il concetto di matrimonio di cui all'art. 29 Cost. non può essere esteso in via interpretativa fino a ricomprendere anche le coppie omosessuali. Per un commento alla sentenza, si veda, tra gli altri, R. ROMBOLI, *Il diritto “consentito” al matrimonio e il diritto “garantito” alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”*, in *Giur.cost.*, 2010, 1629 ss.; ID., *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, in *Foro it.*, 2010, I, 1367; A. RUGGERI, *“Famiglie” di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138/2010?*, in [Rivista AIC](#), 4/2011. In senso critico, cfr. G. BRUNELLI, *Le unioni omosessuali nella sentenza n. 138/2010: un riconoscimento senza garanzia?*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, B. PEZZINI e A. LORENZETTI (cur.), Napoli, 2011, 143 ss. Criticamente sulla scomposizione da parte della Corte dei parametri costituzionali di cui agli artt. 2 e 29 Cost., cfr. A. SPERTI, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle corti costituzionali*, Pisa, 2013, 150.

¹⁸ Sul tema, si vedano, tra gli altri, 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](#), 2 luglio 2010; C. SILVIS, *Il matrimonio omosessuale fra il “non s'ha da fare” dell'art. 29 ed il “si può fare” dell'art. 2 della Costituzione*, in [www.formucostituzionale.it](#); G. FERRANDO, *La “via legislativa” al matrimonio same-sex*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (cur.), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza n. 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, 2011, 31 ss; F. DAL CANTO, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, in *Foro it.*, 2005, V, 275 ss.

condizione di coppia, ottenendone – e qui rimanda la questione alla discrezionalità del legislatore – “nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge, il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”.

3. Nella sentenza annotata, così come aveva fatto nella precedente [sentenza n. 138 del 2010](#), la Corte sottolinea come l’ordinamento costituzionale italiano non precluda *ex se* il riconoscimento di uno statuto giuridico delle coppie omosessuali, con la loro eventuale equiparazione alle coppie eterosessuali, come ad esempio risulta della varietà delle fattispecie previste negli ordinamenti europei, pienamente liberi di disciplinarne o meno l’opportuno riconoscimento, ai sensi degli artt. 7 e 9 della Carta di Nizza e 8 e 12 CEDU¹⁹. D’altra parte, è compito del legislatore, nell’esercizio della propria discrezionalità²⁰, stabilire le forme di tutela da apprestare a tali fattispecie, sindacabili²¹, in ogni caso, dal giudice delle leggi, al quale è riservata “la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni, nel quadro di un controllo di ragionevolezza della rispettiva disciplina” (cons. dir. 5.5). Così come aveva fatto nella citata [sentenza del 2010](#), anche in quest’occasione il giudice delle leggi sembra quindi aprire a modelli familiari alternativi rispetto a quello matrimoniale eterosessuale sulla base di un parametro diverso dall’art. 29 Cost.

E, prima di giungere alle conclusioni cui la pronuncia perviene, particolarmente interessante è il percorso argomentativo attraverso il quale il giudice delle leggi arriva a censurare l’illegittimità costituzionale dell’omissione legislativa. Infatti, a fronte della rosa di parametri costituzionali di cui la Corte di cassazione rimettente prospetta la violazione, la Corte lascia cadere alcuni petali della corolla e ne seleziona solo uno²².

In primo luogo, esclude la violazione dell’art. 29 Cost., in quanto - come anticipato - il modello matrimoniale tradizionalmente²³ affermato è quello previsto dal codice civile del 1942, fondato sul carattere dell’eterosessualità, e il giudice costituzionale, quand’anche volesse estendere in via interpretativa l’istituto matrimoniale anche alle coppie dello stesso sesso, incorrerebbe nell’ostacolo del dettato costituzionale²⁴, che potrebbe essere modificato solo dal legislatore attraverso un’apposita novella costituzionale²⁵.

¹⁹ Cfr. Corte cost. [sentenze nn. 445 del 2002](#) e [166 del 1998](#).

²⁰ Cfr. M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Dalla Costituzione “inattuata” alla costituzione “inattuale”? Potere costituente e riforme costituzionali nell’Italia repubblicana. Per una storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 2013, 31.

²¹ In tal senso, cfr. G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sent. n. 170/2014 sul c.d. “divorzio imposto”*, in [www.articolo29.it](#), par. 3.

²² Cfr. C. SALAZAR, *Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento*, in [www.confrontocostituzionali.it](#), 27 giugno 2014, la quale afferma che “scorrendo la motivazione della [sent. n. 170/2014](#), si scopre che la Consulta respinge quasi tutte le argomentazioni della Corte di cassazione”.

²³ Sul modello tradizionalista e conservatore del matrimonio, si vedano, tra gli altri, I. MASSA PINTO e 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](#), 10 ss.

²⁴ In tal senso, R. BIN, *Per una lettura non svalutativa dell’art. 29*, in [www.forumcostituzionale.it](#); I. MASSA PINTO e C. TRIPODINA, *Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio. Tecniche argomentative impiegate dalla Corte Costituzionale per motivare la sentenza n. 138/2010*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 476 ss.; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, III, Napoli, 2011, 2717.

²⁵ In tal senso, cfr. R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in B. PEZZINI e A. LORENZETTI (cur.), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive*, cit., 19; M. DI BARI, *Commento “a caldo” della sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale: quali prospettive?*, in [Rivista AIC](#), giugno 2014; V. TONDI DELLA MURA, *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, 4 ss.

Esclude, inoltre, la violazione del parametro *sovranazionale*²⁶, costituito dagli artt. 8 e 12 CEDU in materia²⁷, rispettivamente, di diritto al rispetto della vita familiare e di diritto a contrarre matrimonio, introdotti nel nostro ordinamento per il tramite degli artt. 10 e 117, primo comma, Cost. Invero, la mancanza di un consolidato *consensus* europeo in tema di diritto a contrarre matrimonio²⁸ contribuisce a valorizzare il margine di apprezzamento proprio degli Stati membri nella determinazione delle relative forme di tutela²⁹. Nell'affermare ciò, la Corte sembra fare proprio un argomento tipico della Corte di Strasburgo, la quale, soprattutto in materie eticamente sensibili, giustifica l'assenza di un'omogeneità normativa europea che imponga una convergenza

²⁶ In senso critico in ordine all'esclusione del parametro convenzionale, v. G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti*, cit., par. 3.

²⁷ In particolare, vengono richiamate le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo *Schalk e Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010, e *H. c. Finlandia*, 13 novembre 2012, in cui il giudice europeo perviene alla conclusione che l'art. 12 CEDU deve essere interpretato nel senso di ricomprendere anche il matrimonio omosessuale, sebbene gli Stati membri, nell'esercizio della propria discrezionalità legislativi, non siano costretti a prevederlo. In particolare, la Corte europea sottolinea che "la materia in oggetto deve essere considerata ... come una materia di diritti in evoluzione che non trovano un consenso generalizzato, nella quale gli Stati debbono anche poter fruire di un margine di apprezzamento quanto alla tempistica di innovazioni legislative ..." (cfr. *Schalk e Kopf c. Austria*, cit., parr. 105-106). In ogni caso, la Corte di Strasburgo specifica che, laddove a livello statale vengano previste forme di tutela per le coppie eterosessuali, queste debbono essere estese anche alle coppie omosessuali (cfr. Corte EDU, *Vallianatos e al. c. Grecia*, 7 novembre 2012).

²⁸ Cfr. Corte EDU., *H. c. Finlandia*, 13 novembre 2012; *L. c. Latvia*, sentenza 11 settembre 2007; *Grant c. the United Kingdom*, sentenza 23 maggio 2006; Grande Camera, *Godwin c. The United Kingdom*, 11 luglio 2001; *Rees c. The United Kingdom*, 17 ottobre 2006; *van Küick c. Germania*, 12 settembre 2003; *L. c. Lituania*, 31 marzo 2008; *Schlumpf c. Svizzera*, 8 gennaio 2009; *P. v. Portogallo*, 6 settembre 2011 (in tema di diritto a sposarsi e di transessualità). Più di recente, si segnala la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Hämäläinen c. Finlandia*, Grande Camera, 16 luglio 2014, nella quale la Corte europea dichiara che la legislazione finlandese - richiede la trasformazione del rapporto matrimoniale in unione registrata come preconditione per il legale riconoscimento della rettifica di sesso - non viola l'art. 8 CEDU, in combinato disposto con l'art. 14 CEDU, laddove preveda eguale trattamento giuridico tra le coppie omosessuali e le coppie eterosessuali unite nel vincolo matrimoniale. Con tale pronuncia, la Corte europea conferma in sostanza l'indirizzo giurisprudenziale inaugurato con la sentenza *Parry c. Regno Unito* del 28 novembre 2006, nella quale, nel rigettare il ricorso, chiarisce che spetta agli Stati membri, nell'esercizio del margine di apprezzamento loro attribuito, disciplinare gli eventuali effetti della rettificazione del sesso sul precedente vincolo matrimoniale. Peraltro, con riguardo alle possibili unioni tra coppie omosessuali, la Corte europea esclude che sussista una discriminazione tra le stesse e le coppie sposate, laddove l'ordinamento nazionale preveda particolari forme di tutela alternative al matrimonio e sostanzialmente differente da esso (cfr. Corte EDU., *Manenc c. Francia*, sentenza 20 ottobre 2010, in materia di pensione di reversibilità, e *Gas e Dubois c. Francia*, sentenza 15-3-2012, in materia di adozione da parte del convivente, entrambe sull'assunto che in Francia l'istituto dei PACS non sia equiparabile al matrimonio). Infine, laddove gli ordinamenti nazionali prevedano forme di tutela delle convivenze eterosessuali, il giudice europeo ha a più riprese chiarito che la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale in danno delle coppie omosessuali conviventi viola l'art. 8 CEDU (cfr. *Karner c. Austria* del 24 luglio 2003, *Kozak c. Polonia* del 2 marzo 2010, *PB & JS c. Austria* del 22 luglio 2007, *X c. Austria* del 19 febbraio 2013). Sul punto, si veda A. O. COZZI, *Esiste un'obbligazione convenzionale o comunitaria volta a consentire il matrimonio tra persone dello stesso sesso?*, in AA.VV., *La "società naturale e i suoi nemici. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. GUZZAROTTI, A. PUGIOTTO e P. VERONESI, Torino, 2010, 89 ss. Inoltre, sul concetto di "famiglia" nella giurisprudenza europea, v. V. ZAGREBELSKY, *Famiglia e vita familiare nella Convenzione dei diritti umani*, in *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Padova, 2007, 115 ss.; G. FERRANDO, *Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo all'evoluzione del diritto di famiglia*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2005, 263 ss. Per una ricostruzione del diritto alla vita familiare nell'ambito dell'Unione europea, v. F. VARI, *Famiglia, unioni more uxorio e altre forme di convivenza tra diritto degli Stati membri dell'unione europea e diritto comunitario*, in www.rivistapersona.com.ar; S. NINATTI, *Ai confini dell'identità costituzionale. dinamiche familiari e integrazione europea*, Torino, 2012; V. SCALISI, "Famiglia" e "famiglie" in Europa, in *Rivista di diritto civile*, 2013, 7 ss.; A. GORGONI, *Famiglie e matrimonio: profili evolutivi nel diritto europeo*, in *Persona e mercato*, 2013, 241 ss. Sempre in ambito europeo, sulle unioni omosessuali, v. E. CALÒ, *La Corte di giustizia e le convivenze registrate omosessuali*, in *Matrimonio à la carte*, Milano, 2009, 63 ss. Cfr., in materia di divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale, Corte giust., Grande Camera, causa C-267/06, *Tadao Maruko*, sentenza 1-4-2008; causa C-147/08, *Römer c. Freie u. Hansestadt Hamburg*, sentenza 10-5-2011; V sez., causa C-267/12, *Frédéric Hay c. Crédit agricole*, sentenza 12-12-2013.

²⁹ In tal senso, cfr. Corte EDU, *Schalk e Kopf c. Austria*, 22 novembre 2010.

delle discipline nazionali (così come nel caso *A. B. e C. c. Irlanda* del 26 maggio 2011 in tema di aborto e *S.A.S. c. Francia* del 1 luglio 2014 in tema di divieto del velo in luogo pubblico).

Vengono esclusi, infine, i parametri di cui agli artt. 24 e 3 Cost.: il primo, in quanto la coppia, non essendo più eterosessuale, non ha alcun diritto a ricorrere in via giudiziaria al fine di ottenere il riconoscimento della condizione matrimoniale; il secondo, perchè la previsione del diritto a contrarre matrimonio solo per le coppie eterosessuali non potrebbe essere intesa come un discriminatoria nei riguardi delle coppie omosessuali, ma, semmai, come espressione del libero esercizio della discrezionalità politica.

Pertanto, l'unico parametro che rimane e su cui la Corte costruisce il proprio assetto motivazionale è proprio l'art. 2 Cost., che, così come prospettato, consentirebbe alla coppia in questione quel riconoscimento giuridico della propria unione, senza consentire però il diritto a permanere nel vincolo matrimoniale previsto dall'art. 29 Cost.

Ai sensi dell'art. 2 Cost., infatti, la coppia per la quale è sopraggiunta una condizione di omosessualità (quanto meno per i caratteri fenotipici esteriori) è degna di essere riconosciuta e salvaguardata³⁰ in ragione della pretesa alla piena realizzazione personale e di coppia. Com'è noto, la citata norma costituzionale offre copertura alla libera determinazione dell'individuo³¹, negli accenti individualistici e nelle manifestazioni sociali che assume. Esso, dunque, si pone a presidio della dignità della persona umana in tutte le sue possibili declinazioni³². Pur tuttavia – come emerge dalle parole della Corte – resta il problema di conciliare il progresso vissuto familiare della coppia, e quindi la scelta³³ di rimanere insieme (che rientra, dunque, nel paradigma dell'art. 2 Cost.) con il limite dell'eterosessualità del matrimonio di cui all'art. 29 Cost. È questa esigenza di bilanciamento a condurre la Corte alla specifica declaratoria di incostituzionalità.

A ben guardare, la questione nodale che viene immediatamente in rilievo leggendo la pronuncia in commento riguarderebbe non tanto il “riconoscimento” della coppia – che deriva più o meno

³⁰ Infatti, nella nozione di “formazione sociale”, alla cui tutela presiede l'art. 2 Cost., rientra anche l'unione omosessuale, sebbene si deve escludere che il riconoscimento giuridico della stessa, attraverso una disciplina normativa a carattere generale, “possa essere realizzata *soltanto* attraverso un'equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio” ([sent. n. 138 del 2010](#)) (corsivo nostro).

³¹ A tal riguardo M. M. WINKLER, *Cambio di sesso del coniuge e scioglimento del matrimonio: costruzione ed implicazioni del diritto fondamentale all'identità di genere*, in *Giur. di merito*, 3/2012, 570, qualifica proprio la libertà dell'individuo di esprimere, anche attraverso il mutamento dei connotati sessuali, la propria identità di genere come un diritto costituzionale inviolabile. Sulla distinzione tra identità di genere, identità sessuale ed identità personale, si vedano, tra gli altri, F. BILOTTA, *Transessualismo*, in *Digesto disc.priv.- sez.civ.*, diretto da R. Sacco – aggiornamento, Torino, 2013, 765-768; P. STANZIONE, *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge n. 164/82*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2009, 713 ss. Inoltre, sulla nozione di identità sessuale, si veda Corte cost. [sent. n. 161 del 1985](#), dove la Corte chiarisce che la qualificazione della stessa non deriva solamente “dagli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita, o modificati per naturale evoluzione, ancorchè coadiuvata da interventi chirurgici diretti ad evidenziare organi già esistenti ed a promuovere il naturale sviluppo”. D'altra parte, “il far coincidere l'identificazione anagrafica del sesso alle apparenze esterne del soggetto interessato o, se si vuole, al suo orientamento psicologico e comportamentale, favorisce anche la chiarezza dei rapporti sociali, così come la certezza dei rapporti giuridici”. Ed ancora, “transessuale, secondo la dottrina medico-legale, viene considerato il soggetto che, presentando i caratteri genotipici e fenotipici di un determinato sesso (ma alcuni autori preferiscono parlare di “genere”) sente in modo profondo di appartenere all'altro sesso (o genere), del quale ha assunto l'aspetto esteriore ed adottato i comportamenti e nel quale, pertanto, vuole essere assunto a tutti gli effetti ed a prezzo di qualsiasi sacrificio ... nel transessuale, infatti, l'esigenza fondamentale da soddisfare è quella di far coincidere il *soma* con la *psiche*” (corsivi nostri).

³² Sul punto, si veda G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona (Intervento al convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma 1 settembre 2007)*, in [Rivista AIC](#).

³³ Sul diritto alla libertà sessuale, si veda Corte cost. [sent. n. 561 del 1987](#), secondo la quale “il diritto alla libertà sessuale, concernendo uno degli essenziali modi di espressione della persona, è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto ... inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana garantiti ai sensi dell'art. 2 Cost.”. Viene superato così il precedente orientamento, espresso nella [sent. n. 98 del 1979](#), con il quale si affermava che il diritto all'identità sessuale, da intendersi quale diritto a farsi riconoscere e registrare un sesso diverso da quello originario, acquisito mediante trasformazione chirurgica tale da far coincidere la condizione fisica con quella psicologica non rientra tra i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost.

direttamente dal pregresso vissuto familiare dal quale la Corte deriva l'opportunità di trasformare il matrimonio in convivenza registrata –, quanto piuttosto il bilanciamento tra la scelta della coppia di proseguire il rapporto di coniugio³⁴, nonostante l'intervenuta rettificazione di attribuzione del sesso³⁵, e l'interesse dello Stato³⁶ a non modificare il paradigma matrimoniale eterosessuale. Bilanciamento, questo, che sembra propendere a favore della preservazione del secondo³⁷.

Nel fare ciò, il giudice delle leggi richiama la giurisprudenza straniera, confermando l'ormai consueto ausilio comparatistico³⁸ di cui si vale per supportare le proprie argomentazioni, e, nel caso di specie, per evidenziare la peculiarità dell'operazione di ponderazione assiologica³⁹ a cui ritiene di dover pervenire. A giudizio della Corte, infatti, “sta in ciò ... la ragione del *vulnus* che ... le disposizioni sottoposte al vaglio di costituzionalità arrecano al precetto dell'art. 2 Cost.” (cons. dir. 5.6).

Ne consegue che, a fronte della rilevanza costituzionale di entrambi gli interessi coinvolti, la Corte ritiene di non poter adottare una pronuncia manipolativa⁴⁰ per modificare il divorzio da “automatico” ad “istanza di parte”. Spetterà, invece, al legislatore, e con una certa sollecitudine, intervenire per introdurre una “forma alternativa (e diversa dal matrimonio)”, che consenta alla

³⁴ Nel senso che il vincolo matrimoniale deve essere frutto di “una libera scelta auto responsabile, attenendo ai diritti intrinseci ed essenziali della persona umana e alle sue fondamentali istanze”, non potendo, quindi, essere soggetto ad alcun condizionamento, neppure temporale, cfr. Corte cost. [sentt. nn. 1 del 1992, 450 e 189 del 1991](#).

³⁵ Della quale il giudice delle leggi evidenzia la riconducibilità a quelle situazioni “specifiche” e “particolari” di coppie dello stesso sesso, di cui è chiamata a valutare “l'adeguatezza e proporzionalità della disciplina adottata dal legislatore” (cons. dir. 5.6).

³⁶ In senso analogo, si veda Corte cost. [sent. 46 del 1993](#), nella quale il giudice delle leggi evidenzia la sussistenza di un interesse pubblico a favorire la formazione della famiglia legittima fondata sul matrimonio ai sensi dell'art. 31 Cost.

³⁷ Cfr. F. SAITTO, *Finchè “divorzio imposto” non vi separi. Famiglia, rettificazione di sesso e scioglimento ex lege del matrimonio*, in *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, a cura di A. SCHILLACI, Roma, 2014, 190, il quale ben sottolinea che l'apertura alla prosecuzione del matrimonio nella [sentenza n. 170 del 2014](#) avrebbe potuto costituire un'eccezione al paradigma eterosessuale, senza scalfirne l'assolutezza dichiarata dal giudice costituzionale, al fine esclusivo di offrire adeguata tutela alla situazione concreta, ai aderenti ai fini perseguiti più volte espressi dalla stessa Corte costituzionale.

³⁸ Il riferimento è alle citate pronunce della Corte costituzionale austriaca (VerfG 8 giugno 2006, n. 17849) e della Corte costituzionale tedesca (BVerfG, 1, Senato, ord. 27 maggio 2008, BvL 10/05), in tema di diritto del transessuale di conservare il matrimonio contratto prima della rettificazione anagrafica del mutamento del sesso. Peraltro, sull'illegittimità del divieto, previsto dalla normativa tedesca, per una transessuale – che, pur avendo ottenuto rettificazione anagrafica del sesso, era rimasta anatomicamente un uomo – di potersi unire civilmente con la propria compagna, cfr. BvG, sentenza dell'11 gennaio 2011. Sull'utilizzo del diritto comparato nel sindacato di costituzionalità, si vedano, tra gli altri, G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, Bologna, 2010; P. RIDOLA, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, in G. ALPA (cur.), *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere*, Milano, 2005, p. 25 ss.; L. PEGORARO, *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato. Un'analisi comparatistica*, Bologna, 2006; G. SMORTO, *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, in *Europa e diritto privato*, 1/2010, p. 223 ss.

³⁹ Suggestiva, a tal riguardo, è l'immagine offerta da R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in A. CICU e F. MESSINEO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2011, 209, il quale, seppur con riguardo ai principi costituzionali (ma tale discorso è valevole più in generale anche per i valori costituzionalmente rilevanti), sottolinea che “altro è bilanciare due principi, “soppesarli”, per decidere quale dei due – avendo maggior “peso” o valore – debba essere applicato e quale invece – avendo “minor” peso o valore – debba essere accantonato, altro è contemperare due principi, ossia “mescolarli nelle giuste proporzioni”, così da trovare una sorta di macro-principio che li contenga entrambi”. Sul tema, si veda, nella vastissima produzione scientifica, R. ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, 86 ss.; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in A. CICU e F. MESSINEO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1998, 228 ss.; ID., *L'interpretazione dei documenti normativi*, in A. CICU e F. MESSINEO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2004, 216 ss.; G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, cap. VII; G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011. Con particolare riguardo alla ponderazione nel giudizio di costituzionalità delle leggi, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; G. PARODI, “In tema di bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale. in margine a *Diritti e argomenti di Roberto Bin*”, in *Dir.p pubbl.*, 1995.

⁴⁰ Sull'inammissibilità di una pronuncia manipolativa in materia riservata alla discrezionalità del legislatore, si vedano, *ex plurimis*, Corte cost., [ordd. nn. 195 e 138 del 2013](#).

coppia di non risentire eccessivamente del passaggio da un condizione di piena tutela ad una di protezione *dimidiata*.

4. Ora, la [sentenza n. 170](#) sembra presentare – seppur nella brevità delle argomentazioni offerte che la differenziano dalla ben più ricca esposizione della [sentenza n. 138 del 2010](#) – una serie di criticità difficilmente superabili.

Innanzitutto, la scelta di intervenire con una pronuncia additiva di principio⁴¹, con tutte le sue difficoltà applicative, in luogo di una pronuncia di inammissibilità con monito al legislatore, sembra nascere dall'esigenza di segnalare il carattere emergenziale dell'odierna situazione ordinamentale, nella quale alla frantumazione del modello familiare convenzionale fondato sul matrimonio eterosessuale fa da contraltare la progressiva proliferazione di assetti familiari diversificati⁴², non più legati da vincoli legalmente riconosciuti ma da legami *affettivi effettivi*. In considerazione della mutevolezza dei tempi e dell'evoluzione della coscienza sociale, la Corte sembra intervenire con tale forma di decisione per non far cadere nel vuoto il monito al legislatore a provvedere quanto prima, stante l'impossibilità per il giudice di decidere fino all'intervento di quest'ultimo⁴³.

D'altra parte, la Corte ha già chiarito che la possibilità per il legislatore di adottare una disciplina specifica – che adegui il dettato costituzionale ai cambiamenti storico-sociali⁴⁴ – non trova un ostacolo nell'interpretazione restrittiva che la Corte dà ancora all'art. 29 Cost., nella sua accezione tradizionale, quale società naturale *perché* fondata sul matrimonio *eterosessuale*. È evidente la tenacia con la quale il giudice costituzionale ribadisce come il modello familiare di cui all'art. 29 Cost, sebbene non si “cristallizzi” nel significato datone al momento dell'approvazione del testo costituzionale⁴⁵, non possa essere interpretato estensivamente⁴⁶ di modo da accogliere in sé qualunque rapporto⁴⁷ la cui legittimazione derivi dalla mera comunione di affetti. Ma è altrettanto

⁴¹ Interessante, a tal proposito, è la ricostruzione offerta da A. RUGGERI, [Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità \(a proposito dell'originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014\)](#), in questa [Rivista](#), 2014 (13 giugno 2014), il quale sottolinea che “l'additiva di principio può tutt'al più esprimere nere 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”.

⁴² Si rinvia a A. RUGGERI, [Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità](#), cit., 5, laddove afferma che “... 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 “presso vissuto” familiare, quale quello caratterizzante i soggetti protagonisti dell'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”.

⁴³ Come efficacemente evidenziato da P. VERONESI (*Un'anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”: il “caso Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014*, in [www.forumcostituzionale.it](#)), la pronuncia in commento determinerebbe, in tal caso, un “doppio effetto paralizzante”, non potendo il giudice *a quo* applicare la norma dichiarata incostituzionale, né, tantomeno, applicare il principio espresso dalla Corte in attesa dell'intervento legislativo.

⁴⁴ Cfr. A. D'ALOIA, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una incostituzionalità per «mancanza di alternative»*, in *Quad.cost.*, 3/2014, 673, il quale opportunamente chiarisce, proprio con riguardo alla possibilità di estendere l'istituto matrimoniale anche alle coppie omosessuali, che “la capacità delle norme costituzionali è proprio quella di vivere nel tempo e di assumere anche significati diversi, che il testo non è tutto, però non può nemmeno essere niente; non possiamo far dire alle norme costituzionali cose completamente diverse da quello che le norme costituzionali volevano dire ...”, concludendo, quindi, che il legislatore ben può apprestare alle coppie omosessuali forme di riconoscimento diverse dal matrimonio, senza che ciò configuri una discriminazione.

⁴⁵ Sull'importanza di ricostruire la “volontà dei Costituenti”, v. M. LUCIANI, *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. soc.*, 2009, 1 ss. Analogamente, nel senso di non interpretare in senso storicamente “cristallizzato” una disposizione costituzionale, cfr. [Corte cost. sent. n. 135 del 2002](#), con riguardo alle forme di limitazione della libertà di domicilio, di cui all'art. 14 Cost.

⁴⁶ A tal riguardo, C. LUZZATI (*Principi e principi. La genericità nel diritto*, Torino, 2012, 218) sottolinea come la Corte nell'interpretare il dettato costituzionale si troverebbe di fronte ad una duplice possibile: o abbracciare un'interpretazione restrittiva utilizzando l'argomento a contrario ovvero una estensiva che tenga conto dei cambiamenti sociali e culturali. In entrambi i casi si tratterebbe però di interpretazione “creativa”.

⁴⁷ “... è vero che i concetti di famiglia e di matrimonio, siccome dotati della duttilità propria dei principi costituzionali, non si possono ritenere “cristallizzati” con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore e,

evidente che, pur così inteso, l'art. 29 non impedisce che, accanto al *modello tradizionale* vi sia il riconoscimento, per via legislativa, di altre “formazioni sociali” meritevoli di tutela.

Così operando, la Corte sembra evidenziare una nozione di famiglia “a due velocità”⁴⁸, in cui le coppie eterosessuali godrebbero del diritto a contrarre matrimonio in virtù del sopra citato art. 29 Cost., mentre le coppie omosessuali potrebbero acquistare di eguale diritto solo a seguito di uno specifico intervento legislativo, che a questo punto è necessitato dall'art. 2, Cost..

5. Alla luce delle considerazioni sopra svolte, sorge quindi un interrogativo al quale è opportuno cercare di fornire una risposta. Nella prospettiva così delineata, occorre chiedersi cosa si intenda per *famiglia*⁴⁹, o, meglio, cosa si intenda per famiglia quale *società naturale fondata sul matrimonio*⁵⁰.

La vicenda oggetto della sentenza annotata, in effetti, non può che essere letta a partire da questo interrogativo. La necessità di offrire una risposta legislativa certa che tuteli la *famiglia*⁵¹, in qualunque modo essa si atteggi, non è certamente agevolata dalla pluralità culturale e dal pregiudizio che a volte animano il dibattito pubblico sul punto. Sebbene il dettato costituzionale – e, segnatamente, l'art. 2 – sancisca la prevalenza logico-ontologica dell'uomo rispetto alle istituzioni statali⁵², sembra ancora lontano il riconoscimento della piena affettività, così come si determina

quindi, vanno interpretati tenendo conto delle trasformazioni dell'ordinamento e dell'evoluzione della società e dei costumi. Detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo duro della norma ... [II] significato del precetto costituzionale non può essere superato in 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 di una norma che non prese in considerazione le unioni omosessuali, ma intese riferirsi al matrimonio nel suo significato tradizionale” ([sent. n. 138 del 2010](#)). In senso critico, sulla possibilità di ricavare in via ermeneutica dalle norme costituzionali concetti non immediatamente riconducibili alle stesse, cfr. A. RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale ...) pretesa a connotarsi come “famiglie”*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 2010, 6-7.

⁴⁸ Cfr. M. GATTUSO, *Appunti sulla famiglia naturale e il principio di uguaglianza (A proposito della questione omosessuale)*, in *Questione giustizia*, 2007, 2, 16.

⁴⁹ Sulla differenza tra famiglia fondata sul matrimonio e famiglia di fatto, si veda [Corte cost. sent. n. 140 del 2009](#), nella quale il giudice delle leggi, dichiarando la non fondatezza della q.l.c. dell'art. 384, co.1, c.p., nella parte in cui non contempla tra i beneficiari della scriminante anche il convivente *more uxorio*, precisa che “la convivenza *more uxorio* è diversa dal vincolo coniugale ... e tale diversità giustifica che la legge possa riservare trattamenti giuridici non omogenei”. Così, anche [sentenze nn. 86 del 2009](#), [374 e 372 del 2004](#), [127 del 1997](#) e ord. n. [404 del 1998](#). La diversità di trattamento tra i due istituti, infatti, si giustifica, a giudizio della Corte, “in ragione dei caratteri di stabilità, certezza, reciprocità e correttezza dei diritti e doveri che nascono soltanto da tale vincolo [matrimoniale]” ([ord. n. 491 del 2000](#)). Circa l'equiparazione delle coppie eterosessuali di fatto alle coppie eterosessuali coniugate in taluni ambiti, quali la successione nel contratto di locazione alla morte del conduttore convivente ([Corte cost. sent. n. 404 del 1988](#)) o l'assegnazione della casa popolare a seguito di cessazione di stabile convivenza ([Corte cost. sent. n. 559 del 1989](#)). Si segnala, peraltro, [Corte cost. ord. n. 204 del 2003](#), nella quale la Corte dichiara la manifesta infondatezza della q.l.c. dell'art. 6 della l. n. 392/1978, nella parte in cui non prevede, in caso di cessazione della convivenza *more uxorio*, la successione nel contratto di locazione del convivente, anche in mancanza di prole, specificando che, data la diversità della convivenza *more uxorio* rispetto al rapporto coniugale, non è possibile un'equiparazione, non essendo invocabile “né il principio di uguaglianza né le argomentazioni contenute nella [sentenza n. 404 del 1988](#) a sostegno dell'esigenza di tutelare il nucleo familiare sul presupposto dell'esistenza della prole naturale”. Cfr. anche la [sent. n. 166/1998](#), sull'assegnazione della casa al genitore naturale affidatario di un minore in caso di scioglimento di una convivenza *more uxorio*. Sul punto, v. L. VIOLINI, *Il riconoscimento delle coppie di fatto: preter o contra constitutionem?*, in [www.forumcostituzionale.it](#).

⁵⁰ A tal riguardo, si vedano, tra gli altri, A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei “casi”: la famiglia come “società naturale fondata sul matrimonio”*, in [www.forumcostituzionale.it](#), R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, cit., 1066 ss.; I. MASSA PINTO, *Diritto costituzionale e tradizione: a proposito della famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 11 luglio 2008; F. BIONDI, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale- relazione al Convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa”, “La famiglia davanti ai suoi giudici”*, Catania, 7-8 giugno 2013, in [www.gruppodipisa.it](#).

⁵¹ Parla di “famiglia in frantumi” F.D. BUSNELLI, *Prefazione al volume La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione europea*, D. AMRAM e A. ANGELO (curr.), Padova, 2011, IX.

⁵² Così, Aldo Moro, nell'Adunanza Plenaria dell'Assemblea Costituente del 15 gennaio 1947, osservava che “la famiglia è una società naturale ... non è affatto una definizione, anche se ne ha la forma esterna, in quanto si tratta in

nella natura di ciascuno. Pare emergere sullo sfondo del dibattito politico la tendenza a dissociare un astratto diritto all'autodeterminazione dal diritto di *poter fare* delle proprie inclinazioni l'essenza del proprio essere. Quasi a voler dire che il diritto del singolo alla propria affettività⁵³ si *complica* quando diventa diritto della coppia a veder legalmente riconosciuto quell'affetto che intimamente la unisce.

Peraltro, di fronte alle molteplici realtà familiari che si vanno ormai delineando nel panorama ordinamentale moderno⁵⁴, è legittimo attendersi che anche il legislatore italiano provveda a disciplinare quelle situazioni⁵⁵ che, ancorchè fuori dagli schemi tradizionali⁵⁶, rappresentano il

questo caso di definire la sfera di competenza dello Stato nei confronti di cui delle formazioni sociali alle quali la persona umana dà liberamente vita". Particolarmente felice è l'immagine offerta da A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Ann. Sen. Giur. Università di Catania*, 1948, III, secondo il quale la famiglia è come un'isola che il diritto deve limitarsi a lambire. Ciò a riprova del carattere *naturale* della sua origine e della sua stessa essenza.

⁵³ Sembra ormai in declino l'assioma matrimonio-famiglia, la quale trova ormai piena esplicitazione a prescindere dalla formale contrazione del rapporto matrimoniale, così come sembra sganciarsi progressivamente dalla mera possibilità procreativa della stessa, superando, così, anche l'ideale funzionalizzazione della coppia alla prosecuzione della stirpe. Si valorizza, in questo modo, esclusivamente il dato affettivo che lega i membri della coppia, avulso da qualsiasi implicazione genitoriale. Cfr. F. DONATI, *La famiglia nella legalità costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 4/2014, 11 e 15, il quale osserva, con riguardo all'ormai pacifica equiparazione della famiglia di fatto alla famiglia "tradizionale", che "nel nuovo quadro normativo è la procreazione (naturale o assistita) che determina la nascita della famiglia, anche in mancanza di un matrimonio ... Il matrimonio, anche a seguito degli interventi della Corte costituzionale e del legislatore, ha ormai perso il ruolo di elemento fondante della famiglia". In verità, tale assunto risulta parzialmente condivisibile poiché – come anticipato – è sempre più frequente rivenire nuovi modelli familiari anche in assenza di prole, propria o adottata, nei quali l'elemento unificante è rappresentato dal sentimento d'amore che fonda il legame.

⁵⁴ Sul punto si veda R. IBRIDO, A. ROMANO e A. SCHILLACI, *Same sex marriage e riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso: materiale di diritto comparato*, in www.rivistaaic.it. E' interessante notare come le Corti costituzionali europee abbiano interpretato le rispettive norme costituzionali disciplinanti l'istituto del matrimonio nel senso di non vietare né imporre il riconoscimento di quello omosessuale (cfr. *Cour d'Arbitrage* belga, n. 159/2004 del 20 ottobre 2004; *Tribunal Constitucional* portoghese, n. 359/2009, *Tribunal Constitucional* spagnolo, sentenza n. 121/2010; *Conseil Constitutionnel* francese, sentenza del 17 maggio 2013, n. 2013-669; *Supremo Tribunal Federal* brasiliano, ADPF 132/RJ del 5 maggio 2011). Nell'ordinamento americano - dopo la nota pronuncia *Lawrence v. Texas* del 26 giugno 2003, con la quale il supremo giudice americano dichiara l'incostituzionalità della legge texana che criminalizzava i comportamenti sessuali tra omosessuali, in base all'assunto che in una relazione affettiva stabile riveste carattere fondamentale la sfera sessuale, che contribuisce ad integrarla e a completarla - assume particolare rilievo la recente sentenza del giugno 2013 (*United States v. Windsor 570 US*, 2013), con la quale la Suprema Corte federale ha dichiarato l'incostituzionalità della *Section III del Defense of Marriage Act (DOMA)* del 1996 in quanto non riconosceva, a livello federale, il matrimonio omosessuale previsto al contrario a livello statale. L'argomentazione della Corte, pertanto, più che soffermarsi sull'istituto matrimoniale in sé, ricostruisce la proprio argomentazione evidenziando la disparità di trattamento che si viene a determinare a livello statale e a livello federale. Con la sentenza *Hollingsworth v. Perry*, sempre del 26 giugno 2013, la Corte suprema ha confermato da decisione in primo grado di incostituzionale della *Proposition 8*, di modifica della Costituzione della California, con cui si introduceva una definizione di matrimonio esclusivamente eterosessuale. A ben vedere, però, in tale pronuncia la Corte Suprema non entra nel merito della vicenda, limitandosi a dichiarare la mancata legittimazione ad agire dei ricorrenti. Ciò in quanto la disciplina in materia di matrimonio è a appannaggio degli Stati membri e la Corte Suprema può pronunciarsi solo sugli eventuali rapporti tra normativa federale e quella statale. Per una disamina dell'istituto del matrimonio negli Stati Uniti, cfr. M. CALIARO, *Il same-sex marriage negli stati Uniti d'America*, Padova, 2006. Peraltro, si rammenta che, al momento in cui si scrive, la Corte suprema americana ha concesso un *writ of certiorari* su quattro ricorsi presentati da alcune coppie omosessuali del Kentucky, Michigan, Ohio e Tennessee contro la pronuncia della Corte di Appello del VI *circuit* che aveva riconosciuto la legittimità costituzionale dei cd. *same-sex marriage* di quegli Stati. Tale pronuncia, attesa per giugno, è stata resa possibile proprio dalla divergenza giurisprudenziale sul *same sex marriage* che si è riscontrata tra le Corti federali d'appello. In particolare, la richiesta di *certiorari* ad oggetto due quesiti: se il XIV emendamento (*equal protection clause*) imponga agli Stati membri di concedere le licenze matrimoniali alle coppie omosessuali e se lo stesso emendamento imponga agli Stati di riconoscere il matrimonio "legalmente autorizzato e contratto" al di fuori del proprio territorio. In America, peraltro, proprio grazie allo spiccato fervore giurisprudenziale, il matrimonio omosessuale è riconosciuto in quasi 30 Stati su 50, a dimostrazione della patente sensibilità alla tematica omosessuale.

⁵⁵ Sulla falsariga delle partnership previste ad esempio nell'ordinamento inglese ovvero in quello tedesco, oppure in senso conforme ai PACS francesi (applicabili sia alle coppie eterosessuali sia a quelle omosessuali). Sulla pluralità dei modelli, cfr. M. BONINI BARALDI, *Le nuove convivenze: profili internazionalprivatistici*, in *Il nuovo diritto di famiglia*,

luogo in cui si intrecciano relazioni affettive e familiari. Con la precauzione, ovviamente, che in tematiche come questa ad alto tasso di *eticità*, le scelte legislative devono essere il portato di un dibattito politico consapevole, attento alla mutevolezza dei tempi e delle esigenze sociali.

Come autorevolmente osservato⁵⁷, infatti, i diritti “non nascono tutti in una volta. Nascono quando devono o possono nascere”. L’opportunità che questi vengano riconosciuti deve contemperarsi con il comune sentire sociale⁵⁸ e non può prescindere dalla considerazione delle altre realtà al di fuori dei confini nazionali⁵⁹.

Trattato diretto da G. FERRANDO, II, *Rapporti personali e patrimoniali*, Bologna, 2008, 1109 ss.; G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2014. Si segnala che, al momento in cui si scrive, sono stati presentati diversi disegni di legge riguardanti, più ampiamente, l’introduzione di patti di convivenza, riuniti poi in un unico progetto, depositato il 2 luglio 2014 e rubricato come “Regolamento delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”. Si tratta di un progetto di legge composto da due titoli: il primo volto ad introdurre le unioni civili (solo omosessuali), ed il secondo volto ad istituire il c.d. contratto di convivenza (sia per le coppie omo che eterosessuali), stipulato attraverso atto pubblico davanti ad un notaio. Particolarmente rilevante, al fine di comprendere l’esatta portata della novità che si intende introdurre nell’ordinamento, è l’art. 3 del Progetto, che, a seguito delle audizioni svolte in Commissione giustizia del Senato, non contempla più il rinvio in toto alla disciplina matrimonio, bensì il rinvio puntuali a singole disposizioni codicistiche. Si è trattata di una scelta politica, al fine di evitare una equiparazione pedissequa tra il rapporto coniugale e l’unione civile, i quali continuano a differenziarsi per *nomen e presupposti* (diversità/identità di sesso). L’unione civile presenta quindi una disciplina specifica.

⁵⁶ In senso critico, cfr. B. PEZZINI (*Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale*, in *Giur.cost.*, 2010, 2725-2726, la quale evidenzia il rischio che l’introduzione dell’unione civile possa contribuire ad istituzionalizzare un regime di tolleranza, ma non di equiparazione, per le coppie omosessuali.

⁵⁷ Cfr. N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino, 1990, 9 ss.

⁵⁸ Cfr. A. SCHILLACI, *Premessa*, in *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, a cura di A. Schillaci, Roma, 2014, 21, il quale mette in evidenza come solo la valorizzazione dell’effettività personale e familiare consente la riconsiderazione degli istituti familiari tradizionali.

⁵⁹ Si fa riferimento alla recente vicenda relativa alla trascrizione di matrimoni di coppie omosessuali contratti in altri Stati, effettuata da alcuni ufficiali di stato civile di diversi Comuni. A seguito del riconoscimento effettuato da alcuni Sindaci, tra cui quello di Bologna e di Roma, il Ministero dell’Interno provvedeva a diramare una circolare (il cui testo è consultabile in www.interno.gov.it) con la quale evidenziava l’illegittimità dell’operazione in atto, alla luce del quadro normativo italiano ed europeo. Si segnala, peraltro, che, al momento in cui si scrive, il T.A.R. del Lazio – Sez. I *ter*- ha confermato, in sede cautelare, con due decreti monocratici, l’annullamento disposto dal Prefetto di Roma dei matrimoni omosessuali contratti all’estero, rigettando il ricorso di due coppie omosessuali. Peraltro, a seguito della pronuncia del T.A.R., lo stesso Comune di Roma ha proposto ricorso al giudice amministrativo per ottenere l’annullamento del decreto del 31 ottobre 2014 con il quale il Prefetto ha intimato la cancellazione delle trascrizioni sui registri di stato civile, ritenuto viziato da incompetenza e, comunque, da eccesso di potere sotto vari profili, e quindi palesemente nullo, illegittimo ed errato. Sull’intrascrivibilità, nei registri di stato civile, del matrimonio fra omosessuali contratto all’estero per l’inidoneità a produrre effetti nell’ordinamento giuridico italiano, si veda anche [Cass. Sez. I civ. sentenza 15 marzo 2012, n. 4184](#) con note di M. WINKLER e F. CHIOVINI, *Dopo la Consulta e la Corte di Strasburgo, anche la Cassazione riconosce i diritti sulle coppie omosessuali*, in *Giustizia civile*, 2012, 7-8, 1691 ss.; A. SCHUSTER, *Il matrimonio e la famiglia omosessuale tra in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, in www.forumcostituzionale.it, 2012. Tale pronuncia rileva in quanto, inserendosi nella solco della [sentenza costituzionale n. 138 del 2010](#) e della successiva sentenza europea *Schalk* del 2010, motiva l’intrascrivibilità del matrimonio omosessuale contratto all’estero non sulla base della sua contrarietà ad ordine pubblico ai sensi dell’art. 18 del d.p.r. n. 396 del 2000 ovvero perché inesistente, ma perché inidoneo a produrre effetti giuridici nell’ordinamento italiano, ben potendo però essere riconosciuti singoli diritti ai membri della coppia. Così, più di recente, Trib. Pesaro, decreto del 14 ottobre 2014. *Contra*, Trib. Latina, decreto 10 giugno 2005, con nota di M. ORLANDI, *Matrimonio contratto all’estero da cittadini italiani dello stesso sesso e sua efficacia giuridica in Italia*, in *Giur.mer.*, 2005, 2292 ss.; Corte App. Roma, decreto 13 luglio 2006, con nota di M. SESTA, *Il matrimonio estero tra due cittadini italiani dello stesso sesso è trascrivibile in Italia?*, in *Famiglia e diritto*, 2007, 169 ss. Più di recente, l’ordinanza del Tribunale di Grosseto (9 aprile 2014) con la quale il giudice, in controtendenza rispetto all’andamento generalizzato, ordina all’ufficiale di stato civile di provvedere alla trascrizione del matrimonio omosessuale contratto da una coppia di cittadini italiani a New York sulla base, fondamentalmente, dell’assunto che quest’ultimo non si pone in contrasto con l’ordine pubblico. In tal modo, il giudice toscano riprende le argomentazioni espresse dalla Corte di cassazione nella [sentenza n. 4184/2012](#), portandole però alle estreme conseguenze (cfr. R. CONTI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e dei giudici di meriti*, in *Questione giustizia*, 2014). Da ultimo, si segnala la sentenza della Corte di cassazione, Sez. I, n. 2400 del 9 febbraio 2015, nella quale il giudice di legittimità, sebbene rigetti la richiesta di pubblicazioni matrimoniali fra persone dello stesso sesso, chiarisce che l’unione omosessuale riceve “diretto riconoscimento costituzionale dall’art. 2 Cost.” e che

6. La vicenda oggetto della [sentenza n. 170/2014](#) della Corte costituzionale, peraltro, è tornata dinanzi alla Corte di cassazione con la [sentenza n. 8097 del 21 aprile 2015](#), nella quale, nella prospettazione del proprio assetto motivazionale, il giudice di legittimità rinvia alle argomentazioni svolte dalla Corte costituzionale nella pronuncia in commento. Più nello specifico, risulta particolarmente significativo il passaggio nel quale i giudici di legittimità chiariscono come la qualificazione della pronuncia come additiva di principio (rivolta al legislatore) – che contempla l’invito al legislatore ad introdurre quanto prima per regolamentare le unioni così divenute omosessuali - non preclude *medio tempore* l’intervento del giudice, ritenendosi la suddetta pronuncia “autoapplicativa e non meramente dichiarativa”⁶⁰. Invero, sebbene il sistema normativo attuale non consenta la possibilità di contrarre il matrimonio alle coppie omosessuali né, tantomeno, consenta alle stesse, divenute tali a seguito della rettificazione anagrafica di sesso di uno dei due componenti, di permanere nel vincolo coniugale, “non può essere costituzionalmente tollerato ... che per effetto del sopravvenuto non mantenimento matrimoniale tali unioni possano essere private del nucleo dei diritti fondamentali e doveri solidali propri delle relazioni affettive sulle quali si fondano le principali scelte di vita e si forma la personalità sul piano soggettivo e relazionale”. Si sottolinea, pertanto, che la peculiare tecnica decisoria adottata dal giudice costituzionale – ovvero la additiva di principio – non sia di per sé incompatibile con l’applicazione che del principio si dà in via giudiziaria, in virtù del carattere imperativo ed immediatamente applicabile ai sensi dell’art. 136 Cost.

La Cassazione specifica che, in sede di risoluzione della specifica controversia così come si prospetta a seguito della pronuncia costituzionale, è necessario che il giudice individui sul piano ermeneutico una regola concreta che inveri il principio astrattamente espresso dal giudice delle leggi; principio che – come chiarito dalla stessa Corte di cassazione – individua in modo puntuale il nucleo dei diritti fondamentali degni di essere protetti, tali da ingenerare l’obbligo per il giudice – in attesa dell’intervento del legislatore - di rimuovere gli effetti della caducazione automatica del vincolo matrimoniale sul regime giuridico di protezione dell’unione. Tale modalità operativa ed opzione ermeneutica viene giudicata dalla Corte “obbligata” e non comporta l’estensione generalizzata del vincolo matrimoniale alle coppie omosessuali, ma solo il riconoscimento concreto del mantenimento del vincolo legittimamente contratto tra le parti ricorrenti. Il fine – come specificato – è quello di evitare che si determini propria quella situazione di indeterminatezza giuridica, peraltro stigmatizzata dalla stessa Corte costituzionale.

Altro punto nodale della pronuncia di legittimità che sembra risaltare nell’impianto motivazionale concerne la qualificazione della coppia dei soggetti che agiscono in giudizio. Si tratta, infatti, a giudizio della Cassazione, di una coppia legata non già da una relazione di fatto, sebbene costituzionalmente tutelabile in ossequio all’art. 2 Cost., bensì di una unione matrimoniale, in quanto tale caratterizzata dal massimo grado di protezione giuridica. Ed in tal senso il giudice di legittimità giustifica il riconoscimento della singolare condizione che lega la coppia in questione, la

“può acquisire un grado di protezione e tutela equiparabile a quello matrimoniale in tutte le situazioni nelle quali la mancanza di una disciplina legislativa determina una lesione dei diritti fondamentali”. Si segnala, da ultimo, la recentissima sentenza n. 3907 del 9 marzo 2015 del T.A.R. Lazio, sez. I-ter, con il quale il giudice amministrativo ha annullato i decreti del Prefetto di Roma e del Ministro dell’Interno di annullamento delle trascrizioni dei matrimoni tra coppie dello stesso sesso contratti all’estero, sulla base – in sostanza – dell’assunto che “l’annullamento di trascrizioni nel registro dello stato civile di matrimoni contratti da persone dello stesso sesso, celebrati all’estero, può essere disposto solo dall’Autorità giudiziaria ordinaria”. E quindi “il Ministero dell’Interno e le Prefetture, quindi, non hanno il potere di intervenire direttamente, annullando le trascrizioni nel registro dello stato civile di matrimoni contratti da persone dello stesso sesso, celebrati all’estero”.

⁶⁰ In senso critico, cfr. 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 questa [Rivista](#), [2015/1](#) (28.04.15), 6, il quale sottolinea come, in realtà, la Cassazione non solo ricava dalla [sentenza n. 170 del 2014](#) un principio “eccentrico” rispetto al dictum formulato dal giudice costituzionale ma, addirittura, del tutto fuorviante, in quanto incentrato sull’unica opzione ermeneutica esclusa dal giudice delle leggi, quella “... per cui persone (*divenute*) omosessuali possono restare coniugate, pur se eccezionalmente e, appunto, a termine”.

quale non potrebbe essere paragonata ad una qualsiasi unione tra persone dello stesso sesso. In questo caso, sembra venire in rilievo e costituire il perno sul quale la Cassazione costruisce la suddetta regola concreta di cui sopra proprio il vincolo matrimoniale legittimamente contratto in passato, tale da impedire il mero adeguamento in via giurisdizionale nella titolarità dei diritti ai sensi dell'art. 2 Cost., come ribadito da ultimo nella precedente [sentenza n. 4184/2012](#), e da richiedere, al contrario, un'operazione interpretativa specifica che tenga conto della diversità rispetto alle altre unioni tra persone omosessuali e che assicuri un livello di tutela adeguato fino all'intervento legislativo atto ad introdurre forme di convivenza registrata.

La pronuncia di legittimità, quindi, sembra porre due questioni al centro delle argomentazioni espresse: una meramente processuale e l'altra di natura di regolamentazione sostanziale dei diritti controversi. Da una parte, sottolinea come, dal punto di vista prettamente processuale, la scelta del giudice costituzionale per un'additiva di principio (con monito al legislatore) non impedisce in sé l'intervento concreto del giudice laddove ricorrano due condizioni: la formulazione di un principio puntuale in grado di generale una risposta giudiziaria chiara ma, soprattutto, obbligata, e la sussistenza di una situazione emergenziale tale da richiedere la predisposizione di una specifica tutela, a maggior ragione nella condizione di vuoto normativo "costituzionalmente intollerabile", che si viene a creare a seguito della declaratoria di incostituzionalità di una norma e in attesa della necessaria disciplina legislativa. Dall'altra, la Cassazione, in attuazione del principio specificatamente dettato dal giudice costituzionale, dà risalto al vincolo matrimoniale che lega la coppia ricorrente e che ne impedisce l'equiparazione in via analogica alle altre unioni omoaffettive.

A tal riguardo, il giudice di legittimità parla di "principio della necessità immediata e senza soluzione di continuità di uno statuto sostanzialmente equiparabile ... a quello derivante dal vincolo matrimoniale per le coppie già coniugate che si vengano a trovare nella peculiare situazione delle ricorrenti". Tale principio, affermato in sede di giudizio di costituzionalità, comporta, a giudizio della Cassazione, l'attribuzione alla coppia protagonista della vicenda di uno status giuridico del tutto eccentrico, laddove di riconosce la validità del previo vincolo matrimoniale ma se ne circoscrivono i confini alla condizione contingente. Pertanto, l'elaborazione in via interpretativa della regola concreta comporta, da una parte, il riconoscimento del vincolo matrimoniale e, dall'altra, la mancata estensione alle altre coppie omosessuali, in quanto omosessuali fin dal principio. A voler forzare la dizione utilizzata dal giudice di legittimità, sembra che l'esito ermeneutico di una siffatta operazione tenderebbe ad affermare l'istituto matrimoniale, al di là del paradigma eterosessuale, esclusivamente nell'ipotesi di unione divenuta, a seguito della rettificazione di sesso di uno dei due membri, omosessuale, senza comportare quindi il riconoscimento incondizionato a qualsivoglia relazione amorosa.

Ad ogni modo, in entrambe le pronunce analizzate, quella della Corte costituzionale e quella della Cassazione, sebbene attraverso formulazioni parzialmente divergenti, sembra risaltare un unico elemento significativo in grado di giustificare l'incostituzionalità dello scioglimento del vincolo matrimoniale, da una parte, e il mantenimento del vincolo stesso, dall'altra: si tratta del sopra citato "pregresso vissuto familiare" – come espresso dal giudice costituzionale – legittimamente fondato sulla celebrazione del matrimonio nella forma consentita, ossia secondo il paradigma eterosessuale, e tale da differenziare l'unione *de qua* dalle altre forme di relazioni familiari o, secondo alcuni, parafamiliari⁶¹.

7. Ponendoci su un livello più generale, astraendo dalla dimensione strettamente nazionale, può essere utile sottolineare come, nella prospettiva comparata, il matrimonio omosessuale⁶² sia

⁶¹ Così, A. RUGGERI, [Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità \(a proposito dell'originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014\)](#), cit.

⁶² Per una disamina complessiva dell'istituto del matrimonio omosessuale (e delle altre forme di tutela) nei principali Paesi europei, cfr. *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Stati europei*, a cura di P. Passaglia, e relativi aggiornamenti fino a dicembre 2013, in www.cortecostituzionale.it.

riconosciuto nell'area europea in Belgio, Danimarca, Islanda, Paesi Bassi, Portogallo, Lussemburgo, Regno Unito, Svezia, Francia, Spagna, Finlandia (novembre 2014). A tale elenco si deve aggiungere la Norvegia, sebbene non faccia parte dell'Unione europea.

In particolare, si evidenzia che in Francia, era stato presentato il 7 novembre 2012 un disegno di legge che consente il matrimonio anche alle coppie omosessuali, giudicato conforme alla Costituzione dal *Conseil Constitutionnel* con decisione n. 2013-669 del 17 maggio 2013. La legge, una volta approvata dalle Assemblee parlamentari, era stata poi promulgata dal Presidente della Repubblica il 18 maggio 2013.

In Spagna, l'introduzione del matrimonio omosessuale nell'ordinamento interno si ha per il tramite della l. n. 13 del 2005, con la quale sono state modificate diverse disposizioni del codice civile, impugnata attraverso *recurso de amparo* per asserito contrasto con la disciplina costituzionale, e, segnatamente, con l'art. 32 della Costituzione. La vicenda si è conclusa con la sentenza del *Tribunal Constitucional* n. 198 del 6 novembre 2012, nella quale il giudice costituzionale spagnolo arriva a giustificare la legittimità della normativa sulla base dell'assunto che l'art. 32 Cost. va interpretato nella duplice accezione di garanzia costituzionale e di diritto (costituzionale) a contrarre matrimonio. Peraltro, ciò che rileva è che la Suprema Corte spagnola addivene a consentire un'interpretazione evolutiva della disposizione costituzionale anche alla luce della ricca giurisprudenza straniera, nonché internazionale e convenzionale, nel senso di ammettere un'estensione dell'istituto matrimoniale anche alle coppie tra persone dello stesso sesso.

In senso favorevole si colloca anche la Slovenia, in cui il Parlamento di Lubiana ha recentemente approvato una legge che consente il matrimonio omosessuale e l'adozione da parte di persone dello stesso sesso⁶³. Tale normativa ha incontrato l'opposizione, in sede parlamentare, dell'area di centrodestra, che ha già annunciato la proposizione di un *referendum* popolare. Un *referendum* in materia si era, in realtà, già svolto nel 2012, concludendosi con una netta bocciatura, con ben il 55% dei voti contrari.

Nel solco della stessa politica benevola si pone anche il Regno Unito: il 17 luglio 2013, la Regina Elisabetta ha apposto il *Royal Assent* al *Marriage Same sex Couples Act 2013*, con il quale è stato introdotto il matrimonio omosessuale in Inghilterra e in Galles. Più specificatamente, la *section 9* consente alle coppie omosessuali di trasformare la precedente *civil partnership* in matrimonio e la *section 12* – in riforma del *Gender Recognition Act 2004* – consente, in caso di riattribuzione del sesso di uno dei due coniugi e di consenso dell'altro, di proseguire il rapporto matrimoniale.

A proposito di unioni civili, è opportuno ricordare che le Unioni civili per coppie omosessuali sono previste in Austria, Germania, Irlanda, Repubblica ceca, Slovenia, Malta, Ungheria e Croazia. Queste ultime hanno espressamente vietato il matrimonio omosessuale nei rispettivi documenti costituzionali. In particolare, in Croazia⁶⁴ l'introduzione del divieto a livello costituzionale è avvenuta con *referendum* costituzionale dell'1 dicembre 2013 con il 65, 87 % dei votanti a favore, promosso da un gruppo di società civile cattolico, sostenuto anche dal partito conservatore e da altri gruppi religiosi.

⁶³ Così anche il Lussemburgo, in cui è stata approvata una legge che riconosce il matrimonio alle coppie omosessuali e la possibilità, per queste ultime, di accedere all'adozione. Proprio con riguardo a quest'ultimo profilo, si è registrato un dibattito politico interno particolarmente vivace, in quanto l'iniziale progetto di legge operava infatti una distinzione tra "adozione semplice" e "adozione piena", a seconda del mantenimento o meno del rapporto con i genitori biologici. A seguito del parere contrario del Consiglio di Stato circa la preclusione dell'"adozione piena" da parte delle coppie dello stesso sesso, il diritto di adozione è stato riconosciuto a tutte le unioni matrimoniali, etero e omosessuali.

⁶⁴ A tal riguardo, si segnala che nel luglio 2014 il Parlamento croato ha approvato una legge che disciplina le unioni civili omosessuali. A queste sono riconosciuti, in sostanza, tutti i diritti riconosciuti alle coppie eterosessuali coniugate, con l'esclusione della possibilità di accedere all'adozione. Sebbene non sia possibile l'istituto dell'adozione, il testo di legge prevede la possibilità per il partner di condividere la responsabilità genitoriale del figlio biologico del compagno. La legge disciplina, peraltro, il regime giuridico delle unioni civili (omosessuali) non registrate, prevedendo la possibilità, per queste ultime, di acquisire gli stessi diritti propri delle unioni registrate dopo tre anni di convivenza continuativa.

Non hanno, per ora, alcuna normativa al riguardo Cipro, Estonia, Grecia, Italia, Lettonia, Polonia, Lituania, Romania, Bulgaria e Slovacchia, e proprio quest'ultima ha approvato nel 2014 una legge di modifica della Costituzione, che aggiunge all'art. 41, comma 1, una definizione di matrimonio riservato esclusivamente alle coppie eterosessuali. La riforma è entrata in vigore il 1 settembre 2014.

Nella prospettiva così delineata, seppur al di fuori dei confini europei, occorre ancora segnalare la posizione restrittiva – e, in taluni accenti, fortemente repressiva – di taluni Paesi, quali l'Uganda – così come il Gambia e la Botswana –, in cui il 24 febbraio 2014 il Presidente ha firmato l'*Uganda Anti-Homosexuality Act*, che introduce il c.d. reato di omosessualità⁶⁵, con pena detentiva fino a sette anni ovvero con l'ergastolo se il fatto è commesso da un superiore gerarchico, da persone affette da virus HIV o in aggiunta ad altri reati.

Si aggiunga, poi, la Russia, dove il Presidente Putin ha firmato il 30 giugno 2013 la legge che punisce la “propaganda di relazioni sessuali non tradizionali davanti a minori” con multa fino a 5mila rubli, elevabile a 50.000 rubli, nel caso di funzionari pubblici, e 800.000 rubli, nel caso di magistrati.

Ad essere punibili anche gli stranieri, con sanzione pecuniaria e, in taluni casi possono essere addirittura espulsi. Il 10 febbraio 2014 è stato inoltre introdotto il divieto di adozione di bambini russi da parte di coppie omosessuali e di singles residenti in Paesi che prevedono i matrimoni tra persone dello stesso sesso. Peraltro, la politica apertamente sessista russa ha recentemente trovato espressione nel regolamento che, nell'elencare i soggetti che medicalmente non possono accedere alla circolazione stradale a tutela della pubblica sicurezza, ricomprende anche gli omosessuali, i transessuali, i feticisti e i travestiti.

8. Anche alla luce di questa analisi comparatistica, oltre che delle riflessioni annotate alla [sentenza n. 170 del 2014](#), emerge chiaramente che la peculiare delicatezza della questione del riconoscimento delle unioni omosessuali comporta che la decisione sulle concrete modalità operative non possa essere affidata al sindacato dell'autorità giurisdizionale⁶⁶, in ragione dell'esigenza di assicurare la maturazione di una sensibilità politica nuova⁶⁷.

Invero, al cuore del dibattito sul tema si pone l'essenza stessa dell'*essere umano*. A giudizio di chi scrive, la [sentenza n. 170 del 2014](#), nel promuovere la necessità di preservare il progresso vissuto della coppia nonostante il sopraggiunto cambiamento sessuale, sembra sottolineare proprio

⁶⁵ Nell'agosto 2014 la Corte costituzionale dell'Uganda ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge contro le coppie omosessuali. Ciò che rileva è che, in realtà, il giudice costituzionale ugandese non sia entrato nel merito della questione ma sia addivenuto ad una tale pronuncia di incostituzionalità, ravvisando la sussistenza di vizi procedurali nell'approvazione della suddetta legge (in particolare, approvata senza il *quorum* richiesto previsto dal combinato disposto dagli artt. 2, c. 1 e 2, e 88 della Costituzione e l'art. 23 del regolamento parlamentare).

⁶⁶ Sia consentito il richiamo della singolare disposizione contenuta nel testo costituzionale argentino del 1949, laddove, all'art. 19, sicuramente anche sulla spinta della forte influenza cattolica sul territorio, si statuisce che “I comportamenti privati dei cittadini che in nessun modo offendano l'ordine e la morale pubblica, né pregiudichino alcun terzo, sono sottoposti unicamente al giudizio di Dio e non all'autorità dei magistrati” (corsivo nostro). Tuttavia, sebbene sia costituzionalizzata all'art. 2 l'osservanza del culto cattolico quale religione di Stato, di fatto non è mancato questo non il progressivo riconoscimento delle coppie omosessuali, in considerazione soprattutto del citato articolo 19, laddove ai giudici è precluso qualsiasi sindacato che in qualche modo incida sulle istanze dei singoli, tra cui – appunto – gli omosessuali.

⁶⁷ Cfr. A. SCHILLACI, *Costruire il futuro. Omosessualità e matrimonio*, in *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, cit., 214, il quale evidenzia come la questione attinente al possibile riconoscimento del matrimonio omosessuale vada alle radici del costituzionalismo moderno, involvendo le problematiche relative alla tutela della dignità umana, sulla quale si fonda ciascuno ordinamento democratico moderno.

questo: la difficile compatibilità tra ciò che l'uomo è⁶⁸ e ciò che la società ritiene che *debba essere*⁶⁹, quasi a conferma della raffigurazione di quest'ultimo come *estraneo inseparabile da sé*⁷⁰.

⁶⁸ Cfr. M. GIANNI, *Cittadinanza differenziata e integrazione multiculturale*, in *Rivista italiana di Scienza politica*, 3, 1997, 497.

⁶⁹ A tal riguardo, particolarmente rilevante è l'immagine offerta da A. RATTI, *Essere se stessi. La protezione dell'identità sessuale nello Stato costituzionale*, in AA.VV., *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, cit., 19, la quale ricostruisce il diritto all'identità sessuale in termini relazionali, in quanto involve non solo la dimensione prettamente biologica, ma "anche e soprattutto, la percezione, il giudizio che altri ne hanno, in un processo continuo di costruzione del sé in cui l'individuo, ad un tempo, si autodefinisce e viene definito". Similmente, P. RIDOLA, *Presentazione*, in *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, cit., 15, il quale osserva efficacemente come risieda proprio nel pluralismo culturale e politico moderno la cifra distintiva del percorso di sviluppo e di crescita dei diritti fondamentali, specie delle minoranze. È propria sul terreno di una società segnata da spinte conformative che si muove la pretesa identitaria degli omosessuali, nella ricerca e nell'affermazione del proprio più intimo io.

⁷⁰ Cfr. L. PIRANDELLO, *Uno, nessuno, centomila*, 1967, 20.