



RIFLESSIONI A CALDO SULLA SENTENZA N. 8097/15: IL GIUDICE DELLA NOMOFILACHIA SMENTISCE LA CORTE COSTITUZIONALE IN TEMA DI MATRIMONIO TRA OMOSESSUALI ?

di

Vincenzo Baldini *

1. La recentissima sentenza della Cassazione in tema di mantenimento del vincolo matrimoniale tra coniugi quando l'unione, in conseguenza della rettificazione di sesso di alcuno dei due coniugi, acquisisce una natura omosessuale (Cass. civ. sent. n. 8097/2015), interviene ad un intervallo relativamente breve dalla decisione (sent. n. 170/14) con cui la corte costituzionale (investita della questione proprio dalla Cassazione quale giudice *a quo*) aveva censurato d'illegittimità, per contrasto con l'art. 2 Cost., degli artt. 2 e 4, l. n. 164/82 (nella formulazione anteriore all'abrogazione disposta dall'art. 36, d.lgs. n. 150/2011) nella parte in cui non era fatta previsione "che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che comporta lo scioglimento del matrimonio" dovesse consentire, ove entrambi i coniugi lo avessero richiesto, di mantenere in vita "un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, la cui disciplina rimane demandata alla discrezionalità di scelta del legislatore."

Quest'ultimo pronunciamento sembra, nella realtà, segnare una palese discontinuità con l'indirizzo del giudice costituzionale ed ha, perciò, il sapore di un confronto/scontro tra il giudice di legittimità e quello costituzionale nella controversa materia relativa al riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali.

2. Vale la pena riprendere i tratti essenziali della sopracitata sent. n. 170 del 2014.

In essa, il giudice costituzionale, pur riconoscendo la fondatezza della questione, aveva precisato il parametro di giudizio non consistesse nell'art. 29 Cost. in quanto "la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29 Cost.) è quella stessa definita dal codice civile del 1942 che «stabiliva (e tuttora stabilisce che i coniugi dovessero essere

*Professore ordinario di diritto costituzionale - Dipartimento di Economia e Giurisprudenza - Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

persone di sesso diverso»". Nemmeno pertinente era il riferimento all'art. 24 Cost. dato che, sulla base di quanto innanzi precisato, non poteva configurarsi "un diritto della coppia non più eterosessuale a rimanere unita nel vincolo del matrimonio". Pertanto, l'unico valido riferimento paradigmatico era costituito dall'art. 2 Cost., entro la cui tutela soltanto può ricondursi l'aspirazione dell'unione omosessuale a "vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone -nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge- il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri"¹, quantunque entro il suddetto limite del divieto di "equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio"². In ogni caso, esclusivamente al legislatore ordinario, "nell'esercizio della sua piena discrezionalità", spettava il potere di "individuare le forme di garanzia e di riconoscimento" per le unioni omosessuali, sul presupposto in ogni caso dell'esclusione che la loro aspirazione al riconoscimento giuridico possa trovare realizzazione unicamente attraverso un'equiparazione alle coppie sposate (sent. 132/2010).

Di conseguenza, la Corte costituzionale ebbe a sottolineare come il riconoscimento dell'incostituzionalità della normativa impugnata non potesse condurre ad una decisione di tipo manipolativo che avrebbe prodotto l'esito di sostituire senz'altro al divorzio automatico un divorzio a domanda di parte, pena la vulnerazione del limite assoluto sancito dal citato art. 29 Cost. Pertanto, si rendeva necessario un intervento consequenziale del legislatore per fornire alla coppia la quale *ex lege* e contro la propria volontà aveva perso lo stato coniugale e, con esso, le garanzie ivi connesse, di beneficiare di una tutela giuridica, secondo forme in ogni caso alternative e diverse dal matrimonio.

3. Tali premesse e vincoli, di ordine metodologico e sostanziale, sono ben presenti alla Cassazione che le richiama con dovizia di citazioni nella sentenza in commento (n. 8097 del 2015). Tuttavia, il giudice della legittimità compie uno "scatto in avanti" interpretando la sentenza del giudice costituzionale come autoapplicativa, sul presupposto che oggetto della censura d'illegittimità sia stata la previsione relativa allo scioglimento automatico del vincolo matrimoniale previsto dalla disciplina impugnata. Tanto in considerazione anche del fatto che se l'intento fosse stato unicamente quello di stigmatizzare la carenza di una normazione adeguata al caso di specie, quest'ultimo avrebbe potuto limitarsi ad emettere una sentenza-monito, senza bisogno di dichiarare l'illegittimità costituzionale della disciplina, allora vigente, che sanciva la

¹ Corte cost., sent. n. 170/14 che richiama il precedente (sent. n. 138/2010).

² Nella circostanza, peraltro, la Corte precisa come ad essa resti in ogni caso riservata "la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze *more uxorio*: sent. n.559 del 1989 e n. 404 del 1988). Può accadere, infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza".

cessazione automatica del vincolo matrimoniale in caso di rettificazione di sesso da parte di alcuno dei coniugi.

La sentenza della Corte costituzionale avrebbe, dunque, determinato la cessazione dell'efficacia della "regola relativa all'eliminazione degli effetti giuridici di protezione dei componenti dell'unione conseguente alla caducazione automatica del vincolo" matrimoniale senza, però, che alla prima si sostituisse già nell'immediato una nuova regolamentazione, a garanzia di diritti e doveri dell'unione (non più matrimoniale) tra gli ex coniugi. Secondo la Cassazione, la corte costituzionale ha inteso specificare che "un sistema legislativo che consenta soltanto alle coppie eterosessuali di unirsi in matrimonio *può* (corsivo mio: n.d.r.) legittimamente escludere che si possano mantenere unioni coniugali divenute a causa della rettificazione di sesso di uno dei componenti non più fondate sul predetto paradigma. Ciò che non può essere costituzionalmente tollerato, tuttavia, in virtù della protezione costituzionale (nonché convenzionale ex art. 8 CEDU) di cui godono le unioni tra persone dello stesso sesso, è che per effetto del sopravvenuto non mantenimento del modello matrimoniale tali unioni possano essere private del nucleo di 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."

Data la natura autoapplicativa del pronunciamento costituzionale consegue non può contestarsi "che il principio della necessità immediata e senza soluzione di continuità di uno statuto sostanzialmente equiparabile, sul piano dei diritti e doveri di assistenza economico patrimoniale e morale reciproci a quello derivante dal vincolo matrimoniale per le coppie già coniugate che si vengano a trovare nella peculiare condizione delle ricorrenti abbia natura imperativa e debba essere applicato con l'efficacia stabilita dall'art. 136 Cost.". Stante la carenza di intervento legislativo, compete al giudice di merito di "individuare sul piano ermeneutico la regola per il caso concreto che inveri il principio imperativo stabilito con la sentenza di accoglimento". Tale principio in quanto "costituzionalmente inderogabile" impone un "adeguamento necessario" che, allo stato, implica senz'altro "la rimozione degli effetti della caducazione automatica del vincolo matrimoniale sul regime giuridico di protezione dell'unione", almeno fino a quando "il legislatore non intervenga a riempire il vuoto normativo, ritenuto costituzionalmente intollerabile, costituito dalla mancanza di un modello di relazione tra persone dello stesso sesso all'interno del quale far confluire le unioni matrimoniali contratte originariamente da persone di sesso diverso e divenute, mediante la rettificazione del sesso di uno dei componenti, del medesimo sesso. Tale opzione ermeneutica è costituzionalmente obbligata" anche se -precisa la Cassazione- ciò non equivale a sancire l'estensione alle unioni omosessuali del modello coniugale ex art. 29 Cost. Nondimeno, allo scopo di dare attuazione al giudicato costituzionale di cui alla sent. n. 170/14, dunque, appare "necessario ... conservare alle parti ricorrenti il riconoscimento dei diritti e doveri conseguenti al vincolo matrimoniale legittimamente contratto fino a quando il

legislatore non consenta ad esse di mantenere in vita il rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata che ne tuteli adeguatamente diritti e obblighi.” Così, “la conservazione dello statuto dei diritti e dei doveri propri del modello matrimoniale è...sottoposta alla condizione temporale risolutiva costituita dalla nuova regolamentazione indicata dalla sentenza”.

4. Chi scrive, nel commentare la citata sent. n. 170/14, aveva rilevato l'incongruenza di un tale pronunciamento, che pur dichiarando l'incostituzionalità della disciplina incriminata finiva per non produrre alcun esito costitutivo nel giudizio *de quo*. In tal senso, può apparire nient'affatto peregrina la considerazione sull'utilizzo dello strumento decisorio svolta dalla Cassazione.

Nondimeno, i punti di incongruenza tra il giudicato costituzionale e quello, ultimo, della Cassazione si mostrano evidenti e difficilmente controvertibili. La sentenza di quest'ultimo giudice fa chiarezza sul punto, rimasto impregiudicato, circa gli effetti del giudicato costituzionale sulla fattispecie concreta, rinvenendoli nel venir meno dell'effetto automatico di scioglimento del vincolo matrimoniale che consente agli ex coniugi di tornare ad essere titolari del complesso di diritti e doveri di solidarietà nati dal matrimonio precedentemente contratto. Ciò, almeno fino a quando il legislatore ordinario non intervenga a regolamentare *ex novo* la materia, tenendo conto in ogni caso delle risultanze del “diritto giurisprudenziale”. Sarebbe errato dire che, nel diritto intertemporale, questi ultimi tornano ad essere “marito e moglie”?

Fuori dalla retorica della stessa Cassazione, affrettatasi peraltro a precisare (“*excusatio non petita...*”) che la soluzione affermata nella sentenza non vale a sancire “l'estensione del modello di unione matrimoniale alle unioni omoaffettive”, sembra invece che l'esito prodotto da tale decisione sia proprio quello della nascita –quantunque in via surrettizia– di una famiglia omosessuale fondata (per ora...) sul combinato disposto degli artt. 2 e 29 Cost. , giacché quale base giuridica di tale complesso di posizioni giuridiche di diritto e di dovere resta il vincolo matrimoniale precedentemente contratto, ora vigente pur dopo la rettificazione di sesso di uno dei coniugi.

4.1. Quanto tale esito si renda compatibile con gli asserti esposti dal giudice costituzionale nella sent. 170/14 e, ancor più, con la portata dell'art. 29 Cost. nell'esegesi fornita dallo stesso giudice non è una questione aperta ma è questione che inclina ad una risposta senz'altro negativa. Altrimenti, per seguire l'approccio motivazionale della Cassazione, la corte costituzionale non avrebbe avuto difficoltà nel chiudere la questione con una sentenza di accoglimento *tout court*, dichiarativa della incostituzionalità della norma impugnata. In particolare, essa non avrebbe dovuto sottolineare l'inconferenza di un effetto della sentenza stessa, che sostituisse al divorzio automatico il divorzio a domanda di parte.

Tale questione appare peraltro ben distinta da quella –sicuramente non meno intensa- relativa alla congruenza dell’esito derivante dalla sent. n. 170/14 misurato in relazione ad altri principi e diritti costituzionali, a partire dall’art. 2 Cost.. La posizione paradossale in cui sono venuti a trovarsi le parti interessate, che, da una condizione di piena garanzia di diritti ed obblighi connessi alla loro unione sono transitati in una condizione di assenza assoluta di tali garanzie, è parsa effettivamente intollerabile e, forse, avrebbe richiesto una maggiore ponderatezza, da parte del giudice costituzionale, nell’impiego del mezzo decisorio ritenuto più opportuno. Nondimeno, le argomentazioni esposte in sentenza dalla Cassazione per giungere a compensare questo vuoto legislativo appaiono –a chi scrive- inevitabilmente in conflitto con il suddetto giudicato costituzionale ed aprono un nuovo fronte conflittuale nella sfera dei rapporti tra giudice delle leggi e giudice della nomofilachia.

4.2. Quali effetto d’eco potrà avere la sent. n. 8097/15 della Cassazione può forse essere intuibile, a partire da una inammissibile discriminazione ex artt. 2 Cost., 3 e 29 Cost., può venirsi a determinare in merito al trattamento riservato alle “altre” unioni omoaffettive che, allo stato, non possono beneficiare di analoghe garanzie e godono, perciò, di una tutela molto più limitata, nelle rispettive posizioni di diritti e obblighi. Permanendo l’assenza di regolamentazione generale, è verosimile prefigurare un ritorno al giudice costituzionale per reclamare una parità di garanzie e posizioni giuridiche rispetto alle unioni omosessuali (ancora) unite in matrimonio.

In un tale scenario, l’efficacia del limite assoluto ex art. 29 Cost. appare destinata a inevitabilmente regredire.

5. Dove potranno condurre le nuove tensioni tra Cassazione e corte costituzionale è ancora difficile da prefigurare. La sensazione è che il giudice della nomofilachia, più del giudice costituzionale, abbia percepito la difficoltà di ammettere la tollerabilità sul piano costituzionale di un così totale spossamento di diritti e doveri prima esistenti e connessi alla relazione di solidarietà affettiva, tuttora esistente per quanto divenuta natura “omoaffettiva”, in conseguenza della libertà individuale di autodeterminazione in materia sessuale di una delle parti. La Cassazione, così, è parsa voler reagire a tale incongruenza ed all’esito deteriore anche sulla dignità umana di tali soggetti, che la descritta caducazione di ogni garanzia era in grado di generare, tanto più in un tempo icasticamente corrisposto come “età dei diritti”. La corte costituzionale, a propria volta, ha esercitato una difesa anche strenua della natura (anche) istituzionale del matrimonio ex art. 29 Cost. attraverso il vincolo metodologico formale del rispetto e dell’osservanza della volontà del Costituente storico. Nel confronto, la effettiva tutela dell’istanza personalista sembra aver registrato in questa partita un decisivo punto a favore.