



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2015 FASC. I

(ESTRATTO)

ANTONIO RUGGERI

**IL MATRIMONIO “A TEMPO” DEL TRANSESSUALE: UNA
SOLUZIONE OBBLIGATA E... *IMPOSSIBILE?*
(A PRIMA LETTURA DI CASS., I SEZ. CIV.,
N. 8097 DEL 2015)**

28 APRILE 2015

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Antonio Ruggeri

**Il matrimonio “a tempo” del transessuale: una soluzione obbligata e... impossibile?
(A prima lettura di [Cass., I Sez. civ., n. 8097 del 2015](#))**

ABSTRACT: *The "timed" marriage of the transsexual: an obligatory and... impossible solution? (a quick comment to Cass., I Sec. civ., n. 8097 of 2015)*

The author reflects on some technical issues raised by a case which was first dealt with by the Constitutional Court in ruling no. 170 of 2014 and then by the Court of Cassation in the ruling indicated in the title of the work. The author highlights the gap between the reasoning and the operative part of the Constitutional Court's ruling no. 170 of 2014, as well as the weird rule that the Court of Cassation "extracted" from the principle added by the Constitutional Court, with the artificial invention of a legal concept that... does not exist: the "timed" marriage. The author highlights the torsion suffered by the traditional decision-making techniques of the Constitutional Court and reflects on remedies that would abstractly be possible to address the problem of incorrect implementation of the decisions of the Constitutional Court by ordinary judges.

SOMMARIO: 1. Lo scarto tra la motivazione e il dispositivo presente in [Corte cost. n. 170 del 2014](#) e la singolare regola dalla Cassazione estratta dal principio aggiunto dalla Consulta, con l'artificiosa invenzione di un istituto che... *non c'è*: il matrimonio “a tempo”. – 2. La torsione subita dal modello delle additive di principio, con l'estrazione di una regola qui giudicata come l'unica possibile, laddove il principio stesso, quando è davvero tale, si apre sempre a raggiera disponendosi ad esprimere plurime regole, tra le quali l'operatore è quindi chiamato a scegliere quella buona per il caso; ciò che qui non s'è fatto, il principio confermando il paradigma eterosessuale del matrimonio e, allo stesso tempo, sollecitando una disciplina legislativa congrua alle peculiari esigenze dei soggetti componenti la coppia *divenuta* omosessuale, non già il mantenimento del matrimonio da essi contratto al tempo in cui avevano sesso diverso. – 3. Un problema non risolvibile dal giudice in via “sussidiaria” rispetto al legislatore ma unicamente da quest'ultimo e la conferma che se ne ha del fatto che il vizio, nel nostro come in altri casi, sta nell'uso da parte del giudice delle leggi di tecniche decisorie reciprocamente alternative e tuttavia sostanzialmente produttive dei medesimi effetti. – 4. Ragionando a riguardo dei rimedi astrattamente possibili avverso i “seguiti” infedeli dati dalla Cassazione e, in genere, dai giudici comuni alle decisioni del giudice costituzionale (dal ricorso per conflitto tra poteri sollevato da quest'ultimo avverso il provvedimento giurisdizionale che ne abbia menomato le attribuzioni a nuove questioni di costituzionalità proposte da altri giudici “ribelli” nei confronti del verdetto della Cassazione).

1. *Lo scarto tra la motivazione e il dispositivo presente in [Corte cost. n. 170 del 2014](#) e la singolare regola dalla Cassazione estratta dal principio aggiunto dalla Consulta, con l'artificiosa invenzione di un istituto che... non c'è: il matrimonio “a tempo”*

Alle volte si hanno problemi, giuridici e non, che sembrano irrisolvibili, dal momento che gli unici esiti logicamente possibili, per l'una o l'altra ragione, sono da scartare. Se si è fatto buon uso della logica stessa, non resta che pensare che siano errate le premesse del ragionamento svolto, vale a dire che quest'ultimo sia fatto poggiare su basi teoriche inadeguate a reggerlo e a dargli modo di pervenire alle sue naturali e lineari conseguenze.

Vado subito al cuore del nostro problema. Le basi stesse non si devono alla Cassazione, che le avrebbe artificiosamente inventate e in modo maldestro poste, per quanto la decisione in esame non sia a mia opinione da condividere dal suo primo all'ultimo rigo; si devono, piuttosto, alla Consulta, resasi responsabile di un autentico pasticcio fatto con la [n. 170 del 2014](#), alla quale la odierna pronuncia della Cassazione vorrebbe funzionalmente raccordarsi, dandovi “seguito” (anzi, ci dice la pronuncia stessa, l'unico, necessitato “seguito” possibile), concludendo così il giudizio *a quo* rimasto sospeso in attesa del verdetto della Consulta stessa.

Il caso è noto e non occorre, dunque, rammentarlo neppure in sunto¹. Mi limito solo a far notare, richiamando quanto ho avuto modo di scrivere a commento della [sent. n. 170](#), come la stessa abbia fatto un uso forzoso delle tecniche decisorie di cui la Corte dispone apportando una nuova norma di principio ad una legge “sbagliata”, secondo quanto ha altresì rilevato, con la sua consueta lucidità, R. Romboli². La Corte infatti ci ha detto, con estesa argomentazione³, 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’al’ inverso, è l’*unica* soluzione normativa possibile, discendente “a rime obbligate” dall’art. 29 cost., che prescrive in modo inderogabile ed esclusivo il paradigma eterosessuale del matrimonio, nel mentre le coppie omosessuali – siano originarie ovvero sopravvenute, quale quella protagonista della vicenda oggetto della [n. 170](#) – rinvergono unicamente nell’art. 2 della Carta il fondamento della tutela delle loro aspettative. La *norma* impugnata davanti al giudice costituzionale, dunque, non è illegittima; è illegittima la *legge* (in realtà, un’*altra* legge, che non c’è...) nella parte in cui non prevede una peculiare disciplina che regoli la parimenti peculiare condizione della coppia in parola, che ha un “pregresso vissuto” – rileva la Corte – che altre coppie anche di omosessuali (*originari*...) non hanno⁴.

¹ L’antefatto della vicenda è accuratamente descritto da A. LORENZETTI, *Diritti “in transito”. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Franco Angeli, Milano 2013, 105 ss.; v. anche i contributi che sono in [GenIUS](#), 1/2014.

² R. ROMBOLI ha argomentato il suo pensiero sul punto nel suo [La legittimità costituzionale del “divorzio imposto” \(quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice\)](#), in [Consulta OnLine, 2014](#) (1° luglio 2014); quanto al mio commento evocato nel testo, può vedersi in [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, 2014](#) (13 giugno 2014).

³ ... un’argomentazione – si faccia caso – che smonta punto per punto il ragionamento fatto dalla Cassazione nella ordinanza di rimessione (lo rileva P. VERONESI, *Un’anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”: il “caso Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 6 luglio 2014, § 2, rifacendosi ad un pensiero di C. SALAZAR, *Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento*, in [www.confrontocostituzionali.it](#), 27 giugno 2014, § 2, nel quadro nondimeno di una ricostruzione complessiva della vicenda diversamente orientata da quella che ne ho fatto nel commento sopra cit. e traendone conseguenze parimenti diverse). La qual cosa già di per sé la dice lunga a riguardo di quello scostamento dalla decisione della Consulta della pronunzia della Cassazione stessa che vi dà “seguito”, di cui si dirà subito appresso.

⁴ Può non piacere, come a molti (e, tra questi, 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, ult. §, e, della stessa, *Dimensione antidiscriminatoria del principio di eguaglianza e diritto fondamentale di contrarre matrimonio*, in [GenIUS](#), 2/2014, 6 ss., e, pure ivi, B. PEZZINI, *Riconoscere, negare o giustificare la discriminazione matrimoniale delle persone omosessuali? A proposito dell’interpretazione sistematico-originalista del matrimonio nell’art. 29 Cost.*, 12 ss.) non piace, che possano darsi forme plurime e reciprocamente tipizzate di unioni intersoggettive, ciascuna dotata di connotati suoi propri non assimilabili nel trattamento a quelli riservati alle altre, a pena di disattendere il canone della ragionevolezza, ma la Costituzione è chiara nel pretendere dal legislatore tutele parimenti differenziate, congrue con ciascuna specie di unione, perlomeno fintantoché l’art. 29 avrà il tenore che ha. Tutele che non possono in tutto e per tutto coincidere con quella data alla coppia coniugata ma neppure, però, essere radicalmente diverse, a pena di sacrificare legittime aspettative dei componenti le coppie omosessuali. Ed è francamente singolare che da molti si lamenti l’intollerabile discriminazione patita dalle coppie omosessuali in conseguenza della preclusione loro fatta ad accedere al matrimonio, quando è proprio il principio di eguaglianza a volere – come si sa – che si abbiano trattamenti diversi per situazioni parimenti diverse, tali riconosciute dalla stessa Costituzione nella parte in cui, secondo l’interpretazione dell’art. 29 che proviene dal suo più autorevole interprete, il giudice delle leggi, definisce la famiglia, nella sua ristretta e propria accezione, quale unione esclusivamente fondata sul carattere eterosessuale della coppia. Che, poi, si reputi conveniente innovare alla Carta, con le procedure sue proprie, è una questione che non possiamo riprendere qui (sulla quale, v., spec., A. SPADARO, *Matrimonio “fra gay”: mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte*, re melius perpena – o serve una legge di revisione costituzionale, in AA.VV., *La famiglia*

È venuto così a determinarsi uno scarto tra la parte motiva e il dispositivo⁵ o – il che è praticamente lo stesso – si è assistito ad una “doppia pronuncia”, a un tempo di rigetto e di accoglimento: solo che la prima componente è rimasta occulta, mascherata tra le pieghe della parte motiva, mentre è stata proiettata in primo piano dal dispositivo la seconda componente. Non si tratta, peraltro, di una novità, non pochi essendo i casi di pronunzie “miste”, come testimonia un approfondito studio monografico ad esse dedicato⁶ e come peraltro conferma una recente, discussa e discutibile, decisione, la [n. 10 del 2015](#), la cui struttura “complessa” è stata prontamente evidenziata già dai suoi primi commenti⁷.

Rigetto, dunque, quanto alla questione concernente la norma sullo scioglimento del matrimonio; accoglimento di una omissione – si badi – “totale”, non “parziale”, a riguardo della disciplina della condizione della coppia *divenuta* omosessuale. È importante rilevare il carattere “totale” della omissione, proprio perché l’addizione normativa si è innestata – come si diceva – su una legge in realtà inadeguata ad accoglierla e portarla a frutto. E le conseguenze negative si vedono proprio con la pronunzia della Cassazione cui si riferisce questo breve commento.

Se ne vuole la prova? Detto fatto.

La Cassazione, rifacendosi ad una soluzione prospettata da una sensibile dottrina a commento della [n. 170](#)⁸, ritiene che l’unica soluzione possibile, al fine di chiudere in modo soddisfacente il caso, è quella di tenere in piedi il matrimonio del transessuale e del suo *partner* (lo chiamo così per non impegnarmi, dal momento che esso – come si vedrà a momenti – dovrebbe essere qualificato allo stesso tempo come *ex coniuge* e come... *coniuge*): in piedi, sì, e però *a tempo*, per quanto sia incerto il *dies ad quem*, legato all’alea del varo da parte del legislatore dell’auspicata disciplina che regoli la condizione della coppia suddetta e che lo faccia – si precisa – dando vita ad “uno statuto sostanzialmente equiparabile, sul tema di diritti e doveri di assistenza economico patrimoniale e morale reciproci, a quello derivante dal vincolo matrimoniale”⁹. Che, poi, *ope juris prudentiae* sia stato inventato

davanti ai suoi giudici, a cura di F. Giuffrè - I. Nicotra, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, 345 ss.); pretendere, invece, che possa farvi luogo la Consulta a colpi di sentenze equivale a chiederle di farsi organo della revisione costituzionale; ed una deroga alla Carta ha, perciò, fatto – come si tenterà di argomentare – la stessa cassazione con la pronunzia qui annotata, legittimando un matrimonio che non c’è e non può esservi, pur se solo per un certo tempo.

⁵ Lo riconosce anche quella dottrina (tra gli altri, G. BRUNELLI, nel primo degli scritti sopra richiamati) che pure iscrive la propria qualificazione della decisione della Consulta in una cornice teorica non poco distante da quella delineata nel mio commento sopra cit. e qui pure confermata.

⁶ C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, ESI, Napoli 2013.

⁷ Specificamente sul punto, A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in www.forumco-stituzionale.it, 3 aprile 2015.

⁸ B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in www.articolo29.it, 15 giugno 2014, il cui pensiero sembra essere stato preso di peso e fedelmente trascritto nella pronunzia della Cassazione qui annotata. Una soluzione, quella caldeggiata da questa studiosa, definita da alcuni annotatori “audace” (P. VERONESI, *Un’anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”*, cit., § 7), da altri ancora (come G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti*, cit., § 2) “ragionevole, rispettosa delle diverse competenze costituzionali e, soprattutto, idonea a tutelare le posizioni soggettive dei coniugi”.

⁹ Invita a fermare l’attenzione su questo passo M. GATTUSO, nel suo commento uscito lo stesso giorno della pubblicazione della decisione, dal titolo *La vittoria delle due Alessandre: le due donne restano sposate sino all’entrata in vigore*

un matrimonio “a tempo” ovvero lo si sia configurato come sottoposto a condizione risolutiva è cosa a dir poco singolare, pur se agli occhi dei giudici della legittimità essa appaia una conseguenza naturale, linearmente discendente dalla decisione della Consulta. E, invece, innaturale è quest’ultima e innaturale è del pari la decisione della Cassazione che vi dà “seguito”.

2. La torsione subita dal modello delle additive di principio, con l'estrazione di una regola qui giudicata come l'unica possibile, laddove il principio stesso, quando è davvero tale, si apre sempre a raggiera disponendosi ad esprimere plurime regole, tra le quali l'operatore è quindi chiamato a scegliere quella buona per il caso; ciò che qui non s'è fatto, il principio confermando il paradigma eterosessuale del matrimonio e, allo stesso tempo, sollecitando una disciplina legislativa congrua alle peculiari esigenze dei soggetti componenti la coppia divenuta omosessuale, non già il mantenimento del matrimonio da essi contratto al tempo in cui avevano sesso diverso

Il punto cruciale è, però, che la soluzione in parola non è affatto quella che avrebbe dovuto, a mia opinione, imporsi al caso. Cosa ci insegna la giurisprudenza costituzionale sulle additive di principio? Ci insegna che il giudice *a quo*, unitamente agli altri giudici, in attesa dell'intervento regolatore del legislatore (con ogni probabilità, teoricamente doveroso ma praticamente incoercibile¹⁰), può (e deve) estrarre dal principio somministrato dalla Consulta la regola buona per il caso; o, meglio, che può (e deve) farlo *fintantoché materialmente possibile*¹¹, perché alle volte è invero richiesta allo scopo una complessa ed articolata attività di produzione “normativa” (e che tale, nella sostanza, resta, malgrado il carattere solo *inter partes* delle decisioni emesse dai giudici comuni¹²), un'attività che si presenta

di una legge sulle unioni civili, in [Genius](#), 21 aprile 2015. Mi corre, nondimeno, l'obbligo qui di rammentare nuovamente un concetto sopra espresso, vale a dire che il regime complessivo delle unioni composte tra persone omosessuali, lo siano sin dall'inizio ovvero per effetto di successivo passaggio ad altro sesso, non può essere in tutto e per tutto eguale a quello proprio delle coppie coniugate, *ex art. 29 cost.*, avendosi altrimenti l'aggiramento del precetto costituzionale che – piaccia o no – riserva la nozione di “matrimonio” unicamente ad unioni legali fondate sul paradigma eterosessuale e dunque tipizza la “famiglia”, nella sua ristretta e propria accezione, rispetto ad unioni “parafamiliari”, comunque diverse da questa.

¹⁰ Sta proprio qui la differenza, sottile come la lama di un rasoio, tra una pronunzia di rigetto con monito ed un'additiva di principio, solo dalla seconda e non pure dalla prima discendendo un obbligo giuridico di *facere* a carico del legislatore, per quanto non di rado anche i moniti contenuti nella prima specie di pronunzie siano dalla Corte presentati come espressivi di vincoli giuridicamente rilevanti per i loro destinatari.

¹¹ Trovo strano che anche autori (come G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti*, cit., § 2) che considerano le additive di principio idonee ad essere comunque portate ad effetto nella pratica giuridica facciano richiamo di un pensiero di G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2012, 403, laddove rilevano spettare “ai giudici comuni, caso per caso, *quando è possibile*, ... di reperire nell'ordinamento la regola del caso concreto, in attesa di un intervento legislativo puntuale” (mio il corsivo).

¹² In realtà, a riguardo del carattere della “normatività” posseduto dalle regole frutto di produzione giurisdizionale si dovrebbe fare un lungo discorso, di cui di tutta evidenza è altra la sede. Se esso si considera esclusivamente e necessariamente legato alla estensione degli effetti discendenti dalle regole stesse, generali quelli perché queste possano dirsi propriamente “normative”, ovviamente va escluso; se di contro, come a me pare, esso deve piuttosto riferirsi alla *vis* innovativa di cui le regole stesse sono provviste, allora non può negarsi che il carattere in parola ricorra in capo ad un'attività giurisdizionale siffatta. Ciò che, poi, per la sua parte conferma che, almeno in casi quale quello di cui ora si discute, il giudice sia chiamato a svolgere un'attività non meramente *applicativa*, quale sempre dovrebbe essere per una rigorosa dottrina [M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in [www.rivistaaic.it](#),

assai ardua da svolgere in modo adeguato, e pur con tutta la buona volontà e capacità di chi la ponga in essere.

Questo è, a mio modo di vedere, proprio uno dei casi in cui ciò non può farsi. Il principio ci dice che le coppie di soggetti già coniugati e quindi *divenuti* dello stesso sesso hanno bisogno (aggiungo: urgente bisogno) di una disciplina congrua con la loro peculiare condizione (il loro “pregresso vissuto”, come si diceva). Può inventarsela il giudice? Mi pare che si debba convenire che non sia possibile¹³.

Sta di fatto che è da questo principio, *e solo da esso*, che il giudice deve (o, meglio, *dovrebbe*) estrarre la regola con cui definire il caso. Invece, la Cassazione sposta il tiro ed estrae una regola da un principio che la Consulta non solo non ha posto ma, anzi, ha categoricamente escluso: quello per cui persone (*divenute*) omosessuali possono restare coniugate, pur se eccezionalmente e, appunto, a termine¹⁴.

Che l'operazione posta in essere dalla Cassazione sia fuori centro lo dimostra un dato elementare, di lampante evidenza, che è dato dal fatto che la regola desunta è, per esplicito riconoscimento, il frutto di una “opzione ermeneutica ... costituzionalmente obbligata”, vale a dire è appunto – come si segnalava poc' anzi – l'*unica* norma desumibile, “a rime obbligate”, dal principio. Solo che, se le cose stessero davvero così, non si capirebbe perché mai la regola stessa non sia stata aggiunta dallo stesso giudice costituzionale. Di contro, come si sa, il principio si apre, per sua indeclinabile vocazione, a plurimi svolgimenti “normativi” da parte dei giudici e – manco a dirlo – del legislatore. È proprio per ciò che la Corte costituzionale ritiene di doversi arrestare e di non potersi spingere oltre nell'opera di rifacimento del tessuto normativo oggetto della sua manipolazione, assumendo che altrimenti inciderebbe sulle libere scelte la cui adozione è rimessa in via esclusiva al legislatore. È vero che l'incisione, in realtà, si consuma per mano del giudice comune; e, tuttavia, l'atto di quest'ultimo, diversamente da quello del giudice costituzionale, non è provvisto di effetti generali e, dunque, si giustifica o diciamo pure che *si tollera* l'oggettiva invasione del campo rimesso alla coltivazione del legislatore, quale soluzione comunque preferibile rispetto a quella che si avrebbe in assenza di regola alcuna, pur se valevole unicamente per il caso.

3/2012, spec. al § 4, ma *passim*], bensì – e di più – *attuativa* nei riguardi degli atti che fa valere in giudizio, siano essi leggi come pure sentenze della Corte costituzionale comunque bisognose di ulteriore svolgimento “normativo”.

¹³ Anche altri autori convengono con quest'esito cui sono pervenuto nel mio commento alla 170, sopra cit.: tra gli altri, 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 www.forumcostituzionale.it, 24 giugno 2014, a cui opinione “il principio fissato dalla Corte è generico ed indeterminabile e, pertanto, attuabile dal legislatore, ma non anche utile per il giudice *a quo* a risolvere il caso concreto”.

¹⁴ L'“incongruenza” tra il giudicato costituzionale e il verdetto della Cassazione è stata prontamente rilevata già dai primi commenti a quest'ultimo (così, V. BALDINI, *Riflessioni a caldo sulla sentenza n. 8097/15: il giudice della nomofilia smentisce la Corte costituzionale in tema di matrimonio tra omosessuali?*, in www.dirittifondamentali.it; v., in ispecie, al § 4 il termine qui testualmente trascritto).

Sta in ciò – se ci si pensa – la ragione giustificativa delle additive di principio in vece delle decisioni di rigetto con monito, una volta riguardate dal punto di vista dei soggetti che al giudice chiedono tutela per aspettative comunque inappagate da parte del legislatore. E tuttavia qui pure sta il limite delle additive stesse che possono essere portate a frutto nelle vicende processuali nelle quali si fanno valere, a beneficio dei diritti costituzionali trascurati dal legislatore, unicamente alla condizione che dal principio somministrato dalla Consulta possano, sì, astrattamente desumersi plurime regole ma che sia sufficiente l'applicazione di *una sola* di esse per venire incontro alle aspettative soggettive neglette dalla legge, non già – come si viene dicendo – laddove si richieda l'adozione di un articolato complesso, risultante da plurimi ed organici disposti normativi¹⁵.

Quel che, ad ogni buon conto, è certo è che la Consulta ha sbarrato le porte al matrimonio tra persone omosessuali, sia *ab origine* che *ex post*, mentre la Cassazione considera i protagonisti della nostra vicenda ancora coniugi a tutti gli effetti e tali, peraltro, rimarranno chissà fino a quando. Insomma, *ex coniugi*, per l'una Corte, e coniugi per l'altra, allo stesso tempo. Un autentico pasticcio, si diceva.

3. Un problema non risolvibile dal giudice in via “sussidiaria” rispetto al legislatore ma unicamente da quest'ultimo e la conferma che se ne ha del fatto che il vizio, nel nostro come in altri casi, sta nell'uso da parte del giudice delle leggi di tecniche decisorie reciprocamente alternative e tuttavia sostanzialmente produttive dei medesimi effetti

D'altro canto, che il problema, per come impostato dalla Consulta e risolto dalla Cassazione, fosse in realtà insolubile, come si segnalava all'inizio di questa riflessione, è avvalorato dal fatto che, considerandosi ormai sciolto il matrimonio tra tali soggetti, le loro aspettative di tutela non verrebbero appagate: si avrebbe, sì, il *riconoscimento* del diritto costituzionale alla legalizzazione della unione tra i soggetti stessi (pur se in forma diversa da quella cui fa riferimento l'art. 29 cost.) ma non la sua effettiva *garanzia*.

Qui ha ragione – non può non convenirsi – la Cassazione, che riprende peraltro una preoccupazione avvertita dalla più sensibile dottrina¹⁶. Perché l'alternativa al mantenimento, pur se precario, del matrimonio non può che essere, ovviamente, che quella del suo scioglimento, che tuttavia in mancanza

¹⁵ Così, per fare ora solo un paio di esempi tra i molti che potrebbero essere al riguardo adottati, per ciò che concerne il ricorso alla fecondazione medicalmente assistita, una volta caduto (con la [sent. n. 162 del 2014](#)) il divieto di eterologa, o per ciò che riguarda il diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche (dopo la [sent. n. 278 del 2013](#)). Nel primo caso, se non si stabilisce il numero massimo delle donazioni del seme, l'età massima della donna che si sottoponga alla tecnica di inseminazione, e via discorrendo, come far luogo alla fecondazione stessa? Nel secondo, che fare se non si definiscono previamente garanzie, condizioni e limiti in osservanza dei quali far luogo alla ricerca ed all'eventuale interpellato del genitore?

¹⁶ Tra gli altri, ancora R. ROMBOLI, nello scritto sopra richiamato, e A. D'ALOIA, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una incostituzionalità “per mancanza di alternative”*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 672 ss., spec. 674.

di disciplina legislativa della peculiare formazione sociale composta dai soggetti protagonisti della nostra vicenda sacrificherebbe senza riparo i loro diritti¹⁷.

Il vero è che v'era, e v'è, solo un modo per soddisfare le attese della coppia protagonista di questa anomala e sofferta vicenda: quella, appunto, di un intervento adeguato da parte del legislatore, alla cui mancanza il giudice – come si è venuti dicendo – non può in via “sussidiaria” ovviare, neppure a titolo precario. Il che vale come dover prendere atto che un'additiva, quale quella posta in essere con la [sent. n. 170](#), finisce col coincidere, quanto agli effetti, con una pronunzia di rigetto accompagnata da un monito, per vigoroso che sia, indirizzato al legislatore perché, rompendo ogni indugio, ponga finalmente mano alla regolazione della condizione della coppia suddetta¹⁸.

Si ha, perciò, conferma del fatto che alle volte – può non piacere ma è così – tecniche decisorie diverse (anzi, alternative) finiscono col produrre i medesimi effetti. È una constatazione, questa, che, peraltro, ha trovato (e trova) non pochi riscontri, specie nella più recente giurisprudenza e che appunto dimostra come un utilizzo non vigilato degli strumenti decisorii può far pervenire ad esiti abnormi, dando vita a situazioni aggrovigliate alle quali non si sa poi come far fronte.

È vero che – come si diceva –, a differenza delle pronunzie di rigetto con monito, le additive di principio che abbisognano del necessario e previo intervento del legislatore allo scopo di essere portate a frutto nelle vicende processuali alle quali si applicano esprimono un vincolo giuridico di cui le prime sono prive. Si comprende, dunque, la ragione per cui nella circostanza *de qua* la Consulta, sfiduciata a motivo dei non pochi casi in cui i propri moniti sono rimasti privi di ascolto (secondo quanto avvalorato proprio con riguardo alla disciplina delle coppie composte tra omosessuali dal mancato seguito dato alla [n. 138 del 2010](#)), si è con coraggio (o, ad esser franchi, temerarietà) infine determinata a far luogo nella [n. 170](#) ad un'additiva di principio.

Non sappiamo se quest'ultima sortirà l'effetto sperato; forse, se lo si avrà, piuttosto lo si dovrà proprio all'originale soluzione escogitata dalla decisione della Cassazione qui annotata che, dando vita ad un effetto abnorme, sconosciuto al nostro ordinamento, il *matrimonio a tempo*, potrà far breccia nella colpevole inerzia che ha fin qui caratterizzato l'indirizzo di un legislatore ingiustificatamente

¹⁷ Ad avviso di una sensibile dottrina (P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”*, cit., § 8), non sarebbe nondimeno preclusa “la prosecuzione non giuridicamente indifferente della relativa convivenza”. Non è tuttavia chiaro sotto l'imperio di quale disciplina normativa possa ricadere una convivenza siffatta, in difetto della sua specifica ed adeguata regolazione in modo organico da parte della legge. Non sono dunque altri a dover provare che le rivendicazioni avanzate dai componenti la coppia e riferite proprio alla loro condizione di coppia sono escluse dalla legge, quanto quest'ultima ad addurre il fondamento legislativo che le giustifica, che però in tesi non c'è, perlomeno in un atto che in modo organico ed esaustivo lo appresti. Cosa diversa è, ovviamente, che riscontrati singoli e circoscritti vuoti legislativi, in ambiti materiali di esperienza parimenti delimitati, si possa fare domanda al giudice delle leggi perché li colmi con altre additive, di principio e non (su ciò, nuovamente, C. SALAZAR, *Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento*, cit., § 4). Com'è chiaro, si tratta ad ogni buon conto di una soluzione rabberciata, tollerabile unicamente per lo stretto necessario.

¹⁸ Tengo – come si vede – oggi ferma una conclusione alla quale sono già pervenuto nel mio commento alla 170, sopra cit.

latitante. Forse, un'ulteriore spinta in tal senso potrebbe aversi qualora si raccogliesse uno spunto affacciato dalla procura nel giudizio svoltosi davanti alla Cassazione e ripreso da una indicazione data da una coraggiosa dottrina¹⁹, secondo cui la perdurante assenza di regolazione legislativa della condizione della coppia coniugata *divenuta* omosessuale sarebbe idonea a giustificare una chiamata a responsabilità patrimoniale dello Stato similmente a quanto si ha in caso d'inadempimento degli obblighi discendenti dall'Unione. Uno spunto non trascurabile, per quanto solo sfiorato dalla pronunzia della Cassazione qui annotata, su cui, per la mia parte, mi permetto di invitare a fermare l'attenzione, valutandolo senza alcun preorientamento di ordine ideologico o teorico, legato a schemi mentali a noi familiari ma bisognosi di urgente e profondo svecchiamento.

Insomma, se non si mettono gli organi della direzione politica con le spalle al muro, è improbabile che si risvegliano dal loro annoso letargo e pongano dunque mano a quella disciplina legislativa che da troppo tempo tarda a venire alla luce e che la vicenda qui annotata dimostra essere ormai non più procrastinabile.

4. Ragionando a riguardo dei rimedi astrattamente possibili avverso i “seguiti” infedeli dati dalla Cassazione e, in genere, dai giudici comuni alle decisioni del giudice costituzionale (dal ricorso per conflitto tra poteri sollevato da quest'ultimo avverso il provvedimento giurisdizionale che ne abbia menomato le attribuzioni a nuove questioni di costituzionalità proposte da altri giudici “ribelli” nei confronti del verdetto della Cassazione)

Un'ultima notazione, con specifico riguardo a questo caso e, però, allo stesso tempo dotata di generale valenza.

Come si è venuti dicendo, la Cassazione ha qui fatto luogo ad un “seguito” della [n. 170](#) che non rispecchia la genuina intenzione della Consulta, per come estesamente rappresentata nella parte motiva della decisione suddetta: insomma, il “seguito” si è rivelato infedele²⁰, malgrado le attenuanti che – come si è veduto – vanno concesse al giudice cui esso si deve, a motivo del vizio di origine che inficia la pronunzia della Consulta stessa. Come allora – è questo il quesito che dobbiamo porci – porvi rimedio? E, più in genere, cosa possono fare, in una congiuntura siffatta, altri giudici che non si riconoscano nel verdetto della Corte della legittimità?

¹⁹ R. CONTI, *Il rilievo della CEDU nel “diritto vivente”*: in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza “convenzionale” nella giurisprudenza dei giudici comuni, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, relazione alle Giornate di studio svoltesi a Messina il 21 e 22 novembre 2014, i cui Atti sono in corso di stampa, § 6.

²⁰ Profitto qui dell'opportunità offertami dalla vicenda ora annotata per segnalare quanto sia rilevante poter conoscere i “seguiti” dati dai giudici *a quibus* alla ripresa dei processi rimasti sospesi, al fine di verificare se ed in che misura si siano attenuti alle indicazioni date dalla Consulta. Se le Riviste specialistiche ed i siti *on line* che trattano di questioni di diritto costituzionale potessero offrirci questi dati assicurerebbero un servizio prezioso sia alla teoria che alla pratica giuridica.

In astratto, le soluzioni non mancano; che, poi, si diano le condizioni di contesto per la loro messa in atto è, ovviamente, un altro discorso.

In primo luogo, potrebbe immaginarsi una reazione della stessa Corte costituzionale che, considerando aggirato, frainteso, il proprio verdetto, potrebbe far ricorso a se stessa in sede di conflitto di attribuzioni, *sub specie* di conflitto da menomazione. Come sappiamo, il giudice costituzionale ha in più occasioni lamentato la lesione del giudicato costituzionale, in ispecie ad opera del legislatore che abbia riprodotto norme di legge dapprima dichiarate costituzionalmente illegittime, minacciando di conseguenza l'attivazione dell'arma del conflitto interorganico a salvaguardia del giudicato stesso. Nulla, naturalmente, vieta che lo stesso possa aversi sul versante dei rapporti col giudiziario.

Dubito tuttavia che nel caso nostro di ciò possa aversi riscontro. In fondo, come si accennava, le due Corti sono accomunate dall'intento di pungolare il legislatore affinché dia una buona volta luogo alla formazione di una legge che possa appagare le istanze delle unioni omosessuali: lo fanno entrambe forzando le tecniche decisorie di cui dispongono e le argomentazioni che le sostengono e giustificano ma, appunto, convergono nello scopo pur divergendo, a mia opinione, nei percorsi intrapresi per raggiungerlo. E, poi, immaginare una nuova "guerra tra le due Corti", malgrado il cruciale rilievo della posta in palio, sembra essere una ipotesi francamente remota e, forse, pure non auspicabile.

Più praticabile, pur se non poco impervia, è, invece, la strada di una reazione da parte dei giudici comuni che, investiti di analoghe istanze a quella che ha portato al verdetto odierno della Cassazione, si determinino in un senso diverso da questa. Non è, invero, probabile che avvenga ma, appunto, non impossibile. E così, nulla esclude che si assista alla presentazione di una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la regola desunta dalla Cassazione, pur se non scritta nel testo della legge a suo tempo fatta oggetto di manipolazione da parte della Consulta, assumendosi dunque la incompatibilità con la Carta costituzionale del matrimonio a tempo. In altri termini, si tratta di portare il punto di diritto enunciato dalla Cassazione oltre la specifica vicenda processuale che l'ha generato, dotandolo quindi di generale valenza per tutti i casi oggettivamente connotati allo stesso modo. Non è agevole argomentare questa manovra, sol che si pensi che la regola... *non c'è*, essendo frutto di pura invenzione da parte del giudice della nomofilachia, mentre c'è di sicuro il principio, indiscutibile nella sua conformità a Costituzione se non altro in quanto posto dallo stesso giudice delle leggi, fatto discendere "a rime obbligate" dalla Costituzione stessa.

È ovvio che il giudice che ponga la questione sulla regola in parola dovrebbe assumere che essa sia la *sola* desumibile dal principio, in linea peraltro con la dottrina dell'interpretazione conforme; e, poiché il principio stesso si deve ad una "invenzione" del giudice costituzionale, se ne ha che la

questione verosimilmente sarebbe rigettata. Tuttavia, il fatto stesso che sia posta offrirebbe l'opportunità alla Consulta, che la pensi diversamente dalla Cassazione, di escludere che la regola suddetta costituisca l'*unica* opzione interpretativa possibile, comunque quella correttamente desumibile dal principio. In altri termini, la questione sarebbe verosimilmente respinta per inammissibilità, trattandosi in realtà di una questione d'interpretazione mascherata da questione d'incostituzionalità; ciononostante, la sua presentazione darebbe il destro alla Consulta per mettere a nudo il procedimento ermeneutico errato posto in essere dal remittente. E così il giudice delle leggi potrebbe prendere le distanze dalla Cassazione in modo *soft*, senza dover ricorrere al gesto eclatante, espressivo di un'autentica dichiarazione di guerra, dell'esperimento del conflitto interorganico davanti a se stesso. Si tratta poi di vedere quale delle due Corti ha più tela da tessere, persuadendo i giudici comuni della bontà della tesi in cui ciascuna di esse si riconosce, sì da incoraggiare la formazione di un nuovo "diritto vivente" nel senso da esse auspicato. Come sempre, insomma, spetta poi proprio ai giudici comuni, in fin dei conti, assumersi le maggiori e dirette responsabilità, morali ancora prima che giuridiche, nei riguardi dei soggetti che ad essi si rivolgono per avere giustizia e, di riflesso, della intera collettività²¹.

Come si vede, si avrebbe una sostanziale dichiarazione di *fondatezza* della questione rivestita però delle forme della sua... *inammissibilità*, a motivo della "invenzione" di un istituto che non esiste (e non può esistere) nel nostro ordinamento, alla luce del combinato disposto degli artt. 29 ss., 2 e 3 della Carta, nelle mutue ed inscindibili implicazioni che tra di essi si intrattengono²²: il *matrimonio "a tempo"*.

²¹ Sulla delicatezza e centralità del ruolo giocato dai giudici comuni ha, a più riprese e con vigore, insistito una sensibile e raffinata dottrina: per tutti, R. CONTI, del quale, tra i suoi molti scritti, richiamo qui solo il suo *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*², Aracne, Roma 2014.

²² Su di che, sopra tutti, G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009.